

في ما اختص بيت المال من دخل وخرج، فهو أن كل مال أستحقه المسلمون ولم يتعين مالكة منهم، فهو من حقوق بيت المال، فإذا قبض صار القبض مضاف إلى حقوق بيت المال، فإذا صرف في جهته صار مضاف إلى الخرج بيت المال، سواء خرج من حرزه أو لم يخرج، إلا أن بيت المال ليس له حق في بيت المال، بل هو محكوم بيت المال جار عليه في كل ما يجره المورث.

LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ISLÁMICO CLÁSICO. UNA REGULACIÓN INCONCLUSA.

وذلك كان كقول خلفاء بعده رضي الله عنهم وأئمتنا وأئمتنا وعليه من أن يكون الخليفة واحداً والقاضي واحداً والإمام وواحداً والأمير واحداً تأسيساً على ما كان رضي الله عنه ثم استخلف أبو بكر عمر رضي الله عنه ثم استخلف عمر أهل السوادين واختاروا من بيت المال ما احتلوا عبد الرحمن بن عوف عثمان بن عفان رضي الله عنهم. الإمام الشافعي. رسالة في أصول الفقه.

هذه بيت جدنا، جميعنا من صلبه، ونحن في بيتهم من صلبه، فلماذا نجوع وكيف نضام؟ نجيب محفوظ أولاد حارتنا.

Doctorando: Ángel Reina Aguilar.
Doctorado en Estudios Filológicos.
Línea: Estudios Árabes e Islámicos.
Facultad de Filología. Universidad de Sevilla.
Email: angel.reina@juntadeandalucia.es
angel.jrdno@gmail.com

En Sevilla, septiembre de 2022

Para mi hermano Amador,
faro con el que la Providencia guía nuestras vidas...
Felices los que tienen el corazón puro, porque verán a Dios. Mt 5,8.

CONTENIDO

Página

| | | |
|-------|--|-----|
| 1 | Introducción | 3 |
| 2 | Orígenes | 10 |
| 2.1 | La influencia de los derechos mesopotámico, hebreo y árabe preislámico. El mundo semita, Mesopotamia, hebreos y árabes | 11 |
| 2.1.1 | El patrimonio de los Templos mesopotámicos | 17 |
| 2.2 | Roma y Bizancio. | 19 |
| 2.2.1 | La Escuela Jurídica de Beirut | 29 |
| 2.2.2 | Fideicomisos | 30 |
| 2.2.3 | Fisco | 40 |
| 2.2.4 | Municipios y otros entes de derecho público | 44 |
| 2.2.5 | <i>Collegia</i> y otros entes de derecho privado | 48 |
| 2.2.6 | Los templos helenísticos y romanos como titulares de derechos y obligaciones | 50 |
| 2.3 | Influencia sasánida | 51 |
| 2.4 | Derecho de la Iglesia: Iglesia como centro de imputación de derechos y obligaciones | 57 |
| 2.4.1 | <i>Corpus Mysticum</i> | 65 |
| 2.4.2 | Organización eclesial. Jerarquía | 70 |
| 2.4.3 | <i>Venerabilis domus, piae causae</i> y otros centros dotados de personalidad jurídica | 78 |
| 2.5 | <i>Al-futūḥāt</i> . La conquista de tierras y su reparto. <i>Al-jarāy</i> . Naturaleza jurídica; impuesto o vinculación por parte del poder político. Su relación con el <i>waqf</i> | 88 |
| 2.6 | <i>Al-futūḥāt</i> . La conquista de tierras, propiedad y reparto. <i>Al-Iqtā'</i> . | 108 |
| 3 | Ficción jurídica o realidad material | 113 |
| 3.1 | Personalidad jurídica como ficción jurídica o como resultado de un sustrato material | 113 |
| 3.2 | Personalidad jurídica de base personal o patrimonial | 118 |
| 3.3 | La propiedad y su titularidad. Sujetos y objetos peculiares | 120 |
| 3.4 | El derecho islámico admite una mayor indeterminación en sujeto de los derechos que el derecho romano | 126 |
| 3.5 | Constitución de un <i>waqf</i> , naturaleza del acto, propiedad de los bienes y carácter del sistema de relaciones jurídicas resultante | 149 |
| 3.6 | Teoría de la representación como elemento esencial de la personalidad jurídica | 177 |
| 3.7 | Diferencia entre comunidad de bienes y sociedad | 211 |
| 4 | Concepto jurídico de persona en derecho islámico | 226 |
| 5 | <i>Universitas Personarum</i> | 268 |
| 5.1 | Derecho Público | 269 |
| 5.1.1 | La <i>Umma</i> | 269 |
| 5.1.2 | Tribu, clanes, familia | 284 |
| 5.1.3 | <i>Walāyas</i> , ciudades y registros | 293 |
| 5.1.4 | El <i>Maýlis</i> , ¿órgano administrativo colegiado? | 317 |
| 5.1.5 | <i>Maýlis-l-mazālim</i> , ¿órgano judicial colegiado? | 325 |
| 5.2 | Derecho Privado | 331 |
| 5.2.1 | Beneficiarios privados de un <i>waqf</i> | 331 |
| 5.2.2 | Contratos asociativos; los distintos tipos de sociedad en derecho islámico | 360 |
| 6 | <i>Universitas Bonorum</i> | 388 |
| 6.1 | Derecho público | 388 |
| 6.1.1 | <i>Bayt al-māl</i> o tesoro público | 388 |
| 6.1.2 | El botín antes del reparto y las propiedades públicas | 445 |
| 6.2 | Derecho privado | 453 |

| | |
|---|-----|
| 6.2.1 El caudal hereditario | 454 |
| 7 Estudio específico del <i>waqf</i> ; ¿alcanzó la consideración de persona jurídica? | 473 |
| 7.1 Origen | 473 |
| 7.2 Constitución | 492 |
| 7.2.1 Negocio jurídico real o expresión de la voluntad del fundador | 500 |
| 7.2.2 Controversia sobre la eternidad de la institución. Diferencia esencial entre la escuela <i>mālikī</i> y <i>ḥanafī</i> | 510 |
| 7.2.3 Fórmulas de constitución | 517 |
| 7.2.4 Voluntad del fundador como ley del <i>waqf/hubs</i> | 522 |
| 7.2.5 Capacidad para fundar | 526 |
| 7.3 La cuestión de la finalidad | 536 |
| 7.4 El objeto del <i>waqf</i> . Requisitos | 548 |
| 7.5 Beneficiarios y tipos de <i>waqf</i> o <i>hubs</i> | 560 |
| 7.5.1 <i>Waqf jayrī</i> : los pobres como beneficiarios y los establecimientos como titulares de los derechos que corresponden a las personas en cuyo favor se constituye | 568 |
| 7.5.2 <i>Waqf</i> privado: los familiares u otras personas ajenas al vínculo familiar como beneficiarios de la fundación | 586 |
| 7.6 El contenido de la relación jurídica | 596 |
| 7.6.1 Propiedad del bien habiz y derechos de los beneficiarios | 596 |
| 7.6.2 Explotación de los bienes habices | 601 |
| 7.6.3 La Administración del patrimonio del <i>waqf</i> | 613 |
| 7.7 El <i>waqf</i> y el poder político: fiscalidad y control | 633 |
| 7.8 Gastos propios del <i>waqf</i> : mantenimiento, reforma, inversiones, retribución del administrador | 644 |
| 7.9 Conclusiones sobre la personalidad jurídica del <i>waqf</i> | 674 |
| 8 Presupuestos teológicos y jurídicos que obstaculizan el desarrollo de un concepto propio de personalidad jurídica en el <i>fiqh</i> | 684 |
| 8.1 Ausencia de una organización eclesial y de una teoría equiparable a la del Cuerpo Místico de Cristo | 686 |
| 8.2 El <i>tawḥīd</i> como impedimento para el desarrollo de una teoría de la personalidad jurídica pública | 708 |
| 8.3 La concepción individualista del <i>fiqh</i> en la regulación de los contratos asociativos | 729 |
| 8.3.1 Breve referencia al régimen económico del matrimonio musulmán | 780 |
| 8.4 La prohibición del riesgo en las transacciones como elemento que obstaculiza el desarrollo de las distintas instituciones jurídicas | 784 |
| 8.4.1 Una excepción a la prohibición del riesgo y de la usura como elementos integrantes del orden público islámico. El <i>waqf</i> monetario | 818 |
| 8.5 Tendencia objetiva del derecho patrimonial islámico, más centrado en el objeto que en los sujetos del derecho | 827 |
| 8.6 La partición del dominio en el <i>fiqh</i> entre el dominio directo y el dominio útil | 856 |
| 9 Conclusiones | 887 |
| 10 Índice bibliográfico | 909 |
| 11 Notas Bibliográficas | |

1 INTRODUCCIÓN

El estudio derecho comparado resulta una aventura apasionante a la par que enormemente dificultosa; cuanto ese cotejo entre los elementos se mantiene a lo largo de siglos, se potencian ambos adjetivos, provocando que la tarea se vuelva más ardua si bien, paradójicamente, más estimulante. Las sociedades se han dotado de un ordenamiento jurídico o han reconocido alguno por ser el que mejor vierte sus más profundas concepciones religiosas, culturales, sociales o políticas. Cuando analizamos normas concretas o regímenes propios de determinados actos, negocios o contratos, nos es posible descubrir el poso de principios fundamentales, creencias religiosas, acervos que se han ido acumulando a lo largo de los años hasta desembocar en una regla determinada. Un ordenamiento determinado lleva impreso los valores más representativos de la sociedad en la que se aplica. El análisis de sus normas es casi imposible separarlo totalmente de los mismos. No obstante, nuestra tesis no tiene intención de ir más allá del aspecto más puramente jurídico de las instituciones que son su objeto. Las cuestiones filosóficas o teológicas subyacentes se tratarán en cuanto afecten directamente a la personalidad jurídica, sin valoraciones que excedan el mundo normativo.

En algunas civilizaciones, este esquema posee un punto de partida muy marcado que condiciona todo el desarrollo del derecho en la misma. En el caso de la islámica, la *Šarī'a* nace en el preciso momento de la revelación de *El Corán* a Muḥammad, fuente primigenia y esencial. Antes de continuar hemos de advertir que nada más lejos de nuestra intención la de elaborar un mini manual de ley islámica anexo a nuestra tesis; nunca alcanzaríamos la profundidad, brillantez ni excelencia de los trabajos escritos por arabistas insignes. Nos remitimos a la bibliografía citada, la cual, seguramente, no incluya algunos títulos de la excelente y numerosa producción de los últimos años, por lo que nos disculpamos de antemano. A partir de este momento, los estudiosos del derecho islámico, ulemas, alfaquíes, no tendrán como objetivo la creación de leyes, reglamentos u otras normas jurídicas, sino que su fin primordial o único será averiguar lo dispuesto por el único legislador: Allāh. En consecuencia, cada precepto será un reflejo de algún principio teológico o mandato divino. Esto no quiere decir que no descartemos observar otros elementos diferentes: preislámicos, influencias romanas, bizantinas o sasánidas, así como de costumbres presentes en algunas de las diversas regiones conquistadas por el Islam.

La nueva religión surgió en la década de 620 d.C. El Profeta nació en el año 570 y la hégira, que tradicionalmente marca el comienzo de la nueva era, se produjo en el 622¹. Paralelamente, Justiniano, vio la luz cerca de la actual Skopje en el 482. Este emperador bizantino será el impulsor de la mayor codificación del derecho romano, recogiendo el impulso obrado por las escuelas jurídicas de Berito (Beirut) y Constantinopla, el *Corpus Iuris Civilis*, completado entre los años 528 y 534. Esta obra se enmarca en su afán por restaurar la antigua unidad y grandeza del Imperio Romano². Esta intermediación entre la compilación justineana y la irrupción de la doctrina de Muḥammad, así como la rápida conquista por los seguidores de esta de gran parte de los territorios del Imperio Bizantino, ha fomentado las teorías sobre la influencia del derecho romano en la ley islámica.

Tampoco será de nuestro interés este alegado ascendente latino del *fiqh*. A lo largo de esta investigación, esta polémica irá apareciendo y desapareciendo cual Guadiana entre sus páginas; al fin y al cabo, nos encontramos ante un lugar común y un tema clásico en los estudios sobre la *Šarī'a*. Por un lado, no es posible abstraerse de esta conflictiva relación, por otro, como explicaremos en breve, ante la falta de referencias entre las obras de los *fuqahā'* sobre la personalidad jurídica, nos hemos visto obligados a elaborar un marco teórico y normativo que necesariamente parte de la labor de los jurisconsultos romanos. En cualquier caso, anticipamos nuestra postura sobre la cuestión, consistente en cierta crítica al enfoque de la misma, pues el

paralelismo tiende a realizarse desde una perspectiva global, mientras que aún queda demasiado camino por recorrer en instituciones concretas. De la misma manera, no hay que desdeñar que el flujo inspirador no tuviera una dirección contraria, desde el derecho islámico hacia ordenamientos herederos del romano. Esta materia excede de las posibilidades y ambiciones de esta tesis doctoral.

El tema de esta investigación, sintetizado en el título, implica un amplio número de materias conexas que nos obliga a conocer el *fiqh* de forma general. De una parte, la persona jurídica supone un campo de estudio suficientemente concreto y acotado; de otra, está relacionado con otros de manera tan estrecha que nos impele a analizarlos, al menos en cuanto de común tienen con nuestro objeto. Esta extensión horizontal, a lo largo del derecho islámico, hace que la persona jurídica pueda suponer una aportación transversal a este campo del arabismo. Relacionemos, sin ánimo de exhaustividad, algunos de los que surgirán en los próximos capítulos:

- La concepción de estado y pueblo. La distinción entre conjunto de creyentes y organización de los mismos; es decir, *umma* frente a Iglesia. En el mismo sentido, la regulación de las agrupaciones humanas a la luz del derecho: pueblos, tribus, asociaciones, sociedades, cofradías, familias...
- Los posibles intercambios entre ordenamientos coetáneos o sucesivos.
- La piedad propia de los derechos confesionales que se traduce en actos reglados jurídicamente: limosnas, legados, donaciones y fundaciones con fines piadosos, entre otros.
- La visión de la sucesión o transmisión *mortis causa* de bienes, derechos u obligaciones.
- La administración y los órganos según su situación jerárquica y competencial. Asimismo, la organización territorial de los estados tiene bastante que ver con los sujetos de derecho.
- El concepto de derecho subjetivo y de persona propio de cada sistema jurídico.
- Actos, negocios y contratos concretos conectados con nuestro tema central: donación, legados, testamentos, declaraciones de voluntad, sociedad, fundaciones.
- La reglamentación que cada pueblo, nación o sociedad establece sobre sus lugares de culto.
- Principios teológicos y jurídicos cuya aplicación práctica supone una modulación, en un sentido positivo o negativo, sobre la institución a la que consagramos estas páginas. Entre ellos podemos citar el *tawhīd* o la prohibición del riesgo y la usura.

Hemos expuesto que los ulemas apenas prestan atención a los sujetos de derecho, al menos, como un epígrafe independiente en sus obras. Desde el jurisconsulto Gayo, jurista de mediados del siglo II d.C.³, el estudio del derecho en nuestra tradición está marcado por la triple división entre personas, bienes y acciones. Definir el sujeto es algo consustancial a la ciencia jurídica occidental, indagando sobre su naturaleza, características; esta profundización en el mismo, ha conducido a la interrogación sobre la existencia en la realidad o por creación de la ley de entes diferentes al ser humano. Esta aproximación a la realidad es ajena a los alfaquíes, cuyos libros se dividen entre actos de culto y transacciones patrimoniales; en estas últimas, parten del contrato de compraventa y desde su régimen jurídico regulan el de los demás. En consecuencia, por mor de su planteamiento de inicio, de los sujetos les interesa su capacidad para llevar a cabo esos negocios de forma válida y eficaz, sin disquisiciones ontológicas sobre los mismos. Obviamente, estamos fijando algunas líneas generales donde las excepciones no son descartables.

Hoy en día todos, aunque seamos legos en derecho, tenemos una idea o concepto más o menos preciso sobre lo que es la persona jurídica. Si bien parece una obviedad, conviene recordar

que, en las primeras fases de la historia del derecho, la indagación teórica sobre la personalidad jurídica y su relación con la persona natural no se producía, sino que los profesionales del derecho intentaban responder a cuestiones en las que parecía que los seres humanos no eran los auténticos sujetos del derecho. Ha sido posteriormente cuando la ciencia jurídica ha desarrollado una teoría, más bien un amplio abanico de ellas, sobre la institución. Esta última fase está ausente en el *fiqh*. Es extremadamente insólito descubrir en alguna obra de derecho islámico referencias directas a la misma.

Esta laguna es la que nos ha encaminado hacia nuestro marco teórico. De esta manera, hemos imitado en la medida de nuestras escasas posibilidades, los principales hitos a partir de los cuales los juristas han ido construyendo los fundamentos de la personalidad jurídica. En cada paso, con el fin de establecer un paralelismo desde el primer minuto con la *Šarī'a*, procuramos descubrir esa misma senda entre las obras de *fiqh* que nos han servido de corpus.

Entre los hitos más destacados, no estaría de más anticipar algunos, en calidad de simple avance. Un lugar común que, directa o indirectamente, hace su aparición en los epígrafes de los distintos capítulos viene dado por los lugares de culto, en los que hemos detectado regulaciones singulares ya en Mesopotamia y que, tras su paso por el mundo heleno, Roma o Bizancio, nos hace confluir en la mezquita y su propio régimen jurídico. Otras paradas tienen en común su relación con el poder político: el propio estado (de tipo imperial, ciudades estado), la división geográfica del mismo -regiones, municipios, etc.-, agrupaciones sociales como la tribu. La sucesión por causa de muerte, así como contribuye a definir a un pueblo, cultura o sociedad, también está muy implicada en esta materia, ya que las incógnitas a las que se enfrentaban los juristas sobre la herencia supusieron que estos comenzaran a interpelarse sobre la existencia de sujetos diferentes a la persona natural. Los contratos de sociedad, en sus múltiples variedades, igualmente empujaron la exploración de este campo, pues los peritos jurídicos observaron que era posible superar la simple copropiedad por lotes o cuotas, derivando la titularidad hacia un ente nuevo independiente de los socios. No debemos abandonar esta deslavazada enumeración sin referirnos, no tanto a una institución jurídica sino a una motivación individual, fundamentada principalmente en creencias religiosas, que ha propulsado la búsqueda de herramientas legales para implementarlas: nos referimos a la caridad y la beneficencia. La piedad, esa virtud tanto cristiana como islámica y presente en épocas anteriores, ha movido a las personas a crear fundaciones o institutos asimilables con las que colaborar en solventar las necesidades del prójimo.

En primer lugar, hemos colocado el foco sobre estas figuras legales dentro de sus propios ordenamientos, observando embrionarias analogías con los textos de los alfaquíes. Esta misión ha sido a la que está consagrada el capítulo segundo. Hemos partido de aquellas culturas que, por proximidad geográfica, relaciones o influencia, son posibles de catalogar como antecedentes de la *Šarī'a*. Existe alguna alusión aislada a otras regiones, como puede ser la India, ya que se han documentado intercambios comerciales con las zonas del Sur de la Península Arábiga -los actuales países de Yemén y el Sultanato de Omán- desde épocas tempranas. No obstante, la falta de pruebas sobre aportaciones hindúes a la tradición jurídica árabe nos hace descartar una mayor dedicación. Dos civilizaciones cobran especial relevancia en este marco: Roma y Persia. Entre ellas, la literatura científica existente es abrumadoramente mayoritaria sobre la primera. En la medida de nuestras posibilidades, hemos tomado en consideración al derecho sasánida. No obstante, este es un campo en el que resta una gran labor investigadora por hacer. Por supuesto, ha cobrado un importante protagonismo la comparación entre algunos aspectos del derecho de la Iglesia y el *fiqh*. Por un lado, lo que los une, pues ambos parten de una revelación divina y poseen un sustancial carácter confesional, por otro, lo que es más relevante para nuestra tesis, lo que los diferencia, al menos, parte de esos distintos planteamientos teológicos. En primer lugar, la oposición entre la Santa Trinidad cristiana y el *tawḥīd* del Islam. Son dogmas que, si bien a primera vista tienen un carácter puramente teológico, se reflejan en las normas jurídicas relacionadas con la personalidad jurídica. Asimismo, la distinta forma de estructurarse ambas religiones -un Islam sin organizaciones

intermedias entre el dirigente supremo y los creyentes frente al mundo cristiano en el que el conjunto de los bautizados forman a su vez un ente independiente con su propia esfera jurídica: la Iglesia, dividida a su vez entre Iglesia universal e Iglesias particulares; la complejidad de órganos autónomos supera la religión musulmana. Esta parte se cierra con una alusión al régimen jurídico, propiamente islámico, nacido del rápido avance de las conquistas por los seguidores de Muḥammad: el botín y las tierras de *jarāy*.

Una vez rematado este híbrido entre un antecedente histórico y un marco teórico, procedemos a examinar las principales teorías y elementos sobre los que se alza el armazón del concepto sobre la personalidad jurídica; por supuesto, elegimos aquella definición que nos parece más adecuada para nuestra misión. Los autores debaten sobre si la existencia de esta institución se produce por una decisión de la ley o el derecho se limita a reconocer una realidad social preexistente. Uno de los criterios más significativos de clasificación de tipos de persona jurídica es aquel que separa los entes que surgen por la agrupación de seres humanos que deciden unirse para formar un sujeto independiente en defensa de sus intereses sociales (asociaciones), políticos (partidos) o económicos (sociedades), de aquellas compuestas de conjuntos patrimoniales personificados por el ordenamiento. La naturaleza del derecho de propiedad, entendido como el primigenio derecho subjetivo sobre el que se construyen los demás, y los tipos de titularidad configuran una materia cuyas trazas se encuentran en la concepción de la institución. ¿Se admiten sujetos diferentes de la persona natural como titulares de derechos y obligaciones? ¿Se conciben derechos que no tengan titular? Son cuestiones que marcan el camino hacia la definición de nuestro objeto de estudio. En este mismo sentido, hemos de acercarnos a los actos que constituyen con validez jurídica estos entes, entender su naturaleza y las relaciones que el derecho regula. Toda persona, física o no, expresa una voluntad de la que la ley deriva consecuencias jurídicas, ontológicamente, las personas jurídicas precisan un ser humano que actúen en nombre de estas, por lo que la teoría de la representación cobra un papel preponderante. Para cerrar este apartado, nos hemos visto obligados a aclarar instituciones tan cercanas que pueden confundirse, aún más en el caso del *fiqh*, y que es preciso delimitar para avanzar en un posible concepto islámico de la institución. Con el fin de compensar la marcada abstracción de este bloque, en cada paso que damos, hemos buscado textos de ulemas que ilustren la visión musulmana de los mismos.

La noción de la personalidad jurídica procede, emana y, por consiguiente, se encuentra íntimamente ligada a la de persona física; su régimen jurídico tiene como pilar una *capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección jurídica igual (salvo alguna especial excepción) a la atribuida a la persona natural*⁴, atendiendo a la definición que hemos seleccionado para nuestra tesis. Todos nuestros esfuerzos devendrían vanos sin una presentación sobre la idea de ser humano en la *Šarī'a*. Nos vemos obligados a avisar de que se trata de una aproximación meramente jurídica. El Islam, en virtud de su calidad de sistema religioso complejo, ofrece su propia concepción ontológica del hombre. Nuestra finalidad, como no podría ser de otra manera ante nuestras limitaciones en el campo de la Teología y la Filosofía, no sobrepasa las fronteras de aquello que los ulemas regulan en sus obras de *fiqh*. Este concepto jurídico de persona es el que hemos intentado plasmar en el capítulo cuarto. Asimismo, el esclarecimiento de las características, requisitos y elementos esenciales de los sujetos de cada acto, negocio o contrato exigidos por los *fuqahā'* nos revelará información esencial sobre la forma en la que abordan los desafíos concretos implícitos en aquellas relaciones y situaciones de derecho en las que el ser humano no es el protagonista.

Estos tres capítulos componen el contexto teórico previo al examen de las instituciones islámicas concretas y su encaje en la persona jurídica. Con ellos, hemos procurado enmarcar las vicisitudes históricas y teóricas que han afectado a esta figura, por supuesto de forma muy sintética, a lo largo de su devenir durante siglos por los tratados de los jurisconsultos que se han detenido en

su investigación. A partir de ese momento, tornaremos hacia ejemplos concretos y reales que aparecen en las obras de los alfaquíes a los que hemos acudido. Sobre lo que en los libros se establece, pretendemos colocar el molde de la definición del jurista De Castro. Con el fin de facilitar esta labor, aplicamos una sistemática que, entendemos, allana el camino para un mejor seguimiento, tanto por el lego en derecho, como el especialista, así como por el arabista como por quien desconozca el idioma.

El capítulo quinto se ocupa de las uniones de personas naturales, seres humanos que aúnan sus trabajos, capitales, esfuerzos en pos de la defensa de un interés común. De la misma manera que el siguiente, estas agrupaciones se dividirán a su vez entre aquellas ordenadas por la autoridad política o surgidas de esta y las que aglutinan a individuos desprovistos de cualquier aura de poder, ejerciendo una capacidad igual a la de cualquier otro de su entorno. De una forma muy rudimentaria, con falta de todo el rigor preciso y con cierto anacronismo, pero que nos aporta una idea previa para situarnos, nos referimos a la distinción entre derecho público y privado. Entre las primeras, nos acercamos a la *umma*, las tribus, clanes, la familia, las divisiones administrativas territoriales -provincias o ciudades-, algunos órganos administrativos como los registros, los consejos -derivados de aquellos tribales que asesoraban al *šayj*- y el *maylis-l-mazālim*, en principio concebido como una segunda instancia judicial. Por lo que al mundo privado se refiere, nos centramos en los beneficiarios de los habices, cuando estos están fundados en favor de grupos de hombres, determinados o no, y las sociedades o contratos patrimoniales colaborativos; a lo largo de la tesis, se mencionará y destacará la ausencia de asociaciones y gremios, para los que el *fiqh* no ofrece una reglamentación específica.

El siguiente capítulo acogerá a los conjuntos de bienes. La misma división entre lo público y lo privado regirá el transcurrir de sus epígrafes. Entre los que están marcados por la autoridad, se analizarán la *bayt al-māl* o tesoro público, el botín antes de su reparto o las propiedades públicas. En el ámbito particular de las personas físicas, únicamente nos topamos con el caudal sucesorio antes de ser entregado a los herederos.

Este recorrido por las instituciones nos guía a la que es, quizás, la figura puramente islámica con un mayor éxito en la historia del *fiqh*: el *waqf*, *hubs* o su traducción al español de bienes habices. Hasta tal punto su transcendencia para nuestro estudio se observa *a priori* que algunos arabistas que lo han abordado utilizan el término fundación, la persona jurídica de base patrimonial por excelencia. Este hecho, unido a su pervivencia casi sin modificaciones esenciales en los ordenamientos árabes e islámicos contemporáneos, nos invita a realizar una investigación pormenorizada sobre el mismo, dedicándole un capítulo propio.

A partir de esta investigación institución a institución, nos han ido surgiendo interrogantes y principios teológicos y jurídicos cuando concluíamos sobre la subsunción o no de cada una a la categoría que da título a nuestra tesis. En consecuencia, hemos visto la necesidad de incorporar un espacio reservado a aquellos fundamentos religiosos y de derecho que dejan su impronta en las instituciones analizadas. Este capítulo específico representa la antesala de las conclusiones.

Antes de ceder la palabra la investigación, conviene aclarar algunos puntos sobre la metodología aplicada para llevarla a cabo. Hemos advertido al principio que nada hay más lejos de nuestro propósito que la elaboración de un tratado de derecho islámico más. La persona que no esté versada en el *fiqh* tiene a su disposición una bibliografía bastante representativa de la misma. No obstante, la mayoría de las cuestiones que consideramos imprescindibles, tanto en lo relativo a la ley islámica como a los términos jurídicos en general propios de esta o de otra cultura legal, son aclaradas en su momento para que no se pierda el hilo de la argumentación. Sin embargo, algunos datos previos no pueden ser obviados.

Los alfaquíes musulmanes suelen adscribirse, convencionalmente tanto por el arabismo como por ellos mismos, en cuatro escuelas ortodoxas: *ḥanaḥī*, *mālikī*, *ḥanbalī* y *šāfi'ī*. Hubo otras, hoy extinguidas, como la fundada por al-Awza'ī o la *zāhirī*. El Islam *ši'ī* dispone sus propias corrientes jurídicas. Si bien las diferencias entre las mismas no suelen ser esenciales ni profundas, sí establecen soluciones distintas en algunas materias. Salvo el chiismo o la escuela *zāhirī*, hemos acudido a juristas de todas esas posturas. No obstante, por su importancia histórica y su extensión en el mundo islámico, nos hemos decantado por incluir un mayor número de textos *ḥanaḥīes* y *mālikīes*. Esta elección en el campo del derecho islámico clásico la hemos mantenido en la actualidad. Así, salvo excepciones, acudimos a la legislación vigente en el momento de la redacción de esta tesis a dos países árabes que muestran con orgullo la influencia de los discípulos de Abū Ḥanīfa y de Mālik b. Anas: los Reinos de Jordania y Marruecos respectivamente. Entre medias, también nos hemos servido copiosamente de la codificación que, en el siglo XIX, el Imperio Otomano realizó del *fiqh ḥanaḥī*: la *Maḡalla*. Este debate jurídico entre las corrientes nacida una en Medina y la otra en los territorios del actual Iraq ha resultado ser un humus muy fértil que, en especial en lo referido a los bienes habices, ha encauzado nuestro andar con los desafíos que la tesis nos ha confrontado.

Asimismo, este método, basado en las obras de los *fuqahā'*, lo hemos condimentado con obras de sabios musulmanes de otras áreas de conocimiento alejadas del *fiqh*. En primer lugar, nos acercamos a los cronistas e historiadores. Algunos, como al-Ṭabarī, eran grandes polifacéticos y con un conocimiento humanista muy amplio; fue el autor de una magna historia de la humanidad, un libro de *tafsīr* o exégesis coránica y también de derecho, sobre las diferencias entre los alfaquíes. Estas aportaciones nos regalan datos magníficos sobre el devenir histórico de las instituciones y nos documenta la forma en la que fueron implementadas. Por otra parte, con una función no demasiado alejada de la anterior, transcribimos fragmentos de algunos de los más famosos viajeros islámicos; en sus descripciones aparecen a menudo múltiples referencias a la aplicación práctica de normas jurídicas que hemos analizado previamente según lo establecido por los ulemas. Estos vívidos cuadros nos aportan una visión más realista de las disquisiciones jurídicas. Otro elemento, algo más inclasificable, radica en los *Prolegómenos* de Ibn Jaldūn; de este extraemos trascendentes reflexiones filosóficas, políticas y sociológicas sobre temas que abordamos en nuestra tesis. Otro tanto ocurre con Averroes, del que tomamos su obra jurídica y no filosófica; sin embargo, su capacidad didáctica y su hábito de la indagación propia de la Filosofía provoca que su libro sobre cuestiones de derecho destaque por la claridad expositiva y su capacidad para extraer principios y causas de las diferentes opiniones de las escuelas jurídicas islámicas. Finalmente, nos hemos hecho eco de la legislación, desde el siglo XIX hasta nuestros días, sobre las que observar el régimen jurídico de cada una en el derecho positivo. Algunos libros de investigadores musulmanes actuales coronan nuestros análisis. La visión de estos especialistas, tratando de conservar la tradición recibida, buscan adaptar las normas a la sociedad actual, nos permiten incluir una postura interna, a veces crítica, a veces justificadora y otras proselitista, que contraste con nuestra perspectiva exógena.

Con el fin de simplificar la lectura y el seguimiento de la investigación a lo largo de toda su extensión, hemos proseguido con la misma estructura en el análisis de las instituciones. El esquema responde a un orden que consideramos más racional.

Se suele comenzar el epígrafe con una pequeña introducción acerca de la cuestión o institución a la que va a estar dedicado. En virtud del marco teórico y la metodología fundamentalmente cimentada en el derecho comparado, se parte de la doctrina occidental o romana y su configuración en la misma, de forma lo más escueta que su comprensión permita; todo ello, se justifica con la bibliografía pertinente.

El siguiente paso se materializa en la selección, transcripción, traducción y comentario de aquellos textos de los ulemas que, a nuestro parecer, mejor ilustran la postura o posturas del *fiqh*

sobre la materia que estemos abordando. En el caso de existir, el texto inicial habitualmente consiste en algún hadiz de Muḥammad colocado como pilar del régimen jurídico en concreto. Por lo que a las aleyas coránicas se refiere, las atendemos en función de su aparición en las obras de los juristas que apoyen su regulación acerca de las mismas.

Continuamos, con el fin de contrastar los regímenes jurídicos abstractos extraídos de las obras jurídicas, con las crónicas históricas y las descripciones de algunos de los más famosos viajeros musulmanes medievales. Al poner en contexto la regulación legal con la realidad social que nos muestran, los resultados que se desprenden de la investigación quedan potenciados y perfeccionados. Gracias al aporte que este tipo de enfoque nos permite, seremos capaces de comentar una de las grandes carencias que proverbialmente se atribuye a la *Šarī'a*: su desconexión con los cuestiones cotidianas de las personas y su rigidez a la hora de asumir los cambios sociales.

Confrontamos las reflexiones a las que nos hayan conducido las fuentes anteriores con el derecho positivo, tal y como se entiende en nuestra cultura jurídica: derecho promulgado válidamente. En primer lugar, por su orden cronológico y su naturaleza de compilación de las normas establecidas por los seguidores de Abū Ḥanīfa, examinamos numerosos artículos de la *Maḡalla* otomana, mediante la cual el Imperio Otomano quiso reavivar la ley islámica en el siglo XIX a través de la codificación de normas *ḡanaftes* según el modelo de los códigos civiles europeos⁵. No obstante, también queda reflejado en nuestro trabajo algún proyecto legislativo, con la misma intención que el turco, pero que nunca estuvo vigente y aplicable como la *Maḡalla*.

Finalmente, también nos hacemos eco de monografías elaboradas por especialistas árabes contemporáneos; en estas, ganamos una perspectiva actual de las cuestiones que tratamos. A pesar de no poder catalogarse de fuentes de *fiqh*, hemos respetado los textos originales en árabe que hemos seleccionado y traducido. De esta manera, consideramos que ponemos a disposición de los especialistas una herramienta adecuada para que juzguen y comenten las conclusiones que extraemos. En nuestra opinión, la redacción original en la que fueron escritos resulta esencial para su comprensión.

Advertimos que todas las traducciones del árabe han sido realizadas por quien esto suscribe, salvo aquellas que expresamente se indique, mediante la correspondiente nota, quién ha sido el autor de la misma.

Sin más dilación ni rodeos, sirvan estas pocas páginas de presentación de la tesis, procedemos a comenzar el estudio en sí de la persona jurídica tal y como se desprende de las obras de los ulemas musulmanes.

2 Orígenes

El derecho islámico se significó porque unas de sus fuentes primarias (así como la más empleada para introducir innovaciones), el hadiz, estaba abstraída de su origen. Los dichos del profeta, más o menos veraces (los juriconsultos crearon desde muy temprano una ciencia dedicada a su criba), se nos presentan desnudos de todo adorno o acompañamiento que permita rastrear sus huellas⁶: sus enunciados no posibilitan deducir con facilidad su devenir histórico. Y su fuente del derecho por excelencia, *El Corán*, es considerado un texto revelado, transmitido por la Divinidad a Mahoma, inmutable y ajeno a cualquier obra humana.

En este orden de cosas, la tentativa de hallar las ascendencias de cada una de las instituciones jurídicas musulmanas tropieza con numerosas piedras en el camino. A esta dificultad se añade la polémica sobre su relación con el derecho romano, donde los componentes ideológicos y de credo priman sobre los académicos. Los autores musulmanes, así como bastantes orientalistas, niegan rotundamente cualquier influencia, mientras que los juristas europeos y algunos arabistas le imputarán el ser un mero calco o transcripción. Por un lado, se pretende minusvalorar al *fiqh* y, por el otro, ensalzarlo tanto, hasta elevarlo a un nivel de pureza que niegue cualquier elemento extranjero en su interior, afirmando una radical novedad y peculiaridad desconocida en la Historia, general y del derecho. En este trabajo, se intentará huir de cualquier atisbo de dogmatismo. En nuestra opinión, se han publicado demasiado desde una perspectiva general, comparando los dos ordenamientos globalmente; quizás, fuera de más utilidad examinar contratos u otros negocios jurídicos^a concretos, al objeto de ir escalando paulatinamente y extraer conclusiones más fiables. Es decir, nuestro objetivo consistirá en un examen de figuras concretas, aquellos que el derecho considera dignos de regulación, sin deducir hipótesis generales sobre grandes aspectos jurídicos como la persona, teoría de las obligaciones, propiedad, o hallar interdependencias genéricas.

A pesar de las trabas, sí se intuyen un influjo foráneo en muchos de sus institutos jurídicos, tanto desde un punto de vista positivo (recepción de elementos extranjeros), como negativo (reacción contraria a la solución creada en otro ordenamiento al que se tacha de contrario a los principios inspiradores o a los principios divinos). Así, Raymond Charles afirma que el derecho islámico tiene como base la costumbre árabe con influencias persas, judaicas y cristianas⁷. Más o menos, el orden que se seguirán en este capítulo. En esta obra se tratará de subrayar estos nexos entre la personalidad jurídica, si es que fue conocida en sí misma como así sostengo, o al menos en cuanto a parte del contenido del instituto, en el *fiqh* y ese concepto jurídico en otras culturas con las que sea posible establecer conexiones; mantenemos que el derecho islámico sí elaboró soluciones similares al del derecho occidental ante algunos problemas, no todos, a los que este se tuvo que enfrentar, pero lo hizo con una perspectiva propia y en un ámbito más reducido. La misión de esta comparación no viene justificada únicamente en descubrir pretendidas raíces; como ya hemos visto con anterioridad, la equivalencia entre palabras técnicas de diferentes lenguas suele ser discutible: la expresión persona física o jurídica, y la realidad por ellos aludidas como sujetos de derecho, esta es la tesis que defendemos, no se topa enfrente a un paralelo en los escritos de *fiqh*. Aunque sea anticipar los argumentos de la tesis, el derecho islámico apenas presta atención al sujeto de derecho más allá de su capacidad para efectuar actos jurídicos con eficacia. Además, no hay que obviar que la idea de personalidad jurídica se ha construido en el marco del derecho occidental, tributario del romano, a lo largo de los siglos evolucionando desde él, y, aún hoy en día, no existe un mínimo consenso sobre su verdadera naturaleza y alcance; nos vemos obligados a desmenuzar cada una de

a Se emplea la expresión negocio jurídico, sin entrar en disquisiciones de teoría del derecho, por ser referida a una realidad más amplia que la más común de contrato.

sus características, según las diversas teorías, con el fin de comprobar si están presentes en algunas figuras propias del derecho musulmán. Las realidades a las que se enfrentaron estos estudiosos han sido similares: necesidad de cooperación entre varias personas, un conjunto de individuos dotados de cierta unidad, conglomerados patrimoniales cuya singularidad propia inclina a tratarlos como un todo, núcleos de imputación de obligaciones y derechos diferentes del ser humano, etc. Sin embargo, debido a factores religiosos, culturales, sociológicos, históricos o de otra índole, las soluciones adoptadas no fueron coincidentes en muchos casos y sí en otros. En este último supuesto, habría que discriminar si nos topamos con una mera coincidencia, o, por el contrario, ante la adopción de una solución ya fijada en el ordenamiento de otra cultura.

- Organización política. Antes de la aparición del Estado, en la evolución jurídico-antropológica nos topamos con las sociedades de lo que, siguiendo la terminología de algunos autores, podría denominarse sociedades de jefatura (las tribus constituirían un ejemplo). Aquel se distinguiría de esta por la presencia de una organización burocrática formalizada⁸. El interés de esta tesis sobre el Estado es meramente instrumental, a modo de ejemplo de producto y creación humana, dotada de personalidad jurídica, sin tratar de analizarlo o definirlo, ya que incluso algunos de sus estudiosos niegan la posibilidad de hacerlo⁹. Existe cierto acuerdo entre la doctrina en afirmar que las ciudades-estado mesopotámicas alcanzaron el estadio estatal. En cuanto a los árabes, no sucede así. Las tribus de la península, salvo excepciones como los diferentes reinos de Yemen (Saba', Ḥimyar, etc.) o los aliados de bizantinos y sasánidas, no instituyeron estructuras estatales: un jefe tribal¹⁰ a la cabeza del grupo, quizás apoyado por un consejo¹¹. Se observan grupos que alcanzaron a crear reinos, sin que su estructura culmine en una estructura típicamente estatal. Por ejemplo, citemos a los nabateos, gobernados por reyes cuyo comportamiento era más típico de beduinos árabes¹². Esta misma idea de monarquía cercana al *šayj* árabe está defendida por Philip C. Hammond¹³. La figura del jefe tribal o del héroe beduino y la pervivencia de sus valores se rastrean, aún, en la España musulmana¹⁴. Aunque suponga adelantarnos en este recorrido, este armazón social no difiere en demasía de los lazos sociales de origen germánico de la Europa medieval durante la edad media, de ahí que el contrato de *bay'a* (بيعة) islámico se asemeje a los pactos de fidelidad entre el gobernante y los principales de sus súbditos. Los conflictos, tanto intratribales como sobre todo exotribales, se solucionaban a través del arbitrio de una persona con el suficiente prestigio, el *ḥakam*¹⁵, al que las partes se sometían voluntariamente, sin que de él se derivara ninguna institución permanente.

2.1 La influencia de los derechos mesopotámico, hebreo y árabe preislámico. El mundo semita, Mesopotamia, hebreos y árabes

Uno de los orientistas clásicos, investigador de la Historia del Derecho en Oriente Medio, el profesor italiano Nallino, afirmaba que el derecho semítico era el origen común arcaico del que derivó la legislación de Hammurabi, mosaica y de las XII Tablas, encarnando Babilonia la antigüedad árabe¹⁶. Tal aseveración, bastante arriesgada en lo referido al derecho romano, suena armónica en cuanto al sustrato jurídico donde brotó el derecho islámico¹⁷. Los árabes, por cultura, idioma o, por qué descartarlo, origen étnico, han sido tradicionalmente encuadrados dentro de la civilización semítica. Esta personalidad se rastrea en todas las dimensiones: religiosa, idiomática o lingüística, artística, social, política y un largo etcétera y, dado el cariz de esta investigación, también en el ámbito jurídico.

Es posible encontrar institutos legales en la *Šarī'a* cuyo origen, o al menos precedentes, se rastrean en el derecho mesopotámico. Veamos algunos ejemplos significativos, en los que

carecemos de ánimo de exhaustividad alguno, comenzando por aquellos más directamente vinculado con nuestro objeto de estudio:

- El comercio formaba parte de la vida económica de esta sociedad. En esta zona geográfica, las caravanas y el comercio fluvial eran frecuentes y el volumen, complejidad y riesgo del tráfico de mercancías demandaban la unión entre varios comerciantes que asumían los costes y repartían ganancias. La primera de esas sociedades de las que tenemos noticias¹⁸ es la formada por un socio capitalista (denominado *tamkārūm*) y un *šamallūm* (agente o viajante). El primero hacía entrega de un capital compuesto por dinero o diversos bienes) al segundo para que este tratara con esos productos, consiguiera un beneficio y devolviera, dobladas, las ganancias a su asociado. Esta somera síntesis, contiene los elementos básicos del contrato de *muḍāraba* o *qirāḍ* (مضاربة أم قراض)¹⁹, profusamente tratados por los juristas musulmanes. Aunque tenga dedicado un epígrafe propio en esta tesis, conviene adelantar que es un tipo de sociedad en el que una de las personas aporta bienes y la otra, trabajo y acuerdan el reparto de beneficios. En su momento abordaremos la cuestión de sus elementos constitutivos, requisitos y efectos jurídicos, pero no es superfluo subrayar la similitud técnica. El comercio a gran escala precisa, por un lado, un patrimonio suficiente que intercambiar, y, por otro, especialistas que negocien con él y sean capaces de obtener beneficio. Este contrato, tanto en Mesopotamia como para la *Šarī'a*, en ningún caso crea una unión, capital o responsabilidad propios y diferentes de los miembros, frente a terceros (de los tratos que el socio, llamémosle trabajador, concluía era responsable él mismo, sin que los demás fueran conscientes de estar negociando con más personas): siguiendo a Federico Lara Peinado, los bienes que se entregaban al agente pasaban a su propiedad quien respondía personalmente frente a los comerciantes ajenos a la sociedad. El mercader, sin posibilidad de inmiscuirse en la gestión del agente, únicamente tenía derecho a la ganancia. Se trataba de un nexo entre dos partes sin visibilidad exterior. Si bien es cierto que nos ubicamos en un período inicial de la historia y, tal vez rudimentario, no debemos perder la perspectiva. Esta unión, como hemos señalado, con pequeñas modificaciones, ha estado presente en el mundo islámico, Europa medieval y ha llegado hasta nuestros días. Hemos tomado ejemplos del derecho islámico clásico, pero aún en el siglo XX, la *Mayalla*²⁰ otomana (vigente en Jordania hasta épocas muy recientes²¹), reglamenta este instituto de una manera muy semejante; el contrato no genera un sujeto jurídico distinto a los socios. La tradición occidental conoce esta asociación comercial como comandita. El Código de Comercio vigente en nuestro país dedica los artículos 145 a 150 a este tipo²². El precepto incluido en el artículo 148 evidencia esta coincidencia: “*Todos los socios colectivos, sean o no gestores de la compañía en comandita, quedarán obligados personal y solidariamente a las resultas de las operaciones de ésta, en los propios términos y con igual extensión que los de la colectiva, según dispone el artículo 127. Tendrán, además, los mismos derechos y obligaciones que respecto a los socios de la compañía colectiva quedan prescritos en la sección anterior. La responsabilidad de los socios comanditarios por las obligaciones y pérdidas de la compañía quedará limitada a los fondos que pusieren o se obligaren a poner en la comandita, excepto en el caso previsto en el artículo 147. Los socios comanditarios no podrán hacer acto alguno de administración de los intereses de la compañía, ni aún en calidad de apoderado de los socios gestores*”. A diferencia, en función del estado del conocimiento actual, del antecedente mesopotámico donde el socio comanditario no respondía personalmente frente a terceros, tanto el *fiqh* como el derecho positivo español, configura una responsabilidad solidaria entre todos los socios. La garantía de los terceros aumenta. Frente al exterior, se consolida la posibilidad de cobro, pero en ninguna de las tres normativas se limita la responsabilidad de los comerciantes al capital social y separado del de los integrantes (circunstancia que promovería la actividad comercial), pues ninguna de

las tres establece que el contrato cree un ente que se convierta en centro de imputación de derechos y obligaciones. Esta idea irá surgiendo en el transcurso de los capítulos: la dicotomía y el combate entre los principios morales y las necesidades económicas que crearían confusión sobre la figura de la personalidad jurídica en el derecho islámico y en cualquier otro. Por un lado, las exigencias del comercio que provocan una búsqueda de la limitación de la responsabilidad del comerciante, que le anime en su negocio, y, de otro, la imposición ética del pago completo de las deudas. Aunque el mundo entre los ríos Tigris y Éufrates era básicamente urbano, donde florecieron un buen número de ciudades-estado, y la Península Arábiga, en su mayor parte, estaba habitada por tribus nómadas con escasa urbanización, el comercio caravanero comunicaba ambos espacios y requería el surgimiento de negocios jurídicos de esta índole. En este sentido, otras civilizaciones semitas posteriores, como los reinos nabateos²³ y de Palmira, colocaron a esta actividad como centro de su vida económica²⁴.

- La familia. Atendiendo a lo expuesto por el Federico Lara Peinado²⁵, la familia, no cada uno de sus individuos, era propietaria de las tierras dentro del régimen jurídico de Hammurabi, constituyendo lo que este autor denomina *unidad jurídico-económica autónoma*. En todas las sociedades, con independencia de carácter agnaticio o cognaticio y la amplitud de sus límites, resulta una unión básica, que no siempre se ha traducido en un reconocimiento como sujeto jurídico económico autónomo. A su debido momento, se descubrirá que el *fiqh*, aun valorando el Islam los lazos de parentesco, se caracteriza por una inclinación individualista. Esto es así, en cuanto a reconocer a la familia como un todo jurídico que ejerce derechos y soporta obligaciones de manera independiente de sus miembros. Social y religiosamente, el valor de la misma es muy elevado. Algunos estudiosos comentan que la clase social estaría determinada por el linaje, no por la posición de tierras o la riqueza, es la adscripción a una familia el factor determinante, la organización tribal nos daría la clave de esta estructura²⁶. Otro fenómeno al que habría que señalar, en este momento, viene constituido por la regulación de la compensación por delitos de sangre, *diyya* en árabe, en algún supuesto, se considera responsable a los parientes agnaticios (*āqila*) del culpable. Este grupo familiar soporta sobre sí las obligaciones derivadas del delito cometido por uno de sus miembros. Esta norma ya se producía en el mundo preislámico y fue fijada por los jurisconsultos desde el nacimiento del *fiqh*²⁷.
- La tribu. La sociedad árabe gira entorno a la tribu, una institución compuesta por un conjunto de individuos con un antepasado común, donde el individuo se veía absorbido²⁸. En este sentido, no únicamente se diluía en el interior del grupo, sino que fuera de él carecía de protección, pues no estaba asegurada por un poder central²⁹. Este grupo, cuya cohesión variaba en el espacio y en el tiempo, poseía tierras³⁰. El territorio de pastoreo, para el comercio o donde ejerce su poder, no obra en manos de los componentes en sí mismos, aisladamente considerados, sino que, con cierta abstracción, se reputa del **colectivo**. El mundo islámico, políticamente hablando, se originó en un ambiente tribal del cual, sin solución de continuidad, se vio obligado a conformar un estado cuya extensión desbordó con creces los estrechos límites de la Península Arábiga³¹. De la cultura del héroe y del *šayj* como líder a modo de un primus inter pares³², debió surgir una real jefatura de estado. En este sentido, tras la hégira, no es de extrañar que entre las escuelas en las que se dividió el derecho sunní, la *mālikī* fuera la gran mayoritaria en el mundo árabe³³, pues, en palabras de algunos autores, se caracterizó por un *humanismo tribal*³⁴ y estaban más apegados a la tradición³⁵; las otras acogieron más elementos foráneos. Por último, se precisa reseñar que la frontera entre tribu y familia se difumina un tanto. El linaje, si bien no es tenido en cuenta como centro de imputación jurídica, sí marcará y será tenido en consideración en la reglamentación

de varias instituciones como la herencia o el *waqf*³⁶. Los clanes familiares continúan componiendo un pilar esencial de algunos estados árabes³⁷, donde sus sociedades están integradas por esta pieza: su engranaje sociopolítico sigue necesitando de este instituto. Estos clanes siempre estuvieron conectados a través de las rutas comerciales con regiones más desarrolladas: Siria mesopotámica y bizantina, Imperio aqueménida y sasánida, Yemen.

- Tras reseñar la colaboración entre individuos en el tráfico de bienes, restan otras vertientes del derecho privado patrimonial en las que cabría vislumbrar ciertas entidades con singularidad jurídica particular en este mundo semita:
- Hasta ahora, nos hemos centrado en aspectos que, en el lenguaje técnico actual, se enmarcarían dentro del derecho privado; es decir, aquella rama jurídica interesada en las relaciones entre sujetos con independencia de la organización política en la que se desenvuelvan. Es hora de tomar en consideración las estructuras de poder. Uno de los rasgos principales que distinguen al Estado, como tipo de organización social, es poseer una esfera jurídica propia, independiente de las personas que ostentan la autoridad en cada momento sobre el resto de la comunidad.
- Por último, no deberíamos abandonar este apartado sin anotar algunas características del derecho *hammurabiano*, si se permite este neologismo, a modo de precedentes de algunas reflexiones futuras. En las ciudades estados de la región, la legitimidad del poder partía de una decisión de la divinidad y se acompañaba de una aclamación popular³⁸. Este procedimiento de nombramiento de la máxima autoridad no será muy opuesto a lo que los juristas musulmanes denominarán contrato de *al-bay'a* sin que nunca se impusiera del todo un modelo dinástico. O también a los sistemas electivos de los reyes germánicos, o, incluso del primer rey romano, de los emperadores romanos y bizantinos. Complementado esta idea, se ha querido barruntar cierta complejidad en diversos órganos sumerios: tribunales pluripersonales, ciudades con asambleas de ciudadanos, los cuales habrían superado el estadio de la unipersonalidad, para acercarse a una cierta colegialidad³⁹. Provoca curiosidad y entreabre una línea de estudio el paralelismo entre las ciudades-estado florecientes entre el Tigris y el Éufrates con las polis griegas. En el estado del conocimiento actual, al contrario que con sus homólogas helenas, la presencia de una íntima unión entre monarquía y deidad en las ciudades sumerias y acacias⁴⁰ no autoriza a aventurarnos sobre la posible concepción de las mismas como sujetos jurídico-políticos reconocidos por el Ordenamiento. Los textos nos inclinan a concluir en una identificación entre monarca y ciudad. No se cuestiona, por la doctrina histórica y jurídica que las ciudades grecorromanas, tanto los meros municipios como aquellas que se convirtieron en Estado, disfrutaran de una estatus análogo a lo que juzgamos hoy como persona jurídica, pues casi existe unanimidad en considerar que así fue. Antagónicamente, el derecho islámico desconocerá cualquier autonomía jurídica a las urbes⁴¹. Uno de los propósitos de esta tesis reside en dar respuesta a esta falta de complejidad estructural en el sistema de poder político musulmán. ¿Es posible hablar de una ausencia total de elementos intermedios entre la cúspide de poder y la sociedad portadores de derechos y obligaciones jurídicas en el *fiqh*? ¿Por qué, en una sociedad tan urbana como la islámica⁴², la ciudad es relegada al ostracismo como sujeto jurídico? Son cuestiones sustanciales a esta investigación que aflorarán en capítulos siguientes.
- Organización financiera. Carecemos de normas específicas de los distintos Estados mesopotámicos que regulen el instituto del tesoro, como erario público propio del Estado, diferente al patrimonio personal del rey-sacerdote. Conocemos que su figura concentraba

funciones de culto, jefe de estado y juez⁴³. De esa manera, Hammurabi ejerció un poder teocrático⁴⁴. Sin embargo, únicamente intuimos una confusión entre su patrimonio y el del Estado, sin que quepan afirmaciones demasiado fundadas.

Por lo que respecta al mundo hebreo, además de compartir la familia semita, en la legislación mosaica, obviamente existen paralelismos que pudieran estar basados en préstamos culturales, similitudes o meras casualidades que desembocan en soluciones idénticas para las mismas cuestiones. La determinación en cada caso del origen de las coincidencias supera el fin de esta investigación. Sin embargo, una breve parada en el tema no es baladí, aunque no llegue a rozar los límites de la categoría de antecedente en casi ningún caso:

- Ambos ordenamientos dimanar de la divinidad, para sus fieles, poseyendo un carácter sacro
- El Talmud como colección de respuestas jurídicas de los rabinos, se amoldan al modelo de los *responsa* romana y la fetua islámica⁴⁵. En esta dimensión, la interpretación de los textos sagrados utilizara herramientas similares (analogía, etc)⁴⁶.
- Común carencia de jerarquía entre los tribunales⁴⁷. Habría que exceptuar la cuestión del tribunal de las injusticias (*maʿylis-l-mazālim*), que será abordada en su lugar oportuno.
- El contrato de colaboración entre comerciantes que hemos visto en el derecho mesopotámico tiene su correlato en el Talmud, *shutafut*, en hebreo.⁴⁸ No se poseen datos sobre el grado de personificación a que diera lugar dicho negocio jurídico, aunque, ante la falta de pruebas y teniendo en cuenta la familia jurídica del ordenamiento y la época del mismo, lo más probable es que no creara ningún ente ajeno a las partes intervinientes.
- No es descartable aludir a la división del derecho de propiedad que se entrevé en el derecho talmúdico, al tratar la compraventa como una cesión del goce y disfrute⁴⁹. El derecho islámico parte de un derecho de propiedad bifronte: la nuda propiedad o propiedad directa, por un lado, y el usufructo o dominio útil por el otro. Los juristas árabes hablan de *raqaba* y *manfa'a*. Al ser un tema que retomaremos en su momento, adelantaremos que la traducción no está clara, aunque nos inclinamos por relacionarlo con el derecho de enfiteusis, más que con el de usufructo. Asimismo, esta separación incide en dos aspectos fundamentales: desde el punto de vista teológico, se tiene a Dios como único propietario real y al hombre como su usufructuario o censitario, lo que, unido a otros factores, será un obstáculo en el desarrollo de asociaciones, sociedades o corporaciones de individuos; patrimonialmente, permitirá un tipo de explotación de los bienes que no alienta la creación de entes distintos a las personas físicas.
- El paralelismo existente entre estas dos religiones monoteístas en la concepción de la sociedad resulta llamativo. El pueblo judío, al igual que la comunidad musulmana, es una colectividad gobernada por Dios. En el caso hebreo el momento fundacional fue la Alianza del Sinaí⁵⁰, en el caso de la *umma*, la revelación a Muḥammad. La relación entre Dios y los creyentes será más inmediata, pero, a su vez, más difusa y el conjunto de estos resultará menos estructurado, sin una frontera clara entre el todo y las partes, a diferencia de la comunidad en la otra religión monoteísta, el cristianismo, donde la asamblea de fieles, Iglesia, formará un ente más complejo y distinguible de cada uno de los miembros: noción del cuerpo místico. También, el deslinde de la Iglesia y el poder político comenzará a aclararse desde un primer momento (Mt. 22,15-21).
- Aunque de forma no demasiado explícita, para los judíos el templo era casa de Dios, al igual que para los mesopotámicos (1º Rey, 1,1. 2º Mac, 35); el término lingüístico para mezquita en árabe no posee dicha acepción de casa⁵¹, aunque no es menos cierto que léxicamente alude a un sitio concreto donde el fiel se prosterna. Sí es útil para apoyar la tesis del espacio físico concreto del que parte del derecho islámico, cuya abstracción no borrará del todo esa procedencia.

- El contacto entre hebreos y árabes está constatado históricamente, tanto en las fuentes de estos como por autores occidentales⁵². Sin olvidar la relación entre ambos pueblos expuesta tanto en *la Biblia* como en *El Corán*, se puede afirmar un contacto sin interrupciones entre las dos sociedades a lo largo de muchos siglos⁵³.

Si aspiráramos a completar una continuidad histórica exhaustiva entre el mundo mesopotámico, y semita en general, y el derecho islámico, fracasaríamos. Es cierto, como hemos visto, que se reconocen algunos precedentes, pero faltaría una mayor profundización y una dedicación en exclusiva ajena al fin de esta investigación. Esta razón no es óbice para esbozar algunas pinceladas que contextualicen el estudio. Una vez culminado, nos dará una base sobre la que sustentar que la civilización islámica, surgida en la Arabia central de *Hiyāz*, no era ajena a las aportaciones de los pueblos de alrededor y que fue añadiendo elementos pertenecientes a los mismos. Los árabes ha sido un pueblo muy apegado a sus tradiciones, motivo por el cual todo el patrimonio consuetudinario acumulado a lo largo de los siglos será custodiado con especial celo⁵⁴.

El helenismo puso en contacto la cultura griega y el mundo semita⁵⁵. Aparecieron Estados, en sentido amplio de la palabra (no como término propio de la teoría política), fronterizos, geográfica y culturalmente, entre ambos ámbitos que canalizaron las influencias entre los dos mundos. En primer lugar, el reino nabateo, el cual terminó siendo absorbido por el Imperio romano como provincia de Arabia, a quienes guiaron en su expedición militar contra Yemen y Omán⁵⁶. Este flujo provoca la presencia de elementos de diversa ascendencia entre los nabateos; por razones evidentes, en la arquitectura destacan con menor margen de duda: en sus templos encontramos ingredientes asirios, fenicios, helenísticos, egipcios, mesopotámicos⁵⁷. Las rutas comerciales controladas por ellos facilitaban el intercambio de productos del sur de Arabia e incluso India y China con el Mediterráneo⁵⁸. Su religión también creció en contacto con los reinos tolemaicos y seléucidas⁵⁹. Desgraciadamente, no existen textos legales que apunten a este mismo carácter mestizo. No tenemos que desestimar o menospreciar su papel como hilo conductor entre el mundo griego helenístico y romano con el árabe semita. El tránsito de mercancías no es aséptico, con ellas viajan ideas, conceptos, conocimientos y en ambos sentidos, nunca unívocamente.

Con posterioridad, otro reino que desempeñó este mismo papel fue el fundado en la ciudad oasis de Palmira en el desierto sirio, tristemente famosa por la destrucción perpetrada por el Daesh. Otro punto de encuentro: el académico Chalmeta, en su obra sobre el funcionario competente en el control de los mercados, cita a esta ciudad como antecedente de la regulación fiscal de los zocos y el encargado de aplicarla⁶⁰. Más adelante, al abordar la influencia bizantina y sasánida, se volverán los pasos sobre otros estados árabes-semíticos bisagras entre oriente y el Mediterráneo, que actuaron como vasos comunicantes que enriquecieron la cultura árabe justo en el momento en el que brotó el Islam.

La civilización árabe, la cual no es posible constreñir dentro de las fronteras de un único modelo, puesto que desde muy temprana edad se presenta con una enorme heterogeneidad cultural en el espacio geográfico de la Península Arábiga y en sus respectivos devenires diacrónicos (reinos yemeníes al sur, la cultura acadia mesopotámica, Palmira, nabateos... no se ambiciona completar la lista), no progresó aislada de su contexto geográfico e histórico. Ya hemos visto como el profesor Nallino considera a Mesopotamia como integrante del acervo que nutre el derecho islámico, el parentesco jurídico-religioso con el judaísmo no admite discusión; además, se comprobará más adelante los nexos que lo unen al mundo romano. Uno de los arabistas de nuestro país, el profesor Chalmeta, en su obra *El señor del zoco*, describe algunas de las trazas de ese cimiento semítico. Se refiere a la importancia de las costumbres preislámicas, la presencia de figuras similares al zalmedina en Palmira, teocracia propia de los reinos yemeníes, influencia ateniense en el reino de

Saba', etc⁶¹. Hemos entresacado aquellas dimensiones más cercanas al moderno entendimiento de la personalidad jurídica. Entre ellas, por su significación, transcendencia y peso para esta tesis, hay que marcar al templo, individualizado por el derecho desde tempranas épocas.

2.1.1 El patrimonio de los templos mesopotámicos

El emplazamiento, el inmueble sede de la liturgia con que se honra a la divinidad, comprendido como titular de derechos y obligaciones, constituirá uno de los motores de esta tesis: en cuanto antecedente histórico, clasificación tipológica de la persona jurídica e influencia en la regulación práctica en el derecho islámico. Merece un epígrafe propio en cada una de las épocas en que se divide este capítulo sobre los orígenes.

El ser humano siempre se ha sentido intrigado por lo trascendente; en todas las civilizaciones el hecho religioso disfruta de un papel destacado. En función del momento histórico en el que pongamos nuestro interés, aquel se ha concretado en innumerables manifestaciones. El culto se ha desarrollado en emplazamientos con diferentes características: sitios naturales (cuevas, bosques, montes, etc.) y construcciones humanas. Los templos, entendidos como lugares destinados pública y exclusivamente al culto (según la definición del DRAE), han sido objeto de regulación por parte del derecho dominante en cada espacio y tiempo históricos.

Obviamente, se ha pretendido establecer normas para organizar el culto en sí, las personas responsables del mismo, el patrimonio asignado para el mantenimiento de las dependencias y el personal a su servicio. En cuanto a lo que a este estudio interesa, la pregunta que ha de surgir es la siguiente: ¿el templo, como tal, fue considerado como centro de imputación de derechos y obligaciones por parte de las normas jurídicas?

Una de las primeras reglamentaciones escritas que ha llegado hasta nosotros, el Código de Hammurabi, es parco en preceptos sobre la materia. Sin embargo, alguna disposición resulta muy reveladora. En su columna XI, ley § 32 se prescribe: *·Si un mercader rescata a un oficial o a un especialista, hecho prisionero durante una campaña del rey y hace posible que regrese a su ciudad, si hay en su casa lo suficiente para rescatarlo, él mismo se rescatará; si no hay en su casa lo suficiente para rescatarlo, será rescatado por el templo del dios de su ciudad; si no hay en el templo del dios de su ciudad lo suficiente para rescatarlo, el Estado lo rescatará. Su campo, huerto y su casa no pueden ser cedidos para su rescate·*⁶².

Estamos en un estadio muy temprano de la cultura jurídica, y el estudio del derecho mesopotámico en la actualidad no nos permite ser tajantes, para afirmar, de forma indubitada, que esta ley presupone que el templo, ente diferente a una persona humana, es titular de un patrimonio capaz de sufragar los gastos de liberación de un militar hecho prisionero. Hablar de titularidad en favor de un edificio o lugar culto supondría una temeridad en el marco de este trabajo, cuanto más si consideramos que en esta civilización la distinción entre rey y sacerdote, por consiguiente, entre templo y estado-ciudad, era muy tenue. Por el contrario, la sociedad de la época se caracterizaba por una recia vinculación entre deidad y monarquía, puesto que regía un modelo monárquico dinástico donde el poder tenía un origen divino⁶³. Sin embargo, el hecho debía estar generalizado en Oriente Medio, con el transcurrir de los diferentes periodos históricos. Algunos autores hablan de grandes propiedades de los santuarios de las ciudades del oeste de Anatolia⁶⁴. De igual modo, otros especialistas estiman que el papel de las civilizaciones entre el Tigris y el Éufrates fue destacado en la configuración de la civilización occidental⁶⁵.

Tanto en sumerio como acadio (lengua semita), la palabra para referirse al templo tenía literalmente el sentido de casa, casa terrena de un dios. Algo palpable y equivalente a la morada de cualquier persona⁶⁶. Esta cuestión léxica se infiltrará posteriormente en el estudio: una de las instituciones jurídicas islámicas donde más claramente se aprecian los caracteres de la personalidad jurídica es nombrada como la casa del dinero (*bayt al-māl*); el tesoro o el patrimonio público dispondrá de su propia morada⁶⁷.

El templo, en la concepción de los pueblos mesopotámicos, era la morada de un dios; con un sentido físico además de espiritual⁶⁸. Estos dioses exigían de sus fieles *cuidados, ofrendas y oraciones*. Además, se convirtió en el centro gestor de la riqueza material, concretada en las tierras, oblationes y contribuciones⁶⁹. Otros focos no unipersonales de titularidad de derechos eran el Estado y la familia⁷⁰. Antes de la época islámica, esta regulación parece continuar en el Próximo Oriente⁷¹. Esta continuidad viene avalada también, entre otros ejemplos, la persistencia de ingredientes arquitectónicos de la cultura entre el Tigris y el Éufrates en los templos nabateos⁷².

Los historiadores han descrito la organización de estos puntos de culto en la época mesopotámica: un dios, representado o encarnado en una estatua, con un estatus muy similar al rey, ayudado por una administración compuesta por funcionarios y clérigos jerarquizados⁷³, la cual administraba su patrimonio, compuesto fundamentalmente por fondos cerealistas⁷⁴. De esta forma, se van manifestando elementos propios de la personalidad jurídica: organización, imputación de derechos y obligaciones y patrimonio.

Desgraciadamente, no ha perdurado, en caso de haber existido, una literatura jurídica, elaborada por jurisconsultos sumerios, babilónicos o asirios, que hubieran glosado los textos legales que se han conservado hasta nuestros días. Ante la ausencia de esta doctrina primigenia, es arriesgado inducir una abstracción jurídica como la personalidad jurídica de estos valiosos textos. Parece más cercano a la realidad suponer que el pensamiento religioso primitivo no establecía una frontera clara entre el dios y las demás personas, o que ni siquiera hubiera un concepto medianamente consolidado sobre titularidad jurídica.

En los albores de la Historia el derecho, en un universo cultural cercano a aquel en el que se apareció y con características similares, se esboza una idea de titularidad más allá del propio ser humano. Los análisis sobre su prehistoria no proliferan y sus piezas están mucho menos encajadas⁷⁵. El mundo mesopotámico había sobrepasado el umbral de las sociedades poco estructuradas bajo el liderazgo de jefes de clanes para entrar en el sistema estatal. Paradójicamente, siglos más tarde, el derecho islámico surgirá en un ambiente dominado por líderes tribales (*al-sayd*) y mantendrá una reglamentación sobre sus espacios destinados al culto que continúan lo visto en el Código de Hammurabi.

Una de las figuras propias del derecho islámico que nos servirá como ejemplo de un bien o conjunto de bienes con singularidad jurídica propia será el *waqf*, en concreto aquella destinada al sustento de las mezquitas. Tanto la bibliografía musulmana actual,⁷⁶ como las fuentes árabes clásicas⁷⁷, consideran que las civilizaciones anteriores al islam conocieron esta institución, con el fin de mantener los lugares de culto. Los propios juristas musulmanes estiman que el patrimonio de los templos de culturas preislámicas fueron de algún modo un precedente. En su lugar, continuaremos con esta reflexión.

2.2. Roma y Bizancio

El comienzo del siglo VII d.C. fue testigo de una guerra encarnizada entre el Imperio bizantino y el sasánida, y, en este marco, de la predicación de Mahoma. La Arabia preislámica, donde las tribus se alineaban con unos u otros, se transformó a veces en escenario donde estas dos potencias dirimían sus conflictos⁷⁸. Por ejemplo, para el Imperio de Constantinopla, Palestina era el limes árabe y esta provincia fijaba la frontera con ese mundo⁷⁹, no es descabellado considerarla una zona de intercambio. Tanto en las crónicas árabes⁸⁰, como los historiadores occidentales⁸¹ se ha documentado la relación de sasánidas y bizantinos con el mundo árabe: presencia de iglesias, reinos aliados de ambos estados, etc. Petra, capital del reino nabateo y después dentro de la provincia romana de Arabia continuó siendo un importante centro durante el Imperio Bizantino, con su propio obispo⁸², y ya nos hemos referido al papel de intermediario del reino nabateo.

Existe una agria controversia entre los especialistas sobre el posible ascendiente del derecho romano sobre el *fiqh*, la cual se encuentra extremadamente polarizada entre los que abogan por la copia que este hizo de aquel y entre quienes defienden su total separación, dada la excepcionalidad del derecho islámico. Mi primera adquisición bibliográfica en Jordania sobre derecho era una recopilación traducida al árabe de artículos clásicos de académicos defensores de cada una de las posturas confrontadas (*hal li-l-qānūn al-rūmānī ta'tīr 'alā al-fiqh al-islāmī*⁸³). Ninguna postura intermedia asomaba entre los mismos; además, el enfoque de todos los escritos era global, la totalidad del ordenamiento en su conjunto, sin detenerse en elementos concretos mediante un análisis pormenorizado. Obviamente la intención no es echar combustible al fuego, ni poner los pies en la arena del debate, sino destacar aquellos institutos, negocios jurídicos, ideas, elementos, parcelas de la realidad que fueron objeto del derecho romano, a través del derecho justiniano o propios de las épocas clásicas o posclásicas, relativas en mayor o menor medida a la personalidad jurídica, cuya comparación fuere útil al estudio, si se detectaran, y sus huellas sigan vivas en los escritos de los jurisconsultos musulmanes. En nuestra opinión, sí existió el contacto, y está probada su existencia. Este trasvase entre piezas de una cultura a otra debió de producirse; quizás en unas dimensiones artísticas, esa interconexión se admite con más naturalidad. Por el contrario, en el derecho, aún más para quienes defienden su origen divino, genera infinitamente más rechazo, tal vez al considerar la influencia como dominio de un sistema sobre otro. Como se tratará de demostrar, en cuanto al tema de este trabajo, se observa influencia en las soluciones adoptadas, similitudes en la reglamentación y, si se me permite la expresión, deseo de apartarse de la regulación producida en el otro ordenamiento. Estas tres vertientes irán apareciendo a lo largo de estas páginas.

En toda esta parte de la investigación buscamos fijar un marco teórico que nos permita analizar los distintos elementos extraídos de las fuentes de los jurisconsultos musulmanes. Ni el derecho romano, ni el canónico, crearon un concepto homogéneo de lo que es la persona jurídica. Se limitaron a proponer respuestas a cuestiones que la realidad les enfrentaba. Aún hoy en día, las teorías y formas de entenderla son numerosas. En el mismo caso, se encuentra el *fiqh*: los *fuqahā'* extraían las normas de los textos revelados y de la tradición del profeta para casos concretos, su objetivo no era crear teorías o conceptos. Por esta causa, utilizamos la tradición de la que somos deudores, para aprovecharnos de las soluciones desarrolladas ante casos similares por el derecho común europeo y, comparándolas con las ofrecidas por la *Šarī'a*, concluir en qué casos fijó en entes distintos del ser humano un núcleo de relaciones jurídicas y, posteriormente, intentar dar las claves de por qué en unos casos sí lo hizo y en otros no.

Arabistas clásicos como Joseph Schacht hablan de la recepción de términos jurídicos latinos y griegos y ponen ejemplos: *dolus* generaría *dls* (دلس) y su derivación verbal (تدليس) sería, incluso

hoy en día, la traducción más cercana del concepto legal romano; de igual modo, ladrón, λήστας, en griego, llevaría a *liš* (لص)⁸⁴. Noel Coulson⁸⁵ cita los mismos casos. Goldziher⁸⁶ afirma que las trazas del derecho romano son innegables. Entre los especialistas españoles, Quesada habla de una diferencia entre el derecho romano y el islámico-andalusí, pues el primero prestaría mucha atención a las instituciones destinadas a solucionar las controversias entre particulares debido a su inclinación hacia el derecho público⁸⁷. No habría que olvidar que Roma, en su época clásica, sustentaba su derecho privado en el Edicto del pretor y su procedimiento formulario, precisamente pensado al objeto de dirimir los conflictos entre particulares, por ello, tal vez sea más preciso afirmar que el peso del derecho procesal, no tanto el público, es mucho más amplio. Y Pleguezuelo⁸⁸ que recoge en su artículo una corriente de diversos juristas *hanafites* modernos que reconocería un fondo común mediterráneo, sustrato de ambos. Esta idea se expone sin más prueba en su defensa; además, precisamente, la escuela *hanafī* no es de las más mediterráneas de todas las escuelas musulmanas ortodoxas y, aunque hoy se ponga en duda el origen geográfico o racial de las mismas⁸⁹, nació en una zona dominada por la cultura persa. En definitiva, es necesario profundizar mucho en una cuestión en la que apenas hemos horadado la superficie.

Antes de continuar, conviene precisar, sin que este sea el lugar adecuado para dibujar la historia del derecho romano, que este evolucionó desde sus comienzos (para los fines de esta tesis es posible fijarlo en la Ley de las Doce Tablas, siglo V a.C.) hasta la recopilación llevada a cabo por el emperador Justiniano en el siglo VI de nuestra era y las legislaciones posteriores. Esta es una puntualización por lo que al transcurso del tiempo interesa, pero, además, en muchas fases de su historia, las leyes aplicadas en la capital, Roma, diferían del sistema regente en las provincias. En este sentido resulta imprescindible apuntar que las orientales mantuvieron e impregnaron el derecho romano en mucha mayor medida de sus propias costumbres jurídicas nativas prerromanas, que las occidentales donde sobrevivieron⁹⁰ con mucha más dificultad. En el siglo IV d.C. la irrupción del cristianismo, una vez salido de la clandestinidad, provocará unas hondas transformaciones. Este marasmo dificulta aún más encontrar una senda por la que discurra la investigación. Aunque sea digno quizás de un estudio propio, ajeno al presente, este caos no imposibilita del todo esbozar un breve cotejo de estos dos sistemas jurídicos, al objeto de fijar ciertos cimientos previos que faciliten entrar de lleno en aquellas parcelas propias de los sujetos de derecho distintos a las personas humanas. No es de extrañar que Bizancio se considerara heredero de Roma y que las fuentes árabes denominaran a los bizantinos *rūm* (روم), literalmente, romanos⁹¹.

La dinastía omeya, nada más ocupar las provincias de Siria y Egipto, absorbería las instituciones creadas desde Constantinopla: *fides/dimma*, *agormos* (*ṣāhib al-sūq*), dolo como hemos visto⁹². También continuaron empleando los registros sasánidas y bizantinos⁹³. Los *responsa* de los juristas romanos hallaron su réplica en las fetuas islámicas⁹⁴. Podríamos acrecentar la lista bastante tiempo, sin que aportara nada relevante a esta investigación. Una vez superada la Edad Media, algunos investigadores han enfatizado la influencia bizantina en instituciones otomanas⁹⁵.

No todo fueron préstamos o similitudes, las divergencias resultan manifiestas: Raymond Charles en su obra, *Le droit musulman*, califica al derecho romano como una compilación empírica de recetas legales desarrollado analíticamente, mientras que el derecho islámico se desarrolló a partir de un sistema filosófico. Si nos permitiéramos ahondar en esta cuestión, tampoco resultaría de gran ayuda. Únicamente es conveniente dejar claro que en Roma el derecho creció desde de un punto de partida procesal, mientras que los juristas musulmanes comenzaban en unos textos ya dados de los que tenían que deducir el contenido jurídico de cada institución. El examen provechoso de esta comparación, sobre el que nos detendremos, vendrá conformado por aquellos elementos que incidirán en la singular visión que de la persona jurídica se elaborará en el seno del *fiqh*, como ya veremos:

Bienes inmuebles y tierras:

En la Arabia preislámica la propiedad de la tierra no era el factor económico más relevante, pues, dada su pobreza y la poca fertilidad del terreno, predominaban las grandes extensiones dedicadas al pastoreo y, en sentido lato, pertenecientes más a una tribu que a un terrateniente. Tanto en la Roma clásica, como en Bizancio, el dominio sobre los fundos agrícolas sustentaba un alto porcentaje de la economía y, en lógica ilación, eran un objeto preferente de estudio para el derecho. Con la expansión musulmana, se accede a grandes extensiones susceptibles de explotación agrícola, con ello, se precisa regular su propiedad y, sobre todo, su fiscalidad, una de las fuentes principales de ingresos para el tesoro. En este contexto, hemos de detenernos en dos instituciones que inciden en esta reglamentación demanial e impositiva: la *epibolé* y el *jarāy* (aunque esta última será la protagonista de un capítulo específico). El Imperio Bizantino, ante las amenazas a sus fronteras, instituyó la *epibolé* a medio camino entre un impuesto sobre la tierra, una responsabilidad solidaria ante el fisco y un tipo especial de propiedad que implicaba una singularización, si no como sujeto de derecho, sí como objeto⁹⁶. Esta figura, durante el Bajo Imperio, consistía en lo siguiente: si el propietario de un fundo A se arruinaba o su parcela devenía estéril y, al mismo tiempo, el propietario del fundo B era rico y su campo fértil, se asignaba la propiedad del primer terreno al propietario B, pasando a ser el deudor del impuesto sobre bienes inmuebles⁹⁷. Como vemos, tenía lugar una transmisión compulsiva del dominio y, necesariamente, de la situación de sujeto pasivo del impuesto fundiario. Atendiendo a la regulación clásica, esta transmisión de la propiedad, como cualquier otra, precisaba de un título (contrato o cualquier otro negocio jurídico) y un modo (acto específico que exteriorice de alguna manera ese cambio de propiedad). Con el transcurso del tiempo, derivó, al igual que el *jarāy*, en un reparto de tierras de tipo feudal en favor de señores con capacidad de asumir la defensa de ese territorio a cambio de los tributos que se devengaran en el mismo⁹⁸.

Por su parte, el *jarāy* (خراج) es una figura cuya naturaleza es difícil de aclarar, pues los juristas aluden a ella de diferentes formas⁹⁹: al principio, un tipo de impuesto territorial con posibles orígenes preislámicos, o al menos las fuentes utilizan ese mismo nombre¹⁰⁰; una clase de tierras con una regulación específica cuya titularidad correspondería a todos los musulmanes^a o al tesoro; por último, también aludiría a una especie de patrimonio que sobrepasaría el mero objeto de regulación jurídica. Complicando más el asunto, también se refiere a una concesión demanial del usufructo o de la simple recaudación del impuesto y, en contrapartida, al compromiso de actuar como parapeto frente a los ataques del exterior. Esclarecer estas controversias será la misión de un capítulo específico.

Por causas fiscales o de seguridad exterior o cualquier otra, los territorios son registrados, clasificados, al objeto de que, a través de una reglamentación específica, cumplan con los fines asignados. En algunos casos, como veremos, esta situación concluirá en una suerte de particularización jurídica, con rasgos, algunos al menos, propios de la personalidad jurídica.

Título y modo:

Los seres humanos, desde el principio de los tiempos, se han intercambiado, vendido o transmitido la propiedad de sus bienes. Esa transferencia de la titularidad, *grosso modo*, puede ser directa, mediante cualquier negocio jurídico, contrato o no (lo que en la doctrina española se denomina título), o requerir un acto complementario para que el nuevo propietario la adquiera:

a La expresión '*propiedad de todos los musulmanes*', al menos en lo que en esta tesis se defiende, se refiere más a una comunidad de bienes que no a un sujeto plural y así será utilizada. No obstante, al representar un punto crucial del estudio, en ocasiones merecerá un alto en el camino para aclarar conceptos.

entrega, intervención de una persona cualificada, etc. (sería el modo)¹⁰¹, según el derecho civil aplicado en España.

Esta particularidad, en sí misma, no tiene una influencia decisiva en nuestra tesis, ahora bien, sí nos es útil para establecer una conexión entre el mundo jurídico romano y la escuela jurídica islámica que más se desarrolló en dicho ámbito geográfico: la escuela *mālikī*, la cual elaborará un concepto similar al de persona ficta, al abordar la titularidad del bien habiz. Este tema hallará su acomodo en capítulos siguientes.

El precepto del Código Civil, referido en la nota anterior, recoge una tradición propia del derecho patrio que, proveniente del derecho romano, exige, para transmitir la propiedad, en la mayoría de los casos, un negocio jurídico que establece las obligaciones entre las partes, y un acto, más o menos formal, que culminaba el cambio de titularidad, sin el cual no tendría lugar¹⁰². Por contra, en el *fiqh* el contrato u otro negocio, por sí mismo, implicaba esa mutación¹⁰³. Por ejemplo, en la forma de entender la cuestión por el mundo jurídico del que deriva el español, si una persona compraba un bien, este, por la mera perfección o conclusión de la compraventa, no se convertía en propietario del mismo, esto no se producía hasta el momento efectivo de la entrega (en términos generales, pues la venta de un inmueble ante notario cumpliría esa función, entre otros modos posibles), únicamente podía reclamar el cumplimiento del contrato hasta esa puesta a disposición. En cambio, este mismo contrato, según su regulación islámica, convierte, con su celebración válida, al comprador en nuevo titular.

Existe una excepción, en la escuela *mālikī*, en aquellos negocios de carácter gratuito, como la donación o el *waqf*, existe esa diferenciación entre el aspecto relacional entre los intervinientes y el cambio de propiedad de los bienes. Hay que distinguir entre requisito de validez, como sería la entrega en la donación para el resto de las tres otras escuelas, faltando la cual el contrato sería nulo, y modo de transmisión de la propiedad. Los *mālikīes* consideraban válida la donación en la cual el donatario no hubiera entrado en posesión del bien donado, para las demás corrientes, el contrato no se hubiera producido o sería nulo. El donatario podía exigir su entrega al donante; sin embargo, no se convertía en propietario del objeto del negocio jurídico hasta que este contrato se completara. Este equivalente a la entrega, o *traditio* romana, era la *qabḍa*, similar a una entrega pero desde la perspectiva del receptor¹⁰⁴. Aunque algún jurista tienda a extender esta visión a todo tipo de transmisiones¹⁰⁵, los resultados de nuestras investigaciones únicamente demuestran que esta solución idéntica entre ambos ordenamientos se limita a los actos de liberalidad y nunca a aquellos onerosos. En el derecho rabínico, más formal que el islámico, parece que también distinguía ambos aspectos y se requería algún tipo de acto que culminara el traspaso del dominio¹⁰⁶.

Tributos:

Este apartado de la relación entre ambos mundos legales es adecuado para comenzar a marcar diferencias. Por un lado, el fisco romano estipuló que entes ajenos al ser humano tuvieran la carga de ser sujetos pasivos de sus impuestos. Mientras, la *bayt al-māl*, recaudó los mismos entre personas físicas exclusivamente. Veamos algunos ejemplos:

En Bizancio los monasterios tributaban¹⁰⁷, otro tipo de fundaciones piadosas (su régimen será explicado en su momento), también¹⁰⁸. La condición de sujeto pasivo de estos impuestos no recaía sobre el cargo eclesiástico que ostentaba la representación del monasterio o de las *pia causa*, sino que era esa institución, en sí misma considerada, quien debía hacer frente a su pago. Esta tributación se tenía como compatible con el carácter benéfico o cultural de la entidad.

En este sentido, los frutos de los bienes habices^a estaban, en opinión de algunas escuelas, sujetas al pago de la *zakāt* Transcribimos un párrafo de Averroes¹⁰⁹ que nos resume la cuestión:

a En este momento de la exposición, se reputa el *waqf* como una figura en cierto punto equivalente a una fundación piadosa romano-bizantina. En su momento se retornará a este tema, con un análisis más detallado.

^a(أما المسئلة الأولى) وهي زكاة الثمر المحبسة الأصول فإن مالكا والشافعي كانا يوجبان فيها الزكاة، وكان مكحول وطاوس يقولان لا زكاة فيها، وفرق قوم بين أن تكون محبسة على المساكين وبين أن تكون على قوم بأعيانهم: فأوجبوا فيها الصدقة إذا كانت على قوم بأعيانهم ولم يوجبوا فيها الصدقة إذا كان على المساكين، ولا معنى لمن أوجبوا على المساكين لأنه يجتمع في ذلك شيئا إثنين. أحدهما ملك ناقص، والثاني أنها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف إليها الصدقة لا من الذين تجب عليهم¹¹⁰.

El siguiente párrafo del jurista aborda el problema de cuál es el bien gravado: el bien raíz o sus frutos. Este aspecto es controvertido entre las diferentes escuelas. Las cuestiones que plantea este párrafo son de vital importancia: ¿se devenga el impuesto por los frutos de los bienes convertidos en *waqf*? Mālik y al-Šāfi ĩ responden afirmativamente. Otra radicaría en la presencia de beneficiarios determinados o indeterminados de esos frutos. En función de una corriente jurisprudencial, no serían gravados los beneficiarios si estos necesitan ser precisados, pues son señalados genéricamente. Sin embargo, los *mālikīes* establecen que han de pagar el impuesto los beneficiarios de los productos de los bienes habices aunque no estén determinados. Está concepción, hecho que habrá de ser revisado posteriormente en esta tesis, ha difuminado el concepto de sujeto pasivo de un impuesto, pues en este caso no se trata de un ser humano individualizado. Es necesario dilucidar si nos encontramos ante una teoría de persona que va más allá del hombre o, simplemente, se impone una responsabilidad colectiva que, posteriormente, será individualizada entre sus componentes. Las interpretaciones de las demás escuelas descartan cualquier recaudación. En el supuesto de que la figura del obligado quede diluida, y deje de estar claro que continúe siendo una persona física musulmana, nos topáramos con un ejemplo de sujeto pasivo más próximo a las soluciones aportadas por las fuentes latinas, en las que entes que no son seres humanos son sujetos pasivos. Una vez más, la escuela de Medina se aproxima al derecho romano. En su momento, reanudaremos este análisis, con otros textos del *fiqh*.

El ámbito fiscal, hasta nuestros días, ha mantenido una postura bastante independiente del derecho privado en cuanto a la teoría de la persona. El fin último de recaudar determina que el concepto de sujeto pasivo de un tributo no coincida indefectiblemente con el de persona según las normas civiles. Por ejemplo, el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria dispone: *Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición*. En consecuencia, en esta rama del derecho hay que indagar con cautela, ya que los resultados no siempre son extrapolables al conjunto del Ordenamiento.

Arte:

El arte islámico, sin menospreciar sus peculiaridades, sino todo lo contrario, se puede calificar de ecléctico. Son evidentes los elementos tomados a préstamo y reelaborados con su propia sensibilidad, dando como resultado una expresión novedosa. Por no extendernos, la Mezquita de la Cúpula de la Roca se caracteriza por una clara influencia bizantina¹¹¹. La escuela de Bizancio sobrevivirá en la Siria omeya. En el medio artístico, especialmente en las artes plásticas, la influencia mutua entre las distintas civilizaciones se evidencia sin esfuerzo. En otras áreas, no solo están más escondidas, sino que son vistas con bastante antipatía, a veces se ocultan deliberadamente

a (En cuanto a la primera cuestión), que es el *zakāt* sobre los frutos de los bienes habices, pues Mālik y al-Šāfi ĩ consideran que deben ser gravados, mientras que Makhūl y Ṭaws estiman que no debe cobrarse. Otro grupo diferencia entre el *waqf* cuyos destinatarios son los pobres o, por contra, son beneficiarios concretados en sí mismos. Si estuvieran determinados en sí mismos, sí habría que abonarse el impuesto, y no, si estuvieran indeterminados. Y no tiene relevancia para quienes lo consideran obligatorio sobre los pobres que en ellos se reúnen dos aspectos: primero, una propiedad incompleta, y el segundo, que los gravados serían un conjunto indeterminado del tipo de los beneficiarios del *zakāt*, no de los gravados por él.

o simplemente se ignoran unas a otras; en la esfera jurídica, por su esencia relacionada con el poder, la moral, la soberanía, este marcar fronteras es muy frecuente.

Si, por la patente cercanía, nos centramos en al-Andalus, nos topamos con elementos visigodos aceptados sin miramientos en monumentos como la Mezquita cordobesa (arco de medio punto...). La influencia fue bidireccional: componentes de la literatura épica preislámica aflorarán en la literatura hispana medieval¹¹².

Herencia:

La sucesión *mortis causa*, en el mundo occidental, ha sido una de las principales dimensiones desde la que se ha desarrollado la teoría de la personalidad jurídica. Por esta razón, constituirá uno de los ejes primordiales de este trabajo.

Asimismo, la regulación de la materia hereditaria supone uno de los puntos de divergencia entre el derecho islámico y el romano occidental. La reglamentación de todos los aspectos subsiguientes a la muerte de una persona, patrimoniales o no, refleja la visión ontológica de la sociedad. En Roma, la herencia abordará la continuidad de la persona del causante en sus herederos, cuya posición jurídica asumen¹¹³. El *fiqh* acomete la muerte como la liquidación del patrimonio del difunto, de forma similar a una quiebra, y el reparto del remanente. No está de más transcribir algunos textos.

"a [...] وأخبرني يونس أن سأل ابن شهاب عن رجل كان عليه دين إلى أجل فمات قال ابن شهاب مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات ولأنه لا يكون ميراث إلا بعد قضاء الدين [...]"¹¹⁴
"b [...] لأن إقرار الورثة وتصديق الغرماء لم تصح، أما إقرار الورثة فلأن إحاطة الدين بالتركة تمنع ملك الورثة فكان إقرار الورثة في ملك الغير..."¹¹⁵.

El primero de los textos, de Saḥnūn, quien sigue la opinión de Mālik b. Anas, afirma, en el libro dedicado a la quiebra a la que compara con la muerte, que las deudas de las que el muerto es deudor vencen automáticamente con el fallecimiento porque no existe herencia sin antes haber liquidado las deudas. Por su parte, el segundo, tomado del tratado sobre la moral del juez de al-Jaṣṣāf de la escuela *ḥanaḥī* niega la validez del reconocimiento de deudas sobre el caudal relicto porque, en el caso de que la herencia sea insuficiente para hacer frente a su pasivo, esto impediría que los herederos adquirieran la propiedad de los bienes. Esta solución implica, en el campo que nos interesa, que los bienes hayan de permanecer en la esfera jurídica del causante, convirtiendo a un muerto en titular de un derecho de propiedad, o convertir a un patrimonio en un conjunto de bienes sin titular. Volveremos sobre esta cuestión. La legislación en la mayoría de los países islámicos mantiene esta tradición legal.

En el Código civil jordano, país cuya legislación está influenciada por la escuela *ḥanaḥī*, el artículo 1.086.2 establece que la determinación de los herederos, sus partes en la herencia y su transmisión se rige por los preceptos de la Ley islámica. El artículo 1109 clarifica aún más:

"c بعد تنفيذ إلتزامات التركة يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي أو بحسب نصيبه القانوني".

a [...] Y Yūnus me ha informado que se preguntó a Ibn Šahāb sobre un hombre que era deudor a plazo y murió (antes). Dijo Ibn Šahāb que la *sunna* establece que la deuda sería exigible en el momento de la muerte, porque no existiría herencia más que tras la liquidación de las deudas.

b [...] Porque el reconocimiento (de deuda) por los herederos y la confirmación de los acreedores no serían válidos. En cuanto al reconocimiento por los herederos, porque si las deudas sobrepasaran el caudal hereditario, este hecho impediría que los herederos se convirtieran en dueños de la herencia, y su reconocimiento sería sobre una propiedad ajena.

c Después de ejecutar las obligaciones de la herencia, se transmite el resto a los herederos en función de sus respectivas cuotas establecidas en la *Šarī'a* o en la Ley.

Únicamente tras la liquidar las deudas de la herencia, el heredero recibirá su parte.

En cuanto al Reino de Marruecos, de tradición *malikī*, el artículo 323 de la Ley del Estatuto personal vigente establece:

"الإرث إنتقال حق بموت مالكه بعد تصفية الترك لمن إستحق شرعاً بلا تبروع ولا معاوضة".

·*La sucesión es la trasmisión de un derecho por la muerte de su titular, después de liquidar la herencia, a quien le corresponda legalmente sin ser gratuita ni onerosa*·. En ningún de estos supuestos planteados, el heredero se sitúa en la posición de su causante.

En Roma, aunque la evolución desde una concepción familiar del patrimonio hacia otra más individualista se produjo desde la época clásica hasta la justiniana¹¹⁶, el concepto es totalmente contrapuesto. Los herederos suceden en la misma posición jurídica del *de cuius* (la persona fallecida cuya herencia es el objeto del reparto). Es el continuador de la personalidad jurídico-patrimonial del difunto¹¹⁷. En las fuentes latinas esta concepción se refleja en la locución *·successium in locum et ius·*. Esta expresión también se aplicará al mundo de los fideicomisos¹¹⁸, en el que habremos de detenernos. Hasta hoy, en el derecho vigente, esta herencia latina es patente: véase los artículos, entre otros, 658 y 659, de nuestro Código civil.

Esta dispar visión, incluso casi enfrentada, determinará en parte, en un porcentaje no desdeñable, el desarrollo de la personalidad jurídica en ambos ordenamientos.

Obviamente, si la misión es mantener una situación jurídica con el menor número de cambios, de un sujeto a otro, la exigencia de una teoría de la persona que supere el mero hecho físico de su vida es mayor. Por contra, si la única preocupación radica en el cierre de cuentas patrimonial para distribuir el excedente, se remarca la individualidad y contingencia del hombre, además de poner el énfasis sobre el objeto de la herencia y no sobre sus sujetos, así como se precisa una forma de entender la titularidad de los bienes que supere la propia vida física del sujeto. En su momento se detallará la cuestión, pero no está de más adelantar que esa continuidad en la posición jurídica, cuando no es inmediata (caso que esté condicionada a la aceptación, por ejemplo), supone un reto para la teoría jurídica romana, la cual no concibe un derecho sin sujeto¹¹⁹: ¿quién es el titular de esos bienes si el *de cuius* ha desaparecido y su heredero no se ha colocado aún en su lugar? Las distintas respuestas a esta pregunta abrirán vías para la consolidación de la teoría de la persona jurídica. En cambio, la Ley islámica, absorta en la liquidación patrimonial, en el objeto, no precisa con tanto afán un fundamento teórico sobre la titularidad^a, le basta con decidir el destino de los bienes. Evidentemente, en este primer momento, nos acercamos en términos generales, pues, como suele ocurrir, las excepciones no son pocas.

Entes con cierta personalidad:

El Estado romano poseía su propio tesoro con el fin de hacer frente a los gastos del gobierno, gestionando la recaudación de los impuestos; era el *aerarium* y el *fiscum*. Una institución similar en el mundo musulmán era la *bayt al-māl*. También pululaban numerosos entes privados o públicos: fundaciones benéfico-religiosas, *collegium*, *societas publicanorum*, etc¹²⁰. Igualmente, se distinguía entre *universitas* o *societas*, patrimonios singularizados, como la *pecunia*¹²¹; en la Edad media, con hondas raíces romanísticas, surgirán los gremios. Estos entes, salvo los *aḥbās*, serán raros en el mundo islámico, aunque algunos arabistas señalan la presencia de gremios¹²². No obstante, considero que eran uniones más geográficas, al compartir espacios en los zocos, o sociológicas, que jurídicas, ya que el *fiqh* nunca las reguló de forma singular.

a Algo similar, pero, en un ordenamiento con clara tendencia objetiva, sin tanta transcendencia en la materia que nos ocupa, lo encontraremos una vez más a la hora de tratar sobre la propiedad del bien habiz.

Como esta parte es, fundamentalmente, una introducción a temas donde nos extenderemos quizás sea conveniente detenernos en las sociedades de recaudadores de impuestos: uniones de publicanos que recaudaban para el fisco los impuestos, reteniendo un porcentaje de los mismos a modo de contraprestación¹²³. En algunas fuentes árabes, se otea ciertas reminiscencias¹²⁴.

Extraemos la siguiente fetua de la colección recogidas por al-Wanšarīsī:

شركة الطلبة في جمع العشر

وسئل بعض الشيوخ عن شركة الطلبة في طلب العشر.

فأجاب. إنما تصح إذا توجهوا لأندر واحد. وإنما إن توجهوا على أن ما يجمعان فهو بينهما ويفترقا في الطلب فلا يجوز. وتقدم من قوله في المدونة وقد ذكره هنا ويبقى هذا، فهذه العلة قائمة فيهم لأنه قد يصيب أحدهم دون الآخر، ولأن سعيهم هو رأس مالهم والريح مساو.

وفي طرر على المسألة المدونة في البراءة بشرط واحد أما الشركة في الرقاب أو الطلب واحد، قال في الإستغناء لأن البراءة والطلاب يفترقان، وكذلك أهل السراي إلا إذا كان سيرهم وغارتهم في مكان واحد، وإلا لم يجز¹²⁵.

La traducción podría ser: “*Sociedad que pretende recaudar el diezmo*”

Uno de nuestros maestros fue preguntado por esta sociedad.

Respondió: Únicamente es válida si se dirigen ambos a un mismo territorio. Y si se dirigieran a que lo que recaudaran sería entre ellos y el ámbito de la recaudación difiriera, no sería válida. Y ya se ha dicho así en al-Mudawwana y se ha señalado aquí y continúa siendo así. Este fundamento está vigente en ellos porque puede que se reparta a uno y no al otro y porque sus intenciones es su capital que es diferente mientras el beneficio es el mismo.

Y al margen del tema, al-Mudawwana sobre la condonación en una condición. En cuanto a la sociedad sobre los siervos o de recaudación, es una misma. Dijo sobre el enriquecimiento, porque la condonación y la exigencia son diferentes, y así las bandas que pretendan hacer razias, que las hagan en un único lugar, en caso contrario, no son válidas”.

Varias cuestiones son interesantes. Primero, el reconocimiento legal de las uniones de personas cuyo negocio consiste en exigir el pago de un impuesto. El vocablo árabe empleado es *šarika*, que es posible traducir como sociedad (la más común) o por comunidad de bienes¹²⁶, muchísimo más rara entre los arabistas. Es el prototipo de las dificultades de traducción de los términos jurídicos. Un idioma emplea un término para dos conceptos jurídicos muy diferenciados en la lengua de recepción. En nuestro derecho, la comunidad de bienes no causa el surgimiento de una persona jurídica, aunque pueda ser sujeto pasivo de un impuesto, la mayoría de los tipos de sociedad, sí. La comunidad consiste en la copropiedad de un bien o varios entre diversas personas con un porcentaje asignado a cada una, mientras que la sociedad crea un ente diferente de cada uno de los miembros. El texto *malikī* se refiere a varios sujetos que se alían para recaudar el diezmo. Se trata de un contrato colaborativo que será analizado más adelante. El segundo de los aspectos que merece la pena señalar, como anticipo de futuros comentarios, es lo tremendamente restrictivo que es el derecho islámico, por miedo a la prohibición del riesgo, en cuanto al objeto de esta sociedad. Ha de quedar delimitado muy claramente el lugar de la recaudación. Con estas cortapisas, resultará muy complicado abandonar los límites que constriñen a la comunidad de bienes y conseguir una entidad más flexible que colme las ansias de beneficio de los socios.

Llama la atención como el poder siempre ha buscado la colaboración de agentes privados para la gestión de los recursos¹²⁷. El sistema romano de los publicanos se extendía por todo el Imperio y nos es muy familiar la denominación y la carga tan peyorativa que arrastra desde los tiempos bíblicos. Por contra, en el mundo islámico, al menos en cuanto a su regulación legal, se nos presenta con mucha más excepcionalidad. Los textos son escasos y las fuentes suelen referirse más

a funcionarios públicos¹²⁸ que a comerciantes que asumían la recaudación. El sistema de concesión de los tributos favorece la explotación de los pagadores, pues los concesionarios tendían, en su propio beneficio, a aumentar la imposición con el fin de mejorar sus beneficios. En cualquier caso, ya lo fundamentaremos mejor, las sociedades musulmanas reúnen, a diferencia de las romanas, más rasgos propios de la comunidad de bienes que de la sociedad.

La Iglesia:

En este lugar del estudio, nos acercamos a esta institución en cuanto a su influencia sobre el derecho romano, posteriormente, volveremos desde otro ángulo. En el año 313 de nuestra era, la Iglesia obtuvo su reconocimiento jurídico oficial, mediante el Edicto de Milán del emperador Constantino¹²⁹. A partir de esa fecha, el cristianismo, su moral y sus propias normas irán calando en la tradición jurídica del Imperio y de esta interacción florecerá el derecho común europeo del que emana la mayor parte del derecho occidental. Por ejemplo, esta influencia coadyuvó a la superación de las construcciones romanísticas mediante la recepción de la vida asociativa de la Iglesia¹³⁰. Esta siempre tuvo conciencia de sí misma como un sujeto del derecho que, si bien en el derecho romano no se denominaba persona, en la Edad media se reajustó el término, evolucionando desde la *universitas* romana al principio *personae vice fungitur*¹³¹. El surgimiento de la Iglesia como un ente con identidad propia y separada de sus miembros, obligó, o creó la necesidad de la elaboración de una teoría y una regulación superadora de la persona física. En el caso del islam, carente de este tipo de organización, tal estímulo no existe.

Estado y teoría política:

A principios del siglo VII, el advenimiento del Islam como fuerza religiosa y política se topa con el Imperio bizantino y el Imperio sasánida. El primero es el heredero del Imperio romano, el cual, en su parte occidental había desaparecido. Así se consideraban ellos y así son citados por las fuentes árabes¹³². A su emperador se referían más con la palabra latina arabizada, *qaysar* (قيصر)¹³³, que con la griega *basileus*, que era la oficial en Constantinopla.

Por supuesto, la constitución política bizantina apenas conservaba algunos rasgos formales de la República en la que Roma forjó su derecho¹³⁴. No únicamente por haberse transformado en una monarquía, metamorfosis completada en el primer siglo de nuestra era, sino que esta había tomado una dirección hacia un absolutismo mayor cada vez.

El imperio que siguió a la muerte del profeta se confrontó con un Estado que, en la terminología actual, sería calificado de absolutista de derecho divino. La historia conoce este sistema como *cesaropapismo*, donde el emperador asumía un doble papel de rey y sacerdote¹³⁵. Este sistema poseía algunas características que conviene subrayar.

En Bizancio, no se fijaron unas reglas sucesorias al trono al igual que en el mundo islámico, donde entronizar a un nuevo califa fue una operación siempre conflictiva: en ambos mundos el divorcio entre legitimidad y poder real era palpable¹³⁶. Se tomó el Antiguo Testamento con un valor constitucional, recuperando la realeza de Saúl y David, incluso por encima de los Evangelios¹³⁷. Esta realidad difería de la Europa dominada por los reinos germánicos y cuya primacía religiosa la ostentaba el Papa de Roma¹³⁸.

Uno de los teóricos de este sistema fue Eusebio de Cesarea, el cual afirmaba que a un solo Dios correspondía un solo emperador¹³⁹. El Islam, defensor a ultranza de la unicidad de Dios, llevará al extremo esta máxima, lo cual, como veremos, será una de las trabas conceptuales en el camino para la elaboración de un régimen más complejo de gobierno, desde el punto de vista personal. En él, convergieron el helenismo y la influencia sasánida¹⁴⁰.

El cesaropapismo, obviamente, estuvo precedido por un modelo de monarquía donde el emperador tenía carácter divino¹⁴¹, el cual asumía el papel de *pontifex maximus*. Con la llegada de

los emperadores cristianos, algunos vieron en ellos un vicario de Cristo¹⁴². Esta afirmación anticipa un punto crucial de nuestra investigación. El máximo poder político-religioso del islam, al menos sobre el papel, pues poco a poco fue relegado a un papel más decorativo que efectivo, el califa, también desde el punto de vista etimológico, es quien sucede en el liderazgo dejado por el Profeta, su significado viene a ser como el que sigue a alguien, le reemplaza en un cargo¹⁴³. La similitud con la palabra vicario no es descabellada. Sin embargo, en el Cristianismo estaba implícita desde el principio su separación del poder civil (dad al César lo que es del César...) y, ya lo comprobaremos, el principio del cuerpo místico de Cristo constituye el germen para una concepción de la organización totalmente separada del individuo, como sujeto de derechos y obligaciones.

Roma, en la opinión de algunos estudiosos, fue la inventora del Estado como entidad formal separada de los ciudadanos¹⁴⁴. Si bien sí estaba investido de una subjetividad, se situaba por encima y fuera del derecho privado: su patrimonio no es equivalente a la propiedad privada, sino que se califica como *res extra commercium* (aquellos bienes que no pueden ser objeto de tráfico jurídico) y sus contratos no públicos y especiales respecto de los particulares¹⁴⁵. Hasta cierto punto, presentó cierta evolución circular, la monarquía dio paso a la república en la ciudad estado, retomando finalmente su condición real. El imperio se construyó, desde un punto de vista constitucional, sobre la función consular propia de este cargo¹⁴⁶, y mantuvo cierta apariencia de continuidad de las instituciones republicanas durante el período denominado principado¹⁴⁷. Pero, por la influencia sasánida y la irrupción del cristianismo, se transformó en el sistema cesaropapista a partir del siglo IV¹⁴⁸.

Como se observa, la zona oriental se caracterizó por un monarca absoluto con poderes políticos y religiosos, aunque la clasificación sea moderna, pues en ese mundo ambas esferas estaban naturalmente unidas. Es la realidad que los árabes tuvieron que asumir al conquistar el Imperio sasánida y las tierras dominadas por los bizantinos. Incluso, en al-Andalus, a pesar de estar geográficamente y culturalmente alejado del mundo bizantino y sasánida, resulta patente su influencia en el Emirato y Califato omeya de Córdoba¹⁴⁹. Quizás constituya una situación peculiar, pues, si bien hubo intentos en el Reino visigodo de importar el modelo romano bizantino, por Hermenegildo fundamentalmente¹⁵⁰, en la Península se instauró un régimen donde sendos poderes, religioso y político, mantenían sus esferas de influencia separadas pero unidos por una cooperación a través de los concilios y otras vías: una teocracia al fin y al cabo, ya que todo poder emanaba de Dios, mas pactada en cierta medida con los obispos¹⁵¹. Este planteamiento era el predominante en los reinos germanos que se asentaron en las tierras del que fue el Imperio romano de Occidente: los poderes eran autónomos frente al cesaropapismo, donde la soberanía temporal se anexiona el ámbito religioso, siendo el gran ideólogo de este San Juan Crisóstomo, frente a San Ambrosio de Milán¹⁵². En cierto sentido, Occidente tenía la necesidad de desvincularse del Oriente bizantino¹⁵³. Este medio ambiente fue el caldo de cultivo para que la Iglesia, con el Papa al frente, afianzara su independencia y suscitara, o, contribuyera a ello, la creación de la institución de la persona jurídica. El islam no poseía ni la necesidad teológica ni la intención de crear un organismo religioso autónomo.

Los historiadores del derecho opinan que no parece que en Roma existiera un concepto jurídico para el municipio, la sociedad o la herencia yacente¹⁵⁴. Pero existían elementos e institutos que hoy serían calificados como personas jurídicas: había libertad de asociación por ejemplo tras la *Lex Julia de Collegis* de Augusto¹⁵⁵ y ya antes, en la Ley de las XII Tablas. Federico de Castro considera que el término persona en el derecho romano era un sinónimo de hombre, también la concepción católica, nunca fue utilizado en su acepción técnica actual. Sin embargo, serán los autores medievales quienes, redescubriendo dicho ordenamiento, y sobre la base de términos como ficción, *universitas* o *corpus*, pondrán el germen para la cristalización de esta institución jurídica¹⁵⁶.

Todavía no hemos abandonado la Edad Antigua. Se observa, sin embargo, los gérmenes de las distintas concepciones que coexistirán en la Edad Media mediterránea: cuatro culturas políticas y jurídicas: bizantina, germanolatina, islámica y judaísmo de la diáspora¹⁵⁷.

El próximo paso se detendrá en aquellas dimensiones propias del derecho romano que cooperaran en nuestra pretensión de delimitar un marco teórico, que nos faculte para analizar la presencia del instituto de la persona jurídica en el *fiqh*, mediante un método de cotejo entre las soluciones aportadas por uno y por otro ante los desafíos semejantes que tenían presente. Si no alcanzó el grado de categoría propia, sí, por lo menos, hay que procurar observar la presencia de remedios análogos en algún tipo de negocio jurídico.

2.2.1. La Escuela Jurídica de Beirut

Uno de los argumentos más recurrentes a la hora de afirmar la influencia romana en la Ley islámica es la historia de la escuela jurídica de Beirut¹⁵⁸, cuya vida de siglos terminó aproximadamente una centuria antes de la conquista musulmana. Otra coincidencia que hemos de reseñar nos transporta a lo poco que sabemos de la biografía de al-Awza'i, uno de los primeros, y más influyente jurista en la corte omeya de Damasco, fundador de una escuela propia, desaparecida hace bastantes siglos. Según se cree, nació en Baalbeq¹⁵⁹, en el siglo VIII, a apenas cien kilómetros al este de la actual capital de Líbano. Así, el gran jurista postclásico, Ulpiano, era de Tiro¹⁶⁰, una ciudad muy cercana por el sur a Beirut. Este autor distinguía entre derecho público y privado¹⁶¹, al igual que al-Mawardī.

Se opina que se estudiaba derecho propio de la capital, no el derecho provincial¹⁶². Antes de la proclamación del Digesto, Instituta y el Código por Justiniano en el siglo VI, la tabla de materias se repartía en cuatro años, donde las Instituciones de Gayo, los libros edictales y los *responsa* de Papiniano representaban el grueso de las mismas¹⁶³. Tras la obra de este emperador, estos se convertirán en el objeto de estudio hasta la clausura de la escuela.

Está constatada la asistencia de estudiantes árabes¹⁶⁴. Su actividad, en sí misma, no acredita la recepción de sus enseñanzas por los juristas musulmanes; cualquier profesional del derecho o un lego estaría de acuerdo. Deducir que las élites de la zona, especialmente los funcionarios, saldrían en un porcentaje significativo de allí no es descabellado y su influjo en los nativos no sería nimio, puesto que mantuvo abierta sus puertas desde el siglo IV hasta el VI y, junto con la Escuela de Retórica de Gaza, se convirtió en un núcleo irradiador de la cultura clásica en la región¹⁶⁵.

La importancia de la escuela de Beirut dentro del Imperio bizantino fue indiscutible¹⁶⁶ y los omeyas asumieron el sistema administrativo bizantino en las provincias de Siria y Egipto¹⁶⁷. Los califas de esta dinastía conservaron bastante tiempo los registros en lengua griega, hasta que se decidieron a traducirlos al árabe¹⁶⁸, labor para la que contaron con la asistencia de las élites locales de cultura aramea o siriaca y cristiana.

Algunos autores estiman que a partir del siglo IV se produce una vulgarización del derecho romano, especialmente en el Poniente europeo. Sin embargo, ponderan el influjo benéfico y científico de la Escuela de Derecho de Beirut, que presagia en cierta manera la labor de Justiniano¹⁶⁹.

No es un tema indiscutido, más bien todo lo contrario, aunque cumpliría todas las exigencias para que se hubiera convertido en la puerta de influencia del derecho romano en el mundo arameo y posteriormente en el árabe-islámico. Pero, como afirma el propio autor, Paul Collinet: "*En Histoire, les transformations sont plus souvent la résultante de causes multiples que l'effet d'une cause unique*"¹⁷⁰. Asimismo, recoge una aseveración de Mommsen que considera a esta Escuela, durante el Alto Imperio, como una suerte de isla latina perdida en medio de un océano de helenismo oriental. Avanzando un poco más lejos, tampoco se conocen referencias a esta escuela en las fuentes árabes clásicas.

2.2.2. Fideicomisos

El fideicomiso es una figura que, aun residual, pervive en la actualidad y se ha visto en ella un posible origen del *waqf*¹⁷¹. Su importancia no se queda ahí, pues su relación con las fundaciones benéficas cristianas lo introducen de lleno en el ámbito de los estudios sobre la personalidad jurídica.

A modo de primera aproximación, podemos asumir, en sentido general, la definición recogida por el profesor Antonio Domingo Aznar en su libro *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*: "...Una disposición por la cual se obliga a un heredero, donatario por causa de muerte o en capítulos matrimoniales, legatario o fideicomisario, que entregue a otro uno o varios objetos determinados, la herencia entera o bien una cuota parte de ella"¹⁷². Algunos autores rastrean su origen en la *mancipatio familiae*, precedente del testamento, acto mediante el cual una persona trasmitía un patrimonio a un amigo con el encargo de que lo destinara a un bien específico¹⁷³. Existían diversos tipos: de herencia, el causante encargaba al heredero la restitución de la herencia o parte de ella a un tercero¹⁷⁴; de residuo, donde quien recibe el encargo únicamente está obligado a reintegrar lo que quedara a su muerte y no el todo percibido¹⁷⁵; tácito, consistente en la designación del fideicomisario de forma secreta¹⁷⁶. Las variaciones eran numerosas. Los sujetos intervinientes en este negocio jurídico serían tres: el enajenante o fideicomitente, normalmente el testador pero no exclusivamente, quien realiza el encargo, el fiduciario o gravado (puede ser un legatario, donatario o incluso el propio Fisco), quien ha de realizar el encargo y, por último, el fideicomisario, o beneficiario final fijado por el fideicomitente¹⁷⁷. Resulta una institución sencilla, a modo de mandato *post mortem*¹⁷⁸. Por último, la garantía del cumplimiento de dicho mandato sería la buena fe del fiduciario, en un principio, porque solo fue objeto de tutela judicial en un momento posterior a su nacimiento.

Hemos comenzado este epígrafe conectándolo con uno de los ejemplos de probable personalidad jurídica en el derecho islámico, el *waqf*. No obstante, existe otra institución, en nuestra opinión bastante más afín, cuya validez tan solo es reconocida por los *mālikīes*: la *'umrā*. Este texto de Mālik b. Anas es apropiado como presentación del tema:

^a أن الرسول، ص، قال: "إنما رجل أمر عمرى له ولعقبه فإن للذي أعطاهها أبداً لأنه أعطى عطاءً وقعت فيه المواريث". وحدثني، عن مالك، عن يحيى بن سعيد، عن عبد الرحمن بن القاسم، أنه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن عمرى وما يقول الناس فيه؟ فقال القاسم بن محمد: ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا. قال يحيى: سمعت مالكا يقول: وعلى ذلك الأمر عندنا أن العمرى ترجع إلى الذي أمرها إذ لم يقل هي لك ولعقبك¹⁷⁹.

En resumen, a pesar de la existencia de un hadiz de Muḥammad que prescribe que esta donación es en firme y sin que retorne jamás al donante o sus herederos, Mālik (seguramente primando los usos de Medina) la considera válida, si no se especifica en el contrato que pueda revertir al donante o sus herederos. Por contra, al-Šāfi ī, primando el dicho del Profeta, no considera válido este contrato y en la donación no cabría reversión y, en caso de fallecimiento del donatario, pasaría a los herederos de este¹⁸⁰. Esa misma opinión sigue la escuela *ḥanafī* y al-Awza ī¹⁸¹. Con Averroes¹⁸², este tipo de donación, para los *mālikīes*, se definiría como aquella vitalicia en la que el objeto se refiere al usufructo o dominio directo del bien, y en la que a la muerte del donatario o su

a Dijo el Profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él: se constituyó una *'umrā* en favor de un hombre y sus descendientes, pues es para quien fue donada, por siempre, porque ha dado una liberalidad que se incluye en su herencia. Y me han hablado sobre Mālik, de Yaḥyā b. Sa'īd, de 'Abd -l-Raḥmān b. al-Qāsim, que oyó de Makhḥūl el damasceno, que al-Qāsim b. Muḥammad fue preguntado sobre la *'umrā* y lo que opina la gente sobre ella, y al-Qāsim respondió: la gente no ha conocido más que ellos han de cumplir las condiciones que establezcan sobre sus bienes y sus liberalidades. Yaḥyā dijo: he escuchado que Mālik opinaba: y sobre esa opinión está la nuestra, que la *'umrā* revierte en quien la constituye si no ha establecido que sea para él y sus descendientes.

descendencia revertiría en el donante o sus herederos. Para los *zāhirīes*, la donación sería en pleno dominio. En su momento reemprenderemos esta senda, porque algunos autores sitúan esta figura en el origen del *waqf*¹⁸³.

En definitiva, en esta clase de liberalidad, una persona da el uso y disfrute o la plena propiedad a una persona y/o sus descendientes con la condición de que revierta en el donatario o sus beneficiarios. Tenemos un elemento en común con el fideicomiso, un sujeto es receptor de un regalo de forma temporal y con la obligación de entregarlo a aquel que se lo dio o a sus descendientes. Se crea una relación triangular. Ahora bien, este pacto de entrega de la propiedad de un bien^a, con la obligación de restituirlo al transmitente o a un tercero, ya que nos hallamos más en un terrero propio de las obligaciones (para los *mālikīes*, al contrario que para el resto de escuelas, se trata de un contrato de carácter obligacional, perfeccionado con la mera concordancia entre la oferta del donante y la aceptación del donatario, y no real, cuya validez exigiría la entrega del bien¹⁸⁴) que del derecho hereditario, encajaría mejor en el ámbito de la fiducia¹⁸⁵, institución anterior al fideicomiso de la que este es deudor. Una vez más esta escuela extendida por el norte de África y, en su momento, al-Andalus, admite soluciones de mayor semejanza con el derecho romano. Sin embargo, las diferencias son evidentes. El instituto islámico se circunscribe a un contrato entre vivos, sin que su derecho hereditario posibilite regulaciones parecidas. Asimismo, la propiedad del bien permanece en el ámbito familiar del donante y donatario y en entre los *mālikīes*, desde el principio fue posible su tutela judicial.

De toda esta disquisición nos interesa especialmente un elemento que tendrá un gran valor, si queremos entender la postura del *fiqh* sobre la personalidad jurídica: cómo las personas, en cierto modo, clasifican unos patrimonios que tendrán que ser regidos por un régimen jurídico especial. Tanto en el fideicomiso, como en el *umrā* se crea un grupo de bienes que ha de ser cuidado de una manera por el fiduciario y el donatario, pues su posición está en función del beneficiario final, que no será ninguno de los dos.

Una de las razones del nacimiento de la figura del fideicomiso la encontramos en las reglas formales de los testamentos en Roma y en el deseo del testador de dejar sus bienes a una persona que, según las prescripciones del derecho civil, no podía ser sucesor testamentario¹⁸⁶. Esta búsqueda de un subterfugio al objeto de burlar la reglamentación hereditaria supone otro punto en común con el *waqf*, pues, entre los arabistas, es un lugar común pensar que esta institución nació con el fin de escapar de las rígidas normas hereditarias islámicas, que fijan quiénes y en qué cuantía serán los beneficiarios de la liquidación hereditaria¹⁸⁷, salvo el tercio disponible por el sujeto en forma de legado. Se trata de un negocio jurídico realizable con bastante libertad formal, todo lo contrario que el testamento.

En derecho romano existía una máxima que en su expresión latina decía: *semel heres, semper heres*¹⁸⁸ (*una vez constituido como heredero, lo será para siempre*). Visualizaba la norma que prescribía que la persona, una vez instituido heredero, nunca dejaba de serlo. Esta regla se conecta con la concepción de la herencia romana como continuación en la posición jurídica que ocupaba el fallecido¹⁸⁹, la cual le da su sentido. Como hemos visto, no tiene razón de ser para la forma de entender la sucesión en el derecho islámico, en el cual únicamente se produce una asignación de bienes y, a veces, derechos del remanente del caudal hereditario. Se realizaba como un acto *mortis causa*, aunque a veces se revestía de la estructura contractual¹⁹⁰. Otra zona de contacto entre ambas figuras se encuentra en el legado. *Grosso modo*, sin ambicionar ninguna precisión técnica, el legado se definiría como la sucesión a título particular, es decir, en un bien o derecho concreto desde el fallecido a la persona nombrada por él. Tiene lugar un traspaso en la titularidad del bien o derecho sin continuidad en el lugar ocupado por el *de cuius*. Según parece, el fideicomiso se fue acercando a la figura del legado hasta, según algún autor, unificarse¹⁹¹. En

a Indicaremos aquí solamente que el Derecho islámico el traspaso del uso y disfrute de un bien, sin la propiedad de este, lo regula como transmisión demanial de ese uso y disfrute.

cualquier caso, era fácil, en ocasiones, confundirlo con donaciones entre vivos o *post mortem* y legados, testamentos, ya que todos eran susceptibles de incorporar una finalidad piadosa¹⁹², al igual que el *hubs*. A pesar de que el *waqf* estaba diseñado más como un negocio jurídico que producía efectos en vida del fundador, desde un principio se reputó como válido, siempre dentro de los límites del tercio, su constitución a través de un legado en un momento posterior a la muerte del testador¹⁹³.

Esta especie de subversión del *ius civile* fue viable apelando a la buena fe, una relación de confianza entre el fideicomitente y el fiduciario, en el pensamiento de que éste cumplirá la misión encargada por aquel de transmitir esos bienes al beneficiario. Esta apelación, en el comienzo, era la única garantía, moral y no jurídica, del buen funcionamiento de la institución, dado que el ordenamiento, hasta que Augusto otorgó al fideicomisario una acción judicial *extra ordinem* (no ante el pretor), para exigir el cumplimiento del fideicomiso¹⁹⁴, no protegía su posición. En efecto, el fideicomitente adquiría la propiedad de ese patrimonio que tenía que administrar no en su interés, sino en el de un tercero. De ahí el concepto de propiedad fiduciaria, que no alcanza la plenitud de la propiedad privada. No son conceptos equiparables, porque, normalmente, mediante el fideicomiso se transmite el pleno dominio entre dos personas a través de un tercero y en el *waqf* se disgrega la propiedad entre *nuda* propiedad y usufructo o entre dominio directo y útil (se analizará en otro lugar). Sin embargo, la propiedad de lo que los *fuqahā'* designaban con el nombre de *raqaba*, en el *waqf*, según las escuelas, se convertía en un bien sin dueño, o volvía a la propiedad de Dios o permanecía en la esfera jurídica del fundador, de manera real hasta su muerte y a través de una ficción jurídica, tras la misma, como vamos a ver. Los beneficiarios, es una cuestión controvertida¹⁹⁵, disfrutaban de un derecho de usufructo, uso o de una renta. Se intentará dar una respuesta más adelante. En cualquier caso, esta propiedad fiduciaria, así como la del bien habiz, tiene un carácter fundamentalmente instrumental, en función de la finalidad fijada por el constituidor¹⁹⁶. Además, esta característica nos emplaza frente a la relación entre moral y derecho, un vínculo vigoroso y natural en los ordenamientos más primitivos y en aquellos de carácter religioso, y con campos de actuación bien delimitados en sociedades más modernas. El fideicomiso es un caso de maridaje entre sendas dimensiones¹⁹⁷. Esta buena fe, en el derecho islámico, despliega toda su virtualidad en el mundo de los contratos de *amāna* (أمانة) (que Federico Corriente traduce como confianza o fidelidad), como el depósito. Su influencia en el tema de esta tesis merece un capítulo aparte. En Roma, de ser quizás el origen de las obligaciones¹⁹⁸, fue perdiendo ascendencia con el devenir de los años y la secularización de su derecho y la expansión territorial de la República, para recuperarla con el ascendente del cristianismo¹⁹⁹; por supuesto, con el sello de su propia moral. Esta *fides bona*, vinculada al juramento y la promesa, hace aflorar igualmente el papel de la costumbre en el derecho, pues aquello hizo jurídico lo que no tenía forma jurídica, los ciudadanos romanos repitiendo el uso de la institución provocaron que el derecho tuviera que intervenir para regularla, innovando su propio amparo judicial. Sin embargo, dado el carácter de revelación divina de los textos jurídicos musulmanes, este papel queda más restringido, aunque no ignorado totalmente. Por ejemplo, es muy conocido el alcance que para los *mālikīes* disfrutaban los usos de Medina, en algunos casos, superior a determinados hadices²⁰⁰.

Esta institución penetró íntimamente en el ámbito familiar. En especial el *fideicommissum familiae relictum*²⁰¹, pues su finalidad era impedir perpetuamente la enajenación de un bien para mantenerlo siempre en el seno de la familia. Algunos autores han mantenido que con el negocio se creaba una especie de persona jurídica reconociendo a la familia como ente independiente. No obstante, la doctrina mayoritaria se inclina por calificarla como un tipo de propiedad especial²⁰². Esta misma disyuntiva se nos manifestará en el momento de comentar el *waqf* o, incluso, otras instituciones islámicas: ¿su naturaleza se podría subsumir dentro del contenido jurídico de la persona jurídica o únicamente sería una variante del derecho de propiedad? En cualquier caso, el

uso por los particulares de estos instrumentos demuestra la importancia que el linaje y la familia ha disfrutado en la mayoría de las culturas jurídicas.

El destinatario final del fideicomiso terminaba convirtiéndose tras una segunda transmisión en propietario final de los bienes objeto del negocio. En principio, salvo lo establecido por la escuela *zāhirī*, en la *'umrā*, tras la reversión al donante o uno de sus descendientes, se unificaba la propiedad que había quedado dividida entre la *nuda* propiedad y su uso y disfrute. En cuanto al *waqf*, sus beneficiarios disfrutaban de un mero usufructo, uso o incluso una simple renta, cuestión que fijaremos.

Tanta trascendencia para la persona posee el derecho, o quizá más, como la existencia de un mecanismo de defensa para hacerlo valer frente a la oposición de otros. En Roma, nació con el solo amparo de la buena fe y la fidelidad de las personas obligadas. La evolución del derecho islámico sustantivo y su salvaguarda judicial se produjo a la par. Entre otras relaciones señaladas en las fuentes, en La Historia de los jueces de al-Andalus, aparece una muy precisa de diez funciones del juez. En lo que a este estudio interesa, citemos:

^aالثاني. إستيفاء الحق لمن طلبه، وتوصيله إلى يده، إما بإقرار أو بينة.²⁰³

Por el contrario, el fideicomiso nació sin que los beneficiarios pudieran apelar más que a un pacto de caballeros, una obligación moral²⁰⁴. De esta forma, no fue hasta el final de la República, y el surgimiento del Principado, cuando Augusto, otorgó una acción mediante la cual reclamar el cumplimiento, *actio hereditatis petitio fideicommissum*, interponible fuera de los tribunales ordinarios del derecho Civil²⁰⁵. Desde ese momento, se incluyeron nuevos instrumentos para asegurar la posición del fideicomisario; por ejemplo, Justiniano otorgó una *actio in rem* y una hipoteca tácita²⁰⁶. Ya antes, el derecho romano fue evolucionando e incorporando nuevos institutos, principalmente, a través de las acciones²⁰⁷ que el pretor fue añadiendo en su edicto como medios de los que los demandantes podían servirse para reclamar su derecho; en oposición, los juristas musulmanes revisaban unos textos ya dados, de los que tenían que deducir el contenido de cada uno de los derechos, con el peligro del intelectualismo que a veces se deriva²⁰⁸.

Cuando este tipo legal fue utilizado a fin de constituir una fundación, especialmente, si era de carácter benéfico, se incorporaron una serie de instrumentos complementarios: cláusulas penales, cauciones, condiciones, garantías reales, etc²⁰⁹.

En la obra de un jurisconsulto *mālikī*, al-Wazzānī, encontramos una fetua que revela una fórmula un tanto peculiar de asegurar la efectividad de un legado. En puridad, no nos encontramos con un fideicomiso, pero el régimen jurídico que establece y la correlación entre legados, testamentos, donaciones y fideicomisos, sí invita a traerla a colación:

^bونقل عن أجوبة الشيخ أي إسحاق التونسي في الوصية لأولاد أو ما يترأيد لفلان أنها تكون حبس موقوفة ما دام الأب حياً، لا تباع ولا توهب ولا يستشفع ولا تورث عن مات منهم قبل موت الأب. فإذا مات الأب، فهي من قبيل الهبة المتملكة التي تورث وتفتوت بأنواع الفتوت ويستشفع بها.²¹⁰

El caso consiste en la intención de un padre de constituir un legado en favor de sus hijos o subsiguientes descendientes. Lo efectúa en vida. En esta consulta, se da una respuesta que consisten en una mutación en la situación de los bienes objeto del legado: mientras quien realiza el legado permanezca vivo, los bienes, a semejanza del *waqf* (en el fragmento, se emplea la palabra árabe utilizada por esta escuela para referirse a la institución: *hubs*, del cual deriva la palabra española habiz), son extraídos del tráfico jurídico al no poder enajenarse, ni dados en donación, ni adquiridos por los herederos de los beneficiarios originales. Una vez que el testador, por así llamarlo, fallece,

a La segunda. La satisfacción de su derecho a quien lo demande y la puesta a su disposición, bien por confesión, o mediante cualquier medio de prueba.

b Y transmitiendo una respuesta del *šayj*, Ishāq el tunecino, sobre el legado en favor de los hijos o más allá de fulano, este era un bien habiz vinculado, mientras el padre permanezca vivo, no se vende ni dona ni es objeto de retracto ni se hereda de quien muera antes de la muerte del padre. Pues, si falleciera el padre, se convertiría en la misma naturaleza de la donación que se adquiere mediante herencia y se consumiría y podría ser objeto de retracto.

se produce el traspaso de la propiedad hacia esos, de la misma manera que si el negocio jurídico original hubiera sido una donación *post mortem*. Este *waqf* temporal, o simple vinculación temporal, funciona para asegurar el derecho de los beneficiarios finales, manteniendo el patrimonio dentro de la descendencia de la persona. *Strictu sensu*, no hay un adquirente con el encargo de transmitir a un tercero beneficiario unos bienes, especialmente, porque nos encontramos ante un jurista *mālikī*, escuela en la que la propiedad del dominio directo sobre el bien habiz continúa en la esfera jurídica del fundador. Sí, en cambio, sucede una mutación en el régimen jurídico de los bienes cuya misión radica en asegurar una transmisión futura.

Si la función del fideicomiso es beneficiar a una persona a través de otra que se compromete a transmitir los bienes, de quién es la propiedad de los mismos en el momento de la constitución. La respuesta no admite duda: el fiduciario, quien recibe el encargo²¹¹. Este a su vez, traspasará esa titularidad al fideicomisario. Y se convertirá en pleno propietario, sin que vuelva al fideicomitente²¹². El caso representa el proceso más simple. ¿Qué ocurriría si el beneficiario final fuera una fundación piadosa, funeraria, un monasterio, o algo distinto de un ser humano o simplemente, quién el propietario en el caso de las fundaciones? Al igual que el *waqf*, el fideicomiso funcionaba como una herramienta para que el constituyente cumpliera una intención devota. Existen varias teorías, algunos autores defienden la personalidad jurídica de esas fundaciones y en consecuencia se convertirían en las titulares del derecho a la propiedad. Otros, en cambio, consideran que son los administradores los que, fiduciariamente, ostentaría tal derecho²¹³. Esta titularidad no coincidiría totalmente con la propiedad habitual, íntegra que conocemos; quien tiene el título de dueño fiduciario ha de ejercerlo no en beneficio propio, sino en virtud del fin para el que se destinan los bienes. Este tipo, de forma indubitado, hunde sus raíces en la *fides*, la fiducia y el fideicomiso. Otros criterios tenidos en cuenta en esta clase de casos, sería, en el caso del derecho germánico, que no conocía masas patrimoniales afectas a un fin, propiedad fiduciaria del santo bajo cuya protección se ponía el patrimonio y la propiedad eminente en Dios; en el caso del *trust* inglés, el fundador solía reservarse la propiedad o el usufructo para sí y sus herederos²¹⁴.

¿Cuál era el proceder en el caso de la Ley islámica? Habría que distinguir. Cada escuela ofrece una regulación propia para el *waqf*. En el supuesto de la *'umrā*, la solución es *mālikī* en exclusiva, pues es la única que la considera válida.

Antes de entrar en materia, es necesario aclarar que, para los jurisconsultos musulmanes, el dominio aparecía dividido, donde caben tres posibilidades: la propiedad plena (el titular es dueño absoluto del bien y sus utilidades), la propiedad del bien sin su uso y disfrute, y uso y disfrute en sí mismos, abstraídos de la raíz del bien. Las tres son susceptibles de ser objeto de tráfico jurídico y objeto separado de cualquier negocio. Esta peculiaridad protagonizará su epígrafe específico.

En el caso del *waqf*, extraemos algunos pasajes a la espera de retomar la cuestión. Empezamos por la escuela de Kufa:

قال لأبو جعفر: فذهب قوم إلى أن الرجل إذا وقف داره على ولده و ولده ثم من بعدهم في سبيل الله أن ذلك جائز وأنها قد خرجت بذلك من ملكه إلى الله ولا سبيل له بعد ذلك إلى بيعها.
فإن قال قائل: أ فخرج الأرض بالوقوف من ملك ربها بوقفه إياها لا إلى ملك مالك؟ قيل له: وما تُنكر من هذا وقد إتفقت أنت وخصمك على الأرض يجعلها صاحبها مسجداً للمسلمين ويُخلى بينهم وبينها أنها خرجت بذلك من ملكه لا إلى ملك مالك ولكن إلى الله²¹⁵.

Para ellos, no hay duda, el fundador, al constituir válidamente la institución, se despoja de la propiedad del bien en favor de Dios.

Los *hanbalīes* opinan:

a Le dijo a Abū Ŷa'far: Algunos creían que el hombre, si constituyera en *waqf* su casa en favor de su hijo y el hijo de este y quienes vinieran después, según Dios manda, sería válido y, de esta manera, saldría de su propiedad la casa, a la propiedad de Dios y ya no podría venderla. Han preguntado: ¿la tierra sale de la propiedad del dueño que la constituya en *waqf* no a la propiedad de otro? Se le ha dicho: y qué se niega de ello, si estáis de acuerdo tú y tu contrario en que la tierra que su propietario convierta en mezquita para los musulmanes sale de su propiedad no hacia otro, sino hacia Dios.

^aالموقوف عليه هل يملك رقبه الوقف أم لا؟ في المسألة روايتان معروفتان: أشهرهما: أنها ملك للموقوف عليه. والثاني: لا، فعلى هذه هل هو ملك للواقف أو لله تعالى فيه خلاف أيضاً²¹⁶.

En la tesis mayoritaria, los beneficiarios también dispondrían de la propiedad directa del bien, además de las rentas, frutos, etc. de los mismos.

En cuanto a los discípulos de al-Šāfi ī:

^b ولا يجوز أن يخرجها من ملكه إلا إلى مالك منفعة له فيها يوم يخرجها إليه.²¹⁷

No es muy explícito, pero todo indica que comparte lo dicho por la mayor parte de los *hanbalīes*.

Por último, la escuela de Medina:

^c قال ابن عرف: الوقف مصدرأ إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لا زمان بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً.

[...] أن المساجد باقية أيضاً على ملك محسبها والله أعلم²¹⁸.

[...] وأما ملك العين المحبسة فهو باق للمحبس، أعني رقبه الموقوف الخ²¹⁹.

Esta corriente asigna la propiedad al fundador, incluso de forma *supuesta*, no real, se refiere, a después de su muerte. Esta concepción de una persona fallecida como titular de un bien provoca cierta fractura en el concepto de persona física. En cuanto a la *'umrā*, cabría incluirla en el concepto de *waqf*, pues para los *mālikīes* sería, al igual que este, una transmisión del dominio del uso y disfrute del bien, que toma la forma de una donación entre vivos.

La cuestión de la titularidad del bien marca la cuestión de la tributación. Así Ibn Raḡab al tratar el pago del *zakāt*, afirma que, si se considera que el bien habiz pertenece al beneficiario, debería pagarlo, pero si es de Dios, naturalmente no²²⁰. En el caso de un muerto, ¿sería un sujeto pasivo del impuesto? La respuesta es bastante compleja y necesita su espacio. Otro paso en el camino hacia la construcción de un concepto de personalidad jurídica.

El cometido del fideicomiso tenía fecha de caducidad, en principio, no debía de extenderse en el tiempo, no obstante, poco a poco su mecanismo fue dando revestimiento legal a un deseo de eternidad, especialmente en el ámbito familiar, con la aspiración de mantener un determinado patrimonio dentro de la familia²²¹. Ve la luz el fenómeno conocido en historia como las manos muertas. El Mayorazgo, nacido en España en el siglo XIII, según el profesor Calero, tiene al fideicomiso como su precursor²²². Las Partidas integraron normas romanas sobre la materia que sirvieron de base al mismo, como el *fideicommissum familiae relictum*²²³. La legislación desamortizadora y desvinculadora acabó con esta prohibición perpetua de disponer. Asimismo, en el *trust* inglés se observa la impronta del fideicomiso.

Este quizás sea el espacio de mayor confusión entre la figura que estamos analizando y el *waqf*. Incluso, en algún artículo científico se cita algún intento de ver una influencia de este en el *trust* inglés²²⁴. En principio, el *waqf* tiene carácter perpetuo, pero esta característica no es aceptada por todos. Así, algunos autores que han tratado el tema lo consideran desde este punto de vista²²⁵. Y casi todas las escuelas exigen una fundación incondicionada y perpetua²²⁶. Una nota discordante aparece en la escuela *mālikī*, la cual, con el precedente de la *'umrā*, posibilita la constitución de habices temporales. Veamos algunos fragmentos:

^d يقال لو أن رجلاً حبس حبساً على أحد لم يقل لك ولعقبك من بعدك فإنها ترجع إليه فإن مات قبل الذين حبس عليهم الحبس ثم ماتوا كلهم أهل الحبس فإنها ترجع ميراث بين ورثة الرجل الذي حبسها على كتاب الله²²⁷.

a ¿El beneficiario del *waqf* es dueño de la *nuda* propiedad del *waqf*? En esta cuestión existen dos opiniones conocidas: la más común dice que es dueño. La segunda, que no y en ella también hay controversia sobre si es propiedad del fundador o de Dios.

b No es válido que salga de su propiedad más que a la del propietario de los frutos el día de la salida.

c Ibn 'Araf ha dicho: el *waqf* es una fuente de dación del usufructo de algo por el tiempo que dure. No tiene plazo la permanencia de su propiedad en quien la realizó (la dación) aunque fuera de forma ficta [...] Las mezquitas permanecen en la propiedad de su fundador y Dios es el mejor conocedor. Y en cuanto a la propiedad del bien habiz, permanece en su fundador, quiero decir la *nuda* propiedad.

d Se ha dicho que, si un hombre constituyera un *waqf* en favor de otro y no dijera para tu descendencia después de ti, pues retornaría a él y, si hubiera muerto antes que los beneficiarios y después murieran todos ellos, pues retornaría como herencia entre los herederos de quien lo constituyó según lo dispuesto por Dios.

De estas palabras, se deduce que, si el fundador, en la fórmula de constitución, no prevé la continuidad del *waqf* en los sucesores de los beneficiarios, la fundación es válida, pero vuelve al fundador o sus herederos tras la extinción de los beneficiarios y, en caso de que aquel hubiera fallecido antes, de sus herederos. Queda patente la similitud de régimen jurídico del habiz *malikī* con la *'umrā*. Para los *ḥanaftīs*, más rigurosos, pero especialmente formalistas, el *waqf* sería nulo de pleno derecho, como veremos, si no queda prevista de alguna manera, la eternidad en la fórmula de constitución. Veamos alguna fetua:

اوسئل عن الحبس الذي يرجع بعد موت المحبس عليه إلى المحبس، والحبس الذي يرجع إلى أولى الناس بالمحبس،
والحبس الذي يرجع إرث الحبس أو إلى الورثة ميراث.
فأجاب. أما الحبس على رجل بعينه ولا يذكر فيه صدقة ولا حبس لا يباع، ويرجع إلى أولى الناس به يوم المرجع في حياته وبعد وفاته²²⁸...

En consecuencia, el habiz en favor de un hombre concreto en el que no se especifica la prohibición de vender es aquel que revierte en el fundador a la muerte del beneficiario. Si se hiciera mención la *ṣadaqa*, revertiría en la persona más cercana a él.

En otra de las respuestas recopiladas, analizando la cuestión del cambio posesorio para transmitir la propiedad en los negocios jurídicos a título gratuito cuando lo realiza el padre en nombre de sus hijos menores, se señala la gran similitud entre el *waqf* y la *'umrā*:

b [...] والعمرى في مسألتنا كالحبس لأنها تمليك منفعة بل العمرى أكد في ذلك لما كانت ترجع بعد إنقراض المعطي أو عقبه إلى المعطي...

Para esta escuela, ambos negocios son, en el tema que tratamos, similares porque provocan una transferencia en la propiedad del uso y disfrute del bien; aún más, la *'umrā* revierte siempre en el donante una vez extinguido el donatario o sus descendientes. Las fronteras entre ambos se difuminan muchas veces.

Esta institución romana, el fideicomiso, se aplicó como una vía indirecta para instituir fundaciones piadosas toda vez que los favorecidos eran, en muchas ocasiones, indeterminados: pobres, cautivos, por lo que los negocios jurídicos *mortis causa* fiduciarios o los legados modales (es decir, una disposición testamentaria en favor de una persona a la que se cargaba con un comportamiento determinado que debía llevar a cabo) eran más adecuados²²⁹. Estas figuras devotas se significan por consistir en un patrimonio destinado a un fin pío²³⁰. Las finalidades son innumerables: erigir una iglesia, sufragar entierros, rescatar reos... El sistema era siempre el mismo, el fideicomitente transmitía un patrimonio al fiduciario con el mandato de que, a su vez, lo traspasara, pero, en lugar de a una persona determinada, lo dedicara a la consecución de un propósito fijado por él. El lugar del fideicomisario no era ocupado por una persona física, sino por una Iglesia, el sufragio de las almas y un largo etcétera. Obviamente, la nobleza de la intención predisponía al ordenamiento en su favor, al contrario que en las disposiciones donde los beneficiarios finales eran miembros de la propia familia. Así, se observan posicionamientos contrarios a las vinculaciones familiares, pero no a las de carácter benéfico²³¹. Si el fideicomiso fue empleado como argucia jurídica para la creación de fundaciones pías, la función benéfica del *waqf* estuvo presente desde el primer momento. Tanto es así, que algunos autores, equivocadamente en nuestra opinión, sostienen que si, aunque fuera subsidiaria o formalmente, estuviera ausente la intención devota, no sería válido²³². Aunque sea una cuestión que precise una más amplia revisión, esta opinión se basa en el mayor rigor de la escuela *ḥanaftī* en la exigencia de los requisitos para la validez de la fórmula de constitución²³³. Hemos comprobado que los *mālikīes* eran más laxos. Tal vez confundían un requisito esencial, que en la fórmula, debían mencionarse expresamente los

a Se ha preguntado sobre el *waqf* que revierte después de la muerte del beneficiario a su fundador, y el *waqf* que revierte en la persona más cercana al fundador, y el *waqf* que revierte como herencia en favor de los herederos del fundador. Ha respondido: en cuanto al *waqf* en favor de una persona concreta donde no cita la palabra *ṣadaqa* y no *waqf* que no se vende, pues revierte al más cercano al fundador el día de su constitución en vida del fundador y tras su muerte.

b [...] Y la *'umrā* en esta nuestra cuestión es como el *waqf*, porque consiste en transmitir la propiedad sobre la utilidad de un bien; además la *'umrā* es más seguro en esto, al retornar, después de extinguirse los beneficiarios, al donante o a los descendientes de este.

beneficiarios, como se desprende de lo escrito por al-Jaṣṣāf, o que esta laguna no invalide el *waqf* y sea colmada por medios interpretativos. En cualquier caso, está fuera de toda duda que los *mālikīes* consideran ajustado a derecho una fundación en la que se nombre una serie de personas, sin ninguna finalidad piadosa.

Ha llegado el momento de enlazar el fideicomiso con el objeto de la presente tesis: la personalidad jurídica. ¿Hasta qué punto esta institución romana está relacionada con la imputación de derechos y obligaciones en una esfera jurídica distinta a la del ser humano vivo? Parece que el derecho romano clásico, siguiendo a José María Blanch Nougues, no conoció este concepto, pues tenía un carácter casuístico, en mayor medida que abstracto, que se fue desarrollando a través de la labor del pretor y de su edicto²³⁴. Sin embargo, sí reconoció varios centros de imputación de relaciones jurídicas: *res* incorpóreas (como una nave, un rebaño o legión), *corpus* (*collegia* o asociaciones de personas) y *universitas* (unión de elementos y relaciones jurídicas patrimoniales y personales: herencia o los municipios)²³⁵. Como prosigue este autor y otros que examinaremos, será este cimiento práctico pasado por el tamiz de los juristas justinianos sobre el que los autores medievales realizarán una labor de conceptualización. No se menciona al fideicomiso en sí, aunque es posible que sirviera, en ocasiones de forma indirecta, para crear algún tipo de fundación, como fundaciones fiduciarias²³⁶. En el próximo capítulo retomaremos las fundaciones.

¿Qué ocurre en el derecho islámico? Su discurrir es, en parte, contrario al romano. Para los musulmanes, existen unos textos revelados y otros, con similar valor normativo, fijados por los dichos de Muḥammad que se tienen por ciertos. De ahí se han de deducir los preceptos aplicables a cada situación. A partir de las siguientes líneas, se aspirará a dar una primera respuesta:

أ رأيت إذا جعل الرجل أرضه صدقة على ولد زيد وولد ولده ونسله من بعدهم على المساكين ولم يذكر عماره هذه الأرض ولم يذكر من أين ينفق عليها. قال ينفق عليها في إصلاحها وعمارته من غلتها ولا يخرجها عن حال الوقف وما لا بد لها منه ثم يكون ما يفضل من غلتها لأهل الوقف²³⁷.

Este texto de la escuela de los seguidores de Abū Ḥanīfa dispone que los gastos de mantenimiento y edificación se cargan a las propias rentas del *waqf*, antes de proceder al reparto de las mismas a sus beneficiarios.

La siguiente es una respuesta, de un jurista discípulo de Mālik b. Anas, a una cuestión sobre en quién recae la obligación de reparar los desperfectos causados en una mezquita:

الجواب عن السؤال بمحوه أن الحبس يصلح من فائده إلا أن يتطوع به أحد فله أجره²³⁸.

Literalmente aclara: *el habiz se repara de sus beneficios, salvo que alguien voluntariamente se haga cargo, en cuyo caso de él es el salario*.

Parece que ambas escuelas, como norma general y como sería lógico, aplican los beneficios y las rentas a su reparación en sentido amplio.

Si extrapolamos las palabras utilizadas, se podría concluir que los bienes habices son titulares de obligaciones y poseen sus propios recursos. Obviamente, según comentaba José María Blanch, sería sacar de contexto las fuentes. Siendo esto verdad, no es menos cierto que, parafraseando a este autor, los juristas árabes se encontraron con la necesidad de *identificar centros de imputación de relaciones jurídicas*. Según la opinión que defendemos, a esta conclusión similar se llega por caminos diferentes: en Roma por la mentalidad casuística, destinada a dar soluciones concretas sin abstracción nominalista²³⁹, entre los juristas islámicos por la exigencia de aplicar soluciones concretas deducidas de textos inmutables. Obviamente, construir teorías generales entra en un riesgo seguro de colisión con la Revelación.

a ¿Cuál es tu opinión si un hombre convirtiera su tierra en un *waqf* en favor de su hijo Zayd y en el hijo de este y su descendencia y después de ellos en favor de los pobres y no especificara nada sobre la conservación de la misma ni sobre sus gastos? Ha respondido, estos gastos serían de cuenta de sus rentas y no saldrían del *waqf* y lo que sobrara tras ellos, para los beneficiarios.

Como colofón del presente epígrafe, habría que detenerse, puesto que en muchos casos se ha visto en el fideicomiso un precedente del *waqf* o, incluso se califica a este como tal, en la conexión entre el fideicomiso y el *waqf*. En este sentido, Ana María Caballeira, siguiendo a Santillana, estima que la *ṣadaqa*, como forma de *waqf*, es un fideicomiso familiar²⁴⁰. Otro orientalista clásico sostiene la misma posición²⁴¹. En primer, lugar hay que decir que existe una gran imprecisión técnica. La *ṣadaqa*, en origen era sinónimo de *zakāt* (tipo de impuesto que todo musulmán mayor de edad y con capacidad económica estaba obligado a pagar), y fue evolucionado, pasando a denominar aquellas liberalidades con fines de agrandar a Dios y no obligatorias según la *Šarī'a*. De ahí se introdujo en las fórmulas de constitución del *waqf*, especialmente entre *ḥanaftes* y *šāfi'īes*; no tanto para los *mālikīes*. Es verdad que algunos juristas exigen la presencia del término en la fórmula de constitución, pero se trata de una institución diferente, únicamente en parte emparentadas con aquellas. Veamos algunos escritos que confirman esta identidad:

^a (قال الشافعي) وإذا أخذ صدقة مسلم دعا له بالأجر والبركة كما قال الله عز وجل. "وصل عليهم" أي أدع لهم فما أخذ من مسلم فهو زكاة والزكاة صدقة وصدقة زكاة وظهور أمرهما ومعناهما واحد. وإن سميت مرة زكاة ومرة صدقة هما إسمان لها معنى واحد، وقد تسمى العرب الشيء الواحد بالأسماء كثيرة²⁴².
^b قال أبو حنيفة لا يخرص ولكنه إذا وضع بالأرض أخذت الصدقة من قليله وكثيره، وقال يعقوب إذا وضع بالأرض فبلغت مكيلته خمسة أوسق ففيه الزكاة العشر أو النصف العشر²⁴³.

Al-Māwardī, como el número séptimo de los asuntos generales necesarios para la estabilidad del califato, señala:

^c جباية الفياء والصدقات على ما أوجبه الشرع نصا وإجتهداً من غير خوف ولا عسف²⁴⁴.

Los fragmentos son claros, especialmente el tomado de al-Šāfi ī.

Con el tiempo, *al-ṣadaqa* se fue independizando del impuesto para significar caridad o aquella liberalidad que se realiza para acercarse a Dios²⁴⁵, sin que el legislador la haya establecido como obligatoria. Una vez adquirido ese sentido piadoso, retractarse de la misma se juzgaba de una manera muy dura. Un dicho de Muḥammad compara esta acción con la del perro que vomita y se vuelve para comer su propio vómito²⁴⁶. La revocación de la donación tiene una connotación muy negativa y se prohíbe por motivos morales.

Este epígrafe no pretende convertirse en un estudio sobre el fideicomiso, figura que ha originado una extensa y valiosa bibliografía, pero sí aspira a recoger sus elementos esenciales, con el fin primordial de ir construyendo un marco conceptual que sirva de cimiento a esta tesis, sin descartar *a priori* alguna influencia.

Se ha comenzado con una definición lo más lata posible; al fin y al cabo, no presenta, originalmente, grandes complicaciones técnicas. Se trata de un encargo a una persona, normalmente para después de la muerte del ordenante, al objeto de que traspase un patrimonio a otra; al principio con el único aval de la buena fe del fiduciario y, posteriormente, asegurando la posición del beneficiario con una acción judicial para exigir el cumplimiento de ese mandato. El *waqf* es una declaración de voluntad, o, según los *mālikīes*, una declaración de voluntad a la que se añade un traspaso posesorio (un acto similar a la *traditio* causal romana), mediante la cual el fundador destina las rentas, producto o usufructo de un bien o un conjunto de bienes a una determinada finalidad, familiar y posteriormente a los pobres o similar, o directamente a un fin piadoso. Las fuentes, aunque se permite su realización mediante un legado para después del fallecimiento, lo abordan

a (Ha dicho al-Šāfi ī) Y si se tomara de un musulmán, pidiendo la recompensa y la bendición divinas, como dispone Dios, y llega sobre ellos, es decir, piden lo que se toma de un musulmán, pues eso es *zakāt* y el *zakāt ṣadaqa* y la *ṣadaqa zakāt*, y la justicia de ambas y su significado son únicos. Y si has escuchado algunas veces *zaka*t y otras *ṣadaqa*, son dos nombres que tienen el mismo significado. Y los árabes denominan a la misma cosa con muchos nombres.

b Abū Ḥanīfa ha dicho: no opina, pero si cogiera unas tierras, se tomara la *ṣadaqa* de ella poco o mucho. Y Ya 'qūb ha dicho: si pusiera una tierra y alcanzara su medición cinco *awsāq*, pues se gravaría con el *zakāt*, el décimo o la mitad del décimo.

c La recaudación del botín y las *ṣadaqāt* en lo que es debido según los textos y el estudio sin miedo ni injusticia.

como un negocio *inter vivos* principalmente. En el fideicomiso se produce dos trasposos en la propiedad: del fideicomitente al fiduciario, verdadero propietario (el hecho de que el Código civil austriaco lo califica de usufructuario²⁴⁷, no modifica su posición en la génesis del mismo) aunque con obligación de conservar, y de este al fideicomisario (beneficiario final). En el bien habiz, tiene lugar una partición del dominio: entre el dominio directo del bien o también, a veces encajaría con la definición de *nuda* propiedad, y el dominio útil o usufructo. En cuanto al titular del primero, cada escuela y autor defiende una tesis diferente, se prevén tres posibilidades: sale de la esfera jurídica del fundador hacia Dios, o, hacia los beneficiarios, queda sin dueño o se mantiene, primero de hecho y tras su muerte de manera ficticia, en el fundador como su titular. En el *trust* inglés, parece que en los siglos XVI y XVII se generalizó dicha partición²⁴⁸. En cuanto al usufructo o dominio directo, todas las opiniones, aunque la naturaleza del derecho sea polémica (a su tiempo intentaremos hallar su verdadera naturaleza), coinciden en asignarlo al beneficiario. No hay ningún mandato, sino que el constituyente fija las normas desde el principio y, casi siempre, nombra un administrador. Su carencia no determinaría la nulidad del negocio, sino que la función tutelar la asumiría el juez²⁴⁹, pero esta figura siempre está presente. Es verdad que el fideicomiso de familia y el *waqf* familiar consiguen un mismo fin; mantener un determinado patrimonio dentro de un grupo determinado, sin embargo, la naturaleza es diferente. Tal vez, las fundaciones piadosas cristianas sean de índole más cercana y posean un mayor número de elementos comunes.

Sí coinciden en una característica: ambas instituciones son muy flexibles y admiten múltiples usos e interpretaciones, uno de los más frecuentes pudiera ser evitar algunas normas del derecho hereditario romano o islámico. En esta dirección, Armando Torrent hace suya una afirmación de Biondi, en la que se describe el fideicomiso como un instituto amorfo, fluido, adaptable a las más diversas finalidades²⁵⁰. La eventualidad de que el fideicomiso inspirara a los *fuqahā'* la regulación del *waqf*, en el estado del conocimiento presente, no es descartable del todo, aunque no hay indicios sólidos como afirma el profesor Hennigan²⁵¹. Creemos que el *waqf*, si bien es posible que estuviera influido por el fideicomiso, es más amplio que éste. Quizás se tomó prestado, hoy en día consideramos que no hay pruebas, este mecanismo romano, más en el papel de un ingrediente que acompaña a otros para completar la institución.

Terminaremos el epígrafe cotejando este instituto con la *'umrā*, un tipo de donación admitida solo por la escuela medinesa. En esta ocasión sí existe, hecho que se desprende de los textos, una doble transmisión de la propiedad, aunque limitada al usufructo o dominio útil: del donante al donatario y de este, o cabe la posibilidad que de sus descendientes, revierte a aquel o a sus descendientes. Es un negocio *inter vivos* y no relacionado en tanta medida con el derecho hereditario como el fideicomiso, aunque se dieron casos de su constitución a través de testamentos. El donatario adquiere la propiedad del usufructo, gravada con la obligación de restitución. A grandes rasgos, los *mālikītes* modelan una donación vitalicia de usufructo, a veces por un período mayor, con obligación de devolver el derecho al donante o sus sucesores. Su prolongación en el tiempo lo convierten en una especie de *waqf* temporal, que carece de administrador. Pienso que esta institución está más próxima al fideicomiso que el bien habiz. Una vez más, los miembros de la escuela de Medina plantean una regulación con más elementos en común con la romana. Tanto su esencia como los posibles fines a los que pudiera servir, coinciden con la fiducia²⁵². Este argumento se refuerza si añadimos que esta escuela nacida en Medina exige un acto suplementario al contrato o negocio jurídico, si se quiere completar la transmisión de la propiedad, al igual que en Roma se precisaba una *mancipatio*, *in iure cessio* o la *traditio* (actos más o menos formales que dieran testimonio de esa transmisión). Esta *mancipatio* se realizaba principalmente para asegurar una deuda o para que un amigo gestionara los bienes ante la ausencia del cedente. Escudriñar estas similitudes requiere un espacio aparte, que abriera otra línea de investigación, pues exigiría un estudio detallado de casos concretos históricos de la *'umrā* que arrojaran luz sobre la finalidad de las personas al realizar este negocio jurídico. Este rastreo nos alejaría del objeto del presente trabajo. Pero sería un buen y concreto punto de partida para los interesados en destacar la influencia romana en el *fiqh*.

2.2.3. Fisco^a

Todas las organizaciones políticas, puedan ser o no calificadas como Estado, en casi todas las épocas históricas requieren de los medios económicos para realizar sus funciones y subsistir. Expresiones como tesoro o hacienda pública se emplean en la actualidad para nombrar al conjunto de bienes, obligaciones y derechos, así como a la organización que los gestiona, del Estado. Atendiendo a la complejidad organizativa, el momento histórico, la ideología, creencias, cultura, etc., este conglomerado patrimonial se ha diluido en la personalidad del gobernante, o se ha independizado de él, creándose un ente con autonomía jurídica, más o menos ajeno a los avatares políticos. Obviamente, en la medida en que dicha independencia sea mayor, el grado de imputación de relaciones jurídicas al mismo aumentará y el derecho se verá compelido a reconocerle una personalidad análoga a los propios gobernantes. Al ser el fisco en Roma una entidad bastante estudiada, resulta adecuada para tomarla como referencia, influencia tal vez, pero, ante todo, un ejemplo que allane el camino al análisis, pues se trata de aplicar el mismo método a una realidad parecida, como es la *bayt al-māl*.

El ideal en las polis griegas y en la República romana cristalizaba en la autonomía financiera de la ciudad, mediante ingresos anuales que no la obligaran a imponer cargas a sus ciudadanos²⁵³. Esta afirmación presupone a la polis, al Estado, una capacidad jurídica para ser titular de bienes y derechos; llegó el momento, con la expansión territorial que la República romana derogó el impuesto directo personal²⁵⁴. Sin embargo, cuando se necesitaban fondos, era el Senado el órgano competente para imponer la tributación. El pueblo únicamente disponía del arbitrio, correspondiendo a la cámara y a los magistrados la iniciativa, quedando el recurso al tribuno de la plebe en caso de oposición²⁵⁵. Las sucesivas conquistas provocaron un aumento de los ingresos extratributarios. Además, la imposición sobre las provincias anexionadas implicaba el dominio del pueblo romano sobre ella²⁵⁶, la pérdida de la soberanía del pueblo sometido. Esta vinculación entre pago de impuestos y sometimiento a una potencia ha sido habitual en la historia. La *yīzya* y el *jarāy* se imponen con una finalidad clara: marcar la subordinación del obligado al pago²⁵⁷.

En otro lugar, reemprenderemos esta vía sobre la naturaleza jurídica de la ciudad. Ahora nos interesa en mayor grado el momento en el que Roma dejó de tener una constitución republicana, franqueando la época del Principado, se convirtió en Imperio, pues la organización difería menos de la existente en el mundo islámico en el momento de formación de la Ley islámica: Imperios omeya y abasí. Asimismo, fue este sistema el que el Imperio bizantino llevó a sus últimas consecuencias. Los musulmanes conocieron de primera mano este modelo.

A partir del Principado y, con más intensidad durante el Imperio, el poder se concentra en una persona, la estructura orgánica del Estado se simplifica en algunos aspectos, no así la burocracia. El riesgo de confusión entre la fortuna personal del emperador y el tesoro público se multiplica. De ahí que la figura del *fiscus* adquiera mayor relevancia²⁵⁸. El *fiscus Caesaris* va surgiendo a modo de patrimonio especial del príncipe, pero cuya titularidad va entendiéndose no a la persona, sino al cargo, por lo que la transmisión *post mortem* no se produce en sus herederos sino en el sucesor al puesto²⁵⁹. Más concretamente, en los tiempos de la República, este término denominaba a los fondos que el Senado destinaba a la administración de las provincias por parte de su gobernador y parece que se mezclaban con el patrimonio personal de este. A partir de Augusto, en el año 27 a.C., este controla directamente la mayoría de las provincias y el dinero fue a cada uno de los *fisci* constituido en cada región²⁶⁰. En este sentido, se clasifican jurídicamente determinados patrimonios, como el erario militar o el erario del pueblo romano²⁶¹. Los sucesivos emperadores

a El *aerarium* era el precedente republicano del fisco propio de la época imperial. Hemos preferido tomar como referencia este último, más cercano a la aparición del Islam. Véase Aparicio Pérez, Antonio. Las grandes reformas fiscales del Imperio Romano (reformas de Octavio Augusto, Diocleciano y Constantino). 2006. Oviedo. Universidad de Oviedo. Página 35

tendieron a la centralización, racionalización de la administración y el intento de controlar los gastos²⁶².

En cuanto al derecho islámico, aunque ahondemos en su momento en la institución, las fuentes sugieren que la *bayt al-māl* designa en su raíz un lugar físico donde se almacenaban los bienes que se acumulaban debido a las conquistas y los botines obtenidos. La etimología de la expresión también incide en la misma dirección: casa del dinero. Con la evolución de la *Šarī'a*, el concepto se va transformado, hasta alcanzar cierta abstracción y aglutinar un órgano^a de la administración y el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que componen el patrimonio del Estado, o del califa, pues habrá de determinarse si estuvieron separados o confundidos. Pasemos a exponer algunos comentarios de las fuentes:

En la *Historia* de al-Ṭabarī, relatando la planificación de la ciudad de Kufa, se describe la construcción de una casa para Sa'ad b. Abū Waqāṣ -nacido en el año 600, compañero del Profeta y jefe de las tropas que conquistaron Iraq²⁶³-, de la siguiente manera:

^b وبنوا لسعد داراً بحياته بينهما طريق منقب مائتي ذراع، وجعل فيها بيوت الأموال.²⁶⁴

En la casa del gobernador, se acondicionan varias dependencias como *casas de los bienes*, en plural. En su emplazamiento adecuado, utilizaremos más textos y un estudio más detenido, pero esta descripción es más propia de un lugar físico en el que guardar las riquezas.

Un visión técnico-jurídica más conseguida nos la va a ofrecer al-Māwardī en el décimo segundo capítulo de su obra más relevante, titulado “sobre la situación del *diwān* y relación de sus preceptos, en un apartado dedicada a la *bayt al-māl*:

^c في ما اختص ببيت المال من دخل وخرج، فهو أن كل مال أستحقه المسلمون ولم يتعين مالكه منهم، فهو من حقوق بيت المال، فإذا قبض صار القبض مضاف إلى حقوق بيت المال، سواء أدخل إلى حرز أم لم يدخل، لأن بيت المال عبارة عن الجهة لا عن المكان، وكل حق وجب صرفه في مصالح المسلمين فهو حق على بيت المال، فإذا صرف في جهته صار مضاف إلى الخراج بيت المال، سواء خرج من حرزه أو لم يخرج، لأن صار إلى عمال المسلمين أو خرج من أيديهم فحكم بيت المال جار عليه في دخله إليه وخرجه.²⁶⁵

Explicítamente, se distingue entre el lugar, al que no considera *bayt al māl*, y el conjunto de derechos y deberes que configuran esta institución. Este ámbito de imputación de obligaciones y derechos cumpliría la mayoría de los requisitos para constatar la presencia de una persona jurídica, aún en ciernes.

Para Roma, tanto durante la República, como con el Principado y el Dominado, una de las fuentes principales de ingresos correspondía a los impuestos. Ha sido una máxima a lo largo de los siglos la división que se ha observado entre tributos sobre las personas y sobre los bienes, muy especialmente, inmuebles y, entre ellos, las tierras. En otras palabras, existía una capitación humana y otra territorial²⁶⁶. El *fiqh* únicamente prevé un número limitado de impuestos:

Personales: *ḡizya*, para hombres mayores de edad no musulmanes que hubieran firmado el contrato de *ḡimma*, y *zakāt*, para los musulmanes, aunque este ha de estar destinado a una serie de beneficiarios prefijados, lo que dificultaría en teoría su ingreso en una caja común.

Territoriales: *jarāy*, de cuya naturaleza nos tendremos que pronunciar más adelante.

a Utilizado aquí en un sentido amplio; posteriormente se referirá una de las teorías sobre la personalidad jurídica.

b Y construyeron para Sa'ad una casa entre ellas un camino estrecho de doscientos brazos, y pusieron en ella las casas del dinero.

c En lo que se refiere a la (casa del dinero) *bayt al-māl* sobre ingresos y gastos, pues todo bien del que sean titulares los musulmanes y no se pueda concretar quien es el dueño entre ellos, pues sería uno de los derechos de *bayt al māl*. Pues, si se tomara posesión, pues esta posesión se imputaría a *bayt al-māl*, tanto si hubiera entrado en el almacén como si no. Porque *bayt al-māl* es una expresión sobre la finalidad, no sobre el lugar. Y cualquier derecho que se hubiera de destinar en interés de los musulmanes, pues sería una obligación que recae sobre *bayt al-māl*; si se empleara en su destino, sería un gasto de *bayt al-māl*, tanto si hubiera salido del almacén como si no, porque se destina en favor de los empleados de los musulmanes o es una salida de sus manos. Pues la norma de *bayt al-māl* se aplicaría a él, como ingreso o como gasto.

Obviamente, los gobernantes, una vez que el botín dejó de fluir con continuidad, buscaron nuevas tasas con las que percibir fondos²⁶⁷.

La eficacia del sistema requiere primero determinar quiénes son los obligados, la cantidad a la que están sujetos y la creación de una organización administrativa que recaude. Los primeros interrogantes son respondidos por el derecho, en abstracto, a nada que se trate de una sociedad mínimamente evolucionada, aunque requieran un instrumento donde se inscriban esos datos concretos: el censo y el catastro serán los mecanismos adecuados para ese cometido. La tradición que recoge el profesor Nicolet, sitúa la fundación del censo en el reinado de Servius Tullius, siglo sexto a.C. A partir de ese momento, nacerá un tributo *ex censu*, que sustituiría el tributo *ex capite*. El mismo, ya en época republicana, dividía a los ciudadanos en cinco clases, según la fortuna de cada uno.²⁶⁸ Otros autores inciden también en ligar el censo y el funcionario, censor, encargado del mismo en la importancia que va adquiriendo la organización por centurias²⁶⁹.

La dinastía omeya se sirvió del censo, ya bizantino, para sus fines y sólo con el paso de algún tiempo lo tradujo al árabe, en el año 81 de la hégira²⁷⁰.

Al igual que su precedente romano, aunque no sean equivalentes, para el diván la distribución por tribus de los individuos era esencial, especialmente, en el ejército:

^a(قال الشافعي) رحمه الله تعالى وجعل النبي صلى الله عليه وسلم للمهاجرين شعاراً ولأوس شعاراً وللخزرج شعاراً وعقد النبي صلى الله عليه وسلم الأولية عام الفتح فعدد للقبائل قبيلة قبيلة حتى جعل في القبيلة ألوية كل لواء لأهلها وكل هذا ليتعارف الناس في الحرب وغيرها وتخف المؤنة عليهم بإجتماعهم وعلى الوالي كذلك لأن في تفريقهم إذا أريد والأمر مؤنة عليهم وعلى واليهم وهكذا أحب للوالي أن يضع الديوان على القبائل ويستظهر على من غاب عنه ومن جهل ممن يحضر من أهل الفضل من قبائلهم.²⁷¹

El fundador de la escuela, en la estela de la tradición de Muḥammad, prefiere dividir el ejército atendiendo a las tribus participantes, por cuestiones de una mejor organización, y esta distribución es la que ha de quedar reflejada en el diván. Ahora, veamos qué tiene que añadir su discípulo, al-Mawardī, en los capítulos sobre el diván y la organización de los registros sobre el ejército en él:

^bوأما ترتيبهم في الديوان إذا أثبتوا فيه فمعتبر من وجهين: أحدهما عام، والآخر: خاص. قأما العام فهو ترتيب القبائل والأجناس، حتى تتميز كل قبيلة عن غيرها...²⁷²

En estos pasajes, rezuma la trascendencia que el linaje posee en el mundo árabe.

En este ámbito fiscal, se produjo un curioso fenómeno: la creación de sociedades de recaudadores, los denominados publicanos²⁷³. Obviamente, dentro de la constitución republicana se fueron perfilando funcionarios especializados²⁷⁴. Conforme a lo expuesto por el profesor Aparicio, algunos impuestos, creados por Augusto eran recaudados mediante arriendos y no fue hasta el reinado de Adriano que se realizó de forma directa. En Roma, estas sociedades eran supervisadas por dos oficinas, presididas por un procurador, una para la recaudación de la ciudad y otra dedicada a supervisar a los procuradores italianos y provinciales²⁷⁵. Al Estado romano le resultaba más rentable arrendar la recaudación de los impuestos a un grupo de particulares, que administrarlos directamente, un precursor de las modernas concesiones.

a (Dijo al-Šāfi‘ī, que Dios de lo alto se apiada de él y que hizo de Muḥammad, alabado sea, un estandarte para los *muhāyirīn*, y para Aws y para Jazrāy. Y Muḥammad, alabado sea, estableció, en el primer año de conquista, un estandarte para cada una de las tribus, para que se distinguieran en tiempo de guerra, y se redujera la manutención al juntarse; también para cada gobernador, porque en su dispersión, si pretendiera su manutención sobre ellos o sobre su jefe, así sería más agradable al jefe poner a las tribus en el diván (registro), para ayudar a quien se ausentara de él o a quien se desconociera de la gente noble de cada tribu.

b En cuanto a su clasificación en el diván, si están constatados en él, pues se toman en consideración desde dos vertientes: una general, y la otra, particular. La general consiste en clasificar las tribus y los linajes, para distinguir cada tribu de otra.

En cuanto a la Ley islámica, ya hemos revisado una respuesta de un jurisconsulto *mālikī*; indagemos algo más. En primer lugar, parece que, al contrario que los *mālikīes*, los *ṣafi'ies* como al-Māwardī, prohibían la concesión de la recaudación del *zakāt*²⁷⁶. En cuanto al *jarāy*, también se muestran muy restrictivos, pues excluyen concederlo en favor de los beneficiarios de las limosnas legales y en favor de personas con intereses que no sean las que devengan un salario obligatorio. De sus palabras, deducimos la única posibilidad permitida:

الحالة الثالثة: أن يكون من مرتزقة أهل الفيء وفرضية الديوان، وهم أهل الجيش، وهو أخص الناس بحواز الإقطاع، لأن لهم أرزاق مقدرة تصرف إليهم مصرف الإستحقاق، لأنها تعويض عما أرسدوا نفوسهم له من حماية البيضة والذب عن الحریم²⁷⁷.

Los *mālikīes*, como vimos en la fetua sobre la sociedad de recaudadores, eran menos restrictivos, pues no imponen ninguna cortapisa. Únicamente, se exige que la sociedad, o comunidad de bienes sobre lo recaudado, fije con claridad el ámbito territorial y que coincida en la actuación de todos los socios o comuneros.

Este sistema desarrollado por el Imperio Romano fue heredado en su parte oriental, una vez asentado su carácter cristiano, tras las reformas de Constantino²⁷⁸. Desde Diocleciano hasta los primeros momentos del reinado de Justiniano II, el sistema tributario combinado de capitación (*capitatio*) o personal y territorial (*iugatio*). A partir del siglo VII, el tributo sobre las personas se separa y gravará a cualquier persona, sin necesidad de tener un domicilio rural estable. Aproximadamente por las mismas fechas, con la proclamación de la Ley Agraria, las comunidades aldeanas serán responsables solidarias del pago de los impuestos sobre la propiedad rural. Sin embargo, a diferencia de la epibolé, ya no se produce una transferencia de la propiedad, sino únicamente del impuesto²⁷⁹. En el siglo noveno, se introduce un nuevo gravamen personal, denominado *bogage*, por familias²⁸⁰. Se intensificó, con el emperador Nicéforo, la solidaridad de los contribuyentes y también impuso contribuciones a la comunidad²⁸¹. Esta tendencia a la solidaridad, hay que distinguirla de la institución como sujetos pasivos de entes diferentes al ser humano, a ejemplo de las fundaciones piadosas y monasterios ya relatadas. Cada uno de los miembros de la comunidad está gravado en sí mismo, pero el Estado está facultado para cobrar la cantidad total de cualquiera de ellos, o un grupo de los mismo. Posteriormente, el pagador efectivo está investido de la facultad de exigir a los demás su parte correspondiente. Marcar esta frontera entre solidaridad y personalidad de un grupo de personas es esencial, especialmente a la hora de acometer el estudio de algún tipo de sociedad regulada por el derecho islámico. Un ejemplo de esta comunidad de deudores nos la ofrece Ibn Raḡāb al-Ḥanbalī, en su libro sobre los preceptos que rigen al *jarāy*:

والفرق بينهما (الجزية والخراج) أن الخراج مضروب على عموم الأرض في وقت واحد وكل أهله مشتركون في وقت وجوبه فلا فرج بعضهم فيه بحول عن بعض بحلاف أموال الزكاة...²⁸²

El jurisconsulto *ḥanbalī* está hablando del devengo del impuesto y este afecta a la totalidad de los obligados que serían copartícipes, pues el impuesto grava un territorio, con independencia de la relación jurídica que lo una con sus habitantes. La solidaridad en sí no es patente y pudiera ser una obligación mancomunada.

Por último, no es superfluo referirse a la *pronoia*, adjudicaciones de tierras de carácter feudal a señores capaces de defenderlas militarmente. En estas adjudicaciones feudales, el señor no se convertía en propietario, continuaba siendo el Estado, sino que adquiría un derecho al uso del mismo, del cual se convertía en señor. La división del dominio es evidente²⁸³.

a El tercer caso: que sea de los que reciben su salario del botín y de lo cuantificado en el diván, que son los soldados del ejército. Son los más indicados para ser beneficiarios del reparto, porque sus ingresos están cuantificados, y son beneficiarios como titulares de derecho, porque los mismos son en compensación por lo que se sacrifican por el bien común.

b Y la diferencia entre ellos dos (la *ḡizya* y el *jarāy*) es que el *jarāy* grava a la totalidad de la tierra en un mismo momento y todos sus habitantes lo comparten en el momento en el que se debe, pues no hay *jarāy* sobre unos solos, y no otros, al contrario que la *ḡizya*.

Como viene siendo habitual en todos estos apartados, la argumentación nos ha de conducir a su relación con la personalidad jurídica. Por ejemplo, Ferrara opina que el *fiscus* entraría a formar parte de la categoría de persona jurídica por extensión de los *municipia*, a los que el derecho privado otorgaba capacidad al tener un patrimonio propio y estar representados en juicio²⁸⁴. José María Blanch Nougés enumera las principales teorías que, sobre los textos romanos, han ido surgiendo sobre la materia: los pandectistas lo entendían como una auténtica persona jurídica, a finales del siglo XIX y principios del XX, se ve en él una encarnación del Estado o del príncipe. Por último, remite a un estudio del profesor Orestano que, aun reconociendo que era un centro de imputación de derechos y obligaciones y ser titular de relaciones jurídicas, no cree que se hubiera convertido en una auténtica persona jurídica, pues no era un instituto de derecho privado, sino público, por su pertenencia al emperador²⁸⁵. Esta vinculación entre este patrimonio y el gobernante es subrayada por Antonio Aparicio, al calificarlo de *alter ego* del príncipe²⁸⁶. Esta controversia se escapa del objeto de este estudio; no obstante, en el caso de los autores que no admiten la personificación de estos bienes, sí se aprecia una marcada diferencia con la persona concreta del emperador y su vinculación al cargo. En cualquier caso, resulta indudable que representa una de las bases fácticas sobre las que se asienta el constructo de la personalidad jurídica. ¿Sucedió lo mismo con la *bayt al-māl*? Será el propósito de un capítulo específico.

2.2.4. Municipios y otros entes de derecho público

El modelo de ciudad estado, en el que la población de un núcleo urbano se organizaba políticamente de forma independiente a los pobladores circundantes, era común ya en el mundo mesopotámico, como vimos. Fenicios, griegos y etruscos, en la Antigüedad, compartían este patrón. Las polis griegas, en la época clásica, no diferían mucho de Ur u otras urbes de Oriente Medio, salvo que en aquellas la soberanía residía en los ciudadanos²⁸⁷ y en estas el sistema era el de una monarquía cuyo rey estaba divinizado o disfrutaba de una relación especial con la divinidad. Al margen de la forma concreta de gobierno, nos incumbe aquí el ámbito urbano, su organización, su singularidad propia como sujeto de relaciones jurídicas y su capacidad para realizar actos válidos, en sí mismo considerado.

Según algunos autores, la tradición de pensamiento más extendida y lo que sus habitantes pensaban de sí mismos y de los otros pueblos, el sustrato ideológico de la ciudad era la libertad, el ser un ciudadano que no sirve a un siervo. En esta dirección, la profesora Meiksins Wood, en apoyo de esta tesis, afirma que la palabra griega, *eleutheria*, un concepto propio de libertad, carece de equivalente en ninguna lengua antigua de Oriente Medio y del resto de Asia²⁸⁸. Esta cualidad se predicaba tanto del individuo, como de la propia polis, pues era aquella ciudad que no rendía tributo a otro Estado, que se gobierna a sí misma²⁸⁹. En la polis se supera la organización de la sociedad arcaica, descrita por Homero, donde el pilar de la sociedad era la casa, en especial, la casa aristocrática²⁹⁰.

Los filósofos griegos también se ocuparon de este modelo político. Protágoras considera que la polis sirve a los intereses humanos ordinarios²⁹¹, Platón tendrá una concepción más aristocrática²⁹². Aristóteles piensa que las jerarquías establecidas en la casa, *oikos*, debían servir como arquetipo para la polis²⁹³. Alejandro Magno querrá acabar con los particularismos de las polis y crear algo parecido a un cosmopolitismo, basado en la hermandad del género humano²⁹⁴.

Los principales órganos de gobierno en las ciudades helenas, en general, porque cada ciudad se regía por su propia constitución, serían: *ecclesia* o asamblea de ciudadanos, *bule*, *gerusia* o senado y las magistraturas²⁹⁵. La hegemonía del reino de Macedonia, bajo el reinado de Filipo, sobre la Hélade marcó el fin del modelo²⁹⁶ de independencia política, pero la autonomía jurídica (por ejemplo, con los consejos legislativos ciudadanos de la Época Helenística²⁹⁷) permanecerá, en el mundo occidental, hasta nuestros días. En un principio, soberanía e independencia y capacidad de obrar como tal se desarrollaron de la mano en la Antigüedad, sin importar la concreta forma de

governarse; sin embargo, únicamente el modelo griego, tamizado por Roma, perdurará en los municipios entendidos, en sentido lato, como personas jurídicas, desde antes de nuestra Era hasta hoy en día, prácticamente sin interrupción en Occidente.

La metrópoli romana se rigió, durante la época republicana, por una constitución mixta, con claro predominio aristocrático²⁹⁸. Una vez instaurado el Principado y el Dominado, la estructura política de la urbe se adaptó a los municipios a lo largo del territorio controlado por Roma. La organización se asentaba sobre una triple base: magistrados, asamblea y senado local y, aunque en el primer escalón del poder se diluyó, la autoridad de estas instituciones republicanas, su virtualidad, continuó presente en el ámbito local²⁹⁹.

Cualquier pueblo o ciudad, así organizada políticamente, se componía de un conjunto de habitantes, quienes constituyen su base. Los juristas medievales, glosadores y comentaristas, al estudiar los textos clásicos, tomaron de ellos el término *universitas*, que designaba a los entes colectivos, aquellos cuyo sustrato está compuesto por agrupaciones de personas. En especial, lo dirigían principalmente a la colectividad de ciudadanos. Obviamente, en los fragmentos del Digesto de donde se extraen, que hiciera o no referencia a la categoría como tal y no a los miembros que la componen, no es una cuestión pacífica³⁰⁰.

Íntimamente unido a la ciudad o pueblo y a sus vecinos, se abre paso una clasificación de las personas jurídicas que, aparte del relieve que ha adquirido en la doctrina civilista, en el presente estudio alcanza una posición trascendental. El derecho islámico, tal y como lo venimos asumiendo, conoció desde unos momentos tempranos realidades distintas al ser humano a las que atribuyó algunos tipos de derechos y obligaciones. Sin embargo, como trataré de demostrar en su momento, fue siempre muy refractario a admitir que un agregado de personas físicas tuviera capacidad de crear un sujeto diferenciado de cada uno de ellos. En esta oposición confluyen tanto aspectos teológicos (la unicidad radical de Dios y otros no muy alejados de los razonamientos no especialmente favorables a la creación de imágenes pictóricas o escultóricas), como técnico-jurídicos: en esta clase de confluencias de individuos, la frontera entre una comunidad de bienes y la producción de una entidad jurídica *ex novo* y separada de los miembros nunca fue cruzada nítidamente por los jurisconsultos musulmanes.

Es cierto que, durante la Edad Media, de forma más acusada durante la Alta Edad Media en la Europa occidental, la vida urbana sufrió un declive significativo, pero siempre existieron núcleos que mantuvieron una estructura acorde con la herencia clásica. El Islam, siendo una civilización muy urbana, que para algunos autores muestra un desinterés por el campo³⁰¹, desde el punto de vista del derecho, se significa por una absoluta falta de regulación. Es una realidad fáctica que no se corresponde con una existencia como sujeto de relaciones jurídicas. Ni la estructura, ni el ser titular de derechos u obligaciones, ni la forma de gobierno, ni el papel que han de jugar los habitantes, casi nada pasa a formar parte del contenido objeto de regulación por la *Šarī'a*. La supremacía de la ciudad sí florece en la obra de autores procedentes de otras ramas del saber. Al Farābī afirma en su libro "*Las opiniones de la gente de la ciudad ideal y sus contrarios*":

^aفالخير الأفضل والكمال الأقصى إنما ينال أولاً بالمدينة. لا بإجتمع الذي هو أنقص منها. ولما كان شأن الخير في الحقيقة أن يكون ينال بالإختيار والإدارة، وكذلك الشرور إنما تكون بالإدارة والإختيار، أمكن أن تجعل المدينة للتعاون على بلوغ بعض الغايات التي هي الشرور؛ فذلك كل مدينة يمكن أن ينال السعادة. فالمدينة التي يقصد بالإجتمع فيها التعاون على الأشياء التي تنال بها السعادة في الحقيقة، هي المدينة الفاضلة. والإجتمع الذي به يتعاون على نيل السعادة هي الإجتمع الفاضلة. والأمة التي تتعاون مدنها كلها على ما تنال به السعادة هي الأمة الفاضلة. وكذلك المعمورة الفاضلة، إنما تكون إذا كانت الأمم التي فيها تتعاون على بلوغ السعادة³⁰².

El filósofo de Asia Central, en el capítulo sobre la necesidad del hombre de estar en sociedad y cooperar, estima que el bien supremo y la perfección únicamente es posible conseguirlos en la ciudad y no en una agrupación inferior a ella, como sería (relacionadas antes del texto seleccionado) la aldea, el poblado, el camino o el hogar. Por ello, el fragmento continúa: “*Pues la ciudad en la que la sociedad pretende con ella cooperar en cosas con las que se consiga la felicidad, esa es la ciudad virtuosa. La sociedad en la que se coopera para conseguir la felicidad, esa es la sociedad virtuosa. Y la nación en la que todas sus ciudades cooperen para conseguir la felicidad es la nación virtuosa. Y también, el mundo virtuoso solo se consigue si las naciones que hay en él cooperan en alcanzar la felicidad*”. El mundo rural queda relegado a un segundo plano en la filosofía del al-Fārābī. Esta realidad ontológica no encuentra su correlato en el mundo del derecho y esa amalgama humana imprescindible, si se ha de aprehender el bien supremo, no merece una ordenación con preceptos específicos. No existía ningún tipo de organización municipal, la ciudad carecía no tanto de personalidad, que siempre fue discutible en Roma, como de ser centro de imputación de derechos y obligaciones; en definitiva, la Ley islámica no le presta atención³⁰³.

Esta paradoja brotará en otras esferas, como cuando a una profusión de contratos asociativos, reguladores de la cooperación económica entre dos o más sujetos, no siga la constitución de un ente más allá de los socios. Dar una contestación plausible a la misma formará parte del fin de esta tesis.

Asimismo, de forma coetánea al municipio, otras instituciones de derecho público eran reconocidos en el derecho romano: las fundaciones alimenticias y corporaciones. Brevemente, algunas palabras sobre ellas:

En el siglo II de nuestra era, el emperador Trajano creó las denominadas fundaciones alimentarias públicas. Su funcionamiento se resumiría de esta manera: el fisco otorgaba un préstamo a los titulares de predios, los intereses propios del negocio jurídico se destinaban a la manutención de niños de familias necesitadas en distintas poblaciones de Italia. Este préstamo se garantizaba con una hipoteca sobre el bien inmueble propiedad del prestatario. La gestión de esta fundación, en ocasiones, era encomendada a los municipios. Los autores consideran este acto como un precedente de las *piae causae*, de las que hablaremos, pero no concuerdan en fijar su naturaleza jurídica: unos lo asemejan a las entregas gratuitas de trigo realizadas por el fisco, otros lo relacionan con las fundaciones al constituirse un patrimonio destinado a un fin, aunque sin crear un centro autónomo de derechos y obligaciones. Estos patrimonios estaban organizados administrativamente por distritos e inspeccionadas por magistrados públicos, municipales o no. Con la crisis del siglo III,

a “*El bien más excelente y soberano y la perfección más alta se obtiene ya en primer lugar en la ciudad, pero no en sociedades menores y más imperfectas. Como la realmente la naturaleza del bien es que se obtenga con intervención de la libertad y la voluntad -y asimismo los males tan sólo voluntaria y libremente puede la ciudad llevarlos a cabo ayudando a obtener alguno de los fines en sí malos, y de ahí viene que en la ciudad se pueda obtener la felicidad- de ahí es que la ciudad en que se puede obtener la felicidad, es que aquella ciudad en que la mutua ayuda mediante la sociedad está ordenada a las cosas con que realmente se obtiene la felicidad. Tal es la Ciudad Modelo (la Ciudad Ideal, la Ciudad Virtuosa). La sociedad en que todos se ayudan para obtener la felicidad es la Sociedad Modelo. El pueblo o nación cuyas ciudades todas se ayudan mutuamente para la obtención de la felicidad, es el Pueblo Modelo (Nación Modelo). Del propio modo la tierra será Tierra Modelo entonces solamente cuando las naciones que la forman se ayudan mutuamente a obtener la felicidad*”.

Esta traducción se puede consultar en la siguiente obra:

Abū Naṣr al-Fārābī. *La Ciudad Ideal*. 2011: Madrid. Editorial Tecnos. Página 83. Traducción de Manuel Alonso Alonso.

cayeron en desuso³⁰⁴. Otros especialistas estiman que no se tratarían de masas patrimoniales reconocidas como sujetos jurídicos, sino de instituciones estatales³⁰⁵. No es de extrañar que el profesor Ferrara limite la personalidad jurídica en Roma a corporaciones de derecho público, pues según él, no existirían de carácter privado³⁰⁶.

Aunque el *waqf* sea merecedor de una mención especial, sí cabe subrayar que esta función de alimentos a necesitados podría ser cubierta mediante este negocio. Además, un magistrado público, el juez, asumió, desde una época temprana, entre sus competencias la gestión de la fundación³⁰⁷. Su naturaleza jurídica, en una primera aproximación, sería según Ibn Raḡāb:

^a وأما المتصرف تصرفاً خاص بتفويض من ليس له ولاية عامة فنوعان. أحدهما: أن يكون المفوض له ولاية على ما يتصرف فيه كولي اليتيم وناظر الوقف، فإذا عقد عقداً جائزاً أو متوقفاً كالشركة والمضاربة والوكالة وإجارة الوقف، فإنها لا تنفصح بموته لأنه متصرف على غيره لا على نفسه وكذلك الوكيل...³⁰⁸

El administrador tiene autoridad especial, no general, y propia y los actos en los que actúe no se anulan por su muerte.

A pesar de la distancia temporal y geográfica, una institución similar a las fundaciones alimentarias públicas romanas, no tanto en su finalidad sino más bien en la forma jurídica empleadas, la encontramos en un tipo específico de *waqf* frecuente en el Imperio Otomano. A continuación, resulta útil detenerse en este tipo de bien habiz que, entre otros, analiza el profesor Muḡammad Mwafiq al-Arnāu'wī, el cual se dispone de manera análoga a las fundaciones alimentarias:

^b يُعد الوقف النقدي أو وقف النقود من الظواهر المميزة للعصر العثماني إذ تطور فيه على المستوى العملي والفقهي موقف جديد بل إهتمام في مجتمع مسلم جديد؛ فقد كان الوقف حتى ذلك الحين يعتمد في مصادر تمويله على تأجير الأراضي والدور والدكاكين لتغطية نفقات المنشآت الخيرية التي أنشئ لأجلها [...] أما في العصر العثماني فقد برز شكل جديد للوقف يقوم على مبالغ كبيرة تقدم بفائدة محدد للتجار وأصحاب الحرف، بحيث يضمن الوقف بهذا الشكل مصدراً ثابتاً لتغطية نفقات مشاريع الخير³⁰⁹.

El autor describe la siguiente modalidad: el bien inmovilizado o vinculado no es, como es habitual, en especial en la escuela *ḡanaḡfī* (no así en la *mālikī*) un bien inmueble, sino una cantidad de dinero que se entrega a un comerciante o artesano. Este se compromete a abonar al *waqf* un interés determinado sobre el capital y de ahí se obtiene la financiación para el beneficiario de la institución: una mezquita, escuela, biblioteca, etc. En la página 51 y siguientes, anexa un ejemplo de documento de constitución de un bien habiz de esta clase, realizado en Jerusalén en el año 964 de la hégira, 1557 de nuestra era. Aparte del examen ineludible que requiere el caso, se plantean igualmente serias dudas sobre la forma jurídica que ampara los intereses, dada la prohibición del préstamo con interés remuneratorio propia de al-Šāfi ī, donde la usura está terminantemente vedada. Este modelo de habiz financiero será objeto de un especial análisis cuando abordemos la prohibición del riesgo y la usura en el *fiqh*.

A semejanza de apartados precedentes, hemos de rematar el presente exponiendo la relevancia del municipio para la cimentación del concepto de persona jurídica. Los pareceres son numerosos y encontrados. Para el profesor De Castro, en Roma no existía una concepción técnica

a En cuanto a quien actúa en un acto privado, por delegación de quien no tiene potestad pública, los hay de dos tipos: uno de ellos, es cuando el delegado tiene potestad sobre la actuación, como el tutor del huérfano o el administrador del *waqf*. Así, si concluyera un negocio válido o susceptible de rescisión, como la sociedad, la *muḡaraba*, la agencia y el arrendamiento del *waqf*, no se extinguiría con su muerte, porque actúa en nombre ajeno y no propio y así también el agente.

b Se considera el *waqf* financiero, o el *waqf* de dinero, uno de los fenómenos destacados de la época otomana. Así se desarrolló durante la misma, en los campos práctico y jurisprudencial, una postura digna de atención en una sociedad musulmana nueva. Hasta esas fechas, el *waqf* se sustentaba para su financiación en el arrendamiento de tierras, pisos y locales, con el fin de cubrir las necesidades de las instituciones benéficas para la que fue creado [...] Por contra, en el período otomano, una nueva forma de *waqf* surgió consistente en grandes sumas que se entregaban a los comerciantes y profesionales a un interés determinado, de manera que asegurara al *waqf* de este tipo una fuente segura de financiación para cubrir los gastos de los proyectos benéficos.

de persona que incluyera a otros entes distintos del hombre (municipio, decuria, sociedad y herencia) con capacidad jurídica. Las etiquetas jurídicas colocadas sobre las masas de bienes y las agrupaciones de personas singularizados eran las de *universitas* y *corpus*. Serán las denominaciones que los glosadores y postglosadores medievales mantengan hasta el siglo XIX³¹⁰. Tampoco existe certeza sobre en qué momento la *universitas* municipal se empleó elevada a una categoría distinta de los miembros que la componen³¹¹. Con una visión distinta, Francisco Ferrara afirma que los municipios eran tratados como ciudadanos en juicio en cuanto al derecho privado, pues, al perder la independencia política con la conquista, se mantenía su autonomía privada, mediante la concesión de estatutos³¹². Otros autores se decantan por considerar que, sobre la base de textos anteriores, la compilación justineana encauza jurídicamente las realidades que rebasan la vida de un hombre, como la herencia. En este sentido, el profesor Alfonso Castro califica al municipio como un ente colectivo cuya perdurabilidad se encuentra en la continuidad de sus elementos personales. La persona jurídica en estos casos sería fruto de un proceso de antropomorfización³¹³.

La diferencia con el mundo islámico en este hito sobre la personalidad jurídica es radical. Y hemos visto como algunos arabistas, como el profesor Chalmeta, rechaza la presencia de una concepción jurídica o política del municipio. Prácticamente es inexistente corriente alguna que defienda una tesis opuesta. Además, algunas fuentes árabes respaldan este estado de opinión. Ibn Jaldūn no cita al municipio ni a ningún cargo municipal al relatar los principales cargos políticos³¹⁴.

2.2.5. *Collegia* y otros entes de derecho privado

Tras aquellas entidades cuya creación está ligada a actuaciones del poder, tenemos que cruzar la frontera y revisar ejemplos de otras, en las que la iniciativa parta de personas ajenas al círculo de las autoridades, aunque en ocasiones se encarguen de intereses públicos. Algunos especialistas fijan en tres el número mínimo: “*tria fiunt collegia*”³¹⁵. Reseñemos algunos modelos de estos organismos.

Las fundaciones funerarias son, tal vez las más antiguas, pues su rastro nos lleva hasta el Egipto de los faraones y Grecia. A grandes rasgos, son bienes, normalmente inmuebles y anexos a las tumbas (la cual no forma parte de la fundación propiamente dicha, al considerarla el derecho fuera del comercio de los hombres por su carácter religioso), cuyo titular afectaba el uso y disfrute a los fines fijados: cultos funerarios o conservación del sepulcro. Los negocios jurídicos empleados al objeto de erigir las fundaciones solían ser el fideicomiso o el legado. La afectación normalmente era a perpetuidad. A partir del siglo III d. C., su uso decayó³¹⁶. El autor, recogiendo una corriente mayoritaria entre los especialistas, explica la necesidad de esta figura en la decadencia de los lazos familiares, lo cual provoca que los individuos teman por la continuidad de los ritos religiosos y la propia tumba una vez fallecido.

En el derecho islámico, se permite el *waqf* en favor de un cementerio, pero no hemos podido comprobar un supuesto igual al de las fundaciones romanas en favor de la propia tumba. Además, en las fuentes no hay una distinción nítida entre el régimen del cementerio como objeto del *waqf* y el régimen que corresponde a cualquier necrópolis como tal:

اوسئل ابن محسود عن المقبرة إذا عفت ودرست فقال: لا يجوز الإنتفاع بها ببيع أو حرث أو غرس. وقد أجاز مالك، رحمه الله، أن يبني فيها مسجد ويصلي فيه³¹⁷.

El texto, extraído de un recopilatorio de fetuas *mālikīes*, a pesar de incluirse con otras dedicadas a los bienes habices, aborda la cuestión de una forma general: se prohíbe aprovecharse de

a Y se preguntó a Ibn Ūd sobre un cementerio en caso de que se dejara de usar, estudió el caso y dijo: No es válido el aprovechamiento del mismo mediante venta o cultivo o plantación, y Mālik, Dios se apiade de él, permite construir en el mismo una mezquita y rezar en él.

los cementerios mediante su venta, cultivo o plantación. Mālik sí permite construir una mezquita en ellos y rezar.

Si comparamos esta fuente con otra compilación de respuestas dictadas en al-Andalus y el Norte de África, comprobamos que esta tendencia se repite. De un conjunto de unas nueve fetuas³¹⁸, dos se refieren, sin titubeos, a necrópolis como beneficiarias de un *waqf*. En las otras, habría que interpretar los pasajes, si quisiéramos llegar a una conclusión, aunque se incluyan en el tomo dedicado a los *aḥbās*. Tomemos la resolución del muftí al-Ḥaffār, al plantearle una cuestión sobre los frutos de una tierra vinculada en favor de un cementerio:

أجاب: الحمد لله. ووقفت على السؤال فوقه والأرض المحبسة على المقبرة ونبتت فيها الشجرة، فإن كان الموضع المحبس حُبس على أن يدفن فيه الموتى فتكون غلة الشجرة تخرج في سبيل البر لمسجد أو مسكين وشبه ذلك، فإن كان التحبيس على من يقرأ على قبر المحبس فتكون هذه الشجرة للقارئ، وعلى هذا القياس يجري الحكم والسلام على من يقف عليه³¹⁹.

Al comienzo, se habla de un terreno convertido en *waqf* en favor de un cementerio. En él crece un árbol y se trata de juzgar de quién serían los frutos. En función de dos posibilidades, se falla con dos sentencias admisibles. En caso de haberse estipulado que las tierras estaban destinadas erigir las tumbas en ellas, los frutos se emplearían para cualquier fin benéfico como una mezquita o en favor de los pobres. Si se hubiera vinculado esa tierra con la finalidad de retribuir a quien recite (*El Corán*) en memoria del fundador ante su tumba, el recitador los haría suyos. El paralelismo con el precursor romano no es descabellado.

El mismo mecanismo jurídico también se aplicaba con una intención benéfica. A lo largo del siglo I de nuestra era, en Roma, se van creando con el fin de proporcionar sustento a niños de familias pobres. La figura bajo cuyo amparo se implementaba esta finalidad era las donaciones fideicomisarias, en actos *inter vivos*, o legados modales, *mortis causa*. La administración se encargaba a asociaciones religiosas o profesionales. El emperador Nerva habilitó a las ciudades para ser donatarias. Famosas fueron las fundaciones instituidas por Plinio el joven³²⁰. La utilización del *waqf* para estos propósitos es tan habitual que aplazaremos los ejemplos al capítulo que le corresponde.

¿Los ciudadanos romanos estaban autorizados para crear asociaciones a través de pactos entre ellos? Se cree que la libertad de asociación era el principio rector en la materia, durante el período republicano. Se crearon colegios profesionales cuya organización se basaba en el autogobierno, pues gozaban de autonomía estatutaria, de acuerdo con disposiciones de la Ley de las Doce Tablas, autonomía que, con sus vicisitudes, se mantuvo hasta la compilación justiniana. Las fuentes señalan asociaciones de trabajadores urbanos en Roma, de arrendadores en África, etc. Su patrimonio se custodiaba en el *arka communis (sua casa)*; un lugar tangible físicamente y que sufriría un proceso de abstracción, englobando el conjunto de derechos y obligaciones de una determinada institución; un curso similar al que desentrañaremos cuando tengamos que hablar de la *casa del dinero (bayt al-māl)* Por último, su funcionamiento debía de ser democrático³²¹. Asimismo, se observaba a algunas de estas asociaciones prestando servicios públicos³²².

Alguna evidencia sobre la presencia de asociaciones políticas o profesionales es inusual en el mundo islámico. Una corriente de estudiosos aboga por nombrar a gremios de artesanos³²³, aunque diferenciándolos de sus contemporáneos europeos en las que existía una organización con su propia singularidad frente a sus miembros que disfruta de una capacidad de autogobierno³²⁴, pues no se crearon corporaciones permanentes en defensa de sus intereses profesionales, sino eventuales brotes³²⁵. Comprobemos lo que algunos textos históricos puedan aportarnos.

a Respondió: Alabado sea Dios. Me he detenido en la pregunta sobre las tierras convertidas en *waqf* en favor de un cementerio y en las que crece un árbol. Si el bien habiz hubiera sido constituido para el enterramiento de los muertos, los frutos del árbol se emplearían en una obra piadosa, para una mezquita o los pobres, o algo similar. Si su constitución hubiera sido destinada a quien recitara oraciones sobre la tumba objeto del *waqf*, ese árbol sería para el recitador. Sobre esa base, se habría de juzgar y la Paz sobre quien siga el criterio.

Algunos viajeros parecen describir una mera agrupación de los artesanos por profesión en un mismo lugar del zoco (descripción de un mercado de La Meca):

^aوما بين الصفا والمروة مسيل هو اليوم سوق حافلة بجميع الفواكه وغيرها من الحبوب وسائر المبيعات الطعامية، والساعون لا يكادون يخلصون من كثرة الزحام، وحوانيت الباعة يميناً وشمالاً، وما للبلدة سوق منتظم سواها إلا البزازين والعطارين، فهم عند باب بني شيبية تحت السوق المذكورة بمقربة تكاد تتصل به³²⁶.

Ibn Battūta detalla la ciudad iraquí de Tíbriz de forma análoga:

^bوصلنا إلى سوق عظيمة تعرف بسوق فازان من أحسن أسواق الدنيا، كل صناعة فيها على حدة لا تخلطها أخرى³²⁷.

La Córdoba califal también mantenía a los comerciantes de tejidos ubicados en un mismo lugar:

^cوإقامة حوانيت للبزازين بدار البرد المخلاة...³²⁸

Tres relatos que describen tres mercados mercantiles en ubicaciones diferentes del mundo musulmán medieval en el que a cada profesión le corresponde su lugar específico en el mercado. Aún hoy en día, se observa esta disposición en las ciudades islámicas contemporáneas. Ninguna alusión nos hace sospechar que esta colindancia provoque una unión ni la creación de una institución permanente en defensa de sus intereses. No obstante, algunos pareceres discrepan en cuanto a la inexistencia de verdaderas asociaciones profesionales³²⁹. Corresponderá a otro capítulo discernir si esas agrupaciones alcanzaron cierta singularidad jurídica.

Parte de los historiadores del derecho no dudan a la hora de proclamar que en Roma la idea de las asociaciones como *algo orgánico y unitario estaba bien enraizada*³³⁰. Tal convencimiento se fundamenta en los siguientes aspectos: su autonomía estatutaria, la documentación epigráfica desde el período republicano, los textos de Gayo de los que se desprende su capacidad jurídica y la titularidad sobre su propio patrimonio. Esta tendencia se confirma con la recopilación justiniana, donde la capacidad patrimonial es plena, que incluye la posibilidad de poseer sus propios siervos, cuando los socios se reducen a uno se mantiene su nombre jurídico (*nomem*), su capacidad de ser sucesores por testamento y la creación de órganos representativos totalmente permitidos por la legislación. La conclusión sería que la personalidad jurídica de estos entes estuvo íntegramente permitida³³¹.

2.2.6. Los templos helenísticos y romanos como titulares de derechos y obligaciones

Ya se mostró en el número primero de este punto segundo que los lugares de culto habían sido, desde tiempo inmemorial, uno de los destinatarios preferidos, tras el propio ser humano, de una configuración jurídica propia. El Código de Hammurabi se aproximaba a la asignación de la titularidad de un patrimonio al templo de la divinidad. No es menos cierto que el derecho islámico se modeló en un contexto en el que los templos que lo circundaban eran cristianos, zoroástricos o propios de la religión de la Arabia preislámica. El contacto con la religión romana o helenística, a pesar de estar extendido, todavía, en el estado de la investigación actual, no consta que tuviera una repercusión jurídica. Entonces, el interés de este apartado se localiza en su carácter de armazón conceptual que siempre fue el derecho romano para el ordenamiento eclesial. Por otra parte, planta ante nuestros ojos la continuidad temporal de la regulación y muestra la relevancia del análisis de los santuarios como sujetos de relaciones jurídicas con su correspondiente contenido obligacional; un estudio valioso en gran medida a la hora de desentrañar los preceptos contenidos en los textos de los jurisconsultos musulmanes sobre las mezquitas.

a Y entre Al Şafā y al-Muraw hay una torrentera que hoy es un mercado con innumerables frutas, granos y otros productos alimenticios. Y los clientes apenas se libran de la gran aglomeración; tiene locales de vendedores a izquierda y derecha, la población no posee otro mercado regulado más que el de los vendedores de ropa y los perfumistas. Estos se sitúan cerca de la Puerta de los Banū Şayba, bajo el zoco señalado, cercano, casi anexo.

b Y llegamos a un gran mercado conocido como Mercado de Fāzān, de los mejores de la Tierra, cada tipo de artesanía está ubicada separada del resto, sin mezclarse con otras.

c Y Erigir las tiendas de los vendedores de ropa en la Casa del Frío, Al Mujalā.

En el mundo helenístico, en las áreas de influencia tolemaica o seléucida, se perciben indicios de que los templos entraban en el mundo de los protagonistas de relaciones jurídicas, en sí mismos considerados: poseían esclavos y grandes extensiones de tierras. Son lugares de culto situados en Grecia, Egipto o Asia Menor anteriores a la conquista romana³³².

En cuanto a Roma, algunos textos del Digesto, del jurista Scevola, aparentemente otorgan a los templos el calificativo de titular de derechos, aunque algunos especialistas tienen dudas de que no sea el producto de una glosa posterior³³³. En principio, según la prohibición de ser instituida como heredera una persona incierta, los templos no tenían capacidad para adquirir mediante sucesión testamentaria, incluso Dios no podía ser instituido como tal. Un senado consulto o una constitución imperial concedió a algunas deidades esta capacidad. Ya en época imperial, siglo III d. C. por influencia de las provincias del Imperio, algunos templos disfrutaban de un patrimonio, afecto a su fin; es decir, su propio patrimonio como un supuesto de cierta personalidad jurídica, la cual no será plena hasta la época bizantina³³⁴. Es probable que en la parte oriental del Imperio la presencia de templos titulares de derechos y obligaciones fuera mayor. La conquista romana llevó aparejada en muchos casos la confiscación de sus tesoros y la apropiación de sus ingresos; Estrabón relata que estos lugares eran propietarios de tierras en las que trabajaban un gran número de campesinos, poseían sus propias finanzas gestionadas por el *curator arcae sanctuarii* (funcionario especializado), y eran beneficiarios de donaciones³³⁵.

A modo de remate del enunciado, extraigamos algunas frases de juristas musulmanes como avance de hasta qué punto el derecho islámico produjo una solución parecida:

«وسئل أيضاً عن بناء المعصرة وهي محل بينونه في جوار المسجد يبني فيه الطلبة الغرباء الملائمون للقراءة في ذلك المسجد هل يكون-أي بناؤها وإصلاحها- من وفر المسجد أو على الجماعة؟ فأجاب. إن المسألة فيها خلاف...»³³⁶

Se plantea una consulta al muftí sobre quien ha de soportar los gastos de construcción y reparación de un local donde habitan los estudiantes foráneos encargados de recitar en una mezquita. Las dos posibilidades serían la comunidad o del patrimonio de la propia mezquita. Parece que el templo es capaz de asumir sus obligaciones.

837^b. عن أبي العالية قال "كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤتى بالغنيمة، فيضرب بيده، فما وقع فيها من شيء جعله للكعبة، وهو سهم بيت الله [...]»³³⁷

Al hablar del reparto del botín, Muḥammad solía otorgar su parte a la Ka'ba, la *Casa de Dios*. Más adelante, se hará eco el autor de la azora de *El Corán* sobre el reparto del botín, en el que un quinto corresponde a Dios.

2.3. Influencia sasánida

En el apartado anterior hemos prestado atención a aquellos aspectos del estudio relativos al influjo romano y bizantino sobre la Ley islámica. Lo comenzábamos con una referencia al enorme conflicto entre el Imperio bizantino y el sasánida a principios del siglo VII, justo en los albores del Islam. Ha llegado el momento de abordar el segundo miembro de la serie. Tampoco conviene obviar, aunque no sea tratado en esta tesis, el comercio con India, el cual está documentado profusamente.

«فقدم عليه رسول ملك بلاد الهند بالهدايا والتحف، من الحرير والمسك والعود وسائر طرف بلاد الهند»³³⁸.

Los reinos del sur de Arabia intercambiaban embajadas con los del subcontinente indio. Estos tratos son descritos muchos siglos después por el viajero Ibn Battuta al registrar lo que vio en la ciudad de Calcuta:

a Y fue preguntado también por la construcción de al-Mu'amar, la cual es un lugar en las inmediaciones de la mezquita, donde se hospedan los estudiantes forasteros, encargados de recitar en dicha mezquita, si los gastos de construcción y su reparación recaen sobre la mezquita o la comunidad. Respondió: en esta cuestión hay diferencias.

b 837 [...] De Abū al-'Aliyya dijo: El Enviado de Dios, alabado sea, traía el botín y lo repartía personalmente. Y de cualquier cosa que lo incluía, separaba la parte correspondiente a la Ka'ba, la cuota de la Casa de Dios...

c Le presentó el enviado del rey del país de la India regalos y tesoros, de seda, joyas, y demás lujos del país de la India.

a [...] (وسلطانها) يسمى بكويل، وهو من أكبر سلاطين الملبار، وله مراكب كثيرة تسافر إلى عمان وفارس واليمن..³³⁹

Desgraciadamente, la disponibilidad de bibliografía especializada sobre el derecho persa es mucho más escasa que la existente sobre el derecho romano y romano-justiniano. Se intentará extraer los datos más relevantes de la misma, así como de las fuentes árabes a las que se ha accedido.

En primer lugar, como premisa apta como cimiento del capítulo, está fuera de toda duda la relación histórica de las distintas dinastías persas con la Península Arábiga, tanto si atendemos a la historiografía occidental como a los escritos de autores árabes.

قال: فغزا بلاد اليمن وممالك بها يومئذ ذو الأذعار بن أبرهة ذي المنار ابن الرائش. فلما ورد بلاد اليمن خرج عليه ذو الأذعار بن أبرهة وكان قد أصابه الفالج؛ فلم يكن غزو قبل ذلك بنفسه. قال فلما أظله كيقاوس ووطئ بلاده في جموعه خرج بنفسه في جموع حمير وولد قحطان، فظفر بكيقاوس، فأسره، إستباح عسكره، وحبسه في بئر، وأطبق عليه، طبقاً. قال: وخرج من سجستان رجل يُقال له رستم، كان جباراً قوياً فيمن أطاعه من الناس. قال: زعمت الفرس أنه دخل بلاد اليمن، وإستخرج قبوس من محبسه وهو كيقاوس. قال: وزعم أهل اليمن أنه لما بلغ ذا الأذعار إقبال رستم خرج إليه في جنوده وعدده، خندق كل واحد منهما على عسكره، وأنهما أشفقا على جنديهما ممن البوار، وتخوفا إن تراخفا ألا تكون لهما بقية، فاصطلحا على دفع كيقاوس إلى رستم، ووضع الحرب، فانصرفا رستم بكيقاوس إلى بابل، وكتب كيقاوس لرستم عتقاً من عبودة الملك، وأقطعه سجستان وزابليستان، وأعطاه قننوسة منسوجة بالذهب وتوجه، وأمره أن يجلس على سرير من فضة، قوائمه من ذهب، فلم تزل تلك البلاد بيد رستم حتى هلك كيقاوس وبعده دهر طويلاً³⁴⁰.

El cronista al-Ṭabarī registra un conflicto mediante el cual los reyes persas se hacen con el control de Yemen, en la época de la dinastía *himyarī*. En su Historia, esto episodios son frecuentes en sus relatos sobre los diversos reinos persas. Obviamente, este vínculo no se limitó a las guerras, también se produjeron intercambios comerciales y culturales. Según los profesores Dignas y Winter, desde comienzos del siglo VI hasta la aparición del Islam, Yemen se convirtió en un estado vasallo de los sasánidas³⁴¹. En los propios relatos de la vida de Mahoma igualmente se contienen referencias a esta dinastía gobernante.

و النصر بن الحارث بن علقمة بن كلدة بن عبد مناف بن عبد الدار بن فصي، كان إذا جلس رسول الله ص مجلساً، فدعا فيه إلى الله تعالى، وتلا فيها القرآن، وحذر فيه قريش ما أصاب الأمم الخالية، خلفه في مجلسه إذا قام، فحدثه عن رستم السندي، وعن أسفاديان، وملوك فارس...³⁴²

Aunque se puede documentar influencias persas en partes de Arabia como elementos arquitectónicos partos en las tumbas de Petra³⁴³, desde que esta familia subió al poder en el siglo III d.C., una contienda endémica contra Roma se enraizó en la zona sur de Mesopotamia, la costa del Golfo Pérsico y el este de Arabia. El control del comercio con la India, entre otros objetivos estratégicos, estaba en juego³⁴⁴. Este enfrentamiento se dilató durante los siglos posteriores³⁴⁵. Alguna tradición afirma que los sasánidas ambicionaban reconquistar aquellos territorios que algún día estuvieron en manos persas³⁴⁶. En el mismo sentido que ya vimos, este conflicto se radicalizó durante el siglo VI de nuestra era, sirviéndose ambas partes de aliados árabes. La tribu de los

a (Y su rey) se llama Kuwayl, y es uno de los más grandes entre los reyes de Malabar, posee muchos barcos que viajan a Omán, Persia y Yemen.

b Dijo: atacaron Yemen y sus reinos en tiempos de Dū al-Ad'ār b Abraha Dū al-Manār Ibn al-Ra'iša. Cuando alcanzó Yemen le salió a su encuentro Dū al-Ad'ār b Abraha Dū al-Manār Ibn al-Ra'iša y lo venció al-Fāliḡ. Pues no había atacado antes de eso por sí mismo. Dijo: cuando lo oprimió Qīqāws y arrasó su país con sus tropas, salió por sí mismo con las tropas de Ḥimyar, y su hijo Qaḡṡān: Logró vencer a Qīqāws y lo hizo prisionero y hacerse con su ejército. Lo metió preso en un pozo donde lo amarró. Dijo: y salió de Siḡistān un hombre conocido como Rustum. Era poderoso, y fuerte por lo que la gente lo obedecía. Dijo: los persas afirmaban que entró en Yemen, y sacó a Qabus de su cautiverio, era Qīqāws. Dijo: y la gente de Yemen afirmaban que cuando llegó a Dū al-Ad'ār le salió a su encuentro con sus tropas, cada uno en su trinchera. Luego se apiadaron de sus soldados, temiendo que no quedara ninguno, y llegaron a un acuerdo por el que Qīqāws pagaría a Rustum, aparcando la guerra. Se llevó Rustum a Qīqāws a Babilonia, y a Qīqāws prescribió la exención de adorar al rey. Le entregó Siḡistān y Zāyistān. Le regaló un calzón bordado de oro y le ordenó que se sentara en una cama de plata con pilares de oro. Y el país permaneció en poder de Rustum hasta la muerte de Qīqāws y después durante mucho tiempo.

c Y al-Naṣr b. al-Ḥāriṡ b. 'Alqama b. Kalda b. 'Abd-l-Manāf b. 'Abd al-Dār b. Faṣī, Si el enviado de Dios se sentaba, invocaba a Dios el Altísimo, recitaban *El Corán* y Qurayṣ lo advertía de lo que golpeaba a las tribus, lo seguía si se levantaba y le hablaba de Rustum Al Sandīd y de Asfādyār y los reyes de Persia.

Gaṣānīes, del bando romano, y la de los *Lajmīes*, del persa³⁴⁷. Las disputas entre las dos servían de excusa para la guerra entre los imperios³⁴⁸. Estos estados satélites eran instrumentos para una continua agresión indirecta entre ellos, lo que supuso un gran desgaste que allanó el camino a la irrupción del Islam y su fulminante victoria sobre los mismos³⁴⁹. Evidentemente, se firmaron tratados de paz y resulta curioso que uno de los más famosos lo firmara por la facción romana el emperador Filipo el Árabe³⁵⁰.

En este escenario, es posible clasificar a los árabes en tres grupos: aquellos habitantes del interior de las fronteras del Imperio persa, es decir, la costa este del Golfo Pérsico y norte de Mesopotamia; el segundo, los súbditos del Imperio Romano (principalmente en Siria y Palestina) y, finalmente, quienes vivían en la Península Arábiga, independientes políticamente de las dos potencias³⁵¹. Ejemplo de estos tres modelos se perciben en las figuras de tres reyes árabes, héroes de la *Yāhiliyya*, Nu'amān v. al-Mundīr (rey de los *lajmīes* de Hira, dentro del bando persa), Imru 'l-Qays (quien solicitó la ayuda del emperador bizantino) y Kulayb b. Wā'il (proclamado rey de una coalición de tribus del centro de la Península Arábiga³⁵²).

Un hecho destacable, que más adelante nos será útil, es la emigración desde Bizancio a Persia de los filósofos paganos griegos, donde encontraron refugio y a donde llevaron los frutos de su saber. Algo parecido ocurrió con las distintas herejías cristianas como la nestoriana o jacobita³⁵³. Es manifiesta, entonces, y no extraña, la influencia persa en los árabes preislámicos y en el mundo musulmán posterior; un rastro que lo acompañará incluso en sus fronteras más lejanas, como al-Andalus³⁵⁴. Por supuesto, en el arte islámico esta convivencia dejará su marca³⁵⁵.

Si esta interrelación social, política y cultural no admite discusión, ahora toca el turno de indagar la posibilidad de un contacto entre los ordenamientos jurídicos islámico y persa. Una primera cita contribuirá a enmarcar el tema:

في أصل وضع الخراج وأول من وضعه في الإسلام ذكروا أن سواد العراق كان الخراج موضوع عليه قبل الإسلام في زمن ملك الفرس فذكر يحيى بن آدم في كتاب الخراج عن صالح قال السواد هذا يعني سواد الكوفة سمعنا أنه كان في أيدي النبط فظهر عليهم أهل فارس فكانوا يؤدون إليهم الخراج فلما ظهر المسلمون على أهل فارس تركوا السواد ومن لم يقاتلهم من النبط والدهاقين على حالهم ووضعوا الجزية على رؤس الرجال ومسحوا عليهم ما كان في أيديهم من الأرض ووضعوا عليها الخراج...³⁵⁶

El alfaquí sitúa el origen de esta imposición tributaria territorial (parece que es la acepción en la que se emplea en este fragmento), el *jarāy*, en tiempos de los persas, quienes lo impusieron en el momento de la conquista de los pueblos mesopotámicos a los que convirtieron en sus súbditos. Los musulmanes, al apoderarse de estas tierras, habrían mantenido con innovaciones el sistema tributario.

Algunos autores que han estudiado la historia de la dinastía sasánida sostienen que, así como la cultura parta sobrevivió a su ascenso, sus políticas y tradiciones culturales perduraron más allá de su caída en manos de los árabes³⁵⁷. En este sentido, el pensamiento político de autores como al-Muqaffa' y al-Yāhiz presentaba un claro sesgo hacia esta dinastía, aún más si pensamos que en su mayor parte trataban de justificar el poder que los abasíes, surgidos en la antigua provincia persa de Jorasán, habían arrebatado a los omeyas³⁵⁸. La civilización irania presenta cierta continuidad a lo largo de los siglos: los aqueménidas mantuvieron la aplicación del Código de Hammurabi; en cuanto a los sasánidas, al adoptar el zoroastrismo como religión oficial, impusieron un régimen imperial unitario, con una organización sacerdotal, de gran poder, jerárquico. Un único emperador que consolidará el monoteísmo religioso como ideología de estado. Este patrón será acogido en

a En el origen de la imposición del *jarāy* y el primero que lo impuso en el islam, señalan que en al-Sawād de Iraq se gravaban con él antes del islam en tiempos de los reyes persas, y Yahyā b. Adam ha recogido en su libro sobre el *jarāy*, basándose en Salyh quien ha dicho que en al-Sawād, es decir Sawād al-Kūfa, habíamos escuchado que estaba en poder de los nabateos (en árabe reciben el mismo nombre que el pueblo cuya capital era Petra, pero no tienen relación) y a ellos les llegaron los persas y les impusieron el *jarāy*; cuando se apoderaron los musulmanes de los persas, mantuvieron al-Sawād y a quienes no combatieron de ellos y de los gobernadores tal como estaban y les impusieron el *yizya* a cada hombre y repartieron las tierras que poseían y las gravaron con el *jarāy*.

Roma al declarar el cristianismo como religión oficial³⁵⁹, fundamentalmente, durante el Bajo Imperio³⁶⁰. Tal y como reseñamos, desembocará en el cesaropapismo bizantino. En su momento profundizaremos más, pero estos elementos duales bizantinos y sasánidas no serán extraños al gobierno califal.

Los historiadores concentran sus esfuerzos principalmente en el aspecto político, una monarquía absoluta donde una religión monoteísta adquirió una gran preponderancia. En contraposición, las fuentes árabes que hemos consultado hacen mención a cuestiones económicas, impositivas, casi en exclusiva, de forma similar al texto ya transcrito. Completemos la cuestión con algunos ejemplos que rematen la exposición:

Al-Ṭabarī nos ofrece una relación de reyes y describe sus reinados.

^aوكان زو محموداً في ملكه، محسناً إلى رعيتيه، فأمر بإصلاح ما كان فراسياب أفسد من بلاد خنباث، ومملكة بابل وبناء ما كان هُدم من حصون ذلك، ونثّل ما كان طمم وغور من الأنهار والقنى، وكري ما كان أندفن من المياه حتى أعاد كل ذلك، في ما ذكر، إلى أحسن ما كان عليه، ووضع عن الناس الخراج سبع سنين..³⁶¹

El historiador alaba el reinado de uno de estos reyes persas, narrando la manera en la que mejoró el riego de zonas de su territorio y como eximió durante siete años a sus habitantes del pago del *jarāy*. Obviamente, el empleo de la palabra árabe que designa a un impuesto sobre el territorio no implica necesariamente que su régimen jurídico fuera semejante. Es más, ya hemos adelantado que en muchas ocasiones su régimen se acerca al de un tipo especial de propiedad más que a un tributo. En su capítulo específico continuaremos.

El mismo escritor, al relatar los principales acontecimientos del reinado de Sāppūr y la forma en la que tuvo lugar su deposición, añade:

^b[...] فقاتلوه ففضوا جمعه، وقتلوا منهم مقتلة عظيمة، وهرب سابور فيمن بقي من جنده، واحتوى لليانوس على مدينة طيسبون محلة سابور وظفر ببيوت أموال سابور وخزائنه فيها..³⁶²

En la ocasión presente, ya no se trata de un impuesto, sino del tesoro del rey, sus *casas del dinero*, sin embargo, el mismo comentario que hicimos anteriormente merece el texto respecto al léxico empleado y su régimen jurídico. Más adelante, regresa al asunto impositivo, esta vez con relación a los bizantinos (o romanos, que es la palabra empleada en el original).

^cوكان الروم التاثوا على يزدرج بن بهرام في الخراج الذي كانوا يحملونه إلى أبيه، فوجه إليهم مخرنسي بن برازة، في مثل العدة التي كان بهرام وجهه إليهم، فيبلغ له إرادته.³⁶³

Siglos posteriores, las fuentes árabes mantendrán esta misma línea sobre la relación entre una mayor recaudación de los impuestos y la mejora de las infraestructuras que hemos recogido sobre algunos emperadores sasánidas:

^dفلما سمع الملك ذلك أقبل على النظر في ملكه، وإنترعت الضياع من أيدي الخاصة ورُدت على أربابها، وحُملوا على رسومهم السالفة، واخذوا في العمارة وقوي من ضعف منهم، فعمرت الأرض وأخصبت البلاد وكثرت الأموال عند جباة الخراج، وقويت الجنود وقطعت مواد الأعداء وشحنت الثغور، وأقبل الملك على مباشرة الأمور بنفسه، فحسنت أيامه وانتظم ملكه. فتقهم من هذه الحكاية أن الظلم مخرب للعمران، وإن عائدة الخراب في العمران على الدولة بالفساد والإنفاض.³⁶⁴

a Zū era alabado en su reinado, mejorando a sus súbditos; así ordenó arreglar lo que Frāsiyāb había arruinado en el país de Janyāt, el reino de Babilonia, y reconstruyó las fortalezas que habían sido destruidas y desatascó las canales y conductos, puso en alquiler las tierras de regadío y, según cuentan, mejoró la situación, y levantó el *jarāy* sobre la gente durante siete años.

b Y combatieron y se dispersaron todos y mató a un gran número de ellos. Y Sāppūr huyó con los restos de su ejército y Liyānūs se asentó en la ciudad de Ṭisbūn, sede de Sāppūr y se adueñó de los tesoros de Sāppūr y sus almacenes que existían en las mismas.

c Los bizantinos habían mezclado el *jarāy* de Yazdayār b. Bahrān con el que pagaban a su padre, y les indicaba Majaransi b. Barāza la misma cantidad que les fijaba Bahrān, y les llegó su voluntad.

d Cuando el rey escuchó aquello, se dispuso a afrontar los asuntos del reino, y arrancó las aldeas de manos de los nobles y las devolvió a sus dueños, y volvió a gravarlas como antes y empezó a reconstruir y a fortalecer lo que se había debilitado; reconstruyó la tierra y se fertilizó el país y crecieron las sumas de dinero que se recaudaban por el *jarāy*, y se fortaleció el ejército y se cortaron los suministros de los enemigos y se fortificaron las fronteras, y el rey tomó las riendas directamente de los asuntos y mejoraron sus días y se organizó su reino. De esta historia se desprende que la tiranía arruina la civilización en los estados con la corrupción y el exceso de gravamen.

El colofón de este epígrafe lo pondremos con una referencia a la posible estela persa que pudiera distinguirse en el *waqf*, uno de los paradigmas de institución con rasgos de lo que denominamos persona jurídica. Hemos visto como existieron fundaciones funerarias en Roma y Egipto, en el mundo sasánida, aparecieron las fundaciones en favor del alma, sobre la base de las creencias religiosas del zoroastrismo³⁶⁵. Aprovechando antecedentes aqueménidas, en concreto del rey Cambises, se han documentado desde el siglo III de nuestra era. Veamos alguna de las regulaciones contenida en el libro de los mil juicios (en su traducción al inglés):

34, 3-6:

If a thing conveyed (as an endowment) "for the soul" bears fruit (= brings revenue), the fruit is (also) dedicated; but if it does not bear fruit, then the "principal" (shall be dedicated as well as) that which remains after the payment of the taxes and dues (with which the thing is encumbered - A. P.), and of the expenses for the maintenance of the "principal", and of the payments ("payments and rations") to the trustees.

En este caso, si el bien objeto de la fundación produjera frutos, estos se considerarían incluidos, y si no diera, el bien principal, después de descontar los bienes de los gastos y tasas, sería dedicado al mismo fin.

34, 6-9:

If he has written the following: "I have declared (the transfer of an estate as an endowment) for the performance of rituals "for the soul", then (the revenue from the estate) may be used only for the performance of religious rites. But if it is written in this manner: "I have declared (the transfer of an estate as an endowment) 'for the soul'", then the man having received possession (= the trusteeship) of the estate) may transfer it and make expenditures (in whatever way) he considers more suitable/ beneficial for the soul (of the endower)³⁶⁶.

Es la voluntad del fundador quien determina la mayor o menor libertad del administrador para emplear las rentas.

34, 6--9:

If he makes a declaration regarding (the transfer) of a thing (as a foundation) "for the soul" and for the performance of religious rites, and sets a definite (=fixed) appropriation for the performance of the rites, then the surplus fruits (=surplus revenue) from this endowment shall belong to the trustees. And if he writes (as follows): "I have made a declaration (concerning the transfer of a thing) 'for the soul' and I have made ('set down') a definite (=fixed) appropriation (lit. 'outlay, deposit')• 'for the performance of religious rites", then. a lesser number of religious rites than (was set down by the endower - A. P.) may not be performed (for the sake) of preserving a surplus revenue from the endowment.

En condiciones normales, los ingresos obtenidos (frutos, rentas, etc.) serían propiedad del administrador, obviamente para emplearlos en la finalidad perseguida por el fundador.

34, 15-35, 6:

If he declares (the following): "this thing came (=passed by transmission -A. P) in my trust ('into my possession ') as a security", or if he declares: "as an endowment set up 'for the soul' and for religious rites, and I have transferred to Mihren (this) thing of which I said that (it) had come to me"; then - even if he does not write (the following): "in the same manner (i. e. on the same basis -A. P) as I said that it had passed to me" - it is well and the transfer is regular. If, however, he declares: "this thing is declared (as having been transferred to me as an endowment) 'for the soul', not for religious rites, and let the thing, regarding which I made this declaration, be in the trusteeship of Mihren (let Mihren hold/possess' it)", but he does not write: "in the same manner (i. e. on the same basis - A. P) as I declared (it)" - then it is not well (=is irregular). And if he declares: "I declared this thing (as an endowment set up) 'for the soul' and transferred it to the trusteeship of Mihren" then neither Mihren nor any other person is entitled to sell or transfer the thing, and he (=Mihren) is entitled to sell only the fruits (=revenue), but he is not entitled to

transfer the principal on the same basis ("in the same manner") as he received it (to anyone else), and it must pass to (the trusteeship of) his kinsmen.

El bien sería inalienable, no así sus frutos.

El parecido con las fundaciones funerarias romanas, ya descritas con anterioridad, es evidente. Existe una corriente, de la que se hace eco el profesor Henningan (aunque el propio autor es más partidario de la presencia de múltiples elementos foráneos y no uno solo)³⁶⁷, que reputa al derecho persa ser el origen directo de la institución islámica. Dos argumentos son los que avalarían esta afirmación: la separación que establecen los textos sasánidas entre la propiedad principal y sus frutos; y la presencia de dos destinatarios: monumentos públicos y familiares. No es una pregunta que debamos contestar en este estudio, aunque quizás, las dos características más alejadas del régimen jurídico del *waqf* sean la falta de definición de quién es el propietario de los bienes objeto de la fundación, y la asignación de la titularidad de los frutos al administrador. De esta manera, la transferencia del dominio a un dueño, persona concreta, aunque fiduciario y muy constreñido en su poder de dueño de la cosa, supone un lastre para desarrollar un ente ajeno al ser humano como titular de relaciones jurídicas.

Por contra, el encargado de la gestión del *waqf*, aun disponiendo de grandes prerrogativas, no disfruta de la condición de propietario de las rentas de los bienes vinculados. Los juristas establecen lo siguiente con relación a esta cuestión:

باب الوكالة في الوقف ونفقته وأن يطعم صديقاً له يأكل بالمعروف. 2313 حدث قتيبة بن سعيد. حدثنا سفيان بن عمرو، قال في صدقة عمر رضي الله عنه: ليس على ولي جناح أن يأكل ويؤكل صديقاً غير متأتلاً مالا. فكان ابن عمر هو يلي صدقة عمر، يهدي لناس من أهل مكة ينزل عليهم³⁶⁸.

Sería posible traducir a los efectos de este estudio: *Capítulo sobre la delegación en el waqf y sus gastos y sobre si está facultado para alimentar a un amigo de él: 2313. Qutayba b. Sa'īd ha dicho: nos ha hablado Sufyān b. 'Umar: ha dicho sobre el waqf de 'Umar, Dios esté satisfecho de él: no cometería pecado el encargado si comiera o diera de comer a un amigo sin menoscabo de los bienes. Pues el hijo de 'Umar, encargado de su waqf, lo ofrecía a la gente de La Meca que se acercaban.*

Reproduzcamos un texto ya expuesto:

[...] وأما المتصرف تصرفاً خاص بتفويض من ليس له ولاية عامة فنوعان. أحدهما: أن يكون المفوض له ولاية على ما يتصرف فيه كولي اليتيم وناظر الوقف، فإذا عقد عقداً جائزاً أو متوقفاً كالشركة والمضاربة والوكالة وإجارة الوقف، فإنها لا تنفصح بموته لأنه متصرف على غيره لا على نفسه وكذلك الوكيل.³⁶⁹

·En cuanto a la persona que actúa de forma privada con una autorización de quien no tiene potestad pública, es de dos tipos: que el autorizante disponga de potestad sobre el objeto de la actuación como el tutor de un huérfano y el administrador de un waqf: pues si contratara un contrato válido o cuya rescisión fuera posible, como la sociedad o la muḍāraba y la delegación o el arrendamiento del bien habiz, pues el contrato no se extinguiría con su muerte, porque actúa por otro no en nombre propio...

Un poco más adelante, el mismo jurisconsulto, bajo el epígrafe *Regla Setenta y una: sobre si es válido consumir de los bienes sin permiso de sus titulares*, prosigue:

منها ناظر الوقف والصدقات، ونص أحمد على جواز أكله نقله عنه أبو الحارث أنه قال: إن أكل بالمعروف فلا بأس. قيل له: فيقضي منه دينه؟ قال: ما سممنا فيه شيئاً. وكذلك نقل عنه حرب في رجل أوصى إلى رجل بأرض أو صدقة للمساكين فدخل الوصي الحائط أو الأرض فتناول بطيخة أو قثاء أو نحو ذلك قال: لا بأس بذلك إذا كان القيم بذلك أكل. وترجم عليه بعض الأصحاب، وأظنه أبا حفص العكبري، الوصي يأكل من الوقف الذي يليه، وهذا ظاهر في أنه لا شترط له الحاجة. فخرج أبو الخطاب على عامل اليتيم، ونقل الميموني عن أحمد أنه ذكر حديث عمر حين وقف وأوصى إلى حفصة ثم قال أحمد: وليه يأكل منه بالمعروف إذا اشترط ذلك مفهومه المنع من الأكل بدون شرط، فأما الوكيل في الصدق فلا يأكل منه شيئاً³⁷⁰.

De ello: el administrador del waqf y las limosnas, prescribió Aḥmad la validez de consumirlo, transmitiéndolo desde Abū al-Ḥārīt, quien ha dicho sobre el administrador del waqf: si lo consumiera de forma acostumbrada no importa. Se le ha dicho: ¿podría pagar sus deudas? No hemos oído nada sobre ello. También ha transmitido sobre ello Ḥarb que un hombre nombró tutor

a otro de una tierra o una limosna en favor de los pobres y entró al predio o a la tierra y tomó una sandía o un pepinillo o algo parecido, dijo: no importa eso si el valor de ello es de esa entidad. Algunos de nuestros colegas, creo que Abū Ḥafṣ al-'Akbarī, han transmitido que el tutor consume del waqf que administra, y eso es evidente que no se ha condicionado a la necesidad. Y Abū al-Jaṭṭāb ha disentido sobre el encargado de los huérfanos, y ha transmitido al-Maymūnī de Aḥmad quien ha recordado el hadiz de 'Umar cuando constituyó un waqf y nombró a Ḥafṣa como encargado, luego dijo Aḥmad: su encargado consume de él de forma legítima si se ha incluido esa cláusula y queda claro la prohibición sin la misma; en cuanto al encargado de la limosna, no puede consumir de ella nada.

Tomemos un fragmento de la escuela *mālikī*:

لا يجوز لمن له التصرف في الأحماس من ناظر أو غير تصرف إلا على وجه النظر، لا يجوز على غير ذلك³⁷¹.

·No le está permitido a quien está encargado de los habices, como administrador o de otra forma, actuar más que en su administración, no de otra manera·

La persona que puso los cimientos del *fiqh*, al-Šāfi'ī, incorpora a su documento sobre la constitución de un waqf:

[...] ويلي هذه الدار إبني فلان بن فلان الذي وليته في حياتي وبعد موتي ما كان قوياً على ولايته أميناً عليها بما أوجب

الله تعالى عليه من توفير غلة إن كانت لها والعدل في قسمها...³⁷²

·[...] Y administrará esta casa mi hijo, fulano hijo de fulano, a quien he nombrado en vida y después de la muerte quien sea capaz de administrarla, leal a todo aquello que Dios le manda en cuanto a aumentar sus rentas, si las tuviera, y de justicia en su reparto·.

Todos los ejemplos dejan patente que el administrador siempre actúa en nombre ajeno, a beneficio de la fundación. Esta alteridad, sin que la mayor o menor amplitud de sus facultades según la escuela, muten el régimen jurídico, abre el camino a la necesidad de dotar a un ente no humano de capacidades jurídicas. En el momento que se acude a la propiedad fiduciaria, es decir una verdadera propiedad aunque limitada por intereses ajenos a su titular, servirse del expediente de la personalidad jurídica carece de sentido, pues ya existe una persona, ser humano, como propietaria.

2.4 Derecho de la Iglesia: Iglesia como centro de imputación de derechos y obligaciones

Un derecho de origen divino

La Iglesia, como institución, siempre ha defendido su origen divino, el Reino de Dios fundado por Cristo, cuyo momento inicial fue el día de Pentecostés³⁷³. Sin embargo, también ha separado el derecho divino revelado del derecho natural, este implantado por Dios en la razón humana y aquel comunicado al hombre de forma sobrenatural³⁷⁴. El filósofo escolástico medieval, Santo Tomás de Aquino, distingue tres clases de ley: ley divina, eterna, ley natural como aquella parte de la divina a la que la razón humana puede acceder y, por último, la ley positiva o humana, promulgada por los poderes seculares³⁷⁵. En el mismo sentido, desde épocas tempranas, también ha marcado las fronteras entre ella y los poderes terrenales³⁷⁶. Grandes pensadores cristianos, San Agustín entre ellos, separan la ley humana de la Divina, con total primacía de esta última³⁷⁷. Por el contrario, en el Islam la distinción entre Iglesia y estado carece de sentido, así como la oposición entre las esferas secular y espiritual³⁷⁸. Asimismo, tampoco estableció ninguna divisoria entre la Ley revelada y la Ley civil³⁷⁹, pues la única soberanía corresponde a Dios³⁸⁰.

No obstante, no conviene ignorar que a lo largo de los siglos la relación con el poder pasó por fases muy diferentes: persecución, tolerancia, oficialidad. Su influjo en el mundo jurídico fue enorme y marcó la legislación en el Imperio Romano (Código de Teodosio), Bizantino (Justiniano) y en los estados surgidos en Europa³⁸¹. En su vertiente política, con relación a los modelos a los que

el Islam se enfrentó en su origen, ya hemos analizado la cuestión del cesaropapismo y la autocracia sasánida.

El derecho islámico, tal y como quedó fijado por su principal arquitecto, al-Šāfi ʿī, bebe de cuatro fuentes: *El Corán*, la Sunna de Muḥammad (ambas reciben la denominación común de textos), la analogía o *qiyās* y el consenso³⁸². Estas líneas del jurista musulmán señalado ilustra esta cuestión:

^a وهذا الصنف من العلم دليل على ما وصفت قبل هذا على أن ليس لأحد أبداً أن يقول في شيء حل ولا حرام إلا من جهة العلم الخبر في الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس³⁸³.

El autor indica aquellos lugares en que se ha de buscar si algo está permitido o prohibido; es decir, las fuentes del derecho. Las dos primeras tienen su fundamento directo en Dios, ya que *El Corán* establece:

طِبَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا.³⁸⁴

Las dos siguientes serían subsidiarias y, a veces, con un valor auxiliar.

Todas estas consideraciones nos conducen a dos conclusiones: la primera es que ambos ordenamientos apelan a un mismo origen divino; la segunda supone una desavenencia, pues en el cristianismo se bifurcan los ámbitos eclesial y secular (sin duda no se trata de una independencia radical entre ambos, sino de una interrelación con espacios propios autónomos pero en continua e íntima colaboración y/o conflicto), mientras que en el Islam forman un núcleo indivisible³⁸⁵. Tanto es así, que algunos pensadores musulmanes modernos, como Seyyed Hossein Nasr, llegan a criticar, a nuestro modo de ver de manera equivocada, el divorcio dentro del mundo cristiano occidental entre vida política y principios espirituales³⁸⁶. Una cita de uno de los pensadores árabes medievales, Ibn Jaldūn, nos muestra que esta visión es tradicional. Bajo el título *·Capítulo treinta y tres, sobre la exégesis del nombre de Papa y Patriarca en el cristianismo y el nombre de Rabino entre los judíos·*, afirma:

^c أعلم أن الملة لا بد من قائم عند غيبة النبي يحملهم على أحكامهم وشرائعهم، يكون كالخليفة فيهم للنبي فيما جاء به من التكليف. والنوع الإنساني أيضاً، بما تقدم من ضرورة السياسة فيهم للإجتماع البشري، لا بد لهم من شخص يحملهم على مصالحهم ويزعهم عن مفاسدهم بالقهر، وهو المسمى بالملك.

والملة الإسلامية لَمَا كَانَ الْجِهَادُ فِيهَا مَشْرُوعاً لِعُمُومِ الدَّعْوَةِ وَحَمْلِ الكَافَةِ عَلَى الدِّينِ الْإِسْلَامِ طَوْعاً أَوْ كَرْهاً إِتَّخَذَتْ فِيهَا الْخِلاَفَةَ وَالْمَلِكُ لِتَوَجُّهِ الشُّوْكَةِ مِنَ الْقَائِمِينَ بِهَا إِلَيْهِمْ مَعاً.

أما سوى الملة الإسلامية فلم تكون دعوتهم عامة ولا جهاد عندهم مشروعاً إلا في المدافعة فقط؛ فصار القائم بأمر الدين فيها لا يعنيه شيء من سياسة الملك؛ وإنما وقع الملك لمن وقع منهم بالعرض والأمر غير ديني وهو ما إقتضته لهم العصبية لما فيها من الطلب للملك لما قدماء، لأنهم غير مكلفين بالتغلب على الأمم كما في الملة الإسلامية، وإنما هو مطلوبون بإقامة دينهم في خاصتهم.³⁸⁷

a Y esta clase de conocimiento es una prueba de lo que he descrito antes, sobre que nadie puede decir de algo que está permitido o prohibido, más que desde la ciencia y la ciencia es la noticia en el Libro, o la *sunna* o el consenso o la analogía.

b Aquellos que creéis, obedeced a Dios y obedeced al Profeta y ese es la primera orden, si tuvierais algún conflicto entre vosotros sobre algo, volved hacia Dios y el Profeta si sois creyentes en Dios y el Día del Juicio, esa es la mejor interpretación.

c Conoce que la religión necesita quien se encargue, en ausencia de profeta, de guiarlos con sus preceptos y leyes, y que sea como el sucesor (califa) del profeta entre ellos, en cuanto a los mandatos divinos. La raza humana también, según adelantamos sobre la necesidad que tiene de la política al vivir en sociedad, necesita de una persona que los guíe en sus intereses y los aleje de los vicios por la fuerza: es el que se llama rey.

Y la religión islámica, al estar la *ḡihād* permitida entre ellos por la universalidad de propagar el Islam y llevar a todos a esa religión por obediencia o sometimiento, ha cogido el califato y el reinado para llevarles la fuerza a quienes se dediquen a ello.

En cuanto a las demás religiones, no tienen una misión universal y la *ḡihād* no está permitida más que para la defensa, pues quien se encarga de los asuntos religiosos no le interesa la política del reino; únicamente recae el cargo de rey entre ellos en quien se preocupe de los asuntos y objetivos no religiosos y esto es lo que exige la *‘aṣabiyya*, sobre la búsqueda natural del poder como hemos dicho, porque ellos (los cargos religiosos) no están encargados de vencer a las naciones como en la religión islámica, solamente se les pide ocuparse de los asuntos religiosos privados.

Aparte del desconocimiento de la universalidad de la evangelización, Ibn Jaldūn sintetiza con gran acierto esta diferente manera de entender la relación de la religión con el poder.

Este enfoque particular de cada religión tendrá su incidencia. La Iglesia, que se ve a sí misma como una organización compleja ajena a las demás, en la búsqueda de su propia independencia, creará mecanismos, entre ellos jurídicos, que le permitan llevar a cabo su actividad con eficacia, organizarse y defenderse de otros entes que tengan intención de inmiscuirse en sus asuntos. Esta motivación será más tenue en el Islam, pues se carece de ese cuerpo cultural y sus normas aspiran a regular todas las dimensiones humanas de forma exclusiva.

Partiendo de esta base, el presente capítulo tratará de abordar la aportación del derecho canónico y de la Iglesia, principalmente la católica, en el desarrollo de la teoría de la personalidad jurídica, desde un prisma de derecho privado en su mayor parte, pero sin olvidar lo público e, incluso, lo político, procurando no caer en el proceloso mar de las relaciones Iglesia-Estado, más bien, centrándonos en la cuestión propia de la tesis. En el transcurso de esta misión, cuando así se estime pertinente, se irán adelantando aquellos aspectos con su respectivo correlato en la *Šarī'a*, bien sea por su similitud o por su oposición; en ambos casos, con el único propósito de ir descubriendo como se ha ido tomando en consideración entes distintos al ser humano como sujetos de relaciones y centros de imputación de derechos y obligaciones.

Posible influencia del cristianismo en la Arabia preislámica y en el propio Islam

Aunque se refiriera a circunstancias diferentes, el profesor Murga, reflexionando sobre la similitud entre el tercio bizantino del alma o la quinta visigótica (ambas consistentes en la reserva de una cuota de la herencia para algún fin piadoso), sentencia que unos mismos factores sociológicos o ideológicos suelen determinar un resultado análogo sin que haya de existir entre ellos influencia³⁸⁸. Este pensamiento ha de impregnar este estudio, tanto en el momento presente como en los anteriores y posteriores; a veces se encuentran soluciones equivalentes y, sería misión del investigador, determinar si se trata de casualidad, influencia o apropiación.

La presencia cristiana en la Arabia anterior a Muḥammad está suficientemente documentada, los contactos comerciales con las provincias bizantinas³⁸⁹, por ejemplo; pero nos interesa en mayor medida conocer hasta qué punto los cristianos estuvieron presentes en ese rincón entre el Mar Rojo y el Golfo Pérsico.

Una vía de penetración parece que fue a través de Abisinia: el cristianismo se instaló allí, de donde pasaría a Yemen y, posteriormente, a otras zonas³⁹⁰. Entre los siglos IV y VI d.C. se asentó el Cristianismo en este reino del Cuerno de África, aliado de los bizantinos, y de allí, en esta última centuria, se expandió, debido a sus campañas militares, por el Yemen *ḥimiyarī*. Cuando los árabes contaron con la ayuda persa, expulsaron a los etíopes en un momento próximo a la predicación de Muḥammad³⁹¹. Otra ruta comenzaba por el norte, en la mayoría de las ocasiones, vinculada a la huida de los correligionarios de las diversas herejías o corrientes cristológicas surgidas en Bizancio. De esta manera, uno de los líderes de los *gaṣāṣinīes*, *Hārīt* IV, solicitó a la capital bizantina el envío de obispos monofisitas³⁹². Entre ellos destacaría Jacobo Baradeo, del que deriva el nombre de la Iglesia Jacobita³⁹³. Uno de sus centros principales fue la ciudad de Nísibis, ubicada en la actualidad en Turquía, cercana a la frontera siria, dentro de la Alta Mesopotamia³⁹⁴. Otra rama cristiana, los nestorianos, penetrarían más en la Península Arábiga³⁹⁵. Igualmente, también se ha constatado la presencia de esta religión en uno de los reinos árabes preislámicos más florecientes: el reino de Ḥira, ciudad situada en el sur del actual Iraq, creado por la tribu de los *Lajmīes*³⁹⁶.

Seleccionemos algunos textos de fuentes árabes para concluir esta reflexión:

^aو بنجران بقايا من أهل دين عيسى بن مريم عليه السلام على الإنجيل، أهل فضل، وإستقامة من أهل دينهم، لهم رأس يقال له: عبد الله بن الثامر، وكان موقع أصل ذلك الدين بنجران، وهي بأوساط أرض العرب في ذلك الزمان...³⁹⁷

El cronista, al narrar las noticias acaecidas en algunos reinos yemeníes, nos informa de cómo es la presencia cristiana en el sur de la Península³⁹⁸, en esta zona situada entre Yemen y la ciudad de La Meca.

[...] ^bفان العاقب، والأسقف، وسراة نجران أنوني بكتاب رسول الله عليه السلم. وأروني شرط عمر...³⁹⁹

En esta crónica sobre las conquistas musulmanas, se cuenta cómo fue el pacto con los cristianos de Naḡrān, los cuales se presentaron representados por sus jefes, obispos y nobles.

[...] ^cأن عبد الله بن عباس أخبره: أن أبا سفيان بن حرب أخبره. أن هرقل أرسل إليه في ركب من قریش كانوا تجاراً بالشام في المدة ماد فيها الرسول، ص، أبا سفيان في كفار قریش⁴⁰⁰.

El comercio entre la zona próxima a La Meca y la provincia bizantina de Siria era algo habitual desde hacía tiempo y frecuente en tiempos de Muḡammad.

^dثم إختلفت النصرارى في دينهم بعد ذلك، فيما يعتقدونه في المسيح، وصاروا طوائف وفرق، وإستظهروا بملوك النصرانية كل على صاحبه؛ وإختلف الحال في ظهور فرق دون فرق، إلى أن إستقرت لهم ثلاث طوائف هي فرقه ولا يلتفتون إلى غيرها، وهم الملكية واليعقوبية والنسطورية⁴⁰¹.

Ibn Jaldūn, explicando los diversos cargos religiosos, relata las polémicas cristológicas entre los cristianos.

^eوزوى أن بني تغلب دخلوا على عمر بن عبد العزيز فقالوا (يا أمير المؤمنين، إتنا قوم من العرب، إفرض لنا، فقال: نصرارى؟ قالوا: نصرارى، فقال. أدعوا لي حجاماً، ففعلوا، وجز نواصيهم، وشق من أرديتهم حزماً يحتزمونها، وأمرهم ألا يركبوا السروج ويركبوا الأكف من شق واحد⁴⁰².

Tras la muerte de Muḡammad, en tiempos de los califas omeyas, se encontraban tribus árabes cristianas, las cuales, como otras comunidades no musulmanas sufrían ciertas restricciones en el vestir, como la prohibición de ceñirse el manto, o a la hora de utilizar caballerizas, pues no les estaba permitido utilizar los finos aparejos que cubrían a los caballos, sino los rudos bastos de mulos y pollinos.

Los cristianos, árabes o no, convivieron con los politeístas y, posteriormente, con los primeros musulmanes. Ahora bien, el grado de acogida de los elementos aportados por ellos al acervo propio de este área geográfica no resulta pacífico.

Algunos orientalistas escriben con convencimiento sobre la huella que el cristianismo ha dejado en el Islam, Charles Raymond⁴⁰³ o Joseph Schacht⁴⁰⁴. Esta tesis no ambiciona entrar en un debate genérico. Nos conformaremos con acotar el campo dentro de institutos concretos. Al *waqf* estará dedicado un capítulo específico, como uno de los modelos de institución en donde se observan elementos propios de la personalidad jurídica. En él ahondaremos en el régimen jurídico de este instituto y sus orígenes. Sin embargo, y en el marco de los posibles nexos entre el derecho de la Iglesia y la civilización árabe preislámica y musulmana, esta cita, por su rareza y la sinceridad de su autor del siglo XVI, de la escuela *šāfi'ī* al glosar una obra anterior en tres siglos, no podíamos obviarla aunque ya nos refiriéramos a ella con anterioridad, sin transcribirla:

a Y en Naḡrān restos de gente de la religión de 'Isā b. Mariyam, sobre él sea la paz, y del Evangelio, y son gente de virtud y rectitud de entre los de su religión. Tiene por cabeza uno que llaman 'Abd-l- Allāh b. al-Ṭāmir, y la gente de esa religión tiene como origen Naḡrān y está en medio de la tierra de los árabes de esa época.

b Y el jefe, los obispos y nobles de Naḡrān llegaron a mí con el escrito del profeta de Dios, sobre él sea la paz, y me mostraron las condiciones de 'Umar...

c [...] 'Abd-l- Allāh b. 'Abbās le informó: que Abū Sufiyān b. Ḥarb le informó: Heraclio le envió una embajada a través de una caravana de Qurayš que comerciaba con Siria mientras el Profeta realizaba una tregua con los infieles de Qurayš.

d Después, los cristianos se dividieron sobre asuntos de su religión, por sus doctrinas sobre el Mesías, y surgieron tendencias y partidos y pidieron ayuda cada uno a unos reyes cristianos. Y aparecieron diversas tendencias hasta que se estabilizó la cuestión en tres doctrinas, y no se indica ninguna más: católica, jacobita y nestoriana.

e Y se cuenta que los Banū Taglab se entrevistaron con 'Umar b 'Abd-l-'Azīz y dijeron: Príncipe de los Creyentes, somos una tribu árabe, juzga sobre nosotros. Dijo: ¿cristianos? Dijeron: cristianos. Dijo: traedme un medidor, y lo hicieron. Y recortó sus flequillos, y rompió el cinturón de sus mantos y les ordenó no montar sobre sillas, sino montar sobre basto.

^a(وقوله لم تعرفه الجاهلية) لعل المراد بهم هنا من لم يتمسك بكتاب كعبدة الأوثان لما يأتي بعد قول المصنف وإن وقف على جهة المعصية إلخ من قوله ما فعله ذمي لا نبطله إلا إن ترفعوا إلينا، وإلى قوله: لا ما وقفوا قبل المبعث على كنائسهم إلخ، فإن صريح في مشروعية الوقف قبل البعثة⁴⁰⁵.

El autor, Šams al-Dīn Abū al-'Abbās Aḥmad b. Ḥamza Šihāb al-Dīn al-Ramlī -nacido en Egipto en el siglo XVI y quien es apodado el pequeño al-Šāfi⁴⁰⁶-, va realizando anotaciones, con una intención didáctica, al libro de uno de los juristas de su escuela. En este escenario, se refiere, aunque no de forma totalmente directa, a las fundaciones de los cristianos en favor de sus iglesias antes de la misión de Muḥammad. El término jurídico empleado para el acto de estos cristianos es el mismo, *waqf*, que para las fundaciones de los musulmanes en sus propósitos religiosos, como las mezquitas.

Antes de pasar al punto siguiente, no es superfluo reseñar como la costumbre de los fieles, de modo especial en la zona oriental del imperio, de constituir fundaciones piadosas fue recogida oficialmente por primera vez en el libro sirio-romano (escrito en siríaco), siglo V d. C. incluida en la posterior versión árabe de los melquitas egipcios⁴⁰⁷. Este texto ha despertado y sigue despertando el interés de historiadores del derecho romano⁴⁰⁸.

Influencia del derecho de la Iglesia en el derecho romano

Aunque sea superficialmente, centraremos nuestros esfuerzos, en su lugar oportuno, en dar unas pinceladas básicas sobre la personalidad jurídica, un constructo del derecho europeo, básicamente, cuyo comienzo es posible fijar en las obras de los glosadores cristianos medievales sobre los textos romanos, punto de partida de una literatura científica ilimitada que continúa en nuestros días. Ahora, nos circunscribiremos en poner el foco sobre algunos casos concretos, bastante tempranos y que incidirían, aun tangencialmente, en nuestro estudio.

Los cristianos fueron, en un primer momento, perseguidos por las autoridades romanas, para, en el siglo IV, adquirir oficialidad su religión⁴⁰⁹. No obstante, su expansión, antes de esa fecha, por todo el orbe romano fue reseñable y alcanzó tal nivel como para que se propagaran sus costumbres y tradiciones en la sociedad imperial. De esta forma, su ascendiente, más que en figuras concretas, se produjo en los principios generales del ordenamiento⁴¹⁰. Obviamente, dimensiones como el matrimonio y la familia recibieron en mayor grado las enseñanzas evangélicas. El siguiente apartado de este capítulo monopolizará esta cuestión, pero el carácter religioso de esta regulación favorece la finalidad donataria y piadosa⁴¹¹.

Por lo que a negocios y actos jurídicos específicos se refiere, tomemos en primer lugar la sucesión *mortis causa* y la institución de heredero. En la sucesión fueron emergiendo instituciones como la quinta visigótica en favor de la Iglesia o el tercio bizantino en favor del alma del muerto; se fue haciendo más común la institución de heredero en favor del propio Cristo o los santos⁴¹². La segunda fracción trasciende al ser humano como sujeto jurídico y la primera delimita un patrimonio sobre el que se ejercerá una regulación propia, singularizándolo. Esta porción hereditaria o los bienes objeto de los negocios en favor del alma, que casi siempre pasarían a manos de la Iglesia, constituirán masas patrimoniales con una reglamentación especial, cuya principal característica será la inalienabilidad, y darán paso a la proliferación de establecimientos benéficos, a modo de entes colectivos con cierta autonomía jurídica separada de la de la propia Iglesia⁴¹³. La normativa imperial aplicables a estos patrimonios comienza ya a desarrollarse en el siglo IV, si bien, como no puede ser de otra forma, con unas formas iniciales muy imprecisas⁴¹⁴.

a (Y al decir que no lo conocieron en la *Ŷāhiliyya*) quizás a lo que se refiera con la palabra ellos aquí sea quienes no se aferran a un Libro, como los adoradores de ídolos, por lo que viene en el manuscrito después sobre si se constituyera un *waqf* con una finalidad pecaminosa, etc. De sus palabras “lo que hace un *ḍimmī* no lo anulamos, salvo en caso de que presentaran una demanda en nuestros tribunales”, a sus palabras: “no a lo que constituyeron en *waqf* antes de la Revelación en favor de sus iglesias, etc. Pues es patente la legitimidad del *waqf* antes de la Revelación (a Muḥammad).

Estos organismos dependientes de la Iglesia, en los que se observa cierta particularidad, irán adquiriendo una autonomía normativa, al objeto de autorregularse, pues la propia Iglesia patrocina el asociacionismo⁴¹⁵.

En definitiva, es admisible resumir la influencia de la Iglesia en la problemática de la personalidad jurídicas, producida a través de la ética cristiana y la doctrina de los Padres de la misma, en tres claves: el concepto teológico de la institución de tipo corporativo (cuerpo místico de Cristo), la vida comunitaria cristiana y el principio de la caridad. Pues, aunque la misión de la Iglesia sea la salvación de almas individuales, se ha de producir en una comunidad bajo el imperio de la caridad⁴¹⁶.

Esta virtud, como reflejo del mandamiento evangélico del amor al prójimo, fue uno de los incentivos principales para que las personas, en un imperio ya cristianizado, otorgaran testamentos, realizaran donaciones y otros negocios jurídicos, cuyo fin último era coadyuvar a la salvación del alma⁴¹⁷. Estos principios cristianos, según los criterios fijados por los Santos Padres, transformarán la esencia de los actos jurídicos donde se plasma la liberalidad. Este espíritu irá impregnando la jurisprudencia postclásica y pasará a la compilación justiniana en el siglo VI⁴¹⁸. En este camino, sobre los textos evangélicos que describían las primeras comunidades en las que sus miembros no tenían bienes propios, sino que la propiedad era común (Act. 2, 44-45), los primeros cristianos profundizaron en el valor trascendente de la limosna, y la obra de santos como San Juan Crisóstomo y San Jerónimo exhortan a la práctica de la misma como una de las mejores vías para procurar la salvación del alma del creyente. Al estar la Iglesia dotada tempranamente de organización, fueron los obispos los encargados de gestionar las mismas. Eso sí, en un principio el destinatario último de las mismas era el propio Cristo, quien era instituido heredero o donatario en los negocios que materializaban esta limosna. La legislación de Justiniano refrendó esta práctica extendida entre los cristianos⁴¹⁹. Posteriormente, se extendió por toda la Europa cristiana medieval. Prácticamente, en todos los fueros otorgados en la Península Ibérica, conforme se iban incorporando territorios tomados a los musulmanes, se agregaban preceptos de esta índole. En cada región se fueron añadiendo prácticas propias del lugar, por ejemplo, en algunos se incluía el equipo del guerrero en las disposiciones en favor del alma, de influencia germánica⁴²⁰. La motivación de los intervinientes en los actos con repercusión jurídica ha sido desde siempre un pilar en la construcción de la ciencia del derecho y, en especial, constituye un elemento principal en elaboración de las teorías sobre el derecho subjetivo⁴²¹ y la teoría del contrato.

Este estímulo devoto estará presente en la regulación de aquellos contratos y negocios jurídicos por parte de los juristas musulmanes, de tal forma que, a veces, su ausencia llegue a causar la nulidad de determinados actos, principalmente los realizados a título gratuito (sin contraprestación); este efecto será más común entre los *hanbalīes* y *hanafīes*.

^a وإن كان الغنى وصفاً مباحاً فلا يجوز الوقف على الأغنياء، وعلى قياسه سائر الصفات المباحة، لأن العمل إذا لم يكن قربة لم يكن الواقف مثاباً على بذل المال فيه، فيكون قد صرف المال فيما لا ينفعه، لا في حياته ولا في مماته ثم إذا لم يكن للعامل فيه منفعة في الدنيا، كان تعذيباً له بلا فائدة تصل إليه، ولا إلى الواقف، ويشبه ما كانت الجاهلية تفعله من الأعباس المنبه عليها في سورى الأنعام والمائدة⁴²².

Ibn Taymiyya, *hanbalī*, en sus fatuas, considera ilícito el *waqf* que se realiza en favor de los ricos, porque carecería de una intención piadosa.

^b [...] وكذلك فضل صاحب الشريعة السخاء على البخل، لكونه من كرام الأخلاق وقلب القلب، كما ورد "الكريم حبيب الله" لأن السخاء يؤثر الحنانة، والشفقة على المساكين، والبخل ليس فيه شيء من ذلك، لأنه من طبائع اللئام⁴²³.

a Y si la riqueza es una característica lícita, pues el *waqf* en favor de ricos no está permitido, y con esta medida el resto de las características lícitas, porque la acción, si no es una oblación a Dios ni el fundador obtiene recompensa por el empleo de sus bienes, habría invertido su dinero en lo que no le es útil, ni en vida ni tras su muerte. Además, si el que actúa no tiene provecho en esta vida, sería un castigo infructuoso para él y para el fundador de *waqf*, pareciéndose a lo que se hacía en la *Yāhiliyya*, los bienes habices de los que nos advierte la azora al-An 'am y la azora al-Ma 'ida.

b [...] Y también el Autor de la *Šari'a* prefiere la generosidad a la avaricia, por ser de las más dignas de las virtudes y embeleso de los corazones, como se ha dicho "el generoso es querido de Dios", porque la generosidad induce a la ternura y a la compasión por los pobres, y la avaricia no tiene nada de eso, porque es propia de las naturalezas viles.

Este jurista *mālikī*, como parte de la Regla decimoctava “Preferencia de la influencia”, trata a la generosidad como algo bueno, pero sin entrar a valorar su influencia en la validez o no de los actos.

أَنْ الْوَقْفَ يُطَلَّبُ بِهِ الثَّوَابُ، فَلَا بَدَّ فِيهِ مِنْ إِبْتِغَاءِ الصَّدَقَةِ لِتَصْحِيحِ أَصْلِهِ...⁴²⁴

Un autor *hanafī* exige que el *waqf* incluya como fin la limosna, para su validez.

Estos escritos conducirían a reflexionar sobre la teoría de la causa en el derecho islámico, algo propio del análisis del negocio jurídico y el contrato, como parte de la teoría de las obligaciones. Esta tesis no es el lugar para tomar en consideración la cuestión. Sin embargo, existen obras dignas de mención que tratan esta problemática⁴²⁵.

Resulta lógico que desde ambos puntos de vista, con una perspectiva religiosa y moral, se fomenten los actos piadosos y la generosidad hacia los más necesitados. Como hemos visto, esta piedad moverá a buscar fórmulas jurídicas para implantarlas, de las cuales surgirán instituciones con cierta independencia jurídica, creándose entes diferentes al ser humano protagonistas de relaciones jurídicas cuyo contenido estará compuesto de derechos y obligaciones.

La Iglesia y los entes dependientes de la misma como titulares de relaciones jurídicas

En el próximo epígrafe ahondaremos en la cuestión, pero es preciso comenzar subrayando como la concepción teológica de la Iglesia como cuerpo místico de Cristo, originado por la voluntad divina⁴²⁶, marcará su pronta independencia, tanto de cada uno de los componentes como de otras organizaciones, religiosas, sociales, políticas o económicas. Autores anteriores al reconocimiento oficial de la Iglesia, como Tertuliano, ya consideran a los cristianos como un cuerpo unitario⁴²⁷. A comienzos del siglo IV, el emperador Constantino, tras el Edicto de Milán, puso fin a la época de persecución, iniciando otra donde la misma se convertirá en un referente para las nuevas legislaciones. En el año 321 d.C, permitió a la Iglesia Católica adquirir mediante herencias y legados por testamento, otorgando capacidad jurídica a la misma e, implícitamente, reconociendo su personificación⁴²⁸. Esa misma aptitud adquisitiva se aprobaba a través de donaciones⁴²⁹. Ya, en época de Teodosio se convertirá en la religión oficial del Imperio⁴³⁰. Con este marco, la moral, teología y cánones cristianos será el sustento de la legislación imperial, comenzando por el Código de Teodosio II, en el año 438⁴³¹. Esta obra legislativa refleja, por su estructura, por el lenguaje y su espíritu, la cooperación existente en la época entre Iglesia y Estado⁴³². Estas disposiciones de los fieles se extendieron durante los siglos IV y V de nuestra Era, especialmente en la parte oriental⁴³³. Primitivamente, según otras corrientes, la titularidad de estos bienes adquiridos por la Iglesia correspondía a Dios, a Cristo o a los Santos y ese concepto aparecía así en el Código promulgado por Justiniano⁴³⁴; por tanto, no se trataba de una ficción establecida por ley sino de una realidad, trascendente, pero realidad para las personas de la época⁴³⁵. También se cree que ocurría lo mismo en el derecho germánico⁴³⁶.

Estos antecedentes fueron tomados en consideración por los juristas medievales para elaborar sus propias tesis. Uno de los principales, Sinibaldo di Fieschi, defendía que la Iglesia no podía extinguirse, incluso en el supuesto de que sí lo hicieran todos sus miembros, porque su subjetividad permanecería en Cristo, tanto en la Iglesia universal como en las iglesias singulares⁴³⁷. En la primera (Universal) su contenido trascendente e institucional será mayor, mientras que en las segundas dependerá de la normativa positiva, la emanada de las propias autoridades eclesiales⁴³⁸. Su organización será territorial (parroquia y provincia o diócesis), pero también institucional (monasterios, abadías), todos ellos titulares de derechos y deberes⁴³⁹.

a En el *waqf* se exige el mérito, es necesario considerar en él la limosna para corregir su origen.

Por último, algunos especialistas que han indagado sobre la personalidad y la persona jurídica concluyen que su origen no ha de buscarse en Roma, pues la palabra persona, como referida al hombre, adquiere un significado nuevo con la concepción católica y la dignidad especial que le confiere a este el estar creado a imagen y semejanza de Dios⁴⁴⁰.

En contraposición a la Iglesia como cuerpo, en el mundo musulmán, aún en su connotación más abstracta, el conjunto de los creyentes o *umma* se acerca más a un agregado de personas creyentes, pues la profesión de fe es la base de su organización⁴⁴¹. Otros orientalistas le asignan el papel de la nación en los modernos estados, el conjunto de personas regidas por la *Šarī'a*⁴⁴². A pesar de que la locución designa una entidad abstracta, en un sentido técnico jurídico, la mayoría de las fuentes asocian a este vocablo características más propias de una comunidad de bienes, una pluralidad de personas que es titular de bienes o derechos divisibles en partes, alícuotas o no. La expresión cuerpo se acerca más a un ser con vida propia y, en consecuencia, a una persona distinta a cada uno de los órganos que forman parte de él.

Examinemos algunos textos, empezando por los coránicos:

رَبَّنَا وَاجْعَلْنَا مُسْلِمِينَ لَكَ وَمِنْ ذُرِّيَّتِنَا أُمَّةً مُسْلِمَةً لَكَ...⁴⁴³
بَكُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ...⁴⁴⁴

En las dos aleyas coránicas, el sentido se acerca a pueblo o nación.

No obstante, existen ejemplos donde la metáfora corporal es idéntica; el siguiente cronista pone en boca del califa 'Umar, antes de la batalla de al-Qādisiyya, el presente discurso:

إن الله عز وجل قد جمع على الإسلام أهله؛ فألف بين القلوب، وجعلهم فيه إخواناً، والمسلمون فيما بينهم كالجسد لا يخلو منه شيء من شيء أصابه غيره، وكذلك يحق على المسلمين أن يكونوا أمرهم شورى بينهم وبين ذوي الرأي منهم...⁴⁴⁵

También es empleada esta imagen en un marco filosófico, describiendo la ciudad ideal:

والمدينة الفاضلة تشبه البدن الصحيح، الذي تتعاون أعضاؤه كلها على تنميط حياة الحيوان، وعلى حفظها⁴⁴⁶.

En el discurso se utiliza como símbolo de cooperación y al-Farābī emplea la comparación en un sentido más parecido al empleado por San Pablo, pero limitado a una ciudad, no a la *umma*, en su globalidad. Entre ellos, los musulmanes han de ser como el cuerpo, sin embargo, limitado a la relaciones de sus componentes, no configuran una unidad diferente frente al exterior; es signo de hermandad interna, más que conformar algo distinto a ellos que se relacione con otras entidades. Este mismo historiador, en el capítulo dedicado a narrar la forma en la que Mu'awiyya, primer califa omeya, presenta a su hijo para que los notables le presten juramento de fidelidad, y al llegar al turno del hijo de 'Umar, describe como se dirigió a este:

إني أُرهب أن أدع أمة محمد بعدي كالضأن لا راعي لها...⁴⁴⁷

La palabra *umma* se emplea con el sentido de pueblo, a modo de rebaño que necesita un pastor, que sigue a Muḥammad, como enviado de Dios. Se trata de un símil muy frecuente en los Evangelios.

وإن لم يقسمها الإمام وردها للمسلمين عامة، كما فعل عمر بالسواد...⁴⁴⁸

'Umar, tras conquistar unas tierras en Iraq, decide que, en vez de repartirlas entre su ejército, permanezcan en propiedad de todos los musulmanes.

Estas son pinceladas en un entorno histórico, tendremos que pasar a otros textos pensados como normas jurídicas reguladoras de algunas situaciones específicas. En este marco, el término

a Criamos e hicimos a los musulmanes para ti y de nuestra estirpe una nación musulmana para ti.

b Fuisteis la mejor nación que se dio a la gente que se unen por propia voluntad.

c En verdad, Dios, todopoderoso, unió a su gente en el Islam, y domó a los corazones, y los hizo hermanos en él, y los musulmanes entre ellos son como el cuerpo, no está solo en lo que afecta a otro; también, los asuntos de los musulmanes deben tratarse en consejo entre ellos y con aquellos que tienen la capacidad de decidir.

d La ciudad modelo se parece a un cuerpo perfecto y sano, cuyos miembros mutuamente se ayudan todos para hacer perfecta y conservar la vida del animal.

Esta traducción se puede consultar en la siguiente obra:

Abū Naṣr al-Fārābī. *La Ciudad Ideal*. 2011: Madrid. Editorial Tecnos. Página 83. Traducción de Manuel Alonso Alonso.

e Temo que se convoque al pueblo de Muḥammad después de mí como un cordero que no tiene pastor.

f Y si el imán no las repartiera, serían para el conjunto de los musulmanes, como hizo 'Umar en al-Sawād:

umma es desplazado por musulmanes, todos ellos como copartícipes. En nuestra opinión, un indicio del carácter de comunidad de bienes, intereses y creencias en el que se materializa la *umma*, sin alcanzar el grado de integración y autonomía logrado por la Iglesia.

المسلمون شركاء جميعاً في دجلة والفرات وكل نهر عظيم نحوهما [...] وعلى الإمام كرى هذا النهر الأعظم الذي لعامة المسلمين إن احتاج إلى كرى...⁴⁴⁹

En este texto, todos los musulmanes son titulares de los grandes ríos y es el imán quien decide como explotarlos en beneficio de estos.

En el lugar apropiado, se tendrá que abordar cuál es la visión de los jurisperitos musulmanes hacia la comunidad de los creyentes. Es cierto que el nombre de referencia para ellos es un singular colectivo, pero que su regulación se realice desde una perspectiva de sujeto diferenciado de sus componentes no está demostrado. La otra opción se decanta por una titularidad en común, sin que sus miembros vean menoscabada su individualidad en favor de la del grupo.

2.4.1 *Corpus Mysticum*

Hemos avanzado anteriormente la concepción de la Iglesia como cuerpo. Sin embargo, conviene indagar de manera más pormenorizada sobre la cuestión, pues, por un lado, supone un hito, entre varios, en la construcción del concepto de personalidad jurídica y, por otro, en contraste, nos asiste en la misión de dilucidar la peculiar forma de afrontar estas cuestiones por el *fiqh*. En ambos casos, los diferentes presupuestos teológicos del que parten ambos mundos religiosos matizan el posterior desarrollo jurídico.

Sobre la base de algunas Epístolas de San Pablo, donde se explicita el término de cuerpo, con Cristo como cabeza, y ya se observa cierta abstracción, se desarrollarán las distintas tesis sobre la personalidad de la Iglesia, en sí misma considerada. Obviamente, el apóstol no tiene intención de teorizar, sino que utiliza la metáfora para destacar como, a pesar de la diversidad de funciones de los miembros, estos forman una unidad para cumplir la misión común, en la que es la cabeza quien los une. De esta manera, se presenta ante los demás como un ente corporativo, el cual, a pesar de su sustrato humano real (sus miembros), desarrolla una vida autónoma a la de cada uno de sus componentes. Es una evolución progresiva, desde los textos del Nuevo Testamento, pasando por la patristica, como Tertuliano, hasta que la legislación Justiniana reconozca a la Iglesia y a sus institutos la titularidad de derechos y obligaciones⁴⁵⁰.

Estos primeros pasos se mueven en un campo a la vez práctico y espiritual, la traducción de los mismos en tesis propias de la ciencia del derecho se inaugurará con los canonistas medievales. Su visión huirá de las tesis de la ficción, pues para su mentalidad, se trata de una realidad, metafísica, pero plenamente cierta⁴⁵¹. Los mismos irán aplicando términos como persona, o los tomados del derecho romano *collegia* o *universitas*. Uno de los juristas más destacados fue, en el siglo XIII, Sinibaldo dei Fieschi, el Papa Inocencio IV, quien a estos precedentes añadió el elemento institucional. Este se caracteriza por la presencia de una autorización de la superioridad, en este caso la Autoridad Suprema, pues la Iglesia se tiene fundada directamente por la voluntad de Dios⁴⁵². La legislación emanada del Papado va fijando igualmente de manera oficial esta nomenclatura de cuerpo o corporación. La Bula del Papa Bonifacio VIII, del año 1303, *Unam Sanctam* (Una Santa), donde se define a la Iglesia como una sola, católica, santa, apostólica y que está representada por un solo Cuerpo místico: su cabeza corresponde a Cristo y su vicario, el Papa, sucesor de Pedro⁴⁵³.

El profesor Ferrara considera que el derecho canónico medieval concibe a la Iglesia como un organismo viviente que, de forma alegórica, recibe el nombre de cuerpo místico, esposa de Cristo, madre de los fieles, etc. Pero su naturaleza implica que sea una institución *más allá y sobre los fieles*⁴⁵⁴. Esta teoría corporativa marcará no solo la naturaleza de la Iglesia como entidad, sino

a Y todos los musulmanes son partícipes del Tigris y el Éufrates y cualquier gran río como estos [...] Y el imán debe arrendar un gran río de ese tipo que pertenece a los musulmanes en su conjunto, si precisa arrendamiento.

también la propia Teoría del Estado⁴⁵⁵. En este sentido, también se extenderá la concepción como cuerpo a cada iglesia particular (diócesis, monasterio, etc.) y cada estado⁴⁵⁶. Este organismo está compuesto por miembros, cada persona individualmente ocupa una posición en el mismo, pero el todo *será independiente de las alteraciones de sus partes*⁴⁵⁷.

Ya nos referimos a que, en derecho romano, el término persona en sentido moderno y, en especial, aplicado a la persona jurídica, era excepcional. La expresión persona se debe en mayor medida a la Teología, y proviene de las discusiones sobre la Santísima Trinidad. De este plano, se recibió en una dimensión filosófica aplicada al ser humano. Fue Inocencio IV quien distinguió entre persona verdadera (el hombre) y persona ficticia, los entes corporativos (a modo de organismo o cuerpo) y las *universitates*⁴⁵⁸.

En este recorrido, destaca una tensión entre componentes que tienden a la unidad (la Iglesia como un único cuerpo, por ejemplo) y otros que nos hablan, si no de pluralidad, sí de complejidad: las tres Personas de la Santísima Trinidad, los miembros de la Iglesia, el orden espiritual y religioso, etc. Estas connotaciones difieren de la tendencia a la unicidad y simplicidad teológicas islámicas que proclama el *tawhīd* como su primer dogma, incluido en la profesión de fe musulmana que todo fiel ha de proclamar (لا إله إلا الله ومحمد رسول الله). Esta inclinación no impele a filósofos y juristas a buscar justificaciones que diferencien al organismo de sus miembros.

Obviamente, esta tesis no se va a embarcar en la cuestión teológica de la Trinidad, más allá de señalar su existencia y su carácter complejo que, en cierto sentido, sobrepasa la simple unidad; nos tenemos que limitar a los aspectos más tangibles susceptibles de ser regulados por el derecho. En el Cristianismo, partiendo de los versículos del Evangelio de San Marcos sobre dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios (Marcos 12,13-17), aunque reconociendo el principio de unidad que rige el universo, considera, a partir de la Edad Media que el derecho divino establece que el destino del hombre ha de ser regido por dos órdenes. Uno se encarga del fin trascendente del hombre y el otro (el temporal) de las cuestiones seculares⁴⁵⁹.

En el Islam, el sujeto político es una comunidad constituida por Dios, la *umma* (recordemos el versículo de *El Corán* que hemos extraído: Criamos e hicimos a los musulmanes para ti y de nuestra estirpe una nación musulmana para ti (azora 2, aleya 128); compuesta por una multitud de creyentes. También autores cristianos como San Agustín que consideraba como sujeto histórico una comunidad de ese tipo⁴⁶⁰. Un pensador medieval musulmán, jurista también, Ibn Taymiyya, pone el énfasis en el musulmán, que ha de buscar la voluntad de Dios en este mundo, la cual es la *Šarī'a*. La comunidad, la *umma*, sería aquella que conscientemente pretende implementar esta Ley divina⁴⁶¹.

Algunos investigadores de la historia de la Ley islámica, como Knut Vikør, al exponer su visión del sistema legal musulmán, afirma que este no distingue, en el mismo sentido que lo hace el occidental, entre derecho público y privado (el primero regula las relaciones entre los individuos y el estado y el segundo las que se producen entre aquellos), sino que la *Šarī'a* reglamenta todas las relaciones entre el individuo y Dios. En última instancia, distingue aquellos asuntos que se producen entre personas y otros que tienen lugar entre el ser humano y la Divinidad⁴⁶². Tampoco, al tratar el consenso como fuente del derecho musulmán, este autor, como otros, encuentran un proceso normalizado o regulado que transforme las voluntades individuales de los musulmanes en una voluntad superior e independiente a la comunidad como conjunto. Apenas es posible tomar nota de los intentos de los jurisconsultos por establecer cuáles son las opiniones que se ha de ser tenidas en cuenta y en qué número. No cristaliza en ningún tipo de organización que encauce este proceso⁴⁶³. Incluso otros investigadores, como Nicolás Roser Nebot, con una tendencia claramente apologética que estima que la *Imāma*, forma de gobierno propia del Islam, posee un carácter cercano a la democracia directa, no prueba que la *umma* sea algo más que un agregado de individuos. Su afirmación que la comunidad islámica, más estructurada que la masa o la opinión pública, está organizada por una conciencia corporativa, con división de tareas⁴⁶⁴, carece de

a No hay más Dios que Dios y Muḥammad es su Profeta.

elementos jurídicos, escritos o consuetudinarios, que fijen ese reparto de roles y la manera en que la conciencia corporativa se construye y expresa. El término empleado, conciencia, está bastante alejado de la manera de entender la personalidad jurídica, pues para que un colectivo sea considerado como titular de derechos y obligaciones, ha de tener voluntad propia y un mecanismo para expresarla, pues como cualquiera de los alfaquies establece, en los negocios jurídicos hay que exteriorizar la intención de llevarlos a cabo y en los bilaterales, ambas voluntades han de converger en el objeto (التراضي)⁴⁶⁵. La mera conciencia no suele tener transcendencia jurídica para la perfección de negocios jurídicos, especialmente dada la tendencia objetiva propia del *fiqh* (a la que nos referiremos en su momento con más profundidad) que atiende a la voluntad expresada por el individuo antes que a la real o interna, cuando se sospecha que no coinciden, para la validez de los actos. El propio autor, al describir la relación entre individuo y comunidad, califica al Islam de individualista, aunque solidario⁴⁶⁶. En otro lugar, deslinda individuo y comunidad (a la que identifica con la sociedad), al afirmar que aquel se adhiere voluntariamente a esta y es ese compromiso el que rige las relaciones entre ambos elementos, y de estas surgiría la *Imāma*, o poder político⁴⁶⁷. Parece desprenderse de su tesis que el poder del imán nace de la *umma*, en una justificación ascendente. La elección del líder político de la comunidad, que será alguien que ocupe el lugar de Muḥammad, de forma análoga al Papa como sucesor de Pedro, es una cuestión muy controvertida y se procurará que tenga su espacio en su capítulo pertinente. La polémica entre democracia e Islam queda al margen de esta tesis. Si una organización es portadora o no de las características propias de la personalidad jurídica, este hecho no está condicionado por su carácter democrático, autócrata o absolutista. La Iglesia Católica, desde casi sus inicios, funciona como sujeto independiente de sus miembros y está regida por una única persona, cuyo poder absoluto lo fundamenta en la voluntad de Cristo que instituyó a Pedro como su jefe.

Si la organización de este conjunto de creyentes y la relación entre sus miembros está fijada previamente por la *Šarī'a*, no queda más que deducir de sus fuentes estos preceptos: la especulación sobre la naturaleza de la misma es menos imperiosa. Si a esto unimos que en dicha Ley la presencia de dos órdenes (temporal y espiritual) resulta más dudosa, en este campo la búsqueda de una teoría de la persona diferente al ser humano encuentra menos sentido. La tendencia a la unidad es sustancialmente mayor que en el derecho canónico, que diferencia estado e Iglesia, Iglesia universal e iglesias particulares. Adelantemos un texto que glose esta cuestión de la unicidad, aunque será retomado en próximas páginas:

إفان الله تعالى خلق الخلق كلهم لعبادته كما ما قالو ما خلقت الجن والانس إلا ليعبدون وأرسل الرسل كلهم للدعوة إلى توحيدته وطاعته...⁴⁶⁸

Otro aspecto que queremos destacar en este apartado es la concepción que parece desprenderse del ser humano como beneficiario de unos bienes que son de Dios, en última instancia, y aquel aparece como un mero usuario. Son seres individuales que forman parte de la *umma*, pero no llegan a perder su individualidad. En esta dirección, ya hemos comprobado como en el *waqf* la propiedad del bien se divide entre el dominio directo o nuda propiedad y dominio útil o usufructo. El primero, para alguna escuela, como hemos visto en los *hanafites*, correspondería a Dios, siendo el segundo de los beneficiarios. Con este andamiaje jurídico en esta institución tan arraigada en el mundo musulmán, no es de extrañar que a los humanos se les compare con los beneficiarios de las rentas de un bien habiz. Esta razón hace que la naturaleza del derecho de estos y sus relaciones internas nos aporten luz sobre la verdadera naturaleza de la *umma*.

والعبارة الكاشفة عن حقيقة الملك أنه حكم شرعي المقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من إنتفاع بالملوك والعوض عنه...⁴⁶⁹

a Dios Excelso creó toda la creación para que lo adoraran, como ha dicho: y no he creado al *jin* y al ser humano más para que adoren. Y ha enviado todos los profetas para que inviten a su unicidad y obediencia.

El jurista, en esta obra sobre los principios de derecho islámico, bajo el epígrafe de la diferencia ciento ocho, *entre el fundamento de la propiedad y de la actuación*, define la propiedad como *·el precepto del Legislador que faculta sobre el bien o su utilidad, que exige que quien sea su titular pueda explotarlo y obtener compensación por él·*.

أ أن التملك والإعطاء إنما هو من الله تعالى لا من الإمام، فليس للإمام أن يملك أحداً إلا ما ملكه الله. إنما وظيفة الإمام ^{القسمة}470.

El jurisconsulto de la escuela *šāfi'ī*, en un epígrafe titulado “la actuación del imán sobre sus súbditos está ligada a su interés”, deja claro que solo a Dios corresponde otorgar la propiedad de los bienes.

En su tesis sobre el derecho a la propiedad, el doctor ‘Abd-l-Salām Dawūd al-‘Abādī, recoge diversas definiciones del dominio, entre ellas, la del jurista Ibn al-Šāt, al glosar la obra de al-Qarāfi: ^{المنفعة}471.

De nuevo se enfatiza la separación doble del dominio.

Por ello, especialmente en la escuela *ḥanafī*, en el *waqf* se remarca de manera tan especial que el bien habiz, su *nuda* propiedad, sale de la esfera jurídica del fundador hacia Dios, y su aprovechamiento en favor de los beneficiarios:

عرف فقهاء حنفية الوقف على رأي الصاحبين أبي يوسف ومحمد، بتعاريف مختلفة لا تخرج في معناها ومضمونها عن تعريف الإمام محمد الخطيب التمرناشي صاحب كتاب تنوير الأبصار حيث يقول (وعندهما هو: حبسها، أي العين، على ملك الله تعالى وصرف منفعتها على من أحب)472.

Se nos muestra una definición típica de la escuela *ḥanafī* sobre el *waqf*, donde los elementos esenciales serían la salida del bien de la propiedad del fundador hacia Dios y el destino de sus frutos a quien designe el constituyente.

Es el momento de poner el foco en la naturaleza del derecho de los beneficiarios del *waqf* y en las relaciones entre ellos:

المعنى إن ثمار الأصول المحبسة يستحقها المحبس عليه يبدو الصلاح المعتبر في جواز بيعها مثل الأحمرار والأصفرار فيها، وأما المحبس علي غير المعين، فلا يستحق الغلة بالطيب بل بالقسم...473

En esta fatua *mālikī*, el momento del nacimiento del derecho a los frutos por parte de los beneficiarios estaría en función de si estos están determinados en sí mismos, o no. Los primeros los adquirirían en el momento de maduración, la misma condición que se exige para poder venderlos, mientras que los segundos tendrían que esperar a que se produjera la partición.

أي وهو أن ملك الموصي له أتم من ملك الموقوف عليه بدليل أن له الإجارة والإعارة من غير إذن مالك الرقبة وتورث عنه المنافع، بخلاف الموقوف عليه لا بد من إذن الناظر ولا تورث عنه المنافع...474

a Convertir en propietario y donar solo es de Dios el Altísimo, no el imán, pues este no puede convertir en propietario a nadie que no lo haya hecho Dios. Su única función es el reparto.

b Por ello ha definido la propiedad: la capacidad del ser humano, por sí mismo o por medio de representante, de, legítimamente, aprovecharse del bien o de su utilidad y de tomar una compensación por el bien o su utilidad.

c Los jurisconsultos *ḥanafīes* han definido el *waqf*, según la opinión de los dos compañeros, Abū Yūsuf y Muḥammad (al-Šaybānī), de diversas maneras, no difieren en su contenido y significado de la del imán Muḥammad al-Jaṭīb al-Tamartāšī, autor del libro Iluminación de las miradas, donde dice: para ellos dos, convertirlo en *waqf*, es decir el bien, es hacerlo a la propiedad de Dios el Altísimo y disponer su utilidad en quien más le plazca.

d Y el significado es que los frutos del bien habiz los hace suyo el beneficiario al empezar estos a madurar, en el mismo sentido que esos frutos serían aptos para ser objeto de una compraventa, como la aparición de tonos rojizos o amarillentos; en cuanto al beneficiario no determinado, pues no hace suya la cosecha con su maduración, sino con el reparto.

e [...] Es decir, la propiedad del legatario (de usufructo) sería más perfecta que la del beneficiario del *waqf*, como prueba, aquel puede arrendar o prestar sin permiso del dueño de la *nuda* propiedad, los frutos se transmitirían por herencia. Al contrario, los beneficiarios del *waqf* precisan de la autorización del administrador y no se transmitirían por herencia.

En este caso, se compara el derecho del legatario de un usufructo, del de un beneficiario de *waqf*, el cual no puede disponer de él, sin permiso del administrador.

Al-Sanhūrī relaciona las características del derecho de los beneficiarios como sigue:

1^a هو حق لا يملك المستحق التصرف فيه.

2 ويؤول بعد موته إلى المستحق الذي يليه.

3 ثم إن المستحق لا يملك إرادته...⁴⁷⁵

Este jurista del siglo veinte resume las características del derecho de los beneficiarios como un derecho muy limitado, pues no puede disponer, ni transmitir *mortis causa* ni siquiera gestionarlo.

Por su parte, en la escuela *ḥanafī*, se estipula lo siguiente:

^b إن كان الواقف ذكر مال من يموت منهم وعلى من يرجع سهمهم أمضيها على ما يشترط من ذلك وإن لم يكن ذكر حال من مات منهم نظرنا إلى من يكون موجوداً منهم يوم تقع القسمة فقسما الغلة بينهم وأسقطنا منهم الميت إلا أن يكون الميت مات منهم بعد ما طلعت الغلة قبل وقت القسمة فيكون سهمه من ذلك لورثته وراجع إلى ماله...⁴⁷⁶

Se nos presenta el caso de una *waqf* constituido en favor de los descendientes de una persona, primero sus hijos, después los hijos de estos y así hasta la extinción total de todas las líneas, cuando serían llamados los pobres. En este supuesto, el reparto se realizaría entre los beneficiarios dentro del mismo grado y trata de resolver el problema de la muerte de uno de ellos. La solución, si está prevista por el fundador, se estaría a la condición impuesta por este, en caso contrario, subsidiariamente, habría que estar al momento del fallecimiento. En el caso de producirse antes de que los frutos puedan ser objeto de tráfico jurídico (los primeros síntomas de la madurez), quedaría excluido del derecho, también para sus herederos. Si fuera posterior, sí los habría adquirido y los transmitiría a estos.

Como se colige de estos fragmentos, la posición de los beneficiarios de un *waqf* es muy débil, pues sus facultades son muy escasas. Pero, en lo que en este lugar concierne, resulta digna de mención la condición *sine qua non* para adquirir la titularidad del derecho: la concreción de la persona que ha de disfrutar del mismo. O bien está determinada la identidad por el fundador o se ha de identificar mediante la partición. Si no es conocido el sujeto, no adquiere nada, no existe para el derecho.

Aunque se perfilará esta hipótesis en un mayor grado oportunamente, el *fiqh*, en aquellas coyunturas donde se crean situaciones de titularidad compartida por varias personas, tiende a no crear un ente diferente a estas que las gestione en interés común, sino a regular los mecanismos para singularizar el derecho subjetivo de cada uno de los comuneros, prefiriéndose la disolución si fuera preciso. Un caso típico se ejemplarizará con los contratos societarios. Ahora estamos centrados en el *waqf*, un negocio, ya lo hemos constatado, que constituye un patrimonio en el que se van perfilando peculiaridades propias de la institución de la persona jurídica: centro de imputación de derechos y obligaciones, herramientas de gestión propias (juez o administrador), sus propios fines. Sin embargo, si el mismo acto jurídico provoca la creación de una comunidad de intereses (los beneficiarios), esta ha de desaparecer para individualizar el derecho de cada uno. La *umma* posee ciertos puntos en común con los beneficiarios: un fundador, Dios, un elemento de unión, la fe. Sin embargo, adolece de una organización que encauce las diferentes voluntades y gestione sus intereses. Cierta individualismo y el rechazo a la presencia de dos órdenes, temporal y espiritual, parecen las causas más plausibles para que la *umma* no alcance un nivel superior al de un conglomerado de creyentes o comunidad en la fe. Es decir esta es comparable al conjunto de

a 1.- Es un derecho en el que su titular no tiene facultad de disponer. 2. Después de su muerte, se trasmite a quien le sigue (no su heredero, sino al siguiente en el llamamiento). 3.-El titular no tiene la capacidad de gestionarlo.

b Si el fundador del *waqf* hubiera dispuesto el destino del bien de quien hubiera muerto, cumpliríamos su condición, Si no lo hubiera dispuesto, para el caso de muerte del beneficiario, miraríamos a quién existiera entre ellos el día en que se realizara la partición entre ellos de la cosecha, y quitaríamos la parte de quien hubiera fallecido de entre ellos, salvo que la muerte hubiera acaecido después de ser visible la cosecha antes del reparto; su parte pasaría a sus herederos y se incluiría entre sus bienes.

cristianos, quienes, al fin y al cabo, son el sustrato de la Iglesia, pero no surge de ella una organización con vida propia como ella, considerada desde el punto de vista organizativo, que canalice las voluntades de todos estos creyentes dentro de un ente diferente a los mismos. Tan solo merece atención el imán, quien ocupa el lugar del Profeta, erigido en la cabeza de la comunidad de creyentes; a ello nos referiremos conjuntamente con la estructura de la Iglesia.

2.4.2 Organización eclesial. Jerarquía

En los párrafos precedentes, hemos repasado como la concepción teológica de la Iglesia influyó decisivamente para ser tenida en cuenta como un sujeto de relaciones reguladas jurídicamente. En este momento nos detendremos en las características principales que adopta como tal y en su forma de gobierno. Este análisis nos valdrá al objeto de extraer unas propiedades paradigmáticas, cuya presencia podemos vislumbrar en las distintas regulaciones del *fiqh*.

En primer lugar, la base de la Iglesia es personal; es decir, un conjunto de seres humanos que comparten una fe. En los primeros tiempos, ya en la época de los apóstoles y antes de ser reconocida por el Imperio Romano, los cristianos se presentaban divididos en pequeñas comunidades, las cuales eran titulares de bienes⁴⁷⁷. Parece que el fundamento jurídico de las mismas radicaba en la capacidad para crear asociaciones que el derecho romano reconocía a sus ciudadanos⁴⁷⁸. Asimismo, en un principio, las autoridades del Imperio asimilaban estas comunidades con las formadas por los judíos en torno a las sinagogas⁴⁷⁹. No obstante, el cristianismo, salvo breves períodos de tolerancia, era perseguido y por tanto no resulta lógico pensar que disfrutara de la misma protección que las demás asociaciones. Francesco de Robertis explica esta aparente contradicción distinguiendo entre las esferas individual y colectiva, pues el delito de cristianismo se predicaba de los individuos, pero no llevaba implícita la ilicitud de la asociación⁴⁸⁰. Finalmente, con el Edicto de Milán, proclamado por Constantino, en el siglo IV, el reconocimiento de la Iglesia como asociación es pleno, no solo en cuanto a la Iglesia Universal como una corporación compuesta por los cristianos, sino que también alude a las iglesias particulares⁴⁸¹.

Sin embargo, estos cimientos latinos, son revisados en la Edad Media. Se añade a la ecuación la potestad estatutaria, o la autonomía para dotarse de sus propias normas que, ya en el derecho romano, se reconocía a determinados entes de base personal (como las ciudades), *universitas*, y por tanto a la Iglesia universal, con la capacidad legislativa del Papa, y los colegios inferiores: catedralicios, monasterios, cofradías, etc.⁴⁸². La doctrina medieval ve que la asociación no es el marco jurídico más apropiado. La voluntad que la forma no es humana, sino divina, aunque sin olvidar que también el elemento de un conjunto de personas está presente. La función de la Iglesia recae sobre cada sujeto, la salvación de las almas, individualmente, pero en cumplimiento de ese fin se precisa la comunidad⁴⁸³. De igual manera a lo expresado con anterioridad, esta organización no se extingue por la extinción de sus miembros⁴⁸⁴. El componente trascendente, la persona de Cristo, dota al Cuerpo de la Iglesia de un soporte material, personal, más estable que sus simples componentes humanos⁴⁸⁵. A pesar de ese elemento sobrenatural, la subjetividad de la Iglesia no pierde un contenido material real, no se concibe como una mera ficción jurídica⁴⁸⁶. Por último, esta teoría corporativa se mantuvo dentro de lo que, en términos actuales, se denomina derecho privado, y no superó los límites del derecho público, lo que hubiera posibilitado sustentar la personalidad del estado⁴⁸⁷.

En el epígrafe precedente, analizamos la *umma*, la cual equivaldría, *grosso modo*, a la Iglesia Universal; en páginas más lejanas vimos algunos ejemplos referidos a la posibilidad de que existieran gremios en los zocos de las ciudades musulmanas. Ahora toca el turno de otras organizaciones religiosas más restringidas, como las cofradías sufíes. ¿Es posible hallar pruebas de la toma en consideración de las mismas como organismos diferenciados de los miembros? Extraigamos algunos fragmentos:

^a أما الرباطات، التي يسمونها الخوانق، فكثيرة، وهي رسم الصوفية، وهي قصور مزخرفة، يطرد في جميعها الماء على أحسن منظر يبصر.

وهذه الطائفة الصوفية هم ملوك بهذه البلاد، لأنهم قد كفاهم الله مؤن الدنيا وفوصلها، وفرغ خراطهم للعبادته من الفطرة في أسباب المعاش، وأسكنهم في قصور تذكرهم قصور لجنان، فالسعداء، الموفقون منهم قد حصل لهم، بفضل الله تعالى، نعيم الدنيا وأخرة.

وهم على طريقة شريفة، وسنة في معاشره عجيبة، وسيرتهم في إلتزام رتب الخدمة غريبة، وعوائدهم، من الإلتزام المسماع المشوقة جميلة، وربما فارق منهم الدنيا في تلك الحالات، المنفعل المثابر، رقة تشوقاً. وبالجملة فأحوالهم كلها بديعة، وهم يرجون عيشاً طيباً هنيئاً.

ومن أعظم ما شاهدناه لهم وضع يعرف بالقصر، وهو صرح عظيم مستقل في الهواء، في أعلاه مساكن لهم لم ير أشراقاً منها، وهو من البلد بنصف الميل، له بستان عظيم يتصل به، وكان منتزهاً لأحد ملوك بستان عظيم يتصل به، وكان منتزهاً لأحد ملوك الأتراك. فيقال أنه كان فيه إحدى الليالي على الراحة، فأجتر به قوم من الصوفية، فهريق عليهم من النبيذ الذي كانوا يشربون في ذلك القصر، فرفعوا الأمر لنور الدين، فلم يزل حتى أستوهبه من صاحبه، ووقفه رسم الصوفية مؤبداً لهم. فطال العجب من السماحة بمثل، وبقي أثر الفضل فيه مخلداً لنور الدين رحمه الله⁴⁸⁸.

El viajero, en su relato sobre Damasco, detalla la buena posición social que gozaban los sufíes en la ciudad, los ritos de algunos y la anécdota de como un grupo de ellos consigue convertirse en beneficiarios a perpetuidad de un palacio espléndido, constituido en *waqf*, por la mala conciencia de su dueño, bebedor de vino. Más adelante en su crónica, continúa:

^b وحدثت الدار المنسوبة لعمر بن عبد العزيز التي هو اليوم خانقة للصوفية، وهي فس الدهليز الذي في باب الشمالي، المعروف بباب الناطفين (وقد تقدم التنبيه عليه قبل هذا) حديث عجيب. وذلك أن الذي اشتراها وبناه، وجعل لها الأوقاف الواسعة، وأمر بأن يدفن فيها، وأن يختم على قبره القرآن كل جمعة، وعين من تلك الأوقاف لمن حضر ذلك جمعة رطلاً من خبز الحواري، وهو ثلاث أرطال من أرطال المغرب، رجل من العجم يعرف بالسميساطي وسميساط من بلاد العجم وكان موصوف بالورع والزهد⁴⁸⁹.

De las palabras del narrador se desprende que una persona, conocido asceta y piadoso, venida de la ciudad de Samosata, en la frontera entre la actual Turquía y Siria, construyó una casa, en favor de la cual erigió varios *awqāf* y de las rentas de los mismos destinó una parte para que cada viernes se rezara todo *El Corán* ante su tumba, ubicada en la Casa. Esta está dedicada a ser la sede de una cofradía sufi. Se intuye que el fundador quiso que la misma fuera beneficiaria de esta fundación.

Traspongamos ahora unos párrafos de otra obra del género muy difundido en la literatura medieval musulmana, los libros de viaje. Ibn Baṭṭūta también nos dibuja su visión de estas hermandades sufíes:

a En cuanto a los hostales, denominados *jawāniq*, hay muchos, y son para los sufíes; son palacios ornamentados, en todos ellos se echa el agua de la mejor vista que pueda observarse.

Los de esta secta sufi son los reyes de la ciudad, porque Dios los ha colmado de los víveres y beneficios de esta vida, y ha vaciado sus mentes de pensar en lo necesario para vivir, al objeto de que se dediquen a Su culto; y su alojamiento en palacios les recuerda los palacios de los paraísos, y aquellos felices y exitosos de ellos han conseguido, gracias a Dios altísimo, la dicha en esta y en la otra vida.

Ellos están en un camino noble, y una tradición en una convivencia admirable, y su proceder en el compromiso con la jerarquía del servicio es extraño, sus costumbres, en la reunión en la armonía apasionante, son hermosas, y quizás en esos estados mentales, algunos se separan de este mundo, en constante éxtasis, con dulzura y apasionamiento. En general, sus estados son todos maravillosos, y ellos esperan una vida buena y de provecho.

Entre lo más grandioso de lo que hemos sido testigos sobre ellos, un lugar conocido como El Palacio, es un edificio imponente independiente, en su parte alta están sus aposentos, los cuales no se han visto más hermosos; distan de la ciudad media milla, tiene un huerto enorme anexo, que era un lugar de recreo para uno de los reyes turcos. Se dice que una noche que estaba relajado, se le acercó un grupo de sufíes, quienes olieron el vaho a vino del que se bebía en aquel palacio. Presentaron una queja a Nūr al-Dīn, y no se detuvieron hasta que ese rey turco les donó y convirtió el palacio en *waqf* perpetuo para los sufíes: Y se ha extendido la admiración de tal benevolencia, y permanece para la posteridad la virtud de Nūr al-Dīn, que Dios se apiade de él.

b Y lo que se comenta sobre la casa que se erigió a 'Umar b. 'Abd al-Azīz y hoy es una casa de sufíes, situada en la galería de la Puerta Norte, conocida como Puerta de los Viciosos (a la cual ya nos hemos referido), es algo maravilloso. Quien la compró y construyó y fundó a su favor amplios *awqāf*, y ordenó que lo enterraran en ella y que cada viernes se recitara completo *El Corán*, y destinó de los frutos de estos *awqāf* a quien estuviera presente los viernes una medida de pan *al-ḥawārī*, el equivalente a tres medidas magrebíes, era un hombre extranjero, conocido como el de Samosata, (Samosata es una ciudad extranjera), y estimado por su piedad y ascetismo.

^aفلما إنصرف قلت للشيخ: "هذا الرجل ضعيف ولا قدرة له على تضييفنا ولا نريد أن نكلفه". فضحك الشيخ وقال لي: "هذا أحد شيوخ الفتيان الأخية وهو من الخرازين وفيه كرم نفسه، وأصحابه نحو مائتين من أهل الصناعات قدموه على أنفسهم وبنوا زواية للضيافة وما يجتمع لهم بالنهار وأنفقوه بالليل". ...

Después de describir cómo era la *zāwyya*^b de la hermandad y el modo de vestir de sus cofrades, continúa el relato:

وفي وسط مجلسهم شبه مرتبة موضوعة للواردين. ولما إستقر بنا المجلس عندهم أتوا بالطعام والكثير والفاكهة والحولاء، ثمة أخذوا في الغناء والرقص، وراقنا حالهم وطال عجبنا من سماحنا وكرم أنفسهم، وأنصرفنا عنهم آخر الليل وتركناهم بزوايتهم⁴⁹⁰.

También en el ámbito geográfico sirio, en la ciudad de Antalya, nos cuenta el modo en el que fue invitado por el maestro de una hermandad compuesta por casi doscientos miembros de diferentes oficios y detalla su sede, la forma de vestir y su manera, quizás exageramos si empleamos esta expresión, de dar culto, cantando y bailando. Un aspecto llama la atención, según las palabras de Ibn Battūṭa, se trata de una asociación libre de artesanos de varios oficios quienes construyen edificios para las funciones de la hermandad y los que eligen entre ellos a sus maestros. En principio, se manifestarían casi todos los rasgos propios de una asociación titular de relaciones jurídicas. Recojamos más testimonios:

^cوبهذه المدينة تربة الشيخ الإمام الصالح القطب جلال الدين المعروف بمولانا. وكان كبير القدر، وبأرض الروم طائفة ينتمون إليه ويعرفون بإسمه فيقال لهم الجلالية، كما تعرف الأحمدية بالعراق والحيدرية بخراسان، وعلى تربته زواية عظيمة فيها الطعام للوارد⁴⁹¹.

En esta ocasión, apunta lo que ha visto en la ciudad de Konya, en el centro de Anatolia: el mausoleo de *Ŷalāl al-Dīn*, el cual se conserva hoy en día. Sus seguidores forman parte de una cofradía sufi conocida como *al-Ŷalāliyya*, a imitación de otras en Iraq y Jorasán, que reciben el nombre del sufi al que siguen. En el caso de la población turca, esta hermandad sufi, y la figura de *al-Rūmī*, disfrutaban de una gran estima popular. Sus derviches son famosos en el país y en el mundo.

Constatamos que el fenómeno de las hermandades estaba muy difundido en la Baja Edad Media musulmana. Incluso, tanto en Ibn Ŷubayr como en Ibn Battūṭa, se afirma que son asociaciones libres de personas, con un fin piadoso, con patrimonio propio y que son beneficiarias de *aḥbās*. Igualmente, sus miembros nombran a sus maestros para dirigirlos. Todo apunta a que existen asociaciones, de carácter religioso, a las que podemos aplicar el concepto de persona jurídica.

Ibn Ŷubayr era un literato y viajero valenciano, compositor de finos versos, por lo que no es exigible en sus relatos gran precisión técnica⁴⁹². Aunque Ibn Battūṭa fuera, sin embargo, un alfaquí *mālikī*, y en su obra el aspecto jurídico se subraya, con preferencia a la hora de registrar el nombre de la persona que ejerce el cargo de juez en cada lugar por el que pasa, hay que realizar ciertas puntualizaciones:

- No existen, o son escasísimos, los textos de *fuqahā'* regulando estas cofradías o hermandades, desde el punto de vista legal. Tampoco los contratos asociativos se refieren a las mismas, sino a convenios entre particulares para llevar a cabo de manera conjunta

a Cuando se retiró, le dije al jeque: "este es un hombre débil y no es capaz de ofrecernos hospitalidad, no queremos ser una carga para él". El jeque sonrió y me dijo: "este es uno de los maestros de los jóvenes de la hermandad, y es un zapatero, en él hay generosidad de espíritu, y sus cofrades son cerca de doscientos de todas las artesanías y lo eligieron sobre ellos; construyeron una *zāwyya* para huéspedes tanto de día como de noche [...] En medio de su reunión, casi por rango un lugar para los forasteros. Cuando se asentó la reunión, trajeron gran cantidad de alimentos, frutas y dulces, después empezaron a cantar y bailar, nos agradó su estado y nos admiró su benevolencia, su generosidad de espíritu y nos retiramos al final de la noche y los dejamos en su *zāwyya*."

b Esta palabra, que en raíz significa ángulo o rincón, se utiliza para referirse a escuelas coránicas o edificios donde diversos grupos de musulmanes habitan o desarrollan su labor.

c Y en esta ciudad se encuentra el mausoleo del Jeque el imán virtuoso jefe, *Ŷalāl al-Dīn*, conocido como *Mawlāna*. Disfrutaba de una gran posición. Y en la tierra de *Rūm* hay una secta de sus seguidores, conocidos por su nombre, pues se les dice *al-Ŷalāliyya*, de la misma manera que se conoce a *al-Aḥmadiyya* en Iraq y *al-Ḥaydariyya* en Jorasán. En el mausoleo hay una *zāwyya* magnífica donde hay alimento para el forastero.

proyectos económicos. Además, ninguno de los mismos crea un ente diferente a sus miembros con el cual las personas ajenas a ellos mantengan negocios. Los terceros concluyen con uno de los socios el contrato, al cual pedirán responsabilidad en caso de incumplimiento. Únicamente se reglamentan las relaciones internas de los socios.

- Muchos estudiosos del *fiqh* coinciden en destacar la ruptura ente la *Šarī'a* y la realidad diaria. Colocarían a esta en un plano meramente teórico aislada de las necesidades prácticas de la sociedad, la cual crearía sus propias soluciones.
- Creemos que habría una vía menos radical. Estamos de acuerdo en que la *Šarī'a* ha tenido desde el comienzo dificultades adaptativas a los cambios sociales, especialmente, desde el denominado cierre de la puerta del *Iȳtihād*, o mecanismo racional, básicamente la analogía, de extracción de nuevos preceptos ante situaciones inéditas de los textos jurídicos revelados. Sin embargo, esto no presupone su inaplicación en términos generales ni su absoluta falta de evolución.
- Analicemos el supuesto que ahora nos ocupa: un grupo de personas se unen con el propósito de llevar a cabo una determinada liturgia de culto, construyen edificios para sus fines, eligen a sus guías, son beneficiarios de bienes habices y prestan servicios como la hospitalidad hacia los forasteros. Desde nuestra manera de pensar y en nuestra cultura jurídica, resulta más práctico considerar a esa asociación como un todo, titular de relaciones jurídicas con independencia de sus miembros. Sin embargo, no es el único recurso legal. Esta unión puede permanecer en un plano interno, sus miembros establecen la forma de organizarse sin perder su individualidad. Es un tema que tendrá su propio espacio, pero hemos sido testigos que la pluralidad de beneficiarios de unos *awqāf* no implica necesariamente considerarlos como un conjunto autónomo a cada uno de ellos. Lo comprobaremos en el momento de desentrañar el contenido jurídico de los distintos contratos asociativos, pero es posible adelantar que, frente a los terceros ajenos al mismo con los que se mantienen relaciones jurídicas, no es una condición imprescindible el funcionar como un ente, como persona jurídica. Nuestro Código de Comercio no otorga personalidad jurídica a la sociedad en comandita, ni el Código Civil al contrato de sociedad o a la comunidad de bienes. La cofradía es, socialmente hablando, un todo, pero no tendría un patrimonio común con el que responder de sus propias deudas ante sus acreedores. En la práctica, o bien es uno de sus miembros quien concluye los contratos y es responsable de las obligaciones que de ellos se derivan o se produce una deuda con unos deudores plurales identificados, aún en su pluralidad, individualmente, que responden mancomunadamente (cada uno de una parte de la misma) o solidariamente, es decir, el acreedor puede cobrarse el total de la deuda de una de ellos y este podría reclamar a los demás por la parte que les correspondiera. Esta interpretación viene avalada en cierta medida por la forma verbal empleada por Ibn Baṭṭūṭa: la tercera persona del plural; son los miembros los que construyen los edificios, se escoge, no sabemos si intencionadamente o no, esa persona en vez de la tercera del singular cuya sujeto sería la cofradía de sufíes.
- No existen pruebas concluyentes que estas hermandades funcionaran como personas jurídicas, y, en el estado actual de la investigación y atendiendo a las normas aplicables de la *Šarī'a*, nos inclinamos por pensar que eran grupos de personas que asumían deudas o eran titulares de derechos de manera común, no como asociación en sí misma considerada. Obviamente, dejamos aparcada la cuestión momentáneamente, al objeto de retomarla en el momento oportuno.

El orientalista Claude Cahen habla de escuelas o tradiciones de discípulos de un ulema que se van organizando y teniendo una vida en común, pero no las asimila a las órdenes religiosas cristianas (las cuales sí son aceptadas por el derecho justiniano y canónico como auténticas titulares de derechos y obligaciones)⁴⁹³. Este profesor las relaciona con las *futuwwa* o asociaciones de jóvenes de posible origen persa⁴⁹⁴.

Este conjunto de personas, de cristianos, ¿cómo se organiza? ¿Quién la gobierna? ¿Cuál es su estructura jerárquica? Nuestro interés se limita al medio jurídico; sociológicamente es una comunidad y, desde el prisma católico, en la Historia sería la ciudad de Dios peregrina en la tierra, pero desde el derecho se define como la institucionalización de esa sociedad de creyentes⁴⁹⁵. Evidentemente, en un ordenamiento de origen divino, el fundamento tiene su base en el Nuevo Testamento y en lo dispuesto por el propio Cristo. Cristo nombró a San Pedro como cabeza de su Iglesia y los Apóstoles serán los precedentes de obispos y cardenales⁴⁹⁶. Igualmente, los Hechos de los Apóstoles registran el primer Concilio, el Concilio de Jerusalén⁴⁹⁷. Estas asambleas de obispos y, posteriormente, cardenales tendrán una gran trascendencia en la historia eclesial y sus decisiones supondrán hitos destacados en la misma⁴⁹⁸. Por ejemplo, el Reino Visigodo en la Península Ibérica, tras el abandono del arrianismo, mantendrá una forma de gobierno pactada con la Iglesia a través de los concilios de Toledo.⁴⁹⁹ En el siglo II, se irá perfilando la jerarquía: Papa, obispos y presbíteros⁵⁰⁰. El primero como jefe supremo, los segundos con un territorio asignado: la diócesis, ámbito de jurisdicción de los obispos y los últimos como titulares de una parroquia, dentro de la diócesis⁵⁰¹. A esta parroquia no solo corresponden facultades espirituales, sino que serán titulares de bienes⁵⁰². A veces nos topamos con circunscripciones diferentes: la provincia, más amplia que la diócesis⁵⁰³. Junto a esta división que tiene como soporte el territorio, coexisten otras de carácter institucional: monasterios, órdenes, etc.⁵⁰⁴ La estructura, ya desde el comienzo, es compleja y se va perfilando con el paso de los siglos hasta desembocar en la Iglesia católica, como hoy la conocemos. No se han tenido en cuenta otras Iglesias cristianas, pues sobre la romana crecerá el concepto de persona jurídica.

Esta brevísima y, con toda seguridad, demasiado simple reseña sobre la organización de la Iglesia la traemos a colación con el fin de destacar cómo provocará que los juristas deban crear nuevos conceptos para tenerla en cuenta como sujeto de derechos y obligaciones. Sin atisbo de duda, fue un motor en el nacimiento de esta institución del derecho que es la persona jurídica. Ahora, tendremos que confrontarla con la Ley islámica.

Hemos tratado las particularidades de la *umma*, aunque fuera superficialmente. Está fuera de discusión la entidad de la misma desde una óptica social y religiosa; ahora bien, ¿se ha de concluir que el derecho islámico la considere como un todo? Creemos que no y más adelante reemprenderemos esta senda con más detalle. En este momento enfatizaremos la forma de gobierno de la misma.

Independientemente de la forma de elección, tan poco pacífica, la jefatura, al igual que en la Iglesia católica, recae en una persona, cuyas denominaciones más comunes son la de califa o imán, tras la muerte de Muḥammad. Por ejemplo, al-Baqilānī rechaza la coexistencia de dos o más líderes⁵⁰⁵. Algún otro pensador, como al-Bagdādī la admite, siempre y cuando sus territorios estén separados por el mar⁵⁰⁶. Esta persona puede delegar sus funciones en otro u otros, dentro de los límites fijados por el delegante, según la teoría de al-Māwardī⁵⁰⁷, sería el visir o ministro. El rasgo diferencial no reside en la singularidad del imán; el papa, salvo alguna época de cisma, está solo en el trono de Pedro. La auténtica peculiaridad radica en la inexistencia de una organización en la que tanto los fieles como el líder estén incluidos. Un ente intermedio entre los individuos y la cúspide. El Papa es el líder de todos los católicos y, a la vez, jefe de la persona jurídica que encauza a la comunidad: la Iglesia. Esta reflexión es aplicable al resto de iglesias cristianas, ortodoxas o protestantes. La *umma* estuvo gobernada por el imán, con poderes más o menos efectivos o meramente nominales según las épocas, pero no se crearon cuerpos intermedios, ni una organización con su propia reglamentación.

Otra propiedad que acrecienta esta disparidad en la manera de entender a la comunidad viene dada por la capacidad legislativa. El Papa gobierna y crea normas con valor jurídico, aplicables a los católicos (más adelante nos adentraremos en su relación con el poder civil). Así, el canon 331 del Código de Derecho Canónico le otorga la potestad ordinaria que es suprema, plena, inmediata y universal, como sucesor de Pedro, primero entre los apóstoles y Vicario de Cristo, y

cabeza del Colegio de Obispos. Este colegio, en atención al canon 336, es, en unión de su cabeza y nunca sin él sujeto de la potestad suprema y plena de la Iglesia⁵⁰⁸. Este privilegio del Papa de poseer el monopolio legislativo está reconocido desde al menos los tiempos del Papa Gregorio VIII, siglo XI⁵⁰⁹. Esta aptitud para dotarse de sus propias normas, o autonomía estatutaria, es un rasgo distintivo de las personas jurídicas de base personal, cuyos miembros son seres humanos individuales, como vimos en las asociaciones durante el Imperio Romano o en la propia Iglesia, con su carácter corporativo. En principio, el imán únicamente gobierna la comunidad, pero, en teoría, no puede promulgar leyes, la *Šarī'a* es un derecho revelado, cuyos preceptos han de ser deducidos de unos textos de origen divino. Esta tarea la asumieron los juristas: jueces y muftíes, pero el califa o el imán no promulgaba leyes⁵¹⁰. Esta circunstancia nos abocaría a adentrarnos en el espinoso asunto del Islam político y el estado islámico. Sobre esa materia existe gran y encontrada bibliografía y nuestro interés se detiene en comprobar si esos estados o la *umma* cumplen con el concepto de la persona jurídica, al margen de legitimidades, formas de gobierno o preferencias políticas.

Escojamos algunas referencias textuales de al-Māwardī y de Ibn Jaldūn:

إذا عقدت الإمامة لإمامين في وقت واحد لم تنعقد إمامتهما، لأنه لا يجوز أن يكون للأمة إمامان في وقت واحد وإن شذ جزوه⁵¹¹.

El jurista de la escuela *šāfi'ī* prohíbe la existencia de dos imanes al mismo tiempo. Posteriormente, relaciona sus atribuciones en los asuntos públicos:

- b أحدها: حفظ الدين على أصوله المستقرة وما أجمع عليه سلف الأمة [...] الثاني: تنفيذ الأحكام بين المتشاجرين وقطع الخصام بين المتنازعين [...] الثالث: حماية البيضة والذب عن الحريم [...] الرابع: إقامة الحدود لتصان محارم الله تعالى عن الإنتهاك تحفظ حقوق عباده من إتلاف وإستهلاك. الخامس: تحصين الثغور بالعدة المانعة والقوة الدافعة [...] السادس: جهاد من عائد الإسلام بعد الدعوة [...] السابع: جباية الفيء والصدقات على ما أوجبه الشرع [...] الثامن: تقدير العطايا وما يستحقه في بيت المال [...] التاسع: إستكفاء الأماناء وتقليد النصحاء فيما فوض إليهم من الأعمال [...] العاشرة: أن يباشر بنفسه مشاركة الأمور وتصفح الأحوال بسياسة الأمة وحراسة الملة [...] ⁵¹²

Todas estas funciones tienen más que ver con lo que en la teoría política contemporánea se clasifica como propias del poder ejecutivo. Ninguna de ellas lo habilita para dictar normas que pasen a forma parte de la *Šarī'a*.

Concluyendo con este autor, indaguemos sobre la forma de elección, la cual se realiza a través de un pacto, (la fuente utiliza una palabra árabe, *bay'a*, a la que se considera un tipo de contrato, *'aqd*, aunque no siempre es equivalente a este negocio jurídico tal y como se entiende en la doctrina occidental):

a Si se celebrara el contrato de *imāma* con dos imanes en dos países, no se perfeccionaría, pues no es lícita que la *umma* tenga dos al mismo tiempo, aunque algún grupo, raramente, lo permita.

b Primera: preservar la religión en sus principios estables consolidados y aquello en lo que la *umma* precedente ha establecido por consenso [...]

Segunda: ejecutar los fallos judiciales entre los litigantes y cortar los conflictos entre los que disputan [...]

Tercera: proteger a la comunidad y defenderla de lo prohibido [...]

Cuarta: aplicar las penas establecidas por Dios para cuidar de lo por Él establecido de violaciones y proteger los derechos de sus fieles de la destrucción y el consumo.

Quinta: fortificar las fronteras de la manera más adecuada para su defensa [...]

Sexta: combatir a aquellos que rechacen el Islam después de la predicación [...]

Séptima: recaudar el botín y los impuestos según está previsto legalmente [...]

Octava: calcular los sueldos en favor de quien sea el titular del derecho sobre el tesoro [...]

Novena: recompensar a los secretarios y seguir a los consejeros en lo que les sea encargado [...]

Décima: ejercer por sí mismo la supervisión de los asuntos y examinar los estados relativos a la política de la *umma* y la guardia de la misma [...]

^cوالإمامة تتعقد من وجهين.

أحدهما. بإختيار أهل العقد والحل.

والثاني. يعهد الإمام من قبل. أما إنعقادها بإختيار أهل الحل والعقد، فقد اختلف العلماء في عدد من تتعقد به الإمامة منهم على مذاهب شتى؛ فقالت طائفة: لا تتعقد إلا بجمهور أهل العقد والحل من كل بلد ليكون الرضاء به عاماً والتسليم لإمامته إجماعاً، وهذا المذهب مدفوع ببيعة أبي بكر رضي الله عنه على الخلافة بإختيار من حضرها، ولم ينتظر ببيعته قدوم غائب عنها. وقالت طائفة أخرى: أقل من تتعقد به منهم الإمامة خمسة يجتمعون على عقدها، أحدهم برضا الأربعة إستدلالاً بأمرين...⁵¹³

La elección se originaría a partir de una especie de contrato entre el futuro imán y los capacitados para su elección o destitución, a los que no se identifica ni personalmente ni por los requisitos que han de cumplir. El número mínimo de esos electores tampoco es pacífico. Una escuela se refiere a un conjunto de personas presentes de cada ciudad para que fuera como un consenso (no hace falta repetir lo ya recordado sobre el consenso como fuente del derecho islámico). Otra fija el mínimo en cinco, los cuales habrían de coincidir o, al menos, cuatro de ellos. La vertebración de ese colegio electoral brilla por su ausencia.

Por su parte, Ibn Jaldūn añade:

^b[...] ومقصود الشارع بالناس صلاح آخرتهم فوجب مقتضى الشرائع حمل الكافة على الأحكام الشرعية في أحوال دنياهم وآخرتهم. وكان هذا الحكم لأهل الشريعة وهم الأنبياء ومن قام في مقامهم وهم الخلفاء. فقد تبين لك من ذلك معنى الخلافة، وأن الملك الطبيعي هو حمل الكافة على مقتضى الغرض والشهرة، والسياسي هو حمل الكافة على مقتضى النظر العقلي في جلب المصالح الدنيوية ودفع المضار، والخلافة هي حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي في مصالحهم الأخروية والدنيوية الراجعة إليها، إذ أحوال الدنيا ترجع كلها عند الشارع إلى إعتبارها بمصالح الآخرة، فهي في الحقيقة خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا به⁵¹⁴.

Ya en el siglo XIV la unidad política del islam era una quimera, aunque no así la religiosa. El texto determina que el imán o califa es un sucesor de los profetas, el último de ellos Muḥammad, y ha de ocuparse de lo asuntos terrenales y escatológicos. Asimismo, siempre utiliza el singular y no prevé la posibilidad de varios. Para referirse a la *umma*, emplea un término en singular que designa a un conjunto: la totalidad. La *umma* es una realidad histórica, a la que es difícil aplicar el concepto técnico de la personalidad, como seguiremos constatando.

Este epígrafe hemos de culminarlo con un breve comentario sobre la forma en la que ha interactuado con el otro, u otros, gran sujeto de la Historia de Occidente: el estado en sus respectivas formas. Descartamos de antemano cualquier ambición de aportar novedad alguna en el estudio de las relaciones iglesia-estado, tan solo añadir nuevas piezas para depurar el marco teórico sobre la personalidad jurídica en el derecho islámico.

Este binomio ha pasado por muchos vaivenes históricos. Tras el fin del período de persecución, los emperadores romanos (Constantino, Teodosio, Justiano...), sobre la base filosófica de las tesis de Eusebio de Cesárea, entre otros, y de la tradición del emperador como pontífice

^c Y el imanato se perfecciona desde dos perspectivas:

La primera de ellas: por la elección de los capacitados para ello y para su destitución.

Segunda: por el compromiso del imán con anterioridad. En cuanto a la perfección por la elección de los capacitados para ello o la destitución, los juristas han discrepado en el número con el que se perfeccionaría el imanato, en todas las escuelas. Una corriente ha afirmado: no se perfeccionaría a menos que se tratara del conjunto de capacitados para nombrar y destituir de cada ciudad, para que su aceptación y entrega del imanato sea por consenso, y esta escuela se apoya en el contrato con Abū Bakr, Dios esté satisfecho de él, como califa, por la elección de los presentes, y no se esperó para celebrarlo a que llegaran los ausentes. Otra corriente afirma: el número menor con el que se perfeccionaría el imanato sería cinco que se pusieran de acuerdo o al menos cuatro de los cinco.

^b [...] Lo que pretende el Legislador es traer la vida eterna a la gente, por ello obliga con sus normas llevar a todos hacia los preceptos legítimos en los asuntos de esta y la otra vida. Ese arbitrio es para la gente de la *Šarī'a*, que son los profetas y quienes ocupan su lugar, los califas.

Queda patente para ti de esto el significado del califato: el reinado natural consiste en llevar a la totalidad hacia la exigencia de objetivos y apetitos, lo político en llevar a la totalidad a lo que prescribe la visión de la inteligencia para lograr los intereses de esta vida y alejar lo dañino; y el califato es llevar a todos a lo que exige una visión normativa sobre sus asuntos de esta y la otra vida, pues todos los asuntos de esta vida son considerados por el Legislador en función de los intereses de la otra, y esa es la verdad del califato (la sucesión) del titular de la *Šarī'a* en defensa de la religión y la política de esta vida.

máximo, creyeron que debía existir una cabeza en el Imperio Terrestre, el emperador el cual era entendido también como el “obispo universal”. La Iglesia y el Imperio se entendían como imágenes de la sociedad cristiana celestial. Esta posición derivó en el cesaropapismo bizantino al que hemos hecho referencia. También, desde un principio, los papas trataron de marcar diferencias y proclamar la supremacía del poder espiritual sobre el terrenal, pues ya el papa Gelasio I, en el siglo V, distinguió nítidamente ambos espacios⁵¹⁵. Esta separación ya fue sostenida por San Ambrosio de Milán (finales del siglo IV) y explicitada por San Agustín en *De civitate Dei* (siglo V), donde se proclamaba la coexistencia de dos ciudades, celestial representada por la Iglesia en este mundo, y terrenal encarnada en el estado⁵¹⁶. Lo normal era la creación de diversas fórmulas de cooperación. Un ejemplo de ellos fue la monarquía visigoda en la Península Ibérica a partir de finales del siglo VI, con la conversión de Recaredo al catolicismo y abandonando el arrianismo propio del pueblo visigodo. Se desarrollaron diversos concilios en Toledo, de obispos y con la presencia de los monarcas y parte de la nobleza, en los que, además de cuestiones meramente religiosas, emanaron normas que regían la relación entre ambos poderes⁵¹⁷. En la Edad Media se mantuvo esta frontera; así, los canonistas de Bolonia como Graciano, Rufino o Huguccio (alrededor del siglo XII), deslindaban las funciones espirituales y temporales. La pretendida concordia entre ambos pero sin mezcla dio lugar a la teoría de las dos espadas⁵¹⁸. Los Papas trataron de afianzar su liderazgo sobre los reyes⁵¹⁹. Más o menos sobre esa época, surgió la llamada Querrela de las Investiduras, entre la Santa Sede y el Imperio sobre el nombramiento de las autoridades eclesiásticas en los diferentes reinos. Este conflicto propició no únicamente la constatación de la independencia de la Iglesia, sino también ayudó a perfeccionar el concepto de autoridad secular. Con el debilitamiento del Imperio Romano Germánico, nacerán los estados modernos y quedará patente que Occidente ya no es una unidad política, aunque sí religiosa, lo cual se plasmará en la consolidación de la personalidad de estos estados, pues la Iglesia ya la había adquirido⁵²⁰.

Hemos citado un texto de Ibn Jaldūn que ejemplificaba la diferente forma de entender el poder entre el Islam y el Cristianismo, pues aquel unía todos sus elementos en la figura del imán y este separaba el mundo terrenal y el celestial. Veamos otros fragmentos:

^a جايت بنو عدي إلى عمر. فقالوا: أنت خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وخليفة أبي بكر، وأبو بكر خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو جعلت نفسك حيث جعلك هؤلاء القوم الذين كتبوا.⁵²¹

Durante los primeros años tras la muerte de Muhammad, las personas que ocuparon sus puestos se les denominó sucesor, en árabe jalifa, que originó la palabra española califa; es decir, ocupan su posición, tanto en los asuntos de esta y de la otra vida. La separación entre ambas esferas no existe en el Islam, al menos teóricamente, pues en la práctica, el califato fue siendo relegado a aspectos marginales por los gobernantes que ejercían el auténtico poder. Al contrario que el cristianismo, el Islam nació y, casi inmediatamente, se hizo con el poder y organizó su propio estado, no tuvo que estructurarse durante siglos frente a la hostilidad de las autoridades y apoyado en la doctrina de que su reino no es de este mundo. La separación de ambas dimensiones tenía connotaciones más innatas entre los cristianos que entre los musulmanes. A pesar de que las luchas intestinas entre las diferentes facciones comenzaron pronto, la unidad religiosa y política se mantuvo durante un tiempo. La desmembración del imperio en numerosos reinos independientes se fue produciendo a lo largo de los siglos. Tanto Occidente como el mundo musulmán estaban unidos por una religión y separados por una diversidad de estados.

a Llegaron los Banū ‘Uddī donde estaba ‘Umar y le dijeron: tú eres el sucesor del Mensajero de Dios, sus bendiciones sean sobre él, y sucesor de Abū Bakr y Abū Bakr es sucesor del Mensajero de Dios, sus bendiciones sean sobre él, aunque te colocaras a ti mismo donde te colocan este grupo que escribieron.

^aوأحق الناس وأولاهم، بالتأمل ما يجري عليه تدبير العالم، من الحكمة وحسن الإلتقان السياسة وإحكام التدبير. الملوك، الذين جعل الله تعالى ذكره بأيديهم (أزمة) العباد، وملكهم تدبير البلاد وإسترعاهم أمر البرية، وفوض إليهم سياسة الرعية. ثم الأمثل فالأمثل من الولاء والذين أعطوا قيادة الأمم وأستكوا تدبير الأمصار والكور، ثم الذين يلونهم من أرباب النعم وسواس البطانة الخدم، ثم الذين يلونهم من أرباب المنازل ورواض الأهل والولدان. فإن كل واحد من هؤلاء راعي لما يحوزه كنفه ويضمه رحله، بصرفه أمره ونهيه، من تحت يده رعيته⁵²².

Ibn Sinā, más conocido por su faceta como médico, ejemplifica la teocracia, pues los reyes son puestos por Dios para regir a los fieles, a su vez, en una organización jerárquica, se producen encomiendas en favor de gobernadores; además los señores son jefes en sus casas. Para calificar a esta forma de gobierno, se acude a la metáfora del pastor, también presente en el Cristianismo, todos ellos reciben sus facultades por encomienda, en último lugar, de Dios. Este mecanismo jurídico de la encomienda dispondrá de un tratamiento específico, toda vez que afecta al desarrollo de la personalidad jurídica. Es digno de destacar la presencia del término política.

2.4.3 *Venerabilis domus, piaae causae* y otros centros dotados de personalidad jurídica

En los números anteriores, hemos centrado nuestro interés en la Iglesia en sí misma, en la Iglesia Universal, con mayúscula. En este epígrafe, descenderemos a niveles más locales, a aquellas instituciones que, formando parte de la Iglesia, tienen su propia identidad independiente.

Entre estos entes, uno de los que más literatura jurídica ha suscitado ha sido las denominadas *piaae causae*, o fundaciones con finalidad piadosa. En estas páginas no podemos aspirar a una total precisión, sin embargo, a los efectos que nos interesa, es posible sintetizar, de un modo simplista, su contenido como unos patrimonios cuyo fundador destina a un fin, en este caso caritativo o para la salud del alma⁵²³, y por esta razón, se les aplica una regulación propia que los dota de cierta singularidad como sujetos de derecho. En la mayoría de las ocasiones se trata de fincas o de casas urbanas, es decir, bienes inmuebles⁵²⁴.

Sus orígenes no están del todo claros, pero los autores apuntan a la presencia de fundaciones con carácter previo al reconocimiento del cristianismo por el Imperio romano. Se aduce la influencia estoica y los templos dedicados a la divinidad de la medicina en el Mediterráneo Oriental⁵²⁵. Esta procedencia del este, como el propio cristianismo, es compartida por el profesor Murga⁵²⁶. Este señala algunos hitos en su aparición como una constitución del emperador bizantino León I, siglo V, en la que los patrimonios dedicados a la caridad van tomando forma⁵²⁷. Estos negocios jurídicos antecedentes fueron impulsados de una manera decisiva en el Bajo Imperio, ya cristianizado. Así, empezaron a proliferar a partir del Edicto de Milán, o de tolerancia de esta religión (principios del siglo IV), aunque con anterioridad la Iglesia y sus entes ya eran los destinatarios de donaciones y disposiciones testamentarias⁵²⁸. Será con la legislación de Justiniano cuando las fundaciones, entendidas como centros de imputación de relaciones jurídicas y con capacidad jurídica se vean plenamente reconocidas⁵²⁹. En este sentido, se entiende por *piaae causae* en esta legislación aquel negocio jurídico impulsado por la piedad hacia los necesitados⁵³⁰. Al aplicar el concepto moderno de personalidad jurídica a estas entidades, se requiere prudencia, aunque en ellas se observen muchas de sus características⁵³¹. Algunos estudiosos proclaman que son masas patrimoniales, *verdaderas personas jurídicas no colegiales*, cuya autonomía es legalmente reconocida⁵³².

a Los que tienen más derecho y los primeros, con la reflexión sobre lo que pasa en la toma prudente de decisiones, con sabiduría, y buen dominio de la política y experiencia en la adopción de medidas: los reyes, a quienes Dios, el Altísimo, ha puesto en sus manos a sus fieles, y les ha otorgado la adopción de las medidas en el país y su pastoreo, y les encomendó la política de Su creación. Después, al más ejemplar de los gobernadores a los que se encarga la dirección de los pueblos y se les ha dado lo suficiente para la gestión de los territorios y provincias; posteriormente, los que siguen de los señores de rebaños y los jefes de los sirvientes, después aquellos que siguen de señores de la casa y cuidadores de la familia y los hijos. Pues cada uno de estos es un pastor de aquello que está a su alrededor, y le ha sido encargado el ordenar y prohibir, y bajo su mano está su rebaño.

Hemos abordado el asunto de la motivación, la penitencia, el culto, la caridad⁵³³. Y en atención a la misma se llevaron a cabo donaciones y se instituyeron herederos y legatarios a estas fundaciones. Otra cuestión que tenemos que destacar es que nos encontramos ante la presencia de un conjunto de bienes que se pretende preservar, haciéndolo objeto de una regulación específica⁵³⁴. En el mundo bizantino, todos estos conjuntos de bienes van adquiriendo autonomía dentro del patrimonio de la Iglesia, y, en consecuencia, son los destinatarios de una reglamentación específica. Esta perspectiva objetiva (aquella realidad que se ve afectada por la actuación jurídica de las personas, como el objeto de una compraventa) y no subjetiva (el conjunto de personas que se adhieren a un sujeto de tipo asociativo) nos acompañará en toda esta tesis, pues, como lo confirmaremos a lo largo del estudio, este tipo de personas jurídicas no serán ajenas a las normas de la *Šarī'a*, si no se lleva a cabo explícitamente, sí incorporando sus componentes esenciales.

Anteriormente hemos comentado algunas cuestiones sobre la motivación para establecer un *waqf* y la hemos observado la presencia de la caridad y la búsqueda de agradar a Dios en diversos actos jurídicos. En esta oportunidad, veremos como el sentimiento de culpa por la comisión de un acto contrario a los dictados de Dios impulsa a realizar actos de desprendimiento. En el derecho islámico esta expiación se encuentra perfectamente regulada desde un punto de vista jurídico; creemos que el *fiqh*, más que un derecho con un fuerte contenido moral, se significa por ser una moral de un intenso carácter jurídico. Este acto es lo que los jurisconsultos denominan *kafāra* (كفارة), traduzcamos la definición que el diccionario del idioma de los *fuqahā*⁵³⁵ contiene: “*aquello que expía, es decir, cubre con ello el pecado. Un actuar determinado como la manumisión, el ayuno o alimentar al que obliga la Ley para borrar un pecado determinado como la violación de una promesa o similar*”.

He aquí algunos textos relativos al tema:

a لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ⁵³⁶

b يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ بِحُكْمِ بِهِ دُونَ عَدْلٍ مِنْكُمْ هُدًى بَالِغِ الْكُعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ⁵³⁷.

El Corán fija el acto que ha de realizar quien rompa un juramento o cace una pieza en los períodos en los que está prohibido: alimentar y vestir a un número de pobres, la manumisión o el ayuno.

Pasemos al desarrollo que de esas normas realizan algunos juristas:

a Dios no os tiene en cuenta que deroguéis vuestros juramentos, pero os tiene en cuenta en aquellos juramentos que concluisteis, y su expiación es alimentar a diez pobres, en la forma que es normal que alimentéis a vuestras familias y su vestimenta y liberar un esclavo y quien no encuentre, pues un ayuno de tres días, eso es la expiación por vuestros juramentos, si los rompéis. Cumplid vuestras promesas y así también Dios os revela sus aleyas, tal vez deis las gracias.

b Vosotros los creyentes, no matéis caza mientras os esté prohibido, quien la mata de entre vosotros intencionadamente, pues el castigo será una pieza similar según determine una persona recta de entre vosotros, como ofrenda a la Ka'ba y la expiación de alimentar a pobres, o subsidiariamente el ayuno, para que pruebe el perdón de Dios con los que os precedieron y quien repita, la venganza de Dios, pues Dios es querido y dueño de la venganza.

^a(قال الشافعي) رحمه الله تعالى: ومن لزمه حق للمساكين في زكاة مال أو لزمه حج أم لزمه كفارة يمين فذلك من رأس المال يحاص به ديون الناس ويخرج عنه في ذلك أقل ما يكفي في مثله فإن أوصي بعق في كفارة ولم يكن في رأس المال الإطعام فإن حمل ثلثه العتق عنه من الثلث وإن لم يحمله أطعم عنه من رأس المال وإذا أعتق عنه من الثلث لم يطعم عنه من رأس المال. (فقال الشافعي) رحمه الله تعالى: وإذا كفر الرجل بالطعام أو الكسوة ثم إشتري ذلك فدفعه إلى أهله ثم إشتراه منهم فالبيع جائز ولو تنزه عن ذلك كان أحب إليّ⁵³⁸.

Al-Šāfi ī establece que la expiación o *kafāra* forma parte del caudal hereditario como pasivo del mismo, deudas que se han de cobrar. En caso de que se lleve a cabo mediante un legado, se realizaría de la forma menos gravosas posible, si el tercio máximo permitido es bastante para manumitir, se hará, si no, de ese tercio se alimentaría a los pobres, pues esa es la fracción máxima que la *Šarī'a* permite que la persona disponga libremente, pues los herederos están fijados taxativamente en los textos, tanto en su identificación, como en la cuota que les corresponde. Además, aunque no sea la mejor opción desde su punto de vista, permite que la persona compre de los pobres aquellos bienes que han constitución la *kafāra*.

^b أما مقدار الإطعام؟ فقال مالك والشافعي وأهل المدينة. يعطي لكل مسكين مد من حنطة يمد النبي ص. إلا أن مالكاً قال: المد خاص بأهل المدينة فذلك لصيق معاشهم. فأما سائر المدن فيعطون الوسط من نفقتهم وقال ابن القاسم. يجري المد في كل مدينة مثل قول الشافعي وقال أبو حنيفة. يعطيهم نصف صاع من حنطة، أو صاعاً من شعير أو تمر، قال: فإغداهم وعشاهم أجزأه. والسبب في إختلافهم في ذلك إختلافهم في تأويل قوله تعالى: من أوسط ما تطعمون أهليكم. هل المراد بذلك أكلة واحدة أو قوت اليوم وهو غداء وعشاء؟ فمن قال أكلة واحدة قال: المد وسط في الشعب، من قال غداء وعشاء قال نصف صاع⁵³⁹.

Averroes analiza la cuantía en la que se concreta el alimento a los pobres.

En consecuencia, para la redención de los pecados, la persona contrae una deuda que formará parte del pasivo del caudal relicto, cuya liquidación es condición esencial para que se transmita el patrimonio líquido a los herederos, una vez satisfechos los legados. Existen figuras conexas en el derecho occidental, como la cuota *pro anima* en la legislación hereditaria visigoda⁵⁴⁰.

La motivación devota está presente en ambos ordenamientos de una forma parecida en el origen de instituciones jurídicas. Conduzcamos en este momento el interés hacia las formas legales concretas que plasman esta aspiración de los fieles y permiten la constitución de las fundaciones piadosas.

Los actos, negocios y contratos utilizados como instrumentos para la creación de estas entidades y ofrecer un cauce al deseo caritativo fueron numerosos desde un primer momento: donaciones *inter vivos* o *mortis causa*, legados, fideicomisos y herencias⁵⁴¹. Incluso la legislación de Justiniano inaugura la posibilidad de una sucesión *ab intestato* (sin que la persona haya realizado ninguna disposición explícita)⁵⁴². El profesor Francisco Cuenca sistematiza las tipos a las que se acudía con más asiduidad tanto en los legados, como en fideicomisos y donaciones: mandas a favor de un establecimiento preexistente, disposiciones con el fin de constituir uno, fundaciones en beneficios de los pobres o redención de cautivos (especificando los destinatarios, sin señalamiento de los mismo, estableciendo determinadas características, ordenando el consumo total de los bienes

a (Ha dicho al-Šāfi ī) Dios altísimo tenga misericordia de él: quien sea deudor de un derecho para los pobres por la *zakāt* de su patrimonio o, tenga obligación de peregrinar, o esté obligado a una *kafāra* por un juramento (violado), pues eso se salda con el patrimonio con el que se reparte para los acreedores y sale de él en la menor de lo que sea suficiente para algo parecido; así, si establece un legado de manumisión como expiación y no hay en el capital para alimentar, si el tercio soporta la manumisión, pues se realiza de ese tercio, si no, se alimenta del capital; si se manumite del tercio, no se ha de alimentar (a los pobres) del capital. (Ha dicho al-Šāfi ī) Dios el altísimo se apiade de él: si un hombre expía mediante el alimento o el vestido y después lo compra y lo da a su destinatario, luego lo compra de ellos, la compraventa es válida, aunque sería más querido por mí que no lo hiciera.

b En cuanto a la cuantía de los alimentos, Mālik y al-Šāfi ī y la gente de Medina opinan que se da a cada pobre un puñado (equivalente a algo más de medio quilo) de trigo, según la medida de Muḥammad, sea alabado, excepto que Mālik toma la medida tradicional de Medina y ello por las duras condiciones de vida de Medina. En cuanto al resto de ciudades, pues una cantidad intermedia de lo que se considera alimentos. Y Abū al-Qāsim opina, al igual que al-Šāfi ī, que un puñado en todas las ciudades. Y Abū Ḥanīfa opina: se le da medio *ṣā'* (cada *ṣā'* equivale a algo más de cuatro litros) de trigo o un *ṣā'* de cebada o dátiles. Ha dicho: tanto el almuerzo como la cena. Y la causa de la discrepancia es la diferente interpretación de las palabras de El Altísimo: algo intermedio de lo que dais a vuestras familias. ¿Se quiere decir con ello una sola comida o el sustento de un día, o sea, almuerzo y cena? Quien dice que una única comida pues el puñado es la saciedad, y quien opina que almuerzo y cena, pues medio *ṣā'*.

o tan solo sus frutos), o al concretarse herencias, legados y fideicomisos en favor de Jesucristo se interpretan como a favor de la Iglesia⁵⁴³. Esta realidad no se dio exclusivamente en el Imperio Bizantino, también en la Península Ibérica, durante el Reino Visigodo y en los diversos reinos surgidos con la Reconquista. Según las fuentes, el derecho visigótico era muy rígido (de forma similar al islámico) en cuanto a la reglamentación de la herencia, pero sí existía una parte de libre disposición (un quinto), el cual fue aprovechado por los testadores para realizar disposiciones en favor de la Iglesia y sus centros de caridad y culto. Esta práctica fue recogida por los diversos fueros que se establecieron en Castilla, León, Navarra y demás reinos cristianos⁵⁴⁴.

En cuanto al derecho islámico, se encauzan estas aspiraciones piadosas, a grandes rasgos, a través de tres conductos principales: el *waqf*, la *ṣadaqa* y la *zakāt*. Cada uno de ellos recibirá un tratamiento singular en su capítulo correspondiente, pero vayamos preparando el terreno, pues son tres figuras muy interconectadas.

Se ha de anteponer aquella herramienta que supone una importante novedad respecto al derecho romano-justiniano. Una obligación, pongamos la etiqueta de pública, un impuesto forzoso para todo aquel musulmán cuyo patrimonio sobrepase una determinada cuantía: la *zakāt*. Se abandona en él toda voluntad libre piadosa, pues es un gravamen impuesto; en muchas ocasiones se califica de limosna legal.

En primer lugar, acudamos a las definiciones que aparecen en uno de los diccionarios especializados en los términos utilizados por los jurisconsultos (en cuya traducción al inglés y francés utiliza la expresión de limosna legal):

زكاة: إنفاق جزء معلوم من المال النامي إذا بلغ نصاباً في مصارف مخصوصة.
بصدقة: العطية التي يُبتغى بها الثواب عند الله تعالى. تملك غير الفرض في حياة المحتاج بنية التقرب إلى الله تعالى⁵⁴⁵.

La *zakāt* se define como aquello que se ha de pagar de los frutos patrimoniales para su empleo en unos fines fijados por el Legislador. Mientras, la *ṣadaqa* es una especie de donación voluntaria en socorro de los necesitados con una finalidad piadosa.

Una vez fijado un significado estándar, con la advertencia de la sinonimia entre los términos *zakāt* y *ṣadaqa* a la que ya nos hemos referido, extraigamos algunos versículos coránicos:

وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاٰكِعِينَ⁵⁴⁶.
d إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمَوْلَافَةَ فُلُوبُهُمْ وَفِ الرِّقَابِ وَالْعَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللّٰهِ وَابْنِ السَّبِيلِ
e فَرِيضَةً مِّنَ اللّٰهِ اللّٰهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ⁵⁴⁷.
e يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلّٰهِ الدِّينِ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ
اللّٰهُ بِهِ عَلِيمٌ⁵⁴⁸.

El primer versículo establece la obligatoriedad de la *zakāt* (impuesto o limosna legal), el segundo establece los beneficiarios, se emplea el término *ṣadaqa*, el cual, como vimos, muchas veces se extiende a las dos figuras; normalmente, este versículo se entiende referido a los beneficiarios de la *zakāt*. El último señala en quien se ha de desembolsar las cantidades dadas como *sadaqa*.

En tercer lugar, centrémonos en los preceptos que se derivan de las prescripciones de *El Corán*:

a La *zakāt*: emplear una parte determinada del producto de los bienes, en caso de alcanzar un mínimo, en un destino fijado.

b La *ṣadaqa*: dación cuya pretensión es la de tener recompensa ante Dios el Altísimo; transmitir la propiedad sin estar obligado en vida del necesitado con la intención de acercarse a Dios el Altísimo.

c Orad y dad la *zakāt*, y postraros con los que se postran.

d Las *ṣadaqāt* son para los pobres y necesitados, y los que trabajan en ellas y los cautivos y los que trabajan en lo dispuesto por Dios, y el vagabundo y son una obligación impuesta por Dios, pues Dios es sabio y prudente.

e Te preguntan en qué emplear el dinero, pues diles que en los padres y familiares y los menesterosos y vagabundos y todo el bien que hagáis es conocido por Dios.

[...] ^a فهل يرفع من الزكاة إلى بيت المال شيئاً في قول مالك. (قال لا) لكن تفرق كلها ولا يرفع منها شيء وإن لم تجد من يفرق عليه في موضعه الذي أخذ ما فيه فأقرب البلدان إليه⁵⁴⁹.

El fundador de la escuela *mālikī* dispone que la recaudación de la *zakāt* no se considera un ingreso del tesoro público, sino que se ha de destinar a los beneficiarios fijados en *El Corán*. De ahí que sea discutible su calificación como impuesto, pero tampoco encajaría perfectamente en nuestro concepto de limosna como algo opcional. Otra cuestión a la que se habrá de atender con posterioridad es el tema de los sujetos colectivos indeterminados que son sus beneficiarios.

^b ليس للعامل على الصدقات فريضة مسماة إلا على قدر ما يرى الإمام⁵⁵⁰.

Es el estado el encargado, normalmente de recaudar la *zakāt*, y los trabajadores tendrán como retribución una parte de la misma, fijada por el imán. Es lo que se desprende de las palabras de Mālik b. Anas.

^c ولا يسع من يهب له والي الخراج شيئاً من الخراج {بغير إذن الإمام} قبول ذلك، ولا يحل لوالي الخراج أن يهب شيئاً من الخراج لأن الخراج صدقة الأرض، وهو فيء لجميع المسلمين⁵⁵¹.

Este fragmento del jurista *ḥanafī*, Abū Yūsuf, se refiere al *jarāy*, pero lo colocamos en este lugar porque lo califica como la *zakāt/ ṣadaqa* o impuesto sobre la tierra. No hay que soslayar que la *zakāt* es pagada únicamente por musulmanes. De la cantidad percibida únicamente dispone el imán.

^d وذكر القاضي والأصحاب في كتاب الزكاة أنه لا يجوز تفرقة دون الإمام بخلاف الزكاة وفرقوا بينهما بأن الزكاة فرض من فروض الأسلام ومصارفها معينة فجاز لمن وجبت عليه أن يتولاها بنفسه والخراج والجزية يصرف في المصالح العامة ويحتاج إلى إجتهد ويتعلق بها حق جميع المسلمين والإمام هو نائب لهم والمجتهد في تعيين مصالحتهم وكذا ذكر القاضي في الأحكام السلطانية متابعة للماوردي أن أموال الصدقات تجوز أن ينفرد أربابها بقسمها في أهلها...⁵⁵²

Para la escuela *ḥanbalī*, como para casi todas las otras tendencias, tanto la *zakāt* como la *ṣadaqa* se diferencian de los impuestos en la legalidad del reparto efectuado por el propio obligado, sin intervención de las autoridades. Otro aspecto reseñable es el señalamiento de todos los musulmanes como titulares de derechos, los cuales son representados por el imán.

^e ولا تصرف الزكاة في بناء مسجد ولا تكفين ميت⁵⁵³.

El destino de la recaudación de la *zakāt* está prefijado legalmente y no puede gastarse en otros objetivos por muy loables que puedan parecer.

^f وأخرج خمسة دراهم، ونوى به الزكاة وصدقة التطوع، لم تقع زكاة ووقعت صدقة تطوع بلا خلاف⁵⁵⁴.

Se prioriza la limosna voluntaria sobre la forzosa.

a ¿Se ha de entregar algo de la *zakāt* al tesoro público en opinión de Mālik? Ha dicho: no, sino que se reparte todo; no se entrega nada, y si no se encontrara en quien repartirla en el lugar de recaudación, pues se haría en el territorio más cercano a él.

b El trabajador encargado de la recaudación no tiene una parte fijada como pago; el imán será quien la determine.

c El donatario no puede aceptar donación de su recaudación del encargado del *jarāy* sin permiso del imán. El encargado del *jarāy* no puede donar nada de su recaudación, porque el *jarāy* es la *ṣadaqa (zakāt)* de la tierra y porque es botín de todos los musulmanes.

d Y ha mencionado el Juez y sus compañeros en el libro sobre la *zakāt* que no es válido repartirlo sin autorización del imán, a diferencia de la *zakāt* y establecieron la siguiente diferencia entre ellos: la *zakāt* es una obligación entre las demás obligaciones del Islam y sus beneficiarios están determinados. Está permitido a quien le corresponde su gestión hacerlo él mismo, mientras que el *jarāy* y la *ḥizya* se destina a intereses generales y necesita de reflexión y en ellos está involucrado el derecho de todos los musulmanes y el imán es su representante y el encargado de dilucidar a la hora de concretar los intereses, y así lo ha señalado el Juez en el libro *Los preceptos de los sultanes* siguiendo a al-Mawardī, que los bienes de las *ṣadaqāt* pueden ser repartidos por sus propios titulares entre los beneficiarios.

e No se puede destinar el dinero de la *zakāt* a la construcción de mezquitas ni al sepelio de los muertos.

f Y si se ganara cinco *dirhams* y tuviera la intención de pagar la *zakāt* o realizar una *ṣadaqa*, no se realizaría la *zakāt* sino la *ṣadaqa*, sin discusión.

a [...] جميع ما يعطي الناس من أموالهم ثلاثة وجوه [...] والعطايا منها في الحياة وجهان، وبعد الوفاة واحد: فالوجهان من العطايا في الحياة مفترقاً الأصل والفرع، أحدهما يتم بكلام المعطي والآخر يتم بكلام المعطي وقبضة المعطي [...] والعطايا التي تتم بكلام المعطي دون أن يقبضها المعطي [...] وهذه العطية الصدقات المحرمات الموقوفات...⁵⁵⁵

Los más destacable de estas frases de al-Šāfi ī es subrayar que el *waqf* supone un tipo de *ṣadaqa* pero indivisible e inalienable, que se perfecciona con la mera expresión de la voluntad del fundador.

De todo lo anterior, se deduce que de las tres instituciones jurídicas principales que encarrilan la caridad del creyente, una, la *zakāt*, es una obligación legal para aquel musulmán que supere unos ingresos establecidos pero que, junto con la gestión del estado, se le permite administrarla por sí mismo; la segunda es una limosna voluntaria con beneficiarios también prefijados. Por último, el *waqf* consistiría en una evolución de la *ṣadaqa*. Sin embargo, otros autores como el arabista Claude Cohen, se inclinan por rastrear su origen en instituciones árabes preislámicas⁵⁵⁶. Estos textos, a su vez, ponen a nuestra disposición argumentos para analizar al conjunto de musulmanes, *umma*, como una especie de sujeto colectivo. Reanudaremos ese estudio en el capítulo dedicado a marcar las imprecisas fronteras entre persona jurídica de tipo asociativo y la comunidad de bienes.

La realidad fue testigo de una gran variedad de tipos de instituciones de esta naturaleza. Hemos visto antecedentes en templos dedicados a la divinidad de la medicina. En la Constantinopla del siglo V se fundaron hospitales⁵⁵⁷. El término *piae causae* se refería a conjuntos patrimoniales (principalmente compuesto de bienes inmuebles, pero también muebles) destinados a crear hospitales, orfanatos, hospederías, y también al objeto de dar un subsidio a los pobres o liberar presos⁵⁵⁸. En la época de Justiniano se expanden con la creación de orfanatos, asilos, hospederías y un largo etcétera, todos ellos dotados de capacidad jurídica⁵⁵⁹.

En el mundo musulmán, proliferaron bienes habices con la intención de erigir y mantener centros de atención a colectivos similares:

b [...] كانت لرسول الله، صلى الله عليه وسلم ثلاث صفايا فكانت أرض بني النضير حبساً، وكانت لنوائبه، وجزاً خيبر على ثلاثة أجزاء وكانت فدية لأبناء السبيل⁵⁶⁰.

En esta crónica de las primeras conquistas, nos muestra como Muḥammad destina parte del territorio anexionado a las necesidades de viajeros y como pago a sus representantes, los nombra beneficiarios de un *waqf*.

En Bagdad.

d والمدارس فيها نحو ثلاثين، وهي كلها بالشرقية، وما منها مدرسة وهي يقصر القصر البديع عنها، وأعظمها وأشهرها النظامية، وهي التي إبتناها نظام الملك، وجددت سنة خمسمائة ولهذه المدارس أوقاف عظيمة، وعقارات محبسة تتصير إلى فقهاء المدرسين بها⁵⁶¹.

El viajero describe las escuelas de Bagdad en cuyo beneficio se establecieron fundaciones con el fin de sufragar sus gastos.

En Beirut.

a Todo lo que da la gente se puede clasificar en tres clases [...] las daciones en vida, y en dos y después de la muerte una. Las dos daciones en vida se diferencian en lo principal y en lo accesorio. Una de las dos se perfecciona con las palabras del dador y la otro con la palabra del dador y la toma de posesión por el receptor de la dación [...] la dación que se perfecciona sin que se produzca la toma de posesión es la *ṣadaqa* inalienable indivisible (el *waqf*).

b El enviado de Dios, sobre Él sean las bendiciones, le correspondieron tres partes del botín. El territorio de los Banū al-Nuḍayr era un *waqf* para sus representantes, y dividió Jaybar en tres partes. Y la aldea de Fadd se destinó a los caminantes.

c Aldea del Ḥiḡāz a dos días de viaje de Medina (الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي) (الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر).

d En ella existen treinta escuelas. Todas ellas están en la zona oriental. Y ninguna de ellas carece de su palacio. La mejor de todas es al-Niẓāmiyya, la que fue construida por el rey Niẓām y renovada en el año quinientos. Todas las escuelas disponen de *awqāf* magníficos, e inmuebles vinculados que se destinan a los jurisperitos que dan clases en ella.

^a وكتب كتاباً إلى نور الدين ملك دمشق يعلمه بذلك و ينبهه على بناء مارستان للمرضى من الغرباء، ويوقف عليه الأوقاف⁵⁶².

El viajante narra las gestiones realizadas para erigir un hospital para los forasteros, cuyos costes serían asumidos por el producto de estas fundaciones islámicas.

En el Subcontinente Indio.

^b وهم على ما كان عليه أبوه من الإيثار على الفقراء والإعانة للمحتاجين. ولهم زاوية تعرف بالعثمانية، حسنة العمارة، لها أوقاف كثير⁵⁶³.

Mucho más al este, en el sudeste asiático, se levantaron edificios destinados a atender a los menesterosos.

Por último, en Córdoba, al-Andalus:

^c ذكره الحبس الذي حبس المستنصر بالله على جامع قرطبة...⁵⁶⁴

Los bienes habices se empleaban para el sostenimiento de los lugares de culto, como la Mezquita cordobesa.

Estas instituciones con finalidad piadosa debían ser administradas, y sus intereses gestionados, por personas físicas concretas. Aunque el derecho les otorgue capacidad jurídica y de obrar, esta ha de ser ejercida por un ser humano. Se cree que el proceso fue el siguiente: la normativa romana clásica prohibía la institución de personas inciertas como herederos, por eso se acudía a los obispos u otros cargos religiosos como herederos fiduciarios con el encargo de que estos crearan la fundación. De esta manera, fueron asumiendo la administración de las mismas⁵⁶⁵; primero en nombre propio pero en interés del beneficiario final y, posteriormente, como un representante en nombre de la institución.

Por lo que respecta al *waqf* islámico, la gestión de los asuntos cotidianos de las fundaciones era fijada por el creador de las mismas. A falta de este o en caso de remoción por desempeño desleal de las funciones, el cargo era asumido por el juez.

^d وحدود القضاة، في القديم والحديث، معروفة، لا يعارضون فيها، ولا تكون إلى غيرهم من الحكام. وقد عددها علي بن يحيى، وفسرها في كتابه فقال: ويشتمل نظر القاضي على عشرة أحكام. أحدها. قطع التشاجر والخصام من المتنازعين، إما بالصلح عن تراض يراد به الجواز، وأما بإجبار بحكم بادية يعتبر فيه الوجوب. الثاني: إستيفاء الحق لمن طلبه، وتوصيله إلى يده، إما بإقرار، أو ببينة. الثالث: إلزام الولاية للسفهاء والمجانين، والتحجر على المفلس، حفظاً للأموال. الرابع: النظر في الأحباس، والوقوف والتفقد لأحوالها وأحوال الناظر فيها. والخامس: تنفيذ الوصايا على شروط الموصي إذا وفقت الشرع، ففي المعينين يكون التنفيذ بالأقباض، ففي المجهولين يتعين المستحق لها بالإجتهد فإن كان لها وصي، راعاه، وإلا تولاه. والسادس: تزوج الأيامي من الأكفاء، فإذا عدم الأولياء وأردن التزويج. والسابع: إقامة الحدود؛ فإن كانت من حقوق الله تعالى، تفرد بإقامتها، إما بالإقرار يتصل

a Y escribió una carta a Nūr al-Dīn, rey de Damasco, en la que le hacía saber aquello y le advertía sobre la construcción de un hospital para los enfermos forasteros, al que se destinaban una serie de bienes habices.

b Y ellos, como su padre, se compadecían de los pobres y ayudaban a los necesitados. A ellos les destinaba una *zāwyya*, conocida como la de 'Uṭmān, de buena construcción y titular de muchos *awqāf*.

c Reseña del *waqf* que fundó al-Muntaṣir Bi-l-Allāh en favor de la Mezquita de Córdoba.

d Y las funciones de los jueces, antigua y modernamente, son conocidos, sin que nadie discrepe. Y no se acude a ninguna autoridad más que a ellos. 'Alī b. Yahyā, las cuales las explico en su libro, estableció su número y dijo: el cometido del juez abarca diez tipos de fallos. El primero de ellos, cortar las rivalidades entre los contendientes, o bien mediante un pacto de mutuo acuerdo al que le da validez u obligando a aceptar su decisión. La segunda hacer cumplir el derecho a quien lo demande, y hacer que se le cumpla al titular, mediante confesión o prueba. El tercero: hacer cumplir la tutela de imbeciles y locos, la incapacitación del quebrado, con el fin de velar por sus patrimonios. Cuarto: velar por los *awqāf* y vigilar y velar por sus asuntos y controlar a sus administradores. Quinto: ejecutar las tutelas establecidas por el testador si se hacen de acuerdo a la Ley, en los que están determinados se ejecuta con las cauciones y, cuando son desconocidos se nombra después de deliberar si tiene tutor, si no se le encarga. Sexto: casar a las huérfanas con personas de su clase, ante la falta de tutores, si quisieran casarse. Séptimo: aplicar los *ḥudūd* (penas establecidas en *El Corán*). Si correspondieran a derechos de Dios, su aplicación es exclusiva (del juez), por medio de la confesión, prueba o embarazo extramatrimonial, si correspondieran a derechos de los hombres, a petición de su titular. Octavo: mirar por los intereses generales, impidiendo los ataques en los caminos y las plazas. Y sacar lo que sea ilícito de los aleros y plazas. Noveno: escoger a los testigos, y controlar a los secretarios, y escoger a los que convenga. Décimo: dictar órdenes para solucionar las cuestiones entre el fuerte y el débil, y pretender la justicia entre el noble y el humilde.

بإقامة الحد، إما ببينة أو ظهور حمل من غير زواج؛ وإن كانت من حقوق الأدميين، فيطلب مستحقها. والثامن: النظر في مصالح العامة، من كف التعدي في طرقات والأفنية. وإخراج ما لا يستحق من الأجنحة والأفنية. التاسع: تصفي الشهود، وتفقد الأمانة، وإختيار من يرتضيه بذلك. والعاشر: وجوه التسوية في حكم بين القوي والضعيف، وتوخي العدل بيه الشريف والمشروف.⁵⁶⁶

Las atribuciones de los jueces no difieren mucho de las actuales. En lo que a nosotros nos concierne, han de velar por el correcto desempeño de la administración de los bienes habices o, en bastantes coyunturas, asumir directamente el control de los mismos.

^a أن الناظر من جهة الواقع هل يشترط فيه العدالة الباطنة كالناظر من جهة القاضي، أو فيه العدالة المجوزة ليتصرف الأب في مال ولده؟ محتمل والظاهر. الثاني⁵⁶⁷.

Lógicamente, la diligencia exigible a un administrador cuya elección ha sido por voluntad del administrador es menor que la requerida en aquel cuyo nombramiento la ha efectuado un juez.

Dos aspectos no deben pasar desapercibidos, el primero la alteridad, pues en los dos ordenamientos, las personas que tienen a su cargo el cuidado de los intereses de estos patrimonios, no lo hacen en nombre propio, sino en provecho de las entidades. El segundo, es el carácter cuasioficial con que las normas lo dotan, pues, serían cargos eclesiásticos en un caso y, en el otro, un funcionario del estado, el juez, a quien corresponde el control último de las decisiones que las afecten. Desde ambos derechos, se interviene desde la autoridad pública, en salvaguarda del bien común⁵⁶⁸.

La relevancia de estos entes reside, en lo que nos interesa, en constituir un hito en la historia del concepto de personalidad jurídica. Parte de los autores distinguen dos categorías: por un lado, aquellas *piae causae* conocidas como *venerabilis domus*, es decir, las que desembocan en establecimientos cristianos de caridad: hospitales, hospederías, etc. Sin embargo, los patrimonios en beneficio de pobres o redención de cautivos no llegarían a tener esta regulación, pues no eran objeto de una subjetivación autónoma, sino que existía un titular persona física, aunque fuera fiduciario, o sea, el dueño tenía su capacidad muy constreñida al haberse fijado el destino del producto de los bienes, como observamos en el fideicomiso⁵⁶⁹.

Existen incalculables teorías sobre si es posible calificarlas de auténticas personas jurídicas. En el libro de José María Blanch, se repasan algunas de las corrientes más destacadas: las que afirman que los textos romanos y bizantinos no utilizan el término persona jurídica que es una construcción de la ciencia jurídica pandectística y germanista, otras opinan que se configuran de una manera próxima la que se entiende modernamente como persona jurídica, en palabras de otros autores los tipos principales sí deberían considerarse como tales, aunque algunas no⁵⁷⁰. Este autor estima que a partir de la legislación del emperador León I, del siglo V, se reconoce, aunque sea indirectamente, la capacidad jurídica de estos centros⁵⁷¹. Estos pervivieron en el tiempo y, en la Edad Media, su condición de persona presentaba menos controversias, en especial, en la obra de un jurista al que ya hemos hecho mención: Sinibaldo di Fieschi⁵⁷², en especial, en lo relativo a monasterios y abadías. En esta obra, no perseguimos una injerencia en esta controversia; pero sí nos pronunciaremos al abordar instituciones puramente islámicas. A tal fin, acudiremos a una definición de persona jurídica que, por su conjugación de simplicidad y precisión, creemos que reúne los elementos indispensables por el que en la inmensa mayoría de los ordenamientos se reconocen estos sujetos de derecho: “*Despojado de complicaciones teóricas, se emplea usualmente para designar y justificar, al lado del hombre, unos entes con capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección jurídica igual (salvo alguna especial excepción) a la atribuida a la persona natural. Se acepta como algo evidente, como un hecho, respecto al que como tal no importa que se discuta su naturaleza que ésta quede inexplicada o se considere inexplicable*”⁵⁷³. Para el profesor De Castro,

a ¿Se exige al administrador nombrado por el fundador justicia absoluta como al administrador nombrado por el juez o simplemente la justicia exigida al padre para gestionar el patrimonio de su hijo? Es posible ambas, pero lo evidente es lo segundo.

estas fundaciones piadosas, en el derecho romano y canónico, tenían reconocida su existencia con una *vida jurídica independiente*⁵⁷⁴.

[...] ^a [...] أما الأصوليون؛ فإنهم عندما تعرف لدراسة الحق، ركزوا إهتمامهم على أقسام الحق بإعتبار مستحقه (الله أو العبد) [...] و فرق الأصوليون والفقهاء بين نوعين من أنواع الحق، وهما حق الله وحق العبد...⁵⁷⁵

La ciencia que estudia las fuentes del derecho islámico distingue entre derechos de Dios y derechos de los hombres. Al igual que el derecho romano cristiano y en la Edad Media, la *Šarī'a* otorga a Dios la titularidad de derechos subjetivos, algunos los hemos analizados, como la *kafāra*.
^b والأصل أن الحق نوعاً: حق الله وحق العبد.

فحق الله ما يتعلق به النفع من غير إختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه. وحقوق الله ثمانية: عبادات خالصة كالإيمان وعقوبات خالصة كالحدود، وعقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث، وحقوق دائرة بين الأمرين كالكفارات، وعبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفكر، ومؤونة فيها معنى العبادة كالعشر، ومؤونة فيها شبهة العقوبة كالخراج، وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم⁵⁷⁶.

Este jurista egipcio que vivió en el siglo XX, relaciona cuáles son esos derechos cuya titularidad corresponde a la divinidad.

^c الفصل الثاني في أركانه: وهي أربعة/ المحبس والمحبس، والمحبس عليهم والصيغة. أما الحبس فكالواهب، أما المحبس فيجوز تحبب العقار كالأرضين والديار والحوانيت والجنات والمساجد والأبار والقناطر والمقابر والطرق وغير ذلك، ولا يجوز تحبب الطعام، لأن منفعتة في إستهلاكه وفي تحبب العروض والرقيق والدواب روايتان على أن تحبب الخيل للجهاد أمور معروفة، أما المحبس عليه فيصح أن يكون إنساناً أو غيره كالمساجد والمدارس، ويصح الموجود والمعدوم والمعين والمجهول والمسلم والذكي والقريب والبعيد.
...ويقبض الوالد لولده الضغير والوصي للمحجور ويقبض صاحب الأعباس ما حبس على المساجد والمساكين وشبه ذلك...⁵⁷⁷

Este texto es muy revelador, porque explicita la titularidad de derechos (y obligaciones) de cosas, como una mezquita, o sujetos indeterminados. Se trata de una regulación opuesta a la romana. Hemos visto como la admisión de excepciones a la institución de heredero a personas inciertas impulsó la aparición de tesis que desembocarían en el moderno concepto de persona jurídica. Este estímulo es ajeno al derecho islámico, el cual consideraba como titular de un derecho prácticamente a cualquier persona o cosa.

^d من بنى مسجداً لم يزل لملكه عنه حتى يفرز عن ملكه بطريقة ويأذن بالصلاة فيه أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إذا به...⁵⁷⁸

a En cuanto a los estudiosos de las fuentes del *fiqh*, cuando definen el derecho (subjetivo) para su estudio, centran su atención en la división del derecho en atención a su titular (Dios o los fieles) [...] y los clasifican estos estudiosos así como los jurisconsultos en dos clases entre las clases de Derecho; estas dos son el derecho de Dios y el derecho de los fieles.

b Y en origen, el derecho tiene dos tipos: derecho de Dios y derecho de los fieles.

El derecho de Dios es aquel que no está en beneficio de nadie en concreto, así que se asigna a Dios el Altísimo, por su gran importancia y la generalidad de su utilidad. Los derechos de Dios son ocho: de culto exclusivamente, como la fe, y castigos exclusivamente, como los *hudūd*, y castigos limitados como la prohibición de heredar, derechos entre ambas esferas como la *kafāra*, y cultos con un cierto sentido de carga como el diezmo, y cargas que son parecidas a castigos como el *jarāy*, y derecho impuesto en sí mismo como el quinto del botín.

c Capítulo II, sus elementos esenciales: son cuatro: el fundador, el objeto del *waqf*, los beneficiarios y la fórmula de constitución. En cuanto al fundador es como el donante (se le exige la misma capacidad), el objeto es válido que sean inmuebles como tierras, casas, tiendas, huertos y mezquitas y pozos y puentes y cementerios y caminos o similares. No es válido que el objeto sean alimentos, porque su utilidad está en su consumo; en cuanto a los muebles, esclavo y animales de carga existen dos opiniones, salvo que en lo referente al caballo para la guerra santa se admite. En cuanto al beneficiario es correcto que sea un ser humano u otra cosa, como las mezquitas y las escuelas. Y son válidos tanto si son existentes o no, determinados o desconocidos, musulmán, *ḍimmī*, cercano o lejano... Y la toma de posesión la realiza el padre en favor de su hijo pequeño, el tutor en favor del incapacitado, y toma posesión el encargado de los *aḥbās* en los bienes habices a favor de mezquitas y menesterosos o similares.

d Quien haya construido una mezquita, no saldría de su propiedad hasta que no lo hubiera separado de su propiedad de alguna manera y hubiera permitido rezar en ella. En cuanto a separarla es porque no se libera a la propiedad de Dios salvo con ella.

El jurista, como en la opinión mayoritaria dentro de la escuela *ḥanafī*, exige para la perfección de la fundación de la mezquita, además de la declaración de voluntad, un acto formal (recordemos el sistema de transmisión de la propiedad del título y modo) que exteriorice que el bien ya no es de propiedad de su fundador, pasando a la de Dios. Únicamente en el caso de beneficiarios que no son seres humanos el *waqf* se convierte en un negocio jurídico real que exigen para su validez un acto de entrega, para todas las escuelas salvo la *mālikī*.

^a رأيت أن رجل حبس داراً حائطه على المساكين في مرضه ولم يخرج من يديه حتى مات أ يجوز ذلك في قول مالك (قال) نعم إذا كان ذلك الثلث يحمله لأن هذه وصية كأنه قال إذا مت فحائطي على المساكين حبس عليهم تجري عليهم غلتها ولأن كل فعل فعله في مرضه من بت صدقة أو بت إلي عتق ليس يحتاج فيه إلى أن يقبض من يديه ولأنه لو قبض من يديه كان موقوفاً لا يجوز لمن قبضه أكل غلته ان كانت له و لا أكله إن كان مما يؤكل حتى يموت فيكون في الثلث أو يصح فينفذ البتل كله وإن كان لرجل بعينه أو كان للمساكين أو في سبيل الله أمر بإنفاذ ذلك وأن فعل الصحيح ليس يجوز منه إلا ما قبض وحيز قبل أن يموت المتصدق أو يفلس وقد كان له قول في فعل المريض إذا كانت له أموال مأمونة (قلت) رأيت من حبس نخل حائط أو تصدق بها على المساكين في الصحة فلم يخرج من يديه حتى مات (قال لا) يجوز لأن هذا غير وصية فإذا كان غير وصية لم تجز إلا أن يخرجها من يديه قبل أن يموت أو يوصي بإنفاذها في مرضه فتكون من الثلث...⁵⁷⁹

Sahnūn recoge las opiniones de su maestro Mālik b. Anas; este fragmento analiza la constitución de un *waqf* o la realización de cualquier otra liberalidad a través de un legado, o en caso de enfermedad que lleve a la muerte que se considera como tal. Al contrario que en los negocios jurídicos gratuitos *inter vivos*, esta escuela no condiciona el traspaso de la propiedad a la entrega del bien. Es más, en caso de que, a pesar de tratarse de un legado, se realizara la entrega del bien, el legatario no podría disponer de esos bienes o de sus frutos hasta la muerte del testador aunque se hubiera convertido en su propietario: un propietario sin facultades, con la propiedad congelada. Otro dato curioso, el cual tiene bastante relevancia en lo relativo a esta tesis, es la equiparación entre muerte y quiebra. Desde la óptica del *fiqh*, en ambos casos corresponde una liquidación patrimonial para el reparto de los bienes.

Continuemos con una fatua sobre lo que nos ocupa:

^bوسئل الأستاذ أبو سعيد بن لب رحمه الله عن فضلة أحباس المسجد هل يستأجر منها أئمتها أم لا؟ فأجاب: إذا فضلت فضلة من أحباس المساجد وكانت العادة أن الأئمة يأخذون من الناس لا من الأحباس، فإنه يجوز صرف الفاضل من الحبس فيما ذكره السائل سيما إذا كان الحبس مجهول المصروف، أو على مصالح المسجد، فإمامه من أعظم مصالحه وأكده، وقد قال بعض الشوخ في نوازل ابن سهل وغيرها لا بأس بما هو لله أن يصرف فيما هو لله، فهذا تقييد ما ظهر في النازلة. قلت: فما تقول في رجل قال قد أوصيت بغلة أرضي هذه أبدأ للمساكين وهي تخرج من ثلثه؟ قال: فذلك جائز وتكون الغلة للمساكين أبدأ ما كانت الدنيا.⁵⁸⁰

a ¿Opinas que si un hombre constituyera un *waqf* sobre la casa de su jardín en favor de los pobres durante su enfermedad y muriera sin que saliera de su posesión sería válido según Mālik? (Dijo) Sí, si fuera dentro del tercio, pues sería un legado, como si hubiera dicho que si muriera, pues mi jardín para los pobres, como *waqf* del que serían beneficiarios de sus rentas; porque todo lo que ha hecho lo ha hecho durante su enfermedad de limosna o manumisión, no precisa que sea realizada la entrega, porque si se hubiera realizado la entrega, estaría retenida y aquel que la recibió no podría consumir sus cosecha aun siendo suya, ni alimentar, si fuera de lo que alimenta, hasta que muriera, y estuviera dentro del límite del tercio o fuera validado (por los herederos); se realizaría la dación entera tanto si fuera para un hombre concreto, o los pobres, o en aquello que Dios ordena. El acto correcto es aquel en el que no está permitido más que con la entrega y la toma de posesión antes de la muerte del donante o de su quiebra. También opina sobre los actos del enfermo si tuviera bienes entregados en depósito o en comodato.

b El profesor Abū Sa'īd b. Labb, Dios se apiade de él, fue preguntado sobre el excedente de los bienes habices de la mezquita, si lo daban en alquiler o no.

Contestó: si hubiera excedente en los habices en favor de las mezquitas y la costumbre fuera que los imanes cobraran de las personas y no de los habices, estaría permitido destinar el excedente del *waqf* en lo que ha señalado el que ha preguntado siempre que los beneficiarios de los bienes fueran indeterminados o los beneficiarios fueran las mezquitas, pues su imán es uno de sus principales intereses y de los más seguros. Algunos de nuestros maestros han dicho en las fatuas de Ibn Sahl y en otras que no hay impedimento en que lo es de Dios se destine a **otra** cosa que también son de Dios; así queda atado lo que aparece en la fatua.

Dije: ¿qué opinas de un hombre que dijo que había realizado un legado de las cosechas de una tierra a favor de los pobres y sobrepasa el tercio? Dijo: es válido y la cosecha es de los pobres mientras exista este mundo.

Esta respuesta jurisprudencial permite que el sobrante de las rentas de unos *awqāf*, cuyos beneficiarios son las mezquitas, se destine a pagar a sus imanes, si el fundador no ha destinado a otra finalidad o hubiera nombrado a las mezquitas como beneficiarias sin concretar los gastos a los que se ha de aplicar. Un comentario destacable es que en caso de un legado a los pobres, este puede ser superior al tercio. Es una opinión minoritaria, seguramente incitado por el carácter benéfico de la finalidad.

^aباب وقف المريض.
قلت- أرأيت رجل وقف أرضاً له في مرضه على الفقراء والمساكين.
قال- الوقف جائز من الثلث.
قلت- وكذلك لو أوصى أن توقف أرضه بعد وفاته.
قال- هو جائز من الثلث.
قلت- أرأيت أن وقف أرضاً له في مرضه أو أوصى بذلك على الفقراء والمساكين وكانت لا تخرج من الثلث.
قال- أجزى من ذلك قدر الثلث وأبطل الباقي إلا أن يجيز ذلك الورثة⁵⁸¹.

Uno de los fundadores de la escuela *ḥanafī* establece la validez de la fundación en caso de enfermedad de la que se suponga pueda morir o a través de una disposición testamentaria como legado, siempre hasta el límite del tercio de la herencia o que los herederos autoricen una cantidad mayor.

Hemos observado como en el derecho romano las disposiciones, *mortis causa* o *inter vivos*, en favor de personas inciertas o entes no personales colisionaban con el derecho civil. Por ello se acudía al expediente de los fideicomisos o las propiedades fiduciarias, donde un ser humano ostentaba la titularidad de estos patrimonios, aunque debía explotarlos en atención a la finalidad especificada por el donante, testador; incluso se consideraba a Dios, Jesucristo o los santos como propietarios... Poco a poco, mediante disposiciones de los emperadores cristianos y en la legislación bizantina se admitió a la Iglesia y sus instituciones capacidad jurídica para asumir las relaciones jurídicas derivadas de la explotación de esas masas patrimoniales y, en la recepción de esas normas que se realizó en la Edad Media, fue fraguando el concepto de persona jurídica.

El derecho islámico, desde el principio, no tuvo reparo en considerar a seres inanimados (edificios, mezquitas o escuelas) o conjuntos indeterminados de personas (los pobres por ejemplo) como beneficiarios, nombrados en vida o en testamento para después de la muerte del fundador, titulares al fin y al cabo, del derecho a las rentas de los habices. Estudios recientes de la Ley islámica, entre ellos el de Wael B. Hallaq, señalan el papel destacado de estas fundaciones para la creación de escuelas jurídicas y, en consecuencia, del desarrollo de la *Šarī'a*⁵⁸², Dios es titular de derechos patrimoniales. Por contra, la unión voluntaria de personas no es regulada como un todo diferente a los miembros. ¿Quiere decir esto que el concepto de persona derivado de la ley islámica incluye a la persona jurídica o que la atención de este ordenamiento se circunscribe a la realización válida de los actos y negocios jurídicos y de los intervinientes únicamente le atañe la capacidad? Estas y otras cuestiones se irán contestando en su momento.

2.5 *Al futūḥāt*. La conquista de tierras y su reparto. *Al-jarāy*. Naturaleza jurídica; impuesto o vinculación por parte del poder político. Su relación con el *waqf*

a Apartado sobre el *waqf* del enfermo:

Dije: ¿qué opinas sobre un hombre que constituye un *waqf* sobre una de sus tierras durante su enfermedad en favor de los pobres o menesterosos?

Dijo: el *waqf* es válido con el límite del tercio.

Dije: ¿también si realiza mediante un legado testamentario un *waqf* sobre sus tierras para después de su muerte?

Dijo: es válido con el límite del tercio.

Dije: ¿qué opinas si constituye un *waqf* sobre su tierra durante su enfermedad o lo incluye como legado en testamento en favor de los pobres y menesterosos y no supera el tercio?

Dijo: lo doy como válido hasta el tercio y lo anulo en todo lo que lo supere, salvo que los herederos lo autoricen.

El Islam conoció una expansión tan amplia territorialmente como veloz temporalmente. El estatuto jurídico de las tierras incorporadas creará, al menos teóricamente, territorios cuyas normas aplicables difieran unos de otros, afectando a la propiedad, fiscalidad y régimen legal. Se asume la distinción por parte de los arabistas, sobre la base de las fuentes históricas y de los primeros jurisconsultos, en un primer momento, entre las regiones conquistadas por la fuerza y las incorporadas mediante pactos firmados con sus habitantes. De esta manera, las primeras se convertían en propiedad de todos los musulmanes como parte del botín de guerra, siendo explotadas en la mayoría de los casos a través de arrendamientos cuyos ingresos iban a parar al erario público gestionado por el imán; las segundas, mantenían la titularidad en sus propietarios originarios a cambio del pago del impuesto (*jarāy*)⁵⁸³. En ambos supuestos, se denominaban tierras de *jarāy*. Para este autor, Miquel Barceló, así como otros⁵⁸⁴, las tierras anexionadas mediante conquista militar se transformaban en un *waqf*, cuyo administración correspondía al estado. Si bien, como comprobaremos al emprender el asunto de la naturaleza jurídica, esta opinión se enraíza en algunas afirmaciones literales de diversos juristas *mālikíes* y *hanbalíes* especialmente, no estamos de acuerdo, ya que el carácter de los mismos difiere del *waqf* constituido por un particular o, incluso, por un califa o sultán; si identificáramos ambas instituciones, confundiríamos una propiedad pública inalienable con otra vinculada. Uno de sus efectos es idéntico: su exclusión del tráfico jurídico, pero el resto de elementos difieren, como señalará algún jurista a quien citaremos oportunamente. Esta distinción deviene clave a la hora de considerar o no la presencia de circunstancias en las que se perciban rasgos propios de personas jurídicas.

Este proceder no es exclusivo de los musulmanes. De esta misma forma, Roma al conquistar sus provincias en el Mediterráneo, en lugares como Sicilia, Asia Menor o Egipto, procedió aplicando el mismo método: declarar las tierras como pertenecientes al pueblo de Roma y explotadas mediante su arrendamiento a los campesinos por el pago de una renta⁵⁸⁵. Se identificarían dos tipos de gravámenes: un *stipendium* (a modo de compensación por la guerra) y un *tributum*, o impuesto sobre el suelo⁵⁸⁶. El jurisconsulto Gayo del segundo siglo de nuestra era, en sus Instituciones, sintetiza esta clasificación: *21. In eadem causa sunt prouincialia praedia, quorum alia stipendiaria alia tributaria uavamus. Stipendaria sunt ea, quae in his prouinciis sunt quae propriae populi Romani esse intelleguntur; tributaria sunt ea, quae in his prouinciis sunt quae propriae Caesaris esse creduntur*⁵⁸⁷. El autor latino divide los predios (las distintas tierras provinciales) entre estipendiarias, propiedad del pueblo romano, y tributarias, aquellos tenidas como pertenecientes al César. Muy relacionado con esta distinción, las ciudades conquistadas estaban sujetas a diversos regímenes jurídicos: “privilegiadas”, cuya constitución anterior era respetada en virtud del *foedus* contraído, colonias, etc.

Posteriormente, el sistema impositivo fue evolucionado hacia una doble imposición: territorial y personal⁵⁸⁸; asimismo, se fue diluyendo la dicotomía entre conquistador y conquistado, que dejará progresivamente de ser un componente esencial a la hora de fijar el sujeto pasivo. Algún historiador ha apuntado al *jarāy* como la transcripción al árabe de la palabra griega *joreguia*, (*χορηγία*)⁵⁸⁹. Resurge una vez más la controversia del derecho romano y su ascendiente en la *Šarī'a*. La historiadora Yasmine Zahran afirma que el reino de *Hīra*, surgido algunos siglos antes del nacimiento de *Muhammad*, fundado por la tribu de los Lajmíes y aliados de los persas, tenía este impuesto territorial como entre sus principales fuentes de ingresos⁵⁹⁰.

Introduzcamos el tema, mediante la cita de diversos fragmentos que contextualicen los diversos tipos y el marco histórico en el cual apareció. La pluralidad de soluciones, regímenes jurídicos aplicables, situaciones históricas es digna de mención.

^aثم ملك بعد كيخسرو و من الفرس لهراسب بن كيوجي بن كيمنوش بن كيفاشين، بإختيار كيخسرو إياه، فلما عقد التاج على رأسه قال: نحن مؤثرون البر على غيره. و إتخذ سريراً من ذهب مكللاً بأنواع الجواهر للجلوس عليه، و أمر فبنيت له بأرض خراسان مدينة بلخ، و سماها الحسناء، و دون الدواوين، و قوي ملكه بإنتخابه لنفسه الجنود، و عمر الأرض و إجتبى الخراج لأرزاق الجنود...⁵⁹¹

El historiador, al-Ṭabarī, refiere la subida al trono persa de uno de sus reyes, el cual ya imponía este impuesto como parte de los ingresos del estado. Al igual que se ha comentado, aunque de soslayo a la hora de hacer mención de las relaciones del *fiqh* con el Imperio Sasánida, las fuentes árabes aluden a los impuestos territoriales anteriores al Islam con este término. Citar todos y cada uno de los casos en que así sucede en la Historia de al-Ṭabarī no aporta nada significativo a la exposición.

^bو قال أبو حنيفة و بشر في الذمة يملكون الأرضين من أراضي العشر مثل اليمن التي أسلم عليها أهلها و البصرة التي أحيها المسلمون وما أقطعها الخلفاء من القطنع التي لا حق فيها المسلم و لا معاهدة أنهم يلزمون الجزية في رقابهم، و يوضع الخراج على أرضهم بقدر إحتمالها، و يكون مجري ما يجتبي منهم مجري مال الخراج، فإن أسلم منهم مسلم وضعت عنه الجزية، و الزم الخراج في أرضه أبداً على قياس السواد، و هو قول ابن أبي ليلى⁵⁹².

En esta historia sobre las conquistas de los musulmanes, se expone la opinión del fundador de la escuela *hanafī* y de Ibn Abū Laylā. Según la misma, los no musulmanes sometidos mediante pacto estaban gravados por un impuesto personal (*ḡizya*) y otro territorial (*jarāy*). En caso de que esa persona se convirtiera al Islam, dejaría de pagar el impuesto personal, pero no el territorial, el cual subsistiría con independencia de la religión que profesara el dueño.

^cوكان سبب هذه الواقعة أن هرقل لما صار إلى أنطاكية إستنفر الروم وأهل الجزيرة وبعث عليهم رجلاً من خاصته وثقاته في نفسه فلقوا المسلمين بفحل من الأردن فقاتلهم أشد القتال وأبرحه حتى أظهرهم الله عليهم وقتل بطريقهم وزهاء عشر الف معه، وتفرق الباقرن في مدن الشام ولحق بعضهم بهرقل وتحصن أهل فحل فحصرهم المسلمون حتى سألوا الأمان على أداء الجزية عن رؤسهم والخراج عن أراضهم، فأمنوهم على أنفسهم وأموالهم وأن لا تهدم حيطانهم، وتولى عقد ذلك أبو العبيد بن الجراح...⁵⁹³

La misma obra narra el pacto con la población de la ciudad de Pella, situada hoy en día dentro de las fronteras jordanas en el valle del río Jordán, gracias al cual conservaron sus bienes, con la aceptación de verse sometidos al pago de los impuestos territoriales y personales exigidos a los habitantes no musulmanes.

^d[...] و أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث أبا موسى الأشعري إلى عين الوردة فغزاها بجنود الجزيرة بعد وفاة عياض، و الثبت أن عميراً فتحها عنوة فلم تسب وجعل عليها الخراج و الجزية ولم يقل هذه أحد غير الهيثم، و قال [...]: جلا خلق من أهل رأس العين وإعتمل المسلمون أراضهم وإزدرعوها بالإقطاع⁵⁹⁴.

a Después de Kījasarū, reinó entre los persas Lahrāsib b. Kiyūjī b. Kiyminūš b. Kīfāšin, por elección de Kījasarū. Cuando se ciñó la corona sobre la cabeza, dijo: nosotros inducimos el bien sobre lo que no lo es. Y tomó un reclinatorio de oro adornado con toda clase de joyas para sentarse en él. Ordenó que se erigiera la ciudad de Balj en Jorasán, y se denominó La Hermosa. Y organizó los archivos y potenció su reinado eligiendo por sí mismo a los soldados y edificó las tierras y recaudó el *jarāy* para el pago de los ejércitos...

b Y Abū Ḥanīfa opinaba sobre la gente protegida que poseen tierras de diezmo como en Yemen, donde se convirtieron sus habitantes, y Basora, que fue edificada por los musulmanes, y las que repartieron los califas de aquellas tierras a la que no tenían derecho un musulmán ni un no musulmán protegido por pacto. A ellos se les exige la *ḡizyat* sobre sus cabezas, y se les impone el *jarāy* sobre sus tierras, en función de lo que puedan soportar. El destino de lo recaudado es el destino de los bienes de *jarāy*, pues si uno de ellos se convirtiera al Islam, quedaría exonerado de la *ḡizyat*, y se le exigiría el *jarāy* sobre sus tierras por siempre, por analogía con al-Sawād, y esa es la opinión de Ibn Abū Laylā.

c Y la causa de este suceso fue que Heraclio, cuando llegó a Antioquía, reclutó a los romanos y a la gente de al-Ŷazīra y les envió un hombre de su corte y confianza. Se encontró con los musulmanes en Faḥl de Jordania y los combatió con fiereza y lo mantuvo hasta que Dios apareció y contra ellos y fueron muertos unos diez mil de ellos; el resto se dispersó por las ciudades de Siria y algunos se unieron a Heraclio. Los habitantes de Faḥl se fortificaron y fueron sitiados por los musulmanes hasta que solicitaron seguridad a cambio de abonar el *ḡizyat* por sus cabezas y el *jarāy* por sus tierras. Se garantizó la seguridad en sus bienes y la no destrucción de sus casas y se encargó de dicho contrato Abū-l-‘Ubayd b. al-Ŷarāḥ.

d ‘Umar b. al-Ḥaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él, envió a Abū Mūsā al-Aš‘ārī a ‘Ayn al-Warda y la atacó con el ejército de al-Ŷazīra, tras la muerte de ‘Aiyād, ha queda comprobado que ‘Amīr la conquistó por la fuerza y no la repartió, y la gravó con el *jarāy* y la *ḡizyat* nadie más que al-Hayṭam ha dicho eso. Y [...] ha dicho: ha quedado claro la naturaleza de la gente de Ra’s al- ‘Ayn y los musulmanes se apropiaron de las tierras y procedieron a su reparto.

En esta ocasión nos presenta un episodio en el que se procedió al reparto de las tierras entre los musulmanes tras arrebatárselas por la fuerza a sus habitantes.

^aفي معنى الخراج قال بعضهم هو المال الذي يجبى ويوتى به لأوقات محدودة ذكره ابن عطية وقال الصمعي الخراج جعل مرة واحدة و الخراج ما ردد لأوقات ما قال ابن عطية هذه فرق إستعمالي و إلا فهما في اللغة بمعنى و قد ورد في كتاب الله أم تسألهم خراجاً فخراج ربك خير هذه قراءة ابن كثير وناف [...] يقرأ أم تسألهم خراجاً فخراج ربك خير و قرأ ابن عام خراجاً في الموضوعين و قال تعالى في قصة ذي القرنين فهل نجعل لك خراجاً و قرئ خراجاً أيضاً قال ابن عباس رضي الله عنه خراجاً يعني أجر أو قال أبو عبيد الخراج في كلام العرب إنما هو الغلة أ لا تراهم يسمون غلة الأرض والدار والمملوك خراجاً ومنه حديث النبي، ص، أنه قضى بالخراج بالضممان و حديث أن النبي، ص، لما حجه أبو طيبة كلم أهله فوضعوا عنه من خراجه فسمي الغلة خراجاً و قال الأزهري الخراج إسم لما خرج من الفرائض في الأموال ويقطع على القرية و على مال الفيء ويقع على الجزية و على الغلة و الخراج مصدر إنتهى و الجزية تسمى خراجاً و قد كتب النبي، ص، إلى القيصر كتاباً مع دحية بخيره بين إحدى ثلاث منها أن يقر له بخراج يجري عليه و الحديث في مسند الإمام أحمد وغيره⁵⁹⁵.

El jurisconsulto *hanbalī* analiza el significado gramatical de la palabra y su sentido en *El Corán* y los dichos de Muḥammad. Hay que destacar que el término en árabe deriva de una raíz que significa salir, como el fruto o beneficio salen de un determinado bien.

^bقال مالك وإبن أبي ذئب [...] رجل يُسلم من أهل العنوة. الخراج في الأرض والزكاة من الزرع بعد الخراج. وهو قول الأوزاعي⁵⁹⁶.

Para algunos juristas, como el fundador de la escuela *mālikī*, el impuesto, pensado para aquellos sujetos no musulmanes, su conversión al Islam no implica la exención del tributo, hecho que sí se produce en el impuesto personal o *yīzya*. Se deduce que el gravamen va íntimamente unido al bien gravado, por el hecho de que la tierra haya sido conquistada militarmente. Sería un caso de obligación conocida en la doctrina como *propter rem*.

^cقال أبو يوسف رحمه الله: فلما إفتتح السواد شاورو عمر رضي الله عنه الناس فيه فرأى عامتها أن يقسمه، وكان بلال بن رباح من أشدهم في ذلك، وكان رأي عبد الرحمن بن عوف أن يقسمها، وكان رأي عثمان وعلی وطلحة رأي عمر رضي الله تعالى عنهم، و كان رأي عمر رضي الله تعالى عنه أن يتركه و لا يقسمه حتى قال عند إلحاحهم عليه في قسمته: اللهم أكفني بلالاً و أصحابه. فمكتوا بذلك أياماً حتى قال عمر رضي الله عنه لهم: قد وجدت حجة في تركه و أن لا أقسمه قول الله تعالى. "للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم و أموالهم يبتغون فضلاً من الله و رضوانه" فتلا عليهم حتى بلغ إلى قوله تعالى " و الذين جاءوا من بعدهم". و قال: فكيف أقسمه لكم، و ادع من يأتي بغير قسم؟ فأجمع على تركه و جمع خراجه و إقراره في أيدي أهله و وضع الخراج على أرضيهم و الجزية على رؤسهم⁵⁹⁷.

a En cuanto al sentido de la palabra *jarāy*, algunos opinan que es el dinero que se recauda y se entrega en momentos determinados, así lo recuerda Ibn 'Aṭīyya, y al-Sama'ī dice que se recauda una vez y se repite en momentos determinados. Y lo que ha dicho Ibn 'Aṭīyya es una diferencia en el uso y la comprensión de la lengua, pues aparece en el Libro de Dios "O pedís *jarāy*, pues el *jarāy* de vuestro Señor es mejor. Esta lectura es de Ibn Kaṭīr y Nāfi' [...] leen O pedís *jarāy* pues el *jarāy* de vuestro Señor es mejor. E Ibn 'Am lee *jarāy* en ambas posiciones. Y El Altísimo dice en la historia sobre el Bicornes (Alejandro Magno): ¿acaso no os ofrecemos el *jarāy*? Y hay quien lee *jarāy*. Por otro lado, Ibn 'Abbās, Dios esté satisfecho de él, opina que el *jarāy* significa renta y Abū-l-'Ubayd dice que el *jarāy* en la lengua de los árabes únicamente significa la cosecha (los frutos), pues no se han visto nombrar a la cosecha de la tierra y los frutos de las casas y los esclavos como *jarāy*, así el hadiz del profeta que determina que la indemnización sigue a los frutos, y el hadiz, cuando Abū Ṭayba perimetró la tierra, habló a su gente y le exoneró del *jarāy*, nombró a la cosecha como *jarāy*. Y al-Azharī denomina *jarāy* a lo que sale de las obligaciones sobre los bienes y se aplica a las aldeas, los bienes del botín y a la cosecha. Y el *jarāy* es un infinitivo. Y la *yīzyat* es *jarāy* y así, el Profeta, escribió al César una carta con Daḥīya en el que le daba a elegir entre tres opciones: entre ellas confirmar el *jarāy* que se le ha impuesto. Y el hadiz está confirmado por Aḥmad y otros.

b Mālik e Ibn Abū D'ib [...] opinaban sobre un hombre de una tierra conquistada por la fuerza que se convertía al Islam: el *jarāy* grava la tierra y la *zakāt* los frutos; esa es la opinión de al-Awza'ī.

c Abū Yūsuf, Dios se apiade de él, opinaba: cuando se conquistó al-Sawād, 'Umar, Dios esté satisfecho de él. consultó a la gente y la mayoría quería repartirlo, y Bilāl b. Rabbāh era el más firme partidario. 'Abd -l-Raḥmān b. A'wf era de la opinión de repartirlo. 'Uṭmān y 'Alī y Ṭalḥa, Dios esté satisfecho de ellos, compartían la opinión de 'Umar. Y esta era la dejarlas en su poder y no repartirla, pero, ante la insistencia de ellos en repartirlas, dijo: ¡por Dios, es suficiente con Bilāl y sus compañeros. Permanecieron así varios días hasta que 'Umar les dijo: he encontrado un argumento para dejarlas en sus manos; lo que el Altísimo dijo: "[...] para los pobres de los *muhāyirīn* quienes salieron de sus casas y abandonaron sus bienes y piden un premio de Dios y su aceptación". Y les recitó: "y a los que lleguen después de ellos". Y dijo: "¿Cómo os lo voy a repartir y dejo a los que vengan sin reparto? Y fueron unánimes de dejarlo en sus manos y en reunir su *jarāy* y confirmar la propiedad en sus habitantes y en imponerles el *jarāy* sobre sus tierras y el *yīzyat* sobre sus cabezas.

En el texto, se describe la anexión de un territorio situado en el actual Iraq, bajo el mandato del califa ‘Umar b. al-Jaṭṭāb. La decisión que tomó en ese momento marca la regulación del régimen jurídico de las tierras tomadas militarmente, con variaciones en función de las interpretaciones que cada escuela realiza. La resolución que tomó fue la siguiente: si repartiera las tierras entre los soldados participantes en la campaña, no quedaría nada para los musulmanes futuros; por ello, confirmó la propiedad de los habitantes conquistados sobre las tierras a cambio del pago de un impuesto sobre las mismas, que engrosarían las arcas del tesoro en el presente y en los años sucesivos.

^aوأما قوم من أهل الشرك صالحهم الإمام على أن ينزلوا على الحكم والقسم وأن يؤدوا الخراج فهم أهل ذمة وأرضهم خراجاً ويؤخذ منهم ما صلحوا عليه ويوفي لهم ولا يزداد عليهم وأما أرض إفتتحها الإمام عنوة فقسما بين الذين إفتتحوها فإن رأى أن ذلك أفضل فهو في سعة من ذلك وهو أرض عشر وإن لم ير قسمتها ورأى الصلاح إقرارها في أيدي أهلها كما فعل عمر بن خطاب رضي الله عنه في السواد فله ذلك وهي أرض الخراج وليس له أن يأخذها بعد ذلك منهم، وهي ملك لهم بتوارثونها ويتبايعونها ويضع عليهم الخراج، ولا يكلفوا من ذلك ما لا يطيقون⁵⁹⁸.

Este fragmento explica las diferentes opciones que el líder tiene a su disposición tanto si la anexión se produce mediante un pacto o por la fuerza de las armas. El margen de actuación del imán alcanza cotas muy amplias.

A la manera de epílogo de este esbozo histórico, en el siglo XII tenemos una semblanza bastante pormenorizada de las tierras de Egipto con un carácter catastral, en aras de su registro con fines recaudatorios, por parte de los *ayyūbīs*. Se trata de “las leyes del diván” de al-Mamāṭī, cristiano copto convertido al Islam y que entró a servir en la corte de Saladino en el estado fundado por él, con capital en El Cairo:

^bكان مصر بأيدي القبط وعليهم إمارة الروم، وكان عليها للقوس، وفتحها عمرو بن العاص والزبير بن عوام من قبل عمر بن الخطاب رضي الله عنه في مستهل المحرم عشرين، ذكر قوم أنها فتحت في سنة تسع عشرة؛ وصالح عليها عمرو بن العاص بعد ما طلع الزبير إيمان عوام إلى سور وجماعة كبيرة من المسلمين وقتلوا خلقاً؛ ولهذا المعنى إختلفوا فيها، وقيل فتحت عنوة، وقيل فتحت صلحاً، والصحيح أن عمرو بن العاص صالح عليها وإستأذن أمير المؤمنين عمر بن خطاب رضي الله عنه فأمضى الصلح وأجاب إليه⁵⁹⁹.

Este funcionario afirma que Egipto fue conquistado mediante un pacto con los gobernadores bizantinos que controlaban a la población copta. En consecuencia, el *jarāy*, desde el inicio de la ocupación musulmana, adquirió la naturaleza de un impuesto (carácter que ya tenía, como veremos en el siguiente fragmento), al que le da la misma denominación que utiliza para describir la imposición anterior. Justo en el párrafo que precede, describe cuál era el criterio para gravar las tierras con este tributo territorial por las autoridades, antes que llegaran los conquistadores musulmanes:

a Y los infieles con los que el imán ha pactado que, a cambio de evitar el reparto, abonen el *jarāy*, son la gente protegida y sus tierras son tierras de *jarāy*, que se toma de ellos en función de lo pactado y se cumple a lo que nos obliga el pacto, sin que se aumente la recaudación. En cuanto a las tierras que ha sido conquistadas por el imán por la fuerza, se reparten entre los participantes en la conquista, si el imán lo considera oportuno, y sería tierra de diezmo, si no considerara oportuno su reparto, y lo estimara beneficioso, confirmaría la propiedad de los conquistados como hizo ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él, en al-Sawād, y se convertirían en tierras del *jarāy* y no le estaría permitido arrebarárselas posteriormente; serían sus propiedades que se transmitirían por herencia, compraventa y estarían gravadas por el *jarāy*, y no se les impondría más que lo que puedan soportar.

b Egipto estaba en manos de los coptos y sobre ellos el principado de los romanos (bizantinos), y gobernados por los *Qawqas*. Amr’ b. al-‘Aṣ y Zubayr b. al-‘Awam la conquistaron para ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él, en el mes de *al-muḥarram*, del año veinte de la hégira, y algunos señalan que se conquistó en el año diecinueve; Amr’ b. al-‘Aṣ llegó a un acuerdo después de que Zubayr b. al-‘Awam apareciera ante las murallas con un gran ejército de musulmanes que combatieron; por eso, hubo controversia, se dice que se conquistó por la fuerza, y se dice que mediante pacto. Lo correcto es que Amr’ b. al-‘Aṣ llegó a un acuerdo, el cual lo elevó para el visto bueno de ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él, quien lo ratificó.

^aفي كتب المصريين: إذا أوفي النيل ستة عشر جراً فقد وجب الخراج؛ إذا زاد عن ذلك دراعاً زاد في الخراج مائة الف ديناراً؛ فإن نقص دراعاً نقص الخراج مائة الف دينار؛ ولا يبعد أن يكون ذلك فيما تقدم من السنين عند بلوغ العمارة إلى حد إعتبر به هذا القدر، فأما الآن فقد تغيرت الأحوال وإختلفت أحكام الأعمال⁶⁰⁰.

El *jarāy* en el Egipto preislámico únicamente se exigía cuando la crecida del Nilo alcanzaba un determinado nivel. La cuantía recaudada también estaba vinculada a las fluctuaciones del caudal del río; a una mayor inundación correspondía una mayor imposición y viceversa, pues la fertilidad de las tierras aumentaba o disminuía en la misma proporción que los aportes del lodo del Nilo. Desde los faraones, la vida agrícola de la zona dependía de las aguas de este gran río.

Habremos de soslayar el supuesto de pacto, pues, esta institución no supone más que un impuesto sobre unas determinadas tierras; no obstante, se puede consultar alguna referencia a algunos acuerdos de este tipo como el producido en la Península con un noble visigodo en la zona de Murcia, el conocido pacto de Teodomiro⁶⁰¹. Nos interesa precisar el régimen jurídico propio de las regiones anexionadas por la fuerza. Aunque algunas escuelas lo consideran un *waqf*, los *ḥanaḥīes* autorizan al imán a mantener las tierras en propiedad de los conquistados con el gravamen del impuesto territorial o a repartirlo entre los beneficiarios del botín. Las distintas opiniones doctrinales son importantes para dilucidar si realmente puede ser calificado como el negocio jurídico que los alfaquíes denominan *waqf*, término utilizado en la mayoría de los escritos, pues las diversas escuelas lo nombren así, o, por el contrario, una propiedad pública. Este pasaje nos introduce en el análisis.

^b(النوع الثاني) ما تعلق به ابتداء حق مسلم معين وهي أرض العنوة التي قوتل الكفار عليها وأخذت منها قهراً فاختلف العلماء قديماً وحديثاً في حطم هذه الأرض إختلافاً كبيراً وحاصله يرجع إلى أقوال ثلاثة أحدها يتعين قسمتها بين الغانمين بعد إخراج الخمس منها كما قسم المنقولات وهذه قول الشافعي وحكاه ابن المنذر عن أبي ثور [...] والقول الثاني أنها تصير فيأ المسلمین بمجرد الإستلاء عليها لا يملكها الغانمون ولا يجوز قسمتها عليهم وهذه قول مالك وأصحابه وهو رواية عن أحمد وإختره

a En el libro de los egipcios: si el Nilo alcanzaba las dieciséis brazas, se exigía el *jarāy*. Y si los superaba en una braza, aumentaba el *jarāy* en cien mil dinares; si disminuía en una braza, disminuía el *jarāy* en cien mil dinares. No se está lejos en lo que ha precedido de lo años, el llegar la civilización a ese nivel en que se fijara esa cantidad. Pero ahora, ha cambiado el asunto y son diferentes los preceptos sobre los trabajos.

b (El segundo tipo) En un principio es que el derecho de un musulmán determinado está relacionado con él: es la tierra sometida a la fuerza, aquella por la que se ha combatido a los infieles y se les ha sido arrebatada. Los sabios han discrepado en la antigüedad y modernamente con gran polémica cuyo resultado se resume en tres opiniones: una de ellas se concreta en el reparto entre los beneficiarios del botín después de reservar el quinto, de igual manera que se reparten los bienes muebles; esta es la opinión de al-Šāfi'ī y la sigue Ibn al-Munḍir a través de Abū al-Ṭawr [...] La segunda opinión es que se convierte en botín de los musulmanes únicamente con su ocupación, no es propiedad de los soldados; no sería lícito repartirla entre ellos; es la opinión de Mālik y sus seguidores y una corriente de Aḥmad, escogida por Abū Bakr de entre sus seguidores. Aḥmad b. Ḥanbal opina: lo que se toma por la fuerza es un botín cuya titularidad corresponde a los musulmanes como si fueran uno y 'Umar dejó al-Sawād con tal fin. Y se cuenta de al-Ḥasan al-Baṣrī y 'Aṭā' b. al-Sā'b y Šarīk b. 'Abd Allāh al-Naj'ī y b. Šāliḥ y Yaḥiyā b. Adam que las tierras conquistadas militarmente son un botín. Pero él opina que el imán puede elegir entre su reparto dejarla (en manos de la población). Quizás los anteriores opinaban igual, excepto Mālik que prohíbe el reparto. La tercera opinión es que el imán está facultado para elegir entre dos posibilidades, si lo desea, puede repartirla entre los conquistadores, o si lo desea, no repartirla en favor del conjunto de los musulmanes y esta es la opinión mayoritaria entre los ulemas, entre ellos Abū Ḥanīfa, al-Ṭawrī, Ibn al-Mubārak, Yaḥiyā b. Adam y Aḥmad en la más común de su escuela. Abū 'Aqīl e Ishāq discrepan sobre el modo en que el imán puede elegir. Una corriente considera que elige entre repartirla entre los soldados o convertirla en *waqf*, y esta es la opinión más reconocida de Aḥmad (fundador de la escuela *ḥanbalī*) y se cita de al-Ṭawrī, e Ibn al-Mubārak y Abū 'Ubayd. Y disienten sobre si se ha de restar el quinto o no, y existen dos opiniones que relata Yaḥiyā b. Adam y la opinión sobre restar el quinto es obligatoria para Aḥmad y al-Ṭawrī; según esta, no está permitido que la tierra vuelva en propiedad a los habitantes, ni a cambio del *jarāy* ni otro impuesto. Lo recoge el juez Abū Ya'īlī en sus diferencias. Otros opinan que elige entre su reparto entre los soldados y confirmar la propiedad de los habitantes imponiéndoles a ellos y a la tierra el *jarāy*. De esta manera sería propiedad de ellos, esta es la opinión de Abū Ḥanīfa y la recoge al-Ṭaḥāwī y de al-Ṭawrī; se cuenta que Abū Ḥanīfa que opina que, si lo desea, puede quitársela a la población y transmitirla a otro grupo, a cambio del *jarāy*; en tal caso, no podría constituir un *waqf* sobre él. Otros opinan que puede escoger entre cuatro opciones: *waqf*, reparto, confirmación propiedad de la población a cambio del *jarāy* y la *ḥizyat*, o quitársela a la población y transmitirla a otro pueblo y es la corriente de nuestros compañeros, como el juez y sus seguidores. Y discrepan sobre si el *jarāy* se impone en todas las tierras sometidas por la fuerza o se puede exceptuar algunas, entre nuestros compañeros algunos dicen que se gravan todas las tierras incluso las granjas de La Meca.

أبو بكر من أصحابنا قال أحمد في رواية حنبل ما كان عنوة كان المسلمون فيه شرعاً واحداً وعمر ترك السواد لذلك وممن روى عنه أن أرض العنوة فيء من السلف الحسن البصري وعطاء بن السائب وشريك بن عبد الله النخعي بن صالح ويحيى بن آدم لكنه مع ذلك قال بتخير الإمام بين قسمتها وتركها ولعل من قبله يقول كذلك إلا مالكا فإنه منع القسمة. القول الثالث أن الإمام يخير بين الأمرين إن شاء قسمها بين الغانمين وإن شاء لم يقسمها لعموم المسلمين وهذا قول أكثر العلماء في الجملة منهم أبو حنيفة والثوري وابن المبارك ويحيى بن آدم وأحمد في المشهور عنه وأبو عقيل وإسحاق وإختلفوا في كيفية تخير الإمام فقالت طائف يخير بين أن يقسمها بين الغانمين وبين وقفها وهو المشهور عن أحمد وروى عن الثوري وابن المبارك وأبي عبيد وإختلفوا أهل تخمس إذا قسمها أم لا على قولين حكاهما يحيى بن آدم والقول بتخمس منصوص عن أحمد والثوري وعلى هذا لا يجوز أن ترد على أهلها تملكياً بخراج ولا غيره ذكره القاضي أبو يعلى في خلافه وغيره وقالت طائفة يخير بين قسمتها بين الغانمين وبين إقرار أهلها عليها ويجعلها عليها وعليهم الخراج فتكون ملكاً لهم هذا قول أبي حنيفة وحكاها الطحاوي عن الثوري وحكى عن أبي حنيفة أنه إن شاء أيضاً صرف عنها أهلها ونقل إليها قوماً بالخراج وليس له عنده وقفها وقالت طائفة يخير بين أربعة أشياء الوقف والقسمة وإقرار أهله على ملكهم بالخراج والجزية وأن يجلى أهلها عنها وينقل إليها قوماً لذلك وهذا قول طائفة من أصحابنا كالقاضي في المحرر ومن تابعه وإختلفوا هل يوضع الخراج على جميع أراضي العنوة أم يستثنى بعضها فمن أصحابنا من قال يوضع الخراج على جميع أراضي العنوة حتى على مزارع مكة...⁶⁰²

Este alfaquí *ḥanbalī*, que vivió en el Bagdad del siglo XIV de nuestra era, resume las diversas regulaciones prescritas por las diversas escuelas y juristas para las tierras conquistadas militarmente. En síntesis, el gobernante puede repartirlas entre los soldados participantes en la toma, convirtiéndose en una propiedad ordinaria, gravada con el *jarāy*, en su acepción de impuesto territorial, si bien, los *mālikīs* son contrarios a su reparto; también podría permitir que los habitantes sometidos conserven la titularidad, bien de la propiedad plena o del dominio útil únicamente, a cambio del pago del mismo tributo; igualmente, podría arrebatarla para entregarlas a otro grupo poblacional. Por último, se constituiría, según el tenor literal del texto, un *waqf* cuyos beneficiarios serían todos los musulmanes. Esta última alternativa centra nuestra atención, pues supone la singularización de un determinado territorio al que se aplica una regulación propia con una finalidad determinada. Hemos de resolver si tal régimen se subsumiría en el concepto de fundación (patrimonio destinado a un fin), en cuyo caso supondría un supuesto de persona jurídica, o nos enfrentamos a una propiedad especial, dado su carácter público, y su declaración por el imán como *waqf* sería un precedente cercano a la institución de la afectación demanial del bien al interés público que impediría su enajenación. No es baladí traer a colación, en este momento del estudio, la polisemia propia de las raíces triliteras consonánticas árabes y en este caso, destacar que *waf* tiene el sentido de parar, detener; de aquí deriva el término *waqf*, donde el tráfico jurídico del bien queda en suspenso eternamente.

Otro aspecto que no debemos menospreciar del fragmento seleccionado es la expresión que maneja el fundador de la escuela *ḥanbalī* para calificar el derecho de los musulmanes sobre las tierras tomadas por la fuerza (ما كان عنوة كان المسلمون فيه شرعاً واحداً): son titulares en igual derecho. ¿Copartícipes o miembros de una persona jurídica denominada *umma*?

Estos criterios dispares entre las escuelas sobre el sistema aplicable, las complejas relaciones con las comunidades de no musulmanes, así como la polisemia del término, cuya acepción más general se refiere a los beneficios que produce un bien, provoca cierta confusión, tanto en las propias fuentes, como entre los arabistas⁶⁰³. Chalmeta refiere un texto en el que su sentido es una tasa sobre los beneficios en un mercado⁶⁰⁴. Otros autores se decantan por considerar que la comunidad musulmana sería titular de un dominio eminente (al modo del censo enfiteútico) mientras que las personas sometidas disfrutarían del dominio directo o un usufructo, por el cual abonarían el *jarāy*⁶⁰⁵. Alejandro García Sanjuán lo califica de alquiler en pago de un derecho de usufructo⁶⁰⁶, (se percibe una falta de precisión en la traducción pues, aunque no podamos detenernos en esta tesis, en derecho español, el alquiler supone un derecho personal y el usufructo uno real, cuyo régimen jurídico es muy diferente; quizás, la cuestión estriba en la diferente naturaleza de ambas instituciones, ya que en derecho islámico el arrendamiento se configura como

un derecho real). Este mismo investigador, más adelante⁶⁰⁷, diserta sobre la identificación entre *waqf* y propiedad pública en las fuentes, fundamentando su afirmación, entre otras razones, en la nula relevancia, en su opinión, de la propiedad del bien raíz que, según la escuela *mālikī*, corresponde al fundador (donante en la terminología empleada por el autor). Es un tema de sumo interés para este estudio, en este preciso momento, al que volveremos tras mencionar algunos textos significativos sobre la naturaleza jurídica del *jarāy*, a fin de aclarar la cuestión; precisar el carácter del *jarāy* como propiedad pública explotada mediante arrendamiento, o como un *waqf* constituido por el gobernante, nos otorgará o no una base para descubrir una forma de persona jurídica en la *Šarī'a*. La forma jurídica del *waqf* para las tierras de *jarāy* también es aceptada por Ana María Carballeira⁶⁰⁸. En el mismo sentido, es frecuente centrarse en una única escuela, como la *ḥanaḥī*, a la hora de estudiar el sistema tributario⁶⁰⁹. El escritor considera el *jarāy* como un impuesto sobre tierras de propiedad de no musulmanes, pues los de dicha religión abonarían el diezmo.

Procuremos escoger diversos pasajes lo más representativos posibles, de los que deduzcamos las diversas naturalezas jurídicas fijadas por los alfaquíes y sus respectivas implicaciones en el objeto de esta tesis. Veamos las fuentes:

^aالقاعدة السادسة و الثمانون: الملك أربع أنواع: ملك عين و منعة، و ملك عين بلا منعة، و ملك منعة بلا عين، و ملك الإنتفاع من غير ملك المنفعة.

[...] النوع الثالث: ملك المنفعة بدون عين وهو ثابت بالإتفاق وهو ضربان: أحدهما: ملك مؤبد و يندرج تحته صور: منها وصية بالمنافع كما سبق و يشمل جميع أنواعها إلا منفعة البضع فإن في دخولها بالوصية وجهين.

ومنها: الوقف فإن منافعه وثمراته مملوكة للموقوف عليه وفي ملكه لرقبته وجهان معروفان لهما قوائد متعددة.

ومنها: الأرض الخراجية المقررة في يد من هي في يديه بالخراج يملك منافعها على التأبيد. والضرب الثاني: ملك غير مؤبد فمنه الإجارة و منافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة، ومنه ما هو غير موقت لكنه غير لازم كالعارية على وجه وإقطاع الإستغلال.

القاعدة السابعة و الثمانون. فيما يقبل النقل و المعوضة من الحقوق المالية و الأملاك.

منها: إجارة أرض العنوة الخراجية، و المذهب الصحيح صحتها وهو نص أحمد لكن إستحب المزارة فيها على الإستنجاز [...]

منها: منافع الأرض الخراجية فيجوز نقلها بغير عوض إلى من يقوم مقامه فيها و ينتقل إلى الوارث و يقوم مقام مورثه فيها. و كذلك

يجوز جعلها مهراً [...] فأما البيع فكرهه أحمد و نهي عنه و اختلف فوله في بيع العمارة التي فيها لنلا يتخذ طريقة إلى بيع رقبة

أرض التي لا تملكها، بل هي إما وقف و إما فيء للمسلمين جميعاً، و نص في الرواية المروذي على أنه يبيع ألا عمارته بما تساوي،

وكره أن يبيع أكثر من ذلك لهذا المعنى [...]. وكل هذا بناءً على أن رقبة الأرض و وقفها عمر، و من الأصحاب من حكي رواية

أخرى بجواز البيعة مطلقاً كالحلواني و ابنه و كذلك خرجها ابن عقيل من نص أحمد على صحة وقفها، ولو كانت وقفها لم يصح

وقفها وكذلك وقع في كلام أبي بكر و ابن شاقلا و ابن موسى ما يقتضي الجواز وله وجهان: أحدهما: أن الأرض ليست وقفاً وهو

مأخذ ابن عقيل و على هذا فإن كانت مقسومة فلا إشكال في ملكها وإن كانت فيئاً لبيت المال و أكثر كلام أحمد يدل عليه فهل تصير

a La regla ochenta y seis: la propiedad es de cuatro tipos: propiedad del bien y su provecho, propiedad del bien sin su provecho, propiedad del provecho sin el bien, y la propiedad de uso y disfrute sin tener la propiedad del provecho.

El tercer tipo: la propiedad del provecho sin el bien está convencionalmente reconocida, la hay de dos clases: Una de ellas es la propiedad perpetua que se clasifica en diversas formas: entre ellas, el legado de la utilidad, como antecede, el cual incluye todas sus clases, excepto la utilidad de las mercancías, pues en su inclusión dentro del legado hay dos corrientes.

Y entre ellas: el *waqf*, donde sus provechos y frutos son titularidad de los beneficiarios y en cuanto a la propiedad del bien en sí, existen dos corrientes famosas que tienen reglas diversas.

Y entre ellas, las tierras de *jarāy*, en las que se confirma en sus manos (población conquistada) a cambio del *jarāy*, pues son propietarios de sus provechos eternamente. Y entre ellas, la propiedad no eterna, como el arrendamiento y los provechos del objeto de la compraventa que se ha exceptuado durante un plazo determinado, y entre ellas lo que no es provisional pero no es vinculante como el préstamo de uso y el reparto (concesión) de la explotación.

Regla ochenta y siete: sobre lo que admite el traspaso y la contrapartida entre los derechos patrimoniales y las propiedades.

Entre ellas: el arrendamiento de las tierras de *jarāy* conquistadas por la fuerza. En nuestra escuela el criterio correcto es que se permita, aunque es más grato el contrato de sociedad de *muzāra*, que el arrendamiento.

Entre ellas: los provechos de las tierras de *jarāy*, es lícita su transmisión sin contrapartida en favor de quien ocupe su lugar en ella y su transmisión al heredero que ocupa la posición del causante. También es lícito utilizarla como dote [...]

En cuanto a su venta, Aḥmad la aborrece y la prohíbe y discrepa de su opinión en cuanto a la venta de la construcción que hay en ella, para que no se utilice como un medio para vender el bien en sí mismo (no la utilidad), del que no es propietario. Pues, o bien es un *waqf*, o un botín de todos los musulmanes. Según el parecer de al-Marūḏī, se vende en la construcción en cuanto iguale su valor. Y aborrece su venta por un precio mayor [...]

Y el fundamento de todo ello es que la propiedad del bien en sí (propiedad eminente) fue retenida, convertida en *waqf*, por 'Umar, entre los compañeros hay quien narra otra versión en la que se permite su venta absolutamente, como al-Halāwānī y su hijo y también Ibn 'Aqīl entre los que dictaminan que Aḥmad considera válido su constitución en *waqf*.

Si fuera un *waqf* no sería válida, constituir (la tierra del *jarāy*) en *waqf*, y así ocurre en el criterio de Abū Bakr e Ibn Šaqīla e Ibn Abū Mūsā. Lo que implica su licitud, tiene dos vertientes: una de ellas es que las tierras no serían *waqf* y se toma de Ibn 'Aqīl y de esta manera sería una tierra repartida y su propiedad no sería problemática. Si fuera botín en favor del tesoro, y esta opinión es defendida mayormente por Aḥmad, y fundamenta sobre ello, ¿se convertiría en un *waqf* el mero traspaso al tesoro o no?

Dos corrientes: si opináramos que se convierte en un *waqf*, pues el imán podría venderla e invertir su precio en los intereses generales. ¿Le estaría permitido repartirlo, mediante la concesión de su propiedad? Dos corrientes que ha sido recogidas por El Juez en su libro Sobre los preceptos de los sultanes. La otra corriente es que la venta se restringe al provecho y no al bien en sí, y sería una transmisión de un provecho ya adquirido a cambio de contrapartida. Esa es la opción del jeque Taqī-l-Dīn y se basa en lo expuesto por Aḥmad, quien autorizó su entrega como contrapartida a una dote, y en su defensa, lo que ha precedido sobre las contrapartidas por los provechos en diversas cuestiones. Y si tanto el Juez como Ibn 'Aqīl y algunos más son claros en la validez de la venta del provecho en sí mismo considerado, es porque los provechos se dividen en dos tipos: uno de ellos son los provechos de los bienes de los que se es propietario, que admiten contrapartida junto a estos, y esos provechos son considerados válidos por nuestros compañeros en algunos supuestos: entre ellos: que el origen de la imposición del *jarāy* sobre las tierras conquistadas militarmente, si opináramos que son un botín, pues no sería una renta, sino algo parecido a medio camino entre ella y el precio de una venta.

وفقاً بنفس الانتقال إلى بيت المال أم لا؟ على وجهين. فإن قلنا لا تصير وقفاً للإمام بيعها وصرف ثمنها إلى المصالح. هل له إقطاعها إقطاع تملك؟ على وجهين ذكر ذلك القاضي في الأحكام السلطانية. والمآخذ الثاني. أن البيع هنا وارد على المنافع دون الرقية فهو نقل للمنافع المستحقة بعوض، وهذا إختيار الشيخ تقي الدين ويدل عليه من كلام أحمد أنه أجاز دفعها عوض عن المهر، ويشهد له ما تقدم من المعاوضة عن المنافع في مسائل متعددة وإن كان القاضي وابن العقيل وأكثرهم صرحوا بعدم صحة بيعة المنافع المجردة والتحقيق في ذلك أن المنافع نوعان: أحدهما. منافع الأعيان المملوكة التي تقبل المعاوضة مع أعيانها فهذه قد جوز الأصحاب بيعها في مواضع، منها: أن أصل وضع الخراج على العنوة إذا قيل هي فيء فإنه ليس بالأجرة بل هو شبيه بها و متردد بينها وبين البيع.⁶¹⁰

Ese autor de la escuela *hanbalī*, una de las más firmes defensoras a lo hora de calificar las tierras ocupadas como *waqf*, nos ofrece una serie de conceptos acreedores de ser tenidos muy en cuenta. En primer lugar, la clasificación de los tipos de propiedad (lo cual provocará que hayamos de retomar este texto en el lugar apropiado, sobre la división del dominio propia del derecho islámico); en segundo, la titularidad sobre los frutos o la utilidad de las tierras de *jarāy* en las que se ha confirmado la propiedad de los habitantes conquistados; las rentas obtenidas por el estado de las tierras conquistadas por la fuerza (de *jarāy*), están dentro del tráfico jurídico y pueden ser objeto de traspaso, aunque se prefiera su explotación mediante un contrato de sociedad, no por arrendamiento. Por último y en cuanto a los frutos y utilidades de las tierras de *jarāy* (no las rentas), existen diversos dictámenes, en función de cuál sea la naturaleza que a las mismas se les atribuya; como premisa, se estima lícito su transmisión *mortis causa* y su constitución como dote en el matrimonio; sin embargo, sobre ser objeto de compraventa, el fundador de la escuela lo considera odioso, en caso de transmitirse junto con la propia tierra. Si esta se considera un *waqf*, se podría vender la construcción que sobre ella se creara, y no más allá de ese valor; en este caso, tampoco se podría constituir un *hubs*. Si estas tierras de *jarāy* se hubieran repartido, su propiedad sería plena, sin ningún tipo de cortapisa. Si se considerada un botín en favor del tesoro, existen dos opiniones, para unos su mera incorporación al tesoro las constituirían en un *waqf* y para otros no. Si se dictamina que no es un *hubs*, el imán podría disponer de las mismas como quisiera en función de los intereses generales. Otro parecer falla que se puede disponer de sus provechos y utilidades, de forma independiente al bien raíz, pero la opinión más extendida es la prohibición de disponer de los provechos abstraídos de los bienes que los producen.

Finalmente, sobre la cualidad de los ingresos que se obtenga de la explotación de estas tierras, se afirma que no se identifica con una renta (pago del arrendatario), sino que es algo intermedio entre el arrendamiento y la venta. (¿concesión de derecho público o al menos un primitivo precursor?).

^aفإن الأرضين إلى الإمام، إن رأى أن يخمسها ويقسمها أربعة أخماس للذين ظهروا عليها فعل ذلك، وإن رأى أن يدعها فيئاً للمسلمين على حالها أبداً فعل، بعد أن يشاور في ذلك ويجتهد رأيه، لأن رسول الله، ص، قد وقف بعض ما ظهر عليه من الأرضين فلم يقسمها، وقد قسم بعض ما ظهر عليه.

[...] وقال بعض الفقهاء: الأرض لا تخمس، لأنها فيء، وليست بغنيمة، لأن الغنيمة لا توقف، والأرض إن شاء الإمام وقفها وإن شاء قسمها كما يقسم الفيء، فليس في الفيء خمس لكنه لجميع المسلمين، كما قال الله عز و جل: "ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى حتى قال: للفقراء المهاجرين" ثم قال "والذين تبوءوا الدار وإمان من قبلهم" ثم قال "والذين جاءوا من بعدهم" ولم يبق أحد من المسلمين إلا دخل في ذلك. فإن خمسها فقد صار غنيمة، فيقسم أربعة أخماس بين من حضر⁶¹¹.

Para la escuela *hanafī*, el gobernante es libre de decidir si reparte las tierras conquistadas por mano militar o constituye un *waqf* sobre ellas.

a Las tierras se remiten al imán, si lo estima oportuno, le retrae un quinto y reparte los otros cuatro entre los participantes, y si lo considera, lo convierte en botín eterno de todos los musulmanes, después de consultarlo y estudiar el caso, porque el enviado de Dios, las bendiciones de Dios estén sobre él, hizo *waqf* algunas tierras en cuya conquista estuvo presente y no las repartió; en cambio, repartió otras.

Algunos alfaquíes opinan: la tierra no se divide en quintos, porque es *fay'* (tipo especial de botín), y no un botín ordinario, el cual no se convierte en *waqf*. La tierra, si lo desea el imán, la convierte en *waqf*, y si lo desea la reparte como se reparte el *fay'*, un quinto, pero para todos los musulmanes. Como ha dicho Dios el Altísimo: "lo que ha puesto Dios a disposición de su Enviado, de la gente del campo" y continúa "para los pobres de entre los emigrados (a Medina con Muḥammad), y después: "y los que fueron profetizados de la fe antes que ellos", y luego: "y los que vengan con posterioridad". No hay musulmán que no participe del botín. Si se dividiera en quintos sería un botín ordinario y se repartirían cuatro quintos entre los participantes.

^aوكان ابن عمر وابن عباس ومالك بن أنس وغير واحد يكرهون بيع أرض العنوة. وما افتتحت عنوة فظهر فيها معادن فذلك إلى السلطان يصنع فيها ما يشاء ويقطع بها لمن يعمل فيها لأن الأرض ليست للذين أخذوا عنوة.⁶¹²

Por lo que a los *mālikīes* se refiere, Saḥnūn, glosando la opinión de Mālik, no ve lícito que se enajenen por compraventa las tierras conquistadas por la fuerza. De los metales que se hallaren en ellas, el imán dispondría libremente y podría repartirlos entre los que los explotaran, porque las tierras en los que se encuentran no pertenecen a quienes las conquistaron.

^b[...] وأما المعدن فهو ما يخرج من الأرض من ذهب أو فضة بعمل وتصفية وفيه مسألتين، المسألة الأولى: في ملكه، وينقسم إلى ثلاثة أقسام. الأول: أن يكون في أرض غير متملكة فهو للإمام، وأن يكون في أرض مملوكة لمعين فهو لصاحبها، وقيل: للإمام، وأن يكون في أرض متملكة لغير معين كأرض العنوة والصلح، فقبل لمن يفتتحها وقيل للإمام.⁶¹³

Ibn Ḥawzī, también *mālikī*, al abordar la cuestión de la *zakāt*, en lo que a los minerales que se extraen de la tierra, hace mención de dos opiniones, en caso de surgir en tierras de *jarāy*: serían del imán o de quienes la conquistaron. Un aspecto que no se nos debe escapar es la consideración de estas tierras como de propiedad de persona indeterminada. Como veremos, en la historia de la personalidad jurídica, en especial dentro del derecho hereditario romano, la prohibición de la indeterminación del titular de un derecho o bien impulsó la búsqueda de alternativas conceptuales que condujeron al desarrollo de la institución de la personalidad jurídica.

^cليس لأحد أن يشتري أو يبيعه سوى الديوان؛ ومتى وجد شيئاً من صنفه مع أحد، إستهلك تغليظاً في عوبة للتعدي عليه.⁶¹⁴

En una época posterior, siglo XII, al menos en el Egipto de los *ayyūbīes*, el mineral de alumbre únicamente podía comerciarse con él por parte del diván del estado. Lo cual provocará que nos cuestionemos sobre este órgano administrativo como sujeto de derechos y obligaciones. Estas palabras del autor nos conciernen al deducirse la titularidad pública sobre los minerales.

^dوأما الأرض: فإن فتحت عنوة فهي على ثلاثة أقسام: بعيد عن قهرنا فيخرب بحرق أو هدم، وتحت قهرنا أنه لا يسكن فيقطع الإمام لمن فيه نجدة ولا حق للجيش فيه، وقريب ومرغوب فيه فالمشهور أنه يكون وفقاً يصرف خراجه في مصالح المسلمين من أرزاق المجاهدين والعمال وبناء القناطر والمساجد والأسوار وغير ذلك، وقيل انه يقسم كسائر أموال الغنيمة وفقاً للشافعي، وقيل: الإمام يخير وفقاً لأبي حنيفة، وإن فتحت صلحاً فهي على ما يقتضي الصلح.⁶¹⁵

Este mismo jurista, explicando las distintas normas aplicables a los tipos de botín, recoge varias opiniones. En cuanto a las tierras anexionadas militarmente, la más extendida es que se convertiría en un *waqf* y su *jarāy* se emplearía en sufragar gastos de interés general de los musulmanes, por ejemplo: sueldos de soldados y trabajadores, construcción de puentes y mezquitas, etc. Otros pareceres más minoritarios sería el de al-Šāfi ī, que juzga su reparto como un botín más, o el de Abū Ḥanīfa que permite al imán elegir entre ambos preceptos. Si la anexión fue mediante un tratado, se estaría a lo dispuesto en él.

a Ibn 'Umar, Ibn 'Abbās y Mālik b. Anas consideran odioso vender las tierras conquistadas por la fuerza.

Si en las tierras tomadas militarmente se encontraran metales, se elevaría al sultán quien haría lo que estimara conveniente, si lo desea lo reparte entre quienes lo explotan, porque esas tierras no pertenecen a quienes participaron en su conquista.

b En cuanto a los minerales, son aquellos que salen de la tierra de oro y plata, con trabajo y refino; hay que distinguir dos cuestiones. La primera, su propiedad: dividida en tres tipos: si se encuentran en tierras sin propietario, son del imán, si en tierras con un propietario determinado, pues de este y se dice también del imán; si en tierras con un propietario indeterminado, como las conquistadas a la fuerza o mediante tratado, pues sería para quienes la conquistaron o para el imán.

c Nadie más que el diván puede comprar o venderlo; si se encontrara algo de esta especie con alguien que lo hubiera consumido por error, sería castigado.

d En cuanto a la tierra, si se conquistó por la fuerza, se dividiría en tres tipos: lejos de nuestro poder y se estropea por incendio o destrucción, bajo nuestro poder, pero inhabitada, el imán la reparte entre gente necesitada sin que el ejército tenga derecho en ella; y cercana y apetecible, la opinión mayoritaria es que es un *waqf* cuyo producto (el *jarāy*) se destina en los intereses de los musulmanes, como soldadas, sueldos de trabajadores, construcción de puentes y mezquitas y murallas, etc. Y también se opina que se reparte como cualquier otro de los bienes del botín, de acuerdo con al-Šāfi ī, o que el imán decide libremente, según Abū Ḥanīfa. Si se hubiera anexionado mediante tratado, se estaría a lo dispuesto en este.

e [...] لأن العنوة عندنا وقف...⁶¹⁶

Al hablar de la utilidad de la que se puede hacer propietario mediante un contrato de arrendamiento, al-Qarāfi, *mālikī*, afirma, que para la escuela, los territorios anexionados por la fuerza son *waqf* y, por tanto, no podrían ser objeto de arrendamiento.

bالمسألة الرابعة: [...] أن للإمام أن يوقف وقفاً على جهة من الجهات [...] ومقتضى ذلك أن أوقفهم، أي الملوك والخلفاء، إذا وقعت على جهة الصحة والأوضاع الشرعية لمصالح المسلمين أنها تنفذ، لا يجوز لأحد أن يتناول منها شيئاً إلا إذا قام بشرط الواقف...⁶¹⁷

El mismo jurisconsulto, distinguiendo salario de renta, falla, según el precepto propio de los *mālikīes*, la licitud de la constitución de un *waqf* ordinario por parte de los gobernantes. No obstante, exige para su validez que la finalidad del mismo sea una de interés de todos los musulmanes; en caso contrario devendría nulo.

c ما ملك من المشركين عنوة وقهراً، فيكون على المذهب الشافعي رحمه الله غنيمة تقسم بين الغانمين، وتكون الأض عشر لا يجوز أن يوضع عليها خراج. وجعلها مالكاً وقفاً على المسلمين بخراج يوضع عليها. وقال أبو حنيفة: يكون الإمام مخيراً بين الأمرين.

[...] ما صولح عليه المشركين من أرضهم، فهي الأرض المختصة بوضع الخراج وهي على ضربين. أحدهما. ما خلا عنها أهلها فحصلت للمسلمين بغير قتال، فتصير وقفاً على مصالح المسلمين، ويضرب عليها الخراج، ويكون أجره تقر على الأبد وإن لم يقدر بمدة لما فيها من عموم المصلحة، ولا يتغير إسلام ولا ذمة، لا يجوز بيع رقابها إعتباراً لحكم الوقوف.

والضرب الثاني: ما أقام فيه أهلها. ووصلحوا على إقراره في أيديهم بخراج يضرب عليهم، فهذا على ضربين. أحدهما: أن ينزل عن ملكهم لنا عند صلحنا، فتصير وقفاً على المسلمين [...] ويكون الخراج المضروب عليهم أجره لا تسقط بإسلامهم ولا يجوز لهم بيع رقابهم [...]

والضرب الثاني: أن يستبقوها على أملاكهم ولا ينزلوا عن رقابهم، ويصلحوا عنها بخراج يوضع عليها، فهذا الخراج جزية... و تسقط عليهم بإسلامهم...⁶¹⁸

Por lo que respecta a la escuela *šāfi'ī*, representada en esta obra que es posible catalogar *grosso modo* de derecho público, las tierras ocupadas por la fuerza se han de repartir entre los conquistadores, después de descontar el quinto de Dios; en consecuencia, se convierten en propiedades normales cuya producción se gravaría con el diezmo. Por contra, en las anexionadas a través de pacto, se distinguen varios supuestos, en los que en ambos se impondría el *jarāy*:

Si los conquistados renuncian al dominio eminente en el pacto, se convierten en un *waqf* y se le impone el *jarāy* a modo de renta indefinida, se permite un arrendamiento sin plazo determinado (normalmente esta ausencia o la previsión de un plazo demasiado largo anularía el contrato de arrendamiento) en favor del interés público; se prohíbe la venta del dominio eminente según los preceptos propios del *hubs*.

Si los conquistados, en el pacto mantienen la tierra en sus manos a cambio del *jarāy*, existen dos posibilidades: que nos cedan el dominio eminente con lo que se convertiría en un *waqf* en favor

e Porque lo conquistado por la fuerza, para nosotros, es un *waqf*.

b Cuestión cuarta: [...] El imán puede constituir un *waqf* en favor de diversas finalidades, y se exige para sus *awāqf*, es decir de reyes y califas, que recaigan en favor de beneficiarios válidos, en favor de intereses de los musulmanes, en cuyo caso se ejecutan y no se pueden emplear en aquello que no haya previsto el fundador.

c Lo que nos apropiamos por la fuerza de los politeístas, en la escuela de al-Šāfi'ī, Dios se apiada de él, es un botín que se reparte entre sus acreedores, y la tierra sería de diezmo y no sería válido gravarla con el *jarāy*. Y *Mālik* la convierte en *waqf* para de los musulmanes con el *jarāy* que se le impone. Y *Abū Ḥanīfa* opina: el imán puede elegir entre ambas opciones.

Las tierras que han sido objeto de pacto con los politeístas son tierras especiales gravadas por el *jarāy*. Hay dos tipos:

Uno de ellos: aquellas que su población la ha abandonado y los musulmanes han conseguido sin combate se convierten en un *waqf* en favor de los intereses de los musulmanes, a las que se grava con el *jarāy*, que sería la renta impuesta eternamente, aunque se establezca sin plazo por lo general de su interés, y no se alteraría por la condición de musulmán o no (del gravado). El dominio eminente no podría ser enajenado en aplicación del precepto de los *aḥbās*.

El segundo tipo: aquellas en las que el pacto confirma a la población su dominio a cambio del pago del *jarāy*. También tiene una doble clasificación:

Una de ellas: si renuncian a su propiedad (dominio eminente) en el pacto, se convierten en un *waqf* en favor de los musulmanes... y el *jarāy* impuesto no decaería por la conversión al islam y ellos no podrían disponer del dominio eminente. La segunda posibilidad: que permanecieran como propietarios, sin renunciar al dominio eminente, se les gravaría con el *jarāy*, el cual sería igual que la *ḡizyat* y al convertirse al islam quedarían exentos.

de los musulmanes y el *jarāy* impuesto sería una renta de la que no quedarían exentos al convertirse al Islam; no podrían vender el dominio eminente. En el caso de que mantuvieran en el tratado la propiedad plena de la tierra, se les impondría el *jarāy* a modo de la *yizya* de la que quedarían exentos si abrazaran la religión musulmana.

^aو أنكر آخرون أن يكون الخراج جزية وقالوا بل هو أجرة محضة كأجرة أرض الوقف وذكر الليث بن سعد عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قال إنما الجزية على الرؤوس وليس الخراج على الرؤوس وليس على الأرض جزية [...] ويدل على أن الخراج ليس جزية أنه يستدام على الكافر بعد إسلامه فلو كان جزية لسقط بإسلامه...⁶¹⁹

Ahora iniciamos una serie de fragmentos de un alfaquí *hanbalī*. Se califica al *jarāy* como renta por el uso de la tierra, al igual que las tierras convertidas en *waqf* y explotadas mediante arrendamientos, y no como un tributo sobre los no musulmanes, como la *yizya*. El razonamiento se centra en que se grava a la tierra y no a las personas y en que la conversión al islam del obligado no lo exonera del pago.

^bوأما التعليل بأنه جزية فيسقط بالإسلام فضعيف لوجهين أحدهما أن الخراج أجرة عند أصحابنا...⁶²⁰

Unas páginas más adelante, recalca que en su escuela jurídica se considera como una renta. ^c(المسألة الثانية) إجارة أرض العنوة وهي نوعان إجارة الدور للسكنى وإجارة المزارع للإستغلال. أما إجارة للسكنى فقد ذكرنا آنفاً رواية حنبل عن أحمد لا يعجبني بيع منازل السواد ولا أرضهم وهذه والله أعلم على طريق الكراهة ولا التحريم [...] لأن أرض الخراج مستأجرة في يد متقبلها بالخراج فيجوز له إجاتها كسائر الأرض المستأجرة من الوقف وغيره.⁶²¹

Se permite que el ocupante de la tierra de *jarāy* (en principio, arrendatario de la misma a cambio de su pago) la subarriende. Debemos recordar que el derecho islámico regula el arrendamiento de forma más parecida a un derecho real, por lo que las facultades del arrendatario serían las del propietario del dominio directo del bien, más que la de un arrendatario según la tradición romanista.

^dولو أراد أحدهم الخروج وله ماء أو غراس في الأرض فهل يقال للإمام أن يتملكه للمسلمين من مال الفيء إذا رآه أصلح كما يتملكه لناظر الوقف ما غرس فيها أو بني بالأجرة بعد إنقضاء المدة لا يبعد أن يجوز ذلك بل هو أولى بذلك من ناظر الوقف لوقوع الإختلاف في ملك الموقوف عليهم لرغبة الوقف وأما المسلمون فإنهم يملكون رغبة أرض العنوة...⁶²²

Al abordar el supuesto de que las personas que explotan las tierras conquistadas militarmente abandonen las mismas dejando lo plantado, falla la validez de la apropiación de la plantación por parte del imán al igual que puede llevarla a cabo el administrador de un *waqf* sobre lo plantado o construido por el arrendatario en la tierra de *waqf* al terminar el plazo de su arrendamiento. Además tendría una facultad más firme que el administrador pues la propiedad de sus beneficiarios sobre el bien raíz es un asunto discutido (parte de los *hanbalīes* la admiten pero otros y otras escuelas no), mientras que los musulmanes serían propietarios del dominio directo de las tierras anexionadas sin discusión.

^e[...] ويقال أن الوقف هنا للمنفعة المملوكة له ملكاً مؤبداً مدة حياته وتورث عنه بعد وفاته وإذا كان كذلك فيحتمل أن وقفها يأتي على المنفعة للأرض دائماً لكونها مالا له موروثاً عنه وليس في ذلك إبطال لحق المسلمين لأن حقهم في الخراج هو باق

a Otros niegan que el *jarāy* sea una *yizya*, y dicen que, por el contrario, es una renta, como la renta de las tierras de los *awqāf*, y así lo recoge al-Layṭ b. Sa'ad de 'Umar b. 'Abd-l-'Azīz, Dios esté satisfecho de ellos, que opinan que la *yizyat* grava a las cabezas y el *jarāy* no grava a las cabezas y la *yizyat* no grava la tierra [...] Y argumenta que el *jarāy* no es *yizyat* con que el infiel continúa gravado después de su conversión al Islam, si fuera *yizyat*, quedaría exento con ella.

b El argumento que es una *yizya* es débil, pues decae con su conversión al Islam, desde una doble perspectiva: una de ellas es que para nuestros colegas el *jarāy* es una renta.

c (La segunda cuestión) El arrendamiento de las tierras conquistadas por la fuerza es de dos tipos: arrendamiento de pisos para vivienda y arrendamiento de granjas para su explotación. En cuanto al arrendamiento para vivienda, como señalamos con anterioridad, la opinión de Aḥmad b. Ḥanbal no es favorable a la venta de las casas de al-Sawād ni a sus tierras y ello, Dios sabrá, a modo de preferir evitarlo, no a modo de prohibición [...] porque la tierra de *jarāy* está arrendada en favor de su ocupante a cambio del *jarāy*, así que le es lícito arrendarla como el resto de tierras arrendadas en *awqāf* u otro tipo.

d Si alguno de ellos (quienes explotan las tierras de *jarāy*) quisiera abandonarla y tuviera riego o plantación en la tierra, ¿Podría el imán apropiársela en favor de los musulmanes como botín si lo considerara de interés al igual que hace el administrador del *waqf* con lo plantado o construido durante el arrendamiento una vez que termina el plazo de este? No es descartable la validez, sino todo lo contrario, pues tiene preeminencia sobre el administrador del *waqf*, por la existencia de divergencias sobre la propiedad de los beneficiarios del *waqf* sobre el bien raíz, mientras que los musulmanes sí son propietarios del dominio directo de las tierras conquistadas a la fuerza.

عليها ويحتمل أن يقال يصح وقفها مدة حياته فقط كوقف أم الولد عند من أجازته من الشافعية لكن وقف المنافع مما لا يجوز عند الأصحاب وقال أحمد في رواية المروزي في رجل وقف غلته على المساكين أو على أم ولده قال الغلة لا توقف إنما توقف الأرض فما أخرج منها فهي عليهم وهذا يدل أن الثمرة لا توقف إنما أصلها ولكن الوقف في منافع الأرض الخراجية ليس وارداً على عين ما يخرج من ثمر وزرع بل على منفعة الأرض المملوكة بالخراج التي يستحقها بها الزرع والغراس في الأرض وأرض العنوة إنما هي فيء للمسلمين ليست وفقاً على معنى الوقف الخاصة كما تقدم تقريره وذكر القاضي وابن غقيل...⁶²³

Para los *hanbalīes*, que el objeto de un *waqf* sean los frutos, aprovechamientos y utilidades producidos por la tierra no es lícito. Sin embargo, las personas que explotan directamente las tierras de *jarāy*, siendo estas teóricamente un *hubs* y por tanto aquellas no poseen dominio directo sobre ellas, sí les estaría facultados para constituir un *waqf* por dos razones: primera, el objeto no serían los frutos o la cosecha en sí mismos considerado, sino ese derecho real de explotación de la tierra; segundo, y más importante por lo que nos concierne, porque no existe identidad entre el *waqf* que afecta a las tierras conquistados y el constituido privadamente por un sujeto según los requisitos exigidos para la validez de ese negocio jurídico.

^a "المسألة الأولى" القضاة يجوز أن يكون لهم أرزاق بيت المال على القضاة إجماعاً ولا يجوز أن يستأجروا على القضاء

إجماعاً [...]

"المسألة الثانية" أرزاق المساجد والجوامع يجوز أن تنقل عن جهاتها إذا تعطلت أو وجدت جهة هي أولى بمصلحة المسلمين من الجهة الأولى، ولو كانت وفقاً أو إجارة فتعذر ذلك فيها؛ لأن الوقف لا يجوز تغييره والوفاء بعقد الإجارة واجب [...] للأمام أن يطلقه له بعد إطلاعه على عدم قيامه بالوظيفة لمصلحة أخرى غير ذلك الوظيفة فإستحقه بالإطلاق الثاني لا بالتقدير الأول، لو كان وفقاً ولم يتم بشرطه لم يجز للإمام إطلاقه لمن لا يقوم بشرط الوقف في إستحقاقه، فهذا أيضاً يميز الأرزاق من باب الأوقاف وإجارات [...]

فقد إتضح لك بهذه المسائل الفرق بين قاعدة الأرزاق، و قاعدة الإجارة، و قاعدة وقف الموك وأحكام ذلك المختلفة الأوضاع.⁶²⁴

Este autor *mālikī* establece las diferencias entre la retribución que realiza el gobernante, el arrendamiento de servicios que contrata y los beneficiarios de las rentas del *waqf* que constituye. Debemos remarcar que el gobernante, con sus empleados, actúa por el interés general, destituirlos según la conveniencia de cada momento; en el arrendamiento esto no es así, pues se trata de un derecho del arrendatario y en el bien habiz no es posible cambiar las estipulaciones de los fundadores.

^b والطريق التي هي محجة للمسلمين لا تبدل من حالها. لأنها حبس على المسلمين. والحبس لا يغير، فيحكم علم من تملكه

أن يردّه طريقاً كما كان.⁶²⁵

e Y se opina en este caso sobre el *waqf* con la utilidad de la que se es propietario vitalicio y que se hereda tras la muerte, si es así, pues sería lícito constituir un *waqf* sobre ese provecho y no habría en ello ninguna merma para el derecho de los musulmanes porque su derecho sobre el *jarāy* permanecería; también es posible opinar que es lícito constituir un *waqf* únicamente durante el tiempo de su vida, como el *waqf* de la esclava madre de un hijo, tenido por válido por los *šāfi'īes*, Pero el *waqf* sobre los provechos no está permitido por nuestros colegas (de escuela) y Aḥmad, según trasmite al-Marūzī, opina, sobre que un hombre constituya un *waqf* sobre una cosecha en favor de los menesterosos o sobre la esclava madre de un hijo, que no estaría permitido hacerlo, únicamente se constituyen los *awqāf* sobre la tierra, lo que esta produzca sería para los beneficiarios. Y esto implica que los frutos no se constituyen en *waqf*, solo el bien raíz, pero en cuanto al *waqf* de las utilidades o aprovechamientos de las tierras de *jarāy* no se refieren, en concreto a lo que produce de frutos o sembrados, sino a la utilidad de la tierra de la que se es propietario a cambio del *jarāy*, que le da derecho a sembrar y plantar en las tierras, y las tierras conquistadas mediante la fuerza son un botín de los musulmanes y no un *waqf* en el sentido del *waqf* privado, como se ha probado y ha recogido El Juez e Ibn 'Aqīl.

a "La primera cuestión" Los jueces tienen derecho a retribución por parte del tesoro, por consenso, pero no a arrendarse sus servicios judiciales, también por consenso [...]

"La segunda cuestión". En las retribuciones de las mezquitas y mezquitas aljamas está admitido cambiar la finalidad de las mismas si se extinguieran o se considerara de mayor interés para los musulmanes la nueva finalidad. Si fuera un *waqf* o un arrendamiento, no se podría porque en el *waqf* no se puede cambiar la finalidad fijada por el fundador y el cumplimiento del contrato de arrendamiento es un deber [...] El imán puede destituir (a los cargos) tras observar que no cumplen su misión, si se tratara de un *waqf*, el imán no podría destituirlo si no cumpliera con lo dispuesto por el fundador, y eso también distingue a la retribución del *waqf* y el arrendamiento (de servicio).

Así te queda claro en estas cuestiones la diferencia entre el fundamento de la retribución, del arrendamiento y del *waqf* constituido por los reyes y sus normas son distintas.

b El camino para uso de los musulmanes no se ha de alterar su estado, porque es un *hubs* (*waqf*) en favor de los musulmanes, y el *hubs* no se transforma y el se obliga a quien se lo haya apropiado a devolver el camino al estado en el que estaba.

En esta fetua dictada por un jurista de la misma escuela, se determina que los caminos de los musulmanes tienen la consideración de *waqf* y no deben modificarse. Quien se los apropiara, tendrían que devolverlo a su estado original. Se utiliza el término como sinónimo de propiedad pública.

^a وإتفق العلماء، رحمهم الله، أن موضع الذي دفن فيه المسلم وقف عليه ما دام منه شيء ما موجوداً فيه حتى يفنى...⁶²⁶

La tumba de un musulmán sería inalienable e inviolable, un *waqf*, según el tenor literal del texto.

^b وما قال علماءنا أن ما حبسه الملوك من مال المسلمين على أولادهم أو جهة أقاربهم حرصاً على حوز الدنيا لهم، ولدرارهم، وأتباعاً لغير الأوضاع الشرعية لا يصح ولا ينفذ...⁶²⁷

En otra respuesta, un muftí prohíbe que los reyes constituyan en *waqf* los bienes de los musulmanes, cuyos beneficiarios sean sus familiares por intereses mundanos. En la siguiente, se desarrolla más esta cuestión:

^c وأعلم أن الأوقاف على المساجد والمدارس ونحو ذلك يختلف القول فيها باختلاف واقفيها، فإن كان من ملوك وكان لها على ما سموه فإذا فضل فجانر أن يصرف ذلك الفضل في غير ما سمي الواقف من المصرف من مرتب مدرس، كما سألت عنه أو غير ذلك من الوجوه على حسب المصلحة، ولا يدخل في ذلك الخلاف المعروف في أوفار الأحباس، و سبب ذلك أن الأئمة في تصرفهم وكلاء عن المسلمين، وليس للوكيل أن يتصرف إلى على وجه المصلحة [...] فإذا وقف الملوك وفقاً على جهة وكان ذلك أكثر مما تحتاجه تلك الجهة بطل الوقف بما زاد [...] أما إن كان الوقف من غير الملوك، وكانت له غلة واسعة يفيض منها كثير حتى يومن إحتياج المسجد أو الوقوف عليه ما كان إليه، ففي المذهب إختلاف في إستنفاد الزائد من غير ما سماه المحب⁶²⁸.

Al estar prohibido la constitución de bienes habices pertenecientes al tesoro, cuyos beneficiarios sean familiares o intereses particulares, por los gobernantes, en caso de fundarlos en favor de mezquitas u otros intereses públicos, también se producen particularidades: si los frutos excedieran de la necesidades para cuyo satisfacción se llevaron a cabo; ese excedente no estaría constreñido por la imposibilidad de disponer propia del régimen aplicable, en palabras del jurisconsulto, se anularía el *waqf* en lo que sobrara. Al contrario, en el supuesto de que el fundador fuera un particular, en la escuela de Medina, se produce una polémica, pues una corriente falla en mantener la voluntad del *mālikī* y proscribe aplicar el excedente en algo distinto a lo especificado por él.

^d هذه النواحي الأولى والثانية حبسها أمير الجيوش بدر المستنصر على عقبة لما كان وزيراً بالديار المصرية؛ ثم أفني الفقهاء بأن الحبس باطل، فصار مالها يحمل إلى بيت المال فينفق في مصالح المسلمين⁶²⁹.

El funcionario egipcio describe unos terrenos que fueron convertidos en *waqf* por el jefe de los ejércitos en favor de la descendencia de los visires del país. Los alfaquíes anularon el negocio jurídico y ese patrimonio fue llevado al tesoro público para ser empleado en los intereses de los musulmanes.

De estas fetuas, se extrae una diferenciación, al menos teórica, entre el patrimonio particular del rey y el tesoro público; lo cual habrá de ser tenido en cuenta en el presente estudio. Por otro,

a Y los sabios, Dios se apiaden de ellos, están de acuerdo en que el lugar en el que es enterrado un musulmán es un *waqf* a su favor, mientras permanezca algún resto de él, hasta su desaparición.

b Lo que opinan nuestros ulemas es que los *awqāf* que los reyes constituyen con los bienes de los musulmanes en favor de sus hijos o para sus parientes, con la intención de poseer en esta vida ellos y sus descendientes, persiguiendo fines no legítimos, no son válidos ni eficaces.

c Y debes conocer que los *awqāf* en favor de las mezquitas y escuelas y similares difieren la opinión en función de quién sea su fundador. Si es un rey y lo constituye en favor de lo dicho y tuviera excedente, pues sería válido emplear el excedente en algo distinto a lo dispuesto por el fundador en la propia escuela o en cualquier otro fin según interese, y no entraría en la famosa discrepancia sobre lo ahorrado en los *awqāf*. La causa de ello es que los imanes, en sus actos, son agentes de los musulmanes, y el agente no puede actuar más que en su interés [...] Si los reyes constituyeran un *waqf* cualquiera que sea la finalidad y produjera más de lo que necesitara, se anularía el *waqf* en ese excedente [...] Si el *waqf* fuera fundado por alguien que no fuera rey, y tuviera una cosecha abundante que superara en mucho lo que la mezquita o los beneficiarios necesitaran, en nuestra escuela existe divergencia en emplearlo en algo distinto a lo dispuesto por el fundador.

d Estas zonas, la primera y la segunda, fueron constituidas en *waqf* por el jefe de los ejércitos, Badr al-Muntaşir en favor de los descendientes de aquellos que han sido ministros en las tierras egipcias; luego, los alfaquíes declararon nulo ese *waqf* y sus bienes se llevaron al tesoro público para gastarse en los intereses de los musulmanes.

cierta ambigüedad, o simple polisemia, en el uso del término *waqf*: a veces aplicado a un negocio jurídico y otras como sinónimo de bien inalienable.

En este otro dictamen, se añade otro vocablo, *haram* (حرم), en cuyo origen porta el sentido de lugar sagrado y, por extensión, sitio inviolable como el recinto de una universidad al que en la actualidad se aplica también:

^a فلم أر في العقد بياناً في أمر البقعة التي ثبتت فيها الحوانيت المذكورة فيه، هل كانت ملكاً لبني فلان حبساً للمسجد أو من حرم المسجد وأبنيتها أو غير ذلك، إذ لكل وجه من هذه الوجوه حكم يختص به...⁶³⁰

En esta consulta, se le pregunta al jurista sobre unos locales de artesanos anexos a una mezquita en Ceuta. El muftí intenta averiguar en las escrituras que se conservan si los mismos fueron constituidos en *waqf* y, por tanto, la propiedad del dominio eminente correspondería al fundador, o simplemente forman parte del recinto inviolable de la mezquita u otra circunstancia; en función de cuál de las posibilidades se trate, el régimen jurídico sería diferente.

Citemos otro ejemplo de paralelismo entre el *waqf* y otros bienes públicos:

^b ... و اسوار المسلمين من مصالحهم مجراها مجرى احباسهم و أوقافهم التي لا يجوز تغييرها و لا نقلها عن مواضعها ولا هدم شيء منها و لا تغييره عن حاله المتقرر...⁶³¹

Al colocar el punto y final a los textos *mālikīes*, en esta fetua evidencia la analogía en cuanto a las murallas, como interés general de los musulmanes, en lo relativo a su inmutabilidad e indisponibilidad; el jurista asimila estas normas similares, pero no identifica los regímenes jurídicos de los supuestos.

En este momento, parémonos en otra particularidad: la competencia sobre la alta inspección (acudiendo a una terminología de hoy en día) sobre los bienes censados como *waqf*. En las líneas precedentes, los juristas han coincidido en que los bienes de *jarāy* considerados como *awqāf* son controlados por el poder político. ¿Qué ocurre con los *ahbās* de derecho privado? Este párrafo nos concreta la cuestión.

^c قال الخصاص رحمه الله (و ينبغي للقاضي أن يحاسب الأمانة على ما يجري على أيديهم من أموال اليتامي [...]) أما محاسبة الأمانة فلما روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يحاسب عماله في كل سنة، وهذا لأن القاضي يتولى حفظ أموال اليتامي والأوقاف ولا يقدر على ذلك بنفسه فلا بد أن يستعين بغيره ثم يحاسبه...⁶³²

Al analizar la labor del juez con relación a los administradores de los bienes de los huérfanos, lo asimila a los administradores de los *awqāf*. Han de controlarlos para velar por la correcta administración del patrimonio, exigiéndoles que rindan cuentas.

Si bien reservaremos un espacio para ampliar la cuestión, aludamos a otros casos de propiedad de todos los musulmanes diferentes al *waqf*:

^d 729 قال الرسول صلى الله عليه وسلم "لا حمى إلا لله ولرسوله"
قال أبو عبيد: وتأويل الحمى المنهى عنه -فيما نرى، والله أعلم- أن نُحمى الأشياء التي جعل صلى الله عليه وسلم الناس فيها شركاء، وهي الماء، والكلاء، والنار. وقد جاءت تسميتها في غير حديث ولا إثنين.⁶³³

a No encuentro en el texto del contrato ninguna cláusula sobre el asunto de la parcela en la que se han instalado los puestos mencionados, ¿son de propiedad de alguien que constituyó un *waqf* en favor de la mezquita o forman parte del recinto protegido de la mezquita (*haram*) o de sus edificios o cualquier otra posibilidad? Pues, para cada una de esas opciones existe una norma propia aplicable.

b [...] Y las murallas de los musulmanes forman parte de sus intereses y siguen el mismo destino que sus *awqāf*, en los que no está permitido su cambio de lugar, ni su demolición ni su mutación en el estado fijado...

c Al-Jaṣṣāf, Dios se apiada de él, ha dicho (el juez debe exigir a los administradores la rendición de cuentas de cuanto ocurre entre sus manos sobre el patrimonio de los huérfanos...) La rendición de cuentas porque se cuenta que ‘Umar b. al-Jaṭṭāb obligaba a sus funcionarios a rendirles cuentas una vez al año; eso porque el juez se encarga de conservar los bienes de los huérfanos y de los *awqāf* y no tiene capacidad para hacerlo por sí mismo, por eso se ayuda de otros a los que exige cuentas...

d 729. El Enviado, las bendiciones de Dios sean sobre él, dijo: “no hay prado más que para Dios y su enviado”.

Abū ‘Ubayd dijo que la interpretación de prado, del que se prohíbe apropiarse, en lo que yo veo, y Dios sabrá, son las cosas que el profeta convirtió a la gente en comunero (o socios), el agua, el pasto y el fuego, en así se denomina en varios hadices.

El autor cita un hadiz donde se clasifica los diferentes tipos de bienes jurídicamente, en este caso califica el agua, el pasto y el fuego como un bien que los musulmanes tienen en común.

Esta regulación incipiente desembocó en un proyecto de código civil otomano, basado en el derecho *hanafí*, el cual, como vimos, fue derecho vigente en Jordania hasta avanzado el siglo XX. El artículo 1045 dispone:

^aالشركة في الأصل هي إختصاص ما فوق الواحد من الناس بشيء وإمتيازهم بذلك الشيء. لكن تستعمل أيضاً عرفاً وإصطلاحاً في معنى عقد الشركة الذي هو السبب لهذا الإختصاص. فذلك تقسم الشركة بصورة مطلقة إلى قسمين. أحدهما: شركة الملك، وتحمل بسبب من أسباب التملك كالشراء والإتهاب والثاني: شركة العقد، وتحصل تلايجاب والقبول بين الشركاء. وتأتي تفصيلات القسمين في بابها المخصوص، ويوجد سوى هذين القسمين شركة الإباحة، وهي كون العامة مشتركين في صلاحية التملك بالأخذ والإحراز للأشياء المباحة التي ليست في الأصل ملكاً لأحد كالماء.⁶³⁴

El artículo utiliza un término que se suele traducir por sociedad, aunque el texto legal la emplea para situaciones denominadas en la tradición jurídica de raíz latina española como comunidad de bienes (problema ya aludido). En concreto, no centramos en los tipos que se describen: la comunidad o sociedad sobre la propiedad de los bienes, surgidas de una venta o donación y el contrato de sociedad. A esta doble ordenación, agrega un tercer supuesto: la comunidad por permiso, es decir, aquellas cosas como el agua en la que la totalidad participa en su apropiación para tomar y poseer. Esta última clase será completada por lo dispuesto en los artículos 1234 y siguientes⁶³⁵. Destaquemos lo dispuesto en el número 1154:

^bيجوز لكل أحد الإنتفاع بالمباح، لكنه كشروط بعدم الإضرار بالعامّة⁶³⁶.

Se permite a todos, siempre que no dañe a la comunidad, aprovecharse de lo que está permitido.

Estos últimos textos, nos aportan una pista sobre la naturaleza de las propiedades en común, se denominen sociedades o comunidades de bienes. Así, si las tierras conquistadas por la fuerza pertenecen a todos los musulmanes, se trata de una propiedad en común. Mas, si, incluso en fechas tan tardías, continúa su asimilación con la comunidad de bienes, desde el punto de vista dogmático (en su acepción relacionada con el derecho), se ha dejado pasar una oportunidad para convertir a la *umma* en un sujeto de derecho distinto al ser humano. En su momento, cerraremos este elemento de nuestra tesis.

Una vez recopilados una selección de fragmentos representativos de las diversas corrientes jurídicas, hemos de presentar nuestro examen:

Primeramente, queda patente que en el *fiqh* la división del dominio determina toda regulación relacionada con la propiedad que, como se evidencia en uno de los textos, se clasifica en cuatro posibilidades: dominio directo y útil conjuntamente (también se podría traducir como *nuda* propiedad y usufructo), ambos por separado y, en cuarto lugar, el derecho a aprovecharse de un bien (en abstracto). Este último género es complicado de deslindar de un usufructo o un dominio directo: trataremos de clarificarlo en su momento.

Seguidamente, tenemos que dejar de lado aquellos supuestos en los que la conquista, mediante el reparto entre los conquistadores o porque la población nativa conserva la propiedad plena de las tierras, supone mantener o crear ex novo una situación de dominio privado habitual y el *jarāy* se reduce a un impuesto territorial con su propia regulación según las circunstancias.

Pongamos nuestro interés en los casos en los que los alfaquíes identifican el *jarāy* con el *waqf*. Algunos autores, y nos hemos referido a ello, destacan la falta de precisión en las fuentes para diferenciar el *waqf* de un dominio público. Alejandro García Sanjuán lo atribuye a la

a La sociedad en su origen es la singularización de algo en más de uno y su exclusividad en ello, pero se emplea también, por costumbre y como término técnico, en el sentido de contrato de sociedad que es la causa de esa concreción. La sociedad, de forma absoluta, se divide en dos. Y se admite en cualquiera de las causas de obtener la propiedad, como la compraventa, la donación; y la segunda; sociedad por contrato, que se perfecciona con la oferta y la aceptación entre los socios. Y se verán las particularidades de cada una en su capítulo correspondientes. Y existe una más de estos dos tipos, la sociedad en lo permitido, que se da cuando todos son copartícipes en la posesión y la apropiación de las cosas que permitidas que, en origen, no son propiedad de nadie.

b Cualquiera puede aprovecharse de lo permitido, pero con la condición de no dañar a la comunidad.

indisponibilidad de los bienes en ambos supuestos y a que la consideración del fundador del *hubs* como propietario, aún después de muerto, es pura entelequia. Precisamente esta entelequia jurídica, no únicamente en la escuela *mālikī*, sino en la propiedad de los bienes cualquiera que sea la opción que fije cada escuela, da la clave para distinguirla. Quizás, desde un punto de vista histórico o sociológico no se aprecia el alcance de este hecho, que no se limita a una discusión bizantina, sino que provoca consecuencias prácticas palpables. Hemos fijado a modo de convención inicial hasta concluir una definición, a grandes rasgos, que el *waqf* es una especie de fundación, mediante la cual un sujeto vincula un patrimonio a la realización de unos bienes fijados por él, extrayéndolos del comercio de los hombres. ¿Es el *jarāy* una fundación de derecho público? Dar una respuesta es nuestra misión en este momento.

El *hubs* ordinario requiere una declaración de voluntad por parte del fundador. En algunas escuelas, como en la *ḥanafī*, se requiere que el gobernante elija entre el reparto o la creación de un *waqf* y esa decisión se tiene como la declaración de voluntad fundacional. En las otras escuelas, el carácter de *hubs* se adquiere por hechos objetivos, sin mediar una intención expresada exteriormente de ningún ser humano: el modo por el que se incorporan las tierras, ya sea mediante pacto, con sus cláusulas propias, o militarmente. Ahora bien, el rey, califa o sultán están facultados para constituir *awqāf* con bienes de su patrimonio particular (sin cortapisas) o pertenecientes al tesoro, en cuyo caso únicamente pueden ser beneficiarios los intereses generales de los musulmanes, como mezquitas, escuelas, obras públicas, etc. Está documentado el uso de esta institución para sufragar servicios públicos⁶³⁷, tanto mediante la iniciativa privada, como pública⁶³⁸. Estos *aḥbās* ordinarios cuyo fundador es un gobernante no acarrearán ningún gravamen impositivo para nadie. Eso sí, si se trataran de tierras, habrían de ser explotados mediante arrendamiento. En caso del *jarāy*, el gobernante tiene el derecho que le confiere actuar como representante del conjunto de los musulmanes, un poder de origen divino como sucesor de Muḥammad; con esta facultad general, su deber es velar por los intereses generales. Por el contrario, el administrador (ya lo comprobaremos) de un *waqf* recibe un nombramiento particular⁶³⁹ por parte del fundador (o, a veces del juez), con una capacidad muy reducida de actuar, ceñido a unas instrucciones más o menos precisas. En las tierras de *jarāy*, el rey, sultán, califa o imán es libre de aplicar las rentas obtenidas en aquellos que estime más conveniente, con un criterio de oportunidad. Al contrario, el administrador del bien, incluso recayendo el cargo sobre un gobernante, ha de cumplir el mandato realizado en el acto fundacional por la persona que constituyó la fundación. En consecuencia, entre las escuelas sunníes ortodoxas es objeto de disputa que las tierras de *jarāy* se creen mediante una declaración de voluntad o sea consecuencia de elementos fácticos ajenos a las personas, con preeminencia de esta última tendencia. Además, el papel del detentador de la autoridad difiere al tratarse del *waqf* normal o del relacionado con el *jarāy*. Este primer criterio inclina la balanza hacia considerar estas tierras como aquellas que son incorporadas, mediante un acto específico o por la naturaleza de su anexión, al dominio público de todos los musulmanes, frente a su consideración como una fundación, patrimonio destinado a un bien. En la actualidad, el derecho público ha delimitado con precisión estos conceptos: bienes demaniales por naturaleza (artículo 132 de la Constitución española de 1978) y los que lo son por decisión de la ley (punto 2 del mismo), entre lo que se declaran así mediante un acto administrativo especial (artículo 65 y ss. de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). Obviamente, en el estadio histórico-jurídico en el que nos encontramos, no se ha de exigir esa exactitud técnica. No obstante, parece que el *jarāy*, tanto si se origina por una decisión de la autoridad o por el modo de incorporación, viene a cumplir la misión de etiquetarlas como de dominio de todos los musulmanes y, por tanto, inalienable, imprescriptible e inembargable. Tres propiedades que, en mayor o menor medida, comparte con los patrimonios convertidos en *awqāf*. Y ahí la confusión reseñada por el profesor García Sanjuán.

Fijémonos ahora en un aspecto, algo desdeñado por los no juristas, pero de vital importancia para conocer el régimen jurídico aplicable, y, consecuentemente, de los efectos prácticos que se

derivaran sobre la vida de las personas afectadas: no es otro que la propiedad de las tierras de *jarāy* y de los bienes habices.

De los textos de los que nos hemos valido, se deriva sin asomo de duda que las tierras de *jarāy* a las que se aplica la etiqueta de *waqf* son propiedad de todos los musulmanes; en este punto no existe corrientes divergentes; los miembros de las comunidades, que por decisión del imán o por un acuerdo, las explotan disfrutan de un derecho real, sea usufructo o dominio directo; en contrapartida pagarán el *jarāy*. En su momento, nos detuvimos en esta misma cuestión con relación al *waqf*: propiedad del fundador aun después de fallecido, de Dios, de los beneficiarios o, incluso, careciendo de propietario; estas eran las distintas soluciones ofrecidas por los alfaquíes de las diferentes doctrinas ortodoxas. No se trata de una cuestión baladí. El propietario en ambas instituciones es distinto; tan solo se aprecia cierta equivalencia entre una corriente dentro de las escuelas *hanbalī* y *šāfi'ī*, quienes ubican la titularidad en los beneficiarios. En cierta medida, todos lo musulmanes se benefician de las tierras de *jarāy*; en el caso del *waqf*, los mismos están más concretados. La relevancia estriba en las facultades del administrador en cada caso. El gobernante, como agente de la comunidad de los creyentes, posee unas facultades mucho más amplias: decide en cada momento el destino de los beneficios obtenidos de la explotación de las tierras, sin cortapisas más allá del interés general de la *umma* que él puede definir en cada momento; es así porque el *jarāy* se incorpora al tesoro público, como se explicita en los textos. El administrador del *hubs*, nombrado por quien lo constituye o, subsidiariamente, por un juez, nunca por el imán, ha de ceñirse a las instrucciones recibidas en el acto de fundación o las reglas interpretativas y supletorias que los juristas han ido creando. En el caso de la escuela *mālikī*, este margen estrecho de maniobra dimana de una lógica jurídica más robusta: el constituyente mantiene la propiedad del bien habiz. La entelequia, un hito en el camino hacia la personalidad jurídica, adquiere su pleno sentido.

La gestión y control de ambos tipos de *waqf* igualmente marca una clara frontera entre ellos: el *jarāy* corresponde al imán o al titular del poder político y en el *hubs* ordinario recae en el juez. En principio, representa un rasgo diferenciador entre propiedad pública y privada, pero, se probará en su momento y también se desprende de la diferenciación que estamos estableciendo entre ambas figuras.

En cuanto al derecho que asiste a los beneficiarios, en el caso del conjunto de los musulmanes sobre las tierras de *jarāy* se ha de deducir, ante el silencio de las fuentes, que es nulo; su papel no sobrepasa una dudosa función en la elección del imán. Obviamente, si son una fuente de ingresos y con ellos se construyen puentes o mezquitas, se ven positivamente afectados. En el caso del *waqf* ordinario, ya lo analizaremos, son acreedores de una renta, un derecho de habitación, etc. derechos subjetivos concretos. También se puede utilizar el producto para construir mezquitas o puentes, pero en este caso, la posición jurídica de estas obras públicas es la de beneficiario.

Tanto las tierras de *jarāy* como los *aḥbās* privados suelen ser explotados mediante arrendamiento. Ahora bien, los arrendadores de las tierras de *jarāy*, como hemos visto, disponen de facultades amplísimas: transmisión *mortis causa e inter vivos*, donación e incluso constitución de un *waqf* sobre su derecho: algo impensable para un arrendatario ordinario, donde además, los jurisconsultos prohíben los arrendamientos a largo plazo, en la escuela *mālikī* se fija un máximo de tres años⁶⁴⁰. Mientras, el detentador de las tierras de *jarāy*, tal y como se desprende de los textos, parece que asegura una posición vitalicia, transmisible a sus herederos. Los textos, a la hora de referirse a la contraprestación del arrendador emplean el término de renta, aunque con particularidades.

En consecuencia, de las razones expuestas, como reconoce una jurista *hanbalī*, escuela especialmente insistente en denominar *waqf* a las tierras de *jarāy*, cuyo fragmento hemos recopilado, tenemos delante dos instituciones diferentes. En nuestra opinión, el *waqf* ordinario es anterior a la regulación jurídica del *jarāy* (siguiendo a Cahen y alguna que otra fuente a la que hemos hecho mención)⁶⁴¹ y, aprovechando la indisponibilidad e inalienabilidad, propias del instituto, tomaron prestado el término. Hay que incidir en el significado de la palabra *waqf*, una raíz

de tras consonantes que tiene el sentido, entre otras acepciones, de detener, tal como aparece en el diccionario de Federico Corriente; es decir, se paraliza la inclusión del bien en el tráfico jurídico. Asimismo, la otra palabra empleada *hubs* o *hubūs*, denota retención o incluso se utiliza para la detención en un calabozo (ambas aparecen indistintamente en los textos). El hadiz del profeta que, tanto los juristas árabes como algunos arabistas, está detrás de su reglamentación reza:

^a أخبرني عمر بن حبيب القاضي عن عبد الله بن عون بن ناف عن ابن عمر أن عمر بن خطاب قال "يا رسول الله إن أصبت مالاً من خير لم أصب مالاً قط أعجب إلى أو أعظم عندي منه" فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إن شئت حبست أصله وسببت ثمره"⁶⁴².

El dicho de Muḥammad que da cobertura legal a la institución señala que se ha de retener el bien raíz y liberar sus frutos.

El puerto al que llegamos es el de calificar el *waqf* que nace de la conquista como una propiedad especial que, en cuanto pública, es indisponible. La actuación del imán para la escuela *ḥanaḥī* supondría un primitivo antecedente de la afectación. La calificación como bien demanial en las otras escuelas tendría lugar como producto de la forma de incorporación. Creemos que se trata de dos instituciones jurídicas con rasgos propios que, por hallarnos en una fase inicial del desarrollo del *fiqh*, se suelen entremezclar en las obras de los jurisconsultos, si bien, los propios alfaquíes destacan sus diferencias, como hemos comprobado. Además, los juristas, en sus obras, le dedican capítulos diferentes y nunca las tratan conjuntamente. El *waqf* ordinario es el cimiento normativo sobre el que se construye el régimen jurídico de las tierras de *jarāy*. En ningún caso, se instaura un conjunto patrimonial con un régimen especial, no referido en exclusividad a su explotación o disposición, ni con una administración específica, ni una finalidad concreta ni son centros de imputación de obligaciones y derechos; todas estas son características que, con mayor o menor intensidad, se encuentran en el *waqf* privado.

Sin embargo, todas estas páginas dedicadas al *jarāy* son un soporte de nuestra teoría sobre la vocación patrimonial y no personal, objetiva y no subjetiva, de la *Šarī'a*, donde los bienes son aglutinados con cierta frecuencia por el *fiqh*: *awqāf*, caudal hereditario, patrimonio del desaparecido, quiebra, etc. al objeto de regularlos conjuntamente. Por el contrario, de las agrupaciones de personas se suelen extraer pocas consecuencias jurídicas frente a terceros. Aunque hemos descartado la personificación de este tipo de tierras, sí creemos que los territorios ocupados a través de operaciones militares son objeto de agrupación y reglamentación especiales, a los que les faltaría el componente de ser sujetos de relaciones jurídicas, pues dicho protagonismo, según constataremos, corresponde al tesoro público. Así, en algunos registros, a efectos tributarios, se aglutinan algunas propiedades bajo la titularidad de un monasterio, iglesia o mezquita⁶⁴³.

Al establecer una cierta correlación entre las entidades eclesiásticas, que disfrutaban de una personalidad jurídica embrionaria, acudíamos a la obra de un jurista egipcio que vivió en el siglo XX, quien aportaba una lista de los derechos de Dios⁶⁴⁴. Como parte integrante de la misma, calificaba al *jarāy* como cargas que son parecidas a castigos (مؤونة فيها شبهة العقوبة كالخراج). Comparte esa condición de hacer sentir la subordinación a la autoridad de los musulmanes de los que no lo eran con la *yizya*, o impuesto personal. Se trata de unos ingresos, obtenidos en principio de las comunidades no islámicas, pero que, a diferencia del tributo sobre las personas, se desligó pronto, en la mayoría de los casos, de la religión del obligado, para unir su destino al carácter de la anexión de los terrenos; unas obligaciones vinculadas a los bienes, con independencia de su titular.

Detengámonos en otros dichos, en este caso de uno de los primeros cuatro califas, de cuya actuación parte el desarrollo de los preceptos aplicables:

a El juez 'Umar b. Ḥabīb me ha informado, a través de 'Abd Allāh b. 'Awn b. al-Nāfī b. 'Umar que 'Umar b. Jaṭṭāb dijo: "Enviado de Dios, ¿si me toca un bien de *Jaybar* que no hubiera otro que me agradara más? El Enviado de Dios, sus bendiciones sean sobre él, dijo: Si lo deseas, retén su raíz y libera sus frutos".

2334^a - أخبرنا عبد الرحمن عن مالك، عن زيد بن أسلم، عن أبيه قال: قال عمر رضي الله عنه: لو لا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبي، صلى الله عليه و سلم، خبير⁶⁴⁵.

Similares relatos aparecen en los números 3125, 4235 y 4236.

El califa ‘Umar b. al-Jaṭṭāb explica su decisión de no proceder al reparto de las tierras entre sus soldados en asegurar ingresos para las generaciones futuras de todos los musulmanes. Ese afán de eternidad también lo comparte con el *waqf*, junto a la indisponibilidad e inalienabilidad del bien raíz, sin dar un paso más, quedándose en un tipo especial de propiedad en el conjunto de bienes de *bayt al-māl* o tesoro.

للقاضي بدر الدين بن جماعة في الأمور التي هي أصول بيت المال:
جهات أموال بيت المال، سبعتها في بيت شجر حواها فيه كاتبه
خمس وفيء/ خراج، جزية، عشر وإرث فرد، ومال ضل صاحبه⁶⁴⁶

Se recogen (en forma de verso) los siete tipos de ingresos que corresponden al tesoro público, según el juez Badr al-Dīn b. Yam ‘a: el quinto sobre los dos tipos de botín (*ganīma* y *fay’*), el *jarāy*, la *ḡizya*, el diezmo, la herencia vacante y los bienes que “*ha perdido a su dueño*”. Esta última expresión es una muestra del matiz objetivo que siempre se observa en el *fiqh*.

2.6 *Al-futūhat*. La conquista de tierras, propiedad y reparto. *Al-lqṭā’*.

Con una menor repercusión en el objeto de nuestro estudio, el reparto de tierras también ha de tener algunas líneas que lo analicen, en especial, en cuanto a su vinculación con los patrimonios singularizados y su incidencia en el concepto de bien público islámico.

293^c قال أبو عبيد. لهذه الأحاديث التي جاءت في الإقطاع وجوه مختلفة، إلا أن حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي ذكرناه {في عادي الأرض} هو عندي مفسر لما يصلح في الإقطاع من الأرضين، لما لا يصلح. والعادي كل أرض {كان} لها ساكن في باد الدهر، فإنقرضوا فلم يبق منهم أنيس، فصار حكمه إلى الإمام، وكذلك كل أرض موات لم يحيها أحد. ولم يملكها مسلم ولا معاهد، وأياها أراد عمر بكتابه إلى أبي موسى: "إن لم تكن أرض جزية ولا أرضاً يجز إليها ماء جزية فأقطعها إياها". فقد بين أن الإقطاع ليس يكون إلا فيما ليس له كذلك. فإذا كانت الأرض كذلك فأمرها إلى الإمام. لهذا قال عمر. "لنا رقاب الأرض"⁶⁴⁷.

El alfaquí explica los diferentes hadices de Muḥammad recopilados en su libro sobre el reparto de tierras. Para él, el imán ha de resolver sobre las que carecen de propietario, pues nadie ha querido ponerlas en explotación, a través de su reparto. Termina el párrafo, con una cita del califa ‘Umar sobre el supuesto: “nuestros son los esclavos de la tierra”. La tierra se entregaría en propiedad, pero los siervos vinculados a ella se adquieren por los musulmanes.

a 2334: ‘Abd -l-Raḥmān me ha informado a través de Mālik, a través de Zayd b. Aslam, a través de su padre: ‘Umar, Dios está satisfecho de él, dijo: si no fuera por el último de los musulmanes, no hubiera conquistado ninguna aldea sin que la repartiera entre los conquistadores, como el profeta de Dios, las bendiciones sean sobre él, hizo en *Jaybar*.

b Esto es del juez Badr al-Dīn b. Yamā ‘a sobre los ingresos del tesoro:

En un verso aislado que su autor quiso poner los ingresos del tesoro; son siete: el quinto, el botín, el *fay’*, el *jarāy*, la *ḡizya*, el diezmo, la herencia vacante y el bien que ha perdido a su propietario.

c 293 Abū ‘Ubayd ha dicho: estos dichos sobre el reparto tienen varios aspectos; sin embargo, el hadiz del Profeta, las oraciones y bendiciones de Dios sean sobre él, al que nos hemos referido (sobre las tierras ordinarias), para mí, es la clave que explica lo que es válido en el reparto de tierras y lo que no lo es. Lo normal es que toda tierra, habitada a lo largo del tiempo y cuya población se extingue, su régimen jurídico depende del imán; asimismo toda tierra baldía que no es explotada por nadie, ni es propiedad de ningún musulmán o ninguna gente del pacto. Así lo quiso ‘Umar en su carta a Abū Mūsā: “si es una tierra de *ḡizya* ni una tierra en la que discurra agua de *ḡizya*, repártela”. Así, muestra que el reparto no se da más que cuando es de esa manera. Si la tierra fuera así, se elevaría la decisión al imán. Por eso ‘Umar dijo: “son nuestros los siervos de la tierra”.

^aقال القاضي في الأحكام السلطانية الأصل في بغداد أنها وقف وقد تداولتها أيدي السلاطين وغيرهم بالبيع والإقطاع ورفع أيدي القوم الذين أقرهم فيها بالخراج...⁶⁴⁸

Como curiosidad, el jurista hace hincapié en la condición original de *waqf* de la ciudad de Bagdad, aunque apostilla que los sultanes y otros gobernantes dispusieron de ella mediante compraventa, repartos y remoción de las personas que las explotaban mediante el *jarāy*.

^bفلم يخل ذلك من أحد الوجهين، إما أن يكون ملك به القوم الذين قد ثبتت حرمة بثمار أراضيهم، و الأرض ملك للمسلمين. أو يكون جعل ذلك عليهم، كما جعل الخراج على رقابهم، ولا يجوز أن يكون الخراج يجب إلا فيما ملكه لغير أخذ الخراج⁶⁴⁹.

El jurisconsulto de la escuela *hanafī*, fundamentando con los dichos del profeta las tesis de su escuela sobre la propiedad de los esclavos asignados a los fundos, afirma que en las tierras del *jarāy* hay dos posibilidades: o bien sus habitantes, cuya inviolabilidad es certificada a cambio de los frutos de sus tierras, adquieren su propiedad con el pago del impuesto y la tierra es de los musulmanes, o, por el contrario, se les grava con él de la misma manera que a los esclavos de estos, pues no se permite que el *jarāy* se deba más que por lo que se adquiere sin tomarlo; es decir, los esclavos pertenecen a quienes explotan la tierra a cambio del *jarāy* o, por el contrario, tendría que gravarlos en el mismo sentido que grava a los esclavos de los fundos (para que sus personas sean inviolables), pues este impuesto no se puede imponer más que sobre lo que se es propietario antes de su recaudación.

^c فقال الرسول صلى الله عليه وسلم "فلم ابتعثني الله إذأ؟ إن الله لا يقدر أمة لا يؤخذ للضعيف فيهم حقه" (قال الشافعي) في هذا الحديث دلائل. منها أن حقاً على الوالي إقطاع من سألته القطيع من المسلمين...⁶⁵⁰

Uno de los fundadores de la ciencia de *fiqh*, al-Šāfi ī, legitima la potestad del gobernante para otorgar reparticiones de tierras entre los musulmanes.

Seleccionemos los pasajes más relevantes del capítulo que al-Māwardī dedica al reparto de tierras, en su obra sobre los preceptos del poder del sultán, una de las escasas aproximaciones jurídicas musulmanas a la regulación del ejercicio del poder:

^dإقطاع السلطان مختص بما جاز فيه تصرفه ونفذت فيه أوامره، ولا يصح فيما تعين فيه مالكه و تميز مستحقه. وهو ضربان: إقطاع تملك، و إقطاع إستغلال.

a El Juez, en sus Normas del Sultán, dijo que, en origen, Bagdad es un *waqf* que se ha transmitido entre los sultanes y demás mediante venta, reparto y se ha quitado de las manos en la que fueron depositadas a cambio del *jarāy*.

b En esto no hay más que dos posibilidades: que sea propiedad del pueblo al que se aseguró su inmunidad con los frutos de sus tierras, siendo estas de propiedad de los musulmanes, y gravando con el *jarāy* a sus siervos, pues no es lícito el *jarāy* sobre otra cosa que no sea susceptible de propiedad sin tomar el *jarāy*.

c El enviado de Dios, sus bendiciones recaigan sobre él, dijo: “¿para qué me envió Dios entonces? Dios no santifica a un pueblo que no dé al débil su derecho. (Dijo al-Šāfi ī) en este hadiz hay argumentos, entre ellos, que el gobernante posee el derecho de realizar el reparto a aquel musulmán que se lo pida.

d El reparto del sultán está limitado a aquello sobre lo que es lícito su disposición y sus órdenes son ejecutivas; no es válido cuando el propietario está determinado y especificado su derecho. Sería de dos tipos: reparto de la propiedad y reparto de explotación. El de propiedad se divide la tierra repartida en tres tipos: baldía, habitada y de minerales [...]

En cuanto a la habitada, sería de dos tipos:

Uno de ellos: en aquella cuyo propietario está determinado el sultán no tiene prerrogativa ninguna más allá de los derechos que sobre la misma tenga el tesoro [...]

El segundo: lo que haya sido reservado al tesoro tras la conquista de los países [...] En esta clase de la habitada no está permitido el reparto del dominio directo (o *nuda* propiedad) porque, por su reserva al tesoro, se ha convertido en propiedad de todos los musulmanes; sobre ella rige el régimen propio del *waqf* perpetuo; su explotación se convierte en el bien sobre el que recaen sus derechos [...]

El apartado segundo de la habitada: la tierra de *jarāy* cuyo reparto de propiedad del dominio directo no es lícito porque sería de dos tipos: el dominio útil sería un *waqf* y el *jarāy* su renta: el reparto de un *waqf* no es válido, ni su venta, ni su donación; el otro: el dominio directo sería propiedad y el *jarāy* sería una *īzaya*, pues no se puede repartir una propiedad propia propietario está determinado. En cuanto al reparto del *jarāy* nos referiremos al hablar del reparto de explotación.

El tercer tipo: aquellas cuyos dueños han fallecido y no existe heredero por cuota legal o parentesco, que se transmitiría al tesoro como herencia de todos los musulmanes, empleada en sus intereses [...]

En cuanto al reparto de explotación, es de dos tipos: diezmo y *jarāy*.

No es válido el reparto del diezmo [...]

En cuanto al *jarāy*: su régimen jurídico varía en función del beneficiario del mismo [...]

Si es a favor de los trabajadores de la *zakāt*, no sería válido.

Si fuera a favor de los empleados por intereses diversos que no tienen un salario establecido, no sería válido [...]

قأما إقطاع التملك تنقسم فيه الأرض المقطعة ثلاث أقسام: موات/ وعامر ومعادن. [...]

أما العامر فضربان:

أحدهما: ما تعين مالكة فلا نظر للسلطان فيه إلا ما يتعلق بتلك الأرض من حقوق بيت المال [...]

والضرب الثاني من العامر: ما لم يتعين مالكوه، ولم يتميز مستحقوه، وهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما إستطفاه لبيت المال من فتوح البلدان [...]. وهذا النوع من العامر لا يجوز إقطاع رقبته لأنه صار بإصطفائه لبيت المال

ملك لكافة المسلمين، فيه يجري على رقبته حكم الوقوف المؤبدة، وصار إستغلاله هو المال الموضوع في حقوقه [...]

والقسم الثاني من العامر: أرض الخراج فلا يجوز إقطاع رقابهم تملكاً لأنها تنقسم على الضريين: يكون رقابهم وقفاً وخراجها

أجرة، فتملك الوقف لا يصح بإقطاع ولا ببيعة ولا هبة. وضرب يكون رقابها ملكاً وخراجها جزية، فلا يصح إقطاع مملوك تعيين

مالكوه، فأما إقطاع خراجها فنذكره بعد في إقطاع الإستغلال.

والقسم الثالث: ما مات عنه أربابه ولم يستحقه وارث بفرض ولا تعصيب فينتقل إلى بيت المال ميراثاً لكافة المسلمين مصروفاً في

مصالحهم [...]

أما إقطاع الإستغلال فعلى ضربين: عشر وخراج.

فأما العشر فأقطاع لا يجوز [...]

فأما الخراج: فيختلف حكم إقطاعه باختلاف حال مقطعه [...]

أن يكون من أهل الصدقات، فلا يجوز [...]

أن يكون من أهل المصالح ممن ليس له رزق مفروض، فلا يصح [...]

أن يكون من مرتزقة أهل الفياء و فرضية الديوان، و هم أهل الجيش، وهو أخص الناس بجواز الإقطاع [...]⁶⁵¹

Al no versar nuestra investigación sobre el origen de la concesión en el derecho islámico, hemos omitido un interesante apartado sobre la minería. Se resumen las potestades del gobernante en cuanto al reparto de los bienes del estado de la siguiente manera:

Existen dos tipos de reparto: demanial (el imán traspassa la propiedad al beneficiario) y de explotación (el objeto se limita a los frutos).

La primera se produce por ser bienes sin dueño en zonas inhabitadas (el objeto del negocio jurídico es la propiedad plena). En zonas habitadas en las que hay terrenos sin titular, se distinguen tres supuestos: se reserva como propiedad del tesoro aquellas tierras conquistadas (el dominio directo o *nuda* propiedad no se puede repartir, únicamente el usufructo o el dominio directo, pues con esta reserva el dominio eminente se convierte en propiedad de todos los musulmanes, aplicándose la norma del *waqf* eterno), cabría el reparto de sus frutos. Algo similar ocurre con la tierra de *jarāy*, donde ese dominio directo, al convertirse en *waqf*, no puede ser objeto de disposición por reparto, venta o donación, y el *jarāy* sería su renta; otra posibilidad sería que el dominio directo perteneciera a sus habitantes y el *jarāy* adquiriera naturaleza de *yizya*, no se podría repartir por estar determinado su propietario (el reparto de explotación del *jarāy* se permitiría a los miembros del ejército). La última clase de reparto de dominio sería el de las herencias vacantes, que se convierten en propiedad del tesoro como herencia en favor de todos los musulmanes, empleada en su interés.

En cuanto al reparto (utilizamos este término más cercano al original árabe que el de concesión, más actual) de su explotación, en sus dos tipos (de diezmo y de *jarāy*) solo se permite en este último en favor de militares.

Por último, algunas crónicas sobre las conquistas refieren ejemplos históricos, no siempre clasificables por los datos aportados, en algunos de los regímenes jurídicos aplicables construidos por los juristas.

Si fuera a favor de los beneficiarios del *fay'* y de las obligaciones del diván, los soldados, son las personas específicas a favor de las cuales sería válido el reparto [...]

^aوحدثني أبو مسعود عن [...]، قال. إنبتقت البثوق أيام الحجاج فكتب الحجاج إلى الوليد بن عبد الملك يعلمه. أنه قدر لسدها ثلاثة آلاف الف درهم فأستكثرها الوليد، فقال له مسلمة بن عبد الملك: أنا أنفق عليها على أن تقطعني الأرضين المنخفضة التي يبقى فيها الماء بعد أنفاق ثلاثة آلاف الف درهم يتولى إنفاقها ثقتك ونصيحتك الحجاج فأجابته إلى ذلك فحصلت له الأرضون من الطساسيج متصلة فحفر السببين وتآلف الأكرة والمزارعين وعمر تلك الأرضين والجأ الناس إليها ضياعاً كثيرة للتغرز به. فلما جاءت الدولة المباركة وقبضت أموال بني أمية أقطع جميع السببين داود [...].، ثم إبتيع ذلك من ورثته بحقوقه وحدوده فصار من ضياع الخلافة⁶⁵².

El historiador nos narra el reparto de tierras tras la conquista de unas zonas en Iraq a un jefe militar que aportó una cantidad de dinero que se precisaba. Tras la toma del poder por los abasíes (a cuyo estado el autor, en una clara intención adulatoria, califica de bendito), estos se apoderan de los bienes y los venden a los herederos de los anteriores beneficiarios.

^bقطيعة الخراج. كان يوجب عن ذلك إلى آخر سنة سبع وخمس مائة عن كل فدان واحد ثلاثة أرباب؛ ثم تقرر عند المساحة في سنة اثنين وسبعين. خمس مائة أرددين ونصف؛ هذه قطيعة الديوان؛ ومن القدن ما يباع، ومنه ما يزرع مشاطرة⁶⁵³.

Se fijan en las tierras repartidas el importe que se ha de abonar por el impuesto en función del tipo de cultivo, en este caso, el trigo, pero en las páginas siguientes prosigue con las plantaciones principales del país.

^cإذا كان جندي مقطع ناحية لسنة ثمان وثمانين وخمس مائة مثلاً، وله فيها قصب سكر، وأقطعت تلك الناحية لغيره لإستقبال سنة وثمانين وخمس مائة، كان المقطع الأول أن يسقى قصبه، ويخلي الأرض منه، إن كان خلفه في عاشر طوبه، وإن كان رأساً عاشر بشنس، وإن لم يسقى للمقطع الأول خلفته وسقاها الثاني كانت له، لأن الأول نزل عن خدمتها، ومتى إنقضى أحد الأجلين والأرض مشغولة به وجب العقر للمقطع الثاني، وهو عن كل فدان دينارين وخمسة قراريط، ضريبة مستمرة، وقطيعة مستقرة...⁶⁵⁴

En este régimen sobre los repartos en una obra sobre las normas que rigen el diván, el registro de tierras, en una época posclásica del derecho islámico, vemos una serie de patrones que conviene resaltar: los beneficiarios de los repartimientos suelen ser soldados, personas capaces de defender esas tierras, en este caso se trata de un reparto a corto plazo; por último, se deduce que el régimen jurídico se parece a un arrendamiento, una concesión de la explotación de las parcelas a cambio de un impuesto.

Un par de páginas más adelante, cuantifica el montante del impuesto que grava a estos repartos y nos aporta información sobre la personalidad de los beneficiarios:

^dالأجناد من الأتراك و الأكراد والتركمان دينارهم الإقطاعي دينار واحد كامل جندياً...⁶⁵⁵

Los soldados en este período del Egipto *ayyūbī* son turcos, kurdos o turcomanos, y cuando se les dan tierras en reparto, han de abonar un dinar (unidad de medida de peso y no moneda) completo por cada uno.

La *Šarī'a* cataloga los bienes según diversos criterios; en lo que nos atañe en estos momentos, en cuanto botín en bienes tomados por la fuerza y sin combate, *ganīma* y *fay'* cada tipo

a Y Abū Mas'ūd me habló de [...] que se produjeron inundaciones en los días de al-Ḥaŷŷāy, así que escribí a al-Walīd b. 'Abd-l-Mālik para informarle. Destinó a combatir las tres mil dirhams. Al-Walīd lo consideró excesivo y le dijo Maslama b. 'Abd-l-Mālik: yo lo sufrago los tres mil a cambio que me des como reparto las tierras bajas, que permanezcan anegadas, el dinero se empleará bajo la autoridad, con tu visto bueno y consejo, de al-Ḥaŷŷāy. Consiguí las tierras de al-Ṭasāsiy. Las excavó y creó granjas y las hizo habitable y la gente se refugiaron en ellas. Llegó el Estado Bendito y se apoderó de los bienes de los Banū Ummyya y recibió Dāūd las granjas [...] después se vendieron por sus herederos y se transmitieron por herencia con sus derechos y límites, perdiéndose para el califato.

b El reparto del *jarāy*. Se debe hasta el fin del año quinientos siete de cada *fiddan* y uno por cada tres *arāb*. Después se confirma por la superficie en el año quinientos setenta y dos en *ardayn* y medio. Este es el valor del diván. En *al-qadan* se da lo que ha sido vendido y lo que se siembra por turnos.

c Si un soldado fuera el beneficiario de un repartimiento para el año quinientos ochenta y ocho (de la hégira) por ejemplo, y tuviera caña de azúcar, y se repartiera esa tierra en favor de otro para el año quinientos ochenta y nueve; el primer beneficiario debe regar la caña y librar la tierra de ella; si hubiera algún resto el día diez del mes de tuba (mes copto), y si hubiera brotes el día diez de *bašnas*, y no lo hubiera regado el primer beneficiario y sí el segundo, sería de él, porque el primero ha abandonado su cultivo; y al cumplirse cualquiera de los dos plazos continuando la tierra ocupada, el contrato se debe al segundo beneficiario, y por cada *fidān* (unos cuatro mil doscientos metros cuadrados), un dinar (en el texto parece que se refiere a un medida de peso y no a una moneda) y cinco *qarārīt* (unos doscientos treinta y cuatro miligramos cada *qarārīt*), como un impuesto permanente y un reparto estable...

d Los soldados turcos, kurdos y turcomanos su reparto es a cambio de un dinar completo por cada soldado.

con su propia regulación, con variantes según las escuelas; asimismo, también en función de su titular: musulmán o no, que estarán gravados con un impuesto u otros, pero siempre con un mayor énfasis a la naturaleza del objeto de los negocios jurídicos que al sujeto de los mismos. Una tendencia objetiva que atraviesa toda nuestra tesis.

La visión de los juristas musulmanes no se alejará demasiado de la forma en que se produjeron los repartimientos durante la Reconquista, en la que, en función de la época, zona geográfica y capacidad demográfica para ocupar las tierras incorporadas, se implantarán diversos mecanismos jurídicos y políticos: creación de nuevos municipios a través de las fueros concedidos por el monarca (este procedimiento, dado la poca relevancia jurídica de las urbes que hemos observado en el derecho islámico, no encuentra parangón en el el *fiqh*), repartimientos entre los conquistadores o permanencia de parte de la población musulmana mediante capitulaciones⁶⁵⁶.

El relieve de la cuestión del reparto de las tierras conquistadas presenta una entidad menor que el de aplicación de los distintos regímenes de las tierras de *jarāy* para nuestro estudio. En el apartado anterior, ante la aplicación o no de las normas del *waqf* en determinadas circunstancias, cabría la duda sobre la creación o no de una fundación de carácter público (nuestra posición es contraria a la misma); en el presente, nos topamos con una clara cuestión de propiedad de la tierra anexionada por derecho de conquista, la cual se entrega a determinadas personas o grupos. Obviamente, como detallamos en el epígrafe precedente, el sistema utilizado y el modo de hacer el repartimiento condiciona el régimen jurídico. Sin el menor resquicio a otras interpretaciones, se trata de una mera cuestión de propiedad, no del surgimiento de entidades diferentes al ser humano como centro de imputación de derechos y obligaciones, pues hemos hallado en las fuentes supuestos indubitados de beneficiarios distintos de personas físicas.

3 Ficción jurídica o realidad material

En este capítulo, nos proponemos, ante la imposibilidad de sintetizar las principales líneas teóricas que han abordado desde el derecho el tema de la personalidad jurídica, reseñar los principales puntos de vista que porten algún tipo de relación con la perspectiva que hallamos en el derecho islámico. Resulta indubitado que este instituto jurídico se originó para dar respuesta a circunstancias que en la ciencia jurídica, como ciencia social, no era capaz acudiendo únicamente al ser humano como sujeto de derecho y obligaciones. Asimismo, esta figura ha nacido, crecido, perfilado y sido estudiada en el ámbito jurídico occidental, casi con exclusividad. No obstante, el *fiqh*, como otras culturas jurídicas, se ha visto obligado a acometer circunstancias similares.

Con este orden de cosas, acudiremos a aquellas teorías y puntos esenciales en el recorrido histórico de la institución útiles para dotarnos de un marco teórico con el que enfrentarnos a las diversas regulaciones musulmanas de casos análogos, toda vez que los alfaquíes no sentaron las bases de una visión propia de la personalidad jurídica, aunque sí se aprecian regulaciones concretas cuyo contenido incluye sus elementos básicos. En Europa, especialmente en el ámbito mediterráneo, los ordenamientos actuales han recorrido un camino que parte del derecho romano, pasando por su revisión por el derecho de la Iglesia. La personalidad jurídica no queda al margen de esta evolución⁶⁵⁷.

Antes de continuar, reiteremos la definición que consideramos más provechosa de persona jurídica, al objeto de fijar un centro de gravedad sobre el que gire todo el capítulo; es el siguiente:

Despojada de complicaciones teóricas, se emplea usualmente para designar y justificar, al lado del hombre, unos entes con capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección jurídica igual (salvo alguna especial excepción) a la atribuida a la persona natural. Se acepta como algo evidente, como un hecho, respecto al que como tal no importa que se discuta su naturaleza que ésta quede inexplicada o se considere inexplicable⁶⁵⁸.

Aunque sea de un modo superficial, no conviene avanzar sin distinguir someramente dos conceptos en esta exposición que nos ocupa: capacidad jurídica y capacidad de obrar. El primero se refiere a la propiedad de ser titular de derechos y obligaciones; cualquier persona la posee; el segundo se centra en el ejercicio con eficacia jurídica de los diversos actos, negocios jurídicos, contratos etc.; los menores, por ejemplo, o incapacitados por la causa que fuere, carecen de la misma y necesitan de otros que la sustituyan o complementen. La personalidad jurídica presupone ambas capacidades.

3.1 Personalidad jurídica como ficción jurídica o como resultado de un sustrato material

La mayoría de los autores consultados coinciden en el surgimiento de la figura de la personalidad jurídica con los escritos de los juristas medievales, al comentar los textos latinos⁶⁵⁹. Igualmente, muchos especialistas señalan que el derecho justiniano ya reconocía su presencia en la legislación aplicada en el Imperio Bizantino⁶⁶⁰. Ya hemos mencionado estos hechos con anterioridad. En todo el recorrido temporal de la institución, entre otras controversias, siempre se ha producido una dicotomía entre los autores: quienes defienden que se trata de una construcción artificial del derecho y aquellos que postulan la presencia de una realidad social y material que las leyes se limitan a reconocer. Así, Friedrich Karl von Savigny, una de las principales figuras de la escuela histórica del derecho alemán o Pandectista del siglo XIX, sobre la base de los trabajos de Sinibaldo de Fieschi, concluye que la persona jurídica es una ficción creada por el derecho ajena a la realidad, pues no posee existencia física⁶⁶¹. Otro autor germánico algo posterior, Von Gierke, representa una postura opuesta y considera a las uniones de personas órganos sociales jurídicamente organizados⁶⁶², pues el derecho no está al margen de la vida social. Así, recoge la tradición de la Iglesia como el cuerpo místico de Cristo⁶⁶³.

Como en casi todos los estudios teóricos de los derechos civiles europeos, las instituciones son rastreadas hasta Roma, pilar utilizado por la inmensa mayoría de andamiajes conceptuales de los fenómenos jurídicos.

Llegados a este punto, hemos de fijar algunos conceptos que serán primordiales. La ficción, frente a presunción (ambas técnicas jurídicas), presupone un hecho que no existe realmente, mientras que esta se basa en un hecho verdadero⁶⁶⁴. Comparemos algunos ejemplos de presunciones en el derecho canónico y, en principio, su paralelo en el derecho islámico codificado, según el Código del Estatuto Personal o de Derecho de Familia del Reino Hachemita de Jordania (el cual se hace eco de los postulados de la escuela *hanafī*):

Artículo 1061. 2 del Código de Derecho Canónico: “Una vez celebrado el matrimonio, si los cónyuges han cohabitado, se presume la consumación, mientras no se pruebe lo contrario”⁶⁶⁵.

Por su parte, los artículos 43 y 44 de la nueva Ley del Estatuto Personal de Jordania de 2010, cuyo equivalente en la norma de 1976 era el 48, disponen:

المادة 43^a

إذا سمي مهر في العقد الصحيح لزم أدائه كاملاً بوفاة أحد الزوجين ولو قبل الدخول أو الخلوّة وبالطلاق بعد الخلوّة الصحيحة.
- المادة 44

إذا وقع الطلاق بعد العقد الصحيح وقبل الوطء أو الخلوّة الصحيحة لزم نصف المهر المسمى⁶⁶⁶.

La Iglesia católica, ante el problema que supone la prueba de la realización del coito entre los esposos, establece que la convivencia entre ellos es tomada como consumación; quien niegue esta habrá de aportar las pruebas que demuestre que no se han mantenido relaciones sexuales plenas; mediante esta técnica únicamente se desplaza la carga de la prueba hacia la parte que esgrima la ausencia de intimidad. Por su parte, el derecho jordano, según la tradición de los discípulos de Abū Ḥanīfa fundamentalmente, acude a otro mecanismo. Para algunos efectos patrimoniales, como es el pago de la dote íntegra o la mitad en caso de muerte o divorcio, equipara la penetración con la cohabitación en estos dos preceptos y en otros, como en el contrato de matrimonio anulable del artículo 34, únicamente despliega todos los efectos jurídicos tras la cópula; en este supuesto, si el contrato es anulable y ha existido relaciones plenas, en cuanto a la dote, la filiación, el impedimento de la mujer de no volver a casarse hasta un tiempo que se calcula entre dos o tres meses, y el impedimento de afinidad, se derivan los mismos efectos que del matrimonio válido. Asimismo, el término empleado en el canon, cohabitación, en principio implica un período de tiempo no demasiado corto. En cambio, el tecnicismo musulmán, *jalwa*, cuyo sentido etimológico atiende al aislamiento de los cónyuges, se define por el manual empleado para enseñar en la universidad la Ley de 1976 de la siguiente manera:

*b الخلوّة الصحيحة: وذلك بأن يجتمع الزوجان في مكان بأمن فيه من إطلاع الغير عليهما، فلا تصح الخلوّة في المسجد أو الطريق العام أو الحمام العام، ولم يوجد مانع يمنع من الدخول الحقيقي، فإذا كان الأمر كذلك فقد إختلاف في التأكد المهر بالخلوّة الصحيحة على مذهبين...⁶⁶⁷

La mera reunión de ambos en un lugar reservado es regulada por la *Šarī'a* de modo similar a la consumación total. El efecto de ambos procesos es el mismo, evitar pruebas molestas.

Esta breve digresión insiste una vez más en las diversas tradiciones jurídicas entre los ordenamientos que se refleja en procedimientos diferentes para abordar la realidad. Es difícil encontrar en los jurisprudencias musulmanas referencias a alguna presunción, si bien sí se establece expresamente en muchos casos quién tiene la carga de la prueba sin acudir a esta figura; el resultado

a Artículo 43: Si se fijara la dote en el contrato válido, habría que abonarla íntegramente a la muerte de cualquiera de los esposos, aunque fuera antes de la consumación o de haberse quedado a solas; tras el repudio, únicamente después de haberse quedado a solas.

Artículo 44: Si el repudio recayera después de perfeccionarse el contrato y antes del coito o haberse quedado a solas, se debería abonar la mitad de la dote fijada.

b Quedarse a solas: encontrarse los esposos en un lugar en el que esté seguro de no ser observados por un tercero (pues no es válido en la mezquita o en un camino o baño público) y no haya impedimento para un coito real. Si el hecho fuera de esa manera, existen dos corrientes a la hora de confirmar la obligatoriedad de la dote.

es muy similar al que se pretende conseguir con las presunciones en los ordenamientos occidentales, mediante mecanismos diferentes.

^aوسئلت عن امرأة غاب عنها زوجها، فأدعت على أبي زوجها أنه يلتزم بنفقتها مدة الزوجية بينها وولده فأكرها في ذلك فرضيت منه اليمن، هل تلزمه أم لا؟

فأجبت. الحمد لله: قال الرعيني: من أدع على أحد من الناس هبة أو صدقة أو عطية أو نحلة أو عارية إلى أجل أو سكنى أو عمرى أو حبس وعجز عن إثبات ذلك فلا يمين على المدعي عليه إذا أنكرها وإن كانا أخوين أو خليطين أي خلطة كانت...⁶⁶⁸

En el texto, en aquellos negocios con causa gratuita, la mera oposición del demandante basta, en ausencia de prueba, sin que le sea exigible un juramento. No obstante, sí es objeto de atención por parte de las distintas escuelas jurídicas una presunción genérica, denominada *Istishāb* o la presunción de continuidad de un estado de hechos pasado en el presente, salvo prueba en contrario⁶⁶⁹.

Tomemos una definición de ella:

*Islamic legal term for the presumption of continuity, where a situation existing previously is presumed to be continuing at present until the contrary is proven. Typical examples are the presumption that a sixth daily prayer is not mandatory, since texts require only five, and that an inheritance cannot be claimed from a missing person until evidence is presented that he or she is dead. Accordingly, a person is presumed to be free from liability until the contrary is proven.*⁶⁷⁰

Por lo que a la ficción se refiere, ya hemos resaltado la presencia de una corriente jurídica europea según la cual la personalidad jurídica es un constructo de los juristas sin respaldo en la realidad tangible, esta parte de un fundamento fáctico ajeno a la realidad sensible. ¿Se produce ese fenómeno en el derecho islámico? Ya hemos tenido ocasión de traerlo a colación:

بقال ابن عرف: الوقف مصدرأ إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازمان بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً.

[..] أن المساجد باقية أيضاً على ملك محسبها والله أعلم⁶⁷¹

La duración del *waqf* está marcada por la del bien constituido como tal y la propiedad de su dominio directo permanece en la esfera jurídica de su fundador aun después de su muerte por una consideración jurídica, no de la realidad.

Algunos especialistas estiman que la personalidad como ficción se propuso por primera vez con la obra del representante de la obra de la Escuela de Bolonia o de los glosadores, Bartolo de Sassoferrato, discípulo de Sinibaldo o Inocencio IV⁶⁷², quien también hablaba de *nomen iuris* o nombre dado por el derecho en el sentido de creado por él⁶⁷³. Esta terminología coexistió con otras como *universitas* o *corpus mysticum* (ya analizado), referida a la Iglesia a partir del siglo XII⁶⁷⁴. Esa persona ficticia se modelaría sobre el patrón de la persona física, obviamente⁶⁷⁵. Otros retrotraen el concepto a las diversas concepciones que los juristas romanos tenían de la herencia yacente (aquella no aceptada todavía por el heredero), toda vez que no se permitía un derecho sin sujeto. Estas eran las siguientes: la herencia pertenecía a la persona del difunto (solución similar a la de la escuela *mālikī* en el caso de la propiedad del bien habiz una vez fallecido su fundador), a la persona del heredero o a una persona ficta, la propia herencia. Cada posibilidad contaba con sus defensores y detractores⁶⁷⁶.

Resulta patente que, en los albores de la ciencia jurídica y en sociedades marcadamente religiosas, algunos entes no humanos, como Dios, en parte con naturaleza humana pero persona divina como Jesucristo, personas fallecidas, como los santos etc. fueron sujetos de derechos, pero en

a Fui preguntado sobre una mujer, cuyo marido se había ausentado de ella, que demandó al padre de él por la manutención durante el matrimonio con su hijo, el suegro lo negó y aceptó el juramento de él. ¿Está obligado a ello o no?

Contesté, gracias a Dios, al-Ra'īnī dijo: quien demande a otro por una donación, limosna, dación, regalo, préstamo por un plazo o de vivienda, *'umrā* o bien habiz, y sea incapaz de probarlo, no se le puede exigir al demandado un juramento si niega la acusación, incluso si fueran hermanos o comuneros en cualquier tipo de comunidad...

b Ibn 'Araf ha dicho: el *waqf* es una fuente de dación del usufructo de algo por el tiempo que dure. No tiene plazo la permanencia de su propiedad en quien la realizó (la dación) aunque fuera de forma ficta [...] Las mezquitas permanecen en la propiedad de su fundador y Dios es el mejor concededor.

ningún caso acudiendo a una ficción o cualquier entelequia especulativa, sino tenidos como plenamente reales⁶⁷⁷. Algunas otras escuelas, que no son la que considera a Mālik b. Anas como su fundador, ofrecen propuestas iguales, como hemos subrayado en el caso del *waqf*. En este orden de cosas, tanto en Roma, como en la Hispania visigoda, los legados a favor de iglesias o instituciones religiosas eran frecuentes y reconocidas por la ley⁶⁷⁸. Exactamente como en el *fiqh*.

La corriente que centra su atención en su creación por parte del derecho fue acogida y ampliada por el iusnaturalismo de Grocio, quien introdujo la nomenclatura de persona moral⁶⁷⁹, muy difundida hoy en día. Esta tendencia, al poner el foco en un espíritu propio de estos entes, como de los pueblos, abonará la idea de que tienen su propia realidad, huyendo de la concepción nominalista que lleva impresa la etiqueta de persona ficta⁶⁸⁰. Hemos tomado prestada la definición del profesor De Castro, realicemos la misma operación con los elementos de la misma y su síntesis de las principales teorías y sus valedores⁶⁸¹, hasta la fecha en la que escribió su tratado en la segunda mitad del siglo XX:

En cuanto a la persona jurídica como sujeto de derecho, es considerada bien como una voluntad independiente de sus miembros, bien otra colectiva, de todos ellos; también como un interés protegido de los beneficiarios. Si nos centramos en su sustrato humano, habría que distinguir a los socios, partícipes en su creación, y a los administradores, gestores, aunque pueden compatibilizar el cargo con la cualidad de socio. Por lo que respecta a sus bienes se habla de propiedad colectiva, distribuida entre las personas que la componen, o patrimonio sin sujeto. Por último, centrándonos en la estructura se distingue la organización, estructura de órganos y personas que deciden y actúan en su nombre, y el estatuto social o normas emanadas de la propia persona jurídica. Cada una de las distintas tesis que intentan explicar la institución extraerá sus propias conclusiones acerca de cada una de estas cuestiones.

Para el autor, la persona jurídica perfecta sería aquella que, como pareja de la humana, posee una propia existencia y un propio patrimonio independientes e incomunicados respecto de sus miembros y órganos. En consecuencia, salvo los límites estrictos (como en el derecho de familia), disfruta de una total capacidad jurídica y de obrar, participando en el tráfico jurídico por medio de sus órganos, al amparo de los distintos negocios jurídicos en los que se concreta la representación; el ser humano, necesariamente, ha de realizar los actos que incidirán en el ámbito de las personas jurídicas, actuando como su representante.

Asimismo, dedica una mención especial a la fundación con las siguientes palabras: “*la personificación de la organización, instituida y reglada por el fundador, para realizar el fin benéfico al que destina una masa de bienes*”. Se trata de una descripción que, a grandes rasgos, podríamos identificar en el *waqf*. Es preciso puntualizar que el autor, en coincidencia con muchas corrientes islámicas sobre los *awqāf*, únicamente considera digna de tal personificación a las que tienen carácter benéfico, pues estima que se trata de un privilegio del ordenamiento⁶⁸².

El jurista, con una visión bastante negativa de la sociedad anónima, incide en su obra con especial énfasis en los peligros que entraña la figura: enmascarar actuaciones de personas concretas escudadas en la misma para sus propios intereses, legales o no, como evitar ser responsable directo ante sus acreedores. Esta prevención se conoce en la doctrina como levantamiento del velo; es decir, quitar la máscara de un ente que no responde a una auténtica persona jurídica, sino que es un artificio producto de una persona física, un velo tras el que se esconde, en busca de unos fines que el derecho no considera dignos de protección.

Esta suspicacia, tildémosla de moral, creemos que, junto al desarrollo de otros contratos y negocios jurídicos, ha sido un freno, en nuestra opinión, a la elaboración de una propia edificación sobre la personalidad diferente a la humana en el *fiqh*. En las obras de los jurisconsultos musulmanes, el riesgo no permitido, *garar*, y una concepción demasiado exacerbada del mismo, así como de la usura⁶⁸³, han trabado la adaptación de las estructuras jurídicas a las necesidades económicas de las sociedades musulmanas. Si bien nos ocuparemos del asunto en su espacio, dejemos planteada la cuestión:

^a(كتاب المضاربة)

يحتاج هذا الكتاب إلى معرفة جواز هذا العقد وإلى معرفة ركنه [...] (أما الأول فالقياس أنه لا يجوز لأنه إستئجار بأجرة مجهول بل بأجرة معدومة ولعمل مجهول لكن تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والإجماع...⁶⁸⁴

^b(منها) أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدينانير عند عامة العلماء فلا يحوز المضاربة بالعروض وعند مالك رحمه الله ليس بشرط وتجوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا في كتاب الشركة أن يربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لأن العروض تتعيين عند الشراء منها والمعين غير مضمون حتى لو هلك قبل التسليم لا شيء على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن ونهي الرسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وما لا يتعين...⁶⁸⁵

En estos dos fragmentos de uno de los principales juristas *ḥanafīes*, del siglo XII, estudiando la sociedad en comandita (aquella en la que un socio aporta el capital y el otro su trabajo, repartiéndose los beneficios), se explica que la validez de la misma está impuesta por los textos coránicos y de la *sunna*, así como por el consenso de los alfaquíes. Se trata de una excepción, admitida expresamente por el Legislador, a la prohibición de un arrendamiento sin que esté la renta especificada en el contrato. Incidiendo en este recelo, su escuela exige que el capital quede configurado por moneda, sin que permita su constitución por otros bienes. Los *mālikīes* sí los admiten. La razón que está detrás de esta prohibición estriba en que el socio trabajador no quedaría obligado a responder por un valor que dependería de una venta futura de los bienes que integran el capital (no contempla acudir a una valoración previa de los mismos); sería un beneficio no garantizado por la responsabilidad del socio. Muḥammad proscribió radicalmente tal posibilidad. Esta rigidez no incita a la formación de este tipo de sociedades.

Dos aspectos, los cuales serán objeto de atención en los capítulos dedicados a la sociedad y sus tipos en el derecho islámico, resaltan: la construcción jurídica de esta sociedad como tipo de arrendamiento y la insistencia en delimitar el objeto de los contratos hasta un grado de concreción que, en muchos casos, excluye bienes futuros de realización bastante probable, como la cosecha futura o los frutos hasta que no aparezcan en el árbol o planta con un color que indique cierta madurez.

^cلقول في جواز المساقاة.

فأما جوازها فعليها جمهور العلماء مالك والشافعي والثوري وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحباً أبي حنيفة، وهي عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق، ومن الإجارة المجهولة؛ وقال أبو حنيفة: لا تجوز المساقاة أصلاً⁶⁸⁶.

Por su parte, Averroes, el filósofo cordobés, también un jurista seguidor de Mālik b. Anas, como la inmensa mayoría de los andalusíes, diseccionando los elementos fundamentales de la sociedad de regantes (dos socios donde uno aporta la tierra y la planta y el otro la labor de riego; el beneficio se distribuye entre los dos en función de un porcentaje fijado con anterioridad), la considera válida. Únicamente discrepa de este precepto Abū Ḥanīfa. Esta opinión supone otra anomalía frente a la proscripción de la venta de lo todavía no creado (por ejemplo, las crías que pudiera tener un animal), o del arrendamiento de lo desconocido.

a (El libro de la *muḍāraba* o sociedad en comandita).

Este libro precisa conocer la validez de este contrato y sus elementos esenciales [...] En cuanto a lo primero, según la analogía, no sería válido, porque es un arrendamiento por una renta desconocida, es más, inexistente; pero dejamos la analogía por El Libro Querido, la *sunna* y el consenso...

b (Entre ellos) Que el capital esté compuesto de dinares o *dirhams*, para el común de los ulemas; así, no sería válida si fueran bienes muebles. Para Mālik, Dios se apiada de él, no sería una condición y permite un capital de bienes muebles. Lo correcto es la opinión de la mayoría, por lo que mencionamos en el libro de la sociedad que el beneficio que no queda especificado es un beneficio del que no se responde; al especificarse el de los bienes muebles con su compra, y no poderse asegurar, si se extinguieran antes de su entrega, de nada respondería el socio comanditario, y el beneficio deviene beneficio sin responsabilidad, y el enviado de Dios, sus bendiciones sean sobre él, prohibió el beneficio sin responsabilidad y sin especificar.

c (Opinión sobre la validez del contrato de riego)

En cuanto a su validez, la defienden el común de los ulemas: Mālik, al-Šāfi'ī, al-Zawrī y Abū Yūsuf y Muḥammad al-Ḥasan entre los compañeros de Abū Ḥanīfa. Para ellos es una excepción hecha por la *sunna*, de la venta de lo aún no generado, y del arrendamiento de lo desconocido; y Abū Ḥanīfa opina que es radicalmente inválida.

^dالقول في شركة الوجوه.

شركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة، وقال أبو حنيفة: جائزة. وهذه الشركة هي الشركة على الذمم من غير صنع ولا مال. وعمدة مالك والشافعي أن الشركة التي إنما تتعلق على المال أو على العمل، وكلاهما معدومان في هذه المسئلة مع ما في ذلك من الغرر، لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص؛ وأبو حنيفة يعتمد أنه عمل من الأعمال فجازاه أن تتعد عليه الشركة⁶⁸⁷.

En cuanto a la sociedad sobre utilidades posibles y futuras, está vedada por la mayoría de juristas y escuelas, salvo Abū Ḥanīfa. La justificación radica en que, al no existir en el presente, no existe para el derecho, por más que sea probable su efectiva aparición, debido a la concepción extensiva del riesgo en las transacciones.

Al examinar la cuestión de la propiedad del bien habiz en capítulos anteriores, nos hacíamos eco de lo afirmado por la escuela *mālikī*, representado por Ibn 'Araf, que mantenía la misma en la esfera jurídica de la persona que lo instituía, tanto en vida del mismo, como, *ficticiamente*, tras su muerte. Esta afirmación ha provocado que se haya considerado al *waqf* como un ejemplo de persona jurídica en el derecho islámico por algunos autores⁶⁸⁸. Además de esta razón, Alfonso Castro añade otras: en el *aḥbās* se produce una personificación de la voluntad del fundador y posee el mismo origen piadoso que las *piae causae*⁶⁸⁹. Esta visión de los *awqāf* benéficos como entes sujetos de derechos y obligaciones también es defendida por Teresa María Estévez, quien lo considera uno de los dos supuestos de este tipo de personas reconocidos por el *fiqh* junto a la *umma*⁶⁹⁰. A esta última ya nos hemos referido y estamos acudiendo al *waqf* como ejemplo de institución islámica en la que ir observando si los diversos elementos de la personalidad jurídica extraídos de otros ordenamientos encuentran su correspondencia en la *Šarī'a*. Habremos de exponer nuestras conclusiones en los capítulos destinados a cada de una de las dos organizaciones.

En los textos clásicos de los alfaquíes no he encontrado vocablos específicos cuyo significado se aproxime a lo que entendemos por personalidad jurídica o equivalentes a los clásicos romanos y medievales como *universitas*, *persona ficta*, *corpus*, etc. En la legislación actual, tomando como ejemplo Marruecos por su sesgo *mālikī* y Jordania, *hanafī*, se utilizan estas dos expresiones distintas: (*šajsiyya i'tibāriyya* y *šajsiyya ḥikmiyya*) خصية اعتبارية وشخصية حكومية. El Código de los *Awqāf* marroquí, en su artículo 50, escoge la expresión de personalidad (*šajsiyya i'tibāriyya*), literalmente, *considerada como tal*. En cambio, el Código Civil jordano acude a otra (*šajsiyya ḥikmiyya*) cuyo sentido literal lleva explícito el mandato de la norma, el precepto que considera persona jurídica por disposición de la ley. Aunque, en las páginas finales de este trabajo, demos algunas pinceladas de la situación actual en algunos países cuya legislación esté influenciada por el *fiqh*, aparentemente, desde un punto de vista lingüístico, las normas recogen una postura sobre la personalidad jurídica cercana a la ficción jurídica; en un caso por ser tenidas como personas y en otras por ordenarlo así el derecho.

3.2 Personalidad jurídica de base personal o patrimonial

En las líneas precedentes, se ha dibujado, o al menos era nuestro propósito, la mirada del derecho hacia la persona jurídica, en abstracto. Ahora nos vamos a detener en los principales tipos y modelos en los que se ha clasificado, lo cual nos asistirá a la hora de encontrar más criterios científicos aplicables a las regulaciones que el *fiqh* establece a coyunturas afines. La dimensión y objeto de esta tesis nos compele a seleccionar y descartar; la literatura científica especializada

^d La opinión sobre la sociedad de *wuḥuh* o sobre una utilidad futura y posible.

La sociedad de *wuḥuh* para Mālik y al-Šāfi'ī es nula. Abū Ḥanīfa opina que es válida. Y es una sociedad que recae como obligación en la persona del socio sin oficio ni capital. El fundamento de Mālik y al-Šāfi'ī es que es una sociedad basada exclusivamente en un trabajo o un capital y ambos no existen, en ello hay un riesgo, porque cada uno de ellos responde ante el otro sin ningún trabajo o capital especificado; Abū Ḥanīfa considera que es un trabajo como otro y permite que se perfeccione el contrato de esta sociedad.

deviene inabordable para nosotros. De todo el vasto campo de la ciencia jurídica sobre la materia, separaremos aquel patrón que entendemos que posee su paralelo en la *Śarī'a*.

Ya en época romana, en la génesis del concepto se aprecian dos elementos: uno material y otro personal⁶⁹¹. Su evolución corre paralela en esa doble dirección, impulsada por un afán de superar el límite de la vida humana. Así, en el ámbito personal, se acude a lo que el autor etiqueta de personas fungibles; es decir, jurídicamente sustituibles por individuos equivalentes, de la misma especie y calidad; los municipios, asociaciones o las agrupaciones, cuyos miembros son intercambiables, no sufren ninguna alteración por el trueque de sus componentes⁶⁹². También se convirtieron los fideicomisos en perpetuos al realizarse en virtud del oficio de la persona, no de ella por sí misma: un sacerdote, sea quien sea el sujeto concreto que ostente dicho *officium*⁶⁹³. En el plano material, las asociaciones de interés social, mediante la legislación imperial a partir del siglo III, encuentran protegido su propio patrimonio, al igual que el eclesiástico, impidiendo su circulación en el tráfico jurídico (convertidas en *res extra commercium*); la culminación de este proceso, a lo que ya nos hemos referido, tuvo lugar en el siglo V con el reconocimiento positivo de las fundaciones piadosas como sujetos de relaciones jurídicas⁶⁹⁴.

Los juristas medievales irán añadiendo complejidad a los precedentes romanos, precisando la nomenclatura latina: *universitas*, *corpus*, *collegia*, etc., al objeto de adaptarla a la nueva realidad. Se describen nuevos requisitos, como la facultad de dotarse de normas propias en determinados entes o *ius statuendi*⁶⁹⁵. Se consolida, además, el entender la Iglesia como el cuerpo místico de Cristo, a la que se considera como institución al estar fundada por una voluntad diferente a la de sus miembros⁶⁹⁶. A título meramente ejemplificativo, transponemos los principales tipos propuestos por el Papa Inocencio IV, Sinibaldo de Fieschi⁶⁹⁷. Denomina a todas las entidades *collegia*, tanto a las de base personal como para la sustentadas sobre bienes, huyendo del nombre más clásico de *universitas*. Las distintas categorías serían las siguientes:

- *Collegia Personalia* y *Collegia Realia*. Las primeras formadas por un conjunto de personas y las segundas se constituyen por un territorio en el que se ejercen derechos y deberes.
- *Collegia Necessaria et Naturalia* y *Collegia Voluntaria*. Sus miembros pertenecen por razón de origen o domicilio en el primer caso, o por la libre determinación, en el segundo.
- *Collegia Licita* y *Collegia Illicita*.

El derecho canónico, especialmente con la obra de este jurista, añade una categoría a las tradicionales asentadas sobre la unión de personas o la fundación que vincula un patrimonio a un fin: la institución. En esta, la nota diferencial radica en un factor autoritario, es decir, un orden externo que se impone a la libre disposición de las partes⁶⁹⁸.

Enumeremos los principales modelos de entes de base material nombrados por el canonista:⁶⁹⁹ *Ecclesia*, el lugar sagrado. *Praebenda*. a grandes rasgos, el conjunto de posesiones, derechos y deberes inherentes a un cargo, *Officium*, *Paroecia* (la base de la parroquia), *capella* y *hospitale*. Finalmente, otro aspecto que incide en la persona jurídica es su fin, cuya misión principal es aglutinar todos sus elementos⁷⁰⁰.

En el marco de la polémica generada a finales del siglo XIX, tratada en el epígrafe anterior, sobre la realidad material o ficción legal de la personalidad jurídica, el jurista alemán Otto von Gierke, acude con fuerza a la palabra cuerpo para designar a las asociaciones, entes que aglutinan a personas físicas, tomando a préstamo la consideración de la Iglesia como *corpus mysticum*⁷⁰¹. En la teoría del autor, nos encontraríamos ante cuerpos sociales con vida propia previa a su reconocimiento por parte del derecho.

A fin de culminar este escueto catálogo de tipos de personas jurídicas, hagámonos eco de la propuesta de Alfonso Ferrara:

- Compuesta por hombres. Por un particular con carácter sucesivo: *publici*, *offici*. Por la asociación simultánea de varios: *universitas*.

- Compuesta por cosas. Fondos, en las servidumbres prediales. Todo el patrimonio de una persona: fisco y herencia yacente. Por masas de bienes destinadas a un fin: fundaciones⁷⁰².

Nos hemos circunscrito, fundamentalmente, a la época medieval, toda vez que es contemporánea del derecho islámico clásico. A partir de este momento, procuraremos aplicar estos modelos a las distintas instituciones reguladas por el *fiqh* que vayamos analizando en cada momento.

3.3 La propiedad y su titularidad. Sujetos y objetos peculiares

La propiedad de un bien, especialmente la tierra, ha sido el derecho subjetivo arquetípico sobre el que se han ido construido principalmente todos los demás. El vínculo entre la cosa y su propietario, la persona, ha sido el modelo de relación jurídica por antonomasia. Lo natural sería un sujeto, ser humano, que tiene un bien, un objeto tangible, mueble o inmueble, pero material. Sin embargo, desde los albores de las sociedades organizadas, este esquema se ha ido enmarañando.

En la historia de la personalidad jurídica (hemos contemplado algunos ejemplos) la personalidad de Dios⁷⁰³ (propio de un estadio más antiguo del derecho), jurídicamente reconocida, ha sido un eje fundamental a la hora del desarrollo teórico. Asimismo, al abordar la propiedad de los bienes habices, nos hicimos eco de la opinión de varias escuelas que consideran que recaía en Dios, como también han reseñado otros autores⁷⁰⁴. En paralelo con el devenir de la distinción entre Ley divina (revelada) y Ley natural accesible a todos los individuos, Santo Tomás de Aquino argumenta que es Dios quien ostenta el dominio sobre la naturaleza de las cosas, correspondiendo al hombre un dominio efectivo⁷⁰⁵. Los postglosadores o comentaristas, como Bartolo de Saxoferrato, distinguen entre titularidad de la propiedad de las cosas, detentada por la Iglesia, y titularidad de la posesión de las mismas⁷⁰⁶. El derecho romano ya deslindaba la propiedad de la posesión, cada una de las cuales disfrutaba de una protección jurídica propia. Son dos conceptos, imposibles de acometer en este estudio, que continúan separados en la actualidad. Esta dualidad parece que fue importante en el nacimiento del *trust* inglés, en el que algunos ven una influencia del *waqf*⁷⁰⁷. Se menciona algún decreto papal del año 1245 en el que se retoma la división latina entre dominio y usufructo, a través de los cuales los monjes franciscanos, sin tener propiedades, sí disfrutaban de su uso, de facto, pero no de derecho. Estas sutilezas coadyuvaron al surgimiento de esta institución inglesa, la cual ya separaba nítidamente, con la herramienta de la equidad, entre interés de propietario y propiedad legal, dominio en equidad, del dominio legal⁷⁰⁸.

En este momento, proseguimos esta senda desde el punto de vista islámico, en el que el dominio se encuentra dividido, desde prácticamente su origen, entre la propiedad de la cosa y su aprovechamiento.

^a علم منه أن قسمة المراضاة قسمة رقاب وذوات كالقرعة الآتية بخلاف قسمة المهايأة فأنها قسمة منافع لكن لا بد في كل من المهايأة والمراضاة من رضا الشريكين فلا تفعل واحدة منها إلا برضاها ولا يجبر أحد الشريكين على واحد منهما...⁷⁰⁹

El alfaquí clasifica en dos tipos el reparto de las cosas cuya propiedad se concreta en una comunidad de bienes. Si se trata del bien en sí, el reparto se ha de llevar a cabo por acuerdo, mientras que, si es la utilidad del mismo, por rotación. En ambos supuestos se precisa la conformidad de los comuneros.

a Y lo que se sabe es que el reparto por consenso es un reparto del dominio directo y titulares del sorteo, a diferencia del reparto por rotación, que es un reparto del dominio útil, pero es necesario tanto en el consenso como en la rotación el acuerdo de los comuneros, pues ninguna se llevaría a cabo sin él. Ningún comunero puede verse obligado en una de las dos.

^aفأما قسمة المنافع، فإنها لا تجوز بالسهمه على مذهب ابن القاسم، لا يجبر عليها من أباه، ولا تكون القرعة على قسمة المنافع. وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجبر على قسمة المنافع، فقسمة المنافع هي عند الجميع بالهياأة، وذلك إما بالأزمان وإما بالإعيان. أما قسمة المنافع بالإزمان فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة إنتفاع صاحبه. أما قسم الأعيان بأن يقسما الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة⁷¹⁰.

Averroes, como jurista *mālikī*, analiza el contrato de reparto de la propiedad en común, cuando esta tiene como objeto el dominio útil o el usufructo. En este caso, no es válido si el mismo se realiza por cuotas o por sorteo; el mecanismo admitido es a través de la alternancia: bien en el tiempo, períodos equivalentes entre los propietarios, o en la propia cosa: los comuneros se reparten el dominio directo o *nuda* propiedad, aprovechándose cada uno de lo que produzca durante un período limitado, permaneciendo el dominio útil en comunidad de bienes.

^bوالجواب أنه جائز له أخذه ويلزم من ضم الصفقة دفعه ولا شئى فيه؛ لأنه من إجتماع البيع والإجارة في عقد واحد وهو جائز؛ لأنه لا منافاة بينهما إذ البيع هو العقد على الرقاب والإجارة هي العقد على المنافع، فكلاهما بيع في الحقيقة، وإنما اختلفا بالإصطلاح لا غير⁷¹¹.

En esta fetua, se pregunta sobre la validez de la costumbre de incrementar el precio de una venta de un bien en copropiedad, a modo de contraprestación por la distribución entre los comuneros. La identificación de compraventa y arrendamiento, cuyo único punto de distinción es el tipo de dominio objeto del negocio: el dominio directo en el primero y el dominio útil en el segundo.

^cفأجبت: الحمد لله، لا وجه لبيع هذا الحبس في هذه المسألة؛ لأن المحبس عليه إنما يملك منفعة مدة حياته، وبيع المجهول لا يصح، وأما رقية الحبس فلا ملك فيها أصلاً فلا تباع في الدين بحال؛ لأنها باقية على ملك المحبس⁷¹².

En esta otra respuesta jurisprudencial, ante la cuestión de la posibilidad de vender parte de un *waqf* en pago de las deudas de un beneficiario, niega tal posibilidad. El argumento legal parte de la nulidad de una compraventa cuyo objeto, en este caso una parte de la utilidad o usufructo de unas tierras, sea desconocido. En cuanto a la titularidad del bien raíz, al pertenecer al fundador, es indisponible por los beneficiarios, quienes no son propietarios.

^dفأجبت: بأنه يجوز شراؤها، لقول ابن سلمون: وله بيعها من المعمر أو ورثته بالدنانير وبالعروض نقداً أو إلي الأجل

[...]

قال الشيخ التاودي في الشرح: فيجوز له أن يبيع ما يملكه من المنفعة مدة حياته وإن كان مجهولاً [...] قال في "معين الحكام": يجوز للمعمر أو ورثته ~ أي كلهم ~ أن يبتاعوا من المعمر بالفتح ما أعمر له وإن كان حياة المعمر؛ لأنها من المعروف إلا أن تكون معقبة فيمنع، [...]

a En cuanto a la división de las utilidades, no son válidas por cuotas según la opinión de Abū al-Qāsim; no se puede obligar a quien se oponga, y no cabe sorteo en ella. Abū Ḥanīfa y sus seguidores opinan que se puede imponer la división de las utilidades. Esta división, en opinión de la mayoría, se realiza mediante uso sucesivo, en el tiempo o por bienes. En cuanto a la sucesión en el tiempo, consisten en que cada uno de los dos disfruta del bien durante un período idéntico al de su comunero. En cuanto al bien, se reparten el dominio directo del bien con la condición de que cada uno disfrute lo que produzca en un período determinado, permaneciendo el dominio directo en común.

b Y la respuesta es que se le permite tomarlo y se obliga a los incluidos en el contrato a pagarlo no hay nada en él. Porque la unión de compraventa y arrendamiento en un mismo contrato está permitida. Porque no existe contradicción, pues la venta es un contrato sobre el dominio directo y el arrendamiento sobre el dominio útil; ambos, en verdad, son una compraventa. Únicamente se diferencian en la terminología, en nada más.

c Y contesté, gracias a Dios, no es posible la venta del bien habiz en este caso. Porque el beneficiario del *waqf* únicamente posee el dominio útil del bien con carácter vitalicio, y la venta de lo indeterminado está prohibida. En cuanto al dominio directo del *waqf* no es propietario del mismo, en absoluto, así que no se vende para pagar sus deudas, pues permanece como propiedad del fundador.

d [...] Contesté: no es válida su compra, por la opinión de Ibn Salmūn: y le es lícito venderlo del donante o de sus herederos por dineros u otros bienes, al contado o a plazos.

[...] Opina el jeque al-Tāwadī en su Glosa: Le es lícito vender la utilidad de la que es propietario de forma vitalicia, aunque sea indeterminada.

[...] Dijo en "La ayuda al juzgador": el donante o sus herederos pueden, ambos, comprar del donatario lo que le han donado, aun en vida del donante, porque estaría determinado, salvo que la donación fuera a él y a sus herederos, en los que estaría prohibida. Y observa, en lo que es algo diferente de lo que venimos hablando, es la falta de detalle comentada. Opina en "El fin loable": el donante puede comprar lo donado por analogía con el préstamo de uso, y no le sería posible en otro (contrato), y le es lícito al donatario alquilarlo un año o dos, no más [...]

وأنظره، فإن الذي عند غير واحد ممن نتكلم على المسألة هو عدم التفصيل المذكور، قال في "المقصد المحمود" ويجوز للمعمر شراء عمراه قياساً على العربية، ولا يجوز ذلك لغيره، وللمعمر كراؤها سنة أو سنتين لا غير...⁷¹³

Nos topamos con una pregunta similar, pero con una respuesta contraria. Una persona dona ('*umrā*, es decir, donación de usufructo) el uso de un local de su propiedad a un sobrino; el donante muere y uno de sus hijos, como heredero, pretende comprar al donatario, su primo, ese usufructo. Los juristas *mālikīes*, únicos que dan validez a este tipo de donación, permiten que el beneficiario de la misma transmita onerosamente su usufructo incluso si es desconocido (indeterminado). Se trata de una excepción derivada de la analogía del negocio jurídico con el préstamo de uso, en la que le prestatario puede vender el uso del objeto. Observamos una tensión entre la naturaleza del usufructo o utilidad como auténtica propiedad del titular y la necesidad de que el objeto de los negocios y contratos estén plenamente determinados, sin que se permita normalmente que sean indeterminados, ni siquiera determinables.

^a الإجارة بيع من البيوع يحلها ما يحل البيع ويحرمها ما يحرم البيع، وحقيقتها ترجع إلى بيع منافع إلى مدة، والبيع رجع إلى بيع منافع على جهة التأييد، أو لمبيع في صورتين المنافع، والمنافع هي محله لا تختلف في شيء من ذلك، فكما لا يجوز بيع الزرع قبل أن يخلق فكذلك لا تجوز الإجارة به، ولا فرق إلا وقوع أحدهما ثمناً والأخر مئمون ()...⁷¹⁴

En esta nueva fetua de la colección, el alfaquí Abū 'Abd-l-Allāh Ibn Šu'ayb b. 'Umar al-Ḥanṭāṭī, procede a argüir sobre un tipo especial de arrendamiento agrícola, el *jummās*; una anomalía dentro de la prohibición de determinar la renta por un porcentaje de la cosecha futura. En su disertación, define al arrendamiento como la venta de usufructo o del dominio útil. Esta identidad provoca que el objeto de ambos contratos se rija por las mismas normas, lo cual conduce a la prohibición de vender o servir como renta la plantación antes de que exista (o sea, la planta sea visible y diferente a la semilla). De sus palabras, reafirmamos la división del dominio entre el bien en sí mismo y sus productos tan típica del derecho islámico, en la que algunos reconocen la dicotomía entre derechos reales y personales en los ordenamientos de tradición romana, si bien con sus particularidades⁷¹⁵.

^b أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقية لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف كملك الأجنبي وللمضارب في ملك التصرف لا الرقية فكان في حق ملك الرقية كملك الأجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كما الأجنبي لذلك جاز الشراء بينهما...⁷¹⁶

Por su parte, la regulación de la sociedad en comandita en la escuela *hanafī* establece que el capital social es propiedad, en su dominio directo, del socio capitalista, siendo el útil del socio trabajador, quien posee la capacidad de disponer de él. Esta escuela, algo más sistemática que la *malikī*, parece que se aleja del concepto estricto de propiedad para introducir el derecho de disponer del bien, sin ser propietario en sentido pleno. Otro rasgo que nos es necesario recalcar es que en la sociedad, del mismo modo que en la comunidad de bienes, los partícipes poseen cuotas, cada uno sería una tercera en la parte del otro. En cuanto al contrato de aparcería (tenido como un tipo dentro de la sociedad), se afirma sobre la remuneración del aparcerero:

a El arrendamiento es una venta entre las ventas, le es lícito lo que se lícito vender y está prohibido lo que está prohibido vender. Su esencia radica en ser una venta de utilidad por tiempo determinado, mientras que en la compraventa esa venta es por la eternidad. El objeto en ambos casos es la utilidad y en las utilidades no se diferencia su objeto de eso. Así, como no es lícita la venta de una cosecha hasta que exista, no se puede arrendar. Y no hay más diferencia que en una es el precio y en el otro, su contraprestación. ()

b El socio capitalista de la sociedad en comandita es propietario del dominio directo, pero no detenta su disposición y su propiedad, en cuanto a la disposición, es la de un tercero. El socio trabajador es propietario de la capacidad de disponer no del dominio directo y su derecho en este es el de un tercero. El socio capitalista no puede impedir que el otro disponga del bien, así cada uno es un tercero respecto al otro, por lo que pueden comprarse sus derechos.

^a أن يكون جزء شائعاً من الجملة حتى لو شرط لأحدهما قفزناً معلومة لا يصح العقد لأن المزارعة فيها معنى الإجارة والشركة تنعقد إجارة ثم تتم شركة (إما) معنى الإجارة فلأن الإجارة تملك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لأن البذران كان من رب الأرض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب المال بعوض وهو نماء بذره وإن كان البذر من قبل العامل قرب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره فكانت المزارعة إستنجاراً إما للعامل وإما الأرض لكن ببعض الخارج وأما معنى الشركة فلأن الخارج يكون مشتركاً بينهما على الشرط المذكور...⁷¹⁷

En la aparcería se exige que la cosecha se reparta según las fracciones estipuladas por las partes. Este contrato se iniciaría como un arrendamiento y se perfeccionaría como sociedad. Es así, porque el arrendamiento transmite la propiedad del dominio útil a cambio de una contraprestación. La sociedad o, quizás hubiera que traducir por comunidad de bienes, pues los frutos pertenecen a ambos según el porcentaje estipulado.

^b(أ) من أساليب الشريعة الإسلامية في الحث على الإنفاق في سبيل الله.
744~ الدارس للآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تحث على الإنفاق في سبيل الله يلاحظ أن أهم أساليب في الحث على الإنفاق في سبيل الله في الشريعة الإسلامية هي:

1~ الإنسان لا ينفق من ماله إنما من مال الله الذي إستخلفه فيه، فال تعالى { آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه، فالذين آمنوا منكم وأنفقوا لهم أجر كبيرة } . (الحديد: 7)⁷¹⁸.

En su tesis doctoral este doctorando, al sistematizar los mecanismos jurídicos que el *fiqh* pone a disposición de los fieles para fomentar su caridad, trae a colación una aleya coránica sobre la que apoyar su tesis de Dios como único y verdadero propietario de todos los bienes, siendo el ser humano un mero vicario en su titularidad.

^c1182- حدثنا عبد السلام بن عتيق، ثنا أبو مسهر، ثنا إسماعيل بن عبد الله يعني ابن سماعة، ثنا الأوزاعي، حدثني سليمان بن حبيب عن أبي أمامة الباهلي، عن رسول الله ص قال: ثلاثة كلهم ضامن على الله عز وجل: رجل خرج غازياً في سبيل الله فهو ضامن على الله حتى يتوفاه فيدخله الجنة أو رده بما نال من أجر وغنيمة، ورجل راح إلى مسجد فهو ضامن على الله حتى يتوفاه فيدخله الجنة أو رده بما نال من أجر وغنيمة، ورجل دخل بيته بسلام فهو ضامن على الله عز وجل⁷¹⁹.

La moral islámica, por su íntima relación con el derecho, se caracteriza por una estructura muy jurídica: así, en el fragmento atribuido a uno de los primeros alfaquíes fundadores de escuela, al-Awza'ī, hoy extinta, las buenas obras sirven de garantía, frente a Dios, a modo de avalista, de la recompensa.

La manera en la que los jurisconsultos musulmanes estructuran sus escritos coloca ante nuestros ojos una particular manera de entender los derechos y sus sujetos.

Reseñemos el índice de algunas obras de los iniciadores del *fiqh*. En primer lugar, Mālik b. Anas:

a Que sea un parte en copropiedad de modo que, si hubieran estipulado para alguno de ellos un *qafzān* (medida de superficie) determinada, no sería válido el contrato, porque la aparcería contiene el sentido de un arrendamiento y una sociedad, se celebra como arrendamiento pero se perfecciona como sociedad. El sentido del arrendamiento es porque el arrendamiento es la trasmisión de la propiedad de la utilidad a cambio de contraprestación, y la aparcería es así, porque si las semillas son del propietario de la tierra, el aparcerero se convierte en propietario de su utilidad, la cual es el desarrollo de la semilla, si el aparcerero aportara las semillas, el dueño de la tierra se haría propietario de la utilidad de su tierra a través del aparcerero con la contraprestación, el desarrollo de la semilla. Y el contrato es arrendamiento bien del aparcerero bien de la tierra, pero después de la cosecha. En cuanto al sentido de sociedad, porque la cosecha está compartida entre ellos dos según lo estipulado...

b (A) Entre los mecanismos de la *Šarī'a* para fomentar los gastos en caridad

744 El estudioso de las aleyas y hadices del profeta que impulsan la caridad observa que los principales mecanismos para fomentarla son:

1.-El ser humano no invierte de su patrimonio, sino del patrimonio de Dios, del que es vicario. Dice el Altísimo (creed en Dios y en su enviado e invertid de lo que se os ha entregado vicariamente, pues los que crean e inviertan tendrán un gran salario.

c 1182. Nos ha comentado 'Abd al-Salām b. 'Atīq, conocido como Abū Mushar, conocido como Isma'īl b. 'Abd-l-Allāh, es decir, Ibn Samā'at, conocido como al-Awza'ī, que nos contó Sulaymān b. Habīb de Abū Umāma al-Bāhili, del profeta de Dios, las bendiciones sean sobre él, que dijo: tres tienen garantizado frente a Dios, el todopoderoso: el combatiente en Su nombre, pues Dios le garantiza, en caso que lo hiciera fallecer, entrar en el Paraíso o hacerlo volver con botín, el hombre que entra una mezquita pues, en caso de que lo hiciera fallecer, tendría garantía de entrar en el Paraíso o hacerlo volver con su parte de paga. Y el hombre que entra a su casa en paz, pues tendría garantía de Dios el Altísimo...

Libro de los horarios de la oración. Libro de la purificación. Libro de la oración. Libro sobre el olvido. Libro del viernes. Libro de la oración en Ramadán. Libro de la oración de la noche. Libro de la oración en comunidad. Libro de lo oración durante el viaje. Libro de las dos fiestas. Libro sobre la oración ante un temor. Libro de la oración en un eclipse. Libro de la alqibla. Libro de *El Corán*. Libro de los funerales. Libro de la *zakāt*. Libro del ayuno. Libro del retiro. Libro de la peregrinación. Libro del *yihād*. Libro de los votos y los juramentos. Libro de las víctimas. Libro de los sacrificios. Libro de la caza. Libro del sacrificio. Libro de la herencia forzosa. Libro del matrimonio. Libro del repudio. Libro de la lactancia. Libro de las ventas. Libro de la sociedad en comandita. Libro de la sociedad de regadío. Libro del arrendamiento de tierras. Libro del retracto. Libro de los juicios. Libro del legado^a. Libro de la manumisión y el patronazgo. Libro del *mukātib* (tipo de manumisión). Libro del *mudabbir* (otro tipo). Libro de las penas impuestas por Dios. Libro de las bebidas. Libro de los responsables por delitos. Libro del reparto. Libro sobre la mezquita mayor. Libro del destino. Libro de la buena educación. Libro del vestir. Libro de las cualidades del Profeta. Libro sobre el mal de ojo. Libro del cabello. Libro de las visiones. Libro del saludo. Libro sobre la llamada a la oración. Libro sobre el juramento de fidelidad al gobernante. Libro sobre teología. Libro del Infierno. Libro de la limosna. Libro de la ciencia. Libro de la imploración del sometido. Libro de los nombres del Profeta⁷²⁰.

Ahora, detengámonos en una de las obras más significativas de la escuela *ḥanaḥī*:

Volumen I: Libro de la purificación. Libro de la oración.

Volumen II. Libro de la *zakāt*. Libro del ayuno. Libro del retiro. Libro de la peregrinación. Libro del matrimonio.

Volumen III. Libro de los juramentos. Libro de la falsa acusación. Libro de las maldiciones.

Volumen IV. Libro de la lactancia. Libro de la custodia materna. Libro de la manumisión. Libro de la madre esclava. Libro del *mukātib* (tipo de manumisión). Libro del *mudabbir* (otro tipo). Libro del patronazgo. Libro del arrendamiento.

Volumen V. Libro del arrendamiento de obra. Libro del retracto. Libro de víctimas y la caza. Libro de los votos. Libro de la expiación. Libro de las bebidas. Libro sobre lo preferible. Libro de las ventas.

Volumen VI. Libro de la fianza. Libro de la transmisión de deuda. Libro de la representación. Libro del acuerdo extrajudicial. Libro de la sociedad. Libro de la sociedad en comandita. Libro de la donación. Libro de la prenda. Libro del contrato de aparcería. Libro de la sociedad de comercio. Libro del abrevadero. Libro de las tierras. Libro del desaparecido. Libro del tesoro. Libro del esclavo huido. Libro de la competición. Libro del depósito. Libro del préstamo de uso. Libro del *waqf* y de la limosna. Libro de la acusación y demanda. Libro del testimonio.

Volumen VII. Libro sobre la moral del juez. Libro del reparto. Libro sobre los castigos impuestos por Dios. Libro sobre los bandoleros. Libro de la apropiación. Libro de la incapacitación y el arresto. Libro de la intimidación. Libro del permiso. Libro de la confesión. Libro de los delitos. Libro del hermafrodita. Libro de los tutores⁷²¹.

Si confrontamos la estructura de estos tratados teóricos con la escogida para la primera y más importante compilación normativa islámica, centrada en el derecho civil, llevada a cabo por el Imperio Otomano, la correspondencia resulta irrefutable. Verifiquémoslo:

| | |
|---------|-------------------------|
| المادة | الموضوع |
| 1 | تعريف علم الفقه وتقسيمه |
| 100-2 | القواعد الفقهية |
| 403-101 | الكتاب الأول: البيوع |
| 611-404 | كتاب الثاني: الإجازات |

a La palabra *waṣīyya* la traducimos a veces, en función del contexto, como legado o testamento. El legado siempre es una disposición con eficacia *post mortem*, pero esa disposición, en lugar de dar un bien al legatario, suele utilizarse para constituir un *waqf*, por ejemplo, en cuyo caso emplearemos la palabra testamento. Este es el criterio general que seguimos en este capítulo y en toda la tesis.

| | |
|---|-------------------------------------|
| 672-612 | كتاب الثالث: الكفالة |
| 700-674 | كتاب الرابع: الحوالة |
| 761-701 | كتاب الخامس: الرهن |
| 832-762 | كتاب السادس: الأمانات |
| 880-833 | كتاب السابع: الهيئة: |
| 940-881 | كتاب الثامن: الغصب والإتلاف |
| 1044-941 | كتاب التاسع: الحجر والإكراه والشفعة |
| 1448-1045 | كتاب الشركات |
| 1530-1449 | كتاب الحادي عشر: الوكالة |
| 1571-1531 | كتاب الثاني عشر: الصلح والإبراء |
| 1612-1572 | كتاب الثالث عشر: الإقرار |
| 1676-1613 | كتاب الرابع عشر: الدعوى |
| 1783-1677 | كتاب الخامس عشر: البيينة والتحليف |
| ⁷²² 1851-1784 | كتاب السادس عشر: القضاء |
| Tema. | Artículo |
| Concepto de <i>fiqh</i> . | 1 |
| Reglas jurídicas. | 2-100 |
| Libro primero: las ventas | 101-403 |
| Libro segundo: los arrendamientos | 404-611 |
| Libro tercero: fianza | 612-672 |
| Libro cuarto: transmisión de crédito | 673-700 |
| Libro quinto: prenda | 701-761 |
| Libro sexto: contratos fiduciarios | 762-832 |
| Libro séptimo: la donación | 833-880 |
| Libro octavo: la usurpación y los daños | 881-940 |
| Libro noveno: incapacidad, intimidación y el retracto | 941-1044 |
| Libro décimo: las sociedades | 1045-1448 |
| Libro undécimo: la representación | 1449-1530 |
| Libro décimo segundo: acuerdo y condonación | 1531-1571 |
| Libro décimo tercero: el reconocimiento | 1572-1612 |
| Libro décimo cuarto: la demanda | 1613-1676 |
| Libro décimo quinto: las pruebas y el juramento | 1677-1783 |
| Libro décimo sexto: el juicio | 1784-1851 |

En Roma, y de ahí se ha expandido a los ordenamientos derivados, se distinguía entre posesión (*grosso modo*, la protección jurídica provisional de la mera detentación⁷²³) y propiedad, esta era el derecho real por excelencia y los restantes, como el derecho de usufructo o la enfiteusis, no se tenían en propiedad, sino que se era titular de los mismos⁷²⁴. El objeto del dominio, tradicionalmente, se refiere a cosas corporales individualizadas⁷²⁵. Asimismo, tanto en derechos primitivos (recordemos las páginas dedicadas al mundo mesopotámico), como en el justiniano y en la Edad Media, la divinidad aparece como propietaria de bienes.

En el derecho islámico la propiedad tiene un sentido mucho más vasto, incluso se es propietario de lo que en occidente es otro derecho real: el usufructo. Recordemos el texto sobre las reglas del *fiqh* en las que se relacionan los tipos de propiedad, entre los que incluye derechos que en Occidente recibirían la calificación de usufructo o censo enfiteútico. Algunos arabistas clásicos interpretan esta ordenación del derecho real prototípico como una definición de su objeto de forma que incluya también cosas no tangibles estrictamente⁷²⁶. No obstante, existe cierta correspondencia entre los ordenamientos: el caso de la accesión de lo sembrado en la tierra de un tercero sin título válido, cuya propiedad se adjudica al dueño del suelo⁷²⁷.

De todos los textos de los alfaquíes entresacados con anterioridad, se infiere una serie de conclusiones que nos interesa remarcar:

- Se admite el condominio sobre todos los tipos de propiedad reconocidos por la *Šarī'a*, si bien la articulación de la extinción de esta situación y su división varía, en función del objeto de la propiedad: plena o de mero uso y disfrute.
- Como ordenamiento religioso, el origen último de las normas y, por supuesto, de los derechos y obligaciones se halla en Dios. Hemos hecho referencia a la idea, más o menos explícita y con más o menos reflejo legal, de que Dios es el auténtico propietario. En el caso del mundo musulmán, este planteamiento se ha plasmado, incluso en el ámbito literario, en la percepción de que este mundo es una especie de *waqf* constituido por Dios, cuyos beneficiarios son los hombres; nos centraremos en esta idea en las páginas siguientes.
- La naturaleza real, y no simplemente de obligación personal entre las partes, del arrendamiento, frente a la concepción propia del derecho romano⁷²⁸. Esta distinción no se produce en un mero plano teórico, sino que va aparejada de consecuencias prácticas, en especial en lo que nos incumbe, en el ámbito de la mayoría de los contratos societarios. Si al arrendatario se le transfiere facultades dominicales, la necesidad de unirse al arrendador con la intención de crear un sujeto único de intereses no se convierte en tan perentoria. Esta reflexión adquiere plena virtualidad en negocios jurídicos concretos de asociación de dos o más personas, contruidos jurídicamente, al menos en parte, desde el arrendamiento.
- Abordaremos este tema en uno de los próximos epígrafes, pero la distinción técnica entre comunidad de bienes y sociedad queda menos cristalina en los juristas musulmanes. En primer término, se utiliza la misma raíz de tres consonantes, *šaraka* (شركة), cuyo sentido está referido a tener algo en común, cuotas de un bien para cada uno de los comuneros. Esta situación jurídica de copropiedad se producirá como resultado de los diversos contratos asociativos que detallaremos oportunamente. Anticipándonos, en cada uno de ellos se pormenoriza hasta el último de los pormenores las obligaciones, derechos y relaciones de los socios, descartando o prescindiendo de otra solución técnica posible: la creación de un ente diferente e independiente de los participantes en los contratos. En los derechos europeos, se culminó esa evolución; de negocios jurídicos muy semejantes, se arribó a la sociedad como persona jurídica.
- En cuanto a los índices de obras jurídicas que hemos seleccionado, muestran que el interés de los alfaquíes se constriñe a los diferentes negocios jurídicos, tomando como punto de partida la compraventa, pues, aun en los casos de elementos del culto (la oración o el ayuno), son tratados de una manera muy jurídica: requisitos de validez y consecuencias legales de la falta de alguno o de la realización válida del mismo. Tras el jurista romano Gayo, en la evolución del derecho occidental la triple clasificación entre derecho de las cosas, personas y las acciones, devino clásica⁷²⁹. De esta manera, la exigencia de dar respuesta desde la ciencia jurídica a la cuestión de la personalidad devino perentoria. No ocurrió lo mismo en el entorno del *fiqh*, en el que la principal preocupación está centrada en la realización eficaz de los diversos negocios; la capacidad jurídica de la persona que lo lleva a cabo basta. Esta perspectiva diversa no significa, en última instancia, que no nos sea posible inferir aspectos interesantes para nuestro estudio sobre la personalidad jurídica en el derecho islámico.

3.4 El derecho islámico admite una mayor indeterminación en sujeto de los derechos que el derecho romano

Con anterioridad, hemos hecho mención a la necesidad que el derecho sea titularidad de un sujeto, determinado con una precisión lo más detallada posible, según la concepción clásica del derecho romano⁷³⁰. Asimismo, esencialmente por la injerencia del Cristianismo, se fueron

incorporando titulares más o menos poco precisos. Esta problemática fue más intensa en el ámbito sucesorio y, en particular, con la institución de heredero. En este sentido, también analizamos el fideicomiso como un instrumento jurídico que mitigaba el rigor del derecho civil, comparándolo con el *waqf* islámico. Sobre estas consideraciones, confrontaremos algunos aspectos de los ordenamientos derivados del *ius civile* romano y el *fiqh* islámico.

A pesar de estar admitidos legalmente en Roma, los colegios y asociaciones funerarias no podían heredar mediante testamento por ser personas inciertas, incluso tampoco Dios o los dioses, quienes sí adquirirían la condición de legatarios pero no la de herederos⁷³¹. La cristianización del Imperio hizo posible que la Iglesia pudiera ser instituida como sucesora hereditaria⁷³². La misma traba dificultaba instituir a los pobres en esa condición, en Roma se rechazaba por incierto y con el cristianismo se fue admitiendo⁷³³. La visión salvífica de la religión cristiana condujo a las personas a realizar disposiciones *inter vivos* y *mortis causa* en favor de la propia alma; no tanto desde un punto subjetivo, el alma, sino más bien teleológico, el beneficiario asume el modo o carga de realizar determinados actos que coadyuven a su salvación. Este fin piadoso también está presente en el *waqf*, incluso, como recalcamos, como requisito de validez para algunas escuelas. Todas estas medidas inundaban las legislaciones medievales, por ejemplo, en los distintos fueros medievales de la Península. Aunque pueda resultar sorprendente y a pesar de no regularse expresamente en nuestro Código Civil, a través de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremos se sigue admitiendo⁷³⁴.

Una de las instituciones que ha generado históricamente una mayor polémica en este tema ha sido la herencia yacente, es decir aquella en la que el llamado como heredero aún no la ha aceptado, cuando esa aceptación es exigida, y, por tanto, no se ha producido la sucesión entre causante y heredero. El patrimonio que compone esta herencia se encuentra en una situación especial. A lo largo de los siglos han aparecido muchas teorías que pretenden explicar la titularidad de ese patrimonio, toda vez que la persona en cuya esfera jurídica se hallaba ha fallecido. Es posible clasificar estas tesis en tres grupos principales⁷³⁵:

-Herencia yacente como persona jurídica. Los bienes disfrutan de su propia personalidad, sería un ejemplo de ente de base patrimonial.

-Herencia yacente como persona ficta. Es el derecho el que, mediante un artificio propio, asigna la propiedad de los bienes y la titularidad de los derechos bien al causante, a pesar de estar muerto, bien al heredero quien todavía no ha ocupado realmente esa posición.

-Herencia yacente como patrimonio privado de titular. Un caso excepcional, en especial dentro de la tradición romanista, en el que existen bienes que habían pertenecido a alguien e, interinamente, no se ha producido la transmisión patrimonial en la persona a la que están destinados. No guarda similitud alguna con las *res nullius*, o cosas de nadie que quedan en la naturaleza, cuyo régimen jurídico suele apuntar a su adquisición por quien se las apropia, cumpliendo ciertos requisitos.

-Por último, también, muy relacionado con lo anterior, se contempla la teoría de la retroactividad; es decir, el heredero, en el momento de la aceptación, adquiere la propiedad y los efectos de esta transmisión se retrotraen al instante del fallecimiento del causante.

Al no estar en nuestro ánimo un estudio exhaustivo de esta figura, nos limitaremos a subrayar las conclusiones principales que Antonio Castro Sáez señala en su libro, al objeto de cotejarlas con los textos de los autores musulmanes:

- *La herencia se concibe como una cosa de nadie coyuntural, consagrada al específico fin de su aceptación.*
- *La herencia representa la persona del difunto y, en virtud de tal personificación, actúa como dueña (sin serlo realmente) de las cosas hereditarias.*
- *La herencia representa la persona del heredero, cuando la necesidad de una persona física imposibilita la acción de la teoría de la hereditas persona (que continúa la personalidad del difunto), y tal expediente se verifica en la teoría de la retroactividad de la aceptación⁷³⁶.*

En opinión de otros juristas, la herencia yacente sería un patrimonio sin sujeto o en expectativa, porque, en el derecho romano y sus derivados, el heredero es sucesor del *de cuius*, no de la herencia yacente⁷³⁷.

Antes de extraer nuestras conclusiones, tomemos algunos textos de alfaquíes que ilustren ejemplos en los que el titular del derecho no esté perfectamente delimitado.

^aالقاعدة التاسعة عشر بعد المائة. إذا وجدنا لفظاً عاماً قد خص بعض أفراده بحكم موافق للأول أو مخالف له، فهل يقضي بخروج الخاص من العام وإنفراده بحكم المختص به، أو يقضي بدخوله فيه فيتعارضان مع إختلاف الحكم ويتعدد سبب الإستحقاق مع إتفاقه؟

ومنها: لو وصي لزيد بشيء وللمساكين بشيء وهو مسكين فإنه لا يستحق مع المساكين من نصيبهم شيئاً نص عليه أحمد في رواية ابن هانئ وعلي بن سعيد ونقل القاضي فيما قرأته بخطه الإتفاق على أن زيدا ما يستحق من وصية المساكين في مثل هذه الصورة وإن كان مسكيناً مع أن ابن عقيل في فنونه حكى عنه أنه خرج وجهاً آخر بمشاركتهم إذا كان مسكيناً.⁷³⁸

El autor, de la escuela *hanbalī*, analiza una regla interpretativa para el supuesto del uso conjunto de expresiones de carácter colectivo junto a otras que especifican individuos de ese grupo. A modo ejemplificativo, detalla el supuesto de una persona a la que se instituye como legatario junto a los pobres, siendo esa misma, a su vez, necesitado. El derecho islámico no ha sentido ningún reparo desde su nacimiento, al contrario que el romano, en las instituciones testamentarias a favor de personas inciertas. Habría que elucidar si la causa reside en la diferente naturaleza de la sucesión en ambos ordenamientos (que hemos mencionado) o viene determinada por otros factores; el dictamen que demos influirá en la cuestión de la personalidad jurídica.

^bقال: سمعت مالكا يقول فيما يصيب العدو من أموال المسلمين: إنه إن أدرك قبل أن تقع المقاسم فهو رد على أهله. وأما ما وقعت فيه المقاسم فلا يرد على أحد.

وسئل مالك، عن رجل حاز المشركون غلامه ثم غنمه المسلمون.

قال مالك: صاحبه أولى به بغير ثمن ولا قيمة ولا غرم ما لم تصبه المقاسم. فإن وقعت المقاسم فيه فإني أرى أن يكون

الغلام لسيده بالثمن إن شاء.⁷³⁹

El fundador de la escuela *malikī* da su opinión sobre la propiedad de los bienes que, tras haberse apoderado de ellos el enemigo, son recuperados como botín por los musulmanes. La realización o no del reparto de esta causa que el propietario primigenio los recupere o pase su titularidad a los beneficiarios del botín.

^cسؤال عن كنيسة بني فيها مسجد هل تبقى أحباسها للمسجد أم تكون لبيت المال؟

a La regla ciento diecinueve: si nos encontráramos una expresión general en la que posteriormente se especificaran algunos de sus integrantes con un precepto acorde con el primero o discrepante, ¿se decretaría la exclusión de lo particular de lo general su singularización por el precepto especial, o se decretaría su inclusión y se contradirían con una prescripción diferente y se diversificaría la causa de reclamación con su acuerdo?

Y de ella: si se legara a Zayd y a los pobres y aquel también fuera pobre, no tendría derecho en la parte destinada a los pobres; así lo determina Ahmad según lo recoge Ibn Hānī 'Alī b. Sa'īd y lo trasmite El Juez tal y como se lee de su puño y letra, quien está de acuerdo en que Zayd no tendría derecho al legado en favor de los pobres en este supuesto, aunque fuera pobre, a pesar de la opinión de Ibn 'Aqīl en *Sus Artes* según se cuenta de él, quien incluiría a Zayd también en la porción de los pobres.

b Dijo: oí a Mālik quien opinaba sobre los bienes de los musulmanes de los que se hubieran apoderado por el enemigo: si se hubieran recuperado antes de ser repartidos como botín, se devolvería a sus dueños originarios; si se hubiera producido el reparto, no se devolverían.

Mālik fue preguntado sobre un hombre al que los infieles le habían arrebatado un joven esclavo. Mālik opinaba: su propietario tiene prioridad, sin necesidad de pagar precio ni valor ni multa, antes de haber recaído el reparto. Si hubiera recaído el reparto, opino que el esclavo se entregara al dueño a cambio de su precio, si así lo deseara.

c Pregunta sobre una iglesia sobre la que se ha construido una mezquita, ¿las fundaciones a su favor continúan pero en beneficio de la mezquita o pasan al tesoro?

Tu respuesta -Dios esté satisfecho de ti- en los *awqāf* constituidos por los cristianos con pacto en favor de sus iglesias, administrados por sus obispos y cuyos beneficios van para su iglesia y lo que sobra lo dedican a ellos mismos, y permanecen así hasta que el emir los desaloja de sus casas y es entregada a los musulmanes dicha iglesia como mezquita para que recen allí las cinco oraciones y para que se emita el sermón los viernes, y los bienes habices mencionados permanecen como estaban para revestir la mezquita y los imanes emplean el resto, y permanece así durante ocho años sin que se opongá nada hasta que el funcionario del tesoro de los musulmanes pretende incorporarlos al mismo sin que medie ningún decreto del emir, ¿puede incorporarlos al tesoro de los musulmanes sin que lo ordene el

جوابك رضي الله عنك~ في أحباس حبسها نصارى معاهدون على كنيسة لهم، وكان القسيسون يستغلونها وينفقونها في مصالح كنيستهم، وما فضل منها يأخذونه لأنفسهم، فبقيت كذلك ما شاء الله إلى أن أجلاه الأمير من ديارهم فرد المسلمون الكنيسة المذكورة مسجداً تصلي فيه الصلوات الخمس ويخطب فيه أيام الجمع فبقيت الأحباس المذكورة على حالها يكسى منها المسجد ويستغل الأئمة الباقي، فبقيت كذلك مدة ثمانين سنة لم تُتعرض بشيء من الأشياء، إلى أن قام عامل من عمال بيت المال المسلمين وأراد ضمه لبيت مال المسلمين بغير أن يستظهر بظهير من عند الأمير يضمها، فهل له أن يضمها لبيت مال المسلمين من غير أن يأمره الأمير بضم لبيت المال هل يجوز له ذلك أم لا، بين لنا ~وفقك الله~ وجه الحكم في هذه المسألة إلى أن يستتم النظر فيها بياناً شافياً مأجوراً إن شاء الله.

الجواب. أحباس أهل الذمة لا حرمة لها، فإذا كان محبسها حياً وأراد الرجوع فيها أو بيعها لم يتعرض له، وإن كان هذه الأحباس قديمة وهي بيد أهله الذمة لم يُتعرضوا فيها، وإذا كان الناظر للمسلمين قد رأى في مسألتك عند إجلاء أهل الذمة عن الموضع كنيستهم ردها مسجداً فمن أحسن النظر إذ لا بد للمسلمين النازلين مكان أهل الذمة مجلين عنها من مسجد يقيمون فيه صلاتهم وللإمام بناؤه لهم، فأولى إن يجعل ذلك من هذه الكنيسة ويحولها مسجداً، إذ هي وأحباسها عند إجلاء أهلها عنها لبيت المال لإرتفاع أيدي النصارى عنها إذ لا يتعلق لهم تملكهم بوجه إلا أن يكون محبس الكنيسة أو شيء من أحباسها حياً فله الرجوع في ماله وبيعه ونقض حبسه لا يعترض في ذلك وأما لا مالك لها فإنما كانت لهم منفعتها بحكم سكانهم، فإذا أُلجوا عنها بقيت للمسلمين، إذ لا ملاك لها ولم يثبت كونهم صلحيين فيحكم لهم بحكمهم، فإقامة المسجد منها وترك ما يقوم به المسجد وما يحتاج إليه كحصير ووقيد وإمام وخادم وبناء من أحباسها من النظر السديد ولما فيه من الغيظ للكفار لتصير بيت كفرهم وطاغوتهم بيتاً يذكر فيه الله، ويقام فيه شرع الإسلام، وبالتوفيق، قاله: ابن عياض.

قال محمد: هذا الجواب لم أنقلها من خط الشيخ. ووجدت له أيضاً بخطه جواباً على هذا السؤال [...] وقد كان تقدم مني منذ الأندلس مشكل هل هم صلحيون وصلحهم على ما بأيديهم فيجري أمرهم على ما بأيدهم مجري الصلحيين أم هم عنوة وأرضهم عنوة فيجرون مجري أهل العنوة أم بأيديهم مكتسب لهم وأصل جماجمهم على الصلح والعنوة فتكون أحكامهم في ذلك غير الحكمين إذ لم يحقق من أمرهم ما تبنى عليه الفتيا، غير أن الفقهاء أصحاب التاريخ والخبر، ويذكرون أن الأندلس منها عنوة ومنها صلح وأكثر أموال المعاهدين إنما هي فيما ذكر أنه كان عنوة، لكن أقول: هولاء النصارى لما أشكل الأمر فيهم وفيما وجدنا بأيديهم من الأملاك وجب كون ما بأيديهم وفي أملاكهم لهم بحكم وضع اليد وصحة الحوز الذي لم يجيء ما يزيله ولا قامت حجة تبطله،

emir o no? Acláranoslo -Dios te dé éxito- cuál es el precepto en esta cuestión hasta que se complete el análisis, con claridad meridiana, si Dios quiere.

Respuesta: Los *awqāf* de las comunidades del pacto no son inviolables, si el fundador estuviera vivo y quisiera revertirlo o venderlo no se le impediría, si fueran *awqāf* antiguos en manos de esas comunidades, no se les molestaría. Si el administrador de los musulmanes hubiera visto correcto, en esta cuestión, ante el desalojo de la comunidad del lugar de la iglesia, convertirla en mezquita, pues sería bueno, pues los musulmanes que ocuparan el lugar precisarían de un lugar para realizar sus oraciones y el imán estaría facultado para construirles una, y sería preferible convertir la iglesia en mezquita; los *ahbās* de la misma, ante el desalojo sería para el tesoro al ser quitadas de las manos de los cristianos, siempre que no existiera algún derecho de propiedad sobre ellos, salvo que el fundador de la iglesia o sus *awqāf* estuviera vivo, que tendría derecho a revertirlos a su patrimonio y venderlos y anular las fundaciones, lo que no se le impediría. En cuanto a los bienes que no tuvieran dueño, si tuvieran ellos algún dominio útil, si se desalojaran, continuarían en propiedad de los musulmanes. Si no tuvieran dueño y no se constatará la existencia de pacto, se erigiría la mezquita mediante esos *ahbās*, y de ahí se sufragarían sus gastos de tapices, combustible, imanes, servidumbre y los gastos necesarios para transformarla de una casa de infidelidad a otra en al que se pueda recordar a Dios y aplicar en ella la Ley del islam. Deseamos el éxito, es la opinión de Ibn 'Iyyāḍ.

Muḥammad ha dicho que esta respuesta no la ha transmitido del propio puño y letra del jeque. Y he encontrado también de su propia letra una respuesta a esta cuestión [...] y es que se había planteado desde tiempos de al-Andalus el problema de si se habían firmado pactos respetando sus propiedades a los que se aplicarían las disposiciones de los mismos o se hubieran anexionados sus tierras por la fuerza, y se aplicaría ese régimen o lo que tuvieran en sus manos se lo ganarían y sus cabezas estuvieran con pacto o con conquista y el precepto aplicable no sería ninguno de los dos, pues no se conoce de este asunto nada sobre lo que construir el fallo. Pero los alfaquíes historiadores y cronistas citan que en al-Andalus hubo conquista y pactos y a la mayoría de los bienes de los no musulmanes se les aplicaba el régimen de la conquista. Pero opino: estos cristianos cuando no se tiene claro su situación en cuanto a las propiedades que encontramos en su poder, debemos presumir que su posesión es legítima mientras no se encuentre una prueba que lo desmienta. Y las iglesias y sus fundaciones salen de este capítulo no sólo por su desalojo y la prohibición de disponer y de los frutos que tenían en él, pues su posesión no es la de propietario pues no sabemos su fundador ni se ha determinado, ni sus herederos quienes podrían revertirlos. Al no ser sus fundaciones obligatorias porque no van destinadas a un bien agradable a Dios, sino a la iniquidad, pues revertiría a su fundador si lo solicitara. Lo demás cuyos propietarios no son conocidos su régimen sería el de las cosas que han sido abandonadas y sus *awqāf* sería para el tesoro de los musulmanes y el imán los administraría. Igualmente, el régimen del monasterio si fuera un *waqf* sin dueño, si fuera de los bienes de ellos y de sus aldeas y los compraran los musulmanes [...] Y su urbanización correspondería al conjunto de los fieles. El imán estaría obligado a erigir una mezquita o mezquita aljama [...] El imán estaría facultado para dejar los *awqāf* en favor de esas mezquitas o incorporarlos al tesoro y sufragar los gastos de otra manera...

وخرحت الكانس والأحباس عن هذا الباب لا سيما بإخراجهم عنها ومنعهم من التصرف والمنفعة التي كانت لهم فيها، إذ ليس وضع أيديهم عليها ووضع ملك إلا ما عرف محبسه وتعين فله أو لورثته الرجوع فيه، إذ ليست أحباسهم لازمة إذ لم يُرد بها وجه الله لا حبست له بل لجبت والطاغوت فترجع على ملك محبستها إن طلبها وسائر ما لا يعرف مالكة حكمه حكم مال من انجلى منهم عن ماله ووقف ذلك لبيت المال المسلمين، والإمام ينظر فيه، وكذلك حكم الدير إن كان محبساً لا مالك لهم إذا كانت من أموالهم وقراهم قد إشتراها منهم المسلمين [...] وعمرت لزمتهم الجماعات للصلوات، فعلى الإمام إقامة مسجد لهم أو جامع إن [...] ثم للإمام أن يترك الأحباس لهذه المساجد أو يضمها إلى بيت المال ويقوم للمسجد ما يحتاج إليه من غير ذلك...⁷⁴⁰

Esta fetua, la cual ha sido muy comentada, entre otros, por García Sanjuan, está incluida en la recopilación del juriconsulto al-Wanšārīs y presenta bastantes aspectos destacables: relación con las comunidades no musulmanas, información sobre la conquista de Al Andalus, cómo entendían los juristas musulmanes las fundaciones piadosas cristianas, lo cual nos aporta una interesante comparativa entre ambas figuras, la titularidad de los bienes habices, las facultades de los gobernantes y otros más secundarios. En lo relativo a nuestro foco de interés, es necesario detenerse en la presencia de titulares de derechos y propietarios que no coinciden con el ser humano.

Tanto en las fundaciones de los cristianos como en las musulmanas, las iglesias y las mezquitas se presentan constituidas en beneficiarias de ese negocio jurídico, directamente, sin la figura interpuesta de un cargo eclesiástico o una autoridad islámica. En este caso, se nos coloca ante un problema jurídico derivado del abandono, forzoso o no, de una comunidad de cristianos que habían establecido diversas fundaciones en favor de sus templos y cuyas posesiones son ocupadas por musulmanes. Se interpela al alfaquí sobre el destino de esos bienes habices, una vez que se ha erigido una mezquita en el lugar. En primer lugar, debido a que para el *fiqh* la finalidad de sufragar los gastos de una iglesia o monasterio no son piadosos, al estar incardinado en un culto diferente al musulmán, el carácter indisponible está ausente, el fundador o sus herederos están facultados para vender los bienes.

Más interesante, para el objeto de nuestro estudio, nos parece el destino de esas fundaciones: el gobernante tiene la potestad de cambiar la finalidad de los frutos de los bienes vinculados, en favor de la mezquita o incorporarlos al tesoro y mantener el lugar de culto con otros recursos. En teoría, en la primera posibilidad, el dominio directo continuaría en favor del fundador (un creyente nazareno), en el primer caso, y a la mezquita le correspondería el dominio útil. Asimismo, le corresponde optar por integrarlos en la *casa del dinero*, convirtiéndose, tal y como observamos, en inalienables. En ambos casos, se nos presentan propietarios o bien fallecidos o bien no humanos, como el tesoro, o la comunidad de los musulmanes.

^a [...] (فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعدد منفعته إلى العباد فيلزم) في حين يقول ابن الهمام (لا يخفي أنه لا حاجة إلى سوى قولنا: يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لأن ملك الله في الأشياء لم يزل قط. لذا يرى الصاحبان بأن الوقف إذا صح يزول ملك الواقف لا إلى مالك...⁷⁴¹

A modo de complemento de la definición *ḥanaḥī* de los *awqāf*, efectuada por Muḥammad al-Jaṭīb al-Tamartāšī y a la que ya nos hemos referido, se añaden otras opiniones de autores de la escuela. En estas, se considera que la propiedad del dominio directo o nuda propiedad se transmite a Dios pues el dominio de Dios sobre las cosas no se extingue.

a (La propiedad del fundador se extingue en favor de Dios, el Altísimo, pues su utilidad sería para los fieles y sería debido) al tiempo que Ibn al-Hamām opina (no se oculta que no ha necesidad de otra opinión distinta a la nuestra: se extingue su propiedad porque se vincula a la utilidad de los fieles por la propiedad de Dios sobre las cosas que no se extingue, por eso, los dos Amigos opinan que el *waqf*, si es válido, extingue la propiedad del fundador, no quedando sin propietario.

^a(قال الشافعي) لو باعه ثمر حائطه وسكت عما وصفت من أجزاء الصدقة وكم قدرها كان فيه قولان أحدهما أن يكون المشتري بالخيار في أخذ ما جاوز الصدقة بحصته من ثمن الكل [...] أو يرد البيع لأنه لم سلم إليه كل ما إشتري والثاني إن شاء الله أخذ الفضل عن الصدقة بجميع الثمن وإن شاء ترك (قال الربيع) وللشافعي فيه قول ثالث إن الصفقة كلها باطل من قال إنه باعه ما ملك وما لم يملك فلما جمعت الصفقة حرام البيع وحلال البيع بطلت الصفقة كلها [...] (قال) وقد قيل في هذا شيء آخر: إن الثمر إذا وجبت فيها الصدقة ثم باعها فالصدقة في الثمرة والمبتاع مخير لأنه باعه ماله ومال للمساكين في أخذ غير الصدقة من الثمن أو رد البيع...⁷⁴²

Uno de los padres de la ciencia jurídica islámica y al que secundan los alfaquíes de la escuela, al-Šāfi ī, establece qué se ha de sentenciar si los frutos de un bien afectado al pago de la *zakāt* son vendidos. En su opinión, al comprador se le permite elegir entre rescindir el contrato o mantenerlo en la parte de los mismos no vinculados al pago del impuesto; al-Šāfi ī, considera que el contrato, si una parte es nula, es nulo íntegramente. El fundamento jurídico radica en que el vendedor ha dispuesto de unos bienes que no están sujetos en su totalidad a su propiedad, sino que una parte de la misma correspondería a los pobres, aunque se trate de un grupo indeterminado. La exigencia de determinación de los sujetos es mucho menos estricta que en el objeto de los contratos. Una tendencia que difiere de la romana, en algunos supuestos. Una cuestión que no queremos pasar por alto es la utilización de la palabra *šafaqa* como contrato, es menos inusual pero, en su momento, tendremos que compararla con la de *'aqd*.

^bالقاعدة الحادية والأربعون بعد المائة: إذا أتلّف عيناً تعلق بها حق الله تعالى من يجب عليه حفظه وإستيفاءها إلى مدة معلومة لزمه ضمان بقيمتها في ذلك الوقت لا يوم تلفها، أو بمثلها على صفاتها في ذلك الوقت لا يوم تلفها على أصح الوجهين. ويتخرج على ذلك الصور: منها: لو ترك الساعي زكاة الثمار أمانة بيد رب المال فأتلّفها قبل جفافها أو تلفت بتفريطه ضمنها بقدره يابساً لا رطب على الصحيح، وعنه يضمنها بمثله رطباً⁷⁴³.

Para la escuela *hanbalī*, cuando uno de los derechos de Dios está unido a un bien, en caso de destruirse, el poseedor, propietario o titular de algún derecho que lo obliga a su custodia ha de responder de su valor en el momento en que se colocó en dicha posición jurídica, no en el momento de la destrucción.

^cوسبب إختلافهم في إيجاب الزكاة عليه أو لا إيجابها هو إختلافهم في مفهوم الزكاة الشرعية هل هي عبادة كالصلاة والصيام؟ أم هي حق الواجب للفقراء على الأغنياء؟ فمن قال إنه عبادة يعتبرو البلوغ، ومن قال إنها حق واجب للفقراء والمساكين في أموال الأغنياء لم يعتبر في ذلك البلوغ من غيره⁷⁴⁴.

Averroes analiza las dos posturas principales sobre las condiciones que ha de cumplir un individuo para ser considerado sujeto pasivo de la limosna obligatoria. Unos juristas consideran que ha de ser mayor de edad y otros no. La naturaleza de la *zakāt* difiere para las escuelas: unas la incluyen entre los actos de culto al igual que la oración o el ayuno; en consecuencia, es exigible una edad mínima. Otras la ubican entre los derechos subjetivos, cuyos titulares serían los pobres y

a(Dijo al-Šāfi ī) y si vendiera el fruto de su huerta y se callara lo que has descrito de la *zakāt* y su cuantía, habría dos opiniones: una de ellas es que el comprador podría escoger quedarse con el sobrante de la *zakāt* por su parte del precio total [...] o rescindir la venta porque no se le entregó todo lo comprado; la segunda: si quisiera se quedaría con el sobrante de la *zakāt* por el total del precio o rescindiría la venta (al-Rabī 'a dijo) al-Šāfi ī tiene una tercera opinión: el contrato íntegro sería nulo porque ha vendido aquello de lo que es propietario y también lo que no es suyo, y cuando el contrato une una cosa prohibida y otra permitida se anula entero [...] (Dijo) y en este asunto se ha opinado esta otra cosa: los frutos, si estuvieran gravados con la *zakāt* y, posteriormente se vendieran, los frutos seguirían gravados y el comprador podría elegir, porque el vendedor vendió su propiedad y la propiedad de los pobres, entre validar la venta en lo que no esté gravada con el *zakāt* o en rescindir la compraventa.

b La regla ciento cuarenta y uno: Si un bien en poder de una persona que tuviera la obligación de su custodia por un período determinado se destruyera y sobre él recayera un derecho de Dios, estaría obligado a indemnizar, por su valor al momento en que se constituyó esa custodia, no al momento de su destrucción, o a reponerlo por otro de sus características en ese mismo momento y no en el de su destrucción.

De esto se deduce: si el recaudador de la *zakāt* dejara los frutos, como depósito, en manos del dueño del capital y se destruyeran antes de madurar o se destruyeran por su negligencia, estaría obligado a indemnizar por su valor maduro, no inmaduro, en la opinión correcta; sobre ello lo indemnizaría con algo de su misma especie y calidad inmaduro.

c Y la causa de su diferencia sobre la obligación de la *zakāt* o su no obligatoriedad radica en la diferencia en el concepto de la *zakāt* legal, ¿es un culto como la oración y el ayuno? ¿O es un derecho que se pueda reclamar por parte de los pobres a los ricos? Quien afirma que es un culto considera que es obligatoria la mayoría de edad. Quien considera que es un derecho de los pobres sobre los ricos pues no la estima necesaria.

menesterosos. En una correspondencia lógica, las personas propietarias de unos bienes que superen los límites legales estarían gravadas con el tributo con independencia de la edad.

^a(Mادة 960) المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وإن لم يعتبر تصرفهم القولي كالبيع والشراء إلا أنهم يضمنون حالاً الخسارة والضرر والذين نشأ من فعلهم مثلاً لو أتلف الصغير مال آخر لزم الضمان ولو كان غير مميز. وعليه فالمحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة يعني الصغير، والمجنون، والمعتوه، والأبله، والسفيه، والمدين وإن لم تعتبر تصرفاتهم القولية الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإقرار والتي تكون ضرراً محضاً كهبة مال والتصديق به ومقتضى المواد (966، 967، 978-979، 990، 991) إلا أنهم يضمنون من مالهم الضرر والخسارة الذين نشأ من فعلهم سواء أ كان ذلك الضرر عائد على المال كإتلاق مال أم متعلقاً بالنفس كإتلاف النفس أو قطع العضو حالاً أي بدون إنتظار حال البلوغ أو حال الصحو والإفاقة أو إنتظار وقت فك الحجر⁷⁴⁵.

Una codificación de inspiración *hanafi*, que estuvo en vigor tanto en el Imperio Otomano como en Jordania hasta fechas no tan lejanas, la *Mayalla* impone, en concordancia con los textos del *fiqh*, una responsabilidad objetiva por los actos de los menores e incapaces, cualquiera que sea la causa de incapacitación. La tendencia objetiva del derecho islámico en este punto queda meridianamente clara. En un contraste manifiesto, nuestro Código Civil, de tradición romana, exige en estos casos de responsabilidad extracontractual (artículo 1902) culpa o negligencia, que nunca se podrán imputar a la inmensa mayoría de los incapaces.

^b(Mادة 992) – (ينفق على السفية المحجور على من لزمته نفقته من ماله). السفية مساو لغير السفية في الشيء الذي يثبت بإيجاب إلهي، أو الذي يثبت أنه حق للناس، لأنه مخاطب فالذي يجب بإيجاب إلهي هو الزكاة وحجة الإسلام وما يماثل ذلك، أما ما يجب على أنه حق للناس فهو كنفق ذوي الأرحام [...] صورة أداء زكاة المحجور: إن زكاة الواجبة على المحجور بفرزها القاضي من ماله، أي مال المحجور، ويسلمها إليه ليعطيه المحجور إلى صرف الزكاة، لأن الزكاة من العبادات التي تلزم فيها النية (رد المحتار) ورسل معه أمينه حتى لا يصرف في مكان آخر [...]

صورة حجة المحجور: إذا أراد السفية أن يحج حجة الإسلام فلا يمنع القاضي النفقات التي يحتاجها السفية إى حاج ثقة أمين تصرف عن يديه حتى لا يبذرها ويسرف فيها⁷⁴⁶.

En este otro artículo dispone que, en el caso del declarado incapaz debido a su prodigalidad, el juez ha de facilitar el abono de la *zakāt* de su patrimonio, así como la peregrinación a la Meca, puesto que es un deber impuesto por Dios. Igualmente ocurre con el derecho de alimentos en favor de sus familiares. Antes de continuar, conviene que aclaremos algún concepto. En el texto del código otomano, aparece una expresión a la que hemos dado el sentido de deber impuesto por Dios, *mujātab* (مخاطب), literalmente viene a significar que es el receptor del discurso. Por este motivo, tenemos que diferenciar el *fiqh* (فقه), equivalente, *grosso modo*, a derecho, de las fuentes del derecho

a (Artículo 960) Los incapacitados mencionados en los artículos anteriores, si bien no se tienen en cuenta sus actos orales, como la venta, la compra, responden al instante de las pérdidas y daños que emanen de sus actos, así, si el menor rompiera un bien de otro tendría que indemnizarlo.

De esta manera, los incapacitados reseñados en los artículos anteriores, es decir, el menor, el loco, el imbécil, el lelo, el pródigo y el quebrado, a pesar de no ser tenidas en cuenta sus actuaciones habladas y se fueran consideradas entre beneficiosas y perjudiciales para sus intereses, como la venta, la compra, la confesión y las que son totalmente perjudiciales como la donación, el *waqf*, en aplicación de los artículos (967, 966, 978, 979, 990 y 991), han de indemnizar de su patrimonio los daños y pérdidas que dimanen de sus actos, tanto si ese daño se produce en el patrimonio como si se relaciona con las personas, como la muerte o la amputación de un miembro, al instante, es decir, sin esperar a la mayoría de edad, la curación, un momento de lucidez o al levantamiento de la incapacitación.

b (Artículo 992) (la manutención de quien sea acreedor de la misma se ha de abonar del patrimonio del pródigo). El pródigo es igual a aquel que no lo es en cuanto a lo que se constata como deber divino, o aquello que se constata como derecho en favor de la gente. Porque él es el receptor de ese discurso (divino). Lo que es un deber impuesto por Dios sería la *zakāt*, la peregrinación o similar. Y en cuanto a lo que es debido por ser un derecho de la gente sería los alimentos en favor de los familiares.

En cuanto al abono de la *zakāt* del incapacitado: es un deber de este y el juez lo extrae de su patrimonio, es decir, el patrimonio del incapacitado, y se lo entrega a este para que lo asigne a los beneficiarios de la *zakāt*, porque la *zakāt* es una forma de culto que exige la presencia de intención (del libro *Radd al Muhtār*), y envió a un oficial con él para que no dedique la cuantía a otro fin.

En cuanto a la peregrinación del incapacitado: si quisiera el pródigo realizar la peregrinación propia del Islam, el juez no le negaría los gastos normales de cualquier peregrino. Se haría mediante un oficial de confianza para que no se excediera.

dos ramas diferentes entre las ciencias jurídicas islámicas. Este fragmento de un manual de esta última materia cierra este inciso:

^aالحكم عند الأصوليين هو: خطاب الله التعلق بأفعال المكلف بالإقتضاء، أو التخيير، أو الوضع. والمقصود بخطاب الله: كلامه مباشرة و هو القرآن، أو بالواسطة: وهو ما يرجع إلى كلامه من السنة، أو إجماع، وسائر الأدلة الشرعية التي نصبها الشارع لمعرفة حكمه⁷⁴⁷.

El precepto, según los especialistas en las fuentes del derecho, sería el discurso de Dios relativo a los actos de las personas obligadas para cumplirlos, elegir entre algunos o como condición o impedimento para otros. El discurso de Dios puede ser directo en *El Corán*, a través de una mediación como en la *sunna*, el consenso, y los demás mecanismos que Él ha establecido para conocerlos.

^b(مادة 273)

المحجور عليه حجر قضائياً بسفه وسوء تصرف في ماله حكمه حكم الصبي المميز في التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كالبيع والإجارة ونحوهما فلا تنفذ عقوده فيها إلا إذا أجازها القاضي فإن أجازها نفذت وإن ردها بطلت. إنما تصح تصرفاته التي لا تحتمل الفسخ كالنكاح والطلاق والإعتاق والإستيلاء والتدبير وهو في وجوب زكاة وفطر وحج وعبادات وزوال ولاية أبيه وجده وفي صحة إقراره بالعقوبات وفي الإنفاق على من تلزمه نفقته وفي وصايا بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث بالغ⁷⁴⁸.

En aplicación de los principios resumidos por Averroes y dado el carácter objetivo de la regulación, el artículo 273 del proyecto de este código civil, aunque basado en el *fiqh hanafi*, prescribe que la *zakāt* obliga al pródigo declarado incapaz judicialmente.

^c70- (ج) مسؤولية عديم التمييز:

جاري ق.م. أ. الفقه الإسلامي من حيث عدم ربط المسؤولية بالتمييز، وإقامتها على الضرر، وعلى هذا جرت المادة 256 بقولها: “كل إضرار بالغير يلزم فاعله، ولو غير مميز، بضمن الضرر”⁷⁴⁹.

El código civil jordano vigente, a pesar de que el peso del derecho islámico, en especial de los seguidores de Abū Ḥanīfa, ya no es tan abrumador, mantiene la tradicional responsabilidad objetiva por daños. Sin embargo, la Ley de Contratos y Obligaciones marroquí, donde la escuela *mālikī* es hegemónica, abandona esta tradición en favor de la europea, más concretamente, francesa:

^dالفصل 77

كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة و إختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر [...] الفصل 78.

a El precepto para los especialistas en fuentes del derecho es el discurso de Dios, relativo a los actos del obligado para su cumplimiento, elección o causa.

Y en cuanto a lo que se refiere con discurso de Dios es su palabra directa en *El Corán*, mediante mediación en la *sunna*, o consenso, o los otros medios dispuestos por el Legislador para conocer sus preceptos.

b (Artículo 273)

Al incapacitado judicial por causa de su prodigalidad y mala administración de sus bienes se le aplica el régimen del menor de edad con entendimiento, en aquellos actos que admiten la rescisión y se anulan por falta de coherencia en el habla, como la venta, el arrendamiento y similares. No se perfeccionarían los contratos hasta que no los ratificara el juez; si los ratificara, serían válidos y si no, se anularían.

Únicamente serían válidos los actos que no admiten rescisión, como el matrimonio, el repudio, la manumisión, la ocupación y la liberación, y así la *zakāt*, el *fiṭr*, la peregrinación, los actos de culto, y la extinción de la tutela de su padre y su abuelo. Y también en cuanto a la confesión de crímenes, los alimentos a aquellos que los debe, y al legado en el límite del tercio de su patrimonio si tuviera un heredero mayor de edad.

c 70-(d) Responsabilidad de quien carece de discernimiento.

En el C.C.J. (Código Civil Jordano) sigue al *fiqh* en cuanto a la falta de vínculo entre la responsabilidad y el discernimiento, y su aplicación a los daños; así dispone el artículo 256: “todo daño a tercero obliga a su autor, aunque no tuviera discernimiento, a indemnizar el daño.

d Artículo 77.

Cualquier acción llevada a cabo por un ser humano con conocimiento y elección, sin que el derecho se lo permita, y produzca un daño material o moral en un tercero, obliga a su autor a indemnizar ese daño, si se prueba que la acción es la causa directa del daño.

Artículo 78:

Toda persona responsable de un daño moral o material que cause, no solo por su acción sino también por error [...]

El error es omitir lo que se está obligado a hacer o hacer lo que se ha de evitar, y todo ello sin intención de causar daño.

كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً [...] والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو ما كان يجب الإنساق عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر.⁷⁵⁰

La ley marroquí condiciona la obligación de indemnizar por daños a la existencia de voluntad, conocimiento o error, entendido como la omisión de un deber o la realización de una acción que se ha de evitar, todo ello sin intención de producir un perjuicio.

^aثالثاً: تعريف العقد ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي:

تعريف العقد الذي نقلناه عن مرشد الحيران {المادة 262}. العقد عبارة عن إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه { ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي دون النزعة الذاتية. فالعقد هو إرتباط الإيجاب بالقبول، لا من حيث إنه ينشئ إلتزامات شخصية في جانب المتعاقدين وهذا هو المعنى البارز في النزعة الذاتية، بل من حيث إنه يثبت أثره في المعقود عليه أي يغير المحل من حالة إلى حالة، وهنا تبرز النزعة الموضوعية التي أشرنا إليها. وسنري أن هذه النزعة الموضوعية التي سادت الفقه الإسلامي لها أثر كبير في مبادئه الأساسية وفي تفصيلات أحكامه، وهي التي جعلته يأخذ بالإدارة الظاهرة دون الإرادة الباطنة.⁷⁵¹

La obra de este autor, al-Sanhūrī, consagrado a un estudio comparativo entre el derecho islámico y los ordenamientos occidentales, cimienta gran parte de su discurso en la inclinación hacia el objeto de las obligaciones, contratos y demás negocios jurídicos, propia del *fiqh*. En estos volúmenes se limita a las obligaciones y contratos y desmenuza la influencia de esta orientación en la regulación. Nosotros retomaremos esta argumentación pero en su influjo sobre la cuestión de la personalidad jurídica en la *Šarī'a*.

^b44-. وثبت أن النبي عليه السلام قال: (لا حمى إلا لله ولرسوله) فكان يحمي الصحراء التي ليست يملك لأحد لمال الله، ثم كان على ذلك الخلفاء بعده.

^c45-. وقال عمر: "والله لو لا أن الإبل من مال الله التي أحمل عليها في سبيل الله ما حميت عنهم شبراً من أرضهم، لأنهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام"⁷⁵².

En esta obra, dedicada a los bienes, específicamente (son más raros aún los libros sobre las personas), se desprende una concepción de los bienes en la que Dios es el propietario inicial de la mayoría de las cosas.

^cعدم إنتقال الديون المترتبة على العقد من المورث إلى الوارث:

أما إذا أبرم المورث عقداً ربت في ذمته ديناً، ومات قبل وفاء بالدين، فإن الدين لا ينتقل إلى ذمة وارثه بل يبقى في التركة، وتصيح هي المسئولة عنه إلى أن يسدد. ثم تسدد بعد ذلك وصايا المورث في حدود ثلث التركة بعد وفاء الديون. وبعد سداد الديون والوصايا يكون الباقي من مال تركة نصيب الورثة ينتقل إليهم بالميراث، ويوزع بينهم كل بقدر حصته⁷⁵³.

En estos momentos, acudimos de nueva al estudio de este jurista egipcio, sobre las fuentes del derecho subjetivo, con el fin de profundizar en la concepción de la sucesión en el derecho islámico. En este primer fragmento, precisa la regla general: las deudas del causante, en estas líneas

a Tercero: la definición de contrato muestra la inclinación objetiva que rige en el Derecho islámico:

La definición de contrato que hemos recogido del *Muršid al-Hīran* (el artículo 263: el contrato es la expresión del vínculo entre la oferta expresada por uno de los contratantes y la aceptación del otro, de forma que asegura su incidencia en el objeto del contrato) muestra la inclinación objetiva que rige en el Derecho islámico y no una inclinación subjetiva. El contrato es el vínculo entre la oferta y la aceptación, no en el sentido que crea obligaciones personales entre los contratantes, ese es el sentido patente en la corriente subjetiva, sino que es en el sentido de fijar su influencia en el objeto del contrato, es decir, lo transforma de un estado a otro, y así queda patente la inclinación objetiva a la que hemos aludido. Y veremos que esta orientación objetiva que rige en el Derecho islámico tiene gran influencia en sus principios fundamentales y en los detalles de sus preceptos, y la que provoca que se considere la voluntad externa y no la interna.

b 44- Y está constatado que el Profeta, sobre él sea la paz, dijo: "no hay más pasto que para Dios y su profeta". Así el pasto en el desierto que no tuviera dueño sería de los bienes de Dios. Los califas siguieron esta consigna.

45- Y 'Umar dijo: "Y por Dios que, si no fuera por el camello de los bienes de Dios sobre los que hemos luchado, que han sido mantenidos por sus providencia, porque combatieron sobre él en la *Yāhiliyya* y sobre él se convirtieron al Islam.

c Ausencia de transmisión de las deudas nacidas de los contratos del causante al heredero:

Si el causante hubiera concertado un contrato que hiciera nacer una deuda en su esfera jurídica, y muriera antes de satisfacerla, la deuda no se transmitiría a la esfera jurídica de su heredero, sino que permanecería en la herencia. Y ella se convertiría en la responsable de la misma hasta su pago. Después se abonarían los legados dentro del límite del tercio de la herencia tras satisfacer sus deudas. Después de pagar las deudas y los legados, el resto de los bienes de la herencia sería la cuota que se trasmite a los herederos y se repartiría a cada uno según su parte.

nacidas de un contrato, no se transmiten al heredero, sino que permanecen en el caudal relicto. Una vez satisfechas las obligaciones, se cumplen con los legados dentro del límite de un tercio; por último, el resto se reparte entre los herederos según su cuota legal. Tras fijar este precepto, continúa describiendo el momento en que los herederos acceden a la propiedad de su porción en cada una de las distintas escuelas.

^a فعند الملكية، وهم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين، ويقضي منطلق هذا القول أن يكون تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين باطلاً سواء كان الدين مستغرقاً أو غير مستغرقاً. ولكن هذا القول أحد الرأيين في المذهب، وليس مبنياً على إعدام ملك الوارثة بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على حق الورثة⁷⁵⁴.

La escuela de los discípulos de Mālik b. Anas considera que la propiedad de los bienes permanece en el difunto hasta el pago de las deudas (en coherencia con la propiedad del bien habiz que continúa en la esfera jurídica del fundador incluso después de su muerte), siendo nulos los negocios jurídicos realizados por los herederos, no tanto por no ser propietarios, sino para preservar los derechos de los acreedores que se anteponen a los de aquellos. Otra opinión dará validez a esos actos únicamente en el caso que no se lesionen los derechos de acreedores.

^b وعند الشافعية، وهم قائلون بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث، لا يجوز مع ذلك للوارث أن يتصرف في أموال التركة المدينة، ولو كان الدين غير مستغرق للتركة. وذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقل بالدين، فيتعلق الدين بها كما يتعلق الرهن، والرهن عند الشافعية مانع من بيع العين المرهونة. وفي مذهب الشافعي رواية أخرى تقضي بأنه يصح تصرف الوارث في التركة المدينة، لأن الدين حق متعلق بالمال من غير رضا المالك، فلم يمنع التصرف كمال المريض، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه وإن لم يقضه فسخ التصرف⁷⁵⁵.

Entre los que reconocen a al-Šāfi ī como maestro, en el momento del fallecimiento del *de cuius*, se produce la transmisión de la propiedad hacia los herederos. Sin embargo, estos no pueden disponer de los bienes del caudal, aunque las deudas no superen su montante, porque se establece una hipoteca o prenda legal en favor de los acreedores y esta escuela considera nula la transmisión de los bienes sujetos a prenda o hipoteca. Otros seguidores, en cambio, validan estas disposiciones, otorgando al acreedor la posibilidad de rescindir el negocio jurídico en caso de impago. En esta escuela, existe una línea de pensamiento para la cual la deuda es un vínculo entre un acreedor y un bien, no entre dos personas: acreedor y deudor.

^c وقد رأينا أن في المذهب الحنبلي روايتين: أشهرهما أن أموال التركة تنتقل إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث، مع تعلق الدين بها، فإن تصرف الورثة في التركة قبل سداد الدين، صح تصرفهم، ولزمهم أداء الدين، فإن أدوه نفذ التصرف، وإن لم يؤديه فسخ. والرواية الثانية تقضي بأن أموال التركة لا تنتقل إلى ملك الورثة إلا بعد سداد الدين، فإن تصرف الورثة في مال التركة قبل سداد الدين، لم يصح التصرف، لأنهم يكونون قد تصرفوا في غير ملكهم⁷⁵⁶.

Los discípulos de Ibn Ḥanbal están divididos en dos corrientes: la primera dicta que la propiedad de los bienes relictos pasa a los herederos con la muerte del causante, y la validez jurídica de los negocios que lleven a cabo está sujeta al pago de las deudas; la segunda opina que hasta la

a Para los *mālikīes*, quienes opinan que los bienes de la herencia permanecen en propiedad del causante hasta el pago de las deudas, y de ahí, en buena lógica, se desprende que los actos de los herederos antes de satisfacer las deudas son nulos, tanto si las deudas superan el caudal hereditario como si no. Pero esta opinión es una de las dos presentes en la escuela, y no estaría fundamentada en la falta de propiedad del heredero, sino en la protección de los derechos de los acreedores, que son prioritarios frente a los de aquellos.

b Para los *šāfi īes*, quienes opinan que los bienes de la herencia se transmiten en propiedad a los herederos en el instante de la muerte del causante, no se permite al heredero que disponga de los bienes de la herencia deudora, aunque no superara el activo. Eso es así porque la herencia se transmite al heredero con la carga de la deuda, y se vincula a la misma como se vincula al bien dado en prenda. La prenda para los *šāfi īes* impide vender el bien pignorado. En esta escuela, hay otra corriente que considera válida la disposición del heredero, porque la deuda es un derecho relacionado con un bien sin consentimiento de su propietario; no se prohíbe su disposición como el patrimonio del enfermo: si el heredero pagara la deuda se completaría la disposición, si no, se rescindiría la misma.

c Hemos visto que en la escuela *hanbalī* existen dos opiniones: la más extendida es que los bienes de la herencia se transmiten a los herederos en el momento de la muerte del causante, vinculada con sus deudas. Si el heredero dispusiera de la herencia antes del pago de las deudas, sería válido y se obligaría a abonar la deuda, si lo hiciera, se llevaría a cabo la disposición, si no, se rescindiría. La segunda corriente prescribe que los bienes de la herencia no se transmiten en propiedad a los herederos hasta el pago de las deudas. Si el heredero dispusiera de los bienes de la herencia antes de pagar las deudas, no sería válido, porque estaría disponiendo de la propiedad de un tercero.

satisfacción de las deudas la propiedad no se transmite a sus herederos y estos no pueden disponer, porque lo harían sobre bienes ajenos.

^aوقد رأينا أن الحنفية يميزون بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها. فإن إستغرق الدين أموال التركة، تبقى هذه الأموال على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة. ويكون أي تصرف لوارث في مال التركة باطلاً في هذه الحالة [...]

وإن لم يستغرق الدين أموال التركة، فبالرغم من أن هناك قولاً بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة، لا يجوز مع ذلك للوارث التصرف في هذه الأموال، فإن تصرف الوارث كان تصرفه باطلاً. وهناك من فقهاء الحنفية من يذهب إلى أن تصرف الوارث في هذه الحالة يكون صحيحاً نافذاً ما بقي في التركة ما يفي بسداد الدين أو أجاز الدائن التصرف⁷⁵⁷.

Por último, los *ḥanafīes* distinguen entre las herencias cuyas deudas superan su cuantía, caso en que la propiedad se mantiene en el causante, y aquellas en que el activo es mayor al pasivo, en las se completa la transmisión patrimonial a los herederos, aunque estos no pueden disponer de los bienes hasta el cumplimiento de los obligaciones. Otra opinión validaría esos actos si el caudal continuara siendo suficiente para hacer frente a las deudas o los acreedores lo permitieran.

Tras las conclusiones de este estudioso contemporáneo, ratifiquemos las mismas dando voz a los clásicos:

6727^b – حدثنا إسماعيل بن إبان: أخبرنا ابن المبارك عن يونس، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة أنّ النبي، ص، قال: "لا نورث، وما تركنا صدق"⁷⁵⁸.

En la, probablemente, más famosa recopilación de hadices del profeta, al-Bujārī, con el número 6727, recoge un dicho en el que Muḥammad, a través de lo que informa su mujer ‘A’īša, que él no transmitió nada en herencia, sino que todo fue *ṣadaqa*; lo cual podría significar *waqf* o limosna *post mortem*.

^cباب ما جاء في العهدة في مال المفلس
(قال الشافعي) رحمه الله: من بيع عليه مال من ماله في دين بعد موته أو قبله أو في تفلّيس أن باعه هو كله سواء لا نراه لمن باع للميت إلا كهي لمن باع لحي والعهدة في مال الميت كهي في مال الحي لا إختلاف في ذلك عندي ولو مات رجل أو أفلس وعليه ألف درهم وترك داراً فبيعت بالف درهم فقبضها أمين القاضي الأف فهلكت من يديه وإستحققت الدار فلا عهدة على الغريم الذي باعها له والعهدة على الميت المبيع عليه أو المفلس...⁷⁵⁹

Al-Šāfi ī equipara muerte y quiebra en el embargo y venta de los bienes por deudas del fallecido o quebrado. Las expresiones que se utilizan, al menos literalmente, dan a entender que esos bienes son del difunto.

^dالفرق السابع والتسعون والمائة.

a Y hemos visto que la escuela *ḥanafī* distingue entre la herencia cuyo activo es inferior al pasivo y la que es superior. En el primer caso no se transmitiría en propiedad a los herederos y cualquier disposición de estos sería nula.

Si las deudas no fueran superiores al patrimonio hereditario, a pesar de existir dos opiniones en favor de la transmisión a los herederos, no se permitiría a estos disponer de estos bienes, si lo hicieran, sus actos serían nulos. Existen juristas *ḥanafīes* que opinan que en este caso el acto sería válido y eficaz mientras existiera en la herencia bienes suficientes para el pago de la deuda o el acreedor lo autorizara.

b 6727 – Ism‘āil b. Abbān nos habló: Ibn al-Mubārak nos informó de Yūnus, de al-Zahārī, de ‘Urwat de ‘A’īša que el Profeta, bendiciones sean sobre él, dijo: “no dejamos en herencia, lo que dejamos es como limosna”.

c Capítulo acerca de la garantía en el patrimonio del quebrado.

(Al-Šāfi ī ha dicho) Dios se apiade de él: al que se vende alguno de sus bienes por deudas después de muerto o antes o en la quiebra, todo es igual, no me fijo si lo que se vende es del muerto o del vivo, pues la garantía en el bien del muerto es igual a la del vivo, no hay diferencias para mí. Si un hombre muriera o quebrara y debiera mil *dirhams*, y dejara una casa, se vendiera por mil *dirhams* y el secretario del juez tomara posesión y se destruyera o fuera recuperada por su propietario, el acreedor no tendría garantía por lo que vendió; la garantía sobre el muerto es el embargo y venta de sus bienes o los del quebrado.

d Capítulo ciento noventa y siete.

Entre la norma de lo que se transmite a los familiares de los derechos sobre los bienes y lo que no se transmite.

Conoce que se cuenta del Enviado de Dios, sus bendiciones sean sobre él, dijo: quien muera y fuera titular de un derecho para sus herederos; esta expresión no es general, sino que hay derechos que se transmiten al heredero y derechos que no. El derecho de la persona que realice el juramento de condenación tiene derecho al cumplimiento después de dejar de cohabitar con su mujer, y a volver después de asimilarla a su madre, y a escoger una mujer después de que se convirtiera estando con él, si son más de cuatro, y a escoger una de las dos hermanas si se convirtiera estando con ellas, y si las partes de una compraventa le dieran el derecho de elección de rescindir o dar por válido el contrato, y su derecho a lo que fue encargado entre las tutorías y cargos, como el talión y ser imán, y dar el sermón y demás, como la

بين قاعدة ما ينتقل إلى الأقارب من الأحكام على الأموال، وبين ما لا ينتقل من الأحكام. أعلم أنه يروى عن الرسول الله، ص، أنه قال: من مات عن حق لورثته، وهذا اللفظ ليس على عمومته، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث، ومنها ما لا ينتقل، فمن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب اللعان وأن يفئ بعد الإيلاء، وأن يعود بعد الظهار، وأن يختار من نسوة إذا أسلم عليهن وهن أكثر من أربع، وأن يختار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما، وإذا جعل المتبايعان له الخيار فمن حق أن يملك إمضاء البيع عليهما وفسخه، ومن حقه ما فوض إليه من الولايات والمناصب كالقصاص وإمامة، والخطابة وغيرهما، كالأمانة والوكالة، فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيء. وإن كانت ثابتة للمورث، بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه، وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهوته لا ينتقل للوارث. والسفر في الفرق أن الورثة يرثون المال، فيرثون ما يتعلق به تبعاً له ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه، فلا يرثون ما يتعلق بذلك...⁷⁶⁰

Esta obra, más teórica, y menos dirigida a regular situaciones y relaciones jurídicas, nos presenta sin ambages el carácter de la sucesión en el derecho islámico: puramente patrimonial. A pesar de su naturaleza religiosa, se reglamenta como la simple liquidación de un patrimonio para repartirlo entre los señalados por la Ley. No se ven estelas de una pervivencia de la personalidad del difunto en su heredero, como en otros ordenamientos, ni otras consideraciones morales.

^a(قال ولو أنّ رجلاً أورد على رجل كتاباً من قاضي بحق له على رجل فوافد البلد وقد مات المطلوب فأحضر الطالب ورثة المطلوب أو وصيه وجاء بالكتاب إلى القاضي وإحضر شهوده إلى القاضي فإن القاضي الذي ورد عليه الكتاب يقبل الكتاب عند أبي حنيفة ويسمع من شهوده على الكتاب بمحضر من وارث المطلوب أو الوصي ينفذ ذلك إن كان التاريخ بعد موت المطلوب أو قبله، لأن الوارث خليفة الموروث والوصي نائب عن الميت فيكون قائماً مقام الميت ألا ترى أن الطالب لو أقام بينة بالحق على الميت كان الوارث والوصي هو الخصم...⁷⁶¹

Uno de los primeros seguidores de la escuela de Kūfa, redactor de uno de los primeros tratados sobre el *waqf*, entre las instrucciones para los jueces, coloca, en este tratado sobre los jueces y en materia procesal, en las actuaciones ante los tribunales, al heredero como sucesor del causante, en una reclamación contra este, y al albacea como su representante; y ambos podrían ocupar la parte demandada.

^bباب ما يجوز من فعل الوصي [...] ففي القسم الأول من الفصل الأول لا يملك التصرف في الترك أصلاً، لأن التركة بالموت إنتقلت إلى الورثة وهم قادرون على التصرف بأنفسهم، فلا يثبت ولاية، لكن يتقاضي ديون الميت ويقبض حقوقه فيدفع ذلك إلى الورثة، لأن في التقاضي تحصيل المال. وهو يملك التحصيل وأما في القسم الثاني من الفصل الأول لا يخلو إما أن يكون الدين محيطاً بالتركة أو لم يكن فإن كان محيطاً فإن للوصي أن يبيع كل التركة لأن إستغراق التركة بالدين يمنع ملك الورثة...⁷⁶²

Más adelante, en el capítulo dedicado a las acciones válidas del albacea, dispone que la propiedad de la herencia, siempre que no sea deficitaria, se trasmite a los herederos inmediatamente tras la muerte; si estos son mayores de edad, pueden disponer por sí mismos y el albacea no ejercería ninguna tutoría. Sin embargo, este representante del fallecido tendría la potestad de retener

buena fe y la representación, pues todos estos derechos no se transmiten al heredero en absoluto, aunque fueran firmes para el causante; sino que lo seguro en la transmisión es todo lo relacionado con el patrimonio o evitar el daño al heredero, en su causa o disminuir su dolor, y lo que está relacionado con la persona del causante o su inteligencia y deseos no se transmiten al heredero.

El secreto en la diferencia es que los herederos heredan el patrimonio y lo que se le relaciona y depende de él, y no heredan su inteligencia, ni deseos, ni persona; así que no heredan lo que esté relacionado con ello.

a Dijo: aunque un hombre portara un escrito de un juez con un derecho a su favor y se fuera de la ciudad inicial y el demandado hubiera muerto y se personara un heredero del demandado o albacea y llegara con el escrito al juez y presentara testigos a este, y el juez al que se le presenta el escrito lo aceptará, en opinión de Abū Ḥanīfa, se admitiría el testimonio de los testigos sobre el escrito en presencia de un heredero del demandado o albacea y se ejecutaría ello, si la fecha fuera posterior a la muerte del demandado o antes, porque el heredero sucede al causante y el albacea lo representa, y ocuparían su posición. Acaso no ves que el demandante, si aportara prueba de su derecho contra el muerto, el heredero y el albacea serían la contraparte...

b Capítulo sobre los actos válidos del albacea [...]

En la clasificación primera del primer capítulo, no tiene potestad para disponer de la herencia de principio, porque la herencia del muerto se transmite a los herederos, y ellos pueden actuar por sí mismos; por ello no se precisa tutela, pero sí retener para cumplir las obligaciones del muerto, tomar posesión sus derechos y entregarlos a los herederos, porque en la retención se protege el patrimonio. Él tiene potestad para proteger. En cuanto a la segunda clasificación dentro del capítulo primero, hay dos opciones: que la deuda cubra toda la herencia o que no; si la cubriera, el albacea podría vender toda la herencia porque la bancarrota de la herencia impide la transmisión de la propiedad a los herederos...

bienes del caudal relicto para asegurar el abono de las deudas y ejercer el derecho de retención para cobrar los créditos a favor del *de cuius*; sin permiso de los herederos.

^a(قال ولو أن رجلاً مات ولم يوصي إلى أحدٍ وله أولاد صغار وله أب كان أبوه بمنزلة الوصي في جميع ما ترك الميت)، لأن الجد قائم مقام الأب عند عدم الأب، فكان حق التصرف والحفظ له وكل ذلك إليه، (وقال وإن كان الميت أوصى بشئ كان للأب أن ينفذ وصاياه، ولو مات وعليه ديون كثيرة وله ورثة صغار وترك متاعاً وعقاراً لم يكن للأب أن يبيع شيئاً من تركة الميت)، والفرق بينهما وهو أن تنفيذ الوصية إنما كان لحق الميت وهو نائب عنه والبيع إنما كان لحق الغرماء وهو ليس بنائب عنهم...⁷⁶³

En último lugar, cuando la persona dejó sin nombrar un albacea, si hubiera dejado hijos menores, el abuelo paterno de estos ocuparía el cargo, y podría actuar en nombre de aquellos. Entre las facultades de que dispondría sería la de ejecutar los legados, porque serían un derecho del finado y el albacea actúa en su nombre, pero no vender los bienes para pagar a los acreedores porque no sería un representante de estos.

Seguidamente, señalaremos, traducidos al español debido a la gran extensión del pasaje, los derechos en los que los herederos, en virtud de los preceptos de la escuela *hanbalī*, ocupan la misma posición que el causante⁷⁶⁴:

- Derechos a favor del fallecido:
 - Los que se deben por su muerte: como la composición por la muerte y el talión.
 - El retracto si lo hubiera exigido.
 - La pena por calumnia.
 - La opción de rescisión.
 - La opción de revocación de la donación si la hubiera exigido.
 - Los derechos sobre las tierras del *jarāy*.
 - La parte que de los beneficios de la sociedad en comandita.
 - Si no los hubiera exigido:
 - Opción de rescisión: no se hereda si no hubiera sido ya exigida, al igual que la revocación de la donación, la pena por calumnia, el talión, opción de aceptación del legado.
 - Si no los hubiera exigido y fueran derechos de propiedad firmes se transmitirían:
 - La prenda.
 - El aval.
 - Las deudas aseguradas.
 - El saneamiento por vicios de la cosa.
- Derechos contra el fallecido:
 - Créditos a su favor o legados a su favor; los herederos pueden reclamarlos si no se hubiera nombrado un albacea.
 - La prenda que todavía no se hubiera puesto a disposición del acreedor pignoraticio, su heredero podría reclamarla, pero no existe unanimidad.
 - Así ocurre con el donatario antes de la entrega del bien.

Pasemos a la escuela de Medina, desde perspectivas variadas.

بفي الفرائض والوصايا

a (Dijo: si un hombre muriera y tuviera hijos menores y viviera su padre, este ocuparía el lugar del tutor en todo lo que dejara el muerto), porque el abuelo ocuparía el lugar del padre si este faltara. Y el derecho de actuar y guardar sería de él. (Y dijo: si el muerto hubiera constituido un legado, el padre debería ejecutar sus legados, y si muriera con muchas deudas y tuviera herederos menores y hubiera dejado bienes muebles e inmuebles el padre no podría vender nada de la herencia del muerto). La diferencia entre los dos es que la ejecución del legado es un derecho del muerto y este es su representante y la venta sería un derecho de los acreedores y este no es su representante...

b Sobre las cuotas hereditarias y los legados.

En él hay una introducción y diez capítulos.

Introducción: si una persona muriera se extraería primero de su capital lo necesario para el entierro, luego las deudas según su orden, luego se extraería el legado del tercio, luego se heredaría el resto.

وفيه مقدمة وعشرة أبواب.
المقدمة: إذا مات الإنسان أخرج أولاً من رأس ماله ما يلزم في تكفينه وإقباره ثم الديون على مراتبه، ثم تخرج الوصية من ثلث، ثم يورث ما بقي⁷⁶⁵.

En primer lugar, se nos presenta cuál es la prelación a la hora de aplicar los bienes del caudal hereditario: los gastos del enterramiento, tras ellos, las deudas, después los legados con el límite del tercio y, por último, la herencia.

1559^a- قال أبو عبيد: فإذا بيع النخل بعد أن يبدو صلاحه وبطيب قبل أن يُجد، والزرع قبل أن يُحصد، فإنه يُحكى عن مالك بن أنس أنه قال: الصدقة على البائع. قال وإن باع ذلك قبل أن يبدو صلاحه فالصدقة على المشتري. قال: وإذا مات رب الزرع قبل أن يُحصد، أو بعد ما يُحصد فإن الصدقة على الوارث. قال: كل ثمرة يأكل منها أربابها فإنه يحسب عليهم ما أكلوا. قال: وإذا أكرى الرجل أرضه من رجل فزرعها، وهي أرض عُشر، فإن عُشرها على الزارع المكتري. وعليه كراؤها لرب الأرض، ولا شئى على رب الأرض.

1560- قال: وكذلك يُروى عن سفيان بن سعيد في هذه الخلال كلها، إلا أنه قال: إذا ورث الوارث الأرض بعد ما يُحصد زرعا فإنه لا شئى عليه.

1561- قال أبو عبيد: وقول مالك في هذا أحب إليّ. وذلك أن الزرع والثمر ليس ينظر في ملكه إلى حول الحول، إنما تجب الصدقة فيها حين يطيب ويبدو صلاحهما. أما الماشية والصامت فإنما تجب الصدقة فيهما بعد الحول، فهما مخالفان لما تخرج الأرض.⁷⁶⁶

Este autor, en su libro sobre los bienes, pretende determinar quién es el sujeto pasivo de la *zakāt* en algún tipo de venta o por la muerte del propietario de la tierra. Recoge varias opiniones de sus compañeros, para escoger la del fundador, Mālik b. Anas. Según la misma, en el caso de los frutos y las cosechas, el sujeto pasivo se ha de fijar al momento de que estos sean aptos para la venta, mientras que en el caso del ganado y los bienes ocultos, el día que vence el período impositivo. De esta manera, la muerte del propietario de la cosecha y los frutos provocaría que sus herederos quedaran obligados al pago de la limosna legal.

وإختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أو لا؟ فذهب مالك إلى أن التفليس في ذلك كالموت، وذهب غيره إلى خلاف ذلك.

وجمهور العلماء على أن الديون تحل بالموت. قال ابن شهاب: مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات. وحجتهم أن الله تبارك وتعالى لم يبيح التوارث إلا بعد قضاء الدين، فالورثة في ذلك بين أحد الأمرين: إما أن لا يريدوا أن تؤخر حقوقهم في الموارث إلى محل أجل الدين فيلزم أن يجعل الدين حالاً، وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لا في ذمتهم، بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت، لأنه كان ذمة للميت، وذلك يحسن في حق ذي الدين⁷⁶⁷.

El filósofo y jurista cordobés, Averroes, en el capítulo dedicado a la quiebra, analiza los criterios de las distintas corrientes sobre situación de las deudas aplazadas. *Mālik*, en analogía con la muerte, considera que los créditos pendientes vencen con la declaración de bancarrota, al igual que en la fecha de fallecimiento del deudor. Otros no comparten ese parecer. Sin embargo, recalca que la mayoría de los juristas fallan que la muerte hace exigibles las deudas del causante, pues no se

a 1559- Abū 'Ubayd: si vendiera la palmera después de que el dátil apareciera y madurara y la plantación antes de la cosecha, se cuenta que Mālik b. Anas dijo: la *zakāt* gravaría al vendedor. Dijo: y si vendiera ello antes de que apareciera, la *zakāt* gravaría al comprador. Dijo: si muriera el dueño de lo sembrado antes de la cosecha o después, la *zakāt* gravaría al heredero. Dijo: todo fruto que se consume su dueño pues contaría lo consumido.

Dijo: Si un hombre arrendara su tierra a otro para cultivarla y fuera tierra de diezmo, este gravaría el cultivador arrendatario y no al dueño de la tierra.

1560- Dijo: Así también se cuenta de Sufyān b. Sa'īd sobre esto, salvo que él dijo: si el heredero heredara la tierra después de la cosecha de lo sembrado, no estaría gravado con nada.

1561- Abū 'Ubayd dijo: la opinión de Mālik me es más grata-. Y es que en el sembrado y el fruto no se mira su propiedad con el fin del período impositivo, sino que se debe la *zakāt* cuando es susceptible de venderse. Por contra, en el ganado, la *zakāt* se debe con el período impositivo, pues difieren de lo que produce la tierra.

b Y no están de acuerdo en este capítulo sobre las deudas aplazadas del quebrado, ¿vencen o no? Mālik opina que la quiebra en este tema es como la muerte, y otros difieren.

La mayoría de los ulemas opinan que las deudas vencen con la muerte. Ibn Šihāb dijo: la *sunna* establece que la deuda vence cuando fallece. Su argumento es que Dios, bendito y altísimo, no permite la herencia más que tras el pago de las deudas; por eso, los herederos estarían entre dos opciones: si no quisieran aplazar sus derechos sobre la herencia hasta el vencimiento del plazo de la deuda, deberían hacer que la deuda venciera; si aceptaran aplazar su herencia hasta el vencimiento de las deudas, estas estarían garantizadas con la herencia, no en la responsabilidad de los herederos, a diferencia de las deudas antes de la muerte, porque eran responsabilidad del muerto, y eso es mejor para el acreedor.

produce la sucesión (según lo dispone Dios) más que con el abono de las mismas. En todo caso, los herederos nunca responderían personalmente.

^aوعدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر وهو نص في ذلك وأيضاً من جهة النظر إن فرقا بين ذمة في الفلوس والموت، وذلك أن الفلوس ممكن أن تنثري حاله فيتبعه غرماؤه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت. وأما الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((أينما رجل مات أو فلان فصاحب المتاع أحق به)) فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلوس⁷⁶⁸.

En un momento posterior, este pensador diserta sobre las diferencias entre al-Šāfi'ī y Mālik en cuanto a los bienes que el vendedor ha entregado al comprador, sin que se haya satisfecho el precio. El primero ofrece la misma solución: el acreedor puede perseguir esos bienes concretos tanto en caso de muerte como de quiebra. Mientras, el medinés coincide en establecer esa pseudohipoteca legal cuando el deudor fallece, y no así en caso de bancarrota, pues la esfera jurídica que soporta la responsabilidad patrimonial (*dimma*), se puede recuperar en el segundo, mientras que para el muerto es inimaginable. No pasemos por alto que el muerto tiene esa responsabilidad; ¿se reconoce la personalidad de una persona fallecida? ¿el concepto de persona en cuanto a su extinción es diferente en el derecho islámico frente a nuestro ordenamiento? Son interrogantes básicos para determinar la presencia o no del concepto de personalidad jurídica en el *fiqh*.

^b(في الورثة يتبعون تركة الميت فيستهلكونها ثم يأتي الغرماء)

* (قلت) * رأيت إن باع الورثة تركة الميت فأكلوها وإستهلكوها ثم قدم قوم فأقاموا البينة على دين لهم (قال) قال مالك إن كان الرجل معروفاً الدين فيأدروا الورثة الغرماء فأخذوا ماله فباعوه وإقتسموه وأكلوه كان للغرماء أن يأخذوا مال الميت حيثما وجدوه ولا يجوز بيع الورثة وأتبعوا الذين إشتروا الورثة وإن كان الرجل الميت لا يعرف بالدين فباعوا على مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم أتبع الغرماء الورثة ولم يكن لهم على من إشتري منهم سبيل [...] فيتبع غرماؤه الورثة بئمن ما باعوا كان فيه وفاؤهم أو لم يكن⁷⁶⁹.

Si la deuda fuera probada con posterioridad al reparto de la herencia y su disposición por los herederos, el discípulo de Mālik, siguiendo sus enseñanzas, establece dos preceptos en función de la fama del deudor fallecido. Cuando era una persona conocida por su pasivo, los acreedores estarían facultados para anular las ventas realizadas por los herederos y cobrarse de esos bienes. Si no fuera así, únicamente podrían perseguir a estos dentro del límite del precio obtenido por la operación.

^c(قال ابن وهب) قال مالك من مات أو فلان فقد حل دينه وإن كان إلى أجل⁷⁷⁰.

La norma en la escuela es que, tanto en caso de muerte como de bancarrota, las deudas son automáticamente exigibles, aunque estuvieran aplazadas.

^d(ما جاء في الميت يلحقه دين بعد قسمة الميراث)

a Y el fundamento de Mālik es lo que relata Ibn Šihāb de Abū Bakar y es un texto sobre ello. Y también desde el punto de vista que diferencia entre la responsabilidad en la quiebra y la muerte. Es así porque en la quiebra la persona puede enriquecerse y los acreedores perseguir esos bienes, caso inimaginable en la muerte. En cuanto a al-Šāfi'ī, pues su fundamento es lo que narra Ibn Abū Ta'ib basado en Abū Hurayra que el profeta de Dios, sus bendiciones recaigan sobre él, dijo: “como quiera que un hombre muera o quiebre, el dueño del bien tiene preferencia sobre él”, igualando así entre la muerte y la quiebra.

b (Cuando los herederos toman la herencia del muerto, la consumen y después llegan acreedores).

(Dijo) ¿Qué opinas si los herederos vendieran la herencia del muerto y la consumieran y después se presentara un grupo de acreedores y aportaran la prueba de la deuda a su favor? (Dijo) Ha dicho Mālik que si el hombre fuera conocido por sus deudas y los herederos se hubieran adelantado en coger sus bienes, venderlos y repartirlos y los hubieran consumido, los acreedores podrían tomar los bienes del muerto allí donde los encontraran, y las ventas de los herederos no serían válidas y podrían reclamar a quienes compraron de los herederos. Y si el muerto no fuera conocido por sus deudas y lo hubieran vendido por un precio parecido al que la gente vende las herencias de sus muertos, los acreedores podrían reclamar a los herederos, pero no a quienes compraron [...] reclamarían a los herederos por el precio de la venta, tanto si fuera suficiente para saldar la deuda como si no.

c (Dijo Ibn Wahab) Mālik ha dicho que quien muriera o quebrara sus deudas vencieran aunque estuvieran aplazadas.

d (Lo que sucede cuando aparece una deuda del muerto tras el reparto de la herencia).

(Dije) ¿Qué opinas si un hombre hubiera muerto y tuviera deudas y hubiera dejado una casa y un esclavo y el acreedor estuviera ausente y los herederos se hubieran repartido el patrimonio del difunto, desconocieran que la deuda ha de saldarse antes del reparto y la herencia, o desconocieran que tuviera una deuda cuando repartieron, y después supieran que la tenía? (Dijo) Opino que se anula el reparto hasta que se salde la deuda, si se accediera a los mismos bienes del

* (قلت) * أرأيت لو أن رجلاً هلك وعليه دين وترك دوراً ورقيقاً وصاحب الدين غائب فاقتسم الورثة مال الميت جهلوا أن الدين يخرج قبل القسم وقبل الميراث أو جهلوا أن عليه ديناً حين إقتسموا ثم علموا أن عليه ديناً (قال) أرى أن ترد القسمة حتى يخرجوا الدين إن أدرك مال الميت بعينه لأن مالكا قال في رجل مات وترك داراً ودينياً قال أرى أن يباع من الدار مقدار الدين ثم الورثة الدين من عندهم فتكون الدار دراهم ولا تباع عليهم ويقتسمونها بينهم...⁷⁷¹

Por último, refrendando la prelación de las deudas, si surgiera una deuda desconocida, se anularía el reparto ya efectuado por los herederos, para hacer frente a la misma.

^a وهكذا فقد ضم هذا الوقف قيسارية بمحل جب أسد الله في جوار المدرسة الحلاوية، وقيسارية أخرى خارج باب بنقوسة في محلة الدالين تشتمل على سبعة مخازن وسبعة دكاكين، وقيسارية ثالثة داخل باب أنطاكية تشتمل على 26 مخزن، بالإضافة إلى 12 حانوتاً في رأس سوق السقطية...⁷⁷²

Se describe el *waqf* constituido por el gobernador otomano, Muḥammad Pachá Dūkayn, en la ciudad de Aleppo, a mediados del siglo XVI. Construye una serie de mercados, con almacenes y puestos en beneficio de una mezquita de la ciudad.

^b (قلت) لعبد الرحمن بن قاسم هل تجوز الشركة في قول مالك بغير ما من واحد من الشريكين يقول أحدهما لصاحبه هلم نشترك ونشتري ونبيعه يتفاوضان في ذلك قد فوض هذا إلى هذا وهذا إلى هذا فما نشترى هذا فقد فوض هذا إليه وقبل شراءه وضمن معه إن اشتري وما اشتري هذا أيضاً كذلك أ تجوز هذه الشركة فيما بينهما (قال). لا تجوز عندي لأن مالك قال في رجلين ليس لهما رأس المال أو لهما رأس مال قليل خرج أحدهما إلى بلد من البلدان وأقام الآخر فقال له صاحبه اشتري هنالك وبع ما اشتريت وبع فأنا له ضامن معك وما اشتريت أنا وبعت فأنت له ضامن معي (قال) قال مالك لا تجوز هذه الشركة وأحد هما يجهز على صاحبه وكذلك مسلتك لا تجوز وإن كان مقيمين...⁷⁷³

Sahnūn, haciéndose eco de la opinión de su maestro Mālik, afirma que una sociedad cuyo objeto fuera exclusivamente la representación mutua en el comercio y los beneficios repartidos entre ambos sería nula. Se exige la existencia de un capital social. Los juristas musulmanes son muy estrictos en los requisitos de validez del objeto del contrato, no así para los sujetos. Esta inflexibilidad supone un obstáculo a la hora de permitir que las personas formen sociedades con su propia identidad independiente de aquellas.

^c فهل يرفع من الزكاة إلى بيت المال شيء في قول مالك. (قال) لا لكن تفرق كلها ولا يرفع منها شيء وإن لم تجد من يفرق عليه في موضعه الذي أخذ ما فيه فأقرب البلدان إليه⁷⁷⁴.

Este texto, que ya estudiamos al hablar de la limosna, nos aporta nueva información: un tipo especial de propiedad. El importe de la recaudación no se adscribe al tesoro, sino que pertenece a los pobres, en abstracto; será el reparto quien determine el dueño concreto.

^d (قلت) أرأيت زكاة المعادن أ تفرق في الفقراء كما تفرق الزكاة أم تصير مثل الجرية (فقال) بل تفرق في الفقراء كما تفرق الزكاة (قلت) هذا قول مالك⁷⁷⁵

difunto, porque Mālik dijo que si un hombre muriera y dejara una casa y una deuda opinaba que se vendiera la casa por la cantidad de la deuda y luego la de los herederos, así se convertiría la casa en *dirhams* y no se venderían contra ellos y lo repartirían entre ellos.

a De esta manera se incorporó al *waqf* un mercado ubicado en Yib Asad Allāh, vecino de la *madrassa* de al-Halāwyya, otro mercado en el exterior de la Puerta Naqūsa en el lugar del Dallālayn, que comprende siete almacenes, y siete locales; y un tercer mercado en el interior de la Puerta de Antioquía que incluye 26 almacenes, además de 12 locales en la parte superior del mercado de al-Saqatya.

b (Dije) a 'Abd -l-Raḥmān b. Qāsim: ¿es válida la sociedad, en opinión de Mālik, en que alguno de los dos socios pidiera a su compañero que fueran socios, compraran y vendieran y negociaran y se nombraran representante en esto y aquello y en lo que compraran y vendieran se representarían. (Dijo) No es válida para mí, porque Mālik, dijo que si dos hombres, sin capital, o con capital escaso, y uno de ellos viajara a otra ciudad y el otro le dijera que vendiera y comprara y que de lo que vendiera y comprara él se hacía responsable junto al primero y este responsable junto a aquel, (dijo) Mālik opina que esa sociedad no es válida pues uno de los dos equiparía al otro y también sería así sin ambos permanecen en el mismo lugar...

c ¿Se ha de entregar algo de la *zakāt* al tesoro público en opinión de Mālik? Ha dicho: no, sino que se reparte todo; no se entrega nada, y si no se encontrara en quien repartirla en el lugar de recaudación, pues se haría en el territorio más cercano a él.

d (Dije) ¿Opinas que la *zakāt* de los minerales se reparten entre los pobres como se reparte la *zakāt* o se transforma como el *ẏizya*? (Dijo) Se reparte entre los pobres como se reparte la *zakāt*.

^a(قلت) أرأيت زكاة مالي إن لم أجد إلا صنف واحد من م ذكر الله في الكتاب أجزئ أن أجعلها فيهم (فقال) قال مالك إن لم تجد إلا صنفاً واحداً أجزأه أن يجعلها فيهم...⁷⁷⁶

Estos dos fragmentos introducen una nueva idea: el obligado al pago del tributo está autorizado legalmente para distribuir él mismo la recaudación que le corresponde entre sus destinatarios. Es decir, él asignará y concretará el propietario final, entre los señalados en abstracto en *El Corán*.

^bوسألنا عن الرجل يهرب بماشيته من الساعي وشاؤه ستون فيقيم ثلاث سنين وهي على حالها ثم يفيد بعد ذلك مائتي شاة فيضمها إليها فيقيم بذلك سنتين أو ثلاث ثم يأتي وهو يطلب التوبة يخبر بالذي صنع من فراره ويقول ما ترون علي أن أودي (فقلت) لمالك ما تري عليه. (فقال) عليه أن يؤدي كل عام زكاة مما كان عنده من الغنم ولا يؤدي عما أفاده أخيراً في العامين لما مضى من السنين وذلك أني رأيت مالكا إنما قال ذلك لي لأن الذي فر كان ضامناً لها لو هلكت ماشيته كلها...⁷⁷⁷

(قلت) أرأيت لو كان لرجل مائة دينار حال عليها الحول فاشتر بها خادماً فمات الخادم أ عليه الزكاة في الدينانير (قال) نعم لأنه حين إشتري الخادم بعد ما حال الحول على المائة ضمن الزكاة (قال) قلت هذا قول مالك بن أنس قال نعم (قلت) فإن حال الحول وهي عنده ففرط في زكاته حتى ضاعت (قال) عليه الزكاة وإن كان لم يفرط فلا زكاة عليه فيها...⁷⁷⁸

Estos fragmentos refuerzan la idea de la propiedad peculiar de los destinatarios de la *zakāt*, pues hacen responder al sujeto pasivo de aquellas acciones negligentes sobre su patrimonio que entorpezcan o imposibiliten la recaudación.

^cوأما وجهه من طريق النظر، فإننا قد رأيناهم، أنهم لا يختلفون أن للإمام أن يبعث إلى أرباب المواشي السائمة حتى يأخذ منهم صدقة مواشهم إذا وجب فيها الصدقة، وكذلك يفعل في ثمارهم، ثم يضع ذلك في مواضع الزكوات على ما أمره به عز وجل لا يأبى ذلك أحد من المسلمين.

فالنظر على ذلك أن يكون بقية الأموال أن الذهب والفضة وأموال التجارات كذلك...⁷⁷⁹

En cuanto a la escuela *hanafī*, la opinión generalizada es que el imán es el encargado de la recaudación y no parece que el obligado está capacitado para efectuar el reparto.

^dأما بيان من له المطالبة بأداء الواجب في السوائم والأموال الظاهرة فالكلام فيه يقع في مواضع في بيان من له ولاية الأخذ وفي بيان شرائط ثبوت ولاية الأخذ وفي بيان القدر المأخوذ أما أموال الزكاة نوعان ظاهرة وهو المواشي والمال الذي يمر به التاجر على العاشر وباطن وهو الذهب والفضة وأموال التجار في مواضعها أما الظاهرة فللإمام ونوابه من سعاة والعشار ولاية الأخذ و الساعي فو الذي يسعي في القبائل ليأخذ صدقة الموشي في أماكنها والعشر هو الذي يأخذ الصدقة من التاجر.

a (Dije) ¿Opinas que la *zakāt* de mi patrimonio, si no encuentro más que una de las clases nombradas por Dios en Su libro, se me permite entregársela? (Dijo) Mālik ha dicho que si no encuentra más que una clase le está permitido repartirlo en ellos...

b Hemos preguntado sobre un hombre que huye con su ganado, de sesenta cabezas, del recaudador y permanece tres años de esa manera, luego aumenta a cien cabezas que son agregadas y pasan dos años o tres y luego regresa y pide perdón y cuenta lo que ha pasado tras su huida, y pide que le digan que ha de hacer (dije) Qué opina Mālik. (Y dijo) debe pagar la *zakāt* de cada año en función de su rebaño, y no pagar por lo que se hubiera agregado en los dos últimos años, porque quien huye con su ganado responde por ello si se perdiera totalmente.

(Dije) Cuál es tu opinión si un hombre tuviera cien dinares y se cumpliera el período impositivo y se comprara con esa cantidad un sirviente, ¿debería la *zakāt* por los dinares? (Dijo) Sí, porque cuando compró el sirviente después de cumplirse el período respondería por la *zakāt* de los cien dinares (dijo) Dije ¿esa es la opinión de Mālik? (Dijo) sí. (Dije) si se cumpliera el período impositivo y estuvieran en su poder y no fuera diligente en el pago de la *zakāt* y se perdiera (dijo) debería pagar la *zakāt* y si hubiera sido diligente, no debería la *zakāt*...

c En cuanto a este punto de vista, los hemos visto que no difieren en cuanto que el imán está facultado para enviar a los dueños de los rebaños responsables para que recauden la *zakāt* de su ganado, si así está obligados. Y así han de actuar con los frutos. Después lo deben destinar a los beneficiarios de la *zakāt*, según lo ordenado por el Altísimo. Ningún musulmán lo niega.

En cuanto al resto de los bienes, como el oro, la plata y el patrimonio de los comerciantes, se debe hacer lo mismo.

d En cuanto a mostrar quién tiene la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación sobre los rebaños y los bienes públicos, el desarrollo del asunto se realiza en el apartado sobre la potestad de recaudar y en el apartado sobre los requisitos de tal potestad y en el apartado sobre la cuantía de la recaudación. En cuanto a los bienes de la *zakāt*, existen dos tipos, público (los rebaños y los bienes del diezmo de los comerciantes) y ocultos (el oro, la plata y los demás bienes de los comerciantes). Por lo que a los públicos se refiere, el imán y sus representantes, entre los recaudadores, tienen la potestad de recaudar, y el recaudador es quien la lleva a la práctica entre las tribus, para recaudar lo debido por sus rebaños en sus territorios y el diezmo que corresponde al comerciante.

Por lo que respecta a su inclusión en el tesoro y el destino de los bienes recaudados, lo que se ingresa en el tesoro es de cuatro clases: una es la *zakāt* de los rebaños y los diezmos que el recaudador toma de los comerciantes...

أما بيان ما يُوضع في بيت المال من الأموال وبيان مصارفها فأما ما يُوضع في بيت المال من الأموال فأربعة أنواع أحدها زكاة السوائم والعشور وما أخذ العشار من تجار المسلمين...⁷⁸⁰

Al contrario que la escuela predominante en al-Andalus y el Magreb, los *ḥanafīes* consideran que los ingresos derivados de la *zakāt* se incorporan al tesoro y será el imán el encargado de hacerlo llegar a los beneficiarios instituidos por la ley divina.

^aوالخراج والجزية يصرف في المصالح العامة ويحتاج إلى إجتهد ويتعلق بها حق جميع المسلمين والإمام هو النائب لهم والمجتهد في تعيين مصالحهم وكذا ذكر القاضي في الأحكام السلطانية متابعاً للمواردي أن أموال الصدقات تجوز أن ينفرد أربابها بقسمتها في أهلها بخلاف في يده من مال الفيء...⁷⁸¹

En la escuela *ḥanbalī*, coinciden con los *mālikīes* sobre la potestad de los sujetos pasivos del impuesto de repartir el montante de lo que están obligados entre los beneficiarios, por sí mismos, sin tener que entregarlo a las autoridades ni ingresarlo en el tesoro. No ocurre así con el *ḡizya* ni el *jarāy*, pues su finalidad es general: los intereses de la colectividad, que han de ser determinados por el imán, como delegado de la comunidad. Otro aspecto que no debemos pasar por alto es la expresión referida a la exacción de esos tributos, que está afectada por el derecho de todos los musulmanes: un titular colectivo, en el que hemos de profundizar para terminar de esclarecer si la *umma* tuviera entidad propia como sujeto jurídico.

Observemos seguidamente otro colectivo designado en abstracto como titular de un derecho las distintas estrategias de concreción: los beneficiarios del *waqf*:

^bقلت- أ رأيت رجلاً جعل أرضاً صدق موقوفة على ولده ومن بعد ذلك على المساكين-

قال - هذا جائز- [...]]

قال- لانهم كلهم من ولده الإسم يجمعهم جميعاً إنما أنظر إلى الغلة يوم تكون غلة من كان له من الولد يومئذ فهم سواء لأن الغلة إنما تجب إن كان منهم مخلوقاً يوم تكون الغلة فمن كان ولد لواقف يومئذ من الولد فهم جميعاً سواء [...]]⁷⁸²
قال - لأنه لما قال أرضي صدقة موقوفة على أن لي أن أعطي غلتها من شئت فقد خرجت من ملكه بقوله صدقة موقوفة وصار له أن يعطي الغلة من شاء أ لا ترى أن رجلاً لو قال ثلث مالي إلى فلان يعطيه من شاء ثم مات الموصي فقد خرج الثلث من ملكه ولم يورث عنه وللوصي له أن يعطيه من أحب فكذلك الوقف الذي وصفت لك قد خرجت الأرض من ملك صاحبها بقوله صدقة موقوفة وليس يملكه أحد وللواقف أن يعطي الغلة من شاء وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله في الوصية وهو قولنا⁷⁸³.

Uno de los autores *ḥanafīes* con una obra dedicada al *waqf* muestra dos mecanismos de determinación del beneficiario final: en la primera, en el que el fundador había nombrado a su hijo y sus sucesivos descendientes, será todo aquel que ostente esta condición en el momento de la cosecha quien será el titular de los frutos de la tierra declarada como *waqf*; en la segunda, se permite al fundador que determine, con cada cosecha, el beneficiario.

^c*قلت* فمن ولد له منهم مولود هل يدخل في هذه الغلة *قال* كل ولد يولد لأكثر من ستة أشهر منذ يوم طلعت الثمر فلا حق له في هذه الغلة لكنه يدخل فيما يحدث من الغلة بعد ذلك⁷⁸⁴.

En caso de beneficiarios indeterminado (en favor de los hijos y los hijos de los hijos, por ejemplo), uno de los fundadores de esta escuela, establece que han de cumplir esa condición en el

a Y la *zakāt* y el *ḡizya* se invierten en los intereses generales y necesitan un examen y a ellos se vincula el derecho de todos los musulmanes y el imán, al ser su delegado, estudia y concreta sus intereses. Así lo recuerda El Juez en *los preceptos del sultán*, siguiendo a al-Mawardī, que en los bienes de la *zakāt* le es lícito a sus dueños su reparto entre los beneficiarios, al contrario de la persona que tiene en sus manos los bienes del botín.

b Dije- Qué opinas de un hombre que constituye un *waqf* en favor de su hijo y después de él en favor de los pobres. Dijo, es válido [...]

Dijo porque el nombre de hijo une a todos los hijos, así que se mira a la cosecha, el día que se realice, quien en ese momento sea hijo, entonces tendrán el mismo derecho. Porque quienes estén creados el día de la cosecha y sean hijos del fundador, serán tratados igual [...]

Dijo- Al decir esta tierra será una *ṣadaqa* vinculada con la condición de que yo, pueda decidir el beneficiario que desee, la tierra sale de su propiedad al decir *ṣadaqa* vinculada y tiene la capacidad de dar la cosecha a quien desee. Acaso no opinas que un hombre, si dijera que un tercio de mi patrimonio es para fulano que lo dé a quien quiera, al morir el legante, sale ese tercio de su propiedad y no se hereda. Y el legatario da a quien desee. Así también el *waqf* que te he descrito la tierra ha salido de la propiedad de su dueño al decir *ṣadaqa* vinculada y nadie la posee y el fundador puede dar la cosecha a quien desee y esta es la opinión de Abū Ḥanīfa, Dios se apiade de él, en el legado y esa es nuestra opinión.

c Dije: a quien le nazca un hijo, ¿entraría en el reparto de la cosecha? Dijo: todo niño que nazca más allá de seis meses desde que el fruto aparece, no tiene derecho en esa cosecha, pero entraría en aquella que sucediera después.

momento de la cosecha, reservándose el derecho del *nasciturus*, si nace antes de los seis meses desde la maduración de la misma. En caso contrario, solo recibirían la cuota correspondiente en las cosechas sucesivas.

a *قلت* ما الفرق بين الوقف والوصية وأنت تقول لو أن رجل أوصى بثلث ماله لأهل بيته أنك تنظر إلى من كان موجوداً من أهل بيته يوم مات الموصى ولكل ولد يولد من أهل بيته فتأتي به أمه لأقل من ستة أشهر منذ يوم مات الموصى فيكون ذلك لهم دون من يأتي بعد ذلك *قال* الفرق بينهما أن الوصية لا تجوز لمن لم يخلق والوقف يجوز أن يقف الرجل على من لم يخلق...⁷⁸⁵

En este otro fragmento, establece la separación entre el legado y el *waqf*. En el primero, el legatario ha de estar vivo en el momento del fallecimiento de quien instituye el legado, salvaguardando los derechos del *nasciturus* durante los seis meses siguientes; en cambio, en los bienes habices, como exige su condición de perpetuo, admite beneficiarios futuros.

b *قلت* فإن قال تجري غلة هذا الوقف على فقراء قرابتي أبداً *قال* فالوقف جائز وتكون غلة هذا الوقف لكل من يكون فقيراً يوم تأتي الغلة *قلت* ولا ينظر في ذلك إلى من كان فقيراً يوم وقف هذا الوقف⁷⁸⁶.

En este bien habiz, cuyos beneficiarios son los parientes pobres del fundador, el cumplimiento de la condición viene determinado por la cosecha, no por el momento del perfeccionamiento del negocio jurídico.

c *قلت* فإن قال أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي وليس له ولد *قال* الوقف جائز وتكون الغلة للمساكين فإن حدث له ولد كانت الغلة لولده ما بقي منهم أحد فإذا إنقرضوا صارت الغلة للمساكين...⁷⁸⁷

Por último, teniendo en cuenta que, para esta escuela, como requisito de validez, los beneficiarios finales deben ser los pobres, en caso de que se hubiera estipulado en favor de un hijo y, en el momento de constituirse no existiera ninguno ni tampoco en el de la cosecha, aquellos tomarían su lugar. Siempre quedaría abierta la posibilidad del nacimiento de un hijo tras la fundación del *waqf*.

d {المسألة السادسة: الملك}

إما العين والمنفعة معاً وهو الغالب.

أو للعين فقط كالعبد الموصى بمنفعته أبداً رقبته ملك للوارث، وليس له شيء من منفعته وعليه نفقته ومؤنته. ولا يصح بيعه لغير الموصى له ويصح له إعتاقه، لا عن الكفارة، ولا كتابته. وله طؤها إن كانت ممن لا تحبل، وإلا فلا. وفي كل ذلك خلاف.

إما للمنفعة فقط، كالمنافع العبد الموصى بمنفعته أبداً، وكالمتستأجر، والموقوف على معين.

a Dije: ¿cuál es la diferencia entre el *waqf* y el legado, cuando dices que un hombre que legara un tercio de su dinero a la gente de su casa habría que mirar a quien existiera entre la gente de su casa el día que muriera el legante y todos los hijos de su casa y aquél que su madre diera a luz antes de los seis meses de la muerte del mismo sería para ellos, y para nadie más? Dijo la diferencia entre ambos es que el legado no es válido para un sujeto aún no creado. El *waqf* admite que se constituya en un no creado todavía....

b Dije: pues dijo que la cosecha de este *waqf* se destina a los pobres de mi familia eternamente. Dijo: el *waqf* es válido y la cosecha de este *waqf* es para todo aquel que sea pobre el día que venga la cosecha. Dije: no se mira a quien era pobre el día que se constituyó el *waqf*.

c Dije: si dijo que mi tierra es una limosna vinculada en favor de mi hijo, y no tiene ningún hijo. Dijo el *waqf* es válido y la cosecha es para los pobres; si le naciera un hijo, la cosecha sería para su hijo mientras existiera alguno de ellos; si se extinguieran, la cosecha sería para los pobres.

d (La cuestión sexta: la propiedad)

O el bien y su utilidad juntos y es lo más común.

O el bien en sí mismo únicamente, como el esclavo cuya utilidad es legada al legatario permaneciendo su dominio directo para el heredero, quien no dispone de su utilidad y ha de sufragar su manutención.

Y no le es lícito venderlo, salvo al legatario, y sí se le permite su *i'tāqa*, pero no como remisión de los pecados, ni si manumisión. Y puede cubrirla si es de las que no se quedan embarazadas, si no, no.

En todo ello existen diferencias.

O la utilidad únicamente, como la utilidad del servicio objeto de legado, el arrendatario y el beneficiario determinado de un *waqf*.

Y es posible ser propietario del uso sin la utilidad, como el comodatario y el esclavo al que se lega su utilidad mientras viva el legatario, como el legatario de un derecho a su servicio o un derecho de habitación. Son ejemplos de un mero consentir, no de transmisión de propiedad. Así ocurre con el beneficiario indeterminado de un *waqf*, como la hospitalidad y la comida con el huésped. Y todo aquel propietario de la utilidad puede arrendarla y prestarla.

Y quien es dueño del uso, no puede arrendarlo bajo ningún concepto y, en cuanto a su préstamo, tampoco según la opinión más correcta.

وقد يُملك الإنتفاع دون المنفعة كالمستعير، والعبد الذي أوصى بمنفعته مدة حياة الموصى له، كالموصى بخدمته وسكنائها. فإن ذلك إباحة له، لا تملك، وكذا الموقوف على غير معين كالربط والطعام للضيف، وكل من ملك المنفعة، فله الإجارة و الإجارة. ومن ملك الإنتفاع، فليس له الإجارة قطعاً، ولا الإجارة في الأصح⁷⁸⁸.

El alfaquí *šāfi'ī* describe los diferentes tipos de propiedad: dominio útil y directo juntos, dominio útil por separado (como el del heredero que recibe un esclavo cuyo dominio directo corresponde al legatario), y propietario del dominio directo sin ser titular del útil. En este último caso, vemos una particularidad, ese dominio directo se subdivide en usufructo y uso. Entre otros casos, la propiedad del usufructo correspondería únicamente al beneficiario de un *waqf*, cuya persona estuviera plenamente identificada. El mero uso sería para un beneficiario genérico, como los pobres; la posición es bastante más débil que la de un sujeto plenamente identificado. Además de reforzar nuestra insistencia sobre la concepción fragmentada de la propiedad en el derecho islámico, las palabras de al-Suyūṭī matizan los titulares indeterminados de un derecho, a cuyo contenido le restarían facultades que serían plenas para un titular ya identificado totalmente. La traducción del término árabe (*manfa'a*) suele ser, entre la mayoría de los arabistas españoles, la de usufructo. Creemos que, en ocasiones, como en este párrafo, es la más correcta. Nosotros, en función del contexto, solemos preferir la de dominio útil o, en bastantes ocasiones, su traslación literal: utilidad. Independientemente de esta cuestión, como se deduce del texto, se trata de un derecho real, cuyo titular disfruta de amplias facultades. Existen varios contratos cuyo objeto es la transmisión del mismo⁷⁸⁹.

^aقال في الشرح: المعنى إن ثمار الأصول المحبسة يستحقها المحبس عليه يبدو الصلاح المعتبر في جواز بيعها مثل الأحمرار والصفار فيها، وأما المحبس عليه على غير المعين، فلا يستحق الغلة بالطيب بل بالقسم، فمن حضر القسم كان له منها نصيب ومن لا فلا وينبني على التعيين وقت الإستحقاق، أن من مات بعده ورث عنه حظه ومن مات قبله بطل حقه ولا يورث عنه...⁷⁹⁰

En esta respuesta sobre la naturaleza del derecho del que son titulares los beneficiarios de un *waqf*, el jurisconsulto distingue entre los que están determinados y los que no. Los primeros adquieren el producto del bien raíz con la madurez de sus frutos (momento en el que pueden ser objeto de tráfico jurídico); los segundos consuman su derecho con el reparto. La fecha en que tenga lugar fija el instante en que son legítimos dueño de ese fruto y, consecuentemente, lo pueden transmitir por herencia.

^bولو قال أرضي صدقة موقوفة على ولدي العور والعميات كان الوقف لهم دون غيرهم ويعتبر العور والعمى من الولده يوم الوقف لا يوم الغلة ولو قال أرضي صدقة موقوفة على أصاغر ولدي كان وقت الوقف على الصغار خاصة ويعتبر في الإستحقاق من كان صغيراً عند الوقف لا عند وجود الغلة كذا في الظهيرة* لو قال أرضي صدقة موقوفة على ولدي الذين يسكنون البصرة فالغلة لساكني البصرة دون غيرهم ويعتبر ساكنو البصرة يوم وجود الغلة كذا في فتاوي قاضيجان* والحاصل أن الإستحقاق إذا كان باتاً بصفة لا تزول أو تزول لكنها لا تعود بعد الزوال يعتبر في الإستحقاق فقيام تلك الصفة وقت الوقف وإذا كان الإستحقاق باتاً بصفة تزول وتعود بعد الزوال يعتبر في الإستحقاق قيام تلك الصفة وقت مجيء الغلة كذا في المحيط⁷⁹¹.

a Dijo en su exégesis: el sentido es que los frutos de los bienes constituidos habices pueden ser reclamados por los beneficiarios en el momento de observarse su madurez, esta que los convierte en aptos para su venta, como el enrojarse o amarillarse. En cuanto al beneficiario indeterminado de un *waqf*, no lo puede reclamar con la madurez, sino tras el reparto. Quien estuviera presente en el momento del reparto, tendría su parte, y quien no, no. Y el momento en que se puede reclamar es el de la determinación. Y quien muriera después, pues se incluiría en su herencia y quien muriera antes se anularía su derecho y no lo transmitiría por herencia.

b Si dijera: mi tierra es una limosna vinculada en favor de mi hijo tuerto y los ciegos, el *waqf* sería para ellos y no para los demás. La cualidad de tuerto y ciego de los hijos se consideraría al tiempo de la constitución del *waqf*, no el de la cosecha. Y si dijera que mi tierra es una limosna vinculada en favor del menor de mis hijos, se tomaría el momento de la constitución y podría reclamar su derecho el menor en ese momento, no en el de la cosecha. Así en *al-Tahīrat*. Si dijera que mi tierra es una limosna vinculada en favor de mis hijos que habitaran en Basora, la cosecha sería para los habitantes de Basora y no para ningún otro, y la vecindad en Basora se tomaría en el momento de la cosecha, así en las fetuas de *Qāḍīhān*. Se deduce que la reclamación si fuera por absoluta por una cualidad que no se pierde o que, si se pierde, no se recupera, procedería dicha reclamación si se ostentara en el momento de la constitución. Y si fuera una cualidad que se perdiera y se recuperara después de perderse, la reclamación correspondería en el momento de la cosecha, así en el *Muḥīṭ*.

Se recogen algunas respuestas jurisprudenciales de juristas discípulos de Abū Ḥanīfa cuya misión es precisar el momento del nacimiento del derecho de los beneficiarios de los *awqāf*, en función de la fórmula empleada para su nombramiento. La regla general establecida radica en la característica que fundamenta su elección: si la misma es absoluta y permanente o que al extinguirse no regresa a su estado originario (la ceguera por ejemplo), el beneficiario será titular de la rentas en caso de cumplir la condición en el momento de constituirse el *waqf*. Si la propiedad se puede cumplir en un momento dado, desaparecer y regresar en un futuro (la vecindad en una población determinada), el momento a partir del cual puede reclamar su derecho se traslada a la aparición de la cosecha.

^aوأما الحبس على بني زهرة فلا يجب إلا قسم، فمن مات قبله سقط حظه، ومن ولد قبله ثبت حظه، ومسألة الوقف على الفقراء وعلى بني تميم ونحوهم ثم قال: قلت: والحبس على الفقراء بمواضع معينين كفقراء جامع الزيتونة إن كان بقيد أن الثواب لمعين فهم كالأجراء، وتقدم كلام الشيوخ في المستأجر على الأذان والإمام يمرض بعض الأيام وإمام المسجد يموت وعليه دار المحبسة وأهله بها، هل يخرج أو يقيم لتمام العدة، وإن كان الحبس لا بقيد كقراءة شفع المحراب بجامع الزيتونة فهم كالحبس على فلان وعبه إنتهى.

قلت. ومثله الحبس على فقراء الرباط الفلاني والمدرسة الفلانية، ومذهب المدونة في ذلك لا يستحقون إلا بالقسم⁷⁹².

En esta obra de un alfaquí *malikī* del siglo XVI de nuestra era, en su exégesis de un autor anterior, establece, en la línea de la escuela, que en los habices en favor de grupos y personas no determinadas, el ordenamiento no les otorga tutela a su derecho hasta el día del reparto. En el supuesto de que el beneficiario quede perfectamente identificado, al menos en el caso del imán de una mezquita o su almuédano, su posición jurídica es muy parecida al arrendatario de su trabajo.

^b348- سئل ابن أبي زيد عن حبس حبساً على المساكين، أو على المساجد، فبياع ما هو المشاع معه، هل يؤخذ للمساكين والمساجد بالشفعة؟

فأجاب: بأن قال: سئل عنها قديماً، ولم يظهر لي فيها شيئاً، فتوقف فيها⁷⁹³.

En esta fetua del jurista *mālikī* de Qayrawan, se le pregunta a quién correspondería el retracto legal por venta en un *waqf*, cuyos beneficiarios serían los pobres o las mezquitas. Se le interpela si el retracto se llevaría a cabo en favor de ellos. El alfaquí no tiene respuesta. Si hubiera contestado afirmativamente, estaríamos ante un derecho, en el caso de las mezquitas de forma evidente y en el de los pobres una colectividad vaga, cuyo titular no es una persona física. Una evidencia de la presencia de la persona jurídica en el derecho islámico.

De las estas palabras de los alfaquíes que hemos recopilado, se infieren una serie de conclusiones:

El derecho islámico permite, no solo en el ámbito testamentario, sino también en otras esferas, las designaciones y nombramientos de personas indeterminadas, inciertas y futuras. Previamente, conviene que incidamos de nuevo en la radical disparidad de concepción de la sucesión *mortis causa* entre el *fiqh* y el derecho romano, donde la prohibición de instituir a persona incierta venía referida al heredero testamentario. Por el contrario, en el derecho islámico, esta institución está prefijada en los textos; el testador goza de libertad en el tercio de sus bienes, cuyo beneficiario sucede a título particular al causante en los bienes objeto de la disposición. Estas

a En cuanto al *hubs* en favor de los Banū Zahra, no es debido hasta el reparto. Quien muriera de ellos antes perdería su parte; quien naciera antes se aseguraría su parte. Y esa es la cuestión del *waqf* en favor de los pobres, Banū Tamīm y otros. Después dijo: el *waqf* en favor de los pobres de un lugar específico, como los pobres de la Mezquita al-Zaytūnat, la recompensa sería como la renta de los arrendadores de su trabajo. Y nos ha precedido las palabras de nuestros maestros sobre el arrendamiento de almuédano. Y en cuanto al imán que enferma unos días y el imán de una mezquita que muere y es beneficiario de una casa de *waqf* y vive en ella con su familia, ¿es expulsado o permanece en ella hasta el vencimiento del plazo? ¿Y si fuera en favor de unos pobres no de un sitio determinado como *šāfi al-Miḥrāb* de la Mezquita al-Zaytūnat? Serían como el *waqf* en favor de fulano y su descendencia.

Dije: así con el *waqf* en favor de los pobres de un castillo concreto o de una escuela concreta. En la escuela de *al-Mudawana* no podrían reclamar salvo con el reparto.

b Ibn Abū Zayd fue preguntado por un *hubs* en favor de los pobres, o en favor de mezquitas, si se vendiera la parte en copropiedad que tuviera, ¿serían los pobres o las mezquitas quienes ejercieran el derecho de retracto legal?

Respondió: he sido interrogado anteriormente sobre ello y no he encontrado nada en lo que detenerme.

estipulaciones para después de la muerte frecuentemente, como aparece en los textos, van referidas a los pobres. Habrá de articularse un mecanismo con el fin de concretar un beneficiario definitivo, por mor de exigencias prácticas. En los *ahbās*, se admiten, tratándose de personas físicas, una designación de los beneficiarios de forma imprecisa: pobres, menesterosos, etc.; también, a personas identificadas con nombres y apellidos. Estas distintas formas implican diferencias jurídicas relevantes: son titulares de derechos diferentes (uso frente a usufructo, incluso meros detentadores de expectativas de derecho) y al negocio jurídico del reparto se le otorga un carácter constitutivo, pues convierte la expectativa en derecho propiamente dicho. Por otra parte, el ordenamiento, en el caso de designación general, no pone a disposición de los posibles beneficiarios una acción reivindicatoria para que se reconozca su propiedad sobre el producto de los bienes habices hasta que el reparto los haya especificado con precisión; antes carecen de una protección jurídica eficaz, sin perjuicio del derecho que les acoge para acudir a esa partición si cumplen la condición. En el caso de señalamiento especial, esta acción nace cuando los frutos entran en el tráfico jurídico: la maduración.

Un paradigma de titular de relaciones jurídicas de carácter genérico, nacidas por imperativo legal y no por disposición singular de una persona, lo localizamos en la *zakāt*, un híbrido entre impuesto y limosna, cuyos beneficiarios los establece el versículo 215 de la segunda *ṣūra* de *El Corán*, entre otras: pobres, menesterosos... La escuela *ḥanaḥī* determina que el imán, como cabeza del estado, ha de recaudar el impuesto, ingresarlo en el tesoro y repartirlo entre quienes son nombrados en la aleya; a pesar de ser ingresado en una caja común, esta recaudación se ha de destinar a una finalidad concreta. Por el contrario, los *mālikīes* facultan a los propios sujetos pasivos a distribuir la cuota que les corresponde a los beneficiarios y niegan que la *zakāt* sea un recurso del tesoro público. En ambas modalidades, el reparto que se realice transmite la propiedad de los bienes a los beneficiarios, en persona concretas. No parece descabellado calificar la posición de los pobres antes de esa distribución como una mera expectativa de derecho; sin embargo, el texto de al-Šāfi 7, al que hemos aludido, supone un elemento que induce a creer en una posición más firme: se ha de rescindir, total o parcialmente, una compraventa si el objeto de la misma forma parte de la recaudación de la *zakāt*, pues se trataría de una venta cuya propiedad no corresponde al vendedor, sino, en este caso, a los pobres. La regulación que vemos en dicho fragmento también nos alerta sobre los requisitos tan estrictos que normalmente exigen el *fiqh* al objeto de los contratos y demás negocios jurídicos. Otro texto que apoya una titularidad más real de los pobres la encontramos en la escuela *ḥanbalī* que hace recaer la responsabilidad por custodia de un bien ajeno al recaudador del impuesto o en la *Mudawana* de Saḥnūn, discípulo de Mālik b. Anas, donde el obligado al pago responde de su conducta una vez cumplido el período impositivo y, por tanto, la deuda está vencida, por su conducta negligente hasta la entrega al destinatario final. Ambas responsabilidades tienen su causa en la tenencia de bienes cuyos propietarios no son los poseedores reales, sino los pobres y demás beneficiarios de la *zakāt*.

Tanto en los habices como en el producto de la *zakāt* ese sujeto vago disfruta de una posición muy débil, como para afirmar que son auténticos titulares de un derecho, más bien, una simple expectativa (como un futuro heredero que espera llegar a convertirse en sucesor del causante, pero que hasta la muerte de este no es titular de ningún derecho hereditario). Precisan de un acto jurídico, la partición, llevado a cabo bien por el gobernante, bien por el propio obligado del impuesto, bien por el administrador de los *hubūs*, para que se verifique la propiedad de los bienes. Sin embargo, como contemplaremos en los siguientes párrafos, sí tiene una repercusión en las relaciones jurídicas, aunque el fundamento de la misma reside en el objeto, no en los sujetos. Esta expectativa de los pobres se une a la cosa de tal manera que imposibilita la disposición de los mismos, sin que, simultáneamente, otorgue una posición firme a su titular. Por esta razón, se rescinde las disposiciones de los bienes recaudados por el impuesto puesto que se prohíbe la venta de cosa ajena. El teórico dueño, el pobre, no puede reclamar, pero el bien deja de pertenecer al sujeto pasivo, convirtiéndose en indisponible para él. El *fiqh* está orientado hacia el objeto,

poniendo el régimen jurídico de los titulares en un segundo plano. Parecería que la asignación de la titularidad de los beneficiarios no especificados supone un simple expediente legal que asegure el futuro derecho del destinatario real, que no es poco, pero que no abre una vía de reconocimiento de una pluralidad de personas como sujeto jurídico diferente de sus componentes. Esta tendencia objetiva, en los textos que hemos recopilados, resulta visible en otros aspectos. Quizás sea posible advertir un paralelismo con la distinción que algunos autores proponen sobre las *piae causae* cuyos beneficiarios son establecimientos (hospitales, monasterios, orfanatos) o grupos de personas, referidos por una cualidad pero sin individualizar (pobres, cautivos, etc.). Las primeras tendrían el privilegio de la personalidad jurídica, mientras que las segundas se incluirían dentro de las propiedades fiduciarias⁷⁹⁴. Dilucidar si al derecho islámico se puede aplicar esa visión o, incluso, si este admite la categoría de propiedad fiduciaria, será uno de los propósitos del capítulo dedicado a los beneficiarios del *waqf*.

En un principio, tampoco el derecho romano delimitó conceptualmente la personalidad que amparaba a los donatarios en una disposición a favor de los pobres. En Roma y Bizancio se dio unos primeros pasos que cristalizaron en la Edad Media, bajo los principios inspiradores del derecho canónico⁷⁹⁵. De los extractos utilizados en este estudio y de otras obras consultadas, no constatamos una evolución similar en el derecho islámico, donde la figura de estos colectivos indeterminados no termina de plasmarse en una categoría jurídica perfilada, aunque debemos subrayar que son admitidos desde los albores de la ciencia jurídica islámica.

La responsabilidad extracontractual o aquiliana por daños está asociada al hecho palpable de un perjuicio consecuencia de un actuar humano. Como regla general, los ordenamientos derivados del romano suelen vincularlo además al concepto de culpa, un término que implica conocer en cierto grado la intención del actor del hecho, o al menos, para evitar los peligros del subjetivismo, aproximando su significado al de *diligentia*, como ocurrió en el derecho romano, en la que esta estaba relacionada con un comportamiento social basado en la idea del deber, *officium*⁷⁹⁶. El derecho islámico excluye toda referencia al propósito o diligencia que se presume en el causante. Basta un nexo causal entre una acción y un menoscabo personal o patrimonial para generar una obligación de resarcimiento entre el actor y la persona perjudicada. En las legislaciones modernas se han multiplicado los casos de esa responsabilidad objetiva, pero como resultado de una revisión de esta rama del derecho muy reciente. En la *Šarī'a*, es la norma tradicional y más extendida.

Otro espacio en el que la tendencia objetiva destaca es el de la sucesión. Las deudas no se transmiten a los herederos, sino que permanecen en ella; de esta manera aquellos no responderán nunca con su patrimonio personal, todo lo más, circunstancialmente, con las cuotas que le correspondieran. Anteriormente ya hemos dado algunas pinceladas sobre las posturas opuestas entre el derecho romano y el islámico. En estos momentos nos concentramos en lo que esto implica: un patrimonio, en sí mismo considerado, asume la titularidad de su pasivo. Hasta tal punto se lleva a sus últimas consecuencias esta tesis que la escuela medinesa no considera perfeccionada la transmisión de la propiedad en los herederos hasta el pago efectivo de las deudas. Entre tanto, como algunas tesis que hemos visto sobre la herencia yacente, la propiedad permanece en el causante. Las otras escuelas, que mayoritariamente sostienen que los herederos adquieren la propiedad inmediatamente tras la muerte del *de cuius*, introducen unas garantías para asegurar el derecho de los acreedores de la herencia: hipotecas o prendas tácitas, imposibilidad de disponer, etc. Con independencia de estas medidas y de la adquisición de la propiedad por los herederos, advertimos que, hasta la satisfacción total del pasivo, no se produce una completa confusión entre la cuota del patrimonio relicto que corresponde a cada uno y su patrimonio personal. La noción de patrimonios separados no es ajena al derecho islámico, más por una razón relativa a las cosas que lo componen, cargadas con los créditos sin pagar, que debido a la titularidad diferenciada de las mismas. Asimismo, desde el punto de vista jurídico, el *fiqh* afronta la sucesión como la liquidación de un patrimonio, de forma análoga a la quiebra, cuyos regímenes jurídicos se asemejan en un grado alto;

no se observan trazas de una intención de asegurar la continuidad moral de la persona del causante en sus herederos, meros destinatarios del activo sobrante.

En lógica correspondencia, el contrato es tenido en cuenta por su incidencia en el objeto, no por crear obligaciones recíprocas o sinalagmáticas. Un ordenamiento tan orientado hacia los bienes se predispone con menor intensidad a elucubrar sobre la personalidad en general y la personalidad jurídica en particular.

Unas frases que, aunque reiteradamente volvamos sobre ellas, hemos de poner de relieve, forman parte de la fetua del jurista *mālikī* sobre el ejercicio del derecho de retracto de los pobres o mezquitas beneficiarios de un *waqf*. Tomada aisladamente la posibilidad que así fuera, esta duda nos impulsa a pensar que, después de todo, el entender a un ente distinto al ser humano como centro de imputación de derechos y obligaciones no era ajeno al *fiqh*. En esta dirección, la designación de edificios como beneficiarios ya presupone un recorrido en esa trayectoria.

3.5 Constitución de un *waqf*, naturaleza del acto, propiedad de los bienes y carácter del sistema de relaciones jurídicas resultante

Este capítulo no es posible ser entendido más que a la luz de la distinta base sobre la que se asientan los distintos negocios jurídicos en el derecho islámico y en los derechos occidentales; estos últimos, tributarios en gran medida del romano. En su momento, introdujimos la opinión de Raymond Charles, quien juzgaba que el derecho romano evolucionó a través de una compilación empírica de recetas legales, mientras que el *fiqh* partía de un sistema filosófico previo. En esta misma línea, Parviz Owsia se pronuncia sobre que el latino localiza su origen en remedios procedimentales, frente a los términos sustantivos de los que deriva el musulmán⁷⁹⁷.

En páginas anteriores, transcribimos diversos párrafos representativos de las diferentes corrientes doctrinales sobre la *nuda* propiedad del bien habiz (o su dominio directo), entre las escuelas jurídicas islámicas; se podrían resumir de la siguiente manera: se mantiene en el fundador, se transmite a Dios o a los beneficiarios o, incluso, permanece sin titular. Algunos arabistas se han referido también a la cuestión⁷⁹⁸. En el primer caso (el constituyente continúa siendo el propietario), defendida por la escuela *mālikī* como una ficción jurídica, induce a pensar que esta institución quebraría la opinión, defendida, entre otros, por Teresa María Estévez⁷⁹⁹, que la personalidad jurídica (entendida como entelequia artificial del derecho) no estaría reconocida por el Islam. Esta tesis coincide con la de Joseph Schacht, quien niega la existencia del concepto de corporación en el *fiqh*⁸⁰⁰. Además, al ser el beneficiario final un establecimiento piadoso, esta idea se refuerza, pues estos sujetos han de actuar mediante representante. La polémica sobre la propiedad de estos bienes no es baladí. En el anterior punto, señalábamos que el derecho romano-bizantino reconocía en cierto modo la personalidad cuando los titulares eran las *venerabilis domus*, mientras que si fueran los pobres, la solución se limitaba a un tipo especial de propiedad: la fiduciaria. Posteriormente, instituciones con puntos en común, como el *trust* inglés y la fundación en la Europa continental, reproducen un modelo similar, en el que la naturaleza del dueño determina la solución jurídica. De este modo, la fundación sería una persona jurídica propietaria de los bienes de la institución, mientras que en el instituto insular británico se dividiría el dominio entre el administrador, quien ostentaría la propiedad legal, y los beneficiarios, que detentaría una propiedad basada en la equidad⁸⁰¹. Ambas se constituyen con una declaración unilateral de un sujeto.

La persona que decide instituir un *waqf* ha de realizar un acto mediante el cual quede constituido. Entender la verdadera naturaleza de esta acción alcanza una suma transcendencia para nuestra tesis. Ana María Carballeira se refiere al mismo como un contrato entre el fundador⁸⁰² y Dios; por su parte Alejandro García Sanjuán concreta el tipo: donación⁸⁰³. Obviamente, los fundamentos en las obras de los jurisconsultos islámicos no escasean. En este orden de cosas, orientalistas clásicos, como Schacht, exponen que el sistema contractual musulmán se caracteriza por su flexibilidad, adaptabilidad, pero sin libertad, insinuando el corsé de un *numerus clausus* de

contratos válidos que las personas no pueden modificar, donde el verdadero corazón de las leyes islámicas sobre obligaciones residiría en la venta⁸⁰⁴. Nosotros sustentamos otra teoría, que pretendemos afianzar con las transcripciones incluidas en este epígrafe: la propia noción de contrato no es equivalente en los ordenamientos nacidos al amparo del *fiqh* y los influidos por el derecho romano y común, germánico o el *common law* inglés. En parte, coincidimos con el autor de origen iraní, Parviz Owsia, sobre el término árabe *'aqd* (contrato) que supera el simple ámbito contractual de los ordenamientos occidentales⁸⁰⁵.

La constitución de un bien habiz o *waqf*, una institución que tendría una mejor correspondencia en los derechos latinos, inglés y germánicos, en nuestra opinión, como fundación, precisa de un acto, hecho, declaración de voluntad por parte de un sujeto. No obstante, en las obras de los alfaquíes se enmarcaría dentro de la categoría del *'aqd*, traducida como contrato por los arabistas patrios y en general por la mayoría de los orientalistas. Una fundación, en nuestro ordenamiento, así como en el francés o inglés, no suele enmarcarse entre los negocios con una naturaleza contractual⁸⁰⁶. Este instituto, nacido de una declaración de voluntad unilateral, se acomoda bastante bien, sin embargo, a la regulación de los distintos negocios jurídicos unilaterales *mortis causa*; ya en el derecho romano y especialmente en el justiniano, los testadores creaban estos entes en las disposiciones para después de su muerte⁸⁰⁷. Esa voluntad que las crea adquiere un valor normativo, que se perpetúa en el futuro y se impone a las personas que se encargan de su administración, principalmente si seguimos a autores como Gierke⁸⁰⁸. Nuestro derecho histórico español también intensifica la virtualidad de ese valor, en la que se prescribe su cumplimiento y, en caso de imposibilidad, se suplía por los ejecutores, sobre todo, el obispo⁸⁰⁹. Como ya hicimos mención, algunas clases de personas jurídicas tendrían la conocida como potestad estatutaria⁸¹⁰; las condiciones que impone el fundador cumplirían esa misma misión de reglamentar la vida de la institución. Sin entrar a valorar la teoría de los contratos en la *Šarī'a*, nuestro estudio sí se habrá de pronunciar sobre la cuestión. Algunos especialistas ordenan las personas jurídicas sobre la base de su origen: más cercano a un contrato entre los miembros (corporaciones) o por un tercero (instituciones). En el primer tipo se produciría una agrupación solidaria de interesados, con un interés común que aportarían al patrimonio social, para la realización de una actividad libre. En el segundo, el interés estaría fijado por un tercero, fundador, que aportaría un patrimonio vinculado al fin y la actividad se regiría por una la ley establecida por el constituyente⁸¹¹.

Hemos de dar, ahora, la palabra a los propios alfaquíes al objeto de mostrar nuestra interpretación y exponer nuestra teoría sobre todos estos interrogantes.

{القاعدة الثانية والثلاثون: الولاية الخاصة أقوى من الولاية العام} ^a

a {Regla Treinta y Dos: la tutela privada es más fuerte que la pública}

Por ello no interviene el juez mientras exista un tutor privado y esté capacitado [...]

Cuarto: el administrador del *waqf* se parece al tutor porque su tutela se consolida con la delegación, y se parece al padre porque nadie tiene potestad de destituirlo, y el testador puede destituir mientras viva al albacea y al tutor testamentario después de nombrarlo, modificando el testamento.

Y desde el punto de vista que dispone del dinero de Dios, pues, en origen, la delegación vendría de Él.

Pero se ha autorizado al fundador, así que es una delegación legal.

Si el administrador se destituyera a sí mismo, el fundador no podría nombrar a otro, pues él no puede administrar, así que el juez nombraría un administrador; así se imagina que si se destituyera a sí mismo, sería destituido, y se puede explicar.

Dijo: eso se aclara al saber si la condición del fundador es constitutiva o de delegación.

Si fuera por delegación, podría removerlo del puesto. Pero si no puede (el fundador) administrar, ¿cómo puede ser de esa manera?

Si fuera su delegado, podría destituirlo, pero en verdad su destitución no se ejecuta.

Tampoco es del beneficiario por dos motivos; así que no queda más que sea ejecutiva, o por delegación de Dios el Altísimo. {b/44}, o consolidación de un derecho sobre el *waqf* desde el inicio. Si el dominio directo del bien se trasmite a Dios el Altísimo, pues necesita que se ocupe, y el Legislador considera la decisión del fundador para nombrar a quien se ocupe, y ese es el administrador. Así sería el derecho del administrador a la administración como el derecho del beneficiario a la cosecha, y el beneficiario si decayera en su derecho a la cosecha, no se le desposeería de él, así sería con el administrador. Si lo consideráramos como constitutivo, se precisaría la aceptación como todas las transmisiones

ولهذا لا يتصرف القاضي مع وجود الوالي الخاص وأهليته [...] الرابعة: ناظر الوقف يشبه الوصي من جهة كون ولايته ثابتة بالتفويض، ويشبه الأب من جهة أنه ليس لغيره تسلط على عزله، والوصي يتسلط الموصي على عزله في حياته بعد التفويض: بالرجوع عن الوصية. ومن جهة أنه يتصرف في مال الله تعالى، فالتفويض أصله أن يكون منه. ولكنه أذن فيه للواقف، فهي ولاية شرعية. لو عزل الناظر نفسه، فليس للواقف نصب غيره، فإنه لا نظر له، بل ينصب الحاكم ناظراً، وهذا يوهم أنه إذا عزل نفسه إنعزل، ويُمكن تأويله.

قال: ويوضح ذلك أن شرط النظر من الواقف: إما تملك، أو توكيل. فإن كان توكيلاً لم يصح أن يكون توكيلاً عنه؛ لأنه لا نظر له، فكيف يوكل؟ ولأنه لو كان وكلياً عنه لجاز له عزله، وهو لو عزله لم ينفذ.

ولا عن الموقوف عليه للأمرين، فلم يبق إلا أنه تملك، أو توكيل عن الله تعالى، {ب/44} أو إثبات حق في الوقف ابتداءً، فإن رقبة الموقوف تنتقل إلى الله تعالى، ولا بد لها من متصرف، وإعتبار الشارع حكم الواقف في الصرف، في تعيين المتصرف، وهو الناظر، فعلم أن استحقاق الناظر النظر كاستحقاق الموقوف عليه الغلة، والموقوف عليه لو أسقط حقه من الغلة، لم يسقط، فكذلك إسقاط الناظر، ثم إن جعلناه تملكاً منه، حسن إشتراط القبول باللفظ، كسائر التملكيات. وإن جعلناه استخلاقاً عن الله تعالى لم يُشترط. قال: ويُحتمل أن لا يُشترط أيضاً على التملك؛ لأنه ليس بعقد مستقل، بالوصف في الوقف، كسائر شروطه. قال: وهذا الأقوى.

قال: بل أزيد أن لو رد لا يرتد، بخلاف الوقف على معين، حيث يرتد بالرد، لما قلناه: من ان النظر ليس مستقلاً، بل وصف في الوقف تابع له كسائر شروطه. إلا أنا لا نضره بالزام النظر. بل إن شاء لم ينظر؛ فينظر الحاكم. قال: ثم هذا كله إذا كان مشروط له النظر معيناً. أما إذا كان موصوفاً، فينبغي أن لا يُشترط القبول قطعاً كالأوقاف العامة. ثم قال: فإن قيل: النظر حق من حقوق، فيتمكن صاحبه من إسقاطه، فإن كل من ملك شيئاً له أن يُخرجه عن ملكه، عيناً كان أم منفعة، أو ديناً، فكيف لا يتمكن الناظر من إسقاط حقه من النظر؟ فالجواب: أن ذلك فيما هو حكم خصلة واحدة. وحق النظر في كل وقت يتجدد بحسب صفته فيه، وهو الرشد مثلاً إن علقه الواقف بها، أو بحسب ذاته، إن شروطه له بعينه، فلا يصح إسقاطه، كما لو أسقط الأب أو الجد حق الولاية من المال ولده، أن التزويج، ونحوه انتهى كلام السبكي ملخصاً من كتابه: (تسريح الناظر في إنعزال الناظر)⁸¹².

Esta larga sección plantea el régimen jurídico de la tutela, razonando que el tutor legal particular dispone de una posición más fuerte que el público. El apartado cuarto se refiere al administrador de los bienes habices, quien administra los bienes de Dios, pues la propiedad del dominio directo del bien se trasmite del fundador a Él; se le permite al fundador que lo designe en Su nombre, siendo una tutoría prevista por el Legislador. Asimismo, se desmenuza la remoción del cargo, a quién correspondería y si debe aceptar o se ha de admitir su renuncia. En su momento, profundizaremos en esta función. Asimismo, de modo análogo con los beneficiarios designados singularmente, intenta averiguar si se requiere la aceptación del cargo. En caso afirmativo, al igual que con los favorecidos concretamente, nos topáramos con un argumento favorable al talante contractual de la figura.

de propiedad.

Si lo consideráramos como un ocupar el lugar de Dios, no sería necesario estipularlo.

Dijo: y cabría que no se estipulara si fuera constitutivo, pues no sería un contrato independiente del *waqf*, sino una condición más.

Dijo: y eso es lo más probable.

Dijo: No obstante, añado que, si lo rechazara, no se admitiría, a diferencia del *waqf* en favor de persona determinada, en el que cabe la renuncia. Como hemos dicho, la cláusula del administrador no es independiente, sino que es una más del *waqf*. Pero yo no lo cargo con hacerle obligatorio el cargo, sino que si lo desea puede rechazarlo y lo ejercería el juez.

Dijo: todo esto si el administrador fuera designado en persona determinada.

Si lo fuera sólo por sus características, se debe no condicionarlo a la aceptación, como los *awqāf* públicos.

Luego dijo: si se dijera: la administración es un derecho como los demás derechos, su titular podría renunciar, como cualquier propietario, que puede sacar su derecho a la propiedad, bien en sí misma o en su utilidad, o derecho de crédito, ¿cómo no podría renunciar el administrador a su derecho?

La respuesta: el precepto tiene una única naturaleza. El derecho del administrador se renueva con su perfil, por ejemplo, la mayoría de edad, si lo hubiera estipulado así el fundador, esas condiciones no pueden obviarse, al igual que el padre o el abuelo no pueden disponer de su derecho a la tutela sobre el dinero de sus hijos o a casarlo. Así terminan las palabras de al-Subkī resumidas de su libro (*Despidiendo al administrador al dimitir el administrador*).

^aص: (الملك للواقف) ش: ظاهره حتى في المساجد. ونقل القرافي الإجماع على أن المساجد إرتفع عنها الملك وهو خلاف ما حكاه في أول الحبس من النواذر أن المساجد باقية أيضاً على ملك محبسها والله أعلم. ونصه في أثناء الترجمة الأولى في الإستدلال على جواز التحبیس والرد على شريح القائل لا حبس على فرائض الله وبقاء أحباس السلف دائرة، دليل على منع بيعها وميراثها، والمساجد والأحباس لم يخرجها مالكها إلى مالك أحد وهي باقية على ملكه وأوجب تسبيل منافعها إلى من حبست عليه فلزمه ذلك كما يعقد في العبد الكتابة والإجارة والإسكان وأصل الملك له، فليس للورثة حل شيء مما أوجب في المرافق وإن كان الملك باقية عليه⁸¹³.

En sus comentarios sobre la obra de Jalīl, el autor afirma que la propiedad del bien habiz, incluso si se tratara de una mezquita, permanece en la esfera jurídica del fundador. No obstante, existe una corriente que considera que en el caso del templo sale de la misma, sin especificar a la de quién. Otro precepto mencionado y que aparece en el próximo texto es la prohibición de constituir en *waqf* las cuotas hereditarias fijadas por Dios a favor de los herederos forzosos.

^b2047 قيل له: قول شريح: لا حبس عن فرائض الله. يقول: من وقف وفقاً فهو ميراث، لا حبس عن فرائض الله. قال أبو عبد الله: هذا خلاف قول النبي، ص، وذلك أن النبي، ص، أمر عمر حين سأله عن أرض أصابه؟ قال: "احبسها، وسبل ثمرها"⁸¹⁴.

La relación entre el *waqf* y la sucesión ha sido siempre conflictiva en el derecho islámico. Incluso muchos orientalistas ven en estas fundaciones una argucia para eludir las rígidas normas de la herencia islámica⁸¹⁵. La escuela *hanbalī*, prácticamente como el resto, prohíbe que la cuota fijada en *El Corán* se convierta en un bien habiz. El heredero forzoso carece de derecho hasta la muerte del causante a esta parte, por lo que la persona puede disponer de su patrimonio hasta el momento de su muerte, salvo en caso de enfermedad con posibilidad de provocar el fallecimiento, donde rige el límite del tercio como si fuera una disposición *post mortem*.

^c وسئل سيدي العربي بردلة عن غريم مات وترك أولاداً و لهم مقدم عليهم، وترك أصولاً محبسة على الأقباب؛ ثم فرب الدين يطلب دينه فظن المقدم لزومه للأولاد ويقضي منه ومن غلة الحبس، فقال لرب الدين: أسقط منه كذا وأتكفل لك بالباقي ففعل، ثم إمتنع الأولاد من إعطاء الدين من غلة الحبس، فهل سيدي يلزمهم ذلك أم لا؟ وعلى عدم لزومه فهل ينحل ضمان عن هذا الضامن؛ لانه إنما ضمن لظنه لزومه أم لا؟

فأجاب: بأن رب الدين لا حق له في غلة الحبس الذي إنتقل إلى الأولاد، إنما له إتباع ما خلفه الهالك إن خلف شيئاً، وهذه الغلة ليست من متخلف الهالك، وله أن يتبع الكفيل؛ لأن كفالة هذا المقدم لازمة والظن الذي ظنه لا يسقطها عنه، والله أعلم⁸¹⁶.

Otra perspectiva de este vínculo nos la muestra esta fetua; en esta ocasión sobre la que la transmisión de los derechos y obligaciones por herencia y el derecho de los beneficiarios. El

a (La propiedad es del fundador): es evidente incluso en las mezquitas. al-Qarāfi ha transmitido el consenso sobre el levantamiento de la propiedad de las mezquitas; eso contradice el primero de los *hubs* de *al Nawādir* que las mezquitas también permanecen en la propiedad del constituyente y sólo Dios sabe. Y ha decretado en su primera biografía acerca de su inferencia sobre la validez del *waqf* y la contestación a Šarīh que opina que no cabe un *waqf* en las cuotas hereditarias forzosas impuestas por Dios y sobre la continuidad en vigor de los *awqāf* de los antepasados, es una prueba de la prohibición de su venta y su herencia. Y las mezquitas y los *hubūs* no salen de su propiedad a la de otro, sino que permanecen en su propietario y sus utilidades son explotadas en favor de los beneficiarios, y eso es obligatorio como cuando se perfeccionan los contratos de manumisión, arrendamiento, habitación, y el bien raíz es de su propiedad. Y los herederos no pueden resolver lo que ha dispuesto, pues continúa siendo el propietario.

b 2047: Le dijo: La opinión de Šarīh es: no es lícito el *waqf* sobre la cuota hereditaria forzosa impuesta por Dios. Y dice: quien constituyera un *waqf* seguiría siendo herencia. No hay habiz sobre cuota hereditaria forzosa impuesta por Dios.

Abū Abd -l-Allāh opina: eso contradice lo dicho por el profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él, y es así porque el profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él, ordenó a ‘Umar cuando este le preguntó sobre unas tierras que había obtenido, dijo: retenlas y libera sus frutos.

c Mi señor al-‘Arabī Bardala fue preguntado por un deudor que murió dejando hijos y estos habían recibido un adelanto; dejó unos bienes raíces constituidos en *waqf* en favor de los descendientes; después el acreedor exigió su crédito, pues creía que podía cobrarse del adelanto y de la cosecha del *waqf*. Dijo al acreedor: reduce la deuda en esa cuantía y te avalo el resto y así lo hicieron. Después, los hijos impidieron pagar la deuda con la cosecha del *waqf*. Mi señor, ¿están obligados o no? Y si no estuvieran obligados, ¿se extinguiría el aval de este avalista, pues realizó el aval creyendo que estaba obligado?

Contestó: El acreedor no tiene ningún derecho sobre la cosecha del *waqf*, que se ha transmitido a los hijos, únicamente puede perseguir lo dejado por el causante, si dejó algo. Esto es así porque la cosecha no forma parte de la herencia del fallecido. Sí puede dirigirse contra el avalista, porque el aval del anticipo es obligatorio y lo que creía no lo anula. Y solo Dios sabe.

planteamiento, algo rebuscado, radica en un deudor que fallece dejando hijos, quienes son, a su vez, beneficiarios de un *waqf* constituido por el finado. Además, se crea una fianza, pero no influye en nuestro análisis. Nuestro interés se centra en rastrear contra qué bienes puede dirigirse el acreedor. Los frutos del bien habiz no responderían porque se transmiten a los hijos del causante, no formando parte del patrimonio del deudor (el causante) y, además, no son considerados como parte de la herencia, a pesar de que los bienes raíces productores continúan siendo propiedad del mismo, ficticiamente, pero *extra commercium*. El titular del derecho de crédito únicamente puede satisfacerlo con los bienes que haya dejado el causante ajenos al *waqf*, no con el patrimonio personal de los herederos, en el que estaría incluida la cosecha del bien habiz.

5875^a- حدثنا أحمد بن عبد الرحمن بن وهب، قال: حدثني عمي [...] إسنثار رسول الله، ص، في أن يتصدق بمال بئمغ فقال رسول الله، ص، ((تصدق به تقسم ثمره وتحبس أصله لا تباع ولا توهب)).
قال أبو جعفر: فذهب قوم إلى أن الرجل إذا أوقف داره على ولده وولد ولده ثم من بعدهم في سبيل الله أن ذلك جائز وأنها قد خرجت بذلك من ملكه إلى الله، عز وجل، ولا سبيل له بعد ذلك إلى بيعها، وإحتجوا في ذلك بهذه الآثار.
وممن قال بذلك أبو يوسف ومحمد بن الحسن رحمة الله عليهما وهو قول أهل المدينة وأهل البصرة.
وخالفهم في ذلك آخرون منهم أبو حنيفة وزفر بن الهذيل رحمة الله عليهما. فقالوا: هذا كله ميراث لا يخرج من ملك الذي أوقفه بهذا السبب⁸¹⁷.

Este autor *hanafi* recoge el hadiz de Muḥammad que fundamenta la validez de la constitución de un *hubs*. Mediante la misma, el dominio directo del bien, objeto de la fundación, saldría de la propiedad del constituyente, en opinión de los miembros de esta escuela a la de Dios; esto implica que ese bien no se transmita a los herederos. Algunos juristas principales de la escuela, entre ellos su fundador, no admiten este negocio jurídico, manteniendo ese patrimonio como parte del caudal relicto.

^b(قوله كسائر العقود) أي هي كل ما يتوقف على إيجاب والقبول وأما غيرها من الطلاق وما بعده فهي إخراجات ولا يتوقف على إيجاب والقبول...⁸¹⁸

Esta glosa, sobre una obra de un jurista *malikī*, comenta los requisitos de capacidad exigidos para la perfección de los contratos (*'uqūd*), que es la traducción más común. Entre la categoría de contrato, incluye al repudio: una declaración unilateral del marido que extingue el matrimonio. Como queda patente, las categorías de los negocios jurídicos no siempre son equiparables entre ordenamientos diferentes y esto afecta también a la personalidad, en general, y a la personalidad jurídica, en particular. La misión del derecho es regular situaciones y relaciones entre sujetos. La mayoría de ellos son extrapolables de una sociedad a otra: el intercambio de bienes a cambio de dinero, los regalos, el destino de los bienes del difunto, etc. No obstante, en cada civilización los mecanismos que las encauzan no tienen por qué ser similares. Como venimos observando, el *fiqh* establece una categoría de contrato bastante más amplia que los ordenamientos de base latina. Por lo tanto, no sería de extrañar que, cuando se ha de confrontar con situaciones en las que el sujeto no encaja con la persona humana, se apliquen normas cuya naturaleza esté distanciada de la teoría de la personalidad jurídica romanista.

^cباب إثبات الدين والحقوق على الميت.

a 5875. Aḥmad b. 'Abd -l-Raḥmān b. Wahab nos contó: dijo: nos contó mi tío [...] que este consultó al profeta de Dios, las bendiciones sean sobre él, que quería constituir una fundación con los bienes del reparto del botín de Tamag, y el profeta de Dios le contestó: “constituye la fundación, divide los frutos y retén el bien raíz sin venderlo ni donarlo”.

Ŷa'far dijo: algunos opinaron que, si un hombre constituye un *waqf* sobre su casa en favor de su hijo y el hijo de su hijo, después de ellos en un fin piadoso, es válido y de esta manera el bien sale de su propiedad a la de Dios, Todopoderoso, y ya no podrá después de eso venderlo, y argumentan con el anterior hadiz.

Y quien opina así Abū Yusūf, Muḥammad b. al-Muḥsin, Dios se apiade de ellos, y es la opinión de la gente de Medina y de Basora.

Y otros los contradecían, entre ellos Abū Ḥanīfa y Zafar b. al-Ḥudayl, quienes opinaban: eso es todo herencia que no sale de la propiedad del que constituyó el *waqf*.

b (Su opinión como en el resto de contratos) Es decir todo lo que depende de la oferta y la aceptación u otros como el repudio, pues este es un expresión de voluntad que no depende de la oferta y la aceptación.

c Capítulo sobre la prueba de las deudas y obligaciones del fallecido.

(قال إذا توفي الرجل وادعى رجل عليه حقاً أو شيئاً منما كان في يده داراً أو ضيعة أو غلاماً أو ادعى عليه ديناً فحاصمه في ذلك بعض الورثة أو الوصي وأراد أن يثبت عليه حقه ذلك بمحضر وارث واحد أو الوصي {عن الميت} فذلك جائز على جميع الورثة)، لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعي عليه وله، لأن الورثة خلافة عن الميت، والخلافة لا تتجزئ لأن السبب متى تحقق في حق الكل والحق غير متجزئ يثبت الحق لكل واحد منهم {كاملاً كأنه ليس معه غيره وسبب الخلافة تحقق في حق الكل والخلافة غير متجزئة فيثبت لكل واحد منهم} على كمال فكان الحق ثابت عليه كحق الثابت على الميت والحق لو ثبت على الميت كان ثابتاً في حق جميع الورثة، فكذا هنا، (قال فإن أقر الوارث بالدين الذي أدعاه الخصم لزمه ذلك في كل حصته حتى تستغرق ذلك جميع حصته) لأن الوارث إنما صار خليفة المورث نظراً في كل ما يعجز الميت عن النظر لنفسه لا نظر الميت في جعله خليفة عنه في الحق الإقرار كالوصي لما كان نائباً عن الميت نظراً له فيما يعجز الميت عن النظر فيه لنفسه لا جرم لم يصح إقراره على الميت، كذا هنا وإذا لم يصح إقراره على الميت بقي إقراره على نفسه {فإنما يصح على نفسه} في حصته (قال فإن كان الذي إدعاه الخصم شيئاً مما كان في يدي الميت فأقر الوارث بذلك كان حقه من ذلك للخصم) لأنه إقرار على نفسه فيصح، والورثة الباقيون على حقوقهم، لأنهم لم يصح إقراره عليهم (قال وإن ادعى قوم على الميت ديوناً فأرادوا أن يثبتوا ذلك فليس لهم أن يثبت ذلك إلا بمحضر من وارث أو وصي وليس لهم أن يثبت {ذلك} على غريم للميت عليه دين ولا موصي له ولا غريم له على الميت دين)، وأما الغريم الذي عليه للميت دين لأن المدعي لا يدعي عليه شيئاً وإنما يدعي ديناً في ذمة الميت، لكن إذا ثبت ذلك له ولاية الإستيفاء من هذا الغريم بإعتبار أنه تركه الميت، فلا يكون الغريم خصماً له بخلاف الوارث والوصي إذا حضر فإنه يخاصم الغريم الذي للميت عليه دين، وأما الوارث لأنه يدعي ملك ما في ذمته وأما الوصي فلأنه يدعي حق قبض الدين عليه لنفسه فيكون الغريم خصماً، وأما الوصي له فلأنه ليس بخليفة الميت فيما يملك بل يملك بإبتداء بعقد الوصية،...⁸¹⁹

Ahora nos trasladamos a un plano procesal y no sustantivo. Uno de los juristas iniciadores de la escuela *ḥanaḥī*, al-Jaṣṣāf, plantea una serie de puntos dignos de que nos detengamos en ellos: los herederos, no así los legatarios, son sucesores, en cierta medida, del causante y los juicios en los que se diriman reclamaciones contra o a favor de la herencia están válidamente constituidos con la personación de uno de ellos y el resultado del mismo afectaría a todos; sin embargo, este lugar que ocupan no es exactamente en la misma posición jurídica que el fallecido, pues su responsabilidad no va más allá de la cuota que le haya correspondido (al igual que el socio de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada en caso de disolución o quiebra). Así, en caso de reconocimiento de una deuda contraída por el causante, sería quien reconoce, no los demás herederos, el que respondería hasta el límite de su cuota hereditaria; finalmente, existe una figura, el albacea, que sí representa al *de cuius*. Asimismo, el legado es denominado con el término que se suele traducir como como contrato; aunque se precise aceptación, en puridad, no tiene una naturaleza contractual *strictu*

(Dijo: si un hombre muriera y le reclamaran un derecho a algo que estuviera en su poder, como una casa o finca, o un esclavo, o se le reclamara una deuda y se opusiera a la demanda alguno de los herederos o el albacea, y quisieran probar ese derecho en presencia de un heredero o el albacea (del muerto), eso sería válido frente a todos los herederos), porque uno de los herederos se ha erigido en parte en lo que se demanda al fallecido o a su favor, porque el heredero es sucesor del fallecido. Y la sucesión no se divide, porque la causa, cuando se actualiza en el derecho de todos, no se divide y se prueba el derecho frente a todos, por completo, como si no hubiera otro, y la causa de la sucesión se ha verificado en el derecho de todos y la sucesión no se fracciona y se prueba frente a todos).

Para completar, el derecho se ha probado frente a él como se ha probado frente al fallecido, y la obligación, si ha quedado probada frente al muerto, queda probada frente a todos los herederos. Y así aquí. (Ha dicho, si el heredero reconociera la deuda reclamada por el demandante, quedaría obligado a la misma hasta el límite de su cuota hereditaria) porque el heredero solo deviene sucesor del fallecido en lo que este no puede administrar por sí mismo, como si hubiera nombrado un albacea para reconocer una deuda, por ser representante del muerto, en lo que él no ha podido administrar por sí mismo; no habría falta reconocerla por el muerto. Así aquí, si no es válido el reconocimiento de deuda contra el fallecido, pues su reconocimiento solo se mantendría contra él mismo (únicamente es válida frente al propio heredero) en su cuota. (Dijo: si lo que hubiera reclamado el hombre fuera algo que estuviera en poder del muerto y lo admitiera el heredero, ese derecho sería del demandante) porque ha reconocido contra sí mismo y sería válido, y los otros herederos mantendrían su derecho, porque no les afectaría el reconocimiento de ese heredero. (Dijo: si un grupo reclamara al muerto unas deudas y quisieran probarlas, no podrían hacerlo salvo en presencia de un heredero o albacea, y no podrían probarlo frente a un deudor del muerto, frente al legatario o frente a un acreedor del muerto). En cuanto al deudor del muerto, porque el demandante no le reclama nada, sino que reclama una deuda situada en la esfera jurídica del muerto. Pero, si lo probara, tendría una tutela de aseguramiento del cumplimiento por parte de ese deudor, pues se considera parte del caudal hereditario. Y no sería el acreedor parte en su demanda, a diferencia del heredero o el albacea, si se personaran, pues únicamente pleitearía frente al deudor del muerto. En cuanto al heredero, porque él reclama algo de su propiedad. En cuanto al albacea, porque reclama un derecho a tomar posesión de su deuda por sí mismo y el acreedor es su contraparte. En cuanto al legatario, porque no es sucesor del muerto en lo que ha tomado en propiedad, sino que ha adquirido tras el contrato de legado.

sensu, según la doctrina occidental. El texto transcrito tiene multitud de situaciones dignas de estudio que no encuentran acomodo en nuestra tesis; sin embargo, hemos de insistir en los términos empleados por el alfaquí: en todo momento, habla de deudas del muerto, créditos del muerto, derechos del muerto: un titular que dejó de ser persona física.

^aفإذا كملت شروط هذه الوزارة فيمن هم أهل لها فصحة التقليد فيها معتبرة بلفظ الخليفة المستورز لأنها ولاية تفتقر إلى عقد من العقود لا تصح إلا بالقول الصريح، فإن وقع له بالنظر وأذن له لم يتم التقليد، حكماً، وإن أمضاه الولاية عرفاً حتى يعقد له الوزارة بلفظ يشتمل على شرطين: أحدهما عموم النظر، والثاني النيابة،...⁸²⁰

Este tratado de derecho público califica el nombramiento de un ministro como *‘aqd*, contrato. La correspondencia de términos es, en la mayoría de ocasiones, difícil, sobre todo en los textos jurídicos clásicos. En las normas contemporáneas la traslación suele ser más directa.

^bقال في شرح العمل الفاسي: كل عطية تتوقف على موت المعطي فهي وصية. وقال ابن عرفة: الوصية عقد يوجب حقاً في الثلث عاقده يلزم بموته...⁸²¹

La terminología del texto asimila al testamento con una donación *post mortem*, y con un contrato, en virtud de la traducción más común. Hemos de aclarar que las palabras legado y testamento tienen su paralelo en la misma palabra árabe: *waṣīyya*. Nos inclinamos por una traslación u otra según el contenido de la disposición: si el que dispone quiere dejar un bien, o como máximo un tercio de su patrimonio, a uno o varios destinatarios genéricos o identificados, utilizamos el legado. Cuando la intención es constituir un *waqf*, acudimos al testamento.

^cومنها: كفارة اليمين يجوز تقديمها على الحنث بعد عقد اليمين مالية كانت أو بدنية⁸²².

Estudiando el momento de realización de los actos de culto, el autor, a la hora de dirimir cuándo es válido realizar la *kafāra* (limosna para redimir o expiar un pecado), afirma que es posible ejecutarla siempre después del “contrato” de juramento, aunque preceda a la comisión de la falta.

^dالقاعدة التاسعة والثلاثون: في إنعقاد العقود بالكنايات وإختلاف الأصحاب في ذلك.

فقال القاضي في مواضع: لا كناية إلا في الطلاق والعناق، وسائر العقود لا كناية فيها، وذكر أبو الخطاب في الإلتصار ونحوه، وزاد: لا تحل العقود بالكنايات غير النكاح والوقف. وقال في موضع آخر منه: تدخل الكنايات في سائر العقود سوى النكاح لأشترط الشهادة عليه وهي لا تقع على النية، وأشار إليه صاحب المغني أيضاً، وكلام كثير من الأصحاب يدل عليه، وهل المعاطاة التي ينعقد بها البيع والهبة ونحوهما إلا الكنايات؟ وكذلك كنايات الوقف تنعقد به في الباطن صرح به الحلواني، وقد تقدم في القاعدة التي قبلها كثير من فروع هذه القاعدة⁸²³.

Los alfaquíes, con algunas variantes entre las escuelas, por su inclinación hacia lo objetivo y su recelo del riesgo y la indeterminación, acostumbran a exigir fórmulas poco flexibles para el perfeccionamiento de los negocios jurídicos. Esta regla de los seguidores de Ibn Hanbal únicamente permite las metáforas y alusiones en el caso de algunos contratos. Nos llama la atención que se califiquen como tales el repudio, la manumisión de esclavos o el *waqf*, los cuales no serían incluidos en dicha categoría en nuestro ordenamiento por tratarse de negocios unilaterales.

a Si se completaran las condiciones de este ministerio en quienes son aptos para ello, sería válido el nombramiento en consideración a lo expresado por el califa, porque esta tutela necesita un contrato que solo es válido con una fórmula expresa, pues si se realizara con un gesto o de oídas no se perfeccionaría el nombramiento. Si se realizara por costumbre mientras se completara verbalmente, debería cumplir dos condiciones: una de ellas, una administración genérica y la otra, la representación...

b Dijo en el escrito sobre la costumbre de al-Fāsī: Toda dación que quede condicionada a la muerte del dador, es un legado. Ibn ‘Arfa dijo: el legado es un contrato vinculante en el tercio del contratante que obliga tras la muerte.

c Se permite adelantar la *kafāra* del juramento a la violación del mismo, tras celebrar el contrato de juramento, tanto si es dineraria como corporal...

d La regla treinta y nueve: el perfeccionamiento de los contratos mediante alusión o metáfora y las diferencias de los autores sobre ello.

El Juez en varias ocasiones: no se admite la alusión más que en el repudio y la manumisión, en el resto de contratos no es válida, lo ha recordado Abū al-Jaṭṭāb en su obra “*al Intiṣār*” y otras. Y añadió: No se perfeccionan los contratos mediante metáforas salvo el matrimonio y el *waqf*.

En otro lugar, dijo: las alusiones entran en el resto de los contratos, salvo en el matrimonio debido a la exigencia de los testigos en él, que no tendría lugar más que con la voluntad real. Y el autor del *Mugannī* también apuntó eso. Y muchas de las palabras de nuestros compañeros lo prueban, ¿las permutas con las que perfeccionan la compraventa y la donación y otros no son alusiones? Asimismo, las alusiones por las que se perfecciona el *waqf*, por la voluntad interna, así lo explicita al-Ḥalawānī. En la regla previa, se han tratado muchos aspectos de la cuestión.

a {القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها} [...] الأصل في هذه القاعدة قوله ص: "إنما الأعمال بالنيات" وهذا الحديث صحيح مشهور أخرجه الأئمة السنة وغيرهم من حديث عمر بن خطاب والعجب أن مالكاً لم يُخرجه في (الموطأ) [...] [والموقف، وسائر القرب، بمعنى توقف حصول الثواب على قصد التقرب بها إلى الله تعالى] [...] مما تدخل فيه من العقود ونحوه: كنيات البيع والهيبة، والوقف، والقرض، والضمان، والإبراء، والحوالة، والإقالة، والوكالة، وتفويض القضاء، والإقرار والإجارة والوصية، والعق، والتدبير والكتابة، والطلاق، والخلع، والرغبة، والإيلاء، والظهار، والإيمان، والذف، والأمان.

ويدخل أيضاً فيها في غير الكنيات في مسائل شتى: كقصد لفظ الصريح لمعناه، ونية المعقود عليه في المبيع والتمن، في عوض الخلع، والمنكحة، ويدخل في بيع المال الربوي ونحوه في النكاح إذا نوى ما لو صرح به بطل⁸²⁴.

El jurista *šāfi'ī* del siglo quince, en su libro sobre las cuestiones similares y contrarias en el *fiqh* de la escuela, relaciona las implicaciones que en determinadas materias tiene la regla "los asuntos, según sus finalidades", cuyo origen es un dicho del profeta: *las acciones, según sus intenciones*. Esta norma tiene sus implicaciones en los distintos negocios jurídicos y la tensión que existe, en numerosas ocasiones, entre la voluntad expresada y la real. Hace una relación de los actos en los que se debe tener en cuenta esta regla: en las acciones de culto (entre las que nombra al *waqf*, porque se entiende que el deseo del autor es la recompensa, acercarse a Dios) y en los contratos, en cuya lista aparecen algunos negocios jurídicos algo alejados de la creación de obligaciones entre dos partes: el propio *waqf*, la responsabilidad (sea contractual o extracontractual), la confesión, el legado, el repudio o el juramento. La tendencia general es acudir a la voluntad expresada, pero a veces, se ha de tener en consideración la intención: en el caso de la venta de bienes procedentes de la usura, si lo expresado coincide con la voluntad real, el negocio devendría nulo. Es un fragmento que nos resulta muy útil además para glosar lo que describimos, a grandes rasgos, sobre la teoría de la causa en la teoría general de obligaciones en el derecho islámico.

b {القول في العقود}

قال الدارمي في (جامع الجوامع)، ومن خطه نقلت: (إذا كان المبيع غير الذهب والفضة بواحد منهما، فالنقد ثمن وغيره مثن، وسُمي هذا العقد بيعاً، إذا كان غير نقد سمي هذا لعقد معاوضة، ومقايضة، ومناقلة، ومبادلة. وإذا كان نقداً سُمي صرفاً ومصارفة [...] وإن كان المبيع منفعة سُمي إجارة، أو رقية العبد له سُمي كتابة، أو بُضعاً سُمي صداقاً [...] تقسيم ثان: العقود الواقعة بين إثنين على أقسام):

a (Regla primera: los asuntos según sus intenciones) [...] El origen de esta regla es el hadiz: "las acciones según sus propósitos"; es un hadiz válido famoso, que han extraído los imanes de la *sunna* y otros dichos de 'Umar b. al-Jaṭṭāb; lo extraño es que Mālik no lo ha recogido en *al-Muwatta'*) [...]

[...] Y el *waqf*, y el resto de los piadosos, en el sentido que consisten en conseguir una recompensa, mediante un acercamiento a Dios el Altísimo [...]

Entre los contratos y otros que se incluyen: las alusiones en la compraventa y la donación, el *waqf*, el préstamo, la garantía, la dispensa, la trasmisión de deuda, la representación, la representación en juicio, el reconocimiento, el arrendamiento y el legado, la manumisión (los tres tipos), el repudio, el divorcio a petición de la mujer, la reconciliación tras divorcio, la abstinencia de mujer, la injuria a la mujer, el juramento, la calumnia y el depósito.

Y se incluyen también en ella, además, la alusión en otras cuestiones: como pretender la expresión literal a su significado, y el propósito en el objeto de la compraventa y su precio, en la compensación por el divorcio a petición de la mujer, y el objeto del matrimonio, y se incluye en la venta del bien proveniente de la usura y en temas similares en el matrimonio que, si el propósito fuera lo expresado, lo anularía.

b (Sobre los contratos)

Al-Darāmī, en su obra *Ŷāmi'a al ŷawāmi'*, y de su puño y letra lo recojo, opinaba: (si el objeto de la venta es distinto del oro y la plata a cambio de uno de los dos, el dinero sería el precio y lo otro lo apreciado, se denominaría venta, si no fuera con dinero, se denominaría contraprestación, permuta o intercambio.

Si fuera dinero, se denominaría el contrato cambio [...]

Si el objeto de la venta fuera la utilidad de algo, se denominaría arrendamiento; si fuera el dominio directo de un esclavo, sería un tipo de manumisión, o fuera la vulva, se denominaría dote [...]

(Otra clasificación: los contratos que tengan lugar entre dos se dividen):

Primero: exigible absolutamente por las dos partes como la venta, el cambio, venta con pago anticipado, venta al coste, la comunidad, arbitraje, transmisión de deuda, arrendamiento, riego, la donación a un tercero tras la entrega, la dote, la contraprestación por el divorcio a petición de la mujer. Segundo: permitido absolutamente para las dos partes, como la sociedad, la representación, la sociedad en comandita, el legado, el préstamo de uso, el depósito, y el préstamo, recompensa antes de desaparecer el esclavo, la jurisdicción, las tutorías y las demás tutelas salvo el imanato.

الأول: لازم من الطرفين قطعاً كالبيع، والصرف، والسلم، والتولية، والتشريك وصلح المعاوضة، والحوالة، والإجارة، والمساقاة، والهبة للأجنبي بعد القبض، والصداق وعوض الخلع.
الثاني: جائز من الطرفين قطعاً كالشركة، والوكالة، والقراض، والوصية، والعارية والوديعة والقرض، والجعالة قبل الفراغ، والقضاء، والوصايا، وسائر الولايات غير الإمامة⁸²⁵.

En un estudio sobre los contratos, se nos revelan datos significativos sobre la concepción que el *fiqh* tiene de los mismos. En la primera parte, se nos hace patente la compraventa como pilar de los negocios jurídicos; si en la venta el objeto es una utilidad o dominio útil o usufructo, nos encontraríamos ante un arrendamiento; si se tratara de la *vulva*, hablaríamos de dote. En la segunda, clasifica los *uqūd* en dos tipos: obligatorios para las dos partes (venta, cambio, arrendamiento, riego, etc.) y permitidas para ambas (la sociedad, la comandita, el legado, el depósito, el juicio, etc.). Conviene enfatizar los actos, hechos y negocios jurídicos que se incluyen en la categoría cuya traducción más común es la de contrato: dote, legado, recompensa, juicio, tutelas, manumisión, entre otros. Asimismo, al titular un apartado como los contratos entre dos partes, se entiende, como la relación anterior explícita, el reconocimiento de contratos unilaterales. La expresión “permitido para las dos partes” implica que cualquiera de los contratantes está facultado para rescindirlos. Es preciso aclarar que en nuestra cultura jurídica el contrato por definición es un negocio bilateral; se suele utilizar la expresión contrato unilateral, no en el sentido de estar ante la presencia de una única parte, sino para el caso de que ese contrato despliegue obligaciones para una única parte: el caso paradigmático sería el mutuo o entrega de un bien fungible a una persona que, haciendo suyo el mismo, queda obligado a restituir la misma cantidad y el mismo género. El negocio se realiza entre dos personas pero únicamente quien recibe la cosa queda obligado.

الحادية والعشرون: والفائدة الثانية: الصفقة الواحدة هل تتفرق فيصح بعضها دون البعض أم لا فإذا بطل بعضها بطل

كلها؟

المسألة روايتان أشهرهما أنها تتفرق للمسألة صور: أحدها/ أنه يجمع العقدين ما يجوز العقد عليه وما لا يجوز بالكلية إما مطلقاً أو في تلك الحال فيبطل العقد فيما لا يجوز عليه العقد بإفراجه وهل يبطل في الباقي؟ على الروايتين. ولا فرق في ذلك بين عقود المعاوضات وغيرها كالرهن والهبة والوقف، ولا بين ما يبطل بجهالة فوضه كالبيع، وما لا يبطل كالنكاح فيه روايتان منصوصتان عن أحمد غير أن صاحب المغني أختار أن البيع إذا كان الثمن منقسماً عليه بالقيمة كعبددين أحدهما مغضوب أنه لا يصح العقد فيهما تعليلاً بجهالة العوض بخلاف ما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كقفيز من صبرة واحدة، وهذا مأخذ البطلان وراء تفريق الصفقة كما لو قالوا فيما إذا باع معلوماً ومجهولاً: إنه لا يصح رواية واحدة؛ لجهالة الثمن فهذا هو المانع هنا من بفر يقهما⁸²⁶.

El autor intenta discernir si los contratos son divisibles y, en caso afirmativo, si la nulidad de una parte del mismo provoca la nulidad del todo. En este momento, nos conviene acentuar la mayor extensión de la calidad de contrato en el derecho islámico.

بوثانيتها قوله تعالى * (أوفوا بالعقود) * {المائدة: 1}، والطلاق والعنق عقداً عقدهما على نفسه فيجب الوفاء بهما⁸²⁷.

Otro testimonio, en este caso *mālikī*, en el que se considera contrato al repudio y la manumisión, los cuales, a pesar de ser declaraciones de voluntad unilaterales, vinculan al propio emisor.

a Veintiuno: y la segunda utilidad: un único contrato, ¿se puede dividir siendo una parte válida y la otra no, o se anula íntegramente?

La cuestión presenta dos opiniones, la más común es que se divide y la cuestión tiene matices: uno de ellos/ cuando los dos contratos unidos presentan lo que es válido y lo que no lo es al completo, en ese caso, se anula el contrato en lo que no es válido por separado, ¿se anularía el resto? Hay dos opiniones. No existen diferencias entre contratos con causa onerosa y otros, como la prenda y la donación y el *waqf*, ni entre lo que anula la indeterminación como la venta; en lo que no lo anula como el matrimonio existen dos corrientes, prescritas por Ahmad; sin embargo, el autor del *Mugannī* ha escogido que la venta, si el precio estuviera dividido entre dos valores, como dos siervos, uno de ellos huido, no sería válido el contrato, debido a la ignorancia de la contraprestación, al contrario de cuando se divide el precio entre ellos por partes. Así se toma la anulación tras la división del contrato, como si hubiera dicho que vendía algo conocido y desconocido: eso no sería válido en una sola opinión: la ignorancia sería el impedimento a la hora de separarlo.

b Y lo segundo, lo dicho por el Altísimo (cumplid los contratos) (Azora de La Mesa: 1), y el repudio y la manumisión son contratos para uno mismo y se deben cumplir.

الفروق التاسع والمانتان

بين قاعدة ما مصلحته من العقود في اللزوم، وبين قاعدة ما مصلحته عدم اللزوم. أعلم أن الأصل في العقد اللزوم؛ لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه ودفع الحاجات، فيناسب ذلك اللزوم دفعاً للحاجة وتحصيلاً للمقصود، غير أن مع هذا الأصل إنقسمت العقود قسمين: أحدهما، كذلك كالبيع والإجارة والنكاح والهبة والصدقة وعقود الولايات؛ فإن التصرف بالمعقود بالعقد يحصل عقيب العقد. والقسم الآخر لا يستلزم مصلحته مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم، وهي خمسة عقود: الجعالة والقراض والمغارسة والوكالة وتحكيم الحاكم ما لم يشرع في الحكومة⁸²⁸.

El mismo autor clasifica los contratos entre aquellos que son obligatorios y los que no. Entre los primeros, además de la compraventa y el arrendamiento, incluye la limosna, la donación y los contratos de tutoría. Entre los segundos, distintos tipos de sociedad y otros. Se emplea una frase muy indicativa de la tendencia objetiva del derecho de obligaciones musulmán: *el contrato se ha establecido para conseguir el propósito del objeto del mismo, su finalidad, y satisfacer las necesidades*. Se acentúa la cosa sobre la que se contrata, nunca quienes lo perfeccionan.

الفروق الثامن عشر والمائة.

بين قاعدة ما يوجب نقض الجزية، وبين قاعدة ما لا يوجب نقضها. أعلم أن عقد الجزية موجب لعصمة الدماء وصيانة الأموال والأعراض إلى غير ذلك مما يترتب عليه. وحقيقة عقد الجزية هو التزامنا لهم ذلك بشروط نشترطها عليهم مضت سنة الخلفاء الراشدين بها، وهي أيضاً مستفادة من قوله تعالى: **(حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون)** {التوبة: 29} ⁸²⁹.

La *ḡiziya* posee una naturaleza contractual, un pago a cambio de la inviolabilidad de la sangre y la inmunidad de los bienes de los no musulmanes. Más que los intervinientes, se habla del cambio que produce en una realidad concreta.

كتاب المريض

سؤال عن إقراره بوارث:

يشهد من أوقع إسمه بعد هذا أنهم يعرفون طاهر بن محمد بن طاهر بعينه وإسمه [...] عقد ثان: يشهد من تسمى أسفل هذا العقد من الشهداء أنهم سمعوا سماعاً فاشياً مستفيضاً...⁸³⁰

En este momento, citaremos algunas fetuas en las que el vocablo *'aqd* designa un documento. Para ponerlas en contexto, se trata de textos de la escuela *mālikī*, dentro del ámbito geográfico del Magreb y al-Andalus. En estas líneas un escrito en el que se inserta el reconocimiento de la existencia de un heredero, culminado con los testimonios probatorios.

سؤال عن ترشيده بالسماع مع ثبات سفه.

c La diferencia doscientos nueve

Esta regla evidencia cuando interesa en los contratos su obligatoriedad y cuando no es de interés su obligatoriedad.

Hay que saber que la regla general en los contratos es su obligatoriedad; porque el contrato ha sido instituido para conseguir lo pretendido de su objeto y satisfacer necesidades, por lo que es adecuada su obligatoriedad, en atención a la necesidad que satisface y la consecución de lo pretendido. Si embargo, esa raíz divide a los contratos en dos tipos: uno de ellos, como la venta, el arrendamiento, el matrimonio, la donación, la dote y los contratos de tutela, donde la actividad pretendida con el contrato se produce tras el mismo. Y el otro tipo: su interés no está en su obligatoriedad, sino en su validez y falta de obligatoriedad; son cinco contratos: la recompensa, la sociedad en comandita, la siembra, la representación, el arbitraje siempre que no sea del gobernante.

b La diferencia ciento dieciocho:

La regla evidencia qué es lo que debe anular la *ḡiziya* y que no.

Hay que saber que el contrato de *ḡiziya* impone la inviolabilidad de la sangre y la inmunidad de los bienes y posesiones y lo demás que se incluye. Y la verdad del contrato de *ḡiziya* es nuestro compromiso ante ellos, según las condiciones que le imponemos, en virtud de la *sunna* de los califas justos. También se aprovecha de lo dicho por el Altísimo (hasta que paguen la *ḡiziya* siendo dependientes). *al- Tūbat*. 29.

c Libro sobre el enfermo.

Pregunta sobre su reconocimiento de heredero:

Testifica quien firma que ellos conocen a Ṭāhir b. Muḡammad en persona y por su nombre [...]

Segundo contrato: testifica quien está nombrado en la parte inferior de este contrato entre los testigos que ellos conocen a fulana hija de fulano y que han escuchado sobre ella con seguridad contrastada...

d Pregunta sobre su declaración coma capaz de oídas, quedando demostrada su incapacidad.

Quienes son nombrados en el pie de este contrato testifican que conocen a Fulana hija de Fulano y que han escuchado con seguridad que es capaz y en un estado recto [...]

يشهد من تسمى أسفل هذا العقد أنهم يعرفون فلانة بنت فلان الفلاني وأنهم سمعوا عنها سماعاً فاشياً [...] أنها رشيدة في أحوال مستقيمة...⁸³¹

El conflicto al que se intenta dar solución es si el documento (contrato) en el que unos testigos afirman que una mujer es capaz, de oídas, es suficiente para levantar su incapacitación o no. ^aكتاب الوصايا.

يشهد من تسمى أسفل هذا العقد من شهادته أنهم يعرفون فاطمة بنت سليمان الفلاني وإسمها معرفة صحيحة تامة، وأنها أشهدتهم في صحتها وجواز أمرها منذ مدة تقدمت تاريخ هذا الكتاب أنه متى حدث الموت الذي لا بد منه ولا محيد لمخلوق طراً عنه فإن يوسف بن فلان وصي على حفيدتها [...] بنت...⁸³²

Se nos describe el texto (*'aqd*) de un legado, negocio jurídico que también recibe la misma denominación, aunque en el fragmento se utiliza como sinónimo de documento.

^bكتاب الأحباس

يشهد من تسمى أسفل هذا العقد من الشهداء أنهم يعرفون أحباس حمود بن خلف بن أبي مسلم الصدي [...] ويعلمون أن هذه الأحباس محبسة على يوسف وعقبة...⁸³³

Se trata de una circunstancia parecida al anterior, el término contrato va referido al escrito donde se documenta el negocio jurídico, aunque, según la visión del *fiqh*, la fundación de un *waqf* tendría un carácter contractual, como el legado o la compraventa.

^cسؤال عن تصدق بصدقة وكتماها.

الجواب-رضي الله عنك- في رجل تصدق على ابنته الصغيرة في حجره وولاية نظره بعقار وعقد لها بذلك عقداً وحدد فيه العقار المذكور وإحتازه...⁸³⁴

Por último, en esta fetua, la palabra parece señalar el título en sí y el negocio jurídico de realizar una disposición gratuita en favor de su hija menor de edad.

^d484- سعيد بن خُمير بن عبد الرحمن: من أهل قرطب [...] .

وكان: يسكن ببلاد مغيث. ونقلها عبد الله الأمير إلى المدينة قرب المسجد الجامع، فكان يجلس فيه ويتحلق إليه، ويفتي ويعقد الوثائق...⁸³⁵

Este diccionario biográfico sobre sabios de al-Andalus se refiere a este personaje cordobés como muftí, que emite fetuas, y redactor de documentos jurídicos. Se emplea la raíz *'aqd* (عقد) como si fuera quien anuda el escrito.

^e564- سليمان بن يوسف القيسي: من أهل الجزيرة [...] .

وكان: معتنياً بدرس المسائل، عقد الوثائق...⁸³⁶

Es el turno de un tratado sobre los documentos notariales realizado por un jurista granadino medieval, como no podía ser de otra forma, de la escuela *mālikī*. Comienza, a modo de justificación de la obra, con una aleya coránica que insta a los creyentes a poner por escrito las transacciones en las que se produzcan deudas a plazo. Para él, la fijación por escrito de los actos y negocios es un deber impuesto por Dios. Sin embargo, la forma escrita no es un requisito de validez de los mismos, prácticamente en todas las escuelas, sino un elemento de prueba⁸³⁷.

^fالنكاح.

a Libro de los legados.

Quienes son nombrados al pie de este contrato testifican que conocen a Fátima hija de Sulaymān Fulano y su nombre, con conocimiento firme y completo, y testifican por su validez y su legalidad, desde antes de la fecha de este escrito y que a él le acaeció la muerte, de la que nadie se libra, y que Yūsuf hijo de Fulano legó a su nieta [...] hija ...

b Libro sobre *al-ahbās*.

Quienes son nombrados al pie como testigos certifican que conocen los *ahbās* de Ḥamūd b. Jalf b. Abū Muslim al-Ṣadafī [...] y conocen que estos *awqāf* se constituyeron en beneficio de Yūsuf y su descendencia.

c Pregunta sobre quien fundó un *waqf* y lo mantuvo oculto.

La respuesta -Dios esté satisfecho de ti- sobre un hombre que constituyó un *waqf* en favor de su hijo pequeño en su minoría de edad y su tutela, consistente en un inmueble y concluyó un contrato con él y delimitó en el mismo el inmueble y la toma de posesión ...

d 484. Sa'īd b. Ḥumayr 'Abd-l-Raḥmān: de Córdoba [...]

Habitaba en Balāt Mugīṭ y *Abd Allāh*, el príncipe, lo trasladó a la ciudad cerca de la mezquita aljama, en la cual se sentaba y se reunían entorno a él, y dictaba fetuas y redactaban documentos.

e 564. Sulaymān b. Yūsuf al-Qaysī: de las Islas Baleares [...]

Y le interesaba estudiar las cuestiones y redactar documentos.

f El matrimonio.

عقد الصداق.

تسمية الزوجين عدد الصداق وصفته، ومن أي سكة هو، و [...] وتسمية من قبضه كالأب والوصي ومن يجوز له قبضه...⁸³⁸

Pormenorizando acto por acto y contrato por contrato, el alfaquí describe los elementos que se han de incorporar al diploma, concretamente, el contrato de dote. Cabe destacar que es necesario que se refleje la persona que aprehende el objeto (dinero u otros bienes), ya que esta escuela, en los actos de naturaleza gratuita, exige, para completar la transmisión patrimonial y no para la validez, el título (contrato) y el modo (entrega). No hay que soslayar que quien está llamado a tomar posesión por defecto no es la mujer, sino su padre o tutor.

^a عقد طلاق.

تسمية الزوجين وصفة الزوج...⁸³⁹

El *contrato* de repudio es objeto del interés de esta obra.

^b عقد جائحة.

معرفة الشهادته، بالقائم والموضع والمجاء وتحديدته. وتسمية الجائحة مما يكون أمراً غالباً لا يمكن دفعه ولا يقدر على الإحتراز منه، كالرمح والمطر والبرد والجراد والجليد والطيور والدود والعفن [...] وأختلف في الجيش والسارق. وتسمية قدر ما أذهبت، وأن يكون الثلث وفأزيد، وأن تكون مبتاعة دون أصلها. بعد أن حل بيعها، وقبل إنتهاء طبيها، أو تكون مساقات، وتورخ⁸⁴⁰.

Un ejemplo más que nos induce a no traducir la palabra *'aqd* por contrato en todos los casos. Estas líneas nos informan del contenido mínimo de un escrito en el que se documente una destrucción fortuita de un tercio o más de los frutos objeto de una compraventa.

^c عقد حبس.

تسمية المحبس، والمحبس، وموضعه، وتحديدته، والمعرفة بقدره، على خلاف فيه. وعلى من حبس وتأبيده أو تعقيبه ومرجعه، وتسمية المقدم على قبضه، وعقد الإشهاد عليها معاً. وتضمنه معاينة الشهود الدفع والقبض والحياسة، في صحة المحبس، وجواز أمره ومعرفتهم وتملكه له إلى أن يتل فيه التحبب، وتذكر أنه على نسخ، ولا تذكر عددها...⁸⁴¹.

Le toca el turno al *waqf*. Aparte ser nombrado como contrato, debemos acentuar la posibilidad que los *mālikīes* permiten de que la fundación no sea perpetua, sino que se designen unos beneficiarios, cuya extinción provocaría la reversión. Del mismo modo, como una clase de donación, sería necesario el título y el modo para el cambio de propiedad. El tratado nos ofrece numerosos textos, pero, con los ya escogidos, sería suficiente.

^d في أنواع المكاسب والبيوع

أما المكاسب فنوعان: كسب بغير عوض وبغير عوض، فأما الكسب بغير عوض فأربع أنواع: الأول: الميراث [...] الثاني: الغنيمة. الثالث: العطايا كالهبة والحبس وغير ذلك. الرابع: ما لم يملك أحد، كالحطب والصيد وإحياء الموات. وأما الكسب بعوض فأربع: عوض عن مال كالبيع، وعوض عن العمل كالإجارة، وعوض عن الفرج كالصداق، وعوض عن جناية كالديات⁸⁴².

Contrato de dote.

Se han de nombrar los esposos la cuantía de la dote y su descripción, de qué ceca y [...] y nombrar quién toma posesión como el padre, tutor y quien recibe la entrega...

a Contrato de repudio.

Se nombra a los esposos y la descripción del marido...

b Contrato de calamidad natural.

Conocimiento de los testigos, la ubicación, lo que queda en pie, lo afectado y su concreción. Y designar el desastre como un elemento que no se ha podido evitar ni prever, ni prevenir, como el rayo, la lluvia, el granizo, la langosta, el hielo y las aves, el gusano, los espinos [...] y difieren en cuanto al ejército y el ladrón. Y reseñar lo que se ha perdido y que sea un tercio o más, y que haya sido comprado sin su bien raíz, después de perfeccionarse la venta y antes de terminar su madurez o que sea una sociedad de riego o su fecha.

c Contrato de *waqf*.

Nombrar al constituyente, el bien constituido, su ubicación y lindes y dar a conocer su valor, aunque hay diferencias. Y en favor de quién se constituye y su carácter perpetuo o si es sucesivo y su finalidad, y nombrar a quien recibió la entrega, y el contrato de testimonio conjuntamente. Y que se haya asegurado de que sean testigos oculares de la entrega y la recepción y la toma de posesión, en plena facultades del fundador y conocimiento del traspaso patrimonial irrevocable. Y nombra que existen ejemplares, pero no su número...

d Sobre los tipos de adquisiciones y ventas.

Las adquisiciones son de dos tipos: adquisición sin contraprestación, en cuanto a estas son de cuatro tipos: la primera: la herencia [...] La segunda: el botín. La tercera: las daciones como la donación y el *waqf* y otras. La cuarta: lo que no es propiedad de nadie, como la leña, la pesca y la puesta en producción de las tierras baldías. En cuanto a las adquisiciones con contraprestación son cuatro: contraprestación por un bien como la venta, contraprestación por un trabajo como el arrendamiento, contraprestación por la vagina como la dote, y la contraprestación por un delito como la indemnización.

Este tratado de un miembro de la escuela de Medina, en el *libro sobre las ventas*, en su capítulo tercero, cataloga los tipos de adquisición y ventas. La venta es etiquetada como una adquisición con contrapartida a un bien. El *waqf* sería una adquisición sin contrapartida, en el grupo tercero: las daciones.

^aالمسألة الخامسة: خيار المجلس باطل عند مالك والفقهاء السبع بالمدينة وأبي حنيفة فالبيع عندهم يتم بالقول، وإن لم يفترقا من المجلس، وقال الشافعي وإبن حنبل وسفيان الثوري وإسحاق: إذا تم العقد فهما بالخيار ما لم يفترقا من المجلس للحديث الصحيح⁸⁴³.

Este libro sobre la compraventa termina con el eco de una polémica clásica entre al-Šāfi'ī y Abū Ḥanīfa y Mālik sobre el carácter de este contrato: los segundos lo consideran como puramente consensual, mientras que el primero estima que no se perfecciona, y así devenir obligatorio para las partes, hasta que los contratantes no se separen físicamente del lugar en el que se realizan las negociaciones.

^bفي الإجارة والجعل والكراء وكلها بيع منافع. ففي الباب أربعة فصول الفصل الأول في الإجارة: وهي جائزة عند الجمهور وأركانها أربعة: الأول: المستأجر. الثاني: الأجير، ويشترط فيهما ما يشترط في المتبايعين ويكره أن يؤجر المسلم نفسه من كافر. والثالث: الأجرة. والرابع: المنفعة، ويشترط فيها ما يشترط في الثمن والمثمن على الجملة...⁸⁴⁴

Una vez terminado con las ventas, se introduce en el arrendamiento y sus tipos, etiquetándolos como ventas de utilidad o usufructo o dominio útil. Queda remarcado la división del dominio para la *Šarī'a* y, al mismo tiempo, nos evidencia el método principal que la mayoría de los juristas secundan en sus obras: se analiza la compraventa como arquetipo de negocio jurídico y de los demás únicamente se abordan sus especificidades respecto al modelo.

^cوأما الموهوب فكل مملوك، وتجوز هبة ما لا يصح بيعه كالعبد الأبق، والبعير الشارد والمجهول والثمرة قبل بدو صلاحها خلافاً للشافعي، وتجوز هبة المشاع خلافاً لأبي حنيفة، وتجوز هبة الدين خلافاً للشافعي، وأما الصيغة: فكل ما يقتضي الإيجاب والقبول من قول أو فعل كلفظ الهدية والعطية والنحلة وشبه ذلك. الفصل الثاني: في أنواع الهبات، وهي على قسمين: هبة رقية، وهبة منفعة...⁸⁴⁵

En cuanto a la donación, los requisitos de validez del objeto son mucho menos exigentes que en la venta: se permite la donación de un esclavo huido, un animal perdido, algo indeterminado, incluso los frutos antes de su maduración, lo usurpado (al contrario que al-Šāfi'ī) y la donación de la parte de una copropiedad (a diferencia de Abū Ḥanīfa). Al tratarse de un alfaquí *malikī*, considera que es un contrato consensual (perfeccionado por la oferta y la aceptación de las partes), no real (que exige la entrega para que nazca) como es para el resto de las escuelas. Por último, también se visibiliza esa dicotomía en la propiedad: donación de dominio directo y dominio útil por separado.

^dالمادة 278

يشترط في صحة عقد الوصية خلوه من التناقض والتخليط مع سلامته من منع شرعاً⁸⁴⁶.

a La cuestión quinta: la condición del lugar de reunión es nula para Mālik y los siete alfaquíes de Medina y Abū Ḥanīfa, pues la venta se perfecciona por la palabra en su opinión, aunque no se separen del lugar. al-Šāfi'ī y Abū Ḥanbal y Sufyān Al-Tawrī y Ishāq opinan: si se perfeccionara el contrato, cada una de las partes podría echarse atrás mientras no se separan físicamente y el hadiz es correcto.

b Sobre el arrendamiento, el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de inmuebles son todos ventas de utilidad. Este capítulo consta de cuatro epígrafes, el primero sobre el arrendamiento: es válido para todos los jurisconsultos y sus pilares son cuatro: el primero: el arrendatario. El segundo: el arrendador, y a ambos se les exige lo mismo que a las partes de la compraventa y es odioso que un musulmán arriende su servicio a un infiel. El tercero: la renta. Y el cuarto; la utilidad. Y se exige lo mismo que al precio y al objeto de la compraventa...

c En cuanto al objeto de la donación, debe ser tenido en propiedad, y se permite en la donación lo que no se permite en la venta, como el esclavo huido y el camello escapado y lo desconocido y el fruto antes de la maduración, a lo que se opone al-Šāfi'ī. Y se permite la donación de una parte de la comunidad de bienes, a diferencia de Abū Ḥanīfa, y se permite la donación de un derecho de crédito, a diferencia de al-Šāfi'ī. En cuanto a la forma, se admite todo lo que indique oferta y aceptación oral o acción, como la palabra regalo, dación, ofrenda o similar [...]

El capítulo segundo: tipos de donación, son dos: donación del dominio útil y donación del dominio directo...

d Artículo 278:

Se exige para la validez del contrato de legado la ausencia de contradicción y confusiones, sin la presencia de impedimento legal.

Este artículo 278 del Código de Familia marroquí del año 2004 también emplea el vocablo 'aqd para designar el legado, continuando la tradición de la escuela de Medina propia del país. Es necesario aclarar que en esta rama del derecho, el derecho de familia, la influencia del fiqh es casi total.

المادة 284.

تتعقد الوصية بإيجاب من جانب واحد وهو الموصي⁸⁴⁷.

El precepto contenido en este número 284 es especialmente interesante, pues este 'contrato' se perfecciona por la simple expresión de la voluntad de una parte, el testador. Los conceptos de contrato a uno y otro lado del Estrecho de Gibraltar no son coincidentes.

المادة 310

تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ينتظر وجودها، فإن تعذر وجودها صرفت الوصية إلى أقرب مجانس لتلك الجهة⁸⁴⁸.

Al final de este repaso a la ley de Marruecos, en el artículo 310 vemos como se permite el legado a un fin piadoso no existente en el momento de la perfección, pero que es probable su aparición. En caso de no llegar a completarse, se destinaría a una finalidad lo más parecida posible.

Sin embargo, en cuanto nos trasladamos a otro ámbito jurídico, las obligaciones y contratos, menos vinculadas con la Šarī'a en su tradición malikī, el mismo legislador del país norteafricano cambia los términos, alternando con la palabra Ittifāq, acuerdo, y empleando contrato en una acepción más cercana a la europea. Acudamos a la Ley de Obligaciones y Contratos:

ثانياً: الإلتزامات والعقود

الفصل 19

لا يتم الإلتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للإلتزامات وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية⁸⁴⁹.

A modo de remate de la cuestión semántica y de la acepción técnico-jurídica del término y la dificultad de encontrar una traducción que reproduzca la institución jurídica con la fidelidad requerida, reproducimos parte de la definición en el diccionario clásico por antonomasia de la lengua árabe, en su versión digital (con tal fin, nos apoyamos, para su traducción, en el de Federico Corriente):

عقد^d

a Artículo 284

El legado se perfecciona con la oferta de una parte, que es el testador.

b Artículo 310

El legado es válido en favor de algo determinado, en favor de una acción caritativa de la que se espere su existencia; si al final no se verificara su existencia, se destinaría a otra de la clase más cercana a la original.

c Segundo: las obligaciones y contratos.

Artículo 19

No se perfecciona el acuerdo salvo por el mutuo consentimiento de las partes sobre los elementos esenciales de las obligaciones y demás condiciones legales que las partes consideren esenciales.

d Anudamiento.

El anudamiento es lo contrario a la desatadura, lo ató, lo ata con un nudo, se han atado. Y Ta'alab compuso el himno no te impide anhelar el bien un anudamiento de amuletos. Y su creencia como su anudamiento [...] Y se ha anudado y se han anudado mutuamente y el mu'aqid, el lugar del anudamiento. Y el 'aqda es el tamaño del anudamiento y el plural es 'aqd y los hilos del anudamiento se aprietan por su gran número. Y se dice se ha anudado la cuerda y ella está anudada. Y así el pacto y de ahí el anudamiento del matrimonio [...] Abū Maṣṣūr dijo: anudamiento de la jurisdicción sobre los países, y lo han relatado otros. Han muerto la gente del anudamiento y se ha dicho que se refiere a quien anuda la jurisdicción a los príncipes. En el hadiz que niega la muerte de la gente del anudamiento, por el Dios de la Ka'ba se refiere al-bī'at anudada para el gobierno. Y el anudamiento del pacto y el juramento que anudan. Y Abū Zayd asegura que en lo revelado por el Altísimo "los que habéis anudado vuestros juramentos", y lo lee con reduplicación, significa la confirmación y el juramento solemne, como cuando el Altísimo dice "no rompáis los juramentos" después de confirmarlo también. En opinión de Ibn 'Abbās, "los que habéis anudado vuestros juramentos" el anudamiento es el pacto y el acuerdo y los juramentos, plural de juramento. Y se anuda la cuerda y la venta y el pacto, y es anudada el pacto. Y el plural es 'uqūd. Y el dicho del Altísimo "vosotros los que creéis cumplid los contratos" se dice que son los pactos, las obligaciones impuestas por Dios. al-Zaḥāyī cree que Dios, con vosotros los que creéis, cumplid los contratos, son los contratos que Dios ha anudado sobre ellos y los contratos que han estipulado entre ellos según lo dice la religión...

العقد نقيض الحل عقده يعقده عقدا وتعقدا وعقده أنشد ثعلب لا يمنعنك من بغاء الخير تعقاد التمانم [...] وقد انعقد وتعقد والمعاهد مواضع العقد والعقيد المعاهد [...] والعقدة حجم العقد والجمع عقد وخيوط معقدة شدد للكثرة ويقال عقدت الحبل فهو معقود وكذلك العهد ومنه عقدة النكاح [...] قال أبو منصور العقد الولايات على الأمصار ورواه غيره هلك أهل العقد وقيل هو من عقد الولاية للأمرء وفي حديث أبي هلك أهل العقدة ورب الكعبة يريد البيعة المعقودة للولاية وعقد العهد واليمين يعقدما عقدا وعقدما أكدهما أبو زيد في قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم وعقدت أيمانكم وقد قرئ عقدت بالتشديد معناه التوكيد والتغليظ كقوله تعالى ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها في الحلف أيضا وفي حديث ابن عباس في قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم المعاهدة والمعاهدة والميثاق والأيمان جمع يمين القسم [...] وعقدت الحبل والبيع والعهد فانهقد والعقد العهد والجمع عقود [...] وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود قيل هي العقود وقيل هي الفرائض التي أزموها قال الزجاج أوفوا بالعقود خاطب الله المؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها الله تعالى عليهم والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض على ما يوجبه الدين والعقيد الحليف...⁸⁵⁰.

Comprobamos que el sentido original de la palabra, atar o anudar, supone un vínculo físico entre cosas, o personas. En este sentido, no se aleja demasiado del sentido de obligación del derecho romano, donde el obligado (*obligatus*) se encontraba atado personal y físicamente ante su acreedor⁸⁵¹. Esta obligación podía nacer de diversos actos, negocios, hechos o contratos. A pesar de ello, parece que los juristas musulmanes suelen acudir a él para designar un contrato o un negocio jurídico o, también, el documento donde quedan plasmado. Entre los orientalistas, la traslación más común a nuestra lengua es la de contrato. Incluso algunos diccionarios especializados en el ámbito jurídico es la acepción que mantienen.

^aعقد

بفتح فسكون مصد عقد ج عقود؛ العهد.

إتفاق بين طرفين يلتزم في كل منهما تنفيذ ما تم الإتفاق عليه، ولا بد فيه من إيجاب وقبول.

Contract (e)=Contrat (f)⁸⁵²

La identidad con el contrato occidental como obligaciones recíprocas nacidas de un consentimiento mutuo es total, aunque en muchísimas ocasiones hemos comprobado que la naturaleza dispar entre algunos *'uqūd* y nuestros contratos resulta también evidente.

^bأما قول الموثق بعد تأريخ الوثيقة ومستدركا إلا أن من مات الخ فكلام مبهم غير واضح الدلالة يفتقر إلى بيان وتفسير، فينبغي أن يستفسر شهود الرسم عما أجملوه في شهادتهم فإن فات إستفسارهم لموتهم، أو مغيبهم وجب حمله على أرجح احتمالاته، لأن الفاظ المحبس كالفاظ الشارع يجب متابعتها مدلولاتها بإعتبار نصوصها، وظواهرها...⁸⁵³

Mediante esta respuesta jurisprudencial, el alfaquí asimila las palabras del fundador de un *waqf* a las palabras del Legislador, en una expresión cuyas reminiscencias nos llevan a la fórmula tan extendida en los manuales de derecho sobre la voluntad de las partes como ley del contrato.

^cقال الشيخ ميارة في شرح "التحفة": إذا لم يذكر في الوصية لفظ تحبب ولا صدقة فتحمل على التملك للموصي لهم...⁸⁵⁴.

La tendencia objetiva en el derecho islámico impele a regular hasta las palabras que se han de utilizar para realizar un negocio jurídico válidamente; no se suele atender a la voluntad interna. En este caso, al no incluirse en el testamento la expresión “fundar un *waqf*”, el mismo se debe considerar un legado.

a Contrato.

Con *fataḥ* y sin vocalizar, infinitivo de contratar, plural *'uqūd*; el pacto.

Acuerdo entre dos partes por la que se obligan cada uno de ellos a realizar lo que se ha perfeccionado en el acuerdo, y requiere una oferta y una aceptación.

Contract (inglés)=Contrat (francés).

b En cuanto al discurso documentado tras la fecha del documento, quien ha muerto pues es un discurso oscuro, que no está clara su intención, necesita aclararlo y explicarlo; precisa que pidamos explicaciones a los testigos, sobre lo que se expresa en el documento, si no fuera posible por su fallecimiento, se debería fijar en su interpretación más probable, porque las palabras del fundador son como las palabras del Legislador, que deben aplicarse, en su sentido, atendiendo a los textos y sus términos explícitos...

c El jeque Miyāra ha dijo en su exégesis de “*La Joya*”: si en el testamento no se incluyera la expresión fundar un *waqf*, no se consideraría como tal, sino que sería propiedad del legatario.

^aفأجاب: إذا ثبت الوقف بالبينة أو الشيوخ، فإن علم شرط الواقف أتبع وإلا فإن ثبت له عادة قيمة أتبع إذا لم تكن مخالفة للوجه الشرعي⁸⁵⁵.

Los *mālikīes*, en sus fetuas, siempre afianzan la voluntad del fundador como norma suprema del *waqf*; no en balde, en su opinión, quien lo constituye mantiene la propiedad aún después de su muerte. Hasta tal extremo llevan esta idea que incluso se considera válida la disposición de aquel permitiendo vender el bien, cuando, a primera vista, la naturaleza del negocio implica la indisponibilidad eterna del bien. Veamos un ejemplo:

^bوأجبت أيضاً عما يظهر من الجواب، ونصه: الحمد لله، من المعلوم المقرر أن ألفاظ الواقف تُتبع ولا يجوز الخروج عنه، وعليه، فحيث شرط المحبس في حبسه به من لحقه الحقه الفقر والخصاصة [...] قال المتيطي: فإن شرط الوقف في حبسه أن من أحتاج من الموقوف عليهم باع الحبس وإنفع به جاز ذلك [...] قال الزرقاني على القول المختصر في الحبس: وأتبع شرطه إن جاز، لأن ألفاظ الواقف كألفاظ الشارع في وجوب الأتباع، وأراد به أي جائز ما قابل المنع، فيجب إتباعه ولو كان مكروهاً متفقاً على كراهته⁸⁵⁶.

En esta respuesta se reúnen varios pareceres que otorgan al fundador unas facultades muy extensas (al identificarse con las palabras del Legislador), incluso aunque sus cláusulas sean odiosas para el derecho (recordemos que en el *fiqh*, existen cuatro tipos de preceptos: prohibición, recomendación, deber y permisión aunque religiosamente sean reprobables⁸⁵⁷).

^c بسبب أن الوقف لا يجوز تغييره ولا تغيير شرط شروطه، فإذا وقف الواقف على من يقوم بوظيفة الإمامة أو الأذان أو الخطابة أو التدريس، لا يجوز لأحد أن يتناول من ريع ذلك الوقف شيئاً إلا إذا قام ذلك الشرط على مقتضى شرط الواقف، فإن أستتاب عنه غيره في هذه الحالة دائماً في غير أوقات الأعدار لا يستحق واحد منهما شيئاً من ريع ذلك الوقف⁸⁵⁸.

Se consagra una vez más la fuerza de la voluntad del fundador, la cual vertebrada toda la institución; el mismo está legitimado para designar al almuédano o el imán en la mezquita que ha constituido como bien habiz y ha de respetarse estas estipulaciones.

a Contestó: si se confirmara el *waqf* por una prueba o por público conocimiento, se seguiría las condiciones del fundador si fueran conocidas, si no, si se probara una costumbre, se seguiría, en caso de no contradecir la Ley.

b También contesté sobre lo que aparece en la respuesta, y su texto, gracias a Dios: entre lo conocido y establecido es que las expresiones del fundador se siguen y no es lícito apartarse de ellas, pues donde el fundador ha estipulado en su *waqf* a quien le otorga el derecho por pobre o menesteroso [...] al-Matīī dijo: si el fundador hubiese establecido que quien lo necesitara de entre los beneficiarios pudiera vender el *waqf* y aprovecharse de él, sería válido [...] al-Zarqānī dijo sobre la opinión abreviada sobre el *waqf*: se sigue sus condiciones si son legales, pues las expresiones del fundador son como las expresiones del Legislador en el deber de cumplirlas, y con si son válidas, pretende decir lo que no están prohibidas expresamente, y deben cumplirse, aunque fueran odiosas por consenso.

c Y la causa es que no es válido en el *waqf* cambiar ninguna de sus estipulaciones, si el fundador estipulara que fuera en favor de quien ocupe el cargo de imán, almuédano, quien da el sermón o profesor, no es válido a nadie tomar nada de las rentas de ese *waqf*, salvo que ostente esa condición, en virtud de lo dispuesto por el fundador. Si alguien realizara esa función en sustitución, sin excusa, no merecería nada de las rentas de ese *waqf*.

^aوقد إتفق المسلمون على أن شروط الواقف تنقسم إلى صحيح، وفاسد. كالشروط في سائر العقود. ومن قال من الفقهاء: أن شروط الواقف نصوص كألفاظ الشارع، فمراده أنها كالنصوص في الدلالة على مراد الواقف؛ لا في وجوب العمل بها: أي أن مراد الواقف يستفاد من الفاظه المشروطة؛ كما يستفاد مراد الشارع من الفاظه؛ كما يعرف العموم من الخصوص والإطلاق والتقييد والتشريك والترتيب في الشرع من الفاظ الشارع. كذلك تعرف في الواقف من ألفاظ الواقف [...].

وأما تجعل نصوص الواقف أو نصوص غيره من العاقدين كنصوص الشارع في وجوب العمل بها؛ فهذا كفر بإتفاق المسلمين؛ إذا لا أحد يطاع في كل ما يأمر به من البشر -بعد رسول الله ص- والشروط إن وافقت كتاب الله كانت صحيحة. وإن خالفت كتاب الله كانت باطلة. كما ثبت في الصحيحين عن النبي، ص، أنه خطب على منبره وقال: "ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟! من إشتراط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل. وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق؛ وشرط الله أوثق".

وهذا الكلام ثابت في البيع والإجارة. والوقف وغير ذلك بإتفاق الأئمة [...].

إذا كانت شروط الواقف تنقسم إلى صحيح، وباطل: بالإتفاق؛ فإن شرط فعلاً محرماً ظهر أنه باطل لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وإن شرط مباحاً لا قرينة فيه كان أيضاً بالطلاء؛ لأنه شرط شرطاً لا منفعة فيه، لا له ولا للموقوف عليه؛ فإنه في نفسه لا ينتفع إلا بالإعانة على البر والتقوى⁸⁵⁹.

Por contra, en opinión de uno de los principales filósofos y juristas *hanbalīes*, las condiciones impuestas del fundador únicamente tienen carácter interpretativo de su intención, nunca un carácter similar a las del Legislador. No solo recorta el campo de acción de las mismas y, al igual que en todos los negocios jurídicos, limita la voluntad de las partes a estipulaciones recogidas en *El Corán*. Incluso, para el caso del *waqf*, es aún más restrictivo: únicamente serían válidas aquellas disposiciones que tengan por finalidad una recompensa de Dios, una obra piadosa que lo acerque al Creador. Ibn Taymiyya resulta especialmente taxativo a la hora de regular la libertad contractual, como un representante paradigmático de esta escuela y su aproximación "*extremadamente moralista*" al derecho⁸⁶⁰. Por otro lado, califica al *waqf* como un contrato similar a la compraventa o el arrendamiento.

b * (قلت) * لابن القاسم رأيت الرجل يقول داري هذه حبس على فلان وعلى عقبه من بعده ولم يقل صدقة فهي حبس كما يقول حبس (قال) أصل قوله الذي رأيناه يذهب إليه أنه إذا قال حبساً ولم تقل صدقة فهي حبس إذا كانت على غير قوم بأعيانهم وإذا كانت على قوم بأعيانهم فقد اختلف فيه قوله قد كان يقول إذا قال حبساً على قوم بأعيانهم ولم تقل صدقة أو قال حبساً ولم تقل لا تباع ولا توهب فهذه ترجع إلى الذي حبسها إذا كان حياً أو إلى وراثته فتكون مالا لهم وقد قال لا ترجع إليه ولكنها تكون محبسة بمنزل

a A Los musulmanes han llegado al consenso de que las estipulaciones del fundador se dividen en válidas y nulas, como en el resto de los contratos; y ha dicho uno de los alfaquíes: las estipulaciones del fundador son textos obligatorios como los textos del Legislador, y con ello quiere decir que son como los textos para probar cuál es su voluntad. No en la obligatoriedad de las mismas; es decir la voluntad del fundador se aprovecha de sus expresiones estipuladas, como la voluntad del Legislador se aprovecha de sus expresiones, para diferenciar lo general de lo particular, lo absoluto de lo restringido, hacer algo partícipe de algo, y la jerarquía en las normas extraídas de las expresiones del Legislador; así se conocen las expresiones del fundador [...]

Pero en cuanto a convertir los textos del fundador o cualquier otro contratante como textos del Legislador en su obligatoriedad a la hora aplicarlos, eso es una herejía según el consenso de los musulmanes; nadie es obedecido en aquello que ordena entre los humanos -después del enviado de Dios, sus bendiciones sean sobre él-; y las estipulaciones, si son conformes con el Libro de Dios, son válidas. Si contradicen el Libro de Dios, son nulas. Como ha quedado probado por los dos hadices verdaderos del profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él, que estaba dando el sermón desde el púlpito y dijo: "¿en qué piensa la gente que impone estipulaciones que no están recogidas en el Libro de Dios? Quien imponga una estipulación que no está en el Libro de Dios, sería nula, y aun si fueran cien estipulaciones, pues las estipulaciones del Libro de Dios son más legítimas; y la estipulación de Dios es más fiable".

Esta es la opinión probada en la venta, el arrendamiento, el *waqf* y el resto, por el consenso de los imanes [...]

Si las estipulaciones del fundador se dividen en válidas y nulas, por consenso, en caso de estipular una acción prohibida, es evidente que sería nula, pues no se obedece a una criatura contra la voluntad del Creador; si estipulara algo permitido, pero sin finalidad piadosa, también sería nula, porque estipuló algo que no tiene utilidad, ni para él, ni para el beneficiario, pues se puede sacar provecho más que colaborando en el bien y la piedad.

b (Dije) a Ibn al-Qāsim ¿opinias que si un hombre dijera que este *hubs* es en favor de fulano y su descendencia y no añadiera es una limosna, sería un *waqf*? (Dijo) El fundamento de nuestra opinión es que, si dijera *hubs* y no añadiera limosna, sería un *hubs* si fuera en favor de un grupo indeterminado, si fuera a un grupo concretado, habría diferencias en nuestra opinión (de la escuela). Si fuera a un grupo determinado y no añadiera limosna o dijera *hubs* pero no que no se puede vender o donar, revertiría en quien lo instituyó si estuviera vivo, o en sus herederos; sería un patrimonio de ellos, y hay quien opina que no revertiría y sería un *hubs*, como si hubiera dicho no se vende. En cuanto a si hubiera añadido *hubs* que no se vende o dijera *hubs* limosna, si fuera a favor de un grupo determinado, sería un *waqf* de los que revierten después de la muerte de los beneficiarios a la persona más cercana al fundador y no revertiría en el fundador aunque estuviera vivo; esa es la opinión más extendida en Mālik y sobre esa se basan y no la contradicen.

الذي يقول لا تباع وأما إن قال حبساً لا تباع أو قال حبساً صدقة وإن كانوا قوماً بأعيانهم فهذه موقوفة التي ترجع بعد موت المحبس عليه إلى أقرب الناس بالمحبس ولا ترجع إلى المحبس وإن كان حياً وهو الذي يقول أكثر الرواة عن مالك وعليه يعتمدون ولم يختلف قوله...⁸⁶¹

Los fundadores de la escuela *mālikī* otorgan unas potestades tan extensas al fundador que en caso de no especificar que es un *waqf* perpetuo, si los beneficiarios son determinados, el bien revierte en él o sus herederos. Es más, parece que la eternidad no es un rasgo esencial para esta corriente ortodoxa, pues se permite la reversión. Esta posibilidad está totalmente vedada en las otras escuelas, especialmente la *ḥanafī*, que exigen como requisito de validez (según pudimos observar) la cláusula final residual a favor de los pobres u otro colectivo del que no se prevé su extinción, en caso de extinguirse las líneas de beneficiarios especificadas.

^a{تحبس مقطع أحجار لا ينتفع به إلا باستهلاك أجزائه}

وسئل الفقيه البركة المفتي أبو مهدي المواسي عن مسألة من الأحباس [...] ورأيكم الموفق الرشيد في بعض فصول عقد تحبیس، نص موضع الحاجة منه، حبس على بن حميد السيفاني على أبي سعيد بن محمد السبتي جميع مقطع بن كليب والغرس القائم به [...]

فأجاب: [...] في تحبیس المقطع المذكور وجه صحيح في النظر، لأن حقيقة الحبس على ما حده به الشيخ الفقيه القاضي ابن عبد السلام: إعطاء منافع على سبيل التأبید، صريح في البحث قررتم في سؤالكم، لأن إعطاء المحبس إنما تعلق بالمنافع لا بالإعيان المحبسة، وقوله على سبيل التأبید يخرج العارية والعمرى وتخصيصه بالإعطاء بالمنافع يخرج الهبة ونحوها مما تعلق به العطية بالأعيان، ووافقه الشيخ الإمام ابن عرفة في حده فقال: إعطاء منفعة شئى مدة وجوده لازم بقاؤه في ملك المعطي ولو تقديراً، إنتهى [...] وقوله لازم بقاؤه في ملك المعطي، دليل صريح على بقاء الحبس على ملك محبسه، فلا يتصرف المحبس عليه في الشئ المحبس، لأنه تصرف في ملك غيره بغير إذن، فلا يسوغ له بيعه، لا التصرف فيه بغير الوجه الذي إباح له المحبس، وتحبیس المقطع المذكور فهم من العادة الجارية المستمرة أنه لا ينتفع المحبس عليه به إلا بتلف عينه وذهاب أجزائه شيئاً فشيئاً حتى يأتي على جميع، وقد نص العلماء رضوان الله تعالى عليهم، أن تحبیس الطعام لا يجوز، لأنه لا ينتفع به إلا بتآلف عينه، وذلك مخرج للحبس عن حقيقته، وإختلفوا في الحبس الذي لا ينتفع به إلا بعوض كتحبیس عين للسلف...⁸⁶²

Esta fetua acomete materias esenciales en este momento de nuestro estudio. En primer lugar, la naturaleza jurídica del *waqf*, en opinión de este muftí de la escuela *mālikī*, radica en ser una donación de utilidad, usufructo o dominio útil (según la traducción que resultare más adecuada al contexto) con carácter de perpetuidad; en caso de faltar esta, el negocio jurídico sería un préstamo de uso o la ya analizada *'umrā*. La dación del bien en sí, o su dominio directo, constituiría la esencia de la donación como tal. En segundo, en cuanto al objeto de la fundación, más que sobre bienes inmuebles, de acuerdo a la clasificación más clásica, ha de ser bienes no fungibles, que no se extingan con su uso o consumo: en la presente consulta, se prohíbe que sobre una cantera (paradigmático bien inmueble) se constituya un *waqf*. No obstante, el tema del objeto de este negocio jurídico es controvertido y la opinión de la escuela de Medina y la *ḥanafī* se encuentran muy distantes. En lo referido la propiedad del bien, se subraya que recae sobre el constituyente, aun

a (La fundación de un *waqf* sobre una cantera, que no es aprovechable más que con su consumo)

El alfaquí bendito, el muftí, Abū al-Mahdī al-Mawāsī sobre cuestiones relativas al *waqf* [...] y su opinión recta sobre algunas cuestiones de un *contrato* de *waqf* que incluye el lugar del mismo, constituido por 'Alī b. Ḥamīd al-Sifānī, en favor de Abū Sa'īd b. Muḥammad, el ceutí, de toda la cantera de Ibn Kulayb y lo plantado en ella [...]

Y contestó [...] en la constitución del *waqf* sobre la cantera nombrada, hay un aspecto correcto que hay que observar, y es que la naturaleza del *hubs* en contraposición a otros aspectos, según el jeque, el alfaquí juez Ibn 'Abd-l-Salām es: dar las utilidades con vistas a la eternidad, y así está explícito en vuestra pregunta. Porque la dación de lo constituido en *waqf* únicamente se refiere a la utilidad, no al bien en sí, y en su afirmación con vista a la eternidad extrae el préstamo de uso y la *'umrā* (de la definición) y al limitar la dación a la utilidad, extrae la donación y aquello que sea similar relativo a la dación de bienes. El jeque imán Ibn 'Arfa coincide al afirmar: la dación de la utilidad de un bien mientras este exista exige que permanezca en la propiedad del dador, aunque sea ficticiamente, y así se concluye [...] Y su expresión "deber permanecer en propiedad del dador", es una prueba expresa de que el *waqf* permanece en propiedad del fundador, y que los beneficiarios no puede disponer de él, porque lo harían sobre algo de propiedad ajena sin permiso, así no pueden venderlo, ni disponer de él más que en aquello que le hubiera permitido el fundador. En cuanto a la cantera mencionada, se entiende de la costumbre seguido constantemente que no se puede aprovechar más que con su consumo, la pérdida de sus partes poco a poco, hasta ser total, y los ulemas han dispuesto, Dios esté satisfecho de ellos, que la constitución de un *waqf* sobre alimentos no es válida, porque su aprovechamiento significa su destrucción y eso sería sacar al *waqf* de su verdadera naturaleza. Y difieren sobre su constitución sobre un bien cuyo aprovechamiento es su contraprestación, como el préstamo ...

de manera ficticia, y eternamente. El beneficiario nunca estaría capacitado para disponer del mismo pues lo haría sobre un bien ajeno.

^aمقالة مفيدة في الأحباس

للفقيه الإمام القاضي علي جماعة بقرطبة أبي عبد الله محمد بن علي ابن حمدين [...] لأنه حبس على الأعيان لو ماتوا رجع هذا الحبس إلى المحبس ميراثاً كالعمري، أو إلى أقرب الناس إليه على خلاف في المرجع...⁸⁶³

Si atendemos al dictamen de este juez principal de Córdoba del siglo XII, en el caso de designación de personas concretas como beneficiarios de un *hubs*, cuando desaparecen todos, el bien devendría propiedad plena del fundador o la persona más cercana a él, a modo de herencia, como la *'umrā*. La distinción entre estos dos *contratos* no resulta tan nítida como vimos en el texto anterior. Es más, el carácter perpetuo no es tan rígido en esta escuela como en la *ḥanafī*. Hemos de recordar que la *'umrā* es un negocio jurídico nulo para todas las escuelas menos la de Medina. La solución que acabamos de mencionar es la acogida por el Código de los *Awqāf* del Reino de Marruecos en su artículo 109⁸⁶⁴. No debemos de proseguir sin subrayar que este precepto limita la constitución de un *waqf* familiar a la tercera generación, un margen algo mayor al prescrito por nuestro Código Civil para las sustituciones fideicomisarias en su artículo 781: el segundo grado o personas vivas al momento del fallecimiento del testador. Al igual que defendimos en su lugar, la conexión entre el fideicomiso y la *'umrā* o el *waqf* no es baladí, aunque no quepa afirmar a aquel como precedente directo de estos, de forma rotunda. Ambos ordenamientos, aunque muy restringidos, mantienen cierto campo de actuación a favor de estos negocios jurídicos, mientras que parece que han sido eliminados por el Código Civil francés⁸⁶⁵.

Retomando la cuestión de la titularidad de derechos por personas o grupos indeterminados y la índole de los mismos, estas palabras del jurisconsulto nos constatan cómo los titulares de los derechos del *waqf*, en caso de estar fijados con precisión, el contenido de la relación jurídica es precisa y con todas las facultades: no hay duda del momento de nacimiento ni de la extinción, ni la transmisión de las mismas en caso de su desaparición. Cuando se trata de un colectivo o de personas señaladas por unas características generales (pobres, menesterosos, etc.), no cabría nunca la reversión mientras cupiera la posibilidad de hallar sujetos así caracterizados; además, hasta el reparto no serían auténticos titulares de un derecho con un objeto tangible, razón que se incardinaria mejor en el campo de las expectativas o, tal vez, en el terreno de las propiedades fiduciarias.

^b{إختلاف في قبالة الأحباس على قوم بأعيانهم}

وسئل ابن العطار عن قبالة الأحباس.

فأجاب: لا تجوز القبالة عند ابن القاسم في رواية عن مالك في الأحباس على قوم بأعيانهم إلا لعامين ونحوهما، وبه القضاء للغرر الذي يخشى فيها، لأنه من مات من الأعيان إنتقضت القبالة في نصيبه، وإن ولد من يجب له الدخول فيها إستحق نصيباً من الحبس، وكان له أو للناظر عليه إستيناف قبالة، ويخدل الغرر في الأجل القريب، لكن اليسير مع الإضطرار أحسن حالاً من الغرر في الكثير وروى أشهب عن مالك أن القبالة في مثل هذا تجوز لأمد خمسة وعشرين عاماً ونحوها، وبالقول الأول القضاء، وبالقبالة في

a Dicho provechoso sobre los *hubūs*.

Del alfaquí, el imán, el juez principal de Córdoba, Abū 'Abd Allāh b. 'Alī Ibn Ḥamdayn [...]

Porque el *hubs* en favor de personas concretas, si murieran, revertiría ese *waqf* en el fundador como herencia, al igual que la *'umrā*, o en favor de la persona más cercana al fundador, al contrario de su finalidad.

b (Diferencias sobre los *ahbās* para una partera en favor de un grupo determinado).

Ibn al-'Aṭṭār fue preguntado sobre el arrendamiento de servicio en un *waqf*.

Contestó: no es válido el contrato de arrendamiento de servicio, según Ibn Al Qāsim siguiendo la opinión de Mālik, en los *hubūs* salvo por dos años o similar, y así han fallado en juicio, por el temor al riesgo que existe, porque si muriera alguno de los beneficiarios, se extinguiría este contrato en su parte, y si naciera alguien de los que tuviera derecho a él, podría reclamar su parte del *waqf*, y podría él o el administrador reanudar el contrato y el riesgo sería menor en un plazo breve; sin embargo, el riesgo asumible es con lo poco más que con lo mucho. Aṣḥāb cuenta de Mālik que el arrendamiento de servicio es válido por veinticinco años o similar, y el dicho primero se falla por la primera opinión, y este contrato en caso distinto del *waqf* es válido por un largo plazo. Y en los *hubūs* en favor de los pobres, menesterosos, mezquitas y enfermos. Y nosotros preferimos fallar, desde los días del juez Ibn al-Sulaym, en el contrato de arrendamiento de servicios en los *awqāf* en favor de enfermos, pobres y mezquitas, por cuatro años.

غير الأحباس على الأعيان مثل هذا جائزة لمدة طويلة، وفي الأحباس على المساكين والمساجد والمرضى، وإستحسن القضاء عندنا من أيام القاضي ابن السليم عقد قبالة الأحباس للمرضى والمساكين والمساجد لأربع أعوام...⁸⁶⁶.

La opinión mayoritaria en los seguidores de Malik distingue el plazo máximo que se permite en el contrato de *qibāla* para explotar el *waqf* (el cual está a caballo entre el arrendamiento de servicio y la sociedad, término utilizado en el texto y que consiste en lo siguiente: obligación de realizar un trabajo concreto a cambio de un salario determinado): si los beneficiarios de la fundación están identificados, es válido por un período de dos años. En caso contrario (pobres, mezquita, enfermos), podría alargarse hasta cuatro. En cualquier caso, los plazos no son muy amplios porque, en su momento dedicaremos un capítulo, el *fiqh* intenta evitar de una manera exacerbada el riesgo en las transacciones.

Finalmente, volvemos a reproducir una parte del capítulo dedicado a los *ahbās* en la obra de al-Šāfi ī, *Al Umm*. Anteriormente, nos sirvió por su relación con la limosna; ahora, nos ilustra la naturaleza jurídica de este negocio jurídico, según la visión del *fiqh*: se trata de un tipo de dación (vocablo que empleamos para evitar confusiones con la donación *stricto sensu*).

^aجميع ما يعطي الناس من أموالهم ثلاثة وجوه [...] والعطايا منها في الحياة وجهان، وبعد الوفاة واحد: فالوجهان من العطايا في الحياة مفترقاً الأصل والفرع، أحدهما يتم بكلام المعطي والآخر يتم بكلام المعطي وقبضة المعطي [...] والعطايا التي تتم بكلام المعطي دون أن يقبضها المعطي [...] وهذه العطية الصدقات المحرمات الموقوفات...⁸⁶⁷

La naturaleza del *waqf* o *hubs* encuentra su esencia en el dar de un sujeto. Lo interesante de las palabras del fundador de la ciencia jurídica musulmana, fundamentalmente coincidente con el resto de escuelas (aunque los *mālikīes* adicionan el cambio posesorio efectivo), es que el negocio se perfecciona con una declaración unilateral, que no requiere entrega ni aceptación. En nuestra tradición jurídica, el carácter contractual del mismo no casaría de una manera cómoda.

Tras dar la palabra a los jurisconsultos musulmanes, se nos exige exponer nuestras tesis sobre el carácter de la propiedad del bien constituido en *waqf* que, como paso previo, nos demanda mostrar la naturaleza del negocio jurídico que lo instituye. Asimismo, es preciso detallar el papel de la voluntad del fundador.

El *waqf* supone una fragmentación del dominio sobre un bien o patrimonio singularizado. De una parte, el dominio directo o *nuda* propiedad; de otra, el dominio útil o usufructo. También conocemos que ese dominio directo o *nuda* propiedad, atendiendo a lo establecido por cada escuela, puede pertenecer al propio fundador (aunque haya fallecido, de forma ficticia), a Dios, a nadie o a los beneficiarios.

El hecho jurídico constituyente de este negocio se sitúa en una declaración unilateral de su fundador, únicamente, o acompañada de un acto de entrega y recepción del bien (para los seguidores de Mālik b. Anas). ¿Cuál es la calificación de esta expresión de voluntad? Sobre el cimiento de las palabras empleadas por las fuentes, hemos señalado algunos ejemplos, se considera que es un contrato (a veces entre el fundador y Dios), de la especie donación más concretamente. En la doctrina moderna, se suele entender como tal el acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes⁸⁶⁸. En principio, la unilateralidad no se contempla. Obviamente, este concepto ha sido el producto de una larga evolución histórica. Incluso en la actualidad, a pesar de que el Código Civil encuadra a la donación entre los contratos típicos, parte de la doctrina discute su naturaleza como tal, pues en el derecho romano no sería un negocio, sino la causa de una atribución patrimonial sin contraprestación⁸⁶⁹. Además, algunos negocios jurídicos como la donación, donde la iniciativa y capacidad de configuración se fija en una parte, son considerados hoy en día, mayoritariamente, como un contrato; incluso se la tiene como una primera etapa de la evolución hacia ese acuerdo de voluntades, de la unilateralidad a la bilateralidad⁸⁷⁰. También hemos

a Todo lo que da la gente se puede clasificar en tres clases [...] las daciones en vida, y en dos y después de la muerte una. Las dos daciones en vida se diferencian en lo principal y en lo accesorio. Una de las dos se perfecciona con las palabras del dador y la otro con la palabra del dador y la toma de posesión por el receptor de la dación [...] la dación que se perfecciona sin que se produzca la toma de posesión es el *šadaqa* inalienable indivisible (el *waqf*).

acudido a la opinión de un jurista egipcio del siglo pasado, al-Sanhūrī, cuyos estudios pretenden demostrar que, para el *fiqh*, el contrato es un negocio o hecho jurídico que origina una transformación en una realidad, el objeto del mismo; es decir, lo trascendente es la huella que imprime en él, no las obligaciones que dimanarían para los intervinientes. En apoyo de la idea del jurista alejandrino, hemos transcrito parte de un capítulo sobre los contratos de uno de los principales representantes de la escuela *šāfi'ī*: al-Suyūṭī. Todos los contratos se encauzarían en tipos de venta, en función de su objeto: el arrendamiento sería una venta de usufructo o dominio útil, mientras que la dote consistiría en una transacción sobre la vulva. Asimismo, también incidimos en la estructura de las obras, inclusive alguna codificación legal, donde todos los negocios jurídicos se reconducen a la compraventa.

El argumento lingüístico resulta a todas luces exiguo. La raíz consonántica trilitera árabe *'āin, qāf y dāl*, se emplea de forma lata, en el sentido de que prácticamente cualquier acto con efectos jurídicos es denominado así. Hemos procurado seleccionar algunos textos relevantes; los ejemplos serían incalculables. Asimismo, la propia estructura morfológica de esta lengua la dota de una riqueza descriptiva inmensa, así de la raíz de consonantes que designa un negocio en particular se derivan las partes a las que se añade un matiz pasivo y otro activo y el objeto del mismo. Por ejemplo:

^aحَبَسَ، تَحْبِيسٌ، مَحْبَسٌ، مَحْبَسٌ عَلَيْهِ وَمَحْبَسٌ.

Es cierto que al-Šāfi'ī lo incluye en la categoría de las daciones, pero una dación que se perfecciona por las meras palabras del dador, sin más requisitos, un acto puramente unilateral. Quizás, la opinión de la escuela *malikī* sea un sustento más firme para los defensores de la naturaleza contractual. La fetua que hemos transcrito, de Abū al-Mahdī al-Mawāsī, sobre la cantera constituida en *hubs*, describe este como una donación de utilidad, usufructo o dominio directo con carácter fundamentalmente perpetuo (con el fin de marcar una frontera con la *'umrā*), opinión hegemónica en la escuela. De palabras como estas, ha tomado Carlos Germán Pantoja su definición: “una donación del usufructo de una cosa, por un término de duración igual al de la cosa, permaneciendo la nuda propiedad en cabeza del donante, en forma real durante su vida y ficticiamente después de su muerte”⁸⁷¹. Al tratar los antecedentes romanos y bizantinos, observamos como para esta corriente la donación era un negocio consensual en el que el donatario podía reclamar su derecho, aunque el traspaso del dominio requería la entrega. Este esquema se reproduciría. Los beneficiarios, si están especificados, estarían facultados para interponer una demanda exigiendo sus derechos. Esta cuestión se vuelve más enrevesada, pues, este negocio gratuito en particular exige para su perfección la salida del bien de la posesión del fundador, para que las personas a las que se quiere beneficiar adquieran el usufructo y el *waqf* sea válido:

(في الرجل يحبس حائط في مرضه فلا يخرج من يديه حتى يموت)^b

a Constituir un bien habiz, constitución de un bien habiz, quien constituye un bien habiz, persona en favor de quien se constituye un bien habiz y bien constituido en habiz.

b (Sobre el hombre que constituyó en *waqf* su huerto, estando enfermo, y no sale de su mano antes de morir)

(Dije) ¿opinas que, si un hombre fundara un *waqf* sobre su huerto en favor de los pobres, estando enfermo y no saliera de sus manos antes de morir, sería válido o no según Mālik? (Dijo), sí, si estuviera en el límite del tercio, porque sería un legado, como si dijera: si muriera, mi huerto para los pobres, vinculado en su favor, entre los que se reparte sus frutos, porque todo lo que hiciera durante su enfermedad como limosna incondicionada o manumisión incondicionada no precisa la entrega del bien; si se hubiera producido la aprehensión de sus manos, sería indisponible y no sería válido para quien se hubiera apropiado consumir los frutos, si tuviera, ni comerlo hasta que muriera y se limitara al tercio. Si sanara y confirmara lo dispuesto, tanto si fuera en favor de un hombre concreto, o en favor de los pobres, o en un acto de piedad, si lo hiciera, no sería válido más que tras la aprehensión antes de la muerte del fundador o su quiebra; y tendría una opinión si el enfermo tuviera bienes garantizados.

(Sobre un hombre que constituye un *waqf* sobre su huerto estando sano y no sale de su mano antes de morir)

(Dije) ¿Qué opinas cuando quien constituye las palmeras de su huerto como *waqf* en favor de los pobres lo da como limosna en favor de los pobres estando sano y no sale de sus manos hasta que muere? (Dijo) no es válido porque no es por testamento y si no es así, no sería válido salvo que saliera de sus manos antes de morir o lo dispusiera por testamento en su enfermedad y estuviera dentro del tercio [...]

(Sobre un hombre que constituye un *waqf* sobre su casa en favor de los pobres y no sale de sus manos hasta que muere)

(قلت) أرأيت أن حبس رجل حائطه على المساكين في مرضه ولم يخرج من يديه حتى مات أ يجوز ذلك في قول مالك (قال) نعم إذا كان الثلث يحمله لأن هذه وصية كأنه قال إذا مت فحائطي على المساكين حبس عليهم تجري عليهم غلتها ولأن كل فعل فعله في مرضه من بت صدقة أو بت عتق ليس يحتاج فيه إلى أن يقبض من يديه ولأنه لو قبض من يديه كان موقوفاً لا يجوز لمن قبضه أكل غلته إن كان له ولا أكله إن كان مما يؤكل حتى يموت فيكون في الثلث أو يصح فينفذ البتل وإن كان لرجل بعينه أو كان للمساكين أو في سبيل الله أمر بإنفاذ ذلك وإن فعل الصحيح ليس يجوز منه إلا ما قبض وحيز قبل أن يموت المتصدق أو يفلس وقد كان له في فعل المريض إذا كان له أموال مأمونة.

(في الرجل يحبس حائط في الصحة فلا يخرج من يديه حتى يموت)

(قلت) أرأيت من حبس نخل حائطه أو تصدق بها على المساكين في الصحة فلم يخرجها من يديها حتى مات (قال) لا يجوز لأن هذا غير وصية فإذا كان غير وصية لم يجز إلا أن يخرجها من يديه قبل أن يموت أو أوصى بإنفاذها في مرضه فتكون من الثلث [...]

(في رجل يحبس داره على المساكين فلا يخرج من يديه حتى يموت)

(قلت) أرأيت إذا حبس غلة داره له على المساكين فكانت في يديه غلتها كل عام فيعطيها للمساكين حتى مات وهي في يديه أ تكون غلتها للمساكين بعد موته أو تكون ميراثاً (قال) قال مالك إذا كان في يديه حتى يموت لم يخرجها من يديه حتى يموت فهي ميراث وإن كان يقسم غلتها...⁸⁷²

El fundador de la escuela de Medina, dominadora en el Norte de África y al-Andalus, exige para la validez de la constitución de un *waqf* la salida del bien de sus *manos*. Se entiende como un acto de traspaso posesorio, al que a veces se hace mención desde el punto de vista de quien realiza el acto (salir, sacar) y otras desde que recibe el acto (tomar, aprehender). El título sería la declaración de voluntad y el modo la entrega, física o simbólica del bien. En las partes de la obra de Saḥnūn escogidas, se ejemplifica el caso de diversas maneras. En la primera, un hombre constituye un *waqf* sobre un huerto, en favor de los pobres, durante su enfermedad, de la que muere sin sacar esa parcela de su posesión: el negocio jurídico sería válido como testamento en beneficio de los menesterosos, perfectamente ejecutivo; en este caso, al tratarse de una constitución testamentaria, esa entrega no es necesaria para la validez de la fundación *post mortem*. En el siguiente, el supuesto sería casi idéntico, tan solo varía que la declaración de voluntad se lleva a cabo estando sano. Al no poder ser considerado como legado, el negocio jurídico deviene nulo por no realizarse la extracción del bien de la esfera jurídica del fundador. Por último, y en tercer lugar, observamos cómo el requisito es tan esencial que si una persona hubiese dispuesto que la renta de su casa se repartiera entre los indigentes y así lo estuviera realizando en vida, pero no se hubiera completado la salida de su patrimonio antes de la muerte, no se hubiera perfeccionado el *waqf*, y esa casa se incluiría entre los bienes de su herencia. Nos referimos a esa salida, entrega o traspaso posesorio como modo, porque mientras exista la posibilidad de completarse, los beneficiarios podrían exigir su ejecución. Además, consideramos que esa salida, y correspondiente toma del bien, no implica un aceptación de una oferta, sino una exigencia de explicitar el negocio, de dar público conocimiento a un acto cuya consecuencia más inmediata sería extraer un bien o conjunto de bienes del tráfico jurídico, convirtiéndolo en indisponible. El tercer ejemplo apunta a esta dirección: las rentas han sido entregadas a los pobres válidamente en vida del donante, pero, tras su muerte, ya no continúa siendo propietario de la *nuda* propiedad o dominio directo de la casa, sino que se trasmite por herencia en plenitud de su dominio, no dividido, a sus herederos. Otra hipótesis señalaría que la entrega, como requisito de validez para actos *inter vivos*, marcaría el momento en que la dación o constitución del *waqf* deviene irrevocable para el dador o fundador y, por tanto, el negocio jurídico plenamente eficaz. *Mortis causa*, el fallecimiento fijaría ese instante. Antes de la muerte o entrega, no se produce la mutación en el dominio, manteniéndose en plena propiedad del fundador; una vez verificadas alguna de las dos contingencias, el dominio directo se mantendría en la esfera jurídica del dador o testador, mientras que el dominio útil pasaría al beneficiario (según la teoría del título y modo ya expuesta). La escuela no descarta eficacia obligacional a la dación o fundación *inter vivos*,

(Dijo) ¿Qué opinas si constituyera un *waqf* sobre las rentas de su casa en favor de los pobres y cada año las rentas estuvieran en sus manos y las repartiera entre los pobres hasta que muriera y continúan en sus manos, las rentas serían de los pobres o herencia? (Dijo) Mālik opinaba que si estuviera en sus manos hasta que muriera y no hubieran salido de sus manos antes de morir, serían herencia aunque se hubieran repartido las rentas...

pues las personas a cuyo favor se realiza podrían reclamar esa aprehensión; *mortis causa; esta afirmación sería más discutible.*

^aأجاب بأن قال: أعلم فإنه إذا ثبت الحبس على وجهه قبل وفاته بشهر، وكان صحيحاً وحازه المحبس عليه بسبب رشده في صحة المتحبس وعاین الشهود الحيابة على حسب ما ذكرنا فهو نافذ [...] والذي أثبتت أولاً أن المحبس لم يخرج عنه الحبس حتى يتوفى وهو بيديه، فإختلف أصحابنا في ذلك، فحكى بعضهم أنه ينظر إلى أعدل البينتين ويقضى بها، وقال بعضهم: ينظر فإن كان الحبس بيد المحبس عليهم وقت الدعوى فالحبس نافذ، وقال بعضهم: شهادة من شهد بالحوز أولى بالقبول والجواز إذا كانت عادلة، وإن كانت الأخرى أعدل لأن شهود الحيابة تثمر حكم وتوجب حقاً...⁸⁷³

^b{وجه الحيابة في التحبیس على المسجد}

فأجاب: وجه الحيابة في ذلك أن يشهد المحبس على التحبیس، وعلى أنه قد وهب الكراء مع تحبیس للدار على إمام المسجد، ويشهد الإمام أنه عقد فيها الكراء مع الساكن فيها، وتم الحيابة فيها، فيجتمع في ذلك إسهاد المحبس وإسهاد الإمام على القبض، وعقد الكراء، وإسهاد الساكن على ذلك، ولا يحتاج مع هذا إلى معاينة القبض، وإن لم يشهد الساكن فلا بد من معاينة الدفع والقبض، ويشهد المحبس والقباض فقط، ولا بد من الإسهاد على هبة الكراء.⁸⁷⁴

^cفأجاب: تسفحت سؤالك هذا ووقفت عليه، فلا يجب القضاء بالحبس إلا أن يثبت التحبیس وملك المحبس لما حبسه يوم التحبیس وبعد أن تعین الأملاك المحبسة بالحيابة لها على ما تصح الحيابة به...⁸⁷⁵

Recogemos tres fetuas, orientadas desde el punto de vista procesal, la prueba en juicio, sobre la toma de posesión como requisito de validez en el *waqf*. Todas la exigen. En la que aparece en primer lugar, esa *traditio* (utilizando el término latino de nuestra doctrina contemporánea) ha de ser observada directamente por los testigos; además, se refiere al testimonio sobre la entrega como si diera el mismo fruto que un fallo judicial y convirtiera en obligatorio un derecho (parece que le otorga cierto sentido constitutivo); no hay que obviar que en el caso planteado existe una posible contradicción porque en un primer momento parece que se prueba que no salió el bien de las manos del fundador; en ese caso, como una muestra de *favor waqf* (si existe duda, se tiende a la validez de la constitución), se da primacía a los testimonios que van encaminados hacia el cumplimiento de los requisitos. En la segunda, al tratarse de un beneficiario que es una mezquita, no se requiere esos testigos oculares siempre que coincidan las declaraciones de todos los intervinientes: el fundador, el imán de la mezquita y el arrendatario que paga la renta que va a ser entregada a ese templo. Finalmente, se relacionan los requisitos que se han de probar para que el juez declare como válido un *waqf*: la declaración de voluntad, la propiedad del fundador sobre el bien objeto del mismo en el momento de la expresión de la disposición y la determinación de los bienes vinculados mediante su entrega o toma de posesión válidamente efectuada. El tenor literal de la respuesta del jurisconsulto (determinación de los bienes mediante su entrega) apunta directamente a una formalidad destinada a publicitar el acto.

Estas otras respuestas jurisprudenciales, así como las palabras del fundador de la escuela, van referidas a la entrega o toma de posesión, consideradas más, en nuestra opinión, como requisito

a Contestó diciendo: Sepa que, si se prueba el *waqf* según lo referido antes de su muerte por un mes, y es válido y es aprehendido por el beneficiario en su mayoría de edad estando sano el fundador y los testigos han visto en primera persona la aprehensión según hemos referido, sería eficaz [...] cuando se ha probado primero que el fundador no hubiera sacado de su mano el bien antes de morir, nuestros compañeros difieren. Algunos cuentan que se miraría a la más fuerte de las pruebas y se fallaría en consecuencia. Otros opinan: se miraría si el bien estuviera en manos de los beneficiarios al momento de la demanda, entonces el *waqf* sería eficaz. Y otros opinaban que el testimonio del testigo en favor de la aprehensión tendría preferencia en aceptarse si fuera justo, aunque el otro lo fuera más, pues los testigos de la aprehensión darían como fruto un fallo y harían obligatorio un derecho ...

b (La aprehensión en la constitución de un *waqf* en favor de la mezquita)

Contestó: la aprehensión en este caso sería que testimoniara el fundador sobre la fundación, y que hubiera donado el arrendamiento al constituir el *waqf* sobre la casa en favor del imán de la mezquita, que este diera testimonio que se ha constituido un arrendamiento con el arrendatario de la casa, y se hubiera completado su aprehensión. Que se unan el testimonio del fundador, el testimonio del imán sobre la aprehensión y el contrato de arrendamiento, y el testimonio del arrendatario sobre ello. No se precisaría en este caso que se hubiera visto la aprehensión; si existiera el testimonio del arrendatario, se necesitaría la vista *in situ* de la aprehensión, y el testimonio del fundador y es él quien aprehende únicamente. Y se necesitaría el testimonio sobre la donación del arrendamiento.

c Contestó: he profundizado en tu pregunta y no se debe fallar en favor de la constitución de un *waqf* salvo que se pruebe la constitución, la propiedad del fundador sobre el bien al día de la constitución, después de concretar los bienes constituidos en *waqf* a través de su aprehensión cumpliendo sus requisitos ...

de forma, o como *dies a quo* del traspaso del dominio y su división, que como aceptación de una contraparte en un contrato, una negociación que desemboca en un acuerdo; cumple la función de dar publicidad ante la sociedad que el bien abandona el tráfico jurídico, hacia esa conclusión nos inclinamos. Otra perspectiva que nos han planteado los textos es la de Ibn Yāwzī, también *mālikī*, las ventas (traducción literal del árabe, pues en el término técnico sería compraventa), negocio por antonomasia que sirve de marco conceptual para todos los demás, son analizadas desde el punto de vista de la adquisición patrimonial que produce. El *waqf* se definiría como uno de los cuatro tipos de adquisiciones sin contrapartida, dentro del subgrupo de las daciones: la donación, el *waqf* y otras. En este sentido, la aprehensión del bien es vista como una condición para completar la transferencia en la propiedad del mismo. En cualquier caso, como hemos adelantado, el hecho de que la donación haya de encontrar un hueco entre los contratos es un asunto controvertido⁸⁷⁶.

Aparte de la clasificación como un dar unilateral, en la obra *al-Umm* de al-Šāfi ʿ, los juristas de *Kūfa*, sin ser tan explícitos citando este negocio jurídico dentro del género de las daciones, consideran el *waqf* perfeccionado con la simple expresión de una fórmula por parte del fundador, sin la intervención de nadie más.

قال وإن وقف وفقاً ضبيعة أو داراً أو غير ذلك ولم يخرج من يده إلى يدي غيره فالوقف صحيح جائز من قبل أن يدي الذي يخرج الوقف إليه هي يده فإذا كان إنما يخرجها من يده إلى يده فلا معنى لهذا...⁸⁷⁷

En el libro sobre los *awqāf*, se afirma explícitamente que para su válida constitución no es preceptiva la entrega del bien, pues permanecería en la del fundador y no tendría sentido el traspaso posesorio.

قلت ألا ترى أنك تجيز الوصية في مثل هذا لو قال رجل قد أوصيت بغلة أرضي هذه لفلان مادام حياً أنك تجيز ذلك وتجعل له الغلة جارية ما كان في الحياة فإذا مات رجعت الأرض ميراثاً إلى ورثته *قال* الوصية بهذا جائز *قلت* فلم لا يكون الوقف مثل الوصية في هذا وتكون غلة الأرض جارية على الرجل الذي وقف عليه فإذا مات رددتها إلى ورثته *قال* لأن سبيل الأرض الموقوفة أن تخرج عن ملك واقفها ولا تكون على ملكه وتكون مؤبد على وجه الدهر أ لا ترى أنهم قالوا في وقوفهم صدقة موقوفة أبداً حتى يرثها الله الذي يرث الأرض ومن عليها وهو خير الوارثين فإذا لم ترجع ميراثاً كان الوقف جائزاً وإذا رجعت ميراثاً لم تكن وقفاً وأما الوصية فهي خلاف ذلك لأن ما أوصي الرجل بغلته لإنسان بعينه أو سكناه فهو على ما أوصي به ولم يخرج ذلك عن ملكه فقد أجازة عامة الفقهاء الوصايا في مثل هذا...⁸⁷⁸

En este párrafo traza la frontera entre el *waqf* y el legado de usufructo o de uso vitalicio; el primero se caracteriza por la perpetuidad y porque el bien sale de la propiedad del fundador para siempre, no así en el legado, pues a la muerte del legatario, revierte como herencia del testador. Ambos coinciden en ser una expresión unilateral de voluntad.

a Dijo que, si constituyera en *waqf* un huerto o una casa o algo distinto y no lo sacara de su mano a otras, el *waqf* sería válido, pues la mano de la que saldría el *waqf* sería su propia mano, si fuera de su mano a su mano, no tendría sentido...

b Dije: ¿consideras válido el legado de esta manera, si un hombre legara la cosecha de su tierra a Fulano mientras viva? Tú lo consideras válido y le darías la cosecha mientras permaneciera vivo, y si falleciera revertiría la tierra como herencia para sus herederos. Dijo: el legado así sería válido. Dije: ¿por qué no es el *waqf* como el legado en esto y la cosecha de la tierra se aplicaría al beneficiario del *waqf* y si muriera revertiría en sus herederos? Dijo: porque el destino de las tierras constituidas en *waqf* es que salgan de la propiedad del fundador y que no vuelvan en toda la eternidad. ¿No ves que dijeron es una limosna vinculada eternamente hasta que Dios herede la tierra y lo que esté en ella y él es el mejor de los herederos? Si no revierte como herencia, el *waqf* es válido y si revertiera, no sería un *waqf*. En cuanto al legado, es distinto, porque en el caso del hombre que lega su cosecha a un hombre determinado o su habitación según el legado y no saca eso de su propiedad, lo dan por válido la generalidad de los alfaquies en este sentido...

^a وإذا قال أرضي هذه صدقة موقوفة كان هذا جائز وإذا قال أرضي هذه صدقة ولم ترد على ذلك أنها لا تكون وقفاً (وإذا قال أرضي موقوفة ولم يزد على ذلك شيئاً أنها لا تكون وقفاً فمن أين قلت إذا اجتمعت الكلمتان جميعاً أنها وقف جائز - قال - لأنه إذا قال أرضي هذه موقوفة قد علمنا أن لم يرد بقوله موقوفة وقف الدين لأنه قال مع قوله صدقة ولأنه ذكر حبس أصله وتصديق بها وخرجت بقوله موقوفة من أن يكون نذراً وإنما معنى قوله موقوفة أي محبوسة الأصل وقوله صدقة أي يتصدق بها بمثل يتصدق من الوقف فهذا وقف صحيح جائز قد سمي سبيله وحبس أصله وكذلك الوقف الجائز أ لا ترى إلى قول رسول الله ص لعمر بن الخطاب حين إبتشاره في وقف الأرض إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها كانت الصدقة إنما هي في غلتها وكان قوله حبستها أي حبست أصلها وكذلك الوقف الجائز فهي على مثل ما أمر به النبي ص وإذا قال أرضي هذه صدقة ولم يقل غير ذلك ولم يذكر حبس أصلها فصارت بمنزلة النذر وخربت من أن تكون محبوسة الأصل على ما أمر به رسول الله ص عمر بن خطاب وأما إذا قال صدقة (ولم يزد على ذلك فليس قوله موقوفة) دليل على أنها للفقراء ولا دليل أنها لا تباع لأن الوقف يكون للغني والفقير ولأن الأرض توقفت للدين والوصايا وحبس الأصل فهذا وقف لم يسم سبيله ووجهه فلم يتصدق بغلته فقد خرج من أن يكون على ما أمر به النبي ص عمر بن خطاب لأنه إنما ذكر حبس الأصل ولم يذكر الصدقة على ما أمر عمر بن خطاب فلذلك أبطلت حتى يجتمع الكلامان الصدقة والحبس فإذا اجتمعا كان الوقف جائز على ما وصفت...⁸⁷⁹

Un compañero de la escuela, en su propio tratado sobre el *waqf*, prescribe que el mismo se constituye con la expresión de una fórmula que contenga dos palabras, o sinónimos: *ṣadaqa* y *mawqūfa*. La primera referida a la finalidad (piadosa) y la segunda al objeto de extraer el bien del tráfico jurídico. Una persona que diga (literalmente en el texto) alguna de las expresiones permitidas constituye un *waqf* válidamente, sin aceptación u otro acto adicional.

No abandonemos la ocasión de traer a colación alguna legislación vigente. Por ejemplo, el Código de los *Awqāf* de Marruecos, inspirado en la escuela *malikī*:

المادة 17^b

ينعقد الوقف بالإيجاب.

يكون الأيجاب إما صريحاً، أو ضمناً شريطة أن يفيد معنى الوقف بما إقترن به من شروط [...]...

المادة 18.

لا يكون القبول شرطاً لإستحقاق الوقف إلا إذا كان الموقوف عليه شخصاً معيناً.

المادة 19

a Si un hombre dijera mi tierra es una limosna vinculada, esto sería válido. Y si esta mi tierra es una limosna y no añadiera más, no sería un *waqf*. (Y si dijera esta mi tierra está vinculada y no añadiera nada, no sería un *waqf*). ¿De dónde dijiste que si se juntaran ambas palabras sería un *waqf* válido? Dijo: porque si dijera que esta mi tierra está vinculada, sabríamos que no la querría vinculada como una vinculación a la deuda, porque diría junto a la palabra limosna; y porque nombrar la retención su raíz y el destino piadoso del mismo, hace que no sea un mero voto. Al decir vinculada, o sea, retenida su raíz, y al decir la finalidad piadosa, sería un *waqf* lícito, en el que se ha nombrado su finalidad y se ha retenido su raíz. ¿Acaso no has mirado a las palabras del enviado de Dios, sus bendiciones sean sobre él, a 'Umar b. al-Jaṭṭāb cuando le consultó sobre el *waqf* sobre una tierra, si quieres retén su raíz y destina a un fin piadoso, el *waqf* sería sobre la cosecha y al decir retén la raíz? Así el *waqf* es válido. Así es, como ordenó el profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él. Y si dijera esta mi tierra es una limosna y no dice nada más, y no nombra que su raíz está retenida, sería como un voto y ya no estaría retenida su raíz según ordenó el profeta a 'Umar b. al-Jaṭṭāb. Y si dijera como (y no añadiera más) sería una prueba de que es para los pobres y no de que no se vende, porque el *waqf* es para ricos y pobres; porque la tierra se retiene por deudas o por legado y sería una retención en la que no se nombra su destino en favor de la cual se da como limosna la cosecha. Ya no sería como ordenó el profeta a 'Umar b. al-Jaṭṭāb, porque si nombrara la retención pero no el destino piadoso, según ordenó a 'Umar b. al-Jaṭṭāb, sería nulo, hasta que se juntaran ambas palabras, limosna y retención; si se juntaran, sería un *waqf* válido según describes...

b Artículo 17: El *waqf* se perfecciona con la oferta. La misma puede ser expresa, o implícita si va acompañada de condiciones que indiquen el sentido del *waqf*.

Artículo 18: La aceptación no es un requisito para tener derecho al *waqf*, salvo que el beneficiario sea una persona determinada.

Artículo 19: Si el beneficiario fuera una persona determinada, con capacidad de obrar, sería válida su aceptación o la de su representante, si lo rechazara el *waqf* se convertiría en público.

Artículo 24: La validez del *waqf* exige dos condiciones: -Los testigos del *waqf*. -La entrega del bien constituido en *waqf* antes de que suceda un impedimento con respeto a los preceptos del artículo 10 (caso de quiebra). Se entiende por impedimento en este Código la muerte del fundador o su quiebra.

Artículo 26: La entrega es el levantamiento de la mano del fundador del bien, y la puesta bajo la mano del beneficiario.

Artículo 33: Si falleciera el fundador antes de que el beneficiario tome posesión del bien válidamente, el *waqf* se anularía siempre que no lo hubiera exigido en vida del fundador.

Si falleciera el beneficiario antes de la entrega válida, su derecho se transmitiría al siguiente, si existiera; si no, el bien se convertiría en un *waqf* público.

إذا كان الموقوف عليه المعين متمتع بالأهلية، صح القبول منه أو من وكيله، فإن لرفض عاد الوقف إلى الأوقاف العامة.

المادة 24

يشترط لصحة الوقف شرطان:

- الإشهاد على الوقف؛

- حوز المال الموقوف قبل حصل المانع مع مراعاة أحكام المادة 10 أعلاه.

يقصد بالمانع في مفهوم هذه المدونة موت الواقف أو إفلاسه.

المادة 26

الحوز هو رفع يد الواقف عن المال الموقوف، ووضعه تحت يد الموقوف عليه.

المادة 33

إذا توفي الواقف قبل أن يحوز الموقوف عليه المال الموقوف حوزاً صحيحاً، بطل الوقف ما لم يطالب به في حياة الواقف.

وإذا توفي الموقوف عليه قبل أن يحوز المال الموقوف حوزاً صحيحاً إنتقل الأستحقاق إلى من يليه إن وجد، وإلا عاد المال الموقوف إلى الأوقاف العامة⁸⁸⁰.

Estos preceptos determinan que el *waqf* se perfecciona únicamente con la expresión de voluntad del fundador; la aceptación del beneficiario solo es relevante cuando este está determinado y con el efecto de tener derecho a las rentas, pues, en caso de rechazar el mismo, el *waqf* sería público. No obstante, el artículo 24 prescribe dos condiciones de validez: los testigos y la entrega del bien, definida en el número 26 como *·el levantamiento de la mano del fundador del bien, y la puesta bajo la mano del beneficiario·*. Este precepto se ha de conectar con el artículo 33, el cual determina que la falta de entrega únicamente anularía el *waqf* si el favorecido no lo hubiera reclamado en vida: desde la declaración de voluntad del constituyente el negocio jurídico es eficaz y despliega efectos jurídicos, pues se puede reclamar judicialmente la entrega al declarante; no así en el ámbito de la transmisión de la propiedad, pues sin la entrega no sale de la esfera jurídica de este. Asimismo, el derecho del beneficiario a que se le entregue el bien se transmite (no a su sucesor) al siguiente en el llamamiento. Para la eventualidad de que no existiera, se convertiría en un *waqf* público.

Si la esencia del *waqf* viene representada por una declaración de una única voluntad, según algunas fórmulas más o menos estrictas que serán objeto de nuestra atención, sin intervención de ningún otro sujeto, más que la aceptación en algún caso (beneficiarios identificados singularmente), el carácter contractual, en el sentido occidental del término, no casa completamente, salvo que lo entendamos en el sentido de al-Sanhūrī. No estamos ante una disquisición bizantina. A lo largo del presente capítulo y al principio de este epígrafe, entre otras formas, se han distribuido las personas jurídicas en dos bloques, las que nacen de un contrato entre personas (denominadas corporaciones por algunos autores) y las que se crean por un tercero (instituciones). Existen los llamados contratos societarios, como algunos ya aludidos entre comerciantes o las asociaciones donde sus miembros se reúnen en consecución de un objeto protegido por el derecho; frente ellos, los actos de personas singulares que crean una fundación para un fin fijado por ellos. Sostenemos que el *fiqh* no concede a los primeros las facultades propias de la personalidad, mientras que a los segundos, en especial cuando la base es patrimonial y no personal, sí.

Existen otros institutos cuyo fundamento también es la intervención de una única persona: el testamento, el más característico. La libertad del testador en la *Šarī'a* se circunscribe al tercio de su patrimonio. Mediante ese acto puede transmitir *post mortem* bienes a personas concretas, personas indeterminadas como pobres o cosas: mezquitas, escuelas, hospitales, etc.; igualmente puede constituir un *waqf*. Por cierto, a este acto, *al-waṣiyya* (ya lo explicamos: lo traducimos como legado o testamento), los alfaquíes se refieren a él como *contrato*. Anteriormente nos centramos en los distintos ángulos desde que se regula la sucesión la *Šarī'a* y los ordenamientos con influencia latina. Recogemos aquí unas disposiciones sobre la representación en juicio del causante frente a reclamaciones de sus acreedores (siempre deudas del fallecido, no de su heredero). Si los herederos se personan, o uno solo, y el demandante prueba su derecho, se hará valer frente a todos; en este supuesto ocuparían su lugar. No obstante, la responsabilidad de los mismos recaería exclusivamente sobre los bienes recibidos según la cuota coránica, nunca con su patrimonio personal. Otra

posibilidad la encontramos en el albacea, palabra de origen árabe, nombrado por el testador como ejecutor de sus disposiciones, un representante. En el *waqf*, cuya constitución es válida mediante un testamento para después de la muerte del testador, el fundador también ha de nombrar una persona que administre ese patrimonio según su voluntad, un ejecutor. Esta característica es propia de las disposiciones emanadas por una única persona, que quiere cerciorarse de su cumplimiento. En un contrato, ambas partes se controlan mutuamente o nombrarían a un tercero para dirimir diferencias o, en última instancia, acudirían al juez. Mientras viva el fundador o el testador le es posible aclarar las cláusulas por sí mismo.

Aunque la escuela *hanbalī* restrinja el campo de acción de esa voluntad creadora, únicamente a lo expresamente permitido por el Legislador, también reconoce que es quien instituye la figura. Ahora bien, le exige una causa específica: un acercamiento a Dios, un acto piadoso. No se trata estrictamente de que haya que contratar con Dios, o hacer de Este una contraparte obligada a realizar una contraprestación, por más que este ordenamiento religioso no ponga reparos a su persona como esfera jurídica. Empleamos causa, sin entrar en demasía en su sentido técnico jurídico como elemento esencial de los negocios jurídicos (ya hicimos alguna referencia), como fin último que mueve al sujeto a realizarlos, sin cuya presencia o cuya ilicitud convertirían al acto en nulo; la causa es el fin último, más abstracto, de las relaciones jurídicas. No ocurre lo mismo con la escuela *malikī*, situada en el otro extremo, la cual le concede amplísimas facultades con un carácter obligatorio. Sus estipulaciones se sitúan en un plano casi al nivel de las de Dios. Esto se predica de la voluntad del fundador, nunca de la de los beneficiarios, ni del administrador, ni del juez, quienes en gran medida quedan sometidos a su poder normativo. En los contratos, la ley es la voluntad de las partes que están capacitadas para revisar sus cláusulas, en esta figura, solo encontramos una. En líneas generales, entre los efectos de la tendencia objetiva propia del derecho islámico destaca la reglamentación con cierta rigidez de las expresiones que han de ser utilizadas para que las declaraciones de voluntad desplieguen sus efectos jurídicos. Se otorga virtualidad normalmente a la voluntad realmente emanada hacia el exterior más que a la interna o real. Este trabajo no es el lugar para profundizar, pero se desprende de los fragmentos que en el caso del *waqf* la intención es tenida en cuenta, dado su proximidad a los actos de culto. En consecuencia, creemos que su fundación posee una presencia propia. En otros capítulos, abordaremos la cuestión desde la perspectiva de los beneficiarios, el administrador y la finalidad. Sin embargo, nos atrevemos a afirmar que tiene una sustantividad independiente, como declaración unilateral de voluntad a la que la Ley islámica reconoce la creación de una esfera jurídica propia a la que seguidamente intentaremos acercarnos.

Una vez que hemos descartado al contrato como el negocio jurídico que sustenta jurídicamente la creación de los *awqāf*, examinemos el resultado de su perfeccionamiento: la inmovilización del capital de un bien, en palabras de Carlos Germán Pantoja⁸⁸¹, o su *nuda* propiedad o su dominio directo, destinando su rendimiento, usufructo o dominio útil, a unos beneficiarios. Con esta óptica, sería posible incardinar este negocio jurídico como un tipo de propiedad especial. El titular del dominio directo, sea el propio fundador, los beneficiarios, Dios o nadie, detentaría una titularidad calificable, *a priori*, de ficticia o, por qué no, fiduciaria: con la obligación de entregar los frutos a unas personas determinadas o determinables; una argucia jurídica, si se desea expresar así. Mientras, las personas a las que se quiere beneficiar ostentarían un derecho real, propiedad según los alfaquíes, sobre el usufructo, rendimiento, dominio directo, etc. Esta opción seguiría una línea similar a la del *trust* inglés, comentada al comienzo de epígrafe, pero con una partición entre el administrador, en lugar del fundador o Dios, y el beneficiario. Alguna escuela, a la que hemos aludido, colocaría esta dislocación en un punto próximo a su paroxismo, pues los beneficiarios aparecen a la vez como titulares de ambos derechos de propiedad. En el mayorazgo^a castellano, acerca del que apuntaremos algunas características sobre su relación con el

a A grandes rasgos: negocio jurídico por el cual una persona vincula una propiedad (la cual se convierte en indisponible, pues queda fuera del tráfico jurídico) en beneficio del mayor de los hijos y sus descendientes primogénitos en llamamientos sucesivos, eternamente.

waqf, cuya naturaleza, de acuerdo con la doctrina dominante, sería la de una propiedad privada vinculada y no la de unas sustituciones sucesorias⁸⁸². En el caso del *fiqh*, se añade un tercer elemento a la ecuación: el administrador (le reservaremos un espacio a su régimen jurídico), quien no es titular de ningún derecho, pero ha de ejecutar la voluntad del constituyente y cuyo papel, subsidiariamente, sólo puede representarlo el juez, pues como expresa el jurista *šāfi'ī*, al-Suyūṭī, su tutela, particular, sobre los bienes es más fuerte que la del juez, general, mientras siga en el cargo; pues es un puesto que *comparte* elementos con el albacea y la tutela legal del padre sobre el hijo. La simple división del dominio no explica el complejo resultante del negocio jurídico.

En este sentido, en el ámbito del derecho justinianeo, resaltamos el modo en que las fundaciones cuyos destinatarios entraban en la categoría de *venerabilis domus*, debido a su naturaleza benéfica, recibía el privilegio de ser tratadas como centros de imputación de derechos y obligaciones; si sus destinatarios fueran personas indeterminadas con algún rasgo distintivo (pobres), el derecho regularía la situación desde el ámbito de las propiedades especiales, en concreto, la fiduciaria. En esta institución, se reproduce, en cierta medida, esta problemática: los beneficiarios pueden ser personas físicas concretas, designadas como miembros de colectivos, establecimientos religiosos (mezquitas), sanitarios (hospitales), educativas (escuelas) en una relación en la que cabrían incontables ejemplos.

Tradicionalmente se distingue entre bienes habices familiares y benéficos. Sin embargo, al contrario que en Bizancio, la estructura no cambia demasiado. El fundador realiza el acto con transcendencia jurídica consistente en una partición del dominio, con inmovilización de la raíz. La propiedad, recaiga sobre quien sea, deviene inalienable; los beneficios o frutos son de titularidad de los beneficiarios y la administración ordinaria del patrimonio recae sobre un tercero nombrado generalmente por su creador. Más adelante profundizaremos en las dos figuras.

Según citamos al comienzo de esta parte, el modelo continental, no inglés, de la fundación sí implicaría la creación de una institución, persona jurídica propietaria de bienes. Al menos, en teoría, la propiedad en el *waqf* está definida meridianamente en ambos tipos de dominio y no se crea ningún ente *ex novo*. Salvo en la escuela *mālikī*, donde el fundador mantiene la propiedad aun cuando esta sea de modo ficticio, ni tan siquiera se acude a la ficción, pues Dios es un ente, trascendente, pero real dentro de un ordenamiento de origen divino. Únicamente hemos observado cierto titubeo en comentario de un jurista malikí del siglo XVI de nuestra era sobre la propiedad de las mezquitas constituidas en *waqf*, pues alguna opinión indicaría que no recae en el fundador; asimismo, las opiniones que apuntan a que el bien raíz pasaría a ser una especie de *res nullius*, sin propietario, se apartarían de esta tendencia. Los beneficiarios suelen ser personas físicas, aunque también entidades inanimadas como mezquitas u hospitales. En este epígrafe nos ceñimos a la perspectiva del fundador, motivo que nos impele a retrasar la cuestión de las personas que este quiere favorecer.

Podemos concluir que el *waqf* es un negocio jurídico unilateral, en el que su voluntad creadora reglamenta el funcionamiento posterior. La primera consecuencia sería la de originar un régimen de propiedad escindido en dos. Asimismo, como veremos, se produce un complejo sistema de relaciones, derechos y obligaciones, que precisa la intervención de un tercero que, aplicando las disposiciones del fundador, ejerza la administración ordinaria de la estructura resultante. Sin embargo, la regulación jurídica que el derecho islámico ha desarrollado no ha sido la de instituir, formal y explícitamente, un ente nuevo que ostente la titularidad de los bienes y de las relaciones nacidas del acto de constitución. Desde el punto estrictamente del negocio jurídico generador y del contenido del derecho de propiedad resultante, parece que nos encontramos ante un tipo especial de este y no ante una persona jurídica del tipo fundación propiamente dicho. Nos aproximaremos a esta interrogante desde otras perspectivas en capítulos siguientes y, tal vez, debamos matizar estas palabras.

3.6 Teoría de la representación como elemento esencial de la personalidad jurídica

Todo ser humano, en principio, tiene reconocida por el derecho una capacidad para ser titular de relaciones jurídicas y, en un estado de madurez establecido convencionalmente al alcanzar una determinada edad según las culturas, la aptitud para realizar actos con eficacia. Cuando por razones fisiológicas o mentales se estima que no puede gobernar su persona (en la terminología de nuestro Código Civil), así como mientras se sobrepasa el límite de años establecido, en la mayoría de los ordenamientos históricos, se establecen mecanismos para suplir esas carencias; normalmente consiste en algún tipo de tutela, persona responsable que actúa en nombre de su pupilo. Este sistema de representación también deviene imprescindible en el caso de entes diferentes de las personas físicas; ontológicamente, las asociaciones, fundaciones, municipios, el estado y todos los que se nos ocurrieren son incapaces de expresar ningún tipo de voluntad; asimismo, sucede así con aquellos individuos que, por causa de muerte, se encuentran imposibilitados para gestionar su patrimonio, o el supuesto de sujetos colectivos abstractos como los pobres, sin mayor especificación, en los que se acude a un administrador⁸⁸³. Sus actuaciones tienen que producirse a través de un ser humano. Estos engranajes serán los que seguidamente pasemos a tratar, procurando establecer un paralelismo entre el *fiqh* y nuestra cultura jurídica. Esta representación presenta dos características principales: el mandatario, administrador o tutor posee un poder de disposición sobre un derecho que le es extraño (mandante, administrado, pupilo) que ha de llevar a la práctica en interés del representado; la rendición de cuentas procurará el cumplimiento de esta última condición⁸⁸⁴. Esta alteridad (*nomine alterius*) ya estaba presente en textos del Digesto y en obras de autores medievales, como Sinibaldo di Fieschi⁸⁸⁵.

El presente capítulo pretende acometer este tema desde un doble eje: uno político o social, la relación entre los gobernantes y los gobernados; el otro, partiendo del mundo de las relaciones privadas entre sujetos particulares. Obviamente, no es nuestro empeño la exposición de una teoría política del Islam, existe una múltiple y valiosa bibliografía, sino la de inducir el fundamento último de la representación en una sociedad, la cual se verá reflejada en la actuación en nombre ajeno, que es el punto de partida de un representante. En último término, la sociedad, organizada políticamente, es uno de los sujetos al que el derecho otorga la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones.

En su momento, acudimos a las tesis de Wael Hallaq con el fin de marcar las diferencias conceptuales entre la visión cristiana de la sociedad y la soberanía y la islámica, donde esta es única y aparece un único poder. De esta manera, la *Šarī'a*, como representación de ese dominio absoluto de la divinidad, rige todo, directamente o por delegación⁸⁸⁶. El gobernante, califa o sultán, es considerado un representante de la comunidad, según este profesor, una de sus funciones consistiría en nombrar a los jueces, delegados, nominal o sustancialmente, de aquel, quienes no finalizan su función por la muerte de quien los nombró⁸⁸⁷. Este investigador quiere poner de relieve que la Ley islámica se originó por la obra de juristas insertados en la sociedad en la que vivían y alejados del poder político, geográfica y vitalmente, al contrario que el derecho occidental. La Historia del Islam de la universidad británica sigue esa línea: el califa carece de poder legislativo, que reside en Dios, pero sí dispone del judicial, el cual delega en los jueces⁸⁸⁸. En esta misma corriente se adscribe el artículo del arabista Yanagihashi sobre la función judicial del sultán entre los *mālikīes*⁸⁸⁹; agrega a su estudio otro pormenor que nos viene al caso, ya que plantea la sinonimia entre las palabras árabes *walī* y sultán, siendo la primera de ellas un término que los juristas utilizan cuando regulan la función de tutor de menores, incapaces o, incluso, administrador de un *waqf*. Otros autores estiman que el califa, más que un delegado de la comunidad, es un sucesor (denominación pertinente desde el punto de vista etimológico) que ejerce por delegación un poder sacralizado⁸⁹⁰. La adscripción a una u otra opinión está subordinada a la interpretación que se extraiga del contrato de *bay'a*, protagonista de algunas de nuestras líneas. Meouak no es partidario de dar un valor absoluto de mandato de la *umma* hacia el califa⁸⁹¹. En el caso del mundo islámico, originado en un mundo

tribal, en contacto pero sin entrar de lleno con las civilizaciones vecinas, el salto a un estado centralizado fue de dimensiones colosales. Un jefe basado en un prestigio personal y unos árbitros, elegidos voluntariamente por las partes, más que jueces que apenas se institucionalizaron⁸⁹². En otros estudios sobre el estado en el Islam, se afirma que el imán era una mera cabeza política y militar de la comunidad elegido por razones prácticas; el cargo se desarrolló hasta alcanzar las tesis clásicas en el siglo X⁸⁹³. Con la venida de la dinastía *'abbāsī*, se convirtió en una emanación y delegación del poder divino⁸⁹⁴. Chalmers afirma que el concepto musulmán de estado reproduce el esquema de la delegación⁸⁹⁵.

Esta polémica también está presente en las relaciones de poder que siguieron en Occidente a la caída de la República romana. Al comienzo del Principado, el César, es la opinión más extendida, ejercía su poder por delegación del pueblo romano, subsistiendo las instituciones del régimen político anterior. El principio jurídico que inspiraba este mandato popular (si se nos permite el neologismo) era que la soberanía podía delegarse, pero no enajenarse, lo que dificultaba, teóricamente, el nacimiento de sistema sucesorio hereditario⁸⁹⁶. En un proceso gradual, el emperador va asumiendo en su persona todas las competencias vaciando la de los otros órganos: senado, magistraturas, etc. También, las funciones judiciales. La práctica de este poder absoluto provoca que sea imposible ejercitarlo directamente por el gobernante, quien se ve constreñido a delegar⁸⁹⁷. Tras el colapso del Imperio Romano de Occidente, sobrevivió en la parte oriental, Bizancio, donde derivó en el sistema que se ha denominado cesaropapismo. En la Europa de poniente, la irrupción de las tribus germánicas y el surgimiento de sus reinos, interactuando con el poder religioso, enmarañó la ecuación política. Nos hemos referido a la separación entre los poderes políticos y religiosos en el capítulo correspondiente, aunque constatamos que no suponía el aislamiento uno de otro, sino que se producía una interrelación. En la concepción altomedieval de la política, el poder era un *ministerium*, es decir, se recibía a título de mandato con la misión de configurar el orden terrenal al divino⁸⁹⁸. En este contexto, al igual que ocurre con la *bay'a* islámica⁸⁹⁹, tiene lugar un acto que legitima al gobernante: la unción y consagración, según el concepto de carisma, esta unción convertía al rey en un nuevo hombre, al que se le donaban los dones necesarios para su ministerio⁹⁰⁰. A pesar de la presencia de dos ámbitos, también a través del rey Dios gobierna indirectamente, convirtiéndose en aquel en vicario (concepto con cierta proximidad léxica con el de califa). Esa unción y consagración intervendría como garantía y sanción de ese monarca-vicario⁹⁰¹. Vemos reflejada esta teoría en hechos históricos que la corroborarían. En España, por citar alguno, haciendo uso de una tradición visigoda, el rey Alfonso VII de León, recibe la unción regia y rige su reino e, incluso, la Iglesia del lugar, por encomienda de Roma y Dios⁹⁰². El objetivo era enraizar su reino con el visigodo de Toledo. Por otro lado, estos reinos traían en sus alforjas las costumbres de las naciones que invadieron el Imperio, donde las asambleas tribales para elegir a sus jefes eran la norma. Conforme los estados surgidos adquirieron dimensiones que imposibilitaban las reuniones de todos los miembros, hubo de acudir a las asambleas representativas, un camino que también recorrió la Iglesia y de la que nacieron los concilios⁹⁰³.

En este lugar de nuestro estudio, nos preocupa las repercusiones en la teoría de la representación y en la estructura de cargos en la que esta se plasma; además, dejando al margen el ámbito político, la preocupación por la continuidad de las órdenes dado por una persona tras su muerte. La realidad acucia al derecho para que instituya mecanismos al objeto de ejecutar unas estipulaciones que son ajenas a quien las pone en práctica. Las disposiciones testamentarias representan un primer cauce. Estas encomiendas *post mortem*, como hemos referido, forman parte del origen de los fideicomisos, nacidos sin una defensa judicial expresa, más allá del modo en los negocios jurídicos gratuitos⁹⁰⁴. Algunos autores entienden el fideicomiso como un mandato para después de la muerte⁹⁰⁵. En cualquier caso, en el derecho romano se producían supuestos de este tipo peculiar de mandato⁹⁰⁶. Dentro del derecho islámico, con un alcance mayor o menor según las escuelas, el fundador fija las condiciones que ha de regir el *waqf*, aún después de su fallecimiento.

No obstante, esta institución musulmana sí prevé una figura que asume esta función: el administrador. En las fases más primitivas del derecho, en un momento en el que todavía no se encuentran totalmente instituidas los dispositivos coercitivos, las obligaciones estaban salvaguardadas por la buena fe. Los ordenamientos más formalistas, apartan con más decisión estos compromisos, en un porcentaje elevado morales, por otros plenamente jurídicos. No obstante, cuando los cauces legales no acomodan nuevas realidades, se vuelve a mirar en esa dirección, especialmente si la religión camina en el mismo sentido. Fue lo que ocurrió con los negocios *pro anima* tras el emperador Constantino, en las que el *ius civile* no era un marco adecuado pero en el que nadie impugnaban esos actos, contrarios claramente al derecho romano clásico, al estar revestidos de una pátina de religiosidad⁹⁰⁷. En opinión de José Luis Murga, se produjo una evolución al mandato para después de la muerte, en este tipo de negocios, como forma de asegurar jurídicamente su cumplimiento, rompiendo el principio jurídico de que el mandato se extingue por la muerte⁹⁰⁸. En el ámbito eclesial, la figura del obispo irá tomando el protagonismo en la gestión del patrimonio dedicado a fines piadosos⁹⁰⁹. La teoría de un mandato que continúa desplegando sus efectos jurídicos después del fallecimiento del mandante nos resulta especialmente útil en el estudio de las fundaciones islámicas. Otras formas de actuación en nombre de una entidad o persona se ajustan con mayor precisión al mandato puro o la representación en su esqueleto básico: una persona actúa y las relaciones jurídicas surgidas de la actuación se incardinan en la esfera jurídica de quien le encarga realizar la acción. El mandatario nunca respondería personalmente frente a esos terceros, pues su papel es el de mero intermediario. Su responsabilidad se limitaría frente al mandante. Con la aparición de las distintas sociedades capitalistas complejas en la época moderna este vínculo triangular, cuyos vértices serían el mandante, el mandatario y los terceros, se complica⁹¹⁰.

Obviamente, el modelo de delegación, mandato o la forma de articularse esta actuación variará en función de la teoría de la personalidad jurídica que la estudie. Von Gierke, paradigma de jurista que aboga por la persona jurídica como un verdadero sujeto, que no depende del derecho para existir, niega que esta haya de acudir a la representación jurídica, pues no es un menor con la voluntad aún inmadura, sino que es totalmente capaz, y sus órganos no son asimilables a los representantes legales. Esta distinción también es observada por algunos especialistas en las corporaciones romanas⁹¹¹. No obstante, el principio jurídico mayoritariamente aceptado desde el derecho romano y el derecho medieval era el expresado con el adagio latino *universitas per se agere non potest*⁹¹² o este otro *quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agitur*. En el pensamiento de Sinibaldo de Fieschi, el procurador, como representante de una *universitas*, una vez asumido el cargo, quedaba por encima de los miembros⁹¹³. Los textos nos alumbrarán, pero esta posición no está demasiado alejada de la del administrador de un *waqf*.

Otros estudiosos apuntan a que en las corporaciones el fideicomiso y el mandato, como negocios jurídicos privados tienen un papel más significativo que la propia propiedad de las acciones⁹¹⁴.

Tras este planteamiento preliminar, hemos de dar la voz a las fuentes árabes, con la intención de mantener el mismo esquema: desde el campo del poder a las relaciones jurídicas privadas, adicionando figuras relevantes para nuestro estudio, sin menospreciar la semántica.

الولاية^a.
تفتح الواو وتكسر، وبالفتح النصر والنسب والعق، بالكسر الإمارة. أو بالفتح للمصدر، والكسر للأسم.
• الإمارة؛ ومنه عقد الولاية لفلان.

a *Al-Walāiyya*

Se vocaliza la *wāū* con *fatha* o *kasra*. Con *fatha* es la ayuda, el parentesco y patronazgo, con *kasra* es el emirato. O con *fatha* para el infinitivo y *kasra* para el nombre.

El emirato, y de ahí el contrato de emir con fulano.

División administrativa principal del estado. El plural es *walāiyyāt*, es decir, las provincias.

Rango espiritual en el que el hombre olvida todo salvo Dios, y vacía su corazón para Dios.

Derecho a ejecutar un acto sobre otro, quiera el otro o no.

- Rule (e)=Principauté (f).
- Province (e.f), District (e)
- A favourite (of Allah) (e)=Seigneurie.
- قسم إداري رئيسي في الدولة، والجمع ولايات، أي محافظات.
- مرتبة إيمانية ينسى فيها المرء ما سوى الله ويفرغ قلبه الله.
- حق تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبي...⁹¹⁵

^aمعنى الولاية:

الولاية (لغة) من الفعل ولي الشيء أو ولي عليه. قال سيبويه⁹¹⁶: الإسم ولاية بكسر الحرف الأول بمنعى السلطان وأما المصدر فهو بفتح الحرف الأول بمعنى النصر. وقال ابن بري⁹¹⁷*(ما لكم من ولايتهم من شيء)* [الأفعال: 72]. بفتح الحرف الأول أو كسره بمعنى النصر، للدلالة على جواز الفتح والكسر للحرف الأول. والوالي هو مالك الأشياء التصرف فيها. قال ابن الأثير: كأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل. ويتولى الأمر: تقلده وقام به وتمكن منه. وأولى على يتيم: أوصى. ويتولى عن العمل: أعرض عنه وتركه. والولي ضد العدو. ومعنى الولاية إصطلاحاً: تنفيذ القول أو الفعل على الغير، شاء أو أبي⁹¹⁸.

GOBIERNO.

^bالفصل الحادي والثلاثون

في خطط الدينية الخلافة

لما تبين أن حقيقة الخلافة نيابة عن صاحب الشرع في حفظ الدين وسياسة الدنيا، فصاحب الشرع متصرف في الأمرين: أما في الدين فبمقتضى التكاليف الشرعية التي هي مأمور بتبليغها وحمل الناس عليها؛ وأما سياسة الدنيا فبمقتضى رعايته لمصالحهم في العمران البشري. وقد قدمنا أن هذا العمران ضروري للبشر وأن رعاية مصالحه كذلك [...] نعم إنما تكون أكمل إذا كانت بالأحكام الشرعية لأنه أعلم بهذه المصالح. فقد صار الملك تدرج تحت الخلافة إذا كان إسلامياً ويكون من توابعها. وقد ينفرد إذا كان في غير ملة. وله على كل حال مراتب خادمة ووظائف تابعة تتعين خطط تتوزع على رجال الدولة ووظائف، فيقوم كل واحد بوظيفته حسبما يُعينه الملك الذي تكون يده عالية عليهم، فيتم بذلك أمره، ويحسن قيامه بسلطانه. أما المنصب الخلافي وإن كان الملك يندرج تحته بهذا الاعتبار الذي ذكرناه فتصرفه الدين يختص بخطط ومراتب لا تُعرف إلا للخلفاء الإسلاميين. فلنذكر لأن الخطط الدينية المختصة بالخلافة، ونرجع إلى خطط الملوكية السلطانية.

a Significado de autoridad.

La autoridad (en la lengua), del verbo tener autoridad para una cosa o sobre una cosa. *Sībawāī* (liberto persa del siglo octavo, quien es considerado el primer gramático de la lengua árabe) dijo: el nombre *Walāīyya*, vocalizado con *kasra* en la primera letra, significa el sultán. El infinitivo, *Walāīyya* vocalizado con *fatha* en la primera letra, significa ayuda. Ibn Barrī (gramático egipcio del siglo XII) dijo: *(no tenéis su ayuda para nada)* (*al-Anfāl*, aleya 72). Vocalizado con *fatha*, en el sentido de ayuda, lo que prueba que se puede vocalizar con ambas la primera letra. *Al-wālī* es el que tiene poder para actuar sobre las cosas. Ibn al-Aṭīr dijo: como si *al-Walāīyya* conociera la gestión y la capacidad y la acción. Asumir la autoridad de un asunto, hacerse cargo y realizarlo y tener capacidad para ello. Dar autoridad sobre los huérfanos, darles tutor, y dejar la autoridad de un asunto, abandonarlo y dejarlo. El *wālī* es el contrario del enemigo. Desde el punto de vista técnico, *al-Walāīyya* es ejecutar un acto verbal o de hecho por otro, quiera o no.

b Capítulo treinta y uno.

Sobre los cargos religiosos del califato.

Toda vez que ha quedado patente que el califato es en representación del Dueño de la Legislación para conservar la religión y la política de este mundo, pues Él se ocupa de los dos asuntos: en cuanto a la religión, por la exigencia de las responsabilidades religiosas que se ordenan y que se cargan sobre la gente; en cuanto a la política de este mundo, por las exigencias de su grey en cuanto a los intereses de la civilización humana. Ya hemos expuesto que esta civilización es necesaria para la humanidad y atención a los intereses de la grey también [...]

Sí, únicamente sería completa si respondiera a los preceptos divinos, porque es mejor conceder de esos intereses. La monarquía estaría incorporada bajo el califato, si fuera islámica o dependiente del Islam. Quedaría autónoma en otras religiones. En cualquier caso, tendría una jerarquía de cargos y siervos que serían distribuidos entre los funcionarios y hombres de estado. Cada uno de ellos ejercería una función de las que están en manos de su superior y así se completaría y se perfeccionaría su autoridad. En cuanto al cargo califal, aunque la monarquía se incardine en él de la forma que hemos nombrado, en su actuación religiosa se especializa en una jerarquía conocida únicamente por los califas islámicos. Así que relacionemos ahora los cargos religiosos propios del califato y regresemos más tarde con los cargos monárquicos de su poder.

Conoce que los cargos religiosos de Dios son los relativos al rezo, la emisión de fetuas, la jurisdicción, la guerra santa y los pesos y medidas, todos ellos bajo el mando del gran imán, es decir, el califa. Como si para todos ellos el gran imán fuera la raíz y su aglutinador y todos derivaran de él, por la generalidad de la autoridad del califa y su actuación en los restantes aspectos de la comunidad religiosos y de este mundo y la ejecución de los mandatos divinos.

فأعلم أن الخطط الدينية الشرعية من الصلاة والفتيا والقضاء والجهاد والحسبة كلها مندرجة تحت الإمامة الكبرى التي هي الخلافة، فكأنها الإمام الكبير والأصل الجامع، وهذه كلها متفرعة عنه داخلة فيها لعموم نظر الخلافة وتصرفها في سائر أحوال الملة الدينية والدنيوية، وتنفيذ أحكام المشرع فيها على العموم⁹¹⁹.

El pensador tunecino, Ibn Jaldūn, de origen sevillano, muerto en Egipto y que realizó funciones diplomáticas con el Reino de Castilla⁹²⁰, asigna este capítulo a los distintos cargos religiosos propios del califato. La reflexión introductoria ofrece una visión aguda de la concepción del gobierno islámico clásico. Para él, el califato es la representación del Legislador (Dios) para guardar la religión y la política de este mundo; la divinidad se encarga de ambos planos: religioso, haciendo responsable a la gente de sus preceptos, y mundano, velando por los intereses de la comunidad necesarios para el desarrollo de la civilización. La monarquía está incluida dentro del califato en el islam, mientras que en otras religiones se encuentra separada. En cualquier caso, precisa de subordinados nombrados por el rey para cargos que colaboren con él en la imposición de su autoridad. Estos cargos religiosos islámicos se centran en las siguientes materias: rezo, emisión de fetuas, potestad judicial, guerra santa, reglamentación de pesos y medidas. Todas ellas, insertadas dentro de las competencias del gran imán, es decir, el califa. Es necesario recalcar el cometido del califa según la frase final del párrafo: *Como si para todos ellos el gran imán fuera la raíz y su aglutinador y todos derivaran de él, por la generalidad de la autoridad del califa y su actuación en los restantes aspectos de la comunidad religiosos y de este mundo y la ejecución de los mandatos divinos*. No legisla, sino que ejecuta los preceptos de Dios.

^a(5) باب: من لم يسأل الإمارة أعانه الله عليها
7146- حدثنا حجاج [...] قال لي النبي، ص: ((يا عبد الرحمن، لا تسأل الإمارة فإنك إن أُعطيتهَا عن مسألة وُكِلتَ إليها، وإن أُعطيتهَا عن غير مسألة أُعِنْتَ عليها، وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً فكفر عن يمينك وأنت الذي هو خير))⁹²¹.

Este hadiz, más moral que jurídico, previene de la ambición por alcanzar el poder; quien lo busca respondería como un mandatario o delegado. Por contra, quien lo obtiene sin codiciarlo, Dios lo asiste y tiene amplios poderes.

^b(13) باب من يُرد الله خيراً يُفقهه في الدين
71- حدثنا [...] سمعت معاوية خطيباً يقول: سمعت النبي، ص، يقول: ((من يُرد الله به خيراً يفقهه في الدين، وإنما أنا قاسم والله يُعطي، ولن تزال هذه الأمة قائمة على أمر الله لا يضرهم من خالفهم حتى يأتي أمر الله))⁹²².

Nos topamos con un dicho de Muḥammad, transmitido a través de Mu‘āwiyya, en el que el gobernante aparece como un distribuidor de lo que Dios otorga. En última instancia, Este sería el único y verdadero propietario. La interpretación de algunos juristas nos interesará sobremanera.

^cفلا تنس القيام بأمر من ولاك الله أمره فلست تُنسى [...] وإن الله بمنه ورحمته جعل ولاة الأمر خلفاء في أرضه وجعل لهم نوراً يضيئ للرعية ما أظلم عليهم من الأمور فيما بينهم وبينهم ويبين ما أشتبه من الحقوق عليهم⁹²³.

En su *Libro sobre el jarāy*, Abū Yūsuf, uno de los pilares de la escuela *hanafī*, dedicado al califa abasí Harūn al-Rašīd, en la carta introductoria al gobernante, le recuerda que él, como los califas precedentes, es un delegado de Dios para llevar a cabo sus órdenes. Para ello, el Creador los ha dotado de luz para que aclaren a la comunidad sus derechos y obligaciones.

^d{القاعدة الخامسة: تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة}

a Capítulo: quien no busca el principado es auxiliado por Dios en su ejercicio.

7146- Nos contó Ḥaṣṣāy [...] dijo el Profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él: “‘Abd-l-Raḥmān, no busques el principado, pues, si se te diera por pedirlo, se te delegaría, y, si se te diera, sin pedirlo se te auxiliaría en su ejercicio, y, si juraras y opinaras que es mejor otra cosa, rompe tu juramento, haz lo que consideres mejor.

b (13) Capítulo a quien Dios quiere premiar con un bien lo hace discernir en los asuntos de la religión.

71- Nos comenta [...] oí a Mu‘āwiyya dando un discurso y dijo: oí al profeta decir: “a quien Dios quiere premiar con un bien lo hace discernir en los asuntos de la religión, pues únicamente soy un distribuidor y Dios es quien da, y esta nación continuará según el orden de Dios no la dañará quien la contradiga, hasta que venga la orden de Dios”.

c No olvides llevar a cabo el asunto que Dios te ha encomendado, así que no lo olvides [...] Dios, por su misericordia y gracia ha encargado a sus califas (sucesores) los asuntos de la tierra, y les ha otorgado una luz que ilumina a la grey en aquellos asuntos en los que está oscurecida, y les muestre sus deberes ...

d {Regla quinta: la actuación del imán está relacionada con su interés}.

Esta regla es establecida por al-Šāfi‘ī (b/35) y dice: “el cargo de imán de la grey es del mismo tenor que el de tutor del huérfano” [...]

هذه القاعدة نص عليها الشافعي (ب/35) وقال: (منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم) [...] ومنها: أنه لا يجوز له أن يقدم في مال بيت المال غير الأجر على الأجر [...] وإستنبط ذلك من حديث: ((إنما أنا قاسم، وألله المعطي)).

قال: ووجه الدلالة: أن التملك والإعطاء إنما هو من الله تعالى لا من الإمام، فليس للإمام أن يملكه أحداً إلا ما ملكه الله. وإنما وظيفة الإمام القسمة. والقسمة لا بد أن تكون بالعدل⁹²⁴.

El alfaquí *šāfi'ī* establece su regla quinta (la actuación del imán sobre la grey está relacionada con su interés). Su fundamento es una sentencia de su maestro: *el cargo de imán de la grey es idéntico al del tutor del huérfano*. De este precepto deriva otras prescripciones, como que él no tiene facultad de disponer de los bienes del tesoro, sino es por una necesidad. Asimismo, menciona parte de hadiz del enviado, anteriormente seleccionado, en el que califica al gobernante de un mero distribuidor, siendo Dios quien realmente da; en consecuencia, el imán sólo reparte y Dios otorga la propiedad. Dios es el verdadero y último propietario. Observamos el carácter paternalista del oficio, una especie de patria potestad o tutela.

^aباب صفة الأئمة وليس في التراجم.

وفيه ما يتعلق بتقديم قريش وفضل الأنصار والإشارة إلى الإمامة العظمى.

(قال الشافعي) أخبرنا [...] أن رسول الله، ص، قال لقريش ((أنتم أولى الناس بهذا الأمر ما كنتم مع الحق إلا أن تعدلوا فتلحون كما تلحق هذه الجريدة)) يشير إلى جريدة في يديه. [...]

وأخبرنا الشافعي قال حدثنا بن سليم عن جعفر بن محمد بن أبي طالب قال ولينا أبو بكر خير خليفة الله، أرحمه...⁹²⁵.

El precursor de la escuela, al reflexionar sobre la cualidad de imán de la *umma*, considera que los miembros de la tribu de Qurayš tienen preferencia para ocupar el cargo. Y al recordar el nombramiento del primero de los califas, Abū Bakr, se refiere a él como sucesor de Dios. Ya vimos que el término califa y vicario no están demasiado distantes.

^bتسمية عمر رضي الله عنه أمير المؤمنين

قال أبو جعفر: أول من دُعي أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، ثم جرت بذلك السنة، وإستعمله الخلفاء إلى اليوم *ذكر الخبر بذلك:

حدثني [...] قال: لما ولي عمر قيل: يا خليفة خليفة رسول الله، فقال عمر رضي الله عنه: هذا أمر يطول، كلما جاء خليفة قالوا: يا خليفة خليفة رسول الله! بل أنتم المؤمنون وأنا أميركم؛ فسُمي أمير المؤمنين حدثني [...] أن عمر قال له: أملك أنا أم خليفة؟ فقال له سلمان: إن أنت جبيت من أرض المسلمين درهماً أو أقل أو أكثر، ثم وضعته في غير حقه، فأنت ملك غير خليفة؛ فأستعبر عمر.⁹²⁶

El historiador describe el momento en que se utilizaron por primera vez los títulos de príncipe de los creyentes y sucesor, califa, para el máximo mandatario de la comunidad. Son

Y de ella: no le es lícito al imán dar de los bienes del tesoro más que para una necesidad [...]

Y se deduce aquello del dicho: “únicamente soy un distribuidor, y Dios es quien otorga”.

Dijo: y quiere decir: dar en propiedad solo corresponde a Dios, el Altísimo y no al imán. El imán no puede dar en propiedad nada a nadie que no le hubiera otorgado Dios la propiedad. La función de Dios únicamente es el reparto. Y el reparto requiere justicia.

a Capítulo sobre la cualidad de imán y no está en las biografías.

En él se habla de lo relativo a la preferencia de Qurayš y la virtud de los aliados y indica sobre el gran *imānato*.

(Dijo al-Šāfi'ī) Nos informó [...] que el enviado de Dios, sus bendiciones sean sobre él, dijo a Qurayš: “vosotros sois los primeros entre la gente para esto, mientras permanezcáis en la verdad, pues si os apartáis, seréis podados como es podada esta hoja” y señalaba una hoja en su mano [...]

Al-Šāfi'ī nos informó que dijo que Yahyā b. Salīm de Ŷa'far b. Muḥammad de su padre 'Abd Allāh b. Ŷa'far b. Abū Ṭālib que dijo: nombramos a Abū Bakr como el mejor sucesor de Dios, que tenga piedad de él ...

b Denominación de 'Umar, Dios esté satisfecho de él, como príncipe de los creyentes.

Abū Ŷa'far dijo: el primero que fue nombrado príncipe de los creyentes fue 'Umar b. al-Jaṭṭāb, después se tomó como *sunna*, y lo han utilizado los califas hasta hoy.

Me contó [...] dijo: cuando fue elegido 'Umar se dijo: ¡Oh sucesor del sucesor del enviado de Dios, 'Umar, Dios esté satisfecho de él, dijo: este es un asunto que se alarga cada vez que ha llegado un califa, dijeron: oh sucesor del sucesor del sucesor del enviado de Dios! Pero vosotros sois los creyentes y yo vuestro príncipe, así que se le denominó el príncipe de los creyentes.

Me dijo [...] que 'Umar le dijo: ¿soy rey o califa? Salmān le dijo: si recaudaras en las tierras de los musulmanes un dirham o más o menos y lo pusieras en quien no perteneciera, serías rey y no califa [...] y esa fue la expresión que utilizó 'Umar.

epítetos con una gran carga moral, pues la diferencia entre califa y rey la marcaría la justicia en la actuación.

^aالتفويض إلى الكفاة

لا عيب على ملك في تعيشه و تنتعمه ولعبه ولهوه، إذا تعهد الجسيم من أمره بنفسه، وأحكم المهم، وفوض ما دون ذلك إلى الكفاة⁹²⁷.

Este filósofo del siglo octavo justifica la vida de lujos, cierta pompa y opulencia de los reyes siempre y cuando dirijan personalmente los asuntos más graves y deleguen el resto en personas capacitadas.

^bوأحق الناس وأولاهم، بالتأمل ما يجري عليه تدبير العالم، من الحكمة وحسن الإتيان السياسة وإحكام التدبير. الملوك، الذين جعل الله تعالى ذكره بأيديهم (أزمة) العباد، وملكهم تدبير البلاد وإستراعهم أمر البرية، وفوض إليهم سياسة الرعية. ثم الأمثل فالأمثل من الولاء والذين أعطوا قيادة الأمم وأستكوا تدبير الأمصار والكور، ثم الذين يلونهم من أرباب النعم وسواس البطانة الخدم، ثم الذين يلونهم من أرباب المنازل ورواض الأهل والولدان. فإن كل واحد من هؤلاء راعي لما يحوزه كنفه ويضمه رحله، يصرفه أمره ونهيه، من تحت يده رعيته.

ويحتاج أصغرهم شأناً وأخفهم ظهراً وأرقهم حالاً وأضيق عطناً وأقلهم عدداً، من حسن السياسة والتدبير، ومن كثرة التفكير والتقدير، ومن قلة الإغفال والإهمال [...].
لما يغشى الأهل بالأمر الذي جعله الله سبباً لحدوث الذرية وعلّة البقاء والنسل حدث الولد، وكثر العدد، وزادت الحاجة، إلى الأوقات وإعداد فضلاتها لأوقات الحاجة، أحتاج عند ذلك إلى الأعوان والقوام، وإلى الكفاة والخدام، فإذا به صار راعياً، وصار من تحت يده له رعية⁹²⁸.

El Avicena latino, en este texto cuyo primer párrafo ya referimos, hace hincapié en la necesidad que el gobernante, cuya autoridad emana de Dios, tiene de personas en las que delegar en las sociedades más complejas. Es en el momento en que el jefe se rodea de colaboradores en el que se convierte en pastor y sus súbditos en el rebaño.

^cفصل: في أحكم الإمام ومصلح الأمة.

a La delegación en los capacitados.

No supone una tacha para el rey si en su vida hay opulencia, deleite y apetito, si cumple lo grave de sus asuntos por sí mismo y es sabio en lo importante, y delega todo lo demás en los capacitados.

b Los que tienen más derecho y los primeros, reflexionando sobre lo que pasa en la toma prudente de decisiones, con sabiduría, y buen dominio de la política y experiencia en la adopción de medidas, son los reyes, a quienes Dios, el altísimo, ha puesto en sus manos a sus fieles, y les ha otorgado la adopción de las medidas en el país y su pastoreo, y les encomendó la política de Su creación. Después, al más ejemplar de los gobernadores a los que se encarga la dirección de los pueblos y se les ha dado lo suficiente para la gestión de los territorios y provincias; posteriormente, los que siguen de los señores de rebaños y los jefes de los sirvientes, después aquellos que siguen de señores de la casa y cuidadores de la familia y los hijos. Pues cada uno de estos es un pastor de aquello que está a su alrededor, y le ha sido encargado el ordenar y prohibir, y bajo su mano está su rebaño.

El más pequeño de ellos en importancia, el más liviano de espalda, el de estado más débil, el que está más agobiado y el de menor número necesita una buena política de gestión, de mucho pensar y discernir, y poco de descuidar y ser negligente [...].

Cuando la gente llega a un punto en el que Dios lo hizo causa para que se desarrollara la descendencia y la causa de la permanencia y sucesión para tener hijos y se multiplica su número, aumenta la necesidad de sustento y de crear excedentes; en ese momento, se precisa ayudantes, colaboradores, personas capacitadas, siervos. En ese momento se convierte en pastor y tiene bajo su mano al rebaño.

c Capítulo: las órdenes del imán y los intereses de la comunidad.

Si se cumplen todo lo que hemos descrito sobre el régimen jurídico del imán y su generalidad en la administración de los intereses de la religión y en la gestión de la *umma*, si se estabilizara su contrato de imán, las potestades que emana de él en sus delegados se dividirían en cuatro apartados:

Primero: quien posee una potestad general para acciones generales: los ministros, porque son nombrados para todo tipo de asuntos sin especialización.

Segundo: quien ostenta una potestad general para acciones específicas: los emires de las regiones y países, porque su administración se especializa en algunas acciones en todos los asuntos.

Tercero: quien posee una potestad específica para acciones generales: el gran juez, el jefe del ejército, el protector de las fronteras, recaudador del *jarāy* y de la *zakāt*, porque cada uno de ellos se limita a una administración específica para todas las acciones.

Cuarto: quien ostenta una potestad específica para acciones específicas: el juez local o de una región, el recaudador del *jarāy* y la *zakāt* de la zona, protector de esa frontera o jefe de su milicia; porque cada uno de ellos tiene una administración específica para una acción específica.

وإذا تمهد ما وصفناه من أحكام الإمامة وعموم نظرها في مصالح الملة وتدبير الأمة، فإذا استقر عقدها للإمام إنقسم ما صدر عنه من الولايات خلفائه أربع أقسام.
 والقسم الأول: من تكون ولايته عامة في الأعمال العامة وهي الوزراء لأنهم يستتابون في جميع الأمور من غير تخصيص.
 والقسم الثاني: من تكون ولايته عامة في أعمال خاصة وهو أمراء الأقاليم والبلدان لأن النظر فيما خصوا به من الأعمال عام في جميع الأمور.
 والقسم الثالث: من تكون ولايته خاصة في الأعمال العامة وهم كقاضي القضاة ونقيب الجيوش وحامي الثغور ومستوفي الخراج وجابي الصدقات، لأن كل واحد منهم مقصور على نظر خاص في جميع الأعمال.
 والقسم الرابع: من تكون ولايته خاصة في الأعمال الخاصة وهم كقاضي بلد أو إقليم أو مستوفي خراجه أو جابي صدقاته أو حامي ثغره أو نقيب جنده، لأن كل واحد منهم خاص النظر بخصوص العمل.
 ولكل واحد من هؤلاء الولاية شروط تتعقد بها ولايته ويصح معها نظره...⁹²⁹

En capítulos precedentes tomamos prestado páginas de esta obra dedicada, aunque en apariencia pueda tildarse como algo anacrónico, al derecho público, en especial con el fin de diferenciar el cuerpo místico de la Iglesia y la *umma*, y la manera en que ambas entidades eran gobernadas. Mostramos las características del cargo de imán como representante de Dios al frente de la comunidad; también nos detuvimos en la forma de elección. Al-Māwardī lo califica de contrato; a los comentarios que realizamos, es posible agregar la concepción tan distinta del *fiqh* sobre este negocio jurídico que hemos abordado en el presente capítulo, enriqueciendo lo ya expresado. Una vez fijado el régimen de elección y actuación del imán, este autor *hanbalī* desarrolla los distintos puestos nombrados por él, en los que se apoya para cumplir su misión: los ministros, con potestad general en actuaciones generales, los emires regionales con potestad general en actos determinados, el juez principal, el jefe de los ejércitos y el protector de las fronteras, que disfrutaban de una potestad determinada en acciones generales; finalmente: los que ostentan una potestad determinada en acciones determinadas.

^aفي تقليد الوزارة:

والوزارة على ضربين: وزارة تفويض ووزارة تنفيذ. فأما وزارة التفويض فهو أن يستوزر الإمام من يفويض إليه تدبير الأمور برأيه وإمضاءها على إجهاده، وليس يمتنع جواز هذه الوزارة، قال الله تعالى حكاية عن نبيه موسى عليه الصلاة والسلام. * (وأجعل لي وزيراً من أهلي هرون أخي أشدد به وأزري وأشركه في أمري) * [طه: 29-32].
 فإذا جاز ذلك في النبوة كان في الأمام أجوز، ولأن ما وكل إلى الإمام من تدبير الأمة لا يقدر على مباشرة جميعه إلا بالإستتابة...⁹³⁰

El imán, a la hora de elegir a un ministro, según el autor, le puede otorgar unas amplias facultades de actuación, según el criterio de este o designarlo como un simple ejecutor de órdenes. Al objeto de incardinar esta función entre las disposiciones coránicas, cita una aleya de la azora de Tāhā, en la que se narra el nombramiento de Aarón, hermano de Moisés, como su ministro. Según la argumentación, esta figura está mejor justificada para el imán que incluso para los profetas, pues aquel no tiene capacidad de cumplir todas las tareas por sí mismo. Nos encontramos con una representación de persona física por imposibilidad de esta de atender todos los asuntos.

^bالفرق الثالث والعشرون والمائتين

Cada uno de estos cargos tiene sus requisitos para ser nombrados y para que sea válida su administración.

a Sobre la investidura de los ministerios.

Los ministerios son de dos tipos: ministerios de autorización y ministerios de ejecución. El ministerio de autorización sería que el imán lo nombra y le autoriza gestionar los asuntos según su opinión y parecer, y no está prohibido este ministerio, pues Dios, el altísimo, dijo con relación a Moisés, sobre él sean las oraciones y la paz:

(Dame un ministro de entre mi gente, mi hermano Aarón, me apoye en él y le encargue y sea mi asociado en mis asuntos). Tāhā: 29-32.

Si es válido eso para los profetas, pues para el imán lo es más, porque lo que tiene encargado el imán de gestión de la *umma* no es capaz de realizarlo solo, salvo a través de representantes.

b La diferencia doscientos veintitrés

Entre la regla lo que se ejecuta de los actos de las autoridades y jueces y lo que no se ejecuta, se divide en cinco partes.

Parte primera: lo que no incluye la autoridad originariamente.

Conoce que quien sea nombrado para una autoridad como el califato u otra como tutor no le es lícito actuar más que buscando el interés y evitando el perjuicio, por lo que dijo el Altísimo: *(no os acerquéis a los bienes del huérfano más que en lo que sea mejor)* (Azora al-An'ām: 152). Y por lo que dijo, sobre él sea la paz: "quien asuma una autoridad en

بين قاعدة ما ينفذ من تصرفات الولاية والقضاء. بين ما لا ينفذ من ذلك وهو خمسة أقسام.

القسم الأول: ما لم تتناول الولاية بالأصالة:

أعلم أن كل من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية لا يحل له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة لقوله تعالى: * (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن)* [الأنعام: 152] ولقوله عليه السلام؟ ((من ولي من أمور أمّتي شيئاً ثم لم يجتهد لهم ولم ينصح فالجنة عليه حرام)). فيكون الأئمة والولاية معزولين عما ليس في بذل الجهد...⁹³¹.

Este autor *mālikī*, sobre la base de una aleya referida a los tutores de los huérfanos, preceptúa que los jueces y autoridades deben estar sujetos con el mismo deber. Se trata de una potestad, es decir la capacidad de una persona de actuar en nombre de otro, pero siempre en beneficio del representado. Esta equiparación entre padres, tutores, jueces y gobernantes es digna de mención.

^aقوّلَى الخليفة ابا غبيد يومئذ القضاء بكورة إشبيلية⁹³².

Iniciamos una serie de fragmentos de una crónica sobre al-Andalus. Este primero, en una pirámide de nombramientos en nombre del superior que comienza en Dios, el califa cordobés otorga el cargo de juez a Abū 'Ubayd, en la provincia de Sevilla.

^b((بسم الله الرحمن الرحيم. كتاب من عبد الله الحكم المستنصر بالله أمير المؤمن لأبي العيش بن أيوب، أنه وآله النظر في قبيلة أمانة مهران من كتامة مؤثراً له ومظهوراً لحسن رأيه فيه وثقته به فيما فوضه إليه للذي أحبه من إستصلاح وإستصلاح أحواله وأحواله...⁹³³)).

Menciona la carta del califa al-Hakam dirigida a Abū al-'Ayš b. Ayyūb, puesto para administrar los asuntos de una tribu, en la que expresa su confianza en el cumplimiento del mandato, del que es depositario.

^cوفي صدر [...] منها (أمر) الخليفة المستنصر بالله بمخاطبة القواد والعمال بأقطار الأندلس بما صرف الله إليه نظره لزائعي المغرب المتصلين بعمله هناك للذي بلغه من إلحاحهم في الدين⁹³⁴.

Nos informa el historiador sobre el discurso que el califa dirigió a todos sus funcionarios sobre lo que Dios le ha encargado con relación a los herejes rebeldes del Norte de África.

^dوفي سنة 60، توفي معاوية بن أبي سفيان، يوم الجمعة منتصف رجب، وهو ابن إثنين وثمانين سنة. فتوّلَى الخلافة من بعده يزيد ابنه، وتلقب بالمستنصر بالله في بعض الأقوال؛ وكُنيتُه أبو خالد؛ وقد ذكرنا أخباره في تأليف. وفي سنة 61، كان مقتل الحسين بن علي - رضيهما - وفيها أظهر عبد الله بن الزبير الخلافة بمكة، وخلع طاعة يزيد بن معاوية [...].

وفي سنة 62، ولى يزيد بن معاوية على بلاد إفريقية والمغرب كله [...]؛ وهي ولايته الثانية على إفريقية⁹³⁵.

Esta historia del Norte de África y al-Andalus nos cuenta la muerte del primer califa omeya y como le sucede su hijo, las primeras defecciones así como el nombramiento del primer gobernador que se ocupó de la provincia de África (hasta la actual Túnez) y el Magreb.

algún asunto de mi *umma* y no se esforzara por ellos y no tomara consejo, el paraíso estaría vedado para él”: Los imanes y las autoridades serían destituidos si no se esforzaran así ...

a El califa nombró a Abū 'Ubayd para la jurisdicción en la provincia de Sevilla.

b En el nombre de Dios, clemente y misericordioso. Carta de 'Abd Allāh al-Ḥakam, aliado de Dios, Príncipe de los creyentes, a Abū al-'Ayš b. Ayyūb, al que él nombró como administrador sobre la tribu de Aṭāna Mahrān de Kutāma, admirado por su buena opinión y confiado en lo que le encargó sobre lo que estimara más ventajoso ...

c A principios del mes [...] el califa, al-Muntaṣir bi-l-Allāh, ordenó, en un discurso dirigido a sus jefes y funcionarios, en todo al-Andalus, sobre lo que Dios le encargó acerca de los que se han rebelado en el Magreb, pues ha llegado hasta él su herejía.

d En el año 60, falleció Mu'āwīyya b. Abū Sufyān, el viernes de mediados del mes de *raḡab*, con ochenta y dos años. Y fue nombrado califa tras él Yazīd, su hijo, y fue conocido como el aliado de Dios, según algunas opiniones. Y se le apodó como padre de Jālid, y hemos recogido su historia en una obra.

En el año 61, murió Ḥusayn, hijo de 'Alī, Dios esté satisfecho de ambos, y en ese año apareció 'Abd Allāh b. al-Zubayr en La Meca, quien se apartó de la obediencia de Yazīd b. Mu'āwīyya [...]

Y en el año 62, Yazīd encargó el mando de África y el Magreb a [...], que era su segundo mandato sobre África.

^aالقاعدة الحادية والستون: المتصرف تصرفاً عاماً على الناس كلهم من غير ولاية أحد معين، وهو الإمام، هل يكون تصرفه عليهم بطريق الوكالة لهم أو بطريق الولاية؟ في ذلك وجهان وخرج الأمدى روايتين بناءً على أن خطأه هل هو على عاقلته أو في بيت المال؛ لأننا إن جعلناه على عاقلته فهو متصرف بنفسه وإن جعلناه في بيت المال فهو متصرف بوكالة لهم وعليهم فلا ضمن لهم ولا يهدر خطأه فيجب في بيت المال. وإختيار القاضي في خلافه أنه متصرف بالوكالة لعمومهم، فذكر في الأحكام السلطانية روايتين في إنعقاد الإمامة بمجرد القهر من غير عقد وهذا يحسن أن يكون أصلاً للخلاف في الولاية والوكالة أيضاً، وينبني على هذا الخلاف أيضاً إنعزاله بالعزل، فإن قلنا: هو وكيل فله أن يعزل نفسه وإن قلنا: هو والٍ لم يعزل بالعزل كما أن الرسول ليس له عزل نفسه ولا يعزل بموت من بايعه لأنه وكيل عن الجميع لا عن أهل البيعة وحدهم، وهل لهم عزله؟ إذا كان بسؤاله فحكمه حكم عزل نفسه، وإن كان بغير سؤاله لم يجز بغير خلاف، هذا ظاهر ما ذكره القاضي وغيره، وأما من كان تصرفه مستفاداً من توليته فإن كان نائباً عنه كالوزير فإنه كالوكيل له يعزل بعزله وبموته، وإن كان نائباً عن المسلمين كالأمير العام لم يعزل بموت الإمام، ذكره القاضي في الأحكام السلطانية.

فأما القضاة فهل هم نواب الإمام أو المسلمين؟ فيه وجهان معروفان ينبني عليهما جواز عزل الإمام له وعزل نفسه، وظاهر كلام القاضي في الأحكام السلطانية أن الخلاف مطرد في ولاية الإمارة العامة على البلاد وجباية الخراج. أما نواب القاضي فنوعان: أحدهما من ولاية خاصة كمن فوض إليه سماع الشهادة معينة أو إحضار المستعدى عليه فهم كالوكلاء يعزلون بعزله وموته. والثاني: من ولايته عامة كخلفائه وأمنائه على الأطفال ونوابه على قرى فهل هم بمنزلة وكلائه أو نواب المسلمين فلا يعزلون بموته؟ على وجهين ذكرهما الأمدى، وصح صاحب الترغيب عدم الإنعزال، وحكى ابن عقيل عن أصحاب أنهم يعزلون لأنهم نواب القاضي بخلاف القضاة إنهم نواب المسلمين، ولهذا يجب على الإمام نصب القضاة ولا يجب على القضاة الأستتابا [...] وأما المتصرف تصرفاً خاص بتفويض من ليس له ولاية عامة فنوعان. أحدهما: أن يكون المفوض له ولاية على ما يتصرف فيه كولي اليتيم وناظر الوقف، فإذا عقد عقداً جائزاً أو متوقفاً كالشركة والمضاربة والوكالة وإجارة الوقف، فإنها لا تنفصح بموته لأنه متصرف على غيره لا على نفسه وكذلك الوكيل إذا أذن له موكله أن يوكل فيكون وكيله وكيلاً لموكله لا له. والثاني: من يفوض حقوق نفسه فهذه وكالة محضة.⁹³⁶

a Regla sesenta y uno: quien actúa en general para toda la gente sin autoridad sobre nadie en concreto, ese es el imán, ¿su actuación es por delegación de ellos o por autoridad?

En ello existen dos tesis. Al-Amadī recoge dos opiniones fundamentadas sobre si de su error (daño por error) responden sus familiares agnaticios o el tesoro. Si hiciéramos responder a los agnados sería porque actúa por sí mismo y si respondiera el tesoro, actuaría en su representación para imputarles derechos y obligaciones, y su error no quedaría impune pues se debe del tesoro. El juez, en su *Diferencia*, escoge que actúa en representación de la generalidad; en *Los Preceptos de los Sultanes*, señala las dos opiniones a la hora de perfeccionarse el contrato de *imānato* por la simple fuerza, sin contrato; y esa puede que sea el origen de la polémica sobre la autoridad propia o representación. Y sobre esta polémica se deriva la controversia sobre si es destituido tras la destitución de aquel. Al-Amadī ha señalado: si dijéramos que es un representante, podría ser destituido. Pero, si dijéramos que es una autoridad, no, como el enviado no tiene capacidad para destituirse a sí mismo y no por la muerte de quienes lo nombraron, porque representa a todos, no únicamente a los que formaron parte de la *bay'a*. ¿Podrían destituirlo? Si fuera por su petición, el fallo sería que se destituiría, si no fuera por petición, no podrían sin discusión. Queda patente de lo que ha hecho mención el juez y otros. En cuanto a los que su actuación dependiera de su nombramiento, si fueran un representante suyo, como el ministro, pues como su representante se destituiría por su dimisión y su muerte, si fuera un representante de los musulmanes, como el príncipe, no se destituiría por la muerte del imán. Así lo recoge el juez en *Los Preceptos de los Sultanes*.

En cuanto a los jueces, ¿son representantes del imán o de los musulmanes? Se dan dos posturas conocidas, en las que se fundamenta la destitución por parte del imán o por ellos mismos. Queda patente de las palabras del juez, en *Los Preceptos*, se generaliza para las autoridades generales sobre los territorios y la recaudación del *jarāy*.

En cuanto a los representantes del juez, los hay de dos tipos. El primero, quienes tiene una autoridad especial que le ha sido encargada, como escuchar unos determinados testimonios o hacer personar a sus asesores, son como sus mandatarios, se destituyen con su destitución y su muerte. El segundo, los que tienen una autoridad general como los designados para ser tutores y cuidadores de los niños, los representantes en las aldeas. ¿Están en el puesto de representantes de él o de los musulmanes y no serían destituidos con su muerte? Al-Amadī reseña dos corrientes, y lo ha corregido el autor de *al-Targīb*, disponiendo que no pueden ser destituidos; cuenta Ibn 'Aqīl de algunos compañeros que ellos sí ven lícito su destitución, porque son representantes del juez, a diferencia de los jueces, que son representantes de los musulmanes. Por eso, el imán debe nombrarlos y los jueces no debe nombrarse [...] En cuanto a la persona que actúa de forma privada con una autorización de quien no tiene potestad pública, es de dos tipos: el primero, que el autorizante disponga de potestad sobre el objeto de la actuación como el tutor de un huérfano y el administrador de un *waqf*: pues si contratara un contrato válido o cuya rescisión fuera posible, como la sociedad o la *muḍāraḅa* y la delegación o el arrendamiento del bien habiz, pues el contrato no se extinguiría con su muerte, porque actúa por otro, no en nombre propio. Y también el representante si su mandante le autorizara a delegar, pues su delegado sería delegado del primer delegado, no del mandante original. El segundo, quien delega su propio derecho, y esta sería la representación simple.

Esta regla, cuya parte final transcribimos oportunamente para enfatizar la diferencia entre el *waqf* y las fundaciones sasánidas en favor del alma, intenta analizar la naturaleza jurídica que une la actuación del gobernante, el juez y sus agentes con la comunidad. En cualquier caso, el hacer de aquellos repercute en esta. El fragmento no ofrece una solución, sino que menciona las diferentes opiniones en la escuela *hanbalī*. Una corriente opina que sus disposiciones emanan de su propia autoridad y otra que de la representación que los musulmanes le han otorgado. Así, en el primer caso, la responsabilidad por un daño físico por error recaería sobre él y, en el segundo, sobre el tesoro. Las personas que nombra, en la tesis de la autoridad, cesarían por su muerte o por su destitución; en cambio, si representara a la sociedad de los creyentes, no. Esta misma dicotomía se reproduce en el caso de los jueces, así como en otros altos funcionarios, pues se discute si actúan por delegación del imán o de los musulmanes. También se desciende en el estudio a los agentes judiciales. No obstante, el autor se decanta por considerar que los jueces representan a los musulmanes, por lo que el imán debe nombrarlos. Finalmente, examina la destitución de otros representantes particulares, con potestad, como los tutores o administradores del *waqf* y los representantes de personas para gestionar los derechos de estas.

باب القاضي يقضي بعلمه.

أفاد الحديث فائدتين إحداهما أن القاضي لا يقضي بعلمه لأن شريحاً لم يقض بعلمه والثانية أن قضاء الأمير ينفذ كقضاء القاضي لأن القاضي إنما يتولى من جهة الأمير وهو فرع والأمير أصل...⁹³⁷

En esta parte del tratado sobre la labor de los jueces, el alfaquí afirma, a raíz de un hadiz, que el juez no ha de fallar sobre su propio conocimiento. Del mismo dicho, deduce que el cargo jurisdiccional deriva del de gobernante, de cuya jurisdicción emana.

باب موت الخليفة وله قضاة أو عزله قاضياً.

قال ولو أن خليفة مات أو خلع وله قضاة قد كان ولاهم فإن قضائه على حالهم أحكامهم نافذة [على ما كتب] وأمورهم جائزة ولا يكون موت المخليفة عزلاً لهم قال صاحب الكتاب (لأنهم قوام المسلمين جعلوا لمصالحهم وليس هم ولاية له في شيء من خاصة أمره) وهذا صحيح لأن الخليفة في تعيين القضاة نائب عن المسلمين فكان القضاة نواب المسلمين والمسلمون على حالهم فبقي النواب على ما كانوا عليه بخلاف الوكيل حيث ينعزل بموت الموكل لأنه نائبه في خاصته...⁹³⁸

Aunque el juez es nombrado por el califa, su situación jurídica no es la de representante de este, pues esto supondría la extinción del cargo por su muerte; el autor lo considera un delegado de todos los musulmanes, razón por la que permanecería en el cargo. Al ser un sujeto colectivo abstracto, su extinción resulta complicada, de ahí su permanencia en el cargo de forma indefinida.

a Capítulo sobre el juez que falla según su conocimiento.

[...] De este dicho se desprenden dos conclusiones: la primera que el juez no juzga en función de su conocimiento, porque Šarīḥ no juzgó por su conocimiento; la segunda es que el fallo del gobernante se ejecuta como el del juez, porque el juez está facultado por el gobernante, es una rama y el gobernante es el tronco ...

b Capítulo sobre la muerte del califa y los jueces nombrados o separados.

Dijo: si el califa muriera o fuera destituido y tuviera sus jueces, los que había nombrado, estos continuarían tal cual y sus fallos ejecutivos (como fueran) y sus órdenes válidas, y la muerte del califa no supondría su destitución. El autor del libro dijo (porque ellos son representantes de los musulmanes, en favor de sus intereses, y no son representantes particulares de él). Esto es cierto porque el califa, al nombrar a los jueces, actúa como representante de los musulmanes, y los jueces representan a los musulmanes, al permanecer estos tal cual, los representantes se mantienen a diferencia del apoderado, el cual cesa con la muerte del poderdante, pues es su representante en un asunto particular ...

^aووقع السؤال عن وصي على محجورتين مشتركتين معه في أصول ثم إنه عمد إليها وقسمها، فخرج لنفسه ولأشقائه من أخوته بأصول لها بال، وللمحجورتين المذكورتين: أختيه للأب بنصف دار. هل تنقض القسمة لظهور المحاباة؟ [...] قال تعالى: *(ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن)* [الأنعام: 152]. وقد نص أئمتنا على أن النائب عن غيره لا يتصرف إلا بالمصلحة. قال أبو عمر: إتفقت أهل العلم أن النائب عن غيره في بيع أو شراء من وكيل أو وصي إذا باع أو اشتري بما لا يتغابن الناس به أنه مردود. وقال في المدونة: إذا قاسم عن الصغير أبوه فحابي لم تجز محاباته في ذلك ولا هبته. وقال القرافي: كل من ولي ولاية فهو معزول عن المفسدة الراجحة والمصلحة المرجوحة، ولا يتصرف من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية إلا بحلب مصلحة أو درء مفسدة، لقوله تعالى: *(ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن)* [الأنعام: 152]...⁹³⁹

Esta fetua *malikī* que en su tenor literal menciona la opinión de un autor cuyo texto hemos reproducido en párrafos precedentes, al-Qirāfī, se expide ante una cuestión sobre el nepotismo demostrado en la actuación del tutor de dos niñas en el reparto de unos bienes en común. Sin embargo, comienza la respuesta con una digresión acerca del principio general que ha de regir la labor de cualquier persona que realice cualquier acto en nombre de otra, tanto de carácter privado, como el mandatario o representante, como en el ámbito de la tutoría de menores e incapacitados o, incluso, en la función califal. Este principio no es otro que el de buscar el interés del representado. Lo singular de esta conclusión a la que llega el jurista es que tiene su base en una aleya coránica referida exclusivamente a los bienes de los huérfanos y de ahí la infiere a los gobernantes, padres, tutores y agentes comerciales.

ADMINISTRADOR DEL *WAQF* Y PAPEL DEL JUEZ EN SU ADMINISTRACIÓN.

^b(12) باب الوكالة في الوقف ونفقته و أن يطعم صديقاً له يأكل بالمعروف. 2313 حدث قتيبة بن سعيد. حدثنا سفيان بن عمرو، قال في صدقة عمر رضي الله عنه: ليس على ولي جناح أن يأكل ويؤكل صديقاً غير متأثلاً مالا. فكان ابن عمر هو يلي صدقة عمر، يهدي لناس من أهل مكة ينزل عليهم⁹⁴⁰.

Volvemos a acudir a este dicho recogido por al-Bujārī, para remarcar, en esta ocasión, la naturaleza representativa de la función, o sea, sus actos repercuten en la esfera jurídica de otra persona, la alteridad que tanto estamos remarcando.

a Y la pregunta recae sobre el tutor de dos incapacitadas que comparten la propiedad con él de unos bienes raíces; el tutor los pretende y realiza el reparto, y se adjudica él y sus hermanos una parte significativa: a las dos incapacitadas, hermanas del tutor por parte de padre les adjudica la mitad de la casa. ¿Se ha de anular el reparto por la aparición de nepotismo?

[...] Dios, el Altísimo, ha dicho: *(no os acerquéis a los bienes del huérfano más que en lo que sea mejor)* (azora *al-An'ām*: 152). Nuestros imanes han decretado que quien representa a otro no puede actuar más que en su interés. Abū 'Umar dijo: la gente de ciencia es unánime en que quien representa a otro en una compra o venta, de mandatario o tutor, si lo vendiera o comprara fuera de lo normal, sería rechazado. En la *Mudawwana* se dijo: si el padre de un menor realizara un reparto favoreciendo a otro, no se admitiría en el mismo ni en la donación. al-Qarāfī dijo: todo el que tenga una potestad sería removido al preferir un perjuicio y evitar un interés, no ha de actuar quien tenga la potestad del califato, hasta un tutor, más que para conducir al interés y evitar el perjuicio, por lo que dijo el altísimo: *(no os acerquéis a los bienes del huérfano más que en lo que sea mejor)* (azora *al-An'ām*:: 152)...

b Capítulo sobre la delegación en el *waqf* y sus gastos y sobre si está facultado para alimentar a un amigo de él: 2313. Qutayba b. Sa'īd ha dicho: nos ha hablado Sufyan b. 'Amr: ha dicho sobre el *waqf* de 'Umar, Dios esté satisfecho de él: no cometería pecado el encargado si comiera o diera de comer a un amigo sin menoscabo de los bienes. Pues el hijo de 'Umar, encargado de su *waqf*, lo ofrecía a la gente de La Meca que se acercaban.

^a وحدود القضاة، في القديم والحديث، معروفة، لا يعارضون فيها، ولا تكون إلى غيرهم من الحكام. وقد عددها علي بن يحيى، وفسرها في كتابه فقال: ويشتمل نظر القاضي على عشرة أحكام. أحدها. قطع التشاجر والخصام من المتنازعين، إما بالصلح عن تراض يراد به الجواز، وأما بإجبار بحكم بأدية يعتبر فيه الوجوب. الثاني: إستيفاء الحق لمن طلبه، وتوصيله إلى يده، إما بإقرار، أو ببينة. الثالث: إلزام الولاية للسفهاء والمجانين، والتحجر على المفلس، حفظاً للأموال. الرابع: النظر في الأحباس، والوقوف والتفقد لأحوالها وأحوال الناظر فيها. والخامس: تنفيذ الوصايا على شروط الموصي إذا وفقت الشرع، ففي المعينين يكون التنفيذ بالأقباض، ففي المجهولين يتعين المستحق لها بالإجتهد فإن كان لها وصي، راعاه، وإلا تولاه. والسادس: تزوج الأيتام من الأكفاء، فإذا عدم الأولياء وأردن التزويج. والسابع: إقامة الحدود؛ فإن كانت من حقوق الله تعالى، تفرد بإقامتها، إما بالإقرار يتصل بإقامة الحد، إما ببينة أو ظهور حمل من غير زواج؛ وإن كانت من حقوق الأدميين، فيطلب مستحقها. والثامن: النظر في مصالح العامة، من كف التعدي في طرقات والأفنية. وإخراج ما لا يستحق من الأجنحة والأفنية. التاسع: تصفي الشهود، وتفقد الأمانة، وإختيار من يرتضيه بذلك. والعاشر: وجوه التسوية في حكم بين القوي والضعيف، وتوخي العدل بين الشريف والمشروف.⁹⁴¹

Otro de los textos esenciales en nuestra tesis. Se enumeran las funciones del juez, entre las que se señala la administración y control de los bienes habices e, interesante en este momento de la tesis, la última instancia en la tutela de incapaces, en sus diversas vertientes.

^bفصل: لا تخلو ولاية القاضي من عموم أو خصوص ولا تخلو ولاية القاضي من عموم أو خصوص، فإن كانت ولايته عامة مطلقاً التصرف في جميع ما تضمنته فنظره مشتمل على عشرة أحكام.

أحدها: فصل في المنازعات وقطع التشاجر والخصومات [...]

والثاني: إستيفاء الحقوق [...]

والثالث: ثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف بجنون أو صغر، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس [...]

والرابع: النظر في الأوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها [...]

والخامس: تنفيذ الوصايا [...]

والسادس: تزويج الأيتام [...]

والسابع: إقامة الحدود [...]

والثامن: النظر في مصالح عمله من الكف عن التعدي في طرقات [...]

والتاسع: تصفح شهوده وأمنائه وإختيار النائبين عنه [...]

والعاشر: التسوية في الحكم بين القوي والضعيف [...]⁹⁴²

a Y las funciones de los jueces, antigua y modernamente, son conocidas, sin que nadie discrepe. Y no se acude en ellos a ninguna otra autoridad. 'Alī b. Yaḥyā, quien las explicó en su libro, estableció su número y dijo: el cometido del juez abarca diez tipos de fallos. El primero de ellos, cortar las rivalidades entre los contendientes, o bien mediante un pacto de mutuo acuerdo al que le da validez u obligando a aceptar su decisión. El segundo: hacer cumplir el derecho a quien lo demande, y hacer que se le cumpla al titular, mediante confesión o prueba. El tercero: hacer cumplir la tutela de imbéciles y locos, la incapacitación del quebrado, con el fin de velar por sus patrimonios. Cuarto: velar por los *awqāf* y vigilar y velar por sus asuntos y controlar a sus administradores. Quinto: ejecutar las tutelas establecidas por el testador si se hacen de acuerdo a la Ley, en los que están determinados se ejecuta con las cauciones y, cuando son desconocidos se nombra después de deliberar si tiene tutor, si no se le encarga. Sexto: casar a las huérfanas con personas de su clase, ante la falta de tutores, si quisieran casarse. Séptimo: aplicar los *ḥudūd* (penas establecidas en *El Corán*). Si correspondieran a derechos de Dios, su aplicación es exclusiva (del juez), por medio de la confesión, prueba o embarazo extramatrimonial, si correspondieran a derechos de los hombres, a petición de su titular. Octavo: mirar por los intereses generales, impidiendo los ataques en los caminos y las plazas. Y sacar lo que sea ilícito de los aleros y plazas. Noveno: escoger a los testigos, y controlar a los secretarios, y escoger a los que convenga. Décimo: dictar órdenes para solucionar las cuestiones entre el fuerte y el débil, y pretender la justicia entre el noble y el humilde.

b Capítulo: no está exenta la función del juez de generalidad o particularidad.

No está exenta la función del juez de generalidad o particularidad. Su función es general y absoluta respecto a su actuación y comprende los siguientes diez asuntos:

El primero: intermediar en los conflictos y evitar las contiendas [...]

Segundo: hacer valer los derechos [...]

Tercero: afianzar las tutorías sobre aquellos que tienen prohibido obrar, por locura o minoría de edad, e incapacitar a quien considere incapaz por idiotez o quiebra [...]

Cuarto: la administración de los *awqāf*, conservando sus bienes raíces y fomentando su productividad [...]

Quinto: ejecutar los legados [...]

Sexto: casar a las huérfanas [...]

Séptimo: ejecutar las penas previstas en *El Corán* [...]

Octavo: administrar los intereses de su trabajo, evitando los ataques sobre los caminos [...]

Noveno: gestionar los testimonios, y sus secretarios y representantes [...]

Décimo: igualar en el fallo entre el fuerte y el débil [...]

La relación anterior viene refrendada en gran parte por esta del *ḥanbalī* al-Mawardī. En lo que ahora nos atañe, enfatizaremos dos: la gestión del *waqf* y sus competencias respecto a los incapacitados.

^aالكتاب الخامس.

في الأفضية والشهادات ما يتصل بذلك. وفيه عشرة أبواب.
الباب الأول.

في حكم القضاء وفي نظر القاضي به.

وفيه أربعة فصول، الفصل الأول: في حكم القضاء: وهو فرض كفاية ويجب على الإمام أن ينصب للناس قاضياً، ومن أبي عن الولاة أجبره عليها، ولا ينبغي لأحد أن يطلب القضاء، وإن دعي إليه فالأولى له الإمتناع؛ ولأن القضاء بليه يعسر الخلاص منها إلا إذا تعين عليه فيجب عليه الدخول فيه، وذلك إذا لم يكن في جهته من يصلح القضاء غيره.
الفصل الثاني، فيما ينظر فيه القاضي. وتحتوي ولايته على عشرة أشياء. الأول: الفصل بين المتخاصمين، إما بصلح عن تراض، إما بإجبار على حكم نافذ. الثاني: قمع الظالمين على غضب والتعدي وغير ذلك ونصرة المظلومين، وإيصال كل ذي حق إلى حقه. الثالث: إقامة الحدود والقيام بحقوق الله تعالى. الرابع: النظر في الدماء والجراح. الخامس: النظر في أموال اليتامى والمجانين وتقديم الأوصياء عليهم حفظاً لأموالهم. السادس: النظر في الأحباس. السابع: تنفيذ الوصايا. الثامن: عقد نكاح النساء إذا لم يكن لهن ولي أو عضلهن الوالي. التاسع: النظر في المصالح العامة من طرقات المسلمين وغير ذلك. العاشر: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالقول والفعل⁹⁴³.

En el primero de los párrafos transcritos al comienzo del libro sobre la jurisdicción y los testimonios, el alfaquí *malikī* diserta sobre la necesidad del cargo, pues el imán está obligado a dar un juez a la sociedad y la calificación, un tanto pesimista, del puesto como una calamidad para el escogido, el cual no puede excusarse salvo por razones de peso.

En el segundo, nos ofrece su lista las causas que han de ser vistas por el magistrado. Enfatizamos de nuevo las que versen sobre los *awqāf* y los incapaces. Tampoco tenemos que menospreciar el número tercero, donde se menciona a Dios como titular de derechos, por los que ha de velar el magistrado.

^bوأما القضاء فهو من الوظائف الداخلة تحت الخلافة، لانه منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً لتنازع؛ إلا أنه بالأحكام الشرعية الملتقاة من الكتاب والسنة؛ فكان لذلك من وظائف الخلافة ومندرجاً في عمومها. وكان الخلفاء في صدر الإسلام يباشرونه بأنفسهم ولا يجعلون القضاء إلى من سواهم. وأول من دفعه إلى غيره وفوضه فيه عمر رضي الله عنه. فولى أبا الدرداء منه في المدينة، وولى شريحاً بالبصرة وولى أبا موسى الأشعري بالكوفة⁹⁴⁴.

Los *prolegómenos* de Ibn Jaldūn colocan la judicatura entre las funciones propias del califa, de tal manera que los primeros ejercieron la función directamente, siendo ‘Umar quien nombró por primera vez a jueces en Medina, Basora y Kūfa.

a Libro quinto.

Sobre los juicios y los testimonios y lo que está relacionado con ellos. Tiene diez capítulos.

Capítulo primero.

El fallo en juicio y las competencias del juez.

Hay cuatro apartados: Apartado primero: el fallo del juez. Es una obligación, el imán debe nombrar un juez a la gente. Y quien se negara a aceptar sería forzado a ello. No se ha de buscar el puesto, y quien fuera llamado, al principio tiene que negarse, porque la judicatura es una calamidad difícil de librarse de ella. Pero, al final, habría de aceptar, excepto si hubiera alguien más digno.

Capítulo segundo: competencias del juez. Su autoridad incluye diez cosas. Primera: mediar entre los contendientes, bien mediante un arbitrio consensual o mediante una sentencia obligatoria. Segunda: reprimir a los injustos que ataquen lo ajeno y ayudar a los ofendidos y hacer llegar el derecho a su titular. Tercero: imponer las penas previstas por Dios y hacer cumplir los derechos de Dios. Cuarta: tener vista sobre la sangre y las heridas. Quinta: administrar los bienes de los huérfanos y locos y nombrar a sus tutores para cuidar de su patrimonio. Sexta: administración de los *awqāf*. Séptima: ejecutar las disposiciones testamentarias. Octava: concluir los contratos de matrimonio de las mujeres que no tuvieren tutor. Novena: mirar por los intereses generales, caminos de los musulmanes y demás. Décima: velar por las buenas costumbres y evitar los vicios, de hecho o dicho.

b En cuanto a la judicatura, es una de las funciones incluidas bajo el califato, pues es un puesto que ha de dilucidar terminantemente entre los litigantes para evitar suspicacias y cortar los conflictos, todo ello mediante los preceptos extraídos del Libro y la *sunna*. Por ellos es una de las funciones insertadas en el califato y su generalidad. Los califas al comienzo del islam asumían el cargo por ellos mismos y no lo entregaban a nadie. El primero que nombró y delegó en uno fue ‘Umar, Dios esté satisfecho de él, quien nombró a Abū Darda’ en Medina, Šurayḥ en Basora y Abū Mūsā al-Aš‘arī en Kūfa.

^aوفي حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم: ((القضاة ثلاثة؛ إثنان في النار، وواحد في الجنة: رجل قضى بغير علم؛ فهو في النار، رجل قضى بعلم فجار؛ فهو في النار، ورجل قضى بالحق؛ فهو في الجنة)) رواه بُريد عن النبي ⁹⁴⁵.

El jurista *malikī* de Tartús recoge, en su tratado moral sobre los reyes, un dicho del profeta que incide en lo ingrato del puesto de juez. El juez ha de saber y ser justo, en caso contrario, su destino es el fuego del infierno. De nuevo, ese matiz un tanto desesperanzado sobre esta función.

^bوسافرت من هذه المدينة إلى مدينة أسيوط. وهي مدينة رفيعة، أسواقها بديعة. قاضيها شرف الدين بن عبد الرحيم الملقب (بحاصل ما تم) لقب إشتهر به، وأصله أن القضاة بديار مصر والشام بأيدي الأوقاف الصدقات لأبناء السبيل، فإذا أتى فقير لمدينة من المدن قصد القاضي بها، فيعطيه ما قدر له، فكان القاضي إذا أتاه الفقير يقول له: ((حاصل ما تم)). أي لم يبقى من المال الحاصل شيء...⁹⁴⁶

El viajero, Ibn Baṭṭūta, mientras enriquece el relato con anécdotas y chascarrillos sobre los personajes de sus historias, nos regala pinceladas de sumo interés para nuestro estudio. Aquí nos informa que los jueces, en Egipto y los territorios de los actuales países de Jordania, Palestina, Líbano y Siria, administran los bienes habices y limosnas en favor de los menesterosos y viajeros; un papel asimilable al de los obispos sobre las fundaciones piadosas cristianas en el Imperio Bizantino.

^cولو أراد أحدهم الخروج وله ماء أو غراس في الأرض فهل يقال للإمام أن يتملكه للمسلمين من مال الفيء إذا رآه أصلح كما يتملكه لناظر الوقف ما غرس فيها أو بني بالأجرة بعد إنقضاء المدة لا يبعد أن يجوز ذلك بل هو أولى بذلك من ناظر الوقف لوقوع الإختلاف في ملك الموقوف عليهم لرغبة الوقف وأما المسلمون فإنهم يملكون رقبة أرض العنوة...⁹⁴⁷

Este texto, citado en otro capítulo, nos evidencia la cercanía entre un gobernante que no legisla en teoría, sino que administra los bienes de Dios, y el gestor de los bienes constituidos en *waqf*. En definitiva, estamos ante dos figuras que no son titulares, pero han de velar por el destino de un patrimonio ajeno.

^dلأن الله تبارك وتعالى أمر بحياطة أموال السفهاء. فقال تعالى وتعاضم: * ((ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قِيَمًا)) * أي: أموالهم، فوجب بهذه الآية منع السفه من ماله [...] ولم تختلف أرباب المذهب فيمن شهر سفهه انه يضرب على يده إضطربت أقاويلهم في إعتبار الحال التي يخرج بها من الولاية هل هو صلاح الحال أو المأل والحال ولمن ولاه الله أمر المسلمين الإجتهد في أقاويلهم والحكم بما يؤديه إليه نظره من روايته إن كان في محل وبالله التوفيق...⁹⁴⁸

Esta fetua, a la que quizás haremos mención cuando intentemos extraer un concepto de persona en el derecho islámico, trata de determinar cuándo una persona necia declarada incapaz puede recuperar su estado original de capacitada. La traemos a colación, porque, según el tenor del texto, los jueces reciben el encargo de Dios; seguramente en una delegación piramidal desde Él, a través del imán.

a En el dicho del profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él: “los jueces son de tres tipos, dos están en el infierno y uno en el paraíso: si un hombre juzga sin saber, está en el infierno; si un hombre juzga sabiendo pero es injusto, está en el infierno; y si un hombre juzga con la verdad, está en el paraíso”. Lo recoge Burayd del Profeta.

b Viajé a Asywt, una ciudad de nivel elevado, cuyos mercados son espléndidos y cuyo juez es Šaraf al-Dīn b. ‘Abd al-Raḥīm, apodado “consigues lo que se ha completado”, apodo por el que es famoso. Su origen es que los jueces en Egipto y el Próximo Oriente tienen en sus manos los *awqāf* y las limosnas en favor de los vagabundos. Si llega un pobre a una ciudad, se dirige su juez, quien le entrega lo que estima oportuno. El juez, si se le presentaba un pobre, le dice: “consigues lo que se ha completado”, es decir, no queda nada.

c Si alguno de ellos (quienes explotan las tierras de *jarāy*) quisiera abandonarla y tuviera riego o plantación en la tierra, ¿Podría el imán apropiársela en favor de los musulmanes como botín si lo considerara de interés al igual que hace el administrador del *waqf* con lo plantado o construido durante el arrendamiento una vez que termina el plazo de este? No es descartable su validez, sino todo lo contrario, pues tiene preeminencia sobre el administrador del *waqf*, por la existencia de divergencias sobre la propiedad de los beneficiarios del *waqf* sobre el bien raíz, mientras que los musulmanes sí son propietarios del dominio directo de las tierras conquistadas a la fuerza.

d Dios, Bendito y Altísimo, ha ordenado guardar el patrimonio de los necios. Dijo el Altísimo y Magnífico: “No deis a los necios vuestro patrimonio, pues Dios lo hizo valioso”; es decir sus bienes. Por esa aleya, se prohíbe a los necios gestionar sus bienes. Como existe diferencia entre nuestros jeques sobre si se ha de tener en cuenta solo el presente o el pasado para revertir su incapacidad, quien Dios ha nombrado para llevar los asuntos de los musulmanes ha de investigar en su estado y sus conversaciones y estimar lo que crea más oportuno, si ha lugar, y en Dios está el éxito.

^aمنها ناظر الوقف والصدقات، ونص أحمد على جواز أكله نقله عنه أبو الحارث أنه قال: إن أكل بالمعروف فلا بأس. قيل له: فيقضي منه دينه؟ قال: ما سممنا فيه شيئاً. وكذلك نقل عنه حرب في رجل أوصى إلى رجل بأرض أو صدقة للمساكين فدخل الوصي الحائط أو الأرض فتناول بطيخة أو قثاء أو نحو ذلك قال: لا بأس بذلك إذا كان القيم بذلك أكل. وترجم عليه بعض الأصحاب، وأظنه أبا حفص العكبري، الوصي يأكل من الوقف الذي يليه، وهذا ظاهر في أنه لا تشترط له الحاجة. فخرج أبو الخطاب على عامل اليتيم، ونقل الميموني عن أحمد أنه ذكر حديث عمر حين وقف وأوصى إلى حفصة ثم قال أحمد: وليه يأكل منه بالمعروف إذا اشترط ذلك مفهومه المنع من الأكل بدون شرط، فأما الوكيل في الصدق فلا يأكل منه شيئاً⁹⁴⁹.

Transcribimos una vez más este texto, pues nos demuestra que el administrador de un *waqf* posee un margen de actuación muy estrecho, siendo el fundador el que marca los límites y el único capaz de ampliar sus facultades.

^bووقع السؤال عن الموصي لهم قبل وجودهم إذا بيع محل بالصفقة عليهم، هل يمضيها عليها أبوهم مثلاً أو لا بد من الرفع للقاضي في حقهم، لأنه المتولي لأمر الغائب وهؤلاء الذين لا زالوا في العدم بمنزلته؟ والجواب بأن الذي يمضي الصفقة عليهم إنما هو القاضي لا أبوهم، إذ لا ولاية له على من هو في العدم وإنما تكون له الولاية على أولاده بعد وجودهم.⁹⁵⁰

Esta respuesta jurisprudencial, también interesante desde el punto de vista del concepto de persona, más concretamente el *nasciturus*, nos revela el papel del juez como representante de las personas desaparecidas y los aún no nacidos; sin embargo, el padre, tutor legal, no estaría capacitado para ejercer esa potestad sobre el feto.

^cباب القاضي يأخذ الرزق

ذكر (عن نافع أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي عبيد ومعاذ بن جبل بالشام أن: أنظروا رجالاً من أهل العلم من الصالحين ممن قبلكم فاستعملوهم على قضاء ووسعوا عليهم من الرزق) وهذا لأن القاضي محبوس بحق المسلمين فيجب كفايته في بيت مال المسلمين، وذلك من بيت المال لأن الحبس سبب إستحقاق لاكفاية كحبس المرأة بحق الزوج، والمضارب إذا سافر في مال المضارب يستحق النفقة لهذا المعنى، لكن شرط الأجر لا يجوز، لأن القضاء طاعة، وأخذ الأجر على الطاعة حرام⁹⁵¹.

La función judicial no puede ser objeto de tráfico jurídico privado; es decir, no es válido que arriende sus servicios. Al estar retenidos los mismos, y como servidor de los musulmanes, ha de recibir su retribución a cargo del tesoro. Asimismo, se establece que los jueces están al servicio de todos los musulmanes, el plural genérico que indica un sujeto de casi imposible extinción, que sustenta la continuidad del cargo.

^dباب من القضاء ما ينبغي للقاضي أن يعمل به

a ·De ello: el administrador del *waqf* y las limosnas, prescribió Aḥmad la validez de consumirlo, transmitiéndolo desde Abū al-Ḥārīt, quien ha dicho sobre el administrador del *waqf*: si lo consumiera de forma acostumbrada no importa. Se le ha dicho: ¿podría pagar sus deudas? No hemos oído nada sobre ello. También ha transmitido sobre ello Ḥarb que un hombre nombró tutor a otro de una tierra o una limosna en favor de los pobres y entró al predio o a la tierra y tomó una sandía o un pepinillo o algo parecido, dijo: no importa eso si el valor de ello es de esa entidad. Algunos de nuestros colegas, creo que Abū Ḥafṣ al-‘Akbarī, han transmitido que el tutor consume del *waqf* que administra, y eso es evidente que no se ha condicionado a la necesidad. Y Abū al-Jaṭṭāb ha disentido sobre el encargado de los huérfanos, y ha transmitido al-Maymūnī de Aḥmad quien ha recordado el hadiz de ‘Umar cuando constituyó un *waqf* y nombró a Ḥafṣa como encargado, luego dijo Aḥmad: su encargado consume de él de forma legítima si se ha incluido esa cláusula y queda claro la prohibición sin la misma; en cuanto al encargado de la limosna, no puede consumir de ella nada.

b Y la pregunta recae sobre un tutor de personas aún no existentes, si se vendiera un local de ellos, ¿lo podría validar su padre, por ejemplo, o se necesitaría elevar al juez por su derecho en el contrato? Porque él es el encargado de los asuntos del ausente y ellos no existen todavía.

Y la respuesta es que quien puede validar el contrato únicamente es el juez y no su padre, pues no tiene potestad sobre quienes están en la inexistencia, tan solo tiene potestad sobre sus hijos una vez presentes.

c Capítulo: El juez toma su sustento.

Se ha señalado (tomado de [...] en Siria: mira a hombres de ciencia entre los rectos que os encontréis y utilizadlos para juzgar y dadles su sustento), y esto es porque el juez está retenido en garantía de los musulmanes, así que se ha de retribuir del tesoro de los musulmanes, y eso del tesoro, porque ser garantía es causa de la retribución, como la retención de la mujer sobre los derechos del esposo, y la del socio comanditario sobre el capital de la sociedad, que merece el sustento con ese sentido. Pero no es válida la condición de renta (por arrendamiento de obra. Nota del autor), porque la jurisdicción es obediencia, y tomar una renta por la obediencia está prohibido por la religión.

d Capítulo sobre la jurisdicción: qué debe hacer el juez.

(Abū Bakr y Aḥmad b. ‘Amr al-Jassāf dijeron que debe controlar a su escriba, personal y secretarios y supervisar sus asuntos, y pedir cuentas a sus secretarios cada año por los asuntos que lleven y pasen por sus manos; todo ello en prevención de los asuntos de los musulmanes y salvaguarda de sus derechos, para que no se produzcan entre ellos la

(قال أبو بكر وأحمد بن عمرو الخصاف وينبغي أن يشرف على كاتبه وأصحاب مسائله وأمنائه وينتقد [أحوالهم] وأمورهم ويحاسب أمناءه في كل سنة على ما يتولون وعلى ما يجري على أيدهم) كل ذلك احتياطاً لأمر المسلمين وحفظاً لحقوقهم كيلا يقع من بعض هؤلاء خيانة ولبتيس في أمر القاضي ناظر للمسلمين محتاط لأمرهم فيفعل كل ما فيه الإحتياط (قال ويقتصد فيه إجراء الرزق عليهم) أما إجراء الرزق فلأن كلاً منهم فرغ نفسه لمصالح المسلمين فيستحق الكفاية من مال المسلمين وذلك من بيت المال ويقتصد في ذلك لأن الزيادة إجحاف بيت المال والنقصان بخس بهؤلاء العمال فوجب التوسط والإقتصاد وخير الأمور أوساطها⁹⁵².

En el mismo sentido, y unas páginas más adelante, los agentes judiciales también perciben su salario del tesoro público, bajo supervisión del magistrado, del que reciben su autoridad por delegación, está autorizado a delegar, en un mandato en cascada.

^a(وما حكم به الحاكم فأخطأ فهو على وجهين أما كان ذلك في حقوق الله عز وجل وإما أن كان في حقوق العباد فالوجه الأول) نحو حد الزنا والشرب والسرقة (إذا حكم به القاضي ثم ظهر أن الشهود عبيد أو كفار فهذا خطأ ولا ضمان على القاضي في شيء مما فعل بالمقضي عليه وضمن ذلك في بيت المال) دية المرحوم وأرش السياط وبذل اليد ونحو ذلك لأن القضاء وقع لكافة المسلمين لأن نفع القضاء بالحدود عائد عليهم والقاضي نائب عنهم فإذا كان مخطئاً تعذر إيجاب الضمان عليه لأنه لا جنابة منه فيجب الضمان على من وقع القضاء له وهم كافة المسلمين وما لهم ما وضع في بيت المال (والوجه الثاني ما كان من حقوق العباد فهو على وجهين ما كان قائماً يمكن رده كالدار القائمة والداية والعبد وغير ذلك نحو إن حكم بطلاق امرأة وجل أو عتق أمته أو عبده فإنه يردده ذلك إلى المحكوم عليه) لأنه تبين له أنه إنتزع من يديه بغير حق (والوجه الثاني) من القسمة الثانية (ما كان مستهلكاً لا يمكن رده عينه أو كان قصاصاً فاستوفى فالضمان فيه على المقضي له) قيمة الدم في القصاص وقيمة العبد المستهلك وغيره مما وقع القضاء به لأن عمل القاضي وقع له وقد تبين خطأ القاضي فيه ولا يمكن لغريم القاضي فيغرم من وقع القضاء له⁹⁵³.

Además de otros aspectos que ya hemos destacado en otras partes de nuestro estudio, por ejemplo, la consideración de Dios como titular de derechos, en este apartado, el tratadista determina el régimen de responsabilidad civil del juez por sus decisiones erróneas. Cuando la demanda versa sobre temas cuya titularidad es el Creador, sería el tesoro quien asumiría la indemnización. Cuando son asuntos mundanos, entre las criaturas, si fuera posible la restitución, se optaría por ella; en caso contrario, sería el beneficiado por la sentencia quien se haría cargo del coste. En ningún caso, el juez es personalmente responsable. La justificación radica en que, en el caso de los derechos de la Divinidad, el juez tomó la decisión en beneficio de toda la comunidad y el tesoro de esta, en justa correspondencia, habría de indemnizar. En el otro supuesto, el beneficiado es la contraparte en el juicio, que tendría que asumir la restitución o equivalente.

traición y se empañe la fama del juez, administrador de los musulmanes y garante de sus asuntos. Y todo ello en prevención (y economice en sus retribuciones). En cuanto a la retribución, porque todos ellos están en exclusiva dedicados a los asuntos de los musulmanes, y merecen su retribución del dinero de estos, del tesoro; y economizar, porque un aumento supondría un menoscabo del tesoro y una disminución sería una reducción injustificada para estos trabajadores; por ello se debe el justo medio.

a (¿Cuál sería el fallo que cabría cuando el juez se equivoca? Se producirían dos posibilidades: cuando se trate de derechos de Dios todopoderoso o derechos de sus siervos. En la primera contingencia), como la pena de adulterio, por beber alcohol o robo (si el juez fallara aplicándola y se hiciera patente que los testigos eran esclavos o infieles, sería un error del que no respondería el juez en nada de lo que realizó contra el condenado y la indemnización se satisfaría del tesoro) el precio de sangre o por la mutilación de los latigazos o por la mano cortada o similar; porque la sentencia recayó en favor de la totalidad de los musulmanes, ya que versa sobre los castigos establecidos en El Libro les es provechoso: el juez es su representante. Así que el error está justificado y no debe indemnización, porque no tiene culpa sino aquel a favor del cual se produce, la totalidad de los musulmanes, quien ha de responder y lo que tienen está en el tesoro. (Y la segunda contingencia, los derechos de los fieles, también se divide en dos. Primero, aquello que se mantiene y se puede devolver como la casa, la montura, el esclavo o similar, si fallara el repudio de la mujer, la manumisión de la madre o de un esclavo, se restituiría al condenado) porque ha quedado demostrado que se le arrebató injustamente. (Segundo de la segunda contingencia (aquello que se consume y no es posible restituir en sí mismo, o es por talión y se extingue, el vencedor del juicio respondería) la cuantía de la sangre en el talión o el valor del esclavo consumido y demás sobre lo que versó el veredicto, porque la acción del juez le benefició, y ha quedado demostrado el error del juez; es imposible demandar al juez, por eso se demanda a aquel en cuyo favor se dictó.

^aوسئل عن حبس موضعاً على نوع من أنواع البر، وأقام إنساناً للنظر فيه وصرفه في وجهه، ثم بعد ذلك بمدة أراد عزل المقدم وإستبداله بغيره.

فأجاب: [...] والحكم عند الفقهاء أن ليس للمحبس عزل من قدمه للنظر في الحبس لتعلق حق المحبس عليهم بنظره لهم حتى يثبت ما يوجب تأخيرهم وعزله من تقصيره أو تفريطه وتضييعه، وهذا بمنزلة مقدم القاضي على النظر في المحجور أو حبس ثم أراد تأخيرهم فلا يفعل إلا بنبوت موجب...⁹⁵⁴

Esta fetua refiere la norma sobre la remoción del administrador: tanto si fue nombrado por el fundador, como por el juez, no puede ser removido por uno u otro libremente; se exige una razón relativa a negligencia o ser causante de pérdidas. La causa de esta posición se enraíza en que su actuación está vinculada al derecho de los beneficiarios, en cuyo provecho ha de llevar a cabo su función.

^bفي ولاية النقابة على ذوي الأنساب

هذه النقابة موضوعة على صيانة ذوي الأنساب الشريفة عن ولاية من لا يكافئهم في النسب، ولا يساويهم في الشرف [...] وولاية هذه النقابة تصح من إحدى ثلاث جهات: إما من جهة الخليفة المستولي على كل الأمور، إما ممن فوض إليه تدبير الأمور، كوزير التفويض وأمير الإقليم، وإما من نقيب عام الولاية إستخلاف نقيباً خاص الولاية...⁹⁵⁵

Este curioso cargo, que merece una mención especial en este tratado, jefe de las personas con linajes, confirma la repercusión de la genealogía en el derecho islámico. También observamos que la misma estructura piramidal de delegaciones que desciende desde el califa hacia sus subordinados.

^cالمادة (1333) - (يتضمن كل قسم من شركة العقد الوكالة، وذلك إن كل واحد من لاشركاء وكيل لأخر في تصرفه يعني في البيع والشراء وفي تقبل العمل من الغير بالأجرة فلذلك كما أن العقل والتمييز شرط في الوكالة فيشترط على العموم من في الشركة أن يكون الشركاء عاقلين ومميزين أيضاً).

يتضمن كل قسم من أقسام الشركة العقد الستة الوكالة بالبيع والشراء ولا يصح أي نوع من أنواع الشركة بدون وكالة لأنها إذا لم تتضمن الوكالة بالشراء، فلا يمكن لأحد الشركيين أن يدخل مالا إلى ملك الشريك الأخر لعدم ولاية أحدهما على الأخر وبذلك لا يحصل المقصود من الشركة في المشتري ويبقى المال غير مشترك ومختص بالمشتري (الزيلي)⁹⁵⁶.

Este artículo del Código Civil otomano, basado en el *fiqh hanafi*, prescribe que el contrato de sociedad lleva aparejada de suyo la representación mutua de los socios, no siendo válida sin la misma. En la exégesis de este precepto, se acude a un jurisconsulto de la misma escuela en el siglo XIV, al-Zīl ⁹⁵⁷, quien afirma que sin la misma el contrato no cumpliría su misión de transmitir la propiedad adquirida por un socio al otro. Esta norma nos cuestiona la naturaleza jurídica de la sociedad: si bien dedicaremos un espacio a cada uno de sus tipos, ya se nos adelanta que la intención no es crear una entidad que sea propietaria, sino que cada socio sea copartícipe en una comunidad de bienes. Asimismo, la representación es de cada socio sobre los demás, no de cada socio en favor de la sociedad. La actuación en nombre ajeno en los contratos colaborativos, en el

a Y fue preguntado sobre quien ha constituido un *waqf* en favor de cualquier causa piadosa y ha instituido a una persona para su administración y empleo de las rentas en su finalidad, después quiere destituirlo y sustituirlo por otro.

Contestó: [...] La norma entre los juristas es que el fundador no puede destituir a quien nombró para la administración del *waqf*, por estar vinculado el derecho de los beneficiarios en su administración, hasta que quede probado su negligencia o dejadez y mala gestión, y eso también en el caso del nombrado por el juez para la administración del incapaz o *waqf* y quisiera destituirlo o postergarlo, no lo haría salvo la acreditación de causa ...

b Sobre la jefatura de los linajes.

Esta jefatura se refiere a la inmunidad de los linajes nobles, para que no estén sometidos a aquellos que no son sus iguales, ni ostentan la misma nobleza [...]

La función de esta jefatura es válida en tres terrenos: de parte del califa, que tiene bajo su cargo todos los asuntos, de parte de quien está autorizado por este para gestionar los asuntos, como el ministro autorizado y el emir de una región, y por parte de un jefe con autoridad general que nombra a un jefe con autoridad singular ...

c Artículo 1333: Todos los tipos de sociedad contractual incluyen el contrato de representación; cada uno de los socios es representante del otro en su actuación, es decir, en la compra, en la venta y en la aceptación de un trabajo por el otro a cambio de una renta. Por ello, como la inteligencia y el discernimiento son requisitos de la representación, se requiere en general en la sociedad que los socios tengan la inteligencia y el discernimiento adecuado también.

Todos, entre los seis tipos de sociedad contractual, incluyen la representación para la venta y compra, y no es válido ningún tipo sin la representación, porque si no la incluyera para la compra, ninguno de los socios podría transmitir la propiedad de un bien al otro socio, por falta de autorización mutua, y de esta manera no se conseguiría lo pretendido con la sociedad en lo comprado y el bien comprado permanecería sin ser común, únicamente del comprador (al-Zīl 'i).

derecho islámico, no es un mecanismo que coadyuve a la creación de entes independientes de los contratantes.

^a (قوله وسيأتي في الوصية) أي هو أن ملك الموصى له أتم من ملك الموقوف عليه بدليل أن له الإجارة والإعارة من غير إذن مالك الرقبة وتورث المنافع، بخلاف الموقوف عليه لا بد من إذن الناظر ولا تورث عنه المنافع...⁹⁵⁸

Acudiremos nuevamente a este comentario sobre una obra de la escuela *šāfi'ī*, pues, a pesar de su laconismo, condensa una concepción reveladora del carácter del derecho de los beneficiarios del *waqf*, la división del dominio y la necesidad de la representación en estas fundaciones. En el fragmento se compara la situación jurídica del legatario de usufructo o dominio útil con el beneficiario de un *waqf*. El primero disfruta de una propiedad plena sobre el objeto del legado, estando capacitado para disponer de él o transmitirlo *mortis causa*. Por contra, el favorecido por la fundación necesita el permiso del administrador para explotarlo por arrendamiento y su derecho no es susceptible de transmisión a sus herederos.

^bقال العلامة قنالي [...] : إن البناء على أرض الوقف والغراسة عليها كثيرة الوقوع في البلدان خصوصاً دمشق: فإن بسايتها كثيرة وأكثرها أراضي أوقاف غرس عليها المستأجرون، وجعلوها أملاكاً، وأكثر إجارتها بأقل من أجر المثل، إما ابتداء، وإما بزيادة الرغبات، وكذلك حوانيت البلدان، فإذا طلب المتولي، أو القاضي رفع إجارتها إلى أجر المثل [...] وصرح في الإسعاف وغيره بأنه لو تبين أن المستأجر يخاف منه على رقبة الوقف يفسخ القاضي الإجارة، ويخرجه من يده، إنتهى⁹⁵⁹.

Este jurista *hanafī*, cuyo fallecimiento se produjo en el siglo XIX, al abordar la cuestión de los arrendamientos de tierras constituidas en *waqf* y las edificaciones y plantaciones que los arrendatarios efectuaban, que según se desprende de sus cartas era un grave problema en el Damasco de su época, aclara cuáles son las potestades del administrador y del juez. Los dos están capacitados para solicitar subir la renta al nivel de mercado, por llamarlo así, si fuera más bajo. En el siguiente párrafo, determina quién es el competente para anular el contrato de arrendamiento, si se temiera un perjuicio para el dominio directo del habiz: el juez. Varios aspectos que tenemos que destacar: la división del dominio propia del derecho islámico, la explotación de las tierras vinculadas que se realiza mediante arrendamiento, normalmente, y, por último, la cuestión de la persona que realiza los actos de administración en beneficio de ese patrimonio. Si se trata de actos de gestión ordinarios, el juez o el administrador; para temas más trascendentes, únicamente el primero.

^cالفصل الثالث في شرطه: وهو الحوز حسبما ذكرناه في الهبة [...] ويجوز أن يقبض للكبير غيره مع حضوره بخلاف الهبة ويقبض الوالد لولده الصغير والوصي لمحجوره ويقبض صاحب الأعباس ما حبس على المساجد وشبه ذلك [...] الفصل السادس: بقية أحكام الحبس: فمنها أن المحبس إذا اشتراط شيئاً وجب الوفاء بشرطه، والنظر في الأعباس إلى من قدمه المحبس، فإن لم تقدم قدم القاضي ولا ينظر فيها المحبس، فإن فعل بطل المحبس وتبنتي الرباع المحبس من غلاتها، فإن لم تكن فمن بيت المال...⁹⁶⁰

En sus *·leyes del fiqh·*, Ibn *Yāwzī*, *mālikī*, en el capítulo asignado al *hubs*, nos presenta su régimen jurídico básico, del que seleccionamos, en esta ocasión, parte de su contenido. Primero,

a (Su expresión y vendrá en el legado) Es decir, la propiedad del legatario es más perfecta que la del beneficiario del *waqf*; como prueba, puede arrendar o prestar sin permiso del propietario de la *nuda* propiedad o el dominio directo y el usufructo o dominio útil se transmite por herencia. Por el contrario, el beneficiario precisa del permiso del administrador y no se transmite por herencia el usufructo o dominio útil.

b Ha dicho el ulema Qanālī: las construcciones y plantaciones realizadas sobre tierras constituidas en *waqf* son muy numerosas, en la zona, especialmente, en Damasco, donde los huertos son cuantiosos y la mayoría tierras de *waqf*, en las que los arrendatarios han plantado y lo ha constituido en su propiedad, y la mayoría de las rentas están por debajo del mercado, desde el principio, o por el aumento de las peticiones, así como en los locales de los pueblos. Si lo pidieran el administrador o el juez, se elevarían las rentas hasta el nivel de mercado [...]

Ha explicitado (el autor), en *al-Is'āf* y en otras obras, que, si se comprobara que se teme del arrendatario cualquier cosa contra el dominio directo del *waqf*, anularía el juez el arrendamiento y se quitaría de su mano. Y así concluyó.

c Capítulo tercero: y es la entrega, tal cual reseñamos para la donación [...] Y es lícito que la aprehensión de un mayor de edad la realice otro en su presencia, al contrario que en la donación, y la realiza el padre para su hijo menor y el tutor para su pupilo y el dueño de los *aḥbās* para aquellos en beneficio de mezquitas o pobres o similar [...]

Capítulo sexto: el resto de preceptos sobre el fundador: si estipulara cualquier condición, habría que cumplirla, la administración de los *aḥbās* la realizaría la persona designada por el fundador y, si no lo hubiera hecho, lo designaría el juez; no puede ser administrador el fundador, si se nombrara a sí mismo, la fundación sería nula. Las construcciones sobre las tierras se harían a cargo de sus rentas.

como hemos reflejado en el epígrafe precedente, la exigencia de esta escuela de realizar un acto de cambio posesorio, que, en el caso de beneficiarios como mezquitas o los pobres, la aprehensión del bien la realiza el nombrado como *dueño* de los *ahbās*; no especifica si se trata de un cargo público o viene referido al administrador. Seguidamente, se subraya la voluntad del fundador como ley del negocio jurídico y la obligatoriedad de cumplirla. Además, señala que el administrador será quien sea designado por quien constituye o, subsidiariamente, por el juez. Aunque volvamos a servirnos de este fragmento, se añade que las construcciones sobre los bienes vinculados se harán a cargo de sus rentas o, si no fueran suficientes, del tesoro público.

^a ليس للحاكم أن يولي ولا يتصرف في الوقف بدون الناظر الشرعي الخاص، إلا أن يكون الناظر الشرعي قد تعدى فيما يفعل، وللحاكم أن يعترض عليه إذا خرج عما يجب عليه⁹⁶¹.

Se parte de la base de la existencia de un administrador privado, nombrado por el fundador. Mientras ejerza su función el juez no puede sustituirlo ni inmiscuirse en su gestión. Únicamente, si sus actos fueran perjudiciales, como la autoridad competente para su control, ha de oponerse a los mismos, si sobrepasaran lo debido.

^bوسئل عن مسجد حبس عليه أحباس معينة منها للإمام، ومنها للبناء، ومنها للحصر، ومنها للوقود، لكن ما ذكر للبناء هو السقف، أعني للخشب والفرش دون الميطان، وكذلك يقول أهل القرية، فهل يجوز أن يأخذما حبس على السقف للبناء به الحيطان أم حبس الوقود، أو الحُصْر، أو يلزم موضع أن يبنوا الحيطان من عندهم أم لا؟ م مسألة أخرى وهي أهل الموضع أرادوا بناء مسجد وسور، ولهم في ذلك عوائد في بعض دون بعض. فهل يا سيدي يحمل الناس على سنتهم في ذلك. أم هل في ذلك سنة من عهد النبي، ص، فيجب العمل بها؟ أو الخلفاء رضي الله عنهم بعده فيقتدى بهم وتترك سنة الناس؟ لأنهم في بعض المواضع يجرمون الضعيف والقوي سواء لا يفضلون أحداً على أحداً. وكذلك أيضاً من حصر على الناس أمرهم ببناء مسجد أو سور وحمل الناس على عادتهم، هل يلزمه من أجل خدمة الضعيف أو من يحمل لذلك كره أم لا؟

فأجاب: لا بد من المتولي النظر في الحبس من مراعاة قصد المحبس وإتباع شرطه إن كان جائزاً، فما خصه المحبس بنوع لا يصرف في غير ذلك النوع، والأنواع التي لا حبس عليها يجب على الإمام وهو السلطان أن يفعله من بيت المال، فإن عجز الإمام أو أهل النظر فيه توجه الخطاب على الجماعة من باب فروض الكفايات إن ترك الجميع أثموا، وإن قام بها البعض سقط عن الباقيين الفرض⁹⁶².

Se plantea un caso, como suele ser corriente en las fetuas, un tanto rebuscado. Una persona fundó una serie de *ahbās* para el sostén de una mezquita; unos destinados al mantenimiento del techo, otros para pagar al imán, otros para combustible y otros para el recinto. Se interroga al jurista si la comunidad que reza en ella puede destinar las rentas establecidas para el techo en los muros o para construir otra mezquita. En definitiva, si se puede emplear los rendimientos para fines diferentes, aunque similares y loables. La contestación es clara: las estipulaciones del fundador han de ser respetadas por el administrador, si son lícitas, y no se permite invertir en fines no previstos por aquel. Al tratarse de una mezquita, si existiera una necesidad no cubierta por una fundación, el gobernante debería cubrir los gastos a cargo del tesoro. Si no fuera suficiente, sería la comunidad como una obligación del tipo que, si nadie la atendiera, todos pecarían, pero, si unos pocos la

a El juez no puede nombrar ni actuar en un *waqf* sin que lo ordene el administrador legal privado, excepto si este lo perjudica con sus decisiones: el juez deber oponerse, si sobrepasara lo debido.

b Se preguntó sobre una mezquita en cuyo favor estaban constituidos varios *ahbās* determinados: unos para el imán, otros para obras, otros para el recinto y otros para combustible, pero lo que estaba estipulado para obras era para el techo, quiero decir para la madera y alfombras, no para los muros y así lo dice la gente de la aldea. ¿Es lícito tomar del *waqf* destinado al techo para construir muros, o de los destinados a combustible, o recinto, o estarían obligados sus habitantes a sufragar el gasto? Otra cuestión, la gente quiere construir una mezquita y murallas, y tienen beneficios en unos más que en otros. Señor, ¿seguirían sus costumbres o habría una *sunna* del profeta que debieran tener en cuenta, o de los califas que le siguieron? Porque en algunas situaciones salvaguardan al débil y al fuerte de la misma manera y no prefieren a unos sobre otros. En cuanto a aquellas personas limitadas para construir una mezquita o las murallas, se le aplicaría su costumbre, ¿se obligaría al débil, o a quien pudiera soportarlo, quisiera o no?

Contestó: el administrador debe velar por lo estipulado por el fundador y seguir sus condiciones. Aquello que este especificó no se puede aplicar en otra cosa. Para aquello que no hubiera constituido un *hubs*, el imán, es decir, el sultán, debería sufragarlo a cargo del tesoro. Si el imán fuera incapaz, o los gobernantes, se dirigiría la petición a la comunidad como una obligación de capacidad que, si todos la incumplieran, pecarían, pero si unos pocos la cumplieran, exonerarían a los demás.

asumieran, exonerarían a los demás. La voluntad del fundador es la ley de la fundación y el administrador debe cumplirla lo más fielmente posible, a modo de ejecutor de la misma.

الجواب: رحمه الله: لا يجوز للناظر إحداث هذه الشروط ولا غيرها، فإن الناظر إنما هو منفذ لما شرطه الواقف. ليس له أن يبتدئ شروطاً لم يوجبها الواقف ولا أوجبها الشارع...⁹⁶³

Ibn Taymiyya, el filósofo y jurisconsulto, seguidor de Ibn Hanbal, analizando el caso del gestor de una fundación en favor de una cofradía sufi, cuyo encargado cambia lo prescrito por el constituyente, etiqueta al administrador como mero ejecutor de las estipulaciones del fundador. Considerando que el fundador en la mayoría de los casos ha fallecido, la necesidad de que un representante suyo aplique sus condiciones no admite dudas. Ahora bien, los límites del ejercicio de esta función están muy constreñidos.

قلت - أ رأيت إن أوقف أرضاً على الفقراء والمساكين فكان الواقف غير مأمون (على الوقف ولا موضع لذلك قال ينبغي للقاضي أن ينزعها ويوليها غيره.

قلت وسواء شرط ولايتها لنفسه أو لم يشترط ذلك قال نعم هما سواء إذا كان غير مأمون إنتزعت من يده [...] قال- لأن ملكه قد زال عنها وصار كالحافظ لها للمساكين فإذا كان غير مأمون على حق المساكين إنتزعها منه أ لا ترى أن رجلاً لو أوصي إلى رجل وهو غير مأمون إنتزع منه المال لأن المال قد صار لغيره ولا يحوز أن يوليه من ليس بمأمون [...] قلت رأيت إذا جعل أرضه صدقة موقوفة في صحته ثم مات ولم يوص إلى أحد- قال للقاضي أن يوليها من يثق به-

قلت -فإن كان الواقف وقفها في صحته ثم قال لرجل عند وفاته أن وصي ولم يزد على ذلك أ يكون له ولاية هذه الصدقة- قال -نعم وهو وصي في كل وقف له وفيما كان في يده من الوقف وفي ماله وولده إذا قال أنت وصي ولم يزد على ذلك-

[...]

قلت -فإذا كان شرط الواقف أن يليها هذا الرجل في حياة الواقف وبعد وفاته فالوصية صحيحة في الحياة وبعد الوفاة إما في الحياة فهو كالوكيل وأما بعد الوفاة فهو كالوصي بقول الواقف وبعد وفاته فهذه منه وصية إليه في ولايتها- قلت -أ رأيت إذا وقفها على أن لفلان وولايته في حياته وبعد وفاته على أنه ليس له إخراجها من ذلك- قال - الوقف جائز والولاية لفلان في حياته وبعد وفاته وللواقف إخراجها والشرط الذي شرط له أنه ليس له إخراجها باطل لا يحوز أ لا ترى أن رجلاً لو قال قد جعلت فلاناً خيرتي في حياتي ووصي بعد وفاتي على أنه ليس لي إخراجها وهذا الشرط باطل لا يحوز وكذلك الشرط في الوقف...⁹⁶⁴

El libro sobre el *waqf* del *hanafi* Hilāl bin Yaḥiā dispone que el administrador de los *awqāf* ha de ser una persona en la que se pueda confiar, tanto si se trata del propio fundador como un tercero, pudiendo ser removido del cargo tanto por el juez, en el primer caso, como por el

a La respuesta: Dios se apiada de él: no le está permitido al administrador inventar estas condiciones ni otras, pues es un mero ejecutor de las estipulaciones del fundador. No puede estipular condiciones que no ha impuesto el fundador ni el Legislador.

b Dije: Si constituyera en *waqf* una tierra en favor de los pobres y menesterosos, y el fundador no fuera fiable (para el *waqf* ni hubiera espacio para ello. Dijo: El juez debe apartarlo y nombrar a otro.

Dije: ¿y tanto si él hubiera estipulado que fuera el administrador como si no? Dijo: sí, ambos casos sería n iguales, si no fuera de fiar, se destituiría [...]

Dijo: porque su propiedad ha desaparecido y se ha convertido en su guardador para los pobres. Si no fuera fiable para el derecho de los pobres, se destituiría. ¿No ves que si un hombre nombrara a un tutor y no fuera fiable se le retiraría el dinero, porque este sería de otro y no es válido el nombramiento de un tutor no fiable? [...]

Dije: ¿Qué opinas que si constituyera un *waqf* estando sano y muriera sin nombrar administrador a nadie?

Dijo: el juez ha de nombrar a uno en el que tenga confianza.

Dije: si el fundador lo constituyera estando sano y después le dijera a un hombre ante la cercanía de la muerte que fuera el albacea y no añadiera nada más, ¿se extendería su autoridad al *waqf*?

Dijo: sí, y sería el administrador en todo su *waqf* y en todo lo que estuviera bajo su mano, de *waqf* y otras partes de su patrimonio, hijos, si lo nombrara albacea y no añadiera nada más [...]

Dije: si la estipulación del fundador fuera que el hombre administrara en vida y después de su muerte, el nombramiento testamentario sería válido, en vida y después de la muerte; en vida sería como un mandatario y tras la muerte sería un albacea, al haber dicho el fundador durante mi vida y tras mi muerte, pues esto sería su legado como administrador.

Dije: ¿qué opinas que si lo constituyera con la condición de que fulano fuera el administrador en vida de aquel y tras su muerte sin que pudiera destituirlo?

Dijo: el *waqf* sería válido y la administración de fulano en vida y tras su muerte y el fundador podría destituirlo y la condición de que no pudiera hacerlo sería nula. ¿No ves que un hombre, si hubiera puesto a fulano como su elección en vida y albacea tras su muerte con la condición de que no pudiera destituirlo, la condición sería nula? Así ocurre en el *waqf*.

constituyente y el magistrado en el segundo. Asimismo, conviene poner el énfasis en que el cargo es necesario, pues quien lo constituye deja de ser propietario del bien, pero la falta de determinación del titular del cargo no implica la nulidad del negocio, pues el juez tiene la potestad de nombrar a una persona *ex novo*. A diferencia de los *mālikīes*, esta escuela no encuentra ninguna objeción en que el propio fundador pueda ser administrador. Finalmente, los puestos de administrador, albacea y tutor son utilizados indistintamente para designar la misma función.

^a* وفي الإسعاف لا يولي إلا أمين قادر بنفسه أو بنائبه ويستوى فيه الذكر والأنثى وكذا الأعمى ولا بصير وكذا المحدود في القذف إذا تاب ويشترط للصحة بلوغه وعقله كذا في بحر الرائق⁹⁶⁵.

En esta colección de fetuas realizada en la India mogola, se relacionan algunos de los requisitos que ha de reunir la persona del administrador: de confianza, que actúe por sí mismo o mediante representante, hombre o mujer, ciego o no, condenado por calumnia si se ha arrepentido.

Para la validez del nombramiento ha de ser mayor y con discernimiento. El rasgo de la confianza es recurrente en todos los juristas.

^b* ولو أن الواقف جعل ولاية لوقف إلى رجلين بعد موته ثم إن أحد الرجلين أوصى إلى صاحبه في أمر الوقف ومات جاز تصرف الحي منهما في جميع الوقف كذا في فتاوى قاضيخان * ولو أوصى إلى رجلين فقبل أحدهما وأبى الآخر فالقاضي يقيم مكانه رجلاً آخر حتى يجتمع رأى الرجلين كما قصد الواقف ولو فوض القاضي الولاية تمامها إلى هذا الذي قبل جاز أن يكون بلا خلاف كذا في الظهيرة⁹⁶⁶*

Prosiguiendo con la misma recopilación, se permite una gerencia colegiada; se desprende de las expresiones que el régimen sería mancomunado: las decisiones se toman por acuerdo de todos; se excluiría la solidaridad, o sea, la acción de uno vincularía a los demás.

^c لأن الناظرين فيما إليهما النظر فيه كالوصيين فيما أسند إليهما، وقد قال فقهاء المذهب: من أوصى إلي وصيين لم يجز فعل أحدهما في بيع ولا شراء ولا عقد نكاح حتى يظهر معه صاحبه، إلا أن يوكل أو يفوض إليه، قال الشيخ أبو عمر بن عبد البر في كتابه "الكافي" ومثله في الدواوين المذهبية، ومن المعلوم أن إسناد المحبس النظر في حيسه إلى ناظرين، من باب العهد إلى وصيين، ويلحق بذلك الأوامر السلطانية المقتضية للتشريك في نظر، فإن مصرف القضاء بالتشريك إنما هو لتوثقه في تحصيل الإصابة بتعدد الموافقة⁹⁶⁷.

La mancomunidad en la actuación de las personas por nombre ajeno también es lo establecido por la escuela *malikī*; no únicamente entre dos administradores de un *waqf*, sino también entre tutores y sultanes colegiados.

^dفأجاب: لو حابى الناظر في الكراء لم تجز محاباته ولا يمضي ما فعله بغين ولو جب أن يقف أرباب البصر ويجعلون على المكثري كراء المثل، فمن باب أولى النازلة أعلاه أن يغرم المكثري كراء المثل⁹⁶⁸.

Otra salvaguarda con el fin de garantizar una correcta gestión es la nulidad de los contratos perfeccionados por el administrador a un precio inferior al habitual en la zona y en ese momento. El arrendamiento se entendería fijado por la renta usual.

a En el *Is'āf*, no se nombra más que al de confianza, capaz por sí mismo o mediante representante, y es indiferente si es hombre o mujer, el ciego o el que ve, el condenado por calumnia si se arrepiente, y es condición de validez su mayoría de edad, discernimiento, así en el *Bahar Al Ra'iq*.

b *Si el fundador nombrara a dos hombres para la administración del *waqf* para después de su muerte, en el caso de que uno nombrara en testamento al otro como encargado de esos bienes, la actuación del que permanece vivo sería válida en todo el *waqf*. Así en las fetuas de *Qāḍijān** Si nombrara a dos hombres en testamento y uno aceptara y el otro lo rechazara, el juez tomaría el lugar de este hasta que convergieran la opinión de los dos hombres como pretendía el fundador; si el juez nombrara a quien aceptó, sería válido, sin controversia, así en *al-Tahira**.

c Porque los dos administradores, en cuanto a la gestión que se les ha encomendado, son como dos tutores en lo que tienen encargado. Los alfaquíes de la escuela han dicho: quien nombra en la tutela a dos tutores, no es válida la actuación de uno solo, ni en la venta, la compra, ni en el contrato de matrimonio, hasta que no aparezca con él su compañero, salvo que haya delegado en él. El jeque Abū 'Umar b. 'Abd al-Barr, en su libro "*Al Kāfi*", lo ha dicho, y también en otras recopilaciones de la escuela. Es conocido que el encargo de la gestión del *waqf* a dos administradores, entra en el mismo campo que dos tutores, y también está incluido las órdenes de los sultanes que han de ser conjuntas, pues el objetivo del precepto de la colegialidad no es otro que asegurar la consecución del fin perseguido con la pluralidad de vistos buenos.

d Contestó: si el administrador mostrara favoritismo en el arrendamiento, no sería válido lo realizado fraudulentamente, y los peritos deberían fijar una renta de mercado, y del primer epígrafe anterior, se desprende que debe imponerse esa renta.

^a أما الإشراف على الوقف فقد كان بادئ الأمر من قبل الواقف نفسه أو ممن ينييه وبكلفه لأدارته، وحين تطورت الأمور الإدارية وإتسع الوقف وأنشئت الدواوين في عهد أمير المؤمنين عمر بن خطاب رضي الله عنه ومن بعده من الخلفاء أصبح للوقف ديوان تابع لديوان مالية [...] فقد ولي قضاء مصر، توبة ابن نمر [...] وذلك في زمن الخليفة هشام عبد الملك فقال: "ما أرى موضع هذه الصدقات إلا إلى الفقراء والمساكين، فأرى أن أضع يدي عليها حفظاً لها ممن الثواء والتوارث" ولم يمت توبة حتى صار للأحباس أي للأوقاف ديوان مستقل عن بقية الدواوين، وتحت إشراف القاضي فقد أمر بتسجيل الأحباس في سجل خاص ليحمي مصالح المستحقين فيها ويعتبر هذا الديوان هو أول تنظيم للأوقاف ليس في مصر فحسب، بل في الدولة الإسلامية كافة، فقد أنشئ ديوان آخر للأوقاف في البصرة في عهد القاضي توب⁹⁶⁹.

El autor de esta tesis doctoral, con toda seguridad basándose en obras *ḥanafīes*, señala que estas fundaciones eran en un principio controladas por su propio creador (condición prohibida como hemos visto por los *malikīes*). El desarrollo de la institución, especialmente en su vertiente piadosa, provocó que las autoridades establecieran divanes específicos, proceso comenzado tras la muerte del profeta y consolidado en la época omeya, para supervisarlos bajo el mando del juez. Otros autores, como García Sanjuán⁹⁷⁰ también sostiene la tesis de una autoridad centralizada de esta institución. Esta afirmación deberemos matizarla en su momento.

^b الجواب: نعم، لوالي الأمر أن ينصب ديواناً مستوفياً لحساب الأموال الموقوفة عند مصلحة، كما له أن ينصب الدواوين مستوفياً لحساب الأموال السلطانية: كالفيء وغيره. وله أن يفرض له على عمله ما يستحقه مثله: من كل مال يعمل فيه بقدر ذلك المال، وإستيفاء الحساب وضبط مقبوض المال، ومصروفه من العمل الذي له أصل؛ لقوله تعالى: * (والعاملين عليها) * وفي الصحيح: ((إن النبي، ص، إستعمل رجلاً على ولي الصدقة، فلما رجع حاسبه)). وهذا الأصل في المحاسبة العمال المتفرقين. والمستوفي الجامع نائب الإمام في محاسبتهم، لا بد عند كثرة الأموال ومحاسبتهم من ديوان جامع.

لهذا لما كثرت الأموال على عهد أمير المؤمنين عمر بن خطاب رضي الله عنه ((وضع الدواوين)) ديوان الخراج، وهذا ديوان المستخدمين على الإرتزاق، وإستعمل عليه عثمان بن حنيف. وديوان النفقات، وديوان المصروف على المقاتلة والذرية الذي يشبه في هذه الأوقات ديوان الحبس والثبوتات نحو ذلك. وإستعمل عليه زيد بن ثابت.

وكذلك الأموال الموقوفة على ولادة الأمر من الإمام والحاكم ونحوه إجرائها على الشروط الصحيحة المواقفة لكتاب الله، وإقامة العمال على ما ليس عليه عامل من جه الناظر. والعامل في عرف الشرع يدخل فيه الذي يسمى ناظراً، ويدخل فيه غير الناظر لقبض المال ممن هو عليه صرف ودفعه إلى من هو له؛ لقوله: * (إن الله يأمركم أن تودوا الأمانات إلى أهلها) * ونصب المستوفي

a En cuanto al control del *waqf*, en un principio se realizaba por el propio fundador o por quien este designara; cuando se desarrollaron los asuntos administrativos y se extendió el *waqf*, y se crearon los divanes en la época del príncipe de los creyentes, ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él, y sus sucesores en el califato, en el diván económico se creó uno para el *waqf* [...] cuando Tūba Ibn Namr accedió a la jurisdicción de Egipto [...] en la época del califa Hišām b. ‘Abd al-Mālik dijo: “no veo que más que estas limosnas son para los pobres y menesterosos, y opino que debo ponerlas en mi mano, para conservarlas de la desaparición y su trasmisión por herencia”. No había muerto Tūba y ya los *aḥbās*, es decir, los *awqāf*, tenían un diván independiente del resto, bajo el control del juez. Y ordenó registrarlos en un registro especial para proteger los intereses de los beneficiarios, y se considera ese diván el primero que se organizó para los *awqāf*, no solo en Egipto, sino en todo el islam, pues se erigieron divanes en Basora, en la época del juez Tūba.

b La respuesta: sí, el responsable puede erigir un diván o registro para llevar las cuentas de los bienes constituidos en *waqf*, si lo estima conveniente; como puede erigir divanes para llevar las cuentas de los bienes públicos: el botín o similar. Puede imponer que de ellos se pague lo que se merece por un trabajo similar: de cada bien sobre el que se trabaje, en función de ese bien, y ajustar cuentas y un control sobre lo aprehendido y lo destinado en aquellos bienes raíces; por lo que ha dicho el Altísimo en la aleya: * (sus trabajadores) *, y en el hadiz válido: ((el Profeta empleó a un hombre para la recaudar la *zakāt*, y, cuando regresó, ajustó cuentas)). Este es el origen de la rendición de cuentas de los distintos empleados. Y el encargado de reunir los bienes, es un delegado del imán para ajustar las cuentas; es necesario cuando aumentan los bienes y sus cuentas en el diván principal.

Por ello, cuando aumentaron los bienes en la época del príncipe de los creyentes, ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él, instituyó, entre ((los divanes), el diván del *jarāy*, el registro de los beneficiarios de las pagas, puso a su frente a [...] Y el diván de los gastos; es decir, el registro de los bienes destinados al combate y a la descendencia que en estos tiempos se parece al diván del presidio y las constancias. Puso al frente de él a Zāyd b. Tābit.

También los bienes constituidos en *waqf* bajo la tutela del imán, el juez o similar, instituidos según las condiciones válidas conforme al libro de Dios. Asimismo, poner a trabajadores cuando no existan administradores. El trabajador según costumbre legítima entra dentro de lo llamado administrador, y entra, distinto del administrador, quien aprehende los bienes para repartirlos a sus beneficiarios, según dice: *(Dios os ordena devolver la confianza a su gente)* . También puede instituir un trabajador principal para los demás. Según los intereses y las necesidades. Se convertiría en un deber si no se consiguiera reunir los bienes, pues lo necesario para cumplir un deber, también es un deber. Si existieran poco trabajo y el imán pudiera realizarlo por sí mismo, podría prescindir de él, al igual que hace el imán con el juez, cuando lo aconseja el interés y la necesidad; si no se entregaran los derechos a sus titulares o no se cumpliera un deber o se impidiera un pecado. El imán podría prescindir de él, en caso de realizar su labor por sí mismo.

الجامع للعمال المتفرقين بحسب الحاجة و الصلحة. و قد يكون واجباً إذا لم تتم مصلحة قبض المال و صرفه إلا به، فإن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. و قد يستغن عنه عند قلة العمل ومباشرة الإمام للمحاسبة بنفسه، كما في نصب الإمام للحاكم، و عليه أن ينصب حاكماً عند الحاجة و المصلحة، وإذا لم تصل حقوق إلى مستحقها، أو لم يتم فعل الواجب وترك المحرم إلا به. و قد يستغنى عنه الإمام إذا أمكنه مباشرة الحكم بنفسه⁹⁷¹.

Ibn Taymiyya, el ulema damasceno, uno de los principales juristas de la escuela *hanbalī*, que vivió entre los siglos XIII y XIV⁹⁷², permite a los gobernantes, en principio sobre los *awqāf* bajo su tutela o la de los jueces, crear registros especiales para su control. Igualmente, confecciona un breve recorrido histórico sobre este órgano administrativo, que también tendrá su protagonismo en nuestro trabajo. En el último párrafo, confirma que el cargo de juez entra dentro de las funciones del gobernante, el imán que aglutina todos los poderes, quien crea el cargo cuando las circunstancias lo aconsejen, al ser incapaz de llevar a cabo esa tarea por sí mismo.

^aإن الناظر يتولى التصرف بالوقف وتنمية والإستفادة منه: من الإجارة والمزارعة والمساقاة ونحوها، ولا صلاحية للموقوف عليه في التصرف إذا لم يكن هو الناظر، لأن الولاية للناظر سواء كان الناظر هو الموقوف عليه أو غيره. فإن لم يكن للأوقاف متولي أو ناظر فإن القاضي يتولى الإجارة بحكم الولاية العامة. وكذلك إذا كان هناك متول إلا أنه رفض لإجارة الوقف ورأى القاضي أن الأجرة أصلح للوقف فإن القاضي يتولى أيضاً إجارته. فإجارته. ففي هاتين الحالتين لا خلاف بين الفقهاء فيهم⁹⁷³.

La norma general es la existencia de un administrador específico para estas fundaciones; no se deja en manos de los beneficiarios la explotación del patrimonio, salvo aquel que sea nombrado como tal. Subsidiariamente, o por negligencia del mismo, el juez se haría cargo de la fundación.

^bقلت: قوله ((فإن غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم)) هذا والله أعلم إذا لم يكن المحبس عليه معيناً أمر بنفسه، وأما إن كان مالكاً أمر نفسه ولم يول المحبس على حبسه أحداً فهو الذي يجوز ويتولاه⁹⁷⁴.

En estos comentarios del siglo XVI sobre obras *malikīes* precedentes, también se insiste en la necesidad de la función, sin que su omisión anule la fundación. El juez puede suplir esa laguna.

Para estos juristas, al contrario que lo dispuesto por otras corrientes, si el beneficiario es una persona determinada y capaz asumiría el cargo.

Extraemos otros párrafos de la tesis señalada con anterioridad que nos perfilen un poco más el mecanismo de la actuación para explotar el *waqf*:

^c1.- ليس للمتولي أن يؤجر الوقف لنفسه ولا لولده القاصر [...] كما لا يجوز أن يؤجر أي شخص يكون تحت ولايته [...] وذلك لأنه إذا أجز لنفسه أو لمن هو تحت ولايته يكون مؤجراً ومستأجراً في آن واحد [...] أما إذا ذهب المتولي إلى القاضي فيؤجر له ما يريد، ووافق القاضي على ذلك فالإجارة صحيح [...] 2.- لا يصح للمتولي أن يؤجر الوقف لأشخاص لا تقبل شهادته له...⁹⁷⁵

Se establecen unas reglas con el fin de prevenir posibles conflictos entre los intereses personales del gestor y los de la fundación. Precauciones típicas cuando una persona actúa en nombre de otra. En especial, se trata de evitar que una misma persona ocupe las dos posiciones en las relaciones sinalagmáticas. Dedicamos las páginas siguientes a mencionar la opinión de las distintas escuelas sobre la renta mínima de ese arrendamiento y la responsabilidad del administrador si lo fijara en una cantidad menor. Nos detendremos en otras cuestiones más trascendentes para nuestro trabajo:

a El administrador es competente para actuar en el *waqf*, desarrollarlo y explotarlo: mediante el arrendamiento, contrato de siembra, de riego, etc. El beneficiario no está facultado para actuar, salvo que sea el administrador, porque es atribución del administrador tanto si es beneficiario como si no. Si el *waqf* no tuviera administrador, el juez se encargaría de arrendarlo en virtud de su autoridad general. Asimismo, si hubiera administrador pero rechazara arrendarlo o el juez considerara que la renta es más beneficiosa, el juez asumiría también su arrendamiento. En ambos casos, no existe discrepancia entre los *fuqahā*'.

b Dije: su expresión ((si lo hubiera omitido el fundador, la administración sería del juez)) eso sería, y solo Dios es más sabio, si el beneficiario no fuera determinado y capaz, si el beneficiario fuera capaz y el fundador no hubiera nombrado a nadie, sería válido y asumiría el puesto...

c 1.- El administrador no puede arrendar el *waqf* a sí mismo, ni a su hijo menor [...] como no puede arrendarlo a nadie que esté bajo su tutela [...] Eso es así porque, si lo arrendara a sí mismo o a alguien que esté bajo su tutela, sería el arrendador y el arrendatario al mismo tiempo [...] Si fuera al juez para que lo arrendara a quien quisiera y el juez estuviera de acuerdo, el arrendamiento sería válido.

2.-No le está permitido al administrador arrendar el *waqf* a las personas que no se admitirían como testigos a su favor...

^d إختلف الفقهاء حول إنتهاء عقد الإجارة للوقف حالة الوفاة: هل ينتهي العقد بموت المؤجر أو موت المستأجر أو بموتهما؟ رأي الحنفية: قالوا: إن عقد الإجارة للوقف لا ينتهي ولا يفسخ بموت المؤجر (الناظر أو القاضي) كما هو الحال في عقد الإجارة للملك، فإذا توفي المؤجر للوقف تبقى الإجارة قائمة حتي تنتهي المدة المضروبة. أما إذا توفي المستأجر فإن عقد الإجارة ينتهي.

والسبب في ذلك: أن العقد لا ينتهي بموت المؤجر لأن المؤجر في عقد إجارة الوقف ليس مالكا للعين كما ليس مالكا لمنفعته لذا فإن موته لا يغير الحكم فتبقى الإجارة مستمرة، وكذا لا يبطل عقد الإجارة بموت الوكيل في الإجارة.

أما المستأجر فالعقد وقع له و أجر ملزم من ماله، فلو إفترضنا أن العقد بقي مستمرا بعد موته لإستحقت الأجر من مال غيره —وهم الورثة— وهذا مخالف لطبيعة عقد الإجارة.

رأي المالكية والشافعية: إن عقد الإجارة في ملك لا يفسخ بموت أحد العاقدين أو كليهما بل تبقى الإجارة سارية المفعول إلى أن تنتهي المدة المضروبة لأن عقد الإجارة هو عقد لازم لا يفسخ بالموت، وأن ورثة المؤجر يستوفون الأجرة بعد وفاة المؤجر، كما أن ورثة المستأجر يخلفون المستأجر في إستيفاء المنفعة بعد وفاته، ومثل ذلك عقد إجارة الوقف، إلا أن المالكية والشافعية قد إستثنوا حالة واحدة وهي إذا كان الناظر من ضمن المستحقين في الوقف فإن عقد الإجارة يفسخ بوفاته، لأن المنفعة بعد الموت هي حق لغيره لا ينفذ عقده عليها من غير إذن ولا ولاية⁹⁷⁶.

Se analiza la respuesta a la cuestión sobre qué ocurre en el contrato de arrendamiento cuando muere alguno de los contratantes o los dos. El autor explica las diferencias entre la escuela *ḥanafī*, por un lado, y la *mālikī* y *šāfi'ī*, por otro. Los primeros, para los que el contrato de arrendamiento ordinario se extinguiría con el fallecimiento de alguna de las partes, en el caso de los *awqāf*, el deceso del arrendador (juez o administrador) no supondría el final de la relación. La justificación radica en que no es propietario del dominio directo ni del útil del bien. Este mismo argumento lo trasladan a la muerte del representante. Desde el punto de vista del arrendatario, puesto que es parte directa, si se estableciera la continuación del negocio, la renta no la debería pagar él, sino los herederos, lo que contravendría la naturaleza del arrendamiento. Por lo que a las otras dos escuelas se refiere, el contrato de arrendamiento nunca se extingue por la muerte, únicamente, por el vencimiento del plazo. Los herederos de cualquiera de los contratantes ocuparían la posición del fallecido. Es la solución para un arrendamiento cualquiera, incluido el caso del *waqf*. No obstante, si el administrado también fuera beneficiario del *hubs*, su muerte sí supondría la extinción del contrato, pues las rentas irían a otra persona que nada tendría que ver con el contrato.

Las tesis *ḥanafīes* van referidas al carácter representativo como parte en el contrato del administrador o juez. Su muerte resulta irrelevante, pues no es un auténtico contratante, sino que actúa en nombre de otro. Sin embargo, el autor de la tesis no concluye que la persona a la que el administrador trasmite los derechos y obligaciones propias del arrendador sea el propio *waqf*, como persona jurídica.

^d Los jurisconsultos están divididos sobre el contrato de arrendamiento de un *waqf* en caso de fallecimiento. ¿Se extingue el contrato con la muerte del arrendador o la muerte del arrendatario o de los dos?

Los *ḥanafīes* opinan: El contrato de arrendamiento de un *waqf* no se extingue y no se rescinde por la muerte del arrendador (administrador o juez) como sería el caso de una arrendamiento concluido por el propietario. Si el arrendatario del *waqf* falleciera, el contrato se mantendría vigente hasta que venciera el plazo fijado. Pero si muriera el arrendatario, el contrato de arrendamiento se extinguiría.

La causa de ello: el contrato no se extinguiría con la muerte del arrendador, porque en el contrato de arrendamiento del *waqf* el arrendador no es propietario del bien, como tampoco es propietario de su utilidad, por ello su muerte no cambia el régimen y el contrato continúa; tampoco se anula el contrato de arrendamiento con la muerte del representante en el contrato de arrendamiento.

En cuanto al arrendatario, el contrato se efectuó para él y la renta se exige de sus bienes, si conjeturáramos con la posibilidad de mantener el contrato tras su muerte, se exigiría la renta de un dinero que no es suyo —los herederos— lo que iría contra la naturaleza del contrato de arrendamiento.

Los *mālikīes* y los *šāfi'īes* opinan: el contrato de arrendamiento sobre la propiedad no se rescinde por la muerte de cualquiera de los contratantes o ambos, sino que permanece vigente hasta el vencimiento del plazo estipulado, porque el contrato de arrendamiento es un contrato obligatorio que no se extingue con la muerte. Los herederos del arrendador cobrarían la renta después de su muerte, como los herederos del arrendatario lo sucederían en en el disfrute de la utilidad mediante el pago tras el fallecimiento; así ocurriría en el arrendamiento del *waqf*. Los *mālikīes* y los *šāfi'īes* exceptúan un supuesto: si el administrador estuviera incluido entre los beneficiarios del *waqf*, el contrato se extinguiría con su muerte, porque las utilidades tras su muerte pertenecería a otro, y el contrato no se le aplicaría sin autorización o tutela.

Las otras dos escuelas estiman que cualquier arrendamiento es objeto de sucesión *post mortem*, sea o no de unos bienes constituidos en *waqf*. Si bien, si el administrador fuera designado entre los beneficiarios, su muerte sí provocaría la extinción, pues su derecho a las rentas pasaría a otra persona, heredera o no.

En ninguna de las dos corrientes, aun siendo conscientes de que el administrador actúa por cuenta ajena (el *waqf*) se da el paso decisivo para otorgarle personalidad jurídica de forma explícita.

^a*قلت* رأيت الواقف إذا دفع أرض الوقف مزارعة ودفع ما فيها من نخل وشجر معاملة ثم مات قبل إنقضاء مدة الإجارة والمزارعة والمعاملة هل تبطل *قال* لا *قلت* وكذلك وصية وأمين القاضي *قال* نعم *قلت* فإن مات المزارع والمعامل هل تبطل المزارعة والمعاملة *قال* نعم *قلت* ولم تبطل المزارعة والمعاملة بموت المزارع والمعامل ولا تبطل بموت الواقف ولا وصية ولا بموت أمين القاضي *قال* من قبل أن هؤلاء لم يزارعوا ولم يعاملوا لأنفسهم وإنما فعلوا ذلك لأهل الوقف فلا تبطل بموت من يموت منهم ولا لمزارع والمعامل إنما زارع وعامل لنفسه فلما مات بطل ما كان منه من ذلك والله أعلم⁹⁷⁷.

Observamos en este escrito, de uno de los primeros miembros de la escuela *ḥanaḥī* que escribió sobre el *waqf*, quien inspiró seguramente al autor de la tesis en sus reflexiones, que los distintos contratos para la explotación de los bienes no se extinguen por la muerte de la parte que representa al *waqf*: fundador, administrador o secretario del juez. La razón: actúan en nombre de un tercero, según el tenor literal del texto *la gente del waqf* (expresión que sugiere los beneficiarios de la fundación), por eso el fallecimiento del arrendatario o el cultivador sí pone fin al arrendamiento, pues se representan a sí mismos. Existe un sujeto que concluye un negocio jurídico a través de un agente que sobrevive a su apoderado. Alteridad y continuidad en el tiempo más allá de los representantes o representados son dos características presentes en toda persona jurídica. Ahora bien, no queda clara la figura del representado en las fuentes: el propio bien habiz, los beneficiarios o el fundador.

بصفة الولاية للوقف:

الولاية للوقف حق قدر شرعاً على كل عين موقوفة، إذا لا بد للموقوف من متول أو ناظر يدير شؤونه، ويحفظ أعيانه، وذلك بعمارته وصيانتها وتنميتها وإستثمارها على الوجه المشروع، وصرف غلتها وناتجه من أجرة أو زرع أو ثمر على مستحقي الوقف حسب شروط الواقف المعتبرة شرعاً⁹⁷⁸.

Este doctorando jordano, citando a un autor, discípulo de Abū Ḥanīfa, que vivió a finales del siglo XV y principios del XVI, Ibrāhīm b. Mūsā b. Abū Bakr, y otros, considera que la tutela del *waqf* es un derecho determinado legalmente en favor de los bienes constituidos como habices. A pesar de esta contundente definición, no plantea la cuestión de su consideración como centro de imputación de derechos y obligaciones. No obstante, se apunta a la aparición de rasgos propios de la personalidad jurídica.

Aunque no las transcribamos, por no ser tan relevante, el autor realiza un recorrido por las distintas opiniones de los juristas sobre quién está capacitado para ocupar el cargo. Igualmente, procedemos a extractar sus conclusiones sobre las competencias de las que está investido.

En primer lugar, durante la vida del fundador, las distintas corrientes no están de acuerdo sobre la validez del nombramiento de este como administrador. Los *mālikīes* no lo permiten, puesto que exigen, lo recordamos, que el bien salga de su posesión. Los *ḥanaḥīes* lo aceptan pero algunos requieren que se estipule expresamente; una postura similar a la de *šāfi'īes* y *ḥanbalīes*. Finalmente,

a Dije ¿opinas que si el fundador entregara la tierra del *waqf* en aparcería o diera lo que en ella hubiere de palmeras o árboles en sociedad y muriera antes del fin del plazo de arrendamiento, la aparcería o la sociedad, se extinguiría el contrato? Dijo: no. Dije: ¿igual que el tutor y el secretario judicial? Dijo: sí. Dije: Si el aparcerero o el socio murieran, ¿se extinguiría el contrato? Dijo: sí. Dije ¿por qué se extinguiría la aparcería y la sociedad con la muerte del aparcerero o socio y no por la muerte del fundador, tutor o secretario del juez? Dijo: porque estos no cultivan, ni trabajan para sí mismos, sino que lo hacen para la gente del *waqf*, así que no se extingue por la muerte de ninguno de ellos, mientras que el aparcerero y el socio cultiva y trabaja para sí mismos, así que si mueren se extingue y Dios es más sabio.

b Característica de la tutela sobre el *waqf*:

La tutela sobre el *waqf* es un derecho considerado por el Legislador sobre todos los bienes constituidos en *waqf*, porque necesitan de un administrador o encargado que gestione sus asuntos, conserven los bienes, y ello mediante la reforma, mantenimiento, desarrollo e inversión según lo permitido legalmente; y destinar sus cosechas y productos, por renta, cultivo o frutos, a los beneficiarios del *waqf* según lo estipulado por el fundador y reconocido por el Legislador.

en el caso que los beneficiarios sean un ente público, como mezquitas o fortalezas, algunas tesis se inclinan porque han de ser gestionados por el gobernante o su delegado. En general, la muerte del constituyente no altera el nombramiento del administrador.

Entre los requisitos del supervisor, a grandes rasgos, estarían incluidos: capacidad intelectual, ser musulmán, justo, cuya definición varía atendiendo a las diversas interpretaciones jurisprudenciales de esta condición.

Competencias: conservación y mantenimiento del *waqf*, ejecutar las disposiciones del fundador, defender los derechos del *waqf*, pagar sus deudas, satisfacer los derechos de los beneficiarios.

Acciones permitidas: arrendamiento, contrato de siembra, construir en las tierras.

Acciones prohibidas: no contratar consigo mismo ni con su hijo menor, no contraer deudas contra el *waqf*, su hipoteca, la habitación sin renta, préstamo gratuito.

Remuneración del administrador: la puede fijar el fundador o el juez.

El administrador actúa en nombre ajeno. Para unos, en nombre de quien lo nombró (el fundador o el juez), por lo que la muerte del delegante supondría su cese, salvo que el fundador hubiera estipulado su continuidad. Otros se inclinan por la representación de los beneficiarios.

Ha de rendir cuentas de su actuación.

^aفأجاب: الجواب أنه إذا كان الناظر الموصوف على ما ذكر حوسب، ووجب أن يظهر ما دخل بيده وما خرج، وإن وقع إتهام حلف، وإن لم يصلح للنظر قدم القاضي من يشهد في بالصلاح ويلتزم الوظيف.

وأجاب غيره: تأملت الجواب عرضه وهو صحيح، ولا خفاء أن الناظر في الحبس إذا بان تقعه على فرائده، وكذبه فيما يدعي من صرفها في مصرفها فواجب عزله وتبديله بمن يرضى، وأخذ بما دخل بيده من الفوائد إلا أن يبدو وجهها يعرف⁹⁷⁹.

La rendición de cuentas va implícita en el puesto y, si el resultado es negativo, el juez tendrá que destituirlo y reemplazarlo. En esta respuesta jurisprudencial de la escuela de Medina, se plantea el supuesto de un responsable que no destina las rentas al fin fijado. En consecuencia, deber ser relevado y respondería por la mala gestión.

^bالمبحث العاشر

أكل الإنسان من مال غيره دون إذن [...]]

((وإن كانت الولاية لمصلحة المولى عليه، فالمنصوص جواز الأكل منه أيضاً بقدر العمله)) ويتخرج على ذلك عدة صور منها:

-((ولى اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله [...]]

-منها ناظر الوقف والصدقات، نص أحمد على جواز أكل منها بالمعروف⁹⁸⁰.

Como parte de otra tesis doctoral, dedicada al derecho de propiedad en la *Šarī'a*, este epígrafe señala aquellos supuestos en el que una persona distinta del propietario consume los frutos de ese dominio sin permiso y sin resultar ilícito. Como regla general, los tutores que actúan en beneficio de un tercero están autorizados para hacerlos suyos en función del trabajo realizado. De manera análoga, el administrador del *waqf*, siempre y cuando se produzca dentro de los parámetros normales. Citamos de nuevo el siguiente pasaje de la recopilación de dichos del profeta:

a Contestó: y la respuesta es que si el administrador descrito fuera como se refiere, se le pedirían cuentas. Se debería establecer qué es lo que entró en sus manos y que lo que salió, y si se presentara una acusación, se le pediría un juramento. Si no fuera apto para la gestión, el juez nombraría a quien viera capaz y le encargaría la función.

Otra respuesta: reflexioné la respuesta expuesta y es correcta. No se oculta que el administrador de un *waqf*, si se desentendiera de los beneficios y mintiera en lo que se le pidiera que destinara las rentas, debe ser depuesto y sustituido por quien convenciera. Se le pedirían cuentas por lo que entró en su mano de beneficio, salvo que apareciera una finalidad conocida.

b Cuestión décima. Consumo de una persona del patrimonio de un tercero sin permiso.

((Si la tutela fuera en interés del pupilo, lo prescrito es que se permite, en el equivalente de su trabajo)) y se extraen de ella diversas cuestiones:

-((El tutor de los huérfanos consume, si tiene necesidad, en el equivalente de su labor [...]]

-Entre ellas el administrador del *waqf* y las limosnas, donde Aḥmad prescribe la validez del consumo según lo acostumbrado.

^aباب الوكالة في الوقف ونفقته وأن يطعم صديقاً له يأكل بالمعروف. 2313 حدث قتيبة بن سعيد. حدثنا سفيان بن عمرو، قال في صدقة عمر رضي الله عنه: ليس على ولي جناح أن يأكل ويؤكل صديقاً غير متأثلاً مالا. فكان ابن عمر هو يلي صدقة عمر، يهدي لناس من أهل مكة ينزل عليهم⁹⁸¹.

Seguramente, el autor tuviera en mente este hadiz para su estudio, aunque no lo cita. ^bفأجاب: [...] إنه إن جعل له المرتب المذكور على قيام بمصلحة من مصالح، من نظر أو إشراف أو شهادة أو غير ذلك من مصالحه فله يقوم بها فأخذه ما أخذه باطل، يجب عليه رده لأنه أخذه من غير عوض ولا يجوز للناظر في الحيس السكوت عنه، بل يجب عليه طلبه وإستخلافه منه، فإنه مطلوب بضم أموال الأحياس وإستخراجها من يد مغتصبها أو أخذها بغير حق...⁹⁸²

Nos beneficiamos otra vez de la recopilación de respuestas jurisprudenciales andalusíes y norteafricanas. En la presente, el alfaquí establece que una de las obligaciones principales del administrador se concreta en la defensa de los bienes frente a usurpaciones y en mantener la integridad de dicho patrimonio.

^cوسئل عن رجل كان ناظراً على قرية محبسة على أشياء من أعمال البر والخير بأمر من السلطان، وهو في الأصل التحبب أن يأخذ الناظر على القرية الربع من الفوائد ويستعين به على نظر، ويصرف الثلاثة الأرباع في مصرفه، فتوفي الناظر المذكور، وقد مضى من السنة ثلثان أو أكثر، فهل يأخذ ورثة المتوفي شيئاً من فائدة السنة؟ أو يأخذ الذي تقدم بعده جميع الفائدة؟ وهو الربع المذكور المعين للناظر، - والناظر الثاني هو الذي قبض الزرع وثمر الماء الموقوف على القرية الموقوفة. فأجاب: يأخذ كل من خدم بنسبة ما خدم، وحظ الميت لورثته⁹⁸³.

Se comprueba que, de forma habitual, es un cargo remunerado, en este caso con un porcentaje de las rentas; en caso de haberse sucedido varias personas en el puesto, su derecho sería proporcional al trabajo efectuado. Además, se transmite mediante herencia.

^dوسئل عن رجل مقدم على أحياس دار الوضوء بريض بلش وتآلف بيده من فوائد الأحياس جملة دراهم، فوجه له عند وزير البلد وجماعته في هذه الأيام، وقالوا له تعطينا تلك الدراهم التي بيدك من الأحياس نعطيها لحصن صالحة فأمتمت من ذلك فتعوده، وقال له الوزير تسوقها بورك أو بغير دك وعليك بالكلام فيها، وساق لهم منها نحو ستمائة مثاقا ودفع لهم، هل يا سيدي هذه الدراهم في ذمة الناظر ويجب عليه غرمه من ماله أم لا؟

فأجاب: إذا كان أخذ الدراهم من الناظر على الوجه المذكور في السؤال فلا ضمان عليه وذمته بريئة منها⁹⁸⁴.

Se narra lo sucedido en Ballaş, una localidad de al-Andalus⁹⁸⁵, donde el ministro del lugar tomó bajo amenaza el dinero de unas fundaciones de las manos del administrador. Al haberse producido intimidación, no sería responsable de este perjuicio. Asimismo, se comprueba que las reglas aplicables son, en principio, las fijadas por el fundador, a las que se ha de atener el administrador.

a Capítulo sobre la delegación en el *waqf* y sus gastos y sobre si está facultado para alimentar a un amigo de él: 2313. Qutayba b. Sa'īd ha dicho: nos ha hablado Sufyān b. 'Amr: ha dicho sobre el *waqf* de 'Umar, Dios esté satisfecho de él: no cometería pecado el encargado si comiera o diera de comer a un amigo sin menoscabo de los bienes. Pues el hijo de 'Umar, encargado de su *waqf*, lo ofrecía a la gente de La Meca que se acercaban.

b Y contestó: [...] En verdad, si se le ha colocado en un puesto como el expuesto para servir a unos intereses, como administrador, controlador o testigo, o cualquier otro interés, y no lo hace, y se tomara algo ilícito, debe anularlo, porque se tomó sin contraprestación y no le está permitido al administrador desatenderlo, y ha de demandar por ello y solucionarlo, pues se le pide unir los bienes del *waqf* y sacarlo de las manos del que lo ha usurpado o cogido sin tener derecho...

c Y fue preguntado por un hombre que era administrador de una aldea constituida como *waqf* para fines benéficos y de beneficencia por orden del sultán; en el origen del acto, se estipuló que el administrador tomara de la aldea un cuarto de los beneficios y así se apoyara en la gestión, gastando los tres cuartos restantes en los beneficiarios. Murió el administrador señalado, habiendo transcurrido dos terceras partes o más del año. ¿Les corresponde a sus herederos tomar algo de los beneficios o su sucesor es quien los hace suyos? Se trata del cuarto reseñado como apoya al administrador, mientras que fue el segundo quien aprehendió la cosecha y la renta del agua constituida como *waqf* de la citada aldea.

Respondió: cada uno toma en función del porcentaje de servicio realizado, y la parte del fallecido es para sus herederos.

d Y fue preguntado sobre un hombre administrador de *aḥbās* de la casa de abluciones en un arrabal de Ballāš, quien disponía en sus manos los beneficios de esos *aḥbās*, unos *dirhams*. Fue llamado ante el ministro del país y su camarilla durante esos días. Le dijeron que les diera los *dirhams* que tenía para entregarlos a una fortaleza. Se opuso y lo amenazaron y juraron en su contra. El ministro les dijo que se los llevaría quisiera o no, y les dio cerca de seiscientos pesos. ¿Señor, el administrador respondería de esos *dirhams* y debería reponerlos?

Respondió: si los *dirhams* fueron tomados del administrador según lo referido en la pregunta, no respondería el administrador y su patrimonio estaría a salvo.

^aوسئل عن ناظر في أحباس مسجد إستوفر له من غلة أحباس المسجد دنانير فأبتاع بها دويرة للمسجد، ثم إنه بعد مدة من إبتاعها رأي بيعها والإستبدال بها، أو رأي نكل غيره ممن ينظر في المسجد بعده، هل ترى ذلك جائزاً أم لا؟ فأجاب: ليس للناظر في أحباس المسجد أن يفعل ذلك إلا بإذن القاضي بعد أن يثبت عنده وجه النظر في ذلك وبالله التوفيق⁹⁸⁶.

Esta nueva fetua, referida a una fundación en favor de una mezquita, ejemplifica el estrecho margen de actuación del administrador, pues, si pretende vender unas habitaciones para cambiarlas por otra, ha de contar con la autorización del juez. Su potestad no incluye la disposición de los bienes, aunque fueran secundarios.

^b*(في فتاوى صاعد) متولي الوقف باع شيئاً منه أو رهن فهو خيانة فيغزل أو يضم إليه ثقة⁹⁸⁷.

Esta frase entresacada de la compilación *hanafi* de la India marca otros límites a la gestión: no está habilitado para disponer, lo cual incluye la hipoteca, de los bienes. El acto es catalogado de traición que provocaría su destitución o el deber de prestar caución.

^cالجواب. الحمد لله رب العالمين، الناظر ليس له أن يفعل شيئاً في أمر الوقف إلا بمقتضى المصلحة الشرعية، وعليه أن يفعل الأصلح، فالأصلح، وإذا جعل الواقف للناظر صرف من شاء، وزيادة من أرادة من أراد زيادته ونقصانه، فليس للذي يستحقه بهذا الشرط أن يفعل ما يشتهي، أو ما يكون فيه أتباع الظن، وما تهوي الأنفس؛ بل الذي يستحقه بهذا الشرط أن يفعل من الأمور الذي هو خير ما يكون إرضاء لله ورسوله. وهذا في كل من تصرف لغيره بحكم ولاية، كالإمام، والحاكم، والواقف، وناظر الوقف، وغيرهم: إذا قيل: هو مخير بين كذا وكذا، أو يفعل ما شاء، ونل رأي، فإنما ذلك تخيير مصلحة، لا تخيير شهوة. والمقصود بذلك أنه لا يتعين عليه فعل معين، بل له أن يعدل عنه إلى ما هو أصلح وأرضى الله ورسوله، وقد قال الواقف: على ما يراه ويختاره ويرى المصلحة فيه. وموجب هذا كله أن يتصرف برأيه وإختياره الشرعي، الذي يتبع فيه مصلحة الشرعية. وقد يرى هو مصلحة. والله ورسوله يأمر بخلاف ذلك، ولا يكون هذا مصلحة كما يراه مصلحة، وقد يختار ما يهواه لا ما فيه رضى الله، ولا يلتفت إلى إختياره، حتى لو صرح الواقف بأن الناظر أن يفعل ما يهواه وما يراه مطلقاً لم يكن هذا الشرط صحيحاً، بل كان باطلاً، لأنه شرط مخالف لكتاب الله...⁹⁸⁸

Los *hanbalīes*, en especial Ibn Taymiyya, son extremadamente celosos con la intención última de los sujetos a la hora de, entre otros negocios, constituir una fundación. Este esmero encuentra su reflejo en la restricción del fundador para agregar estipulaciones; sería incongruente que el administrador gozara de más amplias prerrogativas. En esta respuesta, aunque el constituyente otorgara un campo de acción discrecional, su labor siempre ha de regirse por las condiciones permitidas por Dios en su libro. Esta prevención se extiende a cualquier cargo que signifique actuar en nombre ajeno: imán, juez, constituyente de un *waqf*, administrador, etc. El filósofo y jurista adjetiva al administrador de un *waqf* como un actor en nombre de otra persona, no precisa la misma: beneficiario, el sujeto que lo constituye. En caso de haber ahondado en esta cuestión, hubiera sido un paso importante a la hora de conceptualizar la personalidad jurídica.

a Y fue preguntado sobre el administrador de unos *ahbās* en favor de una mezquita, quien, con unos dinares de sus rentas, adquirió dos habitáculos para la mezquita y, posteriormente, tras un período desde la compra, vio oportuno venderlos y cambiarlos por otros, o lo vio oportuno otro administrador que le sucedió. ¿Consideras que eso es válido o no?

Respondió: No es lícito para el administrador de los *ahbās* de la mezquita hacer eso, salvo con permiso del juez, tras acreditarse la necesidad, y con Dios está el acierto.

b (En las fetuas de Sa'īd) El administrador de un *waqf* que vendiera o hipotecara algo de él cometería traición y quedaría destituido o se le obligaría a prestar alguna garantía.

c La respuesta: gracias a Dios, señor de los dos mundos, el administrador no puede, respecto a los asuntos del *waqf*, hacer nada que no suponga un interés legítimo. Debe hacer lo más correcto. Si el fundador le hubiera permitido destinar (las rentas) a quien quisiera, o aumentar o disminuir (su cuota), no podría quien tuviera derecho por esta cláusula actuar según su capricho, o seguir su parecer, o lo que estime más valioso, sino que debe proceder según lo que sea mejor para agrandar a Dios y su profeta. Esto se extiende a todo aquel que actúe en nombre ajeno, como tutor: como el imán, el juez, el fundador de un *waqf*, el administrador y demás: si se dijera: puede elegir entre esto o aquello, o hacer lo que desee, o lo que opine, sería una elección de interés, no de capricho.

Y lo que se pretende con esto es que no es nombrado para hacer algo determinado, sino que se ha de apartar hacia lo que es más correcto y que más satisfaga a Dios y su profeta. El fundador quizás diga: según lo que vea o escoja como más provechoso. Esto obliga a actuar según su opinión y elección entre lo que es legal, y lo que persiga un interés legítimo. Puede que vea que algo sea de provecho, mientras que Dios y su profeta ordenen otra cosa. No sería de provecho como él lo ve. Quizás elija lo que le ansía y no lo que agrada a Dios; no se miraría a su elección. Incluso si el fundador explicitara que el administrador puede hacer lo que desee y lo que opine, con carácter absoluto, no sería una cláusula válida, sino nula, porque sería una cláusula que vulneraría el Libro de Dios...

32/873^a - مسألة: في ناظر متى يستحق معلومه: من حين فوض إليه؟ أمن حين مكنه السلطان؟ أو من حين المباشرة؟
الجواب: الحمد لله. المال المشروط للناظر مستحق على عمل المشروط عليه، فمن عمل ما عليه يستحق ماله. والله أعلم⁹⁸⁹.

En cuanto a su remuneración, le es debida en el momento que realiza sus funciones, no desde su nombramiento.

Hasta el momento, hemos traspuesto obras de juristas, fundamentalmente medievales. Comprobar su resonancia en las distintas codificaciones modernas, vigentes en algún momento o no, supone un ejercicio cuyos resultados nos aportan una visión de conjunto muy fructífera a la hora de captar la idea de la representación, concepto e institución jurídica que deviene imprescindible, en muchas coyunturas, en especial, cuando la esfera jurídica representada no se corresponde a la de un ser humano.

^bالباب السادس (في إجارة الوقف)

(مادة 681)

لناظر ولاية إجارة الوقف فلا يملكها الموقوف عليه إلا إذا كان متولياً من قبل الواقف أو مأذوناً من له ولاية الإجارة من ناظر أو قاض

(المادة 699)

لا تنفسخ الإجارة بموت الناظر ولا بعزله وتنفسخ بموت المستأجر لنفسه⁹⁹⁰.

Este proyecto de código, inspirado en su mayoría por la escuela *hanafi*, prescribe que únicamente el administrador o, en su defecto, el juez, puede arrendar los bienes constituidos en *waqf*. No está capacitado el beneficiario excepto si ha sido nombrado como tal por el fundador o autorizado por los gestores. Asimismo, la muerte del administrador, quien ocupa la parte del arrendador, no extingue el arrendamiento, pero sí la del arrendatario.

^cالمادة 709.

1.- لا ينتهي الإيجار بوفاة أحد المتعاقدين.

المادة 749:

1.- لمن يتولى إدارة الوقف ولاية إيجاره.

2.- وإذا كانت التولية على الوقف لإثنين فليس لأحدهما الإنفراد برأيه في الإجارة دون الآخر.

3.- وإن عين للوقف متول ومشرف فلا يستقل المتولي بالإيجار دون رأي المشرف.

a 32/873: Cuestión: sobre el administrador, ¿cuándo tiene derecho a su remuneración? ¿Cuándo es nombrado? ¿Cuándo es admitido por el sultán, o cuándo realiza su trabajo directamente?

La respuesta: Gracias a Dios. El dinero estipulado para el administrador se merece con el trabajo efectuado, quien realiza el trabajo que debe hacer merece su dinero. Y Dios es más sabio.

b Capítulo Sexto. (Sobre el arrendamiento del *waqf*).

(Artículo 681)

El administrador tiene la potestad de arrendar el *waqf*, que no tiene el beneficiario, salvo que esté nombrado por el fundador o autorizado por el que tiene la autoridad de arrendar, administrador o juez.

(Artículo 699)

No se extingue el arrendamiento por la muerte del administrador, ni por su remoción, pero se extingue por la muerte del arrendatario por sí misma.

c Artículo 709:

El arrendamiento no se extingue por la muerte de ninguno de las contratantes.

Artículo 749:

1.- Que ocupe el cargo de administrador tiene la potestad de arrendar el *waqf*.

2.- Si el cargo de administrador recayera sobre dos, ninguno de los dos podría decidir por sí mismo sin contar con el otro.

3.- Si se hubiera designado a un administrador y a un supervisor para el *waqf*, el administrador no podría arrendar de forma independiente, sin contar con el supervisor.

Artículo 750:

1.- No le está permitido al administrador arrendar el *waqf* a sí mismo, aunque fuera a precio de mercado, excepto que el tribunal aceptara el arrendamiento.

2.- Le está permitido arrendarlo a sus ascendientes y descendientes a cambio de una renta superior a la de mercado, tras permiso del tribunal.

Artículo 751:

No le está permitido al beneficiario del *waqf* arrendarlo ni tomar la contraprestación, aunque fuera el único que tuviera derecho, salvo que lo hubiera nombrado el fundador o tuviera permiso de quien ostente la administración del *waqf*.

المادة 750:

1. - لا يجوز للمتولي أن يستأجر الوقف لنفسه ولو بأجر المثل إلا أن يتقبل الإجارة من المحكمة.
2. - ويجوز له أن يؤجر من أصوله أو فروعه بأجرة يزيد عن أجر المثل بعد إذن المحكمة.

المادة 751:

ليس للموقوف عليه إيجار الوقف ولا قبض بدل إيجاره ولو إنحصر فيه الإستحقاق ما لم يكن مولي من قبل الواقف أو مأذون ممن له ولاية الإجارة⁹⁹¹.

El código civil jordano, vigente desde 1972, el cual sustituyó a la *Mayalla* otomana, regula el arrendamiento como un contrato que no se extingue por la muerte de ninguna de las partes. Por lo que a los *awqāf* se refiere, la explotación de los bienes mediante este contrato corresponde al administrador. Si fueran dos, la toma de decisiones es mancomunada; asimismo se permite que exista un supervisor, en cuyo caso habrá de tomar las medidas de acuerdo ambos. El administrador no puede arrendarse a sí mismo, ni por la renta de mercado, aunque puede ser autorizado por el tribunal. Del mismo modo, puede concertar el contrato con sus ascendientes o descendientes por una renta superior a la de mercado y con permiso del órgano judicial. El beneficiario, aun siendo único, no está facultado para contratar, a excepción de que esté autorizado por el fundador o con permiso del administrador.

المادة 56^a

تمثل الأوقاف العامة أمام القضاء مدعية أو مدعي عليها من لدن السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف أم من تنتدبه لهذا الغرض⁹⁹².

El código de los *awqāf* de Marruecos divide a estas fundaciones en públicas, sucesivas (privadas) o mixtas. Los primeros, según este precepto, serían representados en juicio por la autoridad gubernamental competente o por quien esta designara. Hemos mantenido la terminología original de la ley marroquí: fundación sucesiva, es decir, se producen llamamientos sucesivos a los beneficiarios según el orden establecido en el momento de su constitución por el fundador.

المادة 80^b

تكرى الأموال الموقوفة وفقاً عاماً بإذن من إدارة الأوقاف، ولا يجوز كراؤها بأقل من كراء المثل.

المادة 82

ينعقد الكراء بمصادقة إدارة الأوقاف على نتيجة السمسرة أو طلب العروض⁹⁹³.

La explotación de las fundaciones públicas se realiza mediante su arrendamiento. El contrato precisa de la autorización de la Administración de los *Awqāf*; se perfecciona con la conformidad de la misma sobre el resultado de la intermediación o de la oferta. La renta ha de ser igual o superior a la de mercado.

المادة 92^c

ينقضي الكراء بأحد الأسباب الآتية:

- إنتهاء المدة؛
- هلاك العين المكراة؛
- تراضي الطرفين.

Las causas de extinción del contrato no incluyen la muerte de alguno de los contratantes.

المادة 118^d

a Artículo 56:

Los *awqāf* públicos sería representados en juicio, como demandantes o demandados, por la autoridad gubernamental competente sobre los *awqāf* o por quien designe para tal fin.

b Artículo 80

Los bienes constituidos en *waqf* público se arriendan con autorización de la Administración de los *Awqāf*, y no es válido el arrendamiento por menos de la renta de mercado.

Artículo 82

El arrendamiento se perfecciona con el visto bueno de la Administración de los *Awqāf* al resultado de la negociación o a la oferta.

c Artículo 92.

El arrendamiento se extingue por alguna de las siguientes causas: finalización del plazo, destrucción del bien, acuerdo de las partes.

d Artículo 118

Los *awqāf* privados son puestos bajo la supervisión de la Administración de los *Awqāf*.

توضع الأوقاف المعقبة تحت مراقبة إدارة الأوقاف. ويتولى النظر في شؤون كل وقف معقب ناظر خاص به يعينه من طرف الواقف، وإلا فمن طرف السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف بعد إستشارة الموقوف عليهم. ويشترط في أن يكون مسلماً، متمتع بالأهلية، قادر على تسيير المال الموقوف والنظر في شؤونه، وأن لا تكون قد صدرت في حقه عقوبة من أجل ارتكاب جريمة من الجرائم المتعلقة بالأموال أو المخلة بالأخلاق.

المادة 119

يعهد إلى الناظر الأوقاف المعقبة بتسيير المال الموقوفة، والمحافظة عليه، ورعاية شؤونه، وتحصيل مداخيله وتوزيعها على المستحقين حسب شروط الواقف مع مراعاة أحكام هذه المدونة. يلزم الناظر بتقديم حساب سنوي عن تسييره للوقف المعقب إلى المستفيدين منه وإلى إدارة الأوقاف، ودعم بالوثائق المثبتة

المادة 120

يعزل ناظر الأوقاف المعقبة بمقرر للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف إذا ثبت إخلاله بالتزامته في تسيير شؤون الوقف المعقب أو صدر في حقه حكم نهائي بالإدانة من أجل ارتكابه إحدى الجرائم المشار إليها في المادة 118 أعلاه.⁹⁹⁴

En cuanto a las fundaciones de carácter privado, aunque estén bajo supervisión de las autoridades competentes en la materia, son gestionadas por un administrador nombrado por el fundador o, subsidiariamente, por la Administración de los *Awqāf*, tras consultar a los beneficiarios. Los requisitos serían: ser musulmán, con capacidad de obrar, competente para regir los asuntos y que no hubiera sido condenado por algún delito contra los bienes o contra la moral. Se ha de regir por la voluntad de quien constituyó la fundación y las disposiciones del código. Entre sus deberes se encuentra la rendición de cuentas anual ante los beneficiarios y la administración. Esta podría destituirlo si se probara su negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones o por la condena de algunos de los delitos referidos.

De forma paralela a la exposición de las fuentes, procuraremos extraer una serie de conclusiones sobre la regulación que el *fiqh* prescribe en aquellas situaciones jurídicas en las que un sujeto efectúa cualquier negocio o acto jurídico, cuyos efectos se despliegan en la esfera de otro u otros.

Con carácter previo, hemos acudido al campo de la semántica, en especial a la palabra árabe que, entre sus muchas acepciones, como autoridad, incluye las actuaciones en nombre y derecho de un tercero. Hemos escogido el término *walā'iyya* (acción) y *wālī* (función o cargo), centrados más en lo que, en terminología actual, designaría a los representantes legales (tutores, cargos públicos, etc.) y no a los convencionales: mandatarios. En los textos son citados tangencialmente. Únicamente, al comentar un artículo del código civil otomano, nos referimos a ellos. Los socios, como efecto necesario del contrato de sociedad, asumen la representación de los demás partícipes, nunca de un ente nuevo que sería esa sociedad si disfrutara de la personalidad jurídica.

A modo de remate de nuestra tesis sobre la *umma* y su posible carácter de sujeto político, hemos de analizar la cuestión del vínculo que la une con el gobernante, siendo más precisos, en nombre de quién procede. Los textos no ofrecen soluciones unívocas: de algunos fragmentos se

La administración de los asuntos en el *waqf* privado está asignada a un administrador especial para cada uno nombrado por el fundador o, subsidiariamente, por la autoridad competente sobre los *awqāf* tras consultar a los beneficiarios.

Se requiere que sea musulmán, disfrute de capacidad de obrar, competente para llevar los bienes constituidos en *waqf* y administrar sus asuntos, no que se haya emitido contra él sentencia por la comisión de delitos relativos a los bienes o contra la moral.

Artículo 119

Se encarga el administrador de los *awqāf* privados de llevar los bienes, conservarlos, cuidar sus asuntos, conseguir entradas y repartirlas entre los beneficiarios según lo dispuesto por el fundador, observando los preceptos de este código.

El administrador viene obligado a presentar cuentas anuales sobre la llevanza del *waqf* privado a los beneficiarios y a la Administración de los *Awqāf*, acompañadas de los documentos que hagan prueba.

Artículo 120

El administrador de los *awqāf* privados es destituido por decisión de la autoridad gubernamental competente sobre los *awqāf*, si se probara su negligencia en cumplir las obligaciones o se emitiera contra su derecho un fallo firme por la comisión de algún delito de los referidos en el precedente artículo 118...

desprende que es un sucesor del Profeta a modo de vicario puesto por Dios; otros apuntan a su condición de representante de la comunidad, por ejemplo, cuando nombra a los jueces, al investirlos, lo hace en nombre de la *umma*, hecho que asegura la continuidad de los mismos tras cesar el califa por muerte o deposición. En el primer caso, si es un delegado de Dios, la actuación en nombre ajeno no significa un reconocimiento indirecto de la personalidad jurídica, pues, para un creyente, la Divinidad no es una entelequia, sino un sujeto real, aunque trascendente. Si atendemos a las opiniones que abogan por la delegación de las fieles, tendríamos que reiterar nuestro parecer sobre la ausencia de una articulación, en este caso, un negocio jurídico aunque fuera hipotético como el contrato social (no entendemos que *al-bay'a*, cumpliera esa misión, sino que sería asimilable a una promesa de fidelidad), que constituyera al conjunto de los musulmanes en un sujeto con virtualidad propia, y no, como creemos, en términos jurídicos, una comunidad de bienes o intereses, no un ente independiente de sus miembros. En el nombramiento de los jueces por mandato de la sociedad de creyentes se vislumbra un expediente jurídico que asegura la continuidad en el delegante (imprescindible para la continuación de la delegación), ante la carencia de una persona jurídica. Esta problemática es objeto de un epígrafe propio.

Los juristas musulmanes asimilan la función gubernamental a la tutoría de incapaces, entendido este calificativo como aquella persona de cuyos actos no surgen consecuencias jurídicas sin la presencia de otras. La principal implicación de esta asimilación es la exigencia de llevar a cabo la labor en interés del representado (el incapaz). Del mismo modo, denota una visión paternalista del poder, pues el gobernado es comparado con un incapaz: sin que se desprenda como una afirmación explícita, aun considerando a la comunidad como sujeto, se trataría de un sujeto con capacidad de obrar limitada.

Este califa, sultán o cualquier otra denominación aparecida en las obras seleccionadas, aúna todas las facetas de la ejecución de las normas y la aplicación judicial de las mismas. Aunque existen ejemplos históricos de legislaciones emanadas de los mismos, tanto en los libros del *fiqh*, como en entre los orientalistas se considera que no es una potestad originaria, pues el único legislador es Dios, cuyos preceptos son explicitados por los alfaquíes. Ante la ingente cantidad de facultades depositadas en él, el apoyo de diversos cargos, con una estructura piramidal que parte de esta cúspide se presenta como imprescindible. La concepción islámica del cargo de califa, al carecer de capacidad legislativa, lo acerca a un administrador que ha de gestionar los bienes puestos en sus manos por Dios, en función de las normas por Este establecidas; la mera gestión supone un porcentaje mayoritario, en la teoría, en la acción del gobernante, que la legislación o la ejecución. Es necesario, para nuestro trabajo, centrarnos en que esa misma cualidad no es ajena al vínculo entre el administrador de un *waqf* con los beneficiarios, como seguidamente exponremos, al plantear el régimen jurídico de la administración de las fundaciones en el derecho islámico. Este paralelismo ha inspirado al premio nobel de literatura egipcio, Naḡīb Maḡfūz, en su novela, *Hijos de nuestro barrio*:

^a هذه حكاية حارتنا، أو حكايات حارتنا وهو الأصدق. لم أشهد من واقعها إلا طوره الأخير الذي عاصرتة، ولكني سجلت جميعاً كما يرويها الرواة وما أكثرهم. جميع أبناء حارتنا يروون هذه الحكايات، يرونها كل كما يسمعها في قهوة حيه أو كما نقلت إليه خلال الأجيال، ولا سند لي في ما كتبت إلا هذه المصادر. وما أكثر المناسبات التي تدعو إلى ترديد الحكايات. كما ضاق أحد بحاله، أو ناء بظلم أو سوء معاملة، أشار إلى البيت الكبير على رأس الحارة من ناصيته المتصلة بالصحراء وقال في حسرة: "هذه بيت جدنا، جميعنا من صلبه، ونحن مستحقو أوقافه، فلماذا نجوع وكيف نضام؟" ...⁹⁹⁵

a Esta es la historia de nuestro barrio, o las historias de nuestro barrio, que sería lo más fiel. No he sido testigo de su realidad, más que en el último período, del que he sido contemporáneo, pero he registrado todo como la cuentan los narradores, y ¡cuántos son! Todos los hijos de nuestro barrio cuentan estas historias, las cuenta cada uno como las ha escuchado en el Café *Ḥayy* o como le han sido transmitidas a través de generaciones. No tengo ningún título de lo que he escrito más que estas fuentes. ¡En qué cantidad de ocasiones se invitan a repetir estas historias! Cuando alguno está agobiado o le pesa una injusticia o un mal trato, señala a la Casa Grande, a la cabeza del barrio, por la parte contigua al desierto y dice con amargura: esa es la casa de nuestro antepasado, todos nosotros somos de su estirpe y somos beneficiarios de sus *awqāf*, ¿por qué pasamos hambre o cómo somos humillados?...

Esta polémica obra encarna una alegoría de la creación por Dios e historia del hombre en la que aparecen los diferentes profetas enviados por la divinidad, según la tradición musulmana. Los habitantes del barrio (la Tierra) se quejan con desconsuelo cómo, siendo beneficiarios de rentas de bienes habices, no disfrutan de una vida digna. Dios, con la creación, constituye un *waqf*, en el que los beneficiarios son sus criaturas humanas, y la administración justa de las rentas es el objeto de la lucha de los sucesivos profetas.

Entendemos que el germen del concepto de personalidad jurídica está presente en esta actuación en nombre ajeno, la *umma*, mas, si su capacidad de obrar es imperfecta, a pesar de actuar mediante un representante, no se consuma en un grado suficiente. En las conclusiones, reanudaremos esta afirmación.

El juez es elegido por el califa por razones de oportunidad, porque podría ejercer sus funciones por sí mismo. Sus competencias están plenamente delimitadas y coinciden, casi literalmente, entre los juristas. De manera equivalente al soberano, defiende los intereses de Dios (como sujeto jurídico) o de la comunidad, la cual, según la postura que apoyemos, constituiría un centro de imputación de derechos y obligaciones, o un conglomerado de individuos titulares de esas mismas obligaciones y derechos. Asume la defensa, en última instancia, de aquellos individuos que por la razón que fuere están imposibilitados para tomar decisiones válidas y eficaces: menores, incapacitados por enfermedad, prodigalidad o quiebra, ausentes, *nasciturus*, etc. Este cometido lo cumple directamente o a través de la designación de tutores y representantes legales. Otra facultad que nos incumbe sobremanera radica en la ejecución de las disposiciones testamentarias, en especial, las de carácter benéfico y piadoso; en un papel que, en el mundo cristiano, recayó sobre los obispos, según hemos comprobado. El interés público del cargo provoca su retribución a cargo del tesoro del estado, así como su responsabilidad patrimonial recae sobre el erario, salvo que el beneficiario del fallo fuera un particular en defensa de su interés propio; en ese caso, respondería él. En cuanto a los *awqāf*, tenidos en esta tesis, como paradigmas de posible persona jurídica de carácter fundacional, también se le arroga un cometido principal. Originariamente, la gestión de los mismos corresponde a un administrador nombrado por el fundador. Es un cargo necesario, pero su olvido o carencia por cualquier motivo no supone la nulidad del negocio, sino que sería el juez quien, subsidiariamente, supliría la falta de esa disposición. Asimismo, en él descansa el control de los mismos, existiendo determinadas decisiones que han de contar con su beneplácito, siendo insuficiente la voluntad del administrador, como la venta del objeto para adquirir otro en su sustitución. Esta alta inspección está reforzada para las fundaciones piadosas, pues, en virtud de las palabras que hemos extraído, desde momentos históricos tempranos se crearon archivos y divanes bajo la custodia de estos magistrados. Igualmente, es el único que puede remover de su cargo al encargo nombrado por el constituyente. En estos momentos, planteamos una pregunta que tendrá que encontrar una contestación al desentrañar la regulación que la *Šarī'a* dispone sobre el cargo de administrador: ¿el juez, en su actuar, representa la voluntad del fundador o la de los beneficiarios?

Por lo que respecta a las legislaciones actuales, en Marruecos, el papel del juez se asigna un órgano administrativo: la Administración de los *Awqāf*, mientras que Jordania, parte del mismo se mantiene en los tribunales. En ambos países, existe un ministerio específico dedicado a los asuntos de estas fundaciones. Antes de relacionar los resultados de nuestra tesis, nos detendremos someramente en las legislaciones de estos dos estados, el primero continuador de la tradición *malikī* y el segundo de la *hanafī*.

En cuanto a la función del administrador, cuya designación forma parte del acto fundacional, pero susceptible de realizarse por la autoridad judicial, básicamente se limita a ejecutar la voluntad del fundador, con un margen de discrecionalidad muy estrecho. Por consiguiente, se podría afirmar que es un representante del mismo para hacer cumplir lo dispuesto en sus estipulaciones. Si tenemos en cuenta que estas fundaciones tienden a la permanencia en el tiempo, esta figura representa a una persona fallecida en el presente o en un futuro más que probable. Una de las fetuas *malikīes* a la que hemos hecho mención establece quién es el encargado de recibir la posesión del bien (tal y como

prescribe la teoría del título y el modo) en nombre de la mezquita o los pobres, a modo de su delegado para el acto. Sin embargo, no es pacífica esta conclusión, como parece desprenderse de algunos párrafos referidos y según el análisis de la institución que hemos citado en la tesis doctoral sobre el *waqf*. Otra corriente apunta a que esta alteridad de sus actos se refiere a los beneficiarios, *la gente del waqf*, pues entre sus deberes principales destaca la conservación del bien, su explotación con la intención de repartir las rentas entre ellos; igualmente, el argumento esgrimido para mantener la vigencia de los arrendamientos concluidos por él tras su fallecimiento es que representa a las personas en cuyo favor se estableció el *waqf*, un colectivo que permanece pues van teniendo lugar llamamientos sucesivos. En nuestra opinión, el encargado es un delegado del fundador: si ha de velar por que se satisfagan los intereses de los beneficiarios es porque así lo ha querido quien constituyó la fundación, especificando los llamados a ser perceptores; además, estos no están facultados para destituirlo, únicamente el juez mediando justa causa. Otra razón, es la posición jurídica de los beneficiarios de un *waqf*, más débil incluso que la del legatario de uso, ya que no puede disponer de su derecho a diferencia de este. En cualquier caso, desde el punto de vista de la institución de la personalidad jurídica, este puesto supone un hito importante: representa la voluntad de una persona que ha fallecido o cuya fundación le sobrevivirá, según nuestra tesis; o la de los individuos perceptores de las rentas, entre quienes se encuentran sujetos no humanos como mezquitas, escuelas, hospitales ... o colectivos señalados en abstractos, como los pobres.

Las normas que rigen sus incompatibilidades, remoción, rendición de cuentas o retribución no merecen mayor comentario que los efectuados tras cada fragmento. Por el contrario, sí nos vemos impelidos a detenernos en la situación de colegialidad. Si el nombramiento se realiza en favor de dos o más personas, se entiende que han de tomar las decisiones de forma mancomunada, es decir, todos han de actuar conjuntamente y llegar a un acuerdo, y si este no se produce, la última palabra es del juez. Se huye de la solidaridad, que lleva aparejada que el acto de uno vincula a los demás, aunque el resto esté facultado para pedir responsabilidad por ese acto. En el *fiqh*, cuando nos situamos frente a situaciones de titularidad de derechos en común, como profundizaremos seguidamente, se prevén medidas para delimitar nítidamente la cuota de cada uno, en el presente o en el futuro, se facilita la salida de esa comunidad.

3.7 Diferencia entre comunidad de bienes y sociedad

La comunidad de bienes, como instituto jurídico, ha sido un centro de interés de los jurisconsultos desde el derecho romano arcaico hasta la actualidad. En el transcurso de la historia, han aparecido diversas teorías que han expuesto su propio concepto. Sintetizamos las principales, siguiendo a José Antonio Mora⁹⁹⁶:

- Teoría tomista, de influencia romana:
 - Derecho real fraccionado, es decir, cada uno de los copartícipes es titular de un derecho dividido, pero limitado por el concurso del derecho de los demás.
 - Derecho sobre una cuota, ideal o abstracta, de la cosa, los comuneros poseerían un derecho de goce sobre esa fracción ideal.
 - Derecho de goce sobre la totalidad de la cosa, pero limitado por el de los otros.
- Teoría unitaria, de influencia germánica.
 - Derecho del goce por la colectividad, a la que se considera una entidad autónoma.
 - Comunidad como persona jurídica. Sería la culminación de la consideración anterior.

En el derecho español existen diversos tipos análogos, comunidad de gananciales entre cónyuges, multipropiedad, etc⁹⁹⁷. En nuestra tesis, es esencial deslindar esta institución de la sociedad: la comunidad se da cuando *la propiedad de una cosa pertenece pro indiviso a varias personas que, en tal concepto, la adquieran y disfrutan y la sociedad tiene su origen en un contrato por el cual varias personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre ellos las ganancias*⁹⁹⁸.

Nuestro ordenamiento otorga personalidad jurídica a la sociedad (aunque no a la civil), pero no a la comunidad de bienes, como deja patente nuestro Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de marzo de 1996⁹⁹⁹. Sin embargo, no es este el principal rasgo distintivo entre ambas figuras. La Audiencia Provincial de Cantabria en una sentencia de enero de 1997 afirma: “*Las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y proindivisa, perteneciente a varias personas (art. 392 CC [LEG 1889, 27]), lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. En cambio, las sociedades, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, éste se aporta al tráfico comercial ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo para obtener ganancias y lucros comunes partibles y divisibles y, consecuentemente, lo mismo sucede con las pérdidas, precisando la S. 4-12-1973 (RJ 1973, 4614), que encaja en la calificación de sociedad civil irregular o de hecho...*”¹⁰⁰⁰. Al referirnos a la influencia romana en el derecho islámico, tangencialmente señalábamos que el derecho tributario sí considera como sujeto pasivo a estos bienes cuyos titulares son varias personas. Es una cuestión excepcional que se escapa del ámbito de nuestro estudio. En este sentido, el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria establece: *Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición.*

Otros autores distinguen entre los patrimonios de ambas instituciones jurídicas. En la comunidad de bienes el fin último es su conservación, mientras que en la sociedad el objetivo mira a su transformación. Por ello, desde Roma, se ha contemplado la comunidad como una situación transitoria y antieconómica, por lo que se facilitaría su disolución. Así lo refrenda el Tribunal Supremo en una sentencia de 6 de abril de 2016, el Código Civil “*facilita la terminación de situaciones de comunidad, cuyo antecedente se halla en el derecho romano, enemigo de toda comunidad que la considera antieconómica y perjudicial*”; en la literatura jurídica clásica existe el aforismo: *·la comunidad es una sociedad en reposo; la sociedad es una comunidad en movimiento*¹⁰⁰¹. Esta división, según el mismo órgano judicial, en un fallo de 1996, la concibe como no definitiva, pues reconoce a los cotitulares derechos para hacerla cesar a través de su división, la adjudicación a uno de ellos a cambio de una indemnización o, cuando no es posible, la división del precio de su enajenación¹⁰⁰².

La comunidad de tipo romano se basa en cuotas, mientras que la germánica o en mano común no las atribuye, sino que el uso es colectivo de la totalidad de la cosa¹⁰⁰³.

El estado islámico, en sus comienzos, debido a las conquistas tan extensas en tan poco intervalo temporal, acaparó enormes fortunas y botines: su reparto entre un número mayor de miembros y la administración de todos los bienes fueron el germen de las normas sobre el tesoro y las relaciones patrimoniales entre los integrantes de la *umma*. Hemos hablado de la comunidad de los creyentes como colectividad, con la intención de concluir si reúne las características propias de la personalidad jurídica. En este capítulo retomamos la cuestión desde el ángulo de la titularidad de los bienes.

Iniciemos nuestro itinerario por las fuentes, con la cuestión léxica. En primer lugar, dentro de la recopilación de respuestas jurídicas del jurista magrebí del siglo XIX, al-Mahdī al-Wazzānī, el editor de las mismas, Muḥammad al-Sa‘īd ‘Uṭmān, relaciona cuatro definiciones, una por cada escuela jurídica sunní:

^a عرفها الحنفية بأنها: عبارة عن إخلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر.
عرفها الشافعية بأنها: هي ثبوت الحق في الشيء لإثنين فأكثر، على وجه الشروع.

a La definen los *ḥanafīes*: expresión sobre la confusión de dos cuotas o más, de tal modo que no se distingue una cuota de la otra.

Los *šāfi‘īes* la definen: constatación del derecho sobre una cosa en dos o más, de forma colectiva.

Los *mālikīes* la definen: permiso recíproco de cada socio al otro para actuar en sus bienes o en el cuerpo de los mismos.

Los *ḥanbalīes* la definen: las hay de dos clases: unión en su titularidad o en el actuar sobre él; el primer tipo, es la sociedad sobre bienes y el segundo el contrato de sociedad.

عرفها المالكية بأنها: إذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في التصرف في ماله أو ببذنه لها. عرفها الحنابلة بأنها: نوعان: إجماع في الإستحقاق، أو في تصرف والنوع الأول: شركة في المال، والمال الثاني: شركة عقود.¹⁰⁰⁴

De estas cuatro proposiciones, se deriva que la expresión árabe se extiende a ambos conceptos, que en nuestro léxico jurídico castellano se encuentra bien delimitados.

^aشركة

• الخلطة: خلط الأملاك العائدة لأشخاص متعددين، ثم أطلق اسم الشركة على العقد و إن لم يوجد إختلاط.

Partnership (e)=Société; Compagnie (f).¹⁰⁰⁵

Este diccionario técnico nos informa que le origen de la expresión *šarika*, radica en la mezcla de la propiedad de una cosa entre varios. Posteriormente, se amplió su sentido al contrato de sociedad. La entrada continúa con la definición de cada uno de los tipos de contrato de sociedad reconocidos por el *fiqh*.

^bالشركة في الأصل هي إختصاص ما فوق الواحد من الناس بشيء وإمتيازهم بذلك الشيء. لكن تستعمل أيضاً عرفاً وإصطلاحاً في معنى عقد الشركة الذي هو السبب لهذا الإختصاص. فذلك تقسم الشركة بصورة مطلقة إلى قسمين. أحدهما: شركة الملك، وتحمل بسبب من أسباب التملك كالشراء والإتهاب والثاني: شركة العقد، وتحصل تلائيب والقبول بين الشركاء. وتأتي تفصيلات القسمين في بابها المخصوص، ويوجد سوى هذين القسمين شركة الإباحة، وهي كون العامة مشتركين في صلاحية التملك بالأخذ والإحراز للأشياء المباحة التي ليست في الأصل ملكاً لأحد كالماء.¹⁰⁰⁶

Culminando esta parte terminológica, rescatamos este precepto de la *Ma'yalla*, la codificación del derecho emanado entre los alfaquíes que se tienen a Abū Hanīfa como su maestro realizada a final del Imperio Otomano, el cual ya nos sirvió anteriormente. El artículo define la *šarika* a los efectos de esa ley en una triple dimensión: situaciones denominadas en la tradición jurídica de raíz latina española como comunidad de bienes, surgidas de una venta o donación, el contrato de sociedad y la comunidad por permiso, es decir, aquellas cosas como el agua en la que la totalidad participa en su apropiación para tomar y poseer. Este artículo hemos de ponerlo en relación con la interpretación del número 1332, del mismo cuerpo legal, en el que se consideraba que el contrato de sociedad implicaba necesariamente la representación mutua de los socios, pues el objeto último del negocio jurídico era la propiedad compartida.

Concluíamos el apartado anterior con una referencia a la colegialidad, o ejercicio de una determinada función o cargo por varias personas conjuntamente. Aunque referida a empleos, públicos o privados, esta agrupación de individuos conformaría una determinada comunidad; sin embargo, la *Šarī'a* no se inclina por patrocinar estas situaciones, como se comprobará en los distintos tipos de sociedad y en las comunidades de bienes. El jurista, al que se le imputa la sistematización y origen de la ciencia jurídica islámica, en su obra *al-Risāla*, lo exterioriza categóricamente:

^c(قال الشافعي) وهكذا كانت كتب خلفائه بعده وعمالهم وما أجمع المسلمون عليه من أن يكون الخليفة واحداً والقاضي واحداً والإمام وواحداً والأمير واحداً فأستخلفوا أبا بكر رضي الله عنه ثم إستخلف أبو بكر عمر رضي الله عنه ثم إستخلف عمر أهل الشورى ليختار واحداً فأختاروا عبد الرحمن وأختاروا عبد الرحمن بن عوف عثمان بن عفان رضي الله عنهم...¹⁰⁰⁷

a Sociedad.

La mezcla. Mezcla en los bienes pertenecientes a distintas personas, después se aplicó el nombre de sociedad al contrato aunque no exista esa mezcla.

b La sociedad en su origen es la singularización de algo en más de uno y su exclusividad en ello, pero se emplea también, por costumbre y como término técnico, en el sentido de contrato de sociedad que es la causa de esa singularización. La sociedad, de forma absoluta, se divide en dos. Y se admite en cualquiera de las causas de obtener la propiedad, como la compraventa, la donación; y la segunda; sociedad por contrato, que se perfecciona con la oferta y la aceptación entre los socios. Y se verán las particularidades de cada una en sus capítulos correspondientes. Y existe una más de estos dos tipos, la sociedad en lo permitido, que se da cuando todos son copartícipes en la posesión y la apropiación de las cosas que permitidas que, en origen, no son propiedad de nadie.

c (Dijo al-Šāfi ĩ, y así se había escrito sobre sus sucesores y sus trabajadores y lo que existe consenso entre los musulmanes que el califa es uno, y el juez uno, y el imán uno, y el emir uno, así pusieron como su sucesor a Abū Bakr, Dios esté satisfecho de él, después sucedió a Abū Bakr 'Umar, Dios esté satisfecho de él, luego la gente del consejo fue encargada de nombrar como sucesor a uno y escogieron a 'Abd-l-Raḥmān y escogieron a 'Abd-l-Raḥmān b. 'Awf 'Uṭmān b. 'Afān, Dios esté satisfecho de ellos.

Para el fundador de la escuela y en la obra en la que quedaron fijados los principios del derecho islámico, únicamente ha de existir un califa, un juez, un imán o un emir. Los colegios no representan el ideal político y organizativo del *fiqh*. Esta aseveración nos compele a reservarle un espacio, en el que habremos de establecer posibles conexiones con el *tawhīd*, unicidad radical de Dios propia del Islam.

^a لم جاء عمر بن خطاب رضي الله عنه الفتوح وجاءت الأموال قال: إن أبا بكر رضي الله تعالى عنه رأي في هذا المال رأياً ولي فيه رأي آخر، لا أجعل من قاتل رسول الله، ص، كمن قاتل معه، وفرض للمهاجرين والأنصار من شهد بدر خمس آلاف خمسة آلاف، وفرض لمن كان إسلامه كإسلام أهل بدر ولم يشهد بدر أربع آلاف أربع آلاف، وفرض لأزواج النبي، ص، إثني عشر ألفاً إثني عشر ألفاً...¹⁰⁰⁸

Los primeros califas debieron lidiar con el reparto de las ingentes cantidades de dinero que fluía hacia sus arcas. ‘Umar dispuso que los primeros musulmanes percibirían una cantidad mayor que los posteriores. Asimismo, reservó una porción elevada para las esposas de Muḥammad, para todas ellas.

^b لا ينبغي أن يجمع مال الخراج إلى مال الصدقات والعشور لأن الخراج فيء لجميع المسلمين والصدقات لمن سمي الله عز وجل في كتابه [...] إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليهم والمؤلفة قلوبهم وفي رقاب والغارمين وفي سبيل الله وإين السبيل...¹⁰⁰⁹

El *fiqh* segrega los distintos bienes en función de su origen y sus beneficiarios. El *jarāy* para todos los musulmanes y la *zakāt* para los señalados en *El Corán*. Todos ellos grupos con características comunes, pero sin concretar destinatarios específicos ni cuotas definidas.

^c والمسلمون شركاء جميعاً في دجلة والفرات وكل نهر عظيم نحوهما [...] وعلى الإمام كرى هذا النهر الأعظم الذي لعامة المسلمين إن أحتاج إلى كرى...¹⁰¹⁰

Esta frase de la misma obra la comentamos al trazar las diferencias entre la concepción cristiana del cuerpo místico de Cristo y el conjunto de los creyentes musulmanes. Nos interesa porque la expresión *šurakā*’ (plural de *šarīk*) en árabe, en especial para la escuela *ḥanafī*, designa tanto al socio en una sociedad como al comunero de una comunidad de bienes, lo que los propios textos reiteran, y la propiedad colectiva que denota.

^d : سمعنا أن الغنيمة ما غلب عليه المسلمون بالقتال حتى يأخذوه عنوة، وإن الفيء ما صولحوا عليه، يقول: من الجزية والخراج.

[...] وأما ما هرب أهله وتركوه من غير قتال، فهذا كان لرسول الله، ص، مما لم يوجق عليه المسلمون بخيل ولا ركاب، فكان رسول الله، ص، يضعه حيث يرى [...]

a Cuando le vinieron a ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él, las conquistas y le llegaron los bienes, dijo: Abū Bakr, Dios esté satisfecho de él, tenía una opinión y yo tengo otra: no le daré a quien combatió al profeta igual que a quien combatió junto a él; y dispuso para los que emigraron y los aliados que presenciaron la batalla de Badr cinco mil cinco mil, y a quien su islam era como la gente de Badr y no presenciaron la batalla, cuatro mil cuatro mil, y dispuso para las esposas del profeta doce mil ...

b No se deber juntar el dinero del *jarāy* con el de la *zakāt* y los diezmos, porque el *jarāy* es un botín para todos los musulmanes y la *zakāt* para quien los destinó Dios en su Libro [...] Las limosnas para los pobres, los menesterosos, sus trabajadores, aquellos cuyos corazones están reconciliados, los esclavos y deudores, para bien de Dios y para los vagabundos ...

c Y todos los musulmanes son partícipes del Tigris y el Éufrates y cualquier gran río como estos [...] Y el imán debe arrendar un gran río de ese tipo que pertenece a los musulmanes en su conjunto, si precisa arrendamiento.

d Oímos que el botín (*ganīma*) es aquello que los musulmanes han vencido por las armas, tomándolo a la fuerza, y el botín (*fay*) es aquello que se ha conseguido mediante pacto, y se dice: el *īzīya* y el *jarāy*.

[...] En cuanto a lo que fue abandonado por sus propietarios en la huida sin lucha, era para el profeta de Dios, aquello que no es montura para los musulmanes, el profeta lo repartía como estimaba conveniente [...]

Dijo: En cuanto al *ganīma*, se aplica el quinto de Dios, el Altísimo, que aparta en favor de quienes ha designado ((para el enviado, los familiares, huérfanos, pobres y vagabundos)), y no se destina a nadie más, y el imán ha de repartirlo entre los presentes de ellos, después de analizar y ver lo que es más justo, no puede actuar por capricho, y lo que quede después del quinto son para los victoriosos de los musulmanes, entre los que lo reparte a partes iguales.

8* No es válido la venta que realice algún soldado, de los que recibieron parte en el botín, de la parte que le corresponde del mismo, ni la manumisión, hasta que se realice la partición de todo, poco o mucho, incluso el forraje, salvo las tierras.

قال: فأما الغنيمة ففيها الخمس لله عز وجل، وهو مردود من الله عز وجل على الذين سمي الله ((لرسول والذي القريبى واليتامى والمساكين وابن السبيل))، ولا يوضع في غيرهم وذلك إلى الإمام يضعه فيمن حضره منهم، بعد أن يجتهد رأيه ويتحرى العدل، ولا يعمل في ذلك بالهوى، وما بقي بعد الخمس فهو للذين غلبوا عليه من المسلمين، ويقسم بينهم بالسوية.
8 * ولا يجوز لأحد من الجند الذين شهدوا الغنيمة، أن يبيع سهمه من المغنم ولا يعتق حتى تقسم الغنيمة والغنيمة جميع ما أصابوا من شيء قل ذلك أو كثر حتى الإبر إلا الأرضيين¹⁰¹¹.

A los bienes enemigos apropiados por los musulmanes se les aplica distintos regímenes jurídicos, en función de su origen, tal y como explicamos en el capítulo sobre el *jarāy*. Los bienes muebles que se adquieren por la fuerza serían *ganīma* y su reparto se realizaría entre los soldados a partes iguales, una vez descontado el quinto de Dios para *Muḥammad*, sus familiares, pobres, huérfanos, etc. Los que son tomados mediante pacto (*fay*) los aplica el gobernante como estime más conveniente. Las tierras están regidas por normas particulares. No obstante, será el negocio jurídico del reparto el que convierta ese derecho a un porcentaje en un pleno derecho de propiedad, con capacidad de disposición.

Sobre la cuestión de los inmuebles y el *jarāy* nos remitimos al capítulo pertinente.
2328^a - حدثنا [...] أن النبي، ص، عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، فكان يُعطي أزواجه مائة وسق، ثمانون وسق تمر، وعشرون وسق شعير، وقسم عمر خيبر فخير أزواج النبي، ص، أن يقطع لهن من الماء والأرض أو يمضي لهن، لمنهن من أختار الأرض، ومنهن من أختار الوسق، وكانت عائشة إختارت الأرض¹⁰¹².

Este hadiz habla de una región de Arabia, cercana a Medina, en la que Muḥammad llegó a un acuerdo con su población judía, a quienes mantuvo en la propiedad de las tierras a cambio de una parte de las cosechas. Sus esposas, en comunidad, eran una parte principal de los beneficiarios.
^b يا أمير المؤمنين أني قد رأيت هؤلاء الأعاجم يدنون ديوناً يعطون الناس عليه، قال: فدون الديوان وفرض لمهاجرين الأولين في خمسة آلاف، وللأنصار في أربعة آلاف، ولأزواج النبي صلى الله عليه وسلم في اثني عشر ألف¹⁰¹³.

El cronista narra la creación de los registros de beneficiarios del botín, entre ellas las esposas de Muḥammad.

^c والقسم الثالث من الأنهار: ما احتقره الأدميون لما أحيوه من الأرضين، فيكون النهر بينهم ملكاً مشتركاً، كالزقاق المرفوع بين أهله لا يختص أحدهم بملكه. فإن كان هذا النهر بالبصرة يدخله ماء المد فهو يعم جميع أهله، لا يتشاحون فيه لإتساع مائه، ولا يحتاجون إلى حبسه لعلوه بالمد إلى حد الذي ترتوي منه جميع الأرضين، ثم يقتض بعد الإرتواء في الجزر؛ وإن كان بغير البصرة من البلاد التي لا مد فيها ولا جزر، فالنهر مملوك لمن احتقره من أرباب الأرض...¹⁰¹⁴

Se nos muestra un ejemplo de comunidad de bienes natural, no surgida de un pacto entre personas.

^d وسبب إختلافهم في إيجاب الزكاة عليه أو لا إيجابها هو إختلافهم في مفهوم الزكاة الشرعية هل هي عبادة كالصلاة والصيام؟ أم هي حق الواجب للفقراء على الأغنياء؟ فمن قال إنها عبادة يعتبرو البلوغ، ومن قال إنها حق واجب للفقراء والمساكين في أموال الأغنياء لم يعترب في ذلك البلوغ من غيره¹⁰¹⁵.

Esta cita nos sirvió en el epígrafe sobre los sujetos indeterminados de derechos. En este momento, nuestro objetivo es concluir cuál es la naturaleza de esa titularidad entre personas

a 2328- Nos habló [...] que el profeta actuó con Jaybar partiendo lo que produjera de frutos y cosechas, les daba a sus esposas unos veinte mil litros, dieciséis mil de dátiles y cuatro mil de cebada. 'Umar repartió Jaybar y dio a elegir a las esposas del profeta entre las tierras o el producto, entre ellas hubo quien escogió las tierras y otras escogieron el producto. 'A'isha escogió la tierra.

b Oh príncipe de los creyentes, he visto que estos extranjeros tienen registros para conceder a la gente en función de ellos. Dijo: cread registros y dio a los primeros participantes en la hégira cinco mil, y los aliados cuatro mil y a las esposas del profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él, doce mil.

c La tercera división de los ríos: aquellos que son excavados por los hombres que han puesto en explotación las tierras, el río es propiedad de ellos en común, como los callejones que se erigen entre las gentes y que ninguno tiene la propiedad en exclusiva. Si ese río estuviera en Basora donde llega la marea, sería propiedad de toda la gente, que no discutiría por la amplitud de sus aguas, ni necesitaría elevarla para regar sus tierras porque lo hace la pleamar y lo completarían con la bajamar. Si se ubicaran en otras ciudades distintas de Basora, en los que no se produce marea, el río sería propiedad de los dueños de la tierra.

d Y la causa de su diferencia sobre la obligación de la *zakāt* o su no obligatoriedad radica en la diferencia en el concepto de la *zakāt* legal, ¿es un culto como la oración y el ayuno? ¿o es un derecho reclamable por los pobres a los ricos? Quien afirma que es un culto considera que es obligatorio la mayoría de edad. Quien considera que es un derecho de los pobres sobre los ricos pues no la estima necesaria.

imprecisas. En caso de ser un derecho correspondería a un colectivo; si la definimos como culto, sería una obligación sobre cada uno de los musulmanes.

^a والسبب في إختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق مرتب في مال للمساكين؟ فمن رأى أنها حق لهم قال: لا زكاة في مال من عليه الدين، لأن حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق المساكين، وهو في الحقيقة مال صاحب الدين لا الذي المال في يده. ومن قال هي عبادة قال: تجب على من بيده مال لأن ذلك هو شرط التكليف، وعلامته المقتضية الوجوب على المكلف سواء كان عليه دين أو لم يكن؛ وأيضاً فإنه قد تعارض هنالك حقان: حق الله، وحق آدمي، وحق الله أحق أن يقضي، والأشبه بغرض الشرع إسقاط الزكاة عن المديان لقوله عليه الصلاة والسلام فيها ((صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على الفقراء)) والمدين ليس بغني¹⁰¹⁶.

El mismo argumento sirve para dilucidar si el deudor es sujeto pasivo del impuesto o no.

Interesante nos resulta también las consideraciones sobre la capacidad jurídica y la similar naturaleza, que no prelación, entre los derechos de Dios y de los hombres.

^b (أما المسئلة الأولى) وهي زكاة الثمر المحبسة الأصول فإن مالكاً والشافعي كانا يوجبان فيها الزكاة، وكان مكحول وطاوس يقولان لا زكاة فيها، وفرق قوم بين أن تكون محبسة على المساكين وبين أن تكون على قوم بأعيانهم: فأوجبوا فيها الصدقة إذا كانت على قوم بأعيانهم ولم يوجبوا فيها الصدقة إذا كان على المساكين، ولا معنى لمن أوجبوا على المساكين لأنه يجتمع في ذلك شيئاً إثنين. أحدهما ملك ناقص، والثاني أنها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف إليها الصدقة لا من الذين تجب عليهم¹⁰¹⁷.

En su momento, nos enfrentamos al texto desde el punto de vista fiscal, ahora nos centramos en la relación de comunidad en la titularidad de derechos y obligaciones. En concreto nos interesa la expresión: *los pobres que en ellos se reúnen dos aspectos: primero, una propiedad incompleta.*

^c الفصل الأول

في عدد الأصناف الذي تجب لهم الزكاة.

فأما عددهم فهم الثمانية الذين نص الله عليهم في قوله تعالى -إنما الصدقات للفقراء والمساكين- الآية: وإختلفوا من العدد في مسألتين: إحداهما: هل يجوز أن تصرف جميع الصدقة إلى صنف واحد من هؤلاء الأصناف أم هم شركاء في الصدقة لا يجوز أن يخص منهم دون صنف؟ فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنه يجوز للإمام أن يصرفها في صنف واحد أو أكثر من صنف واحد إذا رأى ذلك، بحسب الحاجة. وقال الشافعي: لا يجوز ذلك، بل يقسم على الأصناف الثمانية كما سمي الله تعالى. وسبب إختلافهم معارضة اللفظ للمعنى، فإن اللفظ يقتضي القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضي أن يؤثر بها أهل الحاجة إذا كان المقصود به سد الخلة، فكان تعددهم في الآية عند هؤلاء إنما ورد لتميز الجنس أعنى أهل الصدقات لا لتشريكهم في الصدقة...¹⁰¹⁸

a Y la causa de la divergencia es considerar si la *zakāt* forma parte del culto o es un derecho de los pobres sobre los bienes. Quien opina que es un derecho de ellos, dice: no hay *zakāt* sobre un bien del que penden deudas; porque el derecho del acreedor es previo al derecho de los pobres y, en realidad, forma parte del patrimonio del acreedor, no del que tiene el bien en sus manos. Quien opina que forma parte del culto, dice: se debe la *zakāt* sobre el que tiene el bien en sus manos, porque ello es condición del deber del obligado, tanto si pende deudas como si no. Asimismo, entran en choque dos derechos: el derecho de Dios, y el derecho del hijo de Adán, y el derecho de Dios es superior. Y lo más parecido a la intención del Legislador es exonerar al deudor de la *zakāt*, por el dicho del profeta: “la limosna se coge del rico para repartirla en el pobre” y el deudor no es un rico.

b (En cuanto a la primera cuestión), que es el *zakāt* sobre los frutos de los bienes habices, pues Mālik y al-Šāfi'ī consideran que deben ser gravados, Mientras que Makhūl y Tāws estiman que no debe cobrarse. Otro grupo diferencia entre el *waqf* cuyos destinatarios son los pobres o, por contra, son beneficiarios concretados en sí mismos. Si estuvieran determinados en sí mismos, sí habría que abonarse el impuesto, y no, si estuvieran indeterminados. Y no tiene relevancia para quienes lo consideran obligatorio sobre los pobres que en ellos se reúnen dos aspectos: primero, una propiedad incompleta, y el segundo, que los gravados serían un conjunto indeterminado del tipo de los beneficiarios del *zakāt*, no de los gravados por él.

c Primer capítulo.

Sobre el número de categorías a las que se debe la *zakāt*.

En cuanto al número de categorías, son ocho según la aleya coránica “la limosna es para los pobres y menesterosos [...]”. Y difieren sobre dos aspectos. ¿Es válido emplear todo el impuesto en un tipo únicamente entre todos o son partícipes en la limosna y no se permite dedicarlas a unas en perjuicio de otras? Mālik y Abū Ḥanīfa opinan que está permitido al imán que lo dedique a una categoría únicamente o más de una si lo estimo conveniente, según la necesidad. Al-Šāfi'ī dijo: no se permite, sino que se divide entre las ocho categorías como ha fijado Dios, el Altísimo. La causa de la diferencia es la oposición entre la expresión y el significado, pues la expresión determina la división entre todas ellas y el significado implica que sea en función de la necesidad. Si la pretensión es terminar con la pobreza, la relación de las categorías en la aleya solo indica una distinción entre géneros, es decir, la gente de la *zakāt*, no hacerlas partícipes de ella.

En cuanto a los beneficiarios de la limosna legal, se discute entre las escuelas si ha de ser repartida entre los ocho o no. En cualquier caso, hasta la división, cada colectivo es titular de un derecho o, con más precisión, una expectativa.

Nos movemos, ahora, al campo del botín.

^aوأما ما يجوز للمجاهد أن يأخذ من الغنيمة قبل القسم فإن المسلمين إتفقوا على تحريم الغلول [...] وإختلفوا في إباحة الطعام للغزاة ماداموا في أرض الغزو.¹⁰¹⁹

وأما الفيء عند الجمهور [...] وإختلفوا الناس في الجهة التي يصرف إليها؛ وقال قوم: إن الفيء لجميع المسلمين: الفقير والغني، وإن الإمام يعطي منه للمقاتلة والحكام والولاة، وينفق منه في النوايب التي تنوب المسلمين كبناء القناطر وإصلاح المساجد وغير ذلك ولا خمس في شيء منه، وبه قال الجمهور، وما هو الثابت عن أبي بكر وعمر؛ وقال الشافعي بل فيه الخمس، والخمس مقسوم على الأصناف الذين ذكروا في آية الغنائم [...] والباقي هو مصروف إلى إجتهد الإمام...¹⁰²⁰

Antes del reparto, la posición de los combatientes titulares del derecho al botín es bastante insegura, pues se le impone restricciones a la hora de tomar posesión por sí mismos de los bienes que lo componen.

^b(قال الشافعي) لو باعه ثمر حائطه وسكت عما وصفت من أجزاء الصدقة وكم قدرها كان فيه قولان أحدهما أن يكون المشتري بالخيار في أخذ ما جاوز الصدقة بحصته من ثمن الكل [...] أو يرد البيع لأنه لم يسلم إليه كل ما إشتري والثاني إن شاء الله أخذ الفضل عن الصدقة بجميع الثمن وإن شاء ترك (قال الربيع) وللشافعي فيه قول ثالث إن الصفقة كلها باطل من قال إنه باعه ما ملك وما لم يملك قلما جمعت الصفقة حرام البيع وحلال البيع بطلت الصفقة كلها [...] (قال) وقد قيل في هذا شيء آخر: إن الثمر إذا وجبت فيها الصدقة ثم باعها فالصدقة في الثمرة والمبتاع مخير لأنه باعه ماله ومال للمساكين في أخذ غير الصدقة من الثمن أو رد البيع.¹⁰²¹

Otro texto que en el epígrafe correspondiente contemplamos con relación a la diferencia entre el derecho romano y en el islámico sobre los sujetos fijados de manera abstracta y que ahora tenemos que determinar la esencia de ese titular en la regulación musulmana.

^cفإذا إقتسموه نظرنا فإن كانت الجناية قبل القسم دخل معهم فيما إقتسموا لأن حقه لزمه قبل يقسم ماله وإن كانت الجناية بعد القسم لم يدخل معهم لأنهم قد ملكوا ما قسم لهم وخرج عن ملك المفلس لو الجناية والأستهلاك دين عليه...¹⁰²²

El jurista fija las normas sobre el patrimonio del quebrado y el derecho de la comunidad de acreedores sobre el mismo. En particular, el caso de un esclavo que comete un delito que provoca una responsabilidad patrimonial. ¿Quién está obligado a pagar esa deuda derivada del hecho delictivo? ¿La víctima se convierte en uno más entre los titulares del pasivo? El negocio jurídico del reparto da la clave. Aunque a cada acreedor le corresponda una parte del activo del quebrado, no asume la propiedad de la misma hasta que se realiza el acto. De esta manera, si el hecho punible

a En cuanto a lo que se le permite al combatiente tomar del botín antes del reparto, existe consenso entre los musulmanes en prohibir las cosechas [...] Y están en desacuerdo en permitir el alimento de los soldados mientras estén en campaña [...]

En cuanto al *fay'*, entre la mayoría de los ulemas [...] la gente discrepa sobre en qué se ha de emplear; un grupo dice: el *fay'* es para todos los musulmanes, pobres y ricos, y el imán lo da a los soldados, jueces y gobernantes, y lo gasta en aquello que le delegan los musulmanes como la construcción de puentes, reparación de mezquitas y otros, y de ello no se aparta el quinto. Así opina la mayoría, y está probado de Abū Bakr y 'Umar; al-Šāfi ī opinó: mas se aparta el quinto, y este se divide en las categorías indicadas en la aleya de los botines [...] y el resto se emplea según el análisis del imán ...

b (Dijo al-Šāfi ī) y si vendiera el fruto de su huerta y se callara lo que has descrito de la *zakāt* y su cuantía, habría dos opiniones: una de ellas que el comprador podría escoger quedarse con el sobrante de la *zakāt* por su parte del precio total [...] o rescindir la venta porque no le entregó todo lo comprado; la segunda: si quisiera se quedaría con el sobrante de la *zakāt* por el total del precio o rescindiría la venta (al-Rabī'a dijo) al-Šāfi ī tiene una tercera opinión: el contrato íntegro sería nulo porque ha vendido aquello de lo que es propietario y aquello de lo que no es suyo, y cuando el contrato une una cosa prohibida y otra permitida se anula entero [...] (Dijo) y en este asunto se ha opinado esta otra cosa: los frutos, si estuvieran gravados con la *zakāt* y, posteriormente se vendieran, los frutos seguirían gravados y el comprador podría elegir, porque el vendedor vendió su propiedad y la propiedad de los pobres, entre validar la venta en lo que no esté gravada con el *zakāt* o en rescindir la compraventa.

c Si lo hubieran repartido, miraríamos, si el delito se hubiera cometido antes de la división, entraría junto a ellos según lo hubieran repartido, porque su derecho le obligaría antes de repartir sus bienes. Si se hubiera cometido después, no entraría en el caudal, porque habrían adquirido su propiedad de lo que le repartieran y habría salido de la propiedad del quebrado, y el delito y la deuda recaería sobre él ...

tuvo lugar antes, la víctima sería uno más de ellos frente al deudor; si fuera posterior, el acreedor al que se le hubiera asignado el siervo se convertiría en responsable civil del delito.

^a فأما الصدقة: فزكاة أموال المسلمين من الذهب والورق، والإبل، والبقر، والغنم، والحب، والثمار. فهي لأصناف الثمانية

الذين سماهم الله تعالى، لا حق لأحد من الناس فيها سواهم [...]

وأما الفيء: فما إجتبي من أموال أهل الذمة مما صولحوا عليه: من جزية رءوسهم التي بها حققت دماؤهم وحرمت أموالهم، ومنه خراج الأرضين التي إفتتحت عنوة [...] ومنه ما يأخذه العاشر من أموال أهل الذمة التي يمرون بها عليه لتجارتهم، ومنه ما يأخذ من أهل الحرب إذا دخلوا بلاد الإسلام للتجارات، فكل هذا فيء. وهو الذي يعم المسلمين: غنيهم وفقيرهم. فيكون في أعطية المقاتلة، وأرزاق الذرية، وما ينوب الإمام من أمور الناس بحسن المظر للإسلام وأهله¹⁰²³.

El alfaquí diferencia la *zakāt* de uno de los dos tipos de botín. La primera es propiedad de los grupos fijados en *El Corán*. El segundo pertenece a todos los musulmanes, y es el imán quien decide donde invertirlo.

^b إن جاء مدد للمسلمين بلاد الحرب قبل أن تنقطع الحرب فحضروا من الحرب شيئاً قل أو كثر شركوا في الغنيمة وإن لم يأتوا حتى تنقطع الحرب ولا يكون عند الغنيمة مانع لها ولم يشركوهم ولو جاؤوا بعدما أحرزت الغنيمة ثم كان قتال بعدها فإن غنموا شيئاً حضروه شركوا فيه ولا يشركون فيما أحرز قبل حضورهم...¹⁰²⁴

Regla sobre reparto del botín: participan en lo que se consiga en la batalla que concurren, no en lo obtenido antes.

^c باب. النفل بعد الفراغ من قتال العدو، وإحراز الغنيمة

5278- حدثنا [...] أن الرسول، ص، نفل في بدآته الربع، وفي رجعتة الثلث.

قال أبو جعفر: فذهب قوم إلى أن الإمام له أن ينفل من الغنيمة ما أحب، بعد إحرازه إياها، قبل أن يقسمها كما كان له قبل ذلك، وأحتجوا في ذلك بهذا الحديث.

وخالفهم في ذلك آخرون، فقالوا: ليس للإمام أن ينفل بعد إحراز الغنيمة إلا من الخمس، فأما من غير الخمس، فلا؛ لأن ذلك قد ملكته المقاتلة، فلا سبيل للإمام عليه.

وقالوا: قد يُحتمل أن يكون ما كان النبي، ص، ينفله في الرجعة هو ثلث الخمس بعد الربع الذي نفله، كان في البدآة، فلا يخرج مما قلنا.

فقال لهم الآخرون: إن الحديث إنما جاء أن رسول الله، ص، كان ينفل في البدآة الربع وفي الرجعة الثلث، كما كان الربع الذي كان ينفله في البدآة، هو الربع قبل الخمس، كذلك الثلث الذي كان ينفله في الرجعة أيضاً قبل الخمس، وإلا لم يكن ذكر الثلث معنى.

قيل لهم: بل معنى صحيح، وذلك أن المذكور من نفله في البدآة هو الربع، مما يجوز له النفل منه، فكذلك نفله في الرجعة هو الثلث، مما يجوز له النفل منه وهو الخمس¹⁰²⁵.

a En cuanto a la limosna legal: la *zakāt* del dinero de los musulmanes de oro, papel, camellos, vacas, ovejas y frutos, es para las ocho categorías que ha nombrado Dios, el Altísimo, nadie tiene derecho más que ellos [...]

En cuanto al botín (*fay*): lo que se recauda de entre los bienes de los *ḍimmīes*, según el pacto firmado, de *ḡizya* sobre sus cabezas con lo que se protege su sangre y su dinero se convierte en inviolable, del *jarāy* de las tierras que fueron conquistadas por la fuerza [...] y lo que se toma del diezmo de los bienes de los *ḍimmīes* que emplean para su comercio, me lo que se toma de la gente de la guerra, si entran en la tierra del Islam para comerciar, todo eso en *fay* de todos los musulmanes, ricos y pobres, se emplean en la soldada, la descendencia, y en lo que se encarga el imán de los asuntos de la gente, en buena administración del islam y su gente...

b Si llegaran unos musulmanes a la tierra de la guerra antes que esta se termine y estuvieran presentes en la batalla, poco o mucho, participarían en el botín, si llegaran hasta que cesara el combate, no habría impedimento sobre el botín. Y no participarían si llegaran después de apoderarse del botín, si se reanudara un combate después, si se consiguiera algún botín, y estuvieran presentes, participarían, y no participarían en lo conseguido antes de su presencia...

c Capítulo. La mejora después de terminar el combate contra el enemigo y toma de posesión del botín.

5278- Nos contó [...] que el Enviado mejoró al comienzo con un cuarto y al volver con un tercio.

Abū Ÿa'far dijo: un grupo dijo que el imán puede mejorar el botín como quiera, después de apropiarse de él y antes de repartirlo, y antes de eso. Se basan en el hadiz anterior.

Y difieren otros que dicen: el imán no puede mejorar una vez se ha tomado el botín, salvo en el quinto; pero en lo que supere el quinto, no, porque los combatientes se habrían convertido en propietarios y el imán no podría disponer.

Y dijeron: es posible que lo que el profeta hubiera mejorado al regreso fuera el tercio del quinto tras el cuarto del inicio, y no estaría fuera de nuestra opinión.

Otros les dicen: el dicho vino porque el Enviado mejoraba al inicio un cuarto y al regreso un tercio, al inicio un cuarto antes de la reserva del quinto, y así también al regreso antes de esa reserva: no tendría sentido señalar un tercio en ese caso.

Se les dijo: sino que el significado es correcto, y eso es que lo que se señala en la mejora al comienzo es el cuarto lo que se permite, y así en el regreso, y eso en el límite del quinto.

El jurista *ḥanafī* expone las interpretaciones de un dicho del profeta sobre la potestad del imán de favorecer a algún beneficiario al distribuir el botín. En opinión de algunos, es una potestad discrecional, que puede ejercer en cualquier momento sobre el montante total del mismo. Otros consideran que, al apropiarse materialmente de los bienes, estos se convertirían en propiedad de los combatientes y ya no podría mejorar a ninguno más allá del quinto que le corresponde al Profeta.

^aباب ما أحرزه المشركون من أموال المسلمين؛ هل يملكونه أم لا؟

قال أبو جعفر: فذهب قوم إلى أن غنيمة أهل الحرب من أموال المسلمين، مردود على المسلمين قبل القسمة وبعدها؛ لأن أهل الحرب في قولهم، لا يملكون أموال المسلمين بأخذهم إياها من المسلمين [...] وخالفهم في ذلك آخرون، فقالوا: ما أخذ أهل الحرب من أموال المسلمين، فأحرزوه في دارهم، فقد ملكوه وزال عنه ملك المسلمين. فإذا أوجف عليهم المسلمون، فأخذوه منهم، فإن جاء صاحبه قبل أن يُقسم، أخذ به غير شيء وإن جاء بعد ما قُسم، أخذ بالقيمة¹⁰²⁶.

Si los infieles se apoderaran, en un enfrentamiento, de bienes de los musulmanes y se marcharan a sus tierras con ellos, la asignación de la propiedad de los mismos se debate entre dos dictámenes: quienes piensan que los fieles mantendrían la titularidad y los que piensan que los enemigos adquirirían la misma. En este segundo caso, el dueño originario, recuperaría sin coste si la tomara antes del reparto; tras el mismo, debería abonar su valor.

^bسؤال عن أمر أراد أن يحفر على عنصر لعامة المسلمين ليفجره في موضع آخر [...]

الجواب: لا يباح له ذلك وبالله التوفيق [...]

جواب ثان على السؤال: وأما ما ذكرت في هذا السؤال مما يريد إحداثه من حفر في أرضه يستجلب به ماء الشرب المستحق لعامة المسلمين فإنه يمنع لذلك لما يخاف من استحقاق ذلك على جماعة المسلمين بطول العهد وكونه في أرضه. وإن أمن هذا وكان فعله ضرر على الشرب من تضيق فناء أو غير ذلك من وجوه الضرر منع أيضاً والله أعلم. قاله ابن الإمام. جواب ثالث على هذا السؤال أيضاً: له ذلك إلا أن يضر ذلك بأحد من المسلمين فيمنع والله ولي التوفيق برحمته. قاله محمد بن إسماعيل¹⁰²⁷.

La fetua versa sobre un molino de agua perteneciente a todos los musulmanes y un vecino pretende realizar una obra para colocar su propia rueda, lo que pudiera afectar al primero. Las respuestas se inclinan por la prohibición, bien por el daño que pueda causar o bien porque pudiera producir la adquisición del bien público por parte del particular, por el transcurso del tiempo. Un alfaquí lo permite siempre que no produzca perjuicio en el molino de los musulmanes.

^cباب شهادة الغرماء بعضهم لبعض والموصي لهم

وجه ما ذكرها هنا أن الدين إذا أثبت على الميت حل في التركة فتصير التركة مشتركة بين الغرماء [...]

لأن الشركة هنا متحققة، لأنه متى ثبت الوصايا يشتركون جميعاً في الثلث وثبت لهما الحق في الثلث على سبيل القرار...¹⁰²⁸

a Capítulo sobre de lo que se apropian los infieles de los bienes de los musulmanes, ¿se convierten en sus propietarios o no?

Abū Yā'far dijo: unos opinan que el botín de la gente de la guerra sobre los bienes de los musulmanes se devuelve a los musulmanes antes y después del reparto, porque la gente de la guerra, en su opinión, no son propietarios de los bienes de los musulmanes por haberse apropiado de ellos [...]

Y lo contradicen otros que dicen: lo que toman la gente de la guerra de los bienes de los musulmanes y lo llevan a sus casas, se convierten en propietarios de los mismos y la propiedad de los musulmanes sobre ellos cesa.

Si los musulmanes lo recuperaran, y se apropiaran de ellos, si su dueño original viniera antes del reparto, lo cogería sin dar nada a cambio. Si llegara tras el reparto, debería pagar su valor.

b Pregunta sobre quien quisiera perforar en un lugar de todos los musulmanes para que brotara en otro lugar [...]

Respuesta: no estaría permitido eso y en Dios está el éxito [...]

Respuesta segunda a la pregunta: lo que señalas en la pregunta sobre quien perfora en una tierra para traer agua, perteneciente a todos los musulmanes, para abrevar, se le impediría por temor a que se apropiara de ella con el paso del tiempo al estar en sus tierras. Si quedara a salvo de cualquier daño para abrevar, de lo que provoca el agotamiento o similar, se le prohibiría y Dios es más sabio. Ha dicho Ibn al-Imām.

Respuesta tercera sobre la pregunta: podría hacerlo salvo que perjudicara a uno de los musulmanes, pues se le prohibiría y Dios es el señor del éxito. Ha dicho Muḥammad b. Ismā'īl.

c Capítulo sobre el testimonio de los acreedores unos contra otros y los legatarios.

[...] El núcleo de lo que ha nombrado aquí es que la deuda, si es constatada contra el muerto, se incorpora a la herencia y esta deviene común entre los acreedores [...]

Porque la sociedad, aquí se ha constituido, porque cuando se constata que los legados todos son cotitulares del tercio, a título de decisión ...

El objetivo final del autor es fijar las condiciones en las que un testimonio de un acreedor del causante contra otro o de un legatario contra otro es válido. El sesgo procesal resulta patente. Sin embargo, de esta reflexión surgen varios preceptos útiles: la herencia cuyo pasivo es superior al activo se convierte en propiedad en común de todos los acreedores; de la misma manera, los legatarios, hasta que no se produzca la partición, son copartícipes del tercio de libre disposición.

^aالمادة*(1072)* - (ليس لأحد الشريكين أن يجبر الآخر بقوله له: بعني حصتك أو إشتري حصتي. غير أن إذا كان الملك المشترك بينهما قابلاً للقسمة والشريك ليس بغائب فله أن يطلب القسمة وإن كان غير قابل للقسمة فله أن يطلب المهياة كما سيبيء تفصيله في الباب الثاني).

وجري هذا المادة في عقارات الوقف التي يتصرف فيها بالإجارتين...¹⁰²⁹

Los socios o copartícipes no pueden obligar a los otros a venderles o comprarles su parte, pero sí a repartir, si la cosa es divisible, o fijar un disfrute sucesivo, si no lo fuera.

^bالمادة*(1075)* - (كل واحد من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة الآخر ولا يعتبر أحد وكيلاً عن الآخر فلذلك لا يجوز تصرف أحدهما في حصة الآخر بدون إذنه، أما في سكنى الدار المشترك وفي الأحوال التي تعد من توابع السكنى كالدخول والخروج فيعتبر كل واحد من أصحاب الدار المشتركة صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال. لا يعتبر أحدهما وكيلاً عن الآخر بعكس شركة العقد بل يكون الشريك في التصرف في نوبته في الملك المشترك مستودعاً لحصة الآخر. أنظر المادة (1087). (تكملة رد المحتار في الوديعه)¹⁰³⁰.

Esta norma marca la frontera entre los dos tipos principales de sociedad: copropiedad y sociedad propiamente. En la primera, los copartícipes no se convierten en representantes de los demás, como ocurre en el contrato. Cada comunero sería un tercero sobre las otras cuotas. En virtud de la opinión de un jurista *hanafi* damasceno del siglo XIX, de quien hemos tomado el fragmento de otras de sus obras, los copropietarios ocuparían la posición jurídica del depositario sobre la cuota de los demás.

^cالمادة*(1308)* - (إذا احتاج الملك المشترك للتعمير والترميم فيعمره أصحابه بالإشتراك بنسبة حصصهم) إذا احتاج الملك المشترك للتعمير والترميم فيعمره أصحابه بالإشتراك بنسبة حصصهم سواء كان الملك المشترك بين أكثر من مالك واحد أو مشترك بين مالك ووقف أو كان قابلاً للقسمة كالدائر الكبيرة أو غير قابل للقسمة كالحمام والبنر فإذا كان الوقف شريكاً في الملك فيدفع متولي الوقف حصة الوقفة في المصرف بنسبة حصته¹⁰³¹.

Los gastos también se distribuyen entre los comuneros en función de sus cuotas. Hay que destacar que al *waqf*, según la exégesis del precepto, se le asigna capacidad jurídica para ser copropietario y, en consecuencia, asumir las deudas derivadas del mantenimiento y construcción de la cosa común. Para esta actuación, la fundación estaría representado por el administrador.

^dكتاب الشركة

a Artículo (1072)- (Ninguno de los socios puede obligar al otro diciéndole: véndeme tu parte o cómprame tu parte. Pero si la propiedad común fuera divisible y el socio no estuviera ausente, podría pedir la división y, si no fuera divisible, podría solicitar el uso sucesivo como se detallará en otro capítulo).

Y se aplica este artículo a los inmuebles de *waqf* sobre los que se realicen dos arrendamientos...

b Artículo (1075) (Cada uno de los socios en la sociedad de propiedad es un tercero en la cuota del otro y no se consideraría su representante, así no sería válido el acto de uno de los dos sobre la cuota del otro sin su permiso, en cuanto a la habitación en la vivienda común y en los asuntos dependientes de la habitación, salir y entrar, se considera como uno de los dueños de la casa como si fuera una propiedad completa [...])

No se considera uno el representante del otro, al contrario que la sociedad de contrato, sino que al actuación de uno de ellos en su turno se haría a título de depositario de la cuota del otro. Véase el artículo 1087. (*Takmila Radd al-Muhtār fī-l-wadī'a*).

c Artículo (1308) (Si la propiedad común necesitara reparación o reconstrucción, lo llevarían a cabo los comuneros en función de sus cuotas).

Si la propiedad común necesitara reparación lo harían los socios según las cuotas, tanto si fuera común entre dos o más o en común entre un propietario y un *waqf*, o si fuera divisible como una casa grande, o indivisible como los baños o un pozo. Si el *waqf* fuera socio, el administrador abonaría la parte que le correspondiera al *waqf* en función de su participación en la comunidad.

d Libro sobre la sociedad.

(Artículo 744).

La sociedad es de dos clases, sociedad de propiedad y sociedad contractual.

(Artículo 745)

La sociedad de propiedad es aquella donde dos o más son propietarios de un bien o una deuda por cualquier causa de las causas (de adquisición de la propiedad).

(مادة 744)

الشركة على نوعين شركة ملك وشركة عقد.

(مادة 745)

شركة الملك هي أن يملك إثنان فأكثر عيناً أو ديناً بسبب من أسباب الملك.

(مادة 746)

شركة الملك نوعان شركة إختيارية وشركة جبرية

فالشركة الإختيارية هي أن يملك الشريكان أو الشركاء مالاً بشراء أو هبة أو وصية أو خلطة بالأموالهم بإختيارهم. والشركة الجبرية هي أن يملك الشريكان أو الشركاء مالاً ببارث أو إختلاط المالكين بلا إختيار المالكين إختلاطاً لا يمكن معه تمييزهما حقيقة بأن كانا متحدي الجنس أو يمكن التمييز بينهما بالمشقة وكلف بأن كانا مختلفين جنساً.

(مادة 747)

شركة العقد هو عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال وفي الربح وهي أنواع شركة بالمال بالأعمال وشركة وجوه وكل من هذه الثلاثة إما مفاوضة أو عنان¹⁰³².

Esta otra codificación *hanafī*, que no fue promulgada, conceptúa la sociedad en dos tipos: la sociedad sobre la propiedad de un bien (voluntaria, por compra conjunta, o impuesta, como la de los herederos antes del reparto), y la sociedad contractual, en la que varios socios aportan un capital y se reparten los beneficios. Para nuestra mentalidad romanista, la primera no sería calificada de sociedad, sino de comunidad de bienes.

^aالقوصيه

أرمنت؛ إسنا؛ إينود؛ إدفو؛ أملاك بني يونس؛ [...] الشريكية...¹⁰³³

En los registros, a efectos fiscales, resulta habitual inscribir bienes tribales.

^bمقرر الجسور

ثم قرر عن كل قطعة عشرة دنانير، وخير من يلزمه القيام بهذه المبلغ وإخراج القطيعة، ومضت الأيام على ذلك حتى صار لازماً للفلاحين كأنه من بعض الخراج، ويجري فيما بينهم بنسبة ما يزرعه كل منه¹⁰³⁴.

Al describir un impuesto para el sostén de los puentes, el funcionario *ayyūbī*, afirma que se dividía el territorio en zonas, cada una de ellas con el responsable de la recaudación (diez dinares). Con el tiempo devino obligatorio para los agricultores, como si fuera el *jarāy*, cada uno en proporción a lo que cultivara.

^c(قلت) فإن كانوا صغاراً وكباراً فلا يكون على الصغار زكاة أيضاً في ما نض في يد الوصي حتى يقاسم لهم الكبار فإذا قاسم لهم الكبار كان الوصي قابضاً لهم فحصتهم فيستقبل بحصتهم حولاً من يوم قاسم الكبار ويستقبل للكبار أيضاً حولاً من يوم قبضوا فقتال نعم (قلت) وهو قول مالك¹⁰³⁵.

(Artículo 746)

La sociedad de propiedad se divide en dos tipos: sociedad voluntaria y sociedad forzosa.

La sociedad voluntaria es cuando los dos socios o los socios son propietarios de un bien por compra o donación o legado o mezcla de los bienes de forma voluntaria.

La sociedad forzosa es cuando los dos socios o los socios son propietarios de un bien por herencia o mezcla de los bienes sin ser por voluntad de los propietarios, por una mezcla que no se puede distinguir, por ser del mismo género, o por poderse distinguir con mucho esfuerzo, si son de géneros distintos.

(Artículo 747)

La sociedad de contrato se refiere a un contrato entre socios sobre un capital y los beneficios. Existen tipos, sociedad de bienes y trabajo, de *uḡūh*, y todas estas tres clases pueden ser de negociación o a partes iguales.

a al-Qawṣiyya.

Arment, Isna, Iynud, Idfu, Propiedad de los Banū Yūnes...

al-Šarqiyya...

b Contribución para los puentes.

[...] Después se impuso a cada parcela diez dinares, y se escogió al responsable de su recaudación, y pasaron los días de esta manera y se convirtió en obligatorio para los agricultores como si fuera parte del *jarāy*, y se les aplica en función de lo que cultiva cada uno.

c (Dije) Si hubiera menores y mayores, no se les exigiría la *zakāt* a los menores por el efectivo que tuvieran en manos del albacea hasta que se realizara el reparto por los mayores y el albacea tomara posesión en su nombre de su cuota. Si cumpliera el plazo a partir del momento del reparto por los mayores y de la toma de posesión. Dijo sí. (dije) Esa es la opinión de Mālik.

La limosna legal no puede ser exigida mientras no se complete la división del legado o herencia, lo cual se complica con la presencia de menores.

94/935^a -مسألة: عن حمام أكثرها وقف على الفقراء والمساكين والفقهاء، وإن إنساناً له حمامات بالقرب منها. وإنه احتال وأشتري منها نصيباً. أ أخذ الرصاص الذي يخصه من الحاصل، و عطل الحمام وضار. فهل يلزمه العمارة أسوة الوقف أم لا؟

الجواب: الحمد لله. ليس له أن يتصرف في الحمام المشتركة بغير إذن الشركاء ولا بإذن الشارع. ولا يستولي على شيء منها بغير إذن الشركاء، ولا يقسم بنفسه شيئاً ويأخذ نصيبه منه، سواء كان رصاصاً أو غيره، ولا يغير بناء شيء منها ولا يغير قدر ولا غيرها، وهذا كله باتفاق المسلمين. وليس له أن يغلقها؛ بل يكره على جميع الشركاء إذا طلب بعضهم ذلك؛ وتقسم بينهم الأجرة. وهذا جماهير العلماء: كأبي حنيفة، ومالك، وأحمد وإذا احتاجت الحمام إلى عمارة لا بد منها فعلى الشريك أن يعمر معهم في أصح قولي العلماء. والله أعلم¹⁰³⁶.

Ibn Taymiyya, en su respuesta, afirma que no se puede actuar en la cosa común en perjuicio de los coparticipes, si no es divisible, sí, se puede exigir el arrendamiento de la misma y repartir la renta.

^bحق الدولة أو بيت المال عند فقد الوارث.

532- إتفق العلماء على أن التركة إذا لم يكن للميت وارث تكون لبيت المال.

وإختلفوا في أساس إستحقاق بيت المال للتركة في هذه الحال.

أ- فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إنما يأخذ التركة على أساس أنها مال ضائع. وإستدلوا ذلك بأن بيت المال يستحق تركة الذمي أيضاً إذا لم يكن له وارث؛ ولو كان بيت المال وارثاً لم يجز أخذ تركة الذمي؛ وذلك لفقد شرط من شروط الميراث وهو إتحاد الدين؛ وذلك أن مال بيت المال هو لجماعة المسلمين.

ب- وذهب بعض الشافعية وكثير من المالكية إلى أن بيت المال يعتبر وارثاً لتركة من يموت عن غير وارث. وإستدلوا على ذلك بأن بيت المال يعقل جناية من لا عاقلة له، فكذلك يرث من لا وارث له؛ فالغرم بالغنم¹⁰³⁷.

En este capítulo de la tesis elaborada en la Universidad cairota de *al-Azhar* a la que ya hemos acudido, se trata cómo el tesoro se apropia de los bienes de aquellos fallecidos que no tuvieron herederos, el fundamento que justifica este argumento varía según las escuelas. La mayoría de los ulemas consideran que se trata de *res nullius* o bienes sin propietario, pues también sucede con las herencias de los *ḍimmīes* no musulmanes. Hay que recordar que uno de los requisitos de la herencia es la unidad de religión; un no musulmán no hereda de un musulmán y viceversa. Asimismo, afirman que el patrimonio del tesoro pertenece a toda la comunidad de musulmanes. Algunos *ṣāfi'ies* y *mālikīes* sí convierten al tesoro en heredero, por analogía de las indemnizaciones por delitos cometido por personas que no tiene familiares obligados al pago, el cual sería abonado por el tesoro.

a 935/94 – Cuestión: sobre unos baños, la mayor parte constituido en *waqf*, para los pobres, menesterosos y alfaquíes. Si un hombre tuviera unos baños cerca, mediante argucias comprara una parte, tomara el plomo que le corresponde y dejaran de funcionar los baños y se dañaran, ¿se le obligaría a la reparación al igual que al *waqf* o no?

Respuesta: gracias a Dios. No puede actuar en los baños en común sin permiso de los socios ni del Legislador. Y no puede apropiarse de nada de los mismos sin permiso de los socios, no repartir por a sí mismo tomar su parte, tanto si es el plomo como si es otra cosa, ni transformar la construcción ni cambiar las medidas no cualquier otra cosa. Así es por consenso de los musulmanes. Tampoco puede cerrarlos, sino que se ha de alquilar contra los socios si lo pidiera uno de ellos, y repartir la renta. Y así la mayoría de los ulemas, como Abū Ḥanīfa, Mālik y Aḥmad. Si los baños necesitaran de reconstrucción necesarias, los socios deberían participar en la mejor de las opiniones de los ulemas. Y Dios es más sabio.

b Derecho del estado o el tesoro ante la ausencia de heredero.

532- Los juristas están de acuerdo en que la herencia, si el muerto no tuviera herederos, sería para el tesoro.

Y discrepan sobre el fundamento del derecho del tesoro sobre la herencia en este caso.

A.- La mayoría de los alfaquíes opinan que se apropia de la herencia sobre la base de que sería un bien abandonado. Argumentan que el tesoro también tiene derecho sobre los bienes de los *ḍimmīes*, si no tuvieron heredero. Si el tesoro fuera heredero, no podría tomar la herencia del *ḍimmī*; eso por la ausencia de un requisito de la sucesión: la unidad de religión, pues los bienes del tesoro son de todos los musulmanes.

B.- Algunos *ṣāfi'ies* y muchos *mālikīes* opinan que el tesoro es considerado heredero de la herencia de quien muere sin ellos. Argumentan que el tesoro asume la responsabilidad familiar de quien comete un delito sin tener familiares responsables. De la misma manera, hereda de quien no tiene herederos, así la indemnización recae en quien se beneficia.

En el capítulo sobre la propiedad pública en el derecho islámico, revisando las obras de los principales juristas sobre los ríos, los pastos, las tierras del *jarāy* en favor de todos los musulmanes, los *awqāf* benéficos, en aquellos alfaquíes que consideran que el dominio directo sale de la propiedad del fundador a la de Dios y el botín, concluye, acudiendo a palabras de un ulema egipcio del siglo XX, que ese dominio público está regido por el régimen jurídico de la comunidad de bienes:

^aويقول الشيخ علي الخفيف: ((وهذا ما يدل على أن الإسلام حين أقر هذه الملكية الجماعية إنما أقرها على أساس أنه ملكية لجماعة مكونة من أفراد تتعلق بمال، لكل منهم حق فيه، ويخول له ضرباً من القيام عليه ويظهر في طلب المحاسبة عليه قسمة ورعاية وحفظ. كما يفرض عليه أن يقوم على رعايته وحفظه ما وجد إلى ذلك سبيلاً، لذا كان عمر رضي الله عنه يوصي رجاله الذين أقامهم على حفظ هذا المال أن يلاحظوا أنه مال للمسلمين ولكل منهم فيه حق. ويقول فيما رواه زيد بن أسلم عن أبيه: ((لا يترخص أحدكم في البرذعة أو الحبل أو القتب، فإن ذلك للمسلمين ليس أحد منهم إلا وله فيه نصيب. فإن كان الإنسان واحد رآه عظيماً، وإن كان لجماعة المسلمين إرتخص في، وقال: مال لله)).

وبهذا يحذرهم من أن تكون رعايتهم لهذا المال قائمة على أنه مال الجماعة أو مال الله دون ملاحظة حق كل فرد فيه. وهذا ما يجلب معنى الملكية الجماعية في نظر الإسلام، وأنها للأفراد مشتركين، لا للهئية بوصف أنها لها شخص إعتبارية، ولها ملك هذا المال ولها حقوق))¹⁰³⁸.

Este autor niega que el estado, como persona jurídica, sea el propietario de los bienes públicos. Defiende que esta propiedad se predica de todos y cada uno de los musulmanes, a quienes corresponde una parte, una cuota. Esta concepción, como técnica jurídica, complica la gestión del patrimonio, pues cada comunero tendría su acción y su derecho de forma individual. En un país, por muy poco poblado que esté, la administración del dominio público como comunidad de bienes se torna casi imposible en la práctica.

Desde el punto de vista semántico, en árabe, y, por ende, en el derecho islámico, los conceptos de comunidad de bienes y sociedad comparten el término. Esta última institución será el eje de un capítulo, pero los juristas nos muestran un régimen jurídico no demasiado alejado. A grandes rasgos, la sociedad de propiedad y la contractual, según el *fiqh*, equivaldrían a la comunidad de bienes y la sociedad de nuestro derecho: la comunidad como tenencia en común de un bien y la sociedad como puesta en común para conseguir beneficios. Sin embargo, sobresale un aspecto que únicamente reconoce el derecho islámico: la representación mutua de los socios en el tipo contractual, pues la causa última del contrato es adquirir cosas en común. El socio es representante de los demás, no de la sociedad. En el tipo designado como de propiedad, cada uno de los copartícipes ocuparía la situación de depositario, cuya principal obligación es la de conservar y que carece de facultades de disposición, respecto a la cuota de los demás. La noción del derecho islámico se aproxima a la romana: lo que caracteriza a cada comunero es la cuota o el disfrute limitado por el de los otros. En este sentido, hemos visto cómo en los ejemplos que aparecen en este capítulo (*zakāt* y botín principalmente) se trata de situaciones que se consideran provisionales y en las que se disponen los medios jurídicos oportunos para poner fin a las mismas: reparto, venta, explotación y división de las rentas. En otros apartados de esta tesis, hemos planteado otras realidades en las que surgen titularidades de bienes y derechos en común: la herencia, destinada a la liquidación, la propiedad de todos los musulmanes de las tierras de *jarāy*. Todavía nos resta

a Y dice el jeque 'Alī al-Jāfīf: "y esto prueba que el Islam, cuando ha reconocido esta propiedad colectiva, la reconoce únicamente sobre la base de que es una propiedad colectiva compuesta de individuos que están en relación con el bien. Cada uno de ellos tiene el derecho a él, y se le permite actuar sobre él, pedir cuentas y el reparto, conservar y velar por él. Como está obligado a velar y cuidar de él, en lo que le fuera posible. Por ello, 'Umar, Dios esté satisfecho de él, ordenó a sus hombres que velaran por ese bien, y que observaran que era un bien de los musulmanes y todos tienen derecho sobre él. Y dice, según cuenta Zayd b. Aslam de su padre: "no está permitido a ninguno de vosotros la silla de montar, la cuerda y las alforjas. Pues eso es de los musulmanes, ninguno de ellos hay sin que tenga parte. Si fuera un solo hombre, lo vería enorme, y si fuera de la colectividad de los musulmanes, se permitiría el botín. Y dijo: es un bien de Dios".

Así les advertía de que cuidaran bien sobre la base de que el dinero fuera de la colectividad o de Dios, sin observar el derecho de cada individuo a él. "Y esto es lo que significa la propiedad colectiva en la concepción del Islam, y es que es de los individuos socios, no del ente en su condición de persona jurídica que es propietaria y tiene derechos".

profundizar sobre la comunidad de los beneficiarios de un *waqf*. En definitiva, el derecho islámico, como los de tradición romanista, siente esta figura como algo no demasiado valioso. Esta provisionalidad se exceptúa en las tierras de *jarāy*, ya que la mayoría de los juristas la consideran como una propiedad de todos los musulmanes indisponible e inalienable, o sea, tendente a la perpetuidad.

Si la titularidad colectiva va referida a cargos, la colegialidad y la creación de órganos pluripersonales con facultades decisorias, salvo algunas excepciones, está vetado. Ni siquiera se llega a ese estado, favoreciéndose el regreso a la unidad, sino que se pretende evitar su surgimiento.

En este momento de nuestro trabajo, hemos tomado la *zakāt* y el botín como paradigmas de situaciones de comunidad. Los textos, al igual que lo que hemos adelantado, nos presentan una situación de titularidad de un derecho abstracto a un patrimonio (en favor de los pobres o los combatientes), que precisa una decisión que la concrete: el reparto. Algo análogo, pero al menos la cuota está prefijada, ocurre con los herederos, legatarios o beneficiarios de un *waqf*. Existe una expresión de Averroes, sobre los pobres en el contexto de la limosna legal y las fundaciones, en las que literalmente formula: *los pobres que en ellos se reúnen dos aspectos: primero, una propiedad incompleta* [...] Este enunciado nos refuerza en nuestra idea de que se trata, al menos en lo relativo a los bienes tomados de los enemigos y al impuesto sobre los ricos, de un figura cercana a la expectativa de derecho, donde un acto de la autoridad convertirá a sus titulares en propietarios de pleno derecho.

En otras comunidades, como los ríos, de origen natural o sobre cosas indivisibles, el derecho tratará de regular un uso común de todos con la prohibición de causar menoscabo en la cosa común o impedir su utilización por los otros propietarios.

Al negocio jurídico de la partición se le dota de un poder constitutivo: fija el verdadero propietario del botín, los bienes de la *zakāt*, la herencia, etc., y el objeto de ese derecho. La esencia del contrato en el derecho islámico y en nuestra tradición jurídica, si no opuestas, sí poseen una raíz enfrentada. La fetua de Ibn Taymiyya (906/65) explicita la cuestión:

^aإذا كان الوقف على جهة واحدة فإن عينه لا تقسم قسمة لازمة؛ لا في مذهب أحمد ولا غيره وإنما في المختصرات لما أرادوا بيان فروع قولنا: القسمة إقرار أو بيع، إذا قلنا: هي بيع لم يجز، لأن الوقف لا يباع. وإذا قلنا: هي إقرار جاز قسمته في الجمل¹⁰³⁹.

Según el filósofo y jurista *hanbalī*, la partición de la cosa común cabe entenderla como mero reconocimiento de un derecho previo o como una venta (todo contrato para el *fiqh* tiene su pilar en la compraventa), cuya consecuencia sería la transmisión de la propiedad. A la luz de las palabras de los alfaquíes en este momento de nuestra labor y en los previos, estaría más próxima a la compraventa. Hay que reconocer que actúa sobre un derecho previo, pero sin ella, el titular de la cuota teórica apenas tiene facultades propias de auténtico propietario. Además, aun entendiéndola como un reconocimiento, al preexistir un derecho propio a esos bienes, su virtualidad es, al menos, transformadora de ese derecho.

Las conclusiones de este apartado nos refuerzan en nuestra posición contraria a la personalidad jurídica de la *umma*, compartida con algunos juristas árabes contemporáneos. En todas aquellas realidades en las que el derecho corresponde a todos los musulmanes, se observa que la regulación apunta a que cada uno de ellos es titular de una cuota o de un derecho al goce de la cosa, si no directamente, sí al menos de las construcciones o actos que el representante de los musulmanes, el califa o gobernante, en los que invierte los bienes. Detallaremos todos los matices de la cuestión convenientemente, pero el tesoro o *bayt al māl* surgió como un lugar físico donde depositar los bienes antes del reparto, si bien, consideramos que ese órgano sí está dotado de todos los requisitos de la persona jurídica, como patrimonio personificado; no ocurre lo mismo con los

a Si el *waqf* se dedicara a una única finalidad, el bien que es el objeto no se dividiría en una división obligatoria, tanto en la escuela de Aḥmad, como en las demás. En “*los compendios*” cuando querían mostrar las derivaciones de nuestra opinión: la partición es el reconocimiento de un derecho o una venta. Si fuera una venta, no se permitiría, porque el *waqf* no se vende. Si opináramos que es el reconocimiento, se permitiría su partición totalmente.

titulares de esos bienes: el conjunto de creyentes, que conformarían una verdadera comunidad de bienes.

Sería un error finalizar este capítulo sin enfatizar cómo tanto los textos legales que estuvieron vigentes, como las opiniones jurisprudenciales, sitúan al *waqf* como actor, al mismo nivel que las personas físicas, en el uso, salvaguarda y partición de la cosa común. Sin ser explícita, no resulta descabellado pensar que, para los alfaquíes, es un sujeto de derecho más.

4 CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA EN DERECHO ISLÁMICO

El fin último de nuestra tesis es desentrañar la percepción que la *Šarī'a* posee de los diferentes entes ajenos al ser humano; la personalidad jurídica es una especie dentro del género de la personalidad, desde el punto de vista del derecho. En consecuencia, nos encontramos compelidos, en cierta manera, a reseñar, aun brevemente, el concepto de persona para el *fiqh*, si lo hubiere.

Comenzábamos el capítulo tercero distinguiendo entre capacidad jurídica y de obrar. En este momento, y referido a la persona natural, hemos de precisar estas dos figuras teóricas a la luz de otros conceptos con los que están íntimamente ligados: persona, sujeto de derecho y personalidad. La personalidad se entendería como *la emanación jurídica de la persona*, una serie de derechos innatos, derivados de la propia naturaleza del ser humano; la persona natural sería el hombre jurídicamente considerado, el cual, al actuar *en el marco de una relación jurídica determinada, se convierte en sujeto de derecho*. En opinión de parte de la doctrina, sujeto de derecho y persona estarían equiparados. En resumen, la personalidad jurídica cabría definirla como la idoneidad para ser sujeto y titular de relaciones jurídicas y derechos, una condición previa para que se le imputen derechos y deberes. Por tanto, la personalidad es anterior a la capacidad, o aptitud para ser sujeto de derecho y obligaciones, y capacidad jurídica, o la aptitud para el ejercicio de esos derechos¹⁰⁴⁰.

En Europa, especialmente en el ámbito mediterráneo, los ordenamientos actuales han recorrido un camino que parte del derecho romano, pasando por su revisión por el derecho de la Iglesia hasta desembocar en las regulaciones contemporáneas¹⁰⁴¹. El Islam, como civilización y religión, dispone de su propia antropología del hombre. Estas líneas no se marcan como objetivo el estudio de la misma, a excepción de su reflejo directo en las normas emanadas de los *fuqahā'*. Fijamos nuestras miras en los derechos innatos que se reconocen al ser humano, su condición de sujeto de relaciones regladas por el derecho y la capacidad de ejercer actos que desplieguen sus efectos válidamente.

Arrancamos la relación de fuentes árabes con un par de pinceladas extrajurídicas, puesto que la materia que abordamos está enraizada en una visión filosófica del ser, aunque esta perspectiva sobrepase nuestra intención principal. La primera, unas líneas del filósofo andalusí Avempace, *Ibn Bāṣya*, del siglo XII, nacido en Zaragoza, que consagró parte de su obra a comentar la filosofía de Aristóteles¹⁰⁴².

^aوقد تبين ما الفعل الإنساني وما الفعل البهيمي وما الفعل الجمادي، وهذه جميع الأفعال التي توجد للإنسان. وكل واحد من هذه الجنس لما تحته: فالفعل الجمادي ظاهر أنه إضطرار لا إختيار فيه، كما قلناه، فليس لشيء أصلاً، لذلك ليس لنا أن نفعله، لأن المركبة فيه ليس من تلقائنا. والفعل البهيمي هو أيضاً لا من أجل شيء، إلا أنه من تلقائنا. ولذلك إلينا أن نقف متى شينا، فظاهر أنه إذن إنما يجب أن تحدد الغايات في الأفعال الإنسانية فقط¹⁰⁴³.

Este pensador zaragozano conecta los actos humanos a la consecución de un fin. La diferencia de su actuar con la de los seres inanimados y los animales tiene un fundamento teleológico.

El otro autor, algo posterior y también reseñando al filósofo de Estagira, Ibn Jaldūn, se detiene en la perspectiva social:

بفي العمران البشري على الجملة وفيه مقدمات

a Se ha mostrado cuáles son los actos de las bestias, cuáles los de los seres inanimados; todos ellas están presentes en el ser humano. Cada una de estas clases tiene lo de la inferior. Así, el acto de un ser inanimado es evidente que viene impuesto, no hay elección en él, como hemos dicho, no es, en origen, para algo en particular, por eso no tenemos que hacerlo, porque el movimiento en él no es propio de nosotros. Y los actos de las bestias tampoco son con la finalidad de algo, sin embargo, sí son propios de nosotros. Por eso, podemos parar cuando queramos. Es evidente, entonces, que únicamente debemos delimitar las finalidades en los actos humanos.

b Sobre la civilización humana en general; en ella hay prolegómenos.

الأولى: في أن الإجتماع الإنساني ضروري. ويعبر الحكماء عن هذا بقولهم: "الإنسان مدني بالطبع"، أي لا بد له من إجتماع الذي هو المدنية في إصطلاحهم وهو معنى العمران. وبيانه أن الله -سبحانه- خلق الإنسان وركبه على صورة لا يصح حياتها وبقاؤها إلا بالغذاء، وهداه إلى إلتماسه بفطرته بما ركبه فيه من القدرة على تحصيله. إلا أن قدرة الواحد من البشر قاصرة عن تحصيل حاجته من ذلك الغذاء...¹⁰⁴⁴

El hombre es una criatura de Dios, que la ha creado de tal manera que no puede conseguir el alimento necesario para su supervivencia por sí mismo, sino que necesita a la sociedad de sus congéneres.

Al-Dabbūsī, fue un jurista *ḥanaḥī*, originario de Asia Central y que vivió en el siglo XI¹⁰⁴⁵; en su obra sobre los fundamentos del *fiqh*, recogido en parte en una tesis doctoral sobre el derecho de propiedad a la que hemos acudido con cierta asiduidad¹⁰⁴⁶, hallamos una aproximación a lo que podría ser una definición islámica de capacidad jurídica y de obrar:

باب القول في حين أهلية الأدمي لوجوب الحقوق المشروع، وهي الأمانة التي حملها الإنسان.
[...]"الأدمي كما يخلق وله ذمة ألا ترى أن الطفل إذا إنقلب على مال فأتلفه يلزمه ضمانه بخلاف البهيمة، وكذلك يلزمه مهر امرأته وسائر حقوق الناس، وإنما عرف وجوبها بالشرع.

Primero: la sociedad humana es necesaria. Los sabios se han pronunciado sobre ello con su dicho: "El hombre es social por naturaleza", es decir, precisa la sociedad, la polis, en sus términos, que es la civilización. Y la prueba es que Dios, alabado sea, creó al ser humano y lo compuso de tal manera que su vida y supervivencia no es posible sin alimento, y lo guio para que se apoyara en su naturaleza, y en la capacidad para conseguirlo. No obstante, la capacidad de uno de ellos está limitada para conseguir su necesidad de alimento...

a Capítulo. La opinión sobre la capacidad del hijo de Adán para estar obligado por los derechos contra él, que es la probidad con la que Dios lo dotó.

El hijo de Adán, al ser creado, lo fue con protección. Acaso no ves que el niño si se abalanza contra un bien y lo destruye está obligado a repararlo, al contrario que las bestias, y así está obligado a pagar la dote de su mujer y el resto de derechos de la gente. Únicamente se conoce la obligatoriedad por la Ley.

Porque la protección es una expresión, según el idioma, de pacto, Dios, el Altísimo, cuando creó al ser humano, lo dotó de probidad, y lo obsequió con la inteligencia y la protección, para que fuera capaz de estar obligado por los derechos a su favor y en su contra; se le aseguró la inviolabilidad, la libertad y la propiedad, con los que llevar sus derechos. Y le confirmó los derechos de Dios que pesan sobre él, a los que llamó probidad, así, si firmáramos un pacto con los infieles, y le diéramos la protección, les estaríamos asegurando los mismos derechos y obligaciones de los que los musulmanes son titulares.

Y el descendiente de Adán no ha sido creado más que para tener este pacto y protección, ni para nada más que ser capaz de estar obligado por los derechos con que la Ley lo cargó, como no ha sido creado más que libre y dueño de sus derechos. Se le ha asegurado todas estas dignidades sobre la base de la protección, y ha sido gravado con los Derechos de Dios el Altísimo [...]

Si la obligatoriedad no ha sido vinculada a su elección y discernimiento, esta no echa en falta la capacidad de la inteligencia, ni la del discernimiento. Acaso no ves que la oración compele a quien duerme y al loco, según nuestra opinión, si la locura fuera menor a un día y una noche.

[...] El menor que no razona únicamente se diferencia de quien razona en la obligatoriedad del cumplimiento de lo que está bajo su responsabilidad, pues está vinculada a la petición del titular del derecho, demandándolo o conminándolo. Quien no razona no tiene capacidad para ello, así que no está obligado a cumplir lo que señalaremos posteriormente.

Esto es como cuando se dice: quien duerme está obligado por los derechos de Dios el Altísimo; no está obligado a su cumplimiento hasta que se despierte, porque no es capaz ni tiene conocimiento. Esto es así porque el cumplimiento únicamente se da por una acción nuestra, voluntaria, así que es necesario conocerlo y después ser capaz de ello. En cuanto a la obligatoriedad que reside en la responsabilidad de la persona es válida sin necesidad de nuestra elección, por lo que no es un requisito para su validez ser capaces de ella, ni conocerla.

Capítulo sobre cuándo el discurso (de Dios) es Ley.

No hay discrepancia que el Discurso es Ley en el momento de alcanzar dos capacidades:

Capacidad de entender el discurso: es la inteligencia.

Capacidad de actuar según el mismo: se da en el cuerpo [...]

[...] Y nos apoya en esta opinión el dicho del profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él: ((se levanta la pluma sobre tres: el menor hasta que madure, el loco hasta que se despierte y el dormido hasta que esté activo)). Así que no hay pluma más que con la rendición de cuentas, que no se da más que con el Discurso según hemos mostrado: que la rendición de cuentas no está en la obligatoriedad de la responsabilidad del hombre, sin que está en la petición de cumplimiento del Discurso, y Dios es más sabio.

ولأن الذمة عبارة عن العهد في اللغة فالله تعالى لما خلق الإنسان يحمل أمانته أكرمه بالعقل والذمة، حتى صار بها أهلاً لوجوب الحقوق له وعليه، فثبت فيه حق العصمة والحرية والملكية، بأن حمل حقوقه، وثبتت عليه حقوق الله تعالى التي سماها أمانة ما شاء كما إذا عاهدنا الكفار وأعطينا هم الذمة يثبت لهم حقوق المسلمون عليهم في الدنيا. والأدعي لا يخلق إلا وله هذا العهد والذمة، ولا يخلق إلا وهو أهل لوجوب حقوق الشرع عليه، كما لا يخلق إلا وهو حر مالك لحقوقه وإنما يثبت له هذه الكرامات بناء على الذمة، وحمله حقوق الله تعالى [...] وإذا لم يتعلق الوجوب عليه بإختياره وتمييزه لم يفتقر الوجوب إلى قدرة العقل، ولا قدرة التمييز أ لا ترى أن الصلاة تلزم النائم والمجنون على أصلنا إذا كان الجنون أقل من يوم وليلة.

[...] إنما يفارق الصبي الذي لا يعقل العاقل في وجوب الأداء ما لزمته ذمته فإنه متعلق بالطلب من صاحب الحق بالأمر والخطاب، غير العاقل ليس من أهلها فلا يلزمه الأداء على ما نذكر بعد هذا. وهذا كما قيل: إن النائم يلزمه حقوق الله تعالى، ولا يلزمه أداؤها حتى يستيقظ لأنه لا يقدر عليه ولا يعلم به، وهذا لأن الأداء إنما يكون بفعل منا على سبيل الإختيار فلا بد من العلم به ثم القدرة عليه فأما الوجوب في الذمة فصحيح من غير إختيارنا فلم يكون من شرط صحته قدرتنا ولا علمنا به.

[...] باب. القول في حين الخطاب شرعاً
لا خلاف أن حين الخطاب شرعاً حين البلوغ عن قدرتين:
قدرة فهم الخطاب وهو بالعقل.

وقدرة العمل به وهو بالبدن [...]

وقد أيد هذا القول قول النبي، ص، ((رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ)) فلا قلم إلا بالحساب، ولا حساب إلا بعد الخطاب على ما بينا أن الحساب لا يكون على الوجوب في الذمة بل هو بعد طلب الأداء بالخطاب، والله أعلم¹⁰⁴⁷.

Para este alfaquí, el hombre, como criatura de Dios, ha sido dotado por Este con la capacidad de asumir obligaciones y ser titular de derechos. De esta manera, es un ser creado y dotado de lo que la doctrina denomina hoy en día capacidad jurídica. Esta capacidad la segrega de aquella consistente en dar cumplimiento a la obligación, inexistente en menores y locos; se requiere un discurso del titular del derecho que puede ser Dios: para que este discurso se convirtiera en un precepto legal imperativo, el destinatario del mismo habría de disponer de capacidad intelectual para comprenderlo y capacidad corporal para llevar a cabo. El fragmento presenta cierta oscuridad pues el termino clave de la capacidad jurídica, *dimma*, en su sentido original, significa la protección, que Dios al crear al hombre le otorga. Ese amparo es el fundamento de la responsabilidad del ser humano, es decir su capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, el otro sentido de la palabra árabe. Además, al-Dabbūsī construye una analogía entre la *dimma* que Dios ha colocado en cada criatura, con la *dimma* que los musulmanes reconocen a través de un pacto a las comunidades cristianas, judías o de zoroastras que permanecen en sus territorios; en virtud de ese tratado, estas personas no musulmanas tienen reconocidos los mismos derechos y obligaciones. Una vez establecido cuando los deberes de los fieles han de ser cumplidos, el libro va desgranando la diferente casuística sobre qué deberes religiosos son obligatorios en función de la capacidad de cada individuo. Los conceptos responsabilidad y capacidad jurídica están íntimamente ligados. En nuestra cultura jurídica se vincularía más a la capacidad de obrar.

Al objeto de comprender este constructo, acudamos brevemente a la teoría de la *dimma* en el derecho islámico, según el jurista egipcio al-Sanhūrī:

^aبروز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي. نظرية الذمة.

a Aparición de la distinción entre deuda y bien en el derecho islámico- teoría de la *dimma*.

La distinción entre la deuda y el bien es la distinción que sobresale en el Derecho islámico. Los ulemas del mismo insisten en confrontar la deuda y el bien cada vez que tienen ocasión para ello, y establecen esa diferenciación sobre la base de la *dimma*. Opinan que la deuda se vincula a la *dimma* del deudor, mientras que el bien no, sino que el derecho, real o personal, se vincula al propio bien. La vinculación o no a la *dimma* es lo que establece la separación entre deuda y bien [...]

Teoría de la *dimma* en el Derecho islámico:

La *dimma* en el Derecho islámico es una característica jurídica que el Legislador presupone existente en el ser humano: con ella se vuelve capaz de obligar y obligarse, es decir, apto para ser titular de derechos y obligaciones. Esa aptitud que se afirma con la *dimma* es la que llaman los juristas capacidad de estar obligado [...] La relación entre la *dimma* y la capacidad de estar obligado es un relación consolidada, pues la *dimma* es que el ser humano sea apto para ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de estar obligado es esa misma aptitud [...] Y no limita el Derecho islámico la

فالتمييز بين الدين والعين إذن هو التمييز البارز في الفقه الإسلامي. وعلماء هذا الفقه يحرصون على المقابلة ما بين الدين والعين إذا عرضت لهم مناسبة في ذلك: ويقيمون هذا التمييز على أساس الذمة. فيقولون إن الدين يتعلق بذمة المدين، أما العين فلا تتعلق بالذمة. بل يكون الحق، عيناً كان أو شخصياً متعلقاً بالعين ذاتها. فالتعلق بالذمة أو عدم التعلق بها هو الذي يقوم عليه التمييز بين الدين والعين [...]

نظرية الذمة في الفقه الإسلامي:

الذمة في الفقه الإسلامي هو وصف شرعي يفترض الشارع وجود في الإنسان، ويصير به أهلاً للإلزام وللإلتزام، أي صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات. ولما كانت هذه الصلاحية التي ترتبت على ثبوت الذمة يسميها الفقهاء بأهلية الوجوب [...] فإن الصلة ما بين الذمة وأهلية الوجوب صلة وثيقة، فالذمة هي كون الإنسان صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وأهلية الوجوب هي هذه الصلاحية ذاتها [...] ولا تقتصر الفقه الإسلامي في الذمة على ما في الإنسان من الصلاحية للملك والكسب، أي على نشاطه الإقتصادي فحسب، بل الذمة وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات جميعها وإن لم تكن مالية كالصلاة والصيام والحجة [...]

[...] وتبدأ الذمة ببدء حياة الإنسان وهو الجنين، فتكون له ذمة قاصرة، إذ يجوز أن يرث وأن يوصى له وأن يوقف عليه. ثم يولد حياً فتتكمّل ذمته شيئاً فشيئاً، في المعاملات والعبادات والحدود، حتى تصير كاملة. وتبقى ذمة الإنسان ما بقي حياً، وتنتهي بموته. الدين والعين في نطاق نظرية الذمة:

لما وضعت نظرية الذمة في الفقه الإسلامي على نحو المتقدم، نظر الفقهاء إلى حقوق المختلفة من هذه الناحية، فوجدوا أن الحق العيني ولا الإلتزام بالعين ينصبان على عين معين بالذات، فأمكن أن يتعلق الحق بالعين. أما الدين فمحلّه كما قدمنا مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية، ومن ثم تعذر أن يتعلق الدين بعين معين بالذات، فلم يبق إلا تعليقه بالذمة إذ هي محل الحقوق والواجبات جميعاً. فبرز التمييز بين الدين والعين وقامت المقابلة بينهما على هذا الأساس، فالدين دون العين هو الذي يتعلق بالذمة¹⁰⁴⁸.

El autor, tratando de extrapolar la distinción entre derechos reales y personales propia de los ordenamientos occidentales, de tradición romanista, considera que, en el derecho islámico, se produce una separación entre bienes y deudas; estas últimas entendidas como una cantidad monetaria o de bienes fungibles. Los derechos se vincularían a los bienes y las deudas a la *dimma*. Este concepto sería muy similar, como se deduce de la obra de al-Dabbūsī, a la capacidad jurídica, es decir, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. También apoyan el sesgo objetivo del *fiqh*, pues los derechos están vinculados a los objetos; en algunos de los textos seleccionados, se hace patente esta teoría. Su concepción como característica que el Legislador presume presente en todo ser humano, también en el *nasciturus*, indica una visión de la personalidad como construcción de la Divinidad, pues el hombre es su criatura. La personalidad, don de Dios o cualidad establecida por él en favor del ser humano, es difícilmente trasladable a entes no humanos desarrollados por este.

En los manuales actuales en la rama jurídica de *Los Fundamentos del Fiqh*¹⁰⁴⁹, sobre esta base, distingue entre una capacidad jurídica o de deber (أهلية الوجوب) y la capacidad de obrar o de llevar a cabo acciones (أهلية الأداء) con eficacia jurídica. No topamos con conceptos muy similares los que empleamos en los ordenamientos occidentales. Esta materia sería una etapa previa a los libros que nutren nuestra tesis, en los que se ofrecen normas sobre los distintos actos y negocios jurídicos. En consecuencia, hemos de matizar nuestras palabras sobre la falta de interés de los *fuqahā* en la persona. No obstante, las obras que desarrollan estos fundamentos pretenden delimitar los casos en

dimma a las aptitudes de adquirir y ser propietario, es decir, a su actividad económica únicamente, sino que la *dimma* es una cualidad de la que emanan todos los derechos y deberes, aunque no sean patrimoniales, como la oración, el ayuno y la peregrinación [...]

La *dimma* comienza con la vida del ser humano, el feto, el cual tiene una *dimma* incompleta, pues puede heredar, ser beneficiario de un legado o de un *waqf*. Después nace vivo y se completa su *dimma* poco a poco, en las transacciones, los actos de culto y los delitos fijados en *El Corán*, hasta que se convierta en plena.

La deuda y el bien dentro en el ámbito de la teoría de la *dimma*.

Al establecerse la teoría de la *dimma* en el Derecho islámico como hemos anticipado, los alfaquíes miran los derechos desde esta perspectiva. Encuentran que ni el derecho ni la obligación respecto a un bien se edifican sobre un bien concreto, pues el derecho puede vincularse a un bien. En cuanto a la deuda, su objeto, como hemos visto, es una cantidad de dinero o un conjunto de cosas fungibles, por ello, se excusa que se vincule la deuda con un bien concreto; no resta más que vincularla con la *dimma*, que es el lugar de todos los derechos y obligaciones. Así aparece la distinción entre deuda y bien, y la confrontación entre ambos se realiza sobre esa base, pues la deuda, y no el derecho, es lo que se vincula a la *dimma*.

los que las personas están obligadas por las normas del Legislador o cuándo sus actos son válidos y eficaces.

^a(فيمن دفع إلى عبد محجور عليه أو إلى يتيم محجور عليه مالا ليتجر به الرجل الدافع)
* (قلت) * أرأيت إن دفعت إلى عبد رجل أجنبي محجور عليه مالا وأمرته أن يتجر له به أو إلى يتيم محجور عليه فعل ثم لحق العبد دين أو لليتيم أو يكون ذلك في ذمتها (قال) قال مالك أنه لا يكون في ذمتها * (قلت) * ويكون ذلك في المال الذي دفع إليهما (قال) نعم يكون ذلك في المال الذي دفع إليهما يتجران به ولا يكون إلا في ذلك المال فما زاد على ذلك المال فهو باطل لا يكون في ذمتها ولا يكون في مال من دفع إليهما المال ولا ذمة من دفع إليهم المال وأمرهما يتجران به...¹⁰⁵⁰

Esta peculiar relación entre la responsabilidad de la persona, *dimma*, por deudas y la vinculación de los derechos sobre los bienes, tiene en este párrafo de la *Mudawwana* de Saḥnūn, extraído del libro sobre los deudores, una peculiar aplicación desde nuestra perspectiva. Si una persona entregara un capital a un menor o un esclavo, incapaces ambos, las deudas que se generaran podrían perseguirse contra ese capital entregado, unos bienes concretos, nunca sobre la persona de los incapaces ni de quien lo entregó. Es un caso de limitación de responsabilidad sobre un patrimonio concreto, propia de las sociedades actuales y demás personas jurídicas, mas en ausencia de un ente separado de los humanos participantes. Esa, por qué no, etiqueta de responsabilidad real, aparte de ser una muestra de la propensión objetiva del derecho islámico, da una clave para que no surja una tendencia a acudir a entes interpuestos con el fin de evitar responsabilidades patrimoniales, uno de los incentivos para crear personas jurídicas.

^bأجمع العلماء على وجوب الحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى -وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح-

[...]

والمحجورون عند مالك ستة: الصغير، والسفيه، والعبد، والمفلس، والمريض، والزوجة...¹⁰⁵¹

El cordobés Averroes expone una lista de las seis personas cuya capacidad de obrar está disminuida, según la escuela *mālikī*; es decir, el ordenamiento no reconoce el ejercicio de los derechos de los que son titulares, sin el complemento de otro: el grado de esa incapacidad no es idéntico para todos. Resulta reseñable que la esposa no sea apta para realizar algunos actos de disposición sin la intervención del marido.

^c(الركن الثاني: في الوكيل) وشروط الوكيل: أن لا يكون ممنوعاً بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكل فيه ، فلا يصح توكيل الصبي ، ولا المجنون ، ولا المرأة عند مالك ، والشافعي على عقد النكاح...¹⁰⁵²

Cuando mostramos la estructura de algunos libros de ulemas y de las compilaciones legales basadas en el *fiqh*, comprobamos que no se dedicaba un lugar especial a las personas, aunque sí en las legislaciones de ellos derivadas, a la capacidad. Los juristas musulmanes, en cada uno de los negocios jurídicos, suelen establecer las reglas propias del mismo sobre esta cuestión. En este fragmento, Averroes, en el análisis de los elementos esenciales del contrato de mandato, preceptúa que, para su escuela, como requisito de capacidad, el mandatario ha de poder realizar con eficacia el encargo. De esta manera, están excluidos, en general, los menores y locos, y, como ejemplo de incapacidad singular, la mujer en el contrato de matrimonio.

Seguidamente, aunque fuera del período clásico del *fiqh*, nos serviremos del libro que la *Maḥalla* otomana destina a la capacidad. No obstante, al tener como pilar las obras clásicas de la escuela *ḥanafī*, condensan la regulación tradicional de la escuela con una cierta sistematización:

a (Sobre quien entrega un capital a un siervo, incapaz, y le encarga comerciar para él con el mismo)

(Dije) Si entregara un capital a un esclavo de otro, incapaz, y le ordenara comerciar con él para mí, o a un huérfano incapaz, lo hiciera y se originara una deuda al esclavo o al huérfano, ¿crees que responderían la *dimma* de los dos? (Dijo) Mālik ha dicho que no se vincularían a su *dimma*. (Dije) ¿Respondería el capital que se les entregó? (Dijo) Sí, recaería sobre el capital que les fue entregado para comerciar, y no respondería más que ese capital. En caso de que superara ese capital, sería nulo, no recaería sobre la *dimma* de ambos ni sobre la de quien les entregó el dinero ...

b Están de acuerdo todos los ulemas sobre que la incapacitación de los huérfanos es un deber, por lo que dice el Altísimo – No culpéis a los huérfanos hasta que no alcancen el matrimonio- [...]

Y los incapacitados para *Mālik* son seis: el menor, el pródigo, el esclavo, el quebrado, el enfermo y la esposa...

c (El segundo elemento esencial: sobre el representante) Y es requisito del representante que no tenga prohibido por la Ley actuar sobre el objeto del mandato; así, no es válido nombrar a un menor ni a un loco, ni a la mujer, en opinión de Mālik y al-Šāfi‘ī, para el contrato de matrimonio...

في الإصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحجر والإذن والإكراه والشفعة
 (المادة 941) - ((الحجر هو منع شخص من تصرفه القولي ويُقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور))
 الحجر [...] ومعناه لغة المنع سواء أ كان من العقل أم من أي شيء آخر غيره، وإطلاق الحجر على العقل مبني على أن العقل
 يحجر الإنسان عن ارتكاب القبائح. وقد فسر الآية الكريمة *(وهل في ذلك قسم لذي حجر)* بذي العقل (الزليعي).
 ومعناه شرعاً منع شخص مخصوص أى منع أحد الأشخاص المذكورين في المواد (957، 958، 959) وهم الصغير، والمجنون،
 والمعتوه، والسفيه، والمدين من تصرفهم القولي أي من تصرفهم القولي في أمثال البيع، الإيجار، والحوالة، والكفالة، والإيداع
 والإستيداع، والرهن، والهبة، والإقرار وما إليها أو من نفاذ التصرف المذكور ويقال لذلك الشخص بعد الحجر عليه محجور.
 [...] أسباب الحجر:

إن بعض أسباب الحجر الصغر والعته، والجنون. لأن الله تبارك وتعالى قد خلق البشر وشرفهم على جميع مخلوقاته وأنعم عليهم
 بالعقل وميزهم عن البهائم فالسعيد منهم سعيد بعقله. والخالق الحكيم قد أودع الإنسان العقل والهوى أما البهائم قل يخلق فيهم غير
 الهوى. فمن هواه عقله من بني إنسان فهو أردأ من البهائم قال تعالى *(إن هم إلا كالأنعام بل هم أضل السبيل)*. أما من غلب عقله
 هواه فهو من أفضل المخلوقات¹⁰⁵³.

Este artículo define la incapacidad como el impedimento legal de realizar con eficacia los
 actos, nombrados como orales, pero que, en el comentario al mismo, relaciona con los distintos
 negocios jurídicos típicos. El comentarista relaciona el sentido lingüístico de la palabra, el
 impedimento, con el jurídico, mediante el símil de que una mente está impedida de tomar
 decisiones correctas. Analizamos un ordenamiento religioso, en el que el pilar de la capacidad es la
 inteligencia que el Creador ha depositado en el hombre.

b (المادة 942) الإذن هو فك الحجر وإسقاط حق المانع ويُقال للشخص الذي أذن مأذون.

d Introducción:

Sobre los términos jurídicos relativos a la incapacidad, la autorización, la intimidación y el retracto.

Artículo 941. La incapacidad es el impedimento de una persona de actuar oralmente, y se dice de la persona tras la
 incapacidad que está impedida.

La incapacidad- [...] y su significado es impedir, tanto si es por la inteligencia o por cualquier otra cosa. Y se aplica
 la incapacidad a la inteligencia sobre la base de que la inteligencia impide al ser humano cometer actos indecentes. Y
 se ha interpretado la aleya *(¿Y hay en eso una división para el que tiene incapacidad?) como el que tiene inteligencia
 (al-Zīlī).

Y su significado legal es impedir a una persona determinada, es decir, impedir a las personas señaladas en los artículos
 957, 958 y 959, que son el menor, el loco, el imbecil, el pródigo y el quebrado, su actos orales, es decir, sus actos orales
 como por ejemplo la venta, el arrendamiento, la transmisión de crédito, la fianza, el depósito, la prenda, la donación, el
 reconocimiento y demás; o impedir la eficacia de los actos referidos, por eso se denomina a esa persona después de la
 incapacidad incapacidad.

[...] Causas de la incapacidad:

Algunas causas de la incapacidad son la minoría de edad, la imbecilidad, la locura. Dios, el Altísimo y Bendito, ha
 creado a la humanidad y la ha ennoblecido respecto a las otras criaturas con la inteligencia y la ha distinguido de las
 bestias, de tal manera que la persona es feliz por su inteligencia. El Sabio Creador ha depositado en el ser humano la
 inteligencia y el deseo, mas, en las bestias no ha creado en ellas más que el deseo. Quien, entre los humanos el deseo
 domina a la inteligencia es peor que las bestias. Ha dicho el Altísimo *(ellos son como el ganado, aún más, tienen el
 camino más perdido)*. Aquel que su inteligencia domina al deseo es la mejor de las criaturas.

b Artículo 942. La autorización es la ruptura de la incapacidad y el decaimiento en el derecho de impedir, y a la
 persona que se le da, se la denomina autorizada.

Y el párrafo sobre el derecho de impedir es como la explicación de la ruptura de la incapacidad (*Rad al-Muhtār*, al-
 Ṭaḥṭāwī) y esta autorización al igual que es para el menor con discernimiento, es para el imbecil (*Rad al-Muhtār*) y
 también para el pródigo. Pero en cuanto al menor que no discierne, o al loco, no se da.

Se contiene en el comentario al “capítulo de los negocios”, porque en los actos que no son de negocios no se aplica la
 autorización, porque si son beneficiosos completamente, como la aceptación de una donación, no hace falta. Y si fueran
 perjudiciales completamente, como el repudio o la donación, se entendería como si no fuera, inexistente (*al-‘Ināiyya*).
 Tampoco se rompería la incapacidad para las limosnas, la fianza de dinero, es decir, no decaería la incapacidad del
 menor con discernimiento ni la del imbecil, más que en las actividades comerciales. Véase el artículo 967- *Rad al-
 Muhtār*.

[...] La legalidad de la autorización está fundada en la aleya *(ambicionad los dones que vienen de Dios)*, porque la
 autorización para comerciar al menor con discernimiento es una autorización para ambicionar los dones que vienen de
 Dios.

La causa de su legalidad es la necesidad. Porque la gente, a veces, está ocupada y necesita la ayuda de los menores para
 comerciar.

وفقرة حق المنع هي كتفسير فك الخمر (رد المحتار، الطحطاوي) وهذا الإذن كما يكون للصبي المميز يكون للمعتوه (رد المحتار) وكذلك يكون للسفيه أيضاً، أما في الصبي غير المميز والمجنون فلا يوجد.

ورد في شرح ((باب التجارات)). لأن التصرفات التي لم تكن من باب التجارات لا يحري فيها الإذن لأنها إذا كانت من المنافع المحضة كقبول الهبة فلا حاجة فيها إلى الإذن وإذا كانت ضرراً محضاً كالطلاق والهبة فيجب أن تعد كأن لم تكن أي منعدم (العناية). كذلك لا يقك الحجر في الصدقة والكفالة بالمال أي لا يسقط الحجر عن الصغير المميز والمعتوه فيما عدا باب التجارة من الأحوال. أنظر المادة (967)- رد المحتار.

[...] ومشروعية الإذن ثابتة بالأية الكريمة * (ابتغوا من فضل الله) * لأن الإذن في التجارة للصغير إنما هي إذن بابتغاء فضل الله [...]

وسبب المشروعية هو الحاجة. لأن الناس يكونون أحياناً في شغل شاغل عن الإتجار فيحتاجون إلى الإستعانة بالصغار. وشروط الإذن، كون المأذون يعقل التصرف ويقصده ويعلم كونه مأذوناً وكون الأذن له عليه الولاية حجراً وإطلاقاً منعاً وإسقاطاً (الطوري)¹⁰⁵⁴.

Algunos tipos de personas incapacitadas, como el menor con discernimiento y el imbécil, pueden ser autorizadas por el tutor para realizar actos de comercio. Se acude a las normas *hanafites* clásicas en las que la incapacitación difiere según el tipo de negocio jurídico: en los que se produce un beneficio simple, no es necesaria; si se provocan únicamente perjuicios, no cabe autorización.

*a (مادة 943) * الصغير غير مميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء يعني من لا يعرف أن البيع سالب للملكية والشراء جالب لها ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتغريير في العشرة خمسة وبين الغبن اليسير ويقال للذي يميز: صبي مميز [...] يطلق الصبي والصغير على المدة التي تبتدئ من ولادته إلى بلوغه والصغير هو وصف الحال لم تتكامل فيها قوى الإنسان وتبتدئ من ولادته إلى حين بلوغه اللحم (رد المحتار)¹⁰⁵⁵.

Este artículo distingue dos tipos de menores, en función de si discernen la causa última del contrato de compraventa: la transmisión patrimonial. Asimismo, quien es capaz de ser consciente de un fraude superior a la mitad del valor. Este precepto incide aún más en el foco que el derecho islámico pone sobre la transformación que sufre el objeto; en este caso, la capacidad se hila con la comprensión de la misma. Finalmente, el jurista damasceno, Ibn 'Abidīn, del siglo diecinueve, glosando obras clásicas de su escuela, delimita la minoría de edad como el período de tiempo que transcurre entre el nacimiento y la plenitud sexual: eyaculación o menstruación.

*b (مادة 945) * المعتوه هو الذي إختل شعوره بأن كان فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً. [...] لكنه لا يشتم ولا يضرب كالمجنون، بل يكون كلامه مختلطاً فبعضها يشبه كلام العقلاء وبعضها يشبه الفاظ المجانين. وإن وقع إختلاف في تفسير المعتوه فالمختار هذا التعريف (رد المحتار، التتقيح) ...¹⁰⁵⁶

Con la definición legal de persona afectada de imbecilidad, terminamos esta selección de calificaciones normativas de los tipos de personas. Seguidamente, abordaremos el régimen jurídico de la incapacidad según la *Ma'yalla*.

عالباب الأول

Los requisitos de la autorización son: que el autorizado sea consciente de la actividad y la quiera, que sepa que está autorizado y que el autorizante sea su tutor y que decaiga en su derecho a oponerse (al-Ṭūrī).

a Artículo 943. El menor que no discierne es aquel que no comprende la venta y la compra, es decir, que no sabe que la venta quita la propiedad y la venta la trae, ni distingue entre el fraude excesivo y evidente, como el engaño en la mitad, ni entre el fraude pequeño. Se llama al menor que discierne eso: menor *discerniente* [...]

El menor se refiere a la fase que comienza con su nacimiento hasta la madurez, y la minoría es la cualidad del estado en que no se ha completado la fuerza del ser humano; comienza con el nacimiento hasta que eyacula. (*Rad al-Muhtār*).

b Artículo 945. El imbécil es aquel que cuyos sentidos están desordenados, de manera que comprende poco y su discurso es confuso y su organización está deteriorada.

[...] Pero no insulta ni golpea como el loco, sino que su expresión está mezclada, alguna parece el discurso de un cuerdo y otras la expresión de un loco.

Si existen diferencias sobre la exégesis de la expresión imbécil, esta es la definición escogida. (*Rad al-Muhtār* y *al-Tanqīh*)

c Título primero. Sobre las cuestiones relativas a la incapacidad.

Capítulo primero

Relación de los tipos de incapaces y su régimen.

Las causas de la incapacidad son siete: esclavitud, minoría de edad, locura, la negligencia, es decir, la idiotez, el perjuicio público, la deuda, la prodigalidad (*al-Jāniyya*).

[...] Quienes precisan de una sentencia judicial son seis personas: el pródigo, el deudor, el médico ignorante, el arrendador quebrado y el muftí que incita a buscar vericuetos para saltarse las normas.

في بيان المسائل المتعلقة بالحجر.

الفصل الأول

في بيان صفوف المحجورين وأحكامهم.

أسباب الحجر سبع: الرق، الصغر، الجنون، الغفلة ((أي البله))، ضرر العامة، الدين، السفه (الخانية) [...] من يحتاجون إلى حجر حاكم، وهم ستة أشخاص: السفية، المدين، الطبيب الجاهل، المكاري المفلس، المفتي الماجن. * (مادة 957) * الصغير والمجنون والمعتوه محجورون أصلاً.

* (مادة 958) * للحاكم أن يحجر على السفية.

مذهب أبي يوسف: [...] يرى أنه يقتضي لعد السفية محجوراً أن يحجر القاضي عليه [...].

[...] فتصرفات السفية قبل الحجر صحيحة ومعتبرة. أما تصرفاته بعد أن اكتسب صلاحاً بعد الحجر وقبل الفك في حالة الحجر عليه فغير صحيح (رد المحتار) [...].

مذهب الإمام الأعظم: ولم يجوز الإمام الأعظم رحمه الله تعالى الحجر على السفية لأن الحجر على العاقل هو إستلاب لأدميته وإلحاقه بالبهائم وهذا أشد ضرراً من التذير وأقوى منه ولا يجوز إختيار الحجر الأعلى بدلاً من التذير الأدنى [...]. * (مادة 959) * يحجر المدين أيضاً من طرف الحاكم بطلب الغرماء.

[...] فالحجر على السفية كما أن فيه نظراً وفائدة له فالحجر على المدين فيه نظر وفائدة للغرماء أيضاً (الهداية، الكفاية) ...¹⁰⁵⁷

Este capítulo distingue entre lo que podemos denominar incapacitados *per se* y aquellos que precisan un fallo judicial. Los menores, locos e imbéciles no realizan actos válidos jurídicamente, con matices; mientras, el pródigo y el deudor son capaces y sus actos válidos mientras no recaiga una sentencia. Como veremos, también los *mālikīes*, otorgan un carácter constitutivo de estado a la decisión del magistrado.

Otro aspecto que no deberíamos soslayar es la visión de jurista en cuyo honor se erige la escuela, Abū Ḥanīfa, ya que no autoriza la declaración de incapacidad del pródigo: al tratarse de un ser racional, la misma supondría rebajarlo a la categoría de bestia.

* (مادة 960) * المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وإن لم يعتبر تصرفهم القولي كالبيع والشراء إلا أنهم يضمنون حالاً الخسارة والضرر والذين نشأ من فعلهم مثلاً لو أتلّف الصغير مال آخر لزم الضمان ولو كان غير مميز.

وعليه فالمحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة يعني الصغير، والمجنون، والمعتوه، والأبله، والسفيه، والمدين وإن لم تعتبر تصرفاتهم القولية الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإقرار والتي تكون ضرراً محضاً كهبة مال والتصدق به ومقتضى المواد (966، 967، 978-979، 990-991) إلا أنهم يضمنون من مالهم الضرر والخسارة الذين نشأ من فعلهم سواء أ كان ذلك الضرر عائد على المال كإتلاق مال أم متعلقاً بالنفس كإتلاف النفس أو قطع العضو حالاً أي بدون إنتظار حال البلوغ أو حال الصحو والإفاقة أو إنتظار وقت فك الحجر¹⁰⁵⁸.

Reproducimos de nuevo este artículo que, en el capítulo tercero, nos ilustraba la tendencia objetiva del derecho islámico; este no exige culpa, lo cual implicaría cierta subjetividad, para la

Artículo 957: El menor, el loco y el imbécil son incapaces *per se*.

Artículo 958: El juez puede incapacitar al pródigo.

Escuela de Abū Yūsuf [...] para considerar al pródigo incapaz el juez ha de incapacitarlo, y no está incapacitado sin que el juez lo establezca.

Los actos del pródigo antes de la incapacitación son válidos y eficaces. En cuanto a sus actos después de haber sido válidos, después de la incapacitación y antes de extinguirse, no son válidos (*Rad al-Muhtār*).

En cuanto a la escuela del gran imán (Abū Ḥanīfa): el gran imán, Dios el Altísimo tenga misericordia de él, no ha permitido la incapacitación por el juez del pródigo, porque la incapacitación de un ente racional sería arrancarle su humanidad y unirlo con las bestias. Esto es más perjudicial que la prodigalidad y más fuerte, y no está permitido preferir lo mayor, la incapacidad, a lo menor, la prodigalidad.

Artículo: 959: Se incapacita también al deudor por el juez a petición de los acreedores.

[...] Al igual que se incapacita al pródigo velando por él y en su beneficio, así también se incapacita al deudor velando y en beneficio de los acreedores (*al-Hadāya, al-Kafāya*) ...

a (Artículo 960) Los incapacitados mencionados en los artículos anteriores, si bien no se tienen en cuenta sus actos orales, como la venta, la compra, responden al instante de las pérdidas y daños que emanen de sus actos, por lo tanto, si el menor rompiera un bien de otro tendría que indemnizarlo.

De esta manera, los incapacitados reseñados en los artículos anteriores, es decir, el menor, el loco, el imbécil, el lelo, el pródigo y el quebrado, a pesar de no ser tenidas en cuenta sus actuaciones habladas y fueran consideradas entre beneficiosas y perjudiciales para sus intereses, como la venta, la compra, la confesión y las que son totalmente perjudiciales como la donación, el *waqf*, en aplicación de los artículos (967, 966, 978, 979, 990 y 991), han de indemnizar de su patrimonio los daños y pérdidas que dimanen de sus actos, tanto si ese daño se produce en el patrimonio como si se relaciona con las personas, como la muerte o la amputación de un miembro, al instante, es decir, sin esperar a la mayoría de edad, la curación, un momento de lucidez o al levantamiento de la incapacitación.

indemnización por daños. En este momento, nos indica hasta qué punto el *fiqh* contempla a la persona partiendo del punto de la validez de los negocios jurídicos, o sea, la capacidad de obrar: en cuanto regla elementos puramente fácticos, pero de los que se desprenden consecuencias jurídicas, la aptitud para completar actos jurídicamente eficaces resulta irrelevante, basta la constatación de una relación entre la causa, la acción, y el efecto, en este caso, el daño.

a) الفصل الثاني

في بيان المسائل التي تتعلق بالصغير والمجنون والمعته
(مادة 966) لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية مطلقاً وإن أذن له وليه.
أي سواء أكانت نفعاً محض في حق الصغير كقبول الهبة أن كانت ما بين النفع والضرر كالبيع والشراء فلا تصح ولا تنفذ وإن أجازها وليه (رد المحتار)¹⁰⁵⁹.

La regla general es que los menores, los locos y los imbeciles no pueden llevar a cabo ningún tipo de acto, aun autorizados por el tutor.

b) *(مادة 967)* يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفعاً محضاً وإن لم يأذن به الولي ولم يجره كقبول الهدية والهبة ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن أذنه بذلك وليه وأجازته كأن يهب لآخر شيئاً أما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتتعد موقوفة على إجازة وليه، ووليّه مخير في إعطاء الإجازة وعدمها فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا [...]]

قيل (ضرر دنوي): لأنه لا تعتبر جهة وجود النفع الأخرى في تصرف الصغير. وعليه فالصدقة والقرض وأمثالهما من التصرفات وإن كان فيها نفع آخري فليست بصحيحة لما فيها من ضرر دنوي (الطحطاوي) ...¹⁰⁶⁰

La *Šarī'a* distingue dos categorías de menores y varias categorías de negocios jurídicos. Otorga una capacidad de obrar a los menores con un cierto nivel de entendimiento total para actos que supongan un enriquecimiento patrimonial puro (aceptación de una donación), manteniendo la incapacitación total para actos que provoquen un empobrecimiento puro (donar). Los contratos que contengan ambos hechos pueden ser validados por el tutor, si los considera beneficiosos. En el comentario que sigue al precepto, se especifica que le beneficio o perjuicio se refiere a la vida terrena, no a la celeste. De esta manera, por ejemplo, una limosna sería nula. En resumen, los actos de los menores a los que se considera con un nivel de discernimiento se dividen en tres grupos: los beneficiosos en su totalidad, en los que se declara válida la actuación del menor por sí mismo; los perjudiciales en su totalidad se mantiene su incapacitación, y los mixtos, que no devienen eficaces más que con la autorización del tutor.

c) *(مادة 979)* - (المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز) وعليه فلا تكون تصرفاته القولية صحيحة أصلاً، سواء أكانت نافعة كإتھاب أم كانت ضارة كالهبة لآخر أو كانت دائرة بين النفع والضرر كالبيع (الهداية) ...¹⁰⁶¹

Los dementes permanentes son considerados como menores sin discernimiento.
d) *(مادة 990)* - (السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز وولي السفيه الحاكم فقط، وليس لأبيه وجده وأوصيائه الولاية عليه)¹⁰⁶².

a Título segundo.

Sobre las cuestiones relativas al menor, el loco y el imbecil.

Artículo 966: No son válidos los actos orales del menor que no discierne absolutamente, incluso si lo autorizara su tutor. Es decir, tanto si se trata de actos beneficiosos totalmente, como la aceptación de un donación, o tanto beneficiosos como perjudiciales, como la compra o la venta, no serían válidos ni se ejecutarían, incluso si los autorizara su tutor. (*Rad al-Muhtār*).

b Artículo 967. El acto del menor que discierne es tenido en cuenta si se produce en su derecho un beneficio puro, aunque no tenga permiso de su tutor ni este lo autorice, como la aceptación de un regalo y la donación. No se tiene en cuenta si el acto produce en su derecho un perjuicio puro, aunque su tutor le hubiera dado permiso o autorizado el acto, como donar a otro algo. En cuanto a los contratos que fluctúan entre el perjuicio y el beneficio se concluyen pendientes de la autorización de su tutor; este puede elegir entre autorizarlo o no, si lo viera provechoso para el derecho del menor lo autorizaría, si no, no [...]

Se dice perjuicio en esta vida, porque no se tiene en cuenta la existencia de un beneficio para la otra vida en los actos del menor. Así, la limosna y el préstamo y actos similares, aunque produjeran un beneficio para la otra vida, no serían válidos por el perjuicio que produce en esta vida (*al-Ṭaḥṭāwī*)...

c Artículo 979: El loco permanente, en cuanto a su régimen, se considera como el menor que no discierne.

De esta manera, sus actos *orales* no son válidos desde el origen, tanto si fueran beneficiosos como aceptar la donación, perjudiciales como donar a otro o mixtos como la venta (*al-Hadāya*) ...

El pródigo tras la incapacitación es asimilado al menor con discernimiento. Ahora bien, su tutor no puede ser más que la autoridad judicial, ni su padre, abuelo o aquel nombrado en testamento.

a (Mادة 991) - (تصرفات السفیه القولية بعد الحجر في المعاملات غير صحيح ولكن تصرفاته قبل الحجر نافذ كتصرفات سائر الناس).

الثانية، كون تصرفاته التي قبل الحجر صحيحة، وهذا الحكم مبني على مذهب الإمام يوسف المذكور في شرح المادة (958). أما عند الإمام محمد فبما السفیه ينحجر سفه، فتصرفاته القولية بعد السفه غير صحيح وإن كان قبل الحجر ((الهندية في باب الثاني))¹⁰⁶³.

El código otomano se inclina por otorgar efectos constitutivos a la sentencia de incapacitación del pródigo, de tal manera que los actos anteriores a la misma serían válidos. Esta tendencia *hanafi* coincide con la opinión mayoritaria *mālikī*. Sin embargo, otra corriente, de la que se hace eco una recopilación de fetuas realizada en la India, considera que el comportamiento desordenado es el que provoca la incapacitación, siendo la decisión del juez un simple reconocimiento de la falta de capacidad natural.

b (Mادة 992) – (ينفق على السفیه المحجور على من لزمته نفقته من ماله). السفیه مساو لغير السفیه في الشيء الذي يثبت بإيجاب إلهي، أو الذي يثبت أنه حق للناس، لأنه مخاطب فالذي يجب بإيجاب إلهي هو الزكاة وحجة الإسلام وما يماثل ذلك، أما ما يجب على أنه حق للناس فهو كنفق ذوي الأرحام.

[...] صورة أداء زكاة المحجور: إن زكاة الواجبة على المحجور بفرزها القاضي من ماله، أي مال المحجور، ويسلمها إليه ليعطيه المحجور إلى صرف الزكاة، لأن الزكاة من العبادات التي تلزم فيها النية (رد المحتار) ورسل معه أمينه حتى لا يصرف في مكان آخر [...]

صورة حجة المحجور: إذا أراد السفیه أن يحج حجة الإسلام فلا يمنع القاضي النفقات التي يحتاجها السفیه إى حاج ثقة أمين تصرف عن يديه حتى لا يبذرها ويسرف فيها.

وقف المحجور بالسفه: إذا وقف السفیه مالا كان باطلاً أما إذا وقف بإذن القاضي فعند الإمام البلخي يصح، بخلاف الإمام أبي القاسم فعنده لا يصح أيضاً رد المحتار، والهندية في باب الثاني)¹⁰⁶⁴.

De nuevo, otro artículo, acompañado de las explicaciones doctrinales, nos ofrece una visión de la tendencia objetiva y, al mismo tiempo, una visión de la persona. Este artículo 992, ya analizado en el capítulo anterior, marca la diferencia, aunque tangencialmente, entre capacidad jurídica (también personalidad) y capacidad de obrar. El derecho no permite al pródigo realizar por sí mismo actos jurídicos válidos y eficaces, pero sí lo tiene por titular de obligaciones: los alimentos en favor de familiares o la *zakāt*, entre otros.

d Artículo 990: El pródigo incapacitado, para las transacciones, es como el menor con discernimiento y su tutor es el juez únicamente, ni su padre, ni su abuelo, ni los tutores testamentarios tienen autoridad sobre él.

a Artículo 991: Los actos *orales* del pródigo después de la incapacitación no son válidos, pero sus actos antes de la misma son eficaces como los actos del resto de la gente.

Segundo, que sus actos antes de la incapacitación sean válidos, es un precepto basado en la escuela del imán Yūsuf, citado en el comentario sobre el artículo 958. Pero siguiendo al imán Muḥammad, toda vez que el pródigo se incapacita por su mera prodigalidad, sus actos *orales* después de esta serían inválidos, a pesar de ser anteriores a la incapacitación ((*al-Hindiyya*, en su capítulo II)).

b (Artículo 992) (La manutención de quien sea acreedor de la misma se ha de abonar del patrimonio del pródigo).

El pródigo es igual a aquel que no lo es en cuanto a lo que se constata como deber divino, o aquello que se constata como derecho en favor de la gente. Porque él es el receptor de ese discurso (divino). Lo que es un deber impuesto por Dios sería la *zakāt*, la peregrinación o similar. Y en cuanto a lo que es debido por ser un derecho de la gente sería los alimentos en favor de los familiares.

En cuanto al abono de la *zakāt* del incapacitado: es un deber de este y el juez lo extrae de su patrimonio, es decir, el patrimonio del incapacitado, y se lo entrega a este para que lo asigne a los beneficiarios de la *zakāt*, porque la *zakāt* es un forma de culto que exige la presencia de intención (del libro *Rad al-Muḥtār*), y envió a un oficial con él para que no dedique la cuantía a otro fin [...]

En cuanto a la peregrinación del incapacitado: si quisiera el pródigo realizar la peregrinación propia del Islam, el juez no le negaría los gastos normales de cualquier peregrino. Se haría mediante un oficial de confianza para que no se excediera.

Waqf del pródigo: si un pródigo constituyera un *waqf* sobre cualquier bien, sería nulo. Pero si lo hiciera con autorización del juez sería válido para el imán al-Baljī. Al contrario que la opinión del imán Abū al-Qāsim, para quien es este caso también sería nulo (*Rad al-Muḥtār*, *al-Hindiyya*, en su capítulo II).

في المدين المحجور.

والدين عند الإمامين من أسباب الحجر لكن يشترط في هذا طلب الغرماء وعلم المدين بالحجر عليه (العناية، الطوري) [...] * (المادة 999)* - المدين المفلس أي الذي دينه مساو لماله أو أزيد إذا خاف غرماؤه ضياع ماله بالتجارة أو أن يخفيه أو يجعله بإسم غيره وراجعوا الحاكم على حجره عن التصرف في ماله أو إقراره بدين الآخر حجره الحاكم وباع أمواله وقسمها بين الغرماء إلا أنه يترك له ثوباً أو ثوبين من ثيابه وإن كان للمدين ثياب ثمينة وأمكن الإكتفاء بما دونها باعها وإشتري له من ثمنها ثياباً رخيصة تليق بحاله وأعطى باقيها للغرماء أيضاً وكذلك إن كان له دار وأمكن الإكتفاء بما دونها باعها وإشتري من ثمنها داراً مناسبة لحال المدين وأعطى باقيها للغرماء)¹⁰⁶⁵.

Quando el patrimonio de una persona es insuficiente para responder por sus deudas, el juez incapacita al deudor para administrar su patrimonio. Es la misma solución que nuestro Código Civil disponía en el artículo 1913, antes de la reforma producida por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en la que la declaración judicial de concurso de acreedores producía ese efecto sobre la persona; la nueva legislación, en su artículo 40, se refiere a una limitación en las facultades de administración y disposición. No obstante, nuestra Ley separa esta regulación de las incapacidades y en la otomana se regula de manera conjunta.

b (المادة 1001) - (الحجر على المدين يؤثر على مال المدين الذي كان موجوداً في وقت الحجر فقط لا يؤثر في مال

الذي تملكه بعد الحجر).

[...] لأنه يكون قد تعلق حق الغرماء بالأموال الموجودة وقت الحجر فلا يتمكن من إبطال حقهم لغيرهم (الطحطاوي). وعليه فلو أقر المحجور لآخر بدين فلا يعتبر في حق الأموال التي تكون موجودة وقت الحجر كما سيبين في المادة الآتية وشرحها. أما الأموال التي يملكها بعد الحجر في حال حجره أو بعد فك الحجر عنه فلا تأثير للحجر فيها لأنه لما كانت هذه الأموال ليست موجودة وقت الحجر فلم يتعلق حق الدائنين بها (الهداية ورد المحتار)¹⁰⁶⁶.

Este artículo nos reafirma en dos tesis que sostenemos: la tendencia objetiva, pues el derecho de los acreedores se dirige contra unos bienes determinados y no contra la persona del deudor; la segunda: el quebrado no responde personalmente con sus bienes presentes y futuros (como es la norma en nuestro derecho, artículo 1911 del Código Civil, de tradición romanista), sino que se ejecutan los que constituyan su patrimonio en el momento de la incapacitación, no los adquiridos con posterioridad. De esta manera, la búsqueda de un ente interpuesto para evitar limitar la responsabilidad personal está menos justificada.

Acudimos de la misma manera a otra codificación, la cual no consumó su promulgación, permaneciendo como mero proyecto, inspirada, del mismo modo, en el *fiqh hanafī, Muršid al-Hīrān*, que se puede traducir por *La Guía del Extraviado*. Su autor, Muḥammad Qadrī Bāshā¹⁰⁶⁷, fue un juez y ministro en el Egipto del siglo XIX. Su sistemática denota, aún más que en la *Mayalla*, un sesgo hacia la capacidad de obrar como requisito para la realización de contratos y

c Título cuarto.

El deudor incapacitado.

La deuda también es causa de incapacitación para los dos imanes, pero requiere la petición de los acreedores y el conocimiento del deudor de su incapacitación (*al-'Ināyya, al-Ṭūrī*).

Artículo 999: El deudor quebrado, es decir, aquel cuya deuda equivale a su patrimonio o es superior, si temieran sus acreedores la pérdida del patrimonio en el comercio, que lo pusiera a nombre de otro, se dirigirían al juez quien lo incapacitaría para actuar en su patrimonio o para reconocer deudas en favor de otro. Se venderían sus bienes y se repartiría entre los acreedores; sin embargo, se le dejaría un vestido o dos. Si el deudor tuviera un vestido valioso y pudiera prescindir de él, se vendería y con su precio se compraría algunos baratos adecuados a su situación y el resto se entregaría a los acreedores. También, si tuviera una casa y pudiera prescindir de ella, se vendería y se compraría con el precio una casa adecuada a su estado y se daría el resto a los acreedores.

b Artículo 1001: La incapacitación del deudor incide en el patrimonio del deudor existente en el momento de la incapacitación únicamente, no incide en el patrimonio que adquiriera después de la incapacitación.

[...] Porque el derecho de los acreedores está unido a los bienes presentes en el momento de la incapacitación, no puede anular su derecho el de otros (*al-Taḥṭāwī*).

Así, si el incapacitado reconociera una deuda en favor de otro, no se tendría en cuenta en el derecho de los bienes existentes en el momento de la incapacitación, como se mostrarán en el artículo siguiente y en su comentario. En cuanto a los bienes que adquiriera después de la incapacitación y estando incapacitado, o después de levantarse la incapacitación, no estarían afectados por la incapacitación, porque, al no estar esos bienes presentes en el momento de la incapacitación, ningún derecho de ningún acreedor estaría unido a ellos (*al-Hadāia, Rad al-Muḥṭār*).

negocios jurídicos válidos y eficaces. El Capítulo primero, donde se regula la cuestión, del Título primero, sobre la definición de contrato y sus requisitos, dentro del Libro de los Contratos en General, lleva por título: "Sobre la Capacidad de los Contratantes". Extraemos los preceptos más significativos.

...
... (مادة 267) يشترط لتحقيق كل عقد توفر ثلاثة أشياء وهي العاقدین وصيغة العقد ومحل يضاف إليه. ويشترط لصحة أي عقد أهلية العاقدین وكون العقد مفيداً وكون المحل قابلاً لحكم العقد وكونه مما يقصد شرعاً.
كتاب العقود على العموم.
الباب الأول- في ما هي العقد وشرائطه.
الفصل الأول
"في أهلية العاقدین"

a Libro sobre los contratos en general. Título Primero. Qué es el contrato y cuáles son sus requisitos.

(Artículo 267) Se requiere para la perfección del contrato la suma de tres cosas: los contratantes, la fórmula del contrato y el objeto que se incluye.

Se requiere para la validez de cualquier contrato la capacidad de los contratantes, que el contrato sea útil, su objeto admita el régimen jurídico del mismo y su causa legal.

(Artículo 268) Se requiere para la perfección de los contratos de compra, venta, alquilar, recibir en alquiler, sociedad, transmisión de crédito, prenda, comisión y demás actos intermedios entre el beneficio y el perjuicio que cada contratante tenga discernimiento y conocimiento del significado del contrato y tenga voluntad de realizarlo; no se requiere la mayoría de edad, pero sus contratos no serían eficaces si estuvieran incapacitados [...]

(Artículo 269) Los actos y contratos del incapacitado por ser menor de edad y no tener discernimiento son nulos y no se perfeccionarían desde el origen, tanto si fueran beneficiosos o perjudiciales o intermedios entre ambas circunstancias.

El mayor de edad loco, con una locura que se impone a su inteligencia, tiene el mismo régimen que el menor sin entendimiento: no son válidos sus contratos realizados durante un estado de locura, sino que serían nulos también. Si estuviera loco a veces y despertara otras, sus contratos llevados a cabo en períodos de lucidez, con pleno entendimiento, serían válidos y eficaces.

(Artículo 270) Si el incapacitado fuera un menor o un mayor, imbecil, sus actos y contratos que fueran completamente beneficiosos serían eficaces aunque no los autorizara el tutor; los que fueran totalmente perjudiciales para sus intereses serían como los actos de los menores sin discernimiento y sus contratos nulos desde el origen, aunque los validara su tutor.

(Artículo 271) Para el incapacitado, tanto si es un menor con discernimiento, o un mayor afectado de imbecilidad o esclavo, si contratara un contrato intermedio entre los perjudiciales y beneficiosos, no se exigiría la mayoría de edad para la validez de la contratación, pues no sería eficaz y ni se desplegarían efectos jurídicos hasta que no lo autorizara el tutor, una autorización válida. Si lo autorizara, sería válida y eficaz, y si no, y existiera un perjuicio, como un fraude evidente en mayor o menor cuantía, no sería válido ni eficaz.

(Artículo 272) Los contratos, compraventa, delegación para comprar o vender, arrendamiento, aparcería, contrato de regadío, y prenda del menor o el esclavo que estuvieran autorizados para comerciar serían válidos; sería válido el reconocimiento de deuda o bien en favor de quien se admitiera su testimonio, préstamo de uso, depósito o evicción del precio por vicio, en el montante normal del comercio. Sería válida su preferencia, el aplazamiento de deuda y el arbitraje sobre una deuda de la que fuera acreedor y no de otras, aunque no tuviera prueba. No podría dar en préstamo, donar ni ser avalista de otro.

(Artículo 273) Al incapacitado por un fallo judicial debido a su prodigalidad y mala administración de sus bienes se le aplica el mismo régimen que al menor con discernimiento en sus actos, los que admiten la rescisión y su anulación por falta de seriedad, como la venta, el arrendamiento y similar; esos contratos no despliegan sus efectos, salvo que los autorice el juez, si así lo hace, serían eficaces, aunque quisiera desdecirse y anularlos.

Sin embargo, son válidos aquellos de sus actos que no admiten la rescisión como el matrimonio, el repudio y la manumisión. Está obligado a la *zakāt*, la fiesta de ruptura del ayuno, la peregrinación y los actos de culto; y la extinción de la tutela de su padre o abuelo, el reconocimiento de los castigos y a dar alimentos a quienes se los deba; también a sus legados en el límite del tercio, siempre que tuviera un heredero mayor de edad.

(Artículo 274) Se requiere para la validez de los contratos gratuitos, como la donación, la limosna y el legado que quien realiza la liberalidad posea entendimiento, sea mayor de edad, con capacidad de obrar completa sobre sus bienes. No se exige en las liberalidades, donatario, perceptor de la limosna o legatario el entendimiento ni la mayoría de edad.

(Artículo 275) Se requiere para la validez de los contratos de garantía, el deber de conservar el depósito, la probidad y la obligación de cumplir con la deuda transmitida que tanto el garante, como el depositario y el que ha de cumplir con la deuda transmitida tengan inteligencia, sean mayores de edad, no estén incapacitados; no se exige el entendimiento y la mayoría de edad en el acreedor de la deuda garantizada o transmitida, ni en el depositante, salvo que ellos realicen por sí mismos el contrato, no teniendo entendimiento, con entendimiento pero sin estar autorizado. En el primer caso no se perfecciona el contrato y en el segundo no sería eficaz hasta que no lo autorizara el tutor.

(مادة 268) ويشترط لإنعقاد عقود البيع والشراء والإيجار والإسنتجار والشركة والحوالة والرهن والوكالة ونحوها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أن يكون كل من العاقدين مميزاً يعقل معنى العقد ويقصده ولا يشترط بلوغهما غير أن عقودهما لا تكون نافذة إن كانا محجوراً عليهم [...]

(مادة 269) المحجور عليه لصغر سنه وعدم تمييزه تصرفاته وعقوده باطلة لا تتعد أصلاً سواء كانت نافعة له أو مضرّة أو دائرة بين النفع والضرر.

والكبير المجنون جنوناً غالباً على عقله حكمه حكم الصغير الذي لا يعقل فلا تصح عقوده التي يعقدها حال جنونه بل تكون باطلة أيضاً فإن كان يجن تارة ويفيق أخرى فعقوده التي يعقدها حال إفاقته هو تام العقل تكون صحيحة نافذة.

(مادة 270) إذا كان المحجور عليه صبيّاً أو كبيراً معنوياً تصح تصرفاته وعقوده التي تكون نافعة له نفعاً محضاً وتنفيذ ولو لم يجزها الولي أو الوصي وأما تصرفاته وعقوده المضرّة بمصلحته ضرراً محضاً فهي كتصرفات الصبي غير مميز وعقوده لا تصح أصلاً ولو أجازها الولي أو الوصي.

(مادة 271) المحجور عليه سواء كان صبيّاً مميزاً أو كبيراً ذاعته أو رقيقاً إذا عقد عقداً من العقود الدائرة بين النفع والضرر التي لا تشترط البلوغ لصحة إنعقادها فلا ينفذ عقده ولا يترتب عليه حكم إلا إذا أجازها الولي أو الوصي أو المولى إجازة معتبرة فإن أجازها ونفذت أحكامه وإن لم يجزه أو إجازته كان فيه ضرر كأن كان فيه غبن فاحش زيادة أو نقصاً فلا تجوز ولا ينفذ أصلاً.

(مادة 272) الصبي أو العبد المأذون له بالتجارة تصح عقود بيعه وشرائه وتوكيله غيره بالبيع والشراء وإجارته وإسنتجاره ومزارعته ومساقاته ورهنه وإرتهانه ويجوز إقراره بدين أو عين لمن تقبل شهادته له أو عارية أو ودیعة وحط من ثمن يعيب قدر ما يحط التجار وتجوز له المحاباة وتأجيل الدين والصلح عن دين له على بعضه إن لم تكن له بينة وليس له أن يقرض ولا يهب ولا بكفل عن غيره.

(مادة 273) المحجور عليه حجراً قضائياً بسفه وسوء تصرف في ماله حكمه حكم الصبي المميز في التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كالبيع والإجارة ونحوهما فلا تنفذ عقودها فيها إلا إذا أجازها القاضي فإن أجازها نفذت وإن ردها بطلت.

وإنما تصح تصرفاته التي لا تحتمل الفسخ كالنكاح والطلاق والإعتاق والإسنتيلاء والتدبير وهو في وجوب الزكاة وفطرة وحج وعبادات وزوال ولاية أبيه أو جده وفي صحة إقراره بالعقوبات وفي الإنفاق على من تلزمه نفقتهم وفي وصاياه بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث بالغ.

(مادة 274) يشترط لصحة عقود التبرعات كالهبة والصدقة والوصية أن يكون المتبرع عاقلاً بالغاً مطلق التصرف في ماله ولا يشترط العقل والبلوغ في المتبرع فيه بهبة أو صدقة أو وصية.

(مادة 275) يشترط لصحة عقود الضمانات ووجوب حفظ الودائع والأمانات والإلتزام بأداء الدين المحال به في المدابنات أن يكون كل من الضامن والمستودع والملتزم بوفاء الدين المحال به عليه عاقلاً بالغاً غير محجور عليه ولا يشترط العقل والبلوغ في صاحب الدين المضمون أو المحال به ولا في صاحب الوديعة إلا إذا باشر كل منهما العقد بنفسه وهو غير عاقل أو عاقل غير مأذون فإنه لا ينعقد في الأول ولا ينفذ بالثاني إلا إذا أجازها الولي أو الوصي¹⁰⁶⁸.

En este código se comprueba con mayor nitidez que en la *Mayalla*, algo lógico en el articulado de una ley, que la regulación de la capacidad se lleva a cabo de forma instrumental como garantía de la validez de los contratos (nuestro Código no aplica la misma sistemática). Los preceptos dedicados a la cuestión se agrupan en el capítulo primero del título primero del libro sobre los contratos.

Ambas compilaciones presentan un régimen jurídico muy similar, dada la inspiración común: la escuela *hanafí*. A grandes rasgos, es posible condensarlo en unas líneas básicas: el interés se encamina a la aptitud de los diferentes tipos de personas para realizar actos jurídicos válidos y eficaces (no se pretende reglamentar al ser humano como titular de derechos y obligaciones), la capacidad de obrar varía en función de la naturaleza de los distintos tipos de negocios jurídicos (liberalidades, onerosos, aquellos que producen un enriquecimiento patrimonial absoluto, aquellos que suponen un empobrecimiento y los que llevan implícitas ambas consecuencias) y las personas se clasifican en tres tipos, con muchos matices:

Quienes disfruten de entendimiento, discernimiento y sean mayores de edad producirán actos válidos y eficaces.

Quienes, poseyendo entendimiento y discernimiento, no sean mayores o sufran imbecilidad realizarán actos válidos pero pendientes de la validación de un tutor, salvo que fuesen los destinatarios de una liberalidad.

Menores sin entendimiento ni discernimiento o locos no llevarán a cabo actos válidos ni eficaces.

¿De qué forma los legisladores actuales se han inspirado en las normas del derecho islámico clásico? Rehuyendo un análisis profundo, el cual se convertiría en el objeto de trabajos específicos, tomemos brevemente los modelos jordano, con su acervo de la escuela de Abū Hanīfa, y marroquí, que hunde sus raíces en los seguidores de Mālik b. Anas:

- a. الكتاب الرابع. الأهلية والنيابة الشرعية. القسم الأول. الأهلية وأسباب الحجر وتصرفات المحجور. الباب الأول. الأهلية.
- المادة 206. الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء.
- المادة 207: أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها.
- المادة 208: أهلية الأداء هو صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط إكتسابها وأسباب نقصانها أو إنعدامها.
- المادة 210: كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو إنعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزامته.
- الباب الثاني. أسباب الحجر وإجراءات إثباته.
- المادة 213: يعتبر ناقص أهلية الأداء: 1- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد. 2- السفیه. 3- المعتوه.
- المادة 217. يعتبر عديم أهلية الأداء: أولاً: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز. ثانياً: المجنون وفاقد العقل.
- الباب الثالث. تصرفات المحجور. الفرع الأول. تصرفات عديم الأهلية.
- المادة 224: تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا تنتج أي آثار.
- الفرع الثاني. تصرفات ناقص الأهلية.
- المادة 225: تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية: 1- تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً. 3- تكون باطلة إذا كانت مضرة به. 3- يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب مصلحة الراجحة للمحجور، وفي الحدود المخولة لإختصاصات كل نائب شرعي¹⁰⁶⁹.

El código de familia marroquí del año 2004 concretando algunos aspectos (fijar el límite de la minoría de edad en dieciocho años o la edad de discernimiento en doce) mantiene los principios que rigen la capacidad jurídica y de obrar. Tampoco delimita estos conceptos del de personalidad. La terminología empleada, capacidad de obligación y capacidad de ejecución es a la que se suelen referir los arabistas contemporáneos: Joseph Schacht¹⁰⁷⁰ o Raymond Charles¹⁰⁷¹, por ejemplo. Esta cuestión se disgrega, al igual que comprobaremos en el caso jordano, en leyes independientes de las materias civiles patrimoniales, en lo que se suele denominar estatuto personal¹⁰⁷². Sin embargo, la legislación patrimonial, al no ser posible un divorcio total entre la capacidad y la regulación de los negocios jurídicos, ha de realizar alguna referencia.

a Libro Cuarto. La capacidad y la tutela legal. Capítulo primero: la capacidad y las causas de la incapacidad y los actos del incapacitado. Sección primera.

Artículo 206; La capacidad es de dos tipos: capacidad de obligación y capacidad de ejecución.

Artículo 207: La capacidad de obligación es la aptitud de la persona para adquirir derechos y soportar las obligaciones que delimita la Ley. Está unida a ella durante toda su vida y no puede ser privado de la misma.

Artículo 208: La capacidad de ejecución es la aptitud de la persona para ejercer sus derechos, personales, patrimoniales y ejecutar sus actos. La Ley delimita las condiciones de su adquisición y las causas de su limitación o ausencia.

Artículo 210: Toda persona que alcance la edad de madurez y no se pruebe alguna causa que limite su capacidad o su pérdida tiene capacidad plena para ejercer por sí mismo sus derechos y soportar sus obligaciones.

Artículo 213: Se considera con capacidad de ejecución limitada: 1. El menor que alcanza la edad de discernimiento pero no la de madurez. 2. El pródigo. 3. El imbécil.

Artículo 217: Se considera carente de capacidad de ejecución: Primero: el menor que no ha llegado a la edad del discernimiento. Segundo: El loco y el que ha perdido el juicio.

Capítulo Tercero. Los actos de los incapacitados. Epígrafe Primero: Los actos de los carentes de capacidad.

Artículo 224: Los actos del carente de capacidad son nulos y no despliegan ningún efecto.

Epígrafe Segundo: Los actos de los de capacidad limitada.

Artículo 225: Los actos del menor que discierne se rigen por los siguientes preceptos: 1. Son eficaces aquellos que son totalmente beneficiosos. 2. Son nulos si son totalmente perjudiciales. 3. La ejecución de los actos que son en parte beneficiosos y en parte perjudiciales está suspendida hasta que los autorice el tutor legal según el interés del incapaz, dentro de los límites fijados legalmente.

^a الفرع الأول: الأهلية؟. الفصل 3: الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية. وكل شخص أهل الإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك.
الفصل 5: يجوز للقاصر ولناقص الأهلية أن يجلبا لنفسهما نفعاً ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم، بمعنى أنه يجوز لهما أن يقبلا الهبة أو أي تبرع آخر من شأنه أن يثريهما أو يبرئهما من التزام دون أن يحملهما أي تكليف¹⁰⁷³.

La Ley de Obligaciones y Contratos marroquí delega la capacidad en la ley del estatuto personal de cada individuo. El uso del vocablo individuo nos revela que estas leyes están consagradas a las personas físicas en sí mismas consideradas, ni a los grupos ni a entes diferentes a ellas. Aunque el estatuto personal al que se hace referencia es la ley personal (normalmente la de su nacionalidad, que es la encargada de fijar los términos en los que puede ser sujeto de derecho y ejecutar actos válidos y eficaces) un término propio del derecho internacional privado, este apartado sí acoge preceptos clásicos del derecho islámico como el del artículo quinto, el cual permite a las personas carentes de capacidad de obrar o con capacidad limitada aceptar donaciones y demás liberalidades.

^bالباب السابع: الأهلية والولاية والوصاية. الفصل الأول: الأهلية

المادة 203-أ- كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. ب- وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة.
المادة 204-أ- لا يكون اهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز- لصغر- في السن- أو عته- أو جنون. ب- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز.

المادة 209- ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة.
المادة 210-أ- تصرفات الصغير- المميز- صحيحة متى كانت نافعةً نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً. ب- أما التصرفان الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداءً أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد. ج- وسن التمييز سبع سنوات كاملة.

المادة 211-أ- الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم. ب- اما السفیه وذو الغفلة فتحكم عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون. ج- يبلغ قرار الحجر للمحجور- ويعلن للنأي سببه وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة

المادة 212- أ- 1- المعتوه هو في حكم الصغير المميز. 2- المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز، اما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حال إفاقة كتصرف العاقل¹⁰⁷⁴.

Por su parte, la legislación del Reino Hachemita de Jordania es aún más parca. El título alude a la capacidad en general, pero, en realidad, regula en exclusiva la capacidad de obrar. Mantiene la triple clasificación clásica del *fiqh*: menores sin discernimiento y locos con locura

a Capítulo Primero: La Capacidad. Artículo 3: La capacidad civil del individuo se rige por la ley de su estatuto personal. Toda persona tiene capacidad para obligar y obligarse siempre que la ley de su estatuto personal no lo contradiga.

Artículo 5: El incapaz y el de capacidad limitada pueden adquirir para sí mismos un beneficio, incluso sin ayuda del padre, tutor o guardador, en el sentido que le está permitido a ambos aceptar la donación o cualquier liberalidad que le enriquezca o le libere de una obligación, sin que le suponga ningún coste.

b Sección Séptima: La capacidad, la tutela y la tutela testamentaria. Capítulo Primero: La capacidad.

Artículo 203: A. Toda persona que alcance la mayoría de edad, disfrute de toda su fuerza intelectual y no esté incapacitado ostenta plena capacidad para ejercer por sí mismo sus derechos civiles. B. La edad de madurez se sitúa en los dieciocho años solares completos.

Artículo 204: A. No es capaz de ejercer por sí mismo sus derechos civiles quien haya perdido el discernimiento por la edad, imbecilidad o locura. B. Quien no haya alcanzado los siete años de edad se considera como falto de discernimiento.

Artículo 209: El menor que carezca de discernimiento no está facultado para realizar por sí mismo actos sobre sus bienes y todos sus actos son nulos.

Artículo 210: A. Los actos del menor con discernimiento son válidos cuando sean beneficiosos completamente y nulos cuando sean totalmente perjudiciales. B. En cuanto a los actos que sean simultáneamente perjudiciales y beneficiosos estarán suspendidos hasta que el tutor los autorice dentro de los límites en los que puede actuar o los autorice el propio incapaz después de alcanzar la mayoría de edad. C. La edad del discernimiento es los siete años completos.

Artículo 211: A. El menor, el loco y el imbecil están incapacitados por sí mismos. B. El pródigo y el negligente son incapacitados por el juzgado. Se levanta la incapacitación según las reglas y actuaciones establecidas en la Ley. C. El fallo de incapacitación se ha de publicar y anunciar a la gente sus causas. Los actos antes del mismo son eficaces.

Artículo 212: A. Al imbecil se le aplica el régimen del menor que tiene discernimiento. B. El loco absoluto es como el menor sin discernimiento. En cuanto al loco ocasional, sus actos en momentos de lucidez son como los actos del cuerdo.

permanente, menores con discernimiento e imbeciles, mayores de edad, locos en momentos de lucidez y pródigos antes del fallo judicial de incapacitación. El menor, cuyos actos están suspendidos hasta que sean refrendados por su tutor, al alcanzar la mayoría de edad, estaría capacitado para hacerlo él mismo.

^aسؤال ثان عن فصل من هذه القضية

جوابك-أعزك الله- في رجل حجر عليه حاكم بيع عقاره دون ما سوى ذلك من تصرفاته، هل هذا حجر يلزم ويبطل فعله وبيعه وحده، أم يبطل سائر أفعاله أم لا يبطل شيئاً من ذلك، وكيف إن لزم الحكم فيما إستبان أنه باعه من رباعه لضرورة من دين رهقه أم غيره من لازم لزمه.

الجواب: تصفحت -أعزك الله بطاعته- سؤالك هذا ووقفت عليه. وتحجير الحاكم على الرجل بيع عقاره دون سوى ذلك من تصرفاته خطأ من الحكم، لأن الله تبارك و تالي قال:*(ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيمة)*. ويخص عقاراً من غيره¹⁰⁷⁵.

Esta fetua prohíbe la incapacitación parcial para actos concretos, sin que se extiendan a todos los demás.

MENORES

^bفي معرفة أحكام أفعالهم في الرد والإجازة

فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف في المذهب في أنه لا يجوز في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له الأب في ذلك أو الوصي...¹⁰⁷⁶.

Los menores impúberes (los jóvenes que no tienen poluciones o las adolescentes sin menstruación) tienen prohibido disponer mediante negocios jurídicos gratuitos, los cuales quedarían paralizados hasta que el tutor decidiera que hubiera alcanzado la pubertad, supuesto que posibilitaría que el acto se ejecutara, o no, lo cual supondría la nulidad.

^c(قال الشافعي) رحمه الله: الحال التي يبلغ فيها الرجل والمرأة رشدهما حتى يكونا بليان أموالهما قال الله عز وجل ((إبتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا)) [...] فدللت هذه الآية على أن الحجر ثابت على اليتامى حتى يجمعوا خصلتين البلوغ والرشد. فالبلوغ إستكمال خمس عشرة سنة الذكر والأنثى في ذلك سواء إلا أن يحتتم الرجل أو تحيض المرأة قبل خمس عشرة سنة فيكون ذلك البلوغ ودل قول الله عز وجل ((فادفعوا إليهم أموالهم)) على أنهم إذا جمعوا البلوغ والرشد لم يكن لأحد أن يلي عليهم أموالهم وكانوا أولى بولاية أموالهم من غيرهم وجاز لهم في أموالهم ما يجوز لمن خرج من الولاية ممن ولي...¹⁰⁷⁷

El régimen de la tutela de los menores de edad se desarrolla a partir de una aleya coránica destinada a los huérfanos. De este precepto divino, el jurista que le da nombre a la escuela, al-Šāfi ĩ, determina que la edad a la que alcanzan la plena capacidad se establece en los quince años - lunares-, salvo que los hombres sean capaces de eyacular o las mujeres tengan la menstruación.

a Segunda pregunta sobre una parte de esta cuestión.

Su respuesta, Dios se lo pague, sobre un hombre que fue incapacitado por el juez para vender su inmueble y no para el resto de sus actos. ¿Esta incapacitación es eficaz y se ha de anular únicamente la venta, o se anulan todo el resto de sus actos o no se anula ninguno? ¿Cómo, si el fallo fuera eficaz, de lo que se desprende del caso, vendió su bien por la necesidad de pagar una deuda y no otras?

Respuesta, estudié, Dios te pague siendo obediente a Él, tu pregunta y me detuve en ella. La incapacitación del juez sobre la venta del inmueble y no los demás actos, es un fallo erróneo, porque Dios el Altísimo, dijo: (*no le deis a los pródigos vuestros bienes, que Dios os entregó como un valor*). No puede concretarse en un inmueble y no en lo demás.

b Sobre el conocimiento del régimen de sus actos, la revocación y la autorización.

En cuanto a los menores de entre los hombres que no hayan alcanzado la pubertad, ni tengan el período entre las mujeres, no hay discrepancia en la escuela que no les es válido disponer de su dinero legalmente mediante donación, limosna, dación ni manumisión, aunque se lo hubiera autorizado su padre o el tutor nombrado por este.

c (Ha dicho al-Šāfi ĩ) Dios se apiade de él: el estado en el que el hombre y la mujer alcanzan la madurez para que administren sus bienes, dijo Dios el Altísimo ((*retened los bienes de los huérfanos hasta que alcancen el matrimonio, si lo considerarais maduros, entregadle sus bienes, y no lo consumáis malgastándolo ni precipitándoos antes de que crezcan*)) [...] De esta aleya se deduce que la incapacitación está confirmada en los huérfanos hasta que se conjuguen dos circunstancias: la madurez y el juicio. La madurez se alcanza con quince años tanto los varones como las hembras, en esto son iguales, salvo que el hombre tenga poluciones o la mujer la menstruación antes de los quince años, que fijarían la madurez. Y de las palabras de Dios el Altísimo, *entregadle sus bienes*, se deduce que si aúnan la madurez y el juicio nadie puede administrar sus bienes, ellos serían los tutores de sus bienes, nadie más, y les estaría permitido en sus bienes lo que le está permitido a aquellos que han salido de la tutela ...

333^a- وسئل ابن أبي زيد عمّن توفيت زوجته، وتركت له ولد. فهل تقسم التركة من غير ناظر؟

فاجاب: ينبغي له الرفع إلى القاضي، ويجعل له من يلي القسم للإبن مع الأب، فإن قسم لنفسه مضى، إلا أن تظهر محاباة بينة، فلولد القيام بها ورده إن بلغ، أو لمن يرفع إليه القضاة قبل بلوغه. وليس كالأخ، وصياً كان أو غير وصي، فله رده. وإن لم تكن محاباة ففعل الأب، جائز حتى تتبينه المحاباة¹⁰⁷⁸.

En principio, la incapacidad del hijo menor es completada por su padre. Sin embargo, si existe conflicto de intereses, como en el reparto de la herencia de la esposa y madre, el niño es titular de una acción de rescisión, para el caso de parcialidad manifiesta de su progenitor, que no podrá ejercer hasta que alcance la mayoría de edad. Esta opción se produce, siempre y cuando no se haya realizado la partición judicialmente o se hubiera nombrado un tutor al menor.

326^b- وسئل عمّن أسند وصية بنيه إلى رجل، وتوفي فكبر ولد منهم، ولم يختبر بشيء من الأموال غير أنه فيه صلاح،

وحسن حال؟

فأجاب: إذا كانت أحواله تدل على صلاح شأنه، فهو رشيد¹⁰⁷⁹.

Este jurisconsulto tunecino, *mālikī*, para considerar a un menor como menor de edad, se fija en su estado aparente, si todo indica que su estado es el correcto, se le considera capaz.

^c(ولو أدى على الصبي محجور عليه مالاً أو حقاً فإن القاضي يسأل المدعي أ لك ببينة فإن قال لا لم يحضر الصبي) لأنه لا فائدة في الإحضار لأن التحليف في حق الصبي غير مشروع لأنه لو نكل لا يلزمه بنكوله شيء فلا فائدة في شرع التحليف في حقه لم يكن الإحضار مفيداً لأنه لو كان لكان لأجل التحليف (وإن كان للمدعي بينة فإن القاضي يحضر الصبي إذا كان يدعي عليه الإستهلاك) لأن الصبي مؤأخذ بأفعاله والشهود يحتاجون إلى الإشارة إليه في الشهادة فيحضره (لكن يحضر معه أباه أو وليه) لأن الصبي لا يطالب بشيء ثبت عليه إنما المطالب هو الولي فيحضره حتى إذا ثبت الحق على الصبي طوبى الولي بتسليمه¹⁰⁸⁰.

Desde el punto de vista del procedimiento ante el juez, el menor está incapacitado para prestar juramento e, incluso, el verdadero demandado parece que sería su tutor; no obstante, sí responde judicialmente por los hechos (no las expresiones orales que desemboquen en la perfección de negocios jurídicos). En consecuencia, el apartado de este tratado *ḥanaḥī* sobre las buenas maneras del juez no requiere la citación ni la comparecencia del menor cuando debería prestar juramento, sí, junto a su padre o tutor, si la sentencia ha de afectar a su esfera jurídica. Se desprende de estas líneas una distinción entre capacidad jurídica y de obrar.

^d(ما جاء في أموال الصبيان والمجانين)*

* (قلت) هل في أموال الصبيان والمجانين زكاة (فقال) سألنا مالكا عن الصبيان فقال في أموالهم صدقة وفي حروثهم وفي ناضهم وفي ماشيتهم وفيما يديرون للتجارة * (فقال ابن القاسم) * والمجانين عندي بمنزلة الصبيان ...¹⁰⁸¹

a 333- Se preguntó a Ibn Abū Zayd acerca de un hombre al que se le había muerto su esposa, dejando un hijo. ¿Se reparte la herencia sin administrador?

Contestó: debe elevarse el asunto al juez que debe nombrar a quien tutele la partición del hijo con el padre. Si este repartiera para sí mismo, sería eficaz, salvo que se constatará una evidente parcialidad, en cuyo caso el hijo dispondría de la posibilidad de rescindirla, si se hiciera mayor, o quien hubiera nombrado el juez antes de la mayoría de edad. No es como el hermano, tutor o no, dispondría de la rescisión. Si no hubiera parcialidad en la actuación del padre, sería válida siempre que no se demostrara aquella.

b 326- Y se le preguntó sobre un hombre que había nombrado albacea de un legado en favor de sus hijos, murió el hombre y un de los hijos creció, sin experiencia alguna sobre el patrimonio, pero estaba sano y con buen estado.

Contestó: si su estado indica que está en un estado correcto, es maduro.

c (Si se reclamara a un menor incapacitado un bien o un derecho, el juez preguntaría al demandante si tiene una prueba. Si dijera que no, no se haría personar al menor) porque sería inútil su personación, porque tomar juramento sobre el derecho del menor no es legal, porque, si rehusara jurar, no se le tendría en cuenta; así que no hay provecho en tomarle juramento sobre su derecho ni en su personación, porque, si lo fuera, (y tuviera el demandante una prueba, el juez citaría al menor si se le reclamara por consunción) porque el menor se le juzga por sus actos, y los testigos necesitan que se les muestre en su testimonio, así que se le cita (pero se cita con él a su padre o su tutor) porque al menor no se le exige por algo probado contra él, sino que el exigido es el tutor; por eso se le cita para que, si se probara el derecho contra el menor, se exigiría al tutor su entrega [...]

d (Sobre los bienes de los menores y locos)

(Dije) ¿hay *zakāt* sobre los bienes de los menores y los locos? (Dijo) preguntamos a Mālik sobre los bienes de los menores y dijo que en sus bienes había la limosna, sobre sus sembrados, efectivo, ganado y en los negocios que dirigieran (Abū al-Qāsim dijo) y los locos para mí están en la misma situación que los menores ...

Para el fundador de la escuela, Mālik b. Anas, los menores, al tener capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones, son sujetos pasivos de la limosna legal y están facultados para dirigir algunos negocios.

^a(في الوصي يأذن للصبي بالتجارة إذا كان يعقل التجارة)
قلت رأيت الصبي إذا كان يعقل التجارة فأذن له أبوه أو وصيه في التجارة أيجوز ذلك أم لا (قال) لا أرى ذلك جائزاً لأن الصبي مولى عليه فإذا كان مولى عليه فلا أرى الإذن له في التجارة إذناً *قلت* لم لا يجوز عليه الشراء والبيع إذ أذن له وليه والعبد المحجور مولى عليه إذا أذن له سيده جاز ذلك عليه (قال) لأن العبد ليس بسفيه...¹⁰⁸²

Entre los *mālikīes*, el menor, aunque sus tutores lo permitieran, no puede comerciar, al contrario que el esclavo autorizado por su señor. Es una solución contraria a la *ḥanaftī*. El argumento sobre el que se basa es que el menor, si bien puede tener entendimiento, caería en la prodigalidad.

^bومما يباعد حكم الصلاة من الزكاة أيضاً: أن الصلاة هي حق يجب لله عز وجل على العباد فيما بينهم وبينه، وأن الزكاة شيء جعله الله حقاً من حقوق الفقراء في أموال الأغنياء [...] فالأمر عندنا على الآثار التي ذكرناها عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه البدرين وغيرهم، ثم من بعدهم من التابعين: أن الزكاة واجبة على الصبي في ماله، مع ما ذكرنا من تأويل هذه الوجوه¹⁰⁸³.

Los seguidores de la escuela de Medina califican la oración, junto a otros deberes religiosos, como derechos de Dios impuestos sobre las personas. Debido a esta naturaleza, la capacidad de los menores para ser sujetos de esta obligación está incompleta. Por el contrario, la limosna legal, considerada como un derecho de los pobres traducido en una obligación de los ricos, sí afectaría a la esfera jurídica de los menores de edad, que estarían sujetos al pago si su patrimonio alcanza el límite establecido legalmente. Su capacidad jurídica, en este ámbito, sería completa.

^cوسبب إختلافهم في إيجاب الزكاة عليه أو لا إيجابها هو إختلافهم في مفهوم الزكاة الشرعية هل هي عبادة كالصلاة والصيام؟ أم هي حق الواجب للفقراء على الأغنياء؟ فمن قال إنها عبادة يعتبروا البلوغ، ومن قال إنها حق واجب للفقراء والمساكين في أموال الأغنياء لم يعتبروا في ذلك البلوغ من غيره¹⁰⁸⁴.

Este fragmento resulta válido para iluminar diversos ángulos de nuestra tesis y explica el texto anterior. En el capítulo precedente mostraba la titularidad de derechos sobre un colectivo indeterminado, los pobres, y en el actual aclara la capacidad jurídica de los menores para la escuela del pensador cordobés: los menores son aptos para que recaigan sobre ellos obligaciones fiscales como la *zakāt*.

^dوإختلفوا في زكاة أموال الصبيان:

فقال عمر وغير واحد من الأوائل: فيها زكاة، وهو قول مالك وأصحابه.

وقال بعض أهل العراق: لا زكاة فيه [...]

وإنما ذهب من لم ير عليهم زكاة لأن الصلاة والصوم والحج والحدود لا تلزمهم إلا في البلوغ ومن حجة رأى ذلك أن الزكاة إنما هي في الأموال لا في الأبدان¹⁰⁸⁵.

a (Sobre el tutor que autoriza al menor a comerciar si lo entiende)

(Dije) ¿Crees que, si el menor que entienda de comercio y lo autorizara su padre o tutor, sería válido eso o no? (Dijo) No creo que sea válido, porque el menor está sujeto a tutela y no considero esa autorización para comerciar como autorización. (Dije) Por qué no es válida su compra y su venta si lo ha autorizado su tutor y el esclavo incapacitado y sometido a tutela, si lo autorizara su señor, sería válido. (Dijo) Porque el esclavo no es pródigo ...

b Y en lo que distancia el precepto de la oración del de la *zakāt* también: la oración es un deber hacia Dios, el Altísimo, de parte de los fieles. La *zakāt* es algo que Dios ha puesto como un derecho de los pobres sobre los bienes de los ricos. El asunto para nosotros, sobre los antecedentes que hemos referido del profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él, sus compañeros y seguidores de Badr y otros, es que la *zakāt* es un deber del menor sobre su patrimonio, según la interpretación a las que hemos aludido.

c Y la causa de su diferencia sobre la obligación de la *zakāt* o su no obligatoriedad radica en la diferencia en el concepto de la *zakāt* legal, ¿es un culto como la oración y el ayuno? ¿o es un derecho que se pueda reclamar por parte de los pobres a los ricos? Quien afirma que es un culto considera que es obligatoria la mayoría de edad. Quien considera que es un derecho de los pobres sobre los ricos no la estima necesaria.

d Y discrepan sobre la *zakāt* sobre los bienes menores:

‘Umar y algunos más de los primeros dicen que se da la *zakāt* en ellos; esa es la opinión de Mālik y sus compañeros.

Algunos de la escuela de Iraq opinan que no se da [...]

Los que opinan que no es porque la oración, el ayuno, la peregrinación y los castigos dispuestos en *El Corán* no les obligan más que con la mayoría de edad. Quien opina que sí argumentan que la *zakāt* se da sobre los bienes, no sobre los cuerpos.

Al describir el régimen jurídico de los diferentes bienes, el jurista describe la diferencia entre los ulemas sobre si la limosna legal grava los bienes de los menores o no. Para la escuela de Medina sí y para la iraquí no. Los primeros se fundamentan en que los deberes de culto no son exigibles más que a los mayores. Los segundos, en otra muestra más de derechos sobre bienes, alegan que la *zakāt* se debe sobre las cosas, no los cuerpos (personas). Una muestra de la teoría de la *ḍimma* con la que iniciamos el presente capítulo.

QUEBRADO Y PRÓDIGO

^a(ولو السفية المحكوم بحجره طلق امرأته وقع الطلاق) لأن الطلاق لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه الحجر بسبب السفه على ما تقدم [...] فصل. (ولو حنث في يمينه لزمته الكفارة وكان عليه أن يكفر بالصيام) لأنه لو كفر بالمال لم يخل...¹⁰⁸⁶

Existen actos, como el repudio, cuyos requisitos de capacidad son muy laxos, por lo que la prodigalidad declarada judicialmente no lo invalida. Igualmente, la *kafāra* o expiación por determinados pecados obliga al pródigo, pero sólo mediante actos que no impliquen una disposición patrimonial: el ayuno.

^bسؤال عن بيعه بعد ترشيده ثم ظهر سفهه.

الجواب: إختلاف في أفعال المهمل، فقيل: نمضي ببياعته، وقيل ترد إن كان ظاهر السفه وتمضي إن كان خفياً. وإختار المحققون قول ابن القاسم وهو الرد إذا رأوا أن الرد من مقتضى السفه، ورأى الغير أن الرد من مقتضى الحجر والأصول تشهد لإبن القاسم وإن كان مالكاً وجماعة من أصحاب على خلافه، والمحاكم ينظر في ذلك وبالله التوفيق.

جواب ثان على هذا السؤال: وأكثر أصحاب مالك وروايتهم عنه أن أفعاله في حال إهماله أو بعد إطلاقه ثم ظهر سفهه على المضي حتى يحجر عليه، فمن يومئذ ترد أفعاله إلا ما حوَّله قبل ذلك من إهماله ولو كان مثل صاحب اللؤلؤة وبه أخذ سحنون وخالفهم إبن القاسم ومطرف. وقال بقولهما عبد العزيز إبن أبي سلمة. وقالوا: أفعاله من الإهمال مردود. وفرق أصبغ بين أن يكون بين السفه ومنكشف الحال أو مستره، ولعبد الملك أيضاً تفرقه فيمن تقدم عليه الحجر أو لم تقدم، والكلام على وجه المسألة يطول، والذي أذهب إليه ما عليه أكبر أصحاب مالك أن أفعاله على المضي حتى يحجر عليه [...]

a (Si el pródigo incapacitado judicialmente repudiara a su mujer, se produciría el repudio). Porque no influye en el repudio la falta de seriedad, así que no influye en la incapacitación por prodigalidad, según se ha adelantado. Capítulo. Y si quebrara su juramento, estaría obligado a la *kafāra*, y debería aquella relativa al ayuno, porque si fuera sobre su patrimonio no sería válida ...

b Pregunta sobre su venta después de la mayoría de edad y después aparece su prodigalidad.

Respuesta: disienten sobre sus actos negligentes. Se dice: son eficaces sus ventas; y se dice: se rescinden si la prodigalidad fuera evidente o son eficaces si permaneciera oculta. Los estudiosos han elegido la opinión de Ibn al-Qāsim, que es la de la rescisión, pues estiman que la rescisión es consecuencia de la prodigalidad, y los otros piensan que la rescisión es consecuencia de la incapacitación judicial y los antecedentes apoyan a Ibn al-Qāsim, aunque Mālik y el grupo de sus seguidores no esté de acuerdo. El juez ha de estudiar el caso y en Dios está el éxito.

Segunda respuesta a esta pregunta: La mayoría de los seguidores de Mālik y sus opiniones se inclinan por considerar que sus actos, cuando alcanza la madurez y luego aparece la negligencia o prodigalidad, son válidos hasta que se declare la incapacitación. Desde ese día, se rescinden sus actos salvo los que se efectuaron con anterioridad siendo negligentes, aunque fuera como el autor de *La Perla*, del que tomó su opinión Saḥnūn, y difiere Ibn al-Qāsim y Muṭarrāf. Y opina como ellos ‘Abd al-‘Azīz Ibn Abū Salma. Dijeron: sus actos negligentes serían rescindidos. Y Aṣḥabgh diferencia entre un estado de negligencia evidente y oculto; y ‘Abd-l-Mulk, también discrimina entre si la sentencia es anterior o posterior. Y las opiniones sobre la cuestión serían extensas. Lo que concluyen los mayores seguidores de Mālik es que sus actos serían eficaces hasta la incapacitación [...]

Muḥammad ha dicho: dijo Abū al-Walīd Ibn Ruṣḍ (abuelo de Averroes): si el padre muriera y no nombrara tutor a su hijo ni lo hiciera el sultán, sus actos serían considerados en función de cuatro opiniones:

La primera de ellas: la opinión de Mālik y la mayoría de sus seguidores es que todos ellos, tras la mayoría de edad serían válidos, hechos con madurez o con prodigalidad, siendo evidente la prodigalidad o no, estuvieran los hechos unidos a la prodigalidad desde su mayoría de edad o no, sin entrar en más detalles.

La segunda: la opinión de Muṭarrāf y de Ibn Māyīṣūn es que, si la prodigalidad estuviera unida a él desde el momento de su mayoría de edad, no serían válidos ninguno de sus actos. Si la prodigalidad fuera después de haberse producido su madurez, sus hechos serían válidos siempre que su venta no fuera una venta negligente o fraudulenta [...]

La tercera: la opinión de Aṣḥabgh es que, si fuera evidente la prodigalidad, sus actos no serían válidos; si no fuera evidente, serían válidos, sin detallar si la prodigalidad estuviera unida o no.

Cuarta: opinión de Ibn al-Qāsim es que se miraría su estado el día de la compra o la venta. Si estuviera con madurez, sus actos serían válidos, si fuera pródigo, no sería válidos sin detallar si la prodigalidad estuviera unida o no [...]

قال محمد: قال القاضي أبو الوليد ابن رشد: إن مات الأب ولم يوصي بابنه إلى أحد ولا قدم عليه السلطان فإن أفعال الولد مختلف فيه على أربعة أقوال.

أحدها: قول مالك وأكثر أصحابه أنها كلها بعد البلوغ جائزة، رشيداً كان أو سفيهاً/معلناً بالسفه أو غير معلن عنه [...] والثاني: قول مطرف وابن ماجشون إنه إن كان متصل السفه من حين بلوغه، فلا يجوز شيء من أفعاله وإن كان سفه بعد أن أنس منه الرشد فأفعاله جائزة ولازمة له ما لم يكن بيعه بيع سفه وخديعة بينة [...] والثالث: قول أصبغ إنه إن كان معلناً السفه فأفعاله غير جائزة وإن لم يكن معلناً به فأفعاله جائزة من غير تفصيل بين أن يتصل سفهه أو لا يتصل.

والرابع: قول ابن القاسم أنه ينظر إلى حاله يوم بيعه وإبتياعه فإن كان رشيداً جازت أفعاله وإن كان سفيهاً لم يحز منها شيء من غير تفصيل بين أن يتصل سفهه أو لا يتصل ...¹⁰⁸⁷

Se dilucida si la incapacitación del pródigo es una causa de un comportamiento objetivo o precisa un pronunciamiento judicial expreso. En la escuela *mālikī*, conviven opiniones opuestas, pero el muftí considera que la mayoritaria consiste en otorgar a la sentencia judicial un carácter constitutivo de estado, pues los actos anteriores a la misma no serían rescindidos, aun en el caso de haberse realizado sin la diligencia normal de una persona adulta. Esta corriente se integra mejor en la tendencia objetiva del derecho islámico y da mayor seguridad; sin embargo, hechos llevados a cabos por personas claramente negligentes desplegarían todos sus efectos jurídicos.

^aوإختلف قول مالك في قضاء بعض الغرماء دون بعض وفي رهنه وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا: هو قبل الحكم كسائر الناس، وإما ذهب الجمهور لهذا لأن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر، ومالك كأنه إعتبر المعنى نفسه، وهو إحاطة الدين بماله لكن لم يعتبر في كل حال، لأنه يجوز بيعه وشراؤه إذا لم يكون فيه محاباة، ولا يجوز للمحجور عليه. وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء، لا يجوز إقراره بدين في ذمته لقريب ولا بعيد...¹⁰⁸⁸

Este filósofo y jurista, al resumir las tesis de su escuela sobre la situación del quebrado, establece que para los *mālikīes*, las restricciones a la capacidad de obrar de la persona en bancarrota se inician con la sentencia, antes, no. No obstante, los actos de disposición anteriores pueden ser perseguidos si se constata que se han efectuado con favoritismo (un precio menor al normal).

^b425- وسئل ابن أبي زيد عن أفعال السفيه قبل الحجر عليه، وهو ممن ينبغي أن يحجر عليه؟ فأجاب إنفرد ابن القاسم وحده في أن أفعاله لا تجوز، والمعروف من قول مالك، أن أفعاله جائزة، وعليه أكثر أصحابه، وهو الأشبه عندي والله أعلم¹⁰⁸⁹.

La opinión mayoritaria en la escuela es que el pródigo, hasta el momento de su incapacitación judicial, es totalmente capaz y sus actos válidos. La sentencia tiene carácter constitutivo de estado, lo determinante no es el hecho psicológico o social, la prodigalidad, en sí misma, sino el fallo del juez.

a Discrepan de la opinión de Mālik sobre la demanda de unos acreedores sin la participación de los otros y en cuanto a la hipoteca. Por lo que respecta a la mayoría de quienes opinan que se incapacita al quebrado, dicen: antes de la sentencia, es como el resto de las personas; la mayoría opina así, porque, en origen, los actos son válidos hasta que recaiga la incapacitación, y Mālik como si lo considerara en el mismo sentido: las deudas superiores a su patrimonio, pero no lo entiendo así en cualquier caso, porque considera válida su compra y su venta siempre que no exista favoritismo, y no lo permite al incapacitado.

En cuanto a su estado tras la incapacitación, en la escuela de Mālik no se le permite comprar, ni vender, ni tomar, ni dar ni se le permite reconocer una deuda contra él en favor de un familiar o un tercero ...

b 425- Se preguntó a Ibn Abū Zayd acerca de los actos de un pródigo antes de su incapacitación, siendo de los que se debe incapacitar.

Contestó: Ibn al-Qāsim es el único que afirma que sus actos no son válidos. Lo conocido de la opinión de Mālik es que sus actos son válidos, y así opinan la mayoría de sus compañeros y es lo que yo propongo y Dios es más sabio.

^a(لو أقر بدين لإنسان بعد الحجر لم ينفذ إقراره في حق الغرمائه) لأنه لما صار محجوراً تعلق حق الغرماء بماله {فصار} له بمنزلة المريض مرض الموت (فإذا قضى دين الأولين نفذ إقراره للثاني) لأن الإقرار الثاني في حق نفسه صحيح وإنما لم ينفذ في حق الغرمائه الأولين لسبق حقهم فإذا زال حقهم ظهر ذلك مطلقاً بمنزلة المريض لا ينفذ إقراره في حق غرماء صحته فإذا زال حقهم نفذ إقراره مطلقاً.

فصل

(فإن اكتسب مالا بعد الحجر أو حدث له بسبب من الأسباب جاز إقراره ونفذ تصرفه) لأن الحجر لم يؤثر فيه إنما يؤثر في المال الذي كان قائماً في يده وقت الحجر لأن الحجر كان لصيانة محل قضاء حق الغرماء ومحل القضاء هو القائم حال الحجر فيتناوله الحجر و صار في حق ما يحدث وجود عدمه سواء فينفذ تصرفه فيه...¹⁰⁹⁰

El propósito de la incapacidad del quebrado es la salvaguarda de los derechos de los acreedores. Este texto incide más sobre la relación entre el derecho del acreedor y el patrimonio del deudor, pues aquel se vincula a este, más que concebir la deuda como una relación personal entre dos individuos. Además, como señalábamos en la introducción y en este mismo sentido, la incapacidad se limita a los actos sobre el patrimonio existente en el momento de la decisión judicial, nunca a los bienes futuros. Una forma de entender opuesta al artículo 1911 de nuestro Código Civil).

^b(مال المحجور عليه ما وهب له وما استفاد يحجر عليه)

* (قلت) * رأيت ما وهب للمحجور عليه من مال أ يدخل ذلك المال في المال المحجور عليه فيه (قال) نعم لأن مالاً قال لو أن سفيهاً تجر فأصاب مالا يحجر عليه فيه...¹⁰⁹¹

Los componentes de la escuela de Medina, por contra, establecen que los bienes futuros del pródigo incapacitado también han de responder por las deudas anteriores a la incapacidad. Ahora bien, las expresiones utilizadas por el discípulo de Mālik, Saḥnūn, sugieren que el fallo que limita la capacidad va dirigido a bienes, no a la persona. Aunque la garantía del acreedor es mayor, la tendencia objetiva sigue presente.

^c(الحر يؤاجر في الدين)

* (قلت) * رأيت الحر هل يؤاجر في الدين إذا كان مفلساً أو يستعمل أو يشتغل (قال) قال مالك لا يؤاجر (قال ابن القاسم) ولا يستعمل مثل قول مالك في الدين إذا كان مفلساً¹⁰⁹².

La persona libre no será obligada, según las tesis de Mālik bin Anas, a trabajar o arrendar sus servicios y, de esta manera, liquidar las deudas, aún en el caso de estar en quiebra.

MUJER

a (Si reconociera una deuda en favor de un ser humano después de la incapacidad, no se ejecutaría el reconocimiento contra el derecho de los acreedores anteriores), porque, en el momento en que se establece la incapacidad, el derecho de los acreedores se vincula con su patrimonio (así que se vuelve) como si fuera un enfermo en peligro de muerte (si se satisficiera la deuda de los primeros acreedores, se ejecutaría el reconocimiento en favor de los segundos) porque el reconocimiento en favor del segundo, sobre su derecho, es válido, pero tan solo se deja sin ejecutar contra el derecho de los acreedores primeros, por su prelación de crédito. Si su derecho se extinguiera, se mostraría absolutamente, en la misma posición que el enfermo, en la que no se ejecutaría su reconocimiento contra el derecho de sus acreedores cuando estaba sano, si se extinguiera, sería un reconocimiento absoluto.

Capítulo.

(Si adquiriera un bien tras la incapacidad o le sucediera por alguna causa, sería válido su reconocimiento y se ejecutaría su acto), porque la incapacidad no le afectaría, únicamente se aplicaría al bien que estuviera en su mano en el momento de la incapacidad, porque esta está para proteger el objeto del juicio sobre el derecho de los acreedores y este es lo que estuviera presente en el momento de la incapacidad, y sería igual en lo que sucediera que estuviera presente o no, pues se ejecutaría su acto.

b (En el patrimonio del incapacitado, lo que se le dona y consigue también se incapacita) (Dije) ¿Opinas que lo que se dona al incapacitado se incorpora esos bienes a los bienes incapacitados? (Dijo) Sí, porque Mālik opina que si el pródigo consiguiera dinero comerciando, esos bienes se incapacitarían.

c (El libre es empleado por deudas) (Dije) ¿Opinas que el libre es obligado a arrendar sus servicios por deuda si estuviera en quiebra o es empleado? (Dijo) Mālik dijo que no es obligado a arrendar sus servicios. (Dijo Ibn al-Qāsim) no es empleado como opina Mālik por deudas si está en quiebra.

^aوسئل أحمد بن نصر الداودي عن امرأة أرادت النكاح وهي ثيب ولا حاكم في البلاد وأولياؤها غيب هل ترفع أمرها إلى فقهاء البلد فأمرؤا من يزوجه. وكيف إن لم يكن في البلد عالم ولا قاض، أ ترفع أمرها إلى عدول البلد في البكر والثيب؟ فقال: إذا لم يكن في البلد قاضٍ فيجتمع صالحوا البلد ويأمرؤا بتزويج¹⁰⁹³.

Las mujeres, incluso para sus segundas nupcias, necesitan a una persona que las represente en el contrato de matrimonio, entre los seguidores de Mālik b. Anas.

^b باب: النكاح بغير ولي عصبية

4249- حدثنا [...] عن الرسول الله، ص، قال: ((أيها امرأة نُكِّحْتِ بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فإن أصابها فلها مهرها بما إستحل من فرجها، فإن إستجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له)). قال أبو جعفر: فذهب إلى هذا قوم، فقالوا لا يحوز تزويج المرأة نفسها إلا بإذن وليها [...]. وخالفهم في ذلك آخرون فقالوا: للمرأة أن تزوج نفسها ممن شاء، وليس لوليها أن يعترض عليها [...] وكان من الحجة لهم في ذلك أن حديث [...] الذي ذكرناه عن [...] فلم يعرفه. [...]

وقد علمت أن رسول الله، ص، قال: ((لا نكاح إلا بولي))¹⁰⁹⁴.

Este autor *hanafī*, en su obra sobre los dichos de Muḥammad, recoge un par de ellos que incapacitan a la mujer a prestar el consentimiento matrimonial por sí misma.

^cباب: حكم المرأة في مالها

7300- حدثنا [...] أن جدته أتت إلى رسول الله، ص، بحلي لها فقالت: إني تصدقت بهذا. فقال رسول الله، ص، ((إنه لا يجوز للمرأة في مالها أمر إلا بإذن زوجها، فهل إستأذنت زوجك؟)) فقالت: نعم، فبعث رسول الله، ص، فقال: ((هل أذنت لإمرأتك أن تتصدق بحليها هذا)). فقال نعم [...]. قال أبو جعفر: فذهب قوم إلى هذا الحديث، فقالوا: لا يجوز للمرأة هبة شيء من مالها، ولا الصدقة به، دون إذن زوجها. وخالفهم في ذلك آخرون، فأجازوا أمرها كله في مالها، وجعلوها في مالها، كزوجها في ماله¹⁰⁹⁵.

En cuanto a la capacidad de obrar de la mujer casada, los ulemas se dividen en dos corrientes: la primera no permite a la esposa disponer a título gratuito de sus bienes sin el permiso del cónyuge; la segunda iguala entre ambos.

^d(إستتجار العبد بغير إذن مولاه وأم الولد والمرأة بغير إذن زوجها)

a Se le preguntó a Aḥmad b. Naṣr al Dāwūdī, sobre una mujer que ya no es virgen y deseara casarse, sin que hubiera en la población juez y sus tutores estuvieran ausentes. ¿Se elevaría el asunto a los alfaquíes de la localidad y que ordenaran a quien lo casara? ¿Cómo sería si en el pueblo no existiera ni jurisconsulto ni juez, se elevaría el asunto a los honorables sobre la virginidad o no? Dijo: si no hubiera en la población juez, se reunirían los honestos del pueblo y ordenarían casarla.

b Capítulo: sobre el matrimonio sin tutor agnado.

4249: nos contó [...] que el enviado de Dios dijo: ((Oh, tú, mujer que te has casado sin permiso de tu tutor, tu matrimonio es nulo, si la han poseído, tiene derecho a la dote por haber facilitado su vulva, si hubiera confusión, el sultán es el tutor de quien no tiene tutor)).

Abū Ŷa'far ha dicho: un grupo opina eso, y dicen: no es válido que la mujer se case a sí misma más que con el permiso de su tutor [...]

Y están en desacuerdo otros, y dicen: la mujer puede casarse con quien desee y su tutor no puede oponerse [...] Y su argumento es que el hadiz [...] no lo conocen.

[...]

Y has sabido que el Enviado de Dios ha dicho: ((no hay matrimonio más que con tutor)).

c Capítulo: precepto sobre la mujer en su patrimonio.

7300- Nos ha informado [...] que su abuela le llegó al enviado de Dios con una joya de ella y dijo: la he dado como limosna. El enviado de Dios dijo: ((no le está permitido a la mujer disponer de su patrimonio sin el permiso de su marido. ¿Le has pedido permiso a tu marido?)). Dijo: sí. El enviado de Dios envió en su busca y dijo: ((¿Has dado permiso a tu mujer para que diera en limosna sus joyas?)). Dijo: sí.

Abū Ŷa'far ha dicho: un grupo se basa en este dicho y dijeron: no le está permitido a la mujer donar nada de su patrimonio, ni dar en limosna, sin el permiso de su marido.

Otros están en desacuerdo y permiten a la mujer disponer de su patrimonio y la convierten en igual al marido en la disposición de sus bienes.

d (Empleo del esclavo manumitido sin el permiso de su patrón, de la madre del niño y de la mujer sin el permiso de su marido) (Dijo) ¿Crees que la madre del niño, si quisiera comerciar y se lo prohibiera su señor, podría hacerlo o no? (Dijo) El señor puede hacerlo, en opinión de Mālik, porque él opina que el señor puede quitar el patrimonio de madre del hijo y, si le está permitido eso, puede prohibirle el comercio. (Dije) ¿Qué opinas que si la esposa de un hombre quisiera comerciar y este quisiera prohibírselo? (Dijo) Mālik opinó que no puede prohibirle comerciar pero sí salir de casa.

* (قلت) * أرأيت أم الولد إذا أرادت أن تتجر فمنعها السيد من ذلك أ يكون ذلك للسيد أم لا (قال) ذلك للسيد عند مالك لأن مالكا قال للسيد أن ينزع مال أم ولده فلما كان له أن ينزع مالها كان له أن يمنعها من التجارة. * (قلت) * أرأيت امرأة رجل أراد زوجها أن يمنعها من ذلك (قال) مالك ليس له أن يمنعها من التجارة ولكن له أن يمنعها من الخروج¹⁰⁹⁶.

Sahnūn describe la opinión de la escuela sobre la esclava que es madre del hijo de su señor. Adquiere cierta capacidad de obrar y le está permitido comerciar, pero su señor puede prohibirle ese ejercicio y quitarle su patrimonio. En cuanto a la mujer casada, está tiene plena capacidad para el comercio, pero su marido le podría impedir salir de casa.

^aإمامة المرأة للرجال

(قال الشافعي) رحمه الله تعالى وإذا صلت المرأة برجال ونساء وصبيان ذكور فصلاة النساء مجزئة وصلاة الرجال والصبيان الذكور غير مجزئة لأن الله جعل الرجال قوامين على النساء وقصرهن عن أن يكن أولياء وغير ذلك ولا يجوز أن تكون المرأة إمام رجل في بحال أبداً...¹⁰⁹⁷

Según la *Šarī'a*, las mujeres no pueden ejercer cargos que supongan algún tipo de tutela sobre los hombres; de esta manera, les está vedado dirigir la oración a ellos.

^b(المراة إذا جعلت قاضياً فقضاؤها جائز فيما تجوز شهادتها فيه ولا تجوز في الحدود والقصاص) لأنه لا شهادة لها في ذلك وقد ذكرنا أن القضاء قول هو حجة فما كان قولها به مقبولاً صح أن تكون فيه قاضية ومالاً فلا والله أعلم¹⁰⁹⁸.

La escuela de Kūfa, o iraquí, admite a la mujer en el cargo de juez, con reservas: tan solo en aquellas cuestiones donde su testimonio fuera admisible. Nunca en los delitos castigados con penas específicas en *El Corán* y en los que se aplique la ley del talión. La regla consiste en lo siguiente: si su testimonio es admisible, también lo será la sentencia que dicte. La capacidad está influida por el sexo de las personas.

^c(قال و المرأة المفسدة في ذلك بمنزلة الرجل) في جميع ما ذكرنا (إلا أنها إذا إختلعت من زوجها على مال وقع الطلاق ولم يلزمها المال) أما وقوع الطلاق فلأن شرط وقوع الطلاق على المال قبول المال لا وجوبه كالصغيرة يطلقها زوجها على المال فتقبل يقع طلاقها وإن لم يجب المال ثم ها هنا لا يجب المال لأنها محجورة عن إلتزام المال...¹⁰⁹⁹

La mujer pródiga se rige por el mismo régimen jurídico que el hombre. Existe una peculiaridad para la escuela *hanafī*: el repudio a instancias de la esposa, mediante una compensación económica, tendría lugar, pero esa indemnización a favor del cónyuge no se podría cobrar, porque, como menor, está incapacitada para disponer de sus bienes.

^dملكية المرأة وحققها في التصرف في مالها.

a Un imán mujer para los hombres.

(Ha dicho al-Šāfi ī) Dios el Altísimo esté satisfecho de él, si una mujer rezara junto a hombres, mujeres y jóvenes varones, el rezo de las mujeres estaría cerrado en un compartimento, no así el de los hombres y jóvenes varones, porque Dios, todopoderoso, ha hecho a los hombres tutores de las mujeres y ha impedido que ellas sean tutores o similar; no es válido que una mujer sea imán de un hombre en la oración jamás ...

b (La mujer, si es nombrada jueza, sus fallos serían válidos en lo que fuera válido su testimonio y no sería válido en los delitos previstos en *El Corán*, y en el talión), porque no puede testificar en los mismos, y hemos señalado que el fallo es una prueba, así que en lo que su palabra fuera admitida, sería válido su fallo y en lo que no, no. Y Dios es más sabio.

c (Dijo: y la mujer en cuanto a la prodigalidad ocupa la misma posición que el hombre) en todo lo que hemos señalado, (porque si concertara el divorcio de su marido a cambio de dinero, el repudio tendría lugar y no se le exigiría ese dinero). Se produce el repudio porque el requisito para que se produzca el repudio a cambio de dinero es que se acepte el dinero, no que sea exigible. Como la menor a la que repudia su marido a cambio de dinero, se admite el repudio y no debe el dinero; eso es así porque está incapacitada para obligarse patrimonialmente.

d La propiedad de las mujeres y su derecho a disponer de sus bienes.

Primero- ¿Se mantiene la incapacidad de las niñas tras alcanzar la madurez o no?

490- Los juristas se dividen sobre esto en dos opiniones:

A- Abū Ḥanīfa, al-Šāfi ī, Aḥmad, en su línea escogida y una corriente de Mālik opinan que no hay diferencia entre los niños y las niñas en el régimen de la incapacitación; por eso, al alcanzar la madurez se les entrega sus bienes y disponen de ellos como deseen, dentro de las reglas dispuestas por la *Šarī'a*.

B- Y Mālik opina, en su corriente más extendida y en una corriente de Aḥmad, que no se les levanta la incapacitación a las niñas hasta que se casen y se consume el matrimonio, y sean portadoras de sus bienes.

[...] Segundo: alcance de la libertad de disposición de la mujer casada sobre sus bienes:

493- Los alfaquíes difieren sobre la incapacitación de la mujer casada, en dos opiniones:

A- La mayoría de ellos opinan que la mujer casada es libre de disponer de sus bienes como desee.

B—Los *mālikīes* opinan, en la tesis mayoritaria, que la mujer casada no puede disponer a título gratuito de más de un tercio de su patrimonio sin el permiso de su marido.

[...] أولاً- هل يستمر الحجر على البنات إذا بلغن رشيدات أم لا؟

490- إختلف الفقهاء في هذا على المذهبين إثنين:

أ- ذهب أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد في الرواية المختار، ومالك في رواية أنه لا فرق بين البنات والأولاد في أحكام الحجر، فإن بلغن رشيدات يدفع إليهن مالهن يتصرفن فيه كما يشأن، ضمن قواعد الشريعة المقررة.
ب- وذهب مالك في المشهور، ورواية عن أحمد إلى أن البنات لا يفك الحجرهن، وإن بلغن رشيدات حتى يتزوجن، ويدخل بهن الزوج، ويكن حافظات لمالهن.

[...] ثانياً: مدى حرية المرأة المتزوجة في التصرف في مالها:

493- إختلف الفقهاء في الحجر على المرأة المتزوجة على مذهبين.

أ- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المرأة المتزوجة حرة في التصرف في مالها كيفما تشاء.

ب- وذهب المالكية في المشهور إلى أن المرأة المتزوجة لا يجوز لها التبرع بأكثر من ثلث مالها إلا بإذن زوجها¹¹⁰⁰.

El autor de la tesis, al describir la propiedad cuando el titular del derecho es una mujer, resume las diferentes regulaciones de su capacidad según las escuelas. Para la mayoría de los juristas no existen diferencias con el hombre (salvo algunas circunstancias como para contraer matrimonio). La escuela *malikī* es la más restrictiva, pues la niña no alcanzaría la plena capacidad de obrar, aún tras la mayoría de edad, hasta la consumación de su matrimonio. Una vez casada, no podría disponer de más de un tercio de su patrimonio a título gratuito sin autorización marital, en la misma proporción que el hombre en caso de enfermedad que hiciera temer por la vida de la persona.

OTRAS CIRCUNSTANCIAS: ESCLAVITUD, CONDENADOS, *NASCITURUS* O RELIGIÓN, ETC.

^aباب حجر الفساد

(قال أبو حنيفة رضي الله عنه الحجر على الحر البالغ العاقل باطل إلا بثلاثة الطيب الجاهل والمفتي الماجن الذي يعلم الناس الحيل والمخارج والمكاري المفلس الأول لإفساد الأبدان والثاني لإفساده الأديان والثالث لإفساده أموال الناس قيل هذه رواية عن أبي حنيفة ورضي الله عنه وإلا فظاهر الرواية أنه لا يرى الحجر على حر كائناً من كان حتى كان بالغاً عاقلاً وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رضي الله عنهم يجوز الحجر على الحر وإن كان بالغاً عاقلاً سوى أن عند أبي يوسف ومحمد رحمة الله عليهما الحجر يكون بأسباب ثلاثة الدين ووقد مر ذلك في الباب السابق والثاني السفه والتبذير- والثالث الغفلة وسلامة القلب وزاد الشافعي رابعاً فقال والفسق وتعاطي المعاصي¹¹⁰¹.

Entre los posibles eventos que provocarían la incapacitación de una persona, se encontrarían las acciones moralmente reprobables. El jurista al que se atribuye la fundación de la escuela, Abū Ḥanīfa, cita tres: el médico ignorante por el daño que puede infligir a los cuerpos, el muftí que incita a la gente a utilizar triquiñuelas jurídicas, por enseñarles subterfugios y argucias, y el arrendador de bestias quebrado, por el perjuicio sobre el patrimonio de la gente. Además, este jurisconsulto, fuera de estos casos, prohíbe la incapacitación de mayores de edad, libres y con inteligencia. Abū Yūsuf, Ibn Ḥanbal y al-Šāfi ṭ sí la consideran válida cuando está justificada por deudas, prodigalidad y la negligencia; este último es quien incluye las conductas contra la moral.

a Capítulo sobre la incapacitación por corrupción.

(Abū Ḥanīfa, Dios esté satisfecho de él, ha dicho que la incapacitación de un libre, mayor de edad y con inteligencia es nula, salvo tres: el médico ignorante, el muftí incitador de maquinaciones que enseña a la gente a sortear la Ley, y el arrendador quebrado. El primero por viciar los cuerpos, el segundo por viciar la religión y el tercero por viciar el dinero de la gente. Se dice que está es la opinión de Abū Ḥanīfa, Dios esté satisfecho de él. Sin embargo, lo evidente de su opinión es que no está de acuerdo con la incapacitación de una persona libre, sea quien sea, mayor y con inteligencia. Abū Yūsuf, Muḥammad y al-Šāfi ṭ, Dios esté satisfecho de ellos, opinan que es válida la incapacitación del libre, aun mayor de edad y con inteligencia. No obstante, para Abū Yūsuf y Muḥammad, la piedad de Dios sea sobre ambos, la incapacitación es por tres causas: las deudas, y se ha hablado en el capítulo anterior, la segunda la prodigalidad y el despilfarro, y la tercera, la negligencia y la salud del corazón; al-Šāfi ṭ añade una cuarta: el libertinaje y la comisión de pecados

^a(المحجور عليه يزوج إبنته أو أخته وهما صغيرتان نزويجه باطل ولا أراه ولياً) فرق بين هذا وبين ما لو زوّج نفسه فإن ذلك جائز والفرق أنه محجور عليه والحجر ينافي صحة التصرف أي تصرف كان لكن في نكاح نفسه تحقق الضرورة لأنه يحتاج إليه فجوز اما في نكاح غيره فلا ضرورة فلا يجوز¹¹⁰².

Cuando un hombre, varón, es incapacitado por alguno de los motivos que hemos visto en el párrafo anterior, no puede ser tutor de sus hijas y hermanas para el matrimonio, pero sí es válido el matrimonio de él mismo, por una cuestión de necesidad.

^b [...] لا يرث مملوك ولا قاتل عمداً ولا خطأ ولا كافر شيئاً¹¹⁰³.

Otras condiciones que inciden en la posibilidad de ser titular de relaciones jurídicas serían: la esclavitud, la comisión del delito de homicidio o no ser musulmán. En este caso, las personas de las que se predicara incurrirían en causa de incapacidad para suceder.

^cباب الرجل يوصي إلى من لا تجوز إليه الوصية.

(قال ولو أن مسلماً أوصى إلى ذمي لم تجز الوصية {إليه}، وأخرجه القاضي من الوصاية وجعل وصياً مكانه) ...¹¹⁰⁴

Un no musulmán, aunque esté incluido en una comunidad protegida por la autoridad, no puede ejercer el cargo de albacea testamentario de un musulmán.

^dوسئل أيضاً عن تصحيح ما أفتى به غيره من فسح بضاعة من مسلم لذمي/ بما في طول، وفصول وتصحيح. فأجاب: والعقدة أعلاه ممنوعة. قال فيها: قال مالك: لا تجوز لمسلم أن يستأجر نصرانياً إلا للخدمة، إنما للبيع، أو شراء، أو نقاض، أو لبيضع معه فلا يجوز¹¹⁰⁵.

La diferencia religiosa entre las personas también provoca diversas prohibiciones, traducidas en la nulidad de determinados actos, negocios y contratos que se realicen entre personas de diferente credo.

^e(في أموال زكاة أموال العبيد والمكاتبين)

(قلت) ما قول مالك في أموال العبيد والمكاتبين وأمهات الأولاد إ عليهم صدقة في عبيدهم وحروثهم وفي ناضهم وفيما يدبرون للتجارة فقال لا (قلت) وهو قول مالك قال نعم قول مالك (قال) وقال مالك ليس عليهم إذا أعتقوا وأموالهم في أيديهم زكاة حتى يحول الحول على أموالهم التي في أيديهم من يوم أعتقوا (قال) وقال مالك ليس في حال العبد والمكاتب و المدبر وأم الولد زكاة لا في أموالهم ولا في مواشيهم ولا في حروثهم (قال) وقال مالك ليس في أموال العبد زكاة لا على العبد ولا السيد ...¹¹⁰⁶

Los esclavos son titulares de derechos y propietarios, mas no sujetos pasivos de la limosna legal.

^fوإختلفوا في زكاة أموال المماليك:

فمن رأى أن العبد يملك لا يرى عليه زكاة، ومن لا يراه يملك يقول إنما هو مال السيد وعليه فيه الزكاة¹¹⁰⁷.

a (Si el incapacitado casara a su hija o su hermana menores, su matrimonio sería nulo y no opino que pueda ser su tutor). La diferencia entre esto y entre si se casara a sí mismo es que este matrimonio sería válido. Son distintos, ya que la incapacitación niega la validez de los actos, sea cual sea, pero en el matrimonio de él mismo se satisface la necesidad, pues él lo necesita, así que se valida; no hay necesidad en casar a otros, así que no es válido.

b [...] El esclavo ni el homicida doloso o por error, ni el infiel heredan nada.

c Capítulo sobre un hombre que nombra albacea a quien no se permite.

(Dijo: si un musulmán nombrara albacea a un *ḍimmī*, no sería válido el nombramiento; el juez lo expulsaría y establecería otro en su lugar) ...

d Y fue preguntado también sobre la revisión de las fetuas de otro, sobre la anulación del contrato de *baḍā'a* de un musulmán a un *ḍimmī*, en lo que se alarga y se divide en capítulos y correcciones.

Respondió: el contrato señalado más arriba está prohibido. Dijo sobre él: Mālik dijo: no es válido para un musulmán contratar a un cristiano salvo para un servicio, o bien, para vender, o para comprar o satisfacer una deuda; en cuanto a la *baḍā'a* no es válido.

e (Acercas de la *zakāt* sobre los bienes de los esclavos y manumitidos).

(Dijo) cuál es la opinión de Mālik sobre los bienes de los esclavos, manumitidos y las madres de los niños, ¿se debe la limosna sobre sus esclavos y sembrados y sus capitales y el comercio que dirigieran? Dijo, no. (Dije) y esa es la opinión de Mālik, dijo sí, es la opinión de Mālik (Dijo) y Mālik dijo no se debe la *zakāt* si los manumitieran y sus bienes estuvieran en sus manos hasta que no transcurriera un período impositivo desde la manumisión. (Dijo) y Mālik dijo que no hay *zakāt* sobre los bienes de los esclavos, manumitidos y las madres de los hijos, ni en sus bienes, ni ganados, ni sembrados. (Dijo) y Mālik dijo que no hay *zakāt* sobre los bienes del esclavo ni sobre su señor ...

f Y discrepan en cuanto a los bienes de los esclavos:

Quien opina que el siervo es propietario de bienes no cree que deba la *zakāt*. Quien no cree que sea propietario opina que es un bien de su señor y este debe la *zakāt* por él.

Las distintas corrientes jurisprudenciales no son unánimes en cuanto a la capacidad de los esclavos para ser sujetos del derecho de propiedad. No obstante, sí coinciden en que no están sometidos a la *zakāt*.

¹¹⁰⁸ [...] ^a وتجاوز الوصية بما بالبطن ولما بالبطن إذا كان مخلوقاً يوم وقعت الوصية ثم يخرج حياً.

En cuanto al *nasciturus*, se protege su derecho a ser beneficiario de un legado siempre y cuando el feto existiera en el momento de constituirse y naciera vivo.

^b [...] وإذا وقع على رجل حد فضربه الإمام وهو مريض أو في برد شديد أو حر شديد كرهت ذلك، وإن مات من ذلك الضرب فلا عقل ولا قود ولا كفارة ولو كانت المحدودة امرأة كانت ذلك إلا أنها إن كانت حاملاً لم يكن له حدها لما في بطنه فإن حدها فأجهضت ضمن ما في بطنها وإن ماتت فأجهضت لم يضمناها وضمن ما في بطنها لأنه لم يتعد عليها وإنما قلت ليس له أن يحدها للذي في بطنها فضمن على الجنين لأنه سبب فعله ولم أضمنه إياها لأن الحق قتلها... ¹¹⁰⁹

Al establecer las normas que han de aplicarse a los actos ilícitos del sultán, en concreto, la aplicación de los *hudūd*, o penas fijadas en *El Corán* para determinados delitos, al-Šāfi ĩ prescribe el resarcimiento por el daño producido en el feto. En caso de aplicación en condiciones extremas, como frío o calor intenso o enfermedad del reo, la muerte de este no provoca el deber de compensar, únicamente en caso de que provocara un aborto en la mujer embarazada, habría que indemnizarlo.

^c باب: غرة الجنين المحكوم بها فمن هي؟

5071- حدثنا [...] عن أبي هريرة أن إمرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها فقضى رسول الله، ص، بغرة عبد أو وليدة [...] قال أبو جعفر: فذهب قوم إلى أن الغرة الواجبة في الجنين إنما تجب لأم الجنين لأن الجنين لم يعلم أنه كان حياً في وقت وقوع الضربة بأمه.

وخالفهم في ذلك آخرون فقالوا: بل تلك الغرة المحكوم بها للجنين ثم يرثها من كان يرثه لو كان حياً ¹¹¹⁰.

Este fragmento examina la *sunna* de Muḥammad sobre el *nasciturus*. El aborto, accidental o provocado por una acción humana, ha de ser reparado. Ahora bien, el valor de la compensación no alcanza la suma de un adulto, sino que se fija en la misma cuantía que un esclavo o una recién nacida. En cuanto al beneficiario de esa indemnización, se describen dos teorías: la primera, y más extendida, asigna su titularidad a la madre, pues no se conoce si, en el momento del incidente, estaba vivo el feto; la segunda concibe al propio *nasciturus* como beneficiario inicial, sucediendo sus herederos, de haber nacido vivo, en ese derecho. Se considera al feto como auténtica persona y sus sucesores, por analogía con el ser humano víctima de un homicidio, heredan la compensación.

a [...] Y es válido el legado de lo que está en la matriz y a lo que está en la matriz, si estuviera creado en el momento de constituirse el legado y naciera vivo.

b Si a un hombre se le aplicara el castigo dispuesto por Dios y el imán lo golpeará estando enfermo, con frío o calor intensos, sería odioso, aunque si muriera por el golpe, no habría indemnización, ni ojo por ojo, ni expiación. Si el reo fuera una mujer, sería así también; en cambio, si estuviera embarazada, no se le debería aplicar el castigo, en atención a lo que lleva en su vientre. Si se le aplicara y abortara por ello, habría que indemnizar lo que lleva en su vientre. Si muriera y abortara, no se indemnizaría por ella, sino lo que porta en su vientre, porque no se ha atentado contra ella. Dije, no ha debido aplicarle el castigo por lo que lleva en su vientre, así que ha de indemnizar el feto, porque ha sido la causa de su muerte, pero no a la mujer, porque matarla era lo correcto ...

c Capítulo: la indemnización debida por el feto, ¿para quién es?

5071- Nos ha informado [...] de Abū Hurayra que entre dos mujeres de la tribu de Huḍayl una de ellas empujó a la otra y se desprendió el feto; el enviado de Dios sentenció que se debía la indemnización de un esclavo o de una recién nacida [...]

Abū Ŷa'far ha dicho: un grupo opina que la indemnización debida por el feto se le debe únicamente a la madre porque no se sabe si estaba vivo en el momento del golpe a la madre.

Y otros discrepan diciendo: por el contrario, esa indemnización se establece en favor del feto, luego la hereda quien fuere su heredero en caso de haber estado vivo.

^aثانياً: الحمل إذا انفصل الحمل كله حياً في المدة المقرر شرعاً يستحق ما كان موقوفاً لأجله من تركة مورثه، لتحقق حياته وقت موت مورثه بولادته حياً في هذه المدة، وأما إذا انفصل ميتاً فإن كان بغير جنائية على أمه فلا يرث له، لعدم تحقق حياته وقت موت مورثه بالإتفاق، وإن كان بجنائية على أمه فذهبت الحنفية إلى أنه يرث على تقدير الحياة فيه وقت الجنائية لأنه مات بسببه، وذهب الإمامان أحمد والشافعي في قوله الأخير إلى أنه لا يرث للشك في حياته. ..¹¹¹¹

En este manual universitario jordano, introductorio al derecho sucesorio islámico, sintetiza la regulación de la herencia del *nasciturus*. Su cuota queda retenida a expensas de comprobar el nacimiento con vida, dentro de un plazo establecido tras la muerte del causante. Si fuera así, tendría derecho a su porción del caudal. Si naciera muerto por causas naturales, no se constituiría como heredero. En el supuesto de que el fallecimiento del feto se debiera a un acto delictivo contra la madre, las escuelas están divididas: los *ḥanaḥīes* presuponen que el feto está con vida en el momento de la muerte y lo consideran heredero. Los seguidores de al-Šāfi ī y los *ḥanbalīes*, al producirse una duda, lo excluirían de la herencia.

^bقال أبو الحسن اللخمي -رضي الله عنه-: إذا هال البحر ووقع الخوف وجب الرمي ولم يجز التأخر عنه، ومن دعا إليه كان القول قوله، وإن اختلفوا فيما رُمي أقله ثمناً وإن تقاربت الأثمان رمي أثقله، وإن تساوى في الثقل رمي الأثنان. [...] قال إن لم يكن في المركب إلا آدميين دون متاع تقار عوا على من يرمي منهم والرجال والنساء والعبيد وأهل الذمة في ذلك سواء [...] في العبيد ثلاثة أقوال: أحدها إدخالهم، والثاني ترك إدخالهم، الثالث التفريق بين ما للتجارة وما للقتية، وفيهم قول رابع يتخرج على إختيار اللخمي في صاحب العين ومراعاة معرفة القوم ز جهله وقرب البر وبُعدِه¹¹¹².

Este fragmento, sacado de una respuesta sobre el reparto de las pérdidas y beneficios cuando, debido al estado del mar, se ha de arrojar la mercancía o algunos pasajeros. El primer párrafo establece las normas básicas: lo primero que se ha de echar por la borda es lo menos valioso. En cuanto a las personas, en caso de ser necesario aligerar el peso de la nave, se realizaría por sorteo. El jurista considera iguales tanto a los hombres y mujeres como los esclavos o personas no musulmanas que convivan mediante pacto, a pesar de que los siervos son objeto de transacciones mercantiles, no ven su derecho a la vida menoscabado, según el alfaquí *malikī* al-Lajmī. El siguiente, relaciona las posibilidades previstas en el caso de pérdidas, si los supervivientes fueran copartícipes de los esclavos que hubieran sobrevivido o si compartirían las pérdidas por los supervivientes: estarían incluidos, no lo estarían, se separarían los destinados al comercio de los sirvientes; finalmente, para ese jurista, habría de estudiarse al dueño, si fuera o no conocido o la cercanía o lejanía de la tierra. Este supuesto se encontraba regulado en el derecho romano en lo que se conoce como *Lex Rhodia de iactu*¹¹¹³.

^cباب. الأمة تعتق وزوجها حر، هل لها خيار أم لا؟

a Segundo: el feto. Si se separara completo y vivo en el plazo establecido por la *Šarī'a*, tendría derecho a la parte de la herencia, retenida por él, de su causante, pues se cumple el requisito de su vida en el momento de la muerte del causante, con su nacimiento con vida en ese período. Si se separara muerto, si no fuera como consecuencia de un delito contra su madre, no heredaría, existiendo consenso, por no cumplirse el requisito de estar vivo en el momento de la muerte de su causante. Si fuera a resultas de un delito contra la madre, los *ḥanaḥīes* opinan que ha de heredar, al presuponerse su vida en el momento del delito, a causa del cual murió. Los dos imanes, Aḥmad y al-Šāfi ī, en su opinión más reciente, consideran que no heredaría por dudarse de su vida ...

b Abū al-Ḥasan al-Lajmī, Dios esté satisfecho de él, ha dicho: si el mar asustara, corriera el miedo y se deba arrojar algo sin demora, se admitiría la palabra de quien lo alegue, si discrepan sobre qué arrojar, se tirarían lo que tuviera un menor precio, si fueran semejantes los precios, lo más pesado, si fueran equivalentes, se arrojarían los dos [...] Dijo: si en el barco no hubiera más que humanos, sin bienes inmuebles, se sortearía quien debe ser arrojado; los hombres y mujeres, los esclavos y la gente del pacto en este caso son iguales [...]

Sobre los esclavos hay tres opiniones: una de ellas, incluirlos, la segunda, dejar de incluirlos; la tercera, diferenciar entre los que son para comerciar y los que son como posesión. Para ellos existe una cuarta opinión extraída de lo que elige al-Lajmī, sobre el dueño del bien, teniendo en cuenta si es un grupo conocido o no, o la lejanía y la cercanía de la tierra.

c Capítulo: la sierva que es manumitida y su esposo es una persona libre, ¿puede elegir o no?

4601- Nos ha hablado [...] que 'A'īša dijo: el marido de Barīra era libre, y cuando fue manumitida, el enviado de Dios le dio a elegir y se eligió a sí misma.

Abū Ŷa'far ha dicho: un grupo opina según ese hadiz y otorgan a la manumitida la posibilidad de elegir tanto si el marido es libre como esclavo.

Otros discrepan de esa opinión y dicen: si el marido es un esclavo, tiene derecho a elegir, si es libre, no.

4601- حدثنا [...] عن عائشة أنها قالت: كان زوج بريرة حراً، فلما أعتقت، خيرها رسول الله، ص، فأختارت نفسها. قال أبو جعفر: فذهب قوم إلى هذا الحديث، فجعلوا للمعتقة الخيار، حر كان زوجها أو عبداً. وخالفوهم في ذلك آخرون وقالوا: إن كان زوجها عبداً، فلها الخيار، وإن كان حراً، فلا خيار لها¹¹¹⁴.

La condición de esclavo lleva aparejada una capacidad de obrar muy limitada. Sin embargo, están capacitados para contraer matrimonio legal. Este capítulo, en concreto, analiza qué ocurre cuando la esposa esclava es manumitida: ¿se le permite elegir entre seguir casada o romper el vínculo? Las alfaquíes se dividen en dos grupos: quienes le otorgan ese derecho de elección y quienes lo limitan al supuesto de que el marido fuera también esclavo.

^aباب: المكاتب متى يعتق؟

4709- حدثنا [...] عن ابن عباس، قال: قضى رسول الله، ص، في مكاتب قُتل بديعة الحر، بقدر ما عتق منه. قال ابن عباس: وتقام على المكاتب حد المملوك.

4712- حدثنا [...] أن الرسول، ص، قال: ((المكاتب عبد، ما بقي عليه من كتابته درهم)) [...] فكما كان المشتري غير قادر على أخذه إلا بعد أداء جميع الثمن، كان كذلك مكاتب أيضاً غير قادر على أخذ شيء من رقبته، من ملك المولى إلا بأداء جميع المكاتب¹¹¹⁵.

El esclavo, mediante un contrato con su señor, es capaz de conseguir su libertad a cambio de un precio. El jurista, acudiendo a los dichos del profeta, intenta determinar el momento en el que se produce la manumisión completa: el pago total del precio. Entre las líneas extractadas, se nos aportan datos sobre la persona del esclavo manumitido como consecuencia de este negocio jurídico: se le aplica el castigo destinado a los siervos, pero se ha de pagar la composición de una persona libre. También el contenido jurídico de la relación está construido sobre la base de la compraventa.

^bالفصل الثالث. موانع الإرث. الأول: الرق

الرق مانع من الإرث من الجانبين فلا يرث الرقيق غيره، لأنه غير أهل الملكية المال وكذلك لا يرث الرقيق لأنه لا ملك له، وجميع ما في يديه من مال ملك سيده¹¹¹⁶.

La esclavitud, como se explica en este texto jordano antiguo para estudiantes de la Facultad de la *Šarī'a* en la Universidad de Jordania, supone un impedimento para la sucesión hereditaria, pues el esclavo no es apto para ser propietario, ni dispone de bienes, cuyo dueño es su señor.

^c(في رجل يفلس ولغلامه عليه دين)

a Capítulo: el manumitido por contrato, ¿cuándo se considera liberado?

4710- Nos ha informado [...] que Ibn 'Abbās dijo: el enviado de Dios falló sobre un hombre liberado por contrato que fue asesinado y se pagó por él la composición de una persona libre, en la cuantía por la que obtuvo la libertad. Ibn 'Abbās dijo: se aplica a ese siervo liberado el castigo aplicable a un esclavo.

4712- Nos informó [...] que el enviado de Dios, §, dijo: ((el manumitido por contrato es un esclavo mientras quede un *dirham* por pagar de la manumisión)).

Al igual que el comprador no puede tomar (la cosa comprada), hasta satisfacer el precio total, así el manumitido por contrato no puede tomar nada de su dominio directo de su patrón, hasta no pagar todo el precio de la manumisión.

b Capítulo tercero. Impedimentos.

Primero: la esclavitud.

La esclavitud es un impedimento para heredar por las dos partes. El esclavo no puede heredar de nadie, porque no tiene capacidad para ser propietario de ningún bien. Tampoco puede ser causante porque no tiene bienes; todo lo que está en su mano es propiedad de su señor.

c (Sobre un hombre que quiebra y su sirviente tiene un crédito contra él).

(Dije) Si un hombre tuviera una deuda y su sirviente tuviera un crédito contra él, este no tuviera deudas, y los acreedores de aquel hombre lo llevarán ante el juez en concurso, ¿el esclavo estaría incluido en ese concurso por su crédito? (Dijo) No, porque el esclavo sería vendido por deudas de su señor, así que no entraría en el concurso, y su dueño tendría más derecho sobre sus bienes, más que él, porque su patrimonio sería suyo. No has escuchado el hadiz sobre quien vendió a un esclavo dueño de bienes, estos serían para el vendedor, salvo que se pactara que fuera para el comprador. (Dije) Estas es la opinión de Mālik (Dijo) No he oído nada de Mālik.

(Sobre un hombre que es declarado en quiebra y su esclavo tiene un crédito contra él y el esclavo es deudor de un tercero, ¿entraría en el concurso de acreedores?)

(Dije) Si tuviera un esclavo titular de un crédito contra mí, este fuera deudor de un tercero y mis deudores consiguieran mi quiebra, ¿crees que mi esclavo entraría en el concurso junto a mis acreedores, por el crédito que tiene contra mí?

(Dijo) Sí, y los acreedores del esclavo tendrían preferencia sobre su patrimonio, hasta que se satisficieran sus derechos, y el dominio directo del esclavo sería para los acreedores de su señor, hasta que se vendiera en su favor; lo que restara de deuda por pagar por parte del esclavo, sería una deuda sobre su *ḍimma*. (Dije) Y esta es la opinión de Mālik? (Dijo)

* (قلت) * أرأيت لو أن رجلاً عليه دين ولغلامه عليه دين وليس على العبد دين فقامت الغرماء عليه ففلسوه أ يضرب العبد مع الغرماء بدينه (قال) لا لأن العبد يباع في دين السيد فلا يضرب مع الغرماء وسيده أحق بماله منه لأن ماله له أ لا ترى الحديث الذي جاء من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع * (قلت) * وهذا قول مالك (قال) لم أسمع من ذلك. (الرجل يفلس ولعبد عليه دين وعلى العبد دين لأجنبي أ يضرب مع الغرماء).

* (قلت) * أرأيت إن كان لي عبد له عليّ دين وعلى عبدي دين لأجنبي فقامت غرمائي عليّ ففلسوني أ يضرب عبدي مع غرمائي بدينه الذي له عليّ (قال) نعم ويكون غرماء العبد أولى بما ضرب به العبد وبما بقي في يديه من مال حتى يستوفوا حقوقهم وتكون رغبة العبد لغرماء السيد حتى يباع لهم في ذلك ويكون ما بقي على العبد من دين في ذمته * (قلت) * وهذا قول مالك (قال) * نعم هذا قول مالك [...]]

(الرجل يفلس وله أم ولد ومدبرون لهم أموال فيريد الغرماء أخذ أموالهم) * (قال ابن القاسم) * وسألت مالكا عن رجل يفلس وله أم ولد ومدبرون ولهم أموال أ فترى أن يجبره الغرماء على أخذ أموالهم (قال) مالك ليس ذلك لهم أن يجبروه على أخذ أموالهم في أداء دينه حين أفلس ولا يكون ذلك للغرماء (قال مالك) ولو أراد أن يأخذ أموالهم على غير هذا الوجه أخذها وإن أراد أن يأخذها لنفسه فإن ذلك له ...¹¹¹⁷

Según estas líneas de la escuela *mālikī*, el esclavo es titular de derechos y obligaciones, si bien sus bienes, en principio, pertenecen a su señor; también dispone de *dimma*. Sin embargo, como objeto de la propiedad de su dueño, está dividido en dominio directo y útil, como cualquier propiedad. Cuando una persona quebrada fuera propietaria de una esclava madre de su hijo o siervos manumitidos, los acreedores no estarían facultados para obligarlo a tomar del patrimonio de los mismos; pero ese dueño, si le conviene, sí puede apropiarse de los bienes de los manumitidos. Una interpretación literal de esta norma abriría las puertas a lo que se conoce como alzamiento de bienes, es decir, el quebrado, para salvar su patrimonio, lo transmite a un tercero de su confianza y, de este modo, evitar la ejecución.

^a (في عبيد أهل الحرب يسلمون في دار الحرب أ يسقط عنهم ملك ساداتهم أم لا) * (قلت) * أرأيت لو أن عبيداً لأهل الحرب أسلموا في دار الحرب أ يسقط ملك ساداتهم عنهم أم لا في قول مالك (قال) لا أحفظ عن مالك فيه شيئاً ولا أري أن يسقط ملك ساداتهم عنهم إلا أن يخرجوا إلينا إلى دار الإسلام فإن خرجوا سقط عنهم ملك ساداتهم [...]] * (قلت) * أرأيت لو أن عبيد لرجل من المشركين في دار الحرب أسلم فدخل رجل من المسلمين إليهم بأمان فأشتراه أ يكون رقيقاً أم لا في قول مالك (قال) لا أحفظ قول مالك في هذه المسئلة بعينها لكن أراه رقيقاً لأنه لو أسلم عبد حربي في دار الحرب ولم أسلم سيده وهو في دار الحرب والعبد في يديه كان رقيقاً ما لم يخرج إلينا ...¹¹¹⁸

La condición de esclavo y el credo de la persona están íntimamente relacionados. Un musulmán no puede ser un siervo, su conversión implicaría necesariamente la obtención de la categoría de libre. A pesar de que la personalidad y capacidad sea un concepto propio del estatuto personal de cada uno, en este asunto se mezcla un elemento territorial: la situación del esclavo en una región bajo soberanía de un estado musulmán o no; en el primer caso la conversión provoca su libertad, en el segundo no.

^b 1344- قال أبو عبيد: أ لا ترى أن سنة ملك العبد مفارقة بملك الأحرار. وذلك أن الحر مسلط على ماله بالإستهلاك والإتلاف، من العتاق، والهبة، والصدقة، ما لم يكن عليه حجر قبل ذلك، وأن المملوك ليس له شيء من هذا؟ [...] ألا ترون أن

Sí, esta es su opinión [...]

(Sobre un hombre que tuviera una madre de hijo y manumitidos que tuvieran patrimonio y quisieran los acreedores acceder a ese patrimonio).

(Ibn Al-Qāsim ha dicho) He preguntado a *Mālik* sobre un hombre dueño de la madre del hijo y de manumitidos que tuvieran patrimonio, ¿crees que sus acreedores pueden obligarlo a tomar de ese patrimonio? (Dijo) *Mālik* que no pueden obligarlo a coger del patrimonio de aquello para pagar su deuda, al ser declarado en quiebra (Dijo *Mālik*) Y si quisiera coger de sus bienes para cualquier otra cosa o para sí mismo, podría ...

a Sobre los esclavos de la *gente de la guerra* que se convierten al Islam en la *casa de la guerra* (territorio cuyo gobierno no es islámico), ¿se extingue la propiedad de sus señores sobre ellos o no?).

(Dije) ¿Qué ves si los esclavos de la *gente de la guerra* se convirtieran al Islam en la *casa de la guerra*, ¿se extingue la propiedad de sus señores sobre ellos o no, según la opinión de *Mālik*? (Dijo) no recuerdo nada de *Mālik* sobre esto. No considero que se extingue la propiedad de sus señores, salvo que salieran de la tierra de la guerra hacia nosotros, la tierra del Islam, pues si salieran, se extinguiría su propiedad [...]

(Dije) ¿Opinas que si un esclavo de un hombre de los infieles, en la *tierra de la guerra*, se convirtiera al Islam y un hombre musulmán entrara en ella, con permiso, y lo comprara, seguiría siendo siervo o no en opinión de *Mālik*? (Dijo) no he conservado ninguna opinión de *Mālik*, sobre esta cuestión en particular, pero considero que sería esclavo porque si un esclavo de la *tierra de la guerra* se convirtiera al Islam en la *tierra de la guerra*, y estuviera en su poder, continuaría siendo esclavo mientras no saliera hacia nosotros ...

العبد لا ينكح من النساء إلا إثنين [...] وأنهما لا يُحلدان في الزنا إلا خمسين جلدة [...] في أشياء كثيرة، نقص فيها المماليك عن مراتب الأحرار: من المواريث والفيء، والمعنم، والشهادات، والإقرار بالديون، ووجوب الحاجة، وغير ذلك [...] قالوا: لأن هذه سنة المماليك: أن تكون أنقص من سنن الأحرار. قلنا: فكذا ملكهم للمال أيضاً، سنة ملكهم أنقص من سنة ملك الأحرار، إلا أنه لا يخرج ذلك من أن يكون ملكاً [...] فإذا وهب له سيده مالا فهو له على شرط الذي جعلته له السنة. فلا يزال كذلك حتى ينتزعه منه السيد أو يبيعه، فيزول حينئذ ملك منه، ويرجع إلى ربه [...] نقول ذلك إتياعاً للنبي صلى الله عليه وسلم ولأصحابه¹¹¹⁹.

Tomando como ejemplo el derecho de propiedad, este autor *mālikī*, Abū 'Ubeīd, señala que los esclavos disponen de capacidad jurídica para ser titulares de derechos, aunque de una manera limitada respecto a la que disfrutaban las personas libres.

^aباب: ميراث المرتد لمن هو؟

5294- [...] حدثنا [...] أن النبي، ص، قال: ((لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر)) [...] قال أبو جعفر: فذهب قوم إلى أن المرتد إذا قُتل على رده، أو مات عليها، كان ماله لبيت مال المسلمين، وأحتجوا في ذلك بهذا الحديث. وخالفهم في ذلك آخرون، فقالوا: ميراثه لورثته من المسلمين¹¹²⁰.

Por su parte, al-Ṭaḥāwī, autor *ḥanafī*, al ser la *Ṣarī'a* un ordenamiento religioso, se refiere a la diferencia de credo y, especialmente, al apóstata. La regla general es que un musulmán está incapacitado para heredar de un no musulmán y viceversa. En cuanto a la apostasía, si es considerada como una diferencia de religión, provoca la herencia por parte del tesoro público; este patrimonio separado asume el papel del heredero de quien no ha dejado ninguno; con tal fin, necesita cierta capacidad jurídica. En caso contrario, los herederos musulmanes sucederían al apóstata.

1544^b - حدثنا أبو بكر قال: حدثنا عيسى بن يونس، عن الأوزاعي عن الزهري أنه قال في السكران: أما يبيعه وشرأوه لا يجوز، وهو بمنزلة السفية¹¹²¹.

El primer ulema que dio origen a una escuela jurídica, hoy extinta, al-Awza ī, identifica la capacidad de obrar del borracho y la del pródigo, es decir, sus actos son nulos. No está claro si el tratamiento es el de un vicio del consentimiento o de incapacidad. La analogía presentada apunta a esto último.

1641^c - قال أبو عيسى: وكره قوم من أهل العلم من أصحاب النبي، ص، وغيرهم بيع المدبر، وهو قول سفيان الثوري ومالك والأوزاعي¹¹²².

La promesa de liberación realizada al esclavo para después de la muerte del propietario produce la manumisión únicamente tras la muerte de este. En consecuencia, la venta del siervo, aun odiosa. Habría que señalar que es válida en términos jurídicos, aunque moralmente sea reprobable.

b 1344- Abū 'Ubayd dijo: ¿Acaso no ves que el régimen de la propiedad del esclavo es diferente al de los libres? Es así porque el libre tiene autoridad sobre sus bienes para consumirlos o destruirlos, por manumisión, donación, limosna, mientras que no esté previamente incapacitado y el esclavo no tiene nada de eso [...] ¿Acaso no ves que el siervo no se casa nada más que con dos [...] que ambos no son flagelados por motivo de tener relaciones ilegales más que con cincuenta latigazos? [...] Hay muchas cosas en que la situación del siervo es más limitada que la de los libres: herencia, botín, testimonio, reconocimiento de deudas, deber de peregrinar y demás [...]

Dijeron: Porque ese es el régimen de los siervos: ser más limitado que el de los libres.

Dijimos: Así también su propiedad, el régimen de su propiedad es más limitado que el de los libres; pero eso no los excluye de la propiedad [...] Si su dueño le donara un bien, sería de él, según lo estipulado por la *sunna*. Continuaría así hasta que su propietario se lo arrebatará o lo vendiera, extinguiéndose su propiedad, volviendo a su dueño [...]

Decimos esto siguiendo al profeta y sus compañeros.

a Capítulo: la herencia de los apóstatas, ¿de quién es?

5294- Nos ha informado [...] que el profeta ha dicho: ((el infiel no hereda del musulmán, ni el musulmán del infiel)) [...]

Abū Ŷa'far ha dicho: un grupo opina que el apóstata, si es ejecutado por su apostasía o muere siéndolo, sus bienes pasan al tesoro de los musulmanes; argumentan con este dicho.

Otros discrepan y dicen: su herencia es para sus herederos musulmanes.

b 1544. Nos ha informado que Abū Bakr dijo: nos ha informado 'Īsā b. Yūnus, sobre al-Awza ī de al-Zahrī que él dijo sobre el borracho: en cuanto a su venta y su compra, no es válida, es como si fuera un pródigo.

c 1641. Abū 'Īsā ha dicho: algunos estudiosos entre los compañeros del profeta consideran odioso la venta del esclavo al que se le ha prometido la libertad tras la muerte del dueño, y es la opinión de Sufyān al- Ṭawrī, Mālik y al-Awza ī.

^a(قال الشافعي) والأختيار أن يقدم أهل الفضل في الإمامة على ما وصفت وأن يقدم الأحرار على المماليك وليس بضيق أن يتقدم المملوك الأحرار في مسجد جماعة ولا في طريق ولا في منزل ولا في جمعة ولا عيد ولا غير من الصلوات [...] [...] والأختيار أن لا يؤم إلا بالغ وأن يكون الإمام البالغ عالماً بما لعله يعرض له في الصلاة¹¹²³.

Se exige la mayoría de edad para conducir la oración, pero no es requisito indispensable la libertad, pues el esclavo podría realizar dicha función.

^b370- وسئل عن مستغرق الذمة، لم يكن عنده شيء حتى خدم السلطان فصارت له رباح بالشراء الصحيح، ثم تصدق بعضها على بني بنيه مات. فأراد المتصدق عليهم الآن تطييب ذلك؟

فأجاب: لا تقبل صدقة مستغرق الذمة، ولو كان سليم الكسب فكيف بهذا. فإن أراد هؤلاء الصدقة بقيمة هذه الصدقة، فحسن ولا يقضي به والقيمة يوم تابوا، لا يوم القبض، ولا يلزم عليهم رد الغلات، لأنه لو إستحقها الآن مستحق، فلا رد عليهم للغلات¹¹²⁴.

En ocasiones, se establecen prohibiciones, concretas para determinadas disposiciones, en beneficio de los acreedores, por ejemplo. En puridad, no se trata de una incapacidad, sino de una regla para proteger un interés legítimo. En esta fetua, se afirma que las disposiciones a título gratuito del deudor no son válidas.

^cومرض الموت هو أحد العوارض السماوية التي تطرأ على الأهلية، فتسبب تقييد تصرفات المريض؛ بما لا يضر حقوق الدائنين وحقوق الورثة¹¹²⁵.

Cuando una persona sufre una enfermedad de la que se sospecha que pudiera ser mortal, se le impone la restricción a sus actos de disposición, para velar por los derechos de los herederos y acreedores.

^d(في المريض يقضي بعض غرمائه دون البعض)
* (قلت) * رأيت إذا مرض الرجل أ يكون له أن يقضي بعض الغرمائه دون بعض (قال) لا لأن قضاءه الساعة إنما هو على وجه التوليج وكذلك قال مالك * (قلت) * رأيت أن قضى بعض غرمائه دون بعض في مرضه أ يجوز ذلك (قال) لا يجوز ذلك له إذا كان الدين يغترق ماله لأن ذلك على وجه التوليج * (قال سحنون) * وقال غيره المريض لم تحجر عليه التجارة وهو كالصحيح في تجارته وفي إقراره بالدين لمن لا يتهم عليه¹¹²⁶.

A quien está afectado por una enfermedad, cuando se supone mortal, se le imponen ciertas prohibiciones a sus actos.

NEGOCIOS JURÍDICOS CONCRETOS.

a (Ha dicho al-Šāfi) La elección es que la gente virtuosa se prefiera para ser imán sobre la que has descrito, y que se prefiera a los libres, sobre los esclavos. No sería un contratiempo si el esclavo estuviera delante de los libres como imán en la mezquita aljama ni en el camino, ni en el hogar, ni en viernes o fiesta ni en ninguna otra oración [...]

[...] Y la elección es que no pueda ser imán más que el mayor de edad y que el imán, mayor de edad, conozca lo que quizás deba enfrentar en la oración.

b 370- Se le preguntó sobre una persona cuyo pasivo cubría su activo, no tenía nada hasta que entró en el servicio del sultán y adquirió una residencia mediante una compra válida. Posteriormente, la constituye en *waqf* en favor de los hijos de sus hijos y muere. Los beneficiarios pretenden ahora validar el acto.

Contestó: no se admiten las fundaciones de los deudores quebrados, aunque fueran adquiridos legalmente, cuanto más este caso. Si quisieran ese *waqf* a cambio de su valor, se admitiría no se les condenaría. El valor se fijaría el día en que quisieron validar el acto, no el día que recibieron el bien. No se les obligaría a devolver las cosechas, porque si alguien las reclamara, no las devolverían.

c Y la enfermedad mortal es uno de los impedimentos celestiales que afecta a la capacidad; causa una limitación en las disposiciones del enfermo, para no perjudicar los derechos de los acreedores ni de los herederos.

d (Sobre el enfermo que paga a algunos acreedores y no a otros). (Dije) ¿Crees que un hombre si enferma puede pagar a algunos acreedores y no a otros.? (Dijo) No, porque liquidar al instante solo se realiza en perjuicios de otros y así opina Mālik (Dijo) No es válido eso si la deuda supera su patrimonio, porque se hace en perjuicio de los demás. (Saḥnūn dijo) Otros han dicho que el enfermo no está incapacitado para el comercio y es como el sano en su comercio y para reconocer deudas en favor de quien no lo ha acusado.

^a(وقوله وإنما تصح من أهل التوكيل والتوكل) أي إنما تصح ممن كان متأهلاً لأن يوكل غيره ويتوكل لغيره لأن العاقدين للشركة كل واحد منهما وكيل عن صاحبه وموكل لصاحبه فمن جاز له أن يوكل ويتوكل جاز له أن يشارك ومن لا فلا (قوله وهو الحر البالغ الرشيد) أي وحينئذ فلا تصح شركة الرقيق ولا الصبي ولا المجنون ولا السفه والمراد الحر حقيقة أو حكماً ليدخل المأذون له في التجارة فإن شركته صحيحة ولو شارك بغير إذن سيده فلو إشتراك عبد غير مأذون له في التجارة مع حر ثم خسر المال أو تلف رجوع سيد العبد على الحر برأس المال...¹¹²⁷

Esta glosa de al-Dasūqī, un jurista *malikī* egipcio del siglo XIX, profesor en la Universidad de Al-Azhar de El Cairo¹¹²⁸, sobre la obra de otro ulema de la misma escuela que vivió un siglo anterior, al-Dardīr¹¹²⁹, desentraña las normas sobre la capacidad exigida a los contratantes en un contrato de sociedad. Se requieren los mismos requisitos que en el mandato o delegación, al igual que vimos en la escuela *hanafī*. En concreto, los socios han de ser libres, por naturaleza o por mandato de la ley (el caso del siervo al que su propietario ha autorizado a comerciar), mayor de edad y no estar afectado por locura o prodigalidad. Si un siervo, sin permiso de su señor, participara en este tipo de contrato, los efectos se producirían en la esfera jurídica del amo. Se ha de remarcar como la licencia del propietario transforma la capacidad de obrar del servidor, asimilándolo a la de la persona libre por ministerio de la ley.

Aunque sin alcanzar una sistematización en el campo de la personalidad, la *Mayalla* otomana y, en particular, los comentarios del magistrado presidente del Tribunal de Apelación en la época final del Imperio Otomano, ‘Alī Ḥaydar, a cada uno de sus artículos, enlaza los preceptos contenidos en el código con la obra de autores *hanafīes* en los que están inspirados. En su lugar, nos referimos a la estructura de esta compilación, aunque dedica un capítulo específico a los tipos de incapacidad, concreta la cuestión en cada uno de los negocios jurídicos por separado, pues la capacidad para concluir algunos no es la misma que la exigida para otros.

^bالمادة (1128) –(يشترط في قسمة الرضاء كل واحد من المتقاسمين، بناء عليه إذا غاب أحدهم لا تصح قسمة الرضاء وإذا كان من ضمنهم صغير فيقوم مقامه وليه أو وصيه وإن لم تكن للصغير ولي ولا وصي كان موقوفاً على أمر القاضي فينصب له وصي من طرف القاضي وتقسّم بمعرفة).

[...] وإذا كان من ضمنهم أي من ضمن التقاسمين قاصرون أي صغير أو مجنون أو معتوه فيقوم مقامه وليه أو وصيه وتجري القسمة بحضور الوالي أو الوصي بإتصام رأيه، أما إذا جرت القسمة بدون حضورهما فلا تلزم لأنه لا ولاية الشركاء على أولئك القاصرين (الطوري وعلى أفندي). أما إذا أجاز ولي الصغير أو وصيه أو القاضي أو الصغير بعد البلوغ أو ورثة الصغير بعد وفاته هذه القسمة فتكون لازمة (الدر المختار ورد المختار وواقعات المفتين) أنظر المادة (1126)¹¹³⁰.

Con el análisis, en el capítulo anterior, de la figura del representante, adelantábamos que este cargo suplía la voluntad de los que el derecho, por circunstancias diversas, considera no aptos para concluir actos jurídicamente vinculados. El comentario de los *fuqahā`* nos aporta el régimen jurídico de la ausencia de la falta de este tutor: el negocio no es obligatorio para el pupilo. Asimismo, el propio menor, tras alcanzar la mayoría, puede ratificar el acto, o incluso sus herederos, si este fallece.

a (Y su dicho que únicamente es válida por la gente de la delegación y delegados). Es decir, únicamente es válida por parte de quien está capacitado para otorgar representación a otro y por quien está capacitado para representar a otro, porque los contratantes de la sociedad son cada uno representantes de su compañero y representado por él. Así, a quien le es lícito otorgar representación y ser representante le es lícita la sociedad, a quien no, no. (Su dicho y el libre, mayor y maduro) es decir, entonces, no se admite la sociedad de un esclavo, ni de un menor, ni un loco, ni un pródigo; se entiende por libre, el que lo es en verdad y el que lo es por un precepto, para incluir al (esclavo) al que se le da permiso para comerciar, pues su sociedad es válida sin el permiso de su señor. Si un siervo que no tuviera permiso para comerciar se asociara con un libre y se perdiera el patrimonio o se destruyera, el dueño del esclavo repetiría contra el libre por el capital ...

b Artículo 1128- La partición por consenso requiere el consentimiento de todos los partidores, por ello, si alguno estuviera ausente, no sería válida la partición; si entre ellos se encontrara un menor, su lugar lo ocuparía su tutor legal o nombrado por testamento; si el menor no tuviera ninguno, se suspendería hasta que el juez ordenara el nombramiento y se realizara la partición con su conocimiento.

Y si hubiera entre los partidores incapaces, es decir, menor, loco, imbecil, su lugar lo ocuparía el tutor legal o testamentario y tendría lugar la partición en su presencia, incluyendo su opinión; pero, si se realizara sin su presencia, no sería obligatorio, porque no habría una tutoría para aquellos incapaces (al-Ṭūrā y ‘Alī Efendī). Mas, si el tutor del menor o el juez o el propio menor tras la mayoría de edad o sus herederos, en caso de muerte, autorizaran la partición, sería obligatoria (al-Dār al-Mujtār y Rad al-Muhtār y Wāqī‘at al-muftīn).

1^a - المساواة في التصرف يعني أن يكون كل شريك من الشريكين مقتدرًا على جميع ما يقتدر عليه الشريك الآخر من العمل لأنه إذا لم يكن بين الشريكين مساواة في التصرف بالشركة بأن لا يقدر أحدهما أن يتصرف بما يتصرف به الآخر فتقوت المساواة بينهما الشروط وجودها في المفاوضة (البحر) فلذلك لا يجوز عقد شركة المفاوضة بين الصبي والبالغ لأن البالغ مقتدر على التصرف بنفسه أما الصبي فغير مقتدر على التصرف بنفسه بل موقوف تصرفه على إذن وليه كما أن البالغ أهل الكفالة والصبي غير أهل لها (الزبلي والبحر) والحال أن في الشريكة المفاوضة يجب أن يكون الشريك الآخر مقتدر على شراء الشيء الذي إشتراه الشريك الآخر لأن الشريك الآخر في البيع والشراء وكيل لشريكه المشتري أو البائع (الطحطاوي)¹¹³¹.

En la exégesis del artículo 1331, el cual clasifica los tipos de contrato de sociedad (en oposición a la *·societyad·* comunidad de bienes, cuya distinción llevamos a cabo en el epígrafe correspondiente), establece la paridad exigida en la sociedad de negociación en la capacidad de los socios para realizar actos válidos. Esta condición causa la nulidad del negocio cuando uno de los partícipes es menor. La capacidad es tenida en cuenta, no como un requisito general exigido a cualquier persona, más bien como un impedimento para que el contrato produzca la transformación en el objeto: la mutua representación es imprescindible para que los socios adquieran en común un bien al comprarlo, o el precio de la venta. Comprobamos una vez más la tendencia objetiva, la incapacidad no se mira tanto en sí misma, sino en función de lo posibilidad de que el contrato produzca efectos en el objeto. Esa es la razón por la que la capacidad es diferente para cada negocio jurídico concreto.

الفصل الثاني^b

(في بيان شرائط شركة العقد العمومية) (أي في بيان الشرائط العامة لأنواع الشركة الستة)

المادة (1333)- (يتضمن كل قسم من شركة العقد الوكالة، وذلك أن كل واحد من الشركاء وكيل للآخر في تصرفه يعني في البيع والشراء وفي تقبل العمل من الغير بالأجرة فلذلك كما أن العقل والتمييز شرط في الوكالة فيشترط على العموم في الشركة أن يكون الشركاء عاقلين ومميزين أيضاً)

[...] وذلك أن كل واحد من الشريكين في شركة الأموال وشركة الوجوه وكيل للآخر في تصرفه [...]، فلذلك كما أن العقل والتمييز كما ذكر في المادتين (1457 و1458) شرط في الوكالة فيشترط على العموم في شركة أن يكون الشركاء عاقلين ومميزين أيضاً كما يشترط في الموكل والوكيل. (انظر المادة 957).

أما البلوغ فلا يشترط في شركة العنان، فلذلك للصبي العاقل المأذون أن يعقد شركة عنان. أنظر المادة (976) والمعته المأذون هو في حكم الصبي المميز المأذون. أما إذا كان الشركة شركة مفاوضة فالبلوغ شرط¹¹³².

Este artículo del código turco pretende fijar los requisitos generales sobre capacidad de todos los tipos de sociedad. Son dos, al igual que en la representación consensual: la inteligencia y el discernimiento. La mayoría de edad sí es considerada en algunas clases y en otras no.

a 1- La igualdad en la actuación significa que cada socio es capaz de hacer todo lo que sea capaz el otro, porque si no existiera igualdad de actuación entre los socios en la sociedad en lo que puede realizar el otro, desaparecería la igualdad requerida en la sociedad de negociación (*al-Bahar*). Por eso, no es válido el contrato de sociedad de negociación entre el menor y el mayor de edad, porque el mayor es capaz de actuar por sí mismo, mientras que el menor no es capaz de actuar por sí mismo, sino que su actuación está suspendida hasta el permiso de su tutor; asimismo, el mayor tiene capacidad para la fianza y el menor no (*al-Zil'i* y *al-Bahar*). La cuestión es que en la sociedad de negociación debe ser el otro socio capaz de comprar la cosa que hubiera comprado el otro, porque el otro socio, en la venta y la compra, esta representado por su socio comprador o vendedor.

b Capítulo segundo.

(Se muestran los requisitos generales de la sociedad contractual). (Es decir, se muestran los requisitos generales de los seis tipos de sociedad).

Artículo 1333 – (Cada tipo de comunidad incluye la representación, o sea, cada uno de los socios es representante del otro, es decir, en la compra y la venta y en aceptar un trabajo a cambio de un salario. Por eso, así como la inteligencia y discernimiento es requisito de la delegación, también se exige, en general, en la sociedad que los socios tengan inteligencia y discernimiento) [...]

[...] Y así cada uno de los socios en la sociedad de bienes y en la sociedad de *al-wu'yūh* es representante del otro en su actuación [...] Por eso, así como la inteligencia y el discernimiento es, como se refieren los artículos 1457 y 1458, un requisito en la representación, también se exige, en general, en la sociedad que los socios sean inteligentes y que discernan como es requisito en el delegante y el delegado. Véase el artículo 957.

En cuanto a la mayoría de edad, no es requisito en la sociedad de bienes y trabajo; por ello, el menor inteligente y con permiso para comerciar puede contratar esta sociedad. Véase el artículo 976, y el idiota autorizado se le aplica el mismo régimen que al menor que discierne y está autorizado.

Si se trata de una sociedad de negociación, la mayoría de edad es requisito.

المادة (1352)- (إذا توفي أحد الشريكين أو جن جنوناً مطبقاً تنفسخ الشركة أما في صورة كون الشركاء ثلاثة أو أكثر فيكون إنفساخ في حق الميت أو المجنون فقط وتبقى الشركة في حق الآخرين) [...] 2- جنون الشريكين، ونفهم من قول المجلة ((جنوناً مطبقاً)) أن الجنون الغير مطبق لا يستلزم إنفساخ الشريكة. أنظر المادة 944.

مثلاً لو جن أحد الشريكين جنوناً مطبقاً فإنفسخت الشركة وعمل الشريك بعد ذلك فيكون غاصباً في حصة الشريك المجنون [...] 3- حجر أحد الشريكين، قد ذكر المادة 960 أنه لا تصح تصرفات المحجور القولية فلذلك إذا حجر أحد الشريكين تنفسخ الشركة¹¹³³.

Entre las causas de extinción de la sociedad, se encuentra la muerte o la locura permanente de alguno de los socios. También, según el comentarista, la incapacitación. Si el negocio jurídico de la sociedad creara un ente diferente a los participantes, no tendría sentido que terminara la sociedad por estos motivos.

المادة (1408) – (تشتتر أهلية رب المال للتوكيل والمضارب للوكالة) أنظر المادتين (1457 و 1458) لأن المضاربة وكالة أي أن رب المال الموكل والمضارب وكيله (الدر) ¹¹³⁴.

Además de ser un reflejo de la lógica del *fiqh* a la hora de construir el régimen jurídico de los distintos contratos, este artículo, sobre la base de una obra *hanafi*, ejemplifica la manera fragmentaria de construir la capacidad de obrar. No se plantea una regla general, sino los requisitos para que el negocio jurídico transforme su objeto.

المبحث الثاني

(في شروط المزارعة)

المادة (1433)- (يشترط أن يكون العاقدان في المزارعة عاقلين ولا يشترط بلوغهما فلذلك يجوز للمأذون عقد المزارعة). يشترط في صحة المزارعة أهلية العاقدان أي أن يكونا عاقلين لأنه لا يصح عقد بدون أهلية. أنظر المواد (957 و 966 و 979) فلذلك لو كان أحد العاقدان أو كلاهما مجنوناً أو صبيياً غير مميز يبطل عقد المزارعة. لا يشترط أن يكون العاقدان بالغين وذلك للصبي المأذون أن يعقد عقد المزارعة أيضاً وفي هذه الصورة يصح أن يكون كلا العاقدان صبيياً مأذوناً كما أنه يصح أن يكون أحدهما صبيياً غير مأذون والآخر عاقلاً بالغاً. أنظر المادة (967). (رد المحتار) أما إذا كان الصبي المميز غير مأذون فيكون عقد المزارعة موقوفاً على إذن وليه¹¹³⁵.

En la regulación de este tipo de negocio, muy similar a la aparcería, las exigencias de capacidad son mucho menores: el simple entendimiento. La minoría de edad no es invalidante.

المادة (1443)- (يشترط أن يكون العاقدان عاقلين فلذلك ولا يشترط بلوغهما) يشترط في صحة المساقاة أهلية العاقدان أي أن يكونا عاقلين فلذلك تبطل مساقاة الصبي الغير مميز والمجنون.

a Artículo 1352. Si uno de los socios muriera o enloqueciera, con locura permanente, se extinguiría la sociedad. Si fueran tres o más socios, se extinguiría en cuanto al derecho del muerto o el loco únicamente, y permanecería en el derecho de los demás.

[...] 2 La locura de alguno de los socios, entendemos de la expresión de la *Maʿalla* ((locura permanente)) que la locura no permanente no extingue la sociedad [...]

Por ejemplo, si uno de los socios enloqueciera de forma permanente, se extinguiría la sociedad y los actos del socio después de ello serían los de un usurpador sobre la cuota del socio loco [...]

3- La incapacitación de alguno de los socios, se recoge en el artículo 960 que no son válidos los actos orales del incapacitado. Por eso, si uno de los socios es incapacitado, se extingue la sociedad.

b Artículo 1408. Se requiere en la sociedad en comandita la capacidad del socio capitalista de poder otorgar representación y la del socio trabajador de ser representante.

Véase los artículos 1457 y 1458, porque la *muḍāraba* es una representación; es decir, el socio capitalista encarga y el socio trabajador lo representa (*al-Darar*).

c Epígrafe segundo.

(Se muestran los requisitos de la *muzāraʿa*).

Artículo 1433. Se requiere que ambos contratantes en la *muzāraʿa* tengan entendimiento y no se exige que sean mayores de edad. Por eso, es válido que el autorizado sea parte en el contrato de *muzāraʿa*.

Se requiere para la validez de la *muzāraʿa* la capacidad de los contratantes, es decir, que tengan entendimiento, porque no es válido un contrato sin capacidad. Véase los artículos 957, 966 y 979. Por eso, si uno de los contratantes, o ambos, fuera un loco o un menor no autorizado, el contrato sería nulo.

No se exige que los contratantes sean mayores de edad. El menor autorizado puede contratar la *muzāraʿa* también. De esta manera, sería válida si los dos contratantes fueran menores autorizados, como también sería válido si uno fuera un menor no autorizado y el otro un mayor de edad. Véase el artículo 967. (*Rad al-Muḥtār*). Mas, si fuera un menor con entendimiento no autorizado, el contrato de *muzāraʿa* quedaría pendiente de la autorización de su tutor.

d Artículo 1443. Se requiere que los dos contratantes tengan entendimiento y no se requiere que sean mayores de edad.

ولا يشترط بلوغهما وعليه فللصبي المميز أن يعقد عقد المساقاة فإذا كان مأذوناً نفذ العقد وإذا كان غير مأذون كان موقوفاً على إجازة وليه كما في المزارعة. أنظر المادة (1433)¹¹³⁶.

Al contrario de los preceptos *mālikīes* sobre el pródigo, en los que resultaba irrelevante el comportamiento sin una declaración judicial, en estos dos contratos de la *Mayalla*, la aparcería y de regadío, la clave es el entendimiento: el menor del que se predique esa capacidad intelectual necesitaría únicamente un permiso general para llevar negocios de su tutor. La visión fragmentaria de la cuestión desemboca en un régimen bastante complicado y centrado en cada negocio jurídico individualmente.

OTROS ASPECTOS SOBRE LA PERSONALIDAD Y LA CAPACIDAD.

^aالقاعدة الثامنة بعد المائة: ما جهل وقوعه مترتباً أو متقارناً هل يحكم عليه بالتقارن أو التعاقب؟ فيه خلاف، والمذهب الحكم بالتعاقب لبعده التقارن. ويندرج تحت ذلك صور. منها: المتوارثان إذا ماتا بهدم أو غرق أو طاعون وجهل تقارن موتهما وتعاقبهما، مكننا بتعاقب على المذهب المشهور، وورثنا كل واحد منهما من الآخر من تلاح مالهما دون ما ورثه من صاحبه. وخرج أبو الخطاب رواية أخرى بعدم التوارث للشك في شرطه وكذلك لو علم سبق أحدهما بالموت وجهل عينه أو علم عينه ثم نسي على المذهب لكن هذا يستند إلى أن تيقن الحياة لا يشترط للتوريث¹¹³⁷.

La muerte suele marcar jurídicamente el final de la personalidad (no siempre es así, como vimos en el fundador de un *waqf* para la escuela *mālikī*). En nuestro derecho rige la presunción de conmorienca (artículo 34 del Código Civil, recogiendo una regulación ya contenida en el *Digesto*), es decir, si se ignora si dos personas han muerto (en hechos como un naufragio, etc.) al mismo tiempo o no, el derecho presume que han fallecido simultáneamente y no se produce transmisión *mortis causa* entre ellos. A pesar de no ser muy frecuente la técnica de las presunciones en el derecho islámico, este autor *hanbalī* nos muestra la presunción de muerte sucesiva en la opinión más famosa dentro de la escuela, en sentido contrario a la solución de nuestro Ordenamiento.

^bالقاعدة الحادية والأربعون بعد المائة: إذا أتلّف عيناً تعلق بها حق الله تعالى من يجب عليه حفظه وإستيفائها إلى مدة معلومة لزمه ضمان بقيمتها في ذلك الوقت لا يوم تلفها، أو بمثلها على صفاتها في ذلك الوقت لا يوم تلفها على أصح الوجهين. ويتخرج على ذلك الصور: منها: لو ترك الساعي زكاة الثمار أمانة بيد رب المال فأتلفها قبل جفافها أو تلفت بتفريطه ضمنها بقدره يابساً لا رطب على الصحيح، وعنه يضمنها بمثله رطباً¹¹³⁸.

Otro fragmento al que acudimos de nuevo. En consonancia con el carácter de derecho de origen divino, otorga a Dios capacidad para ser titular de derechos; como venimos defendiendo, al igual que en el derecho romano cristianizado, el Ordenamiento no acude a la ficción: Dios es una persona, trascendente, pero persona.

La validez de la *musāqā* requiere la capacidad de los contratantes, es decir, que tengan entendimiento, por eso es nulo la *musāqā* del menor sin entendimiento y el loco.

No es requisito de validez la mayoría de edad; el menor con entendimiento puede contratar una *musāqā* si está autorizado, es eficaz. Si no estuviera autorizado, estaría suspendido hasta el permiso de su tutor. Véase el artículo 1433.

a Regla ciento ocho: cuando se desconoce si algo sucedió de manera simultánea o consecutiva, ¿se ha de fallar por la simultaneidad o por la sucesión?

Existe controversia, en la escuela se considera que ha sido de forma sucesiva, por ser difícil la simultaneidad. Incluida en esta cuestión, están otras: entre ellas: dos herederos, si murieran en un derrumbe, naufragio o epidemia y se desconociera si fue simultánea o sucesivamente, se fallaría que ha sido sucesiva en la opinión más extendida de la escuela, y haríamos heredar a cada uno del otro en los bienes que tuvieran, excepto los que hubieran heredado uno de otro. Abū al-Jaṭṭāb tiene otra opinión, en el sentido que no hay sucesión hereditaria por existir duda en su requisito. Así también, si se conociera que uno precedió al otro pero se ignorara quién o se conociera y luego se olvidara, sería según la opinión de la escuela, pero esto se basa en que la certeza de la vida no es requisito para la herencia.

b La regla ciento cuarenta y uno: Si un bien en poder de una persona que tuviera la obligación de su custodia por un período determinado se destruyera y sobre él recayera un derecho de Dios, estaría obligado a indemnizar, por su valor al momento en que se constituyó esa custodia, no al momento de su destrucción, o a reponerlo por otro de sus características en ese mismo momento y no en el de su destrucción.

De esto se deduce: si el recaudador de la *zakāt* dejara los frutos, como depósito, en manos del dueño del capital y se destruyeran antes de madurar o se destruyeran por su negligencia, estaría obligado a indemnizar por su valor maduro, no inmaduro, en la opinión correcta; sobre ello lo indemnizaría con algo de su misma especie y calidad inmaduro.

837^a- عن أبي العالية قال. ((كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤتى بالغنيمة، فيضرب بيده، ما وقع فيها من شيء جعله للكعبة، وهو سهم بيت الله، ثم يقسم ما بقي على خمسة، فيكون للنبي صلى الله عليه وسلم سهم، ولذي القربى سهم، ولليتامى سهم، وللمساكين سهم، ولأبن السبيل سهم. قال والذي جعله للكعبة فهو سهم لله)) [...] .

838- عن قيس بن مسلم قال: {سألت الحسن بن محمد بن الحنفية عن قوله} * (وأعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله الخمسة)*؟ فقال: هذا مفتاح كلام: لله الدنيا والآخرة. ثم إختلف الناس في هذين السهمين بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم¹¹³⁹.

A Dios como dueño de todo, lo de esta y la otra vida, le corresponde una porción del botín. En vida de Muḥammad, este concretaba el destino de esa parte. A pesar de tener personalidad propia, con una existencia independiente en un ordenamiento de carácter revelado, la cuota de la divinidad requiere una determinación en algo tangible, como es la Ka'ba. Tras la muerte del profeta, los juristas comenzaron a discrepar sobre el destino de la misma; además de la parte correspondiente a Dios, la cuota destinada al profeta es objeto de discusión entre los alfaquíes.

^b(في حبس النساء والعبيد في الدين والقصاص)
* (قلت) * أرأيت النساء والرجال في ذلك سواء في قول مالك والعبيد والأماء والمكاتبين والمدبريين وأمهات الأولاد (قال) نعم كلهم سواء عندنا مثل الأحرار وهو قول مالك في العبيد * (قلت) * أرأيت النساء هل يحبس في القصاص والحدود في قول مالك (قال) نعم¹¹⁴⁰.

Las deudas y el talión, con el fin de asegurar su cumplimiento, implican el encarcelamiento del deudor y del reo. Esta medida cautelar es aplicada a libres, mujeres, incluso si son madres, y esclavos manumitidos. Es la regulación que establece la escuela de Mālik.

^cالقاعدة الرابعة والأربعون بعد المائة. فيما يقوم فيه الورثة مقامه موروثه من الحقوق.

[...]

الضرب الثاني. حقوق أملاك ثابتة متعلقة بالأملاك الموروثة فينتقل إلى الورثة بانتقال الأموال المتعلقة بها دون المطالبة بحلاف الضرب الأول فإن حقوق فيه من حقوق المالكين لا من حقوق الأملاك، ولهذا لا تجب الشفعة عندنا لكافر على مسلم؛ لأنه ليس من أهل الإستحقاق على المسلم.

ومنه صور ذلك: الرهن فإذا مات وله دين برهن إنتقل برهنه إلى الورثة.¹¹⁴¹

La regulación de la sucesión hereditaria siempre suele ser muy compleja en la mayoría de los ordenamientos; el islámico no es una excepción y hemos señalado las diferencias de raíz con los derechos de influencia romana. Extraemos únicamente algunos preceptos que nos dan soporte en nuestro estudio. En concreto, este fragmento de esta regla, sobre aquellos derechos en los que (no es la norma general) los herederos sí ocupan el lugar del causante, afirma que los derechos de las propiedades se transmiten a los herederos con las mismas. La misma referencia a derechos de las propiedades nos transmite una idea de cómo el *fiqh* tiene menos reparos a la hora de asignar titulares de derechos a entes diferentes de la persona natural. No siempre la personalidad entendida como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones se identifica con ser humano. Asimismo,

a 837 De Abū l-'Aliyya quien dijo: ((el enviado de Dios traía el botín y lo repartía él mismo, y dedicaba parte a la Ka'ba, la parte de la Casa de Dios, luego repartía el resto en quintos, al profeta, ṣ, le tocaba una parte, a los familiares otra, a los menesterosos otra, y al vagabundo otra. Dijo la parte de la Ka'ba es la parte de Dios)).

838- De Qays b. Muslim, quien dijo: pregunté a Al-Ḥasan b. Muḥammad b. al-Ḥanafiyya sobre la aleya *(Y sabed que de todo lo que consigáis como botín, un quinto es de Dios)*. Y dijo: esta es la clave de la Palabra: Esta y la otra vida son de Dios. Luego, la gente no se puso de acuerdo, tras el Enviado de Dios sobre estas dos porciones.

b (Sobre el encarcelamiento de las mujeres y los esclavos por deudas y el talión)

(Dije) ¿Opinas que las mujeres, los hombres son iguales en esto, según Mālik, a los siervos, las madres, los manumitidos y las madres de los hijos? (Dijo) sí, todos son iguales a los libres, para nosotros; esa es la opinión de Mālik, sobre los esclavos (dije) ¿Opinas que, según el parecer de Mālik, las mujeres son encarceladas por los delitos y el talión? (dijo) sí.

c Regla ciento cuarenta y cuatro: aquellos derechos en lo que los herederos ocupan el lugar del causante.

[...]

Segundo aspecto: los derechos asegurados de las propiedades relativos a las posesiones del causante se transmiten a los herederos con las propiedades relativas a los mismos, sin necesidad de reclamarlos, a diferencia del aspecto primero, que serían los derechos de los propietarios no de las propiedades. Por eso, no existe el derecho de retracto de un infiel sobre un musulmán, porque no es una persona legitimada para reclamar a un musulmán.

De ello, se desprende: la prenda, si muriera y tuviera una deuda garantizada con prenda, se transmitiría con la pignoración.

nos confirma que la religión que se procese incide en la capacidad de obrar: un no musulmán no estaría capacitado para ejercer la acción de retracto contra un musulmán.

RECAPITULACIÓN

Muchos arabistas clásicos, entre ellos Joseph Schacht¹¹⁴² o Raymond Charles¹¹⁴³, coinciden en que el derecho islámico distingue una doble capacidad: de obligarse (aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones) y de ejecución (realizar actos válidos); esta clasificación no es ajena a la que realizamos al comienzo del capítulo, más clásica en nuestra cultura jurídica, entre capacidad jurídica y de obrar.

Según el profesor Raymond, en el capítulo de su libro sobre el derecho islámico que aborda la persona, la familia sería un sujeto esencial para la *Šarī'a*¹¹⁴⁴. Obviamente, este ordenamiento afronta esta institución social como un pilar de la comunidad: la herencia, el matrimonio, la filiación, la tutela de los menores, etc. No obstante, los ulemas, con su regulación, presentan una visión bastante individualista de la personalidad; hemos seleccionado algunas obras en esta sección, pero, como advertíamos a la hora de profundizar sobre la comunidad de bienes y la sociedad, el *fiqh* favorece la extinción de titularidades conjuntas y, en correlación con ello, traba la su constitución, así en el caso de las sociedades. En cualquier caso, no hemos hallado ningún texto que mencione la capacidad, jurídica o de obrar unitaria de un conjunto de personas, físicas o no. En el caso particular del *waqf*, Ana Carballeira se refiere a fundadores colectivos¹¹⁴⁵. En los textos consultados en nuestra tesis, no se han observado referencias a grupos que constituyen una fundación conjuntamente. No obstante, es muy frecuente la designación de colectividades como beneficiarios; jurídicamente, en virtud de lo que defendemos en este estudio, se traduce por una comunidad de bienes o de derechos: varios individuos cuya posición legal les lleva a compartir, temporalmente, un crédito sobre unas rentas, lo cual finalizará con la partición y asignación individual de bienes concretos. Quizás exista un elemento en el que el parentesco sí esté conectado con la capacidad o, con más exactitud, con la responsabilidad: *al-'aqilā* (العاقلة) o conjunto de familiares obligados a indemnizar el delito cometido por uno de los miembros de la familia: en realidad se trataría de una pluralidad de obligados con sus propias reglas para concretar la cantidad y la persona. A modo de cierre de esta cuestión, nos remitimos lo dicho sobre el concepto de comunidad activa (titulares de derechos) o pasiva (deudores en común): cada uno de los copartícipes disfrutan de personalidad y capacidad propias, que nunca se confunde con el resto.

El autor británico cree que este concepto se identifica con el de responsabilidad y sujeto obligado al cumplimiento de los mandatos divinos, *mukallaḥ*. Esta conexión aparece en el fragmento de al-Dabbūsī: la *ḍimma* lleva implícita la responsabilidad patrimonial del ser humano por los daños que infrinja a los demás, aun en el caso de ser una persona sin capacidad de obrar y sin aptitud para comprender las consecuencias de sus actos o sin que se pueda predicar de ellos la culpa: el caso de los menores. Este principio, hemos referido ejemplos incluso de legislaciones vigentes, se mantiene vivo en la cultura jurídica islámica; al contrario, nuestro Ordenamiento tiende a vincular la responsabilidad extracontractual a la capacidad de obrar o de ejecución (en la terminología del *fiqh*) más que la capacidad jurídica o de obligación. También es concluyente en su negación del reconocimiento por parte del *fiqh* de la institución de la personalidad jurídica¹¹⁴⁶, incluso al hablar del tesoro, pues la titularidad del mismo correspondería a la totalidad de los musulmanes. Esta aseveración absoluta no encaja con nuestras tesis. Aunque se perfilará en las páginas que dedicaremos a la *bayt al-māl* y en las conclusiones, hemos de decir que, *strictu sensu*, el derecho islámico, queda patente en los textos escogidos, restringe la capacidad jurídica y de obrar, así como la *ḍimma* a personas físicas: seres humanos, creados por Dios; la titularidad de la propiedad de ese patrimonio corresponde a todos los musulmanes, en una comunidad de bienes, según los argumentos expuestos en el capítulo tercero de esta tesis. Son dos fundamentos que sustentan la afirmación del profesor Schacht. No obstante, venimos manteniendo en diversos apartados de

nuestro trabajo que la *Šarī'a* singulariza algunos conjuntos de bienes a los que aplica unas normas específicas dotándolos de un entidad propia e independiente. Al comparar el tesoro con el fisco romano, aludimos a un texto de al-Mawardī en este sentido. Esta problemática protagonizará su propio epígrafe. Asimismo, un texto de un ulema *ḥanaḥī* presente en este capítulo asigna a la *bayt al-māl* el papel de heredero de un apóstata, lo cual exige que el derecho le reconozca una capacidad para asumir esta titularidad. Finalmente, hemos de remarcar que los ulemas musulmanes no se muestran inflexibles con la titularidad de los derechos. El dominio directo de los bienes habices, en algunas escuelas, carece de propietario, sin que esto derive en una polémica doctrinal. Estos dos razonamientos se oponen a la postura del arabista.

Por su parte, el profesor francés recoge, aun de manera parcial, la teoría de la *ḍimma*, circunscrita a su acepción de pacto, y así aplicado a los no musulmanes que viven en un estado islámico por la firma de un tratado durante la conquista. No trata su vertiente de cualidad jurídica que el Creador presupone en el hombre con el fin de dotarlo de aptitud para obligar y obligarse: el sentido más común entre los arabistas, pues los miembros de las comunidades cristianas o judías que habitan en el interior de las fronteras de un estado musulmán son denominados como gente de la *ḍimma*¹¹⁴⁷.

Inaugurábamos esta sección mostrando la sutil frontera entre los conceptos de personalidad, titularidad de derechos, capacidad jurídica y de obrar. Tan fina es la separación que la doctrina tiende a utilizarlos indistintamente. Aquellos juristas que propugnan una concepción de la personalidad jurídica como realidad previa a su reconocimiento legal puntualizan en mayor medida la discriminación entre los términos. La corriente que aboga por una noción de la institución cuyo pilar principal radica en ser una construcción del derecho, una ficción o una creación, centra su atención en la capacidad: el hecho de que las normas reconozcan a un ente aptitud para llevar a cabo actos con efectos jurídicas es suficiente para calificarlo como persona jurídica. El autor del que hemos tomado la definición de personalidad jurídica, Federico de Castro, se posiciona en una construcción dogmática que identifique persona, sujeto de derecho y capacidad jurídica¹¹⁴⁸. En su opinión, con la aparición de las sociedades anónimas, se abandona la persona jurídica por el concepto de capacidad¹¹⁴⁹.

En cualquier caso, el concepto de persona, en general, y de persona jurídica en particular, es el producto de una evolución. Ya señalamos que en Roma no se empleaba el término como sinónimo de sujeto de derecho. Con la palabra *caput* se solía aludir al estatus de la persona y a su capacidad jurídica¹¹⁵⁰. Y esta es la posición defendida por José María Blanch Nougues. Sin embargo, existe otra postura que confronta este enfoque, la cual afirma que, sobre la base de la noción del *corpus*, el *populus Romanus*, era la definición más exacta de Estado y que, al igual que ocurría con los grupos humanos organizados (familia o la ciudad) poseía una entidad propia diferenciada de sus órganos (ciudadanos, asambleas, cónsules, etc). En consecuencia, sí poseía la acepción de sujeto de derecho¹¹⁵¹.

Las distintas particularidades de la persona sobre las que hemos escogido alguna fuente (mujer, esclavo, manumitido y madre, no musulmán), también han sido estudiadas con más profundidad por los profesores Charles¹¹⁵² y Schacht¹¹⁵³, entre otros.

Durante todo nuestro itinerario de la investigación, nos acompaña la figura del *waqf*, modelo de institución privada cuyo régimen jurídico no sería descabellado subsumir en la personalidad jurídica. Por tanto, la capacidad para concluir este negocio jurídico no sería una excepción. Entre los especialistas españoles no es frecuente citar la capacidad jurídica del fundador ni describirla. Lo normal es relacionar una serie de requisitos de la persona que constituye el *waqf*, algunos jurídicos y otros no, otros relativos a su capacidad de obrar o circunstancias diversas. Así, Manuel Espinar Moreno refiere: ser musulmán, ser libre, ser mayor de edad, que sea capaz, es decir, emancipado, dueño de los bienes, que se encuentre en el momento de constituir el *habūs* en perfecto estado de lucidez por lo que estará sano de cuerpo y espíritu (alma), que tenga libre disposición de sus bienes así como la propiedad y disposición de ellos, no puede tener deudas ni quiebras¹¹⁵⁴. Ana Carballeira

añade: “*Se requería que el fundador, ya fuese un individuo o una colectividad, gozase de capacidad física, psíquica y jurídica, así como que expresase de forma clara e inequívoca su voluntad en el acta constitutiva del hubs*”¹¹⁵⁵. Finalmente, Alejandro García Sanjuán enumera los requisitos personales del donante: condición religiosa (principalmente musulmanes, pero no se excluye a quienes no lo sean), sexo, mayoría de edad y estado de salud (hombre o mujer, adultos, en caso de enfermedad); finalmente, se refiere a la condición económica y socio-profesional¹¹⁵⁶. Es necesario indicar que estas obras se acercan a la institución desde un punto de vista histórico y sociológico, no estrictamente jurídico.

En el primer caso, nos encontramos con circunstancias propias de la capacidad jurídica. La condición de ser fiel musulmán, recogida por Manuel Espinar y, parcialmente por García Sanjuán, se tiene en cuenta en el momento de realizar la fundación válidamente, pues los infieles están excluidos de ciertos negocios jurídicos como se desprende de algunos textos que hemos transcrito. No obstante, en el caso concreto del *waqf* no es una condición relacionada con la capacidad de obrar.

^aباب وقوف أهل الذمة. وإذا وقف رجل من أهل الذمة نصرانياً كان أو يهودياً أو مجوسياً أرضاً له أو داراً له أو عقاراً على ولده وولد ولده ونسله وعقبه أبداً ما تناسلوا وجعل آخر ذلك للمساكين فذلك جائز. *قلت* فهو لاء المساكين من هم *قال* من يسميهم الواقف [...] قلت أرأيت الذمي إذا جعل داره بيعة أو كنيسة أو بيت مال [...] *قال* هذا باطل لا يجوز [...] *قلت* ما تقول في الذمي يجعل داراً له مسجداً للمسلمين [...] *قال* هذا عندنا قرينة إلى الله عز وجل يتقرب به المسلمون فأما أهل الذمة فليس هذا قرينة عندهم.¹¹⁵⁷

^bوسئل أبو عمران القطان عن يهودي حبس داراً على مسجد بقرطبة. فأجاب. لا يحوز، وخرج ذلك من المدونة في كتاب الجهاد، حين ذكر عن النبي، ص، (إنا لا نستعين بمشرك) [...] {مسلم إبتاع جنة من يهودي وحبسها، فقام يهودي يدعي إستحقاقه بحبس} [...] فأجاب ابن عتاب رحمه الله: [...] وأحباس أهل الذمة تخالف أحباس المسلمين حماهم الله وكفاهم، وتفارقها لوجوه يطول ذكرها: منها: أن المسلم لا رجوع له في حبس...¹¹⁵⁸

En ambos textos, de las escuelas *ḥanafī* y *mālikī* respectivamente, se permite a los no musulmanes constituir bienes habices. Ahora bien, el régimen jurídico varía en algunos aspectos: no se admiten en favor de mezquitas, porque su finalidad religiosa no es la misma; la escuela de Medina estima que sus fundaciones no son irreversibles para el constituyente.

A fin de no caer en una discusión punto por punto, como analizaremos en el capítulo destinado a esta figura, la capacidad de obrar exigida para realizar la fundación es la misma que la de una donación, pues, al fin y al cabo, es una categoría especial de liberalidad: implica la nulidad del acto del menor o incapacitado por locura, aunque se realice con autorización del tutor. El resto de cuestiones planteadas por los tres autores se derivan de esta aptitud. Las diferentes legislaciones aludidas o las palabras de Averroes son nítidas.

Ningún texto de los presentes en este capítulo ni otros a los que hayamos podido acceder considera directa o tangencialmente la capacidad o *ḍimma* de un grupo de personas o una entidad distinta al ser humano. Si cotejamos obras medievales europeas, ya se interrogaban sobre, entre otras cuestiones, la posibilidad delinquir de las *universitas*¹¹⁵⁹.

De todo lo anterior, sería posible extraer el siguiente corolario:

a Capítulo sobre los *awqāf* de la gente de la *ḍimma*.

Si un hombre de la gente del pacto, tanto si fuera cristiano como judío o zoroástra, constituyera en *waqf* su casa o inmueble en favor de su hijo y el hijo de su hijo y sus descendencias y, como final, los pobres, sería válido. Dije: ¿quiénes son esos pobres? Dijo: quienes hubiera designado el fundador [...] Dije: ¿opinas que si un *ḍimmī* convirtiera una casa en sinagoga, iglesia o casa de fuego [...] Dijo: Sería nulo, no es válido [...] Dije: ¿Qué te parece si un *ḍimmī* convirtiera su casa en una mezquita para para los musulmanes [...] ? Dijo: eso para nosotros es un acercamiento a Dios, el Altísimo, que realizan los musulmanes, pero para la gente de la *ḍimma* no es un acercamiento a Dios [...]

b Y Abū 'Umrān al-Qaṭṭān fue preguntado sobre un judío que constituyó un bien habiz en favor de una mezquita en Córdoba. Contestó: No es válido, y eso se escapa a lo contenido en la *Mudawwāna*, en el *Libro de la ḡihād*, en el que se alude al profeta (Nosotros no nos ayudamos de idólatras) ...

- El islam, como religión, y en su vertiente jurídica, entiende el universo como creación de Dios y, en particular, el hombre como el culmen de la misma. Avempace incide con más énfasis en su aspecto teleológico e Ibn Jaldūn en el social. Esta cúspide, el ser humano, por disposición divina, es sujeto para el derecho, pues Allāh lo ha dotado de *amāna* y *ḍimma*; en palabra de al-Dabbūsī, *con la inteligencia y la protección, para que fuera capaz de estar obligado por los derechos a su favor y en su contra*. A imagen del pacto por el que los musulmanes reconocen, a través de un tratado (*ḍimma*), a los conquistados sus mismos derechos y obligaciones, la divinidad concede al hombre la capacidad de obligarse y de ejecutar. Este punto de vista sigue vigente y en la exégesis del artículo 941 de la *Maḡalla* se declara así literalmente. Tan intrínseca es la relación entre humanidad y capacidad, que el jurista de referencia de la escuela de Kūfa, Abū Ḥanīfa, opina que privar de ella a una persona mayor de edad y que disfrute de inteligencia supondría privarla de su humanidad; de esta manera, se opone a la incapacitación del pródigo, como vimos en el comentario del artículo 959 del mismo cuerpo legislativo. En nuestra tesis, cobra especial relevancia la teoría de al-Sanhūrī sobre la *ḍimma*, si bien pensada para explicar las diferencias entre los derechos reales y personales en el *fiqh*. Según su opinión, nos encontramos ante un atributo legal presupuesto por el Legislador en la persona física, que la convierte en apta para ser titular de derechos y obligaciones, a modo de nuestra capacidad jurídica. Ese atributo o característica ya está presente, aunque limitada, en el feto y contra ella se reclamarían las deudas; sin embargo, los derechos estarían ligados a los bienes.

Tradicionalmente en nuestra cultura jurídica, los derechos personales ligaban a dos sujetos, mientras los reales, con la propiedad a la cabeza, unían al titular sobre el bien que es el objeto del mismo. Para el *fiqh*, el acreedor ejercita su derecho, en ocasiones, contra bienes concretos (trataremos de aclarar esta cuestión en el punto que viene a continuación), no sobre la esfera jurídica del deudor. Esta noción antropocéntrica de la personalidad lleva aparejada que sea difícilmente predicable de otros entes no humanos. Por contra, como insistiremos seguidamente, se deja abierta la puerta a conexiones jurídicas entre derechos y bienes, constructos teóricos (los derechos) y cosas inanimadas (bienes). Asimismo, el propio Creador es tratado como un sujeto de derecho casi en el mismo plano que sus criaturas.

- En este capítulo se asoman una vez más elementos que apuntalan el pensamiento de al-Sanhūrī sobre la tendencia objetiva del derecho islámico: los derechos sobre bienes, responsabilidad como ligazón entre acreedor y un conjunto patrimonial, y no tanto una relación personal acreedor-deudor, responsabilidad extracontractual que no se basa en la culpa. Cuando se encarga a un menor o un esclavo la realización de un negocio determinado, según la escuela *mālikī*, se hace responder por las deudas de estos a los bienes concretos entregados, a modo de responsabilidad real, no al esclavo, al menor o a la persona que realiza el encargo con sus respectivos patrimonios. El artículo 1001 de la *Maḡalla*, en armonía con los seguidores de Abū Ḥanīfa, limita la responsabilidad del quebrado incapacitado a los bienes de los que fuera titular en el momento del fallo judicial que lo declara no apto, nunca a los que adquiriera después; la escuela de Medina, por su parte, sí extiende la responsabilidad a aquello que adquiriere tras la decisión del juez, no obstante, la *Mudawwana* emplea la expresión “*bienes incapacitados*” como si el incapacitado fuera el patrimonio y no la persona; otra muestra la encontramos en la *zakāt*, limosna legal que, según las tesis *malikīes*, obliga a los menores porque grava las cosas, no los *cuerpos* (personas). En un fragmento de la misma obra, *Sahnūn*, recoge otros preceptos de su maestro, Mālik b. Anas, sobre el deudor declarado en concurso de acreedores: aunque sus esclavos estuvieran manumitidos, él sería su patrono y estaría facultado para disponer de su patrimonio, si tuvieran bienes, pero estos no podrían ser perseguidos en el procedimiento de

ejecución. Se deduce de todo lo anterior que la responsabilidad personal del deudor no es universal, sobre todo su patrimonio presente y futuro, existen mecanismos que la constriñen a determinados bienes: la interposición de un ente con personalidad jurídica entre el sujeto y los posibles acreedores que salvaguardara su posición económica encuentra menos incentivos y justificación.

Hemos realizado algunas referencias en páginas precedentes y continuaremos hasta las conclusiones sobre el tema: en ocasiones, una vez probada la tendencia objetiva, la titularidad o propiedad sobre bienes se manifiesta como un recurso jurídico para unificar un patrimonio, quedando las relaciones entre sujeto y cosa en un papel secundario respecto al régimen jurídico que rige ese conjunto de bienes, diferenciado de otros por la pertenencia a una determinada persona. En otras situaciones, esa función uniformadora recae en la finalidad a la que están afectos o la responsabilidad que recae sobre ese conglomerado.

Otro indicio en la misma dirección lo hallamos en la clave para dilucidar si un menor posee el discernimiento suficiente para alcanzar esa capacidad de obrar intermedia: el conocimiento del objeto del contrato en cuestión (artículo 943 de la recopilación otomana). En todas las escuelas, esta aptitud para realizar actos eficaces difiere de un negocio jurídico a otro. Una persona, debido a su corta edad o enfermedad mental, responderá directamente por los daños que infrinja por sus acciones, de forma ajena a su intención o culpa, ni se traslada a su cuidador en aplicación de la culpa *in vigilando*. Los *hanbalīes*, en virtud de la obra sobre las reglas del *fiqh*, distinguen entre derechos de los propietarios y derechos de las propiedades.

- Los textos relacionados en este capítulo examinan la capacidad, apenas la personalidad, desde una doble perspectiva, estudiada por los especialistas: capacidad de obligarse y capacidad de ejecución. A grandes rasgos, existen incapaces absolutos de obrar para cualquier tipo de acto jurídico (menores sin discernimiento y locos totales), capaces absolutos (mayores de edad libres) y personas con capacidad limitada: menores con cierto nivel de entendimiento, deudores, pródigos, esclavos. La situación de la mujer o los no musulmanes presentan peculiaridades, mas con una capacidad de obrar cercana a la plenitud. En este último caso, al compartir significado la tutela y la autoridad política, el *dimmi* no está capacitado para llevar a cabo alguna acción que implique preeminencia sobre un musulmán. La mayoría de ellos encuentran su fundamento en un hecho natural: la inteligencia y el discernimiento. El caso del pródigo o el quebrado requiere un pronunciamiento judicial que constituiría estado.
- Cada negocio jurídico exige un nivel diferente de capacidad de obrar. Los menores que hayan sobrepasado una cierta competencia intelectual son aptos para llevar a buen término actos que les sean favorables puramente, son sancionados con nulidad radical si las consecuencias son puramente perjudiciales y han de ser refrendados por su tutor o por ellos mismos tras la mayoría de edad si contienen elementos favorables o desfavorables.
- La personalidad, siendo más precisos, la capacidad jurídica comienza prácticamente con la concepción. El *nasciturus* posee una incipiente y muy menguada *dimma* que a lo largo de su vida se irá perfeccionando hasta lograr su plenitud. La muerte, en principio, supone la extinción, aunque, de manera ficticia, el derecho, en especial la escuela *malikī*, mantiene vigente la *dimma* de la persona fallecida en el caso del propietario del dominio directo del *waqf* y el causante hasta el pago de las deudas sobre el caudal hereditario.

Este análisis sobre el concepto de persona nos refuerza en nuestra hipótesis sobre la perspectiva desde la que enfrenta el *fiqh* las situaciones en las que la titularidad de una persona física resulta insuficiente para explicar el conjunto de relaciones y situaciones jurídicamente relevantes. La suma de personas no sobrepasa el régimen de una comunidad de bienes; por contra,

sí son tenidos en cuenta conjuntos de bienes y derechos unificados por algún elemento: finalidad, titularidad o responsabilidad, entre otros. La persona que recibe una regulación por la *Šarī'a* es el ser humano como persona física, desde el punto de vista primordial de su capacidad jurídica. Este interés no excluye que la titularidad de relaciones, derechos y obligaciones demande la existencia de ella siempre. Nuestro acervo jurídico, latino esencialmente, no concibe derechos y obligaciones sin titular; el derecho islámico no es tan estricto, se admiten propiedades sin propietarios e, incluso cuando aparece, no merece mayor consideración, el mero hecho de su existencia basta como aglutinante.

5 Universitas Personarum.

La expresión por la que hemos optado como título resulta bastante ajena al mundo del arabismo; sin embargo, la mantenemos porque era la terminología más frecuente entre los juristas occidentales coetáneos o anteriores o posteriores, pero en un período histórico cercano, al centro de nuestro análisis: el derecho islámico clásico. Así, sobre la base de textos romanos, los juristas medievales y la doctrina antigua distinguía entes que tenían como sustrato una reunión de personas (*universitas personarum*), de aquellas consistentes en un conjunto de bienes (*universitas bonorum*)¹¹⁶⁰. En otro sentido, pero también amparando esta elección, como comprobaremos más adelante, es un concepto que se amolda muy bien a la concepción que se desprende de los textos del *fiqh*. Hemos afirmado en varias ocasiones que la *Šarī'a* es refractaria a tratar como ente independiente de los socios el resultado del contrato de sociedad. Esta tendencia también ha sido asumida por clásicos de nuestra doctrina como el profesor De Castro, quien niega, y sostiene sin que ningún autor lo contradiga, que dicho contrato cree una persona jurídica; únicamente surge una relación obligacional dependiente de la voluntad de las partes participantes en el negocio, aunque las aportaciones patrimoniales de los mismos sí adquieran un cierto carácter unitario. En su parecer, continuando la tradición romanista, tan solo se considerarían personas a las entidades que tuvieran vida propia independiente de sus miembros y fueran de interés público, ya que la continuidad no estaba condicionada a su voluntad de las personas que la conforman, como ocurre en las sociedades contemporáneas, cuyo paradigma sería la sociedad anónima¹¹⁶¹.

Nuestra principal intención con este capítulo, una vez sobrepasada una primera etapa general y más teórica sobre la personalidad jurídica y aspectos colaterales de ella, será examinar instituciones concretas reguladas por el *fiqh* y, en consecuencia, tratadas por los alfaquíes. El objeto de este examen no ha de ser otro que el de hacer constar en ellos la presencia o ausencia de las notas principales que califican a un sujeto como persona desde el punto de vista jurídico. Hemos distribuido estos constructos según la distinción romanista y medieval, al ser la más próxima, relativamente tanto desde una perspectiva histórica (surgidos durante la Edad Media) como conceptual, a los textos en que cimentamos nuestra tesis. Así, abordaremos entidades cuya característica común consiste en estar constituidas por una agrupación de personas físicas, *universitas personarum*.

No siempre una reunión de individuos unidos por la consecución de un fin común a la que es posible conceputar como una unidad, o que se percibida como tal en la vida social, está revestida de forma jurídica, bien a través de un contrato (sociedad) o por su reconocimiento como centro de imputación de derechos y obligaciones¹¹⁶². En todas las sociedades, a lo largo de la historia, se han creado comunidades familiares, políticas o de otro tipo, fruto de la condición social del ser humano; la religión, sobre la base de una fe compartida alcanza muchas veces ese elemento aglutinante¹¹⁶³. En Roma, tanto durante la República como el Imperio, el derecho reconocía al estado como sujeto, como asociación humana, junto con otras de escala menor¹¹⁶⁴. Ya hemos visto como en este ordenamiento se admitían corporaciones, asociaciones, distintas de los miembros y que actuaban mediante un tipo especial de representación más cercana a la teoría orgánica que al simple mandato¹¹⁶⁵. Otro ejemplo lo encontramos en los municipios, perfectamente delimitado, desde la perspectiva legal, los individuos de la corporación municipal, que incluso poseían y podían manumitir sus esclavos¹¹⁶⁶. Obviamente, ya hemos realizado la misma observación, durante el período clásico del derecho romano esta sistematización estaba ausente; durante la época justiniana tuvo lugar una cierta organización de los diversos tipos mediante la analogía, partiendo de la *civitas*¹¹⁶⁷.

Sin más preámbulo, inauguraremos este recorrido con aquellos supuestos en los que de alguna manera se encuentra presente el poder político. *Grosso modo*, sin pretender una precisión

terminológica exacta, lo denominamos como derecho público, en atención a esa presencia, sin sumergirnos en disquisiciones teóricas sobre la separación entre lo público y lo privado en la ciencia jurídica, presente en los mismos planes de estudio de las facultades de derecho, ya que, aunque los protagonistas están ligados al centro político, nos aproximaremos desde el punto de las relaciones jurídicas, básicamente derechos, obligaciones, relaciones y actos cuya regulación básica se encuentra en el derecho civil.

En síntesis, nuestra misión consistirá en comparar si cada una de las entidades que serán objeto de estudio casan con la definición que hemos seleccionado como válida a efectos de esta tesis: *Despojado de complicaciones teóricas, se emplea usualmente para designar y justificar, al lado del hombre, unos entes con capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección jurídica igual (salvo alguna especial excepción) a la atribuida a la persona natural. Se acepta como algo evidente, como un hecho, respecto al que como tal no importa que se discuta su naturaleza que ésta quede inexplicada o se considere inexplicable*¹¹⁶⁸. En este quehacer, nos apoyaremos en los antecedentes históricos y teóricos en lo que han consistido todos los capítulos anteriores, sin los cuales esta disección de los casos concretos devendría imposible.

5.1 Derecho Público

5.1.1 La *Umma*

En páginas precedentes, hemos reflexionado sobre la naturaleza jurídica de la comunidad de creyentes musulmanes. En un primer momento en contraposición con la Iglesia y su concepción como cuerpo místico de Cristo que propició el surgimiento de la institución eclesial como sujeto y titular autónomo de derechos y obligaciones; un ente emancipado legalmente del conjunto de sus miembros. En ese quehacer, contrastando las obras de estudiosos del Islam como Nicolás Roser Nebot, Knut Vikør o Wael B. Hallaq, entre otros, con nuestras tesis, concluimos que esa agrupación de los creyentes carecía del grado de organización y cohesión suficiente para poseer vida propia separada de ellos. Asimismo, prestamos atención a la relación entre gobernantes y gobernados, lo cual no nos aportaba razones contrarias a ese resultado. En este sentido, Rafael Ramón Guerrero, en su estudio sobre la teoría política de al-Gazālī¹¹⁶⁹ acerca del imanato, recoge un texto fundamental de la obra de este jurista y filósofo (que puede encuadrarse dentro de la escuela de al-Šāfi ī, sufi, autor de más de doscientas obras, nacido en el año 1058¹¹⁷⁰), en el que afirma que esa institución, al ser de derecho divino, obliga a todos los hombres individualmente considerados, no al conjunto de los mismos, pues es el califa (palabra que en árabe refiere al sucesor, persona que ocupa su puesto) de Dios frente a los individuos.

Desde otro ángulo, nos detuvimos en esta cuestión con relación a la distinción entre la sociedad y la comunidad de bienes. Ese análisis nos condujo a calificar a los componentes de la *umma* como cotitulares de derechos o copropietarios, más que socios, con las implicaciones que ya advertimos.

Este capítulo aspira a poner el punto y final a la cuestión. Esta ambición caminará por la senda del vínculo entre los creyentes y los derechos y obligaciones que se incardinan en su esfera jurídica, con la intención de constatar si es posible predicar lo mismo de la *umma*.

En su momento reflejamos el pensamiento de Teresa María Estévez sobre la *umma* como ejemplo de persona jurídica para el *fiqh*¹¹⁷¹. Aunque aportaremos nuestra propia visión, la siguiente transcripción de un texto de ‘Abd-l-Qādir ‘Awda, abogado, uno de los líderes de los Hermanos Musulmanes¹¹⁷², quien, dado su ideología, realiza una comparación apologética del derecho penal islámico frente al derecho objetivo, vale como adelanto:

^aالشخصية المعنوية: وقد عرفت الشريعة الإسلامية من يوم وجودها الشخصيات المعنوية فاعتبرت الفقهاء بيت المال جهة، والوقت جهة، أي شخصاً معنوياً وكذلك إعتبرت المدارس والملاجئ والمستشفيات وغيرها، وجعلت هذه الجهات أو الشخصيات المعنوية أهلاً لتملك الحقوق والتصرف فيها...¹¹⁷³

El autor de esta obra, de un claro contenido propagandístico en favor de la aplicación de la Ley islámica, quien fue ejecutado en la horca, no relaciona a la *umma* entre los ejemplos de personas jurídicas. El abogado de los Hermanos Musulmanes traduce el término al árabe desde una expresión más propia de la doctrina francesa, pero equivalente: persona moral. Las entidades que sí nombra serán objeto de próximas reflexiones.

Queda fuera de toda discusión la realidad de la comunidad de creyentes como sujeto político y religioso, sociológico si se prefiere¹¹⁷⁴. También otras corrientes abogan por la separación entre estado musulmán, cuyos principales pilares serían la dinastía y la capital (un estado fundamentalmente urbano)¹¹⁷⁵ y *umma*, estando aquel al servicio de esta¹¹⁷⁶. Asimismo, la soberanía sobre la misma era, frecuentemente, la fuente de la legitimidad del gobernante¹¹⁷⁷. Contraponiendo la Iglesia, como conjunto de creyentes que cristalizó en una persona corporativa (cuerpo místico), a la comunidad de musulmanes, comprobamos como únicamente en aquella surgió una estructura reconocida jurídicamente que sirvió de intermediario entre el poder y el conjunto de los súbditos, como por ejemplo en la unción de los gobernantes. No es nuestra intención involucrarnos en un estudio político, sino en una operación de subsunción del régimen jurídico común, o sea, el derecho aplicable a cualquier persona con independencia de su condición jerárquica, que el *fiqh* aplica al conjunto de todos los fieles en la definición de persona jurídica. Damos, como viene siendo tradicional, la voz a los alfaquíes.

فصل: في عهد الخليفة إلى إثنين.

لو عهد الخليفة إلى إثنين أو أكثر ورتب الخلافة فيهم فقال الخليفة: بعدي فلان، فإن مات فالخليفة بعد موت فلان، فإن مات فالخليفة بعده فلان جاز، وكانت الخلافة منتقلة إلى ثلاثة على ما رتبته، فقد اختلف رسول الله، ص، على جيش مؤتة زيد بن حارثة وقال: فإن أصيب جعفر بن [...] فإن أصيب فبعد [...] فإذا فعل النبي، ص، ذلك في الإمارة جاز مثله في الخلافة. فإن قيل هي عقد ولاية على صفة وشروط، والولايات لا يقف عقدها على الشروط والصفات. قيل: هذا من مصالح العامة التي يتسع حكمها على أحكام العقود الخاصة، فقد عمل بذلك على الدولتين من لم ينكر عليه أحد العلماء العصر...¹¹⁷⁸

Este fragmento de al-Māwardī indica la principal distinción entre contratos públicos y privados. En los primeros, el régimen jurídico es más laxo, pues prima el interés general. De esta manera, en aquellos cuyo objeto es nombrar una autoridad (recordemos que la palabra árabe también incluye a los tutores), se permite someterlos a condición o a características determinadas, lo cual anularía el nombramiento de un tutor privado.

c(كتاب الأراضي)

a La personalidad moral. La *Šarī'a* ha conocido, desde el día de su creación, las personas morales, los *fuqahā'* han considerado al *bayt al-māl* como objeto y al tiempo objeto, es decir, una persona moral. Del mismo modo, a las escuelas, los refugios, los hospitales y otros. Y ha convertido a estos objetos en personas morales capaces de ser titulares de derechos y de ejercerlos ...

b Capítulo: sobre el pacto del califa en favor de dos.

Y el califa realizara un pacto en favor de dos o más y estableciera el califato en ese orden y dijera: después de mí fulano, si muriera, califa después de su muerte sería fulano, si muriera, el califa después de su muerte sería fulano; eso sería válido y el califato se transmitiría a los tres según el orden establecido. El enviado de Dios hizo suceder en la jefatura del ejército de Mu'ta a Zayd b. Hārith y dijo: si fuera alcanzado Ya'far b. [...] y si fuera alcanzado después de él, [...] Si el profeta realizó eso con relación a la jefatura del ejército, sería válido algo parecido en el califato. Si se dijera: es un contrato sobre la autoridad sometido a condición y cualidades, y los contratos de las autoridades no dependen de cualidades y condiciones.

Se diría: es una cuestión de interés general que amplía el régimen de estos contratos respecto a los contratos privados; así se ha realizado en los dos estados sin que se opusiera ningún ulema de la época ...

c *(Libro de las tierras)*

El discurso se divide en dos temas: mostrar los tipos de tierras y el régimen jurídico de cada uno. (En cuanto) al primero, las tierras, en origen, son de dos tipos: tierras poseídas y tierras permitidas, sin propietario. Las tierras poseídas son de dos clases: habitadas y sin habitar. Las permitidas son de dos órdenes también: uno al servicio de la población como leña para los habitantes o pasto de sus rebaños, y otro que no está al servicio y se llama *mawāt*. (En cuanto) a

الكلام في موضعين في بيان أنواع الأراضي وفي بيان حكم كل نوع منها (أما) الأول فالأراضي في الأصل نوعان أرض مملوكة وأرض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان عامر وخراب والمباحة نوع هو من مرافق البلدة محتطاً لها أو رعى لمواشيهم ونوع ليس من مرافقها والمسمى بالموات (أما) بيان حكم كل نوع منها (أما) الأراضي المملوكة العامر فليس لأحد أن يتصرف فيها من غير إذن صاحبها. لأن عصمة الملك تمنع من ذلك وكذلك الأرض الخراب الذي إنقطع ماؤها ومضي على ذلك سنون لأن الملك فيها قائم وإن طال الزمان حتى تجوز بيعها وإيجارها وتصير ميراثاً إذا مات صاحبها [...] وأما الكلاً الذي ينبت في أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك إلا إذا قطعه صاحب الأرض وإخرج فيملكه هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رضي الله عنهم وقال بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أنه إذا سقاه وقام عليه ملكه والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن الأصل فيه هو الإباحة لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلاً والنار والكلاً إسم الحشيش ينبت من غير صنع العبد والشركة العامة هي الإباحة إذا قطعه وأحرزه لأن إستولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء الحرز في الأواني والظروف وسائر المباحات التي هي غير مملوكة لأحد [...] (وأما) أرض الموات فالكلام فيها مواضع في تفسير الأرض الموات وفي بيان ما يملك الإمام من التصرف في الموات وفي بيان ما يثبت به الملك في الموات وما يثبت به الحق فيه دون الملك وفي بيان حكمه إذا ملك (أما) الأول فالأرض الموات هي أرض خارج البلد لم تكن ملكاً لأحد ولا حقاً له خاصاً فلا يكون داخل البلد موات أصلاً وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطاً به لأهلها أم رعى لهم لا يكون مواتاً حتى لا يملك الإمام إقطاعها لأن ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كغناء دارهم وفي الإقطاع إبطال حقهم وكذلك أرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنه المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للإمام أن يقطعها لأحد لأنها حق لعامة المسلمين وفي إقطاعه إبطال حقهم وهذا لا يجوز [...] (وأما) بيان ما يملك الإمام من التصرف في الموات فالإمام يملك إقطاع الموات من مصالح المسلمين لما يرجع ذلك إلى عمارة البلاد التصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين لأمام ككرى الأنهار العظام وإصلاح قناطر ونحوه ...¹¹⁷⁹

En esta compilación de *fiqh ḥanafī*, del jurista del siglo XII que nació y murió en Alepo, norte de Siria, 'Alā'-l-Dīn Abū Bakr Mas'ūd b. Aḥmad al-Kāshānī¹¹⁸⁰, clasifica las tierras en cuatro tipos: dos en los que son propiedad de alguien (habitada y no habitada) y las que están *permitidas*, bien por ser de uso de la comunidad para leña o pasto, bien porque no tienen propietario. De este análisis nos concierne la definición de propiedad común, o comunidad de bienes, como aquella cuyo aprovechamiento es tolerado a varios sujetos. Asimismo, destacamos como el gobernante no podría actuar sobre ellas, pues existen derechos privados sobre las mismas, como el de todos los musulmanes sobre las minas de sal o de petróleo. Por lo que respecta a las tierras que están *permitidas* pero que no recae ningún derecho sobre ellas, el imán puede, si lo considera beneficioso para la comunidad, repartirlas como propiedad privada.

المادة 1234 - (الماء والكلاً والنار مباحة، والناس في هذه الأشياء الثلاثة شركاء).

mostrar el régimen jurídico de cada uno de los géneros. (En cuanto) a las tierras propiedad de alguien y habitadas, nadie puede disponer de ellas sin permiso de su dueño, porque la inviolabilidad de la propiedad lo impide; también las tierras inhabitadas en las que se ha cortado el agua y transcurren años, porque la propiedad continúa sobre ella aunque se alargara el tiempo, siendo lícita su venta, arrendamiento o convertirse en herencia, si muriera su propietario [...] En cuanto al pasto que crece en las tierras poseídas, está permitido, no es propiedad de nadie, salvo que el dueño lo cortara y lo extrajera, adueñándose de él. Esta es la respuesta obvia de nuestros compañeros, Dios esté satisfecho de ellos. Algunos de los jeques posteriores, Dios se apiade de ellos, opinan que si lo regara y lo cosechara se apropiaría del mismo. La correcta es la opinión evidente de la escuela, porque, en origen, es que esté permitido, según el dicho de quien sobre él está la oración y la paz, en el que la gente es cotitular de tres cosas: el agua, el pasto y el fuego. El pasto es el nombre de la hierba que crece sin acción del fiel, y la comunidad en general es la permisión, excepto que no lo corte y posea, porque se ha apropiado de un bien permitido, sin dueño, que es apropiado como el agua que se coge en los recipientes y las mismas condiciones de las restantes cosas permitidas que no tienen dueño [...] (En cuanto) a la tierra de *mawāt* el discurso se centra en la exégesis de la tierra de *mawāt* y en mostrar lo que el imán está capacitado para actuar sobre ella, y en mostrar cómo se afirma la propiedad en ella y como se afirma el derecho sobre ella sin propiedad y en mostrar el régimen jurídico si se adquiriera su propiedad. (En cuanto) a lo primero, pues la tierra de *mawāt* es la tierra a las afueras de la población que no es propiedad de nadie ni nadie tiene un derecho privativo; no se encuentra en el interior de la población, de principio, ni tampoco en el exterior pero al servicio de los pobladores como acopio de leña o pasto; no es *mawāt* y, así, el imán no está facultado para repartirla, porque está al servicio de los habitantes y es su derecho como el patio de su casa: en su reparto se anularía su derecho; así sucede con las salinas y asfalto y petróleo y demás, de lo que los musulmanes no son privados, pues en su reparto se anularía su derecho y eso no sería válido [...] (En cuanto) a mostrar los actos que le están permitidos al imán sobre la *mawāt*, puede repartirla en beneficio de los musulmanes, en aquello que produce el desarrollo del país, como el arrendamiento de los grandes ríos, la reparación de puentes y demás ...

a Artículo 1234: (El agua, el pasto y el fuego están permitidos, y la gente sobre estas tres cosas son socios).

El agua y el pasto no recogidos, y el fuego encendido por alguien en el desierto, no son propiedad de nadie, sino permitidos, es decir, se puede aprovechar el agua y el pasto recogidos y poseyéndolos y el fuego calentándose,

الماء والكلأ والغير محرزين والنار المشعول من أحد في الصحراء الغير مملوكة لأحد مباحة يعني أنه ينتفع من الماء والكلأ بإحرازهما وتملكهما ومن النار بالتدفئة وغرس شيء على نورها وضياؤها وإشعال المصباح منها. وجميع الناس شركاء في هذه الأشياء الثلاثة شركة إباحة. أنظر المالدة (1045)، وليس الناس مشتركين فيها شركة ملك¹¹⁸¹.

En este artículo de la *Maḡalla*, observamos una traducción práctica del contenido del texto clásico *ḡanaḡfi* citado en el párrafo anterior. Existen bienes cuyo uso y disfrute corresponden a todas las personas, en una comunidad *de permiso*, no de propiedad. Es decir, el bien, en sí, no pertenece a nadie, pero el uso es general. En la ciencia jurídica moderna, se trataría de *un uso común de los bienes de dominio público el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados*, según la terminología del artículo 85 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Esta distinción, (recordemos que en el Capítulo 3.7 sobre la diferenciación entre sociedad y comunidad de bienes analizamos el artículo 1045 de este cuerpo legal) entre comunidad de propiedad y de uso, está íntimamente relacionado con la división del dominio propio del derecho islámico al que nos venimos refiriendo. Del mismo modo, en lo que tiene que ver con el pasto, ese uso común se puede dar sobre propiedad privada, tal y como recogimos en ese capítulo. Quizás la expresión que se lee en el cuerpo legal, *no es propiedad de nadie*, que se puede escuchar también en boca de políticos actuales, roza la cacofonía en una cultura jurídica latina, en la que el derecho sin sujeto es una anormalidad, y nunca se ha de predicar de bienes públicos. Sin embargo, en el derecho islámico existen ejemplos variados, como hemos constatado y los ulemas asumen esa posibilidad con naturalidad, entre otras razones, por el marcado acento objetivo de sus obras.

11^a. - باب ما جاء في إعطاء النفل من الخمس.

20/976- حدثني [...] أنه قال: كان الناس يعطون النفل من الخمس.

قال مالك: وذلك أحسن ما سمعت إليّ في ذلك.

وسئل مالك، عن النفل هل يكون في أول المعتم؟

قال: ذلك على وجه الإجتهد من الإمام وليس عندنا في ذلك أمر معروف مقوف إلا إجتهد السلطان ولم يبلغني أن رسول الله، ص، نفل في مغازيه كلها وقد بلغني أنه نفل في بعضها يوم حنين وإنما ذلك على وجه الإجتهد من الإمام في أول معتم وفيما بعده¹¹⁸².

Mālik b. Anas, al dar las pautas que regulan la mejora en la parte del botín que corresponde a algunos combatientes, establece que esta se ha de producir a costa del quinto que le corresponde al Profeta. Además, el gobernante es totalmente libre, en función de lo que considere oportuno en cada momento, puede realizarlo o no, al acceder al botín o después. Como propiedad donde todos los musulmanes son copartícipes, los bienes arrebatados en el combate se han de repartir y es el sultán quien, como jefe de la comunidad, goza de cierta discrecionalidad en el asunto.

20^b- باب إحراز من أسلم من أهل الذمة أرضه.

سئل مالك عن إمام قبل الجزية من قوم فكانوا يعطونها رأيت من أسلم منهم أ تكون له أرضه أو تكون للمسلمين ويكون لهم ماله؟

colocando algo sobre él o alumbrándose al encender la lámpara con él. Todas las personas son comuneros en estas tres cosas, en una comunidad de permiso. Véase el artículo 1045. No son comuneros en una comunidad de propietarios.

a 11- Capítulo sobre lo que nos ha llegado sobre dar la mejora del quinto.

976/20-Nos habló [...] que dijo: la gente daba la mejora del quinto.

Mālik dijo: “eso es lo mejor que he escuchado sobre el tema”.

Y Mālik fue preguntado por la mejora: ¿se ha de realizar nada más conseguir el botín?

Dijo: “eso depende la decisión justificada del imán; nosotros no tenemos una opinión conocida y consolidada, salvo que es un asunto que ha de estudiar el imán. No nos me ha llegado que el enviado de Dios mejorara en todas sus razias. Sí me ha llegado que el mejoró algunas el día de ḡunayn. Pero eso es un asunto que se deja a la consideración del imán, nada más conseguir el botín o después.

b 20- Capítulo sobre la adquisición de la tierra de quien se convierte al Islam de la gente de la *ḡimma*.

Mālik fue preguntado sobre un imán que aceptó la *ḡizya* de un pueblo que lo pagaba. ¿Si uno de ellos se hiciera musulmán, su tierra y sus bienes serían para él o de los musulmanes?

Mālik dijo: “en esto hay diferencias. Entre la gente del pacto, si uno se hiciera musulmán, tendría más derecho a su tierra y bienes. Pero entre la gente que fue conquistada por la fuerza, quien se hiciera musulmán su tierra y bienes serían de los musulmanes, porque la gente conquistada fue vencida y se convirtió en *fay*’ de los musulmanes, pero la gente del pacto sus vidas y bienes se conservaron por el acuerdo al que llegaron y disponen de lo que se estipuló en el acuerdo.

فقال مالك: ذلك يختلف أما أهل الصلح فإن من أسلم منهم فهو أحق بأرضه وماله وأما أهل العنوة الذين أخذوا عنوة فمن أسلم منهم فإن أرضه وماله للمسلمين لأن أهل العنوة قد غلبوا على بلادهم وصارت فيئاً للمسلمين وأما أهل الصلح فإنهم قد منعوا أموالهم وأنفسهم حتى صالحوا عليهم فليس عليهم إلا ما صالحوا عليه¹¹⁸³.

El fundador de la escuela de Medina, si se trata de dilucidar si un no musulmán recupera su tierra y bienes con la conversión, distingue entre los que fueron sometidos mediante pacto y los que lo fueron por la fuerza de las armas. Los primeros sí tendrían derecho y los segundos no, porque sus tierras y posesiones se habrían convertido en propiedad de todos los musulmanes.

^aقال أبو يوسف: لا يحل لوالي الخراج أن يهب لرجل من الخراج أرضه شيئاً إلا أن يكون الإمام قد فوض ذلك إليه فقال له: هب لمن رأيت أن في هبتك له صلاحاً للرعية وإستدعاء للخراج. ولا يسع من يهب له والي الخراج شيئاً من الخراج -بغير إذن الإمام- قبول ذلك، ولا يحل له حتى يؤدي جميع ما يجب عليه من الخراج لأن الخراج صدقة الأرض، وهو فيء لجميع المسلمين...¹¹⁸⁴

En su apartado correspondiente estudiamos la figura del *jarāy* y su naturaleza jurídica, en este momento nos interesa desde su perspectiva de propiedad de todos los musulmanes, la *umma*, cuyos intereses son representados por el imán; en el presente texto de Abū Yūsuf, juez principal de la escuela *ḥanafī* en la corte del califa 'abbāsī en Bagdad, el califa es el único que tiene la potestad para donar lo recaudado a favor del obligado al pago, en ningún caso el funcionario encargado de la recaudación. La alteridad está presente.

^bوقد بين الله لنا ولكم فقال في كتابه ((قاتلوا الذين لا يؤمن بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون)) فإذا أخذت منهم الجزية فلا شيء لك عليهم ولا سبيل. أرأيت لو أخذنا أهلها فإقتسمناهم ما كان يكون لمن يأتي من بعدنا من المسلمين والله ما كانوا يجدون إنساناً يكلمونه ولا ينتفعون بشيء من ذات يده، وأن هؤلاء يأكلهم المسلمون مادام أحياء، فإذا هلكوا وهلكوا أكل أبناءنا أبناءهم أبداً ما بقوا فهم عبيد لأهل الدين الإسلام مادام دين الإسلام ظاهر...¹¹⁸⁵

Este otro párrafo, además de la posición subordinada que el pago de la *ḥizya* supone para la gente de la *dimma*, plantea la cuestión de la continuidad de los beneficiarios, los musulmanes, cuya permanencia estaría garantizada mientras se mantengan personas creyentes en el Islam. La *umma* es un conjunto que permanece siempre y cuando existan musulmanes: el hecho diferencial es la fe en dicha religión. Los juristas medievales, como Sinibaldo, siguiendo los textos romanos clásicos, sostienen que la corporación sobrevive a la muerte de todos sus miembros¹¹⁸⁶. Este texto condiciona la permanencia de la *umma* a que existan musulmanes vivos: la supervivencia de la comunidad está vinculada a la de sus miembros.

القسم الثاني^c

a Ha dicho Abū Yūsuf: no le está permitido al encargado del *jarāy* donar nada del *jarāy* de su tierra, salvo que el imán lo hubiera encarga de ello y le hubiera dicho: dona a quien vieras que en tu donación hubiera un interés para los súbditos y para el *jarāy*. No puede el donatario del encargado del *jarāy* -sin permiso del imán- aceptarla, y no le está permitido hasta que haya pagado la totalidad que deba por el *jarāy*, porque el *jarāy* es un botín de todos los musulmanes

...

b Y Dios ha evidenciado, a nosotros y a vosotros, pues ha dicho en Su Libro ((combatid a quienes no crean en Dios ni en el Día del Juicio; y no prohibáis lo que Dios y su profeta han prohibido, ni condenéis la religión verdadera de a los que se les dio el Libro, para que abonen la *ḥizya* sobre lo que tienen en sus manos y ellos queden subordinados)). Así, si tomarais de ellos la *ḥizya*, no tendrías derechos sobre ellos. Acaso no ves que, si nos lo repartiéramos, no quedaría para los musulmanes que vinieran después de nosotros, y por Dios que no encontrarían a nadie para hablar ni para aprovecharse de lo que poseyeran, y de estos los musulmanes se aprovechan mientras permanezcan vivos. Si muriéramos y murieran nuestros hijos se aprovecharán de los suyos, de los que se mantuvieran esclavos de la gente del Islam, mientras que la religión del Islam esté presente.

c Segunda Parte.

La tierra de los musulmanes en general es aquella que no tiene un propietario concreto; esa es la que se le aplica el *jarāy* en su totalidad, tanto si estuviera en manos de los musulmanes, como de los infieles [...]

((El segundo tipo)) Lo que está vinculado, desde el inicio, al derecho de un musulmán determinado: es la tierra que se ha conseguido por la fuerza, mediante combate contra los infieles, y se ha tomado por las armas. Antigua y modernamente, los ulemas han estado en gran desacuerdo sobre su régimen, y en resumen, se dan tres opiniones. Una de ellas es que se divide entre los que tienen derecho al botín, después de extraer el quinto, al igual que se dividen los bienes muebles; es la opinión de al-Šāfi'ī [...] La segunda opinión la convierte en *fay'* de los musulmanes tras la toma de las mismas, no es propiedad de los que participan en el botín ni se puede dividir; es la opinión de Mālik y sus seguidores [...] La tercera consiste en que el imán puede elegir entre ambas posibilidades: si así lo desea, repartirla

أرض للمسلمين عموماً ليس لها مالك معين فهذه التي يوضع عليها الخراج في الجملة وسواء كانت في أيدي المسلمين أو الكفار [...]

((النوع الثاني)) ما تعلق به ابتداء حق مسلم معين وهي أرض العنوة التي قوتل الكفار عليها وأخذت قهراً فإختلف العلماء قديماً وحديثاً في حكم هذه الأرض إختلافاً كبيراً وحاصله يرجع إلى أقوال ثلاثة أحدها أنه يتعين قسمتها بين الغانمين بعد إخراج الخمس منها كما تقسم المنقولات وهذا قول الشافعي [...]. والقول الثاني أنها تصير فيء للمسلمين بمجرد الإستيلاء عليها لا يملكها الغانمون ولا يجوز قسمتها عليهم وهذا قول مالك وأصحابه [...]. القول الثالث أن الإمام يخير بين الأمرين إن شاء قسمها بين الغانمين وإن شاء لم يقسمها لعموم المسلمين وهذا قول أكثر العلماء في الجملة منهم...¹¹⁸⁷

Asoma en este texto la concepción de que existen derechos, en favor de los musulmanes, que están concretados en personas determinadas o determinables y otros que se mantienen en abstractos a la espera de su reparto, ya sea en cuotas o beneficios. La cuestión del reparto de las tierras de *jarāy* significa un punto de diferencia entre las escuelas; en cualquier caso, aquellas que lo defienden únicamente están autorizando la privatización de tierras, mientras que las que se oponen prohíben que sean retiradas de manos públicas el dominio directo, con la explotación del dominio útil. Ninguna de las dos posturas altera la naturaleza original de una posesión de todos los musulmanes ni transmuta la esencia de la misma: propiedad de una persona jurídica o comunidad de bienes entre sus miembros.

القسم الخامس^a

الموات في أرض العنوة هل هو ملك للمسلمين أو مباح فيه قولان مشهوران وينبى عليهما هل يملك بالإحياء أم لا؟ فيها قولان: أحدهما أنه مملوك للمسلمين فلا يملك بالإحياء حكاه إسحاق عن المغيرة الصبي والأوزاعي وسفيان وغيرهم [...]. فقال الأرض فيء للمسلمين ما خرج منها فهو بينهم سواء [...]. والثاني أنه مباح فقال أحمد في رواية العباس بن محمد خلال وسأله عما أحي من أرض السواد يكون لمن أحياه [...]. وإن قلنا لا تملك بالإحياء ضرب عليها الخراج لأنها من أرض الفيء التي يستحقها المسلمون عموماً...¹¹⁸⁸

En la misma obra, en páginas posteriores, este autor, de la escuela de Aḥmad b. Ḥanbal, analiza los preceptos aplicables a las tierras incultas en las zonas adquiridas por conquista militar. Los alfaquies se dividen en dos corrientes: para unos son propiedad de todos los musulmanes en general, mientras que los demás otorgan el dominio a aquellas personas que las pongan en explotación. Las expresiones utilizadas indicarían una pertenencia en comunidad de todos los fieles. (الباب الثامن)^b في حكم تصرفات أرباب الأرض الخراجية فيها قدكرنا أن الأرض الخراجية على ضربين مملوكة لأهلها وهي أرض الصلح بالخراج على ثبوت ملكهم [...]. والثاني أرض العنوة فمن قال أن عمر رضي الله عنه ملكهم إياها بالخراج فحكمها عنده حكم أرض الصلح المذكور وهو قول ابن أبي ليلى وأبي حنيفة [...]. وأما من قال ليست ملك لمن في يده وإنما هي فيء للمسلمين وهو قول العنبري وابن شرملة ومالك والشافعي وأحمد [...]. فهؤلاء يقولون هي لعموم المسلمين وأكثرهم يقول هي وقف على المسلمين عموماً [...]. ولكن أكثر كلام أحمد إنما فيه أنها فيء وأنها مشتركة بين المسلمين...¹¹⁸⁹

El mismo jurista, al hablar sobre el régimen jurídico de los actos de los dueños de las tierras de *jarāy* las divide entre las que se incorporaron mediante pacto, en las que sus dueños son

entre los que participan en el botín o mantenerlas para todos los musulmanes; es la opinión de la mayoría de ulemas ...

a Capítulo quinto.

¿Las tierras incultas incluidas dentro de los territorios conquistados por la fuerza son propiedad de los musulmanes o están permitidas? Se dan dos opiniones famosas, las cuales se basan en si se adquiere la propiedad por su puesta en explotación o no. Una de ellas (considera) que son propiedad de los musulmanes, así que no se adquiere su propiedad con la puesta en explotación; siguen esta opinión Ishāq a través de al-Mugīra al-Ḍabī, al-Awza'ī, Sufyān y otros [...] Y opina que la tierra es *fay'* de los musulmanes y lo que produce es para ellos en partes iguales [...] Y la segunda es que es tierra permitida y es lo que opina Aḥmad en lo que ha transmitido 'Abbās b. Muḥammad al-Jalāl quien fue preguntado por quien pone en producción tierra inculta de al-Sawād, la cual sería para esa persona [...] Y si dijéramos que no se adquiere su propiedad por la puesta en producción, se le impondría el *jarāy* porque sería tierra *fay'* que pertenece a los musulmanes en general ...

b (Capítulo octavo) Sobre el régimen de las disposiciones de los dueños de las tierras de *jarāy*. Nos hemos referido a que estas tierras son de dos tipos: propiedad de su gente, son las tierras de pacto a cambio del *jarāy* confirmando su propiedad [...] Y la segunda la tierras conquistadas por la fuerza; hay quien dice 'Umar, Dios esté satisfecho de él, se las dio en propiedad a cambio del impuesto, siendo su régimen el mismo que las de pacto; es la opinión de Ibn Abū Laylā y Abū Ḥanīfa [...] Y en cuanto a quien opina que que no es propiedad de quienes las tienen en sus manos, sino que es *fay'* de los musulmanes; es la opinión de al-'Anbar, Ibn Šabrama, Mālik, al-Šāfi'ī y Aḥmad [...] estos opinan que es de la generalidad de los musulmanes y, la mayoría de ellos, que es un *waqf* en favor de la generalidad de los musulmanes [...] Pero la opinión mayoritaria de Aḥmad es que es *fay'* y que está en comunidad de los musulmanes.

auténticos propietarios y puede disponer de ellas como tales, y las que se conquistaron por las armas. Los seguidores de Abū Ḥanīfa las regulan considerando a las personas que las explotan como sus propietarios. Para el resto de escuelas, se trataría de un condominio de todos los musulmanes en general.

^a [...] وإن قيل إنها وقف فأنها تخالف الوقف على معين لأن هذه توقف وتوهب ولا يبطل حق المسلمين من خراجها بانتقالهم من يد إلى يد بخلاف الوقف على معين فإنه يبطل حق الثاني بانتقالها إلى غيرهم ولهذا يورث المكاتب ويوهب ويجوز بيعه عندنا ويبقى مكاتباً على حاله وأيضاً فقد سبق أن التحقيق في معنى كونها وقفاً أنها محبوسة عن القسمة متروكة فيئاً مشتركة بين عموم المسلمين أولهم وآخرهم وحقهم في خراجها وخراجها لا يبطل بانتقالها من رجل إلى آخر وأصل هذه المسئلة مسئلة بيع المنافع المجردة عن الأعيان...¹¹⁹⁰

Esta parte de la misma obra del alfaquí *ḥanbalī*, en este momento de nuestro trabajo, nos regala otro aspecto muy interesante sobre la personalidad jurídica o no de la *umma*. El autor, cuya escuela considera las tierras de *jarāy* como *waqf* en favor de todos los musulmanes, las distingue del tipo normal de fundación, pues es posible que las mismas pasen de un poseedor a otro sin que mute su naturaleza. Esta afirmación nos sirvió de argumento para afirmar que el régimen jurídico se acercaba, casi identificándose, con la noción de propiedad pública inalienable, salvo en su explotación, la cual puede efectuarse mediante arrendamiento u otros negocios jurídicos. En esta ocasión hacemos hincapié en la afirmación de que sería un *waqf* cuyo reparto estaría vedado, al ser *fay'* de todos los musulmanes. Una propiedad en común de todos ellos, desde el primero al último, cuyo derecho se singularizaría en el producto que da esa tierra: el pago del *jarāy*. Las analogías que se efectúan en el texto también son dignas de mención: la situación del esclavo que ha pactado su manumisión con su señor a cambio de una contraprestación, quien, a pesar de ello, puede ser objeto de cualquier negocio jurídico, incluso la venta, sin perder su condición de manumitido; la segunda igualmente hemos de enfatizarla: las utilidades de los bienes (usufructo o dominio útil) son objeto de tráfico jurídico con total independencia de los mismos; una muestra de la división del dominio a la que venimos aludiendo.

^b 527- عن مالك بن أوس [...] في حديث عمر حين دخل عليه العباس وعلي يختصمان -فذكر عمر الأموال، ثم قرأ هذه الآية* (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول والذي القربى واليتامى والمساکن وإين السبيل)* (للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم)* (والذين تبوءوا الدار والأيمان من قبلهم)* (والذين جاءوا من بعدهم)* قال فأستوعبت هذه

a [...] Y si se dijera que es un *waqf*, sería distinto al *waqf* en beneficio de persona determinada, porque es un *waqf* que se puede constituir en *waqf*, ser donado y no se anula el derecho de los musulmanes a su *jarāy* por la transmisión de una mano a otro, al contrario que el *waqf* en favor de determinado, pues en él se anula el derecho de la segunda línea por la transmisión a otra; por eso el manumitido mediante contrato forma parte de la herencia y es objeto de donación y, para nosotros, es válida su venta, permaneciendo como manumitido. También ha precedido el análisis sobre el sentido de ser considerado como *waqf*: está detenido su reparto, dejado como *fay'* en comunidad del común de los musulmanes, el primero y el último, y su derecho a su *jarāy* y su *jarāy* no se anula por su transmisión de un hombre a otro y la base de esta cuestión se encuentra en la cuestión de la venta de las utilidades (usufructo o dominio útil) abstraídas del bien en sí ...

b 527- De Mālik b. Aws [...] sobre el dicho de 'Umar cuando se presentaron ante él al-'Abbās y 'Alī quienes discutían; 'Umar mencionó el dinero, luego leyó esta aleya: *(lo que Dios da como *fay'* a Su enviado de la gente de los pueblos, para Dios y Su enviado y para el pariente y los huérfanos y los menesterosos y el errante)* *(para los pobres de los emigrantes que fueron expulsados de sus casas y su patrimonio)* *(y los que regresaron a sus casas y la fe con anterioridad a ellos)* *(y los que llegaron después de ellos)* Dijo: esta aleya engloba a la gente, así que no queda nadie entre los musulmanes sin derecho a él, o dijo parte, salvo alguno que poseen a vuestros esclavos; si viviera, Dios mediante, daría a cada musulmán su derecho, o quizás dijo parte ...

Abū 'Ubayd dijo: esta es la aleya sobre el *fay'*, y 'Umar opinaba que la misma abarcaba a los musulmanes, y que no había ninguno de ellos que careciera de su parte. Después, los musulmanes discreparon.

Algunos decían: quien no participara en la guerra santa contra el enemigo, o cumplir un precepto, o recaudar bienes, o demás que suponga un beneficio para los musulmanes, no sería de los beneficiarios por pobres o menesterosos, de tal manera que no tendrían derecho sobre el tesoro. Eso es por el dicho del profeta que hemos reseñado: "no tendrán nada del *ganīma* ni del *fay'*".

Otros opinaban: al contrario, los musulmanes son socios en todo el *fay'*, porque son gente de religión y *qibla*, son una única mano sobre las naciones, que se consuelan mutuamente y el mayor acude a la llamada del menor. Para ello, acuden al dicho de 'Umar, interpretando así la aleya.

الآية الناس، فلم يبقى أحد من المسلمين إلا له حق فيها أوقال: حظ- إلا بعض من تملكون من أرفانكم، فإن عُشْتُ إن شاء الله ليؤتين كل مسلم حقه- أوقال: حظه- [...] قال أبو عبيد: فهذه آية الفيء، فرأى عمر أن الآية محيطة بالمسلمين، وأنه ليس منهم أحد يخلو من أن يكون فيه نصيب. ثم اختلف المسلمون بعد ذلك أيضاً.

فقال فائلون: من لم يكن له غناء عن المسلمين في جهاد عدو، أو فيام بحكم، أو إجتباء مال، أو غير ذلك، مما يرجع على المسلمين نفعه، ولم يكن مع هذا من أهل الفاقة والمسكنة، فلا حق له في بيت المال، لحديث رسول الله [...] الذي ذكرناه قوله: "وليس لهم في الغنيمة والفيء شيء".

وقال آخرون: بل المسلمون شركاء في الفيء كلهم، لأنهم أهل دين وقبلة، وهم يد واحد على الأمم، يواسي بعضهم بعضاً، ويرد أقصاهم على أذناهم يذهبون في ذلك إلى كلام عمر، مع إحتجاج بأويل أقرآن¹¹⁹¹.

En este apartado del capítulo, *destinado al reparto del fay' y al conocimiento de quien tiene derecho a él y quien no*, el autor del libro de los bienes describe las dos corrientes principales que interpretan las prescripciones de *El Corán* sobre la materia: quienes consideran que únicamente correspondería una parte a aquellos que realicen alguna labor en favor de la comunidad y los ulemas que hacen copartícipes a todos los musulmanes. En cualquier caso, tanto por el léxico empleado (musulmanes), como por el régimen jurídico, todo apunta a una comunidad de bienes de los fieles que tenderá en algún momento a su disolución con la especificación de la cuota de cada uno.

^a(وَأما المسئلة السادسة) وهي في ماذا تصرف الجزية؟ فإنهم إتفقوا على أنها مشتركة لمصالح المسلمين من غير تحديد كالحال في الفيء عند من رأى أنه مصروف إلى إجتهد الإمام، حتى رأى كثير من الناس أن إسم الفيء إنما ينطلق على الجزية في آية الفيء، وإذا كان الأمر هكذا، فالأموال الإسلامية ثلاثة أصناف: صدقة، وفيء، وغنيمة، وهذا القدر كاف في تحصيل قواعد هذا الكتاب والله الموفق للصواب¹¹⁹².

Averroes, al dar respuesta sobre el destino que se ha de dar a lo recaudado por la *yizya*, afirma que existe un consenso en determinar que tiene que emplearlo con la finalidad de velar por los intereses comunes de los musulmanes, sin especificar. Es la misma solución que quienes piensan que el tipo de botín (*fay'*) se ha de invertir en lo que el imán considere más útil. También nos informa que, según algunos juristas, ambas instituciones serían sinónimas en la aleya coránica del *fay'*, motivo por el cual los bienes islámicos se reducirían a tres clases: limosna legal, botín *fay'* y botín *ganīma*. Es digno de mención que el jurista y filósofo cordobés se sirve de expresiones invertir en *intereses comunes de los musulmanes y bienes islámicos*. Connotan una mayor abstracción que la que hemos visto en el *Libro de los Bienes*, pero continúan denotando un propiedad o titularidad en común, no un ente independiente de los miembros.

^b[...] وإذا قبله كتب بينه وبينهم كتاباً بالشرط بينهم واضحاً يعمل به من جاء بعده وهذه الأرض مملوكة لأهلها الذين صالحوا عليها على ما صالحوا على أن يودوا عنها شيئاً فهي مملوكة لهم على ذلك وإن هم صالحوه على أن للمسلمين من رقية الأرض شيئاً فإن المسلمين شركاؤهم في رقاب أرضهم بما صالحوه عليه وإن صالحوا على أن الأرض لهم عليهم أن يودوا كذا من الحنطة أو يودوا من كل ما زرعوها في الأرض كذا من الحنطة لم يجز حتى يستبين فيه ما وصفت فيمن صالح على صدقة ماله وإذا صالحوه على أن الأرض كلها للمشركين فلا بأس أن يصلحهم على ذلك ويجعلوا عليهم خراجاً معلوماً...¹¹⁹³

Al-Šāfi ṭ relaciona las normas que rigen el pacto con la gente conquistada y las distintas posibilidades permitidas en sus estipulaciones. Entre ellas la posibilidad de establecer una comunidad de bienes sobre el dominio útil (o nuda propiedad) de las tierras entre dos sujetos plurales: musulmanes e infieles. Se puede deducir que sería una copropiedad entre dos comunidades previas de bienes.

a (En cuanto a la cuestión sexta) trata sobre en qué se emplea la *yizya*. Están de acuerdo en que ese impuesto está compartido en los intereses de los musulmanes, sin especificar, como ocurre con el *fay'*, para los que opinan que se gasta según estime más conveniente el imán. De tal manera que mucha gente opina que el nombre de *fay'* se aplica a la *yizya* en la aleya del *fay'*; si eso es así, los bienes islámicos son de tres tipos: *zakāt*, *fay'* y *ganīma*. Esta cantidad es suficiente para lograr las reglas de este libro. Dios es quien revela lo correcto.

b [...] Si lo aceptara, se escribiría entre él y ellos un documento con las condiciones entre ellos de forma clara, que se aplicaría a quien viniera después. Así, la tierra sería de su gente, con los que se pactó según lo acordado; a cambio de que abonen algo, sería de su propiedad. Si se hubiera pactado que los musulmanes fueran propietarios en parte del dominio directo de la tierra, los musulmanes serían copropietarios con ellos de ese dominio. Si se hubiera acordado que la tierra fuera suya y que ellos deben pagar una parte del trigo o una parte de lo que cultiven, no sería válido mientras no se especificara quién debe ese impuesto de su patrimonio. Si se hubiera pactado con ellos que la tierra es toda propiedad de los infieles, no habría inconveniente; se les impondría el *jarāy* determinado ...

^aفي أحكام أراضي الخراج

قال بشر بن غياث، قال أبو يوسف: إنما أرض أخذت عنوة مثل السواد والشام وغيرهما فإن قسمهم الإمام بين من غلب عليها فهي أرض عشر وأهلها رقيق، وإن لم يقسمها الإمام وردتها للمسلمين عامة، كما فعل عمر بالسواد فعلى رقاب أهلها الجزية وعلى الأرض، وليسوا برقيق وهو قول أبي حنيفة... 1194

Como vimos en el capítulo dedicado al *jarāy*, las provincias sometidas por las armas, en opinión de Abū Ḥanīfa, pueden ser repartidas entre los soldados o no, según lo estime conveniente el gobernante. Si no llevara a cabo el repartimiento, la titularidad correspondería al común de los musulmanes, en virtud de la expresión que utiliza el historiador de las conquistas del Islam.

^bوأمره أن يعرف للمؤلفة قلوبهم وأهل الطاعة السابقين لهم حقوقهم ويقرب منازلهم، وأن يقمع أهل العدا والظلم وقاطع السبل حتى طرق المسلمين بأرضه... 1195

En su crónica sobre el al-Andalus omeya, Ibn Ḥayyān, recoge una de las numerosas misivas que enviaban los visires a los distintos gobernadores. Por lo que a nosotros nos concierne, es necesario destacar, al igual que en la inmensa mayoría de los textos que hemos consultado, jurídicos o históricos como es el caso, que, al referirse a las propiedades públicas se utiliza el plural de musulmán al objeto de referirse al conjunto, en lugar de emplear un término como *umma*; desde el punto vista del vocabulario, también se señala a una cotitularidad más que a un sujeto distinto de la suma o aglomerado de fieles.

^cفكتب السيد أبو موسى عن أمر أبي العلي الوائلي بالله إلى أبي حفص المرتضى بهذا النص. اقتضى نظر سيدنا ومولانا الخليفة الإمام الوائلي بالله تعالى المعتمد عليه أمير المؤمنين أبي العلي [...] الوصول إلى هنا يرسم الاجتماع بك وسؤالك عن المال الذي كان بيده بعد أن تعرف من طرق صحيحه كثرته وأنه مال المسلمين ولم تنزل أبداً تنتمي إلى الزهادة... 1196

En esta historia de los últimos califas almohades, incluye una carta de uno de los gobernadores al califa Abū Ḥafṣ al-Murtaḍ, en ella se informa de su personación en la corte para tratar unos bienes que han pasado a ser de los musulmanes. El historiador, al igual que la mayor parte, utiliza el sintagma de los musulmanes, no de la *umma* u otra locución referida una persona colectiva.

^dسؤال ثالث على فصل من هذه القضية أيضاً:

[...] في رجل أدخل طريقاً من طرق المسلمين في جنته وحازها وغرسها وقطع المرور عليها فأغتلها مد ثم بعد ذلك قامت فيها البينة وحيزت ولزم إخراجها للمسلمين. ماذا لزم في ذلك وما ترى فيما يغتل مما غرسه فيها [...] الجواب الثالث على هذا السؤال الثالث: [...] ويلزم الذي اقتطع المحجة وأدخلها في جنته وقطع منافع الناس بالمرور عليها وهو عالم بذلك غير جاهل به مستحق بإرتكاب المحذور فيه الأدب على ذلك مع طرح الشهادة. لا يجب عليه في ما اغتله مما

a Sobre el régimen de las tierras de *jarāy*.

Ha dicho Bašar b. Gyaṭ: ha dicho Abū Yūsuf: la tierra que ha sido conquistada por la fuerza, como al-Sawād y Siria, y otras, si el imán las hubiera repartido entre los conquistadores, sería tierra de diezmo y su gente esclava. Si no la hubiera repartido el imán y la dedicara a los musulmanes en general, como hizo ‘Umar en al-Sawād, sobre las cabezas de su gente pendería la *yizyat* y sobre la tierra, no serían esclavos y esta es la opinión de Abū Ḥanīfa.

b "Y le ordenó que reconociera los derechos de los aliados y la gente obediente antes que ellos y los acerque a sus hogares, y que reprimiera la gente enemiga, malvada y a los asaltadores para asegurar los caminos de los musulmanes.

c Escribió el señor Abū Mūsā sobre un asunto de Abū-l-‘Alī al-Wāṭiq b-l-Allāh a Abū Ḥafṣ al-Murtaḍ.

Preciso consultar a nuestro señor y dueño, el califa e imán al-Wāṭiq b-l-Allāh, Comendador de los creyentes, de Abū-l-‘Alī [...] la llegada a aquí con el documento de solicitud de reunión contigo, para preguntarte por los bienes que estaban en tus manos después de saber por medios verdaderos que eran de los musulmanes y que no pertenecen más a al-Zahāda ...

d Tercera pregunta sobre un apartado de esta cuestión:

[...] Sobre un hombre que incluyó uno de los caminos de los musulmanes a su huerto, lo poseyó, plantó y cortó el paso, cosechando durante un tiempo. Después se levantaron pruebas contra él, se poseyó y se le obligó a abandonarlo en favor de los musulmanes. A qué está obligado y qué opinas de lo que cultivó y cosechó [...]

Respuesta a esta tercera pregunta: [...] está obligado al camino que ha sido cortado y agregado a su huerto, impidiendo el disfrute de la gente mediante el paso, con pleno conocimiento, sin que lo ignorara, por eso se quita, al haber cometido una acción prohibida, con el aporte de testimonio. No está obligado a nada de lo que ha cosechado ni se le condena por ello; pues no es un camino propiedad de una persona determinada, por lo que el fallo es a su favor en cuanto a lo que ha cosechado, conociendo tú las diferencias que se producen en este asunto. Es un derecho de la comunidad de los musulmanes al paso por él, siendo él uno de ellos.

إغترسه فيها شيء يحكم به عليه إذا ليس الطرق لمعين، فيحكم له بحقه فيما إغتل منه على ما في علمك من الإختلاف في ذلك، وإنما هو حق لجماعة المسلمين في المرور عليها وهو أحدهم.¹¹⁹⁷

Entre las respuestas jurisprudenciales dedicadas a la acción para recuperar la propiedad (reivindicatoria), el alfaquí tunecino ofrece su dictamen sobre cuál ha de ser el fallo cuando un particular se apropia del camino que sirve de paso a todos los musulmanes, uniéndolo a su huerto. Obviamente, existe la obligación de restituir la vía a su estado anterior. Sin embargo, las cosechas que se hubieran producido no pueden ser reclamadas; se las apropia incluso si fuera un poseedor de mala fe; en la fetua se afirma que conoce la situación y que la usurpación se hizo sin que pueda ser disculpada por un error. La razón es que se trata de un paso cuyo titular no está determinado: la comunidad de los musulmanes. Además, el que lo une a sus tierras sería uno de ellos, es decir uno que posee en común ese derecho. Este fragmento vuelve a incidir en la idea de comunidad y, asimismo, nos refuerza en el hecho de que los grupos indeterminados, en cuya esfera jurídica reside un derecho, son titulares más bien de una expectativa, a título individual, nunca de forma conjunta e independiente de los componentes del grupo, que se ha de concretar mediante un acto jurídico específico, normalmente la división, aspecto al que hemos hecho referencia. Aunque no está explicitado en las frases que hemos escogido y la opinión mayoritaria en las distintas escuelas de que el poseedor, aunque fuera de mala fe, hace suyo los frutos cuando el propietario recupera sus bienes, parece deducirse que la apropiación ilegal efectuada fuera como una especie de concreción de su derecho, que como musulmán, tiene con relación al camino común.

A modo de refuerzo a nuestros argumentos, una vez más, extraemos partes de la tesis doctoral de 'Abd-l-Salām Dawūd al 'Abādī, presentada en la Universidad de *al-Azhar*, a la que hemos aludido en diversas ocasiones.

المطلب الأول. الملكية العامة في الشريعة الإسلامية. الفرع الأول. الأساس في قيام الملكية العامة ومعيار ذلك في الشريعة الإسلامية.

[...] إذا تعلق حاجة الجماعة في الإنتفاع بأشياء معينة فإنها لا يجوز أن تقع تحت التملك الفردي، وإنما تحجز أعيانها عن التداول وتباح منافعتها.

وعلى هذا الأساس، إذا زال تعلق حاجة الجماعة بهذه الأشياء، فيجوز للحاكم المسلمين بعد تقدير ذلك أن يتصرف فيها، كما يتصرف بأموال بيت المال (ملكية الدولة) وفق مصلحة الجماعة [...]

[...] ((والمسلمون شركاء في ثلاث؛ في الماء والكلاً والنار)) [...] فهذا الحديث يقرر أن هذا الأمور لا يجوز أن تقع تحت التملك الفردي، وإنما يجب أن تظل شركة بين جميع المسلمين، ينتفع بها كل واحد منهم، شريطة عدم الإضرار بغيره...¹¹⁹⁸

Este doctor, cuya postura sobre la concepción de la propiedad de los musulmanes como comunidad de bienes, y no de la *umma* considerada en sí misma un todo, quedó explícita en el apartado correspondiente, vincula la necesidad de la comunidad sobre los frutos o sobre el dominio útil como causa de su adscripción al conjunto de los musulmanes. Establece un régimen muy similar al del *waqf* (la distinción entre las fundaciones y la propiedad pública fue analizada al abordar el *jarāy*): el dominio directo se convierte en *res extra commercium*, mientras que continúa en el tráfico el dominio útil, la explotación del anterior. Este es el fundamento también de la propiedad comunitaria del pasto, agua y fuego. A pesar de acentuar el dominio público como comunidad de bienes de todos los musulmanes, sí considera que el tesoro público corresponde al estado, otorgándole la cualidad de persona jurídica. Este inciso será retomado en el capítulo sobre *bayt al-māl*.

a Sección primera. La propiedad pública en la *Šarī'a*. Apartado primero. Fundamento de la propiedad pública y sus criterios en la *Šarī'a*.

[...] Si alguna necesidad de uso y disfrute de la comunidad estuviera vinculada con cosas determinadas, no sería válido que cayera bajo la propiedad individual; se impediría que el dominio directo o *nuda* propiedad fuera objeto de tráfico, y sí se admitiría la de los frutos o dominio útil.

Sobre esta base, si se extinguiera dicha necesidad de la comunidad sobre esas cosas, el gobernante musulmán estaría facultado para disponer de las mismas como dispone del tesoro (*bayt al-māl*) (propiedad del estado) según el interés del colectivo [...]

[...] ((Los musulmanes son cotitulares en tres: el agua, el pasto y el fuego)) [...] Este hadiz confirma que en estos elementos no es válido que se conviertan en propiedad privada individual, sino que deben permanecer como condominio de todos los musulmanes, y que cada uno pueda aprovecharlos, a condición de no perjudicar a los demás ...

^aالفرع الثاني. صور الملكية العامة في الشريعة الإسلامية.

1- ملكية المرافق العامة، وهي الأموال ذات النفع العام، والتي تمنع طبيعتها من أن تقع تحت التملك الفردي، كالأنهار العظيمة والشوارع والطرق، والأراضي التي تترك لإنتفاع القرى والمدن. فقد بين الفقهاء أن الأنهار العظيمة تعتبر لعامة المسلمين يشتركون فيها جميعهم. قال أبو يوسف: ((الفرات ودجلة لجميع المسلمين فهم فيهما شركاء)).

وقال في المغنى: ((وما كان من الشوارع والطرق والرحاب بين العمران، فليس لأحد إحياءه، سواء كان واسعاً أو ضيقاً [...] لأن ذلك يشترك فيه المسلمون، وتتعلق به مصلحتهم فأشبهه مساجدهم)).

وجاء في فتاوى البزازي: ((النهر العظم كريبه من بيت المال، وإصلاح مسناته أيضاً، لأنه لعامة، وإذا لم يكن في بيت المال، واحتاج المسناة والنهر إلى العمارة يجبر العامة)).

[...] فالحمى تصبح الأرض لجماعة المسلمين، ومنفعتهم مصروفة لهم، فالحمى نقل الأرض من الإباحة إلى ملكية العامة، لتبقى موقوفة لمصلحة المسلمين.

3- الأراضي الموقوفة على جماعة المسلمين: [...] فالأراضي التي فتحت عنوة ووقفت على جماعة المسلمين تعتبر من قبيل الملكية العامة.

4- ويعتبر الفقهاء من هذا القبيل الصوافي التي أصفها عمر بن الخطاب لبيت المال من الأراضي التي تركها كسرى وغيرها. وقال الماوردي في الأحكام السلطانية: ((فهذا النوع من العامر لا يجوز إقطاع رقبته، لأنه قد صار بإصطفائه لبيت المال ملكاً لكافة المسلمين، فجرى على رقبته حكم الوقوف المؤبد [...])).

[...] 6- ويعتبر كثير من الفقهاء الوقف على جهات الخير صور من الصور الملكية العامة لجماعة المسلمين من الأمة غير معروفة بأشخاصها، وهذا يستقيم على رأي من قال من الفقهاء بأن ملك في الوقف ينتقل عن الواقف لتصبح على حكم ملك الله تعالى¹¹⁹⁹.

En el siguiente apartado (segundo) de la sección sobre la propiedad pública en la *Šarī'a*, el autor relaciona algunos tipos de propiedad pública. En todos ellos, ese dominio público es de todos los musulmanes, únicamente al referirse al *waqf* benéfico acude al concepto de *umma*, ya que los beneficiarios no están determinados. Es preciso hacer un alto. El autor estima que el hecho del fin general transforma la fundación en una propiedad pública. José María Blanch, analizando las fundaciones piadosas en el derecho justiniano, considera que cuando estas se materializan en un establecimiento de caridad (hospital, monasterio, etc.) el ordenamiento les otorga personalidad jurídica, mientras que, si los beneficiarios están indeterminados (pobres, enfermos, etc.), se aplicaría las normas de una propiedad fiduciaria¹²⁰⁰. En opinión de este jurista de al-Azhar, en el derecho

a Apartado segundo: ejemplos de propiedad pública en la *Šarī'a*.

1.- Propiedad de los usos públicos, aquella que tiene un aprovechamiento común y que impide por su naturaleza que caiga bajo la propiedad individual, como los grandes ríos, las calles, los caminos, y las tierras de aprovechamiento de las ciudades y aldeas.

Los alfaquíes han mostrado que los grandes ríos se consideran de todos los musulmanes, que los comparten todos ellos. Abū Yūsuf ha dicho: “El Éufrates y el Tigris son de todos los musulmanes, pues ellos son copropietarios”.

Y en *al-Mugannī* se dice: “Las calles, caminos y las plazas entre los edificios nadie puede explotarlos para sí, así fueran amplios o angostos [...] porque en ellos los musulmanes son copropietarios, y sobre ellos está vinculado su interés, y así son similares sus mezquitas”.

En las fetuas de al-Bazāzī se contiene: “El arrendamiento de los grandes ríos corresponde a la *bayt al-māl* (el tesoro público), y la reparación de las presas también, porque son públicas. Si en la *bayt al-māl* no existieran fondos, y las presas y los ríos precisaran de reforma, se obligaría a todos (a sufragarla)”.

La reserva del imán de tierras de pastoreo para el estado convierte a la misma en propiedad de la comunidad de musulmanes, y su producto se invertiría en ellos, pues esa reserva transforma la tierra de estar permitida a todos en propiedad pública, para que permanezca fuera del tráfico en interés de los musulmanes.

3.- Las tierras convertidas en *waqf* en favor de la comunidad de musulmanes [...] Pues las tierras que se conquistaron *manu militari* y han sido convertidas en *waqf* en favor de la comunidad de musulmanes se consideran como propiedad pública.

4.- Y los *fuqahā'* consideran de esta clase las que 'Umar b. al-Jaṭṭāb ha reservado para la *bayt al-māl* de las tierras de Kisrā y otras.

Al-Mawardī ha dicho en sus *Preceptos de los Sultanes*: “este tipo de tierra habitada no puede ser repartido su dominio directo, porque al reservarla al *bayt al māl* se convierte en propiedad de todos los musulmanes, y sobre ese dominio rige el régimen del *waqf* perpetuo [...]

6.- Muchos alfaquíes consideran que el *waqf* piadoso es un ejemplo de propiedad pública para la comunidad de la *umma*, sin determinar personas, esto está en consonancia con la opinión de los *fuqahā'* que afirman que la propiedad del *waqf* sale del fundador para pasar al régimen de la propiedad de Dios el Altísimo.

islámico se optaría por aplicar esta línea, un régimen de propiedad pública. En nuestra tesis, esta conclusión habría que ser matizada, pues el *fiqh*, según venimos sosteniendo, sí trata de forma autónoma determinados patrimonios. Terminaremos esta polémica en el capítulo dedicado al *waqf*. Esta reflexión nos conduce a otro elemento que aparece en el fragmento, el tesoro público o *bayt al-māl*, al que se pueden adscribir determinados bienes y al que se encarga del arrendamiento (en realidad, (una traducción más actual, aunque algo anacrónica, sería como explotación o concesión de dominio público) es tratado por el doctor como un ente con esfera jurídica propia.

Reutilicemos otros párrafos de esta misma obra, que incluimos a la hora de discriminar entre sociedad y comunidad de bienes, completando el epígrafe original:

حق الدولة أو بيت المال عند فقد الوارث.^a

532- إتفق العلماء على أن التركة إذا لم يكن للميت وارث تكون لبيت المال.

وإختلفوا في أساس إستحقاق بيت المال للتركة في هذه الحال.

أفذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إنما يأخذ التركة على أساس أنها مال ضائع. وإستدلوا ذلك بأن بيت المال يستحق تركة الذمي أيضاً إذا لم يكن له وارث؛ ولو كان بيت المال وارثاً لم يجز أخذ تركة الذمي؛ وذلك لفقد شرط من شروط الميراث وهو إتحاد الدين؛ وذلك أن مال بيت المال هو لجماعة المسلمين.

ب- وذهب بعض الشافعية وكثير من المالكية إلى أن بيت المال يعتبر وارثاً لتركة من يموت عن غير وارث. وإستدلوا على ذلك بأن بيت المال يعقل جنائية من لا عاقلة له، فكذلك يرث من لا وارث له؛ فالغرم بالغنم.

وإستدلوا أيضاً بما أخرجه أبو داود و... بألفاظ متقاربة عن المقدم بن... عن الرسول، ص، أنه قال: ((من ترك مالا فلورثه، وأنا وارث من لا وارث له أعقل له وأرثه)). والرسول، ص، يقول ذلك بصفته الإمام الأعظم؛ فيكون المراد بيت المال.

والواقع أن الإختلاف نظري لا يظهر له كبير أثر في الواقع العملي. ومع ذلك الرأي الثاني أقوى دليلاً، كما هو واضح من نص الحديث.¹²⁰¹

La opinión de la escuela de Medina y de los *šāfi'īs*, estipulando la condición del tesoro público (*bayt al-māl*) como heredero de quien muere sin ninguno, pero también la otra corriente que asigna esos bienes al mismo ente más en su calidad de *res nullius*, inducen a pensar que esa entidad que hace propia sus bienes ha de ser tratada como un titular de derechos y obligaciones, aunque teóricamente, ese conjunto patrimonial pertenezca a la comunidad de los musulmanes. Aparece reiteradamente esa *casa del dinero* (*bayt al-māl*) sin que se haya de deducir una sinonimia con el conjunto de musulmanes. Sin ánimo de efectuar un análisis léxico, el autor de esta tesis, si se trata de usos comunes sobre bienes o conjunto de propiedades más o menos difusos, habla de propiedad del conjunto de musulmanes. Por contra, si esos derechos o propiedades se concretan en actos jurídicos específicos (heredar, poner en explotación bienes públicos, etc.), el titular es el tesoro. Esta cuestión la dejaremos zanjada en la parte de nuestra investigación sobre la *bayt al māl*.

a Derecho del estado o el tesoro ante la ausencia de heredero.

532- Los juristas están de acuerdo en que la herencia, si el muerto no tuviera herederos, sería para el tesoro.

Y discrepan sobre el fundamento del derecho del tesoro sobre la herencia en este caso.

A.- La mayoría de los alfaquíes opinan que se apropia de la herencia sobre la base de que sería un bien abandonado. Argumentan que el tesoro también tiene derecho sobre los bienes de los *ḍimmīes*, si no tuvieran heredero. Si el tesoro fuera heredero, no podría tomar la herencia del *ḍimmī*; eso por la ausencia de un requisito de la sucesión: la unidad de religión, pues los bienes del tesoro son de todos los musulmanes.

B.- Algunos *šāfi'īs* y muchos *mālikīes* opinan que el tesoro es considerado heredero de la herencia de quien muere sin ellos. Argumentan que el tesoro asume la responsabilidad familiar de quien comete un delito sin tener familiares responsables. De la misma manera, hereda de quien no tiene herederos, así la indemnización recae en quien se beneficia.

Y argumentan también con lo que extrajo Abū Dāwud... en un tenor cercano al de Miqdām b. [...] sobre el enviado de Dios que dijo: "quien dejara un bien, que se transmita por herencia, pues yo soy el heredero de quien no tiene heredero y el responsable de sus indemnizaciones y lo heredo". Y el enviado de Dios dice esto en su calidad de imán supremo; pues su intención es decir *bayt al-māl*.

En realidad, la diferencia es más teórica sin mucha aplicación práctica. Aun así, la segunda opinión está más fundamentada, como deja claro el texto del hadiz.

^aويقول الشيخ علي الخفيف: ((وهذا ما يدل على أن الإسلام حين أقر هذه الملكية الجماعية إنما أقرها على أساس أنه ملكية جماعة مكونة من أفراد تتعلق بمال، لكل منهم حق فيه، ويخول له ضرباً من القيام عليه ويظهر في طلب المحاسبة عليه قسمة ورعاية وحفظ. كما يفرض عليه أن يقوم على رعايته وحفظه ما وجد إلى ذلك سبيلاً، لذا كان عمر رضي الله عنه يوصي رجاله الذين أقامهم على حفظ هذا المال أن يلاحظوا أنه مال للمسلمين ولكل منهم فيه حق. ويقول فيما رواه زيد بن أسلم عن أبيه: ((لا يترخص أحدكم في البرذعة أو الحبل أو القتب، فإن ذلك للمسلمين ليس أحد منهم إلا وله فيه نصيب. فإن كان الإنسان واحد رآه عظيماً، وإن كان لجماعة المسلمين إرتخص في، وقال: مال لله)).

وبهذا يحذرهم من أن تكون رعايتهم لهذا المال قائمة على أنه مال الجماعة أو مال الله دون ملاحظة حق كل فرد فيه. وهذا ما يجلب معنى الملكية الجماعية في نظر الإسلام، وأنها للأفراد مشتركين، لا للهئية بوصف أنها لها شخص اعتبارية، ولها ملك هذا المال ولها حقوق))¹²⁰².

Este autor rechaza que el estado, como persona jurídica, sea el propietario de los bienes públicos, pues esta propiedad se predica de todos y cada uno de los musulmanes, a quienes corresponde una parte, una cuota, como miembros diferenciados, no diluidos en el magma de la comunidad.

^bديوان الأعمال والجبائيات:

أعلم أن هذه الوظيفة من الوظائف الضرورية لملك، وهي القيام على أعمال الجبائيات وحفظ حقوق الدولة في الدخل والخرج وإحصاء العساكر بأسمائهم، وتقدير أرزاقهم وصراف أعطياتهم في إبانيتها، والرجوع في ذلك إلى القوانين التي يرتبها قومة تلك الأعمال، وقهارة الدولة، وهي كلها مسطورة في كتاب شاهد بتفاصيل ذلك في الدخل والخرج مبني على جزء كبير من الحساب، لا يقوم به إلا المهرة من أهل تلك الأعمال؛ ويسمى ذلك الكتاب بالديوان، وكذلك مكان جلوس العمال المباشرين لها¹²⁰³.

Ibn Jaldūn, en un texto al que tendremos que regresar en el apartado del *dīwān*, por su posible calificación de órgano administrativo con cierta independencia jurídica, califica esta función como necesaria al objeto de preservar los derechos del estado, en cuanto a sus entradas y salidas contables. Aunque esta obra, *Los Prolegómenos*, no se adjetive como jurídica, sino más bien histórica y sociológica, el escritor desempeñó, a finales del siglo XIV, el cargo de juez *mālikī* en Egipto¹²⁰⁴. El redactar que el estado es titular de derechos supondría una auténtica rareza en los libros de *fiqh* clásicos, donde la *bayt al-māl* sí asume ese rol en ocasiones, siendo más común referirlos a los musulmanes o conjunto de los musulmanes. Sin embargo, el filósofo de la historia tunecino, cuya familia estuvo asentada en Sevilla, utiliza esas expresiones (reino, estado) con naturalidad cuando pretende denotar un centro de imputación de obligaciones y derechos, desmintiendo aparentemente las conclusiones del doctor de al-Azhar. Estos famosos *Prolegómenos*, una de las cumbres del pensamiento islámico medieval, no intentan prescribir una serie de normas jurídicas que regulen la actuación del poder político, sino que centra sus esfuerzos en determinar las razones que expliquen el ascenso y decadencia de ese mismo poder. En cuanto al capítulo sobre el *Dīwān*, se dedica a describir la función y origen de este órgano de la administración, no a prescribir

a Y dice el jeque 'Alī al-Jafīf: "y esto prueba que el Islam, cuando ha reconocido esta propiedad colectiva, la reconoce únicamente sobre la base de que es una propiedad colectiva compuesta de individuos que están en relación con el bien. Cada uno de ellos tiene el derecho a él, y se le permite actuar sobre él, pedir cuentas y el reparto, conservar y velar por él. Como está obligado a velar y cuidar de él, en lo que le fuera posible. Por ello, 'Umar, Dios esté satisfecho de él, ordenó a sus hombres que velaran por ese bien, y que observaran que era un bien de los musulmanes y todos tienen derecho sobre él. Y dice, según cuenta Zayd b. Aslam de su padre: "no está permitido a ninguno de vosotros la silla de montar, la cuerda y las alforjas. Pues eso es de los musulmanes, ninguno de ellos hay sin que tenga parte. Si fuera un solo hombre, lo vería enorme, y si fuera de la colectividad de los musulmanes, se permitiría el botín. Y dijo: es un bien de Dios".

Así les advertía de que cuidaran bien sobre la base de que el dinero fuera de la colectividad o de Dios, sin observar el derecho de cada individuo a él. Y esto es lo que significa la propiedad colectiva en la concepción del Islam, y es que es de los individuos socios, no del ente en su condición de persona jurídica que es propietaria y tiene derechos".

b *Dīwān* de los trabajos y las recaudaciones.

Sepa que esta función es una de las necesarias para el reino; consiste en los trabajos de recaudación y conservación de los Derechos del estado en cuanto a las entradas y las salidas y el recuento de los militares con sus nombres, la estimación de sus soldadas y el abono de los salarios a su tiempo. Esto se basa en leyes que organice el alcance de estas labores y los trabajadores del estado. Todo ello está contenido en las líneas de un libro con todo detalle sobre las entradas y salidas, construido en gran parte sobre el fundamento de la contabilidad. No se encarga de ellos más que expertos en estas acciones, y se denomina este libro *Dīwān*, asimismo se llama el lugar donde se sientan los funcionarios encargados de ello.

el régimen jurídico que la *Šarī'a* dispone para el mismo. No obstante, no hay que descartar el fragmento como indicio de una personificación jurídica del estado; en cualquier caso, la *umma* no encuentra en él un cimiento para encuadrarla entre los sujetos de derecho.

A la luz de las obras compendiadas, hay que contestar a una pregunta: ¿la *umma* es un ente con capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección jurídica igual (salvo alguna especial excepción) a la atribuida a la persona natural? Se observa apenas incipiente distinción entre derecho público y privado, pues en la obra de al-Māwardī los actos jurídicos propios el poder político son regidos por un régimen jurídico más laxo que el que se aplica a los civiles. No obstante, este pensamiento no encontró un desarrollo posterior que culminara en la concepción de la *umma* como sujeto.

La negativa es rotunda, en contra de la opinión de algunos autores, por los siguientes motivos:

- Al margen de que el derecho islámico asuma sin suspicacias la existencia de derechos sin sujeto por su tendencia objetiva y la división de la propiedad recurrente en nuestra tesis, existen bienes cuyo uso es público, comunidad de permiso en la terminología de la compilación otomana y de la escuela *ḥanaḥī*, existe un uso común consentido accesible a cualquiera, pero el bien o no es de nadie o es de la comunidad, en condominio de sus miembros, no de aquella en sí.
- El botín, el impuesto con que se grava a las comunidades no musulmanas, el *jarāy* son ingresos que corresponden a todos y cada uno de los musulmanes. A veces se mantiene en el tiempo, otras, se pone fin a la situación de condominio mediante el reparto, pero nunca se atribuye a la *umma*, como se desprende de los textos. Incluso en momentos en los que se aprecia una mayor abstracción, véase el fragmento de Averroes, ese trasvase en la titularidad tiene lugar. La actuación del imán, como representante de la comunidad introduce un elemento que no encaja totalmente con la comunidad de bienes, pues su función está imbuida de alteridad: actúa en nombre ajeno, la *umma*. Sin embargo, la representa en cuanto que lo hace con todas y cada uno de los musulmanes individualmente, no es una función corporativa, como es el caso de la Iglesia. Además, la misma posee una esencia similar a la del tutor. El léxico empleado no ofrece dudas, incluida crónicas no jurídicas. Finalmente, la fetua sobre el usurpador del camino de los musulmanes resulta reveladora: es uno de los comuneros y, por tanto, al hacer suyos los frutos de la apropiación, parece que realiza un acto de concreción de su derecho como copropietario. Asimismo, entra en juego la figura del titular indeterminado a cuya regulación le hemos dedicado algunos párrafos.
- En su momento lo afirmamos, aunque fuera teóricamente, en autores como Sinibaldo la posibilidad de supervivencia del ente a sus miembros está contemplada en algunos tipos de personas jurídicas. En la *umma* sería inconcebible.
- La relación entre la *umma* y *bayt al-māl* posee connotaciones peculiares. En este estadio de nuestro trabajo calificamos a aquella como un conjunto de personas que forma un cuerpo con entidad propia, sino que cada miembro conserva su individualidad y o bien está determinada la cuota que le corresponde o bien es susceptible de determinación mediante el reparto, porque el imán lo fije o decida cuál es el interés común en cada momento. Por el contrario, el tesoro público (aplazamos la argumentación para el lugar correspondiente) se rige por una serie de normas que lo convierten en un ente con capacidad jurídica y de obrar, pues se le imputan obligaciones y ejercita derechos. Sin embargo, serán todos los musulmanes los dueños de este patrimonio, el propietario teórico del mismo. La titularidad del conjunto patrimonial corresponde a una comunidad de bienes sin personalidad jurídica, pero el patrimonio es regulado como tal, según comprobaremos. A riesgo de reiterar la idea

de modo irritante, el *fiqh* está preocupado por el impacto en la realidad material de los negocios jurídicos que normas establecen, el sujeto desempeña una función subordinada al mismo, como la de dotar de unidad a cosas dispersas.

- La propiedad pública en la *Šarī'a* siempre se predica de personas físicas, los musulmanes. Las fundaciones con una finalidad piadosa que el derecho considera digna de tutela, en virtud de la opinión de 'Abd-l-Salām Dawūd al-'Abādī, transforma la propiedad en dominio de todos los creyentes; o sea, un *waqf* en favor de un hospital devendría en bien demanial, perteneciente a todos los fieles. En la época de Justiniano, siguiendo a la más extendida doctrina, una fundación del mismo tipo alcanzaría el privilegio legal de la personalidad jurídica. La carencia de un concepto propio de sujeto de derecho diferente al humano empuja a identificar inalienabilidad e indisponibilidad con *waqf*, tal y como observamos al analizar las tierras de *jarāy*. No obstante, la titularidad del dominio directo o nuda propiedad del bien habiz nunca correspondería a la *umma* en ninguna de las escuelas, sino al fundador, a Dios, a nadie o a los beneficiarios, quienes casi nunca serían todos los musulmanes. Esta otra interrogante también es un adelanto del capítulo dedicada a *hubs* islámico.
- La obra de Ibn Jaldūn, por la referencia a los *derechos del estado*, resulta insólita, una *rara avis*. En muchos aspectos su originalidad es evidente. Es labor de la crítica textual determinar si el autor norteafricano personifica al estado; nosotros proponemos que en el párrafo se escoge como referencia al *bayt al māl* o tesoro, cuya independencia y autonomía legal sí va a hallar muchos argumentos legales entre las obras de ulemas.

A modo de epílogo de este epígrafe, aun reconociendo la representación en nombre de la *umma* del califa, sultán o imán, (alteridad de su función), el tratamiento de la comunidad con cierta unidad, nos vemos compelidos a negar cualquier reconocimiento de la misma como ámbito de imputación de derechos y obligaciones. Política y sociológicamente dispone de la consideración de sujeto digno de ser tenido en cuenta, pero a ojos del derecho, especialmente el privado o civil, su naturaleza es la de una comunidad de bienes, porque, con mayor o menor determinación, la titularidad de los derechos recae, en forma de cuota presente o determinable en el futuro, en los musulmanes a título individual, el párrafo del escritor de los *Prolegómenos*, no se ha de extrapolar a la comunidad de creyentes.

5.1.2 Tribu, clanes, familia

En la familia, tanto en sentido restringido como amplio, y los grupos humanos más extensos, tribu o clan, reside el núcleo fundamental de cualquier sociedad. Sin embargo, esta evidencia no los convierte *per se* en entes de los que se predique derechos y obligaciones.

El Islam se originó en una cultura a la que varios autores denominan *humanismo tribal*¹²⁰⁵. En la Arabia de la *Yāhiliyya*, el titular del ideal árabe de virilidad y valor se predicaba de la tribu como titular del mismo¹²⁰⁶, más que de los individuos, quienes veían constreñido enormemente su espacio¹²⁰⁷. Esta visión habría permanecido en la escuela jurídica más apegada a la tradición de la ciudad de Medina y, por tanto, a las costumbres más genuinamente árabes¹²⁰⁸.

En el capítulo en el que hemos hablado sobre los precedentes históricos, comprobamos como algunos clanes árabes desarrollaron algunos estados propios más o menos avanzados. Los amoritas originaron dinastías propias en Mesopotamia, en las que pervivía su base tribal¹²⁰⁹. Los nabateos fundaron su propia monarquía con capital primero en Petra y posteriormente en Bosra (en la actual Siria), mas sus monarcas apenas sobrepasaron la categoría de *šayj* tribal¹²¹⁰. Finalmente, otros grupos también consiguieron cierto grado de avance hacia una sociedad estatal, como los *lajmīes* y *gassāsīnas* aliados de sasánidas y bizantinos respectivamente¹²¹¹. También existieron históricamente dinastías reales en Yemen.

Este contacto con el mundo romano-bizantino, potenciado por el carácter comercial del enclave de La Meca, como nudo de comunicación de las caravanas, facilitaría la asimilación en la lengua árabe, como vimos, de términos griegos y latinos: ladrón o dolo¹²¹².

Las instituciones jurídicas de las tribales en general se han estudiado como parte de la prehistoria del derecho, la composición, liderazgo, resolución de conflictos y la figura de la donación¹²¹³. En concreto, la tribu árabe preislámica se caracterizaba por las siguientes particularidades: una autoridad, el *sayyid*, no demasiado firme, una especie de *primus inter pares*, quien habría de ser generoso, hospitalario, en la práctica tomaba las decisiones junto al consejo de la *šurā*¹²¹⁴.

Centrándonos en nuestro objeto de estudio, ajeno al análisis de la estructura de los distintos clanes, trataremos de descubrir si esta institución social es considerada como sujeto de derechos y obligaciones, un ente dotado de capacidad jurídica y de obrar. Algunos autores sostienen que la propiedad de los rebaños, el botín y las tierras se predicaba de la misma como tal, no de los miembros¹²¹⁵. Esas tierras colectivas no serán reconocidas por la *Šarī'a*, aunque sí protegidas¹²¹⁶. Este autor, habla también que el estado se reserva, a veces, un derecho eminente sobre las mismas. Hemos constatado que ese derecho sobre la *nuda* propiedad, o dominio directo, pertenece a todos los musulmanes en comunidad de bienes, difícilmente se atribuye a la nación como sujeto de derecho. Nuestro propósito y nuestro desconocimiento nos imposibilitan un análisis jurídico sobre la propiedad tribal. No resta más que acudir a los textos de los *fuqahā'*.

Para los ulemas es una necesidad ineludible construir el concepto de familia y tribu, al objeto de perfilar determinados institutos; a modo de ejemplificación, el *fay'*. Otro de los ámbitos será el del *waqf*, cuyos beneficiarios, en numerosas ocasiones, son los familiares del fundador; no obstante, esta cuestión lo pospondremos a la sección correspondiente. En esta tesitura, al-Ṭahāwī¹²¹⁷, jurista nacido en el Alto Egipto en el siglo IX, iniciado en la escuela *šāfi'ī* y transformado en uno de los más reputados seguidores de Abū Ḥanīfa, en su obra sobre *los significados de las tradiciones*, trata de aclarar el concepto de familia al objeto de repartir la parte que corresponde a la familia de Muhammad:

«فلم قلت: إن قرابة الرجل هي من جمعه إياه أقصى أبانه في الإسلام؟»

a ¿Por qué dijisteis que la familia de un hombre es la que lo une con su padre más lejano en el Islam?

قيل له: قد ذكرنا فيما تقدم منا، في كتابنا هذا، أن رسول الله، ص، أعطى قرابة، ومنع قرابة، وقد كان كل من أعطاه وكل من حرمه، ممن لم يعطه، من موضعه منه، وموضع الذي أعطاه يجمعه وإياهم عشيرة واحدة ينسبون إليها حتى يقال لهم جميعاً: هؤلاء القرشيين، ولا ينسبون إلى ما بعد قريش، فيقال: هؤلاء الكنانيون، فصار أهل العشيرة جميعاً بني أب واحد وقرابة واحدة، وبانوا ممن سواهم، فلم ينسبوا إليه فكذلك أيضاً كل أب حدث في الإسلام صار فخذاً أو صار عشيرة يُنسب ولده إليه في الإسلام فكان هو وولده يُنسبون جميعاً إلى عشيرة واحد قد تقدمت الإسلام فهم جميعاً من أهل تلك العشيرة، هذا أحسن الأقوال في هذا الباب عندنا، والله نسأله التوفيق¹²¹⁸.

El alfaquí *ḥanaḥī* estima como opinión más acertada el considerar la filiación tribal al mismo nivel que aquella que nace con el Islam de la que se remonta antes de su aparición. En cualquier caso, la tribu sería aquella unidad familiar en la que todos sus miembros poseen un antepasado paterno común, padre de todas sus líneas.

^aثم إعتبرنا قول الذين قالوا: لم يجب لذي قرابة رسول الله، ص، حق في آية الفيء، ولا في آية الغنائم، وإنما وكد أمره بذكر الله إياهم (أي: فيعطون لقرابتهم ولفقرهم، ولحاجتهم).

فوجدنا هذا القول فاسداً لأنه لو كان ذلك كما قالوا، لما أعطى رسول الله، ص، أغنياء بني هاشم، منهم العباس بن عبد المطلب رضوان الله عليهم، فقد أعطاه معهم، وكان موسراً في الجاهلية ولا إسلام، حتى لقد تعجل رسول الله، ص، ذي القربى ليس للفقراء، لكن لمعنى سواه¹²¹⁹.

Atendiendo al criterio de al-Ṭaḥāwī, la razón por la cual se ha de partir la cuota de este tipo de botín, *fay'*, radica en los lazos familiares, independientemente de la capacidad económica del beneficiario.

^bفكلم أنيس أبرهة، فقال له: أيها الملك، هذا سيد قريش بيباك يستأذن عليك، وهو صاحب عير مكة، وه يطعم الناس في سهل، والوحوش في رعوس الجبال، فأذن له عليك، فيكلمك بحاجته، وأحسن إليه قال: فأذنه له أبرهة¹²²⁰.

En esta crónica, se narra la entrevista del abuelo del profeta con el rey de Yemen; en concreto, el párrafo habla que es presentado ante el monarca como señor de la tribu de *Qurayš*. Ahora bien, su posición estaba subordinada a la del soberano yemení.

^cأمر السيد، والعاقب، وذكر المباهلة

قال ابن إسحاق: وقدم على رسول الله، ص، وفد نصارى نجران ستون راكباً، فيهم أربع عشر رجلاً من أشرفهم، في الأربعة عشرة منهم ثلاثة نفر إليهم يؤل أمرهم: العاقب، أمير القوم وذو رأيهم، وصاحب مشورتهم، والذي لا يصدر عن رأيه، وإسمه عبد المسيح، والسيد، لهم ثمالهم، أسقفهم، وحبرهم، وإمامهم، وصاحب مدراسهم. وكان أبو حارثة قد شرف فيهم، ودرس كتبهم، حتى حسن علمه في دينهم، فكانت ملوك الروم من النصرانية قد شرفه، ومولوه، وأخدموه، وبنوا له الكنائس، وبسطوا عليه الكرامات، لما يبغلهم عنه من علمه، وإجتهاده في دينهم¹²²¹.

Se contestaría: nos hemos referido, en lo que precede de nuestro libro, a que el enviado de Dios otorgó parentesco y lo impidió, estando todo aquel a que se lo dio y todo aquel al que privó (del *fay'*), al no otorgársela, unidos por una única tribu en la que situaba su afiliación, de tal manera que se les llamaba a todos: estos son de Qurayš, y no se afiliaban a nadie más después de Qurayš, para que se les llamara *al-kināniyyim*. Las personas son gente de una tribu cuando tienen un único padre y una única familia, distinta a los demás de la que no tienen filiación. Así cada padre que surgen en el Islam, que se convierte en una línea o tribu genera la filiación de sus hijos en el Islam, también sucede con las tribus anteriores al Islam, que mantienen la filiación. Esta es la mejor de las opiniones que tenemos en este capítulo, y a Dios pedimos el éxito.

a Después, consideramos la opinión de los que dicen: los familiares del enviado de Dios no tienen derecho en la aleya del *fay'*, ni en la de los botines, únicamente les asegura su posición al mencionarlos Dios: “dádseles a sus familiares, pobres y para los necesitados.

Encontramos errónea esta opinión, porque si fuera así, el enviado de Dios no lo habría dado a los ricos de los Banū Hāshim, entre ellos al-Abbās b. `Abd-l-Muṭalib, Dios esté satisfecho de ellos, pues era rico en la época preislámica y con el Islam; sin embargo, se apresuró a entregárselo a los familiares que no eran pobres, pero en el sentido eran iguales.

b Unays habló con Abraha y le dijo: Oh Rey, es este el señor de Qurayš que está ante tu puerta y te pide permiso, y es el dueño del burro de La Meca, y él alimenta la gente en las llanuras y a las bestias en las cimas de las montañas. Admítelo para que te hable sobre un asunto que precisa. Se lo tomó a bien y dijo: Abraha dale permiso.

c El asunto del señor, el subalterno y mención de la controversia.

Ibn Ishāq ha dicho: se presentaron ante el enviado de Dios los cristianos de Naḡrān, sesenta caballeros, entre ellos catorce nobles, entre los catorce tres a los que consultan previamente: el subalterno, el jefe de la tribu, el que tiene la última palabra, jefe del consejo, quien no se toma ninguna decisión salvo que esté de acuerdo, y su nombre es `Abd-l-Masīḥ, y el señor. Tienen sus propios jefes. Van sus obispos, su pontífice, imán y encargado de las escuelas.

Abū Hārīṭa ha encontrado reconocimiento entre ellos, ha estudiado sus libros hasta aprender bien su religión. Los reyes de Rūm (romanos bizantinos) cristianos lo tuvieron en alta estima y lo convirtieron en su aliado y pusieron a su servicio. Le construyeron iglesias, y le otorgaron honores, por la ciencia que poseía y por su estudio de la religión.

Esta biografía de Muḥammad, en este apartado que hemos seleccionado, nos describe la delegación que se presentó ante él de los cristianos de Naḡrān, una región de la Península Arábiga situada a medio camino entre La Meca y Yemen¹²²². Como tribu árabe, su organización estaba encabezada por un jefe tribal y una serie de nobles que constituían una especie de consejo consultivo. Otro aspecto interesante del relato lo representa la conexión existente entre estos y los emperadores bizantinos, quienes además construían allí iglesias. Nos será de bastante provecho a la hora de analizar el *waqf*.

^a عرض الجيش على أبي سفيان.

قال ومرت القبائل على راياتها، كلما مرت قبيلة قال: يا عباس، من هذه؟ فأقول: سليم. فيقول ما لي وسليم [...] حتى نفذت القبائل، ما تمر به قبيلة إلا يسألني عنها، فإذا أخبرته بهم، قال: ما لي وليني فلان، حتى مر رسول الله، ص، في كتيبته الخضراء¹²²³.

El biógrafo narra la presentación del ejército, antes de la toma de La Meca, ante uno de los compañeros del profeta, Abū Sufyān¹²²⁴, padre del fundador de la dinastía omeya, Mu‘āwīyya. La narración explícita una división del mismo por tribus. La organización militar básica, en este estadio inicial del islam, se basa en ellas.

^b حج أبي بكر بالناس سنة سبع.

قال ابن إسحاق: ثم أقام رسول الله، ص، بقية شهر رمضان، وشوال، وذا القعدة، ثم بعث أبا بكر أميراً على الحج من سنة تسع، ليقومون للمسلمين حجهم، والناس من أهل الشرك على منازلهم من حجهم، فخرج أبو بكر، ر، ومن معه من المسلمين. ونزلت براءة في نقض ما بين رسول الله، ص، وبين المشركين من العهد، والذي كانوا عليه فيما بينه وبينهم [...] وكان ذلك عهداً عاماً بينه وبين الناس من المشركين، وكان عهدود بين رسول الله، ص، وبين قبائل العرب خصائص، إلى آجال مسماة...¹²²⁵

Este otro fragmento sobre la vida del profeta nos muestra como la tribu también es un sujeto político primordial. Muḥammad concluía acuerdos con las tribus. Estos pactos intertribales eran muy frecuentes en la Arabia preislámica.

^c وأمر أبو بكر رضي الله عنه عمرو بن العاص أن يسلك طريق أيلة عامداً فلسطين [...] وكان العقد لكل أمير في بدء الأمر على ثلاثة آلاف فلم يزل أبو بكر يتبعهم الأمداد حتى صار مع كل أمير سبع آلاف وخمسمائة ثم تنام جمعهم بعد ذلك أربع وعشرين ألفاً. وروى عن الواقدي أن أبا بكر ولي عمراً فلسطين، شرحبيل الأردن، ويزيد دمشق [...] وروى أيضاً أنه أمر عمراً مشافهة أن يصلي بالناس إذا اجتمعوا [...] وأمر الأمراء أن يعقد لكل قبيلة لواء يكون فيهم...¹²²⁶

Las crónicas de las primeras conquistas de los musulmanes no ocultan que la organización de la tropa seguía un modelo tribal.

^d فصل: في ترتيب الجيش.

a Presentación del ejército ante Abū Sufyān.

Dijo: desfilaban todas las tribus con sus estandartes. Cada vez que pasaba una, decía: ‘Abbās, ¿cuál es esta? Le decía: Sulaym, Contestaba: todo lo mío es de Sulaym [...] Hasta que terminaron todas las tribus, no terminaba de pasar una y me preguntaba por ella, y cuando le informaba, decía: todo lo mío es de esta. Hasta que desfiló el Enviado de Dios, con su falange verde.

b Peregrinación de Abū Bakr con la gente en el año nueve.

Ibn Ishāq ha dicho: Luego acampó el enviado de Dios, el resto del mes de *ramaḡān*, *ṣawāl* y *ḡū al-qa’ida*, después envió a Abū Bakr como jefe de la peregrinación del año nueve, para que facilitara a los musulmanes su peregrinación, mientras la gente politeísta permanece en sus hogares. Partió Abū Bakr con los musulmanes que estaban con él.

Barāa bajó para anular el pacto que existía entre el enviado de Dios y los politeístas [...]

Era un pacto general entre él y la gente politeísta, y existían pactos especiales entre el enviado de Dios y las tribus árabes...

c Abū Bakr, Dios esté satisfecho de él, ordenó a ‘Amr b. al-‘Āṣ que siguiera el camino de Ayla para dirigirse a Palestina [...] El pacto era que cada líder, al principio, dispondría de tres mil hombres. Abū Bakr continuaba recibiendo refuerzos que lo seguían hasta que cada *amīr* disponía de siete mil quinientos; después logró reunir veinticuatro mil. Se cuenta de al-Wāqidi que Abū Bakr encomendó a ‘Umar Palestina, a Ṣarḡabīl Jordania y Yazīd Damasco [...] También se cuenta que ordenó a ‘Umar de palabra que rezara con la gente cuando se reunieran [...] y ordenó a los *amīres* que contrataran para cada tribu un estandarte que permaneciera con ellos...

d Capítulo: Sobre la clasificación del ejército.

En cuanto a la clasificación del ejército en el *dīwān*, si se registrara en él, se realizaría en dos clases: general y particular. En cuanto a la general, se clasificarían las tribus y las nacionalidades, para diferenciar cada tribu de las demás y cada nacionalidad de otra distinta; de tal manera que no se unan diferentes ni se distingan iguales, para que sea la llamada del *dīwān* con un único criterio: el linaje [...] Se empezaría por la clasificación según el origen del linaje [...]

وأما ترتيب الجيش في الديوان إذا أثبتوا فيه فمعتبر من وجهين: أحدهما عام، والآخر: خاص. فأما العام فهو ترتيب القبائل والأجناس، حتى تتميز كل قبيلة عن غيرها، وكل جنس عن خالفه، فلا يجمع فيه بين مختلفين ولا يفرق به بين المتفقين، لتكون دعوة الديوان على نسق واحد، معروف بالنسب [...] فيبدأ بالترتيب في أصل النسب [...].

وأما الترتيب الخاص فهو ترتيب الواحد بعد الواحد، يرتب بالسابقة في الإسلام، فإن تكافأوا في السابقة ترتيبوا بالبدن، فإن تقاربوا فيه ترتيبوا بالسن فإن تقاربوا فيها ترتيبوا بالشجاعة، فإن تقاربوا فيها فولى الأمر بالخيار بين أن يرتبهم بالقرع، أو يرتبهم عن رأيه وإجتهاده¹²²⁷.

En su tratado sobre *los preceptos de los sultanes*, al-Māwardī, analizando las normas de derecho público, dicta las reglas que han de regir el registro de los miembros del ejército. El criterio principal es su pertenencia a una tribu. Este fragmento no está describiendo unas tropas que se han islamizado recientemente y emprenden las conquistas inmediatamente después de la muerte del profeta, sino que forma parte de un libro cuya función es dictar normas a los sultanes que rijan su actuación; en este caso concreto, las reglas de las entradas en el registro que versen sobre los soldados.

^aفصل*(كيف كان فرض عمر لأصحاب رسول الله، ص، ورضي عنهم)*

[...] قال حدثني محمد [...] أن عمر رضي الله عنه لما أراد أن يفرض للناس- وكان رأيه خيراً من رأيهم- قالوا له: أبدأ بنفسك. قال: لا فبدأ بالأقرب من رسول الله، ص، وفرض للعباس ثم لعلي رضي الله تعالى عنهما حتى وإلى خمس قبائل حتى إنتهى إلى بني عدى بن مكعب¹²²⁸.

Abū Yūsuf, como parte de su libro acerca del *jarāy*, describe la forma en que el califa ‘Umar b. al-Jaʿfār repartía entre los musulmanes los bienes procedentes de las conquistas. Primero a las personas más próximas al profeta, pero también como beneficiarios aparecían tribus.

^bباب تقويم الناس في الديوان على منازلهم.

(قال الشافعي) رحمه الله تعالى قال الله عز وجل ((إنا خلقناكم من ذكر وأنثى)) [...] وعقد النبي، ص، الأولية عام الفتح فعقد للقبائل قبيلة قبيلة حتى جعل في القبيلة ألوية كل لواء لأهله وكل هذا ليتعارف الناس في الحرب وغيرها وتخف المؤنة عليهم بإجتماعهم وعلى كل والي كذلك [...] على واليهم وهكذا أحب للوالي أن يضع ديوان على القبائل ويستظهر على من غاب عنه ومن جهل ممن يحضره من أهل الفضل من قبائلهم¹²²⁹.

También al-Šāfi‘ī recomienda que en el registro oficial se tenga en cuenta a las tribus, las cuales, además, han de disponer de su propio estandarte, tal y como prescribe Muḥammad. Nos hallamos de nuevo ante un texto jurídico, prescriptivo, no histórico-descriptivo.

Siglos más tarde, durante la Baja Edad Media, Ibn Jaldūn, intenta esclarecer el porqué la fase más primitiva de jefatura del clan desemboca en otra más evolucionada: la monarquía. Su obra versa sobre cómo surgen los estados y cuáles son las claves de su permanencia o decadencia. Reseñemos algunas líneas:

^cالفصل الحادي عشر. في أن الرياسة لا تزال في نصابها المخصوص من أهل العصبية.

En cuanto a la clase particular, sería la clasificación uno a uno, por su conversión anterior al Islam; si fuera similar, por la piedad, si fuera próxima, por la edad, si fuera parecida, por la valentía, si también fuera similar, el gobernante elegiría entre clasificarlos por sorteo o según su opinión y estudio del asunto.

a Capítulo. *(Cómo ‘Umar repartía entre los compañeros del enviado de Dios, Dios esté satisfecho de ellos)*.

Dijo: me contó Muḥammad [...] que ‘Umar, Dios esté satisfecho de él, cuando quería repartir entre la gente -su opinión era mejor que la de los demás- le dijeron: empieza por ti mismo. Dijo: no y comenzó por los más cercanos al enviado de Dios y repartió a al-‘Abbās, luego a ‘Alī, Dios esté satisfecho de ambos, hasta repartir entre cinco tribus y terminar en los Banū ‘Udā b. Muka‘ab.

b Capítulo sobre la organización de la gente en el *dīwān* según sus hogares.

(al-Šāfi‘ī ha dicho), Dios todopoderoso se apiada de él, dijo el Altísimo: “os creamos hombre y mujer” [...] y el Profeta dispuso un estandarte en el año de la conquista, y dispuso para las tribus, una a una, para que cada una tuviera su estandarte, y así reconocerse su gente en la guerra y otras ocasiones. Proteger las provisiones con su unión. Y todo dirigente deber hacer lo mismo [...] Y así es más querido para el gobernante poner en el *dīwān* a las tribus y hacer patente para quien está ausente y quien desconozca de los presentes a los nobles de las tribus.

c Capítulo décimo primero. Sobre que la jefatura continúa en el linaje de la gente de la ‘*aṣabiyya*.

has de conocer que toda línea, clan o tribu, aunque tenga un linaje común, posee su propia ‘*aṣabiyya*, más poderosa y cohesionada que el linaje general [...] pues en este linaje particular es más fuerte por la cercanía de la carne y la jefatura recae en uno de estos no en el general. Pues la jefatura solo se da mediante la victoria, la ‘*aṣabiyya* de esta ha de ser más fuerte que las restantes, para que se dé el triunfo de la misma y la jefatura se deposite entre su gente.

أعلم أن كل حي أو بطن من القبائل وإن كانوا عصابة واحدة لنسبهم العام ففيهم أيضاً عصبية أخرى لأنساب خاصة هي أشد إلحاحاً من النسب العام لهم [...]؛ إلا أنها في النسب الخاص أشد لقرب اللحمية. و الرياسة فيهم إنما تكون في نصاب واحد منهم ولا تكون في الكل. ولما كانت الرياسة إنما تكون بالغلْب وجب أن تكون عصبية ذلك النصاب أقوى من سائر العصابات ليقع الغلب بها وتتم الرياسة لأهلها¹²³⁰.

Queda lejos de nuestro objetivo adentrarnos en el concepto central del andamiaje teórico de la obra del pensador nacido en Túnez: la *'aşabiyyia*. No obstante, sí nos atañe su estrecha vinculación con el linaje familiar y tribal. La teoría política de este historiador musulmán está íntimamente vinculada a los lazos de parentesco. La familia, la tribu y otras instituciones sociales ocupan una posición central en el islam, como civilización, pero, al igual que ocurría con la *umma*, no existen indicios de su regulación como centro de imputación de relaciones jurídicas.

^aالفصل السادس في أن الدعوة الدينية من غير عصبية لا تتم. وهذا لما قدمناه من أن كل أمر تحمل عليه الكافة لا بد له من العصبية. في الحديث الصحيح كما مر ((ما بعث الله نبياً إلا في منعة من قومه)) وإذا كان هذا في الأنبياء وهم أولى الناس بخرق العوائد، فما ظنك بغيرهم ألا تُخرق له العادة في الغلب بغير عصبية. [...] وأحوال الملوك والدول راسخة قوية لا يزحزحها ويهدم بناءها إلا المطابة القوية التي لا يتم من ورائها عصبية القبائل والعشائر كما قدمناه. وهكذا كان حال الأنبياء -عليهم الصلاة والسلام- في دعوتهم إلى الله بالعشائر والعصابات، وهم مويدون من الله بالكون كله لو شاء؛ لكنه إنما أجرى الأمور على مستقر العادة. والله حكيم عليم¹²³¹.

Los vínculos familiares y tribales adquieren tal significación que sin su apoyo ni el anuncio de los profetas puede tener éxito; sin el favor de un clan lo suficientemente cohesionado, los enviados de Dios no serían capaces de llevar a cabo su misión. En el caso de las entidades políticas, esta dependencia sería aún más decisiva.

^b فصل من أخبار غالب بن عبد الرحمن في مسيره إلى العدو. وفي يوم الثلاثاء لثمان بقين من شعبان منها خوطب الوزير القائد الأعلى غالب بن عبد الرحمن بالبعثة إليه بعشر آلاف دينار لصلات الخارجين إليه من وجوه القبائل المنحرفين هن المخذول حس بن قنون وزعمائهم، يوزعها عليهم حسب مقاديرهم، إستئلاً لهم وإستصفاء لبصائرهم¹²³².

Ejemplificando lo que se ha deducido en la obra de Ibn Jaldūn, Ibn Ḥayyān traza en su crónica sobre al-Andalus, a finales del siglo X, una imagen de cómo el califa se ve compelido a tener en cuenta esta estructura tribal. De esta manera se nos relata la petición que hace a su primer ministro para que distribuya dádivas entre los principales de las tribus que apoyaban a un insurrecto, con la finalidad de provocar deserciones entre sus filas.

^c [...] وكان صاحب مدينة الزهراء محمد بن أفلح قاعداً على كرسيها في أهبتها الكاملة يرتب ما يلزمه ترتيبه، وتقدم الوزير القائد الأعلى غالب بن عبد الرحمن فدخل على باب السدة إلى القصر وبنو إرديس معه، فلما وصل بهم إلى دار الجند نفذ العهد بإئزاهم في مجالس القبلية بها...¹²³³

a Capítulo sexto: sobre que la predicación religiosa no se completa más que con la *'aşabiyyia*.

Eso es así por lo que hemos adelantado sobre que todo asunto que implique a los demás necesita de la *'aşabiyyia*. En el hadiz válido al que nos hemos referido: “no ha enviado Dios a ningún profeta que no haya encontrado la resistencia de su pueblo”. Si eso es así con los profetas, siendo ellos los primeros en romper las costumbres, qué crees que paso con los que no lo son, que van a cambiar las costumbres sin la *'aşabiyyia*.

[...] Y el estado de los reyes y los estados es firme y fuerte no se remueve ni destruye su estructura sin una exigencia fuerte en la que detrás de ella esté la *'aşabiyyia* de las tribus y los clanes como hemos adelantado.

Y así es el caso de los profetas, las oraciones y paz estén sobre ellos, en su predicación hacia Dios entre las tribus y los clanes, siendo apoyados por Dios si quisiera. Pero de esta manera discurren los asuntos estables. Y Dios es sabio y prudente.

b Capítulo sobre las noticias de Gālib b. 'Abd -l-Raḥmān en su expedición a los límites fronterizos.

El día tercero del octavo del mes de *ša'bān*, fue requerido el ministro, jefe supremo, Gālib b. 'Abd -l-Raḥmān sobre el envío a él de diez mil dinares para las soldadas de quienes salían hacia él de los principales de las tribus, que habían desertado del traidor Ḥasan b. Qanūn, y sus líderes, para que los repartiera según sus capacidades, por miles, y escogiendo a los más prudentes.

c El responsable de Madīna-l-Zahrā', Muḥammad b. Aflaḥ, estaba sentado en su sillón concentrado totalmente en organizar lo necesario; se adelantó el ministro, jefe supremo, Gālib b. 'Abd -l-Raḥmān, y entró por la Puerta del Reclinatorio al palacio, acompañado de los Banū Idrīs. Cuando llegó con ellos a la Casa de los Soldados, se completó el acuerdo, al sentarlos en los consejos tribales...

Esta misma historia sobre el califato cordobés pone de relieve como los pactos se sellaban con las tribus y, un hecho que nos servirán más adelante, la existencia de consejos tribales. En Jordania, tras años en los que los asuntos tribales estaban regidos por un ministerio propio, el monarca, en su Consejo ha nombrado una persona para asesorarlo en la materia¹²³⁴. Más importancia si cabe recibe en Marruecos donde los colectivos étnicos y las tribus tienen regulada sus propias propiedades colectivas¹²³⁵.

^aالقبيلة والأرض.

إن الأرض التي تنزل بها القبيلة والتي تعيش عليها تعتبرها ملكاً لها، تنتشر فيها بطونها وعشائرها، فلا تسمح لغريب بالنزول بها أو حتى المرور إلا بموافقتها. وكل بطن منها إختص بحماية ناحية من الأرض وإعتبرها أرض خاص به¹²³⁶.

Este profesor de la Universidad Libanesa, el doctor Ḥusayn al-Ḥāỵỵ Hasan, en su obra sobre la civilización de los árabes en la época preislámica, afirma que la propiedad de la tierra pertenecía a la tribu que la habitaba.

^bالباب الثالث.

في ذكر جملة أعمالها، وتفصيل نواحيها، وتحقيق أسماء ضياعها، وكفورها، وجزائرها، ومناها، وكل ما يقع عليه إسم في الديوان منها، والتنبيه على ما يرد مجموعاً مع غيرها لما جرت به العادة فيه، وترتيب ذلك على حروف المعجم بحيث يؤتى بكل حرف، ويورد تحته كل ما يجيء عليه من نواحي كل عمل، لا على عادة الدواوين في إيراد كل عمل مفقاً بكل حرف؛ ولما كانت هذه الأعمال وعبرتها ومسائرها من أسرار الدولة إلتى لا يجوز إشاعتها، [...]

... حرف الباء
الشرقية

بركة واصل؛ بنى وائل من كفور علاقمة؛ [...] بنى عميرة {من كفور علاقمة} [...]؛ بدو بنى خُتيم...¹²³⁷.

En la obra sobre el *dīwān* en el Egipto *ayyūbī*, al-Mamāṭī, copto converso al Islam, quien ocupó el cargo de ministro y también de responsable del *dīwān* durante el siglo XII¹²³⁸, registra propiedades tribales, algunas campesinas y otras beduinas.

^cوينهي إذا كان بين الناس هيح عن الدعاء إلى القبائل والعشائر؛ ليكن دعاءهم إلى الله وحده لا شريك له؛ فمن لم يدع إلى الله ودعا إلى القبائل والعشائر فليقطعوا بالسيف حتى يكون دعاؤهم إلى الله وحده لا شريك له...¹²³⁹

al-Ṭabarī, en su magna historia, refleja como exhorta a su Enviado a negociar con la tribu de los Banū al-Ḥārīṭ. Su discurso tiende a superar las fidelidades tribales y a predicar únicamente a Dios.

^dقال: فلما كان من الليل خرج علي فعبي الناس ليلته كلها، حتى إذا أصبح زحف بالنا، وخرج إليه معاوية في أهل الشام، فأخذ علي يقول: من هذه القبيلة؟ ومن هذه القبيلة؟ فمنسبت له قبائل أهل الشام، حتى إذا عرفهم رأى مراكزهم قال للأزد: أكوني الأزد، وقال لخنعم: أكوني خنعم. وأمر كل قبيلة من أهل العراق أن تكفيه أخته من أهل الشام...¹²⁴⁰

a La tribu y la tierra.

La tierra en la que se asienta la tribu y sobre la que vive se considera propiedad de la misma. En ella se extienden sus familias y clanes; no permite a ningún extraño asentarse en ella, incluso atravesarla, salvo con su autorización. Cada familia que la compone tiene asignada un parte de ella para defenderla y la considera su tierra particular.

b Capítulo tercero.

Sobre la mención de todas sus acciones, y detallar sus ángulos, e informar sus aldeas, pedanías, islas, puertos y toda aquello cuyo nombre está registrado en el *dīwān*. También llamar la atención sobre lo que se presenta como un conjunto con otros según la costumbre, y clasificar todo ello según las letras del diccionario, cada una en su letra. De esta manera, nombrar en cada lugar su acción, no según las costumbres del *dīwān*, en mostrar cada acción en función de su letra; pues estas acciones son secretos del estado, que no son válidas divulgarlas [...]

Letra ba'

Al-Ṣarqiyya.

La alberca de Wāṣil; Banū Wā'il en la pedanía de al-'Alāqama, Banū 'Umayra, en la pedanía de al-'Alāqama [...] los beduinos Banū Jutaym...

c Y niega que, si entre la gente hubiera una enemistad inmensa por la pertenencia y llamada a las tribus y clanes, que su predicación sea hacia Dios únicamente, quien no tiene socio: quien no llame a Dios y predique a las tribus y lo clanes, que sea decapitado a espada, para que la misma sea solo hacia Dios, quien no tiene socio...

d Dijo: cuando era de noche, 'Alī salió mientras la noche se hacía pesada a la gente, hasta arrastrarse con ella. Salió hacia él Mu'āwiyya entre la gente de Siria, y empezó a decir: ¿Cuál es esta tribu? ¿Y cuál es esta tribu? Se le dio la filiación de las tribus de la gente de Siria, hasta que, al conocerlas y ver su localización, dijo a al-Azd: me basta al-Azad. Y dijo a Hatha 'ām, me basta Hatha 'ām. Ordenó a cada tribu de la gente de Iraq que se enfrentara a su hermana de la gente de Siria...

En el libro quinto de esta misma obra, describiendo en el enfrentamiento entre 'Alī (yerno del profeta) y Mu'āwiyya (fundador de la dinastía omeya), expone como ambos ejércitos se organizaban en tribus.

Seguidamente, examinaremos diferentes partes de obras que imponen una responsabilidad por los daños emanados de un delito de carácter familiar o tribal. Es decir, el criminal no está obligado al pago, sino que el precio de la sangre recae sobre sus parientes por vía paterna. La suposición más aceptable es que fuera una institución que sobreviviera en la *Šarī'a* procedente de la *Yāhiliyya*, cuyo derecho penal no se extendía más allá de la compensación¹²⁴¹.

^aوأما على من تجب؟ فلا خلاف بينهم ان دية الحطأ تجب على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى -ولا تزرة وازرة وزر أخرى- ومن قوله عليه صلاة والسلام لأبي زمنا لولده ((لا يجني عليك ولا تجني عليه)). وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا مخالف له من الصحابة أنه قال: لا تحمل العاقلة عمداً ولا اعترافاً ولا صلحاً في عمد [...] [..]

وإختلفوا في دية شبه العمد، وفي دية المغلظة على قولين [...] [..]

وأما متى تجب؟ فإنهم إتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين، وأما دية العمد فحالة إلا أن يصطلحا على التأجيل. وأما من هم العاقلة، فإن جمهور العلماء من أهل الحجاز إتفقوا على أن العاقلة هي القرابة من قبل الأب، وهم العصابة دون أهل الديوان، وتحمل الموالى العقل عند جمهورهم إذا عجزت عنه العصابة. إلا داود فإنه لم ير الموالى عصابة، وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك، وقال الشافعي: على الغني دينار والعلو الفقير نصف دينار، وهي عند الشافعي مرتبة القرابة بحسب قربهم، فالأقرب من بني أبيه، ثم من بني جده، ثم من بني بني أبيه؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه: العاقلة هم أهل ديوانه إن كان من أهل ديوان¹²⁴².

Averroes recopila las distintas normas sobre la indemnización exigible por diversos delitos contra las personas, en función de las distintas escuelas. Todos los juristas coinciden en que en los delitos cometidos negligentemente el precio de la sangre (*diyya*) recae sobre la *'āqila*. Si nos encontramos ante crímenes dolosos o cuasidolosos, casi todos consideran que la responsabilidad no se traslada del autor a aquella. Además, nos define quiénes forman parte de la *'āqila*. La escuela de Medina la identifica con los familiares por agnación, que no estén registrados en el *dīwān*. Atendiendo a la enseñanza de los *hanafites*, estarían compuesta por la gente incluida en el *dīwān*. La responsabilidad derivada de algunos delitos presenta un componente colectivo, familiar, muy marcado.

^bما تحمل العاقلة من الدية ومن يحملها منهم.

a ¿Sobre quién recae? No hay diferencia entre ellos que el precio de la sangre (*diyya*) por error se debe sobre la *'āqila*, es un precepto específico extraído del general de Su Palabra –ningún portador de cargas será hecho para soportar la carga de otros- y de la de sobre el sean Sus oraciones y Su paz a Abū Zamana a su hijo ((no es un delito sobre ti ni sobre él)). En cuanto a la *diyya* del doloso, para la mayoría de ellos no responde la *'āqila*, por lo que se cuenta de Ibn 'Abbās y que ningún compañero (del profeta) contradijo, quien afirmó: la *'āqila* no responde por el premeditado, ni por el confeso ni por el consensual sobre el premeditado [...]

Y difieren sobre la *diyya* del cuasidoloso y sobre la *diyya* del homicidio cuasidoloso entre dos opiniones [...]

En cuanto a cuándo se debe. Están de acuerdo en que la *diyya* por error está aplazada a tres años, en cuanto a la *diyya* del doloso es exigible de inmediato, salvo que consensúen su aplazamiento. ¿Quiénes forman la *'āqila*? La mayoría de los ulemas del *Ḥiḡāz* están de acuerdo en que la *'āqila* son los parientes por parte de padre, es decir, son los agnados, que no pertenezcan al *dīwān*, y responden los clientes, para la mayor parte, si los agnados fueran insolventes, salvo Dāwud, quien no considera a los clientes como agnados, y ninguno de ellos respondería para Mālik. Al-Šāfi'ī dijo: el rico responde con un dinar y el pobre con medio, y para al-Šāfi'ī se produce una prelación entre la parentela: el más cercano entre los descendientes de su padre, luego los de su abuelo, después los descendientes de los descendientes de su padre. Abū Ḥanīfa y sus compañeros dijeron: la *'āqila* son la gente del *dīwān*, si estuvieran registrados en el *dīwān*.

b De qué responde la *'āqila* en la *diyya* y quién responde entre ellos.

(Ha dicho al-Šāfi'ī), Dios el Altísimo tenga piedad de él: no he conocido discrepante sobre que la mujer y el menor, incluso si fueran solventes, en nada responderían de la indemnización, así el idiota para mí, y Dios es más sabio. No respondería más que el hombre libre mayor de edad y, entre los mayores, el pobre no se haría cargo [...]

La indemnización de quien no se conoce su filiación.

(Ha dicho al-Šāfi'ī), Dios el Altísimo tenga piedad de él: si el hombre no fuera árabe, sino nubio, y cometiera un delito, no respondería nadie de Nubia, hasta que no se hubiera constatado su filiación según el Islam. Aquel cuya filiación estuviera comprobada, respondería por ella; en cuanto a quienes se constatará sus aldeas de procedencia y se dijera que proceden de allí, no se fallaría su responsabilidad más que con la constatación de su filiación. De esta manera procede

(قال الشافعي) رحمه الله تعالى: ولم أعلم مخلفاً في أن المرأة والصبي إذا كانا موسرين لا يحملان من العقل شيئاً وكذلك المعتوه عندي والله أعلم ولا يحمل العقل إلا حر بالغ ولا يحملها من البالغين فقير [...] عقل من لا يعرف نسبه.

(قال الشافعي) رحمه الله تعالى: وإذا كان الرجل أعجمياً وكان نوبياً فجنى فلا عقل على أحد من النوبة حتى يكونوا يثبتوا أنسابهم إثباتاً أهل الإسلام ومن ثبت نسبه قضيت عليه بالعقل بالنسب، فأما إن اثبتوا قراهم وكانوا يقولون إنما يكون في القرية أهل نسب لم يقضي عليه بالعقل بحال إلا بإثبات النسبة وكذلك كل قبيلة أعجمية أو غيرها لم تثبت أنسابهم وكل من لم يثبت نسبه من أعجمي أو لقيط أو غيره لم يكون له ولأهله فعلى المسلمين أن يعقلوا عنه لما يجمع بينه وبينهم من ولاية الدين [...] أين تكون العاقلة؟

(قال الشافعي) رحمه الله تعالى: والعاقلة النسب فإذا جنى رجل بمكة وعاقلته بالشام فإن لم يكن مضي خبر يلزم بخلاف القياس فالقياس أن يكتب حاكم مكة إلى حاكم الشام فيأخذ عاقلته بالعقل ولا يحمله أقرب الناس إلى عاقلته بمكة بالحال وله عاقلة بأبعد منها...¹²⁴³

Estos párrafos de al-Šāfi'ī nos evidencia la 'āqila como un vínculo de sangre, de parentesco, familiar o, incluso, tribal. Estos lazos propios de las tribus de la Arabia preislámica permanecen en la Šarī'a y comportan la pervivencia del ser humano como miembro de una tribu, de cuya actuación como individuo aquello no es ajena, sino que el hombre es, ante todo, un ser con la filiación del clan.

^aكتاب الديات

قال محمد بن الحسن: القتل على ثلاثة أوجه: عمد، وخطأ، وشبه العمد. فأما العمد فهو تعمدت ضربه بالسلاح، ففيه القصاص، إلا أن يعفو الأولياء أو يصلحوا. وأما شبه العمد فهو ما تعمدت شربه بالعصا أو السوط أو [...]، ففيه الدية المغلظة على العاقلة القاتل، وعلى القاتل الكفارة. وأما الخطأ فهو ما أصبت مما كنت تعمدت غيره فأخطأت به، فعلى القاتل الكفارة، وعلى العاقلة الدية [...]

وبلغنا عن عمر رضي الله عنه أنه أول من فرض العطاء، وجعل الدية في ثلاث سنين: الثلث في سنة، والنصف في سنتين، والثلاثين في سنتين.

ودية أهل الذمة من أهل الكتاب وغيرهم مثل دية الحر المسلمين، ودية نسائهم كدية المرأة الحرة المسلمة. وإذا أصاب الرجل ابنه خطأ أو عمداً فلا قصاص عليه. فإن كان عمداً ففي ماله الدية في ثلاث سنين. وإن كان خطأ فعلى العاقلة، وعلى القاتل الكفارة في الخطأ¹²⁴⁴.

Al-Šaybānī, jurista nacido en el siglo noveno en una aldea de Damasco, uno de los principales difusores de la obra de Abū Ḥanīfa¹²⁴⁵, al clasificar los distintos tipos de delito, prescribe que en dos de ellos (cuasidoloso y por error) el culpable no es quien está obligado a pagar la compensación, sino que es su 'āqila, los familiares agnados.

con todas las tribus no árabes cuya filiación no quedara probada y con cada no árabe o niño abandonado cuya filiación no quedara demostrada y que no tuvieran patrón. Los musulmanes deberían responder por la tutela religiosa que los une [...]

¿Dónde está la 'āqila?

(Ha dicho al-Šāfi'ī), Dios el Altísimo tenga piedad de él: la 'āqila es la filiación. Si un hombre cometiera un delito en La Meca y su 'āqila estuviera en Damasco, incluso si no hubiera noticia, estarían obligados, a diferencia de la analogía, pues esta llevaría al gobernante de La Meca a escribir la de Damasco, para tomar de la 'āqila la indemnización. No responderían la gente más cercana a su 'āqila en La Meca, en ningún caso, mientras exista la de Damasco...

a Libro de las *diyyā*.

Muḥammad b. al-Ḥasan ha dicho: el homicidio es de tres tipos: doloso, por error y cuasidoloso. El doloso se da cuando intencionadamente lo golpeas con un arma; se pena con el talión, salvo que lo perdonen los tutores o lleguen a un acuerdo. El cuasi doloso es cuando intencionadamente lo golpeas con un bastón o látigo o [...]; se castiga con la *diyya* ordinaria que paga la 'āqila; el homicida está obligado a la *kafāra*. El homicidio por error se produce cuando pretendías golpear a otro; el homicida debe la *kafāra* y la 'āqila debe la *diyya*.

Nos ha llegado de 'Umar, Dios esté satisfecho de él, que el fue el primero que impuso las concesiones, y prescribió que la *diyya* se pagara en tres años: un tercio cada año, la mitad en dos años y dos tercios en dos años.

La *diyya* de la gente de la *ḍimma*, de la gente del Libro y otros es como la del musulmán libre, y la de sus mujeres como la de las mujeres musulmanas libres [...]

Si un hombre golpeara a su hijo, por error o intencionadamente, no se le aplicaría el talión. Si fuera intencionado, de su dinero abonaría la *diyya* en tres años. Si fuera por error, la abonaría la 'āqila, y el homicida debería la *kafāra*.

a (فصل) وأما بيان الجناية التي تتحملها العاقلة والتي لا تتحملها فيما دون النفس فنقول لا خلاف أنه إذا بلغ أرش الجناية فيما دون الناس من الأحرار نفس عشر الدية فصاعداً وذلك خمسمائة في الذكور ومائتان وخمسون في الإناث تتحملها العاقلة...¹²⁴⁶

Al-Kāshānī afirma que, en los delitos que no causen la muerte, existe un límite mínimo a partir del cual la *'āqila* del autor ha de hacerse cargo de la compensación. Este está fijado en la mitad de la décima parte de la *diyya*.

^bالمطلب الثالث. دور دية القتل الخطأ في إظهار الوظيفة العائلية للملكية
697- الدية: مقدار معين المال يدفع في جرائم القتل والجراح عقوبة وتعويضاً. وقد حملت الشريعة دية القتل الخطأ للعاقلة. والعاقلة أقرباء القاتل من قبل الأب (العصابات)، وتكون على الرجال الأحرار البالغين ذوي اليسار والقدرة منهم. [...] والواقع أن تحميل دية القتل الخطأ للعاقلة فيه إبراز لمدى التضامن والتعاون الذي يريده الإسلام بين الأقرباء إذا يتعاونون جميعاً في تحمل تعبئة فعل من أحدهم دون قصد منه، وبذلك يؤدي مالهم الدية دوراً نافعاً في محيط الأسرة والأقرباء¹²⁴⁷.

En palabras de 'Abd-l-Salām Dawūd al-'Abādī, el doctor de la universidad cairota de al-Azhar, esta institución muestra una función familiar de la propiedad en la *Šarī'a* y la solidaridad y cooperación entre parientes. Por un lado, vincula la *'āqila* con la propiedad, individual, no colectiva. Por otro, nos da un razonamiento acorde con su condición de miembro de la institución de enseñanza islámica más famosa de la actualidad. Otra exégesis plausible consistiría en conectar la *'āqila* al contexto tribal en el que nació este ordenamiento.

^cباب العصابات.

جمع عصابة، وهي عاصب، يستوي فيهما المفرد المذكر وغيره، وهي لغة بنو الرجل، وقرابته لأبيه؛ لأنهم عصبوا به؛ أي أحاطوا، أو تقوى بعضهم ببعض من العصب، وهي المنع، ومنه: عصابة الرأس. (1) العصابة مأخوذ من العصب، وهو: الطي الشديد؛ يقال: عصب برأسه العمامة: شدها، ولفها عليه. وفي اللغة: إسم لأبناء الرجل، وأقاربه لأبيه، قال الأزهري: عصابة الرجل: أولياؤه الذكور الذين يرثونه. سموا عصبته؛ لأنهم عصبوا بنسبه...¹²⁴⁸

Muḥammad Amīn b. 'Ābidayn, ulema *ḥanafī*, que nació y vivió en el Damasco de finales del siglo XVIII y mediados del XIX, considerado como el imán de la escuela en su época,¹²⁴⁹ define la *'aṣaba* de un hombre como sus parientes varones por parte de padre que están llamados a su sucesión.

^dالمبحث الثاني. في العصابات وميراثهم. المطلب الأول في تعريف العصابات.

[...] وإصطلاحاً: هو كل من حاز جميع التركة إذا انفرد أو حاز جميع ما أبقته أصحاب الفروض، وإن إستغرقت الفروض التركة سقط، لأنهم في ترتيب الإستحقاق بأتون بعد أصحاب الفروض¹²⁵⁰.

a (Capítulo). En cuanto a los delitos de los que responde la *'āqila*, cuando no se produce muerte, y a los que no, decimos que no existe controversia: si la compensación en delitos con lesiones sobre personas libres alcanza la mitad de la décima parte de la *diyya* o más, o sea, quinientos para los hombres y doscientos cincuenta para las mujeres, responde la *'āqila*...

b Apartado tercero. El papel de la *diyya* en el homicidio por error en mostrar la función familiar de la propiedad.

697- La *diyya*. Cantidad determinada de dinero que se paga por los crímenes de homicidio y lesiones como castigo e indemnización. La *Šarī'a* hace responder por la *diyya* del homicidio por error a la *'āqila*. Esta se compone de los familiares del homicida por parte de padre (clanes), y recae sobre los hombres libres mayores de edad que dispongan de situación y capacidad para ello.

[...] La realidad es que hacer soportar la *diyya* del homicidio por error a la *'āqila* muestra el grado de solidaridad y cooperación que quiere el islam entre los parientes, cooperando todos en hacerse cargo de las consecuencias de lo realizado por uno de ellos, sin intención; de esta manera, sus bienes cumplen un papel útil en el ámbito de la familia y los deudos.

c Capítulo *al-'aṣabāt*.

Plural de *'aṣaba*, y ella es *'āṣib*. Ambos admiten el plural masculino y otro. En la lengua son los hijos del hombre y los parientes por parte de padre, porque lo rodean, es decir están a su alrededor y se fortalecen mutuamente por la *'aṣab*, que es la resistencia, y de ello, el turbante de la cabeza. (1) La *'aṣaba* está tomado de *al-'aṣb*, que es liar con fuerza; se dice *'aṣaba* en su cabeza el turbante, lo apretó y se lo lio. Y en el idioma: el nombre de los hijos de un hombre y sus parientes por parte de padre: Al-Azharī dijo: la *'aṣaba* del hombre son sus parientes varones que lo suceden, lo llaman *'aṣabatahu* porque ellos lo rodean en su linaje...

d Apartado segundo sobre las *'aṣaba* y su herencia. Epígrafe primero, sobre la definición de las *'aṣabāt*.

[...] Significado técnico. Todo aquel que adquiere la totalidad de la herencia, si es único o el resto que queda tras los beneficiarios de las cuotas coránicas. Si estas cubrieran toda la herencia, decaería, porque en la prelación van después de ellas.

En un concepto más moderno técnico, este juez de la *Šarī'a* jordano afirma que la *'aṣaba* sería cada uno que adquiriría la totalidad de la herencia si fuera el único o adquiere todo lo que sobra tras repartir las cuotas fijadas en *El Corán*. Si con estas se cubriera todo el caudal, decaería en su derecho, porque en la prelación de beneficiarios van tras los que tienen una cuota fijada en *El Corán*.

En cuanto a los familiares maternos, su inclusión entre los herederos resulta más controvertida entre las escuelas¹²⁵¹.

Una vez examinado estas palabras compendiadas entre algunas obras históricas o jurídicas, nuestro corolario no puede quedar más alejado de la definición del profesor De Castro. La tribu, la familia son instituciones sociales vitales en el mundo político y hasta militar de las primeras comunidades islámicas: la organización del ejército encuentra en ellas su pilar, los políticos, incluso en la actualidad, las tienen muy presentes a la hora de tomar decisiones, etc. A pesar de todo, no hemos localizado ningún texto de ningún jurista musulmán clásico en el que, aun tangencialmente, se la coloque con capacidad jurídica y de obrar junto al hombre.

Tanto en la herencia como en el precio de sangre de los delitos no intencionados los vínculos familiares resultan fundamentales, especialmente agnados. Existe una responsabilidad familiar que, en último lugar, se concreta en personas determinadas unidas por un parentesco en vía paterna. La *'āqila* no ha de ser calificada como persona jurídica, sino como una pluralidad de deudores cuya cuota se ha de especificar. Esta institución ha sido analizada en detalle por la especialista en el Islam medieval, especialmente centrada en la escuela de los seguidores de Abū Ḥanīfa, miembro de la Universidad de Tel Aviv, Nurit Tsafir¹²⁵².

Mención especial merece la cuestión de la propiedad tribal. Los historiadores parecen unánimes en afirmar que en la *Yāhiliyya* existía una propiedad con ese carácter. Chalmeta opina que la misma no ha sido refrendada por la *Šarī'a*. A tenor de nuestras indagaciones entre los textos de *fiqh*, hemos de estar de acuerdo con él. Es verdad que en el libro sobre las reglas del *dīwān* aparecen registradas a nombre de tribus. En el primer epígrafe, nos hicimos eco de un fragmento de al-Kāšānī en el que se describía el uso común de tierras de los pueblos, si bien ya destacamos como la titularidad no era de nadie o siendo de todos los miembros, en ambos casos de la *nuda* propiedad o del dominio directo, se producía una comunidad de bienes cuyos frutos o dominio útil se concretada en una persona determinada por su uso permitido; esta utilidad sí se convertía en propiedad individual de ese sujeto. En el texto en cuestión no se hacía mención a tribu o familia determinada, sino una aldea o pueblo. El *fiqh* posee un sesgo ciudadano o, al menos, de núcleo de población permanente muy marcado, como se destacó al compararlo con otros Ordenamientos anteriores, árabes, persas, romanos, etc. En consecuencia, hablaríamos de un condominio y no de un propietario independiente de los cotitulares.

5.1.3 *Walāyas*, ciudades y registros

Salvo el último de los entes a los que aludimos en el título de este epígrafe, el registro, los libros de los ulemas no prestan una excesiva atención a la organización territorial, provincial o ciudadana. Al contrario que en Roma, donde existía una estructura personal que gobernaba el municipio, en el *fiqh*, no se describe ni se regula. Hemos de extraer conclusiones a partir de los pocos textos que abordan la cuestión de los funcionarios. En otro orden de cosas, la inclusión del registro dentro de las *universitates personarum* no resulta tan pacífica, pues sus elementos materiales poseen una incidencia destacable. Tanto las provincias como las ciudades tienen una base territorial, aunque esta se limita a fijar el marco geográfico donde el funcionario designado por el poder central ejerce su jurisdicción, sin que se atisbe el menor grado de autonomía política o jurídica.

Prácticamente se observa un amplio consenso entre los especialistas en que la *Šarī'a* ignora la ciudad como tal ni admite entes corporativos, a pesar de tratarse de una civilización donde el componente urbano era notable¹²⁵³. Ahora bien, esto no fue óbice para que se desarrollaran funcionarios especializados en controlar la vida económica de las ciudades: *šāhib-l-sūq*¹²⁵⁴, nuestro zalmedina.

Cuando nos referíamos a los orígenes, el modelo de ciudad estado, ya residiera la soberanía en el monarca, la divinidad o los ciudadanos, estaba extendido en Mesopotamia, Fenicia y Grecia pasando después a Roma¹²⁵⁵. En esta última, a la vez que extendía su imperio, se fue minando la estructura republicana, viéndose obligada a acudir a prórrogas de los cargos y al nombramiento de gobernadores provinciales, puesto que unía en una única persona competencias de varios órganos de la metrópoli¹²⁵⁶. Las ciudades del Imperio adoptaron, a imagen y semejanza de la ciudad italiana, una organización con tres pilares: magistraturas, asambleas locales y un senado municipal. Con la aparición del Principado, a partir del siglo I a.C. y la caída de la República, el principio democrático subsistió en el ámbito local, permaneciendo en la Edad Media donde coexistía una vida municipal autónoma con estructuras imperiales, monárquicas o señoriales¹²⁵⁷. Además, algunos autores defienden que estos municipios medievales poseían la potestad estatutaria o autonomía normativa, el poder de dotarse de sus propias leyes (entendiendo ley en un sentido amplio)¹²⁵⁸.

En el mundo islámico, los principales funcionarios, gobernadores, jueces etc. estaban nombrados por el imán, también el encargado de la *hisba* (el zalmedina)¹²⁵⁹. Al-Andalus igualmente se caracterizó por la centralización¹²⁶⁰.

La mayoría de las civilizaciones por razones tributarias principalmente, aunque aparezcan otros motivos, han registrado a los súbditos, propiedades, cuentas públicas, soldados. Se sitúa en el siglo VI a.C. la creación del censo romano, por el sexto rey de Roma, Servio Tulio Livio¹²⁶¹, y la magistratura que se encargaba de él (censores) un siglo con posterioridad, año 443¹²⁶². Una de las principales reformas fiscales de Augusto tuvo al censo y el catastro como su principal objeto¹²⁶³. Como ya referimos, y en este capítulo ampliaremos, los omeyas utilizaron los registros bizantinos y sasánidas, durante décadas incluso en sus idiomas originales, griego y persa. Se fueron estableciendo un *dīwān* especializado, como comprobaremos, para el ejército, los beneficiarios de los repartos del botín, el tesoro público. De este modo, en el al-Andalus del siglo X se creó uno para las fetuas¹²⁶⁴ o un registro fiscal de cristianos¹²⁶⁵, entre otros.

Sin más dilación, demos paso a las fuentes.

بماذا يُسطاع السلطان.

ولا يُستطاع السلطان إلا بالوزراء والأعوان، ولا ينفع الوزراء إلا بالمودة والنصيحة، ولا المودة إلا مع الرأي والعفاف. وأعمال السلطان كثيرة، وقليل ما تُستجمع الخصال المحمود عند أحد، وإنما الوجه في ذلك والسبيل الذي به يستقيم العمل أن يكون صاحب السلطان عالماً بأمور من يريد الإستعانة به وما عند كل رجل من الرأي والغناء، وما فيه من العيوب، فإذا إستقر ذلك عنده عن علم من يأتين وجه لكل عمل من قد عرف أن عنده من الرأي والنجدة والأمانة ما يحتاج إليه فيه، وأن ما فيه من العيوب لا يضر بذلك، ويتحفظ من ان يوجه أهدأ وجهاً لا يحتاج في إلى مروءة، إن كانت عنده، ولا يأمن عيوبه وما يكره منه. ثم على الملوك، بعد ذلك، تعاهد عمالهم وتفقد أمورهم، حتى لا يخفى عليهم إحسان محسن ولا إساءة مسيء¹²⁶⁶.

Ibn al-Muqaffa', escriba persa nacido en el siglo VIII en Iraq como seguidor del mazdeísmo y encargado del *dīwān* en la corte del califa 'abbāsī al-Manṣūr, uno de los primeros que tradujo la obra de Aristóteles al árabe¹²⁶⁷, en esta carta dirigida a su señor, señala la necesidad que tiene el

a De qué es capaz el sultán.

El sultán nada puede sin los ministros y colaboradores, y los ministros no son útiles más que con cariño y consejo, y no hay cariño sin opinión y honradez.

Los trabajos del sultán son muchos y pocas veces nadie aún las características loables. Únicamente, en esto y en lo que el trabajo toma el rumbo correcto, se requiere que el compañero del sultán conozca los asuntos de quienes quiere que sean sus colaboradores y lo que cada hombre tiene de opinión, riqueza y defectos. Si esto se estabiliza en él, con el conocimiento de quien se ha de fiar, encarga de cada trabajo a quien ha conocido que tiene opinión, valentía y la probidad que requiere, y cuyos defectos no son perjudiciales. Y se ha de guardar de encargar a alguien una función que no requiera virilidad, si la tuviera, y no estuviera seguro de sus defectos y lo que le resulta odioso de él.

Así, los reyes deben, después de esto, comprometer a sus funcionarios y controlar sus asuntos de tal manera que no se oculten a ellos la buena obra del virtuoso y la mala acción del injusto.

sultán de ayudarse de ministros y colaboradores. La epístola, de marcado tono moralista, hace ver que el gobernante ha de conocer si la persona escogida es apta para el cargo y si sus defectos, presentes en toda persona, le impedirían el desempeño. Las virtudes que ha de adornar a los funcionarios sería la probidad, disponer de opinión propia y ser capaces de dar consejos. Una vez escogidos, tiene que supervisarlos, recompensando a los virtuosos y castigando a los inicuos.

^aالباب الثاني والخمسون. في بيان الصفات المعتمدة في الولاية.

أعلم أرشد الله: أن منزلة العمال من الوالي منزلة السلاح من المقاتل، فأجهد جهدك في إبتغاء صالح العمال [...] والرجال للملك كالأداء للصانع لا يسد بعضها مسد بعضها، كذلك طبقات الرجال للملك؛ منهم للرأي والمشورة، ومنهم لإدارة الحرب، ومنهم لمباشرة الحرب، ومنهم لجمع الأموال، ومنهم لحفظها، ومنهم للحماية، ومنهم للكتابة، ومنهم لجمال والفخر، ومنهم للمباهاة والذكر، ومنهم للدعاء والوقار، ومنهم لعلم والفتيا وحفظ أساس الملة، فلا يكمل لملك ما لم تجتمع له هذا الطبقات. [...]

[...] وليس يُشترط النسب إلا في الإمامة العظمى دون سائر الولايات¹²⁶⁸.

Al-Ṭurtūṣī, escritor y alfaquí *mālikī*, dedica el capítulo cincuenta y dos de su obra *El candil de los Reyes* a describir las virtudes que han de adornar a los funcionarios reales. Para él, los trabajadores del rey son comparados con las armas del combatiente y las herramientas del artesano. Los clasifica en varias categorías: asesoramiento, dirección y ejecución de la guerra, recaudación de impuestos, emisión de fetuas, diversión, etc. Asimismo, coincidiendo con al-Gazālī¹²⁶⁹ en su concepción sobre el imanato, exige la pertenencia al linaje del profeta al imán supremo.

^bوأما ((الفتيا)) فللخليفة، تصفح أهل العلم والتدريس، ورد الفتيا إلى من هو أهل لها وإعانتته على ذلك، ومنع من ليس أهلاً لها وزجره [...] وللمدرس الإنتصاب لتعليم العلم وبنه والجلوس لذلك في المساجد. فإن كانت من المساجد العظام، التي للسلطان الولاية عليها أو النظر في أئمتها كما مر، فلا بد من إستئذانه في ذلك، وإن كانت من مساجد العامة، فلا تتوقف ذلك على إذن. على أنه ينبغي أن يكون لكل أحد من المفتيين والمدرسين زاجر من نفسه يمنعه عن التصدي لما ليس له أهل فيدل به المستهدي ويضل به المسترشد. وفي الأثر: ((أجرؤكم على الفتيا أجرؤكم على جراثيم جهنم))، فالسلطان فيهم لذلك من نظر ما توجبه المصلحة من إجازة أورد.

وأما القضاء فهو من الوظائف الداخلة تحت الخلافة لأنه منصب بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للتنازع؛ إلا أنه بالحكام الشرعية التلقاة من الكتاب والسنة؛ فكان لذلك من وظائف الخلافة ومندرج في عمومها. وكان الخلفاء في صدر الإسلام يباشرون بأنفسهم ولا يجعلون القضاء إلى من سواهم. وأول من دفعه إلى غيره وفوضه فيه عمر، رضي الله عنه، فولى أبا الدرداء بالمدينة، ولى شريحاً بالبصرة وولى أبا موسى الأشعري بالكوفة...¹²⁷⁰

Este fragmento es continuación de otro que empleamos para ilustrar la figura del califa. En este momento, continuamos la disertación de Ibn Jaldūn sobre los cometidos del gobernante musulmán; en concreto, de la delegación en el muftí y el juez. En ambos casos consisten en puestos individuales nombrados directamente por el califa, pues a él, en última instancia, le corresponde esa

a Capítulo Cincuenta y dos. Se muestran las características que se han de tener en cuenta en las autoridades.

has de saber, Dios guíe tu camino, que el lugar de los trabajadores del *wālī* es el mismo que el de las armas para el combatiente. Por tanto esfuérate en elegir a los trabajadores más adecuados [...] Los hombres para el rey son como las herramientas del artesano, unos no ocupan el lugar de otros; de la misma manera sucede con las clases de hombres para el rey: los hay para dar la opinión y asesoramiento, para dirigir la guerra, para llevarla a cabo, para recaudar el dinero, para custodiarlo, para la protección, para redactar, para la belleza y enorgullecerse, para la diversión y la memoria, para llamar a la conversión y la dignidad y otros para la ciencia, dictar fetuas y guardar los pilares de la religión. El reino no está completo más que si se reúnen todas estas clases.

[...] No es requisito el linaje más que para el imanato supremo; no para el resto de autoridades.

b En cuanto a la emisión de fetuas, el califa tiene potestad para indagar sobre la gente de ciencia y enseñanza, y dar esa facultad a quien esté capacitado y apoyarse en él, e impedir que lo ocupe quien no sea capaz y amonestarle [...] El maestro puede erigirse para enseñar la ciencia y divulgarla; sentándose para ello en las mezquitas. Si fueran de las mezquitas mayores, sobre las que el califa tiene jurisdicción y control sobre sus imanes como se ha dicho, es necesario que cuente con su permiso; si fuera una de las mezquitas del común, no dependería de su permiso. En cualquier caso, todos los maestros y muftís deben tener quien los reprenda e impida a quien no está capacitado o hierre el camino correcto. Así, en la tradición: “quien se atreve con la fetua, se atreve con las bacterias del infierno”. Por ello, el sultán está facultado para controlar y hacer cumplir lo que el interés general disponga en permitir o nombrar.

En cuanto a la jurisdicción, es una de las funciones incluidas en las del califa, porque es un puesto para dirimir conflictos entre la gente, pero con los preceptos extraídos del Libro y la *sunna*. Por esto, es una de las principales funciones del califa. Los califas en el albor del Islam la ejercían por ellos mismos y no la delegaban en nadie más que ellos. El primero que lo hizo fue ‘Umar, Dios esté satisfecho de él, quien nombró a Abū al-Dardā’ en Medina y a Šarīḥa en Basora y a Abū Mūsā al-Aš‘arī en Kūfa.

competencia y los demás la ejercerán por delegación. Nos interesa subrayar que está describiendo puestos que corresponden a una única persona, no a un órgano pluripersonal.

^aالحسبة والسكة:

أما الحسبة فهي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بأمر المسلمين [...] وكانت أحكام ينزه القاضي عنها لعمومها وسهولة أغراضها، فتدفع إلى صاحب هذه الوظيفة ليقوم بها. فوضعها على ذلك أن تكون خادمة لمنصب القضاء. وقد كانت في كثير من الدول الإسلامية مثل العبيديين بمصر والمغرب والأمويين بالأندلس داخلة في عموم ولاية القاضي يولي فيها بإختياره. ثم لما انفردت وظيفة السلطان عن الخلافة وصار نظره عاماً في أمور السياسة إندرجت في وظائف الملك وأفردت بالولاية.

وأما السكة فهي النظر في النقود المتعامل بها بين الناس [...] والنظر في ذلك كله لصاحب هذه الوظيفة. وهي دينية بهذا الإعتبار، فتندرج تحت الخلافة. وقد كانت تندرج في عموم ولاية القاضي، ثم أفرد لهذا العهد كما وقع في الحسبة¹²⁷¹.

Continuando con las funciones propias del califato, el autor de la *Muqaddima* nos analiza los cargos encargados de la contabilidad y la acuñación de moneda. Al comienzo de la época islámica, dependía del juez; posteriormente, con la relegación del califa a un puesto más simbólico, el rey o el sultán abrogaron la función y nombraban a sus titulares. Se desprende que el cargo es unipersonal y dependiente directamente del gobernante, sin que las ciudades tuvieran autonomía para nombrarlos.

^bالشرطة:

ويسمى صاحبها لهذا العهد بإفريقيا الحاكم؛ وفي دولة أهل الأندلس صاحبة المدينة؛ وفي دولة الترك الوالي. وهي وظيفة مرؤوسة لصاحب السيف في الدولة، وحكمه نافذ في صاحبها بعض الأحيان. وكان أصل وضعها في الدولة العباسية لمن يقيم أحكام الجرائم في حال إستبدائها أولاً ثم الحدود بعد إستيفائها [...] كان الذي يقوم بهذا الإستبداء وبإستيفاء الحدود بعده إذ تنزه عنه القاضي يسمى صاحب الشرطة [...]. ولم تكن عامة التنفيذ في طبقات الناس، إنما كان حكمهم على العهماء والأهل الريب، والضرب على أيدي الرعاع والفجرة.

ثم عظمت نهايتها في دولة بني أمية بالأندلس، ونوعت إلى شرطة كبرى وشرطة صغرى. وجُعل حكم الكبرى على الخاصى والدهماء. وجُعل له الحكم على أهل المراتب السلطانية والضرب على أيديهم في الظلمات، وعلى أيدي أقاربهم ومن إليهم من أهل الجاه. وجُعل صاحب الصغرى مخصوص بالعامه¹²⁷².

Terminamos esta escueta revisión de la descripción de los diversos cargos propios del califato y los reyes, según Ibn Jaldūn. Las singularidades del puesto de jefe de policía en nada hacen variar lo afirmado hasta ahora, más allá de alguna curiosidad: en al-Andalus, recibe el nombre de zalmedina o jefe de la ciudad, lo que nos impele a asociarlo con el funcionario nombrado por el califa cordobés con el fin de mantener el orden en cada población. Una vez más nos topamos con

a La contabilidad y la acuñación.

En cuanto a la contabilidad, es una función religiosa dentro de la rama de ordenar lo bueno y e impedir lo prohibido, una obligación del encargado de los asuntos de los musulmanes [...]

Es como si el juez se desentendiera de ellos por su generalidad y facilidad de sus objetivos, y lo delegara en el encargado de estos asuntos. Estaba al servicio de la jurisdicción. En muchos estados islámicos, como los fatimíes en Egipto y el Magreb, los omeyas de al-Andalus, se encontraba dentro de la jurisdicción del juez que lo nombraba según su elección. Después se independizó la función del sultán del califato, adquiriendo una competencia general en los asuntos políticos, y se incluyó entre las funciones del rey y monopolizó en su jurisdicción.

En cuanto a la acuñación, es la competencia sobre el dinero de curso entre la gente [...]

Y la competencia sobre esto corresponde al titular de la función, siendo religioso por esa consideración, incluyéndose dentro del califato. Y estaba dentro de la jurisdicción del juez, después se independizó en esta época como ocurrió con la contabilidad.

b La policía:

Se denomina su titular en esta época en África como gobernador (*hākim*); en el estado de la gente de al-Andalus, zalmedina (*ṣāhib-l-madīna*), jefe de la ciudad; en el estado de los turcos, *al-wālī*. Es una función con la que se corona al jefe de la espada en el estado, y su régimen se aplica a él en ocasiones. El origen de su creación fue el estado 'abbasī para quien se encargaba de las sentencias sobre los delitos en su inicio y luego de las penas coránicas, después de su ejecución [...] El que se ocupa al principio y al fin de las penas coránicas, después de haberse separado del juez, se denomina jefe de policía [...] Y no se aplica a todas las clases sociales, únicamente sus disposiciones se ejecutan sobre la chusma y la gente dudosa; y golpea las manos de la plebe y libertinos.

Más adelante su fama de acrecentó en el estado de los banū ummiyya en *al-Andalus*. Se diversificó entre gran policía y pequeña policía. El régimen de la gran policía se aplica la gente noble y la plebe, a los funcionarios reales y golpea sus manos por las iniquidades. La pequeña policía se especializaba en la gente común...

una estructura piramidal cuya cúspide es el gobernante supremo, sin un ámbito de gobierno propio para los ciudadanos de cada localidad.

Demos un giro al enfoque y acudamos a una obra, citada por el propio autor tunecino, con un carácter netamente jurídico: al-Māwardī y sus *preceptos sobre los sultanes*, algunos de los cuales no será la primera vez que ilustre nuestro trabajo:

^aفي تقليد الوزارة

والوزارة على ضربين: وزارة تفويض ووزارة تنفيذ. فأما وزارة التفويض فهو أن يستوزر الأمام من يفويض إليه تدبير الأمور برأيه وإمضاءها على إجهاده، وليس يمتنع جواز هذه الوزارة، قال الله تعالى حكاية عن نبيه موسى عليه الصلاة والسلام. * (وأجعل لي وزيراً من أهلي هرون أخي أشدد به وأزري وأشركه في أمري) * [طه: 29-32]. فإذا جاز ذلك في النبوة كان في الأمام أجوز، ولأن ما وكل إلى الإمام من تدبير الأمة لا يقدر على مباشرة جميعه إلا بالإستتابة...¹²⁷³

Este párrafo nos alumbró la concepción que de la representación se halla en el *fiqh*, en concreto, en los órganos de gobierno. En esta fase de nuestra tesis, supone un modelo de la estructura jerárquica descendente del estado islámico, en el que los diversos cargos se limitan a representar al califa o sultán en la capital o en los diversos territorios, sin que se creen órganos autónomos; aún más extraño si fueran pluripersonales.

^bفإن قلد وزير ي تفويض لم تخل حال تقليده لهما من ثلاث أقسام:

أحدها: أن يفوض إلى كل واحد منهما عموم النظر، فلا يصح لما قدمناه من دليل وتعليل وينظر في تقليدهما، فإن كان في وقت واحد بطل تقليدهما معاً، وإن سبق أحدهما الآخر صح تقليد السابق وبطل تقليد المسبوق. [...] والقسم الثاني: أن يشرك بينهما في النظر على إجتماعهما فيه ولا يجعل إلى واحد منهما أن ينفرد به فهذا يصح وتكون الوزارة بينهما لا في واحد منهما، ولهما تنفيذ ما إتفق رأيهما عليه، وليس لهما تنفيذ ما إختلفا فيه ويكون موقوفاً على رأي الخليفة وخارجاً عن نظر هذين الوزيرين، وتكون هذه الوزارة قاصرة عن وزارة التفويض المطلقة من وجهين. أحدهما: إجتماعهما على تنفيذ ما إتفقا عليه.

والثاني: زوال نظرهما عما إختلفا فيه [...] والقسم الثالث: أن لا يشرك بينهما في النظر ويفرد كل واحد منهما بما ليس فيه للآخر نظر، وهذا يكون على أحد الوجهين: إنما أن

يخص كل واحد منهما بعمل يكون في عام النظر خاص العمل مثل أن يرد إلى أحدهما وزارة بلاد المشرق وإلى الآخر وزارة بلاد المغرب، وإما أن يخص كل واحد منهما بنظر يكون فيه عام العمل خاص النظر مثل أن يستوزر أحدهما على الحرب والآخر على الخراج فيصح التقليد على كلا الوجهين...¹²⁷⁴

a Sobre la investidura de los ministerios.

Los ministerios son de dos tipos: ministerios de autorización y ministerios de ejecución. El ministerio de autorización sería que el imán lo nombra y le autoriza gestionar los asuntos según su opinión y parecer, y no está prohibido este ministerio, pues Dios, el Altísimo, dijo con relación a Moisés, sobre él sean las oraciones y la paz: *(Dame un ministro de entre mi gente, mi hermano Aarón, me apoye en él y le encargue y sea mi socio en mis asuntos)*. Tāha: 29-32.

Si es válido eso para los profetas, pues para el imán lo es más, porque lo que tiene encargado el imán de gestión de la *umma* no es capaz de realizarlo solo, salvo a través de representantes.

b Si nombrara a dos ministros de autorización, este nombramiento no podría ser más que de tres clases:

Una de ellas: que encargara a cada uno de los dos una competencia general, de tal manera que no sería válido, según los argumentos y razonamientos que hemos expuesto, y habría que ver el nombramiento de cada uno. Si se hubiera producido en el mismo momento, se anularían ambos nombramientos. Si uno hubiera precedido al otro, sería válido el posterior y se anularía el anterior [...]

El segundo tipo: que compartieran entre ambos la competencia a condición de que estén de acuerdo en la misma; ninguno de ellos estaría facultado para actuar por sí mismo, pues el ministerio recaería sobre ambos no uno solo. Ambos estarían facultados para ejecutar aquello en lo que estuvieran de acuerdo, y no podrían ejecutar lo que discreparan, y esto estaría suspendido hasta conocer la opinión del califa y dejaría de ser competencia de ambos ministros. Y este ministerio estaría limitado respecto al ministerio de autorización desde dos puntos de vista:

Primera: ejecutar aquello en lo que estén ambos de acuerdo.

Segunda: anulación de la competencia de ambos en lo que discreparan [...]

La tercera clase: que compartieran la competencia y cada uno se centrara en algo diferente al otro. Puede ser de dos maneras: una de ellas que cada uno se especialice en un trabajo, teniendo una competencia general pero un trabajo especializado, por ejemplo, que uno se encargara del Oriente y el otro de Occidente; otra sería que cada uno se especializara en algo el que tuvieran un trabajo general y una competencia específica, como cuando uno asume el ministerio de la guerra y el otro el del *jarāy*, sería válido el nombramiento en ambos casos...

Este texto representa una de las más contundentes muestras de un rechazo casi sustancial a la colegialidad. En primer lugar, porque tan solo considera válido el nombramiento de dos ministros sobre la misma materia excepcionalmente y a condición de que actúen mancomunadamente, siempre por unanimidad. La más mínima discrepancia provoca su revocación parcial sobre el asunto y avocación del mismo por el califa. En cualquier otro caso, la competencia sería individual, estando delimitada la materia o las acciones que cada cargo desempeña. No está previsto que un grupo de funcionarios o personas nombradas formen un órgano, con un sistema de toma de decisiones que implique que las mismas emanan de él y no de cada miembro en particular, al igual de lo que hemos visto que ocurría en los municipios romanos. Asimismo, no tenemos que soslayar una cuestión gramatical que, en nuestra opinión, no es baladí; en árabe existe una triple división del número: singular, dual y plural. El jurista emplea el dual, dos ministros, en ningún caso el plural para tres o más. La designación no superaría la de dos ministros simultáneamente.

^aقصل: فيما لو قلد قاضيان على بلد.

وإذا قلد قاضيان على بلد لم يخل حال تقليدهما من ثلاثة أقسام. أحدها: أن يرد إلى أحدهما موضعاً منه وإلى الآخر غيره فيصح، ويقتصر كل واحد منهما على النظر في موضعه. والقسم الثاني: أن يرد إلى أحدهما نوع من الأحكام وإلى الآخر غيره، كرد المدائبات إلى أحدهما والمناكح إلى الآخر فيجوز ذلك، ويقتصر كل واحد منهما على النظر في ذلك، والحكم الخاص في البلد كله. والقسم الثالث: أن يرد إلى كل واحد منهما جميع الأحكام في جميع البلد. فقد اختلف أصحابنا في جوازه، فمنعت منه طائفة لما يفضي إليه أمرهما من التشاجر في تجاذب الخصوم إليهما، وتبطل ولايتهما إن اجتمعت، وتصح ولاية الأول منهما إن افتترقت. وأجازته طائفة أخرى وهم الأكثرون لأنها إستنابة كالوكالة ويكون القول عند تجاذب الخصوم قول الطالب دون المطلوب، فإن تساويا إعتبر أقرب الحاكمين إليهما. وإن إستويا فقد قيل: يقرع بينهما، وقيل: يمنعان من التحاكم حتى يتفقت على أحدهما¹²⁷⁵.

En este capítulo plantea al-Māwardī el mismo supuesto, pero referido al nombramiento de dos jueces para la misma ciudad. Mientras las competencias de ambos estén delimitadas con claridad, la designación carece de obstáculo. En el supuesto en el que aquellas fueran compartidas, la cuestión se zanja con un sistema de asignación del litigio a uno de los dos: sorteo o mutuo acuerdo. Una corriente de la escuela incluso proscribía la posibilidad de la presencia de dos jueces para la misma población. En cualquier caso, queda excluida la formación de un tribunal por ambos o que el número sea superior a dos en la misma localidad.

^bفي تقليد الإمارة على البلاد

a Capítulo: sobre el posible nombramiento de dos jueces en una misma población.

Si se nombraran a dos jueces en una localidad, este nombramiento no podría ser más que de tres tipos:

Uno de ellos: que se encargara a uno de ellos dos unos asuntos y al otro los demás. Sería válido. Cada uno se limitaría a atender sus asuntos.

El segundo tipo: Si se encargara a uno de ellos dos una rama jurídica y al otro las demás. Por ejemplo, si se encargara una de las deudas y el otro de los asuntos matrimoniales. Esto sería válido y cada uno se encargaría de las mismas. El fallo especial sería para toda la población.

El tercero: si cada uno de los dos tuviera competencia sobre cualquier asunto en toda la localidad. Nuestros compañeros difieren sobre su validez. Una facción lo prohíbe porque eso provocaría conflictos a la hora de asumir los casos y anularía su jurisdicción si coincidieran. Sería válida la jurisdicción del primero de los dos si no coincidieran. Otra facción, la mayoría de ellos, lo permite porque habría una delegación como en la comisión, y la palabra que valdría en la asignación del caso sería la del que requiere y no la del requerido. Si coincidieran se tendría en consideración el más cercano de los fallos a los dos, y si fueran coincidentes se diría: por sorteo entre ambos. Y se diría también, se impediría el juicio hasta que se pusieran de acuerdo.

b Sobre el nombramiento de emiratos sobre un país.

Si el califa nombrara a un emir sobre una región o país, el emirato sería de una de estas dos formas: general y particular. El general, sería de dos tipos: emirato de autosuficiencia nombrado mediante elección y emirato de ocupación nombrado por necesidad. El primero incluye una acción determinada y una competencia acordada. La designación en él sería cuando el califa le encarga el emirato de un país o región con autoridad sobre toda su población y una competencia establecida entre las distintas acciones, de tal manera que asume una competencia sobre algo determinado en cuanto a su acción y acordado en cuanto a su competencia. Esta incluye siete asuntos: Primero: competencia para organizar los ejércitos y distribuirlos por las confines del territorio, determinar las soldadas, salvo que el califa las hubiera fijado para ellos. Segundo: la competencia sobre lo preceptos y el nombramiento de jueces y gobernadores. Tercero: recaudación del *jarāy* y tomar las *ṣaḍaqāt*, así como nombrar a sus funcionarios y repartirlos a sus beneficiarios. Cuarto: proteger la religión defender lo sagrado y velar porque la religión no sufra cambio o reforma. Quinto: aplicar las penas coránicas

وإذا قلد الخليفة أميراً على إقليم أو بلد كانت إمارته على ضربين، عامة وخاصة: فأما العامة فعلى ضربين: إمارة إستكفاء بعقد عن إختيار وإمارة إستيلاء بعقد عن إضطرار، فإمارة الإستكفاء التي تتعد عن إختياره فتشتمل على عمل محدود ونظر معهود، والتقليد فيها أن يفوض إليه الخليفة إمارة بلد أو إقليم ولاية على جميع أهله ونظراً في المعهود من سائر أعماله فيصير عام النظر فيما كان محدوداً من عمل ومعهوداً من نظر، فيشتمل نظره فيه على سبعة أمور:

أحدها: النظر في تدبير الجيوش وترتيبهم في النواحي وتقدير أرزاقهم إلا يكون الخليفة قدرها فيذرهما عليهم.
والثاني: النظر في الأحكام وتقليد القضاة والحكام.

والثالث: جباية الخراج وقبض الصدقات وتقليد العمال فيهما وتفريق ما إستحق منها.

والرابع: حماية الدين والذب عن تحريم ومراعاة الدين من تغيير أو تبديل.

والخامس: إقامة الحدود في حق الله وحقوق الأدمين.

والسادس: الإمامة في الجمع والجماعات حتى يؤم بها أو يستخلف عليها.

والسابع: تسيير الحجيج من عمله [...] وإن كان هذا الإقليم ثغراً متاخماً للعدو وإقترن بها ثامن وهو الجهاد من يليه من الأعداء وقسم غنائمهم في المقاتلة وأخذ خمسها لأهل الخمس وتعتبر في هذه الإمارة وعمومها في الوزارة وليس بين عموم الولاية وخصوصها فرق في الشروط المعتبرة فيها ثم ينظر في عقد هذه الإمارة، فإن كان الخليفة قد تولاه كان لوزير التفويض عليه حق المراعاة والتصفح ولم يكن له عزله ولا نقله من إقليم إلى غيره. وإن كان الوزير قد تفرد بتقليده على ضربين: أحدهما: أن يقلده عن إذن الخليفة، فلا يجوز له عزله ولا نقله عن عمله إلى غيره عن إذن الخليفة وأمره، ولو عزل الوزير لم ينعزل هذا الأمير.

والضرب الثاني: أن يقلده عن نفسه فهو نائب عنه فيجوز له أن يفرد بعزله والإستبدال به بحسب ما يؤديه الإجتهد إليه من النظر في الأولى والأصح

[...] فصل في الكلام إمارة الإستيلاء.

وأما إمارة الإستيلاء التي تعقد عن إضطرار فهي أن يستولي الأمير بالقوة على بلاد يقلده الخليفة إمارته ويفوض إليه تدبيرها وسياستها، فيكون الأمير بإستيلائه مستتبداً بالسياسة والتدبير...¹²⁷⁶.

El tratado sobre el régimen jurídico de los actos del sultán y la organización del sultanato se ocupa, asimismo, de la estructura territorial. El califa o los principales ministros invisten emires que se ocupan de una región, país o ciudad determinado, de un modo general o para cuestiones concretas. Se observa que se caracterizan por ser cargos individuales a modo de virreyes. No se halla atisbo de colegialidad, sino una cadena de mando descendente desde el califa hacia los distintos gobernantes territoriales.

^aفي أحكام الحسبة

por derecho de Dios o de los hombres. Sexto: presidir la oración en las mezquitas, siendo su imán o delegando. Séptimo: facilitar las labores a los peregrinos [...] Si la región fuera fronteriza o vecina de los enemigos, se incorporaría un octavo asunto: la *yihād* contra los adversarios y el reparto de los botines entre los combatientes y detraer el quinto para sus beneficiarios.

Este emirato, por la generalidad de sus cometidos, se considera como un ministerio, y no entre el común de las autoridades, por la particularidad de las mismas, de las que se distingue por los requisitos exigidos. Hay que ver sobre el contrato de este emirato: si fuera el califa quien lo hubiera designado, el ministro de autorización tendría derecho a supervisar y controlarlo, pero no podría destituirlo ni trasladarlo de región. Si el ministro se hubiera asignado su nombramiento, se darían dos opciones. La primera: si lo hubiera nombrado con permiso del califa, no podría destituirlo o cambiarlo de su actividad a otra salvo con autorización del califa y por orden de él. Si el ministro lo destituyera, no cesaría en el cargo. Segunda posibilidad: si lo hubiera nombrado por sí mismo, sería su representante y podría ser el único que lo destituyera y lo sustituyera según su mejor opinión.

Sobre el emirato de ocupación.

En cuanto al emirato de ocupación que se concluye por necesidad sería aquel en el que el emir conquista por la fuerza un país sobre el que el califa lo hubiera nombrado emir previamente y le hubiera encargado su organización y política. De esta manera, el emir de ocupación se encargaría en exclusiva de la política y la organización.

a Sobre el régimen jurídico de la *hisba*.

La *hisba* consiste en ordenar lo correcto si se evidencia su inobservancia, y prohibir lo que está proscrito si se evidencia su realización. Dios el Altísimo dijo *(Que sea de entre vosotros un pueblo que predique el bien y prohíba lo proscrito)* (Al-‘Umran: 104). Aunque es válida para todo musulmán, la diferencia entre el voluntario y el *muhtasib* se resume en diez aspectos. Primero: el nombramiento del *muhtasib* se realiza por una orden de autoridad; y el nombramiento de otro entra dentro de los requisitos de capacidad. Segundo: el ejercicio por el *muhtasib* de la *hisba* está comprendido dentro de sus derechos de los que no puede renunciar; si fuera por parte de un voluntario, sería algo que excedería a su trabajo y podría abandonarlo en otro. Tercero: el primero está nombrado para que se le pida socorro en aquello que debe prohibirse; el voluntario no está nombrado para ello. Cuarto: el *muhtasib* debe atender a quien le ha pedido socorro, y el voluntario no. Quinto: debe buscar las acciones proscritas visibles para llegar a prohibirlas, e investigar aquello que se

الحسبة: هي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه: ونهي عن المنكر إذا أظهر فعله، وقال تعالى: * (ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر) * {آل عمران: 104}. وهذا وإن صح من كل مسلم، فالفرق فيه بين المتطوع والمحتسب من تسعة أوجه أحدها: أن فرضه متعين على المحتسب بحكم ولاية، وفرضه على غير داخل في فروض الكفاية. والثاني: أن قيام المحتسب به من حقوق تصرفه الذي لا يجوز أن يتشاغل عنه، وقيام المتطوع به من نوافل عمله الذي يجوز أن يتشاغل عنه بغيره. والثالث: أنه منصوب للإستعداد إليه فيما يجب إنكاره، وليس المتطوع منصوباً للإستعداد. والرابع: أن على المحتسب إجابة من إستدعاه وليس على المتطوع إجابته؟ والخامس: أن عليه أن يبحث عن المنكرات الظاهرة فيصل إلى إنكارها، ويفحص عما ترك من المعروف الظاهر ليأمر بإقامته، وليس على غيره من المتطوعة بحث ولا فحص. والسادس: أن له أن يتخذ على إنكاره أعواناً، لأنه عمل هو له منصوب، وإليه مندوب، ليكون له أقهر وعليه أقدر، وليس للمتطوع أن يندب لذلك أعواناً. لاسابع: أن له أن يعزز في المنكرات الظاهرة لا يتجاوز إلى الحدود، وليس للمتطوع أن يعزز على منكر. والثامن: أن له أن يرتزق على حسبة من بيت المال، ولا يجوز للمتطوع أن يرتزق على إنكار منكر. والتاسع: أن إجتهد رأيه فيما يتعلق بالعرف دون الشرع، كالمقاعد في الأسواق، وإخراج الأجنحة فيه...¹²⁷⁷

Rematando el recorrido por esta obra de al-Māwardī, nos topamos con una función destinada a reprender las acciones prohibidas por la *Šarī'a* y ordenar las que son debidas: la *hisba*. Una acepción del cargo, encargado de la contabilidad y las medidas en el mercado, tuvo gran difusión en los zocos árabes: el *zalmedina*, sucesor del *agormos* griego o el magistrado romano¹²⁷⁸. Se trata de una función que puede realizar cualquier musulmán, pero que es ejercida por un funcionario nombrado *ex profeso*. Las características del puesto no difieren de las ya observadas.

^a حق العامل في بيت المال.

2056. - حدثنا موسى [...] عن المستورد بن شداد قال: سميت النبي، ص، يقول: من كان لنا عاملاً فليكتسب زوجة، فإت لم يكن له خادم فليكتسب خادماً، فإن لم يكن له مسكن فليكتسب مسكناً. قال: قال أبو بكر: أخبرت أن النبي، ص، قال: من إتخذ غير ذلك فهو غال أو سارق¹²⁷⁹.

El *faqīh*, al-Awza'ī, nacido en el actual Líbano, cita el dicho del profeta que fundamenta el derecho que asiste a todos los trabajadores públicos a recibir su salario.

1958^b - عن ابن شهاب، في سهم العاملين قال: ((من سعى كعامل الصدقات بأمانة وعفاف على قدر ما ولي جمع من الصدقة. أعطى عماله الذين سعوا معه على قدر ولايته، لعل ذلك يكون ربع هذا السهم))
1959 - عن مالك: أنه قال: ((ليس للعامل على الصدقة فريضة مسماة، إنما ذلك نظر الإمام وإجتهداه)).
1960 - قال أبو عبيد: وكذلك قول سفيان وأهل العراق...¹²⁸⁰

Los funcionarios encargados de la recaudación de la limosna legal y voluntaria merecen una retribución que ha de fijar el gobernante, según coinciden la escuela de Medina y Kūfa.

^c باب القاضي يقضي بعلمه

debe llevar a cabo y se ha dejado de efectuar, para ordenarlo; ninguno de los voluntarios está obligado a investigar. Sexto: puede tomar auxiliares para prohibir, pues es el trabajo para el que ha sido nombrado y para él está delegado, para que tenga más poder y sea el más capaz; y el voluntario no está delegado para ello. Séptimo: está capacitado para castigar las prohibiciones evidentes siempre que no sean mayores que los *hudūd*, mientras que el voluntario no puede castigar. Octavo: puede recibir retribución del tesoro público, y el voluntario no. Noveno: está capacitado para dar dictámenes basados en la costumbre y no en la *Šarī'a*, como los puestos del mercado, y expulsar los delitos del mismo... a Derecho del trabajador sobre *bayt al māl*.

2056.- Nos ha informado Mūsā [...] de al-Mustawrid b. Šadād quien dijo: Escuché al profeta decir: quien fuera un trabajador nuestro, que sea pagado con esposa, si no tuviera sirviente, que sea pagado con un sirviente, si no tuviera casa, que sea pagado con una casa. Dijo: Abū Bakr dijo: me ha llegado noticia de que el profeta dijo: quien tomara algo que no fuera eso sería un explotador o un ladrón.

b 1958- De Ibn Šihāb quien dijo sobre la parte que corresponde a los funcionarios: "quien trabaja en las limosnas con fidelidad y probidad se le remunera según lo que se le haya encargado y así los demás funcionarios. Tal vez sea un cuarto".

1959- sobre Mālik, quien dijo: "el funcionario de las limosnas no tiene determinada una paga debida, sino que ello depende del Imán y su dictamen".

1960- Abū 'Ubayd dijo: "así también es la opinión de Sufyān y la gente de Iraq".

c Capítulo sobre el juez que juzga según su conocimiento.

Ibn Sīrīn mencionó que un hombre interpuso una demanda ante Šarīḥ y este le pidió la prueba y le contestó el hombre: eh tú, padre de Ummyya, tú eres mi testigo. Le contestó: ve ante el emir y presenta la demanda ante él y yo llegaré y testificaré a tu favor. Este dicho tiene dos enseñanzas: la primera, que el juez no juzga según su conocimiento, pues Šarīḥ no lo hizo; la segunda, que el juez es nombrado por el emir, siendo el derivado y el emir el origen...

ذكر (ابن سيرين أن شريحاً خاصم إليه رجل فسأله البيهقي فقال {له} الرجل يا أبا أمية أنت تشهد لي فقال أذهب إلى الأمير فخاصمه إليه أجيء فأشهد لك. أقاد الحديث فإذنتين إحداهما أن القاضي لا يقضي بعلمه لأن شريحاً لم يقض بعلمه والثانية أن قضاء الأمير ينفذ كقضاء القاضي لأن القاضي إنما يولي من جهة الأمير وهو فرع والأمير الأصل...¹²⁸¹

Desde el punto de vista procesal, al-Jaṣṣāf extrae de una anecdota atribuida a uno de los primeros y más famosos jueces al inicio del Islam, Šarīḥ b. al-Ḥārīṭ (originario de Yemen y que ocupó el cargo en Kūfa, Iraq¹²⁸²), dos conclusiones: el juez no puede fallar por su conocimiento directo del caso y, la principal en nuestro estudio, es un cargo que depende directamente del gobernador político, el emir, por lo que este también puede ejercer la función judicial que originariamente reside en el gobernante, califa en todo el estado o el emir en su región.

^aذكر أسماء قضاة وكتابه وعماله على الصدقات.

[...] قال علي بن محمد عن الذين سميت: قال بعضهم: جعل أبو بكر عمر قاضياً في خلافته، فمكث سنة لم يخاصم إليه أحد. قال: قالوا: كان يكتب له زيد بن ثابت، ويكتب له الأخبار عثمان [...]، وكان يكتب له من حضر. وقالوا: كان عامله على مكة...¹²⁸³

Al-Ṭabarī elabora una lista de los principales cargos nombrados por Abū Bakr: jueces, escribas y responsables de la recaudación de las limosnas. Todos de carácter individual y con una jerarquía piramidal.

^bفي سنة 55، استعمل معاوية بن أبي سفيان على مصر وإفريقية مسلمة بن [...] وعزل معاوية بن حديج عن مصر، وعزل عقبة [...] عن إفريقية. فكانت ولايته عليها أربع أعوام. وكان معاوية قد ولي مسلمة مصر؛ فلما ولي مسلمة الآن إفريقية، عزل عنها عقبة، [...]؛ وبقي هو صاحب مصر: جمع ذلك كله معاوية له، من أطراف إقليم مصر إلى طنجة. وهو أول من جمع له المغرب كله، فلم يزل والياً عليه حتى هلك معاوية¹²⁸⁴.

Ibn 'Idārī, autor del género de las noticias (*Ajbār*) relaciona los distintos hitos en la historia de todo el Norte de África y al-Andalus. En estas líneas seleccionadas registra algunos nombramientos del primer califa omeya, Mu'āwīyya. La terminología es confusa: *wālī*, *ṣāhib*. En cualquier caso, nos encontramos ante altos funcionarios con jurisdicción territorial nombrados por el gobernante de Damasco, delegados suyos, seguramente plenipotenciarios.

^cوفي سنة 246، ولي مدينة سبتة وال من قبل الناصر عبد الرحمن، أمير الأندلس، وأمره بتحصينها وبناء سورها؛ فبناه بالكذا¹²⁸⁵.

Las ciudades eran gobernadas por un alto funcionario delegado del gobernante, en este caso el emir de al-Andalus, y, como delegado, muchas veces con encargos concretos, así la construcción de las murallas de Ceuta.

^dخلافة عبد الرحمن بن معاوية بن هشام بن عبد الملك.

[...] ودخل الأندلس وهو ابن خمس وعشرين سنة أو نحوها. ويبيع له بقرطبة يوم الأضحى من سنة 128.

ووزراؤه أربع [...] حجابيه خمسة [...] قضاة خمسة [...] وكان له قاض خمس بصوائفه [...] نقش خاتمه...¹²⁸⁶

El primer omeya que ocupó el poder en Córdoba, tras la matanza de su familia en Oriente, dispuso de cinco ministros, cinco chambelanes, hasta seis jueces y un encargado del sello. La

a Mención de los nombres de sus jueces, escribas y funcionarios para las limosnas.

[...] 'Alī b. Muḥammad sobre quienes nombré. Algunos dijeron: Abū Bakr nombró a 'Umar juez de su califato. Permaneció un año sin que nadie le presentara un demanda.

Dijo: y dijeron: le hacía de escriba Zayd b. Ṭābit; las crónicas se las redactaba 'Uṣmān [...] quien registraba con los que tenía audiencia.

Y dijeron: su funcionario para La Meca era...

b En el año 55, Mu'āwīyya b. Abū Sufyān nombró a Maslama b [...] y destituyó a Mu'āwīyya b. Ḥudayy de Egipto y destituyó a 'Uqba [...] África. Su mandato allí duró cuatro años. Y Mu'āwīyya y había nombrado a Maslama en Egipto, cuando también lo nombró en África, destituyó a 'Uqba [...]; y permaneció como dueño de Egipto. Y Mu'āwīyya unió en él todos estos territorios: desde las fronteras de Egipto hasta Tánger. Fue el primero en el que estuvo unido el mandato de todo el Magreb. Continuó siendo *wālī* de esos territorios hasta la muerte de Mu'āwīyya.

c En el año 246, se nombró para la ciudad de Ceuta a un *wālī*, de parte de al-Nāṣir 'Abd -l-Raḥmān, emir de al-Andalus, y le ordenó que la fortificara y le construyera un muro, lo cual hizo con piedra.

d Califato de 'Abd -l-Raḥmān b. Mu'āwīyya b. Hiṣām b. 'Abd -l-Malik.

Entró en al-Andalus con veinticinco años de edad más o menos. Se celebró la ceremonia de la *bay'a* durante el día de la fiesta de *al-Aḍḥā* del año 128.

Tenía cuatro ministros [...] cinco chambelanes [...] cinco jueces [...] y un sexto durante los veranos [...] y un encargado del sello...

parquedad de la noticia nos impide averiguar si ejercían el cargo con competencias diferenciadas cada uno de ellos o las compartían, en cuyo caso sería una excepción a la ausencia de órganos colegiados. Nos inclinamos por la primera posibilidad.

^a وفي هذا الوقت قدم إلى قرطبة رسول حنون بن إدريس صاحب مدينة الأقاليم بالعدوة، ورسول عبد الكريم صاحب مدينة القرويين من مدينة فاس، يرغبان في الدخول في طاعة أمير المؤمنين والقيام بدعوته، فكرم رسولاهما وأجمل موعدهما¹²⁸⁷.

El cronista describe la embajada de las máximas autoridades de dos localidades dependientes de ciudades más importantes del Norte de África, al-Aqlām (ciudad situada en las montañas de Fez, pero más cercana a Ceuta¹²⁸⁸) y al-Qarawīn. El título que reciben es el de *ṣāhib*, literalmente dueño. Una vez más, una única persona delegada del poder central.

^b فلما أن كان يوم الثلاثاء لإثنتي عشرة خلت منه قعد الأمير أبو الوليد هشام لأكابر الخلفاء من أهل الدولة بقصر قرطبة فعوداً بهياً حفه فيه الفتيان الأكابر الخلفاء، وتوصل إليه فيه الوزراء فقعدوا بين يديه، وإستهلوا بحمد الله تعالى وشكره على ما أنعم به عليه وعليهم من تمام العافيته وكمال صحته، وتوصل بعدهم أكابر أهل الخدمة على مراتبهم، وتلاههم من أعيان الخاصة قاضي الجماعة [...]، وصاحب الشرطة، والسوق [...] والفقيه قاضي كورة رية...¹²⁸⁹

En las efemérides de la corte, los cargos estaban distribuidos según su rango.

^c وذلك أن ملكة خاتون بنت الأمير مسعود، ملك الدروب والأرمن وما يلي بلاد الروم، وهي إحدى الخواتين الثلاث اللاتي وصلن لوالدة ربيض كبير فيه المساجد والحمامات والخانات والأسواق، وأحدث فيه بعض أمراء البلدة – وكان يعرف بمجاهد الدين – جامعاً على شط دجلة [...]

لحج مع أمير الحاج أبي لمكارم طاشتكين، مولى أمير المؤمنين الموجه كل عام من قبل الخليفة، وله بتولى هذه الخطة نحو الثمانية أعوام أو أزيد.¹²⁹⁰

El viajero, Ibn Ūbayr, valenciano que vivió a caballo entre los siglos XII y XIII¹²⁹¹, preparándose para abandonar La Meca, contacta con una mujer noble hija del rey de Armenia y los territorios cristiano-bizantinos; en su compañía continuará viaje hasta Iraq y Siria. Esta señora llegó con otras de igual rango para realizar la peregrinación en el séquito del emir encargado de esta función. Se describe un emir concreto encargado por el califa de organizar el viaje para cumplir con esta obligación religiosa.

^d ذكر مدينة الموصل حرسها الله تعالى. [...] من أحفل المشاهد الدنياوية المربية، بروز شاهدناه يوم الأربعاء -ثاني يوم وصولنا الموصل- للخاتونين: أم معز الدين صاحب الموصل، وبنت الأمير مسعود المتقدم ذكرها. فخرج الناس عن بكرة أبيهم ركبنا ومشاة، وخرج النساء كذلك -وأكثرهن راكبات، قد اجتمع منهن عسكر جرار - وخرج أمير البلد للقاء والدته مع زعماء دولته...¹²⁹²

En este fragmento traza un cuadro de la ciudad de Mosul en la que aparecen algunos cargos: el gobernador de la misma, hijo de una de las aristócratas del séquito de la hija del *rey* de Armenia, al que se le denomina en el texto emir y *ṣāhib-l-Madīna* (dueño de la ciudad, literalmente). El

a En ese momento, se presentaron en Córdoba el enviado de Ḥanun b. Idrīs, gobernador de la ciudad de al-Aqlām en al-‘Udwa y el enviado de ‘Abd-l-Karīm, gobernador de la localidad de al-Qarawīn, de la ciudad de Fez, quienes deseaban entrar en obediencia del comendador de los creyentes y predicar en su nombre. Ambos fueron agasajados y tuvieron la más bella de las despedidas.

b Cuando era el miércoles doce, se reservó la sala del emir Abū al-Walīd Hišām para los grandes aliados del estado en el palacio de Córdoba, preparada por los mozos para ellos. Llegaron los ministros, se sentaron y se iluminaron los rostros alabando a Dios y dando gracias por sus dones de una completa salud. Después de ellos llegaron los principales funcionarios según su jerarquía, y los siguieron entre los nobles principales el juez principal [...] y el jefe de la policía y el mercado [...] y el alfaquí, juez de la comarca de Rayya...

c Eso es que la reina, su alteza hija del emir Mas‘ud, rey de al-Drūb y Armenia y lo que sigue al país de *rūm*, una de las tres altezas que llegaron para la peregrinación con el emir Abū al-Mukāram Ṭāštikīn, siervo del Comendador de los Creyentes, enviado cada año de parte del califa. Ocupa este cargo desde hace ocho años o más.

d Mención de la ciudad de Mosul, Dios el Altísimo la guarde.

La ciudad está en un gran prado y en ella hay mezquitas, baños, mesones y zocos, y un de los emires de la ciudad - conocido como Muḃāhid-l-Dīn- erigió una mezquita a orillas del Tigris [...]

[...] Entre las más concurridas escenas de este mundo más llamativas, fue la aparición de la que fuimos testigos, el miércoles -segundo día de nuestra llegada a Mosul- de las dos mujeres nobles: la madre de Mu‘az-l-Dīn, gobernador de Mosul y la hija del emir Mas‘ud, a la que nos hemos referido con anterioridad. La gente salió en multitud, a caballo y a pie, también las mujeres -la mayoría sobre monturas y se congregaron muchas- y el emir de la ciudad salió para recibir a su madre con los principales de su estado.

gobierno de la ciudad es ejercido por un alto funcionario nombrado directamente por el sultán califa.

^aذكر مدينة دنيصر، حرسها الله.

هي مدينة بسيط من الأرض الفسيح، وحولها بساتين الرياحين والخضر تسقى بالسواقي، وهي مائلة الطبع إلى البادية ولا سور لها. وهي مشحونة بشراً، ولها الأسواق الحفيلة والأرزاق الواسعة، وهي محضر لأهل بلاد الشام وديار بكر وأمد وبلاد روم التي تلي طاعة الأمير مسعود وما يليها، ولها المرث الواسع، ولها مرافق كثيرة.

فكان نزولنا مع القافلة ببراح ظاهرها، وأصبحنا يوم الخميس الثالث لربيع (الأول) بها مريحين. وخارجها مدرسة جديدة بقية البناء فيها، ويتصل بها حمام، والبساتين حولها. فهي مدرسة ومأنسة. وصاحب هذه البلدة قطب الدين، وهو أيضاً صاحب مدينة داري ومدينة ماردين [...]

وهذه البلدة لسلطين شتى، كملوك طوائف الأندلس، لكهم قد تحلى بحلية تنسب إلى الدين، فلا تسمع إلا ألقاب هائلة، وصفات لذي التحصيل غير طائل، قد تساوي فيها السوقة والملوك، وإشترك فيها الغني والضعفوك، وليس فيهم من يرتسم بسمة به تليق، أو إتصف بصفة بها خليق، إلا صلاح الدين صاحب الشام وديار مصر والحجاز واليمن...¹²⁹³

Al llegar a Dunayşir, ciudad siria entre los ríos Éufrates y Tigris (Mesopotamia o como la denominan los árabes: *la Isla*)¹²⁹⁴, dibuja una escena repleta de ironía por la situación política. La máxima autoridad, *şāhib*, tiene bajo su mando varias poblaciones vecinas. La localidad está bajo la influencia de numerosos sultanes, todos ellos con títulos grandilocuentes referidos a la religión. Es necesario traer a colación que el periplo se desarrolla en una época convulsa, coincidente con las cruzadas y el territorio era objeto de disputa entre los diversos estados islámicos, los cruzados y el Imperio Bizantino. En cualquier caso, la naturaleza del gobierno local no varía.

^bوسرنا إلى أن وصلنا مدينة قسنطينة. فنزلنا خارجها. وأصابنا مطر جود إضطررنا إلى الخروج عن الأخبية ليلاً إلى دور هنالك. فلما كان من الغد تلقانا حاكم المدينة، وهو من الشرفاء الفضلاء يسمى بأبي الحسن...¹²⁹⁵

Otro famoso personaje nos ha legado una extensa narración de su periplo, el tangerino del siglo XIV, Ibn Baṭūta, quien tras llegar hasta China regresó al Norte de África, falleciendo en Túnez¹²⁹⁶. En la presente jornada, estando acampado en las afueras de Constantina, una ciudad coronada con una gran fortaleza en la frontera de las antiguas provincias de África (Túnez) y al-Magrib (Marruecos y Argelia)¹²⁹⁷. Fueron recibidos, tras sufrir unas lluvias torrenciales, por el gobernador de la ciudad, en esta ocasión con el título de *ḥākim*, o el participio activo del verbo trilitero *ḥkm*, quien establece normas. El esquema típico: un aristócrata que es nombrado para el cargo por el sultán.

a Mención de la ciudad de Dunayşir, la guarde Dios el Altísimo.

Está en una llanura amplia, a su alrededor huertos de regadío y las verduras se riegan con las acequias. Su naturaleza está más próxima a la desértica y no posee murallas; está densamente habitada, con zocos repletos con grandes ingresos. Es un lugar de reunión para la gente de Siria, Diyār Bakr, el País de *Rūm* que se encuentra bajo la obediencia del emir Mas'ud y más allá. Posee amplias tierras de labranza y muchas instalaciones.

Nuestra llegada con la caravana tuvo lugar al mediodía, el jueves, tercer día del mes de *rabī'a al-awal*, y de forma confortable. En las afueras se encuentra una nueva escuela sin techar, anexa a unos baños, con huertos alrededor; se trata de una escuela y una guardería. El gobernador de esta población es Qaṭab-l-Dīn, quien también es gobernador de la ciudad de Dārā, Mārdīn [...]

Este pueblo pertenece a muchos sultanes, como en los reyes de taifas en al-Andalus, todos ellos se adornan con epítetos referidos a la religión, de tal manera que no escuchas más que apelativos rimbombantes y adjetivos para quienes apenas tiene méritos. En ella se dan la mano los tenderos y los reyes, el rico y el bandolero, no hay en ella nadie que tenga el epíteto que le corresponde o la característica para la que fue creado, salvo Ṣalāḥ-l- Dīn, dueño de las tierras de Siria, Egipto, al-Ḥiṣyāz y Yemen.

b Caminamos hasta que llegamos a la ciudad de Qusanṭīna. Acampamos a las afueras. Nos azotó una lluvia torrencial y nos vimos obligados a salir de las tiendas hasta una casa de allí. Al llegar el día siguiente, nos recibió el gobernador de la ciudad, una de los nobles caballeros llamado Abū-l-Ḥasan [...]

^aمما جرى بمدينة الإسكندرية سنة سبع وعشرين، وبلغنا خبر ذلك بمكة شرفها الله، أنه وقع بين المسلمين وتجار النصارى مشاجرة. وكان ولي الإسكندرية رجلاً يعرف بالكركي. فذهب إلى حماية الروم. وأمر المسلمين فحضرُوا بين فصيلي باب المدينة، وأغلق دونهم الأبواب نكالا لهم. فأنكر الناس ذلك وأعظموه، وكسروا الباب، وثاروا إلى منزل الوالي. فتحصن منهم وقاتلهم من أعلاه. وطير الحمام بالخبر إلى ملك الناصر فبعث أميراً يعرف بالجمالي، ثم أتبعه أميراً يعرف بطوغان، جباراً قاسي القلب، متهماً في دينه، يقال إنه يعبد الشمس. فدخلوا الإسكندرية، وقبضوا على كبار أهلها وأعيان التجار بها [...] وأخذ منهم الأموال الطائلة. [...] ثم أن الأميران قتلوا من أهل المدينة ستة وثلاثين رجلاً...¹²⁹⁸

El narrador, una vez en La Meca, se hace eco de una noticia acaecida en Alejandría. Una disputa entre la población de la ciudad y unos comerciantes cristianos derivó en un motín de los habitantes contra el gobernador de la ciudad, denominado *wālī*, quien ante el riesgo para su persona pidió ayuda al rey mediante una paloma mensajera. El monarca envió en su auxilio a dos emires. Estos desencadenaron una dura represión. De este episodio, por lo que a nuestro estudio interesa, destacamos que esta ciudad tan importante está regida por un gobernador, con una denominación diferente que en Constantina, Argelia. Asimismo, la respuesta del rey fue destacar a dos emires, quienes actuaron conjuntamente, en una muestra de lo dispuesto por al-Māwardī en el caso de un nombramiento dual.

^bفخرجت من مدينة الإسكندرية قاصداً هذا الشيخ نفعنا الله به. ووصلت قرية فروجة [...] قرية كبيرة بها قاض ووال وناظر. [...] وأضافني ناظرها زين الدين [...], وسألني عن بلدي وعن مجباه. فأخبرته أن مجباه نحو إثني عشر ألف من دينار الذهب. فعجب وقال لي: ((رأيت هذه القرية، فإن مجباها إثنان وسبعون الف دينار ذهباً)). وإنما عظمت مجابي ديار مصر لأن جميع أملاكها لبيت المال. ثم خرجت من هذه القرية¹²⁹⁹.

La descripción de la aldea de Farūya, una población cercana a Alejandría sin más transcendencia, nos aporta, sin embargo, una relación de los diferentes funcionarios destinados en el municipio: juez, gobernador y administrador. Órganos unipersonales dentro de la pirámide del gobierno del sultán. La presencia del administrador está justificada porque las tierras son de propiedad del tesoro. Esta titularidad de las parcelas merecerá un comentario en el apartado dedicado al *bayt al-māl*.

^cوكان أمير المدينة كبيش بن [...] وكان قد قتل عمه قبلاً، ويقال إنه توضعاً بدمه [...] وكانت إمارة مكة في عهد دخولي إليها للشريفين الأجلين الأخوين أسد الدين [...] وسيف الدين [...] وتضرب الطبول على باب كل واحد منهما عند صلاة المغرب من كل يوم¹³⁰⁰.

En las ciudades de La Meca y Medina, el gobierno se encarga a emires y no un *wālī*. En la ciudad donde está enterrado Muḥammad existe un único emir, descrita como una persona sanguinaria. En la ciudad natal del mismo, los encargados son dos hermanos. Otro ejemplo de dualidad mancomunada, todavía lejos de la colegialidad.

a De lo que ocurrió en Alejandría durante el año veintiocho nos llegó la noticia en La Meca, Dios la honre. Se produjo entre los musulmanes y los comerciantes cristianos una disputa. Al gobernador de Alejandría se le conoce como *al-karakī* (el de Karak, en la actual Jordania). Fue a proteger a los *rūm*. Ordenó a los musulmanes que se presentaran entre los parapetos de la puerta de la ciudad y la cerró dejándolos fuera como forma escarmentarlos. La gente se enfadó y lo se lo tomó a la tremenda: rompieron las puertas y se levantaron contra la residencia del gobernador, quien se hizo fuerte y los combatió desde lo alto. La paloma voló con la noticia hasta el rey al-Nāṣir quien envió a un emir conocido como al-Ŷamālī. Posteriormente, lo siguió otro emir conocido como Tūḡān, un tirano de corazón déspota, de religión dudosa, se dice que es un adorador del sol. Entraron ambos en Alejandría, apresando a los más grandes entre su gente y a los principales comerciantes [...] Les tomaron grandes cantidades de bienes [...] Después, los dos emires mataron de entre la gente de la ciudad treinta y seis hombres...

b Salí de la ciudad de Alejandría, con la intención de visitar a este *šayj* con quien Dios nos ayuda. Llegué a la aldea de Farūya [...] una gran aldea que dispone de juez, gobernador y administrador [...] El administrador, Zayn-l- Dīn, me hospedó y me preguntó por mi país y su recaudación. Le informé que su recaudación ascendía alrededor de doce mil dinares de oro. Se sorprendió y me dijo: “¿has visto esta aldea? Pues su recaudación es de setenta y ocho mil dinares de oro”. Es de las mayores de Egipto porque todas sus propiedades pertenecen al tesoro (*bayt al-māl*). Después abandoné esta aldea.

c El emir de al-Madīna Kabīš b. [...] quien había asesinado a su tío paterno con anterioridad y se dice que él hizo las abluciones con su sangre [...]

El emirato de La Meca, en la época de mi entrada en la ciudad, correspondía a dos jerifes excelsos los dos hermanos Asad-l- Dīn [...] Sayf-l-Dīn [...] Cada día, al llegar la oración del crepúsculo, se tocan los tambores en la puerta de la casa de cada uno de ellos.

^aوليس بهذا المدينة مغرم ولا مكاس ولا وال، إنما يحكم عليهم نقيب الأشراف [...] ونقيب الأشراف مقدم من ملك العراق...¹³⁰¹

Habiendo alcanzado Iraq, visita la ciudad de Naʿyaf, cuyo máximo responsable es una persona encargada del linaje de Muḥammad; este peculiar cargo es quien hace las veces de gobernador por decisión del rey de Iraq.

^b 8- رحلة إلى تبريز وأخرى إلى الموصل وماردين.
ثم خرجت من بغداد في محلة السلطان أبي سعيد، وغرضي أن أشاهد ترتيب ملك العراق في رحيله ونزله وكيفية تنقله وسفره. وعادتهم أنهم رحلون عند طلوع الفجر وينزلون عند الضحى. وترتيبهم أنهم يأتي كل أمير من الأمراء بعسكره وطبوله وأعلامه، فيقف على موضع لا يتعداه، قد عين له إما في الميمنة أو اليسرة. فإذا توافوا جميعاً وتكاملت صفوفهم ركب الملك. وضربت طبول الرحيل وبوقاته وأنفاره، وأتى كل أمير منهم وسلم على الملك وعاد إلى موقفه. ثم يتقدم أمام الملك الحجاب والنقباء، ثم يليهم أهل الطرب، وهم نحو المائة رجل عليه الثياب الحسنة وتحتهم مراكب السلطان.¹³⁰²

El viajero es testigo de la comitiva del sultán que se dispone a emprender un viaje. Aprovecha la ocasión para poner de manifiesto la organización jerárquica de los cargos. En primer lugar, los emires, tras ellos los chambelanes y los capitanes. En la caravana, los últimos son los encargados de divertir al monarca y los responsables de las caballerizas.

^cفتوجنا إلى مدينة تعز حضر ملك اليمن، وهي من أحسن مدن اليمن وأعظمها. وأهلها ذوو تجبر وتكبر وفضاظة، وكذلك الغالب على البلاد التي يسكنها الملوك. وهو ثلاث محلات، إحداها يسكنها السلطان ومماليكه وحاشيته وأرباب دولته، وتسمى بإسم لا أذكره، والثانية يسكنها الأمراء والجناد، وتسمى عدينة، والثالثة يسكنها عامة الناس وبها السوق العظمى، ويسمى المحالب و(سلطان اليمن) هو سلطان المجاهد نور الدين [...] شهر جده بالرسول لأن أحد خلفاء بني عباس أرسله إلى اليمن ليكون بها أميراً، ثم استقل أولاده بالملك.¹³⁰³

Al pasar por una de las ciudades yemeníes, nos muestra el proceso de descomposición del califato 'abbāsī. El califa nombra un emir para que gobierne en su nombre una región remota y la familia de este termina independizándose y abrogándose el título de rey.

Hemos advertido de la controversia que suscita el registro desde el punto de vista de un conjunto de funcionarios, el enfoque propio de este capítulo. Su íntima conexión con el tesoro público, a veces se llegan a identificar en las fuentes y su contenido compuesto de diversas anotaciones lo podrían aproximar a un ente de base material. Intentaremos acercarnos al *dīwān* a partir de los sujetos que trabajan en él. De cualquier modo, lo que en estas páginas argumentemos deberá proseguir al tratar el *bayt al-māl*.

ليسهم للإداري

a Y esta ciudad no dispone de cobrador de deudas, ni de cobrador de tasas, ni de gobernador; la gobierna el encargado del linaje del profeta [...] el encargado del linaje es nombrado por el rey de Iraq...

b 8- Viaje hacia Tabrīz y otro hacia Mosul.

Después salí de Bagdad con el séquito del sultán Abū Saʿīd, mi intención era ser testigo de la organización a la hora de partir y desplazarse del rey de Iraq. Entre sus costumbres está la de partir con el alba y acampar al mediodía. Se organizan del siguiente modo: cada emir llega con sus soldados, sus tambores y banderas, se detiene en su lugar y no lo sobrepasa, el cual se fue asignado bien a la derecha o a la izquierda. Si se completan todas la filas, monta el rey y se golpean los tambores de partida, así como los cuernos y las fanfarrias. Cada uno de los emires se acerca y saluda al rey y vuelve a su posición. Después, se presentan ante el rey los chambelanes y los capitanes, después los siguen los que entretienen, que son cerca de cien hombres con buenos vestidos y debajo de ellos están los pajes del sultán.

c Nos dirigimos a la ciudad de Taʿiz, sede del rey de Yemen, una de sus mejores y más espléndidas ciudades. Su gente es engreída, arrogante y altanera, y también se ha impuesto al país donde residen los reyes. Posee tres zonas; en la primera reside el sultán, sus esclavos, séquito y señores de su estado, se denomina con un nombre que no recuerdo; en la segunda residen los emires y los soldados, y se denomina 'adīna; en la tercera, el común de la gente y en ella se encuentra el gran zoco, y se llama al-Maḥālib. (el sultán de Yemen) es el sultán Nūr-l-Dīn [...] Su abuelo se hizo famoso como el enviado, pues uno de los califas de los Banū 'Abbās lo envió a Yemen como emir, después sus hijos se independizaron como reyes.

d Se reparte al personal de la administración.

1335- Al-Šāfi ʿī ha dicho: al-Awza ʿī ha dicho sobre un hombre del *dīwān* que combatió a pie y luego a caballo: se le reparte la cuota del infante, porque los musulmanes no tenían en tiempos del enviado de Dios *dīwān*, y él otorgaba una parte a la caballería, y así lo han continuado los imanes de los musulmanes.

1335. قال الشافعي. قال الأوزاعي- في رجل الديوان يقاتل رجلاً ثم فارساً- يُسهم له سهم راجل لأنه لم يكن للمسلمين على عهد رسول الله، ص، ديواناً، وكان رسول الله، ص، يُسهم للخيل، وتتابع على ذلك أئمة المسلمين¹³⁰⁴.

Al-Šāfi ī menciona lo que al-Awza ī -nacido en Baalbek (Líbano), habitante de Beirut, ciudad de la que fue juez, uno de los primeros ulemas, quien llegó a fundar una escuela, hoy desaparecida¹³⁰⁵-, opinaba sobre el reparto del botín en favor de una persona que trabaja en el *dīwān*. La cuota que le asigna nos es indiferente en este momento; tenemos que destacar que la creación de este órgano administrativo es posterior a Muḥammad, según se nos informa en este fragmento atribuido a este ulema.

^aديوان الأعمال والجبايات:.

أعلم أن هذه الوظيفة من الوظائف الضرورية للملك، وهي القيام على أعمال الجبايات وحفظ حقوق الدولة في الدخل والخرج وإحصاء العساكر بأسمائهم، وتقدير أرزاقهم وصرف أعطياتهم في إباناتها [...] واما ما يتعلق بهذه الوظيفة من الأحكام الشرعية مما يختص بالحيش أو بيت المال في الدخل والخرج وتمييز النواحي بالصلاح والعنوة، في تقليد هذه الوظيفة لمن يكون، وشروط الناظر فيها والكتاب وقوانين الحسينات، فأمر راجع إلى كتب الأحكام السلطانية، وهي مسطورة هنالك وليست من غرض كتابنا، وإنما نتكلم فيها من حيث طبيعة الملك الذي نحن بصدد الكلام فيه. وهذه الوظيفة جزء عظيم من الملك، بل هي ثالثة أركانه، لأن الملك لا بد له من الجند والمال والمخاطبة لمن غاب عنه، فأحتاج صاحب الملك إلى أعوان في أمر السيف وأمر الكلم وأمر المال، وينفرد صاحبها لذلك بجزء من رياسة الملك. [...] هذه أصول الرتب والخطط السلطانية، وهي الرتب العالية التي هي عامة النظر ومباشرة للسلطان.¹³⁰⁶

El cargo de responsable del registro tiene las características propias de un estado donde todo el poder emana del gobernante quien va delegando por cuestiones prácticas, sin atisbo de descentralización, tal y como se observa en este fragmento de los *Prolegómenos* del pensador tunecino. En estas líneas se reitera la personificación del estado, al que se asignan derechos. Lo retomaremos al hablar del tesoro público. Finalmente, explicita su intención: descubrir la naturaleza del poder, en ningún caso, fijar las reglas jurídicas que lo rigen. Este registro forma parte de las competencias que corresponden directamente al sultán; los funcionarios realizan la actividad en su nombre. Continuamos de una manera algo más sistemática y, sobre todo, más jurídica con al-Māwardī:

^bفي وضع الديوان وذكر أحكامه.

والديوان موضوع لحفظ ما يتعلق بحقوق السلطانية من الأعمال والأموال، ومن يقوم بها من الجيوش والعمال، [...]]

a Registro de los trabajadores y las recaudaciones.

Haz de saber que esta función es necesaria para la monarquía, y consiste en llevar a cabo los acciones de recaudación y velar por los derechos del estado sobre los ingresos y salidas, y la anotación de los militares por sus nombres, previsión de sus soldadas y entregar sus pagos en sus momentos [...]

En cuanto a los preceptos legales que se relaciona con esta función en lo que se refiere al ejército, el tesoro, las entradas y salidas, y determinar si las tierras fueron conquistadas mediante pacto o por las armas y el nombramiento de quien deba encargarse, y las condiciones del encargado, el escribiente y las reglas de la contabilidad. Este asunto se ha de consultar en los libros de los preceptos de los sultanes, y allí están definidas. No es el objetivo de nuestro libro, en el que hablamos de la naturaleza de la monarquía que es de lo que hablamos.

Esta función es una gran parte de la monarquía, incluso es el tercero de sus pilares, porque la monarquía precisa de soldados, dinero y mantener correspondencia con los ausentes. Así, necesita el titular del trono de ayudantes en los asuntos de espada, pluma y dinero, por ello, el titular de la función adquiere una gran porción de poder.

[...] Estas son las raíces de las funciones y cargos del sultán, y son los puestos más altos con una competencia general y directamente ejercidos por el sultán.

b Sobre la erección del *dīwān* y la reseña de su régimen jurídico.

El *dīwān* se ha instituido para velar por todo que se relaciona con los derechos del sultán, los actos y los bienes y quien está encargarlo de acometerlos entre los ejércitos y los funcionarios [...]

El primero que impulsó el *dīwān* en el islam fue 'Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él.

[...] Y al-Azharī cuenta de Sa'īd b. al-Musayb que fue aquello en el mes de *al-muḥarram* del año décimo, cuando se estabilizó la clasificación de la gente en los registros según el linaje conectado con el enviado de Dios, distinguiéndose en cuanto en las concesiones a aquellos más antiguos en el Islam y en el parentesco con el enviado de Dios. Abū Bakr, Dios esté satisfecho de él, opinaba que las concesiones debían ser igualitarias, estando en contra de las preferencias por la anterior conversión; esa era la misma opinión que la de 'Alī, Dios esté satisfecho de él, durante su califato. De aquí, tomó su postura al-Šāfi ī y Mālik. El parecer de 'Umar, Dios esté satisfecho de él, era el de beneficiar a los primeros en el Islam, y también la de 'Uṭmān, Dios esté satisfecho de él, y los que le siguieron. De la misma cogieron su postura Abū Ḥanīfa y los *fuqahā'* de Iraq.

وأول من وضع الديوان في الإسلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

[...] وروى الزهري عن سعيد بن المسيب أنه كان ذلك في المحرم سنة عشر، فلما استقر ترتيبت الناس في الدواوين على قدر النسب المتصل برسول الله، ص، فضل بينهم في العطاء على قدر السابقة في الإسلام، والقربى من رسول الله، ص، وكان أبو بكر رضي الله عنه يرى التسوية بينهم في العطاء، ولا يرى التفضيل بالسابقة، وكذلك كان رأي علي رضي الله عنه في خلافته وبه أخذ الشافعي ومالك، وكان رأي عمر رضي الله عنه التفضيل بالسابقة في الإسلام، وكذلك كان رأي عثمان رضي الله عنه بعده، وبه أخذ أبو حنيفة وفقهاء العراق¹³⁰⁷.

Las palabras que acabamos de transcribir fueron las fuentes que nutrieron el texto del pensador nacido en Túnez, autor de la *Muqaddima* y así lo reconoce. Sin embargo, en el siglo XI, el ulema seguidor de al-Šāfi'ī atribuye los derechos que se pretenden proteger con su anotación en el registro al sultán, mientras que Ibn Jaldūn asigna los mismos al estado. En ambas versiones, no de forma casual señalan a la misma persona como origen de la tradición, la decisión fue de 'Umar b. al-Jaṭṭāb con la finalidad de distribuir los bienes que fluían desde los territorios conquistados. Sería lo que se denomina el *dīwān* del ejército.

^a وكان الديوان موضوعاً على دعوة العرب في ترتيب الناس فيه معتبراً بالنسب، وتفضيل العطاء معتبراً بالسابقة في الإسلام وحسن الأثر في الدين، ثم روعي في التفضيل عند إنقراض أهل السوابق والتقدم في الشجاعة والبلاء في الجهاد؛ فهذا حكم ديوان الجيش في ابتداء وضعه على الدعوة القريبة والترتيب الشرعي¹³⁰⁸.

En cuanto al registro propio de las tropas, su razón de ser a la hora de constituirse fue la demanda de los árabes sobre la importancia del linaje, una particularidad cuyo influjo es fácilmente rastreable en la Arabia preislámica y en el propio *fiqh*.

^b وأما ديوان الإستيفاء وجباية الأموال فجري هذا الأمر فيه بعد ظهور الإسلام بالشام والعراق على ما كان عليه من قبل، فكان ديوان الشام بالرومية لأنه كان من ممالك الروم، فكان ديوان العراق بالفارسية لأنه كان من ممالك الفرس، فلم يزل أمرهما جارياً على ذلك إلى زمن عبد الملك بن مروان، فنقل ديوان الشام إلى العربية سنة إحدى وثمانين¹³⁰⁹.

La dinastía omeya adoptó un registro de las recaudaciones y pagos del Imperio Sasánida y del Bizantino; no se ocupó de traducirlos al árabe hasta alrededor de unos cincuenta años después de la conquista musulmana de ambos imperios, ocurrida en los primeros años de la nueva religión. Este relato coincide con el de Ibn Jaldūn¹³¹⁰.

^c رسالة عبد الحميد الكاتب إلى الكتاب:

أما بعد حفظكم الله يا أهل صناعة الكتابة، وحاطكم ووفقكم وأرشدكم. فإن الله عز وجل جعل الناس بعد الأنبياء والمرسلين [...] ومن بعد الملوك المكرمين أصنافاً وإن كانوا في الحقيقة سواء، وصرفهم في صنوف الصناعات، وضروب المحاولات، إلى أسباب معاشهم وأبواب أرزاقهم؛ فجعلكم معشر الكتاب في أشرف الجهات الأدب والمروءات، والعلم والرزانة. بكم ينتظم للخلافة محاسنها وتستقيم أمورها. وبنصائحكم يُصلح الله للخلق سلطانهم وتعمر بلدانهم. لا يستغني الملك عنكم، ولا يوجد كاف إلا منكم. فموقعكم من الملوك موقع أسماهم التي بهما يسمعون، وأبصارهم التي بها يبصرون، والسننهم التي بها ينطقون، وأيديهم التي بها يبسطون.

a El *dīwān* fue instituido porque los árabes demandaban clasificar a la gente según su linaje, y beneficiar en las concesiones en función de su conversión al Islam más temprana y su buena influencia en la religión. Después esta preferencia se sustituyó con la extinción de las primeras conversiones por la mayor valentía y coraje en la guerra santa; este es el régimen jurídico del *dīwān* del ejército al comienzo de su creación debido a la demanda del linaje y su clasificación legal.

b En cuanto al *dīwān* de pagos y recaudación de los bienes, continuó después de la aparición del Islam tal y como estaba en Siria e Iraq con anterioridad. El de Siria, en *rūmiyya* (en el original se le denomina romano, se refiere al griego, idioma oficial del Imperio Bizantino, más que al latín) porque se refiere a las propiedades de *rūm* (romanos) y el de Iraq, en persa, porque pertenecía a los persas. Permaneció de esta manera hasta los tiempos de 'Abd-l-Malik b. Marwān, durante los cuales se tradujo el *dīwān* de Siria al árabe en el año ochenta y uno de la hégira.

c Carta de 'Abd al-Ḥamīd al-Kātib a los escribas.

Saludos, Dios os guarde, gente de la industria de la escritura, os proteja, dé éxito y os guíe. Dios el Altísimo hizo a la gente tras los profetas y enviados [...] y tras los reyes honorables en categorías, aunque en realidad sean iguales, y los distribuyó en tipos de industrias y clases de tentativas, para encontrar la causa de su sustento y las puertas de sus salarios; os hizo encargados de la escritura, la más honorable función de la gente de letras y virilidad, de ciencia y buenos modales. Con vosotros, el califato organiza sus virtudes y hace discurrir sus asuntos por la buena senda. Con vuestros consejos, Dios corrige la naturaleza de sus sultanes y civiliza sus países. El rey no se priva de vosotros, ni encuentra un apoyo más que en vosotros. Vuestro puesto entre los reyes es el de los oídos a través de los cuales oyen, sus ojos por los que ven, sus lenguas mediante las que pronuncian, sus manos por las que cogen. Dios os haga disfrutar de la virtuosa industria que os ha asignado. Nos os quite nada de la gracia que os ha dado. Ninguno de entre la gente de las industrias se merece más los calificativos elogiosos ni la naturaleza virtuosa mencionada.

فأمتعكم الله بها خصكم من فضل صناعتكم، ولا نزع عنكم ما أضفاه من النعمة عليكم. وليس أحد من أهل الصناعات كلهم أحوج إلى إجتماع خلال الخير المحمود، وخصال الفضل المذكورة المعدودة منكم¹³¹¹.

'Abd-l-Hamīd al-Kātib, secretario del último califa omeya, con quien fue ajusticiado por los 'abbāsīes y arquetipo de la elocuencia¹³¹², escribió una famosa epístola a los escribas, recogida por Ibn Jaldūn en su *Muqaddima*, cuyo primer párrafo hemos transcrito. En la misma, ensalza la función de los escribas del gobernante, de forma un tanto hiperbólica, pues la considera como la industria más noble creada por Dios tras los profetas, enviados y los reyes. En la carta afirma que el califato consigue llevar sus asuntos por la recta senda gracias a ellos. Los compara con los cinco sentidos del rey, máxima autoridad, compuesta por un único sujeto. Tampoco sugiere que formen un cuerpo diferente de todos y cada uno de ellos. No obstante, sí establece una analogía similar a la de la teoría corporativa, pues insinúa que los escribas son órganos del cuerpo del califa, sultán o rey a quien sirvan. La relación entre el secretario y el poder en la obra de este escriba de los omeyas ha sido estudiada por Katia Zakharia¹³¹³.

^aفصل: فيما يشتمل ديوان السلطنة.

والذي يشتمل عليه ديوان السلطنة ينقسم أربعة أقسام: أحدها: ما يختص بالجيش من إثبات و عطاء. والثاني: ما يختص بالأعمال من رسوم وحقوق. والثالث: ما يختص بالعمال من تقليد وعزل. والرابع: ما يختص ببيت المال من دخل وخراج، فهذه أربعة أقسام تقتضيها بأحكام الشرع، و يتضمن تفصيلها ما ربما كان للكتاب الدواوين في أفرادها عادة هم بها أخص¹³¹⁴.

El *dīwān* se compone de cuatro secciones: ejército, los derechos y obligaciones, los funcionarios y el *bayt al-māl* o tesoro público. Por desgracia, el régimen jurídico y las normas aplicables no son expuestas por el autor, se remite a la costumbre de los escribas; tampoco se refiere al número y organización del mismo, motivo por el cual resulta complicado especular con el mismo como órgano administrativo cimentado sobre una estructura independiente de funcionarios.

^bديوان الرسائل والكتابة:

هذه وظيفة غير ضرورية في الملك لإستغناء كثير من الدول عنها رأساً كما في الدول العريقة في البداوة التي لم يأخذها تهذيب الحضارة و لا إستحكام الصنائع. [...] وكان الكاتب لأمير يكون من أهل النسبة من عظماء قبيله، كما كان للخلفاء وأمراء الصحابة بالشام والعراق، لعظم أمانتهم وخلص أسرارهم [...] وكان الكاتب يصدر السجلات مطلقة، ويكتب في آخرها إسمه، ويختم عليها بخاتم السلطان، وهو طابع منقوش فيه إسم السلطان أو شارته...¹³¹⁵

Ibn Jaldūn agrega otro departamento: el dedicado a la expedición de documentos oficiales y la correspondencia. Lamentablemente, al igual que al-Māwardī, en nada nos ilustra sobre su configuración interna.

^cفصل: فيما يختص بالعمال

a Capítulo: sobre los que incluye el *dīwān* del sultanato.

Lo que incluye el *dīwān* del sultanato se divide en cuatro apartados: el primero, lo que concierne al ejército de reconocimiento y pago; el segundo, lo que se refiere a las acciones con relación a obligaciones y derechos; el tercero, lo relativo a los funcionarios, nombramiento y destitución; y el cuarto, lo relacionado con *bayt al-māl*, entradas y salidas. Estas cuatro secciones requieren de un régimen jurídico, que contenga sus detalles, en lo que quizás sean más expertos sus escribas en las costumbres del mismo.

b *Dīwān* de la correspondencia y redacción de documentos.

Esta función no es necesaria para la monarquía, pues muchos estados prescinden de ella, totalmente, como sucede en los estados originariamente beduinos, que no han sido tomados por el camino de la civilización ni han adquirido destreza en las industrias [...] El escriba del emir era de su linaje, entre los más nobles, como ocurría entre los califas y emires de los compañeros en Siria e Iraq, por la gran confianza requerida y los secretos que guardan [...] El escriba expedía los registros en general, y al final escribía su nombre, estampando el sello del sultán, un sello grabado el nombre y el símbolo del sultán...

c Capítulo: sobre lo que se refiere a los funcionarios.

En cuanto al apartado tercero: en lo relativo a los funcionarios, su nombramiento y destitución, comprende seis apartados.

El primero de ellos: relacionar a quien le corresponde nombrar a los funcionarios; se considera la ejecución de las órdenes y la validez de la competencia, pues todo aquel que tenga competencia válida sobre algo, se ejecutan sus órdenes y es válido su nombramiento de funcionarios para ello; se producen tres casos: que provenga del sultán, encargado de todos los asuntos, o del ministro de autorización; o que lo realice un funcionario con autoridad general, como el encargado de un región o país grande, que nombra a un funcionario encargado de acciones específicas: En cuanto al ministro de ejecución, no sería válido que nombrara a un funcionario salvo después de consultar y ver si es útil.

وأما القسم الثالث: فيما يختص بالعمال من تقليد وعزل فيشتمل على ستة فصول:

أحدها: ذكر من يصح منه تقليد العمال، وهو معتبر بنفوذ الأمر وجواز النظر، فكل من جاز نظره في عمل نفذت فيه أوامره، وصح منه تقليد العمال عليه، وهذا يكون من أحد ثلاثة: إما من السلطان المستولي على كل الأمور. وإما من وزير التفويض. وإما من عامل عام الولاية، كعامل إقليم أو مصر عظيم، ويقلد في خصوص الأعمال عاملاً، فأما وزير التنفيذ فلا يصح منه تقليد عامل إلا بعد المطالعة والإستثمار.

الفصل الثاني: من يصح أن يتقلد العمالة، وهو من إستقل بكفايته ووثق بأمانته، فإن كانت عمالة تفويض تفتقر إلى إجتهد روعي فيها الحرية والإسلام؛ وإن كانت عمالة تنفيذ لا إجتهد للعامل لم يفتقر إلى الحرية والإسلام.

والفصل الثالث: ذكر العمل الذي تقلده، وهذا يعتبر فيه ثلاثة شروط: أحدها: تحديد الناحية بما تتميز به عن غيرها. والثاني: تعيين العمل الذي يختص بنظره فيها من جباية أو خراج أو عشر. والثالث: العلم برسوم العمل وحقوقه على تفصيل ينتفي عنه الجهالة، فإذا إستكمل هذه الشروط الثلاثة في عمل علم به المولي والمولى صح التقليد ونفذ.

الفصل الرابع: زمان النظر، فلا يخلو من ثلاثة أحوال. أحدها: أن يقدره بمدة محصورة الشهور أو السنين، فيكون تقديرها بهذه المدة مجزراً للنظر فيها، ومانعاً من النظر بعد. ولا يكون النظر في المدة المقيدة لازماً من جهة المولي به، وله صرفه والإستبدال به إذا رأى ذلك صالحاً، فأما لزومه من جهة العامل المولى فمعتبر بحال جارية عليهما؛ وإن كان الجاري معلوماً بما تصح به الأجور، لزمه العمل في المدة إلى إنقضائها، لأن العمالة فيها تصير من الإجازات المحضة، [...] والفرق بينهما في تخيير المولى، ولزوم للمولى أنها في جنبه المولى من العقود العامة لنيابته فيها عن الكافة، فروعياً الأصلح في التخيير، وهي في جنبه المولى من العقود الخاصة لعقدة لها في حق نفسه [...] والحالة الثانية: أن يقدر بالعمل، فيقول المولى فيه: قد قلدتك خراج ناحية كذا في هذه السنة [...] والحالة الثالثة: أن يكون التقليد مطلقاً لا يقدر بمدة ولا عمل، فيقول فيه: قد قلدتك خراج الكوفة، فهذا التقليد صحيح وإن جهلت مدته، لأن المقصود منه الإذن لجواز النظر، وليس المقصود منه اللزوم العتبر في عقود الإجازات [...]

الفصل الخامس: في جاري العامل علي عمله [...]

الفصل السادس: فيما يصح به التقليد. فإن كان يصح به التقليد. فإن كان نطقاً بلفظ به المولى صح به التقليد كما تصح به سائر العقود، وإن كان عن توقيع المولى بتقليد خطأ لا لفظاً صح التقليد وإنعقدت به الولايات السلطانية إذا يقرنت به شواهد الحال، وإن لم تصح به العقود الخاصة إعتباراً بالعرف الجاري فيه...¹³¹⁶

El tratado detalla los requisitos que rigen para considerar válidos los nombramientos de funcionarios en el *dīwān*. Dos aspectos acaparan nuestra atención: el carácter individual y profundamente jerárquico de la función pública en el *fiqh*, por un lado, y la especificidad de los contratos de *derecho público*, ya que admiten una mayor indeterminación, pues algunas condiciones propias de los nombramientos de funcionarios invalidarían el arrendamiento de servicio

Apartado segundo: quién sería válido que fuera nombrado al servicio. Sería quien se distinguiera por su aptitud, confianza y lealtad. Si el cargo fuera con autorización que precisa dictámenes jurídicos, se requeriría que fuera libre y musulmán; si fuera un cargo meramente ejecutivo, no precisaría ser libre y musulmán.

Apartado tercero: señalar el trabajo para el que es nombrado, existen tres requisitos: primero, determinar el ámbito territorial, diferenciándolo de los demás; segundo, concretar el trabajo cuya competencia se ha de especializar, como recaudación, *jarāy* y diezmo; tercero, conocer los derechos y tasas del trabajo en cuestión con un detalle que elimine la indeterminación. Si concurren estos tres requisitos en un trabajo conocido por quien nombra y quien es nombrado, sería válido el nombramiento y ejecutivo.

Apartado cuarto: el período de la competencia. No hay más que tres casos: el primero, que quedara determinado el período por meses o años y esa fijación determinara la validez de la competencia e impidiera su ejercicio después de su expiración. La competencia no sería obligatoria durante ese período para quien ha nombrado, pues podría cambiarla o sustituirla, si lo estimara oportuno; en cuanto a la obligatoriedad para el funcionario nombrado, estaría en función del salario, si fuera un salario determinado, según las rentas válidas en el arrendamiento, el trabajador estaría obligado durante ese período hasta el final, porque sería un arrendamiento puro [...] La diferencia entre los dos, la elección de quien nombra y la obligatoriedad para el nombrado, estriba en que en el lado de la autoridad que nombra, se incluiría entre los contratos públicos, por su condición de delegado de la comunidad, así que regiría la elección y lo más oportuno; en la parte del funcionario, estaría dentro de los contratos privados, por contratar un derecho personal [...] Segundo caso: que se determine por el trabajo; quien designa diría: te nombro para el *jarāy* de una zona este año [...] Tercer caso: que el nombramiento sea absoluto, no constreñido por un período o trabajo; diría: para el *jarāy* de al-Kūfa [...] ese nombramiento sería válido, aunque se ignorara el período, porque a lo que se refiere es al permiso para la validez de la competencia y no la obligatoriedad exigida en los contratos de arrendamiento [...]

Apartado quinto: el salario del funcionario por su trabajo.

Apartado sexto: cómo se produce el nombramiento. Si se realizara oralmente por quien designa, sería válido como el resto de los contratos. Si se realizara mediante firma, no oralmente, sería válido y se perfeccionaría los contratos sobre autoridades de los sultanes, si se acompañara de testigos del acto, aunque no fuera válido para los contratos privados, tomándose en consideración la costumbre que rige en aquellos...

privado, según la *Šarī'a*. Esta particularidad, explicitada por el autor, nos sirvió para encabezar el capítulo.

^aباب في قبض المحاضر من ديوان القاضي المعزول.

(قال: وإذا أراد القاضي أن يقبض ديوان القاضي الذي كان قبله بعث رجلين من ثقاته فيقبضان من القاضي ديوانه) [...] إذا عزل القاضي {لرؤية أو لغير رؤية} وإستبدل به غيره فالقاضي المقاد يعث رجلين من ثقاته، والإكتفاء بالواحد جائز، لكن الإثنان أحوط فيقبضان من المعزول ديوانه، وديوان القاضي الخرائط التي فيها نسخ المحاضر {والصكوك} والسجلات ونصب الأولياء والأوصياء وغير ذلك. وهذا لأن القاضي في مثل ما ذكرنا ينبغي أن يكتب نسختين نسخة تكون في يد الخصم، ونسخة في الديوان [...] قال فإذا جاؤوه يقبضان الديوان فما كان نسخ السجلات جمعه في خريطة، وما كان من نسخ الصكوك جمعه في خريطة، ونسخ الأوقاف في خريطة إن كان القاضي صاحب الأوقاف فيفردان كل نوع من ذلك في خريطة على حدة...¹³¹⁷

Este fragmento del manual sobre la conducta del juez, de uno de los principales juristas *ḥanafīes*, al-Jaṣṣāf, contiene una sustanciosa información sobre el funcionamiento de los registros judiciales. En primer lugar, la doble copia de todas las actas, la clasificación de las mismas en diferentes libros, etc. En lo relativo al componente personal del mismo, no aporta ninguna novedad. Depende directamente de él, como órgano judicial unipersonal. Ahora bien, el nuevo juez ha de procurar enviar a dos de sus empleados a tomar posesión de los documentos del *dīwān* del juez al que sustituye. Es casi imposible encontrar rastros de encomiendas que superen los dos mandatarios.

^b*(في الديوان)*

[...] قيسارية هو من آخر ما فتح من أرض الشام وأهل المدينة مثل دواوين العرب فلم ير مالك به بأس وهو الذي سأله عنه...¹³¹⁸

Mālik b. Anas, tal y como nos trasmite su discípulo Saḥnūn, no ve obstáculo legal en la creación de los *dawāwīn*.

El manual de al-Mamātī, *Las Leyes de los dawāwīn*, engloba una serie de preceptos y retrata el régimen jurídico, de forma más o menos sistematizada, de este órgano. Extractemos algunos aspectos significativos:

^cفصل في الفرق بين الجسور السلطانية والبلدية

الجسور السلطانية هي العامة النفع في حفظ النيل على البلاد كافة إلى حين وقوع الغني عنه، وزوال الخوف عليها منه؛ ولها رسوم موظفه على الأعمال الشرقية والغربية؛ تستخرج بأيدي مستخدمي الديوان، وينفق عليها منها ما ينفق، ويحمل إلى بيت المال ما تفضل.

وأما الجسور البلدية هي الخاصة النفع بناحية دون ناحية؛ ويترلى إقامتها وإنقائها المقطعون والفلاحون بما ينفقوه فيها من عندهم. والجسور السلطانية إذا جارية مجرى سور المدينة الذي يجب على السلطان -خلد الله ملكه- الإهتمام بعمارته، والنظر في مصلحته، وكفاية العامة أمر الفكرة فيه.

a Capítulo sobre la toma de posesión de las actas del *dīwān* del juez destituido.

(Dijo: el juez quisiera tomar posesión de las actas del juez anterior, enviaría a dos hombres de su confianza para que se apoderen de ellas) [...] Si el juez fuera destituido (por sospechas o sin ellas) y sustituido por otro, el juez sustituto enviaría a dos hombres su confianza, si se conformara con uno sería válido pero dos es mejor, para que tomen posesión del *dīwān* del juez destituido. El *dīwān* del juez se componen de libros con las copias de las actas (y cheques), registros, nombramientos de tutores y albaceas y demás. Eso es así, porque el juez en lo que nos hemos referido debe escribir dos copias, una para las partes y otra para el *dīwān* [...] Dijo: si llegaran con lo que se han apoderado del *dīwān*, los registros se conservarían en un libro, las copias de los cheques en otro y las copias de los *awqāf* en otro...

b *(Sobre el *dīwān*)*

[...] Cesarea es lo último que se conquistó de la tierra de Siria y la gente de la ciudad erigieron los *dawāwīn* de los árabes y Mālik no ha visto impedimento en ello y eso es lo que le preguntamos.

c Capítulo. Sobre la diferencia entre los diques del sultán y los diques locales.

Los diques del sultán son aquellos de utilidad general para proteger del Nilo a todas las ciudades hasta que se puede prescindir de él y haya pasado el temor por el río; tienen impuestos por los actos en el este y el oeste; y se recauda por los funcionarios del *dīwān*, y de estos se sufraga los gastos necesarios y el resto se deriva a la *bayt al-māl*.

En cuanto a los diques de las localidades son aquellas cuya utilidad es privada para un zona y no para las demás; los beneficiarios de los repartos (*Iqtā'*) y sus campesinos son los encargados de construirlos y costear sus gastos necesarios. Los diques del sultán, si atravesaran las murallas de una ciudad que el sultán -Dios eternice su reino- deba ocuparse por su mantenimiento y velar por su interés y el interés general, ordenaría ocuparse de él.

Los diques de las localidades discurren por las casas y viviendas dentro de las murallas. Cada dueño de la casa ha de ocuparse por su interés y debe administrar todas las cuestiones necesarias.

والجسور البلدية جارية مجرى الأدر والمسكن التي داخل السور، وكل صاحب دار منها ينظر في مصلحتها، ويلتزم تدبير أمره فيها¹³¹⁹.

En Egipto, las inundaciones anuales del Nilo provocaban la exigencia de levantar diques de contención. Aquellos de interés público pertenecen al sultán, quien es el encargado de construirlos y hacerse cargo de lo gastos de mantenimiento; los demás son locales y esos gastos correrían a cuenta del beneficiario del *Iqtā'* (porción de tierra repartida por el gobernante en favor de una persona, normalmente para su defensa. Hicimos referencia a esta institución en el capítulo dedicado al reparto de las tierras conquistadas) y los campesinos que cultivan la tierra. No topamos ante una incipiente distinción entre propiedad pública y privada. Estos muros de contención públicos tienen (según el tenor literal del texto) impuestos, es decir su uso está gravado, por peajes que han de servir para su mantenimiento y que son recaudados por los funcionarios del órgano. El sobrante se ingresa en el tesoro público o *bayt al-māl*.

Por lo que se refiere a nuestra investigación, este apartado del libro, además de establecer una frontera entre lo público y lo privado, nos indica la estrecha relación con la *casa del dinero*. Resulta especialmente interesante observar cómo los funcionarios del *dīwān* llevan a cabo la recaudación de los derechos de los diques públicos y han de destinar el dinero a los gastos que estos generen. El excedente se ingresa en el tesoro. Desde el punto de vista contable, el registro administra unos recursos financieros en todas sus fases: desde el ingreso hasta su inversión en el fin determinado.

^aالباب الثامن. في أسماء المستخدمين من حملة الأقلام وما يلزم منهم
المستخدمين من حملة الأقلام لا يتجاوزون سبع عشر رجلاً بمن فيهم من يلزم رفع الحساب، وإن لم يدخل في عداد الكتاب، وهم:

a Capítulo octavo. Sobre los nombres de los empleados en la utilización de las plumas y sus cometidos.

Los empleados en la utilización de las plumas no sobrepasan los diecisiete hombres, entre los que se encuentran los que han de presentar cuentas, aunque no se cuenten entre los escribas; y son: administrador (*nāzir*), encargado del *dīwān* (*mutawālī-l-dīwān*), pagador (*mustawfi*), ayudante (*mu'īn*), copista (*nāsij*), supervisor (*mušārif*), trabajador (*'āmil*), escribiente (*kātib*), especialista (*ḡahbaḡ*), testigo (*šāhid*), representante (*nāi'b*), secretario (*amīn*), comprobante (*māsiḡ*), guía (*dalīl*), receptor (*hāi'z*), almacenista (*jāzin*), compilador (*hāšir*). Cada uno de ellos tiene su propio régimen, y las ordenes que reciben, según se procede a explicar y comentar:

Administrador (*nāzir*): persona en la que se apoya el encargado del *dīwān*, o el supervisor; ninguno de los funcionarios puede dejar de informarle de algún asunto; entre sus obligaciones está el conocer y corregir de su puño y letra; si el administrador fuera el encargado, escribiría de su mano todas las cuentas que se le eleven. Y extendería los recibos y respondería de todos los actos incorrectos.

Encargado del *dīwān* (*mutawālī-l-dīwān*): se le exige que cualquier acto principal que se realice en el *dīwān* lleve la marca de su mano. En cuanto a los secundarios, se derivan al escribiente para la ejecución debida en las cuentas. La responsabilidad de esta función puede ser de tres tipos: [...] por *amāna* (responsabilidad por custodia), actuaría según su dictamen respondiendo por custodia, solo si fuera evidente su traición; o por esfuerzo [...] no estaría obligado en nada por el resultado final mientras no se presentaran pruebas de su negligencia; o por garantía, así, todo bien que sufriera retraso garantizado por él, debería aportarlo; si restara algo sobre la esfera jurídica de los funcionarios, el sultán podría elegir entre aceptar esta novación en el deudor tras su reconocimiento, o no aceptarla, pudiendo, si fuera requerido, repetir contra quien retuviera lo que resta y apretarlo.

Pagador (*mustawfi*): este escriba es el jefe del consejo (*maḡlis*) en el *dīwān*. Exige a los funcionarios que eleven las cuentas en sus plazos, y avisa al encargado de las partidas de dinero que han de salir en sus plazos y confecciona las hojas y confronta todos los pagos que se le derivan y los abona, extrae todo lo que ha de ser extraído, emite los casos y elabora las demandas [...]

Ayudante (*mu'īn*): escriba que está entre las manos del encargado para apoyarlo en los actos mencionados, no respondiendo por los errores [...]

Copista (*nāsij*): este escriba es utilizado para hacer copias de los documentos que se firman y aquellos que entran y salen. Cuando queda constancia que existe una copia de la que no hay original ha de responder por ello.

Supervisor (*mušārif*): su labor está bajo la orden del administrador, como se ha mencionado. Además de esto, añade al administrador que toda salida está depositado ante él y custodiado por él, una vez que ha sido sellada.

Trabajador (*'āmil*): es un encargado que está obligado a elaborar las cuentas y elevarlas y a escribir sobre cada acto elevado ante él correcto y autorizado [...]

Escribiente (*kātib*): realiza la labor del trabajador si este no está.

Especialista (*ḡahbaḡ*): escriba que redacta las salidas de dinero y elabora los recibos [...]

Testigo (*šāhid*): entre sus obligaciones está corregir todo de lo que sea testigo y escribir la cuenta autorizada para su comentario.

ناظر؛ متولى الديوان؛ مستوفي؛ معين؛ ناسخ؛ مشارف؛ عامل؛ كاتب؛ جهبذ؛ شاهد؛ نائب؛ أمين؛ ماسح؛ دليل؛ حائر؛ خازن؛ حاشر.

لكل منهم حكم يتعلق به، وأمر يتوجه عليه الخطاب فيه، والأمر في جميعهم على ما يوضح ويُشرح، وهو: **الناظر**: شخص يُستظهر به على متولى الديوان، أو مشارف عمل، وليس لإحدى مستخدميهِ أن ينفرد عنه بشيء من علم المنظور فيه، ومن لوائمه أن يكون علمه محوطاً بضبطه، محفوظاً بخطه؛ وإن كان ناظر المشارف، كتب خطه على ما يرفع من الحساب، ويُخرج من الوصولات؛ وهو مخاطب على كل ما يتم في معاملته من خلل.

متولى الديوان: مما يخاطب عليه أن يكون أصول ما يجرى في ديوانه من المعاملات مضبوطة بخطه؛ فأما فروع ذلك، فإنها مردود إلى الكتاب، لإشغاله بالتنفيذ عما يجب من خدمة الحساب. ولا يخلو أمر تولية الديوان من ثلاثة أوجه: [...] فإن كان ولي بأمانة، فله إجتاده، وهو محمول على أمانته، مالم تظهر عليه خيانة. وإما أن يكون ولي ببذل [...] لم تلزمه شيء عن التتمة مالم تقم عليه بيعة بالتفريط فيها [...] وأما إن كان ولي ضمان، فكلما تأخر مال ضمانه لزمه القيام به، فإن بقي فيه في ذمة المعاملين مال، كان السلطان بالخيار في أن يقبل الحوالة به عليهم بعد إعتراهم أو لا يقبل، وله إن كان يطالبه في ذمته ويعود هو بالطلب على من الباقي عنده ويشد منه.

المستوفي: هذا الكاتب يكون صاحب مجلس في الديوان، يُطالب المستخدمين بما يجب عليهم رفع من الحساب في أوقاته، وينبه متولى الديوان على ما يجب إستخراجه من المال في أحيانه، ويقوم بالجراند، ويقابل بكل ما يرد عليه من حساب ويستوفيه، ويخرج ما يجب تخريجه فيه، ويخرج الأحوال ويعمل المطالبات [...]

المعين: كاتب بين يدي المستوفي لمساعدته في الأعمال المذكورة، وليس عليه درك في شيء منها [...]

الناسخ: هذا الكاتب يُستخدم رسم نسخ التوقيعات والمكاتبات الصادرة والوارد، ومتى ظهر أنه أثبت في نسخة مما لم يكن في أصلها، توجه عليه الدرك فيه.

المشارف: أمره جار على أمر الناظر فيما شُرح. وهو يزيد على الناظر بأن يكون الحاصل من المستخرج في مودعه وتحت حوطته بعد أن يكون مختوماً عليه.

العامل: وهو متولى، ويلزمه عمل الحسابات ورفعها، والكتابة على ما يرفعه غيره من معاملته منها بالصحة والموافقة، [...]

الكاتب: هو جار مجرى العامل في كل ما يتعلق به من المعاملات إذا لم يكن معه عامل.

الجهبذ: كاتب يرسم إستخراج المال وقبضه، وكتب الوصولات به [...]

الشاهد: من لوائمه أن يضبط كل شيء مما هو شاهد فيه، وأن يكتب الحساب الموافق لتعليقه.

النائب: هذا كاتب يستخدم نائباً عن الديوان مع المستخدمين، وليس يلزمه رفع الحسابات، ولا كتابة عليه، وإن طوالب بذلك فلا بأس به.

الأمين: هو جار النائب فيما شُرح من حاله؛ وهو في بعض الخدم جار مجرى الشاهد.

الماسح: كاتب يمشي مع القصاب في مساحة الأرض، ويجمع أقصاب المساحة ويضربها، ويعمل بذلك مكلفات؛ ومتى ظهر عليه أن نقل أرضاً عالية القطيعة إلى ما دونها، أو أخف مساحة؛ أو تجاوز حداً، كان عليه درك ذلك [...]

الدليل: يلزمه أن يعمل القنطاق والقوانين بالمساحة وسجلات التحضير، ويفصل ذلك ببقاعه مزرعاته وقطائعه وأسماء مزارعيه وكتب خطه بالترام الدرك فيه.

الحائز: كاتب على أجران، فيكون ضابطاً لما يُحمل من القت ويحصد ومن لوائمه أن يختم على الأجران كل ليلة، ويمنع المزارعين من التصرف فيها.

الخازن: كاتب متولى قبض الغلات وخبزها وإخراجها؛ ويلزمه عمل الأعمال بها، ويُطالب بما لعله يعجز عنها.

No es frecuente este detalle en la relación y descripción de los funcionarios que trabajan en el *dīwān*, sus funciones y la responsabilidad en caso de ejercerlos incorrectamente. El cometido de todos ellos está definido y su situación en la jerarquía también. La estructura, régimen jurídico y organización alcanzan una gran complejidad, cuya función es asegurar el control sobre los ingresos

Representante (nāi'b): este escriba se emplea como delegado del *dīwān* con los funcionarios y no está obligado a elevar las cuentas ni escribir sobre ellas, aunque si se le pidiera, no habría inconveniente.

Secretario (amīn): ejerce la función del delegado como se ha explicado y en otros servicios realiza las funciones del testigo.

Comprobante (māsīh): camina con los funcionarios para medir las tierras y las amojona. De ello elabora gastos y, si se comprobaba que se ha cambiado, ocultado o sobrepasado un límite, puede pedir responsabilidad por ello [...]

Guía (dalīl): está obligado a elaborar las hojas de las cuentas y las superficies de las tierras y los registros de presencia; y lo detalla por situación de las granjas y repartos así como los nombres de sus granjeros y anota la responsabilidad de cada uno.

Receptor (hāi'z): escribe las rentas y corrige lo que se cosecha. Y sella todo ello y ha de impedir que los granjeros dispongan de las mismas.

Almacenista (jāzin): escriba encargado de tomar las cosechas, almacenarlas y sacarlas y está obligado a realizar las acciones relacionadas con ellas. Y se le piden cuentas de los posibles menoscabos.

Compilador (hāšīr): está obligado a elevar los trabajos sobre la paja

y gastos del tesoro. El funcionamiento autónomo de este órgano administrativo está garantizado. Sin embargo, se trata de empleos unipersonales y jerarquizados, cuya cúspide la representa el administrador y los últimos lugares en el escalafón son para el almacenista (*jāzin*) y el compilador (*hāšir*) cuya actividad se circunscribe en almacenar los bienes que ingresan en el registro. En la enumeración, dos puestos merecen que nos detengamos en ellos: el representante y el pagador. El primero recibe la delegación del propio *dīwān*, actuando en su nombre y, en teoría al menos, los efectos jurídicos de sus actos se desplegarían en la esfera jurídica del órgano. El otro, el pagador, se nos presenta como el jefe del consejo (*maylis*). Esta figura será abordada en el próximo epígrafe, pero se puede adelantar que, semánticamente hablando, se trata del nombre del lugar donde un grupo de personas se sientan para hablar entre ellas. Venimos apuntando a la relación del *dīwān* con la *bayt al-māl*. Esta obra, aun no pudiendo clasificarse estrictamente entre las obras de *fiqh*, nos habla de un elemento humano, organizado jurídicamente, al servicio del tesoro público, conjunto de bienes; dispondríamos de tres elementos presentes en toda persona pública: elemento humano, material y conjunto de normas que organizan su funcionamiento.

^aالباب التاسع.

في ذكر ما إستقر من المعاملات السلطانية، والجهات الديوانية. بعد ما سامح به السلطان - (أعز الله نصره) - إلى آخر وقت، والحديث على كل معاملة مها بما يتعلق بها، وإتصل بسببها. المعاملات التي إستمرت، والجهات التي إستقرت: الزكاة؛ الجوالي؛ الموارث؛ الثغور المحروس؛ المتجر؛ الشب؛ النظرون؛ الحبس الحيوشي؛ الجاموس؛ أبقار الخيس؛ الأغنام/ الغروس؛ البساتين؛ الأحكار؛ الرياح؛ المراكب؛ ما يستأدى من الذمة في ديوان الأبواب؛ خليج الإسكندرية؛ صندوق النفقات؛ الإهرا؛ المنخ؛ خزائن السلاح؛ البيوت؛ ساحل السنط؛ الخراج؛ اقرظ؛ مقرر الجسور؛ موظف الأتبان؛ الأساطيل؛ عمارة الأسوار؛ صناعة العمائر؛ الطراز؛ دار الضرب؛ دار العيار؛ العشر؛ التفوات؛ الغيانات/ الفواضل؛ عجز العدة؛ عجز الأموال¹³²⁰.

Estas líneas poseen un contenido de gran riqueza para nuestro estudio, aunque más apropiado para el apartado sobre el tesoro público como parte de las *universitas bonorum*. No obstante, no debe obviarse, ya que nos informa sobre la labor de los distintos funcionarios mencionados. En primer lugar, añade un testimonio de primera mano sobre la estructura interna del registro: actos que se inscriben y derechos y obligaciones que se generan. El texto enumera una serie de impuestos, tipos de gastos de los soldados, derechos sobre la extracción de minerales, comercio e industria que han de ser anotados. En segundo, parece identificar el *dīwān* con la contabilidad pública donde se asientan los movimientos de ingresos y gastos. Se ponen ante nuestros ojos el conjunto de derechos, bienes y gastos y su régimen normativo de funcionamiento. Al hablar del tesoro público, acudiremos de nuevo a estos dos capítulos.

^bفلما كانت سنة إثننتين وثلاثين أعانوا الروم على غزاة في البحر بمراكب أعطوهم إياهم فغزوهم معاوية سنة ثلاث وثلاثين في خمسمائة مركب ففتح قبرص عنوة فقتل وسبى، ثم أقرهم على صلحهم وبعث إليها بإثني عشر ألف كلهم أهل الديوان فبنوا بها المساجد...¹³²¹

a Apartado noveno.

Sobre la mención de los actos del sultán y los destinos en el *dīwān*, después de que el sultán -Dios refuerce su victoria- los haya permitido hasta el final del plazo. Y donde se habla de cada acto, o que a él se refiere y la causa que trae.

Los actos permanentes y los destinos estables: la *zakāt*, *al-ŷawālī* (*ŷizya* sobre los coptos, véase la misma fuente en su página 317), las herencias (cuando el tesoro es el heredero), las fronteras vigiladas, los locales comerciales, el mineral de alumbre, el natrón, el *waqf* del ejército (seguramente referido a tierras públicas destinadas al ejército), los búfalos, las vacas, las ovejas, los cultivos, los huertos, los derechos de superficie, los derechos sobre los *awqāf* del sultán, las embarcaciones, lo que se expropia a la gente de la *ḍimma* en el *dīwān* de las puertas, el golfo de Alejandría, el fondo de los gastos, los graneros, los albergues, los almacenes de armas, las casas (*de dinero*), la costa de *al-Sanḥ*, el *jarāy*, las hojas de *al-qarāt*, los derechos de los diques, el funcionario de las forrajes, las armadas, el mantenimiento de las murallas, construcción de edificios, bordados, la casa de acuñación, peritación, el diezmo, el equipo de los soldados, permisos de los soldados, excedentes, déficit en las cuentas y déficit en los bienes.

b Cuando era el año treinta y dos, los *rūm* (bizantinos) se ayudaron contra los atacantes por el mar de los barcos que les dieron, Mu'āwiyya los atacó el año treinta y tres con quinientos barcos y conquistó Chipre por la fuerza de las armas, mató e hizo prisioneros. Más tarde, les confirmó con un tratado y les envió doce mil hombres del *dīwān* que construyeron mezquitas...

El relato de las conquistas de al-Balāḍūrī, historiador y geógrafo bagdadí que murió en el siglo IX¹³²², se detiene en la conquista de Chipre a los bizantinos por parte del primer califa omeya. Una vez incorporado al Imperio, envió a doce mil hombres registrados en el *dīwān*.

^a قالوا: وكان بغداد قديمة فمصرها أمير المؤمنين المنصور رحمه الله وإبنتى بها مدينة وإبتدأها في سنة خمس وأربعين ومائة فلما بلغه خروج نحمد وإبراهيم [...] عاد إلى الكوفة؛ ثم حول ببيوت الأموال والخزائن والدواوين من الكوفة إلى بغداد سنة ست وأربعين ومائة وسمها مدينة السلام...¹³²³

Tras la fundación de Bagdad, se trasladaron los principales órganos de poder a ella desde Kūfa: el tesoro público y los almacenes, hasta los registros.

^b ذكر العطاء في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه.
[...] وحدث [...] أن عمر بن خطاب رضي الله عنه إستشار المسلمون في تدوين الديوان، فقال له على بن أبي طالب: تقسم كل سنة ما إجتمع إليك من مال لا تمسك منه شيئاً، وقال عثمان: أرى مالا كثيراً يسع الناس وأن لم يحصوا حتى تعرف من أخذ ممن لم يأخذ حسبت أن ينتشر الأمر، فقال له الوليد بن هشام بن [...] : قد جنت الشام فرأيت ملوكها قد دون دويناً وجندوا جنداً فدون ديواناً جنداً جنداً...¹³²⁴

En la parte final de su obra, anota la información que ha recogido sobre la creación del *dīwān* del ejército. Fue 'Umar b. al-Jaṭṭāb quien, tras consultar a sus principales jefes, decidió imitar al registro que existía en el Imperio Bizantino y al que tuvieron acceso tras la conquista de Siria. Al-Ṭurṭūšī, escritor y alfaquí *mālikī* nacido en Tartūs, Siria.¹³²⁵, alude a esta historia en su obra de tono moralista *Sirāy-l-Mulūk*, o *Candil de los Reyes*¹³²⁶. Una versión muy similar se encuentra en la obra de al-Ṭabarī¹³²⁷.

^c ذكر خبر لهراسب وإبنة بشتاسب وغزو بختصر بنى إسرائيل وتخريبه بيت المقدس.
ثم ملك بعد كيخسرو ومن الفرس لهراسب بن كيوجي بن كيمنوش بن كيفاشين، بإختيار كيخسرو إياه، فلما عقد التاج على رأسه قال: نحن مؤثرون البر على غيره. وإتخذ سريراً من ذهب مكللاً بأنواع الجواهر للجلوس عليه، وأمر فبنيت له بأرض خراسان مدينة بلخ، وسمها الحسناء، ودون الدواوين، وقوي ملكه بإنتخابه لنفسه الجنود، وعمر الأرض وإجتبي الخراج لأرزاق الجنود...¹³²⁸

Este último, en un párrafo que nos sirvió anteriormente como antecedente del *jarāy*, comenta la utilización de los reyes de Babilonia del *dīwān*.

Los historiadores, dentro del género de las noticias, nos ofrecen escuetas reseñas, que, no obstante, son útiles a pesar de sus escasos detalles, pues apenas aportan pormenores. El cronista de Marrakech, quien vivió en el siglo XIV también anota algunos nombramientos relativos al *dīwān*:

^d قال أبو محمد: وإنتقل الأمر بالمشرق إلى بني العباس؛ فكانت دولتهم أعجمة: سقطت فيها دواوين العرب، وغلب عجم خراسان على الأمر...¹³²⁹

Reseña la toma del poder por parte de los *'abbāsīes*, quienes se lo arrebataron a los omeyas. Las distintas composición étnica de ambas dinastías, fundamentalmente persas la primera frente a los árabes de la segunda, determina que los registros relativos a la genealogía de estos se supriman.

a Dijeron: Bagdad era antigua y la urbanizó el Comendador de los Creyentes, al-Manṣūr, Dios tenga piedad de él, y construyó en ella una ciudad comenzando en el año ciento cuarenta y cinco. Cuando tuvo noticia de salida de Muḥammad e Ibrāhīm [...] volvió a al-Kūfa, después trasladó los tesoros públicos, los almacenes y los *dawāwīn* de al-Kūfa a Bagdad.

b Mención de los repartos del califa 'Umar b. Al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él.

[...] Y nos habló [...] que 'Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él, pidió consejo a los musulmanes sobre la creación de un *dīwān*. 'Alī b. Abū Ṭālib dijo: reparte cada año todo el dinero que reúnas y no retengas nada. 'Uṭmān dijo: veo mucho dicho dinero que la gente ambiciona y que no se reparta hasta conocer quien ha tomado y quien no; eso alargaría el asunto. Y Walīd b. Hišām [...]: he llegado de Siria y he visto a sus reyes que han registrado en el *dīwān* soldado a soldado, así que se erigió un *dīwān* para anotar todos los soldados uno a uno.

c Mención de las noticias sobre Lahrāsib y su hijo Baštāsib y el ataque de Bajtanṣar contra Israel y la destrucción que produjo en Jerusalén.

Después de Kījasarū, reinó entre los persas Lahrāsib b. Kiyūjī b. Kiyminūš b. Kīfāšin, por elección de Kījasarū. Cuando se ciñó la corona sobre la cabeza, dijo: nosotros inducimos el bien sobre lo que no lo es. Y tomó un reclinatorio de oro adornado con toda clase de joyas para sentarse en él. Ordenó que se erigiera la ciudad de Balj en Jorasán, y se denominó La Hermosa. Y organizó los archivos y potenció su reinado eligiendo por sí mismo a los soldados y edificó las tierras y recaudó el *jarāy* para el pago de los ejércitos...

d Abū Muḥammad dijo: en oriente se transmitió el poder a los banū al-'Abbās, su estado era no árabe, así que cayeron los *dawāwīn* de los árabes, y los no árabes de Jurāsān se hicieron con el poder...

^a وولى زيادة الله {البريد} عبد الله [...] {وولى أبا مسلم [...] ديوان الخراج}؛ وولى قضاء القيروان حماس بن...¹³³⁰

Se anotan algunos nombramientos de uno de los califas 'abbāsīes, entre ellos como responsable del *dīwān* del *jarāy*.

Los relatos de viajes se muestran como una herramienta muy adecuada para confrontar las normas establecida por los alfaquíes con la realidad, dibujando un cuadro relativamente realista sobre la aplicación práctica de los preceptos. Interpolamos algunas muestras contenidas en las *rihlāt* árabes medievales.

^b وإستنزل أحمد بن حسان منا، لئسأل عن أنباء المغرب و سلع المركب، فطيف به مرقباً على السلطان أولاً، ثم على القاضي، ثم على أهل الديوان، ثم على جماعة من حاشية السلطان، وفي كل يستفهم ثم يقيد قوله، فخلى سبيل. وأمر المسلمون بتنزيل أسبابهم، وما فضل من أزودتهم، وعلى ساحل البحر أعوان يتوكلون بهم، ويحمل جميع ما أنزلوه إلى الديوان. فأستدعوا واحداً واحداً، فأحضر ما لكل واحد من الأسباب والديوان فد غص الزحام¹³³¹.

Al llegar a Alejandría, Ibn Ŷubayr narra la manera en la que el *dīwān* de la ciudad registraba todas las mercancías que los comerciantes musulmanes transportaban en el barco, con un claro fin recaudatorio, describe que el órgano se componía de su gente.

^c دار الخلافة

[...] للخليفة من تلك الديار جزء كبير، قد إتخذ فيها المناظر المشرفة والقصور الرائقة والبساتين الأنيقة. وليس له اليوم وزير، إنما له خديم -يعرف بنائب الوزير- يحضر الديوان المحتوى على أموال الخلافة بين يديه الكتب، فينفذ الأمور. وله قيم على جميع الديار العباسية، وأمين على كافة الحرم الباقيات من عهد جده وأبيه، وعلى جميع من تضمنه الحرمة الخلافية، يعرف الصاحب مجد الدين أستاذ الدار، هذا لقبه، ويدعى له أثر الدعاء للخليفة، وهو قل ما يظهر للعامة، إشتغالاً بما هو بسبيله من أمور تلك الديار وحرصاتها والتكفل بمغالقتها وتفقدتها ليلاً نهاراً¹³³².

Al contar su paso por Bagdad, el cronista detalla la zona de la ciudad donde residía el califa. Antes que nada, advirtamos que a finales del siglo XII y principios del XIII, la institución califal había perdido casi todo poder efectivo, siendo un cargo más simbólico que real. En el momento de la visita, no existía el cargo de ministro, sino una especie de servidor mayor, quien se encargaba del *dīwān* en el que se registraban los bienes que pertenecían al califa. Entre otros funcionarios destaca el encargado de los harenes y de la seguridad del recinto.

^d وصبحنا يوم الثلاثاء العاشر من الشهر المذكور، وهو الثامن عشر لنتشتنبر، مدينة عكة -دمرها الله- وحملنا إلى الديوان، وهو خان معد لنزول القافلة، وأمام بابه مصاطب مفروشة: فيها كتاب الديوان من النصارى بمحابر الأبنوس المذهبة الحلوى، وهم يكتبون بالعربية ويتكلمون بها، ورئيسهم -صاحب الديوان والضامن له- يعرف بالصاحب: لقب وقع عليه لمكانه من الخطة، وهم يعرفون به كل محتشم متعين عندهم من غير الجند، وكل يجبى عندهم راجع إلى الضمان، وضمان هذا الديوان بمال عظيم¹³³³.

a Zyāda Allāh nombró a 'Abd Allāh [...]: como ministro de la correspondencia. Y a Abū Muslim [...]: en el *dīwān* del *jarāy*, y juzgar en Qayruwān a Ḥimās...

b Se conminó a Aḥmad b. Ḥasān, para interrogarlo sobre las noticias del Magreb y las mercancías del barco. Fue conducido ante el sultán primero, luego ante el juez, después ante la gente del *dīwān*, posteriormente ante un grupo del personal del sultán. Ante cada uno fue interrogado y se registraban sus palabras. Se le puso en libertad.

Se ordenó a los musulmanes descargar sus mercancías y todo lo que superara las provisiones. En la costa, agentes se contrataban y llevaban todo lo descargado al *dīwān*. Eran llamados uno a uno y se le presentaban sus mercancías. El *dīwān* se llenó con tal aglomeración.

c La casa del califato.

En esta zona el califa posee una gran parte, en ella ha tomado miradores, palacios hermosos y jardines elegantes. En la actualidad no tiene ministro, únicamente un servidor -que se conoce como viceministro- que está presente en el *dīwān* que incluye los bienes del califato; entre sus manos están los libros y ejecuta las órdenes. Y dispone de responsables para todas las casas de los 'abbāsīes, y un secretario para restos de los harenes de su abuelo y su padre y para todas las que pertenecen al harén califal; se lo conoce como Maḥd al-Dīn, el profesor de la casa, que ese es su apelativo. Se reza por él después del califa. Apenas aparece en público, pues está ocupado con sus obligaciones en la casa, su guardia, cierre de candados y su supervisión día y noche.

d Amanecemos el miércoles el décimo día del mes referido, el decimoctavo de septiembre, en la ciudad de 'Akka -Dios la destruya- y nos condujeron al *dīwān* un *Jān* preparado para hospedar a la caravana; frente a la puerta se colocan sillones tapizados: en ellos se encuentra el libro del *dīwān* de los cristianos con tinteros de ébano dorado y adornos; escriben en árabe y lo hablan, su jefe -*ṣāhib-l- dīwān* y su garante- se conoce como *ṣāhib*: denominación que recae por su posición en la función, y así conocen a todo aquel que es nombrado para un cargo que no sea un soldado, y todo lo que se recauda se eleva al garante, y este *dīwān* garantiza cantidades enormes de dinero.

Ibn ʿYubayr llegó a Acre, la ʿAkka de los árabes, un miércoles dieciocho de septiembre, deseando la destrucción de la ciudad, al estar en manos de los cruzados. Fue conducido al *dīwān*, un órgano similar al de Alejandría, donde se anota y almacena la recaudación de los impuestos. Resulta hasta tal grado idéntico, que sus anotaciones se realizan en árabe y sus funcionarios hablan en esa lengua, mientras que el responsable recibe el título de *ṣāhib*.

^aولما إنقضى الحاج أقمت مجاوراً بمكة تلك السنة. وكان بها الأمير علاء الدين ابن هلال مشيد الدواوين مقيماً لعمارة دار الوضوء بظاهر العطارين من باب بني شيبية¹³³⁴.

Ibn Baṭūṭa, por su parte, relata como un emir residente en La Meca, fue quien erigió los registros en la ciudad.

Después de acudir a estos pasajes, una vez más nuestra definición de persona jurídica nos interroga. La estructura administrativa, tanto en el ámbito de la corte como en la división territorial organizada en provincias, con sus diversas denominaciones, y ciudades, se fundamenta en un califa, imán o sultán detentador de todas las competencias administrativas, militares, fiscales y de justicia; como afirman numerosos orientistas, de cuya opinión nos hemos hecho eco, carecerían de la potestad de crear normas. Ante la imposibilidad física de ejercerlas por sí mismo, delega en determinadas personas quienes las llevarán a cabo en su nombre. De esta manera, nombra a ministros, jueces, gobernadores, jefes de policía, encargados de la peregrinación, recaudadores, etc. La individualidad prima casi en exclusiva, se desprende una anticolegialidad evidente: la creación de órganos con naturaleza corporativa ni se plantea siquiera; únicamente ʿAbd al-Ḥamīd al-Kātib¹³³⁵ afirma que los escribas son como los órganos sensoriales del gobernante, pero no traspasa la frontera de considerar al conjunto de los escribientes y el califa como un sujeto independiente que trascienda el carácter meramente instrumental de aquellos respecta a este. Las palabras de al-Māwardī son tajantes. Los únicos casos de pluralidad en la titularidad se limitan a una dualidad mancomunada, en la que ambos cargos han de ponerse de acuerdo, so pena de que les sea retirada la delegación o, en el caso de los jueces, previendo siempre algún mecanismo que derive la decisión en alguno de ellos. Las corporaciones municipales romanas, subsistentes en el Medievo, en las que los miembros, independientemente de las personas concretas, cristalizan en un cuerpo, una ente distinto y superior, con voluntad propia. Las ciudades islámicas son gobernadas por la voluntad del califa expresada por el gobernador y cuya justicia la imparte el juez nombrado por él. ¿Se observa en esta administración entes, junto al hombre, con capacidad jurídica y de obrar dignos de protección? De ningún modo, la única capacidad de jurídica y de obrar corresponde al funcionario designado, en el que los efectos jurídicos de su actuar se asientan, principalmente, en la esfera jurídica del imán, pues actúa en su nombre; esta representación no excluye, como no puede ser de otro modo, la responsabilidad de estos funcionarios. Este sistema guarda una gran similitud, así nos referimos, con el propio del Imperio Sasánida y el cesaropapismo bizantino. Al fin y al cabo, el Islam extendió sus dominios a costa de estos dos estados.

El *dīwān*, el segundo protagonista de este epígrafe, plantea una serie de peculiaridades. Su origen en el mundo islámico es posterior a Muḥammad. Asimismo, lo toman como préstamo de Bizancio y Persia, manteniéndolo décadas en sus idiomas originales, griego y persa. Existen de varios tipos, militares, tributarios, de correspondencia y elaboración de documentos, del tesoro y algunos relacionados con el gran interés de los árabes por el linaje. El régimen jurídico, sorprendentemente, se remite a la costumbre de los escribas por parte del tratadista del derecho público, al-Māwardī. Por contra, al-Mamātī desciende más a los detalles y describe un complejo entramado de funcionarios cada uno con unas competencias propias e interconectadas. La complicación en las relaciones no se traduce *per se* en una corporación. Con tal fin, el órgano habría de estar diferenciado de los funcionarios en él incardinados. Si nos preguntáramos si estos registros

a Cuando se terminó la peregrinación, me establecí en las cercanías de La Meca durante ese año. En la misma estaba el emir ʿAlāʾ-l-Dīn b. Hilāl, quien erigió los distintos *dawāwīm*, residiendo en el edificio de la Casa de las Abluciones en el ala de los perfumistas, en la Puerta de Banū Šayba.

son titulares de derechos y deberes, en esta ocasión dudáramos en dar una contestación negativa. Uno de los trabajadores, *nāi' b* o representante, actúa en nombre del propio *dīwān*, es decir, la literalidad de la exposición que este autor realiza de la función indica una alteridad, un hacer en nombre del propio registro. Otro de los escribas, el pagador o *mustawfī*, se nos presenta como el jefe de un consejo (*ma'yilis*), o otro conjunto de personas que realiza una función. El siguiente apartado estará dedicado a esta figura. Si alguien ostenta la representación del *dīwān* y actúa en su nombre, ¿a este se le reconoce una voluntad propia y una capacidad jurídica y de obrar del mismo género que a la persona humana? Esta simple referencia, resulta insuficiente. A pesar de ello, no deja de ser un indicio con bastante entidad. Este ministro del Egipto *ayyūbī* aborda un órgano cuyas competencias están vinculadas a la actividad económica del gobierno, los ingresos y gastos propios. Su vínculo con la *bayt al-māl* no ofrece dudas. El tesoro, en nuestra tesis, será el objeto del capítulo siguiente sobre las *universitas bonorum*. El estudio conjunto de ambos seguramente nos conducirá a la respuesta afirmativa al desafío que la definición del civilista de Castro nos plantea. El *dīwān* ocuparía la posición de administrador de ese patrimonio personificado que es la *casa del dinero*. No adelantemos conclusiones, sin antes haber analizado en profundidad esa figura. Antes, debemos concluir con las posibles categorías de personas jurídicas construidas sobre una base personal de derecho público, el consejo.

5.1.4 El *Ma'yilis*, ¿órgano administrativo colegiado?

Históricamente, de forma reiterada, cualquier tipo de autoridad recurre a personas, conjuntos de especialistas, órganos administrativos al objeto de asesorarse antes de tomar cualquier tipo de medida. Eso ha ocurrido tanto en sociedades preestatales, como en las tribales, en las que nos hemos detenido en su consejo tribal, el cual asume con funciones decisorias y consultivas, como en los estados modernos (véase, por ejemplo, el artículo 107 de la Constitución Española que regula el Consejo de Estado). Todos los magistrados romanos solían rodearse de un grupo de personas de su confianza que los asesoraban a la hora de tomar decisiones. Una vez instaurado el Principado por Octavio Augusto, dentro del Senado (órgano constitucional con potestad cuasi legislativa), se designa una comisión para asesorar al emperador y posteriormente, se crea un consejo imperial con tal fin, *consilium principis*¹³³⁶, con el paso del tiempo este órgano se fue institucionalizando y fue objeto de una regulación jurídica propia. En las sedes episcopales, aparecieron a partir del siglo X el *capitulum* catedralicio, una corporación de clérigos para auxiliar al obispo en la administración de la Diócesis; algunos autores no dudan en atribuir a este órgano eclesial la titularidad de derechos y obligaciones: personalidad jurídica¹³³⁷. También durante la Edad Media, los reyes convocaban asambleas, al igual que los condes, antes de tomar resoluciones, las cuales, son estudiadas como uno de los varios precedentes de los parlamentos modernos¹³³⁸.

En el ámbito del *fiqh*, varios arabistas opinan que cada juez disponía de una *šūrā*, conjunto de asesores, cuya consulta era obligatoria¹³³⁹. La presencia de esta práctica está más que constatada por las fuentes, algunas de las cuales aparecen en nuestra investigación, aunque su carácter preceptivo es más discutible. Los textos escogidos nos hablarán igualmente de la presencia de instituciones parecidas junto al califa, al gobernador u otra autoridad. Están compuestas de varias personas de confianza. En ellos, hemos de extraer la presencia, si así fuere, de los elementos constitutivos de las personas jurídicas.

En árabe, por la morfología de la palabra, *ma'yilis* se refiere a un nombre de lugar, en concreto, donde se sienta una persona.

مجلس^a

a *Ma'yilis*.

Con *sukūn* en la letra *yīm* y *kasra* en la letra *lām*; sitio de asiento, plural *ma'yālis*.

Ma'yilis de la venta. Lugar de la contratación...

Stock exchange (e)=

Lieu de contrat; séance (f).

También en el lenguaje técnico de los jurisconsultos islámicos mantiene esa raíz semántica. Los textos serán quienes nos guíen en los diversos matices. Hemos constatado la naturaleza primariamente individual de las funciones y cargos en el *fiqh*, lo cual no descarta que las personas que los ejercen se rodeen de otras para deliberar y solicitar consejo a la hora de tomar cualquier resolución.

^aمجلس القبيلة

لكل قبيلة عادة مجلس هو ندوة لهم. يستطيع كل فرد من أفراد القبيلة حضوره والتحدث فيه متى كان مجتمعاً. وليس هناك وقتاً معيناً لإجتماع المجلس لكن من المؤلف أن يجتمع القوم يومياً عند المساء أو قد ينادي في الناس للإجتماع إذا ما دعت الحاجة. فالمجلس في المجتمع البدوي كالبرلمان في عصرنا الحاضر¹³⁴¹.

Entre las tribus árabes anteriores a la predicación islámica existía un consejo donde todos los miembros podían asistir y hablar. En opinión de este profesor de la Universidad Libanesa, tendría gran importancia, al nivel del parlamento en las sociedades actuales. Aunque falte el elemento representativo, pues los integrantes de la tribu actúan en nombre propio, su papel era destacado y en la práctica diaria era el encargado de tomar las decisiones más importantes¹³⁴².

^bباب القاضي يجلس معه غيره

ذكر (عن عبد الرحمن بن أبي سعيد قال: رأيت عثمان بن عفان رضي الله عنه {جالساً في المسجد، فإذا جاءه الخصمان قال لهذا: أذع علياً! وقال لهذا: أذع طلحة والزبير} ونقرأ من أصحاب رسول الله، ص! فإذا جاؤوا فجلسوا قال لهما {يعني للخصمين} تكلم! فإذا تكلم أقبل عليهم فيقول: ماذا تقولون؟ فإن قالوا ما يوافق قوله أمضاه عليهما ولا ينظر هو بعد، فيقومان وقد سلما) أفإذا الحديث فوائد، منها أنه لم يكن بين علي وعثمان إلا جميل وخير خلافاً لما قاله بعض أهل الأهواء والبدع، ومنها أنه لا بأس بالقضاء في المسجد على ما مر قبل هذا، أو منها أنه لا بأس للقاضي بالإستفتاء من العلماء كما فعله عثمان رضي الله عنه، ومنها أنه لا بأس بالمشورة، ألا تراه كيف كان يشاورهم! وقوله ((أمضاه عليهما)) لأنه صار إجماعاً منهم، حجة ماضية، وقوله ((لا ينظر هو بعد)) لأنه ظهر الحق ولاح العدل فلا يجوز تأخيرها، وقوله ((فيقومان وقد سلما أي إستسلما وانقادا للحق¹³⁴³)).

En este recurrente tratado sobre la actuación del juez, al-Jaṣṣāf acude a un relato sobre el proceder del califa ‘Uṭmān a la hora de juzgar los casos que se le presentaban. Solía convocar a varios compañeros del profeta, les pedía consejo y dictamen y, si existía consenso, juzgaba en su virtud, pues es uno de los argumentos que guían el fallo. De esta narración, extrae varias conclusiones, entre las que nos incumben especialmente una: no hay inconveniente en que el juez pida consejo y dictamen a los ulemas. En general, la jurisdicción se ejerce por un cargo unipersonal, el juez, los tribunales son excepcionales. En este orden de cosas, el fallo corresponde únicamente a él, si bien, le está permitido (nunca se le obliga) solicitar el parecer a otros juristas. De estas líneas,

a *Maʿyilis* de la tribu.

Toda tribu disponía de un *maʿyilis* que es su reunión. Cualquier miembro de la tribu puede asistir y hablar en ella cuando está reunida. No existe un momento determinado para la reunión del *maʿyilis*, pero entre lo acostumbrado está que se reúna el grupo diariamente por la tarde o que se convoque cuando haya necesidad.

Así, el *maʿyilis* es el equivalente en las sociedades nómadas al parlamento en la actualidad.

b Capítulo: el juez sienta a su lado a otros.

Se ha mencionado (de ‘Abd al-Raḥmān b. Abū Sa‘īd que dijo: vi a ‘Uṭmān b. ‘Affān -sentado en la mezquita, quien, cuando se le presentaban los litigantes le decía a uno: ¡demanda a ‘Alī! Y le dice al otro: ¡preséntala ante Ṭalḥa y Zubayr- y un grupo de los compañeros del enviado de Dios! Si vienen, se sienta y les dice a los dos -los litigantes- ¡hablad! Si hablan, se les admite y dice: ¿qué decís? Si contestan estando de acuerdo con su exposición, hacedlo cumplir sobre los dos y no lo juzgues después, pues se han levantado y reconciliado). El hadiz tiene varias enseñanzas, entre ellas que no existía entre ‘Alī y ‘Uṭmān nada más que cosas hermosas y de bien, al contrario de los que han dicho la gente heterodoxa y hereje; entre ellas, que no hay inconveniente en que se juzgue en la mezquita según ha antecedido; y entre ellas que no hay inconveniente en que el juez pida un dictamen a los ulemas, como hizo ‘Uṭmān, Dios está satisfecho de él; entre ellas, que no hay inconveniente en pedir consejo, ¡acaso no vez cómo se los pedía! Y su dicho “hacedlo cumplir” es porque había consenso entre ellos, y el consenso es una prueba que se ha de tener en cuenta; y su dicho “no los juzga él después”, porque se ha mostrado lo correcto y la justicia, así que no se permite retrasarla; y su dicho y se han levantado y reconciliado y se ha hecho guiar por la verdad.

únicamente la unanimidad, la cual también es fuente del derecho y en este párrafo prueba concluyente, obliga al juez a dictar una sentencia en ese sentido, pero la decisión le sigue perteneciendo.

^a(ولا ينبغي له أن يشاورهم) يعني الفقهاء (بحضور الخصوم في شيء مما يتقدم فيه) كيلا يعلم الخصم ما يدور بين القاضي وبين من يشاوره وما يعزم عليه رأيه وقد ذكر قبل هذا عن عثمان رضي الله عنه أنه شاور علياً وطلحة والزبير رضي الله عنهم بمحضر من الخصوم، وإنما كان كذلك لأن عثمان رضي الله عنه كان يقضي في الصدر الأول الذين شهد لهم رسول الله، ص، بالخير ووصفهم بالأمانة [...]]

باب القاضي يشاور

ذكر (عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: ما رأيت أحداً بعد رسول الله، ص، أكثر مشاورة لأصحابه منه) يعني من {عمر رضي الله عنه لأن} رسول الله، ص، كان يشاورهم حتى في طعام أهله وإدامهم) وإنما فعل ذلك تيركاً بالمشورة لما فيها من إمتثال أمر الله عز وجل فإنه قال * (وشاورهم في الأمر) * [...]]

فصل

قال صاحب الكتاب (وإذا ورد على القاضي شيء نزل به الكتاب أو جاءت به السنة فلا حاجة إلى المشاورة، وإن كان لم ينزل به الكتاب ولم تجئ به السنة إحتاج فيه إلى مشاورة أهل العلم، فلا يعجل فيه الحكم حتى يشاور من يثق رأيه علمه ودينه، فإذا إتفقوا على شيء أمضاه) وهذا على ما تقدم¹³⁴⁴.

La consulta o asesoramiento únicamente es necesario en el caso de existir una laguna en las fuentes principales de la *Šarī'a*. El consenso o unanimidad de las personas consultadas sí vincularía al juez: bien porque sería fuente del derecho o, en opinión del autor *ḥanafī*, prueba concluyente. *Contrario sensu*, si uno solo de los consultados discrepara, el juez es libre de fallar según su propio criterio. Se cita una aleya de la azora de al- 'Umrān, en la que se ordena al profeta a consultar. Consultar no supone la toma de decisión colegiada, en especial, cuando la misma no es obligatoria ni se altera la competencia para resolver. Tampoco se establece un régimen jurídico detallado: número de personas consultadas ni plazo o cualquier otro detalle.

^bسؤال عمن خالغ زوجه على تأخير الكالي بعد حلوله.

سئل أبي -رضي الله عنه- في مجلس قضائه بمحضر جملة من فقهاء البلد وأهل الفتوى بها عن رجل خالغ زوجه على أن أخرته بكاليها بعد حلوله إلى ستة أشهر. فسكت -رضي الله عنه- عن الجواب. فقال أحد الحاضرين: هذا مما لا خفاء به، الخلع له لازم وتأخير المال عنه لازم للزوجة فأنكر أبي -رضي الله عنه- ذلك وقال الخلع لازم وتعجيل المال له لازم قال محمد بن {عياض}: المسألة منصوصة في المدونة ظاهرة بينة، ونصها: قلت: رأيت أن خالغها على أن أخرت الزوج بدين لها عليه إلى أجل من الأجل. قال: قال مالك: الخلع جائز، ولها أن تأخذ بالمال حالاً. ولا مرية أن الكالي دين من الدين¹³⁴⁵.

a (No debe consultarlos), es decir a los *fuqahā'* (en presencia de los litigantes sobre algo que haya presentado) para que no sepan lo que ocurre entre el juez y los que ha consultado, y así argumenten su petición con esa opinión. Se ha mencionado con anterioridad que 'Utmān, Dios está satisfecho de él, consultó a 'Alī, Ṭalḥa y Zubayr, Dios esté satisfecho de ellos, en presencia de los litigantes; eso era así porque 'Utmān, Dios está satisfecho de él, juzgaba al comienzo cuando el enviado de Dios fue testigo de su bondad y lo calificó por su probidad [...]

Capítulo: el juez consulta.

Ha mencionado (de Abū Hurayra, Dios esté satisfecho de él que dijo: no he visto, después del enviado de Dios, a nadie que haya consultado más entre sus compañeros), es decir -más que 'Utmān, Dios esté satisfecho de él, esto es así- porque el enviado de Dios consultaba hasta sobre la comida de su gente y persistía) y lo hacía así, en honor del consejo, que significa obedecer la orden de Dios, el Santísimo, que dijo: "pídeles consejo".

Epígrafe.

Ha dicho el autor del libro (si se elevara al juez un asunto en el que hubiera alguna revelación en el Libro o estuviera presente en la *sunna*, no haría falta pedir consejo, y si no existiera nada en el Libro ni en la *sunna*, necesitaría pedir consejo de la gente de ciencia; no se precipitaría en fallar hasta consultar a quien tenga confianza en su opinión, conocimiento y piedad. Si existiera consenso sobre algo, se fallaría en ese sentido) y eso según hemos visto.

b Pregunta sobre una que se ha divorciado de su marido a cambio de aplazar una deuda ya vencida.

Fue preguntado mi padre -Dios esté satisfecho de él-, en el *ma'yli*s de su jurisdicción en presencia de un grupo de *fuqahā'* de la población y gente capacitada para emitir fetuas, sobre un marido que dio el divorcio a su mujer a cambio de aplazar una deuda ya vencida seis meses. Calló, Dios esté satisfecho de él, y no contestó. Uno de los presentes dijo: esto es de lo que no está oculto, el divorcio es ejecutivo para él y el aplazamiento para ella. Mi padre, Dios esté satisfecho de él, se opuso y dijo: el divorcio es ejecutivo, pero la deuda está vencida y es ejecutiva.

Muḥammad b. ('Iyyāḍ) dijo: la cuestión está prescrita en la *Mudawana* de forma clara y constatada. Y su contenido es el siguiente: Dije: ¿caso opinas que es lícito darle el divorcio a cambio de aplazar una deuda del marido a favor de la mujer a un término determinado? Dijo: Mālik dijo: el divorcio es válido, pero ella puede cobrarse el dinero de inmediato. No hay duda de que la deuda vencida es una deuda más.

'Iyyād b. Mūsā, juez *mālikī* nacido en Ceuta donde ejerció además de en Granada y Marruecos a caballo entre los siglos XI y XII¹³⁴⁶, se hace eco del fallo de su padre sobre el divorcio de una mujer quien, a cambio de que su marido se lo otorgue, le aplaza una deuda que tiene contra él. La vida y obra de este interesantísimo jurista andalusí ha sido estudiada en profundidad por la arabista española del Centro Superior de Estudios Científicos (CSIC) Delfina Serrano Ruano¹³⁴⁷. La respuesta, por lo que nos interesa, es secundaria. Sin embargo, la consulta en el *maylis* del juez parece producirse en presencia de los contendientes, en contradicción con el consejo de al-Jassāf. Este consejo estaba compuesto por un número de alfaquíes y mufíes indeterminado. Uno de ellos expresa su dictamen y el progenitor lo rechaza por ser contrario al parecer del fundador de la escuela, Mālik b. Anas.

^aحق السلطان المقسط

إن للسلطان المقسط حقاً لا يصلح بحاصة ولا عامة أمر إلا بإرادته، فذو لب حقيق أن يخلص النصيحة، ويبدل لهم الطاعة، ويكتم سرهم، ويزين سيرتهم، ويذب بلسانه ويده عنهم، ويتوخي مرضاتهم، ويكون من أمره المؤاتاة لهم والإيثار لأنوائهم ورأيهم على هواه ورأيهم، ويقدر الأمور على موافقتهم وإن كان ذلك له مخالفاً، [...] ولا يكتهم شيئاً من نصيحة...¹³⁴⁸

Ibn al-Muqaffa', a quien nos hemos referido como miembro de la corte del califa 'abbāsī al-Manşūr, sostiene que al gobernante justo, además de obediencia, fidelidad y otras obligaciones, sus funcionarios han de prestarle consejo.

^bالمستشار ليس بضامن وجه الصواب

أعلم أن المستشار ليس بكفيل، وأن الرأي ليس بمضمون. بل الرأي كله غرر، لأن أمور الدنيا ليس شيء منها بثقة، ولأن ليس من أمرها شيء يدركه الحازم إلا وقد يدرك العاجز. بل ربما أعيأ الحزمة ما أمكن العجزة. فإذا أشار عليك صاحبك برأي، ثم لم تجد عاقبته على ما كنت تأمل فلا تجعل ذلك عليه ذنباً، ولا تلزمه لوماً وعدلاً بأن تقول: أنت فعلت هذا بي وأنت أمرتني. لولا أنت لم أفعل، ولا جرم لا أطيعك في شيء بعدها. فإن هذا كله ضجر ولوم وخفة¹³⁴⁹.

La responsabilidad de los consejeros del sultán, según este tratado moral de este mismo funcionario, es muy leve; en ningún caso, jurídica como garante o avalista. Tampoco moral, pues la opinión sobre asuntos terrenales no se caracteriza por la seguridad en los resultados.

^cالقسم الثالث: من أحكام هذه الغمار ما يلزم من أمير الجيش في سياستهم والذي يلزمهم فيهم عشرة أشياء:

[...] والثامن: أن يشاور ذوي الرأي فيما أعضل، ويرجع إلى أهل الحزم فيما أشكل ليأمن الخطأ ويسلم من الزلل فيكون من الظفر أقرب؛ قال الله تعالى لنبيه: * (وشاورهم في الأمر فإذا عزمت فتوكل على الله) * {آل عمران: 159}.. وإختلف أهل التأويل في أمر النبي، ص، بالمشاورة مع ما أمده به من التوفيق وأعانته من التأييد على أربع أوجه: أحدها: أنه أمره بمشاورتهم في الحرب ليستقر له الرأي الصحيح فيه فيعمل عليه، وهذا قول الحسن [...]

a El derecho del sultán justo.

El sultán justo tiene derecho a que ningún asunto, privado o público, sea correcto más que con su voluntad. De tal forma que quien sea puro debe aconsejarlo con fidelidad, mostrarle obediencia, ocultar sus secretos, adornar su vida, defenderlos con la lengua y las manos, procurar su satisfacción, buscar su aprobación, preferir sus gustos y opiniones a los de él, valorar los asuntos según su visto bueno, aunque no esté de acuerdo [...], ni ocultarle ningún tipo de consejo...

b Quien aconseja no responde por la corrección de su consejo.

Has de saber que quien aconseja no es un avalista y la opinión no está garantizada, pues toda opinión es un riesgo, porque esta vida no hay nada de confianza, ya que no hay ningún asunto que pueda comprender el especialista y no el incapaz. Es más, la capacitación puede no llegar donde lo hace la debilidad. Así, si un compañero te aconseja con su opinión y después no sucede como esperabas, no lo consideres un defecto, ni lo corrija o censures diciendo: tú me hiciste esto y me lo ordenaste; si no hubiera sido por ti, no lo habría hecho; ya no volveré a hacerte caso. Todo esto es opresión, herida y ligereza.

c El tercer apartado: las normas que rigen este emirato y a lo que está obligado el emir del ejército en su política; son diez cosas:

[...] Octava: que consulte a las personas capacitada para dar una opinión en aquello que sea complicado, y ha de acudir a la gente resolutive sobre aquello que es problemático para evitar el error y el pecado, y esté más cerca de la verdad. Dios el Altísimo dijo a su profeta: *(Consúltalos en el asunto, y si te mantienes en tu postura, confíate en Dios)*. Al-'Umrān: 159.

La gente de la exégesis discrepó sobre la orden al profeta de consultar sobre el éxito que aporta y la el apoyo que provee en cuatro opiniones: primera: le ordenó consultarlos en la guerra para que se asentara en él la opinión correcta y actuara de esa manera, es la opinión de al-Ḥasan [...]; segunda: le ordenó consultarlos como forma de conciliación y consideración con ellos, es la opinión de Qatāda; tercera: le ordenó consultarlos porque se sabe que en ella hay virtud y trae provecho, esa es la opinión de al-Ḍahḥāk; cuarta: le ordenó consultarlos para que sirviera de precedente a los musulmanes y lo siguieran los creyentes aunque fueran ricos en consulta, es la opinión de Sufyān.

والثاني: أنه أمره بمشاورتهم تأليفاً لهم وتطبيياً لنفوسهم، وهذا قول قتادة.
والثالث: أنه أمره بمشاورتهم لما علم فيها من الفضل وعاد بها من النفع، وهذا قول الضحاك.
والرابع: أنه أمره بمشاورتهم ليستن به المسلمين ويتبعه فيها المؤمنون وإن كان عن المشورتهم غنياً، وهذا قول سفيان¹³⁵⁰.

Este tratado sobre el gobierno de al-Māwardī, que tanto provecho trae a nuestro trabajo al ser de los pocos libros de *fiqh* sobre derecho público, regula la consulta en el capítulo dedicado al emir del ejército, aunque no es descabellado extender el régimen a cualquier función de gobierno. Al igual que al-Jassāf en lo relativo al juez, la necesidad de pedir consejo deriva de una orden incluida en *El Corán*, de Dios a Su profeta. En ningún caso parece vinculante ni se define un órgano consultivo; al contrario, explícitamente se permite a Muḥammad mantener su opinión. Los distintos puntos de vista relacionados tampoco incorporan este matiz.

^aباب حق الإمام على الرعية، وحق الرعية على الإمام.

1 قال رسول الله، ص، ((الدين النصيحة، قيل: لمن، يا رسول الله؟ قال: لله، ولرسوله، ولكتابه، ولأئمة، ولجماعة المسلمين)).
[...]. 3 قال رسول الله، ص، ((كلكم راع، وكلكم مسئول عن رعيته: فالأمير الذي على الناس راع عليهم، وهو مسئول عنهم. والرجل راع على أهل بيته، وهو مسئول عنهم. وإمرأة الرجل راعية على بيت زوجها وولدها، وهي مسئولة عنهم. وعبد الرجل راع على مال سيده، وهو مسئول عنه. ألا فكلكم راع، وكلكم مسئول عن رعيته))¹³⁵¹.

En este manual jurídico sobre los bienes, en el capítulo dedicado a los derechos y obligaciones de los gobernantes y gobernados, 'Ubayd al-Qāsim se hace eco de varios hadices del profeta. Hemos seleccionado dos. El número uno afirma que la religión se basa en el consejo, tomado en primer lugar de Dios y Su Libro, de Su enviado, de los imanes y finalmente de la comunidad de los musulmanes; Muḥammad destaca el papel principal del consejo en los asuntos religiosos. En el número tres, con una metáfora muy parecida al del Buen Pastor en los Evangelios, este dicho plantea una sociedad piramidal en la que cada uno ha de pastorear a los que están por debajo: el emir a la gente, el hombre en su casa y así sucesivamente. La guía y las recomendaciones son las claves del buen gobierno. Sin embargo, esta exhortación no va acompañada de un régimen jurídico que lo regule, una traducción normativa de la exigencia moral.

^bولما استقر جعفر ويحيى ابنا علي وبنو خزر في البهو الأوسط من مجالس دار الجند، وتهدب التعبئة، خرج قتيان الكتاب إليهم بالإذن في دخولهم، فتقدموا وتقدم بهم محمد بن أبي عامر وأصحابه المخرجون أولاً للمجيء بهم، فنهضوا داخلين إلى أن صاروا في السطح العلي، ثم استنهضوا إلى المجلس الذي قعد فيه الخليفة، فلما أنهضوا إلى بابه قبلوا البساط مرة بعد أخرى، ثم تقدم بهم إلى السرير وناولهم الخليفة يده، فتقدم جعفر بالتقديم والتسليم، ثم تلاه يحيى أخوه، ثم قدم بنو خزر الأسن فالأسن [...] وأمرهم الخليفة بالقعود إكراماً لهم. وقدم أصحابهم إثرهم الأسن فالأسن فقبلوا وسلموا، وشافع الخليفة جعفرأ قبليهم فأوسع يسأله عما

a Capítulo sobre el derecho del imán frente a su grey y el derecho de esta frente a él.

1 Ha dicho el enviado de Dios: “la religión es consejo; se le contestó: ¿de quién, enviado de Dios? Dijo: de Dios, de Su enviado, de Su Libro, de los imanes y de la comunidad de musulmanes”.

[...] 3 El enviado de Dios dijo: “todos vosotros sois pastores y todos vosotros sois responsables de vuestra grey. El emir es pastor de la gente y responsables de ellos. El hombre es pastor de la gente de su casa y responsable de ellos. La mujer del hombre es pastora de la casa de su esposo y sus hijos y responsable de ellos. El siervo es pastor de los bienes de su señor y responsable de ellos. Todos vosotros sois pastores y responsables de vuestra grey”.

b Cuando Ŷa'far y Yaḥyā, los hijos de 'Alī y los Banū Jazar se acomodaron en el patio central de los *maḥālis* de los soldados, y se organizaron las provisiones, salieron los escribas con el permiso para hacerlos entrar. Se adelantaron y con ellos Muḥammad b. Abū 'Āmir y sus compañeros, los encargados de salir para la llegada de aquellos. Se levantaron para entrar hasta que se encontraron en la terraza superior. Después fueron requeridos al *maḥālis* en el que se encontraba sentado el califa. Cuando se levantaron hasta la puerta, besaron el tapiz una vez tras otra; después se adelantaron hasta el reclinatorio del califa y le tomaron su mano. Ŷa'far se adelantó para las presentaciones y los saludos. Los siguió Yaḥyā, su hermano. Fueron presentados los Banū Jazar por orden de edad [...] Luego, el califa les ordenó sentarse como gentileza hacia ellos. Fueron presentados sus compañeros por orden de edad uno tras uno y lo besaron y saludaron. Se dirigió el califa antes que a ellos a Ŷa'far preguntándole por sus asuntos, con sencillez. Hizo lo mismo con su hermano y los demás. Les dirigió la palabra aceptando su inclinación y el haber cumplido su petición y les habló de sus recompensas por su cariño y consideración. Les prometió beneficios y honores. Le hicieron público su agradecimiento y se les iluminó el rostro con sus oraciones y se prodigaron en alabanzas y gracias a Dios, el Altísimo, por lo que les había otorgado y revelado para renovar su Islam y fortalecido su fe, y haberse dirigido al palacio del Comendador de los Creyentes y la fortaleza de su poder y haber abandonado la predicación del a perdición, el chiismo de los infieles, y haber sido compensados por la sunna y la comunidad, la fortaleza y la obediencia. Ŷa'far b. 'Alī se sorprendió por las buenas maneras con las que lo entrevistó el Comendador de los Creyentes [...] Partieron del *maḥālis* cuando terminó y volvieron a sus asientos primeros en los *maḥālis* de los soldados.

لديه وبسطه. وفعل ذلك بأخيه وبنو خزر أصحابهما، ونطق بتقبل نزوعهم وتحقيق رجائهم وإعتقاد مكافأتهم على محبتهم وصاغيتهم، ووعدهم بالإحسان إليهم والتشريف لهم. فأعلنوا الشكر وإستهلوا بالدعاء وأكثروا من الثناء وحمدوا الله تعالى على ما منحهم إياه وألهمهم له من تجديد إسلامهم وتأكيد إيمانهم، في قصدهم حرم أمير المؤمنين وإسنادهم إلى عز سلطنتهم ونبذهم لدعوة الضلال وشيعة الكفار وإعتياضهم من ذلك بالسنة والجماعة، والعزة والطاعة. وغرب جعفر بن علي في غرابة الأدب مقامه ذلك عند مشافهة أمير المؤمنين له [...] وإنطلقت الجماعة من مجلس عند إنتهائه، فصاروا إلى مقعدهم الأول في مجالس الجند.¹³⁵²

La corte de los califas omeyas de Córdoba tenía un protocolo muy rígido, al estilo oriental, según algunos autores¹³⁵³. En esta narración sobre la audiencia a los miembros de una tribu que, tras rebelarse abrazando el chiismo, regresan a la obediencia del califa y a la ortodoxia, el término *maylis* sugiere tanto el lugar físico de reunión y de la audiencia, como el período en que esta tiene lugar o a ella en sí misma considerada.

^aوفي يوم الخميس خلون من شهر رمضان منها إستدعى الخليفة المستنصر بالله إلى مجلسه الخاص مع الوزراء أصحاب الخيل الناظر في الحشم زياد [...] وصاحب الشرطة [...] فأمرهم بالتأهب للخروج قاندين على صائفة هذا العام المجردة إلى الغرب لما لا يزال يتوقع من عادية المجوس الأردمانيين الطارقين له -أهلكهم الله- فأخذا في ذلك¹³⁵⁴.

En esta ocasión, el gobernante convoca a unos funcionarios concretos a su consejo privado para encomendarles la misión de combatir a unos insurrectos en el oeste de al-Andalus. La calificación como *maylis* privado pudiera implicar una dicotomía entre los asuntos particulares del califa y los públicos propios del gobierno. En este caso, están presentes ministros y las personas a las que van a recibir el encargo. Las fuentes a veces nos participan de sesiones en las que el califa está reunido con literatos, cantantes u otros personajes dedicados a su solaz.

^bذكر جيشان العدو خذله الله بأهل الثغر الأوسط ومنازلتهم حصن غرماج من أهم معاقله. في النصف من رجب منها توالى الأخبار من الثغر الأوسط بإحتلال جيش العدو من المشركين -أهلكهم الله- في جمع كثير من الجلالة والبشكنس أهل قشتيلة وبنبلونة -دمرها الله- بحصن غرماج من ثغر مدينة سالم وإحاطتهم [...] [...] قعد الخليفة الحكم مقعداً خاصاً بمجلسه من قصر قرطبة، شهده الأمير أبو الوليد وولده والوزير صاحب المدينة... فأوصل إلى نفسه الوزير القائد الأعلى غالب [...] فتكلموا معه في أمر الثغر وجيشان العدو به، وتفاوضوا في تعجيل السد له والإمداد لأهله، وأمر بالتأهب لذلك وقود جيوش الصائفة الحافلة إلى أعداء الله المشركين الناكتين...¹³⁵⁵

En esta otra crónica, se nos refiere la ocupación del castillo de Gormaz (actual provincia de Soria) por parte de un ejército compuesto por gallegos, vascos, castellanos y navarros, a los que se tilda de politeístas. El califa reúne a su consejo y debate con los cargos convocados, mas, al igual que en el relato anterior, es el propio gobernante quien toma las decisiones. No se nos ofrece ninguna referencia a las palabras de los presentes.

a El quinto jueves del mes de *ramaḍān*, el califa al-Mustansir bi-l-Allāh convocó a su *maylis* privado, junto a sus ministros, a los encargados de los caballos y el administrador de la servidumbre Zyād b. [...] y al jefe de policía Hišām b. [...] Y les ordenó que se prepararan para partir hacia la campaña de verano de ese año hacia el oeste, donde continuaba la agresión de los zoroástricos *al-ardamāniyyūn*, que golpean la zona -Dios los haga perecer- y se pusieron a ello.

b Mención de los dos ejércitos del enemigo, Dios los confunda, contra la gente de la frontera central y su ocupación del castillo de Gormaz, uno de sus principales baluartes.

A la mitad del mes de *raḡab*, llegaron noticias de la frontera central de una concentración del ejército de los enemigos politeístas -Dios los destruya- compuesta de gallegos, vascos de Castilla y Pamplona -Dios la destruya- ante el castillo de Gormaz, en los límites de la ciudad de Medinaceli y que se han apoderado de él [...]

El califa al-Ḥakam ocupó su asiento privativo en su *maylis* del palacio de Córdoba. Estaban presentes el emir Abū-l-Walīd y su hijo, así como el gobernador de la ciudad [...], y se hizo venir al ministro, el jefe supremo, Gālib [...] Hablaron con él sobre el asunto de la frontera y los dos ejércitos del enemigo acampados allí. Debatieron sobre la premura en contenerlos y reforzar a su gente. Ordenó para ello preparar los ejércitos de la campaña de verano y dirigirlos contra lo enemigos politeístas desleales...

^aوإذا كان يوم السبت يأتي الناس إلى باب الشيخ، فيقعدون في السقائف خارج الدار، ويدخل القاضي والفقهاء والشرفاء والصالحون والمشايخ والحاج إلى المشور الثاني، فيقعدون على دكاكين خشب معدة لذلك. ويكون القاضي إلى دكانة وحده، وكل صنف على دكانة تخصصهم لا يشاركون فيها سواهم. ثم يجلس الشيخ بمجلسه، ويبعث إلى القاضي فيجلس عن يساره، ثم يدخل الفقهاء، فيعقد كبارهم بين يديه، ويسلم سائرهم وينصرفون، وإن كانوا ضيوفاً جلسوا عن يمينه. ثم يدخل المشايخ والحجاج، فيجلس كبارهم، ويسلم سائرهم وينصرفون. ثم يدخل الوزراء، ثم الأمراء، ثم وجوه الأجناد، طائفة بعد طائفة أخرى، فيسلمون وينصرفون. ويتى بالطعام. فيأكل بين يدي الشيخ القاضي والشرفاء ومن كان قاعداً بالمجلس، ويأكل الشيخ معهم. وإن أراد تشريف أحد من كبار أمرائه بعث إليه فأكل معهم. ويأكل سائر الناس بدار الطعام. وأكلهم على ترتيب مثل ترتيبهم في الدخول على الشيخ. ثم يدخل الشيخ إلى داره، ويقصد القاضي والوزراء وكاتب السر وأربع من كبار الأمراء للفصل بين الناس وأهل الشكايات. فما كان متعلقاً بالأحكام الشرعية حكم فيه القاضي، وما كان من سوى ذلك حكم فيه أهل الشورى، وهم الوزراء والأمراء، وما كان مفتقراً إلى مشاوررة السلطان كتبوا إليه، فيخرج لهم الجواب من حينه على ظهر البطاقة بما يقتضيه نظره، وتلك عادتهم¹³⁵⁶.

Este pasaje en el que Ibn Baṭūṭa reseña su visita a la ciudad de Maqadašū (Mogadicio), en el Cuerno de África, actual Somalia. El fragmento que hemos escogido nos refiere la costumbre que tiene el gobernante, *Šayj*, de reunir un consejo los sábados. Está compuesto por el juez, los ministros, cuatro jeques o *šayj*, jefes de tribu. Nos presenta un testimonio de primera mano sobre la toma de decisión en algunos asuntos que corresponde a este órgano pluripersonal. Ahora bien, siempre y cuando no se trate de casos regulados por la *Šari'a*, cuyo fallo es competencia exclusiva del juez. Ante la falta de más datos, debemos pensar que sus facultades estarían circunscritas a materias de mera administración. Tampoco se nos hace saber la fórmula de adoptar los acuerdos ni, si existieran, las reglas de funcionamiento de este órgano; únicamente resulta patente su carácter extrajurídico.

^bورحل العسكر من مدينة لاردة يوم الثلاثاء [...] قافلاً إلى قرطبة وسار في مركبه فدخل قرطبة يوم [...] فتلقاه أهل قرطبة وعلماؤها ووجوها مسلمين داعين منهينين شاكرين ثم دخل الحاجب إلى الخليفة هشام فرفع مجلسه [...] وشكر الخليفة وقبل بده ثم رحل عنه منصوراً إلى قصوره الزاهرة، وجلس يوم الأربعاء ثاني يوم وصوله مجلس التهنئة في أبيه فخمة وأذن للناس في الوصول على مراتبهم فوصل في أولهم كبار قريش من بيت الخليفة المروانيون ثم القضاة والحكام والفقهاء وأهل العدل ثم وجوه أهل الأرباض والأسواق من أهل قرطبة ووصل بعدهم الشعراء والأدباء بما صاغوه من أشعارهم فأنشد منهم رسمه الأتشد ووضع سائرهم بين يديه وأنفض الجميع عن سرور وغيظة وحبور¹³⁵⁷.

Ibn 'Idārī, en sus (*Ajbār*) sobre el período en el que el hijo de Almanzor, 'Abd-l-Malik b. Abū 'Āmir, ejerció el poder absoluto en Córdoba, manteniendo en su segundo plano al califa Hišām¹³⁵⁸, explica cómo, tras una razia en la ciudad de Lérida, es recibido en la ciudad califal. Se levantó un *maḡlis*, lugar donde se sentaban las personas, para posibilitar a las distintas

a Los sábados la gente va a la puerta del *Šayj*, se sientan bajo los sombreros fuera de la casa. El juez, los alfaquíes, los nobles, los virtuosos, los jeques y quienes han hecho la peregrinación entran en la segunda Casa del Consejo, se sientan sobre asientos de madera preparados para ello. El juez tiene el suyo propio, y a cada clase corresponde sus propias bancas, que no comparte con los demás. Después el jeque se sienta en su lugar e invita al juez que se acomoda a su izquierda. Tras ello, los *fuqahā'* toman asiento, los principales se quedan y los otros, tras saludar, se retiran. Si estuvieran presentes invitados, se colocarían a su derecha. Posteriormente, acceden los jeques y quienes realizaron la peregrinación; los más importantes permanecen y los demás se retiran una vez que han saludado. Tras ellos, los ministros, los emires, los jefes del ejército, cada rango después de su superior, saludan y se abandonan la sala. Llegan con la comida, empezando a servir en función del mismo orden por el que han accedido a la sala del *Šayj*. Se reúnen el juez, los ministros, el escriba y cuatro de los mayores emires para dilucidar entre la gente y los reclamantes. Aquello que está relacionado con los preceptos legales es decidido por el juez, lo que no, por el consejo: los ministros y emires. Todo lo que precisa ser elevado a consulta del sultán, le mandan una misiva, quien emite la respuesta en su momento sobre una tarjeta sobre lo que se ha de realizar. Y esa es la costumbre.

b Los militares abandonaron la ciudad de Lérida, el martes [...] en dirección a Córdoba; avanzó en su carruaje y entró en Córdoba el día [...] Fue recibido por la gente de la ciudad, sus ulemas y los principales, saludando y pidiendo por él, agradecidos; después el chambelán entró donde se encontraba el califa Hišām, quien mandó levantar su *maḡlis* [...] dio las gracias al califa, besó su mano y se retiró hacia sus palacios en al-Zāhira. El segundo día tras su llegada, se sentó en el *maḡlis* de las felicitaciones, en un inmenso patio. Tras eso, se permitió a la gente que accediera en función de su posición. Llegaron en primer lugar los grandes de Qurayš, de la casa del califa, los marvaníes; tras ellos, los jueces, gobernadores y personas de la Justicia; detrás, los nobles de las fincas y los zocos cordobeses; posteriormente, llegaron los poetas y literatos, con sus composiciones, quienes las recitaron y dejaron las demás entre sus manos, dispersándose todos entre muestras de alegría, entusiasmo y felicidad.

personalidades la presentación de sus felicitaciones, incluyendo entre ellos a poetas que le recitan sus composiciones laudatorias.

^a وولى هشام ابن وداعة شرطة المدينة فأنتد على أهل الريب وهابه الجند وغيرهم، وسار قوم من البربر من جيان إلى بلنسية فأغاروا عليها وحازوا منها خمسمائة فرس كانت للسلطان وثلاثمائة رجل من وجوه الجند والكتاب والعمال الذين كانوا بها وذلك في سنة إحدى وأربعمئة، وكان واضح قد بنى على الخندق مجلساً عالياً يشرف منه على البربر وسماه الديبان فكان الوزراء يجلسون فيه مع الفقهاء في كل يوم يستشرون في الأمر فكلما دبروه في اليوم فسخوه في غد¹³⁵⁹.

El cronista refiere la situación de crisis que acabó con el califato cordobés. En concreto, como el chambelán, Wāḍiḥ, prepara un lugar de reunión para ministros y alfaquíes a fin de debatir los preparativos ante la batalla frente a los bereberes.

^b ذكر ولاية السيد أبي يعقوب يوسف ابن عبد المؤمن مدينة إشبيلية وأنظارها أعادها الله. لما وصل أشياخ إشبيلية إلى حضرة العلية في سنة إحدى وخمسين وخمسمائة رغبوا في سيد يرجع معهم إليها ويستندون إليه في مصالحتها وصرح ابن الجد بطلب السيد أبي يعقوب فقال لهم عبد المؤمن أنه صغير فقالوا: بل هو كبير فأسعفهم في ذلك وبعثه معهم أميراً فلما وصل إلى إشبيلية بدأ أولاً بغزو طبيرة والثائر فيها على الوهبيي فحصرها في البر والبحر وذلك لما رجع الوزير ابن عطية من مدينة المرية وأنزل النصارى من قصبته على الأمان فخرج مع السيد أبي يعقوب بعسكر الموحدین فنزلوا طبيرة وعلى الوهبيي بداخلها فأقام الموحدون عليها شهرين من أول عام إثنين وخمسين وخمسمائة وكان ابن عطية وصله خير المطالبة له في مجلس عبد المؤمن، فتعلق للإنصراف إلى حضرة حين بلغه الوقوع في جانبه هناك، فرأى الرأي في المصالحة والقنوع من الوهبيي¹³⁶⁰...

Este pasaje nos transmite como el califa almohade, tras recibir a los nobles sevillanos, les nombra un emir que atienda los asuntos de la ciudad. Entre ellos, el ataque a un rebelde refugiado en la ciudad andalusí de Ṭavīra¹³⁶¹. Este nuevo gobernador ordena presentarse ante su *maʿylis* en la ciudad al jefe militar encargado de la campaña. No hemos de pasar por alto que el grupo de nobles sevillanos solicitaron del califa almohade que nombrara un gobernador en la ciudad, en ningún momento se refiere la posibilidad de que les sea concedida cierta autonomía a la hora de gobernar la ciudad por un consejo de notables.

¿Qué se ha de deducir de esta selección con relación a su subsunción en el concepto de persona jurídica? A primera vista, no se atisba ninguno de los elementos propios de la definición. El *maʿylis* ya estaba presente en la Arabia preislámica. *El Corán* ordena consultar antes de resolver las cuestiones importantes. Los textos muestran que, prácticamente en todos los estamentos de poder, el titular del cargo se sentaba en una estancia especial (significado etimológico del vocablo) junto a personas de su confianza, deliberando como paso previo a dictar una orden o cualquier resolución.

El califa, chambelán o gobernador de una ciudad o territorio quizás esté obligado, más moral que jurídicamente, a solicitar consejo, pero no existen reglas que normalicen composición o régimen de toma de decisiones. Por el contrario, del tenor literal de las líneas que hemos recopilado se colige que el titular de la función no está vinculado por el contenido del dictamen evacuado por

a Hišām nombró como jefe de policía a Ibn Wadāʿa, quien reprimió a los insurgentes y regaló a los soldados. Una tribu bereber de Jaén marchó contra Valencia, la atacó y se apoderó de quinientos caballos del sultán y trescientos hombres que se encontraban en la ciudad, entre nobles del ejército, escribas y funcionarios, en el año cuatrocientos uno de la Hégira. Wāḍiḥ construyó sobre al-Jandaq un *maʿylis* alto sobre el que se divisaban los bereberes y lo denominó al-Dībān. En él se sentaban los ministros y los alfaquíes cada día a debatir sobre el asunto. Todo lo que discutían un día, lo dejaban para el siguiente.

b Mención al nombramiento por al-Sayyid Abū Yaʿaqūb Yūsuf de Ibn ʿAbd-l-Muʿmin en Sevilla y todo lo que hay en ella, que Dios la devuelva.

Cuando los nobles de Sevilla llegaron a presencia de al-ʿAlyā en el año quinientos cincuenta y uno, pedían a un señor que volviera con ellos a la ciudad para apoyarse en él en los intereses de la ciudad. Ibn al-ʿYadd explicitó la petición a al-Sayyid Abū Yaʿaqūb, quien les dijo que Ibn ʿAbd-l-Muʿmin era pequeño. Le contestaron: al contrario, es mayor. Les prestó atención y lo envió con ellos como emir a la ciudad. Cuando llegó a Sevilla, en primer lugar, empezó con un ataque a Ṭavīra y vengarse de al-Wahībī. La sitió por tierra y mar. Cuando regresó el ministro, Ibn ʿAṭīyya, de la ciudad de Almería, tras evacuar a los cristianos de su fortaleza mediante un pacto, se trasladó con al-Sayyid Abū Yaʿaqūb con las tropas almohades a Ṭavīra contra al-Wahībī que estaba en su interior. Los almohades se mantuvieron dos meses a comienzos del año quinientos cincuenta y dos. Le llegó a Ibn ʿAṭīyya la noticia de la orden que se le dio de acudir al *maʿylis* de ʿAbd-l-Muʿmin. Estuvo preocupado por tener que acudir a la sesión, cuando se enteró que estaba de su parte. Llegó a la conclusión de que lo mejor era llegar a un acuerdo con al-Wahībī...

su consejo. Es el gobernante quien lo convoca, quien decide quiénes son los componentes y si actuará o no en el sentido por ellos indicado. Ningún indicio induce a pensar que se trata de un órgano capacidad jurídica y de obrar, tal y como sucede con el *capitulum* catedralicio. Asimismo, la voz *maylis* aparece en los fragmentos como el lugar el que se acomodan las autoridades no solamente a la hora de decidir, sino para recibir embajadas, felicitaciones o despachar asuntos ordinarios.

A pesar de tratarse de una institución alejada de lo que los juristas consideran como sujetos de derechos y obligaciones, en dos ámbitos adquiere un relieve digno de ser tenido en consideración. En primer lugar, el testimonio de Ibn Batūta sobre el *šayj* de Mogadicio. Este gobernador se reúne con el juez, los ministros y emires de la región con la finalidad de dictaminar lo que la población le presenta. Los asuntos jurídicos corresponden en exclusiva al juez, quien fallará en virtud de lo dispuesto por la *Šarī'a*. Los restantes, no especificados por el viajero, más sin grave riesgo es posible identificar con la administración ordinaria y la ejecución de las órdenes, son competencia de ese órgano colegiado. La descripción del tangerino es parca y, aun siendo él un alfaquí, sin explicitar la forma de toma de decisión. Tal vez, esta reunión represente un modelo histórico del *maylis-l-mazālim*, que será el objeto de estudio del siguiente epígrafe. Al ponerlo en relación con otros casos documentados, inferir que el jeque pide consejo, escucha a sus funcionarios, pero luego él toma la decisión libremente no se alejaría demasiado de la realidad. En cualquier caso, la población expone sus cuestiones ante este grupo de dignatarios.

El consejo del juez merece que nos detengamos en él. Algunos arabistas y las fuentes apuntan a la exigencia de que este se rodee de un *maylis* formado por ulemas y *fuqahā'*, con los que ha de deliberar aquellos temas cuya solución no dimane con claridad del Libro o la *sunna*. También, si se alcanzara un consenso, este fijaría el fallo que habría de dictarse en ese sentido. En caso contrario, sería el propio juez quien, se deber seguir el parecer de ninguno de los miembros, resolvería según su propia opinión. Esta solución resulta conforme con la lógica interna del *fiqh*, pues el consenso de los musulmanes tiene rango de fuente del derecho. No obstante, este consejo judicial no es titular de ninguna relación jurídica, la responsabilidad de la decisión del cadí recae sobre él, pues a él corresponde la competencia jurisdiccional, derivada de la originaria del califa. El hecho de que asuma la indemnización por sus errores o grave al tesoro ha de ser analizado en el capítulo sobre la *bayt al-māl*. Ibn al-Muqaffa' establece que quien da un consejo, sea dentro de un órgano judicial, administrativo, militar o político, no responde por el resultado de su labor; en caso contrario, entraríamos de lleno en el ámbito del derecho que habría que regular esa relación, pero su manifestación queda, a falta de mejor opinión, ajeno a cualquier régimen jurídico.

5.1.5 *Maylis-l-mazālim*, ¿órgano judicial colegiado?

La función consistente en impartir justicia, las decisiones de los gobernantes, gobernadores y otros funcionarios generan resoluciones que irrogan menoscabos y quebrantos en sus receptores. El sentimiento de frustración por haber sido objeto de un abuso es común entre los ciudadanos, súbditos y gobernados en general. En el mundo islámico, en un momento temprano, apareció la figura del *consejo de las injusticias*, ante el cual la persona que considerara que su derecho había sido conculcado estaba facultada para presentar su queja. Trataremos de indagar su naturaleza y régimen jurídico, en especial sobre su carácter colegiado y su condición de titular de relaciones jurídicas.

En el ámbito semítico mesopotámico ya se atisban apelaciones a la corte del rey si se consideraba que los jueces habían actuado de forma injusta¹³⁶². Otros autores sitúan el origen de la institución en el Imperio Persa¹³⁶³. En el ámbito de la *siyāsa-l-šarī'iyya* o política legal, es decir, según la *Šarī'a*, se acude a la discrecionalidad del poder del gobernante para reforzar al juez, complementando con regulaciones administrativas el *fiqh*, juzgando los abusos perpetrados por los funcionarios o jueces: *al-mazālim*, jurisdicción que fue abolida por los otomanos, dejándola en

manos de los magistrados¹³⁶⁴, en aplicación de esta misma política, sería una forma de juzgar libre de las limitaciones de la propia *Šarī'a*¹³⁶⁵. En cuanto a sus competencias, no existe una respuesta general, pues varía de una región a otra y con el devenir del tiempo. En algunas ocasiones funciona como una segunda instancia o primera y única para determinados delitos, en especial aquellos cuya pena no estuviera determinada en *El Corán*, que se mantenían bajo la jurisdicción del *qādī*¹³⁶⁶. Otros especialistas consideran que su finalidad era la de recibir las quejas contra los actos del juez¹³⁶⁷. Tampoco fue uniforme su implantación por todas las escuelas, así los *mālikīes* no le prestaron mucha atención. En sus tesis, el papel judicial del sultán se limitaba a cuatro supuestos: como instrumento de apoyo al *qādī*, resoluciones por motivos prácticos, dar protección por razón de equidad a una parte cuando la *Šarī'a* no la proporciona, casos que se mantenían bajo su competencia exclusiva¹³⁶⁸. Debemos traer a colación nuestra exposición sobre la facultad de juzgar que originariamente pertenece al imán o califa quien la delega en el juez; en consecuencia, su ejercicio en esta jurisdicción especial es propia, en ningún caso supone una limitación al juez. Demos voz a los ulemas.

الفصل: في ولاية المظالم

ونظر المظالم هو قود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة، وزجر المنازعين عن التجاحد بالهبة—فإن من شروط الناظر فيها أن يكون جليل القدر، نافذ الأمر، عظيم الهبة، ظاهر العفة، قليل الطمع، كثير الورع لأنه يحتاج في نظره إلى سطوة الحماة، وثبت القضاة، فيحتاج إلى الجمع بين صفات الفريقين، وأن يكون بجلالة القدر نافذ الأمر في الجهتين. فإن كان ممن يملك الأمور العامة كالوزراء والأمراء لم يحتج النظر فيها إلى تقليد وكان له بعموم ولايته النظر فيها، وإن كان ممن لم يفوض إليه عموم النظر، احتج إلى تقليد وتولية إذا اجتمعت فيه الشروط المتقدمة، وهذا إنما يصح فيمن يجوز أن يختار لولاية العهد أو لوزارة التفويض أو لإمارة الأقاليم إذا كان نظره في المظالم عامة. فإن اقتصر به على تنفيذ ما عجز القضاة عن تنفيذه، وإمضاء ما قصرت بهم عن إمضائه، جاز أن يكون دون هذه الرتبة في القدر والخطر، بعد أن لا تأخذه في الحق لومة لائم ولا يستشفه الطمع إلى رشوة¹³⁶⁹.

Insistimos en al-Māwardī y su tratado de derecho público. Al principio del capítulo consagrado a las *mazālim*, *las injusticias*, fija las características que ha de reunir la persona, en singular, encargado de esta materia. Los ministros y emires podrían ejercer estas competencias por sí mismos ya que entraría dentro de sus facultades, sin nombramiento expreso. Otros cargos no estarían legitimados sin que el gobernante los hubiera autorizado. Las primeras líneas asignan la materia de las *injusticias* a un cargo individual. Más adelante se nos presentará el consejo.

طولم يندب للمظالم من الخلفاء الأربع أحد، لأنهم في الصدر مع ظهور الدين عليهم بين من يقوده للتناصف إلى الحق [...] وإنما كانت المنازعات تجري بينهم في أمور مشتبهة بوضوحها حكم القضاة [...] فكان أول من أفرد للظلمات يوماً يتفصح فيه قصص المتظالمين من غير مباشرة للنظر عبد الملك بن مروان، فكان إذا وقف منها على مشكل أو احتج فيها إلى حكم تنفيذ رده إلى قاضيه أبي إدريس الأودي فنفذ فيه أحكامه لرهبة التجارب من عبد الملك بن مروان في علمه بالحال ووقفه على السبب، فكان أبو إدريس هو المباشر، وعبد الملك هو الأمر...¹³⁷⁰

a Capítulo: sobre la autoridad en las injusticias.

La competencia sobre las injusticias es el camino de los que las sufren para obtener compasión mediante el temor, y corregir a los litigantes por su rebeldía mediante el prestigio. De esta manera, los requisitos de quien ha de ver estos asuntos son que tenga una clara visión de futuro, ejecutivo, gran prestigio, de evidente buenas maneras, poco ambicioso y de gran rectitud. Porque en el ejercicio de su función necesita de unas grandes dotes de defensor y el asiento de los jueces, pues precisa aunar las características de ambos y tener la visión de futuro y dotes ejecutivas de ambas partes. Si fuera uno de los que tiene competencias generales, como los ministros y los emires, no precisaría para actuar en esto de nombramiento pues entre sus competencias se encontraría este asunto. Si fuera alguien que no se le hubiera encargado una competencia general, necesitaría ser nombrado, siempre que reuniera las características referidas. Únicamente sería válido el nombramiento de quien fuera elegido como heredero al trono o ministro delegado o emir de una región, si su competencia en las injusticias fuera general. Si se limitara a ejecutar lo que no es capaz de hacer el juez y hacer cumplir lo que no puede, sería válido el nombramiento de quien no fuera de ese rango, siempre que no fuera reprehensible ni amante de los sobornos.

b Ninguno de los cuatro califas asumieron la cuestión de las injusticias, porque estaban al frente con la aparición de la religión entre quien guiaba para obtener compasión por su derecho [...] así, los conflictos discurrían entre ellos en asuntos parecidos por su claridad con los fallos judiciales [...] El primero que dedicó un día a las injusticias y a escuchar las historias de los afligidos, sin ejercer directamente, fue 'Abd-l-Malik b. Maruwān, quien si hubiera recibido una queja y necesitara ejecutar la decisión, lo derivaba a su juez, Abū Idrīs al-Awdī, quien ejecutaba las resoluciones, por temor a la experiencia de 'Abd-l-Malik b. Maruwān concedor del caso y habiendo recibido la causa. 'Abd-l-Malik b. Maruwān era el ejecutor y 'Abd-l-Malik b. Maruwān el ordenante...

El tratadista aborda la historia de la institución. Para él, los primeros cuatro califas no se ocuparon de estos asuntos porque, al estar al frente de la religión naciente, su actuación se asimilaba a la judicial. Fue el califa omeya 'Abd-l-Malik b. Marwān quien dedicó un día a recibir estas quejas, aunque la ejecución de sus disposiciones, por orden califal, las llevaba a cabo su juez.

^aفصل: في تحديد وقت للنظر في المظالم.

فإذا نظر في المظالم من إنتدب له جعل لنظره يوماً معروفاً يقصده في المتظلمين، وراجع فيه التنازعين، ليكون ما سواه من الأيام لما هو موكول إليه من السياسة والتدبير، إلا أن يكون من عمال المظالم المنفردين لها، فيكون مندوباً للنظر في جميع الأيام، وليكن سهل الججاب نزه الأصحاب.

ويستكمل مجلس نظره بحضور خمسة أصناف لا يستغني عنهم، ولا ينتظم نظره إلا بهم:

أحدهم: الحماة والأعوان، لجذب القوى وتقويم الجرى.

والصنف الثاني: القضاة والحكام، لإستعلام ما يثبت عندهم من الحقوق ومعرفة ما يجري في مجالسهم بين الخصوم.

والصنف الثالث: الفقهاء، ليرجع إليهم فيما أشكل ويسألهم عما إشتبه وأعضل.

والصنف الرابع: الكتاب، ليثبتوا ما جرى بين الخصوم، وما توجب لهم أو عليهم من الحقوق.

والصنف الخامس: الشهود، ليشهدهم على ما أوجب من حق وأمضاه من حكم، فإذا إستكمل مجلس المظالم بمن ذكرنا من الأصناف الخمسة شرح عندئذ في نظرها.

والذي يختص بنظر المظالم بيشتمل على عشر أقسام:

a Capítulo: sobre la determinación del tiempo para despachar las injusticias.

Quien estuviera encargado de ver las injusticias ha de reservar un día conocido en el que los oprimidos puedan acudir y puedan ser consultados los litigantes. De esta manera, el resto de días quedan para los asuntos políticos y de administración, salvo los funcionarios destinados a las injusticias, quienes se encargarían de ellas todos los días, siendo fácil aislarlos y apartarse de sus compañeros.

El consejo de las injusticias ejerce sus competencias en presencia de cinco clases que no pueden faltar, ni se organiza su sesión más que con ellas:

La primera: defensores y auxiliares para ejercer la fuerza y apaciguar a los insolentes.

La segunda clase: jueces y gobernadores, para conocer los derechos que se han probado ante ellos y saber los conflictos que han ocurrido en sus consejos.

La tercera clase: los *fuqahā'*, para consultarlos sobre las cuestiones y preguntarles por lo que esté confuso y sea difícil.

La cuarta clase: los escribas, para dar fe de lo que ocurre entre los contendientes y los derechos y obligaciones que corresponden a cada uno.

La quinta clase: los testigos, para dar testimonio de los derechos que son obligatorios y los fallos que deben aplicarse. Si el *consejo de las injusticias* se reuniera en presencia de las cinco clases de personas, puede empezar sus debates.

Lo que corresponde a *las injusticias* incluye diez apartados. El apartado primero: estudiar los abusos de las autoridades contra los gobernados [...] El apartado segundo: las injusticias de los funcionarios en lo relativo a los bienes, para ello se acude a normas justas en los divanes de los imanes, que responde ante la gente y se toma de los funcionarios; se decide sobre lo que se ha cobrado de más, si se ha ingresado en el tesoro, se ordena devolverlo; y si los funcionarios se han apropiado de ello, se les restituye a sus dueños [...] El tercer apartado: los escribas de los *dawāwīn* (*divanes*), porque ellos son depositarios de los musulmanes en los bienes que custodian: con los que pagan y tienen conocimiento de ellos. De esa manera han de revisar lo que les están encargado, porque han de vigilar los ingresos y gastos que no superen en más o menos lo debido y responden por su extralimitación [...] El cuarto apartado: el trato injusto del asalariado por una minoración en sus ingresos, o retraso en el cobro o perjuicio a la hora de llevar su asunto; se acude a su *dīwān* sobre el pago que es justo; se investiga si ha sido recortado o impedido de antes. Si las autoridades lo hubieran tomado, se les ordenaría devolverlo a su costa, si no, se devolvería a costa del tesoro [...] El quinto apartado: devolver lo apropiado injustamente; puede ser de dos tipos. El primero, las requisas de los sultanes, realizadas por funcionarios arbitrarios a hora de arrebatar propiedades a sus dueños [...] y el segundo: las apropiaciones realizadas por los de manos fuertes [...] El sexto apartado: el control de los *awqāf*, de dos tipos: públicos o privado. En cuanto a los públicos, se investigan incluso sin que exista ningún perjudicado, con el fin de velar por el cumplimiento de las estipulaciones del fundador [...] En cuanto a los privados, se investiga siempre que se produzca una injusticia contra sus beneficiarios, en un litigio determinado [...] El séptimo apartado: ejecutar aquellas sentencias que el juez ha paralizado por su debilidad a la hora de hacerlas cumplir e incapacidad para ir contra el culpable [...] la competencia de las *injusticias* es más fuerte y más ejecutiva, por lo que ejecuta el fallo contra quien va dirigido arrancándole lo que está en su mano o obligándolo a cumplir sobre su patrimonio. El octavo apartado: investigar aquello que no pueden los encargados de la *hisba* sobre los intereses generales [...] El noveno apartado: velar por los cultos públicos como el viernes, las fiestas, la peregrinación y la guerra santa, para que no se produzca negligencia en ellos ni se incumplan sus requisitos, pues los derechos de Dios tienen prioridad en su cumplimiento, y los deberes que impone son más dignos de cumplirse. Apartado décimo: dirimir la sentencia entre los litigantes...

القسم الأول: النظر في تعدي الولاة على الرعية [...] القسم الثاني: جور العمال فيما يحبونه من الأموال، فيرجع فيه إلى قوانين العادلة في دواوين الأئمة، فيحمل الناس عليها ويأخذ العمال بها، وينظر فيما إستزادوه، فإن رفعوه إلى بيت المال أمر برده، وإن أخذوه لأنفسهم إسترجعه لأربابه [...] والقسم الثالث: كتاب الدواوين، لأنهم أمناء المسلمين على ثبوت أموالهم فيما يستوفونه له ويعرفون منه؛ فينتصح أحوال ما وكل إليهم، فإن عدلوا بحق من دخل أو خرج إلى زيادة أو نقصان إلى قوانين وقابل على تجاوزه [...] والقسم الرابع: تظلم المسترزق من نقص أرزاقهم، أو تأخرها عنهم، وإجحاف النظر بهم، فيرجع إلى ديوانه في فرض العطاء العادل، فيرجعهم عليه، وينظر فيما نقصوه أو منعه من قبل، فإن أخذه ولاة أمرهم إسترجعه منهم، وإن لم يأخذه قضاء من بيت المال [...] والقسم الخامس: رد الغصوب، وهي ضربان؛ أحدهما: غصوب سلطانية قد تغلب عليهما ولاة الجور كالأملاك المقبوضة عن أربابها [...] والضرب الثاني: من الغصوب ما تغلب عليها ذوو الأيد القوية [...] والقسم السادس: مشارف الوقوف، وهي ضربان: عامة وخاصة. فأما العامة فيبدأ بتصفحها وإن لم يكن فيها متظلم ليحريها على سبيلها ويمضيها على شروط واقفها [...] وأما الوقوف الخاص فإن نظره فيها موقوف على تظلم أهلها عند التنازع فيه لوقفها على خصوم متعينين [...] والقسم السابع: تنفيذ ما وقف القضاة من أحكامها لضعفها عن إنفاذها، وعجزهم عن المحكوم عليه [...] فيكون ناظر المظالم أقوى يداً وأنفذ أمراً، فينفذ الحكم على من توجه إليه بإنتراع ما في يده، أو إلزامه الخروج مما في ذمته. والقسم الثامن: النظر فيما عجز عنه الناظرون من الحسبة في المصالح العامة [...] والقسم التاسع: مراعاة العبادات الظاهرة كالجمع والأعياد والحج والجهاد من تقصير فيها وإخلال بشروطها، فإن حقوق الله أولى أن تستوفي، وفروضه أحق أن تودي. والقسم العاشر النظر بين المتشاجرين والحكم... 1371

Hemos extractado las principales normas reguladoras de la composición y competencias del *maylis-l-mazālim*. Este consejo no puede funcionar si no están presentes al menos una persona de los cinco tipos de miembros: auxiliares y personal de seguridad (si se permite la expresión), jueces y gobernadores, alfaquíes o jurisconsultos, escribas y testigos. Si bien en el capítulo anterior se establece que la función recae en un cargo unipersonal, ministro por ejemplo, este ha de recibir a los que demandan en esta instancia reunido con un consejo en el que rige una norma de quorum: el jurista decreta que no se puede juzgar los asuntos sin que estén presentes un miembro de todas las categorías necesarias. Se trata de regla presente en todo órgano colegiado y que no suele ser frecuente hallarlos en los libros de los ulemas. El *maylis* no tiene poder decisorio, pero ha de estar válidamente constituido.

Por otro lado, la relación de competencias, en este momento, aporta menos a nuestro estudio, aunque las retomaremos en su momento, pues están muy vinculadas a la *bayt al-māl*.

^a الفرق بين نظر المظالم ونظر القضاة من عشرة أوجه:

أحدها: أن لناظر المظالم من فضل الهيبة وقوة اليد ما ليس للقضاة في كف الخصوم عن التجاهد، ومنع الظلمة من التغالب والتجاذب. والثاني: أن نظر المظالم يخرج من ضيق الوجوب إلى سعة الجواز، فيكون الناظر فيه أفسح مجالاً وأوسع مقالاً. والثالث: أنه يستعمل من فضل الإهاب وكشف الأسباب الأمارات الدالة وشواهد الأحوال اللائحة ما يضييق على حكام، فيصل به إلى ظهور الحق ومعرفة المبطل من المحق. والرابع: أن يقابل من ظهر ظلمه بالتأديب، وأخذ من بان عدوانه بالتقويم والتهديب.

a La competencia en las *injusticias* y la competencia de los jueces se distinguen en diez aspectos:

Primero: el competente en las *injusticias* se caracteriza por la dignidad y la fuerza de su mano, distinta de la de los jueces a la hora de poner límites a los litigios por contradicción e impedir que la injusticia se imponga ni atraiga al oponente. Segundo: la competencia de las *injusticias* sobrepasa el estrecho límite de los deberes en favor de los permisos, por ello quien la ejerce tiene un campo de acción más amplio. Tercero: emplea el uso de la intimidación para descubrir las causas con signos relevantes y testimonios que se escapan a los jueces, de tal manera que puede llegar a descubrir la verdad y descubrir a quien intenta sabotearla. Cuarto: hace que quien muestre su injusticia reciba su castigo y quien se evidencia su enemistad reciba la corrección y reprimenda. Quinto: puede ralentizar el procedimiento si observa confusión o ambigüedad en los derechos, para poder ahondar en las causas y los estados, cosa que no pueden los jueces [...] Sexto: puede devolver la demanda si se complica para que se dilucide mediante un pacto extrajudicial, mientras que el juez no puede hacerlo más que con la aprobación de los litigantes. Séptimo: puede ampliar las medidas contra los litigantes si observara indicios de fingimiento y puede obligar a prestar caución, para inducir al litigante a arrepentirse y abandonar el fingimiento y la mentira. Octavo: puede escuchar testimonios ocultos, lo que se escapa a los jueces en el testimonio de los testigos justos. Noveno: puede solicitar el juramento de los testigos si tiene dudas de ellos y prestaron juramento por obediencia. También puede exigir aumentar su número para acabar con las dudas y acabar con la incertidumbre. El juez no lo puede hacer. Décimo: le está permitido comenzar con la citación de los testigos y su interrogatorio sobre lo que conocen del litigio, mientras que es costumbre de los jueces gravar al demandante las costas de la presentación de pruebas y no las tienen en cuanta más que tras la presentación [...]

Capítulo: el estado de las demandas a la hora de presentarlas.

Si es así, las demandas, al elevarlas a la autoridad de las *injusticias*, no pueden ser más que de tres tipos: que están acompañadas de lo que las fortalezca, que estén acompañadas de lo que las debilite y las que carezcan de ambos...

والخامس: أنه له من التأييد في ترداد الخصوم عند إشتباه أمورهم وإشتباه حقوقهم، ليمعن في الكشف عن أسبابهم وأحوالهم ما ليس للحكام [...] والسادس: أن له رد الخصوم إذا أعضلوا وساطة لأمناء ليفصلوا التنازل بينهم صلحاً عن تراض، وليس للقاضي ذلك إلا عن رضي الخصمين بالرد. والسابع: أن يفسح في ملازمة الخصمين إذا وضحت أمارات التجاحد، ويأذن في إلزام الكفالة فيما يسوغ فيه التكفل، لينقاد الخصوم إلى التناصف، ويعدلوا عن التجاحد والتكاذب. والثامن: أنه يسمع من الشهادات المستورين ما يخرج عن عرف القضاة في شهادة المعدلينة والتاسع: أنه يجوز له إحلاف الشهود عند إرتيابه بهم إذا بدلوا أيمانهم طوعاً، ويستكثر من عددهم ليزول عنه الشك وينفي عنه الإرتياب؛ وليس ذلك للحاكم. والعاشر: أنه يجوز أن يبتدئ بإستدعاء الشهود ويسألهم عما عندهم في تنازع الخصوم، وعادة القضاة تكليف المدعي إحضار بيينة ولا يسمعونها إلا بعد مسألته [...]

فصل: حال الدعوى عند الترافع. وإذا كان كذلك لم يخل حال الدعوى عند الترافع فيها إلى والي المظالم من ثلاثة أحوال: إما أن يقترن بها ما يقويها، أو يقترن بها ما يضعفها، أو تخلو من الأمرين...¹³⁷²

Finalmente, marca las diferencias entre la jurisdicción del juez y la de la persona que juzga *las injusticias*. Más que comentar los diez puntos en los que no coinciden, al fin y al cabo, se trata de hacer más flexible este tipo de juicios, nos basta con resaltar una coincidencia entre los dos órdenes: quienes los ejercen son personas individuales: juez o *wālī*. No se establece un órgano compuesto de varios miembros para ejercer la competencia. El *maʿyilis-l-maʿzālim* se limita a funciones consultivas; ahora bien, es obligatoria su intervención con el *quorum* requerido.

1127a - قال جعفر: وسمعت ميمون ويزيد [...] يتذاكران الزكاة: فقال يزيد: كان عمر بن عبد العزيز إذا أعطي الرجل عمالته أخذ منها الزكاة. وإذا رد المظالم أخذ منها الزكاة. وكان يأخذ الزكاة من الأغطية إذا خرجت لأصحابها¹³⁷³.

En este libro dedicado a los bienes, en su capítulo sobre la limosna legal (*zakāt*) que grava el comercio y las deudas, acude a la actuación del califa omeya, apodado el justo o el quinto califa perfecto, el cual accedió al trono al final del primer siglo de la hégira¹³⁷⁴. Este, si ante el juicio del *maʿzālim* alguien obtenía la devolución de parte de su paga, esta cantidad tributaba. Refleja una de las primeras referencias a esta jurisdicción.

b (ومن قضاة مصر في عهد دخولي إليها) قاضي قضاة الشافعية، وهو أعلام منزلة وأكبرهم قدراً، وإليه ولاية القضاة بمصر وعزلهم. وهو القاضي [...] ومنهم قاضي القضاة المالكية الإمام [...] ومنهم قاضي قضاة الخنيفة الإمام [...] ومنهم قاضي قضاة الحنبلية [...] وكان الملك الناصر، رحمه الله، يقعد للنظر في المظالم ورفع قصص المتشكين كل يوم إثنين وخميس، ويقعد القضاة الأربعة عن يساره، وتقرأ القصص بين يديه، ويعين من يسأل صاحب القصة عنها [...]

8- فضائل السلطان أبي عنان. [...] أما عدله فأشهر من أن يسطر في كتاب. فمن ذلك جلوسه للمشتكين من رعيته وتخصيصه يوم الجمعة للمساكين منهم، وتقسيم ذلك اليوم بين الرجال والنساء، وتقديمه النساء لضعفهن. فتقرأ قصصهن بعد صلاة الجمعة إلى العصر، ومن وصلت نوبتهن نودي بإسمها، ووقفت بيه يديه الكريمتين يكلمها دون واسطة. فإن كانت متظلمة عجل إنصافها [...] ثم إذا صليت صلاة العصر فرئت قصص الرجال، وفعل مثل ذلك فيها. ويحضر المجلس الفقهاء والقضاة، فيرد إليهم ما تعلق بالأحكام الشرعية. وهذا شيء لم أر في الملوك من يفعله على هذا التمام ويظهر فيه مثل هذا العدل، فإن ملك الهند عين بعض أمرائه لأخذ القصص من الناس وتخليصها ورفعها إليه دون حضور أربابها بين يديه¹³⁷⁵.

a 1227- Dijo: dijo Ŷa'far: escuché a Maymūm y a Yazīd b. Yazīd que mencionaban a la *zakāt*. Yazīd dijo: 'Umar b. 'Abd-l-'Azīz, si pagaba el salario, tomaba de él la *zakāt*. Si se devolvía algo en el *maʿzālim*, tomaba de ello la *zakāt*. Y cogía la *zakāt* en el momento en que salían las pagas hacia sus dueños.

b (Entre los jueces de Egipto en la época en que entré en el país) el juez de jueces *šāfi'ī*, quien tenía el puesto más alto y quien estaba mejor considerado. A él correspondía nombrar a los jueces y destituirlos en Egipto. Era el juez [...] Entre ellos el juez de jueces *mālikī* el imán [...] Entre ellos, el juez de jueces *ḥanafī*, el imán [...] Y entre ellos el juez de jueces *ḥanbalī* [...] El rey al-Nāṣir, Dios se apiade de él, se sentaba para juzgar las injusticias; las historias de los reclamantes se le elevaban los días lunes y jueves, los cuatro jueces se sentaban a su izquierda. Se leían las historias que tenía entre sus manos, y nombraba a alguien para que interrogara al autor de la misma...

8.- Las virtudes del sultán Abū 'Inān.

[...] En cuanto a su justicia era la más famosa que se ha relatado en un libro. Por ejemplo, como se sentaba a recibir a los reclamantes de entre sus súbditos, destinaba el viernes a los pobres de ellos, y dividía ese día entre los hombres y las mujeres; primero las mujeres, por su debilidad. Sus historias se leen después de la oración del viernes hasta la tarde; iban nombrándolas por su nombre y les hablaba sin intermediario, entre sus manos generosas. Si había sufrido una injusticia, se apresuraba a socorrerla [...] Después rezaba la oración de la tarde y se leían las historias de los hombres, y con ellos obraba igual. Estaban presentes en el *maʿyilis* los *fuqahā'* y jueces, a los que derivaba los asuntos relativos a los preceptos legales. No he visto algo igual entre los reyes, ni quien lo hiciera con tanta perfección ni que mostrara tanta justicia, pues el rey de India nombraba a uno de sus emires para que se hiciera cargo de las historias de la gente, las seleccionara y las elevara a él sin que estuvieran presentes quienes las presentaron.

Ibn Baṭṭūṭa nos ofrece dos relatos en los que describe la forma en la que el gobernante ejercía esta jurisdicción. Quizás, la narración que referimos en el apartado anterior sobre las audiencias del gobernante de Mogadiscio describa un *maʿyilis-l-maḏālim*. En la primera, el rey de Egipto recibía los lunes, martes y jueves a los que presentaban sus quejas. Junto a él, se acomodaban los cuatro jueces principales de cada una de las cuatro escuelas ortodoxas. En el segundo, se centra en la etapa final de su periplo: la corte del sultán *marīnī* Abū 'Inān, quien ocupó el trono de Fez en el siglo XIV, ampliando las fronteras del reino hasta la ciudad de Túnez¹³⁷⁶. Él mismo atendía esta función los viernes, después de la oración del mediodía, primero a las mujeres y después a los hombres. Su consejo se componía por juristas y jueces, a los que trasladaba los asuntos relacionados con los preceptos de la *Šarī'a*. Este viajero plantea ante nuestros ojos formas de actuar que constatan en la realidad lo dispuesto por al-Māwardī: es el gobernante quien posee la potestad y la ejerce, aconsejado por jueces y jurisconsultos.

^a وفي يوم الإثنين صدر شوال منها خرج الموكلون بإبن الخال سعيد المزول عن ولاية كورة إشبيلية نحو الوزير صاحب المظالم عبد الرحمن [...] المرسل لإشبيلية لمحنة ما تشكاه أهلها من حيفه عليهم ليقفه مع المتظلمين منهم ويمتحن عليه ما نسبوه إليه من مظالم، فينتصف منهم وممن إستعدوا عليه من حاشيته وخدمته¹³⁷⁷.

Los omeyas cordobeses pusieron en práctica esta vista; en concreto, un ministro es encargado por el califa para conocer las quejas que una comisión de sevillanos presenta por la actuación de un gobernador, el cual había sido cesado.

^b وفي سنة 227، ولي حبيب بن نصر التميمي المظالم بالقيروان تقديم القاضي سحنون إياه عليها...¹³⁷⁸

En el siglo III de la hégira, el nombramiento de la autoridad competente para juzgar el *maḏālim* en la capital de la provincia de África, Qayrawān, se realiza a instancias del primer discípulo de Mālik b. Anas y, en cierta manera, fundador de la escuela, Saḥnūn de origen sirio, nombrado juez de dicha ciudad en el año 234 de la hégira, cargo que ocupó hasta su muerte; este ulema fue el autor de la compilación del derecho según las enseñanzas de su maestro¹³⁷⁹. Tal vez se pueda observar como un indicio de que las injusticias estarían pensadas como una instancia superior o, de forma más precisa, a modo de la *cognitio extra ordinem* romana.

^c بعض أخبار علي بن حمود وسيره

بويح علي بن حمود بباب السدة من قصر قرطبة [...] وجلس علي بنفسه لمظالم الناس وهو مفتوح الباب مرفوع الحجاب...¹³⁸⁰

Ibn 'Idārī, en esta segunda *noticia*, informa de la ascensión al trono de un rey de taifas cordobés, 'Alī b. Ḥammūd. Alaba su gobierno sobre la base de su cercanía ante los súbditos y arguyendo que juzgaba por sí mismo las *injusticias*.

Esta institución aporta cierta originalidad a la individualidad inherente a todos los órganos de gobierno en el Islam clásico. En realidad, la competencia corresponde a una persona singular, califa, imán, sultán, ministro o gobernador, como establece al-Māwardī y se constata en las fuentes históricas. Aun siendo esto cierto, estos gobernantes se han de rodear de un grupo de asesores con un quorum establecido si se debe considerar el ejercicio de la función como válido. Hemos comprobado que la colegialidad no implica necesariamente personalidad jurídica del órgano, pero sí cierta complejidad organizativa que exige el desarrollo de una reglamentación para el debate y la toma de decisiones que supere a la persona física en sí misma considerada.

a El martes de comienzos del mes de *šawwāl*, los enviados contra el primo materno, Sa'īd, cesado como gobernador de la región de Sevilla, salieron para reunirse con el ministro encargado de las *injusticias*, 'Abd -l-Raḥmān [...] comisionado para examinar las quejas de su gente por su abuso contra ellos, y para decidir sobre los que han sufrido sus injusticias y juzgar sobre las iniquidades que se le imputan. De esta manera se apiadó de ellos y de los que sufrieron a manos de sus empleados y sirvientes.

b En el año 227, Ḥabīb b. Naṣar al-Tamīmī fue nombrado responsable de las injusticias en Qayrawān, por iniciativa del propio Saḥnūn...

c Algunas noticias sobre 'Alī b. Ḥammūd y su biografía.

Se prestó el juramento de obediencia a 'Alī b. Ḥammūd ante la puerta de al-Sadda, del palacio de Córdoba [...] Y 'Alī se sentaba el mismo para conocer las *injusticias* de la gente, y tenía siempre su puerta abierta y levantado el velo...

Las fuentes, tanto jurídicas como históricas, no aportan ninguna prueba ni tan siquiera un mero síntoma de que este *maylis-l-mazālim* sea *un ente con capacidad jurídica y de obrar digno de una protección jurídica igual a la atribuida a la persona natural*. Un califa, sultán o cualquier autoridad concreta falla un caso. La novedad estriba en la exigencia de un consejo consultivo con una composición establecida legalmente.

La naturaleza y competencias de este consejo ha sido ya estudiada por estudiosos ya citados, tan solo tenemos que añadir un cierto paralelismo con el mundo romano. En su derecho clásico existía el sistema formulario con sus dos fases: *in iure* y *apud iudicem*. Los litigios se dirimían en un primer momento ante un magistrado, el pretor, el cual, ante las pretensiones de las partes, elegía la fórmula procesal adecuada; en función de esta, un juez privado decidía el caso. Con la llegada del Principado, el emperador fue adquiriendo una potestad judicial, horadando poco a poco este orden judicial. A la asunción por parte del poder político de la función judicial se denominó *cognitio extra ordinem*¹³⁸¹. En el mundo islámico, si bien la potestad judicial reside en el califa, su ejercicio se delegó en jueces especializados, mas, con el tiempo, aquel volvió a ejercerla bien como una segunda instancia o como una jurisdicción propia; en cualquier caso, supone una ruptura de la exclusividad de la función del *qāḍī*.

Con *al-mazālim* hemos puesto el punto y final a las instituciones que hemos clasificado bajo el título de derecho público, sin que hasta el momento nos hayamos topado con elementos propios de la personalidad jurídica. Realicemos la misma operación en aquellos supuestos donde los implicados son personas privadas abstraídas de cualquier posición de poder político.

5.2 Derecho Privado

Seguidamente traspasamos el marco de las normas relativas al poder político, indagando en un conjunto de grupos unidos por relaciones jurídicas entre particulares como resultado de negocios o situaciones reconocidas por el derecho.

5.2.1 Beneficiarios privados de un *waqf*

Cuando una persona declara que un determinado bien o un patrimonio salga del tráfico jurídico y sus beneficios, utilidades o frutos sean destinados a un determinado fin, en un número importante de casos, esta finalidad implica una pluralidad de personas físicas. Este epígrafe buscará aclarar la naturaleza jurídica del vínculo que los une, con la intención de cotejarla con la definición de persona jurídica escogida.

{مطلب ترتيب البتون}^a

a (Sección sobre la prelación de grados)

Dije: ¿si dijera: a condición de que empezara por el grado superior de ellos, posteriormente por los grados que lo siguieran, grado a grado hasta que se extinguieran todos? Dijo: se haría como lo ha estipulado y ninguno de los grados inferiores, en presencia del superior, tendría derecho a los frutos. de este *waqf*. Si se extinguiera el grado superior, la cosecha pasaría al grado siguiente y así sucesivamente. Dije: ¿Si los del grado superior murieran todos salvo uno? Dijo: los frutos serían para él sin corresponderle nada a los demás grados, cuando falleciera, le tocaría al grado siguiente.

(Sección sobre si muere alguno del grado superior dejando un hijo)

Dije: Si falleciera algunos del grado superior y dejaran un hijo, ¿este tendría derecho a algo de los frutos? Dijo: no, si se extinguiera el grado superior, sí entraría el hijo de quien murió del grado primero con el segundo grado y así hasta que se terminaran todos los grados.

(Sección sobre los hijos de los que fallecen antes de haber tenido derecho al *waqf*)

Dije: y si dijera: constituí esta tierra mía en *waqf* en favor de mi hijo, sus hijos y los hijos de sus hijos y su descendencia por la eternidad mientras haya descendientes, tuviera hijos que murieron antes de constituirse este *waqf*, dejando hijos, ¿entrarían estos hijos de los que murieron antes de la constitución? Dijo: no entrarían con ellos. Dije: ¿Por qué? Dijo: porque él dijo: en favor de mi hijo y sus hijos, así que su voluntad era constituirlo en favor de quien estuviera vivo en el momento de constituirse [...] Dije: ¿qué opinas si hubiera dicho que he constituido esta tierra en *waqf* en favor de mi hijo, el hijo de mi hijo y en favor de los hijos de sus hijos eternamente, después en favor de los pobres [...]? Dije:

قلت: فإن قال على أن يبدأ بالبطن الأعلى منهم ثم البطن الذي يلونهم بطناً بعد بطناً حتى ينتهي إلى آخر البطن؟ قال: هو على ما اشتراطه من ذلك ولا يكون لأحد من البطون السفلى مع البطن الأعلى شيء من غلة هذه الصدقة [...] قلت: فإن مات البطن الأعلى إلا واحداً منهم؟ قال: تكون الغلة له دون سائر البطون إن مات صار البطن الذي يلي الأعلى.

{مطلب إذا مات واحداً من الأعلى وترك ولداً}

قلت: فإن ما بعض أهل البطن الأعلى وترك ولداً هل يكون لولد من مات منهم شيء من غلة هذه الصدقة؟ قال: لا فإذا انقرض البطن الأعلى دخل ولد من مات من البطن الأعلى مع البطن الثاني الذين يلون الأعلى ثم كذلك أبداً حتى ينتهي إلى آخر البطون.

{مطلب أولاد من مات قبل أن يستحق في الوقف}

قلت: فإن قال: قد جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي وعلى أولادهم وأولاد أولادهم ونسلهم أبداً ما تناسلوا، وقد ماتوا قبل أن يوقف هذا الوقف وقد تركوا أولاداً هل يدخل أولاد أولئك الذين ماتوا قبل أن يوقف الوقف مع أولاد هؤلاء؟ قال: لا يدخلون معهم. قلت: ولما؟ قال: من قيل أنه قال: على ولدي وعلى أولادهم فقصد إلى ولده هؤلاء الذين كانوا أحياء يوم وقف الوقف [...] قلت: فما تقول إن قال: قد جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي وعلى أولادهم أبداً ما تناسلوا ثم من بعدهم على المساكين [...] قلت: فهل يدخل ولد من كان مات من ولده قبل هذا الوقف؟ قال: نعم يدخلون في هذه الصدقة من قبل أنه قال ههنا: على ولدي وولد ولدي...¹³⁸²

Al-Jaṣṣāf, uno de los primeros juristas *ḥanafītes* y pionero en regular la institución, establece una serie de normas subsidiarias, para el supuesto que el fundador no hubiera estipulado nada, sobre el llamamiento de los distintos beneficiarios. Antes de exponerlas, es necesario aclarar que esta escuela entiende que ha de existir una cláusula residual, la cual se entiende implícita para el caso de no estar incluida en la fórmula de constitución, en virtud de esta condición, en caso de extinguirse los beneficiarios, los derechos se transmitirían a una causa piadosa: pobres, mezquitas, etc.; los medinenses admiten que se revierta en el constituyente o sus familiares más cercanos. En primer lugar, se convocan los pertenecientes al grado más próximo entre los descendientes (si así lo establece el fundador): hijos; una vez extinguidos estos, los nietos y así sucesivamente. Mientras quede con vida uno de los descendientes de primer grado, los del segundo no serían titulares de ningún derecho sobre la cosecha. Salvo disposición explícita en contrario, no existe derecho de representación, si un hijo fallece, sus vástagos han de esperar la muerte de todos sus tíos. Asimismo, y con la misma salvedad de la voluntad clara del fundador opuesta, para ser considerados beneficiarios, los hijos han de estar vivos en el momento de la constitución; su premoriencia los priva de derechos (obviamente), pero también a su prole, excepto que exista una previsión del constituyente.

Visto este régimen, el derecho de la persona en cuyo favor se funda la institución, en el caso de tierras de labranza, es a una cuota de la cosecha. Este es el contenido del mismo, sobre esta base y los siguientes textos habremos de concluir sobre su naturaleza y la esencia de esa titularidad de una pluralidad de sujetos.

^a{مطلب العبرة للفقير يوم القسمة}

قلت: فإن جاء غلة سنة أو سنتين فلم تقسم بينهم لأمر من الأمور حتى استغنى قوم منهم وإفقر آخرون؟ قال: إنما أنظر منهم إلى من كان فقيراً يوم تقع القسمة فأعطيتهم ذلك. قلت: فلم لا تنتظر إلى أولئك الذين كانوا فقراء يوم جاءت الغلة فتعطيهم ذلك وإن كانوا قد استغنوا لأنهم قد استحقوا؟ قال: لأن الواقف جعل لهم ذلك على سبيل الفقر ولم يجعلهم لمن كان غنياً. قلت: فإذا قال صدقة موقوفة على أهل بيته ولم تقل على فقراء أهل بيتي لما لا تجعل الوقف على كل من كان موجوداً من أهل بيته يوم وقف الواقف فإذا انقرضوا أولئك جعلته للفقراء والمساكين؟ قال: من قبل أن من يأتي من بعد هؤلاء من أولادهم وأولاد أولادهم ن أهل بيته فالوقف جار على من كان يومئذ وعلى من يحدث من أهل بيتي.¹³⁸³

¿entraría el hijo de quien hubiera muerto entre sus hijos en este *waqf*? Dijo: sí, entrarían en este *waqf* porque aquí dijo: en favor de mi hijo y el hijo de mi hijo...

a (Sección sobre la expresión la pobreza el día de la partición)

Dije: ¿si llegar los frutos de un año o dos y no se hubieran repartido por cualquier causa, habiéndose enriquecido unos beneficiarios y empobrecidos otros? Dijo: se miraría quien fuera pobre el día en que recaiga la partición y se le daría su parte. Dije: ¿por qué no se mira quién es pobre el día en que tuvo lugar la cosecha y se le da su parte, aunque posteriormente devinieran ricos, porque tuvieron derecho a ella? Dijo: porque el fundador los nombró por ser pobres y no llamó a los ricos. Dije: y si hubiera dicho en la fórmula a la gente de mi casa sin especificar que fuera en favor de los pobres de mi casa, ¿por qué no serían beneficiarios aquella gente de su casa que estuvieran vivos en el momento de constituir el *waqf*, si si se extingue para los pobres y los menesterosos? Dijo: porque quien llegue después de estos de sus hijos e hijos de sus hijos de la gente de su casa, el *waqf* sería para los presentes el día de la constitución y de los que vengan con posterioridad.

En un *waqf* cuyos beneficiarios fueran los pobres entre los familiares del fundador, la condición de pobreza se entiende que se ha de cumplir el día del reparto, si en el momento de producirse la cosecha era rico y después se empobrece o viceversa, ningún derecho tendría a reclamar una parte. La designación genérica precisa la determinación que este caso se realiza mediante el negocio jurídico de la partición.

^a{مطلب ليس لمن جعل له السكنى أن يستغل ولا له الغلة أن يسكن}قلت: فإن كان فيها فضل عن السكنى؟ قال: ليس ذلك ليس لمن جعل له سكنى دار أن يستغل ولا لمن جعل له غلة دار أن يسكنها. قلت فإن كثر ولد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاق الدار عليهم؟ قال: فليس لهم إلا سكنها تقسط بينهم على عددهم. قلت: فمن مات منهم؟ قال: من مات بطل ما كان له من سكنها ويكون سكنها لمن بقي منهم [...] {مطلب من له سكنى دار له إعارته لا إيجارته} قلت: أرأيت إن جعل سكنى هذه الدار لرجل من ولده ثم من بعده لقوم آخرين أو قال للمساكين فأراد هذا الذي جعل له سكنها أن يسكن فيها غيره؟ قال: إن كان يسكنها غيره على سبيل العارية منه له ذلك وإن أراد أن يوجرها منه ليس له ذلك. قلت: مال الفرق بين العارية والإجارة؟ قال: العارية لا توجب في الدار حقاً للمستعير وهو بمنزل ضيف وأضافه والإجارة يجب للمستأجر فيها حق الإجارة...¹³⁸⁴

El siguiente ejemplo esclarece la cuestión de la naturaleza del derecho del que los beneficiarios de un *waqf* sobre una casa son titulares. Es el fundador, como en tantos otros asuntos, el que lo decide. Bien lo puede constituir como poseedor de un derecho de habitación, únicamente podría habitarla, o bien como titular de la *cosecha* los frutos, el usufructo o dominio útil. Quien ostentare un derecho de habitación no podría explotarlo económicamente, conformándose con utilizar la casa como vivienda o, todo lo más, prestar ese uso con carácter gratuito: comodato. Pues, si lo arrendara, estaría transmitiendo la propiedad del usufructo o el dominio útil, algo que no tendría pues este tipo de beneficiario no tiene ese derecho, únicamente el uso, aunque se suele definir en las obras de *fiqh* como una donación de *manfa'a*¹³⁸⁵. Por el contrario, si el fundador otorga al beneficiario el derecho de usufructo o dominio útil, podría disponer de él a voluntad, como cualquier otro titular dominical.

^bوإن كان الغنى وصفاً مباحاً فلا يجوز الوقف على الأغنياء، وعلى قياسه سائر الصفات المباحة، لأن العمل إذا لم يكن قربة لم يكن الواقف مثاباً على بذل المال فيه، فيكون قد صرف المال فيما لا ينفعه، لا في حياته ولا في مماته ثم إذا لم يكن للعامل فيه منفعة في الدنيا، كان تعديباً له بلا فائدة تصل إليه، ولا إلى الواقف، ويشبه ما كانت الجاهلية تفعله من الأعباس المنبه عليها في سورى الأنعام والمائدة¹³⁸⁶.

Tenemos que recordar en este momento como para el jurista Ibn Taymiyya, *ḥanbalī*, designar a personas ricas como beneficiarios anula el negocio jurídico al carecer de intención piadosa.

^c(33) باب: إذا وقف أرضاً أو بئراً، أو اشتري لنفسه مثل دلاء المسلمين،

a (Sección sobre quien se le da en derecho de habitación no puede explotar ni quien se le da como usufructo habitarla) Dije: ¿Y si en ella tuviera más que el derecho de habitación? Dijo: no tendría derecho. Ningún beneficiario que se le otorgue el derecho a habitarla puede explotarla ni que se le hubiera otorgado el usufructo de la casa podría habitarla. Dije: ¿y si fueran muchos el hijo de este fundador, el hijo de sus hijos y su descendencia en tal número que se hiciera estrecha la casa? Dijo: no podrían más que habitarla y este derecho se dividiría según su número. Dije: ¿y quien muriera de ellos? Dijo: quien muriera quedaría anulado su derecho y su derecho de habitación se transmitiría a los supervivientes [...]

(Sección sobre que tuviera el derecho de habitación podría darla en préstamo de uso -comodato- pero no arrendarla) Dije: ¿qué opinas si constituye en heredero con derecho de habitación de la casa a un hombre y después a otros grupos o los pobres, si quisiera permitir que la habite otro? Dijo: si permitiera a otro habitarla a título de comodato, podría hacerlo; si quisiera arrendarla, no. Dije: ¿cuál es la diferencia entre el comodato y el arrendamiento? Dijo: el comodato no otorga derecho al prestatario, pues sería como un huésped, mientras que el arrendamiento le otorga al arrendatario el derecho propio del arrendatario -propiedad del dominio útil-...

b Y si la riqueza es una característica lícita, pues el *waqf* en favor de ricos no está permitido, y con esta medida el resto de las características lícitas, porque la acción, si no es una oblación a Dios ni el fundador obtiene recompensa por el empleo de sus bienes, habría invertido su dinero en lo que no le es útil, ni en vida ni tras su muerte. Además, si el que actúa no tiene provecho en esta vida, sería un castigo infructuoso para él y para el fundador de *waqf*, pareciéndose a lo que se hacía en la *Yāhiliyya*, los bienes habices de los que nos advierte la al-sūra al-Al'ām y la azora al-Mā'ida.

c(33) Capítulo: si constituye un *waqf* una casa o un pozo, o comprara por sí mismo para dar de beber a los musulmanes.

وقف أنس داراً، فكان إذا قدم نزلها. وتصدق الزبير ردوره، فقال للمردودة من بناته أن تسكن غير مُضَرَّة ولا مُضَرِّ بها، فإن استغنت بزوج فليس لها حق...¹³⁸⁷

Según al-Bujārī, desde los albores del Islam, por los primeros compañeros del profeta, se establecía un derecho de mero uso de los beneficiarios de un *waqf*.

^a[القول في الملك] وفيه مسائل. الأولى: في تفسيره.

قال السبكي: هو حكم شرعي يُقدر في عين أو منفعة، يقتضي تمكن من يُنسب إليه من إنتفاعه والعوض عنه من حيث هو كذلك. فقولنا: (حكم شرعي)؛ لأنه يتبع الأسباب الشرعية.

وقولنا: (يُقدر)؛ لأنه يرجع إلى تعلق إذن الشرع، والتعلق عدمي، ليس وصفاً حقيقياً، بل يُقدر في العين والمنفعة، عند تحقق الأسباب المفيدة للملك.

وقولنا: (في العين أو منفعة)؛ لأن المنافع تُملك كالأعيان.

[...] [ثانية]: قال في (الكفاية): أسباب التملك ثمانية: المعاوضات، والميراث، والهبات، والوصايا، والوقف، والغنيمة، والإحياء، والصدقات¹³⁸⁸.

Este capítulo de la obra de al-Suyūṭī, expresa la concepción que se tiene entre los seguidores de al-Šāfi'ī del derecho de propiedad, en concreto, hace referencia a la definición de al-Subkī, juez principal de Damasco en el siglo XIV, aunque nacido en Egipto, uno de los principales representantes de la escuela *šāfi'ī*¹³⁸⁹. Aunque en el momento oportuno lo traigamos a colación, la naturaleza sería la de ser una creación, permiso, del Legislador, obra del derecho, no una realidad sensible. Tal y como reiteramos periódicamente, el objeto puede ser tanto el dominio directo o *nuda* propiedad y dominio útil o usufructo por separado o unidos. Una de las causas de su adquisición sería el *waqf*, pues transmite al beneficiario la propiedad sobre la *manfa'a* del bien.

^b[المسألة السادسة: في الملك]:

إما للعين والمنفعة معاً وهو الغالب.

[...] وإما للمنفعة فقط، كمنافع العبد الموصي بمنفعته أبداً، كالمستأجر، والوقف على معين¹³⁹⁰.

Como una de las cuestiones derivadas de la definición anterior, aclara que el objeto de la propiedad recae, entre otras cosas, sobre el bien en sí mismo junto a su utilidad (usufructo o dominio útil), lo que es más común; o únicamente sobre esta última, que sería el derecho que disfrutaría el beneficiario de un *waqf*, cuando se encuentre plenamente determinado.

^c*(كتاب الشركة)*

Anas constituyó un *waqf* sobre una casa, para que la habitara quien llegara. También al-Zubayr un piso para sus hijas repudiadas, que tuvieran donde vivir sin perjudicar ni ser perjudicadas, pero si encontraran marido, no tendrían derecho...

a (Sobre la propiedad), se dan diversas cuestiones. Primera, su exégesis.

Ibn al-Subkī ha dicho: es un precepto legal decretado sobre el bien y su utilidad, en virtud del cual de quien se predica puede usarlo y obtener contraprestación por él.

Y si decimos (un precepto legal) es porque sigue causas legales.

Y si decimos (decretado) es porque está vinculado a un permiso legal, y el permiso no existe como una cualidad real, sino que es un mandato sobre el bien o su utilidad, cuando se verifica las causas de adquisición de la propiedad.

Si decimos (sobre el bien o la utilidad) es porque las utilidades son objeto de la propiedad como los bienes en sí.

[...] (Y segunda): Dijo en al-Kifāyya: las causas de adquisición de la propiedad son ocho: los negocios sinalagmáticos, la herencia, las donaciones, los legados, el *waqf*, el botín, la puesta en explotación de tierras baldías y las limosnas.

b (Cuestión sexta: la propiedad)

Bien sobre el bien y su utilidad juntos, lo que es lo más común.

[...] Bien sobre la utilidad solamente, como la del esclavo legado en su utilidad con carácter vitalicio, el arrendatario y el beneficiario determinado del *waqf*.

c *(Libro sobre la *šarika*)*

La *šarika* en origen es de dos tipos: de propiedades y de contratos. La de propiedades es de dos clases: una que se constituye por una acción de los participantes y otra sin acción por los participantes. En cuanto a la que se constituye por una acción de ambos es cuando compran algo, se les dona, se les da en legado o se les constituye en beneficiarios de un *waqf* o limosna y aceptan; así el comprador, el donatario, el legatario y el beneficiario se convierten en comunero de una *šarika* de propiedad. En cuanto a la que se constituye sin acción de ambos es por herencia [...]

(Capítulo) El régimen de la *šarika*, la de propiedad en sus dos modalidades tiene el mismo: cualquiera de los dos copropietarios es un tercero respecto de la parte del otro y no puede disponer de ella sin su permiso, porque la disposición absoluta solo es por propiedad o representación y ninguno de los dos tiene sobre la parte del otra autoridad por representación o parentesco...

الشركة في الأصل نوعان شركة الأملاك وشركة العقود وشركة الأملاك نوعاً نوع يثبت بفعل الشريكين ونوع يثبت بغير فعلهما (أما) الذي يثبت بفعلهما فنحو أن يشتريا شيئاً أو يوهب لهما أو يوصي لهما أو يتصدق عليهما فيقبلان فيصير للمشتري والموهوب والموصي به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك (أما* الذي يثبت بغير فعلهما فالميراث [...]) [...] * (فصل)* وأما حكم الشركة فشركة الأملاك فحكمها في النوعين جميعاً واحد وهو أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير إذن لأن مطلق التصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة...¹³⁹¹

Al-Kāšānī, el seguidor de Abū Ḥanīfa, al igual que la mayoría de los ulemas, regula la comunidad de bienes y la sociedad bajo una misma categoría: *šarika*. En nuestra cultura jurídica, algo que hemos tenido oportunidad de remarcar, la comunidad de bienes encontraría un paralelismo con la *šarika de propiedad*. Esta modalidad, según se desprende de sus palabras, sería la que correspondería a los beneficiarios de un *waqf*, con más razón cuando el usufructo o el dominio útil son objeto de propiedad para el *fiqh*. El régimen jurídico aplicable aparece indubitado: cada comunero, o beneficiario del *waqf*, es un tercero ajeno totalmente a la parte de los otros copropietarios. Esta norma aleja casi definitivamente la concepción de estos como miembros de un ente autónomo, titular de derechos y obligaciones.

66/907a – مسألة: في وقف على جماعة، وأن بعض الشركة قد دفع في الفاكهة مبلغاً، وإن بعض الشركة إمتنع من التضمين والضمان، وطلب أن يأخذ مم يشتريه قدر حصته من الثمرة. فهل يحكم عليه الحاكم بالبيع مع الشركة أم لا؟
الجواب: إذا لم تمكن قسمة ذلك قبل البيع بلا ضرر فعليه أن يبيع مع شركائه ويقاسم الثمن¹³⁹².

Ibn Taymiyya, jurista y filósofo sirio nacido al sur de Damasco en el siglo XIII, una de las figuras principales de la escuela *hanbali*¹³⁹³, en cuyos textos hemos observado una regulación muy restrictiva de la libertad de estipulación de las personas, es partidario de obligar a los beneficiarios a vender los frutos del *waqf* si no es posible repartirlos antes sin menoscabo, dividiendo entonces el precio entre los comuneros según sus cuotas. Esta opinión también apunta a calificar la situación de las personas en cuyo favor se constituye este negocio jurídico como una comunidad de bienes y no como una colectividad que trascienda a los miembros.

b (قوله وسيأتي في الوصية) أي هو أن ملك الموصى له أتم من ملك الموقوف عليه دليل أن له الإجارة والإعارة من غير إذن مالك الرقبة وتورث المنافع، بخلاف الموقوف عليه لا بد من إذن الناظر ولا تورث عنه المنافع...¹³⁹⁴

Esta glosa, la cual nos asistió a la hora de delimitar cuál es el papel del administrador de una fundación, elaborada por Šam-l-Dīn Muḥammad b. Abū ‘Abbās Aḥmad b. Ḥamza, *faqīh* egipcio del siglo XVI, conocido como el *pequeño* al-Šāfi‘¹³⁹⁵, delimita con más precisión las facultades incluidas en el derecho subjetivo del que son titulares los beneficiarios. Es *propietario* de las *manāfi‘* de los bienes constituidos en *hubs*, si bien con una capacidad de disposición supeditada a la aprobación del administrador, una limitación que no afecta a otros titulares de usufructo o dominio útil: el legatario, entre otros.

c باب الرجل يجعل أرضه صدقة موقوفة على نفسه وولده وولد وولده ونسله.

a 907/66- Cuestión: sobre un *waqf* en favor de una comunidad, algunos de los comuneros han pagado una cantidad por la fruta y otros se ha abstenido de asegurar y han pedido tomar de lo que se ha comprado la parte correspondiente a su cuota del precio total. ¿Debe el juez obligarlos a vender junto con el resto de los comuneros?

Respuesta: si no se ha podido dividir eso antes de la venta sin menoscabo, debe venderse de forma obligatoria y repartir el precio entre los comuneros.

b (Su expresión y vendrá en el legado) Es decir, la propiedad del legatario es más perfecta que la del beneficiario del *waqf*; como prueba, puede arrendar o prestar sin permiso del propietario de la *nuda* propiedad o el dominio directo y el usufructo o dominio útil se transmite por herencia. Por el contrario, el beneficiario precisa del permiso del administrador y no se transmite por herencia el usufructo o dominio útil.

c Capítulo. Un hombre constituye un *waqf* sobre su tierra en beneficio de sí mismo, su hijo, el hijo de su hijo y su descendencia.

Dije: ¿cuál es tu opinión sobre un hombre que constituye una tierra de su propiedad en *waqf* para Dios el Altísimo, en estado de buena salud, en beneficio de su hijo, el hijo de su hijo, y los hijos de sus hijos y sus descendencias, mientras se reproduzcan, después de ellos para los pobres? Dijo: el *waqf* es válido; su hijo y el hijo de su hijo sus descendientes comparten los frutos de este *waqf*, cada hijo que estuviera vivo el día de la constitución y los que vinieran después y todos los descendientes; todos ellos iguales. Dije: ¿cómo se repartirían los frutos entre ellos? Dijo: se repartirían en función de su número y se miraría a la cosecha, si apareciera se repartiría y el hijo, el hijo de su hijo y los descendientes entrarían en el mismo si naciera antes de los seis meses desde la aparición de los frutos, y no entrarían los nacidos

قلت: أرأيت رجلاً جعل أرضاً له صدقة موقوفة لله عز وجل أبداً في صحته على ولده وولد ولده وأولاد أولادهم ونسلهم أبداً ما تناسلوا ثم من بعدهم على المساكين؟ قال: الوقف جائز ويشترك ولده وولد ولده ما تناسلوا في غلة هذه الصدقة كل ولد كان له يوم وقف هذا الوقف وكل ولد حادث له بعد الوقف وولد الولد أبداً ما تناسلوا فيكونون فيه سواء. قلت: فكيف تكون الغلة بينهم؟ قال: تقسم على عدد الرؤوس فينظر إلى الغلة إذا طلعت فتكون بينهم جميعاً ويدخل فيها كل ولد يولد لأحد منهم لأقل من ستة أشهر منذ يوم طلعت الغلة ولا يدخل فيها من ولد لأكثر من ستة أشهر. قلت: ففي هذا كل غلة تنتقض القسمة؟ قال: أجل إنما ينظر إلى غلة كل سنة فتتقسم على من يستحقه منهم. قلت: فما تقول فيمن يموت منهم بعد الوقف؟ قال: ألم يذكر الواقف أمر من يموت منهم؟ قلت: لم يذكره. قال: فينبغي أن تقسم الغلة على من يكون منهم موجوداً يوم تقع القسمة فيسقط منهم من مات...¹³⁹⁶

Además de confirmar que el fundador es libre de incluir beneficiarios y establecer el orden de llamamiento que estime pertinente, determina que, cuando estos son plurales, se reparten la producción a partes iguales según su número y se toma como referencia el día de la aparición de los frutos para marcar el nacimiento del derecho: los nacidos antes o en los seis meses siguientes (*nasciturus*), también serían titulares del mismo. En caso de fallecimiento, salvo disposición en contrario del constituyente, la partición marca *diem ad quem* o momento de su extinción: los fallecidos antes no adquieren la condición de beneficiarios ni la transmiten a sus herederos.

^a[إذا مات بعض المحبس عليهم بعد بدو صلاح التمر فنصيبه للورثة]

وسئل ابن حماد عن امرأة حبست جنة على ابنة وابن لهما سهم للإبنة وسهمان للذكر، وشرطت أن من مات منهما من غير عقب رجع نصيبه على صاحبه [...]]

فأجاب: إختلف قول مالك في الحبس هل زال ملك المحبس عنه أم لا؟ فمن قال على مالك ربه وإنما خرجت منافعه لظاهر قوله، ص، لعمر. ((إحبس الأصل وسبل الثمرة))، فعلى هذا الغلة إذا لم يقسم المحبس عليهم لم تورث عن أحد منهم وكانت لمن أدرك قسمها وهو حي [...]]

قيل: أصلها في آخر الحبس من حبس ثمر حائط على رجل بعينه حياته فكان يغتلبهم ثم مات المعطي له وفيه ثمر قد طابت فهي لورثته، وإن لم تطب فهي لرب الحائط كما قال مالك فيمن حبس حائطاً على قوم معينين فكانوا يلونه ويسقونه فمات أحدهم بعد طيب الثمرة فنصيبه لورثته، وإن بدت ولم تطب فجميع الثمرة لبقية أصحابه...¹³⁹⁷

Los alfaquies *mālikīes*, así al menos se desprende de sus fetuas, fijan la adquisición de la propiedad del derecho de los beneficiarios en el momento de la maduración de los frutos (siendo susceptibles también de ser objeto del contrato de compraventa). Si la persona en cuyo favor se instituyó el *waqf* falleciera antes, no devendría titular y, por consiguiente, no transmitiría nada a sus herederos. A pesar de ser esta la regla general, siempre hay que contar con la voluntad del fundador, auténtica ley de este negocio para los seguidores de Mālik b. Anas.

después de los seis meses. Dije: ¿en cada cosecha se volvería a repartir? Dijo: sí, únicamente se miraría a los frutos de cada año y se repartiría entre los que tuvieran derecho entre ellos. Dije: ¿qué opinas de quien muriera después de constituirse? Dijo: ¿no ha estipulado nada el fundador sobre ellos? Dijo: no ha estipulado. Dijo: se deben repartir los frutos entre los que estuvieran vivos el día del reparto y decaerían en su derecho los que hubieran muerto.

a (Si muriera alguno de los beneficiarios después que el dátil alcance la madurez su parte sería para los herederos).

Ibn Ḥamād fue preguntado por una mujer que constituyó en *waqf* un huerto en favor de una hija y un hijo, para estas dos partes y para aquella una; estipuló que quien muriera de ellos sin descendencia pasaría su parte a su hermano...

Respondió: en la escuela de Mālik existe división sobre si el bien habiz sale de la propiedad del fundador o no. Quien opina que permanece en la propiedad del fundador y únicamente sale el usufructo o dominio útil, por el tenor literal del dicho del profeta a ‘Umar “*retén la raíz y libera los frutos*”. Según esto, si los frutos no se hubieran repartido entre los beneficiarios, no se transmitirían por herencia y serían para quienes estuvieran vivos en ese momento [...]

Se dice: En origen, en los *ahbās* sobre huertos en favor de un hombre determinado, si muriera estando los frutos maduros, su parte sería para sus herederos. En caso contrario, para el dueño. Así, si se constituyera un *waqf* en favor de personas determinadas, en opinión de Mālik, si murieran alguno de ellos estando los frutos maduros, la parte sería para los herederos, si no, para los otros beneficiarios...

^aولو قال أرضي صدقة موقوفة على ولدي العور والعميات كان الوقف لهم دون غيرهم ويعتبر العور والعمى من الولد يوم الوقف لا يوم الغلة ولو قال أرضي صدقة موقوفة على أصاغر ولدي كان وقت الوقف على الصغار خاصة ويعتبر في الإستحقاق من كان صغيراً عند الوقف لا عند وجود الغلة كذا في الظهيرة* لو قال أرضي صدقة موقوفة على ولدي الذين يسكنون البصرة فالغلة لساكني البصرة دون غيرهم ويعتبر ساكنو البصرة يوم وجود الغلة كذا في فتاوي قاضيحان* والحاصل أن الإستحقاق إذا كان باتاً بصفة لا تزول أو تزول لكنها لا تعود بعد الزوال يعتبر في الإستحقاق قيام تلك الصفة وقت الوقف وإذا كان الإستحقاق باتاً بصفة تزول وتعود بعد الزوال يعتبر في الإستحقاق قيام تلك الصفة وقت مجيء الغلة كذا في المحيط¹³⁹⁸.

Esta colección de fetuas *ḥanafties* recopilada en la India mogola (que volvemos a transcribir una vez utilizada para dibujar la línea de separación entre el derecho romano e islámico sobre la indeterminación o no de los sujetos de derecho) fija el momento en el que los beneficiarios adquieren la titularidad sobre el usufructo, uso o dominio útil que les corresponde. El tipo de alusión realizada en la fórmula de constitución tiene la clave: si se tratara de una característica que no se pierde o, en caso de cesar, no se recuperara, el derecho nace con la constitución de la fundación (se ilustra con la condición de ciego). Si la cualidad que se exigiera variara con el tiempo y el sujeto se calificara con ella en un momento dado, dejara de hacerlo y fuera posible que la adquiriera de nuevo, el derecho iría a aquel que cumpliera la condición al aflorar los frutos, así se tomaría como vecino de Basora a quien viviera en esa ciudad al cosechar.

^b[القاعدة السابعة عشرة]: الحمل، هل يُعطى حكم المعلوم أو المجهول؟

[...] جزم بإعطاء حكم المجهول فيما إذا بيع وحده، فلا يصح قطعاً وإعطاء حكم المعلوم في الوصية له، أو الوقف عليه فيصحان قطعاً¹³⁹⁹.

En el caso de que se nombrara a un *nasciturus*, el alfaquí *šāfi'ī*, al-Suyūṭī, nacido huérfano en El Cairo del siglo XV, que alcanzó gran fama en su época como jurista, a pesar de vivir apartado de la sociedad, siendo constantemente visitado por los gobernantes¹⁴⁰⁰, decreta su validez y la aplicación del mismo régimen que rige a las personas plenamente identificadas. Tuvimos la oportunidad de comprobar el estatus del concebido y no nacido en cuanto a su capacidad jurídica, encontrando bastante protección por parte de la *Šarī'a*.

^cباب الرجل يقف الأرض على قوم فيقبل بعضهم ذلك ولا يقبل بعضهم أو لا يقبل ذلك أحد منهم.

a Si dijera: mi tierra es una limosna vinculada en favor de mi hijo tuerto y los ciegos, el *waqf* sería para ellos y no para los demás. La cualidad de tuerto y ciego de los hijos se consideraría al tiempo de la constitución del *waqf*, no el de la cosecha. Y si dijera que mi tierra es una limosna vinculada en favor del menor de mis hijos, se tomaría el momento de la constitución y podría reclamar su derecho el menor en ese momento, no en el de la cosecha. Así en al-Ṭahīrat. Si dijera que mi tierra es una limosna vinculada en favor de mis hijos que habitaran en Basora, la cosecha sería para los habitantes de Basora y no para ningún otro, y la vecindad en Basora se tomaría en el momento de la cosecha, así en las fetuas de Qāḍīḥān. Se deduce que la reclamación si fuera absoluta por una cualidad que no se pierde o que, si se pierde, no se recupera, procedería dicha reclamación si se ostentara en el momento de la constitución. Y si fuera una cualidad que se perdiera y se recuperara después de perderse, la reclamación correspondería en el momento de la cosecha, así en al-Muḥīt.

b (Regla diecisiete: el feto, ¿se le aplica el régimen jurídico del determinado o el indeterminado?

[...] Se determina en aplicar el régimen del indeterminado si se vendiera en solitario, y no sería válida la venta en absoluto. Y se le da el régimen del determinado si se trata del legatario o el beneficiario del *waqf* y ambos serían válidos.

c Capítulo: Un hombre constituye su tierra en *waqf* en favor de un grupo de personas, algunos aceptan y otros no, o uno de ellos no lo acepta.

Abū Bakr, Dios tenga piedad de él, dijo: si un hombre constituyera una de sus tierras en un *waqf* en favor de un hombre determinado y tras él en favor de los pobres y este lo rechazara, el *waqf* sería válido y los frutos serían para los pobres eternamente; o si falleciera ese hombre habiéndolo aceptado o no, el *waqf* sería válido y los frutos serían para los pobres. Dijo: ¿y si lo constituyera en favor de los hijos de Zayd y algunos lo aceptarían y otros no? Dijo: todos los frutos serían para los que aceptaron. Dijo: ¿y si lo constituyera en favor de los hijos de Zayd y su descendencia mientras exista, y rechazaran aceptar el *waqf*? Dijo: los frutos serían para los pobres. Dijo: ¿y si aparecieran sucesores que aceptarían el *waqf*? Dijo: serían para ellos mientras quedara alguno. Dijo: ¿y si alguno dijera no acepto para mí ni para mi hijo? Dijo: en cuanto a su parte, su renuncia es válida, pero las cuotas de sus hijos, si fueran mayores, la aceptación o la renuncia les corresponderían y, si fueran menores, no sería válida la renuncia en el nombre de ellos.

(Sección: constituye un *waqf* en favor de un hombre, lo acepta y luego lo rechaza o lo rechaza y luego lo acepta ¿sería correcto?)

Dijo: si constituyera un *waqf* en favor de un hombre y dijera: lo he aceptado ¿podría rechazarlo posteriormente? Dijo: no. Dijo: ¿también si renunciara al *waqf* la primera vez podría aceptarlo después? Dijo: no, no puede aceptarlo después

قال أبو بكر رحمه الله: إذا وقف الرجل بعينه ومن بعده على المساكين فأبى الرجل أن يقبل هذا الوقف فالوقف جائز وغلته للمساكين أبداً وكذلك لو مات الرجل وقد كان قبل الوقف أو لم يقبل حتى مات فالوقف جائز والغلة تكون للمساكين. قلت: فإن جعل أرضه صدقة موقوفة لله عز وجل على ولد زيد فأبى بعضهم أن يقبل ذلك وقيل بعضهم؟ قال: قال: فالغلة كلها لمن قبل منهم. قلت: فإن قال قد جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة على ولد زيد ونسله [...] فأبوا أن يقبلوا الوقف؟ قال: فالغلة للفقراء. قلت: فإن حدث له ولد ونسل فقبلوا الوقف؟ قال: ترد إليهم الغلة فتكون لهم ما بقي منهم أحد. قلت: فإن قال رجل منهم لا أقبل لنفسي ولا لولدي. أما حصته فرده لها جائز وأما حصص ولده فإن كانوا كبار كان القبول والرد إليهم وإن كانوا صغاراً لم يجز رده لخصتهم. {مطلب وقف على رجل فقبل ثم رد أو رد ثم قبل هل يصح}

قلت: فإن وقف ذلك على رجل فقال قد قبلت هل له بعد ذلك أن يرد الوقف؟ قال: لا. قلت: وكذلك إن رد الوقف في أول مرة هل له بعد ذلك أن يقبله؟ قال: لا، ليس له أن يقبل بعد الرد. قلت: وكذلك لو جعلها صدقة موقوفة على زيد ومن بعده على المساكين فقال زيد لا أقبل غلة هذه السنة وأقبل في ما بعد ذلك؟ قال: فذلك جائز وتكون الغلة في السنة التي قال لا أقبلها للمساكين وتكون الغلة في ما بعد ذلك لزيد. قلت: وكذلك إن قال قد قبلت غلة هذه السنة ولا أقبل فيما بعد؟ قال: له ذلك. قلت: وكذلك إن قال قد قبلت نصف الغلة أو ثلثها ولا أقبل الباقي؟ قال: له ذلك والله أعلم¹⁴⁰¹.

En los *awqāf* cuyos beneficiarios estén plenamente identificados, estos han de aceptar o renunciar a los frutos a los que tienen derecho. En el caso de renuncia, la validez del negocio jurídico está garantizada por la cláusula residual de situar a los pobres como titulares finales al agotarse todas las líneas. Esta posibilidad no cabría si la designación de los mismos no es concreta (los pobres, etc.) hasta la partición, lo que apunta a la teoría de la expectativa de derecho. Las cuotas de los que lo rechazan incrementan la de los que la admiten. La renuncia es personalísima, el padre no está facultado para hacerlo en nombre de su hijo menor, ni el tutor. Ya reflejamos cómo la capacidad de obrar de los menores en aquellos contratos, negocios o actos absolutamente beneficiosos para ellos es muy amplia y, en consecuencia, aunque estén incapacitados, su representante legal no puede privarlos de ellos. Por otro lado, la renuncia puede ser parcial, para parte de la cuota o un año concreto. Ahora bien, la renuncia total es irrevocable.

^aالفصل الثاني في أركانه: وهي أربعة: المحبس والمحبس، والمحبس عليهم والصيغة. أما الحبس فكالواهب، أما المحبس فيجوز تحبيس العقار كالأرضين والديار والحوانيت والجنان والمساجد والأبار والقناطر والمقابر والطرق وغير ذلك، ولا يجوز تحبيس الطعام، لأن منفعته في إستهلاكه وفي تحبيس العروض والرقيق والدواب روايتان على أن تحبيس الخيل للجهاد أمور معروف، أما المحبس عليه فيصح أن يكون إنساناً أو غيره كالمساجد والمدارس، ويصح الموجود والمعدوم والمعين والمجهول والمسلم والذمي والقريب والبعيد.

[...] وأما الصيغة فهي لفظ الحبس والوقف والصدقة وكل ما يقتضي ذلك من قول، كقوله: محرم لا يبيع ولا يوهب ومن فعل كالإذن للناس في الصلاة في الموضع الذي بناه مسجداً، ولا يشترط قبول المحبس عليه إلا إذا كان معيناً مالكاً أمر نفسه. [...] ويقبض الوالد لولده الصغير والوصي للمحجور ويقبض صاحب الأحباس ما حبس على المساجد والمساكين وشبه ذلك...¹⁴⁰²

El granadino Ibn al-Āwzī, específica, en este texto, al que nos hemos referido de forma previa y que continuará siendo una de nuestras principales referencias, los requisitos de validez de un *waqf*. Entre ellos la presencia de beneficiarios, personas físicas determinadas o cualquiera que encaje en una cualidad determinada (ser pobre, viajero, etc.), o cosas (hospitales, mezquitas). La aceptación de estas únicamente es condición de validez si están plenamente identificados

de renunciar. Dije: ¿y si lo constituyera en favor de Zayd y tras él de los pobres y dijera Zayd que no lo acepta los frutos de este [...] año y acepta los posteriores? Dijo: eso es válido y los frutos del año que renunció serían para los pobres y los siguientes para Zayd. Dije: ¿también si dijera que acepta los frutos de ese año y no los de los siguientes? Dijo: eso puede hacerlo. Dije: ¿y también si dijera que acepta la mitad o un tercio y no el resto? Dijo: puede hacerlo y Dios es más Sabio.

a Capítulo II, sus elementos esenciales son cuatro: el fundador, el objeto del *waqf*, los beneficiarios y la fórmula de constitución. En cuanto al fundador es como el donante (se le exige la misma capacidad), en cuanto al objeto, es válido que sean inmuebles como tierras, casas, tiendas, huertos y mezquitas y pozos y puentes y cementerios y caminos o similares. No es válido que el objeto sean alimentos, porque su utilidad está en su consumo; en cuanto a los muebles, esclavo y animales de carga existen dos opiniones, salvo que en lo referente al caballo para la guerra santa se admite. En cuanto al beneficiario es correcto que sea un ser humano u otra cosa, como las mezquitas y las escuelas. Y son válidos tanto si son existentes o no, determinados o desconocidos, musulmán, *dimmi*, cercano o lejano

[...] Y la fórmula consiste en la expresión *hubs* y *waqf* y *ṣadaqa* y cualquier expresión que implique eso, como prohibida o no se vende ni se dona, o un acto como permitir a la gente rezar en el lugar donde ha construido una mezquita. No es un requisito la aceptación del beneficiario salvo que esté determinado y sea dueño de su propia persona.

[...] Y la toma de posesión la realiza el padre en favor de su hijo pequeño, el tutor en favor del incapacitado, y toma posesión el encargado de los *awqāf* en los bienes habices a favor de mezquitas y menesterosos o similares.

personalmente y fueren mayores de edad capaces; si se tratara de menores o incapaces, tampoco se exigiría su consentimiento y, por supuesto, en el caso de grupos indeterminados: menesterosos y demás. Estas condiciones de validez, entre otros argumentos, nos condujeron a negar la naturaleza contractual del negocio jurídico. De igual manera, al igual que establece el *ḥanaḥī* al-Jaṣṣāf, la naturaleza jurídica de la posición del beneficiario y las posibles relaciones entre ellos, si se trata de una pluralidad, se ve afectada por la cuestión de la aceptación.

[القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها]^a

[...] [ذكر صور خرجت عن هذا الأصل فتأدى فيها الفرض بينة النفل]

[...] ومنها: هل يُشترط في الوقف القبول، أو الشرط عدم الرد؟

وجهان: صحح الرافعي الأول، ووافقه النووي في كتاب الوقف، وصحح في السرقفة من (زوائد الروض) الثاني، [...] والأصح فيه الثاني على قبول التمليك، أما على قول الإسقاط فلا يُشترط جزماً¹⁴⁰³.

En este larguísimo libro dedicado a la intención (o voluntad interna) en los distintos negocios jurídicos, como parte de su obra sobre las semejanzas y deferencias, al-Suyūṭī, revisa la cuestión de la aceptación. En la escuela existen dos posturas: quienes se inclinan porque la aceptación es requisito de validez del *waqf* y otros que únicamente exigen la falta de rechazo por parte del beneficiario. El autor se inclina por este último punto de vista.

[القول في العقود]^b

[...] وأما أصل الوقف، فإنه لازم من الواقف، ومن الموقوف عليه أيضاً، إذا قبل حيث شرطنا القبول، فلو رد بعد القبول، لم يسقط حقه، ولم يبطل الوقف¹⁴⁰⁴.

Además de incluir a estas fundaciones como contratos, en este apartado sobre las expresiones aceptables, considera que la aceptación, en los casos en que se considere como un requisito de validez, es irrevocable por parte del beneficiario, quien mantendría su derecho aun arrepintiéndose posteriormente; tampoco se anularía el negocio jurídico.

ووقع الجواب عن إقتسما داراً محسبة منفعة على أن يسكنها هذا عاماً وهذه مثله بما نصه: الحمل لله، قسمة المهاييات المشهورة بها أعلاه صحيحة لازمة لكل من المتقاسمين المذكورين، ولا يجوز لأحدهما الخروج عما شرطه الآخر عليه. ففي المختصر: القسمة تهايو في زمن كخدمة عبد في شهر أو سكنى دار سنين كالإجارة أي في اللزوم وتعيين المدة. قال الحطاب: ويشمل كلامه ما إذا كان المقسوم متحداً يأخذه كل واحد مدة معينة. ابن رشد: وأما التهايو في الدور والأرضين فيجوز فيها السنين

a (Regla primera: los asuntos según sus intenciones)

[...] (Mención de los aspectos que exceden de esta base y exigen especular con lo que va más allá).

[...] Entre ellos: ¿es requisito del *waqf* su aceptación o el requisito es la ausencia de rechazo?

Dos opiniones: al-Rāfi ṭ considera correcta la primera opción y está de acuerdo con él al-Nawwī en el libro sobre el *waqf*. Consideró en *al-Sariqa* de Zawā'id-l-Rawḍa la segunda. Lo más correcto es la segunda para la adquisición de propiedad; en cuanto para desistir, no es requisito en absoluto.

b (Las expresiones en los contratos)

[...] El principio en el *waqf* es que es obligatorio para el fundador y también para el beneficiario, de tal manera que si aceptara cuando la aceptación es un requisito, si se retractara después no decaería en su derecho y no se anularía el *waqf*.

c Y ha recaído la respuesta sobre quienes repartieron una casa constituida en *ḥubs* de manera que este la habitara un año y este como él según lo estipulado: gracias a Dios, el reparto mediante uso sucesivo, que está atestiguado anteriormente, es válido y ejecutivo para cada uno de los que se reparten. No le está permitido a cada uno de los dos salirse de lo estipulado por el otro. En "*al-Mujtaṣar*" se dice: el reparto por uso sucesivo en el tiempo, como el servicio de un esclavo un mes o habitar una casa por años es como el arrendamiento, en cuanto a su eficacia y determinación del período. Al-Ḥaṭṭāb dijo: y su discurso incluye también si el objeto dividido está unido cada uno lo toma durante un tiempo determinado. Ibn Ruṣd dijo: el reparto por uso sucesivo en las casas y tierras es válido por años determinados y plazos largos como en su arrendamiento. Ibn al-Qāsim opina lo mismo. Ibn 'Arfa: la partición por uso sucesivo, con *nūn* y *yiā* es que cada uno de los comuneros tenga sobre la cosa, indivisible o múltiple, común un uso exclusivo durante períodos de tiempo determinados; es válida tanto sobre el usufructo o dominio útil pero no sobre las cosechas.

En "*al-Tawḍīḥ*" según 'Iyāḍ: es la partición de los dominios directos por acuerdo y nunca impuesta. Ibn Ruṣd e 'Iyyāḍ han mencionado: la partición por uso sucesivo es de dos tipos: el segundo es que el uso sucesivo es sobre un único bien en el tiempo, como la casa que se habita uno un mes y el otro.

En "*al-Muqaddima*" dijo después: ninguno de ellos puede defraudar a su copartícipe, porque no ha tomado un valor previo. En "*al-Īzārī*" dijo: discrepan sobre el reparto del *ḥubs* mediante cosechas sucesivas. Algunos lo encuentran odioso y otros lo permiten, ya que la comunidad de bienes supone un impedimento y una pérdida.

المعلومة والأجال البعيدة ككرائها. قال ابن القاسم ابن عرفة: قسمة المهاييات بالنون والياء هي إختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمناً معيناً من متحد أو متعدد، وتجاوز في نفس منفعتيه لا في غلته. وفي "التوضيح" عن عياض: وهي قسمة المنافع بالمرأضة لا بإجبار. وذكر ابن رشد وعياض: أن قسمة المهايية ضربان إلى أن قال: والضرب الثاني أن تكون المهايية في عين واحد بالأزمن، كدار يسكنها هذا شهراً، وهذا شهراً. قال في "المقدمات" بعد الكلام: ولا قيام منهم فيها على صاحب بالغبن؛ لأنه لم يأخذ على قيمة مقدمة. وفي الجزيري: وإختلف في قسم الحبس للإغتيال فكرهه قوم وأجازه آخرون لما في الإشاعة من التعطيل له والتضييع...¹⁴⁰⁵

En esta fetua aborda la participación de un bien común, en este caso, una cosa constituida en *waqf* a favor de más de un beneficiario. Recoge las opiniones de los principales ulemas norteafricanos y andalusíes. El objeto del reparto es un usufructo o un dominio directo o una cosecha. Cuando el bien lo permite, como una casa, se prefiere utilizar el método del uso sucesivo. En el caso de la recolección o cosecha, algunos también permiten este sistema rotativo, si bien se tiende a partir el bien pues se considera perjudicial para la explotación el mantenimiento de la situación de condominio. Todo apunta a que los beneficiarios disfrutan de una copropiedad cuya disolución se facilita por el carácter antieconómico de la situación. También es digno de mención que se realice una analogía con el arrendamiento, que en derecho islámico produce la transmisión de la propiedad sobre el dominio útil.

^aوسئل أيضاً عن ناظر أكرى بعد الإشادة والإستقصاء، فجاء من لم يحضر، وأراد الزيادة. فأجاب: إنه كراء صحيح لا ينقض ولا تقبل فيه زيادة إلا أن يثبت بالبينة أن في الكراء غبناً على الحبس على المشهور، وتلقاه غير واحد بالقبول وعليه عمل المغرب، خلاف ما عليه عمل تونس المذكور في اللامية وغيرها¹⁴⁰⁶.

En esta fetua, que recoge la opinión mayoritaria dentro de la escuela *mālikī* y, así se aplica en Marruecos, pero no en Túnez, sobre la decisión del administrador de un *waqf* de alquilar el bien a cambio de una renta fijada por él tras un estudio minucioso. La decisión es impugnada por uno de los beneficiarios ausentes durante la negociación, pues considera la cantidad pactada escasa. Según el alfaquí, el contrato es válido, salvo que se demuestre que se concluyó en fraude el *ħubs*. Esta respuesta apunta, además de afirmar que el interés merecedor de protección jurídica es el del *waqf* y no tanto de las personas en cuyo favor se constituyó, a que los beneficiarios únicamente están facultados para oponerse a las medidas adoptadas por el gestor si prueban que supone un perjuicio a los bienes habices, pero el derecho del que están investidos no incluye la facultad para negociar los términos de la explotación del patrimonio, cuyo resultado económico se les repartirá.

^bوسئل أيضاً عن قبة كانت للصلوات الخمس قديماً ثم إندرس وأراد قائماً أن يجعلها محلاً لقراءة الصبيان بشرط أن يغير

بابها.

a Y fue preguntado también por un administrador que alquiló después de consultar y estudiar en profundidad la cuestión, y llegó uno que no estaba presente y quería aumentarlo.

Respondió: Es un alquiler válido, que no puede ser anulado ni incrementada la renta, salvo que se pruebe que existe un fraude contra el *ħubs*, según la opinión más extendida, aunque alguno no lo hubiera aceptado. Y así es la práctica en el Magreb, a diferencia de Túnez, referida en *al-Lāmiya* y otras.

b Y fue preguntado también por un edificio abovedado dedicado a realizar las cinco oraciones antiguamente. Posteriormente, el edificio cayó en el olvido y quisieron con lo que quedaba en pie convertirlo en un lugar para que los jóvenes leyeran, a condición de cambiar su puerta.

Respondió: está permitido cambiar ese *ħubs* a otro uso, permaneciendo los restos del edificio como muestra de su origen, aun con el cambio de puerta. Porque el cambio es a una finalidad igual, aunque se aparte Ibn 'Arfa y otros. Entre sus argumentos, la opinión de al-Bāyī, y su texto es: la cuestión, si una tierra constituida en *waqf* para enterrar a los muertos deviniera escasa para su gente y quisieran ampliarla para los enterramientos, existiendo una mezquita en su linde y quisieran enterrar en ella a un muerto, no habría inconveniente, pues todo sería un *ħubs* ya sí opinaba Ibn Māyīšūn. Aşbag opinaba siguiendo a Ibn al-Qāsim sobre el cementerio de 'Afat: no hay inconveniente en que se construya en él una mezquita, pues todo lo que es de Dios no importa que colabore uno con otro. La raíz de la cuestión estriba en lo que apuntó sobre dos *ħubs* en beneficio de Dios el Altísimo, sin estar vinculados al derecho de nadie, no importa que se intercambien las finalidades entre ellos según hemos mencionado como el cambio de cementerio a mezquita, y el enterramiento de un muerto en una mezquita a modo de ampliación. Sin embargo, en los derechos de las criaturas no sería válido; porque entraríamos en el campo de las ventas, ya que sería transmitir la utilidad de dos tipos de un propietario a otro. En la presente cuestión no se produce esa transmisión de propietario, tan solo un traslado de una utilidad a otra, y todo sería propiedad de Dios...

فأجاب: إنه يجوز تغيير هذا الحبس إلى وجه آخر مع بقاء معالمه الدالة على أصله وإن تغير بابه؛ لأن شب المصرف مثله إن تعذر عند ابن عرفة وغيره، من أدلته عندهم ما للباقي، ونص: مسألة، ولو كانت أرض محبسة لدفن الموتى فضاقت بأهلها، فأرادوا أن يوسعوا ويدفنوا، وجانبها مسجد فأرادوا أن يدفنوا فيه ميتاً فلا بأس بذلك، وذلك حبس كله، فقالة ابن ماجشون. وقال أصبغ عن ابن القاسم في مقبرة عفت: فلا بأس أن يبني فيها مسجداً، وكل ما كان لله فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض، ووجه ذلك هو ما أشار إليه إذا كان الحسبان لله تعالى مما لا يتعلق به حق لغيره فلا بأس أن يصرف بعضه إلى بعض على وجه الذي ذكره من نقل المقبرة إلى مسجد، ويدفنوا الميت في مسجد على سبيل التوسع، فأما ما كان للمخلوقين من الحقوق فلا يصح؛ لأنه من باب البيع؛ لأنه ينقل منفعة أحد الجنسين من مالك إلى مالك غيره، وفي مسألتنا لا ينتقل من مالك، وإنما ينتقل من وجه منفعة إلى وجه آخر، وهو كله لله عز وجل...¹⁴⁰⁷

La respuesta jurisprudencial, analizando el cambio de finalidad en un *waqf* piadoso, establece que el propietario o titular del derecho como beneficiario es Dios, en consecuencia, al no producirse una mutación en la propiedad del dominio directo o el usufructo el cambio sería válido. De esta manera, cualquier bien destinado a mezquita, enterramiento, oración o lectura de *El Corán* podría válidamente cambiar el destino en otro de característica similar. Esta metamorfosis devendría nula si los beneficiarios fueran criaturas (seres humanos), pues se produciría una transmisión de la propiedad sobre el dominio directo o usufructo. Extraeríamos dos conclusiones fundamentales en nuestro estudio de esta consulta jurídica: el derecho de los beneficiarios se asimila a la propiedad de un dominio directo o, forzando la expresión, de un usufructo; en segundo lugar, se desprende de las palabras de los *fuqahā'* citados que cuando el beneficiario final es una mezquita, cementerio u otro bien de culto o similar quien ostentaría esa propiedad sería Dios, en último lugar; el presente remedio nos evoca la designación de Cristo o algunos santos al objeto de asegurar la continuidad temporal más allá de la vida humana de las disposiciones *mortis causa* en favor de los pobres u otras fines caritativos. Esta conclusión, de confirmarse, es especialmente relevante en nuestro trabajo.

^aوأجبت أيضاً عما يظهر من الجواب، ونصه: الحمد لله، من المعلوم المقرر أن الفاظ الواقف تُتبع ولا يجوز الخروج عنها، وعليه، فحيث شرط المحبس في حبسه بيع من لحقه الفقر والخصاصة، وثبت أن الشريفيين سيدي [...] موصوفان بما ذكر، فإنه يسوغ لهما بيع ما يدفعان به الخصاصة عن أنفسهما بعد أن يحلفها على ذلك. قال المتيطي: فإن شرط الواقف في حبسه من إحتاج من الموقوف عليهم باع الحبس وانتفع به جاز ذلك، وعلى من ادعى الفقر والحاجة أن يثبت ذلك ويحلف أنه لا مال له ظاهراً ولا باطناً، وحينئذ يمكن من بيعه إلا أن يشترط الواقف أن من يدعى منهم حاجة فهو مصدق فيصدق حينئذ، ويكون له البيع بدعواه الحاجة. مثله قول ابن فتوح في وثائقه ما نصه: وإذا اشترط المحبس في حبسه أن لمن إحتاج من بنيه بيع حصته نفذ شرطه، وعلى من ادعى من بنيه أو بني بنيه أو من رجع إليه بعد الحاجة أو فقراً أن يثبت ذلك بما يجب ثبوته، ثم يحلف أنه لا مال له باطناً يكتمه ولا ظاهر يعلمه، فحينئذ يبيعه إلا أن يشترط المحبس أن من ادعى منهم حاجة فهو مصدق، فيصدق حينئذ من ادعى منهم حاجة ولا يثبتها. والحاصل أنه لم يظهر وجه لمنع هذين الشريفيين من بيع حقهما في الحبس، وعليه فيحلى بينهما وبين ما يريدان من بيعه، عملاً بما اشترطه المحبس في حبسه. قال الزرقاني على قول المختصر في الحبس: واتبع شرطه إن جاز، ما نصه: لأن ألفاظ الواقف كألفاظ الشارع في وجوب الإلتباع، وأراد به أي بالجائز ما قابل المنع، فيجب إلتباعه ولو كان مكروهاً متفقاً على كراهته¹⁴⁰⁸.

Esta parte de la consulta sobre un *waqf* constituido en favor de los varones descendientes del fundador, además de volver a enfatizar la obligatoriedad de las condiciones de este, cuya voluntad

a Y también contesté sobre lo que aparecía en la respuesta y este es su contenido: gracias a Dios, es conocido y así está determinado que las condiciones del fundador se siguen y no es correcto apartarse de ellas; de esta manera, cuando el fundador ha estipulado en su *hubs* que aquel beneficiario que se vea afectado por pobreza y la necesidad pueda vender, y se ha constatado que los dos jerifes [...] se caracterizan por ello, les está permitido vender para apartar la necesidad de ellos, tras tomarle juramento. Al-Matīī ha dicho: la estipulación del fundador sobre su *hubs* de que aquel beneficiario que tenga necesidad de vender el *hubs* y aprovecharse de ello es válida. Y quien alegue pobreza o necesidad debe acreditarlas y jurar que no tiene bienes públicos ni ocultos; entonces pueden venderlo, salvo que el fundador haya establecido que quien alegue necesidad sea creído y entonces se acepta, y puede vender alegando la necesidad. Así también, la opinión de Ibn Fatūh en sus *Documentos* cuyo texto es: si el fundador estipulara en su *hubs* que aquel de sus hijos que necesitara pueda vender su parte, sería eficaz esta condición, y aquel de sus hijos o hijo de sus hijos que alegara la necesidad o pobreza ha de acreditarlo, después se tomaría juramento de que no tiene bienes públicos u ocultos. Entonces lo vende, salvo que el fundador hubiera estipulado que quien alegue necesidad sea creído, entonces se creería quien alegara necesidad sin prueba. El resultado es que no hay argumento que impida a estos dos jerifes vender su derecho en el *hubs*. Al-Zarqānī ha dicho sobre la opinión en *al-Muṭṭasār sobre el hubs*: la condición del fundador se ha de seguir, si es válida, y el contenido es así: porque las palabras del fundador son como las palabras del Legislador en la obligatoriedad de seguirlas, y quiere con eso, lo válido, lo contrario al impedimento, y así se han de seguir aunque sean odiosas, de forma unánime.

es la ley del negocio jurídico, y como consecuencia de esta concepción *mālikī*, revela que, si así lo dispone el constituyente, los beneficiarios están facultados para disponer de su derecho mediante venta, en caso de necesidad. Este derecho, usufructo, dominio directo o como lo queramos calificar, en principio, es indisponible por su titular o propietario. No obstante, la persona que decide constituir un *hubs*, para esta escuela, está facultada para permitir al beneficiario la enajenación del mismo, en caso de necesidad.

^aقال في الشرح: المعنى إن ثمار الأصول المحبسة يستحقها المحبس عليه يبدو الصلاح المعتبر في جواز بيعها مثل الأحمرار والصفارار فيها، وأما المحبس عليه على غير المعين، فلا يستحق الغلة بالطيب بل بالقسم، فمن حضر القسم كان له منها نصيب ومن لا فلا وينبني على التعيين وقت الإستحقاق، أن من مات بعده ورث عنه حظه ومن مات قبله بطل حقه ولا يورث عنه، ولذا قال في المعين: وإرث يأتسى، ثم نقل عن الخطاب أنه قال بعد نقل كلام الباجي ما نصه: فتلخص من كلامه أن من مات قبل الإبار فلا حق له فيها بلا خلاف، ومن مات بعد القسمة فحقه فيها ثابت بلا خلاف، والخلاف إنما هو فيمن مات بعد الإبار وقبل الطيب أو بعد الطيب، وقبل القسمة فحكي في كل قولين..¹⁴⁰⁹

De nuevo, aunque con alguna frase más, nos servimos de esta fetua, la cual recogimos para diferenciar la indeterminación admitida en el derecho romano y el derecho islámico. Va referida al momento del nacimiento del derecho de los beneficiarios. Distingue dos tipos: aquellos que están determinados (plenamente identificados), quienes adquieren los frutos del bien habiz desde el momento en que se puede observar su maduración y fuera posible venderlos. Las personas señaladas por características propias, pero no singularizados (pobres, etc) habrían de esperar a la partición. Deducimos dos conclusiones principales: el derecho de los beneficiarios consiste en una propiedad bien de los frutos (usufructo), bien del dominio directo. Aquellos que están determinados y singularizados son titulares de un derecho subjetivo pleno. Los descritos por circunstancias sociales como ser pobre, viajeros, etc. precisan un negocio jurídico, la partición, para que ese derecho entre en su esfera jurídica. La forma de realizarse la misma requiere la intervención de un tercero, el administrador, sujeto privado normalmente pero también el juez.

^bالقاعدة الثانية والثلاثون: يصح عندنا إستثناء منفعة العين المنتقل ملكها من ناقلها مدة معلومة. ويتخرج على ذلك مسائل منها: المبيع إذا إستثنى البائع منفعة مدة معلومة صح، وحكي فيه رواية أخرى بعدم صحة. ومنها الوقف: يصح أن يقف ويستثنى منفعته مدة معلومة أو مدة حياته؛ لأن جهالة المدة لا تؤثر فإنها لا تزيد على جهالة مدة كل بطن بالنسبة إلى من بعده¹⁴¹⁰.

El jurista en esta regla treinta y dos relata las opiniones de la escuela *hanbalī* sobre la transmisión del dominio sobre la *nuda* propiedad o dominio directo reservándose el transmitente el usufructo o dominio útil. En principio, como estamos defendiendo desde casi el comienzo de esta tesis, la división dominical propia del *fiqh* allana el camino a este tipo de transacciones. Así, la opinión mayoritaria de la escuela es que la reserva por el vendedor sería válida tanto con carácter vitalicio o por un plazo señalado. En el caso del *waqf*, el fundador también está facultado para realizarlo porque la indeterminación, que tratan de evitar los juristas en todo tipo de negocios, no

a Dijo en su exégesis: el sentido es que los frutos de los bienes constituidos habices pueden ser reclamados por los beneficiarios en el momento de observarse su madurez, esta que los convierte en aptos para su venta, como el enrojarse o amarillarse. En cuanto al beneficiario indeterminado de un *waqf*, no lo puede reclamar con la madurez, sino tras el reparto. Quien estuviera presente en el momento del reparto, tendría su parte, y quien no, no. Y el momento en que se puede reclamar es el de la determinación. Y quien muriera después, pues se incluiría en su herencia y quien muriera antes se anularía su derecho y no lo transmitiría por herencia. Por ello, Dijo en *al-Mu'īn*: y la herencia sigue ese camino. Después transmitió de al-Ḥaṭṭāb que él, tras recoger las palabras de al-Bāyī, dispuso: resumiendo, quien muriera antes de la inseminación (de la flor de la palmera) no tendría ningún derecho, sin que existe controversia; quien muriera tras la partición su derecho quedaría asegurado, sin opiniones en contra. La polémica radica en quien muera después de la inseminación y antes de la maduración o después de la maduración, pero antes de la partición, se relatan dos opiniones.

b Regla treinta y dos: se permite entre nosotros la reserva del usufructo de un bien por parte del transmitente por un período determinado.

De esto se derivan varias cuestiones, entre ellas: el objeto de la compraventa, si el vendedor se reserva el usufructo durante un período determinado, sería válido, y se cuenta de otra opinión que no admite la reserva.

Entre ellas: es válido que el fundador al constituir un *waqf* se reserve su usufructo o dominio útil durante un período determinado o con carácter vitalicio, porque la indeterminación del plazo aquí no influye, pues no añade indeterminación al plazo en que cada grado lo disfruta respecto a quien le sucede.

afectaría, ya que de por sí, el derecho de los beneficiarios (dentro del mismo grado de parentesco) es de por sí indeterminado, ya que depende de la duración de la vida de todos los llamados dentro del mismo grado, algo imposible de predecir.

^aالقاعدة السادسة والثلاثون: من إستجارة عيناً ممن له ولاية الإيثار ثم زالت ولايته قبل إنقضاء المدة هل تنفسخ الإجارة. [...] القسم الثاني: أن تكون إجارته بملك ثم تنتقل إلى غيره وهو أنواع. [...] وثالثها: عندما يكون مزاحماً لأول في الإستحقاق ومتلقياً للملك عن تلقاه الأول، لكن لا حق له في العين إلا بعد إنتهاء إستحقاقه كالبدن الثاني من أهل الوقف إذا أجز البدن الأول ثم إنقراض والإجارة قائمة.

وفي المسألة وجهان: أحدهما: وهو ما قال القاضي في المجرى: أنه قياس المذهب إنه لا ينفسخ؛ لأن الثاني لا حق له في العين إلى بعده كالوارث. والثاني: وهو المذهب الصحيح وبه جزم القاضي في الخلاف، وقال: إنه ظاهر كلام أحمد [...] أنه ينفسخ؛ لأن الطبقة الثانية تستحق العين بجميع منافعها تلقياً عن الواقف بإنقراض الطبقة الأولى فلا حق فيه بعد إنقراضهم، خلافاً للورثة فإنهم لا يتلقون عن موروثهم إلا ما خلفه في ملكه من الأموال ولم يخلف هذه المنافع، وحق المالك لم ينقطع عن ميراثه بالكليه بل آثاره باقية ولذلك تقضي ديونه وتتفد وصاياه من الشركة وفي ملكه على قول إلى أن تقضي ديونه، فكيف يعرض عليه في تصرفاته بنفسه، وأيضاً فهو كان يملك التصرف في ماله على التأييد بوقف عقاره والوصية به وبما تحمل شجرته أبداً، والموقوف عليه بخلافه في ذلك كله¹⁴¹¹.

Este mismo alfaquí, Ibn Raḡab, nacido en Bagdad y fallecido en Damasco en el siglo XIV¹⁴¹², nos traza la naturaleza del derecho de los beneficiarios de un *waqf* de manera indirecta. En este momento de su obra estudió la cuestión de la rescisión del contrato de arrendamiento en caso de un cambio en la propiedad del bien, y que ejemplifica la cuestión sobre el supuesto de un *waqf* en favor de los descendientes del fundador, cuyo orden de llamamiento iría en función del grado de parentesco. El primer grado (hijos) sería el grado inicial y al extinguirse completamente este tomaría el relevo el segundo (nietos). Los vástagos más cercanos, para explotar el bien, lo arriendan y se reparten la renta. El problema radica en la vigencia o no del contrato si ese grado se extinguiera. Una opinión dentro de los *hanbalīes* se inclina por el mantenimiento de la misma, porque los nietos, al igual que los herederos no tendría derecho alguno hasta después del contrato, como el heredero. La otra corriente establece la rescisión del contrato, pues el segundo grado sería titular del usufructo o dominio útil del bien de manera instantánea, directamente adquirida la titularidad del propio fundador, con la extinción de sus predecesores. Esta transmisión de derechos, en el caso de la sucesión hereditaria, para el derecho islámico, no se llevaría a cabo sin sucesión de continuidad, pues el fallecido ha de satisfacer sus deudas y ejecutar los legados y no será más que con la liquidación de su patrimonio cuando sus herederos adquieran la cuota líquida que les correspondiera, si quedara algún remanente. En consecuencia, la analogía con el heredero no es correcta y el contrato de arrendamiento se extinguiría.

Entre todas las cuestiones que incluye este planteamiento hemos de fijarnos en varios aspectos. En esta escuela, los beneficiarios están facultados para explotarlo por ellos mismos

a Regla treinta y seis. Quien arrienda un bien en función de una autoridad para arrendar y después cesa esa autoridad antes del fin del plazo, ¿se extingue el arrendamiento?

Segundo apartado: el arrendamiento se produce siendo un propietario y posteriormente se transmite a un tercero. Existen varias clases:

[...] Tercera: cuando es titular del derecho en unión con el primero y ha recibido la propiedad del que lo transmitió primero, pero no tiene potestad sobre el bien más que con la extinción del derecho reclamarlo, como el segundo grado de los beneficiarios de un *waqf*, si el primero lo hubiera arrendado, se extinguiera y el arrendamiento continuara vigente.

Esta cuestión posee dos vertientes. La primera en la que dice el Juez en *al-Muḡarrad*: en analogía con la opinión de la escuela, no se extingue, porque el segundo no tiene derecho sobre el bien más que después del primero, como el heredero. Y la segunda: es la opinión correcta en la escuela y así lo corrobora el Juez en su *Jilāf* y ha dicho que es la opinión más evidente de Aḡmad y [...] consiste en que se rescinde, porque el segundo grado adquiere la titularidad del bien con todas sus frutos y utilidades, de forma automática del fundador con la extinción del primer grado; así que este no tiene derecho tras su extinción, a diferencia de los herederos, pues ellos no reciben del causante más que el resto de los bienes y no deja esos frutos y utilidades. El derecho del propietario sobre su herencia no se corta totalmente, sino que continúa y así se satisfacen sus deudas y se ejecutan los legados del caudal que sigue siendo de su propiedad hasta el pago de las deudas. Por eso, cómo se ha de oponer a sus actos. Además, es dueño de su acto hasta la eternidad mediante el *waqf* sobre su inmueble y el legado sobre el mismo hasta el fin de su descendencia. Y el beneficiario de un *waqf* no es igual en absoluto.

arrendando el patrimonio del *hubs*. La sucesión entre los distintos beneficiarios es directo e inmediata, unos, al contrario que en la herencia islámica, ocupan la misma posición jurídica que los llamados con anterioridad. No soslayemos la penúltima frase: él (el causante) puede disponer de sus bienes hasta la eternidad mediante el *waqf* y el legado. El contrato de arrendamiento, para la *Šarī'a*, se caracteriza por ser una venta del usufructo o dominio útil de un bien, cuya *nuda* propiedad o dominio directo se mantiene en la esfera jurídica del arrendador, la mutación subjetiva en los beneficiarios, supone la rescisión del contrato, pues los nuevos adquieren la *nuda* propiedad o dominio directo directamente del fundador, poniendo fin al derecho de sus predecesores. Esta propiedad islámica de la *manfa'a* va pasando de un beneficiario a otro sin sucesión de continuidad: ese es el derecho de estos, una propiedad sobre la utilidad. Ahora bien, ¿en comunidad de bienes y/o derechos o con una estructura distinta dotada de cierta autonomía propia?

^aالقاعدة الثانية والخمسون: في التصرف في المملوكات قبل قبضها.

[...] هذا الكلام في العقود فأما الملك بغير عقد كالميراث والغنيمة والإستحقاق من أموال الوقف أو فيء للمتناولين كالمرتزق في الديوان الجند وأهل الوقف المستحقين له، فإذا ثبت لهم الملك وتعين مقداره جاز له التصرف فيه قبل القبض بغير خلاف أيضاً لأن حقهم مستقر فيه ولا علاقة لأحد معهم [...] وأما قبل ثبوت الملك فله حالتان: إحدهما: أن لا يوجد سببه فلا يجوز التصرف فيه بغير إشكال كتصرف الوارث قبل موت مورثه [...] والثاني: بعد وجود السبب وقبل الإستقرار كتصرف الغانم قبل القسمة على قولنا إنهم يملكون الغنيمة بالحيازة...¹⁴¹³

Se trata de dilucidar si el propietario de un bien puede disponer de él aun cuando todavía no haya tomado posesión del mismo. Si la adquisición se realizó sin mediar contrato, como en el caso de la herencia, el botín o los beneficiarios del *waqf*, y la cuota está perfectamente fijada y la propiedad ha quedado constatada, sería válida. En caso contrario, habría de comprobar si la causa ya se hubiera producido, como la muerte del causante, pues sin ella, no se habría perfeccionado la transmisión dominical y no cabría disposición. En caso de existir, en algunos casos se requiere que el bien esté en poder de la persona que quiere enajenarlo. El texto es claro y, según esta escuela, el *waqf* no es un contrato. En cuanto a la facultad de los beneficiarios para traficar jurídicamente con su derecho, existiría claramente en el caso de que no surgiera ninguna duda sobre el mismo y haberse fijado la cuota. Esta situación se produce con la partición, claramente, pero el autor no nos da la solución como sí lo hace con el beneficiario del botín para el supuesto de que aquella no hubiera tenido lugar.

^bالقاعدة الخامسة والخمسون: من ثبت له حق التملك بفسخ أو عقد هل يكون تصرفه فسخاً أم لا وهل ينفذ تصرفه أو لا؟

[...] ومنها: تصرف الموصي له بالوصية تعد موت هل يقوم مقام القبول؟ الأظهر قيامه مقامه لأن سبب الملك قد إستقر له إستقراراً لا يمكن إبطاله وقد ملك بالموت على أحد الوجوه وهو منصوص عن أحمد ومثله الوقف على معين إذا قيل بإشتراط قبوله...¹⁴¹⁴

Este párrafo parece completar en algo al anterior: el legatario, así como el beneficiario determinado del *waqf*, si dispusieran de su derecho (es decir, sería válido el acto o negocio), se entenderían que están aceptando el legado o el *waqf*. *Sensu contrario*, si los beneficiarios fueran

a Regla cincuenta y dos: la disposición de las propiedades antes de su aprehensión.

[...] Estas palabras se refieren a los contratos, pero en cuanto a la propiedad que se adquiere sin contrato como la herencia, el botín y los titulares de derechos sobre los bienes del *waqf* o el *fay'* que toman por sí mismos los combatientes profesionales registrados en el *dīwān* de los soldados y los beneficiarios del *waqf*, si su propiedad está constatada y su cuota determinada, pueden disponer antes de apropiarse físicamente de ella, sin que existan discrepancias, porque su derecho es estable y no está vinculado al de ningún otro... Pero antes de estar asegurada la propiedad se dan dos supuestos. El primero: si no hay causa, no puede disponer de ella, sin dudas, como la disposición del heredero antes de la muerte del causante [...] El segundo: existencia de causa antes de asentarse la propiedad como la disposición del beneficiario del botín antes del reparto, pues en nuestra opinión adquieren el botín con la toma de posesión....

b Regla cincuenta y cuatro: quien ha asentado su derecho a ser propietario de un bien en un desistimiento o en un contrato, ¿es su disposición un desistimiento o no? ¿Es eficaz su disposición o no?

[...] Entre ellas: ¿la disposición del legatario sobre el legado después de la muerte se tomaría como una aceptación? Lo más evidente es que sí se tomaría como tal, porque la causa de la adquisición de la propiedad ha quedado asentada de tal manera que no es posible anularla, y se ha convertido en propietario con la muerte en algún sentido, y es lo que prescribe Aḥmad; lo asimila al caso del beneficiario determinado del *waqf* si se dijera que está bajo la condición de la aceptación.

señalados por su condición de pobre, no estarían facultados para enajenar su derecho hasta la partición.

^aالقاعدة التاسعة والسبعون: الزرع الثابت في أرض الغير بغير إذن صحيح أقسام.

[...] والنوع الثاني: أن تنتقل الأرض بجميع منافعها عن ملك الأول إلى غيره. ومن أمثلة ذلك الوقف إذا زرع فيه أهل البطن الأول أو من أجروه ثم إنتقل إلى البطن الثاني والزرع قائم، فإن قيل إن الإجارة لا تنفسخ وللبطن الثاني حصتهم من الأجرة فالزرع مبقى لمالكة بالأجرة السابقة، وإن قيل بالإنفساخ وهو المذهب الصحيح فهو كزرع المستأجر بعد إنقضاء المدة إذا كان بقاؤه بغير تفریط منلا مستأجر، فيبقى بالأجرة إلى أوان أخذه¹⁴¹⁵.

La concepción dual del dominio, escindido entre el bien en sí y su aprovechamiento, provoca que las cosechas en terreno ajeno sean propiedad de quien las sembró aún sin título habilitante, en la mayoría de los casos. Hemos seleccionado, entre otros los supuestos que analiza en esta regla setenta y nueve, aquel referido a los beneficiarios de un *waqf*. En primer lugar, despierta nuestro interés, una vez más, que esta corriente seguidora de Ibn Ḥanbal otorgue a las personas en cuyo favor se constituyó la potestad de explotar por sí mismos, sin acudir a la figura del administrador. Por otro lado, si se extinguiera un grado de estos y pasara al siguiente, al rescindirse el contrato de arrendamiento, el arrendatario contratado por los beneficiarios mantendría la propiedad de lo sembrado a cambio de una nueva renta hasta el momento de la cosecha. La otra opinión, la que estima que el arrendamiento no se rescinde por esa transmisión en la propiedad del dominio útil entre los grados, conduciría a establecer que esa cosecha continuaría siendo del arrendatario sin que haya de pagar una nueva renta y el nuevo grado recibiría su parte.

^bالقاعدة الرابع وثمانون: الحمل هل له حكم قبل إنفصاله أم لا؟

[...] ومنها: إستحقاق الحمل من الوقف والمنصوص عن أحمد كما سبق أنه لا يستحق حتى يوضع، وهو قول القاضي والأكثرين، وقال ابن عقيل: يثبت له إستحقاق الوقف في حال كونه حملاً حتى صحح الوقف على الحمل ابتداءً. وقياس قول في الهبة، كذلك إذ تمليك الحمل عنده تمليك منجز لا معلق وإنما منع القاضي صحة الهبة له؛ لأن تمليك معلق على خروجه حياً، والهبة لا تقبل التعليق، وأفتى الشيخ تقي الدين بإستحقاق الحمل من الوقف أيضاً ويمكن التفريق على المنصوص بين الوقف وغيره من الإرث والوصية والهبة بأن الوقف إنما المقصود منافعه وثمراته وفوائده، وهي مستحقة على التأييد لقوم بعد قوم والحمل ليس من أهل الإنتفاع فلا يستحق منه شيئاً مع وجود المنتفع به حتى يولد ويحتاج إلى الإنتفاع معهم بخلاف الملك الذي يختص به واحد معين لا يشاركه فيه غيره، فإن هذا ثبت للحمل ولا يجوز إنتزاعه منه مع وجوده، ويلزم من ذلك صحة الوقف على حمل المعين دون إستحقاق مع أهل الوقف¹⁴¹⁶.

En el caso del concebido y no nacido, su derecho a las rentas del *waqf*, en virtud de la tesis dominante entre los *hanbalīes*, no se culmina hasta el nacimiento vivo, aunque su nombramiento, en caso de estar determinado, fuera válido, mas no haría suyos los frutos hasta el alumbramiento.

a Regla setenta y nueve: la cosecha plantada en tierra de un tercero sin su permiso es válida; supuestos.

[...] La segunda clase: cuando la tierra se transmite con todas sus utilidades del primer propietario a otro distinto. Entre otros, el ejemplo del *waqf*. Si el primer grado sembrara o lo hiciera quien estos le hubieran arrendado la tierra y se transmitiera al segundo grado estando la siembra realizada, si se dijera que el arrendamiento no se rescinde y que el segundo grado tendría derecho a su parte de la renta, la siembra permanecería en propiedad de su dueño (el sembrador) por la renta ya pagada; en el caso que se dijera que el arrendamiento se rescinde, y esa es la opinión correcta en la escuela, sería como la siembra realizada por el arrendatario después del vencimiento del plazo, si permaneciera sin negligencia de este, quien permanecería a cambio de una nueva renta hasta el momento de la cosecha.

b Regla ochenta y cuatro: el embarazo, ¿tiene un régimen jurídico antes del nacimiento o no?

[...] Entre ellas: el derecho del *nasciturus* al *waqf* y lo establecido por Aḥmad, como ya nos hemos referido, que no tiene derecho hasta que nazca. Esta es la opinión del *Juez* y la mayoría, e Ibn 'Aqīl ha dicho: su derecho es firme al *waqf* en el caso que estuviera embarazada en el momento de que el *waqf* estuviera corregido por ese embarazo desde el principio. Y aplica la analogía a su opinión con la donación. Pues la transmisión al *nasciturus* es una transmisión derivada y no suspendida y el *Juez* únicamente anula la donación al mismo; porque la transmisión está suspendida hasta el momento del nacimiento vivo y la donación no admite suspensión. El *ṣayj* Taqī-l-Dīn ha emitido una fetua en la que considera válido el derecho del *nasciturus* al *waqf*. Es posible diferenciar entre lo prescrito para el *waqf* y otros negocios como la herencia, el legado y la donación, pues en el *waqf* solo se pretenden sus utilidades, sus frutos y beneficios, que pertenecen eternamente a un grupo tras otro, no siendo el *nasciturus* capaz de usar, así que no es titular de nada mientras existan beneficiarios hasta que nazca y necesite su uso, al contrario de la propiedad que es privativa de una persona determinada que no la comparte con nadie. En este caso el *nasciturus* tiene un derecho firme que no se ha de privar mientras esté presente. Por ellos es vinculante y valido el *waqf* en favor de un *nasciturus* determinado sin que sea titular con la gente del *waqf*.

^aالقاعدة السادسة والثمانون: الملك أربع أنواع: ملك عين ومنفعة، وملك عين بلا منفعة، وملك منفعة بلا عين، وملك الإنتفاع من غير ملك المنفعة.

[...] النوع الثالث: ملك المنفعة بدون عين وهو ثابت بالإتفاق وهو ضربان: أحدهما: ملك مؤبد ويندرج تحته صور: منها وصية بالمنافع كما سبق ويشمل جميع أنواعها إلا منفعة البضع فإن في دخولها بالوصية وجهين. ومنها: الوقف فإن منافعه وثمراته مملوكة للموقوف عليه وفي ملكه لرقبته وجهان معروفان لهما قوائد متعددة...¹⁴¹⁷

Estas líneas, extractadas de un fragmento mayor que nos ilustró la diferencia entre el *waqf* y el *jarāy*, sentencia la naturaleza del derecho de los beneficiarios de un *waqf*: la propiedad de la *manfa'a* de un bien sin incluir la *raqaba* del mismo; es decir, son *proprietarios* de un usufructo o, tal vez, un dominio útil.

[...] والثانية: أن يقف على قوم معينين أو موصوفين ثم على آخرين بعدهم فإن كل واحد من الطبقة الأولى مستحق لجميع الوقف بإنفراده حتى لو لم يبق من الطبقة سواه لإستحق الوقف كله هكذا ذكر القاضي والأصحاب¹⁴¹⁸.

Si los beneficiarios están señalados por rangos de generaciones, hijos, nietos y grados de descendientes sucesivos, cada grado excluye al siguiente, aunque sólo quedara un hijo, hasta su muerte no accederían a los derechos sobre el *waqf* los nietos. Esta es la opinión del *Juez*, Muḥammad b. al-Ḥusayn, Abū Ya'alī, bagdadí que vivió entre los siglos X y XI, seguidor de Ibn Ḥanbal y que ocupó el cargo de juez en la corte *'abbāsi*¹⁴¹⁹.

الفرق الثلاثون.

بين قاعدة تملك الإنتفاع وبين قاعدة تملك المنفعة.

a La regla ochenta y seis: la propiedad es de cuatro tipos: propiedad del bien y su provecho, propiedad del bien sin su provecho, propiedad del provecho sin el bien, y la propiedad de uso y disfrute sin tener la propiedad del provecho.

[...] El tercer tipo: la propiedad del provecho sin el bien, está convencionalmente reconocida, la hay de dos clases: una de ellas es la propiedad perpetua que se clasifica en diversas formas: entre ellas, el legado de la utilidad, como antecede que incluye todas sus clases, excepto la utilidad de las mercancías, pues en su inclusión dentro del legado hay dos corrientes.

Y entre ellas: el *waqf*, donde sus provechos y frutos son titularidad de los beneficiarios y en cuanto a la propiedad del bien en sí, existen dos corrientes famosas que tienen reglas diversas.

b Y la segunda: si se constituye un *waqf* en favor de un grupo determinado o en atención a sus cualidades y después a otros tras ellos, cada una de las generaciones sería beneficiaria de todo el *waqf* en exclusiva incluso, si únicamente quedara un miembro, sería titular del *waqf* completo, así lo menciona el *Juez* y los compañeros.

c La diferencia treinta.

Entre la norma sobre la trasmisión de la propiedad del uso y la norma de trasmisión de la propiedad del usufructo o dominio útil.

Con la trasmisión del uso queremos decir que la persona lo ejercita por sí misma únicamente, y la trasmisión del usufructo o dominio útil es más amplia e incluyente, pues lo ejerce por sí misma y también puede permitir a un tercero que lo haga, mediante compensación como en el arrendamiento, o sin la misma como en el préstamo de uso. Un ejemplo del primero lo tenemos en el derecho de habitación en las escuelas y los *ribāt*, sentarse en las mezquitas y mezquitas aljamas, los zocos y los lugares de culto y de visita y similares. La persona puede hacer uso exclusivamente por sí misma; si intentara alquilar la habitación de la escuela o dar el derecho de habitación a otro, o buscar un beneficio por el mismo de alguna manera, se le impediría, y así quedaría con los supuestos semejantes señalados. En cuanto a la trasmisión de la propiedad del usufructo o dominio directo sería como si alguien, arrendatario de una casa, o prestatario de su uso, lo arrendara o le diera el derecho de habitación a otro sin contraprestación. Dispone de esta *manfa'a* como cualquier otro propietario sobre su propiedad, como dispone la costumbre sobre la propiedad. Es una trasmisión dominical absoluta sobre un período de tiempo determinado, como dispone el arrendamiento o la costumbre en el préstamo de uso. Así, durante el período que según la costumbre está vigente el préstamo de uso, el prestatario es un propietario absoluto, dispone como desea según los actos permitidos en el usufructo o dominio útil. La trasmisión de este derecho es como la de la *nuda* propiedad o dominio directo. De esto se derivan cuatro cuestiones:

[...] Cuestión cuarta: si se constituyera un *waqf* para habitación o para que alguien lo habite y no se añadiera nada más, la literalidad de la expresión denotaría que el fundador transmite la propiedad al beneficiario de un derecho de uso (habitación), no de un usufructo o dominio útil. No estaría facultado para alquilarlo a otro ni darlo en habitación. De la misma manera, si la fórmula empleada admitiera el derecho de uso y el usufructo y dudáramos de cuál de ellos se trata, limitaríamos el *waqf* al grado menor, que es el derecho de uso. Si la expresión fuera de trasmisión del usufructo o dominio útil o de los elementos concomitantes según las circunstancias normales lo implicaran, fallaríamos de esta manera. Cuando existiera duda, lo haríamos por el grado menor, porque la raíz es que la permanencia de las propiedades en el dominio de sus dueños, y la trasmisión difiere de la raíz, de tal manera que ante la duda nos quedaríamos en el grado menor, en virtud de la presunción de continuidad de la propiedad anterior y según esa norma, se rige la escuela.

تمليك الإنتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليكا لمنفعة هو أعم وأشمل، فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الإنتفاع بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية، مثال الأول سكنى المدارس والرباط، والمجالس في الجوامع والمساجد والأسواق ومواضع النسك، كالمطاف والمسعى ونحو ذلك، فله أن ينتفع بنفسه فقط، ولو حاول أن يؤجر بيت المدرسة أن يسكن غيره، أو يعارض عليه بطريق من طرق بمعاوضات إمتنع ذلك، وكذلك ببقية النظائر المذكورة معه، وأما مالك المنفعة فكم إن استأجر داراً أو استأجرها، فله أن يؤجرها من غيره أو يسكنه بغير عوض، ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم، وعلى جرى العادة على الوجه الذي ملكه، فهو تملك مطلق في زمن خاص، حسبما تناوله عقد الإجارة أو شهدت به العادة في العارية، فمن شهدت له العادة في العارية بمدة كانت له تلك المدّة ملكاً على الإطلاق، يتصرف كما يشاء بجميع الأنواع السائغة في التصرف بالمنفعة في تلك المدّة، ويكون تملك هذه المنفعة كتمليك الرقاب، وههنا أربع مسائل:

[...] "المسألة الرابع" إذا وقف وقفاً على أن يسكن، أو على السكنى ولم يزد على ذلك، فظاهر اللفظ يقتضي أن الواقف إنم ملك الموقوف عليه الإنتفاع بالسكنى دون المنفعة، فليس له أن يؤجر غيره ولا يسكنه، وكذلك إذا صدرت صيغة تحتل تملك الإنتفاع أو تملك المنفعة، وشككنا في تناولها للمنفعة، فصرنا الوقف على أدنى الرتب، وهي الإنتفاع، فهذا تصريح بتمليك المنفعة، أو يحصل من القرائن ما يقوم مقام هذا التصريح من الأمور العادية الحالية، فإن تقضى بمقتضى تلك القرائن، ومتى حصل الشك وجب القصر على أدنى الرتب، لأن القاعدة أن الأصل بقاء الأملاك على ملك ربابها، والنقل والإنتقال على خلاف الأصل، فمتى شككنا في رتب الإنتقال حملناه على أدنى الرتب، إستصحاباً للأصل في ملك السابق، وعلى هذه القاعدة مسائل في المذهب¹⁴²⁰.

Al-Qarāfī, ulema egipcio nacido en el año 1285 de nuestra era, dentro de la escuela de Mālik¹⁴²¹, establece la diferencia entre el derecho de uso y derecho de usufructo (o dominio útil). El primero únicamente permite a su titular, por sí mismo disfrutar del contenido del mismo. Las facultades incluidas en el segundo permiten a su *propietario*, según la concepción islámica, a disponer de él a título gratuito u oneroso. A diferencia del arrendamiento de origen romano, el arrendatario, cuyo contrato se rija por el *fiqh*, está facultado para disponer del mismo mediante un subarriendo, al fin y al cabo, es un propietario como cualquier otro, aunque de la *manfa'a* del bien; en la misma situación jurídica se encuentra el prestatario de uso de un bien. En cuanto al beneficiario de un *waqf*, puede ser titular de un derecho de uso o propietario de un usufructo o dominio útil, en función de la voluntad del fundador. Se ha de realizar una interpretación restrictiva, en el sentido de que, si no queda claramente establecido lo contrario, se ha de entender que el constituyente del *waqf* deseaba dotar al beneficiario de un derecho de uso. El dominio útil únicamente se constituye con una declaración expresa o con elementos concomitantes indubitados. En consecuencia, la naturaleza del derecho subjetivo del que disfruta la persona en cuyo favor se constituye un bien habiz no es única. Siguiendo a este alfaquí, es doble: uso y usufructo. Nosotros, por nuestra parte, creemos que el usufructo, en muchas ocasiones, se asimila con más exactitud a un dominio útil, propio de la enfiteusis, en especial, atendiendo a la facultad de libre disposición que asiste a su titular y al carácter de tipo propiedad que los juristas islámicos le otorgan.

^aقلت- رأيت إن كان الموقوفة عليهم سكنى هذه الدار جماعة فقال بعضهم نرم وقال الآخرون لا نرم وليس عندنا ما نرم-. قال- تقسم سكنى هذه الدار بينهم فيدفع كل واحد منهم ما أصابه من هذه الدار فيرمه وسكنه على ما وصفت لك ومن أبى منهم أن يرم ما دفع إليه فإنه ينبغي للقاضي أن ينتزعه منه وأجر حصته من ذلك فيرم بما أخرج الله من أجر حصته [...] قلت- رأيت من صار له في سكنى هذه الدار حق أنه إن يؤجره- قال- لا- قلت- ولم- قال- لأنه يوجب للمستأجر فيها حقاً لا يجوز له ذلك ألا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول لو أن رجلاً أوصى لرجل بسكنى دار لم يكن له أن يؤجرها كذلك الذي يجعل له هذا الوقف ليس له أن يؤجره [...] قلت- رأيت هذا الذي جعل له السكنى في هذه الدار له أن يسكن في هذه الدار رجلاً بغير إجارة- قال- نعم- قلت- ولم- قال- أ لا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول لو أن رجلاً إستعار شيئاً لم يكن له أن يؤجره وكان له أن يعيره فكذلك الذي جعل له سكنى هذه الدار هو أثبت فيها حقاً من المستعير فإذا كان للمستعير أن يغير فكذلك الذي جعل له سكنى الوقف له أن يسكن من أحب¹⁴²².

a Dije: ¿qué opinas si los beneficiarios del derecho de habitación de una casa algunos dijeran que la reparan y otros no? Dijo: se dividiría el derecho de habitación entre ellos y cada uno pagaría lo que le corresponde según su cuota de la casa, reparándose la casa con ello. Quien se negara, el juez debería arrebatarle el derecho, y arrendarlo y cobrarse de lo que Dios quiera que sea la renta [...]

Dije: ¿cuál es tu opinión sobre si quien tuviera el derecho de habitación pudiera arrendarlo o no? Dijo: no. Dije: ¿por qué? Dijo: porque el arrendatario tendría un derecho que no es válido sobre la casa. Acaso no ves que Abū Ḥanīfa, Dios tenga piedad de él, decía que si un hombre legara a otro el derecho de habitación de una casa no podría arrendarlo; así ocurre con el beneficiario, no puede arrendarlo [...] Dije: ¿cuál es tu opinión sobre un beneficiario de un derecho de habitación si puede o no darlo sin arrendamiento? Dijo: sí. Dije: ¿por qué? Dijo: no ves que Abū Ḥanīfa, Dios tenga piedad de él, decía que si un hombre fuera comodatario de una casa no podría arrendarla, pero sí darla en comodato, si eso lo puede hacer este, también el beneficiario de un *waqf*.

Hilāl b. Yahyā, ulema seguidor de Abū Ḥanīfa, nacido en Basora, Iraq, en el siglo IX¹⁴²³, en esta parte de su tratado sobre el *waqf*, regula dos cuestiones importantes. La primera consiste en que los beneficiarios de un bien habiz, si su derecho se traduce en un derecho de habitación sobre la casa, han de sufragar los gastos de mantenimiento y manutención, cada uno según su cuota. Si alguno se negara, el juez lo haría a su costa, arrendando su parte. Esto nos conduce a calificar la relación entre los comuneros como una mera comunidad de bienes, sin constituirse un ente autónomo de sus miembros.

En segundo lugar, ahonda en la distinción entre beneficiarios con un derecho de uso, del que únicamente pueden disponer a título gratuito, de los titulares del dominio útil o usufructo, quienes son tenidos como auténticos propietarios.

[من حبس فرساً للجهاد فليس عليه علفه]^a

وسئل عبد الحميد الصائغ عن حبس فرساً للجهاد على من يكون علف. فاجاب: لا تلزم المحبس علفه إلا أن يشاء ويخير المحبس عليه، فأما علف وأما رجع ملكاً المحبس، وإن عين المحبس عليه ولم يبتله حبساً. وإن بئله في السبيل أخذ من الذي دفع إليه إن لم يلتزم علفه ودفع لغيره من يلتزم علف ليجاهد عليه¹⁴²⁴.

Esta respuesta jurisprudencial, coleccionada por al-Wanšarīsī, aparte de la nota anecdótica del objeto del *waqf* (una montura, caballo para la guerra santa), se inclina por cargar a los beneficiarios con los gastos de mantenimiento del bien habiz. A modo de digresión, hemos de añadir que esta peculiaridad del corcel también está presente en la institución del mayorazgo castellano¹⁴²⁵.

^bالفرق الثمانون والمائة.

بين قاعدة الملك وقاعدة التصرف.

أعلم أن الملك أشكل ضبطه على كثير من الفقهاء [...] والعبرة الكاشفة عن حقيقة الملك أنه حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من إنتفاع بالملوك والعوض عنه [...] وقولنا في العين أو المنفعة، فإن الأعيان تملك كالبيع والمنافع كالإجارات [...]

a (Quien constituye en *waqf* una montura para la guerra santa no ha de cargar con los gastos de su forraje)

'Abd-l-Ḥamīd al-Šā'ig fue preguntado por quien había constituido un *waqf* sobre un caballo para la guerra santa, quién habría de sufragar su alimento.

Respondió: el fundador no estaría obligado a darle el forraje salvo que quisiera. El beneficiario debería elegir entre encargarse él o devolver el caballo al fundador. Si el beneficiario hubiera usado el caballo, lo entregaría a quien se hiciera cargo de él para la guerra santa.

b La diferencia ciento ochenta.

Entre la regla de la propiedad y la regla de la disposición.

Conoce que la propiedad ha causado dificultades a muchos *fuqahā'* a la hora de comprenderla [...] la expresión que descubre la verdad sobre la propiedad es que es una disposición de la ley establecida para el bien en sí y la *manfa'a* en cuya virtud se permite a quien la tiene usar las propiedades y a obtener contraprestación [...] Y nuestra expresión sobre el bien en sí o su *manfa'a*, es porque se es propietario del bien, como en las ventas y de las utilidades, como en los arrendamientos [...]

Asimismo, si decimos: los *awqāf* permanecen en propiedad de los fundadores, a pesar de que no pueden venderlo ni obtener contraprestación por ellos [...] y también los *mālikīes* y otros dicen: que el ser humano puede poseer el usufructo y el uso únicamente, como en las escuelas y los *awqāf* y el *ribaṭ* y demás, a pesar de que en este tipo no puede tomar contraprestación por ello....

Y si te preguntaras ¿te imaginas la propiedad sobre los objetos y los cuerpos o nada más que te la imaginas sobre las utilidades? Contestaría: dijo al-Māzardī, Dios se apiada de él, en su exégesis de al-Talqayn: la opinión de los *fuqahā'*: la propiedad en la venta se consigue sobre los bienes y en el arrendamiento sobre las utilidades, no es por su evidencia, pues los bienes no son poseídos más que por Dios el Altísimo, porque la propiedad es la disposición y no dispone de los bienes nadie más que Dios el Altísimo, creándolos, no creándolos, extinguiéndolos, reviviéndolos y demás. La disposición de la criatura no se produce más que sobre las utilidades a través de sus actos: comer, beber, intentar, mover, habitar. Dijo: la consecución de la propiedad es sobre las utilidades y apartando el bien, el arrendamiento y sus derivados de la sociedad de riego, en comandita y demás, y si se produce sobre las utilidades sin apartar el bien, sino que se intercambia mediante contraprestación o sin ella, sería la venta o la donación. El contrato, todos, únicamente trata de las utilidades, y se hace evidente de estos análisis y preguntas la verdad sobre la propiedad y la diferencia entre ella y las disposiciones...

وكذلك إذا قلنا: الأوقاف على ملك الواقفين، مع أنه لا يجوز لهم البيع وملك العوض عنها [...] وكذلك قال الماكية وغيرهم: إن الإنسان قد يملك المنفعة، وقد يملك الإنتفاع فقط كبيوت المدارس والأوقاف والربط ونحوها، مع أنه في هذه الصور لا يملك أخذ العوض عن تلك المنافع.

[...] فإن قلت: الملك حيث وجد هل يتصور في الجواهر والأجسام أم لا يتصور إلا في المنافع خاصة؟ قلت: قال المازدي -رحمه الله- في شرح التلقين: قول الفقهاء: الملك في المبيع يحصل في الأعيان وفي الإجازات يحصل في المنافع، ليس على ظاهره، بل الأعيان لا يملكها إلا الله تعالى؛ لأن الملك هو التصرف، ولا يتصرف في الأعيان إلا الله تعالى بالإيجاد والإعدام والإماتة والإحياء، ونحو ذلك، وتصرف الخلق إنما هو في المنافع فقط بأفعالهم من الأكل والشرب والمحاولات والحركات والسكنات. قال: وتحقيق الملك أنه ورد على المنافع مع رد العين فهو الإجارة وفروعه من المساقاة والمجاعة والقراض ونحو ذلك، وإن ورد على المنافع مع أنه لا يرد العين، بال يبدلها لغيره بعوض أو بغير عوض، فهو البيع والهبة، والعقد في الجميع إنما يتناول المنفعة، فقط ظهر بهذه المباحث وهذه الأسئلة حقيقة الملك والفرق بينه وبين التصرفات...¹⁴²⁶.

En este otro pasaje pretende distinguir la propiedad de la facultad de disposición. En lo que nos atañe en estos momentos, además de reiterar, como dijimos en su momento, que la propiedad es una disposición del Legislador (Dios), tenemos que remarcar como esta está dividida, partida en dos caras: *nuda* propiedad y dominio directo frente al usufructo y el dominio útil, el contenido del derecho subjetivo en ambas partes es prácticamente idéntico. Así mismo, teológicamente, en puridad, Dios poseería una propiedad sobre los bienes mientras que sus criaturas disfrutarían de la condición de usufructuarios. Desarrollaremos estos argumentos en otro momento, ya que su influencia en la manera que el *fiqh* aborda la personalidad jurídica no es baladí.

^aسؤال ثاني من هذا المعنى.

جواب الفقيه الأجل أدام الله تأييده في عقد تضمن تحبب فلان على إبنه فلان وفلان بجميع أرضه بالسوية والإعتدال حسبها عليهما وعلى أعقابهما حسباً مؤبداً وثم عقد الحبس على واجب وحوزه، ومات الأب والإبنان بعده وتركاً عقباً كثيراً وعقب أحدهما أكثر من عقب الآخر، وفي بعضهم حاجة، فكيف تری قسمة هذا الحبس بين هؤلاء الأعقاب، هل على الحاجة، أم سوية، أم يبقى في يد كل عقب ما كان في يد أبيه، ووجه لنا رأيك في ذلك نعتمد عليه إن شاء الله مأجوراً.

الجواب: [...] والواجب في هذا الحبس إذا كان الأمر فيه على ما وصفت أن ينقسم على أعقاب الولدين جميعاً على عددهم، وإن كان عقب الولد الواحد أكثر من عقب الولد الآخر سواء إن إستوت حاجتهم، وإن إختلفت فضل ذي الحاجة منهم على من سواه، بما يؤدي إليه الإجتهد على قدر. قل عياله أو أكثرتهم ولا يبقى بيد كل واحد منهما كما كان بيد أبيه قبله وبالله التوفيق. قاله: محمد بن رشد.

جواب ثاني على هذا السؤال.

[...] ولا يكون من الحبس في يد كل عقب ما كان في يد أبيه منه، وإنما قيمة الحبس على أهله في غلة أو سكنى على غير معين من أن يؤثر به أهل الحاجة والفقراء فما فضل عنهم كان بين الأغنياء منهم، فإن إستوتوا في الحال كان بينهم على السواء وإن كان مما يسكن فمن سبق إليه سكن ولم يخرج أحد لأحد وإن تنازعا في ذلك ولم يسعهم بحملهم أكرى عليهم وكانت غلته بينهم والله أعلم بحقيقة الصواب لا رب غيره. قاله: محمد بن الحاج¹⁴²⁷.

a Segunda pregunta en este sentido:

La respuesta del alfaquí, que Dios alargue sus días en su eternidad, sobre un contrato que incluye un *hubs* de fulano en favor de sus dos hijos, fulano y mengano, de todas sus tierras en partes iguales entre los dos y con moderación. Lo constituyó en favor de los dos y sus descendientes, como un *hubs* eterno. Posteriormente se concluyó el *waqf* según lo debido y con traspaso posesorio. Murió el padre y los dos hijos después y dejaron una gran descendencia, la de uno mayor que la del otro. Algunos en situación de necesidad. ¿Cómo crees que se ha de realizar el reparto de este *hubs* entre los descendientes, en función de las necesidades o a partes iguales o permanece en poder de cada descendencia lo que ya estaba en poder de los hijos? Dirígenos tu respuesta para que podamos basarnos en ella, si Dios quiere, remunerada.

Respuesta: [...] se debe aplicar a este *hubs*, si el asunto es como lo has descrito, el reparto por descendencias de ambos hijos según su número, y si la descendencia de uno es mayor que la de otro, por partes iguales si fueran iguales las necesidades, si no, se acrecentaría la parte de los necesitados en la misma proporción, lo que implica estudiar la cantidad, tanto si la familia es escasa como si es numerosa, no permanece en poder de cada uno de las dos descendencias lo que estaba en poder de sus padres con anterioridad y el éxito está en Dios. Es la opinión de Muḥammad b. Rušd.

Segunda respuesta a esta pregunta:

[...] No tiene cada descendencia lo que le correspondía a sus padres, sino que el valor del *hubs*, cosecha o habitación, de sus beneficiarios indeterminados se da a los pobres y lo que sobre a los ricos. Si el estado fuera similar, se repartiría por partes iguales. Si fuera un derecho de habitación, el anterior tendría preferencia y no sería privado por el posterior; si existiera discrepancia, se arrendaría y las rentas se repartirían entre ellos. Y Dios es mejor conocedor de la verdad correcta, no hay más señor que Él. Es la opinión de Muḥammad b. al-Ḥāy.

Se nos coloca ante nuestra vista dos respuestas jurisprudenciales, la primera tomada del abuelo de Averroes, que tratan de determinar el modo de repartir los frutos y rentas de unas tierras constituidas en *waqf* y cuyos beneficiarios son los dos hijos del fundador y la descendencia de ambos. Según una opinión, el reparto se realiza a partes iguales por grados de parentesco: se empieza por los hijos, los nietos y así sucesivamente. En cada grado, partes alícuotas, salvo que existan pobres entre ellos, en cuyo caso sus porciones se verán incrementados. La segunda, sigue la misma línea, pero si el *hubs* consistiera en un derecho de habitación, se seguiría un orden de prelación según el nacimiento del derecho. En caso de existir controversia, se daría en alquiler y las rentas se distribuirían según los criterios señalados. Estas dos fetuas proporcionan un argumento más para concluir que los beneficiarios indeterminados únicamente tendrían derecho a una renta tras el reparto, antes, se mantendría en una mera expectativa.

^aسؤال عن هذا المعنى وعن شفعة فيه ومن حق بها المحبس أو المحبس عليه؟

جواب الفقيه الأجل وفقه الله في أشراك في ربع بعضه محبس على آخر فأراد بعض الأشراف بيع نصيبه من الربع ودعا الباقيين من شركائه غير صاحب الحبس إلى إجمال البيع فقالوا له: لا يلزمنا ذلك إذ الإجمال في البيع إنما هو لإستقرار الثمن في بيع الجملة ودفع المضرة في بخس الثمن في بيع نصيب المفرد ولأننا لا قدر على إجمال البيع في الجملة لأجل النصيب المحبس فبيع نصيبك إن شئت أودع، فهل لهم حجة ولا يلزمون إجمال البيع معه أو لا حجة لهم ويلزمون ذلك لأن الثمن في الأكثر أغزر منه في الأقل أو لا يلتفت إلى هذا إلا ببيع الجملة، وهل لصاحب الحبس أن يشفع إذا وقع البيع أم لا؟ وإذا كانت الشفعة هل تكون أولاً لمن حبس عليه

[...]

الجواب: لا يلزم الأشراف البيع معه إذ لا سبيل إلى بيع الجميع من أجل الحظ المحبس ولصاحب الحبس الأخذ بالشفعة، وأما إن أراد أن يأخذ منها ليمتلك ما يأخذ فليس له ذلك وبالله التوفيق. قال محمد بن رشد.

جواب ثاني على هذا السؤال: تأملت السؤال وإذا كان بيع الشريك وحده يقلل الثمن في حصته ويكثره فيها إذا باعها مع سائر أشراكه {فليس له أن يجبرهم على البيع معه، فإذا نفذ بيعهم فالشفعة للمحبس إذا كان مرجع الحبس إليه وإن لم يكن مرجعه إليه فلا شفعة له إلا أن يريد المحبس أو المحبس عليهم أن يلحقوا ذلك بالحبس فذلك لهم إن شاء الله. والله الموفق للصواب. قال محمد بن أحمد بن الحاج.

جواب ثالث على هذا السؤال: إذا كان الملك مما يقسم من غير ضرر على بعض أهل الأنصاء قسم بينهم فما صار للحبس كان على ما وضعه المحبس وما صار لبني الشركاء منح كل واحد منهم في نصيبه بعد القسم ما شاء من بيع أو إمساك أو غير ذلك، فإن كان مما لا ينقسم إلا بضرر على بعض الشركاء -والضرر عند ابن القاسم، أن يصير في حظ أقلهم ما لا ينتفع به أو ما لا كبيرة منفعة

a Pregunta en este mismo sentido sobre el retracto en el (*hubs*) ¿quién tiene más derecho a él, el fundador o el beneficiario?

Respuesta del alfaquí, Dios le dé éxito, sobre las partes de una residencia, una de ellas constituida en *waqf* en favor de otro, y algunos comuneros pretenden vender su parte, invitando a los demás copropietarios salvo el fundador del *hubs* a unirse a la venta. Le contestaron: no es obligatorio esto para nosotros, pues la venta conjunta únicamente es para estabilizar el precio de la venta y evitar un perjuicio por la disminución en el precio que se produce en la venta de una sola parte, además, nosotros no podemos incluir en la venta todo el bien por culpa de la cuota del *waqf*, así que vende tu fracción si quieres o presenta una demanda. ¿tienen un argumento para que no está compelidos a vender con él o no y están obligados a ello, porque el precio en lo más es mejor que en lo menos, o no se ha de concluir más que con la venta de todo el bien? ¿El fundador del *hubs* tiene derecho a ejercer el derecho al retracto si se concluye la venta o no? ¿Y si recayera el retracto sería para el primero de los beneficiarios?

Respuesta: no están obligados los comuneros a vender con él, pues no se podría vender el bien completo por la parte del *waqf*, y el fundador tendría derecho al retracto. Pero si quisiera ejecutarlo para incorporarlo a su propiedad privada, no sería válido. Y con Dios está el éxito. Es la opinión de Muḥammad b. Rušd.

Segunda respuesta a esta pregunta: he reflexionado sobre la pregunta y, aunque la venta del comunero en solitario fuera a un precio menor que la conjunta, no tendría derecho a obligarlos a vender con él. Si se llevara a cabo la venta, el retracto correspondería al fundador en el caso de que la finalidad del *hubs* fuera él, si no, no tendría el derecho al retracto, salvo que el fundador o los beneficiarios quisieran incorporar esas partes al *waqf*, para lo que estarían facultados. Y Dios conduce con éxito a lo correcto. Es la respuesta de Muḥammad b. Aḥmad b. al-Ḥāy.

Tercera respuesta a la pregunta: si la propiedad fuera de las que se pueden dividir sin perjuicio entre algunos copropietarios, se partiría entre ellos, y lo que le correspondiera al *hubs* se destinaría a lo que hubiera establecido el fundador, y los otros, después de la partición podría apropiarse de su parte o disponer de ella. Si fuera de lo que no se puede dividir sin perjuicio para algunos comuneros -el perjuicio para Ibn al-Qāsim es que se convierta en la menor parte de la que no es posible usarla o la que no tiene la mayor utilidad-, se vendería todo el bien y la parte del precio que le correspondiera al *waqf* se adquiriría otro bien para que continúe siendo un *hubs* similar a lo dispuesto por el fundador en su parte de la comunidad de bienes. Lo que correspondiera a los demás copropietarios, se repartiría entre ellos según sus cuotas y Dios es dueño del éxito. Es la opinión de Muḥammad b. Dāwwd.

فيه- فيباع جميع الملك، فما صار للحبس من الثمن في حصته إشتري به ما يكون حبس في مثل ما جعله فيه المحبس من أشراكه أو شريكه، وما صار لشركائه من الثمن قُسم بينهم على قدر حصصهم والله ولي التوفيق. قاله محمد بن داود¹⁴²⁸.

El planteamiento de la cuestión es el siguiente: existe un bien propiedad de varias personas en comunidad de bienes. Uno de los comuneros constituye un *hubs* sobre su parte. Se desea saber si un copropietario, deseado vender su parte, puede obligar a los demás y, en caso de producirse la venta a quién, de las personas involucradas en el *waqf*, correspondería el retracto de comuneros. Se recogen tres opiniones. Según la primera, de Muḥammad b. Rušd, el comunero no estaría facultado para obligar los demás a unirse a la venta y así obtener un mejor precio, la cuota del *hubs* es indisponible y el retracto sería ejercido por el fundador, pero únicamente si lo realiza para la incorporación a la fundación, no a su patrimonio particular. La segunda, de Muḥammad b. Aḥmad b. al-Ḥāy, coincide con el anterior y no permite a uno obligar a los otros a vender su parte; en cuanto al retracto, si el fundador es el destinatario del *waqf*, lo ejercitaría, si no fuera así, no, pero tanto el fundador como los beneficiarios podrían decidir incorporarlo a la fundación. Finalmente, Muḥammad b. Dāwwd se aparta de la prohibición, y si el bien fuera indivisible o se dividiera en perjuicio de alguno de los copropietarios, se obligaría a vender el bien en la totalidad. La parte que correspondiera al *hubs* se destinaría a constituir otro similar a lo querido por el fundador y las otras porciones serían para los demás comuneros para que dispusieran según su voluntad. Si se pudiera dividir sin perjuicio, se dividiría entre todos, el *waqf* incluido.

En cuanto al derecho de los beneficiarios del *waqf*, comprobamos que el abuelo de Averroes otorga el derecho al retracto al fundador, pero únicamente para incrementar el *waqf*, no su patrimonio particular. El segundo ulema da esta misma opción a los beneficiarios, con el mismo requisito.

^a رجل وقف عليه، ثم على أولاده، ثم على أولادهم ونسله، وعقبه ذكراً، أو أنثى* (للذكر مثل حظ الأنثيين)* {النساء: 11}، على أن من توفي منهم عن ولد، أو نسل عاد ما كان جارياً عليه من ذلك على ولده، ثم على ولد ولده، ثم على نسله على الفريضة.

وعلى أن من من توفي عن غير نسل عاد ما كان جارياً عليه من في درجته من أهل الوقف المذكور، يقدم الأقرب إليه فالأقرب، ويستوي الأخ الشقيق، والأخ من الأب، ومن مات من أهل الوقف قبل إستحقاقه لشيء من منافع الوقف، وترك ولداً أو أسفل منه إستحق ما كان إستحق المتوفي لو بقي حياً إلى أن تصير إليه شيء من منافع الوقف المذكور، وقام ولده في الإستحقاق مقام المتوفي؛ فإذا إنقرضوا فعلى الفقهاء¹⁴²⁹.

La escuela *hanafi*, representado por este jurista damasceno del siglo XIX, Muḥammad Sayyid Afandī, permite que el propio fundador se constituya a sí mismo en beneficiario, al contrario que los seguidores de Mālik b. Anas. No obstante, en este momento nos resulta más interesante las reglas de llamamiento entre las personas perceptoras de los frutos del *waqf*. Tomo como ejemplo uno, con unas estipulaciones determinadas (quien lo constituye es, salvo violación flagrante de la ley, quien puede alterar el orden): accederán a la condición de beneficiarios por este orden: el propio fundador, sus hijos, los hijos de estos y su descendencia. La parte de un varón será el doble de la de una hembra (según la regla hereditaria islámica), si alguien muriera, su parte pasaría a su descendencia. De esta fundación, el ulema de Damasco extrae las siguientes normas: la muerte sin descendencia de uno provoca que su parte se divida entre los de su mismo grado (hijos, nietos, bisnietos y siguientes), teniendo preferencia los más cercanos a él. Pero en este momento nos interesa destacar que si el fallecido muriera antes de nacer su derecho a las rentas (la cosecha o el

a Un hombre constituye un *waqf* a su favor, tras él, en favor de sus hijos y la descendencia de ellos, varones o hembras *(para el varón una parte como de dos hembras)*, (Las Mujeres: 11), con la condición de que quien falleciera entre ellos dejando hijos o descendencia, la parte que viniera recibiendo se trasladaría a su hijo y descendientes, según la norma coránica.

Con la condición de que, quien falleciera sin descendencia, la parte que le viniera correspondiendo volvería a su grado entre los beneficiarios del *waqf*, teniendo preferencia los más cercanos, si bien tanto el hermano de padre y madre como el de padre serían iguales. Y quien muriera entre los beneficiarios antes de tener derecho a los frutos del *waqf*, dejando hijo o descendientes, estos tendrían derecho a lo que venía percibiendo el fallecido si siguiera vivo, hasta que se convirtieran en beneficiarios de los frutos del *waqf*, y el hijo del finado ocuparía su lugar: En caso de extinguirse, los frutos serían para los pobres.

pago del alquiler), a pesar de no ser titular aún del usufructo o el dominio útil, sólo una mera expectativa, la trasmite a sus parientes cercanos, que ocupará ese lugar. Ciertas normas propias de la herencia, como los llamamientos sucesivos y el derecho de representación se aplican al *waqf* familiar, si así lo quiere el fundador expresamente. Aunque no sea una cuestión propia de esta tesis, se abre un campo de estudio atrayente, como sería la distinta aplicación de la representación en la sucesión islámica y en los *awqāf*.

[...] ^aسئل فيما إذا إستأجر رجل أرض بستان لوقف مدة سنة لزراع البانجان والرطوبة والبقول، ونحو ذلك مما ليس بالإنتهائه وقت معلوم، ومضت مدة الإجارة، هل يقلع من أرض الوقف، وتسليم أرض البستان لناظر أم لا، فما الحكم فأجاب: نعم بقطع، وتسليم الأرض للناظر [...]

سئل في أرض أوقف أجزها الناظر عليها مدة سنين للغرس، وإنتهت المدة والغرس باقي فما الحكم؟ أجب: يلزم المستأجر قلع الغراس، وتسليم الأرض فارغة إن لم تنقص الأرض بالقطع؛ فإن نقصت فللناظر أن يملك الشجر للوقف بقيمته حال كونه مقلوعاً، جبراً على صاحب الشجر، وإن كانت لا تنقص لا يملك جبراً، ويلزم بالقطع وتسليم الأرض للناظر، وإن تراضيا على تجديد الإجارة، وإنقضاء الغرس جاز، إنتهى ¹⁴³⁰.

Los titulares del derecho (sea de la naturaleza que sea) son los beneficiarios, pero la explotación la realiza el administrador, que es quien contrata el arrendamiento y quien recupera la tierra tras la finalización del plazo. La regulación no favorece al arrendatario, pues al término del contrato ha de arrancar lo sembrado y entregar el huerto vacío. En algún caso, si esta operación perjudicara a las tierras, el gestor puede incorporar a la tierra, como propiedad del *waqf*, el árbol plantado o prorrogar el arrendamiento de mutuo acuerdo.

^bالكتاب الرابع من القسم الثاني في العقود المشاكلة للبيوع ووجه المشاكلة بينهما أنها تحتوي على المتعاقدين بمنزلة المتبايعين، وعلى عوض بمنزلة الثمن والمثمن، وفي الكتاب إثنا عشر باباً.

الباب الأول

في الإجارة والجعل والكراء وكلها بيع منافع. ففي الباب أربعة فصول الفصل الأول في الإجارة: وهي جائزة عند الجمهور وأركانها أربعة: الأول: المستأجر. الثاني: الأجير، ويشترط فيهما ما يشترط في المتبايعين ويكره أن يؤاجر المسلم نفسه من كافر. والثالث: الأجرة. والرابع: المنفعة، ويشترط فيها ما يشترط في الثمن والمثمن على الجملة... ¹⁴³¹

Esta introducción al libro sobre los contratos análogos a las ventas nos ilustró sobre la índole peculiar del contrato en el *fiqh*. Las palabras de Ibn Yāwzī, ulema granadino que vivió a caballo entre los siglos XIII y XIV ¹⁴³², son adecuadas igualmente, dado la forma habitual de aprovechamiento de estas fundaciones que se distribuirá entre los beneficiarios, como muestra de la esencia del derecho del que son titulares estos: un tipo de propiedad, aunque el ejercicio ordinario

a Fue preguntado sobre si un hombre arrendara un huerto de un *waqf* durante un año para sembrar berenjenas, dátiles, alubias o similar de lo que no crece en un tiempo determinado y pasara el año, ¿debería arrancar las plantas de la tierra del *waqf* y entregar la tierra del huerto al administrador o no?

Contestó: sí, arrancarlas y entregar al administrador del *waqf* [...]

Fue preguntado sobre una tierra constituida en *waqf* y el administrador la arrienda para sembrar durante dos años, termina el plazo y la plantación continúa, ¿cuál es el precepto aplicable?

Contestó: el arrendatario está obligado a arrancar la plantación y entregar la tierra vacía si eso no menoscaba la tierra. Si la menoscabara, el administrador puede apropiarse del árbol para el *waqf* a cambio de su valor en caso de estar arrancado, aún en contra del dueño del árbol. Si no se menoscabara no podría adquirirla compulsivamente, y podría obligarlo a arrancar el árbol y entregar la tierra al administrador. Si llegaran a un acuerdo para ampliar el plazo del arrendamiento y que permanezca lo plantado, sería válido. Termina.

b Libro cuarto de la segunda parte. Sobre los contratos análogos a las ventas.

La semejanza radica en que ambos incluyen partes como si fueran vendedor y comprador, que existen contraprestaciones y que hay un precio y un bien valorado por ese precio. En el libro hay doce capítulos.

Capítulo primero.

Sobre el arrendamiento, el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de inmuebles, consisten todos en ventas de utilidad.

Este capítulo consta de cuatro epígrafes, el primero sobre el arrendamiento: es válido para todos los jurisconsultos y sus pilares son cuatro: el primero: el arrendatario. El segundo: el arrendador, y a ambos se les exige lo mismo que a las partes de la compraventa y es odioso que un musulmán arriende su servicio a un infiel. El tercero: la renta. Y el cuarto: la utilidad. Y se exige lo mismo que al precio y al objeto de la compraventa...

de las facultades de la misma corresponda, según se ha señalado, a un tercero ajeno a la titularidad, el cual normalmente será una persona privada, aunque no sea extraño que recaiga sobre el juez.

^aوأما المغارس فهي: أن يدفع الرجل أرضه لمن يغرّس فيها شجراً [...] فيجوز بخمسة شروط: أحدها أن يغرّس فيها أشجاراً ثابتاً الأصول [...] الثاني: أن تتفق أصناف الأجناس أو تتقارب في مدة إطماعها [...] الثالث: أن لا تضرب لها أجل إلى سنين كثيرة [...] الرابع: أن يكون العامل حظه من الأرض والشجر فإن كان له حظه من أحدهما خاصة لم يجز إلا إن جعل له مع الشجرة مواضعاً من الأرض دون سائر الأرض. الخامس: أن لا تكون المغارسة في أرض محبسة؛ لأن المغارسة كالبيع¹⁴³³.

En páginas venideras nos ocuparemos de los distintos tipos de contratos colaborativos, a caballo entre el arrendamiento de servicios y la sociedad, en el que varias personas llevan a cabo algún tipo de negocio. En el ámbito agrícola, se desarrollan varios tipos. Este párrafo atiende a la *mugārasa*: el propietario de un predio permite que el socio plante un árbol en su terreno, cuya propiedad será de este, así como la porción de tierra donde esté la planta. A cambio, este trabajador recibirá bien una renta (como si fuera arrendatario), bien parte de los frutos. Esta transmisión dominical de la propiedad raíz impide que este tipo de negocio sea válido sobre una tierra de *hubs*, ya que en estas el dominio directo o *nuda* propiedad es indisponible.

^bقال. ويوضح ذلك أن شرط النظر من الواقف: إما تملك، أو توكيل.

فإن كان توكيلاً لم يصح أن يكون توكيلاً عنه؛ لأنه لا نظر له، فكيف يوكل؟

ولأنه لو كان وكياً عنه لجاز له عزله، وهو لو عزله لم ينفذ.

ولا عن الموقوف عليه للأمرين، فلم يبق إلا أنه تملك، أو توكيل عن الله تعالى، {ب/44} أو إثبات حق في الوقف ابتداءً، فإن رقبة الموقوف تنتقل إلى الله تعالى، ولا بد لها من متصرف، وإعتبر الشارع حكم الواقف في الصرف، في تعيين المتصرف، وهو الناظر، فعلم أن إستحقاق الناظر النظر كإستحقاق الموقوف عليه الغلة، والموقوف عليه لو أسقط حقه من الغلة، لم يسقط، فكذلك إسقاط النظر، ثم إن جعلناه تملكاً منه، حسن إشتراط القبول باللفظ، كسائر التملكيات¹⁴³⁴.

Estas frases forman parte de otra selección mayor que realizamos en el apartado relativo al papel del administrador y el juez como encargado de la misión de gestionar el patrimonio constituido en *waqf*, dentro del capítulo tercero. En concreto, subrayamos la disposición en la que se niega la condición de representante de los beneficiarios a la persona que gestiona la fundación. El argumento sobre el que se basa este régimen jurídico estriba en que esta escuela *šāfi'ī* otorga la propiedad del dominio directo del *waqf* a Dios, el cual precisa de una persona para actuar, y en que el derecho de este administrador al cargo es similar al del beneficiario sobre los frutos, en el sentido de una vez aceptado no cabe renuncia.

^c[القاعدة الأربعون: إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة]

ومنها: وقف ضيعة على قوم، فصرفت الغلة إليهم، فخرجت مستحقة، ضمن الواقف لتغيره...¹⁴³⁵

a En cuanto a la *mugārasa* consiste en que un hombre dé su tierra a quien plante en ella un árbol [...] Sería válida si cumple cinco condiciones. Primera: que plante en ella un árbol de raíces estables [...] Segunda: que los tipos sean parecidos o de períodos de cultivo similares [...] Tercera: que no se realice por un plazo de muchos años [...] Cuarta: que el trabajador tenga su parte de tierra y el árbol, si únicamente tuviera una parte de uno de ellos no sería válida; sólo se admite si se le hace propietario del árbol y la parte de tierra donde esté plantado, pero no el resto. Quinta: que la *mugārasa* no se concluya sobre una tierra constituida como *waqf*, porque es un tipo de venta.

b Dijo: eso se aclara al saber si la condición del fundador es constitutiva o de delegación.

Si fuera por delegación, podría removerlo del puesto. Pero si no puede (el fundador) administrar, ¿cómo puede ser de esa manera?

Si fuera su delegado, podría destituirlo, pero en verdad su destitución no se ejecuta.

Tampoco es del beneficiario por dos motivos; así que no queda más que sea ejecutiva, o por delegación de Dios el Altísimo. {b/44}, o consolidación de un derecho sobre el *waqf* desde el inicio. Si el dominio directo del bien se trasmite a Dios el Altísimo, pues necesita de quién se ocupe, y el Legislador considera la decisión del fundador para nombrar a el encargado de ello, y ese es el administrador. Así sería el derecho del administrador a la administración como el derecho del beneficiario a la cosecha, y el beneficiario si decayera en su derecho a la cosecha, no se le desposeería de él, así sería con el administrador. Si lo consideráramos como constitutivo, se precisaría la aceptación como todas las transmisiones de propiedad.

c (Regla cuarenta: si coincidieran la causa o la ilusión y la ejecución por uno mismo, prevalecería la ejecución por un mismo:

Entre ella: Si constituyera un *waqf* en favor de un grupo, les entregara los frutos pero fueran reclamadas con éxito por un tercero, el constituyente respondería por la evicción, a causa se haberlo puesto en riesgo...

Entre las garantías de la que disfrutarían los beneficiarios se encontraría la responsabilidad por evicción del fundador.

^a (المسألة الثانية) إجارة أرض العنوة وهي نوعان إجارة الدور للسكنى وإجارة المزارع للإستغلال. أما إجارة للسكنى فقد ذكرنا آنفاً رواية حنبل عن أحمد لا يعجبني بيع منازل السواد ولا أرضهم وهذه والله أعلم على طريق الكراهة ولا التحريم [...] لأن أرض الخراج مستأجرة في يد متقبلها بالخراج فيجوز له إجاتها كسائر الأرض المستأجرة من الوقف وغيره [...] [...] وإذا قلنا يصح إستئجارها وهو الصحيح فيكون الخراج باقياً على المؤجر وعلى المستأجر له الأجرة هذا قول أكثر أصحابنا...¹⁴³⁶

Una institución que guarda bastante analogía con el *waqf*, si bien expresamos que en nuestra opinión se trataba de un tipo de propiedad pública, es el *jarāy*. Los *hanbalīes*, una de las escuelas que identifican, aunque sea nominalmente, la fundación privada y las tierras conquistadas por la fuerza o de *jarāy*, permiten a las personas que exploten las mismas, con el mismo régimen que los beneficiarios del *hubs*, a subarrendarlas, pues serían ambos propietarios del dominio útil o usufructo; esa es la razón que conduce a considerar al arrendador (concesionario de la tierra demanial o beneficiario del *waqf*) como sujeto pasivo del impuesto.

^b [...] فإن كان لها بناء له فإن كان البناء من تراب الأرض فحكمه حكمها وإن كانت بناء آلة مملوكة لصاحبها فهو مملوك له وحكى القاضي [...] غيرهم من أصحابنا روايتين عن أحمد في جواز بيعه أحدهما المنع لأن أحمد قال في رواية المروزي [...] إذا قال أبيعك النقض يعنى البناء ولا أبيعك رقبة الأرض هذا خذاع والثاني الجواز نقلها محمد ابن الحكم [...] وهذا الرواية أصح عند القاضي [...] لأن هذا البناء مملوك له فجاز بيعه كبنائه في أرض الوقف المستأجرة...¹⁴³⁷

Ibn Raḡab, unas páginas previas al anterior párrafo, en su intento por establecer el régimen jurídico de la persona que explota las tierras de *jarāy*, decreta, siguiendo a la que cree la opinión más correcta en la escuela, que esta persona, en el caso de construir cualquier estructura sobre el terreno, adquiere su propiedad y, en consecuencia, puede disponer de ella, al igual que sucede con el beneficiario de un *waqf*.

^c 48- سئل ابن أبي زيد عن حبس حبساً على المساكين، أو على المساجد، فيباع ما هو المشاع معه، هل يؤخذ للمساكين والمساجد بالشفعة؟ فأجاب: بأن قال: سئل عنها قديماً، ولم يظهر لي فيها شيئاً، فتوقف فيها¹⁴³⁸.

Ibn Abū Zayd, juez de Qayrawan, en esta brevísima fetua que ya fue objeto de nuestra atención, demuestra una inquietud por los interrogantes que plantea los beneficiarios indeterminados (pobres, por ejemplo) o entes no humanos (como una mezquita) a la hora de ejercer los derechos de los que pudieran ser titulares. En el caso presente, se trata de un *waqf* constituido sobre un bien tenido en común, cuyo copropietario quiere desprenderse de la parte no constituida como fundación. Como en toda comunidad de bienes, la venta de una porción otorga a los comuneros un derecho de retracto. En el caso de beneficiarios determinados la solución es fácil, pero si fueran los menesterosos o las mezquitas, la cuestión queda sin respuesta.

a (La segunda cuestión) El arrendamiento de las tierras conquistadas por la fuerza es de dos tipos: arrendamiento de pisos para vivienda y arrendamiento de granjas para su explotación. En cuanto al arrendamiento para vivienda, como señalamos con anterioridad, la opinión de Aḡmad b. Ḥanbal no es favorable a la venta de las casas de Sawād ni a sus tierras y ello, Dios sabrá, a modo de preferir evitarlo, no a modo de prohibición [...] porque la tierra de *jarāy* está arrendada en favor de su ocupante a cambio del *jarāy*, así que le es lícito arrendarla como el resto de tierras arrendadas en *awqāf* u otro tipo.

Y si dijéramos que su arrendamiento es válido, el *jarāy* permanecería sobre el arrendador y sobre el arrendatario solo la renta; esa es la opinión de nuestros compañeros.

b [...] Y si en ella hubiera una construcción de él, si estuviera hecha de tierra, su régimen sería el mismo que el de ella; si estuviera realizada con herramientas de él, sería de su propiedad y así lo estima El Juez [...] y la mayoría de nuestros compañeros. Existen dos tendencias en la escuela sobre permitir la venta: la primera es impedirla [...] porque Aḡmad, siguiendo a al-Marūzī y [...] opinan que si dijera te vendo los restos, es decir, la construcción, sin venderte el dominio directo de la tierra sería un fraude; la segunda opinión es la de permitirla, transmitida por Muḡammad b. al-Ḥakam y [...] esta es la opinión más correcta para El Juez [...] porque la construcción sería su propiedad, siendo válida su venta como ocurre en los arrendamientos de las tierras de *waqf*.

c Ibn Abū Zayd fue preguntado por un *hubs* en favor de los pobres, o en favor de mezquitas, si se vendiera la parte en copropiedad que tuviera, ¿serían los pobres o las mezquitas quienes ejercieran el derecho de retracto legal? Respondió: he sido interrogado anteriormente sobre ello y no he encontrado nada en lo que detenerme.

^d(في زكاة الخطاء في الثمار والزرع والأذخاب)

* (قال) وقال مالك في الشركاء في الزرع والنخل والكرومات والزيتون والذهب والورق والماشية لا يؤخذ من شيء منه الزكاة حتى يكون لكل واحد منهم تجب فيه الزكاة وإن كان مما يخرص بخمسة أوسق في حظ كل واحد منهم وإن كان مما لا يخرص بخمسة أوسق إذا صار لكل واحد منهم فإن صار في حظ كل واحد منهم مالا تجب فيه الزكاة لم تجب فيه الزكاة¹⁴³⁹.

Quando existe una comunidad de bienes, cada comunero, en virtud de lo dispuesto por Mālik b. Anas, de forma individual ha de sobrepasar en la parte que le corresponda la cantidad a partir de la cual es sujeto pasivo de la limosna legal o *zakāt*. Esta regulación, a la vista de que los beneficiarios de un *waqf*, en la mayoría de los casos, son comuneros de la propiedad del *manfa'a* del bien habiz, hay que ponerla en relación con el régimen al que hace referencia Averroes y al que hemos acudido a menudo:

^b(أما المسئلة الأولى) وهي زكاة الثمر المحبسة الأصول فإن مالكا والشافعي كانا يوجبان فيها الزكاة، وكان مكحول وطاوس يقولان لا زكاة فيها، وفرق قوم بين أن تكون محبسة على المساكين وبين أن تكون على قوم بأعيانهم: فأوجبوا فيها الصدقة إذا كانت على قوم بأعيانهم ولم يوجبوا فيها الصدقة إذا كان على المساكين، ولا معنى لمن أوجبوا على المساكين لأنه يجتمع في ذلك شيئا إثنين. أحدهما ملك ناقص، والثاني أنها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف إليها الصدقة لا من الذين تجب عليهم¹⁴⁴⁰.

Tanto el fundador de la escuela de Madīna como al-Šāfi'ī prescriben que los frutos del *waqf*, cuyos beneficiarios los hacen suyos en virtud del derecho del que son titulares, estén gravados por la *zakāt*: en aplicación de la regla que hemos transcrito de la *Mudawwana*, habría que esperar al momento de la partición, porque cada uno de ellos, en la parte que le corresponda, sería el sujeto pasivo si superara con ella, el mínimo exento.

^cوأما الوقف فيرد على العين فيجعل رقبتها غير مملوكة لأحد من العباد وتبقى المنفعة للمستحقين. ولا يملك المستحق أن يتصرف في المنفعة، بل هي موقوفة على طول حياته وتؤول من بعده إلى من يليه من المستحقين. ويجعل القانون المدني المصري (م 52) الوقف شخصاً معنوياً. فإذا إلتزامنا هذا التصوير، كانت رقبة العين الموقوف للشخص المعنوي، وكان للمستحق حق المنفعة طول حياته.

ولكنه حق يقوم على الخصائص الآتية.

1 هو حق لا يملك المستحق التصرف فيه.

2 ويؤول بعد موته إلى المستحق الذي يليه.

3 ثم إن المستحق لا يملك إرادته، بل الذي يديره هو ممثل الشخص المعنوي الذي يملك الرقبة وهو الناظر الوقف. وللمستحق في الذمة الشخص المعنوي حق شخصي إلى جانب حقه العيني في المنفعة، وهو غلة هذه المنفعة يقبضها من ناظر الوقف ممثل الشخص المعنوي...¹⁴⁴¹

d (Sobre la *zakāt* que grava los frutos, los cultivos y el oro).

* (Dijo) Mālik ha dicho que de los comuneros de cultivos, palmeras, vides, olivos, oro, plata y ganado no se toma la *zakāt* hasta que no sobrepase cada uno la cantidad por la que es debida. Si se estima en cinco *awsaq* cada cuota para cada uno o no se estimara, si no llegara cada parte del reparto de cada uno a la cantidad a partir de la cual se debe la *zakāt*, no tendría que abonarla.

b (En cuanto a la primera cuestión), que es la *zakāt* sobre los frutos de los bienes habices, pues Mālik y al-Šāfi'ī consideran que deben ser gravados, Mientras que Makhūl y Tāws estiman que no debe cobrarse. Otro grupo diferencia entre el *waqf* cuyos destinatarios son los pobres o, por contra, son beneficiarios concretados en sí mismos. Si estuvieran determinados en sí mismos, sí habría que abonarse el impuesto, y no, si estuvieran indeterminados. Y no tiene relevancia para quienes lo consideran obligatorio sobre los pobres que en ellos se reúnen dos aspectos: primero, una propiedad incompleta, y el segundo, que los gravados serían un conjunto indeterminado del tipo de los beneficiarios de la *zakāt*, no de los gravados por él.

c En cuanto al *waqf*, rechaza el bien en sí, convirtiendo su *raqaba* (la nuda propiedad o dominio directo) sin propietario entre los creyentes, manteniendo la *manfa'a* (usufructo o dominio útil) como propiedad de los beneficiarios. Estos no están facultados para disponer de su derecho, sino que se mantiene indisponible para él durante toda su vida, pasando al siguiente tras él. El Código Civil egipcio (art. 52) convierte al *waqf* en una persona jurídica. Si hiciéramos nuestra esta visión, la *raqaba* permanecería como propiedad de la persona jurídica, y la propiedad de la *manfa'a* sería, con carácter vitalicio, para el beneficiario.

Pero es un derecho que tiene las siguientes especialidades:

1.- Es un derecho en el que su titular no tiene facultad de disponer. 2. Después de su muerte, se trasmite a quien le sigue (no su heredero, sino al siguiente en el llamamiento). 3.-El titular no tiene la capacidad de gestionarlo, sino que quien lo hace es el representante de la persona jurídica, propietaria de la *raqaba*, el administrador del *waqf*. El beneficiario es titular, frente a la *dimma* de la persona jurídica, de un derecho personal junto a su derecho real sobre la *manfa'a*: los frutos de esa *manfa'a* que toma del administrador, representante de la persona jurídica...

Al-Sanhūrī confronta, como hemos visto, la teoría occidental de la división entre derechos reales y personales con la clasificación entre la *raqaba* y la *manfa'a*. Sobre algunas proposiciones de estas líneas nos hemos apoyado anteriormente para trazar la separación entre el concepto cristiano del cuerpo místico de Cristo como fundamento de la concepción de la Iglesia como persona jurídica y la teoría islámica de la *umma*. Según este jurista, el derecho de los beneficiarios recaería sobre la *manfa'a* del bien habiz, que al considerarlo vitalicio y no disponible, se asemejaría bastante al usufructo. Además, el hecho de que el Código Civil egipcio contemporáneo al autor convierta al *waqf* en una persona jurídica, a la persona en cuyo favor se constituye se le atribuiría un derecho real de usufructo con las peculiaridades relacionadas (indisponibilidad, transmisión *post mortem* e incapacidad de gestionarlo) y un derecho personal a los frutos que produzca el *hubs* que se traduce en una obligación de la persona jurídica: el *waqf* que es quien debe abonarlos.

المادة 1236: 1.- للوقف شخصية حكومية يكسبها من سند إثباته. 2.- له ذمة مالية متميزة تسأل عن ديونه التي أنفقت على مصارف طبقاً لشروط الواقف¹⁴⁴².

La legislación civil jordana, que hasta la fecha se sigue aplicando, adopta un régimen similar al referido por al-Sanhūrī en Egipto. Los *awqāf* disfrutaban de personalidad jurídica y asumen las deudas propias de los derechos de los que los beneficiarios son titulares, según lo dispuesto por el fundador. En consecuencia, estos poseen un derecho de crédito frente a la persona jurídica del tipo *waqf*.

الباب الثاني: الوقف العام. الفصل الأول: أحكام العامة.

المادة 50: الوقف العام هو كل وقف خصصت منفعته إبتداءً أو مالم لأوجه البر والإحسان وتحقيق منفعة عامة [...] [...] يتمتع الوقف العام بالشخصية الاعتبارية منذ إنشائه، ويتولى إدارة الأوقاف تدبير شؤونه وفقاً لأحكام هذه المدونة، وتعتبر ممثله القانوني¹⁴⁴³.

Por su parte, el Reino de Marruecos únicamente otorga personalidad jurídica a los *awqāf* públicos, es decir aquellos cuya finalidad es piadosa o de interés general, los que sus beneficiarios sean familiares o personas concretas carecen de ese privilegio; nos encontraríamos ante una propiedad especial, fiduciaria. Recuerda en gran medida a la regulación justinianiana en la que las fundaciones en favor de establecimientos como monasterios, iglesias, etc., sí eran consideradas como personas jurídicas, mientras si los beneficiarios eran personas o grupos, como pobres, no eran tenidas en cuenta como sujetos de derecho, sino como tipos especiales de dominio. Según el profesor Bartolomé Clavero, el mayorazgo supone una propiedad peculiar¹⁴⁴⁴.

تكييف المنفعة من حيث إنها مال يجوز التعامل فيه:

يبدو أن الفقه الإسلامي يعتبر المنفعة في المال أقرب إلى أن تكون حقاً عينياً، سواء في ذلك حق المنتفع (usufructier) أو حق المستأجر. وأما في الفقه الغربي فقد تكون المنفعة حقاً عينياً كحق الإنتفاع (usufruit)، وقد تكون حق شخصياً كحق المستأجر. وحق المستأجر في الفقه الإسلامي يماثل، من حيث تقييد تصرفات المالك، حق المرتهن، فكلا الحقين يجعل تصرف المالك موقوفاً.

a Artículo 1236: 1.- El *waqf* posee personalidad jurídica que adquiere desde su constitución. 2.- Posee *dimma* (capacidad de asumir obligaciones) patrimonial específica, por la que responde de sus deudas por los gastos que se derivan de la aplicación de las estipulaciones del fundador.

b Capítulo segundo: el *waqf* público. Capítulo primero: normas generales.

Artículo 50: el *waqf* público es aquel que dedica su *manfa'a*, desde un principio o monetariamente, a una finalidad piadosa y de virtud o a conseguir una utilidad pública [...]

[...] El *waqf* público disfruta desde su constitución de personalidad jurídica, la gestión de sus asuntos recae en la Administración de los *awqāf*, quien es considerada como su representante legal.

c Adaptación de la *manfa'a* desde el punto de vista de ser un bien cuyo tráfico es lícito.

Parece que el derecho islámico considera a la *manfa'a* sobre un bien más próximo a un derecho real, tanto si es un derecho de usufructo (usufructier) o derecho del arrendatario. Por su parte, el derecho occidental lo considera un derecho real de usufructo (usufruit) como un derecho personal como el derecho del arrendatario. El derecho del arrendatario en el Derecho islámico imita, desde el punto de vista de la disposición del propietario, el derecho del acreedor pignoraticio, pues en ambos derechos la disposición del propietario está suspendida.

Luego existe otra diferencia en las características de la *manfa'a* en ambos derechos. En el derecho occidental, el tráfico de esta, tanto si se la considera un derecho real como personal, se rechaza sin el del bien raíz, aunque sean bienes futuros, aunque en este derecho el tráfico de bienes futuros está permitido como hemos visto. En cuanto al Derecho islámico, el tráfico de la misma, considerándola algo futuro, se renueva de instante en instante, y no siendo válida por analogía, se permite por aceptación discrecional.

ثم إن هناك فرقاً آخرأ في خصوص المنفعة بين الفقهاء. ففي الفقه الغربي التعامل في المنتفعة، سواء إعتبرت حقاً عينياً، أو حقاً شخصياً، يرد على مقتضى الأصل ولو كان أموالاً مستقبلية. فالتعامل في الشيء المستقبلي صحيح في الفقه الغربي كما رأينا. أما في الفقه الإسلامي، فالتعامل في المنتفعة بإعتبارها شيئاً مستقبلاً يتجدد لحظة فلحظة، غير جائز في أصل القياس وإنما يجوز على سبيل الإستحسان¹⁴⁴⁵.

Al-Sanhūrī, al final de su magno tratado sobre las fuentes del derecho subjetivo en el derecho islámico, en el capítulo sobre los efectos de los contratos, en concreto, la transmisión de la propiedad, marca las diferencias entre las distintas nociones de la *manfa'a* en los ordenamientos islámicos y occidentales. Para los ulemas musulmanes se trata de un derecho parecido a uno real y transmisible con independencia del bien sobre el que se ejerce. Aunque no estamos de acuerdo con su traducción, pues considera el derecho de *Intifā'a* como sinónimo de *manfa'a*, traduciendo ambos como usufructo al francés, sí nos parece acertada la conclusión de ser un derecho disponible por su titular. En nuestra opinión, aparte de preferir traducir *Intifā'a* como mero uso, según algunos ejemplos que hemos tomado de los alfaquíes, la *manfa'a*, por ese carácter de derecho cuyo titular puede introducirlo en el tráfico jurídico y el ser un tipo de propiedad, nos parece más plausible traducirlo como dominio útil, aunque en los ejemplos concretos siempre cabe la duda de utilizar también el derecho de usufructo para su traslación al castellano. En cualquier caso, según este abogado egipcio, es el derecho del que disfrutaban los beneficiarios de un *waqf*.

Por lo que respecta a los derechos subjetivos atribuidos a los beneficiarios, realicemos una pequeña panorámica de algunas legislaciones árabes.

المادة 1244. تسري شروط صحة الوقف وشروط الواقف وقواعد الإستحقاق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بالوقف.

المادة 1245. 1. لا تجوز قسمة الوقف قسمة تملك بين الوقوف عليهم ويجوز فيه التهاؤ بالتراضي¹⁴⁴⁶.

El código jordano es parco, debido a la remisión que realiza en el artículo 1244 a la Ley islámica, que rige el derecho de los beneficiarios. En el artículo siguiente, únicamente especifica que la partición no ha de ser del bien habiz, sino de uso o uso sucesivo; es una prevención implícita en la propia naturaleza de la institución.

المادة 40. يحق للموقوف عليه أن يستعمل المال الموقوف وأن يستغله وفق شروط الواقف بكيفية تتوافق مع الأغراض المتوخاة من الوقف.

ويجوز له أن ينتفع بالمال الموقوف بنفسه، أو أن يفوت حق الإنتفاع به إلى الغير، مالم يكن حق الوقف مقصوراً على شخصه. المادة 45. يجب على الموقوف عليه أن يبذل في حفظ المال الموقوف العناية التي يبذلها في حفظ أمواله، ويسأل عن كل ضرر يصيب المال الموقوف بسبب خطئه أو إهماله أو تقصيره.

المادة 47. ينتهي حق الموقوف عليه في إستحقاق المال الموقوف في الحالات الآتي: -إذا توفي؛ إذا غاب غيبة إنقطاع، وكان الإنتفاع بالوقف مقصوراً على شخصه؛ إذا زالت عنه صفة التي إستحق بها الوقف؛ إذا عبر صراحة عن تنازله عن حقه في الإنتفاع بالمال الموقوف. إذا سقط حق الموقوف عليه في إحدى الحالات السابقة، إنتقل الإستحقاق إلى من يليه إن وجد، وإلا عاد الوقف إلى الأوقاف العامة¹⁴⁴⁷.

El código marroquí se extiende con más detalle, en parte porque no remite a la *Šarī'a* expresamente. Aunque emplee un término, *intifā'a*, que en algunos juristas clásicos poseía un sentido más restrictivo que *manfa'a* (la comparación más cercana en nuestro idioma legal la

a Artículo 1244: Se aplican a los requisitos de validez, las estipulaciones del fundador y las reglas para ser beneficiario los preceptos de la *Šarī'a* islámica y las leyes especiales sobre el *waqf*.

Artículo 1245: No es válida la partición del *waqf* entre los beneficiarios si esta es sobre la propiedad, sí la partición consistente en el uso sucesivo consensual.

b Artículo 40: El beneficiario tiene derecho a usar el bien constituido en *waqf* y a explotarlo de acuerdo con las estipulaciones del fundador, de la manera que se ajuste al destino del *waqf*.

Le está permitido a utilizar el bien por sí mismo o transmitir ese derecho a un tercero, siempre que el derecho no esté limitado únicamente a su persona.

Artículo 45: El beneficiario debe actuar en la custodia del bien con el mismo cuidado que pone en sus propios bienes, y responde por los daños que cause al bien habiz a causa de sus errores, descuidos o negligencias.

Artículo 47: El derecho del beneficiario al bien se extingue en los siguientes supuestos: -si fallece; si se ausentara de forma total y el derecho a utilizar el bien fuera en favor de su persona; si perdiera la condición por la que fue llamado; si expresara expresamente su renuncia al derecho de usar el bien habiz. Si perdiera su derecho al bien por alguna de las causas anteriores, el llamamiento pasaría al siguiente, si existiera; en caso contrario se convertiría en un *waqf* público.

encontraríamos entre los derechos de uso y usufructo), el artículo 40, entre las facultades comprendidas, menciona el uso del bien y su explotación (hacer propios los frutos), además de permitir el ejercicio por el propio titular y la disposición del derecho a un tercero, salvo que tuviera un carácter personalísimo. Este contenido lo asemejan a un dominio útil, más que a un usufructo, que normalmente es indisponible. La responsabilidad de los beneficiarios es muy amplia, pues han de indemnizar los daños irrogados por simple descuido o error. Entre las causas de extinción se establece la muerte, la ausencia legal si el derecho fuera personalísimo, la pérdida de la condición por la que fue llamado (si ya no fuera pobre) o la renuncia explícita. La actualización cualquiera de estas causas provoca un nuevo llamamiento, no una transmisión hereditaria, o la conversión de la fundación en pública si no existieran personas llamadas.

^a الباب الثالث (في ملك المنفعة وحق الإنتفاع)

(مادة 13) الإنتفاع الجائر هو حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقيبتها مملوكة. (مادة 14) صح أن تملك منافع الأعيان دون رقيبتها سواء كانت عقاراً أو منقولاً. (مادة 15) قد تملك المنفعة بعوض وبغير عوض. (مادة 16) يصح أن يكون تملك المنفعة قاصراً على الإستغلال أو على السكنى أو شاملاً لهما معاً. (مادة 17) يجوز أن تجعل منافع الأعيان الموقوفة لنفس واقفها فينتفع بها إن اشترط ذلك لنفسه مدة حياته ومن بعده تنتقل إلى الجهة التي اشترطها لها. ويصح أن تجعل تلك المنافع لشخص معين أو لعدة أشخاص معينين سواء كانوا من أولاد الواقف أو من أقاربه أو أجانب منه. ويجوز جعلها لشخص قبل وجوده بشرط أن يكون آخرها في كل الأحوال لجهة بر لا تنقطع.

الباب الرابع (في حق السكنى)

(مادة 24) من استحق سكنى دار موقوفة فله أن يسكنها مدة حياته بأهله وحشمه وخدمه وله أن يسكنها غيره بغير عوض ولو أجنبياً وبعد موته ينتقل حق السكنى إلى ولده إن كان الواقف قد جعله له وإلا فإلى المصرف الذي جعلها الواقف له. [...] (مادة 27) إذا احتاجت الدار الموقوفة للسكنى للعمارة فعمارتها على من له حق السكنى من ماله ويكون ما يبينه من ماله ملكاً له ولورثته من بعده وإن امتنع من تعمیرها فللقاضي أن يدفعها لغيره بطريق الإجارة ويعمرها بأجرتها وبعد مضي المدة يردها لصاحب السكنى.

(فيما يجوز لصاحب المنفعة من التصرف وما يجب عليه من الضمان) (مادة 28) يجب على صاحب المنفعة أن يعتني بحفظ العين المنتفع بها صيانة لها. (مادة 29) لمالك المنفعة دون العين بعقد تبرع أو إجارة أن يتصرف في العين المنتفع بها التصرف المعتاد إذا كان عقد المنفعة مطلقاً غير مقيد بقيد. فإن كان مقيداً بقيد فله أن يستوفيه بعينه أو يستوفي مثله أو ما دونه وليس له أن يتجاوز به إلى ما فوقه. (مادة 30) لا يجوز لمالك المنفعة بعقد تبرع أن يؤجر العين التي له حق سكانها ولا أن يرهنها وإنما يجوز له إعارتها.

a Tercera Sección: la propiedad de la *manfa'a* y el derecho de uso.

Artículo 13: el aprovechamiento lícito es el derecho que tiene que aprovecha a usar el bien y explotarlo mientras que permanezca en su estado, aunque no se sea propietario de su *raqaba*. Artículo 14: es válida la propiedad de las *manāfi'a* de los bienes sin su *raqaba*, tanto de los bienes inmuebles como muebles. Artículo 15: se puede adquirir tanto a título oneroso como sin contraprestación. Artículo 16: la adquisición de la *manfa'a* puede limitarse a la explotación o a la habitación o incluir ambas. Artículo 17: Es válido que las *manāfi'a* de los bienes constituidos en *waqf* estén reservadas al fundador y las utiliza para sí, si así lo ha dispuesto, de forma vitalicia, pasando posteriormente a la finalidad que haya designado. También es válido que sean para una persona determinada o varias personas determinadas, tanto si fueran sus hijos, como familiares o parte de ellos. Es válido que sea para una persona antes de existir, siempre que se establezca que al final sea destinado a una finalidad piadosa que no se extinga.

Sección cuarta. El derecho de habitación.

Artículo 24: quien fuera el titular del derecho de habitación de una casa constituida en *waqf*, puede habitarla mientras viva con su familia, deudos y servicio y puede dejar que la habite un tercero sin contraprestación, aunque fuera un extraño; después de su muerte el derecho se trasmite a su hijo, si así lo dispuso el fundador, si no, a quien hubiera designado este [...] Artículo 27: si la casa constituida en *waqf* como habitación necesitara reparación, los gastos corresponderían a quien tuviera el derecho de habitación, de su propio patrimonio; lo que se construyera sería propiedad suya y de sus herederos después de él. Si se negara a realizar la reparación, el juez la daría en arrendamiento a un tercero y con la renta realizaría las reparaciones y, tras finalizar el plazo, lo devolvería a su titular.

(Los actos que puede realizar el dueño de la *manfa'a* cuál es su responsabilidad) Artículo 28: el titular de la *manfa'a* debe esmerarse en guardar el bien del que se aprovecha. Artículo 29: el propietario de la *manfa'a* que no lo sea a la vez del bien por un contrato gratuito o un arrendamiento puede actuar sobre el bien en el que recae según la costumbre si el objeto del contrato es la *manfa'a* absoluta, sin estar constreñida por alguna restricción. Si estuviera constreñida por alguna restricción, debe cumplirla estrictamente y no sobrepasar ese límite. Artículo 30: el propietario de la *manfa'a* por un contrato a título gratuito no puede arrendar el bien sobre el que tiene un derecho de habitación, ni hipotecarla, pero sí darla en comodato. Artículo 31: los gastos de aprovisionamiento del bien objeto de la misma. Su conservación corresponde al titular de la *manfa'a* y su cobertura al propietario. Artículo 33: si el bien objeto de la *manfa'a* se destruyera sin dolo o negligencia del titular de la *manfa'a*, no respondería.

(مادة 31) المصاريف اللازمة لمؤنة العين المنتفع بها وحفظها تلزم صاحب المنفعة والكسوة على المالك. (مادة 33) إذا تلفت العين المنتفع بها أو هلكت بدون تعدي المنتفع أو تقصيره في المحافظة عليها فلا ضمان عليه.¹⁴⁴⁸

Este proyecto de legislación del que estamos extractando algunos artículos, *Muršid-l-Hīrān I'lā Ma'arifa Aḥwal al-Insān* (El guía del extraviado para conocer los estados del ser humano), elaborado en el Egipto de finales del siglo XIX mantiene una regulación tradicional, según los discípulos de Abū Ḥanīfa. Los beneficiarios del *waqf* son titulares bien de una *manfa'a* (mantenemos que en función del contexto sea traducido como usufructo o como dominio directo), bien de un derecho de uso y habitación. Ambos son disponibles por su propietario (que así es considerado más que como mero titular), si bien en el segundo caso únicamente en comodato.

Los escritos citados no albergan grandes confusiones, sin que haya que agregar muchos más comentarios que los que han seguido a cada uno de los texto. Los beneficiarios del *waqf* son titulares de un usufructo, o dominio útil y, en ocasiones, un mero derecho de uso. Aquellos cuya persona ha quedado plenamente individualizada son plenamente propietarios (usando la terminología de los alfaquíes) de la *manfa'a*. Por contra, los que han sido designados por algún atributo como el ser pobre, vecino, viajero, etc. han de esperar a la partición de los frutos del *waqf*. Antes de la perfección del negocio jurídico de la partición, les asiste una mera expectativa sin más protección jurídica. Si la fundación tiene carácter familiar, se van produciendo sucesivos llamamientos, según los grados de parentesco entre los descendientes: en primer lugar los hijos, después los nietos; hay que esperar que fallezcan todos para bajar un grado. Paradójicamente, al contrario de lo que ocurre con la herencia islámica, los sucesores en el *hubs* sí ocupan la misma posición jurídica que las personas a las que suceden. Sería discutible el reconocimiento del derecho de representación de los hijos de un beneficiario premuerto. En cualquier caso, el fundador está facultado para otorgarlo.

¿Cuál sería la naturaleza jurídica de ese derecho? Los orientalistas tienden a definir la institución, fundamentándose en una traducción literal de las fuentes, como una donación del usufructo; algunos fragmentos se han recogido en nuestro estudio. Raymond Charles¹⁴⁴⁹ así lo considera. La proliferación, continúa, de los *awqāf* genera gran inseguridad en las transmisiones. Con el fin de evitar los perjuicios nacidos de la imposibilidad de comerciar con estas tierras, se crean los contratos de venta de disfrute y la venta del aire; en opinión de este autor francés, resultaría una diferenciación entre una propiedad eminente y un derecho de propiedad útil, susceptible de tráfico jurídico¹⁴⁵⁰. Nuestra tesis difiere e igualmente está basada en la literalidad de los textos que venimos incorporando. El derecho de propiedad sobre la *manfa'a* tiene las mismas peculiaridades que aquella cuyo objeto es la *raqaba* y la *manfa'a* conjuntamente. Como regla general, ambos derechos son disponibles por su titular con independencia, aunque en ocasiones se produzcan ciertas limitaciones a esta facultad. En consecuencia, creemos que en el *fiqh*, mayoritariamente, la distinción entre propiedad directa y útil está implícita en la definición del dominio en el derecho islámico; no se limita únicamente al *waqf*, el régimen jurídico del arrendamiento también apunta a esta dirección. En este epígrafe, las palabras de al-Suyūṭī¹⁴⁵¹ son un pilar sólido para sustentar nuestra tesis sobre la división del dominio en la *Šarī'a*. En partes de nuestro trabajo anteriores hemos acudido a otras obras de autores de otras escuelas ortodoxas muy similares.

El aspecto que más nos interesa en nuestra investigación sería la relación entre los distintos beneficiarios cuando se trata de una pluralidad. Se ha de concluir que constituirían una comunidad de bienes, cada uno de ellos copropietario de la *manfa'a*. Como tal condominio, se facilita su disolución y se ha de realizar la partición. Cada uno tiene perfectamente definida su cuota y mantiene su propia identidad, mientras que la unión de todos ellos no es reconocida por el derecho como titular de derechos y obligaciones. La posición del administrador, el cual normalmente explota el bien y entrega la parte de los frutos que corresponde a cada uno y que ha de autorizar la disposición de los beneficiarios de su dominio útil, pudiera inducir a dotar de cierta autonomía jurídica al conjunto de propietarios. Sin embargo, se niega expresamente, como hace al-Suyūṭī, que

el encargado de gestionar este patrimonio tenga la condición de representante de los beneficiarios. Ya establecimos que su papel es el de ejecutar la voluntad del fundador. Así parece que se ha transmitido a algunas legislaciones árabes modernas, donde el *waqf* tiene el privilegio de la personalidad jurídica y su representante sería el administrador. La respuesta al interrogante que nos plantea la definición del jurista de Castro ha de ser negativa, al menos desde el punto de vista de los beneficiarios. En el siguiente capítulo analizaremos la cuestión desde la perspectiva del conjunto de bienes constituidos en *hubs*; quizás la contestación adquiera diferentes matices.

A modo de punto y final del epígrafe e invitación a la apertura de futuras líneas de investigación habría que subrayar la relación entre esta figura y el *jarāy*; también, en el ámbito de al-Andalus, resultaría muy fructífero realizar un estudio comparativo con el mayorazgo.

5.2.2 Contratos asociativos; los distintos tipos de sociedad en derecho islámico

Esta variedad de negocios jurídicos suponen una herramienta favorecedora del comercio. En el mundo islámico surgieron grandes mercaderes que crearon una gran red de agentes a través de sus diferentes regiones¹⁴⁵², unidos seguramente por alguna de las relaciones contractuales que serán objeto de este epígrafe. Otro asunto incidental que nos vuelve a aparecer es la presencia o no de gremios en el mundo islámico. No cabe duda de que los artesanos y profesionales del comercio se unían mediante asociaciones contractuales libres del tipo que estudiaremos ahora y así se desprende de los tratados de *fiqh* y es la opinión que recoge Pedro Chalmeta, siguiendo a Shlomo Dov Goitein¹⁴⁵³. Sin embargo, estas uniones se encuentran bastante alejadas de sus homólogas europeas tipo *guild*, pues, salvo contados episodios esporádicos, no defendían intereses profesionales, sino que estaban agrupados en el zoco normalmente por intereses de control y tributarios del poder político¹⁴⁵⁴. Asimismo, otros autores, es el caso de Nelly Hanna, establecen, para la época otomana, siglo XVIII, una dicotomía entre la legalidad que nace de la *Šarī'a* y la práctica real de los comerciantes: los gremios no tendrían un reconocimiento por esta, pero sí una existencia fáctica con su propia estructura. Esta asociación profesional dio origen a un tipo especial de *waqf*, sobre bienes muebles y cuyos beneficios se empleaban en intereses gremiales¹⁴⁵⁵. Afrontamos unos hechos similares en una narración de Ibn Baṭūta, sobre una cofradía de sufíes en la ciudad de Antalya, unos siglos antes, en la que, según las palabras de este viajero, existía una asociación libre de artesanos de varios oficios quienes construyen edificios para las funciones de la hermandad, y cuyos miembros elegían entre ellos a sus maestros.

A lo largo de las páginas precedentes, hemos postulado que la *Šarī'a* difumina los límites entre las comunidades de bienes y el contrato de sociedad, reguladas bajo un mismo *nomen* jurídico: *šarika*. Los ulemas distinguen entre la *šarika-l-amlāk* (sociedad sobre propiedades) y *šarika-l-'uqūd* (sociedad de contratos o contractual). El presente epígrafe se aproxima a esta última categoría. El *fiqh* conoce innumerables tipos de contratos de sociedad. Nuestra misión no será analizarlas todas, sino realizar las pesquisas necesarias a fin de averiguar si el consentimiento de los intervinientes causa la aparición de un sujeto independiente de los mismos. En especial, habremos de indagar sobre las relaciones entre los socios y las de la sociedad, si existieran, con los terceros.

(5) باب: إذا قال: أكفني مؤونة النخل وغيره وتشركني في الثمر.

2325- حدثنا الحكم بن نافع: أخبرنا [...] قالت الأنصار للنبي، ص، أقسم بيننا وبين إخواننا النخيل، قال "لا"، فقالوا: تكفونا المؤونة وتشركنكم في الثمرة، قالوا: سمعنا وأطعنا¹⁴⁵⁶.

Existen un número importante de hadices sobre los que se fundamenta la regulación de los contratos colaborativos. En este caso, nos encontramos ante la prohibición de Muḥammad de repartir entre sus aliados las palmeras de una plantación. Ante esta negativa, la solución radica en

a (5) Capítulo: Si dijera: Me es suficiente las provisiones de la palmera y demás y compartes conmigo los frutos.

2325- Me contó al-Ḥakam b. Nāfi': Nos informó [...] Los aliados dijeron al profeta: Divide entre nuestros hermanos y nosotros las palmeras. Contestó: "No". Dijeron entonces: Nos es suficiente las provisiones y que participéis con nosotros en los frutos. Dijeron: Hemos escuchado y obedecido.

que se mantiene la propiedad del campo de palmeras, unos aportan el trabajo y los aperos necesarios para su cultivo y ambos se reparten los frutos.

2328^a- حدثنا [...] أن النبي، ص، عامل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع، فكان يُعطي أزواجه مائة وسق، ثمانون وسق تمر، وعشرون وسق شعير، وقسم عمر خيبر فخير أزواج النبي، ص، أن يقطع لهن من الماء والأرض أو يمضي لهن، لمنهن من أختار الأرض، و منهن من أختار الوسق، وكانت عائشة إختارت الأرض¹⁴⁵⁷.

La principal base legal del régimen jurídico de los contratos en los que varias personas cooperan en la explotación de las tierras radica en la actuación del profeta tras la conquista del enclave judío de Jaybar. Permitió a la población mantener la posesión de los oasis datileros de la ciudad a cambio de que le entregaran una parte de la producción. Entre otros hemos escogidos este hadiz, del cual también nos aprovechamos en la explicación sobre la diferencia entre comunidad de bienes y sociedad.

[...] ^b فلما نزل أهل خيبر على ذلك، سألوا رسول الله أن يعاملهم بالأموال على نصف، وقالوا: نحن أعلم بها منكم؛ وأمر لهما؛ فصالحهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على النصف...¹⁴⁵⁸

El episodio en esta población, situada cerca de Medina en el camino en dirección a Siria¹⁴⁵⁹, ha sido relatado no solo por juristas y especialistas en hadices, sino también por los historiadores musulmanes, entre ellos uno de los más famosos: al-Ṭabarī.

^c فلما كما مسلمة بن عبد الله بن مروان: توجه غازياً للروم من نحو الثغور الجزرية عسكر ببالس فأتاه أهلها وأهل بوبلس وقاصرين وعابدين وصفين، وهي قرى منسوبة إليها فأتاه أهل الحد الأعلى فسألوه جميعاً أن يحفر لهم نهراً من الفرات يسقى أرضهم على أن يجعلوا له الثلث من غلاتهم بعد عشر السلطان الذي كان يأخذه ففعل فحفر النهر المعروف بنهر مسلمة ووفوا له بالشرط [...]

ويقال: بل كان ابتداء الغرض من مسلمة وأنه دعاهم إلى هذه المعاملة فلما مات مسلمة صارت بالبس وقرأها لورثته لم تنزل في أيدهم إلى أن جاءت الدولة المباركة وقبض عبد الله بن علي أموال بني أمية...¹⁴⁶⁰

Aparte del precedente histórico del profeta con los judíos de Jaybar¹⁴⁶¹, esta crónica nos acerca a otro en el que Maslama b. 'Abd Allah b. Marwān, uno de los principales jefes militares omeyas quien durante el siglo VIII llevó a cabo numerosas incursiones contra el Imperio Bizantino¹⁴⁶², llegó a un acuerdo con la población de Bālis, mediante el cual, a cambio de otorgarles un tercio de las cosechas, les construyó un canal de riego. Esta ciudad estaba situada entre Alepo y al-Raqqā, a orillas del Éufrates¹⁴⁶³. Según continúa el historiador, esta especie de consorcio terminó con la llegada de la dinastía 'abbāsī.

a 2328- Nos habló [...] que el profeta actuó con Jaybar partiendo lo que produjera de frutos y cosechas, les daba a sus esposas unos veinte mil litros, dieciséis mil de dátiles y cuatro mil de cebada. 'Umar repartió Jaybar y dio a elegir a las esposas del profeta entre las tierras o el producto, entre ellas hubo quien escogió las tierras y otras escogieron el producto. 'A'īša escogió la tierra.

b [...] Cuando se le presentó la gente de Jaybar para esto, solicitaron al profeta de Dios que tratara a los bienes por la mitad. Y dijeron: Nosotros los conocemos mejor y los mantenemos mejor. Así, el profeta lo acordó con ellos a la mitad...

c Cuando Maslama b. 'Abd Allāh b. Marwān: se dirigió para atacar a los bizantinos en la frontera de al-Ŷazariyya con un ejército en Bālis y repartió a la gente de Būblis, Qāṣirayn, 'Ābidayn y Ṣafayn, que son aldeas pertenecientes a Bālis, le dio a la gente de la parte superior y les exigió a todos que excavarán un canal desde el Éufrates para que regaran sus tierras a cambio de darles un tercio de sus cosechas. Tras el décimo sultán que tomó esta parte, excavaron el canal conocido como el canal de Maslama y cumplieron la condición impuesta [...]

Y se dice: este propósito comenzó con Maslama y él los invitó a esta sociedad. Al morir Maslama, Bālis y sus aldeas pasaron a sus herederos y permanecieron en sus manos hasta que llegó el *Estado Bendito* y 'Abd Allah b. 'Alī se apropió de los bienes de los Omeyas...

a [...] ثلاثة أشخاص إشتراكوا على أن يعطي أحدهم أربع مائة مثقال ونصف المائة وعمل معهم في الخدمة التي راموها وهي الدباغة، ويعطي آخر مائة مثقال واحدة ويعمل معهم، والثالث يخدم ولا يعطي مالاً، فعملوا في ذلك حسبما ذكر، وزاد الأول عبد له في دبع الجلد [...]

الجواب بتوفيق الله سبحانه، أن الشركة المذكور فاسدة وما حصل فيها من الربح هو لصاحبي المال خاصة يقسم بينهما على نسبة ماليهما، فيأخذ صاحب الأربع مائة وخمسين مثقالاً تسع أجزاء من أحد عشر جزءاً، ويأخذ صاحب المائة جزئين، والذي لا مال له أجره عمله وعليهما معاً على النسبة المذكورة، وكذا أجره العبد هي عليهما على النسبة المذكورة...¹⁴⁶⁴

En esta fetua de un ulema *mālikī* la presencia de un socio trabajador junto a dos socios que aportan trabajo y capital anula la sociedad. Los beneficios y gastos en esta sociedad de trabajo se han de repartir en función no de la labor de cada uno sino según el porcentaje de aportación de capital.

b [...] وسئل أيضاً عن شريكين أخرجاً مالاً، وعليه إنعقدت شركتهما ثم فوض كل واحد لصاحبه في عقد الشركة في البيع والإبتياح.

فاجاب غيره: إنها شركة صحيحة، وما إشتراك أحدهم بدين، لازم له ولصاحبه، وجائز لأحدهما أن يشتري بالدين ويكونا فيه شركاء الربح والخسارة لهما عليهما حسبما قاله ابن رشد وغيره، وهو الصحيح من المذهب¹⁴⁶⁵.

Los seguidores de Mālik b. Anas consideran ajustada a derecho la sociedad consistente en la aportación de bienes para comprar y vender, repartiéndose las ganancias y pérdidas, incluso si la compra se efectuara con el pago aplazado. Según se desprende del contenido de la respuesta jurisprudencial, los socios serían representantes unos de otros, de tal manera que los negocios entablados por uno producirían efectos jurídicos activos (derechos) y pasivos (obligaciones) en la esfera del otro.

c الجواب بتوفيق الله: أنه يجب على الشريك المذكور ضمان نصيب شريكه مما فوت عليه من الثمن الذي كانت تساويه السلعة حين وصولها إليه؛ لأنه متعد في ترك البيع وقد وصلت من الربح المذكور، والعادة تقتضي أن لا يؤخر، فهو بتأخيره حتى وقعت فيه الخسارة متعد، فوجب عليه الضمان بذلك، وكل من شريكي المفاوضات وكيل عن صاحبه كما في نص المختصر وغيره. وقد نصوا في الوكيل يتعدي ويعطل ما أمر بفعله أنه ضامن لما فات بسبب تعطل¹⁴⁶⁶.

Se insiste en que la principal naturaleza de la sociedad estriba en la mutua representación de los socios, lo que se refleja en la relación entre ambos, pues, como representante, responde frente a su mandante si actúa de manera contraria a las instrucciones recibidas.

d وسئلت عن رجل فقير بالبادية تزوج امرأة كذلك، لها ولدان من غيره، فصار هو يخدم الزرع والغرس ونحو ذلك عن خدمة الرجال، والمرأة تخدم الصوف ولقط السنبل في الفدادين أيام المصيف، ولقط الزيتون الأجرة وشبه ذلك من خدمة النساء،

a Tres personas se asocian, uno de ellos aporta cuatrocientos cincuenta *mitqāl* y a trabajar con ellos en el servicio que les encargan, que es el curtido de pieles; otro aporta ciento un *mitqāl* y el trabajo con ellos; el tercer trabajo sin aportar bienes. Trabajaron según lo estipulado y el primero añadió a su esclavo en el curtido de pieles [...]

La respuesta, con el éxito de Dios el Altísimo, es que la sociedad es nula, y lo que consiguieron de beneficios es para los que aportaron bienes y se lo reparten en función del porcentaje de su aportación. Quien aportó los cuatrocientos cincuenta *mitqāl* le corresponden nueve partes de once, y a quien aportó cien, dos partes. Quien no aportó bienes y solo trabajo, le corresponde la renta propia por su trabajo, que abonan los otros dos en el mismo porcentaje, y así también con la renta del esclavo.

b Y también fue preguntado por dos socios que aportaron bienes y, sobre eso, concluyeron un contrato de sociedad; después cada uno autorizó a su compañero en el contrato de sociedad a comprar y vender.

Respondió otro: la sociedad es válida, y lo que compre cada uno de ellos, endeudándose, le obliga y también a su compañero, y cada uno puede comprar a deuda, compartiendo los beneficios y las pérdidas, según la opinión de Ibn Rušd y otros; eso es válido en la escuela.

c Y la respuesta, y lo correcto es de Dios: el socio mencionado ha de indemnizar a su compañero por lo que ha perdido con el precio que correspondía a la mercancía cuando le llegó, porque se considera que ha abusado de su derecho al dejar la venta, siendo la costumbre que no se retrasara; así, con su retraso ha causado pérdidas injustas, por lo que ha de indemnizar. Todo socio en una sociedad de *mufāwāḍa* es representante de su compañero, como se dispone en *al-Mujtaṣar* y otras. Han establecido que el representante que abuse y dañe en lo que se le ha ordenado hacer debe indemnizar por las pérdidas.

d Fui preguntado por un hombre pobre del desierto que se casó con una mujer, ella tenía dos hijos de otro; él servía en la siembra y en la plantación y otros trabajos propios de hombre. La mujer trabajaba en la lana, recolecta de espigas y como jornalera los días de verano, y otros trabajos propios de mujer a cambio de un salario. El marido compró inmuebles y ganado y aperos. Después repudió a la mujer y quiso quedarse con estas cosas para sí; la mujer se opuso y quiso entrar con él en comunidad de bienes en todo lo que había comprado desde el día que se casaron en proporción a su trabajo y servicio. ¿Le pertenece a ella eso?

حتى يشتري الزوج المذكور أصولاً وماشية وحوانج، ثم تطلق الزوجة وأراد الإستبداد والإختصاص بذلك فأبت هو وأرادت الدخول معه والشركة في جميع ما اشتراه من يوم تزوجها بقدر عملها وخدمتهما، فهل لهما شركة أو لا؟ فأجبت: إن لها ذلك حسيماً نص عليه غير واحد. ففي أجوبة الشيخ ابن ناصر أنه سئل عن رجل وإمرأة، كل واحد منهما يخدم على قدر جهده حتى مات أحدهما أو طلقها، كيف يقتسمان أموالهما؟ فأجاب: تأخذ المرأة بمقدار جريها مما زاد على ماله يوم تزويجها بحسب نظر أهل المعرفة في ذلك. ونحوه في أجوبة العلامة سيدي محمد الوردزي فإنه سئل عن الزوجة، إذا كانت تخدم في دار زوجها، هل له حق فيما إستفاده زوجها من خدمته وخدمتها أو لا؟ فأجاب: قال الإمام ابن العطار: مذهب الإمام مالك وأصحابه، أن المرأة إذا كانت تعمل مثل النسيج والغزل ونحوهما فإنها شريكة الزوج فيما إستفاده من خدمتها أنصافاً بينهما، وكذا الأم مع أولادها والأخت مع إخوتها والبنات مع أبويها، ونساء البادية الحاضرة في هذا سواء¹⁴⁶⁷.

Esta fetua plantea un caso singular. Previamente, sin que nos corresponda dar más explicaciones, nos vemos compelidos a referirnos al régimen patrimonial del matrimonio islámico: se produce un total y radical separación de bienes, sin la presencia de ninguna comunidad de gananciales. Establecida esta aclaración, en este párrafo se plantea la cuestión de la mujer que trabaja junto a su marido; no han concluido un contrato de sociedad de trabajo entre ambos, pero los bienes que el marido adquiera gracias a la labor de su esposa se repartirán por mitades en caso de muerte o repudio. Si la finalidad legal de la sociedad en el derecho islámico se centra en convertir el producto de la acción de los socios en una comunidad de bienes sobre el mismo, se podría hablar de un contrato de sociedad implícito entre cónyuges; no obstante, faltaría la mutua representación.

^aفقد أفتى أبو عمران موسى ابن عبد الله السلماني في أخوين باقيا في دار بينهما على عولة واحدة وخدمة واحدة إلا أن أحدهما كان يتولى البيع والشراء دون الآخر، ثم وقع بينهما خصام فأدعى أحدهما أنه يشتري ذلك لنفسه. فأجاب: إن كان الأمر كما ذكرتم فلا يخيص أحد الأخوين بشيء عن صاحبه مما إكتسبه في حال الشركة؟ قال أبو الحسن في كتاب الشركة: والإخوة على حكم التفاوض، فلا يمتاز أحدهما على الآخر بشيء ماداموا على حكم الشركة¹⁴⁶⁸.

Esta contestación refiere a su vez la fetua emitida por un alfaquí que no hemos podido identificar plenamente. El problema de base radica en la sociedad formada por dos hermanos que comparten casa, trabajo y gastos, aunque uno de ellos es el encargado de comprar y vender. Este pretende que se le adjudiquen en exclusiva los bienes adquiridos de esta manera. El jurista afirma que en el caso de hermanos el tipo de sociedad que formaría sería la del tipo de negociación (*šarika l-mufāwada*), en ningún caso una sociedad de guía (*šarik-l-'inān*). Como comprobaremos en páginas siguientes, ambas consisten en la unión de dos o más personas que aportan capital y realizan negocios jurídicos en nombre del otro. La primera, a pesar de su nombre, se caracteriza porque las aportaciones y el reparto de beneficios han de ser totalmente iguales. En el caso que nos ocupa, es posible deducir del texto que los dos hermanos hubieran llevado a cabo un contrato, al contrario que el texto sobre los esposos. En cualquier caso, para el ulema la condición de ser familiares tan próximos impide que la sociedad incluya una mayor participación de uno frente al otro, entendiéndose que la cuota de ambos es idéntica.

Contesté. Sí, a ella le corresponde, en virtud de lo dispuesto por más de uno. En la respuesta del šayj Ibn Nāšir quien fue preguntado por un hombre y una mujer, cada uno trabajando según su capacidad hasta la muerte del cónyuge o el repudio. ¿cómo se reparten los bienes?

Contestó: la mujer toma de los bienes en proporción a su labor sobre los bienes que su marido hubiera acumulado desde el día de la boda, según la opinión de los expertos. Así también contestó el ulema saydī Muḥammad al-Warzīzī quien fue preguntado por una esposa que trabajaba en la casa de su marido. ¿Tiene derecho a lo que se ha aprovechado su marido por su labor o no? Contestó: El imán Ibn 'Aṭṭār respondió: la escuela del imán Mālik y sus compañeros considera que la mujer, si trabajaba como tejedora, lavandera o similar, es socia de su marido en lo que este aprovecha, a mitad. Así también la madre con sus hijos, la hermana con sus hermanos y la hija con sus padres. Las mujeres del campo y de la ciudad son iguales en esto.

a Abū 'Umrām Mūsā Ibn 'Abd Allah emitió una fetua sobre dos hermanos que permanecieron en una casa conjunta estipulando un gasto y un trabajo, pero uno de ellos se encargaba de comprar y vender sin que el otro interviniera. Después ocurrió entre ellos una disputa y uno de ellos demandó alegando que compraba para sí mismo.

Contestó: Si el asunto es como lo describió, ninguno de los dos hermanos se queda en exclusiva nada de lo que han adquirido frente a su socio, en caso de sociedad. Abū al-Ḥasan en su libro sobre la sociedad ha dicho: a los hermanos se les aplica el régimen de la negociación (*al-tafāwuḍ*), de manera que ninguno tiene privilegios sobre el otro en nada mientras se mantengan en sociedad.

^aوسئل القاضي أبو سالم إبراهيم الكلالي عن أخوين بقيا على الشركة في متخلف والدهما ولم يختص أحدهما بشيء دون الآخر، ثم غاب أحدهما للقراءة والحج، وأقام سنين ثم رجع ووجد أخاه زاد أملاكاً على ما ترك عنده وماشياً وأثاث في الدار، فطلبه في القسمة فقال له: هذه الأملاك كلها لي، وكذا كل ما وجدته عندي زائداً على ما تعرفه فإنما إشتريته لنفسني، فهل يكون له كما زعم أو بينه وبين أخيه؟

فأجاب: إذا لم يكن لهما من المال إلا ما هما مشتركان فيه ولا إختصاص لأحدهما بشيء، فجميع مشترهما بينهما، والسلام. وأجاب غيره: إن كان الأمر كما ذكرتم، فما إشتراه الأخ في حضرة أخيه وغيبته هو بينهما على حسب شركتهما في متخلف والدهما؛ لأنه مفاوضة، ومعنى المفاوضة أن كل واحد منهما فوض لأصاحبه أن كل ما جر من نفع إليهما، وسواء إجتمعا عليه أو انفرد أحدهما فيه¹⁴⁶⁹.

Esta nueva respuesta, de un juez del que no tenemos más datos, se confirma que entre hermanos la relación de sociedad ha de ser a partes iguales (*mufāwada*). El hecho de que en este caso uno de los hermanos se hubiera ausentado durante años, quedando el otro al cargo de todo, no resulta un obstáculo, ni le otorga derecho al socio que realmente actuó a una cuota mayor. La ausencia de uno no le priva de su derecho. No debemos pasar a otros fragmentos sin hacer notar que la sociedad se mantiene desde la época de sus padres. La continuidad del ente es una condición para alcanzar la personalidad jurídica.

^b(قوله إذن الخ) أي أن يأذن كل واحد من الشريكين لأصاحبه في أن يتصرف للأذن ولنفسه في مال لا أنه يتصرف للأذن وحده وإلا كان وكالة والمراد إذن كل منهما للآخر في التصرف ولو في ثاني حال أي بعد العقد وحينئذ فيشمل التعريف شركة المفاوضة وشركة الذمم [...] (1) ولصدق التعريف حينئذ بقول من ملك شيئاً لغيره أذنت لك في التصرف فيه معي وقول الآخر له مثل ذلك في ملكه مع أن ذلك ليس شركة لأنه لو هلك ملك أحدهما لم يضمه الآخر وهو لازم للشركة ونفي اللازم يقتضي نفي الملزوم (قوله يشمل الوكالة والقراض) أي من الجانبين فيهما [...] ويدخل فيه الوكالة من الجانبين (قوله وإنما تصح من أهل التوكيل والتوكل) أي إنما تصح ممن كان متأهلاً لأن يوكل غيره ويتوكل لغيره لأن العاقدين للشركة كل واحد منهما وكيل عن صاحبه وموكل لأصاحبه فمن جاز له أن يوكل ويتوكل جاز له أن يشارك ومن لا فلا [...] (قوله ولزمت بما يدل عليها عرفاً) أي سواء كان قولاً كما ذكر للصنف أو فعلاً كخلط المالين والتجر فيهما والحاصل أنها تلزم بكل ما يدل عليه عرفاً سواء كان قولاً فقط أو فعلاً فقط وأولى إذا إجتمعا وما ذكره المصنف من لزومها بالقول هو الذي لإبن يونس وعياض وفي التنبيهات الشركة عقد لازم

a El juez Abū Sālim Ibrāhīm al-Kilālī fue preguntado por dos hermanos que permanecieron en la sociedad que había dejado su padre, sin que ninguno de ellos tuviera como propio nada. Posteriormente, uno de los dos se ausentó para estudiar y realizar la peregrinación. Permaneció varios años y regresó, encontrando que su hermano había aumentado sus propiedades respecto a lo que había dejado, poseyendo ganado y muebles en la casa. Le reclamó la partición. Le contestó: estas propiedades son todas mías, lo que has encontrado de más respecto a lo que conocías lo he comprado para mí. ¿Se ha de estar a lo que ha dicho o repartir entre ambos?

Contestó: si no tienen más bienes que los que tenían en común sin que nada fuera propio de alguno, todo lo que se ha comprado ha de ser entre los dos. Y la paz.

Respondió otro: si el asunto es tal y como lo presentáis, lo que el hermano compró en presencia de su hermano y en su ausencia es de ambos, según la sociedad que tenían por haberla heredado de su padre. Porque es una *mufāwada* y el significado de la *mufāwada* es que cada uno de los dos encarga al otro que todo lo que obtenga sea de los dos, tanto si están juntos como no.

b (En su expresión *·permiso y etc.*) es decir, que cada uno de los dos socios autoriza a su compañero a actuar por el autorizante y por sí mismo en el patrimonio, no que actúa únicamente por el ordenante, pues así sería una delegación; lo que se quiere decir con el permiso es que es de cada uno de los dos hacia el otro para actuar, aunque sea posterior, o sea, tras el contrato. Así, incluye en la definición la sociedad de negociación y la sociedad de *dimam* [...] (1) Para confirmar la definición, así la expresión de uno que adquiere la propiedad de algo para otro: te doy autorización para actuar sobre este bien conmigo; y el otro que le dice algo parecido, no sería una sociedad porque si el bien propiedad de uno de los dos pereciera, no respondería frente al otro; esto (la responsabilidad) es obligatoria en la sociedad; negar lo obligatorio implica negar lo obligado. (Y su expresión: incluye la delegación y la comandita), es decir, por ambas partes en los dos tipos [...] y se incluye en ella la mutua delegación. (Y su expresión: solo es válida entre personas capaces para delegar y ser delegados); es decir, solo es válida entre las personas con capacidad para delegar en otro y recibir una delegación de otro, porque los dos contratantes de la sociedad son, ambos, delegante y delegado del otro, así que en quien es válido la delegación y ser delegado es válido asociarse y en quien no, no [...] (Su expresión: y es ejecutiva con lo aquello que establezca la costumbre); es decir, tanto de palabra, como se menciona en *al-Mušannaḥ*, o de hecho, como con la unión de las aportaciones para el comercio. El resultado es que es obligatoria para los contratantes con aquello que establezca la costumbre, bien solo de palabra o de hecho. Se prefiere que ambos coincidan. Lo que se ha mencionado en *al-Mušannaḥ* que es obligatoria por la palabra es la opinión de Ibn Yūnus y ʿIyyāḍ; así en *al-Tanbīhāt* la sociedad es un contrato que deviene obligatorio por la palabra como el resto de los contratos y las contraprestaciones; es la opinión de Ibn al-Qāsim. La opinión de otros es que deviene obligatoria cuando se confunden las aportaciones [...] Así, la sociedad, por una parte, es como una venta de la aportación de uno a cambio de la aportación de otro.

بالقول كسائر العقود والمعاضات وهذا مذهب ابن القاسم ومذهب غيره أنها لا تلزم إلا بخلط المالين [...] فالشركة من جهة بيع كل منهما بعض ماله ببعض مال الآخر...¹⁴⁷⁰

En esta glosa de al-Dasūqī, el profesor *mālikī* de la Universidad cairota de al-Azhar en el siglo XIX, determina la naturaleza última del contrato de sociedad: ambos contratantes actúan en nombre y representación de su socio; la falta de este requisito invalidaría el negocio jurídico. No se debe pasar por alto que en la mayoría de las obras de los ulemas se emplea el número dual árabe, bien porque sean los intervinientes mínimos o porque se entienda que es lo natural. No obstante, existen divergencias entre los distintos miembros de la escuela sobre a partir de qué momento se perfecciona la transacción. En opinión de una corriente se trata de un contrato consensual en el que la coincidencia de voluntades crea obligaciones y, en virtud de otra línea, se ha de producir la confusión de las aportaciones de los socios. El hecho distintivo de la sociedad, vista por el *fiqh*, se asienta sobre una recíproca representación que los faculta para realizar actos y negocios jurídicos cuyos efectos se producirán en la esfera jurídica de su socio. En Roma, el foco se centraba en la puesta en común de bienes y actividades para el reparto de ganancias¹⁴⁷¹.

^a (قوله ثم إن أطلقا الخ) أي ثم بعد إنعقاد الشركة بقولهم إشتراكنا مثلاً أن جعل كل واحد منهما للآخر التصرف في غيبته وحضوره بالبيع والشراء والكرء والإكترء وغير ذلك هذا إذا كان ذلك الإطلاق في جميع الأنواع بل وإن كان في نوع خاص فتلك الشركة تسمى شركة مفاوضة*...¹⁴⁷²

Si la relación entre contratantes estuviera basada en actuar en nombre del otro al objeto de concluir cualquier tipo de negocio o alguno en particular, la sociedad se denominaría *šarika l-mufāwada* (sociedad de negociación); la mutua representación propia consistiría en comerciar por delegación de su socio.

^b القول في شركة المفاوضة.

وإختلفوا في شركة المفاوضة؛ فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها، وإن كان إختلفوا في بعض شروطها؛ وقال الشافعي: لا يجوز. ومعنى شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره، وذلك واقع عندهم في جميع أنواع الممتلكات. وعمدة الشافعي أن إسم الشركة إنما ينطلق على إختلاط الأموال، فإن الأرباح فروع، لا يجوز أن تكون الفروع مشتركة إلا بإشتراك أصولها؛ وأما إذا إشتراط كل واحد منهما ربحاً لصاحبه في ملك نفسه من الغرر ومما لا يجوز، وهذه صفة شركة المفاوضة¹⁴⁷³.

Al definir la sociedad de negociación o *šarika l-mufāwada*, el filósofo andalusí Averroes estima que se fundamenta en la mutua representación de los socios para disponer de los bienes de su compañero siendo los beneficios en comunidad de bienes para ambos. Es un tipo de contrato válido en virtud de lo estipulado por las principales escuelas, excepto para al-Šāfi'ī. El argumento de este ilustra la íntima unión entre sociedad y comunidad de bienes que ya tuvimos ocasión de destacar y la distinta naturaleza de la sociedad de origen latino. Según el fundador de la ciencia jurídica islámica, no sería válida la confusión de los beneficios (algo derivado de los bienes) sin que previamente se hubiera producido la de los patrimonios que le dan origen.

^c القول في شركة الأبدان.

a (Su expresión: si permitieran, etc.) Es decir, tras concluirse el contrato de sociedad, al asociarse, por ejemplo, para hacer que cada uno de los dos puede actuar por el otro tanto en su ausencia como en su presencia, comprando, vendiendo, dando algo en alquiler, alquilando y demás, si se permitiera en todo ello, incluso en un negocio especial, esa sociedad se llamaría *šarika l-mufāwada* (sociedad de negociación)*...

b Sobre la *šarika l-mufāwada* (sociedad de negociación).

Discrepan sobre la *šarika l-mufāwada* (sociedad de negociación); Mālik y Abū Ḥanīfa coinciden totalmente en su validez, si bien difieren en alguno de sus requisitos. Al-Šāfi'ī opina que no es válida. El significado de *šarika l-mufāwada* es que cada uno de los socios delegue en su compañero la actuación sobre sus bienes, en su presencia y en su ausencia, y eso es así para ellos en todo tipo de propiedades. El argumento de al-Šāfi'ī se asienta en que el nombre de sociedad (*šarika*) únicamente se aplica a la confusión de bienes (comunidad de bienes). Los beneficios son derivados y no es válida la confusión de derivados sin que exista la de sus raíces. Y estipular cada uno en favor de sus compañeros los beneficios sobre bienes propios es un riesgo prohibido y que no es válido; esa sería la cualidad de la *šarika l-mufāwada*.

c Sobre *al-šarika-l-abdān* (sociedad de cuerpos). *Šarika-l-abdān* para Abū Ḥanīfa y los *mālikīes* es totalmente válida. La prohíbe al-Šāfi'ī. El fundamento de los *šāfi'īes* se sustenta en que la sociedad sólo se especializa en bienes, no en trabajos, porque eso es ordenable, representando un riesgo para ellos, pues el trabajo de cada uno es desconocido para su compañero. El fundamento de los *mālikīes* se basa en la participación de los soldados en el botín, pues su título para

وشركة الأبدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة، ومنع منها الشافعي. وعمدة الشافعية أن الشركة إنما تختص بالأموال لا بالأعمال، لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم، وإذا كان عمل كل واحد منهما مجهولاً عند صاحبه. وعمد المالكية إشتراك الغانمين في الغنيمة، وهم إنما إستحقوا ذلك بالعمل [...] القول في شركة الوجوه.

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة؛ وقال أبو حنيفة: جائزة. وهذه الشركة هي الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال. وعمدة مالك والشافعي أن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل، وكلاهما معدومان في هذه المسئلة مع ما في ذلك من الغرر، لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص؛ وأبو حنيفة يعتمد أنه عمل من الأعمال فجاز أن تتعد عليه الشركة¹⁴⁷⁴.

Centra su interés este filósofo y jurista en dos tipos de sociedad: *šarika-l-abdan* y *šarika-l-ūyūh*. En la primera, los socios aportan su trabajo (literalmente, los cuerpos); en la otra, su *dimma*, o, simplificando un poco lo que ya vimos en su momento, su aptitud para asumir deudas. El trabajo es susceptible de ser aportado, menos para al-Šāfi'ī, que lo considera en tal grado indeterminado que supone un riesgo capaz de anular el contrato. Para Mālik b. Anas, la fundamentación de su validez no está cimentada en su consideración como un bien aportable a la sociedad, sino en la analogía con los beneficiarios del botín, quienes adquieren su derecho a la copropiedad del mismo por su participación en la guerra, es decir, por su trabajo. Insisten en que la sociedad consiste en hacer común un resultado. La *šarika-l-ūyūh* solo es considerada como válida por los *ḥanaftes*, quienes la califican como un tipo de trabajo. Las otras escuelas concluyen que la capacidad para endeudarse supondría que cada socio compensaría a otro por algo que no se obtiene por industria o trabajo determinado.

^aالباب السادس. في بيان شركة العقد ويحتوي على ستة فصول. الفصل الأول في بيان تعريف شركة العقد وتقسيمها.

المادة 1239- (شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين إثنين أو أكثر على كون رأس المال والربح مشتركاً بينهم). وكان من اللازم حذف لفظ العقد من المعرف ولفظ الشركة من التعريف وأن يستعمل بدلاً من رأس المال تعبير الأصل حتى لا يلزم في التعريف دور باطل وحتى لا تخرج شركة الوجوه من التعريف والأعمال التي ليس لها رأس مال، فلذلك قد عرفت الشركة في مجمع الأنهر بالعبارة التالية "هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح) المادة 1330- (ركن شركة العقد الإيجاب والقبول لفظاً أو معنى [...]) وشروط عقد الشركة أيضاً أن يكون المعقود عليه قابلاً للتوكيل. فلذلك لا تصح الشركة في المباحات كالإصطياد والإحتشاش والتكدي لأن في هذه الأشياء يثبت الملك لمن يتسبب ويباشر سبب الملك (فتح القدير) وستجئ التفاصيل عن ذلك في شرح المادة (1333)¹⁴⁷⁵.

La *Ma'yalla* otomana, la cual compila el derecho de obligaciones *ḥanaftī*, define el contrato de sociedad como aquel en el que dos o más personas participan en el capital y los beneficios;

reclamarlo es el trabajo [...]

Sobre *al-šarika-l-ūyūh*.

Šarika-l-ūyūh para Mālik y al-Šāfi'ī es nula; y Abū Ḥanīfa opina que es válida. Y esta sociedad se realiza sobre la *dimam*, sin industria ni bienes. El fundamento de Mālik y al-Šāfi'ī radica en que la sociedad sólo puede estar vinculada a bienes o trabajo, y ambos están ausentes en este tipo, con el riesgo que implica, porque cada uno de los dos compensa a su compañero por una adquisición indeterminada, sin industria o trabajo específico; Abū Ḥanīfa argumenta que es un trabajo como cualquiera, así que se puede contratar la sociedad.

a Libro sexto, donde se muestra la sociedad contractual; contiene seis capítulos. Capítulo primero: donde se muestra la definición de sociedad contractual y sus divisiones.

Artículo 1329: "La sociedad contractual es la expresión de un contrato de sociedad entre dos o más por el que comparten el capital y los beneficios".

(Comentario): Se hubiera debido quitar la palabra contrato de lo definido y la palabra sociedad de la definición. También, utilizar en lugar de capital, la conservación de la raíz, para no incluir en la definición algo nulo y que no quedara al margen la sociedad de *ūyūh* de la definición y los trabajos que no tienen capital. Por ello, se ha definido la sociedad en *Mu'yma'a al-Anhar* de la siguiente manera: "es una expresión de un contrato entre los que comparten la raíz y los beneficios".

Artículo 1330: "los requisitos de la sociedad contractual son la oferta y la aceptación, de palabra o por el sentido [...]"

(Comentario) Y entre los requisitos del contrato de sociedad se encuentra que el objeto del mismo sea susceptible de delegación.

Por ello, no es válida la sociedad sobre las cosas permitidas como la caza, el pasto y la recolección, porque en estas cosas la propiedad se adquiere con la realización de la causa de adquisición (*Faṭḥ al-Qadīr*) y vendrán los detalles en la exégesis del artículo 1333.

además se exige para su perfección una oferta y la aceptación de la misma, bien explícita o implícitamente. En un primer examen, este artículo se asemeja casi totalmente a la idea que se tiene en la tradición romanista. Sin embargo, veremos en los siguientes preceptos que la mutua representación juega un papel esencial, como se entrevé en el comentario final del artículo 1330, en el que se incorpora un requisito no presente en el precepto comentado: el objeto del contrato ha de cumplir con la condición de ser susceptible de delegación, en virtud de lo que establece el alfaquí de esta escuela, al-Šūkānī, en su libro *Faṭḥ al-Qadīr*, quien vivió en Yemen durante el siglo XVIII y XIX, accediendo al cargo de juez de Saná¹⁴⁷⁶.

^aوأما بيان شرائط جوازها [...] (أما) الشرائط العامة فأنواع (منها) أهلية الوكالة لأن الوكالة لازمة في الكل وهما أن بصير كل واحد منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الأعمال لأن كل واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع وتقبل الأعمال مقتضى عقد الشركة [...] (ومنها) أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً فإن عينا عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لأن العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة.¹⁴⁷⁷

'Alā'-l-Dīn al-Kāšānī, el gran compilador del *fiqh ḥanafī*, zanja tajantemente los dos requisitos de la sociedad: la representación que cada uno otorga a su socio y la constitución de una comunidad de bienes sobre los beneficios. A diferencia del contrato de tradición romana, la puesta en común es bastante menos trascendente que la constitución de una copropiedad sobre los frutos de la acción de los contratantes.

^bالقاعدة التاسعة والستون: العقد الوارد على عمل معين.

[...] ومنها: الشريك والمضارب وفيهما طريقان: أحدهما: أن حكمهما حكم الوكيل على الخلاف فيه وهي طريقة القاضي والأكثرين والثانية: يجوز لهما التوكيل بدون إذن وهو المجزوم به في المحرر، وكذلك وجهه أبو الخطاب في رؤوس المسائل لعموم تصرفهما وكثرته وطول مدته غالباً، وهذه قرائن تدل على الإذن في التوكيل في البيع والشراء، وكلام ابن عقيل يشعر بالتفريق بين المضارب والشريك فيجوز للشريك التوكيل لأنه علل بأن الشريك إستفاد بعقد الشركة ما هو دونه وهو الوكالة لأنها أخص والشركة أعم فكان له الإستتابة في الأخص بخلاف الوكيل فإنه إستفاد بحكم العقد مثل العقد، وهذا يدل على إلحاق المضارب بالتوكيل...¹⁴⁷⁸

La actuación en nombre y representación del socio es tan importante que el *ḥanbalī* Ibn Raḡab afirma que, a diferencia del mero mandatario, los contratantes de una sociedad están facultados para nombrar representantes aun sin una autorización expresa de sus compañeros.

^c[...] الإستحسان أن الشركة تتعقد على عادة التجارة والتوكيل بالبيع والشراء من عاداتهم ولأنه من ضرورات التجارة لأن التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج إلى التوكيل [...] بخلاف الوكيل بالشراء لأنه لا يملك أن يوكل غيره لأنه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك إلا الشراء فيمكنه مباشرته بنفسه فلا ضرورة إلى أن يوكل غيره ولأن الشركة أعم من الوكالة...¹⁴⁷⁹

a En cuanto a los requisitos de validez [...] (Por lo que respecta) a los requisitos generales (entre ellos) la capacidad para representar, porque la representación es obligatoria en todas; cada uno de los dos se convierte en representante de su compañero para actuar comprando, vendiendo y aceptando trabajos, porque autorizar al compañero para comprar, vender o aceptar trabajos está exigido por el contrato de sociedad [...] (Entre ellos) que el beneficio sea una comunidad de bienes en su totalidad, sin estar determinado, si se determinara en diez, cien o similar, la sociedad sería nula porque el contrato exige la consecución de un sociedad de bienes sobre el beneficio y la determinación la rompería...

b Regla sesenta y nueve: el contrato sobre la realización de un trabajo determinado.

[...] Entre ellos: el socio y el socio trabajador de la *muḏāraba*; existen dos corrientes: una en la que su régimen jurídico es el del representante, aunque con diferencias entre ellos, es la opinión del al-Qādī y la mayoría; la otra: les está permitido a ambos nombrar a su vez representantes sin permiso del socio: es la opinión decretada en *al-Muḥarar* y también la preferida por Abū al-Jaṭṭāb, en *Ru'ūs-l-Masa'il*, por lo general de su actuación, su cantidad y su duración en la mayoría de las ocasiones. Estos indicios prueban que tienen permiso para otorgar representación para comprar y vender. El parecer de Ibn 'Aqīl se inclina a diferenciar el socio del socio trabajador; el primero está facultado para otorgar representación porque se beneficia del contrato de sociedad, lo que no ocurre a otros, como el mandatario, porque el mandato es más restringido y la sociedad más amplia; por eso puede otorgar representación en lo particular a diferencia del mandatario, pues lo hace sobre la base del contrato; esto apoya la inclusión del socio trabajador en el régimen del mandatario.

c [...] Por conveniencia la sociedad se contrata sobre las costumbres de los mercaderes, y la representación para comprar y vender forma parte de sus costumbres, porque es una necesidad del comercio, ya que el comerciante no es capaz de realizar por sí mismo todas las transacciones, así que necesita de un representante, por lo que la representación es una necesidad del comercio, a diferencia del mero mandatario para comprar, ya que no está facultado para nombrar otro mandatario, pues no puede más que comprar, no todos los actos; ese es el motivo por el que puede realizarlo por sí mismo sin necesidad de representante, porque la sociedad es más amplia que la agencia.

Al-Kāšānī define con nitidez la función social de la sociedad: coadyuvar a que los mercaderes lleven a cabo todo tipo de negocios, ya que ellos mismos se verían desbordados para concluir todas las operaciones precisas. La solución que ofrece la *Šarī'a* se asienta sobre dos pilares: una comunidad de bienes sobre los beneficios y la recíproca actuación en nombre y representación de su socio. Otra opción hubiera sido que, ante esa demanda de la práctica comercial, se hubiera creado un nuevo sujeto jurídico que se elevaría entre los comerciantes participantes; sin embargo, todo apunta a que el resultado es más limitado: una especie de pluralidad activa y pasiva (estimo que solidaria) donde cada uno adquiere derechos y contrae obligaciones tanto derivados de su propia actividad como de la de su socio.

المادة 1331- (تنقسم شركة العقد إلى قسمين فإذا عقد الشركاء عقد الشركة بينهم بشرط المساواة التامة وأدخلوا مالهم الذي يصلح أن يكون رأس مال الشركة في الشركة وكانت حصصهم متساوية في رأس المال والربح تكون الشركة شركة المفاوضة فعليه إذا توفي أحد فلاولاده أن يعقدوا شركة مفاوضة بإتخاذهم مجموع الأموال التي إنتقلت إليهم رأس مال على أن يشتروا ويبيعوا كل نوع من الأموال وأن يقسم الربح بينهم على التساوي ولكن وقوع شركة كهذه على المساواة التامة نادرة وإذا عقدوا الشركة بدون إشتراط المساواة التامة تكون شركة عنان).

[...] والمفاوضة أما من التفويض بمعنى المساواة في كل شيء أم من الفيض بمعنى فاض الماء. والقياس عدم جواز هذه الشركة وقد قال بذلك الإمام مالك والشافعي رضي الله عنهما حيث قال لا نعلم ما هي المفاوضة. ووجه القياس هو أن المفاوضة تتضمن الوكالة المجهولة والوكالة المجهولة بما أنهما لا يجوزان على الأفراد فمن باب أولى عدم جوازهم عند الإجماع (الشبلي) ولكن قد جوزت إستحساناً ووجه الإستحسان الحديث الشريف القائل (فاوضوا فإنه أعظم للبركة) (الطحطاوي ومجمع الأنهر)¹⁴⁸⁰

Este número 1331 del cuerpo legal turco que está siendo objeto de nuestra atención nos ofrece una información valiosa: por un lado, delimita dos tipos de contratos de sociedad: de negociación (*šarika-l-mufāwaḍ*) y sociedad de guía (*šarika-l-'inān*). La única diferencia entre ellas es la presencia o no de homogeneidad absoluta entre las aportaciones de los socios y la participación en los beneficios. Su presencia sería un requisito de la primera, mientras que en la segunda no se exigiría. Asimismo, el comentario que lo acompaña nos alerta de que al tratarse un contrato en el que cada socio tomaría la posición de un representante y un fiador de su compañero sobre un objeto desconocido, la sociedad no sería válida para algunas escuelas, por analogía; así en el caso de Mālik b. Anas y al-Šāfi'ī. Esta estricta exigencia que el *fiqh* suele imponer sobre el objeto de los contratos la analizaremos en un epígrafe independiente, dada su gran influencia en el desarrollo o impedimento a la hora de crear un propio concepto de persona jurídica. Finalmente, la facultad de los hijos de utilizar los bienes del capital social que recibieran de su progenitor como herencia para constituir una sociedad de este tipo; es decir, esta no sobrevive a sus miembros, lo cual sería un rasgo propio de los entes distintos a las personas físicas como titulares de derechos y obligaciones, pero se abre la puerta para que los hijos continúen con el contrato.

a Artículo 1331 (La sociedad de contrato se divide en dos tipos. Si los socios concluyeran el contrato con la condición de completa igualdad, incorporaran bienes válidos para constituir capital de la sociedad, sus cuotas fueran iguales tanto en el capital como en los beneficios, la sociedad sería una sociedad de negociación (*šarika-l-mufāwaḍ*) y así, si uno de los socios falleciera, sus hijos podrían concluir un contrato de sociedad de negociación tomando la totalidad de los bienes que se les hubieran transmitido como capital para comprar y vender todo tipo de bienes y repartirse los beneficios en partes equivalentes. Pero la conclusión de sociedades con esta igualdad total es rara. Si concluyeran un contrato de sociedad sin requerir una igualdad total, sería una sociedad de guía (*šarika-l-'inān*).

(Comentario) [...] *Al-mufāwaḍa* proviene bien del *tawfīd*, que significa igualdad, bien de *al-fayḍ*, en el sentido de rebosar el agua. Por analogía, no sería válida esta sociedad; así han opinado el imán Mālik y al-Šāfi'ī, Dios esté satisfecho de ellos, cuando dijeron que conocían que era la *mufāwaḍa*. La analogía se basa en que la *mufāwaḍ* implica una representación sobre algo desconocido y una fianza por algo desconocido, y como ellos dos no lo admiten, pues a primera vista no sería válida si se unieran en un negocio (al-Šablī); pero se ha admitido por *Ihtisān* (aprobación o abandono de la analogía por ser la intención del Legislador; véase (-معجم لغة الفقهاء-) del honorable hadiz (haced partes iguales que es la mayor de las bendiciones) (al-Ṭaḥṭāwī y Mu'yama 'a al-Anhar).

^a(الباب الثاني في المفاوضة * وفيه ثمانية فصول) (الفصل الأول في تفسيرها وشرانطها) أما تفسيرها فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالها وتصرفهما ودينهما ويكون كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتري به كما أنه وكيل عنه كذا في فتح القدير [...] [...]

[...] الباب الثاني في شركة العنان [...] * وصورتها أن يشترك إثنان في نوع خاص من التجارات أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة والمفاوضة فيها فتضمنت معنى الوكالة دون الكفالة...¹⁴⁸¹

El precepto anterior de la *Ma'yalla*, entre otras fuentes, recoge las fetuas que hemos extraído de la colección realizada en la India mogola. La sociedad de negociación (*šarika-l-mufāwāḍ*) exige como condición *sine qua non* tres requisitos: la mutua fianza, la mutua representación y la equivalencia de aportaciones. En definitiva, se produce una pluralidad activa y pasiva, en los derechos y obligaciones de los socios. Se incrementa la seguridad de los terceros, mas a través de una relación con cada socio, sin que se interponga un ente independiente; ahora bien, cada uno respondería por la totalidad de la deuda contraída por el otro. Por su parte, la sociedad de guía (*šarika-l-'inān*) únicamente establece que la actuación de cada socio repercute en la esfera jurídica de su compañero, pero sí exige la presencia de la garantía de la fianza, siendo cada socio responsable de las obligaciones contraídas por el otro en proporción a la cuota aportada.

^b(الفصل الثامن في وجوب الضمان على المتفاوضين) إستعار أحد المتفاوضين دابة ليركبها إلى مكان معلوم فركبها شريكه فعطيت فهما ضامنان كذا في المحيط * [...] ثم في مسألة الركوب إذا وجب الضمان وأدى الراكب ذلك من مال الشركة هل يرجع عليه شريكه بنصف ما أدى ينظر إن كان قد ركبها لحاجتها فلا رجوع وإن كان قد ركبها في حاجة نفسه فله الرجوع بنصف ما أدى ولصاحب الدابة أن يطالب بضمن الدابة أيهما شاء كذا في المحيط *...¹⁴⁸²

El recopilador de estas fetuas nos presenta un caso concreto sobre la responsabilidad de los socios frente a los terceros. En el texto, uno de los socios pide prestado una montura con el fin de dirigirse al lugar estipulado; sin embargo, es el otro quien la utiliza, resultando dañado el animal. Ambos son responsables. El dueño de la cabalgadura tiene derecho a exigir la indemnización de cualquiera de los dos según desee; es decir, los socios son responsables solidarios. En cuanto a la relación interna entre los contratantes, si el acto de tomar la montura fuera en beneficio de la sociedad, si se pagara con el capital social, el compañero del que causó la obligación de reparar no podría repetir contra él; si la causa fuera una cuestión privativa, deberá de compensar a su socio por la mitad.

^cالمادة (1333) – (يتضمن كل قسم من شركة العقد الوكالة، وذلك إن كل واحد من الشركاء وكيل لأخر في تصرفه يعني في البيع والشراء وفي تقبل العمل من الغير بالأجرة فلذلك كما أن العقل والتمييز شرط في الوكالة فيشتترط على العموم من في الشركة أن يكون الشركاء عاقلين ومميزين أيضاً).

a (Capítulo segundo sobre la *mufāwāḍa* * tiene ocho secciones). (Sección primera, sobre su definición y sus requisitos). Su definición es la siguiente: que dos hombres sean socios, iguales en bienes y en su actividad, siendo cada uno de ellos fiador del otro en los pactos que les obliguen por compra; asimismo, sería representante del otro. Véase en *Fath-l-Qadīr* [...]

[...] Capítulo tercero sobre la sociedad de *'inān* [...] Su definición es que dos sean socios en un tipo concreto de negocio o en los negocios en general, sin referirse a la fianza ni a la *mufāwāḍa*; en ella se da la representación sin fianza...

b (Sección octava sobre la obligación de indemnizar que tienen los socios) Uno de los socios pide prestada una montura para ir a un lugar determinado, se monta su socio y sufre lesiones, ambos serían responsables; así en *al-Muḥīṭ* * [...] *En la cuestión de la montura, si se debiera indemnizar y el socio que la hubiera utilizado lo hiciera con el dinero de la sociedad, ¿su compañero podría repetir por la mitad de lo que hubiera abonado? Se estaría a si la hubiera utilizado por una necesidad de ambos, en cuyo caso no podría repetir, o por una necesidad privativa, donde sí estaría facultado para repetir por la mitad. El dueño de la montura puede exigir la indemnización por la misma de cualquiera de los dos; así en *al-Muḥīṭ*.

c Artículo 1333: Todos los tipos de sociedad contractual incluyen el contrato de representación; cada uno de los socios es representante del otro en su actuación, es decir, en la compra, en la venta y en la aceptación de un trabajo por el otro a cambio de una renta. Por ello, como la inteligencia y el discernimiento son requisitos de la representación, se requiere en general en la sociedad que los socios tengan la inteligencia y el discernimiento adecuado también.

Todos, entre los seis tipos de sociedad contractual, incluyen la representación para la venta y compra, y no es válido ningún tipo sin la representación, porque si no la incluyera para la compra, ninguno de los socios podría transmitir la propiedad de un bien al otro socio, por falta de autorización mutua, y de esta manera no se conseguiría lo pretendido con la sociedad en lo comprado y el bien comprado permanecería sin ser común, únicamente del comprador (*al-Zil'ī*).

يتضمن كل قسم من أقسام الشركة العقد السنة الوكالة بالبيع والشراء ولا يصح أي نوع من أنواع الشركة بدون وكالة لأنها إذا لم تتضمن الوكالة بالشراء، فلا يمكن لأحد الشريكين أن يدخل مالا إلى ملك الشريك الآخر لعدم ولاية أحدهما على الآخر وبذلك لا يحصل المقصود من الشركة في المشتري ويبقى المال غير مشترك ومختص بالمشتري (الزيلي) 1483.

Este artículo del Código Civil otomano, que nos ejemplificó la débil distinción entre comunidad de bienes y contrato de sociedad que se produce en el *fiqh* en el capítulo tercero de nuestra tesis, nos dibuja una noción de las relaciones entre los socios con peculiaridades: la representación mutua como un requisito de todos los tipos de sociedad; además, esta es de cada socio sobre los demás, no de cada socio en favor de la sociedad. Esta actuación en nombre ajeno en el derecho islámico no coadyuva a la creación de entes independientes de los contratantes. El comentarista acude a la obra de un jurista de la escuela, nacido en la actual Somalia en el siglo XIV, Al-Zīlī, y fallecido en El Cairo¹⁴⁸⁴.

^aالمادة 1334- (تتضمن شركة المفاوضة الكفالة أيضاً وذلك فأهلية المتفاوضين شرط الكفالة أيضاً) كما تتضمن شركة المفاوضة الوكالة كما ذكر في المادة الأنفة تتضمن الكفالة أو أن كل واحد من الشريكين كفيل لمجموع الدين الذي يلحق الشريك الآخر من ضمان أمثال التجارة وليست الكفالة منحصرة في النصف [...] أي يصير كل كفيلاً عن الآخر فيما لحقه من نحو ضمان التجارة والغصب والإستهلاك (مجمع الأنهر). [...] كما أنه إذا لم تتضمن شركة المفاوضة الكفالة ينتج عنها مضرة وهي أن الدين الذي يترتب في ذمة الشريك يضمن جميعه الشريك الآخر بحسب الكفالة (الشبلي) [...]

المادة 1335- (تتضمن شركة العنان الوكالة فقط ولا تتضمن الكفالة، فعليه إذا لم تذكر الكفالة حين عقدها فلا يكون الشركاء كفلاء بعضهم لبعض، ولذلك فللصبي المأذون عقد شركة العنان لكن إذا ذكرت الكفالة حيه عقد شركة العنان يكون الشركاء كفلاء بعضهم لبعض)¹⁴⁸⁵.

Estos dos artículos avanzan en el régimen que regula la relación interna de los socios: en la sociedad de negociación, además de la mutua representación establecida en el artículo anterior, los socios también se convierten en fiadores unos de otros. En el tipo de guía, la fianza únicamente se produciría si así lo hubieran establecido los contratantes en el momento de concluir la sociedad. En consecuencia, los terceros con los que se lleven a cabo negocios jurídicos estarían protegidos por una garantía adicional para el cobro de las deudas: el patrimonio del otro socio por la totalidad de la obligación. Sin embargo, no parece que el capital social asuma obligaciones, como sería el caso si el ordenamiento la considerara un sujeto de derechos y obligaciones.

^b*ولأحدهما أن يرهن مال المفاوضة بدين الفاوضة وبدين عليه خاصة بغير إذن شريكه لأن الرهن قضاء الدين حكماً وأحدهما يملك قضاء دين المفاوضة ودينه خاصة من مهر أو غيره بغير إذن شريكه كذا في محيط السرخسي...¹⁴⁸⁶

En el régimen jurídico que regula la relación de los socios en la sociedad de *mufāwada*, destaca la potestad que asiste a cada socio no únicamente de establecer una prenda sobre bienes de la sociedad en garantía de deudas contraídas en su funcionamiento, sino también para asegurar las deudas privativas del socio. Todo ello sin permiso de su compañero. En el tenor literal de estas respuestas jurisprudenciales *hanafites*, aparecen expresiones como bienes de la *mufāwada* o deudas de la *mufāwada*, en oposición a las deudas privativas de cada socio. A pesar del texto, sería muy

a Artículo 1334- (La sociedad de negociación incluye la fianza también, por ello, la capacidad de los socios ha de ser la misma que para la fianza).

Así como la sociedad de negociación incluye la representación, según el artículo precedente, incluye también la fianza; es decir, cada uno de los socios es fiador por todas las deudas que asuma el otro socio, por garantía en el comercio. No es una fianza limitada a la mitad... Se convierte en fiador del otro por toda garantía del comercio, por usurpación y consumo (*Muḥma'a al-Anhar*).

[...] Si no se incluyera en la sociedad de negociación la fianza, se produciría un perjuicio: la deuda que se generara en la esfera jurídica del socio se incluiría en la del otro socio, según la fianza (al-Šablī).

Artículo 1335- (La sociedad de guía (*inān*) incluye la representación únicamente, pero no la fianza. De esta manera, si no se hubiera mencionado la fianza en el momento de contratar, los socios no serían fiadores unos de otros, y por ello el menor autorizado podría contratar esta sociedad de guía. Pero, si se hubiera mencionado a la hora de contratar la sociedad de guía, los socios serían fiadores unos de otros.

b *Cada uno de ellos puede establecer como prenda un bien de la *mufāwada* para asegurar una deuda de la misma o una deuda propia, sin permiso de su socio, porque la prenda supone la extinción de la deuda por mandato legal, y cada uno puede extinguir la deuda de la *mufāwada* y las deudas privadas como la dote o similar, sin permiso del socio. Así en *Muḥit-l-Sarjasī*.

aventurado establecer que este tipo de sociedad tuviera asignada la titularidad sobre bienes u obligaciones. Existe cierta similitud con la sociedad matrimonial de gananciales española, pero esta tampoco está dotada de personalidad jurídica.

^a[شريكان في تجارة على السواء، وأراد أحدهما زيادة في المال وأسلف الآخر ما يساويه فيه] وسئل عن شريكين بمائة مثقال على حد السوية، فبعد أعوام من شركتهما أراد أحدهما أن يزيد في مال الشركة خمسين دينار ولم يكن عند الآخر ما يزيد فقال له نسلفك نصف الخمسين لتكون الشركة على النصف، هل يجوز ذلك أم لا؟ فأجاب: إن فعلا ذلك لنفاد التجارة فلا يجوز، وإن كان للمعروف والرفق فجاز¹⁴⁸⁷.

Esta fetua recogida en el *Mi'yār*, en cuanto a las normas que regulan las transacciones entre los socios, revela cierta prevención. A la hora de aumentar el capital social, si uno de los dos contratantes no tiene nada que aportar, el otro únicamente podría prestarle la parte que le corresponda atendiendo a la buena voluntad, nunca como forma de poner fin a la sociedad; pues se daría pie a posibles fraudes.

^b[إذا طلب أحد الشريكين القسمة وأبى الآخر، عليهما ديون] وسئل ابن الفخار عن أحد المتفاوضين يريد القسمة ويأبى الآخر وعليهما ديون. فأجاب: لا يقتسمان حتى يؤديا الديون، لأن كل واحد منهما حميل بجمع الدين إفتراقاً أم لا. إنتهى. وفي الإستغناء عن ابن القاسم: لهما أن يقتسما ويأخذ كل غريم صاحبه بأداء ما عليه مخافة أن يفسل فيرجع عليه بما عليه¹⁴⁸⁸.

En cuanto a la partición para poner fin a la sociedad, Ibn al-Fajjār (jurista andalusí nacido en el siglo X, quien tras un viaje a Arabia volvió a Córdoba, pero ante los sucesos de principios del siglo XI huyó instalándose en Valencia¹⁴⁸⁹) exige que antes se paguen todas las deudas; una solución que nos recuerda al régimen sucesorio islámico, en el que el heredero ha de esperar la liquidación de las obligaciones del causante. Otro jurista, Ibn al-Qāsim (ulema egipcio del siglo VIII, uno de los discípulos directos de Mālik b. Anas¹⁴⁹⁰), sí permite esa división pero siendo los socios personalmente responsables solidarios frente a los acreedores sociales.

^cالمادة 1337- (يشترط أن تكون حصة الربح الذي بين الشركاء جزءاً شائعاً كالنصف والثلث والرابع فإذا إتفق على أن يكون لأحد الشركاء كذا درهماً مقطوعاً من الربح تكون الشركة باطلة). [...] أي يجب أن يكون الربح أولاً: جزءاً فإذا شرط كل الربح لأحد الشركاء لا تصح الشركة، ثانياً: أن يكون شائعاً، فلذلك إذا إتفق على أن يكون لأحد الشركاء كذا درهماً مقطوعاً كمائة درهم من الربح وأن يكون الباقي كاملاً للآخر أو مشتركاً تكون الشركة باطلة...¹⁴⁹¹

Por lo que a los beneficios se refiere, estos han de repartirse por cuotas fraccionarias: mitades, tercios, cuartos, etc. Además, han de formar una comunidad de bienes entre los socios; se prohíbe que uno de los socios reciba una cantidad fija, no tenida en común. Observamos como la razón para imponer la mutua representación entre los socios radicaba en que este contrato tiene como causa la propiedad en común de los socios de los bienes obtenidos. Comunidad de bienes y

a (Dos socios para el comercio a partes iguales, uno de ellos quiere incrementar el capital y prestar al otro su parte).

Fue preguntado por dos socios, que habían aportado cien *mitqāl* (aproximadamente 4, 20 gramos de oro) cada uno a partes iguales. Después de años de sociedad, uno de ellos quiso incrementar el capital social en cincuenta dinares, no teniendo su socio nada que aportar. Por ello le dijo que le prestaba la mitad de los cincuenta dinares para que continuara siendo la sociedad a partes iguales. ¿Sería válido eso?

Contestó: si lo hicieran para poner fin al negocio, no sería válido. Si fuera por buena voluntad, sí sería válido.

b (Si uno de los socios pidiera la partición y el otro se negara, teniendo deudas en común)

Fue preguntado Ibn al-Fajjār sobre un socio de una *mufāwada* que quiere repartir, negándose el otro y siendo ambos deudores.

Respondió: no se pueden repartir hasta que no satisfagan las deudas, porque cada uno de ellos está cargado con toda la deuda, se separen o no. Final. En *al-Istignā' de Ibn al Qāsim*: pueden repartir y cada acreedor puede tomar al otro socio para cobrarse, por miedo a que entre en quiebra, y que este repita por lo que le corresponde.

c Artículo 1337- (Se exige que la parte de los beneficios de los socios sea una parte en común, como la mitad, un tercio o un cuarto; si acordaran que a uno de los socios les correspondieran tantos *dirhams*, partidos de los beneficios, la sociedad sería nula.

[...] Es decir, el beneficio ha de ser primero: una cuota, así, si se estipulara que todos los beneficios fueran para uno de los socios, la sociedad no sería válida; segundo: en común, por ello, si estipularan que a un socio le correspondiera tantos *dirhams*, como cien de los beneficios, siendo el resto completamente para el otro o en común, la sociedad sería nula.

sociedad se entremezclan. Los contratantes devienen copropietarios, impidiéndose que sea la sociedad la titular del derecho.

المادة 1348 (إذا لم يوجد واحد من الأمور الثلاثة السالفة الذكر أي المال والعمل والضمان فلا إستحقاق للربح [...])
المادة 1349- (الإستحقاق لربح إنما يكون بالنظر إلى الشرط الذي أورد في عقد الشركة، وليس النظر إلى عمل الذي عمل، فعليه لو لم يعمل الشريك المشروط عمله فيعد كأنه عمل، مثلاً إذا شرطت عمل الشريكين المشتركين في شركة صحيحة وعمل أحدهما فقط ولم يعمل الآخر لعذر أو لغير عذر فيها أنهما وكيلان لبعض فيعمل شريكه بعد كأنه عمل أيضاً ويقسم الربح بينهما على الوجه الذي شرطاه)

الخلاصة: إذا كان العمل مشروطاً على جميع الشركاء فلا يجب إجتماع جميعهم في العمل فإذا أوفى أحدهم العمل فيأخذ جميعهم حصتهم المشروط في الربح (رد المحتار) لأن العامل وكيل عن الشريك الأخر. وأما الوضعية أي العطل والضرر فيكون بالنظر إلى رأس المال ولا يعتبر بلا شرط خلافة. أنظر المادى 1369. (رد المحتار)¹⁴⁹².

Esta pareja de preceptos establece una curiosa norma sobre el reparto de los beneficios entre los socios: se ha de haber estipulado que la aportación de bienes, trabajo o garantía en momento de la conclusión del contrato, para que nazca ese derecho. Una vez que la sociedad se ha constituido, en el caso del trabajo, el socio, aunque no hubiera realizado la actividad a la que se hubiera comprometido, también recibiría la parte que se hubiera estipulado de beneficios. Esta disposición es consecuencia de la condición de que cada uno de los contratantes ocupa la posición de representante de los demás. Resulta bastante lógico que la mutua representación, de cara a los terceros, provoque que el cumplimiento de uno de los socios extinga la deuda; sin embargo, el fundamento jurídico no parece ser la consideración de la sociedad como un sujeto único que cumple sus obligaciones. Además, esa reciprocidad entre los socios tiene otro efecto interno entre ellos: el beneficio obtenido por uno de los mismos beneficia a los demás, aún en el caso de no haber realizado aquello a lo que se obligó en el contrato de sociedad. Esta norma se toma de la obra de un autor de la escuela del siglo XVIII y XIX al que ya nos hemos referido: Ibn 'Ābidayn.

المادة 1350- (الشريكان أميناً بعضهما لبعض ومال الشركة في يد كل واحد منهما في حكم الوديعة، فإذا تلف مال الشركة في يد أحدهما بلا تعد ولا تقصير فلا يضمن حصة شريكه).

الشريكان سواء في شركة مفاوضة أو شريكة العنان أميناً بعضهما لبعض (الطحطاوي)، ويعتبر آخر يد أحد الشريكين على مال الشركة يد أمانة لا القاعدة أن المال المأخوذ بإذن صاحبه أمانة في يد الآخر كالوديعة والمستعار والمال المأجور والمال المرهون. أنظر المادة 771. (الزيلي والشبلي ومجمع الأنهر). ما لم يكن مقبوضاً على وجه البذل كالمقبوض على سوم الشراء والمقبوض على وجه الوثيقة كالمرهون¹⁴⁹³.

Las normas que regulan la responsabilidad de custodia de un socio sobre la parte del otro son las mismas que las que se aplican al depositario o el comodatarario: ha de indemnizar si los daños se hubieran producido mediando negligencia o abuso por su parte.

a Artículo 1348- (Si no se diera alguno de estas tres condiciones reseñadas con antelación, es decir, bienes, trabajo o garantía, no tendría derecho al beneficio [...])

Artículo 1349- (El derecho al beneficio únicamente se tiene en cuenta lo que se estipuló en el contrato en el momento de concluir el contrato, no el momento del trabajo que se ha realizado. De esta manera, si el socio no hubiera trabajado lo que se hubiera estipulado que trabajara, se tomaría como si hubiera trabajado. Por ejemplo, si se hubiera estipulado el trabajo de los socios partícipes en una sociedad válida y únicamente hubiera trabajado uno de ellos y no el otro, justificada o injustificadamente, al ser ambos delegados del otro, el trabajo de uno sería como hecho por el otro, así se repartirían los beneficiarios según lo estipulado).

Resumen: si el trabajo fuera una condición impuesta a todos los socios, no tiene por qué coincidir todos en el trabajo. Si uno de ellos cumpliera, todos los demás tomarían su parte pactada de los beneficios (*Radd-al-Muhtār*), porque el trabajador es un representante de su socio. En cuanto a las pérdidas, es decir los fallos y los daños, se estaría al capital y no se estaría (al trabajo) sin que exista discrepancia. Véase el artículo 1369. (*Radd-al-Muhtār*).

b Artículo 1350- (Los socios son guardadores unos de otros y los bienes de la sociedad en manos de cada uno de los dos están sometidos al régimen del depósito. Si los bienes de la sociedad se destruyeran en manos de uno de los socios sin mediar abuso o negligencia no respondería de la parte de su socio).

Los socios, tanto en la sociedad de negociación como en la de guía, son guardadores unos de otros (al-Ṭaḥṭāwī), y la última mano de uno de los socios sobre los bienes de la sociedad es guardadora, porque la regla es que el bien tomado con permiso de su dueño es de guardador, como en el depósito, el comodato, el alquiler y la prenda. Véase el artículo 771. (al-Zīlī, al-Šablī y *Muḥma'a al-Anhar*). Mientras no se tome mediante contraprestación como en la compra o mediante garantía como en la prenda.

المادة 1351- (يكون رأس المال في شركة الأموال مشتركاً بين الشريكين متساوياً أو متفاضلاً. أما في صورة عقد الشركة بينهما على أن يكون رأس المال من أحدهما والعمل من الآخر فإذا إتفق أن يكون الربح بينهما مشتركاً تكون مضاربة كما سيأتي في الباب المخصوص، وإذا كان تمام الربح سيعود للعامل بضاعة يكون قرضاً، وإذا شرط أن يعود تمام الربح لصاحب رأس المال فيكون رأس المال في يد العامل بضاعة ويكون العامل مستبضعاً وبما أن المستبضع وكيل متبرع فيعود جميع الربح والخسارة على صاحب المال)¹⁴⁹⁴.

Este artículo 1351 de la *Maḡalla*, en función del reparto del capital, el trabajo y los beneficios, clasifica varios tipos de sociedad: si el capital está compartido, sería una sociedad de bienes. Si lo aportara un único socio, capitalista, y el beneficio fuera compartido entre este y el socio trabajador, nos encontraríamos ante una sociedad en comandita, regulada en un capítulo aparte. En el mismo supuesto de existencia de un socio capitalista y otro trabajador, si los beneficios fueran exclusivamente para quien pone su trabajo, nos encontraríamos con un tipo especial de contrato, la *biḡā'a*, del cual se discute su consideración como sociedad. Según el mismo, una persona entrega a otra mercancías para que comercie por ellas, sin pagarle por ello renta alguna. Si los beneficios correspondieran a este agente en exclusiva, nos hallaríamos ante un préstamo. Si, por el contrario, volverían al dueño de los bienes, sería este tipo especial de negocio jurídico. Nos encontramos ante una muestra más, y no será la última, en la que la naturaleza asociativa del contrato se mezcla con otros en función de las relaciones entre los contratantes.

المادة 1353- (تنفسخ الشركة بفسخ أحد الشريكين، لكن يشترط أن يعلم الآخر بفسخه، ولا تنفسخ الشركة ما لم يعلم الآخر بفسخ شريكه)

تنفسخ الشركة بفسخ أحد الشريكين أو إنكاره الشركة أو بقول أحدهما للآخر لا أعمل معك فإنه بمنزلة فاسختط وتنفسخ ولو كان مال الشركة موجوداً في حال العروض. أما الحكم في المضاربة غير ذلك. أنظر المادة 1424 وإنفساخ الشركة بإنكار أحد الشريكين لها مبني على المادة 901، ولذلك فالشريك المنكر يضمن حصة شريكه الآخر (البحر والطحاوي)¹⁴⁹⁵.

La disolución de la sociedad, tal vez por los aspectos que la unen a la comunidad de bienes, no se encuentra con grandes obstáculos; al contrario, basta la simple voluntad de uno de los socios para rescindir el contrato. La única carga que se le impone al contratante que pretende su extinción es informar al otro, pues el contrato se mantendría vigente mientras desconociera su intención, y que deviene responsable de forma más estricta que el deber de custodia que se le exige como depositario, por la parte de los bienes que haya aportado el otro y se encuentren en su poder. A partir del momento en que denuncie la sociedad, se le aplica el régimen del usurpador en cuanto a los posibles daños que acaecieran en los bienes aportados por su socio.

* (فصل) * وأما صفة عقد الشركة فهي أنها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ إلا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه أي بعلمه لو فسخ بمحضر من صاحبه جاز الفسخ وكذا لو كان صاحبه غائباً وعلم بالفسخ.¹⁴⁹⁶

Este texto sirve de argumento para el precepto de la *Maḡalla* que acabamos de estudiar. Es digno de resaltar como la íntima conexión entre contrato de sociedad y comunidad de bienes para la mentalidad islámica provoca que aquella herede la visión negativa y antieconómica de esta que

a Artículo 1351- (El capital, en la sociedad de bienes, está compartido por los socios, a partes iguales o no. En cuanto al tipo de sociedad entre ellos en el que el capital sea de uno de ellos y el trabajo del otro, si acordaran que el beneficio fuera entre ellos en común, sería una sociedad en comandita (*muḡāraba*), como se verá en el capítulo dedicado a ella. Si la totalidad de los beneficios fueran para el trabajador como una *biḡā'a* (una persona que entrega a otra mercancías para que comercie sin pagar salario; *Muḡma'a luga l-fuqahā'*) y sería un préstamo. Si lo estipulado fuera que todo el beneficio fuera para el dueño del capital, sería una *biḡā'a*, siendo la persona a la que se le entrega las mercancías un representante a título gratuito, así que todos los beneficios y las pérdidas corresponderían al dueño del capital.

b Artículo 1353: Se considera rescindida la sociedad cuando uno de los socios la rescinde, pero se exige que el otro conozca esa rescisión. No queda rescindida mientras no conozca el otro socio la rescisión de su socio.

La sociedad se considera rescindida con la rescisión de uno de los socios, su rechazo a la sociedad o que diga que al otro: no voy a trabajar contigo. Y queda rescindida aunque el capital de la sociedad sean bienes en ese momento. El régimen de la *muḡāraba* es diferente; véase el artículo 1424. La rescisión de la sociedad por la negación de uno de los socios se fundamenta en el artículo 901. Por ello, el socio que niega la sociedad es responsable de la cuota de su socio (*al-Baḡar* y *al-Ṭaḡṭāwī*).

c *(Capítulo)* En cuanto a la naturaleza del contrato de sociedad radica en que es un contrato válido no vinculante, de tal manera que cada socio puede rescindirlo, pero se exige para la validez de la rescisión que se realice en presencia de su compañero, es decir, con su conocimiento; si lo rescindiera en presencia de su compañero, sería válida, también si estuviera ausente pero la conociera...

impulsa al derecho a allanar el camino para su disolución. En principio, en nuestra cultura la sociedad implica una idea de continuidad mucho mayor que la simple copropiedad.

المادة 1358- (كما يشترط في شركة الأموال أن يكون المفاوضان متساويين في مقدار رأس المال وفي حصصهما في الربح يشترط أن لا يكون لأحدهما مال غير رأس مال الشركة يصلح لأن يكون رأس مال للشركة فلا تصح شركة المفاوضة فعليه لو كان رأس مال الشريكين متساوياً حين عقد الشركة المفاوضة وملك بعد ذلك أحدهما مالاً صالحاً للإتخاذ رأس مال للشركة بطريقة الهبة أو الصدقة أو الوصية أي دخل في يده أو ورث مالاً كهذه تبطل شركة المفاوضة (رد المحتار) 1497.

[...] فلذلك كما يشترط تساوي رأس المال لأحد الشريكين يصلح لأن يكون رأس مال للشركة ابتداء أي حين عقد الشركة يشترط ذلك بقاء أيضاً. فلذلك لو ملك أحد الشريكين مالاً آخر أثناء العقد الشركة صالحاً للإتخاذ رأس مال للشركة فلا تصح شركة المفاوضة فعليه لو كان رأس مال الشريكين متساوياً حين عقد الشركة المفاوضة وملك بعد ذلك أحدهما مالاً صالحاً للإتخاذ رأس مال للشركة بطريقة الهبة أو الصدقة أو الوصية أي دخل في يده أو ورث مالاً كهذه تبطل شركة المفاوضة (رد المحتار) 1497.

Hacemos alusión a este artículo con la finalidad de mostrar la inflexibilidad que caracteriza al *fiqh ḥanaḥī* en la reglamentación de la sociedad de negociación, la cual, como hemos observado exige una aportación alícuota al capital social por los contratantes, así como una participación equivalente en los beneficios. En el momento que uno de los socios adquiriera un bien, de entre aquellos que se consideran legalmente válidos para constituir el capital social, estando vigente el contrato, la sociedad devendría nula, convirtiéndose, tal y como prevé el artículo 1362, en una sociedad de guía. Los matices propios de la regulación de los contratos asociativos resultan bastante puntillosos.

الفصل السادس. في شركة العنان ويحتوي على ثلاثة مباحث. المبحث الأول. في بيان المسائل المتعلقة بشركة الأموال.
المادة 1365- (لا يشترط في الشريكين شركة العنان أن يكون رأس مالهما متساوياً فيجوز أن يكون رأس مال أحدهما أزيد من رأس ما الآخر، ولا يكون كل واحد منهما مجبوراً على إدخال جميع نقوده في رأس مال بل لهما أن يعقدا الشركة على مجموع مالهما أو على مقدار منه، فلذلك يجوز أن يكون لهما مال يصلح للإتخاذ رأس مال شركة غير رأس مال شركة).
المادة 1367- (على أي وجه شرطة تقسيم الربح في الشركة صحيحة يراعي ذلك الشرط على كل حال إذا كان موافقاً للشرع).

المادة 1369- (الضرر والخسارة التي تحصل بلا تعد ولا تقصير تقسم في كل حال بنسبة مقدار رؤوس الأموال، وإذا شرط خلاف ذلك فلا يعتبر 1498).

Estos tres artículos señalan las diferencias entre la sociedad de negociación (*ṣarika-l-mufāwāḍa*) y la de guía (*ṣarika-l-'inān*). En esta última se permite una aportación y una participación diferente a las partes alícuotas. En cualquier caso, de las pérdidas que se produzcan se responde en función de la cuota de capital social aportado. Esta regla es igual en todos los tipos, sin embargo, en la sociedad de negociación coincide que la aportación se ha de efectuar en la misma cantidad por cada contratante.

a Artículo 1358: Así como se exige en la sociedad de bienes que los socios aporten partes iguales al capital social y que tengan partes iguales de los beneficios, se exige también que ninguno de ellos tenga bienes distintos a los aportados como capital que fueran válidos para ser capital social de la sociedad, es decir, dinero o bienes que tengan su mismo régimen jurídico. Si uno de los socios tuviera bienes distintos de los aportados que no fueran válidos para ser capital social, como bienes muebles, inmuebles o deudas sobre la esfera jurídica de alguien, no perjudicaría la *mufāwāḍa*.

[...] Por eso, como se exige la equivalencia en el capital social aportado por cada socio, de aquellos bienes válidos para constituirlo, a la hora de concluir el contrato de sociedad, se exige que es equivalencia se mantenga. Por ello, si alguno de los socios adquiriera un bien durante la vigencia del contrato de sociedad, y este fuera válido para ser capital social, no sería válida la sociedad de negociación. De ahí que, si el capital de la sociedad era equivalente en el momento de su constitución y alguno de los socios adquiriera un bien de los que se permite aportar al capital social mediante donación, limosna, legado que entrara en su posesión o herencia, se anularía la sociedad de negociación (*Radd-al-Muḥtār*).

b Capítulo sexto. Sobre la sociedad de guía. Contiene seis secciones. Sección primera. Donde se muestra los temas relativos a la sociedad de bienes.

Artículo 1365: No se requiere a los socios de la sociedad de guía que el capital que aporte sea equivalente, así es válido que el capital aportado por uno sea mayor que el del otro. Ninguno de ellos está obligado a aportar todo su dinero como capital, sino que puede estipular que aportan todo su dinero o parte del mismo. Por eso es válido que posean bienes susceptibles de constituir capital social sin aportarlos.

Artículo 1367: Cualquier tipo de estipulación que no sea contraria a derecho que establezca el reparto de beneficio es válida y se ha de estar a ella.

Artículo 1369: Los menoscabos y pérdidas que se produzcan sin mediar abuso o negligencia se reparten en función del capital aportado. Si se estipulara lo contrario, la condición se tendría como no puesta.

المادة 1374- (يجوز لأي كان من الشريكين حال كون رأس المال الشركة في يده أن يشتري الأموال بالنقد وبالنسيئة. لكن إذا اشتري مالا بالغبن الفحش فيكون المال الذي إشتراه له ولا يكون للشركة).
يجوز لأي كان من الشريكين حال كون رأس المال الشركة في يده أن يشتري الأموال بالنقد وبالنسيئة لأن كل ذلك من توابع التجارة (مجمع الأنهر) ويكون المال المشتري للشركة وإذا أدى الشريك ثمن المال المشتري من ماله له الرجوع على شريكه بحصته لأنه وكيل عن شريكه وقد أدى ثمن المال المشتري من ماله [...] المادة 1375- (لا يجوز لأحد الشريكين إذا لم يكن في يده رأس مال الشركة أن يشتري مالا للشركة فإذا اشتري يكون ذلك (المال له)

فإذا اشتري يكون ذلك المال المشتري له سواء إشتري نقداً أو نسيئة. هذا في العنان أما في المفاوضة فالشراء عليهما مطلقاً (رد المحتار)¹⁴⁹⁹.

Estos dos artículos distinguen entre los patrimonios (social y de cada socio): cada uno de los contratantes adquiere por venta, para la sociedad siempre y cuando el socio comprador tenga en su poder los bienes que componen el capital social. En caso contrario, el bien comprado engrosaría su propio patrimonio. Si se cumpliera esta condición, daría igual que la compraventa se hubiera producido a cambio de bienes propios, pues podría repetir contra su socio. En alguna ocasión hemos aludido a la creación por la *Šarī'a* de patrimonios diferenciados y con cierta autonomía, regidos por normas propias. En los preceptos, se emplea la expresión árabe que indica propiedad: el bien adquirido puede ser de la sociedad o del socio. A primera vista, se desprendería de la literalidad de los artículos que el capital social pertenece a la sociedad, que sería titular de un derecho de propiedad. Sin embargo, toda la regulación de estos negocios jurídicos asociativos considera a este patrimonio como una comunidad de bienes entre los participantes. Esta cuestión es una materia que encajaría mejor en el siguiente capítulo, sobre la *universitas bonorum*; no obstante, anticipando lo que allí se tratará, lo que se produce es la segregación de patrimonios: social (copropiedad de los contratantes) y privativo de cada uno de los socios.

المادة 1380- (ليس لأحد الشريكين أن يقرض مال الشركة لأخر ما لم يأذنه شريكه، لكن له أن يستقرض لأجل الشركة ومهما إستقرض احدهما من النقود يكون دين شريكه أيضاً بالإشتراك) [...] ومهما إستقرض أحد الشريكين من النقود يكون دين شريكه أيضاً بالإشتراك، ولكن تجب التأدية على الشريك المستقرض وليس للمقرض مطالبة الشريك الغير المستقرض بالقرض. وعدم حق المقرض في مطالبة الشريك الغير المستقرض لا ينافي أن يكون المبلغ المستقرض ديناً على الشريكين لأن كون القرض ديناً على الإثنين لا يوجب أن يكون للمقرض حق الرجوع على الشريك الغير مستقرض، ونظير ذلك هو لو إشتري أحد الشريكين مالا فالذي يطالب بالثمن هو الشريك المشتري فقط وليس الأخر مع أن الثمن المذكور هو دين على الإثنين (تعليقات ابن عابدين على البحر)¹⁵⁰⁰.

a Artículo 1374: Es válido para cualquiera de los socios, en caso estar entre sus manos el capital social, comprar bienes al contado o con pago aplazado. Pero si comprara el bien con un precio fraudulento, el bien que compre sería suyo, no de la sociedad.

Es válido para cualquiera de los socios, en caso de estar entre sus manos el capital social, compra bienes al contado o con pago aplazado, porque esto es lo que se deriva del comercio (*Muʿymaʿa al-Anhar*). El bien comprado sería de la sociedad, y si lo adquiriera con sus propios bienes, podría repetir contra la parte de su socio, porque es un delegado de este y adquirió con su propio patrimonio [...]

Artículo 1375: No sería válida la adquisición de uno de los socios si no estuviera en sus manos el capital social, y no sería un bien para la sociedad, sino que sería para él.

Si comprara, el bien comprado sería para él, tanto si lo adquirió al contado como con el pago aplazado. Esto es así en la sociedad de guía, en cuanto a la sociedad de negociación, la compra sería de ambos totalmente. (*Rad-al-Muhtār*).

b Artículo 1380: Ninguno de los socios puede prestar el dinero de la sociedad a otro sin el permiso de su socio. Sin embargo, sí puede pedir prestado para la sociedad. Por más que pidiera prestado cualquiera de los dos, sería una deuda compartida con su socio.

Por más cantidad de dinero que pidiera prestado el socio, la deuda también sería del otro, compartida, pero el cumplimiento lo tendría que llevar a cabo el socio prestatario y el prestamista no tendría derecho a ir contra el socio no prestatario por el préstamo.

La ausencia de derecho del prestamista para requerir el pago al socio no prestatario no se contradice con la naturaleza de deuda compartida por la cantidad prestada, porque el hecho de que el préstamo sea una deuda de los dos no implica el derecho del prestamista a reclamar contra el socio no prestatario. Un caso similar a este sería el de la compra de un bien por parte de uno de los socios; al que se le reclama el precio es al socio comprador únicamente, no al otro, por más que el precio sea una deuda de los dos. (Comentarios de Ibn 'Ābidayn sobre *al-Baḥār*).

Con este precepto, el cual continúa regulando la relación entre los socios, empezamos a mirar a los terceros que interactúan con la sociedad. Con la excusa del préstamo, se apunta a las deudas sociales. Está prohibido que cualquiera de los socios preste el capital social a una persona que sea ajena al contrato, salvo que obtenga el permiso de su compañero. Por contra, sí se le permite pedir prestado para asuntos de la sociedad. La obligación de devolver el préstamo, así como la de pagar el precio de una compra corresponde a todos los socios en común; a pesar de ello, el acreedor únicamente está facultado para reclamar su derecho contra aquel socio con el que contrató, nunca con el otro u otros. Este régimen representa una intención de no dotar a la sociedad de autonomía jurídica frente a sus miembros, porque las relaciones internas no afectan a las personas ajenas al contrato.

^aالمادة 1381- (إذا ذهب أحد الشركين إلى ديار أخرى لأجل أمور الشركة يأخذ مصرفه من مال الشركة). ومصرفه هو كالمأكولات وأجور السفر فإذا ربح يأخذ مصرفه أي نفقته من الربح وإذا لم يربح يأخذها من رأس المال. [...] وكذلك لو ذهب أحد الشركين من أجل أمور الشركة إلى موضع يمكنه العودة والبيتوتة مع أهله فلا يأخذ مصرفه من مال الشركة (الهندية ورد المحتار)¹⁵⁰¹.

De esta norma y del comentario del juez del Tribunal Supremo otomano, se observa que el *·dinero de la sociedad·*, compuesto por los beneficios y capital social, responde de los gastos que se dimanan del viaje que uno de los socios deba emprender con el fin de gestionar los asuntos sociales; en primer lugar, se ha de acudir, si los hubiere, a los beneficios y, subsidiariamente al capital social. A pesar de su concisión y carácter secundario, este artículo 1381 refleja dos elementos propios de la sociedad como centro de imputación de derechos y obligaciones: fines propios (la expresión que aparece es asuntos de la sociedad, *umūr-l- šarika*) y dinero de la sociedad, la suma de los beneficios y el capital social, del que el socio que lo precise toma para hacer frente a los gastos de viaje.

^bالمبحث الثاني بيان مسائل المتعلقة بشركة العمل وتسمى شركة الصنائع وشركة الأعمال وشركة الأبدان.

a Artículo 1381: Si uno de los socios fuera a otra población por asuntos de la sociedad, tomaría sus gastos del patrimonio de la sociedad.

Y los gastos son la comida, los gastos de viaje. Si se produjeran beneficios tomaría para su mantenimiento de ellos, si no, lo tomaría del capital social.

[...] Y asimismo, si se fuera uno de los socios por asuntos de la sociedad a un lugar en el que pudiera regresar y pernoctar con su familia, no tomaría para sus gastos del dinero de la sociedad (*al-Hindiyya* y *Radd-al-Muhtār*).

b Sección segunda. Se muestra los aspectos relativos a la sociedad de trabajos (*šarika-l-‘amāl*); y también se denomina sociedad de industrias (*šarika-l-šanāi’*), y sociedad de cuerpos (*šarika-l-abdān*).

Artículo 1385: La sociedad de trabajos es la expresión de un contrato consistente en aceptar los trabajos de tal manera que los dos arrendadores (de su trabajo) partícipes concluyen el contrato de sociedad pactando y comprometiéndose a realizar el trabajo que les pidan y les encarguen los arrendatarios, tanto si garantizan a partes iguales o no el trabajo, es decir, tanto si contratan la sociedad para comprometerse en el trabajo y su garantía a partes iguales o estipularan uno un tercio y el otro dos).

El régimen de la sociedad de trabajos consiste en que cada uno de los socios es delegado del otro para aceptar los trabajos, si la delegación para aceptar estos trabajos es válida, tanto si el socio fuera capaz de realizar por sí mismo la labor como si no (*al-Baḥar*).

Artículo 1387: Cada uno de los socios es representante del otro para aceptar los trabajos, por ello, ha de cumplir el trabajo que ha aceptado cualquiera de los dos, quien lo acepta o el otro también. Así la sociedad de trabajo es como de guía a la hora de garantizar el trabajo, pero el régimen es el propio de la de negociación. El arrendatario puede reclamar el cumplimiento del trabajo aceptado por uno de los dos socios de cualquiera de los dos, según desee, y cada uno estaría obligado a cumplir el trabajo y ninguno podría decir: este trabajo lo aceptó mi socio, no tengo nada que ver.

[...] De esta manera, el socio participa con su compañero de la renta del trabajo que aceptó su socio y realizó cualquiera de ellos, pues el cumplimiento de la labor es original en él y por representación en su compañero (*Muḥma‘a al-Anḥar* y siguientes) [...]

Artículo 1388: La sociedad de trabajos es de guía en lo que se refiere a la contraprestación, pero el régimen también es el de la de negociación. Es decir, cada uno de los socios puede exigir del arrendatario toda la renta y si este pagara, extinguiría la obligación.

Artículo 1390: Los socios se reparten el beneficio entre ellos según lo hayan estipulado. Es decir, si estipularon repartirlo a medias, se repartiría así; si hubieran estipulado que uno tuviera una parte mayor, como uno un tercio y otro dos, se repartiría a uno una parte y al otro dos.

Artículo 1393: Si se destruyera o se averiara una obra de uno de los socios, los dos la garantizarían conjuntamente, y el arrendatario podría exigir la indemnización de cualquiera de los dos y se repartiría la indemnización entre ellos según la

المادة 1385- (شركة الأعمال عبارة عن عقد شركة على تقبل الأعمال والأجيران المشتركين يعقدان الشركة على تعهد والتزام العمل الذي يطلب يكلف من طرف المستأجرين سواء كانا متساويين أو متفاضلين في ضمان العمل، أي سواء عقدا الشركة على تعهد العمل وضمانيه متساويين أو شرطاً ثلث العمل لأحدهما والثلاثين للآخر).

حكم شركة الأعمال: وحكمها كون كل واحد من الشريكين وكيلين عن الآخر في تقبل الأعمال إذا كان التوكيل لتقبل الأعمال جائز سواء كان التوكيل المذكور أهلاً لمباشرة تلك الأعمال أو لم يكن (البحر) [...]

المادة 1387- (كل واحد من الشريكين وكيل الآخر في تقبل الأعمال، فلذلك يلزم إيفاء العمل الذي تقبله أحدهما عليه وعلى شريكه أيضاً، وعليه فشركة الأعمال عناناً في ضمان العمل في حكم الفواضة للمستأجر أن يطلب إيفاء العمل الذي تقبله أحد الشريكين ن أيهما شاء ويكون كل واحد منهما مجبوراً على إيفاء ذلك العمل وليس لأحدهما أن يقول: إن هذا العمل يقبله شريكي لا دخل لي فيه).

[...] وعليه فالشريك يشارك شريكه في أجره العمل الذي تقبله شريكه وأوفاه لأن تقبل أحد الشريكين وإيفاءه العمل يكون أصالة عن نفسه ووكالة عن شريكه (مجمع الأنهر بزيادة).

المادة 1388- (شركة الأعمال عناناً في خصوص إقتضاء البدل في حكم المفاوضة أيضاً، أي كل واحد من الشريكين مطالبة المستأجر بكل الأجرة وإذا دفعها المستأجر لأيهما يبرأ).

المادة 1390- (يقسم الشريكان الربح بينهما على الوجه الذي شرطاه. يعني إن شرطاً تقسيمه متساوياً فيقسمانه على التساوي وإن شرطاً تقسيمه متفاضلاً كالثالث والثلاثين مثلاً فيقسم حصتين وحصاة).

المادة 1393- (إذا أتلف وتعتل المستأجر فيه بصنع أحد أحد الشريك فيضمونه مع شريكه بالإشتراك وللمستأجر أن يضمن ماله لأيهما شاء ويقسم هذا الخسار بين الشريكين بنسبة مقدار الضمان، مثلاً إذا عقدا الشركة على تقبل الأعمال وتعهدا مناصفة فيقسم الخسار مناصفة أيضاً، وإذا عقدا الشركة على تقبل الأعمال تعهدا ثلثاً وثلثين فيقسم الخسار حصتين وحصاة)¹⁵⁰².

Extractamos los principales artículos que establecen el régimen jurídico especial de la sociedad de trabajos; consisten en la asociación de dos o más trabajadores para realizar las labores que les encarguen terceros. Esta sociedad añade el elemento de la solidaridad activa y pasiva. Cada socio, por la mutua representación, puede aceptar las labores, obligando al otro; el arrendatario puede exigir el cumplimiento a cualquiera de los socios y cualquiera de estos puede reclamar el pago de la renta. Ahora bien, la distribución de los beneficios, pérdidas y garantías se llevaría a cabo en el porcentaje pactado entre ellos, toda vez que no existen cuotas de bienes aportados al capital social, sino que cada uno lleva su propio trabajo, existiendo libertad de las partes para fijar la cuota de los beneficios que les corresponden y las de las indemnizaciones que se hubieren de abonar. Esta solidaridad queda aún lejos de la conversión de la sociedad en un ente autónomo jurídicamente de los socios, aunque añade un grado más de seguridad para los que contraten con los socios.

المادة 1404- (المضاربة نوع الشركة على أن يكون رأس المال من طرف والسعي والعمل من الطرف الآخر، ويدعى صاحب المال رب المال والعامل مضارباً)

[...] ومعناها الشرعي: نوع الشركة في الربح على أن يكون رأس المال من طرف أي من جانب رب المال ولو كان متعدداً، والسعي والعمل من الطرف الآخر ولو كان متعدداً، ويسمى أهل الحجاز هذا العقد القارضة والقراض، وهذا مأخوذ من القرض والقطع لأن صاحب المال يقطع ويفرز مقدراً من ماله يسلمه للعامل، ولكن المجلة قد إختارت اللفظ الموافق لنص* (وأخرون يضربون في الأرض)* فأطلقت على هذا العقد عقد المضاربة كما سماه الفقهاء الآخرون (الطحطوي)¹⁵⁰³.

Otra de las formas que adopta la sociedad es la *muḍāraba*, a cuyos precedentes mesopotámicos aludíamos, traducible a términos jurídicos hispánicos como sociedad en comandita, en la que uno de los socios aporta el capital y el otro la realización de las actividades propias del negocio. Veamos su regulación básica, en cuanto a lo que a este estudio interesa:

cuota pactada. Por ejemplo, si hubieran concluido la sociedad para aceptar los trabajos y se hubieran comprometido por mitades, las pérdidas se repartirían por mitades. Si lo hubieran hecho por un tercio para uno y dos para otro, se repartirían las pérdidas en parte para uno y dos para el otro.

a Artículo 1404: *al-muḍāraba* es un tipo de sociedad donde el capital pertenece a una parte y el esfuerzo y el trabajo de la otra. El dueño del capital se llama capitalista y el trabajador *muḍārib*.

Su significado legal: un tipo de sociedad sobre el beneficio con la condición de que el capital social lo aporta una parte, aunque sean varios, y el esfuerzo y el trabajo de la otra parte, aunque fueran varios. La gente del *Hiyāz* denomina a este contrato *muqārada* o *qirāq*. Se deriva del *qard* (préstamo) y la partición, porque el dueño del capital social parte y divide parte de su patrimonio y lo entrega la trabajador. Pero la *Maḡalla* ha escogido la expresión que más concuerda con el texto *(y otros se multiplican en la tierra)*, y denomina a este contrato *muḍāraba*, al igual que otros *fuqahā'* (al-Ṭaḥṭāwī).

المادة 1413- (المضارب أمين ورأس المال في يده في حكم الوديعة، من جهه تصرفه في رأس المال وكيل لرب المال، وإذا ربح يكون شريكاً فيه)
المادة 1419- (إذا ذهب المضارب لشغل المضاربة إلى محل غير البلدة التي وجد فيها يأخذ مصرفه المعروف من مال المضاربة)

المادة 1428- (يعود الضرر والخسارة في كل حال على رب المال وإذا شرط أن يكون مشتركاً بينهما فلا يعتبر الشرط).
[...] أي يكون الشرط المذكور لغواً فلا يفسد المضاربة (الدرر) لأن هذا الشرط زائد فلا يوجب الجهالة في الربح أو قطع الشركة فلا تفسد المضاربة به حيث إن الشرط الفاسد لا تفسد المضاربة (مجمع الأنهر).
المادة 1430- (إذا مات المضارب مجهلاً فيجب الضمان في تركته)¹⁵⁰⁴.

La relación entre ambos contratantes sería la siguiente: por lo que al capital se refiere, el socio trabajador tomaría la posición de un depositario, en su actuar en el tráfico mercantil, un representante del socio capitalista y un copropietario de los beneficios. Los gastos de viaje derivados de la actividad correrían a cargo del capital y, en todo caso, las pérdidas las asumiría el socio capitalista. Finalmente, la muerte del socio trabajador con la pérdida del capital, implicaría la responsabilidad sobre su herencia.

[...] ^b القصد من المزارعة إنما هو الشركة في الخارج لأن المزارعة وإن انعقد ابتداءً إجارة إلا أنها تنعقد شركة إنتهاء أي حين حصول المحصول حتى إن شرط الذي يقطع الشركة يفسد المزرعة عقد المزارعة (رد المحتار ومجمع الأنهر والهندية) [...]

المادة 1431- (المزارعة نوع الشركة على كون الأراضي من طرف والعمل من طرف آخر أي أن تزرع الأراضي وتقسم الحاصلات بينهما).
[...] حكم المزارعة، للمزارعة حكمان:

الحكم الأول- الحكم حالاً وهو عبارة عن ملك المنفع أي أن المزارع يملك منفعة الأرض وصاحب الأرض يملك منفعة العامل.
الحكم الثاني- الحكم مآلاً وهو عبارة عن شركة في الخارج على الوجه المشروط وفي هذه الصورة لو لم يحصل محصول فلا يكون لأحد العاقدين شيء أي ليس للعامل أخذ أجره عمله كما أنه ليس لصاحب الأرض أخذ أجره سواء كان البذر من صاحب الأرض أو من العامل كما أنه لو تلفت الحاصلات قبل الإدراك بإصابتها بإحدى الآفات فليس لأحدهما أن يطالب الآخر بشيء (الهندية في الباب الأول ورد المحتار بزيادة)¹⁵⁰⁵.

La *muzāra'a* es otro tipo de sociedad, la cual demuestra la causa de este tipo de contratos asociativos en esta escuela, como se refleja en la compilación turca decimonónica. Su naturaleza jurídica, en palabras del propio comentarista, se fundamenta en un arrendamiento de unas tierras que culminan en la copropiedad sobre la cosecha. El dueño de unos terrenos entrega su dominio útil

a Artículo 1413: El *muḍārib* es depositario del dinero que tenga en sus manos, en régimen de depósito, desde el punto de vista de sus disposiciones sobre el capital es representante del socio capitalista; si se produjeran beneficios, sería copartícipe.

Artículo 1419: Si el *muḍārib* marchara, ocupándose de la sociedad, a otra población distinta de la que estuviera, tomaría para los gastos normales del dinero de la *muḍāra*.

Artículo 1428: Los daños y las pérdidas en todo caso recaen sobre el socio capitalista, si estipularan que fueran compartidos, no se tendría en cuenta la condición.

[...] Es decir la condición mencionada no anularía la sociedad (*al-Darar*), porque esta condición es superflua, no se desconoce en cuanto a los beneficios ni corta la sociedad. Por ello, no anula la sociedad, pues las condiciones nulas no anulan la *muḍāra*.

Artículo 1430: Si el socio trabajador muriera, se debería indemnizar de su herencia.

b [...] Porque lo que se pretende de la *muzāra'a* únicamente es la sociedad hacia el exterior, porque la *muzāra'a* en el principio se concluye como un arrendamiento, pero al final, es decir, cuando se produce la cosecha, se concluye como una sociedad, de tal manera que si la condición que corte esa sociedad anula el contrato de *muzāra'a* (*Radd-al-Muḥtār*, *Muḥma'a al-Anhar* y *al-Hindiyya*).

Artículo 1431: La *muzāra'a* es un tipo de sociedad por la cual las tierras son de una parte y el trabajo de otro, es decir, siembra la tierra y se dividen los frutos.

El régimen jurídico de la *muzāra'a* consiste en dos normas:

La primera, en el acto, es que expresa la propiedad del dominio útil, es decir, el dominio útil de las tierras pertenece al labrador y el dominio útil del labrador pertenece al propietario de las tierras.

La segunda, en el futuro, expresa una comunidad en el exterior, según lo estipulado, y de esta manera si no se produjera una cosecha, ninguno de los socios tendría nada; es decir, el labrador no podría coger una renta por su trabajo como el dueño de la tierra no podría coger una renta por su terreno, tanto si las semillas fueran del dueño de la tierra como si las aportara el labrador. Asimismo, si se destruyera la cosecha por un hecho fortuito antes de ser apta, ninguno de los dos podría reclamar nada al otro (*al-Hindiyya* en la primera parte y *Radd-al-Muḥtār* en lo siguiente).

o usufructo a un tercero que hace lo propio con el dominio útil de sí mismo al propietario. En palabras menos técnicas quien posee tierras busca a una persona que las cultive y a cambio el labrador hace suya una parte de la cosecha. La transcendencia de la comunidad de bienes sobre los frutos es de tal magnitud que cualquier circunstancia, pactada o fortuita como pudiera ser la destrucción de la cosecha por una riada, anula el contrato, no pudiendo reclamarse nada los socios. Debemos recordar que a través de este negocio jurídico es posible sortear la prohibición del arrendamiento cuando la renta se concreta en una parte de los frutos, por ser esta desconocida en el momento de concluirse el contrato.

^aوقد جوزت المساقاة بالسنة الشريفة وللإحتياج إليها. السنة قد ساقى النبي الكريم ص أهل خيبر (1) ورد في الأحاديث في معاملة النبي ص أهل خيبر وهي كالمزارعة حكماً وخلافاً وهو الصحة على المفتي به (الطحطاوي).
المادة 1441- (المساقاة هي نوع شركة على أن تكون الأشجار من طرف والتربية من طرف آخر وأن يقسم الثمر الحاصل بينهما¹⁵⁰⁶).

Culminando el articulado de la *Maḡalla*, arribamos a la *musāqāt*. Este contrato especial de sociedad es, en cuanto a su régimen, casi idéntico al anterior; en este caso el objeto que se entrega no son tierras, sino árboles para que un trabajador los ponga a producir. Lo que apostillamos sobre la *muzāra'a* no debemos modificarlo.

^b* (فصل المزارعة) * (قوله وعقدها غير لازم قبل البذر) أو كما هو قول ابن القاسم في المدونة فلا تلزم بمجرد الصيغة بخلاف شركة الأموال على المعتمد فيها كما مر وقد جزم ابن الماجشون وسحنون بلزوم المزارعة بالعقد وهو قول ابن كنانة [...] وإنما وقع هذا الإختلاف في المزارعة لأن شركة عمل وإجارة فمن غلب الشركة لم يرها لازمة بالعقد لما مر أن شركة العمل إنما يلتزم بالعمل ولا أجازها إلا على التكافؤ والإعتدال إلا أن يتطوع أحدهما بما لأفضل لكرائه ومن غلب الإجارة ألزمها بالعقد وأجاز التفاضل بينهما [...]

[...] أى تكون ممنوعة لأنها إجارة بجزء مجهول القدر [...] وقال فيها ابن رشد إن عقداها بلفظ الشركة جاز إتفاقاً وإن عقداها بلفظ الإجارة لم تجز إتفاقاً وإن عرى العقد اللفظين فأجاز ذلك ابن القاسم ومنعه سحنون...¹⁵⁰⁷

Aunque carezcamos del tiempo y el espacio necesarios para profundizar, en el derecho islámico existen contratos válidos en los que cualquiera de las partes puede desistir sin penalización hasta un momento dado, en el que se convierten en obligatorios. Este párrafo compara esta situación entre dos tipos de sociedad: *'amal*, de trabajo, y *muzāra'a*, de cultivo. La primera sería plenamente eficaz en el momento en que los socios llevaran a cabo la labor a la que se han comprometido. En la segunda (cuyo contenido se refiere a la entrega de una tierra por parte de su propietario a un tercero para que la cultive, repartiéndose la cosecha¹⁵⁰⁸) habría más polémica, pues algunos estiman que el contratante no se podría echar atrás una vez pasado el momento del contrato y otros que habría que esperar a la siembra. Por lo que nos atañe en este lugar de nuestra tesis, hemos de destacar la naturaleza híbrida de la *muzāra'a*: en parte sociedad y en parte arrendamiento. Esta cualidad matiza la relación entre los socios: cuando se trata de una labor, cada uno aporta su esfuerzo, en este tipo una persona lleva la sociedad su condición de agricultor y las semillas y la contraparte la tierra. Este

a Y admite la *musāqāt* por la noble *sunna* y por la necesidad. En cuanto a la *sunna*, el profeta concluyó este contrato con la gente de Jaybar. En los hadices del profeta sobre las operaciones del profeta con la gente de Jaybar es como la *muzāra'a* en cuanto al régimen jurídico y en lo que se diferencia y es lo correcto para dar una fetua sobre ellos (al-Ṭaḡṭāwī).

Artículo 1441: La *musāqāt* es un tipo de sociedad por el cual los árboles son de una parte y el cuidado de los mismos de la otra, y se reparten los frutos que produzcan entre ellos.

b *(Capítulo sobre la *muzāra'a*)* (su dicho: y es un contrato no obligatorio antes de la siembra). Es como la opinión de Ibn al-Qāsim en *al-Mudawwana*, quien no la hace obligatoria únicamente con la fórmula de constitución, al contrario que la sociedad de bienes, según se sostiene en lo dicho hasta ahora. Ibn al-Māyīšūn y Saḡnūn afirman la obligatoriedad de la *muzāra'a* con el contrato y esta es la opinión de Ibn Kināna [...] Esta diferencia ocurre en la *muzāra'a* porque es una sociedad de trabajo y un arrendamiento; quien antepone la sociedad no la ve obligatoria con el contrato por lo que ha precedido de que la sociedad de trabajo no se convierte en obligatoria más que con el trabajo y no es válida más que con un reparto igualitario de la labor, salvo que uno de los socios done el sobrante de su renta. Quien antepone la condición de arrendamiento la considera obligatoria con el contrato y permite que la parte de uno sea mayor [...]

Es decir, estaría prohibida porque sería un arrendamiento a cambio de una parte cuya cantidad se desconoce [...] Ibn Rušd opina que si lo contrataran utilizando la palabra sociedad sería válido, existe acuerdo en ello, si utilizaran la palabra arrendamiento, sería nulo, sin diferencias; en caso de utilizar ambas, Ibn al-Qāsim lo permite y Saḡnūn lo prohíbe...

contrato posee esta particularidad, pues se persigue superar la prohibición del arrendamiento cuya renta sea parte de la cosecha, pues esta es desconocida en el momento de la conclusión.

^aقال مالك: إذا كانت النفقة كلها والمثونة على رب الحائط ولم يكن على الداخل في المال شيء إلا أنه يعمل بيده إنما هن أجبر ببعض الثمر فإن ذلك لا يصلح لأنه لا يدري كم إجارته إذا لم يُسم له شيئاً يعرفه ويعمل عليه لا يدري أيقل ذلك أم يكثر. [...] قال مالك: ولا ينبغي أن تساقى الأرض البيضاء وذلك أنه يحل لصاحب كراؤها بالدنانير والدرهم وما أشبه ذلك من الأثمان المتلومة¹⁵⁰⁹.

El jurista a quien se incardinan los miembros de la escuela de Medina marca la diferencia entre un arrendamiento y un contrato de sociedad del tipo *musāqāt*, similar a la *muzāra'a*: el socio trabajador ha de aportar algo más que su trabajo; en caso contrario, estaría alquilando su propio trabajo por una renta desconocida, algo terminantemente prohibido por el *fiqh*. Este mismo recelo frente a la indeterminación provoca la prohibición de que se lleve a cabo la sociedad sobre tierras incultas.

^bنوازل المزارعة والمساقاة في نوازل سيدي العربي الرهوني ما نصه:
الحمد لله، ومسألة كراء الأرض بالتلت ونحوه، مذهب مالك وجمهور أصحابه على المنع، حملاً للأحاديث المنع من كرائها على كرائها بما يخرج منها، وعمل أهل الأندلس على جواز ذلك [...] وأما قصة خبير فقد أجاب عنها المانعون بأن المقصود منها المساقاة على النخل والزرع كالبياض، والمشهور عند الشافعية المنع، وهو المعروف في المذهب. وخالف الأندلسيون مالكا وحكي فيها إبن رشد في المقدمات "ثمانية أقوال" قلت: قوله وأجاز لليث كراء الأرض بالتلت والربع، ولم ينفرد به الليث، بل قال به جماعة كثيرة جداً. قال المكناسي في "مجالسه": وقد أجاز جماعة من أهل العلم كراءها بالجزء منها على حديث مساقاة النبي صلى الله عليه وسلم يهود خبير على الشطر، وهو قول جماعة من أهل العلم، وبه قال الليث، وأذنه به أكثر الأندلسيين، وإحدى المسائل التي خالفوا فيها مالكا¹⁵¹⁰.

Estas clases singulares de sociedad se desarrollan en el marco de una polémica sobre la prohibición del arrendamiento a cambio de parte de los frutos, pues sería una renta desconocida. Casi todas las escuelas están de acuerdo en esto, incluidos los seguidores de Mālik b. Anas, salvo, y es digno de mención, los andalusíes, pues los juristas nacidos en la Península la permiten. Este debate surgió desde los comienzos de la ciencia del *fiqh*, pues el muftí cita a al-Layṭ como defensor de la validez de los arrendamientos de tierras siendo la renta un porcentaje de la cosecha. Fue uno de los principales ulemas del siglo VIII, contemporáneo de Mālik, originario de Jorasán, en el actual Irán, pero ostentó el cargo de emir de Egipto donde los jueces le pedían consejo. Según al-Šāfi'ī, era más experto que Mālik b. Anas, pero los seguidores de la escuela prefirieron a este¹⁵¹¹.

^cكتاب المزارعة

a Mālik dijo: si todos los gastos y los aperos recayeran a cargo del dueño del huerto y nada sobre el otro socio, el cual únicamente trabajara con sus manos, sería un arrendador a cambio de parte de los frutos; eso no sería válido porque no sabría cuál sería su renta, pues no se ha designado nada que conozca por lo que trabaje, ni sabe si será poco o mucho. Mālik dijo: no debe ser objeto de la *musāqāt* las tierras sin cultivar, que sin embargo sí puede ser dadas en arrendamiento a cambio de dinares o *dirhams* y demás precios conocidos.

b Fetuas sobre la *muzāra'a* y la *musāqāt*. Sobre las fetuas de Saydī al-'Arabī al-Rahūnī y lo que ha establecido.

Gracias a Dios, la cuestión del arrendamiento de tierras por un tercio o similar, en la escuela de Mālik y sus compañeros es de prohibición, en función de los hadices que establecen la prohibición de arrendar unas tierras por una parte de lo que produzcan; por su parte los juristas de al-Andalus, en su práctica, la autorizan.

La historia de Jaybar la contestan los prohibicionistas diciendo que se refiere a la *musāqāt* sobre las palmeras y a la siembra de los barbechos. La opinión más famosa de los seguidores de al-Šāfi'ī es la de prohibirlo, lo mismo que en nuestra escuela. Sin embargo, los andalusíes discrepan de Mālik e Ibn Rušd narra en sus "Introducciones" ocho opiniones.

Dije: es su opinión y al-Layṭ consideró válido el arrendamiento por un tercio y un cuarto; no fue el único, sino que mucha gente de ciencia tuvo la misma opinión. Al-Miknāsī, en sus "*Ma'yālis*" dijo: un grupo de gente de ciencia ha considerado válido el arrendamiento de tierras a cambio de una parte de lo que produzca, según el hadiz de la *musāqāt* del profeta con los judíos de Jaybar según lo que estipuló. Es la opinión de un grupo de gente de ciencia y así lo toma al-Layṭ, y lo autorizan la mayoría de los andalusíes, en una de las cuestiones en las que discrepan de Mālik.

c El libro de la *muzāra'a*.

Pregunta sobre la *muzāra'a* en la que uno de ellos siembra:

Su respuesta -Dios esté satisfecho de usted- y acierte sobre un hombre que entregó a otro un buey para arar con él en su población mediante una sociedad. Le añadió a él otro buey y todos los aperos necesarios para arar. Plantó todas las semillas y mano a mano con el dueño del toro. Cuando dejaron de arar, el agricultor le dijo a su socio: dame la mitad de las semillas que plantaste; se negó y no le dio nada. Muéstranos -Dios te dé el éxito- lo que es válido en esta sociedad.

سؤال عن المزارعين يبذر أحدهما.

جوابك -رضي الله عنك- وسددك في رجل دفع لرجل ثوراً يحرث به في بلده على وجه الشركة، فضم له الرجل ثوراً آخراً، وجميع آلات الحرث، وزرع جميع الزريعة ويده مع يد صاحب الثور، فلما فرغا من الحرث قال الزارع لشريكه: رد عليّ نصف ما زرعت من بذر، فإمتنع ولم يعطه شيئاً، بين لنا -وفقك الله- الجائز في هذه الشركة.

الجواب: الزرع كله لصاحب الزريعة، وعليه لصاحب الثور والعمل معه أجرته، قال ابن عياض¹⁵¹².

Ibn Tyyāḍ, juez norteafricano, opina que la cosecha pertenece al dueño de la semilla, el cual ha de abonar la renta correspondiente por el alquiler de los bueyes de labranza y los jornales de los agricultores. La frontera que delimita el arrendamiento de la sociedad es muy delgada.

^aالشركاء في الزرع

1531- حدثنا أبو بكر قال: حدثنا وكيع، عن الأوزاعي، عن واصل بن أبي جميل

عن مجاهد قال: إشتراك أربع وهط على عهد رسول الله، ص، في زرع، فقال إحداهم: قبلي الأرض، وقال الآخر: قبلي الفدان، وقال الآخر قبلي البذر، وقال الآخر: عليّ العمل، فلما إستحصد الزرع تقاتوا فيه إلى النبي، ص، فجعل الزرع لصاحب البذر، وألغى صاحب الأرض، وجعل لصاحب الفدان شيئاً معلوماً، وجعل لصاحب العمل درهماً كل يوم.

[...] قال وكيع: أحب الزرع إلينا التجارة بالذهب والفضة والطعام، وهو قول سفيان. قال وكيع ونرجو أن يكون النصف والتلث والربع جائزاً لأن الناس يعملون به¹⁵¹³.

Al-Awza'ī, uno de los primeros juristas musulmanes, acude a la tradición del profeta, recogida por Wakī'a b. al-Āraḥ, un compilador de hadices nacido en Kūfa en el siglo octavo, el año 746 d.C. Según esta, Muḥammad disolvió una sociedad de cuatro personas constituida para cultivar unas tierras. En virtud de las estipulaciones en el contrato, uno de los socios aportaba la tierra, otro las semillas, el siguiente el yunto (la pareja de bueyes para arar) y el último, su trabajo. Los frutos serían repartidos entre ellos. Sin embargo, el profeta decretó que la cosecha fuera para el dueño de las semillas, el dueño de la tierra no recibiría nada, el trabajador su salario y el dueño de los bueyes una renta por el alquiler de los mismos. Esta escuela, la cual no cuajó, no veía con buenos ojos esta sociedad y prefería la figura del arrendamiento a cambio de una renta en oro, plata o alimentos. A pesar de su oposición, reconocían que la gente realizaba este tipo de negocios jurídicos.

^bالمزارعة

[...] معنى المزارعة الأجرة ولا يجوز أن يستأجر الرجل الرجل على أن يعمل له شيئاً إلا بأجرة معلومة يعلمان قبل أن يعمله المستأجر لما وصفت من السنة وخلافها للأصل والمال يدفع وهذا إذا كان النخل منفرداً والأرض للزرع منفردة ويجوز كراء الأرض للزرع بالذهب والفضة والعروض كما يجوز كراء المنازل وإجارة العبيد والأحرار وإذا كان النخل منفرداً فعامل عليه رجل وشرط أن يزرع ما بين ظهراي النخل على المعاملة وكان ما بين ظهراي النخل لا يسقى إلا من ماء النخل ولا يوصل إليه إلا من حيث يوصل إلى النخل كان هذا جائزاً [...] (قال الشافعي) وإذا إشتراك الرجلان من عند أحدهما الأرض ومن عندهما معاً

Respuesta: la cosecha entera es para el dueño de las semillas, y este debe abonar al dueño del buey y el trabajo su salario. Así lo opina

a Los socios en el cultivo.

1531- Nos contó Abū Bakr que dijo: Nos contó Wakī'a de al-Awza'ī, de Wāṣil b. Abū Ŷamīl de Muḥāhid que dijo: un grupo de cuatro, en tiempos del profeta de Dios, se asociaron para cultivar. Uno de ellos dijo: mi parte es la tierra. El otro: mi parte es el yunto. El otro dijo: mi parte será la semilla. El último dijo: a mí me corresponde el trabajo. Cuando se produjo la cosecha, fueron al profeta quien otorgó la cosecha al dueño de la semilla, anuló la parte del dueño de la tierra, al dueño del yunto le dio una cantidad determinada y al trabajador un *dirham* por día.

[...] Wakī'a dijo: Lo que nos gusta más en el cultivo es el negocio a cambio de oro, plata y alimento, y esa es la opinión de Sufyān. Wakī'a dijo deseamos que a cambio de la mitad, un tercio y un cuarto sea válido, porque la gente actúa de esa manera.

b Al-muzāra'a.

[...] El sentido de la *al-muzāra'a* es un arrendamiento, y no es válido que un hombre arriende a otro a cambio de su trabajo, salvo a cambio de una renta conocida antes de que el arrendatario comience su trabajo, por lo que describe la *sunna*. En contradicción con la tradición, el bien que se paga. Y si la palmera fuera por un lado y la tierra de cultivo por otro, sería válido su arrendamiento a cambio de oro, plata y bienes muebles, como es válido el arrendamiento de las casas, los esclavos y los libres. Si la palmera se mantuviera al margen y fuera objeto de negocio con un hombre y se estipulara que sembrara entre los surcos de palmeras y no se regara más que con el agua de las palmeras, esto sería válido [...] (Dijo al-Šāfi'ī) Si dos hombres compartieran tierras y semillas, o tierras y vacas o alguno de los dos, y contrataran que uno cultivara y los frutos por la mitad o más para uno de ellos, no sería válido el negocio salvo que sembraran juntos y realizaran juntos las labores y el dueño de la tierra la donara en favor del dueño de la siembra...

البذر ومن عندهما معاً البقر أو من عند أحدهما ثم تعاملوا على أن يزرعا أو يزرع أحدهما فما أخرجت الأرض فهو بينهما نصفاً أو لأحدهما فيه أكثر مما للأخر فلا يجوز المعاملة في هذا إلا على معنى واحد أن يبذرا معاً. ويمونان الزرع معاً بالبقر وغير مؤنة واحدة ويكون رب الأرض متطوعاً بالأرض لرب الزرع...¹⁵¹⁴

Al- Šāfi'ī, en su obra *al-Umm*, se muestra especialmente restrictivo sobre los requisitos de validez de estas sociedades de explotación de la tierra. Siempre exige que el dueño de la tierra expresamente renuncie al pago de la renta que le correspondería, como donación en favor de quien aporta las semillas.

5972^a- حدثنا [...] أنه كان يكره أن يُكري الرجل الأرض من أخيه بالثلث والربع [...]: إن ذلك لا يجوز في المزارعة والمعاملة والمساقاة إلا بالدرهم والدنانير والعروض. وذلك أن الذين قد أجازوا المساقاة في ذلك زعموا أنهم قد شبهوها بالمضاربة وهي المال يدفعه الرجل إلى رجل على أن يعمل به على النصف أو الثلث أو الربع فكل قد أجمع على جواز ذلك وقام ذلك مقام الإستنجاز بالمال المعلوم. قالوا: فكذلك المساقاة تقوم النخل المدفوعة مقام رأس المال في المضاربة ويكون الحادث عنها من التمر مثل الحادث عن المال من الربح.¹⁵¹⁵

Este autor, uno de los seguidores de Abū Ḥanīfa, resume la cuestión teórica. Está proscrito el arrendamiento cuya renta no sea perfectamente determinada en el momento de concluir el contrato; en consecuencia, nunca podría ser un porcentaje de los frutos. Sin embargo, una finalidad muy similar se consigue acudiendo a la figura de la sociedad. El tipo que menos problemas jurídicos presenta sería la *muḍāraba* o *qirāḍ*: un socio capitalista entrega un capital a otro trabajador para que comercie con él, repartiéndose los beneficios. A este régimen se acude por analogía en la explotación de la tierra, la cual sería nula si se realizara mediante un arrendamiento a cambio de una cuota sobre la cosecha resultante. De esta manera surgen diversas clases de sociedad, las cuales estamos analizando.

^bفي جواب لسيدى موسى السلماني نقله العلمي في نوازل ما نصه: لا فرق عندنا بي أن تكري بجزء مما يخرج منها أو تؤخذ أو يؤخذ الزريعة لتزرع فيها بالجزء على وجه الشركة على مذهب الليث الذي أخذ به أهل الأندلس...¹⁵¹⁶

Esta controversia no es baladí, pues puede transformar esta figura en un simple arrendamiento, apartándolo del régimen jurídico de los contratos asociativos.

^c{مسألة الخماس ووظيفته} وسئل أبو علي القوري عن مسألة الخماس.

a 5972- Nos informó [...] que él consideraba odioso que un hombre arrendara de su hermano una tierra a cambio de un tercio o un cuarto...Esto no es válido en la *muzāra'a*, la *mu'āmala* y la *musāqāt*, salvo a cambio de *dirhams*, dinares o bienes muebles.

Eso es así pues los que consideran válida la *musāqāt* en eso afirman que la asimilan a la *muḍāraba*, el bien que entrega un hombre a otro para que trabaje sobre él a cambio de la mitad, el tercio o el cuarto. Todos son unánimes en considerar esto válido y en que ocupe la posición del arrendamiento de un bien a cambio de otro determinado.

Dicen: así, en la *musāqāt* la palmera entregada ocupa el lugar del capital de la *muḍāraba* y lo que se produzca de ella de dátiles es como los beneficios que se producen del capital.

b En la respuesta de nuestro señor Mūsā al-Salmānī, quien transmite ciencia en sus fetuas, establece: no hay diferencia para nosotros entre arrendar una tierra a cambio de un parte de lo que produzca o que tome las semillas para cultivarlas en ellas a cambio de una parte, según el régimen de la sociedad, según la escuela de al-Layṭ, a quien siguen la gente de al-Andalus.

c (Cuestión del *jummās* y su función)

Abū 'Alī al-Qūrī fue preguntado por la cuestión del *jummās*. Contestó: *al-jummās* no es válido salvo que sea en concepto de sociedad y el valor de su trabajo esté en proporción a lo que aporte y le corresponda la parte de las obligaciones y derechos propios del contrato; eso sería válido y le correspondería entonces un parte de la cosecha que no sea de su socio. Lo que se utiliza hoy entre la gente, la mayoría de las veces, no es válido, porque consiste en arrendar el mismo sus servicios a cambio de algo desconocido...

[...] (Estipulación de que todo el trabajo sea del *jummās*). Fue preguntado Ibn Lubbāba sobre la estipulación del que trabaja por la mitad, un tercio o un quinto de que el dueño de la tierra no coseche con él ni trille, y que sea todo el trabajo de aquellos.

Contestó: este es la costumbre que hoy se aplica en nuestro país y sobre ella nuestros jeques que han pasado han aplicado; es la escuela de 'Isā b. Dīnār y sobre esta escuela se aplica la costumbre de nuestro país. La escuela de Mālik no considera válido esto porque es un riesgo y es desconocido. Quien toma la opinión de Mālik establece que la cosecha, la trilla y la labor, todo esto, debe ser entre ambos o que el dueño de la tierra se apropie de la mitad. Sin embargo, la escuela de 'Isā es la que aplicamos en nuestro país.

فأجاب. وأما الخماس فلا يجوز إلا إذا كان بمعنى الشركة، وتكون قيمة عمله بقدر الجزء الذي له ويكون له وعليه من جميع ما يتعلق بالشركة جزؤه، فذلك جائز، وله حينئذ حظه من كل ما يكون في الزرع دون شريكه. والمستعمل منه اليوم بين الناس غالباً ما لا يجوز لكونه أجر نفسه بشيء مجهول [...] {إشترط العمل كله على الخماس} وسئل ابن لبابة عن الذي يشترط على المناصف والمثالث والخماس ألا يحصد رب الأرض معه ولا يدرس، وأن يكون العمل عليه كله.

فأجابة: هذا العمل الجاري في بلدنا وعليه كان مشايخنا الذين مضوا- وهو كان مذهب عيسى بن دينار- وعلى مذهب عيسى مضى العمل ببلدنا. وكان مذهب مالك لا يجوز لأنه غرر مجهول، ومن أخذ بقول مالك فإن الحصاد والدرس والعمل كله بينهما، أو يقيم رب الأرض إجراء المناصفة، إلا أن مذهب عيسى عليه نعتمد ببلدنا¹⁵¹⁷.

Estas disquisiciones jurídicas tuvieron un especial desarrollo en el Norte de África, con el desarrollo del contrato de *jummās* (para una iniciación en la materia, se puede consultar entre otros el artículo de Robert Brunschvig¹⁵¹⁸). En árabe, literalmente, significa la quinta parte. A grandes rasgos, se trata de un tipo de arrendamiento por el que el jornalero recibiría como renta un quinto de la cosecha. En teoría únicamente sería legalmente aceptable como una derivación de la *muzāra'a*. Este texto pertenece a un dictamen del jurista cordobés, seguidor de Mālik, juez que formaba parte del consejo de varios califas omeyas durante el siglo X¹⁵¹⁹. Este ulema refiere cómo en algunas regiones, siguiendo a otros alfaquíes de la escuela, se impuso la costumbre de admitir el arrendamiento de servicio por parte de los jornaleros a cambio de parte de la cosecha.

En aras de rematar esta controvertida figura contractual, para una mejor comprensión, nos remitimos, entre otras posibles obras, al capítulo dedicado a este negocio jurídico en la obra sobre la fiscalidad territorial que a veces nos ha aportado luz sobre la propiedad de la tierra en el Islam¹⁵²⁰.

^aإسلام أبي العاص بن الربيع.

[...] وأقام أبو العاص بمكة، وأقامت زينب عند رسول الله، ص، بالمدينة، حين فرق بينهما الإسلام، حتى إذا كان قُبَيْل الفتح، وخرج أبو العاص تاجراً إلى الشام، وكان رجلاً مأموناً بمال له، وأموال لرجال من قریش، أبضعوها معه...¹⁵²¹

Hemos referido los orígenes milenarios en Oriente Medio de la sociedad en comandita, este fragmento sobre la biografía de Muḥammad nos muestre algunos trazos que indican que esta figura jurídica era común entre los árabes en la época del profeta. Estas pocas líneas están tomadas de la historia de la conversión de Abū al-‘Āṣ b. al-Rabī‘a, yerno de Muḥammad, pues estaba casado con su hija Zaynab¹⁵²², quien comerciaba con Damasco por cuenta de varios miembros de la tribu de *Qurayš*.

32b- كتاب القراض

a Conversión al Islam de Abū al-‘Āṣ b. al-Rabī‘a.

[...] Abū al-‘Āṣ habitaba en la Meca, mientras que Zaynab en Medina, con el Enviado de Dios, cuando el Islam los separaba, casi hasta la conquista. Abū al-‘Āṣ salió como comerciante hacia Siria, era un hombre de confianza, con sus bienes y los bienes de algunos hombres de Qurayš quienes le habían entregado sus mercancías...

b 32- Libro sobre *al-qirāḍ* (sociedad en comandita)

2/1379- Y nos contó de Mālik, a su vez de ‘Alā’ b. ‘Abd -l-Raḥmān, de su padre, de su abuelo, que ‘Uṭmān b. ‘Affān le entregó un dinero a título de *qirāḍ*, para que trabajara con él y se repartieran los beneficios entre los dos.

2- Capítulo sobre lo que está permitido en la *qirāḍ*.

Mālik ha dicho: la forma conocida de la *qirāḍ* válida es que un hombre tome el capital de su compañero con la condición de trabajar con él sin que sea garante del mismo; los gastos del trabajador, viajes, alimentación, vestido y lo que se considera comúnmente adecuado, corren sobre esa cantidad de capital [...]

5- Capítulo sobre las estipulaciones que no están permitidas en la *qirāḍ*.

Yaḥyā ha dicho: Mālik ha dicho: el dueño del capital no debe estipular para sí mismo nada específico de los beneficios, que no sea para el trabajador, ni el trabajador estipular para sí mismo nada específico de los beneficios que no sea también para el capitalista; tampoco que junto a la *qirāḍ* se dé venta, arrendamiento, trabajo, crédito ni servidumbre [...] Dijo: si junto a la *qirāḍ* se incluyera alguna cosa de estas, se convertiría en arrendamiento, no siendo válido el arrendamiento más que a cambio de algo firme y conocido [...]

14- Capítulo sobre la rendición de cuentas en la *qirāḍ*.

Yaḥyā ha dicho: Mālik ha dicho: sobre un hombre que entregó a otro un capital como *qirāḍ*, trabajó con él y obtuvo beneficios. Quiso tomar su parte de los beneficios mientras su compañero estaba ausente. Dijo: no debe tomar nada salvo en presencia de su socio capitalista. Si tomara algo, sería responsable hasta que se repartieran los bienes.

[...] 1379/2 - وحدثني عن مالك، عن العلاء بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن جده؛ أن عثمان بن عفان أعطاه مالا قراضاً يعمل على أن الربح بينهما.

2 باب ما يجوز في القراض

قال مالك: وجه القراض المعروف الجائز أن يأخذ الرجل المال من صاحبه على أن يعمل فيه ولا ضمان عليه ونفقة العامل في المال في سفره وطعامه وكسوته وما يصلحه بالمعروف بقدر المال [...]

5- باب ما لا يجوز من الشرط في القراض

قال يحيى: قال مالك: لا ينبغي لصاحب المال أن يشترط لنفسه شيئاً من الربح خالصاً دون العامل ولا ينبغي للعامل أن يشترط لنفسه شيئاً من الربح خالصاً دون صاحبه ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل ولا سلف ولا مرفق [...] قال فإن دخل القراض شيء من ذلك صار إجارة ولا تصلح الإجارة إلا بشيء ثابت معلوم [...]

14- باب المحاسبة في القراض

قال يحيى: قال مالك: في رجل دفع إلى رجل مالا قراضاً فعمل فيه فربح فأراد أن يأخذ حصته من الربح وصاحبه غائب قال: لا ينبغي له أن يأخذ منه شيئاً إلا بحضور صاحب المال وإن أخذ شيئاً فهو له ضمان حتى يحسب مع المال إذا اقتسماه¹⁵²³.

Seleccionamos algunas de las principales pautas que Mālik b. Anas, en su obra *al-Muwatta'*, establece en el régimen jurídico de la sociedad en comandita, de cuyos precedentes mesopotámicos nos hicimos eco en el capítulo segundo. En primer lugar, se trata de un tipo de sociedad utilizado por los primeros califas islámicos, que se servían de otras personas para llevar a cabo determinados negocios. Consiste en la entrega de unos bienes concretos por parte del socio capitalista a su compañero trabajador, el cual está facultado para cargar los gastos normales de sus gestiones a este capital social; los beneficios se reparten entre ellos por cuotas, nunca se reservan bienes particulares para uno u otro. El trabajador únicamente sería responsable de la pérdida o daño de ese patrimonio como depositario, es decir, solo indemnizaría por una actuación gravemente negligente; esta responsabilidad tendría una excepción: si tomara de los bienes su parte en ausencia del socio capitalista habría de restituir cualquier menoscabo que se irrogara hasta el momento de la partición con la presencia de ambos. De estas líneas se deduce que la causa de este contrato es convertir los beneficios en una comunidad de bienes entre los socios que ha de ser repartida. Asimismo, el capital social es utilizado por el socio comanditario para sufragar los gastos propios de su actividad.

^a(قوله توكيل الخ) هذا يقتضي أنه لا بد في القراض من لفظ ولا تكفي في إنعقاده المعاطاة لأن التوكيل لا بد فيه من لفظ ويفيد ذلك أيضاً قوله بجزء لأن جعل الجزء للعامل إنم يكون باللفظ لكن مقتضى قول ابن الحاجب القراض إجارة على التجر في مال بجزء من ربحه أنه يكفي فيه المعاطاة لأن الإجارة يكفي فيها المعاطاة كالبيع إذا وجدت القرينة¹⁵²⁴.

Entre los seguidores de Mālik b. Anas, el contrato societario de la *qirād* tiene naturaleza consensual, es decir se perfecciona mediante el acuerdo de voluntades expresadas oralmente. No obstante, debido a su naturaleza cercana al arrendamiento de servicios, algunos juristas permiten que la mutua entrega acompañada de algún indicio supla ese pacto.

^bالباب الثاني. في مسائل الشروط.

وجملة مالا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم إلى غرر أو إلى مجهلة زائدة [...]؛ فمن ذلك إختلافهم إذا شرط العامل الربح كله له فقال مالك بجوز، وقال الشافعي لا يجوز، وقال أبو حنيفة: هو قرض ولا قراض؛ ومالك رأى أنه إحسان من

a (Al decir otorgar representación) esto implica que la *qirād* exige que se especifique de palabra, no basta la mutua entrega, porque otorgar representación exige que se exprese; apoya esto el hecho de que diga a cambio de una parte, porque dar una parte al trabajador solo es mediante una expresión. No obstante la exigencia de Ibn al-Ḥāyib sobre que la *qirād* es un arrendamiento de servicio para comerciar a cambio de parte de los beneficios y por tanto basta la mutua entrega, porque en el arrendamiento, como en la venta, eso basta si va acompañado de algún indicio.

b Capítulo segundo. Sobre las cuestiones de las estipulaciones.

Y la totalidad de las estipulaciones que no son válidas para el común se centra en aquellas que según ellos aumentan el riesgo o el desconocimiento [...] Una de ellas se encuentra la diferencia entre los juristas sobre si el socio trabajador estipulara que todos los beneficios fueran para él. Mālik dice que es válida. Al-Šāfi'ī dice que no es válida. Y Abū Ḥanīfa dice que sería un préstamo y no una *qirād*. Mālik opina que es hacer un bien por parte del socio capitalista al trabajador y una donación; si le es válido tomar una pequeña parte de un gran capital. Al-Šāfi'ī opina que es un riesgo, porque si se obtuvieran pérdidas, sería para el socio capitalista y así se diferencia del préstamo; si se produjeran beneficios nada le correspondería.

Entre ellas la condición impuesta por el socio capitalista de que el socio trabajador indemnice el capital. Mālik dice que no es válida y la sociedad es nula; así también al-Šāfi'ī, Abū Ḥanīfa y sus compañeros opinan que la sociedad es válida y la condición nula. El fundamento de Mālik es que estipular eso aumentaría el riesgo en la *qirād* y la anularíamos.

رب المال وتطوع، إذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير؛ والشافعي رأى أنه غرر، لأنه إن كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض، وإن كان ربح فليس لرب المال فيه شيء.
ومنها إذا شرط رب المال الضمان على العامل، فقال مالك: لا يجوز القراض وهو قاسد، وبه قال الشافعي؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه: والقراض جائز والشرط باطل. وعمدة مالك أن إشتراط الضمان زيادة غرر في القراض نفسد...¹⁵²⁵

Averroes relata las distintas posturas de las principales escuelas jurídicas sobre las estipulaciones que se consideran válidas. La regla general es que aquellas que induzcan a incertidumbre o riesgo anulan la sociedad. Esta es un rasgo típico de las transacciones en el derecho islámico que pone bridas al desarrollo de las mismas. Como ejemplo, se refiere a la condición por la que todo el beneficio correspondiera al trabajador, nula para todas las corrientes menos para Mālik b. Anas, quien la considera como una especie de donación por el socio capitalista. Igualmente, si se estipulara que el trabajador asumiera la compensación por la pérdida del capital en cualquier caso, el riesgo alcanzaría un grado que anularía la sociedad.

^aوالجميع متفقون على أن العامل إنما يجب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالباً في أكثر الأحوال، فمن رأى أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الأغلب لم يجزه؛ ومن رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أجزاه. وإختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال، فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالكاً: هو تعد ويضمن؛ وقال مالك ليس بتعدي¹⁵²⁶.

La actuación de los socios trabajadores está limitada por la costumbre en los negocios. Quien entiende como normal que adquiera a deuda lo considera válido, quien no lo estima así, niega la validez de este comportamiento. El filósofo y jurista cordobés incide en otra discrepancia entre Mālik b. Anas y las demás escuelas. Estas ven como ilícito que el trabajador mezcle sus bienes con el capital social de la sociedad, estando obligado a indemnizar cualquier menoscabo. El jurista de Medina establece la validez de esta actuación. Esta discrepancia pone sobre el tapete la tendencia del derecho islámico a marcar límites jurídicos entre diferentes patrimonios, normalmente utilizando la titularidad de los mismos como expediente discriminador. En este caso, el autor emplea la expresión bien de la sociedad en comandita, aunque habría que buscar más indicios para atribuir a Averroes la personificación de la misma.

^bوسئل أيضاً عن نازلة نزلت بحضرة فاس، وذلك أن رجلاً من البلد المذكور ظعن إلى مصر بقصد التجارة وصحب معه مالا قراضاً وبذمته مال آخر فأرسل سلعاً من مصر إلى الأسكندرية بيد رجل يوجهها إلى فاس فلما وصلت إحتصم فيها أرباب القراض مع أرباب الديون التي في الذمة. فأجاب: إنه يختص به أرباب الديون، ولا دخل لأرباب القراض معهم، لأنهم لا يدخلون إلا بأحد الأمرين: موت العامل أو تعديده، لا واحد منهما بحاصل¹⁵²⁷.

En la *muḍāraba* (sociedad en comandita), los acreedores del socio trabajador se cobran de los bienes que tenga en su poder, aunque formen parte del capital de la sociedad sin que los socios capitalistas estén facultados para oponerse. Únicamente se unirían al concurso de acreedores en caso de muerte o por abuso de derecho del trabajador. Las relaciones internas surgidas entre los participantes en el contrato de sociedad no afectan a los terceros.

a Todos están de acuerdo en que el trabajador debe comportarse en el contrato de *qirāḍ* según lo haría la mayoría de las personas con más frecuencia. Así, quien opina que actuar endeudándose está fuera de lo normal entre la gente, no lo da como válido. Y quien opina que sí, lo admite. Discrepa Mālik de al-Šāfi‘ī, Abū Ḥanīfa y al-Layṭ sobre el trabajador que mezcla sus bienes con los de la *qirāḍ*, sin permiso del socio capitalista. Todos estos menos Mālik lo consideran una transgresión y debe indemnizar. Mālik no lo considera así.

b Y fue preguntado también por una fetua que se emitió durante su estancia en Fez. En ella un hombre de la población mencionada se marchó a El Cairo con la intención de comerciar y se llevó con él bienes de la sociedad en comandita y dependientes de su propia esfera jurídica otros bienes. Envío una mercancía de El Cairo a Alejandría, a través de un hombre que se dirigía a Fez. Cuando llegó, los socios capitalistas y los acreedores del socio trabajador litigaron: Contestó: corresponde en exclusiva a los acreedores, y los socios capitalistas no participarían con ellos, porque no se da alguna de estas dos causas: muerte del socio trabajador o abuso por parte de este y ninguna de las dos ha ocurrido.

^a(وأما القسم الذي ليس للمضارب أن يعمله إلا بالتنصيص عليه فيما لمضارب المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو إستدان لم يجز على رب المال ويكون ديناً على الضارب في ماله [...] ثم الإستدانة هي أن يشتري الضارب شيئاً بثمن دين ليس في يده من جنسه...¹⁵²⁸).

Los *ḥanafīes* son menos permisivos, pues prohíben al socio trabajador comprar a deuda contra el capital social. Si actuara de esta manera, sería él el único que respondería.

Hemos de interpelar a los juristas cuyos textos nos sirven de cimientos en este epígrafe, intentando encajar en ellos nuestra definición marco de persona jurídica. Iniciábamos esta andadura por los contratos asociativos incidiendo una vez más en los gremios. Desde el punto de vista de la *Šarī'a*, la negativa a su reconocimiento no ofrece dudas, mas algunos indicios en las fuentes hablan de una existencia fáctica extrajurídica. Este campo de investigación, que se nos escabulle entre las manos ante la falta de espacio en este trabajo, está expedito. El derecho islámico, sobre el que en nuestro modesto epígrafe apenas hemos pasado más allá de consideraciones generales, ha creado una vasta regulación de un número considerable de tipos societarios. En ellos se rastrea una inveterada tradición que, en alguno de ellos, nos conduce a la civilización mesopotámica. No obstante, lo esencial de su regulación deriva fundamentalmente de la práctica de Muḥammad, con una mayor relevancia al acuerdo con la comunidad judía de Jaybar, en especial, en lo que a la explotación agrícola se refiere.

En cuanto a la creación mediante estos contratos de un ente al que el derecho impute derechos, obligaciones y relaciones, y que trascienda a los socios, se han de realizar las siguientes apostillas (a pesar de la variedad, sí resulta factible sintetizar los elementos comunes que más información nos aportan en nuestra tesis):

- Frente a un acervo latino que percibe la sociedad como una puesta en común de bienes con el fin de obtener beneficios, en la mayoría de las opiniones de las diversas escuelas lo fundamental sería la mutua representación de los socios y la constitución de las ganancias como comunidad de bienes entre los contratantes. Volvemos a incidir en que, en árabe, en los términos de *fiqh*, comunidad de bienes y sociedad son designadas con la palabra *šarika*. La primera implicación que se desprende de este concepto es que la actuación de un socio repercute en la esfera jurídica del otro, pasiva (contracción de deudas) como activamente (titularidad de derechos). Internamente, se produce una cotitularidad; una situación bastante alejada de una capacidad jurídica y de obrar autónoma y distinta a los miembros. Finalmente, remarquemos que los socios actúan en nombre y representación de su colega, no de la sociedad en sí misma considerada.
- De cara a los terceros que realizan transacciones con cualquiera de los socios, también se relacionan con estos como personas físicas. En función del tipo de sociedad que abordemos, el acreedor, empleemos de forma lata la expresión, social se ve reforzado con una garantía mayor, bien porque el marco contractual aplicable prescriba la solidaridad pasiva de los contratantes, bien porque el otro socio haya de responder hasta la cuantía de su participación. En consecuencia, el grado más integrador que se produce es una pluralidad de responsables, bien solidarios, bien mancomunados; en ningún caso, la generación de un nuevo deudor: la sociedad. El uso, en algunos fragmentos, de expresiones como bienes de la sociedad, deudas sociales y privativas o similares no implican un régimen jurídico distinto al de la pluralidad de sujetos intervinientes.
- Si bien esta cuestión la plantearemos y profundizaremos en el capítulo siguiente, es verdad que, como resultado de la aplicación de los preceptos de la *Šarī'a*, se singularizan diversos patrimonios separados: los propios de cada socio y el capital social. El hecho de que un

a (En cuanto) a lo que el socio trabajador no puede hacer sin autorización expresa en la *muḍāraba* absoluta: no puede comprar a deuda contra el capital de la sociedad, y si lo hiciera sería una deuda suya personal [...] La toma a deuda es comprar algo por un precio que no se tiene en la especie determinada...

socio esté facultado para cargar gastos al capital social no lleva aparejado que esté legitimado para demandar a la sociedad; en todo caso, a su socio. Esta reflexión nos permite recordar una circunstancia curiosa: la fetua que establece la sociedad implícita entre cónyuges sin contrato expreso entre ambos. En nuestro ordenamiento, como régimen subsidiario, rige la sociedad de gananciales entre los contrayentes (artículos 1344 y siguientes del Código Civil); la solución jurisprudencial islámica que hemos recogido posee grandes similitudes con lo dispuesto en el artículo 1344 de nuestra codificación: *Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella*. Otro punto concomitante lo encontramos en la presencia de bienes comunes y privativos y deudas comunes y privativas, sin que tampoco el ordenamiento otorgue personalidad a esta sociedad conyugal.

- La extinción de la sociedad provoca, lógicamente, la liquidación de la misma, la cual, de modo análogo a la sucesión islámica, empieza por el abono de las deudas, sin cuya satisfacción no se puede entregar el remanente a los socios. Sin embargo, si en muchas ocasiones al acreedor se le autoriza para exigir el pago a cualquiera de los socios indistintamente, esta prevención deviene innecesaria.
- En último lugar, desde una perspectiva económica, mediante estas figuras los comerciantes colaboraban entre sí con el fin de maximizar los beneficios. De cara a las personas que contratan con ellos, se consolidaba su posición, pues se añadía la garantía en mayor o menor grado del socio. Aquellos encontraban en la sociedad un apoyo, financiero, laboral o técnico en su actividad. Al igual que ocurre en otros ámbitos del *fiqh*, su escasa evolución fue un lastre para alcanzar la limitación de la responsabilidad utilizando un sujeto interpuesto como titular de las obligaciones: la propia sociedad. Los ejemplos consultados nos revelan que tanto desde el punto de vista acreedor como deudor los protagonistas son las personas físicas que concluyen el contrato de sociedad, sin que el elemento aglutinante sea más que una comunidad de bienes o una pluralidad activa o pasiva.

6 Universitas Bonorum

En este capítulo mantendremos el esquema del anterior, pero dando un giro al enfoque. Casi la totalidad de las observaciones previas realizadas mantienen su vigencia en el presente; no obstante, el centro de interés se desplaza desde las agrupaciones más o menos voluntarias de personas a los conjuntos de bienes a los que el derecho dota de capacidad jurídica y de obrar, en el mismo plano, salvando la naturaleza biológica de aquellas, que los humanos.

A lo largo de la historia, variando en virtud de las épocas y las distintas civilizaciones, algunos patrimonios han sido tratados por las normas como unidades de las que se predica una cierta autonomía y son sujetos de relaciones jurídicas y objeto de normativas específicas. No es nuestra intención relacionar todos y cada uno de los supuestos, pues sería una misión irrealizable; tan solo nos referiremos a aquellos en los que se observe algún tipo de paralelismo con instituciones reguladas por el *fiqh*.

6.1 Derecho Público

El *fiqh* siempre ha resultado bastante parco en lo relativo a la regulación de las cuestiones propias de las instituciones estatales. Algún autor sugiere que un estado autoritario como el '*abbāsī*' no podría tolerar que los '*fuqahā*' se inmiscuyeran en sus asuntos. De ahí la tardanza en la aparición de obras sobre la materia, como la de al-Māwardī, tal vez la más famosa, que vio la luz en el siglo quinto de la hégira¹⁵²⁹. No nos corresponde a nosotros en esta tesis, más allá de las posibles repercusiones directas en nuestro trabajo, dilucidar este aspecto, mas la *bayt al-māl* representa una materia que sí ha encontrado su lugar en las principales obras de los ulemas, normalmente, como tendremos la ocasión de comprobar, de manera indirecta en los capítulos que consagran al botín, la limosna legal o el *jarāy*, principal, aunque no exclusivamente.

6.1.1 *Bayt al māl* o tesoro público

Como antecedente a nuestra investigación expusimos con brevedad la forma de organizar los gastos e ingresos en las poleis griegas y en Roma a lo largo del tiempo, en función de la estructura política vigente en cada momento, completada en parte con lo añadido en el capítulo sobre el *dīwān*, emparentado en cierta medida con el censo romano, cuyo origen se suele hacer remontar al siglo VI a.C.¹⁵³⁰; este órgano aparece como una herramienta imprescindible para determinar y registrar los ingresos y los gastos públicos. Si hemos de identificar a alguna entidad con una institución con plena independencia y autonomía jurídicas, se exige una distinción exhaustiva entre el patrimonio público y el personal del gobernante, como también ocurrió en el Imperio Romano (*patrimonium Caesaris*¹⁵³¹). Asimismo, en la Europa occidental, la desaparición del Imperio romano, a diferencia de Bizancio, supuso una ruptura en el régimen jurídico de la administración de los bienes públicos por parte de los nuevos estados surgidos tras las invasiones germánicas; muchos reyes vivían en palacios heredados del fisco romano¹⁵³², pero sus primeros administradores de rentas provenían del mundo de la administración de fincas¹⁵³³. Existe una tendencia, avalada por las fuentes, cuya resolución nos ocupará una buena parte de este capítulo, a poner el énfasis sobre el órgano administrativo encargado de la administración del tesoro; por ejemplo, según la *Historia del Islam* de la universidad de Cambridge, el *dīwān al-māl* sería la dependencia de la que toda la estructura estatal dependería, relegando a la *bayt al-māl* a un lugar de almacenaje de aquellos ingresos que no se han de invertir inmediatamente¹⁵³⁴. A nuestro parecer, basándonos en la tendencia objetiva del derecho islámico, cuya demostración supone uno de los principales argumentos de esta obra, el *fiqh* dota de capacidad al conjunto patrimonial y no a la

estructura personal que lo gestiona, la cual se mantiene en un segundo plano con un simple papel instrumental.

En palabras de arabistas clásicos, como el italiano Carlo Alfonso Nallino, el sintagma *bayt al-māl* designa todo aquello que debe estar, sea el tiempo que sea, por completo en el erario público o tesoro del estado islámico, concepto, según su opinión más restringido que el de erario público en el sentido occidental; sus fuentes de ingresos estarán constituidos por las entradas fijadas en la *Šarī'a: jarāy, fay'* y el quinto del botín. La limosna supondría una cuestión controvertida. Se trataría de una institución en beneficio exclusivo de los musulmanes cuyas rentas fueron menguando con la desaceleración de las conquistas, sufriendo una crisis su concepción clásica.¹⁵³⁵ El autor francés Charles Raymond la considera la encargada de recaudar la limosna legal o *zakāt*, aunque especifica que la gran fuente de ingresos del tesoro viene representada por la doble imposición sobre la gente de la *dimma* (judíos y cristianos principalmente): la *yizya* o capitación y el *jarāy* o contribución territorial¹⁵³⁶. Ninguno de los dos realiza un estudio pormenorizado del ente, tampoco aparece en obras clásicas sobre la Ley islámica a la que hemos acudido en esta tesis: Joseph Schacht, Noel Coulson o Wael B. Hallaq.

Otra cuestión en la que no queda más remedio que profundizar es su relación con el *dīwān*, así como con el estado, en su dimensión de titular de derechos y obligaciones. En virtud de lo reflejado en la obra de algunos ulemas, al-Mamātī entre otros, el objeto de estudio debería ser el diván, relegándose la *bayt al-māl* a una caja financiera. En palabras del orientalista Vincent Lagardere, en el califato omeya durante el siglo IX se desarrolló el *dīwān al-jizāna* (literalmente diván del almacén) como encargado del tesoro laico del estado, en oposición a la *bayt al-māl*, de carácter religioso¹⁵³⁷. No obstante, anticipando en alguna medida los resultados, esta última institución es la que aparece con mayor profusión regulada en los tratados de *fiqh*. No es una cuestión baladí entender que los alfaquíes se refieran a un mismo concepto con términos diferentes, como apunta Évariste Lévi-Provençal, quien afirma que, en la Córdoba califal, el tesoro público era designado como *jizāna al-māl*¹⁵³⁸; Tanto *jizāna* (almacén, armario o en general lugar de almacenamiento) como *bayt* (casa) sugieren una ubicación física donde depositar los bienes. A veces, en una lengua con una extensión geográfica tan amplia como la árabe, el léxico que designa un concepto varía de una región a otra; lo hemos comprobado con las dos palabras con las que los ulemas se refieren a las fundaciones: *waqf* y *hubs*. Por la misma razón en el occidente musulmán, más concretamente en el territorio del actual Marruecos, surge la figura del *majzan* (مخزن) de la misma raíz que *jizāna*, totalmente coincidente en el significado lingüístico: lugar de almacenamiento. En ese país, adquiere un sentido, al igual que *bayt al-māl*, que se suele confundir con el de estado, cuando originalmente fue la estructura administrativa para recaudar los impuestos con que se gravaban las tribus¹⁵³⁹. En el Reino Hachemita de Jordania, en los artículos 111 y 115 de la constitución vigente, se ha optado por la palabra *jizāna māliyya* (خزانة مالية)¹⁵⁴⁰ como la tesorería donde se han de incluir todos los ingresos del estado.

En cuanto a la toma de decisiones en aquellas materias que afecta al tesoro, corresponderían al califa o imán; así se deduce de las fuentes y esta perspectiva también se desprende de las líneas que hemos dedicado al imán en el concepto islámico de representación, la naturaleza de la *umma* y el nombramiento y estructura de los diferentes cargos en la administración del estado musulmán. En este sentido, nos ha surgido la posibilidad que le asiste de constituir *awqāf* sobre bienes de la comunidad musulmana; al modo modo de las fundaciones alimentarias que, sobre precedentes anteriores, realizaban los emperadores romanos desde Nerva o Trajano; la fecha varía en función de los historiadores consultados¹⁵⁴¹. Estos *aḥbās* instituidos por los gobernantes, en atención la naturaleza del cargo en el mundo musulmán, están marcados por el carácter religioso que en palabras de Max Weber condiciona la concepción de las fundaciones¹⁵⁴².

Origen.

^aقال: ويُقال: إن بختنصر حمل إليه من أورشليم خزائن وأموال [...] وزعم أن بختنصر هذا الذي غزا بني إسرائيل إسمه بختنرسه [...] وأنه كان في خدمة لهراسب الملك [...] وأنه لم يزل من بعد هراسب في خدمة ابنه بشتاسب، ثم في خدمة بهم من بعده [...] وأن بهم كان مقيماً بمدينة بلخ [...] وإختار كيرش كيكوان من ولد غيلم بن سام وكان خازناً على بيت مال بهم...¹⁵⁴³

La magna historia de Al-Ṭabarī remonta su interés hasta el comienzo de la humanidad. Si atendemos a sus fuentes, es probable que tuviera acceso a crónicas sasánidas, pues se detiene minuciosamente en lo acaecido en Oriente Medio (entre Persia e Israel-Palestina). Estas frases narran el episodio del saqueo de Jerusalén, por quien el denomina Bajtanšar, quien se mantuvo al servicio de diversos reyes. Por lo que nos atañe, es necesario enfatizar que al tesoro del reino a veces se le denomina *almacén* en lugar de *casa del dinero* y el encargado de la *bayt al-māl* del monarca Bahman es referido como el almacenista de *la casa del dinero*.

لجماع سنن قسم الغنيمة والفيء

[...] (قال الشافعي) فالغنيمة والفيء يجتمعان في أن فيهما معاً الخمس من جميعهما لمن سماه الله عز وجل له في الأيتين معاً سواء مجتمعين غير مفترقين. قال ثم يتعرف الحكم في الأربع الأقسام بما بين الله عز وجل على لسان نبيه، ص، وفي فعله فإنه قسم أربع أخماس الغنيمة والغنيمة هي الموجف عليها بالخيل والركاب لمن حضر غني وفقير والفيء هو ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب فكانت سنة النبي، ص، في قرى عريضة التي أفاءها الله عليه أن أربع أخماسها لرسول الله، ص، خاصة دون المسلمين يضعه رسول الله، ص، حيث أراه الله عز وجل [...] (قال الشافعي) والجزية من الفيء وسبيلها سبيل جميع ما أخذ مما أوجف من مال مشرك أن يخمس فيكون لمن سمي الله عز وجل الخمس وأربع أخماس على ما سألين إن شاء الله، [...] وقد كان في زمان النبي، ص، فتوح في غير قرى عريضة التي وعدّها الله رسوله، ص، قبل فتحها فأمضاها النبي، ص، كلها لمن هي ولم يحبس منها ما حبس من القرى التي كانت له وذلك مثل جزية أهل البحرين و هجر غير ذلك وقد كان في زمان النبي، ص، فيء من غير قرى عريضة وذلك مثل أهل البحرين فكان له أربعة أخماس يمضيها حيث أراه الله عز وجل...¹⁵⁴⁴

Al-Šāfi'ī contrapone los dos tipos de botín: *ganīma* y *fay'*, señalando aquello en que se parecen, como en que de ambos según las prescripciones coránicas se extrae un quinto para el beneficiario designado en cada caso. Asimismo, los distingue: el primero sería lo tomado por las armas y repartido los cuatro quintos restantes entre los combatientes al momento; el segundo, lo que es apropiado por otras vías, serían una propiedad privada del profeta quien podría invertirlos a su antojo. Ese es el origen del tesoro público; sin embargo, como veremos, tras su muerte, el régimen jurídico de este variará.

a Dijo: se ha dicho que Bajtanšar se trajo de Jerusalén almacenes y bienes [...] Se ha asegurado que este Bajtanšar que atacó a Israel se llamaba Bajtaršah [...] estaba al servicio de Harāsib, el rey, [...] Siguiendo al servicio tras él de su hijo Baštāsib, luego al servicio de Bahaman [...] Este habitaba en la ciudad de Balj [...] y escogió a Kīrš Kīkwān entre los hijos de Guīlam b. Sām como almacenista de la *bayt al-māl* de Bahaman.

b Unión entre la sunna del reparto del *ganīma* y el *fay'*.

[...] (Al-Šāfi'ī ha dicho) el *ganīma* y el *fay'* están unidos en cuanto que de la totalidad de ambos se extrae el quinto en favor del que Dios el Altísimo determinó en las dos aleyas, tanto si están unidos como separados. Dijo: después se conoce el régimen de los cuatro quintos restantes por lo que muestra Dios, todopoderoso, mediante la lengua de su profeta y sus actos. Así, se reparten los cuatro quintos del *ganīma*, este es lo que se ha concedido a través de la caballería y los caballeros, entre quienes estén presentes tanto ricos como pobres. El *fay'* es lo que no se ha conseguido mediante la caballería; la sunna del profeta en las aldeas de Qarīna, que Dios le entregó como botín, establece que los cuatro quintos se le dieron a él, personalmente, no al resto de los musulmanes, para que los pusiera donde Dios le hiciera ver [...] (Al-Šāfi'ī ha dicho) la *ẏizya* forma parte del *fay'* y su destino es el que sigue todo lo que se entrega de los bienes de los idólatras: se extrae el quinto que ha determinado Dios y se entrega a quien ha establecido y los otros cuatro quintos se mostrará su destino, si Dios quiere [...] En tiempos del profeta, se dieron más conquistas que la de las aldeas de Qarīna, que habían sido prometidas por Dios al profeta antes de su conquista, y el profeta las entregó a quienes estaban allí, sin convertirlas en *hubs* como había hecho con otras aldeas de él; eso es como la *ẏizya* de la gente de al-Baḥrayn y Haḡar. En tiempos del profeta había *fay'* distintos de las aldeas de Qarīna, como la gente de al-Baḥrayn, cuyos cuatro quintos los empleaba allí donde Dios se lo hacía ver...

^aوحدثني جماعة من أهل العلم، قالوا: كان لدجلة العوراء وهي دجلة البصرة خور، والخور طريق للماء لم يحفره أحد يجري فيه ماء الأمطار إليها ويتراجع ماؤها فيه عند المد وينضب في الجزر، وكان طوله قدر فرسخ، وكان لحدده مما يلي البصرة غورة واسعة تسمى في الجاهلية الأجانة وسمته العرب في الإسلام الجزيرة وهو على مقدار ثلاثة فراسخ من البصرة بالذرع الذي يكون به نهر الأبله كله أربعة فراسخ ومنه يبتدي النهر الذي يعرف اليوم بنهر الأجانة فلما أمر عمر بن خطاب رضي الله عنه أبا موسى الأشعري أن يحتفر لأهل البصرة نهراً ابتدأ الحفر من الأجانة وقادة ثلاثة فراسخ حتى بلغ به البصرة فصار طول نهر الأبله أربعة فراسخ.

[...] وكان زياد بن أبي سفيان والياً على ديوان وبيت المال [...] فأشار علي بن عامر أن ينفذ حفر نهر الأبله من حثيث أنطم حتى بلغ به البصرة، وكان يربث ذلك ويدافع عنه.¹⁵⁴⁵

Este episodio, incluido en la obra sobre las primeras conquistas islámicas *futūh al-buldān*, relata como en la época de 'Umar b. al-Jaṭṭāb el funcionario responsable de la *bayt al-māl* en Basora ordenó el pago de la construcción de un canal que comunicara con el río Tigris.

^bفقاسم عمر هؤلاء الذين ذكرهم أبو المختار شطر أموالهم حتى أخذ نعلأ وترك نعلأ، وكان فيهم أبو بكره، فقال: أني لم آل لك شيئاً، فقال له: أخوك على بيت المال وعشور الأبله وهو يعطيك المال تتجر به فأخذ منه عشرة آلاف [...] وابن غلاب خالد بن الحرث من بنر دهمان كان على بيت المال ببأصبهان...¹⁵⁴⁶

A la hora de tomar nota de la ocupación del actual Iraq al Imperio sasánida, se nos muestra como el califa 'Umar b. al-Jaṭṭāb reparte el botín y también los cargos entre los conquistadores; entre los puestos más destacados está el de ser responsable del tesoro. Entre otros se nos señala quien ocupó este cargo sobre la *bayt al-māl* en la ciudad de Isfahan.

^cوبلغنا عن الحسن البصري أنه قال: كان عبد الله بن مسعود والياً لعمر بن الخطاب على بيت المال الكوفة، وأنه أمر يوماً فضة، فأذيت، فجلعت تلون ألواناً فقال: هل بالباب أحد؟ قالوا: نعم، قال: فأدخلوهم، فأدخلوا، فقال: إن أدنى ما أنتم راعون شيئاً بالمهل لهذا...¹⁵⁴⁷

En esta biografía del profeta se nos participa de un robo que ocurrió en el tesoro de la ciudad de Kūfa. Del tenor del texto, destacamos que el califa es quien nombra al funcionario responsable y que, al menos en los albores del Islam, existía una *bayt al-māl* en las principales ciudades.

^dذكر العطاء في خلافة عمر ابن الخطاب [...] وقال الواقدي: وقد روى أنه فرض للنساء المهاجرات ثلاثة آلاف درهم لكل واحد، وقال الواقدي في إسناده: وأمر عمر فكتب له عمال أهل العوالي، فكان يجري عليهم القوت، ثم كان عثمان فوسع عليهم في القوت والكسوة، وكان عمر يفرض للمنفسوس مائة

a Me habló un grupo de gente de ciencia que dijeron: El Tigris en al-Awra' tenía, es decir, a su paso por Basora, una rambla; la rambla es un camino que no ha excavado nadie por el que corren las aguas de la lluvia; retrocede con la marea alta y se seca con la marea baja. La longitud se estimaba en un *farsj* (unos cinco kilómetros y medio [*Mu'aṣṣam lughat-l-fuqahā'*]). En el lado que da a Basora, existía una depresión extensa, llamada durante la *Yāhiliyya* al-Ayāna, denominada por los árabes en el Islam como al-Īzāra, a una distancia de unos tres *farāsij* (plural de *farsj*), desde Basora hasta el brazo donde está el río al-Abla, en total cuatro *farāsij*; desde allí, comienza el canal que hoy se conoce como al-Ayāna. Cuando 'Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él, ordenó a Abū Mūsā al-Aš'arī que excavara para la gente de Basora un canal, comenzó desde al-Ayāna siguiendo tres *farāsij* hasta llegar a Basora. Así, la longitud total del canal al-Abla alcanzó los cuatro *farāsij*.

Zyād b. Abū Sufyān era el responsable del *dīwān* y la *bayt al-māl*, por nombramiento de [...] indicó a 'Alī b. 'Amir que ejecutara la excavación del canal Abla, desde donde nace hasta Basora, lo retuvo y lo pagó.

b 'Umar dividió entre los que mencionó Abū al-Mujtār parte de sus bienes dando y reteniendo. Entre ellos estaba Abū Bikra quien dijo: no te he preparado nada. Le dijo: tu hermano será el encargado de la *bayt al-māl* y los diezmos de al-Abla, que se te darán bienes para comerciar y tomar de ellos diez mil [...] Ibn Galāb Jālid b. al-Ḥārīṭ de la tribu de Dahmān se hará cargo de la *bayt al-māl* en Isfahan.

c Nos ha llegado de al-Ḥasan al-Baṣrī que dijo: 'Abd Allāh b. Mas'ūd era el responsable nombrado por 'Umar b. al-Jaṭṭāb para la *bayt al-māl* en Kūfa. Mandó ingresar un día plata. Fue robada, entrando en cólera. Dijo: ¿hay alguien en la puerta? Dijeron: sí. Dijo: hacedlos entrar. Los introdujeron y dijo: esto que veis es parecido a la prórroga para pagar impuesto...

d Mención de las donaciones de 'Umar b. al-Jaṭṭāb.

Al-Wāqidi dijo: se cuenta que estableció en favor de las mujeres que emigraron tres mil *dirhams* para cada una. Al-Wāqidi dijo en su *Concatenación*: Ordenó 'Umar y los funcionarios le escribieron que a las familias les daría su sustento, después, 'Utmān lo aumentó incluyendo la vestimenta. 'Umar estableció para cada nacido cien *dirhams*. Al crecer, subía a doscientos. Al alcanzar la mayoría de edad, aumentaba. Si se encontraba un niño abandonado, le daba cien; establecía un salario cada mes según sus necesidades año tras año. Les legó bienes y los gastos de su lactancia se cargaban a la *bayt al-māl*.

درهم، فإذا ترعرع بلغ به مائتي درهم، فإذا بلغ زاده، وكان إذا أتى باللقيط فرض له مائة، وفرض له رزقاً يأخذه وله كل شهر بقدر ما يصلح ثم ينقله من سنة إلى سنة، وكان يوصي بهم خيراً ويجعل رضاعهم ونفقتهم من بيت لمال¹⁵⁴⁸.

Continuando con la política del califa 'Umar b. al-Jaṭṭāb, impuso donaciones a varios colectivos relacionados familiarmente con el profeta, como las mujeres que lo acompañaron en su huida. Asimismo, los gastos de lactancia de los niños que eran encontrado sin familia se cargaban al tesoro público.

^aحدثني أحمد، عن علي، عن محمد بن الحكم، عن حدثه أن معاوية لما حضر أوصى بنصف ماله أن يرد إلى بيت المال، وكان أراد أن يطيب له الباقي، لأن عمر قاسم عماله¹⁵⁴⁹.

Al-Ṭabarī se hace eco de un relato transmitido por una cadena de testigos en el que se atribuye al primer califa omeya, Mu'āwīyya, un legado en favor del tesoro público, consistente en la mitad de sus bienes. Esto implicaría una distinción entre el patrimonio personal del imán y la *bayt al-māl* de todos los musulmanes.

^b[ذكر مسير الحسين إلى الكوفة]

في هذه السنة كان خروج الحسين عليه السلام من مكة متوجهاً إلى الكوفة [...] قال [...] عن عبد المرهم [...] قال [...] فإن كنت ترى أنك تستصحبني وإلا كففت عما أريد أن أقول؛ قال: قل، فوالله ما أظنه بسوء الرأي [...] قلت له: إنه قد بلغني أنك تريد المسير إلى العراق، وإني مشفق عليك من مسيرك؛ إنك تأتي بلداً فيه عمال وأمراء، ومعهم بيوت الأموال، وإنما الناس عبيد لهذا الدرهم والدينار، ولا آمن عليك أن يقاتلك من وعدك نصره...¹⁵⁵⁰

Seguidamente refiere una conversación entre el hijo de 'Alī (muerto en la guerra civil que le enfrentó a Mu'āwīyya), al-Husayn, y un amigo al que le pide consejo cuando este decide abandonar La Meca en dirección a al-Kūfa, en Iraq. Esta persona le manifiesta, siguiendo el relato, su compasión porque en ese país abundan los funcionarios, cada uno con su propia *bayt al-māl*, capaces de comprar las voluntades de los que le han prometido alianza frente a los califas omeyas. No hay que pasar por alto la utilización del plural de casas del dinero, perteneciente cada una a un emir concreto. Esta referencia podría indicar que la expresión va asociada, en el principio del Islam, a un patrimonio concreto en un lugar determinado y no el conjunto de obligaciones y derechos del que es titular el tesoro público.

^c880- حدثنا [...] الأوزاعي قال: كتب عمر بن عبد العزيز إلى خزان بيوت الأموال: إذا أتاكم الضعيف بالدينار لا ينفق منه فأبدلوه عنه من بيت المال.

881- أخبرنا [...] عن الأوزاعي وسعيد بن عبد العزيز: أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى صاحب بيت الضرب بدمشق أن من أتاك من فقراء المسلمين بدينار ناقص فأبدله له بوازن¹⁵⁵¹.

Esta tradición atribuida al jurista al-Awza'ī, sobre el califa omeya 'Umar b. 'Abd-l-'Azīz, el califa omeya que vivió entre los años 681 y 720 de nuestra era, conocido como el califa justo¹⁵⁵², además de exigir cierta compasión a los funcionarios agentes del tesoro, nos aporta algunos datos sobre las primeras prácticas en la corte de Damasco acerca de la *bayt al-māl*: a los trabajadores se les denomina almacenistas y se utiliza el plural en el primer número (880), por lo que se podría interpretar que existía más de un tesoro. En el 881, se refiere al mismo con la expresión: *casa de la acuñación*, identificándose con la ceca.

a Aḥmad me contó, de 'Alī, de Muḥammad b. al-Ḥakam, que le contó que Mu'āwīyya, al llegarle la hora, legó la mitad de sus bienes para que la devolvieran a la *bayt al-māl*; quería que le tomarán a bien el resto, porque 'Umar era el partidador de sus trabajadores.

b (Mención del viaje de al-Ḥusayn hacia al-Kūfa).

En ese año, se produjo la salida de al-Ḥusayn, la Paz de Dios sea con él, desde Makka hacia al-Kūfa [...] Dijo de [...] de 'Abd-l-Raḥmān [...] quien dijo: como has visto oportuno pedirme consejo, si no, hubiera desistido de lo que quería decirte. Contestó: habla, por Dios que no creo que tengas una mala opinión [...] Le dije: me ha llegado que quieres dirigirte al Iraq; siento compasión por ti, por tu viaje, pues llegas a un país donde hay funcionarios y emires, con ellos *casas del dinero*, y la gente es esclava de estos *dirhams* y dinares; no hay garantía de que no vaya a combatirte aquel que te prometió una alianza...

c 880- Nos ha contado [...] que al-Awza'ī dijo: 'Umar b. 'Abd-l-'Azīz escribió a los encargados de los almacenes de *las casas del dinero*: si un débil os entregara un dinar, no gastéis de ese, sino que lo cambiéis por uno de la *bayt al-māl*.

881- Nos informó [...] sobre al-Awza'ī y Sa'īd b. 'Abd-l-'Azīz: 'Umar b. 'Abd-l-'Azīz escribió al responsable de la casa de la acuñación de moneda en Damasco que si un pobre entre los musulmanes diera un dinar de menos peso, se lo cambiara por uno de peso legal.

^aالباب الثامن والأربعين. في سيرة السلطان في بيت المال.

وكان النبي صلى الله عليه وسلم لما فتح الله عليه اليمن كانت تُجبي إليه الأموال، فيُفرقها ليومها، وقد توضع في المسجد، وتُفرش الأنطاع عليها ويُفرقها من الغد، ولم يكن له بيت المال.

[...] ولم يكن للنبي، ص، بيت مال، ولا للخلفاء الراشدين بعده، وإنما كانت الخلفاء تقسم الأموال التي تُجبي من حلا بين المسلمين، وربما كان يفضل منها فضلات فتُجعل في بيت، أو يكون بالناس عنها غناء في ذلك الوقت فتحصن في بيت، فمن حضره من غائب أو أحتاج من حاضر [...] فُسم له حظه، ثم يُفر حتى لا يبقى في البيت منه درهم واحد [...].

[...] ومعظم ما أهلك بلاد الأندلس وسلط عليها الروم، أن الروم التي كانت تجاورها لم يكن لهم بيوت أموال، فكانوا يأخذون الجزية من سلاطين الأندلس، ثم يدخلون الكنيسة فيقسمها سلطانهم على رجاله بالطاس [...].

ومن سنن المروية في هذا الباب أنه لما فُتحت العراق [...] جيء بالمال إلى عمر رضي الله عنه، فقال صاحب بيت المال. (أدخله بيت المال؟ قال: لا ورب الكعبة؛ لا يؤوى تحت سقف بيت حتى أقسمه، فغطى في المسجد بالانطاع...¹⁵⁵³).

Abū Bakr al-Ṭartūṣī, cuya vida transcurrió entre los siglos XI y XII y quien viajó por Oriente (Iraq, Palestina, Egipto y Líbano¹⁵⁵⁴), en su libro “*El candil de los reyes*” relata el origen de la *casa del dinero* en el Islam. Según nos cuenta, ni Muḥammad ni los primeros califas tenían un sitio donde guardar los bienes recaudados, sino que estos eran repartidos inmediatamente, si sobraba algo se guardaba en la mezquita. De manera análoga cuenta como los reyes cristianos vecinos de las tierras de al-Andalus tampoco disponían de un edificio específico. Tomaban lo recaudado de los reyes musulmanes y lo repartían entre sus hombres dentro de la iglesia.

^bالباب التاسع والأربعون. في سيرة السلطان في الإنفاق من بيت المال، سيرة العمال.

[...] وروى هذا القصة الحسن البصري؛ قال (لما حضرت أبا بكر الصديق رضي الله عنه الوفاة [...]) قال: أنظروا كم أنفقتُ من مال الله، فوجدوا قد أنفق في سنتين ونصف ثمانية آلاف درهم، قال: إقضوها عني، فقضوها عنه.

[...] وروى البيهقي عن عمر بن خطاب رضي الله عنه أنه قال: (إني أنزلت نفسي من مال الله سبحانه بمنزلة والي اليتيم؛ إن استغنيت [...]) استعفتُ، وإن افتقرتُ [...]) أكلتُ بالمعروف.

[...] ولما حج عمر رضي الله عنه [...] قال: (كم بلغت نفقتنا يا يرفأ؟ قال: ثمانية عشر دينار يا أمير المؤمنين؛ قال: ويحك! أجبنا ببيت مال المسلمين)¹⁵⁵⁵.

En el siguiente capítulo menciona algunas narraciones sobre los gastos que los primeros califas realizaron a cargo de la *bayt al-māl* (casa del dinero). Hemos de destacar dos aspectos: es el califa quien decide los gastos en última instancia y la expresión que se utiliza en algunos relatos como sinónimo de tesoro público, *dinero de Dios*.

a Capítulo cuarenta y ocho. Sobre la historia de los sultanes con relación a la casa del dinero (*bayt al māl*).

Cuando el Dios conquistó para el profeta Yemen se recaudaban para él los bienes, y los repartía al día, y eran depositados en la mezquita, se extendían sobre tapetes para repartirse al día siguiente. No tenía una casa del dinero.

[...] El profeta no tenía casa del dinero, tampoco los califas justos después de él. Los califas repartían los bienes que se recaudaban entre los musulmanes. Quizás sobraba algo y se llevaban a una casa, o un alguien lo aseguraba en una casa. Quien hubiera estado ausente, al presentarse se le entregaba su parte hasta que no quedaba en la casa ni un dirham.

[...] La mayoría del territorio de al-Andalus se había perdido siendo controlado por los *rūm*. Los *rūm* que eran vecinos de al-Andalus no tenían casas del dinero; cuando cobraban la *ḡizya* de los sultanes de al-Andalus lo introducían en la iglesia y lo repartían los sultanes entre sus hombres en tazas [...].

Entre la *sunna* que se relata en este capítulo: cuando Iraq fue conquistado [...] se recaudaron bienes para ‘Umar, Dios esté satisfecho de él. El funcionario de la casa del dinero dijo: ¿lo ingreso en la casa del dinero? Dijo: no, por el señor de la Ka‘aba; no se pondrá bajo techo hasta que lo reparta, así que se cubrió en la mezquita con tapetes...

b Capítulo cuarenta y nueve. Sobre la biografía del sultán con respecto a sus gastos de la casa del dinero, y biografía de los funcionarios.

[...] Ḥasan de Basora cuenta esta historia: dijo: cuando se presentó la muerte a Abū Bakr al-Ṣiddīq, Dios esté satisfecho de él, dijo: ved, cuánto he gastado del Dinero de Dios, el Todopoderoso; encontraron que había gastado en dos años y medio ocho mil dirhams: Dijo: satisfacedlos a mi costa, y así lo hicieron.

[...] Al-Bīhqī cuenta sobre ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él, que dijo: me he encargado del Dinero de Dios, el Todopoderoso, como si fuera el tutor de un huérfano; si me enriquecí [...] me refrené; si me empobrecí, tomé según la costumbre.

[...] Cuando ‘Umar, Dios esté satisfecho de él, realizó la peregrinación dijo: ¿a cuánto ha ascendido nuestros gastos, Yarfa? Dijo: dieciocho dinares, Comendador de los Creyentes. Dijo: Ay, arruinamos la casa del dinero de los musulmanes.

^aوقال أبي بن محمد -فيما حدثني أبو زيد عنه في حديثه عن القوم الذين ذكرت رواته عنهم- قال أبو بكر: أنظروا كم أنفقت منذ وليت نت بيت المال فأقضوه عني. فوجدوا مبلغه ثمانية آلاف درهم في ولايته¹⁵⁵⁶.

Es posible que al-Ṭarṭūšī tomara este episodio de la Historia de Al-Ṭabarī quien algún siglo antes se había referido a esta anécdota.

^bولاية أبي الغرائيق محمد بن أحمد بن محمد بن الأغلب. ولى سنة 250. وهو ابن أخي زيادة الله التوفي قبل. ولى يوم السبت [...] ولقب بأبي الغرائيق لأنه يهوى صيدها، حتى بنى قصرًا يخرج إليه لصيدها، وأنفق في ثلاثين ألف مثقال من الذهب. وكان مسرفاً في العطاء، مع حسن سيرة في الرعية. ثم غلبت عليه اللذات والإشغال بها؛ فلم يزل كذلك طول مدته. ولم تكن له همة في جمع المال. فلما مات، لم يجد أخوه في بيت المال شيئاً يُذكر. وكان ولايته حروباً وأكثرها على ما يأتي ذكره¹⁵⁵⁷.

En el tercer siglo de la hégira, noveno de nuestra era, reinó en el reino aglabí, cuyo centro era el actual Túnez, un rey conocido entre sus súbditos como *El de las Grullas*¹⁵⁵⁸. Abstrayéndonos de su afición a la caza de esta ave, esta noticia revela que en la práctica el sultán o rey disponía a su voluntad de los fondos presentes en la *casa del dinero*; este personaje, debido a sus caprichos, dejó a su sucesor, su hermano, el tesoro totalmente vacío.

^cذكر مسجد قرطبة الأعظم. ثم زاد الأمير المنذر بن محمد البيت المعروف ببيت المال في الجامع، فوضع فيه الأموال الموقفة لغيباب المسلمين، وأمر بتجديد السقاية وإصلاح السقائف¹⁵⁵⁹.

El cronista, en su relato sobre una de las reformas de la mezquita cordobesa, nos cuenta como el emir omeya al-Munḍir b. Muḥammad (843-888) quien murió en el cerco de la fortaleza de Bobastro¹⁵⁶⁰, amplió *la casa del dinero*, situada en la propia mezquita. En ella, depositó los bienes de los *awqāf*, en auxilio de los musulmanes; quizás hemos de entender las fundaciones piadosas. En su momento, ahondaremos en el tema, ahora nos conformamos con plantear la cuestión. La *zakāt* no constituye uno de los ingresos de la *bayt al-māl*, aunque sea recaudada por funcionarios público y fuera administrado por la burocracia del sultán. Esta calificación jurídica ha llevado a algunos arabistas, así García Sanjuán siguiendo a Chalmeta, a señalar la existencia de dos tesoros: el segundo, propiedad del estado (este investigador parece dotar al estado de la titularidad de la propiedad de bienes, algo que no es pacífico, en virtud de lo que hemos analizado en el capítulo tercero de nuestra tesis). Aquel, además, añade el tesoro de los bienes habices, distinguiendo entre *bayt al-māl* y *bayt al-māl al-muslimīn*¹⁵⁶¹. Esta clasificación no está basada sobre esta sutil nomenclatura. Los *fuqahā'*, entre otras posibilidades, califican los bienes en función del régimen jurídico al que se someten. La limosna legal se ha de hacer llegar a unos beneficiarios fijados en *El Corán*, la inmensa mayoría de los *aḥbās*, como tuvimos ocasión de mostrar, son administrados por los jueces, pues es una de las funciones asignadas a estos juristas nombrados por la máxima autoridad. Los ingresos de la casa del dinero están determinados legalmente, como observaremos. Venimos insistiendo en la tendencia objetiva del derecho islámico, que se traduce en la regulación de determinados patrimonios de forma individual. No obstante, el tesoro público es la *bayt al-māl*, seguida o no del sintagma “de los musulmanes”, con un régimen jurídico propio y complejo. Los otros dos ejemplos, regulados por normas propias, se asemejan más a meras cajas de depósitos, espacios físicos donde se recogen en espera de ser entregados a sus destinatarios legales.

a 'Alī b. Muḥammad -en lo que me contó Abū Zayd sobre un grupo de gente a quienes me he referido en su relato sobre ellos- cuenta que Abū Bakr dijo: Mirad cuánto he gastado desde que fui nombrado de la *bayt al-māl* y satisfacerlo a mi cuenta. Encontraron que la cantidad era de ocho mil dirhams durante su mandato.

b Gobierno del “*El de las Grullas*” Muḥammad b. Aḥmad b. Muḥammad b. al-Aglab. Accedió al trono el año 250 de la hégira. Era el sobrino de Ziyādat Allāh fallecido con anterioridad. Accedió al trono un sábado [...] Se le apodó como *El de las Grullas* porque le gustaba cazarlas, hasta tal punto que construyó un palacio para ir a su caza. Gastó en él tres mil *mitqāl* de oro. Derrochaba en donaciones, siendo apreciado ente los súbditos. Posteriormente, cayó preso de los placeres y estaba siempre ocupado en ellos. No fue así durante todo su mandato; tampoco tenía interés en amasar bienes. Cuando murió, su hermano no encontró en la *bayt al-māl* nada digno de mención. Su reinado fueron guerras, la mayor parte se mencionarán en lo que sigue.

c Mención de la gran mezquita de Córdoba. [...] El emir al-Munḍir b. Muḥammad amplió la casa conocida como “*casa del dinero*” en la mezquita aljama, y puso en ella los bienes de *waqf* en auxilio de los musulmanes, y ordenó renovar las acequias y restaurar los techos.

^aوبلغ من إستخفاف أهل قرطبة بالإسلام في هذه الفتنة [...] وكان الإفرنج إذا سمعوا الأذان للصلاة يقولون قولاً لا يذكر فلا يعترض عليهم أحد بشيء، وجمع أهل قرطبة مالاً كثيرة للإفرنج وسألوا القاضي ابن ذكرون أن يدفع إليهم مال الأحباس المودع في مقصورة الجامعة فإمتنع عليهم فكسروا باب المقصورة وأخذوه فدفعوه إلى الإفرنج¹⁵⁶².

García Sanjuán seguramente deduzca de noticias como esta la existencia de un tesoro especial compuesto con las rentas de los bienes habices. El cronista, durante la fuerte crisis que siguió al desmoronamiento del califato cordobés (*fitna*), informa cómo la debilidad de los musulmanes era tan grande que, con el fin de pagar a los mercenarios cristianos (francos), la gente de Córdoba, después de preguntar por el juez administrador de los bienes, se apoderaron de las rentas de los *ahbās*, depositadas en la macsura de la mezquita aljama de la ciudad, rompiendo la puerta de la estancia. Estas rentas eran administradas por los jueces, como hemos visto, de forma ordinaria; el texto claramente señala que las mismas estaban en la mezquita a título de depósito; no se observan indicios de un patrimonio personificado.

^bوفي سنة 253 [...] وفيها، كان خير اللص الذي سرق بيت المال الذي بداخل المسجد الجامع بقرطبة في شوال¹⁵⁶³.

Además de un patrimonio independiente con un estatus jurídico particular, la *casa del dinero* es un espacio físico en el que sus bienes eran almacenadas, en este caso, según lo acaecido en el año 253 de la hégira en Córdoba, se encontraban en el interior de la mezquita, donde un ladrón los robó. En nuestro estudio, la situación en el espacio de este tesoro público resulta indiferente, nuestra misión consiste en contestar a la pregunta central de esta investigación: ¿posee para el derecho una capacidad jurídica y de obrar análoga a la de las personas humanas?

Relación con el *dīwān*

^cالفصل الأول. ذكر: الديوان وأخذ العطاء.

56- قال كعب بن مالك: ولما خرج النبي، ص، إلى تبوك، كنت فيمن تخلف، وكنا نرى أن يخفي أم من تخلف لكثرتنا، ولم يكن لنا ديوان.

[...] 57- ولما كثرت الناس زمان عمر، أمر أن يجعل الديوان لأخذ العطاء والبعوث، فكتبوا: بني هاشم ثم بني تيم، ثم بني عدي، ورفع ذلك إليه، فقال: "أردتم أن ترضوني، أكتبوا الأقرب فالأقرب إلى رسول الله، ص، وضعوا عمر حيث وضعه الله". ففعلوا فأتاه العباس فشكر له ذلك¹⁵⁶⁴.

Abū Ŷa 'far al-Dāwḍī, ulema *mālikī* del siglo X¹⁵⁶⁵, alude a diversos dichos sobre el origen del *dīwān* en un capítulo sobre su relación con el pago de salarios. En el número 56, hace mención de las quejas de Ka 'ab b, Mālik, compañero del profeta, poeta y quien fue su acompañante en la mayoría de sus batallas¹⁵⁶⁶; este personaje, ante el hecho de haberse quedado atrás tras la marcha del profeta a la ciudad de Tabūk, ciudad situada en la ruta hacia Damasco desde Medina, fortificada y dedicada al cultivo del dáttil¹⁵⁶⁷, expresa su temor a no recibir su derecho, pues la gran cantidad de personas que están en su situación y la falta de un registro provocarían que caiga en el olvido. El siguiente, 57, nos remonta a la decisión de 'Umar b. al-Jaṭṭāb de crearlo, con la intención de que queden anotados los derechos a los pagos del tesoro de las personas, empezando por los más próximos al profeta. Esta obra mira al *dīwān* desde el punto de vista del deudor que tiene que conocer a quién realizar los pagos de las obligaciones.

a La debilidad de la gente de Córdoba en el Islam llegó a tal nivel [...] los francos, cuando escuchaban la llamada a la oración, decían expresiones que no se pueden reproducir sin que nadie se opusiera. La gente de Córdoba reunió gran cantidad de dinero para los francos. Pidieron al juez Ibn Dākḡān que les pagara con el dinero de los *ahbās* depositado en la macsura de la mezquita aljama. Se negó, así que rompieron la puerta de la macsura, tomaron el dinero y lo entregaron a los francos.

b En el año 253 [...] en él se dio la noticia del ladrón que robó la *bayt al māl*, la cual se encontraba en el interior de la mezquita aljama en Córdoba; en el mes de *šawāl*.

c Capítulo primero. Mención: el *dīwān* y el cobro de salarios.

56- Ka 'ab b, Mālik dijo: cuando el profeta salió hacia Tabūk, yo estaba entre quienes dejó atrás; creíamos que nuestros asuntos se ocultarían porque éramos muchos y no teníamos *dīwān*.

[...] 57- Cuando la gente creció en tiempos de 'Umar, ordenó crear el *dīwān* para cobrar los salarios y los envíos; así lo inscribieron: la tribu de Hāšim después la tribu de Taym, después la tribu de 'Uday. Lo elevaron a él y dijo: "¿queréis agradarme? Escribid desde el más cercano al enviado de Dios y poned a 'Umar donde Dios lo ha puesto. Lo hicieron así y llegó ante él al-'Abbās y le dio las gracias por ello.

^aوحدثني أبو الحسن المدائني عن ابن جابان عن بن المقفع: قال كانت الرسائل يحمل المال تقرأ على الملك وهي يومئذ تكتب في صحف بيض وكان صاحب الخراج يأتي الملك كل سنة بصحف موصلة قد أثبت فيها مبلغ ما إجتبى من الخراج وما أنفق في وجوه النفقات، وما حصل في بيت المال فيختمها ويجريها، فلما كان كسرى [...] تأذى بروائح تلك الصحف وأمر أن لا يرفع إليه صاحب ديوان الخراج ما يرفع إلا في صحف مصفرة بالزعفران وماء الورد.¹⁵⁶⁸

Mediante esta anécdota en la que le emperador sasánida Kistrā ordena cambiar las hojas que le presentaban en las que se registraban la recaudación del *jarāy*, los gastos y las variaciones de la *bayt al-māl* contenida en el *libro de las conquistas*, observamos varias cuestiones interesantes: la influencia persa en la organización del califato y la íntima relación entre el *jarāy* (entendido en el texto como tributo territorial), el *dīwān* o registro y la *bayt al-māl*.

^bفي وضع الديوان وذكر أحكامه.

والديوان موضوع لحفظ ما يتعلق بحقوق السلطنة من الأعمال والأموال، ومن يقوم بها من الجيوش والعمال، [...] وأول من وضع الديوان في الإسلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه¹⁵⁶⁹.

Volvemos a reproducir el comienzo del libro dedicada al *dīwān* de la obra sobre los preceptos del sultán, de al-Māwardī. En su momento apuntábamos la relación entre este y la *bayt al-māl*. El epígrafe que el autor le dedica al tesoro forma parte de este libro. Nada más empezar, afirma que el *dīwān* se erigió para guardar los derechos del sultán o gubernamentales.

^cفصل: فيما يشتمل ديوان السلطنة.

والذي يشتمل عليه ديوان السلطنة ينقسم أربعة أقسام: أحدها: ما يختص بالجيش من إثبات وعتاء. والثاني: ما يختص بالأعمال من رسوم وحقوق. والثالث: ما يختص بالعمال من تقليد وعزل. والرابع: ما يختص ببيت المال من دخل وخراج، فهذه أربعة أقسام تقتضيها بأحكام الشرع، ويتضمن تفصيلها ما ربما كان للكتاب الدواوين في أفرادها عادة هم بها أخص¹⁵⁷⁰.

Estas otras líneas, que nos trazaron el esquema del *dīwān* en el capítulo anterior, nos muestra que el *bayt al-māl* o tesoro público es una de sus cuatro secciones, en concreto la que tiene encomendada la anotación de las entradas y salidas de la misma.

^dفصل: في كاتب الديوان.

a Me ha relatado Abū al-Ḥasan al-Madā'inī de Ibn Ŷābān de Ibn al-Muqafa': dijo: Las cartas que llevaban el dinero eran leídas ante el rey; en aquel entonces se escribían en hojas blancas y el encargado del *jarāy* le entregaba al rey las hojas que llegaban y que certificaban la cantidad recaudada del *jarāy*, y los gastos producidos, lo que hubiera ocurrido a la *bayt al-māl*, el rey estampaba su sello y las entregaba. Cuando llego al trono Kistrā [...] padecía por el olor de esas hojas y ordenó que no le elevara el encargado del *dīwān* el *jarāy* en aquellas hojas, sino en unas amarilleadas con azafrán y agua de rosas...

b Sobre la erección del *dīwān* y la reseña de su régimen jurídico.

El *dīwān* se ha instituido para velar por todo lo que se relaciona con los derechos del sultán, los actos y los bienes y quien está encargarlo de acometerlos entre los ejércitos y los funcionarios [...]

El primero que impulsó el *dīwān* en el islam fue 'Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él.

c Capítulo: sobre los que incluye el *dīwān* del sultanato.

Lo que incluye el *dīwān* del sultanato se divide en cuatro apartados: el primero, lo que concierne al ejército sobre la certificación y pago; el segundo, lo que se refiere a las acciones con relación a obligaciones y derechos; el tercero, lo relativo a los funcionarios, nombramiento y destitución; y el cuarto, lo relacionado con *bayt al-māl*, entradas y salidas. Estas cuatro secciones requieren de un régimen jurídico, que contenga sus detalles, en lo que quizás sean más expertos sus escribas, expertos en las costumbres del mismo.

d Capítulo: sobre el escriba del *dīwān*.

En cuanto al escriba del *dīwān*, el encargado de su custodia, su nombramiento requiere que cumpla dos requisitos: justicia y aptitud.

En cuanto a la justicia, porque es el guardador del derecho de la *bayt al-māl* y de los súbditos, así que se exige la justicia y lealtad propias de los depositarios.

Por lo que respecta a la aptitud, pues el realiza por sí mismo una labor, así que ha de ser capaz de llevarla a cabo. Si fuera válido su nombramiento, se le piden seis cosas: guardar las normas, satisfacer los derechos, acreditar los levantamientos, pedir cuentas a los funcionarios, expedir los certificados e investigar las injusticias.

En cuanto al primero, hacer guardar las normas de los tributos justos, sin aumentarlos en perjuicio de los súbditos ni disminuirlos destruyendo el derecho de la *bayt al-māl* [...]

En cuanto al segundo, el cobro de los derechos, se da en dos aspectos. Uno de ellos: el cobro de quien debe de los funcionarios; el segundo: el cobro de los funcionarios que los han recaudado [...]

En cuanto a su satisfacción por los funcionarios, si se tratara de frutos hacia la *bayt al-māl*, no necesitaría la firma del responsable, el reconocimiento del jefe de la *bayt al-māl* de su recepción sería la prueba de la inocencia del funcionario [...] Si fuera rentas de los derechos de la *bayt al-māl*, y no hacía ella, no sería efectivos los actos de los funcionarios

وأما كاتب الديوان وهو صاحب ذمامه، فالمعتبر في صحة ولايته شرطان. العدالة والكفاية. فأما العدالة: فلأنه مؤتمن على حق بيت المال والرعية، فأقتضى أن يكون في العدالة والأمانة على صفات المؤتمنين. وأما الكفاية: فلأنه مباشر لعمل يقتضى أن يكون في القيام مستقبلاً بالكفاية المباشرين، فإذا صح تقيده فالذي ندب له ستة أشياء: حفظ القوانين، وإستيفاء الحقوق، وإثبات الرفوع، ومحاسبات العمال، وإخراج الأحوال، وتصفح الظلامات. فأما الأول منها: وهو حفظ القوانين على الرسوم العادلة، من غير زيادة تتحيف بها الرعية، أو نقصان يتلثم به حق بيت المال [...]. وأما الثاني: وهو إستيفاء الحقوق، فهو على ضريين: أحدهما: إستيفائها ممن وجبت عليه من العاملين. والثاني: إستيفائها من القابضين لها من العمال [...].

وأما إستيفائها من العمال، فإن كانت خراجاً إلى بيت المال لم يحتج فيها إلى توقيع ولي الأمر، وكان إعتراف صاحب بيت المال بقبضها حجة في براءة العمال منها، [...]. وإن كانت خراجاً من حقوق بيت المال ولم تكن خراجاً إليه، لم يمض العمال إلا بتوقيع ولي الأمر، وكان التوقيع إذا عرفت صحة حجة مقنعة في جواز الدفع. وأما الإحتساب به فيحتمل وجهين: أحدهما: أن يكون الإحتساب به موقوفاً على إعتراف الموقع له بقبض ما تضمنه، لأن التوقيع حجة بالدفع إليه، وليس بحجة في القبض به.

والوجه الثاني: يحتسب به العامل في حقوق بيت المال، فإن أنكر صاحب التوقيع القبض حاكم العامل فيه [...]. وأما الرابع: وهو محاسبة العمال، فيختلف حكمها بخلاف ما تقلده، وقد قدمنا القول فيها، فإن كانوا من عمال الخراج لزمهم رفع الحساب، ووجب على كاتب الديوان محاسبتهم على صحة ما رفعوه، وإن كانوا من عمال العشر لم يلزمهم على مذهب الشافعي رفع الحساب، ولم يجب على كاتب الديوان محاسبتهم عليه؛ لأن العشر عنده صدقة لا يقف مصرفها على إجتهد الولاة [...]. وأما الخامس: وهو إخراج الأحوال، فهو إستشهاد صاحب الديوان على ما ثبت فيه من القوانين وحقوق، فصار كالشهادة، وإعتبر فيه شرطان: أحدهما: أن لا يخرج من الأموال إلا ما علم صحته... والثاني: وأن لا يبتدىء بذلك حجة يستدعي منه، كما لا يشهد حتى يستشهد... 1571

El máximo responsable del *dīwān* ha de ser una persona justa y apta, pues es el responsable de la custodia de lo que contiene (traduzcamos aquí de esta manera la *dimma*, en plural en el texto, del mismo, término que analizamos con el concepto de persona en el derecho islámico). Entre otras características que lo han de adornar, menciona el velar por las normas en la aplicación de los tributos, sin gravar en exceso al súbdito, pero sin menoscabar el derecho del tesoro. El autor describe su actuación compuesta por diversos actos que tratan de preservar los derechos de la *bayt al-māl* en lo que se refiere a la recaudación y recepción de los ingresos, la exigencia de cuentas a los funcionarios y la certificación de pagos y demás salidas del tesoro. En su régimen jurídico se manifiesta un carácter instrumental sobre la integridad del tesoro y la custodia de sus fondos.
^aشهر ذي الحجة من السنة المذكورة.

más que con la firma del responsable; la firma, si se conociera su validez, sería una prueba convincente de la validez del pago. En cuanto a la rendición de cuentas, admite dos posibilidades:

Una: que esté supeditada al reconocimiento del que firma de la recepción del contenido, porque la firma es una prueba del pago y no lo es de la recepción.

Segundo: el funcionario se le piden cuentas sobre los derechos de la *bayt al-māl*; si el firmante negara la recepción, el funcionario sería juzgado por ello [...]

El cuarto: la rendición de cuentas de los funcionarios; su régimen varía según el nombramiento que tengan, y así lo hemos referido con anterioridad. Si estuvieran encargados del *jarāy*, deberían elevar cuentas y el responsable del *dīwān* pedirles cuentas de la validez de las mismas. Si estuvieran encargados del diezmo, no tendrían por qué elevar cuentas, según la escuela de al-Šāfi'ī, ni el encargado debería pedirles cuentas, porque el diezmo es una *ṣadaqa* cuyo destino no depende del criterio de las autoridades [...]

El quinto: la expedición de certificados; es el testimonio del responsable del *dīwān* sobre lo que está acreditado de normas y derechos, así que sería como un testimonio. Se exigen dos requisitos: que no salga ningún bien salvo que sea conocido que sea correcto, así como no se da testimonio más que de lo que se conoce y está acreditado. Segundo: que no se lleve a cabo hasta que no le sea solicitado como no se presta testimonio hasta que no se es requerido [...]

a El mes de *dū-l-ḥayya* del mencionado año.

El primer domingo, segundo desde que desembarcamos en Alejandría, lo primero que vimos fue a los secretarios aparecer en el barco, de parte del sultán, para inmovilizar todo lo que hubiera en ella.

Fueron llamados a comparecer todos los musulmanes que estuvieran en él, uno a uno, apuntaron sus nombres y filiación y sus países de origen. Fueron preguntados cada uno sobre las mercancías que llevaban o el dinero, para abonar la *zakāt* de ello sin averiguar si se había cumplido el plazo legal o no.

Se conminó a Aḥmad b. Ḥasān, para interrogarlo sobre las noticias del Magreb y las mercancías del barco. Fue conducido ante el sultán primero, luego ante el juez, después ante la gente del *dīwān*, posteriormente ante un grupo del personal del sultán. Ante cada uno fue interrogado y se registraban sus palabras. Se le puso en libertad.

أول اليوم الأحد ثاني يوم نزولنا بالإسكندرية. فمن أول ما شاهدنا فيها يوم نزولنا، أن طلع أمنا إلى المركب، مقبل السلطان، بها لتقييد جميع ما جلب فيه. فأستحضر جميع من كان فيه من المسلمين، واحداً واحداً، وكتب أسماءهم وصفاتهم وأسماء بلادهم، وسئل كل واحد عما لديها من سلع أو ناض، ليؤدي الزكاة ذلك كله، دون أن يبحث عما حال عليه الحول أم لا. وإستنزل أحمد بن حسان منا، ليسأل عن أنباء المغرب وطلع المركب، فطيف به مرقباً على السلطان أولاً، ثم على القاضي، ثم على أهل الديوان، ثم على جماعة من حاشية السلطان، وفي كل يستفهم ثم يقيد قوله، فخلى سبيل. وأمر المسلمون بتنزيل أسبابهم، وما فضل من أزودتهم، وعلى ساحل البحر أعوان يتوكلون بهم، ويحمل جميع ما أنزلوه إلى الديوان. فأستدعوا واحداً واحداً، فأحضر ما لكل واحد من الأسباب، والديوان فد غص الزحام. فوقع التفتيش لجميع الأسباب ما دق وما جل، وإختلط بعضها ببعض، وأدخلت الأيدي إلى أوساطهم بحثاً عما عسى أن يكون فيها، ثم إستحلوا بعد ذلك هل عندهم غير ما وجد ولهم أم لا، وفي أثناء ذلك ذهب كثير من أسباب الناس، لإختلاط الأيدي وتكاثر الزحام [...]

وهذه المحالة من الأمور الملبس فيها على السلطان الكبير- المعروف بصلاح الدين، ولو علم بذلك -على ما يؤثر عنه من العدل، وإيثار الرفق- لأزال ذلك، وكفى الله المؤمنين تلك الخطة الشاقة، واستودوا الزكاة على أجمل الوجوه، وما لقينا ببلاد هذا الرجل، ما يلم به قبيح لبعض الذكر، سوى هذه الأحداث التي هي من نتائج عمال الدواوين.
مناقب الإسكندرية

ومن مناقب هذا البلد، ومفاخر العائد في الحقيقة إلى سلطانه، المدارس والمحارس الموضوعه فيه لأهل الطلب والتعبد [...] وإتسع إعتناء السلطان بهؤلاء الغرباء الطارئین، حتى أمر بتعيين حمامات يستحمون فيها متى إحتاجوا إلى ذلك، ونصب لهم مارستاناً لعلاج من مرض منهم [...]

ومن أشرف هذه المقاصد أيضاً أن السلطان عين لأبناء السبيل من المغاربة خبزتين لكل إنسان في كل يوم [...]

ولهذا كله أوقف من قبله [...] ولا فائد للسلطان بهذا البلد سوى الأوقاف المحبسة- المعينة من قبله لهذه الوجوه، وجزية اليهود والنصارى، وما يطرأ من زكاة العين الخاصة، وليس له منها سوى ثلاثة أثمانها، والخمسة الأثمان مضافة للوجوه المذكورة¹⁵⁷².

La literatura de viajes no solo transforma el tono, con las observaciones del autor sobre la vida cotidiana en los lugares visitados, sino que también nos dota de una herramienta eficaz para cotejar la aplicación práctica de las diversas regulaciones legales en las actividades cotidianas de la gente. Esta impresión que nos transmite Ibn Yubayr sobre la Alejandría de la época de Saladino, cuya intención es mostrar los abusos de los funcionarios del *dīwān*, excusando al sultán, y en parte utilizada en el capítulo anterior, revela algunos aspectos prácticos de la relación entre este órgano administrativo y la *bayt al-māl*, así como el régimen jurídico de esta:

Se ordenó a los musulmanes descargar sus mercancías y todo lo que superara las provisiones. En la costa, se contrataban agentes que transportaban todo lo descargado al *dīwān*. Eran llamados uno a uno y se le presentaban sus mercancías. El *dīwān* se llenó con tal aglomeración.

Tuvo lugar el registro de todas las pertenencias, mezclándose unas con otras, introduciéndose las manos en ellas buscando lo que hubiera en ellas; después les hicieron jurar que no tenían nada más que lo que se había encontrado. En el transcurso del mismo, se perdieron muchas pertenencias, por la confusión de manos y la enorme aglomeración [...]

Esta situación es una de las cosas sospechosas sobre su gran sultán, conocido como Saladino, quien, si hubiera tenido conocimiento de ello -estando tan influido por la justicia y su inclinación a la misericordia-, hubiera puesto final a ello; Dios evite estos duros momentos a los musulmanes y la *zakāt sea recaudada de la mejor manera, sin que recibamos este trato execrable en la tierra de este hombre, pues estos sucesos son el resultado de la acción de los funcionarios del dīwān*.

Obras piadosas en Alejandría.

Las obras piadosas de esta ciudad, de la que ha de estar orgullosa, se deben en realidad a su sultán, las escuelas, los puestos de guardia, erigidos para la gente que lo requiere y la gente piadosa [...]

El cuidado del sultán por los extranjeros que arriban se extienden hasta tal punto que les ha establecido baños para que los usen cuando los necesiten; también les ha erigido hospitales para los que enfermen [...]

De lo más honorable de estas obras piadosas ha sido que a los viajeros magrebíes les ha destinado dos panes cada día para todos [...]

Para satisfacer estos fines, ha constituido *awqāf* [...]

El sultán no tiene en esta población más ingreso que los *awqāf*, constituidos por él para ello, la *ẏizyat* de judíos y cristianos, la *zakāt* de los bienes particulares, de lo que le corresponde tres octavos, los otro cinco se emplean en los fines mencionados.

- Es la dependencia administrativa encargada de la recaudación de la limosna legal, si bien el sultán tan solo puede disponer para él de tres octavos.
- El gobernante instituye fundaciones piadosas, *aḥbās*, para fines piadosos públicos.
- El autor relaciona los ingresos que le corresponden al sultán (según la expresión literal, no al tesoro): las rentas de esos bienes habices, la *yīzya* sobre judíos y musulmanes y tres octavos de la *zakāt*.

^aفخرجت من مدينة الإسكندرية قاصداً هذا الشيخ نفعنا الله به. ووصلت قرية فروجة [...] قرية كبيرة بها قاض ووال ناظر. [...] وأضافني ناظرها زين الدين [...]، وسألني عن بلدي وعن مجباه. فأخبرته أن مجباه نحو إثني عشر ألف من دينار الذهب. فعجب وقال لي: ((رأيت هذه القرية، فإن مجباها إثنان وسبعون الف دينار ذهباً)). وإنما عظمت مجابي ديار مصر لأن جميع أملاكها لبيت المال. ثم خرجت من هذه القرية¹⁵⁷³.

A la hora de estructurar nuestra tesis hemos atendido, convencionalmente en aras de una mayor claridad expositiva, dados los precedentes en la doctrina jurídica occidental, un criterio fundamental: el sustrato personal o material de los entes sobre los que hemos extendido nuestra reflexión acerca de su encaje en el concepto de persona jurídica. La realidad siempre es refractaria a estar constreñida en rígidos moldes jurídicos. Esa es la razón por la que las descripciones de los viajeros pueden ser utilizadas tanto como ejemplos de las divisiones territoriales y las autoridades que las tienen bajo su mando como para ilustrar los derechos del tesoro público. Este es el caso de esta reseña sobre la aldea de Farūya, una población cercana a Alejandría, a la que nos referimos en el capítulo quinto, anunciando que nos sería útil en este momento. En concreto, al final del párrafo Ibn Battūta nos informa que la totalidad de las regiones de Egipto son propiedad de la *bayt al-māl*.

^bديوان الأعمال والجبايات:

أعلم أن هذه الوظيفة من الوظائف الضرورية لملك، وهي القيام على أعمال الجبايات وحفظ حقوق الدولة في الدخل والخرج وإحصاء العساكر بأسمائهم، وتقدير أرزاقهم وصرف أعطياتهم في إبانيتها، والرجوع في ذلك إلى القوانين التي يرتبها قومة تلك الأعمال، وقهارة الدولة، وهي كلها مسطورة في كتاب شاهد بتفاصيل ذلك في الدخل والخرج مبني على جزء كبير من الحساب، لا يقوم به إلا المهرة من أهل تلك الأعمال؛ ويسمى ذلك الكتاب بالديوان، وكذلك مكان جلوس العمال المباشرين لها. [...] وأما ما يتعلق بهذه الوظيفة من الأحكام الشرعية مما يختص بالجيش أو بيت المال في الدخل والخرج وتمييز النواحي بالصلح والعنوة، في تقليد هذه الوظيفة لمن يكون، وشروط الناظر فيها والكاتب وقوانين الحسينات، فأمر راجع إلى كتب الأحكام السلطانية، وهي مسطورة هنالك وليست من غرض كتابنا، وإنما نتكلم فيها من حيث طبيعة الملك الذي نحن بصدد الكلام فيه¹⁵⁷⁴.

En el pensamiento del filósofo de la Historia, Ibn Jaldūn, en su *Muqqaddima*, el *dīwān*, la *bayt al-māl* y el estado parecen confundirse. Como vimos, dentro de su teoría política el órgano administrativo sería donde se realizan los registros contables de los derechos y obligaciones del estado, así como la anotación de los nombres de los soldados. Sin embargo, al hablar del régimen jurídico, esos ingresos y gastos se atribuyen al tesoro, *bayt al-māl*, en lugar del estado. Es posible

a Salí de la ciudad de Alejandría, con la intención de visitar a este *šayj* con quien Dios nos ayuda. Llegué a la aldea de *Farūya* [...] una gran aldea que dispone de juez, gobernador y administrador [...] El administrador, Zayn-l- Dīn, me hospedó y me preguntó por mi país y su recaudación. Le informé que su recaudación ascendía alrededor de doce mil dinares de oro. Se sorprendió y me dijo: “¿has visto esta aldea? Pues su recaudación es de setenta y ocho mil dinares de oro”. Es de las mayores de Egipto porque todas sus propiedades pertenecen al tesoro (*bayt al-māl*). Después abandoné esta aldea.

b *Diwān* de los trabajos y las recaudaciones.

Sepa que esta función es una de las necesarias para el reino; consiste en los trabajos de recaudación y conservación de los derechos del estado en cuanto a las entradas y las salidas y el recuento de los militares con sus nombres, la estimación de sus soldadas y el abono de los salarios a su tiempo. Esto se basa en leyes que organice el alcance de estas labores y los trabajadores del estado. Todo ello está contenido en las líneas de un libro con todo detalle sobre las entradas y salidas, construido en gran parte sobre el fundamento de la contabilidad. No se encarga de ello más que los expertos en estas acciones, y se denomina este libro *Diwān*, asimismo se llama el lugar donde se sientan los funcionarios encargados de ello.

[...] En cuanto a los preceptos legales que se relacionan con esta función en lo que se refiere al ejército, la *bayt al-māl*, las entradas y salidas, y determinar si las tierras fueron conquistadas mediante pacto o por las armas y el nombramiento de quien deba encargarse, y las condiciones del encargado, el escribiente y las reglas de la contabilidad. Este asunto se ha de consultar en los libros de los preceptos de los sultanes, y allí están definidas. No es el objetivo de nuestro libro, en el que hablamos de la naturaleza de la monarquía que es de lo que hablamos.

deducir que el registro es la base física, compuesta por los funcionarios y las herramientas e instrumentos necesarios, para gestionar el ente tesoro, o estado, según el término que el autor suele preferir. Asimismo, lo que mencionamos en su momento, este autor de origen sevillano sigue a al-Māwardī y su libro sobre *los preceptos del sultán*. No obstante, no ha de pasarnos por alto la frase que dedica al *dīwān*: *Todo ello está contenido en las líneas de un libro con todo detalle sobre las entradas y salidas, construido en gran parte sobre el fundamento de la contabilidad. No se encarga de ello más que expertos en estas acciones, y se denomina este libro Diwān, asimismo se llama el lugar donde se sientan los funcionarios encargados de ello*. Estas palabras nos conducen a limitar este órgano como un registro de todas las operaciones necesarias para la administración, el tesoro incluido; asimismo, una de sus acepciones principales se refiere al lugar de reunión de los funcionarios que realizan dicha labor.

رسالة عبد الحميد الكاتب إلى الكتاب:

أما بعد حفظكم الله يا أهل صناعة الكتابة، وحاطكم ووفقكم وأرشدكم. فإن الله عز وجل جعل الناس بعد الأنبياء والمرسلين [...] ومن بعد الملوك المكرمين أصنافاً وإن كانوا في الحقيقة سواء، وصرفهم في صنوف الصناعات، وضروب المحاولات، إلى أسباب معاشهم وأبواب أرزاقهم؛ فجعلكم معشر الكتاب في أشرف الجهات الأدب والمروءات، والعلم والرزانة. بكم ينتظم للخلافة محاسنها وتستقيم أمورها. وبنصائحكم يُصلح الله للخلق سلطانهم وتعمر بلدانهم. لا يستغني الملك عنكم، ولا يوجد كاف إلا منكم. فموقعكم من الملوك موقع أسماعهم التي بهما يسمعون، وأبصارهم التي بها يبصرون، والسننهم التي بها ينطقون، وأيديهم التي بها يبطشون. فأمتعكم الله بها خصمكم من فضل صناعتكم، ولا نزع عنكم ما أضافه من النعمة عليكم. وليس أحد من أهل الصناعات كلهم أحوج إلى إجتماع خلال الخير المحمود، وخصال الفضل المذكورة المعدودة منكم¹⁵⁷⁵.

El secretario del último califa omeya 'Abd al-Ḥamīd al-Kātib, en este fragmento de su obra Epístola a los escribas incluida por Ibn Jaldūn, en la *Muqqaddima*, que vimos en el capítulo anterior, considera a estos funcionarios como uno de los tipos de industrias (eso sí la más honorable) que Dios asigna a las personas. Su función es esencial para el buen funcionamiento del califato, pero no se refiere a un cuerpo unificado con personalidad propia. En opinión de la arabista Katia Zakharia se produciría una especie de pacto tácito entre el califa y su secretario particular: un acuerdo entre dos sujetos que conservan su individualidad¹⁵⁷⁶.

Es preciso, en estos momentos, retomar algunos párrafos del manual de al-Mamātī, *Las Leyes de los Dawāwīn*, a los que acudimos en el capítulo anterior, y reinterpretarlos a la luz del ente que nos ocupa.

الباب الثامن. في أسماء المستخدمين من حملة الأقلام وما يلزم منهم

a Carta de 'Abd-l-Ḥamīd al-Kātib a los escribas.

Saludos, Dios os guarde, gente de la industria de la escritura, os proteja, dé éxito y os guíe. Dios el Altísimo hizo a la gente tras los profetas y enviados [...] y tras los reyes honorables en categorías, aunque en realidad sean iguales, y los distribuyó en tipos de industrias y clases de tentativas, para encontrar la causa de su sustento y las puertas de sus salarios; os hizo encargados de la escritura, la más honorable función de la gente de letras y virilidad, de ciencia y buenos modales. Con vosotros, el califato organiza sus virtudes y hace discurrir sus asuntos por la buena senda. Con vuestros consejos, Dios corrige la naturaleza de sus sultanes y civiliza sus países. El rey no se priva de vosotros, ni encuentra un apoyo más que en vosotros. Vuestro puesto entre los reyes es el de los oídos a través de los cuales oyen, sus ojos por los que ven, sus lenguas mediante las que pronuncian, sus manos por las que cogen. Dios os haga disfrutar de la virtuosa industria que os ha asignado. Nos os quite nada de la gracia que os ha dado. Ninguno de entre la gente de las industrias se merece más los calificativos elogiosos ni la naturaleza virtuosa mencionada.

b Capítulo octavo. Sobre los nombres de los empleados en la utilización de las plumas y sus cometidos.

Los empleados en la utilización de las plumas no sobrepasan los diecisiete hombres, entre los que se encuentran los que han de presentar cuentas, aunque no se cuenten entre los escribas; y son: administrador (*nāzir*), encargado del *dīwān* (*mutawālī-l-dīwān*), pagador (*mustawfī*), ayudante (*mu'in*), copista (*nāsij*), supervisor (*mušārif*), trabajador (*'āmil*), escribiente (*kātib*), especialista (*yahbaḍ*), testigo (*šāhid*), representante (*nāi'b*), secretario (*amīn*), comprobante (*māsiḥ*), guía (*dalīl*), receptor (*ḥāi'z*), almacenista (*jāzin*), compilador (*ḥāšir*). Cada uno de ellos tiene su propio régimen, y las ordenes que reciben, según se procede a explicar y comentar:

Administrador (*nāzir*): persona en la que se apoya el encargado del *dīwān*, o el supervisor; ninguno de los funcionarios puede dejar de informarle de algún asunto; entre sus obligaciones está el conocer y corregir de su puño y letra; si el administrador fuera el encargado, escribiría de su mano todas las cuentas que se le eleven. Y extendería los recibos y respondería de todos los actos incorrectos.

Encargado del *dīwān* (*mutawālī-l-dīwān*): se le exige que cualquier acto principal que se realice en el *dīwān* lleve la marca de su mano. En cuanto a los secundarios, se derivan al escribiente para la ejecución debida en las cuentas. La

المستخدمين من حملة الأقلام لا يتجاوزون سبع عشر رجلاً بمن فيهم من يلزم رفع الحساب، وإن لم يدخل في عداد الكتاب، وهم: ناظر؛ متولى الديوان؛ مستوفي؛ معين؛ ناسخ؛ مشارف؛ عامل؛ كاتب؛ جهيد؛ شاهد؛ نائب؛ أمين؛ ماسح؛ دليل؛ حائر؛ خازن؛ حاشر.

لكل منهم حكم يتعلق به، وأمر يتوجه عليه الخطاب فيه، والأمر في جميعهم على ما يوضح ويُشرح، وهو: **الناظر**: شخص يُستظهر به على متولى الديوان، أو مشارف عمل، وليس لإحدى مستخدميه أن ينفرد عنه بشيء من علم المنظور فيه، ومن لوازمه أن يكون علمه محوطاً بضبطه، محفوظاً بخطه؛ وإن كان ناظر المشارف، كتب خطه على ما يرفع من الحساب، ويُخرج من الوصولات؛ وهو مخاطب على كل ما يتم في معاملته من خلل.

متولى الديوان: مما يخاطب عليه أن يكون أصول ما يجرى في ديوانه من المعاملات مضبوطة بخطه؛ فأما فروع ذلك، فإنها مردود إلى الكتاب، لإشغاله بالتنفيذ عما يجب من خدمة الحساب. ولا يخلو أمر تولية الديوان من ثلاثة أوجه: ... فإن كان ولي بأمانة، فله إجهاده، وهو محمول على أمانته، مالم تظهر عليه خيانة. وإما أن يكون ولي ببذل... لم تلزمه شيء عن التتمة مالم تقم عليه بينة بالتفريط فيها... وأما إن كان ولي ضمان، فكلما تأخر مال ضمانه لزمه القيام به، فإن بقي فيه في ذمة المعاملين مال، كان السلطان بالخيار في أن يقبل الحوالة به عليهم بعد إعترافهم أو لا يقبل، وله إن كان يطالبه في ذمته ويعود هو بالطلب على من الباقي عنده ويشد منه.

المستوفي. هذا الكاتب يكون صاحب مجلس في الديوان، يُطالب المستخدمين بما يجب عليهم رفع من الحساب في أوقاته، وينبه متولى الديوان على ما يجب إستخراجه من المال في أحيانه، ويقوم بالجراند، ويقابل بكل ما يرد عليه من حساب ويستوفيه، ويخرج ما يجب تخريجه فيه، ويخرج الأحوال ويعمل المطالبات [...]

المعين. كاتب بين يدي المستوفي لمساعدته في الأعمال المذكورة، وليس عليه درك في شيء منها [...].
الناسخ: هذا الكاتب يُستخدم رسم نسخ التوقيعات والمكاتبات الصادرة والوارد، ومتى ظهر أنه أثبت في نسخة مما لم يكن في أصلها، توجه عليه الدرك فيه.

responsabilidad de esta función puede ser de tres tipos: [...] por *amāna* (responsabilidad por custodia), actuaría según su dictamen respondiendo por custodia, solo si fuera evidente su traición; o por esfuerzo [...] no estaría obligado en nada por el resultado final mientras no se presentaran pruebas de su negligencia; o por garantía, así, todo bien que sufriera retraso garantizado por él, debería aportarlo; si restara algo sobre la esfera jurídica de los funcionarios, el sultán podría elegir entre aceptar esta novación en el deudor tras su reconocimiento, o no aceptarla, pudiendo, si fuera requerido, repetir contra quien retuviera lo que resta y apretarlo.

Pagador (mustawfi): este escriba es el jefe del consejo (*maylis*) en el *dīwān*. Exige a los funcionarios que eleven las cuentas en sus plazos, y avisa al encargado de las partidas de dinero que han de salir en sus plazos y confecciona las hojas y confronta todos los pagos que se le derivan y los abona, extrae todo lo que ha de ser extraído, emite los casos y elabora las demandas [...]

Ayudante (mu'īn): escriba que está entre las manos del encargado para apoyarlo en los actos mencionados, no respondiendo por los errores [...]

Copista (nāsij): este escriba es utilizado para hacer copias de los documentos que se firman y aquellos que entran y salen. Cuando queda constancia que existe una copia de la que no hay original ha de responder por ello.

Supervisor (musārif): su labor está bajo la orden del administrador, como se ha mencionado. Además de esto, añade al administrador que toda salida está depositada ante él y custodiado por él, una vez que ha sido sellada.

Trabajador ('āmil): es un encargado que está obligado a elaborar las cuentas y elevarlas y a escribir sobre cada acto elevado ante él correcto y autorizado [...]

Escribiente (kātib): realiza la labor del trabajador si este no está.

Especialista (yahbaq): escriba que redacta las salidas de dinero y elabora los recibos [...]

Testigo (šāhid): entre sus obligaciones está corregir todo de lo que sea testigo y escribir la cuenta autorizada para su comentario.

Representante (nāi'b): este escriba se emplea como delegado del *dīwān* con los funcionarios y no está obligado a elevar las cuentas ni escribir sobre ellas, aunque si se le pidiera, no habría inconveniente.

Secretario (amīn): ejerce la función del delegado como se ha explicado y en otros servicios realiza las funciones del testigo.

Comprobante (māsih): camina con los funcionarios para medir las tierras y las amojona. De ello elabora gastos y, si se comprobaba que se ha cambiado, ocultado o sobrepasado un límite, puede pedir responsabilidad por ello [...]

Guía (dalīl): está obligado a elaborar las hojas de las cuentas y las superficies de las tierras y los registros de presencia; y lo detalla por situación de las granjas y repartos así como los nombres de sus granjeros y anota la responsabilidad de cada uno.

Receptor (hāi'z): escribe las rentas y corrige lo que se cosecha. Y sella todo ello y ha de impedir que los granjeros dispongan de las mismas.

Almacenista (jāzin): escriba encargado de tomar las cosechas, almacenarlas y sacarlas y está obligado a realizar las acciones relacionadas con ellas. Y se le piden cuentas de los posibles menoscabos.

Compilador (hāšir): está obligado a elevar los trabajos sobre la paja

المشارف: أمره جار على أمر الناظر فيما شُرح. وهو يزيد على الناظر بأن يكون الحاصل من المستخرج في مودعه وتحت حوطته بعد أن يكون مختوماً عليه.

العامل: وهو متولى، ويلزمه عمل الحسابات ورفعها، والكتابة على ما يرفعه غيره من معاملته منها بالصحة والموافقة، [...] **الكاتب:** هو جار مجرى العامل في كل ما يعلق به من المعاملات إذا لم يكن معه عامل.

الجهد: كاتب يرسم استخراج المال وقبضه، وكتب الوصولات به [...].

الشاهد: من لوازمه أن يضبط كل شيء مما هو شاهد فيه، وأن يكتب الحساب الموافق لتعليقه.

النائب: هذا كاتب يستخدم نائباً عن الديوان مع المستخدمين، وليس يلزمه رفع الحسابات، ولا كتابة عليه، وإن طولب بذلك فلا بأس به.

الأمين. هو جار النائب فيما شُرح من حاله؛ وهو في بعض الخدم جار مجرى الشاهد.

الماسح: كاتب يمشي مع القصاب في مساحة الأرض، ويجمع أقصاب المساحة ويضربها، ويعمل بذلك مكلفات؛ ومتي ظهر عليه أن نقل أرضاً عالية القطيعة إلى ما دونها، أو أخف مساحة؛ أو تجاوز حداً، كان عليه درك ذلك [...].

الدليل: يلزمه أن يعمل القنطاق والقوانين بالمساحة وسجلات التحضير، ويفصل ذلك ببقاعه مزرعاته وقطائعه وأسماء مزارعيه وكتب خطه بالترام الدرك فيه.

الحائز: كاتب على أجران، فيكون ضابطاً لما يُحمل من القت ويحصد ومن لوازمه أن يختم على الأجران كل ليلة، ويمنع المزارعين من التصرف فيها.

الخازن: كاتب متولى قبض الغلات وخبزها وإخراجها؛ ويلزمه عمل الأعمال بها، ويُطالب بما لعله يعجز منها.

Pudimos comprobar lo pormenorizado de la reglamentación del cometido de todos y cada uno de ellos, así como de su situación en la jerarquía también (se trata de empleos unipersonales escalonados piramidalmente, cuya cúspide la representa el administrador y la base del escalafón es para el almacenista (*jāzin*), y el compilador (*ḥāšir*) cuya actividad se circunscribe a depositar los bienes que ingresan en el registro). La estructura, régimen jurídico y organización alcanza un grado de minuciosidad muy alto, pues la finalidad no es otra que el control sobre los ingresos y gastos del tesoro. Ya nos llamaron la atención en la enumeración dos puestos: el representante y el pagador. El primero recibe la delegación del propio *dīwān*, actuando en su nombre y, en teoría al menos, los efectos jurídicos de sus actos se desplegarían en la esfera jurídica del órgano. El otro, el pagador, se nos presenta como el jefe del consejo (*maʿyilis*, órgano que hemos estudiado en su apartado específico). La organización compleja no tiene por qué estar acompañada de un mecanismo para la formación de la voluntad del órgano, pues los diecisiete cargos ejecutan órdenes e instrucciones de un superior; en la cúspide se situaría el sultán. No están facultados, ni colegiadamente ni por separado, para aprobar un estatuto de funcionamiento propio ni tan siquiera modificar las directrices superiores.

^aالباب التاسع.

في ذكر ما استقر من المعاملات السلطانية، والجهات الديوانية، بعد ما سماح به السلطان - (أعز الله نصره) - إلى آخر وقت، والحديث على كل معاملة مها بما يتعلق بها، وإتصل بسببها.

المعاملات التي استمرت، والجهات التي استقرت: الزكاة؛ الجوالي؛ الموارث؛ الثغور المحروس؛ المتجر؛ الشب؛ النظرون؛ الحبس الجيوشي؛ الجاموس، أبقار الخيس؛ الأغنام؛ الغروس؛ البساتين؛ الأحكار؛ الرباع؛ المراكب؛ ما يستأدى من الذمة في ديوان الأبواب؛ خليج الإسكندرية؛ صندوق النفقات؛ الإهراء؛ المنخ؛ خزائن السلاح؛ البيوت؛ ساحل السنط؛ الخراج؛ اقرظ؛ مقرر الجسور؛ موظف الأتبان؛ الأساطيل؛ عمارة الأسوار؛ صناعة العمائر؛ الطراز؛ دار الضرب؛ دار العيار؛ العشر؛ التفاوت؛ الغيبانات؛ الفواضل؛ عجز العدة؛ عجز الأموال¹⁵⁷⁷.

a Apartado noveno.

Sobre la mención de los actos del sultán y los destinos en el *dīwān*, después de que el sultán -Dios refuerce su victoria- los haya permitido hasta el final del plazo. Y donde se habla de cada acto, o que a él se refiere y la causa que trae.

Los actos permanentes y los destinos estables: la *zakāt*, *al-ḡawālī* (*ḡizya* sobre los coptos, véase la misma fuente en su página 317), las herencias (cuando el tesoro es el heredero), las fronteras vigiladas, los locales comerciales, el mineral de alumbre, el natrón, el *waqf* del ejército (seguramente referido a tierras públicas destinadas al ejército), los búfalos, las vacas, las ovejas, los cultivos, los huertos, los derechos de superficie, los derechos sobre los *awqaf* del sultán, las embarcaciones, lo que se expropia a la gente de la *dimma* en el *dīwān* de las puertas, el golfo de Alejandría, el fondo de los gastos, los graneros, los albergues, los almacenes de armas, las casas (*de dinero*), la costa de al-Sanṭ, el *jarāy*, las hojas de *al-qaraz*, los derechos de los diques, el funcionario de las forrajes, las armadas, el mantenimiento de las murallas, construcción de edificios, bordados, la casa de acuñación, peritación, el diezmo, el equipo de los soldados, permisos de los soldados, excedentes, déficit en las cuentas y déficit en los bienes.

Este texto de la misma obra enumera una serie de impuestos, tipos de gastos de los soldados, derechos sobre la extracción de minerales, comercio e industria que han de ser anotados. Nos traemos entre manos la relación del *dīwān* con la *bayt al-māl*. En la concepción del autor, este copto converso, que alcanzó importantes cargos administrativos en su época, el ente con capacidad jurídica y de obrar suficiente para gestionar los ingresos y los gastos del estado sería el *dīwān*. Nos habla de un elemento humano, organizado jurídicamente, al servicio del tesoro público, conjunto de bienes; dispondríamos de tres elementos presentes en toda persona pública: elemento humano, material y conjunto de normas que organizan su funcionamiento. Ahora bien, aunque la distinción posea una cierta naturaleza convencional, y así lo defenderemos en las conclusiones de este capítulo, el elemento fundamental que aglutina este sujeto jurídico se materializa en un conjunto de derechos, obligaciones y bienes; los funcionarios, a pesar de su compleja estructura jurídica, constituirían el elemento humano instrumental imprescindible en toda persona jurídica, pues sin el mismo le resultaría imposible actuar; tanto si nos posicionáramos con la teoría que propugnan que la persona jurídica posee una existencia previa al reconocimiento de su personalidad por parte del derecho, como las que afirman que es una creación del ordenamiento jurídico, siempre han de realizar los actos con eficacia jurídica a través de un ser humano. Sin embargo, este autor denomina al ente autónomo *dīwān*, relegando la *bayt al-māl* a mera caja de depósito.

^aالموارث.

إذا مات من يورث بديء من ماله بتحضيره ودفنه، ثم تقضي ديونه، ثم تنفذ وصاياه، ثم تقسم تركته بين ورثته؛ إن لم يكن له وارث ورثته بيت المال؛ إن خلف من لم يستحق كل الميراث، أخذ سهمه، وكان الباقي لبيت المال¹⁵⁷⁸.

El ministro copto converso, en sus normas sobre los divanes, asigna al tesoro público, no al *dīwān*, la condición de heredero. A pesar de que este autor suele considerar a la *bayt al-māl* como un simple almacén. En este párrafo lo dota de la cualidad de heredero, un elemento clave para considerarla como persona jurídica.

Régimen jurídico.

^bفصل: في استقرار الخلافة.

[...] والذي يلزمه من الأمور العامة عشرة أشياء:

[...] والثامن: تقدير العطايا وما يستحق في بيت المال من غير سرف ولا تقتير ودفعه في وقت لا تقديم فيه ولا تأخر¹⁵⁷⁹.

El jurista, al-Māwardī, que vivió a caballo entre los siglos X y XI, originario de Basora, pero que se trasladó a la corte de Bagdad y asumió el puesto de *Juez de Jueces* en la corte califal¹⁵⁸⁰, entre las obligaciones y competencias del califa incluye la de valorar los gastos y obligaciones contra el tesoro, efectuando los pagos dentro de los plazos establecidos.

^cفي تقليد الإمارة على الجهاد.

والإمارة على الجهاد مختصرة بقتال المشركين.

a Las herencias.

Si alguien falleciera, primero sus bienes se emplearían para su preparación y entierro; después se satisfarían sus deudas y se ejecutarían sus legados, repartiéndose después la herencia entre sus herederos. Si no tuviera heredero, heredaría la *bayt al-māl*; si le sucediera alguien que no tiene derecho a toda la herencia, tomaría su parte y el resto para la *bayt al-māl*.

b Capítulo: sobre la estabilidad del califato.

[...] A lo que está obligado sobre los asuntos públicos está compuesto de diez cosas:

[...] Octava: valorar los gastos y los derechos sobre la *bayt al-māl*, sin derrochar ni ser cicatero, pagando a su tiempo sin adelantarse ni retrasarse.

c Sobre el Jefe de la *Yihād*.

[...] Tercero: velar por los combatientes que están con él: profesionales o voluntarios. En cuanto a los profesionales, son titulares en el *dīwān*, entre la gente de la *yihād* y el *fay'*, a los que se les establece un salario a cargo de *bayt al-māl*, de la parte del *fay'*, según su riqueza y necesidad [...]

Cuarto: los que tienen familia y los que no, se les llama los peleteros, son a los que se les da la paga a cargo de las *ṣaḍaḡāt* y no del *fay'*, de la cuota del enviado de Dios, mencionada en la aleya de las *ṣaḍaḡāt*; no es válido darles la paga a cargo del *fay'*, porque su derecho obliga a las *ṣaḍaḡāt*; no se da la paga a los soldados profesionales acreedores del *fay'* del dinero de las *ṣaḍaḡāt*, pues son titulares de un derecho contra el *fay'* y cada una de las dos clases no puede compartir lo de la otra...

والثالث: أن يراعى من معه من المقاتلة وهم صنفان: مسترزقة ومتطوعة، فأما المسترزقة فهم أصحاب الديوان من أهل الفيء والجهاد، يفرض لهم العطاء من بيت المال من الفيء بحسب الغني والحاجة [...] والرابع: ذا عيال وغير ذي عيال، قاله الفراء، وهؤلاء يعطون من الصدقات دون الفيء من سهم رسول الله، ص، المذكور في آية الصدقات، ولا يجوز أن يعطوا من الفيء لأن حقهم في الصدقات ولا يعطي أهل الفيء المسترزقة من الديوان من مال الصدقات، لأن حقهم في فيء وكل واحد من الفريقين مال لا يجوز أن يشارك غيره فيه...¹⁵⁸¹

En la misma sección sobre el botín de la obra de este jurista, en su momento lo anticipamos, establece que no todos los tributos y los bienes procedentes de lo conquistado son incorporados a la *bayt al-māl*; poco a poco iremos enumerando tanto los ingresos como los gastos que afectan al tesoro público. En este párrafo, incluido en un capítulo sobre la autoridad encargada de la *yihād* o guerra santa, como parte de la reglamentación de ejercicio del poder por el sultán, decreta que las pagas de los soldados profesionales suponen una deuda sobre el tesoro, en concreto, sobre la parte del botín que se ingresa en él, pues existe otro tipo de ingresos, cuya calificación jurídica genérica es el de *ṣadaqa*, la limosna legal, que no formaría parte de las entradas de la *bayt al-māl*. En estas líneas también marca la frontera entre el *dīwān* y el tesoro, pues los soldados profesionales están registrados con la paga que les corresponde en aquel, pero dicho salario supone una obligación para este.

^a في ولاية على حروب المصالح. الفصل الأول. في قتال أهل الردة. [...] إذا قتل ولم يغسل ولم يصل عليه، ووري مقبوراً ولا يدفن في مقابر المسلمين لخروجه بالردة عنهم، ولا في مقابر المشركين لما تقدم له من حرمة الإسلام المبينة لهم. ويكون ماله فيئاً في بيت المال المسلمين مصروفاً في أهل الفيء لأنه لا يرثه عنه وارث من مسلم ولا كافر. وإذا عنمت أموالهم لم تقسم في الغانمين، وكان من قتل مهم فيئاً، ومال أحياء موقوفاً، إن أسلموا رد عليهم، وإن هلكوا على ردتهم صار فيئاً...¹⁵⁸²

Cuando el botín se obtiene en guerras contra los apóstatas, el régimen jurídico de los fallecidos durante la apostasía consistiría en ser calificados como *fay'*, ingresándose en el tesoro público, aunque no se ha de destinar a cualquier fin, sino a los beneficiarios de este tipo de botín.

^b فصل: في تحديد وقت للنظر في المظالم. القسم الثاني: جور العمال فيما يحبونه من الأموال، فيرجع فيه إلى قوانين العادلة في دواوين الأئمة، فيحمل الناس عليها ويأخذ العمال بها، وينظر فيما استزادوه، فإن رفعوه إلى بيت المال أمر برده، وإن أخذوه لأنفسهم إسترجعه لأربابه. [...] والقسم الرابع: تظلم المسترزق من نقص أرزاقهم، أو تأخرها عنهم، وإجحاف النظر بهم، فيرجع إلى ديوانه في فرض العطاء العادل، فيرجعهم عليه، وينظر فيما نقصوه أو منعه من قبل، فإن أخذه ولادة أمرهم إسترجعه منهم، وإن لم يأخذوه قضاء من بيت المال...¹⁵⁸³

Extraemos algunas palabras de un párrafo mayor de esta obra sobre que formó parte de nuestro apartado dedicado al *mazālim*, ese órgano encargado de revisar las actuaciones de las autoridades, incluidas las judiciales. Respecto al tesoro público, el jurista *šāfi'ī* incorpora como parte de las competencias del tribunal el control de los funcionarios recaudadores y las quejas de los

a Sobre la autoridad encargada de las guerras por interés. Capítulo primero: el combate contra los apóstatas.

Si fueran muertos, no se purificarían ni lavarían, ni enterrarían en los cementerios de los musulmanes por su alejamiento debido a la apostasía, ni en los cementerios de los idólatras, debido la prohibición explícita del Islam contra ellos. Sus bienes serían *fay'*, ingresado en la *bayt al-māl* de los musulmanes, gastados en favor de la gente del *fay'*, porque ningún heredero, musulmán o infiel, les hereda...

[...] Si se tomaran como botín sus bienes, no se repartirían entre los combatientes, los bienes de los que fueran muertos, serían *fay'*, y los de los vivos, se esperaría: si se convirtieran, se les devolverían; si murieran en la apostasía, serían *fay'*.

b Capítulo: sobre el momento de la competencia de las injusticias.

El apartado segundo: las injusticias de los funcionarios en lo relativo a los bienes, para ello se acude a normas justas en los divanes de los imanes, que responde ante la gente y se toma de los funcionarios; se decide sobre lo que se ha cobrado de más, si se ha ingresado en el tesoro, se ordena devolverlo; y si los funcionarios se han apropiado de ello, se les restituye a sus dueños.

El cuarto apartado: el trato injusto del asalariado por una minoración en sus ingresos, o retraso en el cobro o perjuicio a la hora de llevar su asunto; se acude a su *dīwān* sobre el pago que es justo; se investiga si ha sido recortado o impedido de antes. Si las autoridades lo hubieran tomado, se les ordenaría devolverlo a su costa, si no, se devolvería a costa del tesoro

soldados profesionales por el recorte de sus soldadas. En ambos casos, sus decisiones, en el supuesto de fallar a favor de los demandantes, implican una obligación contra la *bayt al-māl*.

^aإقطاع السلطان مختص بما جاز فيه تصرفه ونفذت فيه أوامره، ولا يصح فيما تعين فيه مالكة وتميز مستحقه. وهو ضربان: إقطاع تمليك، وإقطاع إستغلال.

قأما إقطاع التمليك تنقسم فيه الأرض المقطعة ثلاث أقسام: موات/وعامر ومعادن. [...].
أما العامر فضربان:

أحدهما: ما تعين مالكة فلا نظر للسلطان فيه إلا ما يتعلق بتلك الأرض من حقوق بيت المال، إذا كانت في دار الإسلام، سواء كانت لمسلم أو ذمي، فإن كانت في دار الحرب التي لا يثبت للمسلمين عليها يد، فأراد الإمام أن يقطعها ليملكها المقطع عند الظفر بها جاز 1584.

El imán, según *los preceptos de los sultanes*, como vimos en su momento, no tiene competencias para repartir tierras cuyos propietarios están determinados, excepto, como responsable directo del tesoro, que las mismas estén gravadas con derechos a favor de *la casa del dinero*. Esto es así siempre y cuando los terrenos estén situados en territorios controlados por un gobierno musulmán, siendo indiferentes que el dueño sea fiel de esta religión o *ḍimmī*. No obstante, el gobernante es libre de repartir parcelas pertenecientes a estados enemigos, las cuales, una vez conquistadas, serán de propiedad del beneficiario.

^bفي ما اختص ببيت المال من دخل وخرج، فهو أن كل مال أستحقه المسلمون ولم يتعين مالكة منهم، فهو من حقوق بيت المال، فإذا قبض صار القبض مضاف إلى حقوق بيت المال، سواء أدخل إلى حرز أم لم يدخل، لأن بيت المال عبارة عن الجهة لا عن المكان، وكل حق وجب صرفه في مصالح المسلمين فهو حق على بيت المال، فإذا صرف في جهته صار مضاف إلى الخراج بيت المال، سواء خرج من حرزه أو لم يخرج، لأن صار إلى عمال المسلمين أو خرج من أيديهم فحكم بيت المال جار عليه في دخله إليه وخرج 1585.

Este fragmento del tratado sobre el derecho propio de los sultanes, escrito por al-Māwardī, el cual adelantamos en el apartado de nuestra tesis relativo a los antecedentes, otorga al tesoro público, expresamente, la titularidad de derechos y obligaciones. Los primeros, si no es posible atribuirlos a un musulmán en concreto; las segundas, si se contraen en beneficio de la comunidad de los creyentes. De esta manera, estas pocas líneas se convierten en uno de los ejes principales sobre los que gira nuestra investigación. Entre su contenido destaca esta oración: *Porque bayt al-māl es una expresión sobre la finalidad, no sobre el lugar*; es decir, el jurista culmina un proceso de abstracción iniciado en el local donde se depositaban los bienes procedentes de las conquistas recientes hasta convertirse en una entidad compuesta de titularidades, derechos a su favor y obligaciones de las que ha de responder.

^cوإذا كان كذلك فالأمور التي يستحقها المسلمون تنقسم ثلاثة أقسام: فيء و غنيمة و صدقة.

a El reparto del sultán está limitado a aquello sobre lo que es lícito su disposición y sus órdenes son ejecutivas; no es válido cuando el propietario está determinado y especificado su derecho. Sería de dos tipos: reparto de la propiedad y reparto de explotación. El de propiedad se divide la tierra repartida en tres tipos: baldía, habitada y de minerales [...]

En cuanto a la habitada, sería de dos tipos:

Uno de ellos: en aquella cuyo propietario está determinado el sultán no tiene prerrogativa ninguna más allá de los derechos que sobre la misma tenga el tesoro...

b En lo que se refiere a la (casa del dinero) *bayt al-māl* sobre ingresos y gastos, pues todo bien del que sean titulares los musulmanes y no se pueda concretar quién es el dueño entre ellos, pues sería uno de los derechos de *bayt al-māl*. Pues, si se tomara posesión, pues esta posesión se imputaría a *bayt al-māl*, tanto si hubiera entrado en el almacén como si no. Porque *bayt al-māl* es una expresión sobre la finalidad, no sobre el lugar. Y cualquier derecho que se hubiera de destinar en interés de los musulmanes, pues sería una obligación que recae sobre *bayt al-māl*; si se empleara en su destino, sería un gasto de *bayt al-māl*, tanto si hubiera salido del almacén como si no, porque se destina en favor de los empleados de los musulmanes o es una salida de sus manos. Pues la norma de *bayt al-māl* se aplicaría a él, como ingreso o como gasto.

c Si esto es así, los bienes que son titularidad de los musulmanes se dividen en tres categorías: *fay'*, *ganīma* y *ṣadaqa*.

En cuanto al *fay'*, es uno de los derechos de la *bayt al-māl*, porque el destino en el que se ha de emplear está a expensas de la opinión del imán y su discernimiento. En cuanto a la *ganīma*, no es uno de los derechos de la *bayt al-māl*, porque es titularidad de los beneficiarios del botín, los cuales están determinados por la realidad de los hechos, sin que cambie su destino por la opinión del imán, ni su discernimiento que le llevara a impedirlo; por ello, no devienen derechos de la *bayt al-māl*.

فأما الفيء: فمن حقوق بيت المال، لأن مصرفه موقوف على رأي الإمام وإجتهاده، وأما الغنيمة ليست من حقوق بيت المال، لأنها مستحقة للغنمين الذين تعينوا بحضور الواقعة، لا يختلف مصرفها برأي الإمام، ولا إجتهد له في منعهم منها، فلم تصر من حقوق بيت المال.

وأما خمس الفيء والغنيمة فينقسم ثلاثة أقسام: قسم منه يكون من حقوق بيت المال، وهو سهم النبي، ص، المصروف في المصالح العامة [...] وقسم منه لا يكون من حقوق بيت المال، وهو قسم ذوي القربى، لأنه مستحق لجماعتهم، فتعيين مالكوه، وخرج عن حقوق بيت المال [...]. وقسم منه يكون بيت المال فيه حافظاً له على جهاته، وهو سهم اليتامى والمساكين وابن السبيل، إن وجدوا دفع إليهم وإن فقدوا أحرز لهم.

وأما الصدقة فضربان: صدقة مال باطن فلا يكون من حقوق بيت المال، لجواز أن ينفرد أربابه بإخراج زكاته في أهلها. والضرب الثاني: صدقة مال ظاهر، كأعشار الزروع والثمار وصدقات المواشي، فعند أبي حنيفة أنه من حقوق بيت المال، لأنه يجوز صرفه على رأي الإمام وإجتهاده ولم يعينه في أهل السهمين، وعلى مذهب الشافعي لا يكون من حقوق بيت المال، لأنه معين الجهات عنده، لا يجوز صرفه على غير جهاته¹⁵⁸⁶.

Como continuación del texto anterior, establece aquellas partidas que componen los derechos de los que es titular la *bayt al-māl*. El criterio fundamental radica en la capacidad o no del imán de asignar esos derechos según su criterio. Si los beneficiarios de esos ingresos estuvieran predeterminados legalmente, no entrarían a formar parte de la caja del tesoro público. En virtud del mismo, de los dos tipos de botín, *fay'* y *ganīma*, el primero supondría una entrada mientras que el segundo no. En lo relativo al quinto que se ha de extraer de ambos, la parte del profeta se incluiría (pues, tras la muerte de Muḥammad sería el gobernante quien determinaría su finalidad), mientras que la cuota de sus familiares no, pues pertenecería a estos; finalmente, la porción dedicada a los huérfanos, pobres y vagabundos serían depositados en la *bayt al-māl*, a modo de mero custodio en tanto se les hace entrega. La *ṣaḍaqa*, empleado en el texto como sinónimo de *zakāt*, estaría regida por la misma regla: si sus destinatarios estuvieran concretados, no formaría parte. En opinión de Abū Ḥanīfa, serían ingresados en el tesoro en todo caso.

^aوأما المستحق على بيت المال فضربان:

En cuanto al quinto del *fay'* y la *ganīma*, se dividen en tres apartados: uno que es derecho del tesoro (la parte del profeta) que se ha de destinar a los intereses generales [...] otro que no es derecho de la *bayt al-māl* (la parte de los familiares, porque pertenecen a su conjunto, estando determinados sus propietarios, quedando fuera de estos derechos de la *bayt al māl*) [...] y un apartado en el que la *bayt al-māl* es una mera depositaria en favor de sus beneficiarios: es la parte de los huérfanos, pobres y vagabundos pues, si se encontraran, se les pagaría; pero, si no, quedarían custodiados.

Por lo que a la *ṣaḍaqa* respecta, hay dos tipos: los bienes implícitos, que no serían un derecho de la *bayt al māl*, porque es válido a sus dueños repartir su *zakāt* entre los beneficiarios.

El segundo tipo: la *ṣaḍaqa* de los bienes evidentes, como el diezmo de las cosechas y los frutos, la *ṣaḍaqa* de los ganados; para Abū Ḥanīfa sí serían un derecho de la *bayt al māl*, porque es lícito asignarla según la opinión del imán y su discernimiento y tampoco está determinado en los beneficiarios de las dos partes. Para la escuela de al-Šāfi'ī, no sería un derecho de la *bayt al māl*, porque están determinados sus beneficiarios y no está permitido emplearla en otros...

a En cuanto a las obligaciones contra la *bayt al-māl*, son de dos tipos:

Uno de ellos: aquello que está depositado y custodiado en la *bayt al-māl*, la obligación es exigible con la existencia; si el dinero estuviera en la *bayt al-māl*, su aplicación a su finalidad sería exigible; si no existiera, decaería su exigencia.

El segundo tipo: que la *bayt al-māl* tuviera un acreedor. Sería de dos clases. La primera: que la obligación fuera de carácter sinalagmático, como la soldada de los combatientes y el precio de las monturas y las armas; la exigibilidad no dependería de su existencia, serían unos derechos obligatorios tanto si existieran fondos como si no. Si existiera, se aceleraría el pago, como ocurre en caso de solvencia; si no hubiera, se aplazaría como en caso de insolvencia. La segunda clase: si el acreedor fuera por una cuestión de interés y utilidad sin contraprestación, su derecho contra el tesoro sería exigible si existiera fondos, si no, decaería la responsabilidad de la *bayt al-māl*, si el perjuicio fuera general, sería obligación (moral) de aquellos musulmanes con capacidad económica suficiente, hasta que alguno cumpliera: sería el caso de la *ḡihād*. Si no supusiera un perjuicio general, como el afianzamiento de un camino cercano teniendo la gente otro no lejano, o el corte del agua para beber, teniendo otra fuente para hacerlo, si decayera la responsabilidad de la *bayt al-māl* por que no existiera fondos, decaería la responsabilidad moral de los musulmanes por existir una alternativa. Si se juntaran dos derechos contra la *bayt al-māl* y no hubiera suficiente para atender a los dos, se emplearía en aquel que se hubiera convertido en deuda. Si fuera insolvente respecto a los dos, el gobernante podría, si temiera una corruptela, pedir prestado contra la *bayt al-māl*, para emplearlo en la deuda; no en una utilidad. Lo que ocurriera después, se asumiría si aumentaran los fondos.

Si los derechos de la *bayt al-māl* fueran superiores a sus obligaciones, los *fuqahā'* discrepan sobre el sobrante. Abū Ḥanīfa opina que se almacenarían en la *bayt al-māl*, para lo que pudiera sobrevenir a los musulmanes. Al-Šāfi'ī opina que se emplearía en aquello que fuera de más interés para los musulmanes, sin reservarlo, porque los sucesos ya serían

أحدهما: ما كان بيت المال فيه حرزاً، فإستحقاق معتبر بالوجود، فإن كان المال موجوداً فيه كان صرفه في جهاته مستحقاً، وعدمه مسقط لإستحقاقه.

والضرب الثاني: أن يكون بيت المال له مستحقاً، فهو على ضربين: أحدهما: أن يكون مصرفه مستحقاً على وجه البذل، كأرزاق الجند وأثمان الكراع والسلاح، فإستحقاقه غير معتبر بالوجود، وهو من الحقوق اللازمة مع الوجود والعدم، فإن كان موجوداً عجل دفعه كالديون مع اليسار؛ وإن كان معدوماً وجب فيه على الإنظار كالديون مع الإعسار. والضرب الثاني: أن يكون مصرفه مستحقاً على وجه المصلحة والأرفاق دون البذل، فإستحقاقه معتبر بالوجود دون العدم، فإن كان موجوداً في بيت المال وجب فيه وسقط فرضه عن المسلمين، وإن كان معدوماً سقط وجوبه عن بيت المال، وكان إن عم ضرره من فروض الكفاية على كافة المسلمين، حتى يقوم به منهم من فيه كفاية كالجهاد، وإن كان مما لا يعم ضرره كوعور طريق قريب يجد الناس طريقاً غير بعيداً، أو إنقطاع شرب يجد الناس غيره شرباً، فإن سقط وجوبه عن بيت المال بالعدم سقط وجوبه عن الكفاية لوجود البذل، فلو إجتمع على بيت المال حقاً، ضاق عنهما وإتسع لأحدهما، صرف فيما يصير منهما ديناً فيه، فلو ضاق عن كل واحد منهما جاز لولي الأمر إذا خاف الفساد أن يفترض على بيت المال ما يصرفه في الديون دون الأرتفاق، كان من حدث بعده من الولاية مأخوذاً بقضائه إذا إتسع له بيت المال.

وإذا فصلت حقوق بيت المال عن مصرفها، فقد اختلف الفقهاء في فاضله، فذهب أبو حنيفة إلى أنه يدخر في بيت المال لما ينوب المسلمين من حادث. وذهب الشافعي إلى أنه يقبض على أموال من يعم به صلاح المسلمين ولا يدخر، لأن النوائب تعين فرضها عليها إذا حدثت. فهذه الأقسام الأربع التي وضعت عليها قواعد الديوان¹⁵⁸⁷.

Seguidamente muda su interés al pasivo de la *bayt al-māl*. Divide las obligaciones que pesan sobre el tesoro en dos tipos. El primero está compuesto por aquellas que gravan bienes que están en la *casa del dinero* a título de custodia. Su mera existencia las convierte en exigibles. En caso de no estar presentes los bienes, no se pueden reclamar. El segundo, en el que se incluyen las obligaciones que tiene su titular concretado, también se clasifica de manera dual:

- Si la obligación es el resultado de una contrapartida, como la soldada debida por el servicio de los combatientes y el precio de compra de las armas, siempre será un pasivo exigible, inmediatamente si existen fondos o en forma de deuda aplazada, en caso de insolvencia.
- Si se trata de pagar algo por una cuestión de interés o utilidad, sin contrapartida, será exigible si existen fondos, si no, no. En caso de existir fondos, se contraería la deuda, decayendo la responsabilidad moral de los musulmanes. En caso de insuficiencia, no sería responsable el tesoro, sino moralmente aquellos musulmanes con capacidad económica, si el perjuicio por no realizarse fuera general (como la *yīhād*) o se pospondría si existiera una alternativa; el caso de que se secara una fuente existiendo otra.

La coexistencia de obligaciones a cuya totalidad no se pudiera hacer frente implicaría que se habría de atender aquellas que se hubieran convertido en deudas ya contraídas en primer lugar. Se permite al gobernante endeudar el tesoro mediante préstamo para satisfacer estas obligaciones.

Finalmente, el régimen jurídico de los excedentes varía según las escuelas. En opinión de Abū Ḥanīfa, han de depositarse en el tesoro como medida preventiva ante las eventualidades. Por su parte, al-Šāfi'ī aboga por invertir las en algo de interés para los musulmanes.

Sus obligaciones y derechos son regulados de tal manera que todo apunta a que son imputados a este patrimonio jurídico; en consecuencia, el *fiqh* le otorga capacidad jurídica y, quizás también, de obrar.

^a[...] فهل يرفع من الزكاة إلى بيت المال شيئاً في قول مالك. (قال) لا لكن تفرق كلها ولا يرفع منها شيء وإن لم تجد من يفرق عليه في موضعه الذي أخذ ما فيه فأقرب البلدان إليه [...] (قال) قلت لمالك والشأن أن تقسم في موضعها إلا أن تكون كثيرة فيصرفها إلى أقرب المواضع إليها قال نعم [...] عن علي بن أبي طالب أنه كان يقول في هذه الآية. إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها...¹⁵⁸⁸

atendidos cuando ocurrieran. Estos son los cuatro apartados de las reglas del *dīwān*.

a [...] ¿Se ha de entregar algo de la *zakāt* al tesoro público en opinión de Mālik? Ha dicho: no, sino que se reparte todo; no se entrega nada, y si no se encontrara en quien repartirla en el lugar de recaudación, pues se haría en el territorio más cercano a él [...] (Dijo) le dije a Mālik: el asunto es que se ha de repartir en su lugar, salvo que sea mucho y se realice en el lugar más cercano; dijo que sí [...] de 'Alī b. Abū Ṭālib que decía que en esta aleya las limosnas eran nada más que para los pobres y menesterosos y los que trabajen en su recaudación...

Este fragmento resulta especialmente fructífero para nuestro estudio, pues sobre él, en una versión más reducida, argumentamos sobre la limosna y la propiedad de colectivos indeterminados como los pobres. Mālik b. Anas es tajante, la *zakāt* no se eleva a la *bayt al-māl*, no tiene la consideración de un ingreso del tesoro. Su recaudación ha de distribuirse entre los beneficiarios que dicta la aleya 60 de la azora al-Tūba, es decir, pobres y menesterosos, así como para remunerar a los recaudadores. Esta regulación es diferente, como hemos comprobado en textos anteriores, en la escuela de Abū Ḥanīfa.

^aباب الصدقة في التجارات، والديون، وما يجب فيها، وما لا يجب.

1179- عن عبد الرحمن بن عبد القاري قال: ((كنث على بيت المال، زمن عمر بن خطاب، فكان إذا خرج العطاء جمع أموال التجار، ثم حسبها: شاهدها وغائبها، ثم أخذ الزكاة من شاهد المال على الشاهد والغائب)).
[...] 1226- عن ميمون بن مهران قال: كتب إلى عمر بن عبد العزيز في مظالم كانت في بيت المال الجزيرة، ثم ذكر مثل حديث أيوب أو نحوه¹⁵⁸⁹.

Al abordar la cuestión de la *zakāt* que se debe por actividades comerciales o deudas, Abū 'Ubayd al-Qāsim, en su obra sobre los tipos de bienes, nos ofrece dos declaraciones que nos aportan de forma incidental algún dato sobre el tesoro en diversos momentos. El primero, tomado de 'Abd-l-Raḥmān b. 'Abd-l-Qārrī que según el autor era el responsable de la *bayt al-māl* en la época de 'Umar b. al-Jaṭṭāb, afirma que, al realizar los abonos, este califa separaba lo que correspondía a los comerciantes y allí mismo recaudaba la *zakāt* debida. El otro lo refiere de Maymūn b. Mihrān, nacido en Raqqa, ciudad de al-Ŷazīra, ribereña del río Éufrates, en el año 657 d.C. y quien ocupó el cargo de juez y responsable del *jarāy*, nombrado por el califa omeya 'Umar b. 'Abd-l-'Azīz. Este personaje, hijo de una mujer esclava y liberto¹⁵⁹⁰, informa que los asuntos del tesoro son objeto de reclamaciones ante el *Maŷlis-l-mazālim*; es decir, las decisiones sobre las obligaciones que corresponden a titulares de derechos contra la *bayt al-māl*, puede ser recurridas. Estos están amparados por una acción judicial.

^bطبيعة مصارف الزكاة ومذاهب الفقهاء فيها. 718- ذهب الحنفية والحنبلية والملكية إلى جواز صرف حصيلته الزكاة إلى أحد الأصناف الثمانية الواردة في قوله تعالى [...] التوب: 60، وذلك برأي الإمام [...] وذهب الشافعية [...] إلى وجوب دفعها إلى الأصناف الثمانية بالتساوي.
[...] ولما كانت مصارف الزكاة محددة ومعينة ونص القرآن، فإنه لا يجوز أن تختلط أموال الزكاة مع أموال بيت المال الأخرى، فيجب أن يكون لها موازنة مستقلة¹⁵⁹¹.

Esta distinción entre los bienes de la limosna legal y los ingresos de la *bayt al-māl* lleva implícita, en palabras del autor de esta tesis sobre el derecho de propiedad, la existencia de presupuestos independientes y la prohibición de la confusión de los bienes procedentes de la *zakāt* en el tesoro público. En el moderno derecho presupuestario público, se suele hablar del principio de unidad de caja, en virtud del cual todos los ingresos públicos habrían de destinarse al conjunto de intereses generales, no existiendo vinculación de aquellos en algún interés singular¹⁵⁹². Este principio, aún en la actualidad, sufre quiebras, como sería el caso de la Tesorería de la Seguridad Social. Según el doctor de *al-Azhar*, en el *fiqh* la aplicación del principio estaría bastante más limitado. Todavía en la actualidad, muchos estados árabes e islámicos mantienen un fondo diferenciado para la *zakāt*¹⁵⁹³.

a Capítulo sobre la *zakāt* del comercio y las deudas; lo que se debe en ella y lo que no.

1179- De 'Abd -l-Raḥmān b. 'Abd-l-Qārrī que dijo: "Era el encargado de la *bayt al māl*, en tiempos de 'Umar b. al-Jaṭṭāb; si salían los salarios, reunía los bienes de los comerciantes, después los contaba: los que estuvieran presentes y ausentes; luego tomaba la *zakāt* de quien estuviera presente por el presente y el ausente".

[...] 1226- De que Maymūn b. Mihrān que dijo: Me escribió 'Umar b. 'Abd-l-'Azīz sobre una reclamación por injusticias en la *bayt al māl* de al-Ŷazīra, después mencionó un hadiz parecido al de Ayūb o similar.

b Naturaleza de las finalidades de la *zakāt* y las escuelas de los *fuqahā'* sobre ella. 718- Los *hanafites*, los *hanbalites* y los *mālikites* opinan que es válido destinar la recaudación de la *zakāt* a cualquiera de los ocho grupos mencionados en las palabras del Altísimo [...] Al-Tūba: 60, según la opinión del imán. Los *šāfi'ites* [...] opinan que es obligatorio entregarla a los ocho grupos por partes iguales.

[...] Al estar los destinatarios de la *zakāt* determinados en *El Corán*, no es válido mezclar sus bienes con los otros de la *bayt al-māl*, sino debe tener un presupuesto independiente.

^c(في قسم الفيء)

* (قلت) * أرأيت الخمس كيف يقسم وهل سمعت من مالك فيه شيئاً (قال) مالك الفيء والخمس سواء يجعلان في بيت المال * (قال) * وبلغني عن أئق به أن مالكا قال ويعطي الإمام أقرباء رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما يرى ويجتهد [...] * (قلت) * أرأيت الفيء الذي قال مالك يجعل الفيء والخمس في بيت المال أي فيء هذا (قال) ما أصيب من العدو فخمس فهذا الخمس وكل بلد فتحها أهل الإسلام بصلح فهذا فيء لأن المسلمين لم يكن لهم أن يقسموها وأهلها على ما صالحوا عليها فهذا فيء وكل أرض إفتحوها عنوة فتركت لأهل الإسلام فهذه التي قال مالك يجتهد فيها الإمام ومن حضر من المسلمين (قال) وأما الجماعم أي خراجهم فلم يبلغني عن مالك فيه شيء إلا أنني أرى الجماعم تبعاً للأرض إذا كانوا عنوة أو بصلح [...] * (قلت) * أرأيت جزية جماعم أهل الذمة وخراج الأرضين ما كما منها عنوة وما صالح عليها أهلها ما يصنع بهذا الخراج (قال) قال مالك هذه من الجزية والجزية عند مالك فيما نعلم من قوله فيء كله وقد أعلمتك ما قال مالك في العنوة * (قلت) * فمن يعطي هذا الفيء وفيمن يوضع (قال) قال مالك على أهل كل بلد إفتحوها عنوة أو صالحوا عليه هم أحق به يقسم عليهم يبدأ بفقرائهم حتى يغنوا ولا يخرج منها إلى غيرها إلا أن ينزل بقوم حاجة فينقل منهم إليهم بعد أن يعطي أهلها يريد ما يغنيهم على وجه النظر والإجتهد [...] (قال) تفسيره أن يعطي كل إنسان بقدر ما يغنيه الصغير وبقدر ما يغنيه والكبير وبقدر ما يغنيه والمرأة بقدر ما يغنيها هذا تفسير قوله عندي يساوي بيه الناس في هذا المال * (قلت) * فإن فضل الآن بعد ما إستغنى أهل الإسلام من هذا المال فضل (فقال) ذلك على إجتهد الإمام إن رأى يحبس كانت بقى لنوائب أهل الإسلام حبسه وإن رأى أن يفرقه على أغنيائهم فرقه كذلك قال مالك * (قلت) * وهذا الفيء حلال للأغنياء فقال نعمهم * (قلت) * وهو قول مالك (قال) نعم... 1594

Sahnūn nos transmite la opinión de su maestro, Mālik b. Anas, sobre el régimen jurídico de uno de los tipos de botín: el *fay'*. Son unos bienes que tienen esa consideración en función del modo de apropiación y de la decisión del imán, se han de depositar en la *bayt al-māl*. A primera vista, se califican como ingresos del tesoro. No obstante, da la impresión de que el alfaquí de Medina, a la hora de establecer los fines en los que han de ser invertidos, se inclina no por una entrada a largo plazo, sino que en primer lugar aboga por repartirlo entre todos los musulmanes, no como la limosna legal cuyos destinatarios están fijados por Dios, empezando, eso sí por los pobres del lugar a criterio del gobernante. En caso de excedente, permite al imán convertirlos en *waqf*, aquí opinamos que se trata de convertirlos en dominio público y no tanto como la fundación que lleva el mismo nombre, tal y como establecimos en el capítulo correspondiente; también podría distribuirlos entre los ricos. Se desprende, de este fragmento una concepción original del tesoro público como mero distribuidor de dádivas entre la población.

^bالفصل السادس. في قسمة الفيء.

c (Reparto del *fay'*)

* (Dije) * ¿Cómo crees que se ha de repartir el quinto? ¿Has oído algo de Mālik? (Dijo) Mālik ha dicho que el *fay'* y el quinto son iguales, se colocan en la *bayt al-māl*. * (Dijo) * y se me ha transmitido de quien tengo confianza que Mālik dijo que el imán da a los familiares del profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él, lo que estime oportuno según su criterio [...] * (Dije) * ¿Cuál crees que es el *fay'* del que habló Mālik y el quinto que se han de depositar en la *bayt al-māl*? (Dijo) Aquello que los musulmanes obtienen del enemigo, y se extrae este quinto y todo país que la gente del Islam conquista mediante un pacto, esto es el *fay'* porque los musulmanes no pueden repartirlo y su gente permanecen con las condiciones pactadas: eso es el *fay'*; y toda tierra que ha sido conquistada mediante las armas y se ha dejado para la gente del Islam; esto es lo que Mālik dice que el imán ha de estudiar para decidir en presencia de los musulmanes. (Dijo) sobre los cráneos (cabezas, capitación) y sus productos no se me ha transmitido de Mālik nada. Pero creo que los cráneos siguen a la tierra, siendo por conquista militar o mediante pacto [...] * (Dije) * ¿Cómo crees que se ha de proceder con la *ŷizya* de sobre las cabezas de la gente de la *ḍimma* y la producción de sus tierras tanto si son conquistadas por las armas como a través de pacto? (Dijo) Mālik ha dicho que esto es *ŷizya* y la *ŷizya* en lo que sabemos de la opinión de Mālik es *fay'*; de todo ello te he enseñado lo que ha dicho Mālik sobre la tierra conquistada por la fuerza. * (Dije) * ¿A quién se ha de dar este *fay'* y en quién se ha de poner? (Dijo) Mālik ha dicho que la gente de las tierras que han sido conquistadas por la fuerza tienen mejor derecho empezando por los pobres hasta que se conviertan en ricos y no se continúa con otro grupo hasta que venga con alguna necesidad y se le pase a ellos después de los que quisieron hacerse ricos; siempre según el criterio de la competencia y la reflexión [...] (Dijo) su explicación es que se da a cada persona según lo que enriquezca al menor, lo que enriquezca al mayor y lo que enriquezca a la mujer, esta es la explicación que en mi opinión toda las personas son iguales en este dinero * (Dije) * Si sobrara algo después de enriquecer a la gente del Islam, (Dijo) Se deja a criterio del imán; si lo considera oportuno lo constituye en *waqf* para los musulmanes; si lo cree mejor lo reparte entre los ricos. Así ha dicho Mālik * (Dije) * ¿Este *fay'* es legal para los ricos? Dijo: sí. * (Dije) * esa es la opinión de Mālik (dijo): sí...

b Capítulo sexto. Sobre el reparto del *fay'*.

En cuanto al *fay'*, para la mayoría de ulemas es aquello que consiguen los musulmanes de los infieles mediante la intimidación, el temor y el terror, sin utilizar caballería ni hombres. Discrepan sobre las finalidades a las que se ha de

وأما الفيء عند الجمهور فهو كل ما صار للمسلمين من الكفار من قبل الرعب والخوف من غير أن يوجف عليه بخيل أو رجل وإختلفوا الناس في الجهة التي يصرف إليها؛ فقال قوم: إن الفيء لجميع المسلمين: الفقير والغني، وإن الإمام يعطى من للمقاتلة للحكام وللولاة، وينفق منه في النوائب التي تنوب المسلمين كبناء القناطر وإصلاح المساجد وغير ذلك...¹⁵⁹⁵

Averroes define este tipo de botín como aquello que se obtiene de los infieles infundiendo temor en ellos pero sin combatir. Afirma que la mayoría opina que se ha de invertir en los asuntos que los musulmanes delegan en el imán: construcción de puentes, reparación de mezquitas y similares.

الفصل الثالث.

ذكر: إفريقية والأندلس وصقلية.

إختلفت الروايات في أمر إفريقية: فقيل: إنها فتحت صلحاً وقيل: عنوة.

وقيل: أسلم عليها أهلها.

وقال سحنون: "كشفت عن أمرهما فما ثبت عندي فيها أمر". وأتاه رجل بركاز وجده في بعض مواضعها، فخمسها ثم قسم الأربعة الأخماس فأعطاه نصف ذلك، وجعل نصفه مع الخمس في بيت المال. وقال: حد إفريقية من إطرابلس إلى طنجة¹⁵⁹⁶.

Abū Ŷa'far al-Dāwūdī profundiza en el régimen de las tierras de diversas regiones. Comienza con la provincia de África, muy similar en sus fronteras a la romana, en la que los diversos relatos no coinciden, pues en unos se cuenta que fue conquistada mediante la fuerza y en otros a través de pactos. Saḥnūn aplica el régimen propio del *fay'* a un tesoro encontrado: un quinto y la mitad de los otros cuatro para el tesoro público y la otra mitad para quien lo encontró. El texto, aunque sea un dato que no pasa de mera anécdota, sitúa las fronteras de la provincia entre la ciudad de Trípoli (actual capital de Libia) a levante y la de *Tanba* (Argelia) en poniente.

وَأما أرض الأندلس فقد طعن فيها بعض الناس، وزعم أنها أو أكثرها فتحت عنوة، وأنها لا تخمس، ولم تقسم غير أن كل قوم وثبوا على طائفة منها بغير إقطاع من الإمام ولم تترك لمن يأتي من المسلمين، فإن كان الأمر على هذا، فالواجب على من في يديه شيء من ذلك أن يتبرأ في مصالح المسلمين، وله أن يؤدي كراءه إلى المساكين ويستعملها إذا لم يكن ممن يجري ذلك على وجهه¹⁵⁹⁷.

Por lo que a la Península Ibérica se refiere, el ulema refleja una anomalía jurídica en al-Andalus: pese a que se mantiene que fue conquistada *manu militari*, no se procedió a su reparto ni a la reserva del quinto, sino que los combatientes que siguieron a la invasión se apropiaron de ella sin mediar la adjudicación por parte del gobernante; tampoco se declaró como propiedad pública de todos los musulmanes. Ante la ilegalidad de facto, la solución a la que apunta es la de la obligación que tiene su poseedor (no propietario porque la adquirió sin título) de desprenderse de ella en favor de los pobres. No lo expresa así, pero no estaría muy alejado de la realidad pensar que la encargada de ello sería la *bayt al-māl*, aún más cuando junto al reparto en favor de los menesterosos, con un carácter subsidiario en ausencia de estos, sigue a la proposición subordinada condicional, *si no existieran*, el mandato de aplicar esos fondos en interés de todos los musulmanes. En nuestra investigación, averiguar el mecanismo de conquista de al-Andalus tiene un carácter muy secundario; el régimen jurídico de lo obtenido como botín y la inclusión o no del quinto y el resto de los bienes como ingresos del tesoro público representa el *quid* de la cuestión.

dedicar. Unos opinan que el *fay'* es para todos los musulmanes: el pobre y el rico; el imán se lo da a los combatientes, jueces y gobernadores, y lo gasta en aquellas cosas que los musulmanes encargan como la construcción de puentes, reparación de mezquitas y similares...

a Capítulo tercero. Mención: África, al-Andalus y Sicilia.

Las opiniones discrepan sobre África:

Se dice que se conquistó mediante pacto y se dice que a través de las armas.

Y se dice que la gente se convirtió al Islam.

Saḥnūn ha dicho: "he descubierto sobre este asunto y está claro para mí". Le llegó un hombre con un tesoro encontrado en algún lugar. Reservó un quinto, repartió los otros cuatro quintos: le dio la mitad y la otra mitad con el quinto lo ingresó en la *bayt al-māl*. Se dice que los límites de África se extienden desde Trípoli hasta *Tanba*.

b En cuanto a la tierra de al-Andalus, algunos han objetado sobre el tema, afirmando que entera o la mayor parte se conquistó por la fuerza de las armas, sin que se extrajera el quinto ni se repartiera; sino que cada grupo saltó sobre parte de ella sin partición por parte del imán y sin dejarla para los musulmanes que vinieran posteriormente. Si el asunto es de esta manera, quien tenga en sus manos algo de esto ha de desprenderse de ello, en interés de los musulmanes, y ha de pagar la renta a los pobres y, si no existieran, utilizarlo en interés general.

^aوسئل عن ما روي عن سحنون: (ما فتح على المسلمين شر من صقلية). قال للحاكي: فيما يذكر أنها لم تخمس، ولم تقسم على اهل الجيوش ولم يبق جميعها موقوفاً لمن يأتي من المسلمين، كما روي من فعل عمر ودخل الناس فيها وصار طعامهم ينتشر في بلد إفريقية، فكره سحنون ذلك لما في أصل البلد¹⁵⁹⁸.

Continuando el relato, se entrevé que la ocupación de Sicilia resultó similar a la de la Península. Los conquistadores se asentaron y se apropiaron de las tierras como propiedad privada sin que mediara una decisión de reparto del imán.

^b[...] وخذت القلعة من جميعهم، فأمر السلطان بعمارة تلك القلعة، ورفع الناس إليها من كل جهة وأجبرهم على السكنى بها، وأقطعهم إياها إقطاعاً وأسكنهم دورها، وسكن معهم كثير من أبناء القوم الأولين، وعمر معهم قوم آخرون أتوا من إفريقية، منهم من له يسار، ومنهم من لا يسار له، ثم قام أبناء الكركنيين الذين أخرجوا منهم ومن بقي من القوم بأنفسهم، فقالوا للسلطان: "البلد بلدن". وسأله أن يزيل عنهم غيرهم. فقال من أين كان لكم البلد؟ فقال بعض شيوخهم: إشترينا من رجل يسمى الطفلي أمره سلطان بالبيع ممن أحب الشراء. وقال آخرون: إنما إشترينا من إبراهيم بن أحمد. غزونا معه طبرمين، فوقع لنا من الفيء ستة آلاف، فأشتريناها بها منه.

فقال: "اللهم، هل بأيديكم سجل أو وثيقة؟"

فقالوا: "أتي عليها الزمان، وما بأيدينا شيء".

فقال: "هذه أرض لعامة المسلمين ما أعطيكموها بقولكم".

وسأل السلطان بعض من حضره من قدماء شيوخ صقلية عن شأن "جوجنت". فقال أحدهم: كانت الدواوين كلها تحت يد ولدي، وكان صاحب خمس البلدة وخراجها وأميناً عليها، وكانت قرى هذه القلعة مثبتة بالديوان، يودي كل سنة على جميعه رجالاتها، وكل ربع فيها هو مؤدي، وهو ملك لبيت مال المسلمين، إلا أن الديوان احترق في أيام خليل بن الورد¹⁵⁹⁹.

Como parte de la narración de la conquista de Sicilia, al-Dāwḍī nos describe el conflicto que tuvo lugar tras la toma de una fortaleza en la región de Agrigento. El sultán la repartió entre diversos colectivos, sin embargo, los habitantes de la ciudad presentaron una queja alegando que las tierras eran suyas pues las habían comprado. El testimonio de uno de los más ancianos de la isla afirma que la fortaleza y sus aldeas eran propiedad de la *bayt al-māl*, como quedaba probado por estar registrado en el *dīwān*. De este capítulo de la conquista de la isla italiana, extraemos varias conclusiones: la íntima unión entre el registro y el tesoro y la condición de propietario (titular de un derecho a fin y al cabo) que se asigna a la *bayt al-māl*.

^cسن تفريق القسم

a Fue preguntado por lo que Saḥnūn cuenta de la conquista de Sicilia.

Dijo al interrogador: en lo que se cuenta, no se extrajo el quinto ni se repartió entre los soldados ni permaneció su disposición retenida (al modo del *waqf*) para los musulmanes futuros, al modo de lo que se relata que hizo 'Umar. La gente la invadió y su sabor se extendió por toda África. Saḥnūn consideró odioso eso, debido a los orígenes del país.

b [...] La fortaleza fue vaciada de todos ellos; el sultán ordenó reconstruirla y la gente marchó hacia ella de todas partes, y los obligó a habitarla, la repartió entre ellos y habitaron sus casas. La habitaron muchos de sus antiguos hijos, llegando mucha gente de África, quienes tenían una buena situación económica y quienes no. Posteriormente se asentaron los hijos de Agrigento, quienes expulsaron a todos por sí mismos. Dijeron al sultán: "el país es nuestro país". Le pidieron que expulsara a los demás. Dijo: "¿de dónde sacáis que es vuestro? Uno de los jeques dijo: lo compramos de un hombre llamado al-Ṭiflī a quien el sultán ordenó venderlo de quien quisiera comprarlo. Otros dijeron: lo compramos de Ibrāhīm b. Aḥmad. Atacamos con él Taormina y se nos dio como parte del *fay'* seis mil, y con ello la compramos.

Dijo: "Por Dios, ¿tenéis en vuestras manos algún registro o documento?".

Dijeron: "Ha pasado el tiempo, no hay nada en nuestras manos".

Dijo: "Esta es una tierra de la totalidad de los musulmanes no os la daremos solo por vuestras palabras".

El sultán preguntó a uno de los jeques de Sicilia más antiguos que estaba presente sobre el asunto de Agrigento.

Dijo uno de ellos: Los registros estaban a cargo de mi hijo, era el encargado del quinto de la población y su *jarāy*; también era su secretario. Las aldeas de la fortaleza estaban registradas en el *dīwān*, se recaudaba todos los años de sus hombres y de todas las granjas; era propiedad de la *bayt al-māl* de los musulmanes. Sin embargo, el *dīwān* se quemó en tiempos de Jalīl b. al-Ward.

c *Sunna* sobre la realización de la partición.

[...] Si la partición de las limosnas es diferente de la del *fay'*, entre ellos quienes dicen que el imán lo coloca donde estime oportuno según su criterio en favor del Islam y su gente; otros dicen que se ha de colocar para la caballería y las armas (al-Šāfi'ī ha dicho) y quien ha escogido que el imán lo coloque cualquier asunto que fortalezca al Islam y su gente: reforzar la frontera, preparar la caballería y las armas o darlo a la gente que ha sufrido por el Islam como *fay'* en la guerra y en la paz, para aumentar la fortaleza del Islam y su gente.

[...] وإن كان قسم الصدقات مخالفاً قسم الفيء، ومنهم من قال يضعه الإمام حيث رأى على إجتهد للإسلام وأهله، ومنهم من قال يضعه في الكراع والسلاح (قال الشافعي) والذي إختار أن يضع الإمام في كل ما حصن به الإسلام وأهله من سد الثغر وإعداد كراع أو سلاح أو إعطاء أهل البلاء في الإسلام نفعاً عند الحرب وغير الحرب إعداداً للزيادة في تعزيز الإسلام وأهله...¹⁶⁰⁰

Qué hacer con la clase de botín que no se reparte entre los combatientes, *fay'*, según las tradiciones a las que hace mención al-Šāfi'ī, es un decisión que corresponde al imán, si bien todos coinciden en señalar los gastos militares para la defensa del Islam como una finalidad prioritaria. En la regulación de este ulema, quien en su *Risāla* puso los cimientos de la ciencia jurídica islámica, apenas hace referencia a la *bayt al-māl*, sino que es el gobernante quien ha de disponer de esos fondos.

^aكتاب مخارج الفيء ومواضعه التي يصرف إليها، ويجعل فيها.

باب. الحكم في قسم الفيء، ومعرفة من له فيه حق ممن لا حق له.

[...] قال أبو عبيد: فهذه آية الفيء، فرأى عمر أن الآية محيطة بالمسلمين، وأنه ليس منهم أحد يخلو من أن يكون فيها نصيب. ثم إختلف المسلمين بعد ذلك أيضاً.

فقال قائلون: من لم يكن له غناء عن المسلمين في جهاد عدو، أو قيام بحكم، أو إجتباء مال، أو غير ذلك مما يرجع على المسلمين نفعه، لم يكن مع هذا من أهل القافة والمسكنة، فلا حق في بيت المال، لحديث رسول الله، ص، الذي ذكرنا قوله: ((وليس لهم غنيمة والفيء شيء)).

وقال آخرون: بل المسلمون شركاء في الفيء كلهم، لأنهم أهل دين وقبلة [...] فاختلفوا، لإختلاف هذين الحكمين عندهم: حديث رسول الله، ص، وحديث عمر [...] وإنما حديث رسول الله، ص، ناسخ ومنسوخ كالتنزيل. وليس ينسخ سنته إلا سنة له أخرى، أو تنزيل. فكان منعه، ص، من منع من الغنيمة والفيء، إذا تركوا الهجرة: وهو الأصل الذي كان عليه بدء الإسلام [...] 533- ومما يبين لك أنه قد لحق آخر المسلمين بأولهم في الحكم، وأن الهجرة قد نسخت: قول النبي، ص، بعد فتح مكة: ((لا هجرة بعد الفتح)) وفي ذلك آثار كثيرة¹⁶⁰¹.

Abū 'Ubayd, nacido en la ciudad de Hurā, una de las principales ciudades de Jorasán¹⁶⁰², en el año 774 y que ejerció como juez en la ciudad de Tarso¹⁶⁰³, dedica un libro en su obra sobre el destino que se le ha de dar a los bienes del *fay'*. En primer lugar, zanja una polémica entre la posible contradicción de un dicho del profeta y otro del califa 'Umar b. al-Jaṭṭāb; el primero excluye a los que no hubieran huido con él a Medina, mientras que el segundo considera que no hay ningún musulmán que no tuviera su parte de este tipo de botín. Según este ulema, Muḥammad habría anulado su propio hadiz, ya que la obligación de emigrar habría desaparecido con la conquista de La Meca. En consecuencia, todos los creyentes en el Islam serían titulares, en comunidad de bienes, de un derecho de propiedad sobre un parte del *fay'* que se habría ingresado en la *bayt al-māl*. Este marco jurídico unido a los relatos sobre los primeros tiempos del profeta induce a pensar que la *casa del dinero* era, en un primer momento, un almacén donde se depositaba con carácter previo al reparto de la parte que correspondería a cada musulmán.

^bباب الفرض للنساء والمماليك من الفيء.

603- عن مُصعب بن سعد: أن عمر فرض للمهاجرات الأول [...] الف ألفاً.

a Libro sobre las salidas del *fay'* y donde se han de destinar y colocar.

Capítulo. Sobre el régimen jurídico del reparto del *fay'*, y saber quién tiene derecho a él y quien no tiene derecho.

[...] Abū 'Ubayd ha dicho: esta es la aleya sobre el *fay'*, y 'Umar opina que están incluidos todos los musulmanes y que ninguno de ellos está privado de su parte. Después los musulmanes discreparon.

Algunos decían: quien no participara en la guerra contra el enemigo, diera algún precepto, recaudara dinero o similar de los que fueran de provecho para los musulmanes no serían de la gente de necesidad y la debilidad y no tendrían derecho sobre la *bayt al-māl*, por el hadiz del profeta que hemos mencionado y dice: “no tienen nada de la *ganīma* y el *fay'*”.

Otros decían: al contrario, los musulmanes son copartícipes del *fay'*, todos, porque son gente de la religión y la *quibla* [...] Estos dos regímenes se basan en el hadiz del enviado de Dios y el de 'Umar [...] En los dichos del Enviado de Dios, al igual que en la Revelación, se observa el anulante y el anulado. La prohibición del enviado de Dios de la *ganīma* y el *fay'* a quienes hubieran abandonado la migración es, en origen, al comienzo del Islam [...]

533- Lo que te demuestra que los últimos musulmanes se añaden a los primeros en el régimen jurídico, pues la emigración fue anulada por el dicho del profeta después de la conquista de La Meca: “no hay más emigración después de la conquista”. Sobre esto hay numerosas tradiciones.

b Capítulos sobre el reparto del *fay'* a mujeres y esclavos.

603- De Muṣ'ab b. Sa'ab: 'Umar repartió a las mujeres primeras emigrantes [...] a mil mil.

604- De 'Awūf b. Mālik que dijo: “El enviado de Dios, si le llegaba el *fay'*, lo repartía en el día y daba a quien tuviera familia dos partes y al soltero una”.

604- عن عوف بن مالك قال: ((كان رسول الله، ص، إذا أتاه فيء قسمة من يومه، فأعطى [الأهل] حظين، وأعطى اعزب حظاً واحداً)).

وقال أبو عبيد : وأحسب حديث عمر الذي ذكرناه عنه صدر هذا الكتاب حين ذكر الفيء وقال: ((ليس لأحد إلا وله في هذا المال حق، إلا بعض من تملكون من أرقانك)): وأنه إنما أراد هؤلاء المماليك البدرين، لمشهدهم بدرأ. فرأى لهم فيه حق. ألا تراه إنما إستنتى بعض من تملكون؟ فخص لهم ولم نعم وذلك للغناء عن الإسلام¹⁶⁰⁴.

Continúa Abū 'Ubayd, en el mismo libro, recogiendo distintas tradiciones que demostrarían que tanto la mujer como el esclavo tendrían derecho a los bienes del *fay'*. A nosotros nos parece más relevante el hecho de que el dicho número 604, atribuido a 'Awūf b. Mālik, afirme que el profeta repartía los bienes que le llegaban por ese concepto en el mismo día. De ser cierto, no parece que le tesoro supusiera algo más que un mero espacio físico.

كم الجزية^a

[...] وإن صالحوه صلحاً جائزاً على دينار أو أكثر فأعسر واحداً منهم بجزيته فالسلطان غريم من الغرماء ليس بأحق بماله من غرمائه ولا غرماؤه منه [...] (قال الشافعي) وإن أخذنا الجزية من أحد من أهلها فإفتقر كان الإمام غريماً من الغرماء ولم يكن له أن ينفق من مال الله عز وجل على فقير من أهل الذمة لأن مال الله عز وجل ثلاثة أصناف الصدقات فهي لأهلها الذين سمي الله عز وجل في سورة براءة والفيء فلاهله الذين سمي الله عز وجل في سورة الحشر والغنيمة فلاهلها الذين حضروها وأهل الخمس المسمين في الأنفال وكل هؤلاء مسلم فحرام على الإمام والله تعالى أعلم أن يأخذ من حق أحد من المسلمين فيعطيه مسلماً غيره فكيف بذمي لم يجعل الله تبارك وتعالى فيما تطول به على المسلمين نصيباً؟ ألا ترى أن الذمي منهم يموت لا يكون له وارثاً فيكون ماله للمسلمين دون أهل الذمة لأن الله عز وجل أنعم على المسلمين بتخويلهم ما لم يكونوا يتخولون قبل تخويلهم بأموال المشركين فيئاً و غنيمة¹⁶⁰⁵.

Al-Šāfi'ī denomina como dinero de Dios tres clases de bienes: las limosnas, el *fay'* (que incluye el impuesto que los no musulmanes pagan por su protección, *ŷizya*), la *ganīma* y el quinto de ambos. Los beneficiarios de los tres tipos están fijados por Dios y es el imán el encargado de hacerlos llegar. Es un concepto (ese *dinero de Dios*) más amplio que *bayt al-māl*, pues tanto la limosna como la *ganīma* únicamente precisan del negocio jurídico de la partición, mientras que el *fay'* requiere un proceso de estudio y decisión por parte del gobernante sobre en qué invertirlo. Además de ignorar la expresión *casa del dinero*, este *faqīh* considera que, si un *ḍimmī* gravado con la *ŷizya* suspendiera pagos o estuviera en quiebra, el acreedor de esa deuda, en un plano de igualdad con los demás, sería el imán, no la *bayt almāl*. En su obra, *Kitāb al-Umm*, el jurista convierte a Dios en el titular de los derechos; no se trata de una ficción jurídica, pues en el capítulo de nuestro estudio en el que analizábamos, *grosso modo*, las principales teorías sobre la personalidad jurídica, Dios es una persona real en el marco de ordenamientos de carácter divino. Nos encontramos en un proceso de abstracción similar al que observamos en el derecho canónico, en el que en las primeras fundaciones cristianas piadosas era Cristo o el santo el propietario de los bienes¹⁶⁰⁶.

b(فصل)* وأما بيان ما يوضع في بيت المال من الأموال وبيان مصارفها فأما ما يوضع في بيت المال من الأموال فأربع أنواع أحدها زكاة السوائم والعشور وما أخذ العشار من التجار المسلمين إذا مروا عليهم والثاني خمس الغنائم والمعادن

Abū 'Ubayd ha dicho: estimo el hadiz de 'Umar que he mencionado al comienzo de este libro, cuando al referirse al *fay'* dijo: “ninguno hay que no tenga derecho sobre estos bienes, excepto a algunos que tenéis en propiedad de vuestros esclavos”. Únicamente quiso referirse a los esclavos que habían presenciado la batalla de Badr. Opinaban que tienen derecho. ¿Acaso no ves que solo exceptuó a alguno de los que poseían? Así que los incluyó entre los que apoyaron el Islam.

a ¿Cuánto es la *ŷizya*?

[...] Si se llegara a un acuerdo válido en pagar un dinar o más y quebrara uno de ellos sin poder pagar su *ŷizya*, el sultán sería uno más de sus acreedores, no tendría mejor derecho que los demás ni estos sobre él [...] (al-Šāfi'ī ha dicho) Si se estuviera cobrando la *ŷizya* de uno de los obligados y deviniera pobre, el imán sería uno más de los acreedores y no podría gastar del dinero de Dios el Altísimo en un pobre de la gente de la *ḍimma*, porque los bienes de Dios el Altísimo son de tres tipos: las limosnas (incluye la *zakāt*) que es para su gente, que han sido designadas por Dios en la azora al-Barā', el *fay'* cuyos beneficiarios están designados por Dios el Altísimo en la azora al-Hašara y la *ganīma* que pertenece a quienes estuvieran presentes, y la gente del quinto, designados en la azora al-Anfal. Todos ellos son musulmanes, así que está prohibido al imán, y Dios es más sabio, tomar el derecho de un musulmán y entregarlo a otro musulmán, cuánto más a un *ḍimmī* a quienes no ha dado Dios, el Bendito y Altísimo, porción sobre los musulmanes. Acaso no ves que, si un *ḍimmī* muriera sin herederos, sus bienes serían para los musulmanes y no para la gente de la *ḍimma*, porque Dios el Altísimo ha otorgado a los musulmanes lo que no ha hecho con ellos sobre los bienes de los politeístas, *fay'* y *ganīma*.

والركاز والثالث خراج الأراضي وجزية الرؤوس وما صولحوا عليه بنو نجران من الحلل وبنو تغلب من الصدقة المضاعفة وما أخذ العشار من تجار أهل الذمة والمستأمنين من أهل الحرب والرابع ما أخذ من تركة الميت الذي مات ولم يترك وارثاً أصلاً أو ترك زوجاً أو زوجة وأما مصارفها هذه الأنواع فأما مصرف النوع الأول فقد ذكرنا وأما النوع الثاني وهو خمس الغنائم والمعادن والركاز فنذكر مصرفها في كتاب السير وأما مصرف النوع الثالث من الخراج وأخواتها فعمارة الدين وإصلاح مصالح المسلمين وهو رزق الولاية والقضاة وأهل الفتوى من العلماء والمقاتلة والرصد الطرق وعمارة المساجد والرباطات والقناطر والجسور وسد الثغور وإصلاح الأنهار التي لا ملك لأحد فيها وأما النوع الرابع فيصرف إلى دواء الفقراء والمرضى وعلاجهم وإلى كفان الموتى الذين لا مال لهم وإلى نفقة اللقيط وعقل جنايته وإلى نفقة من هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب عليه نفقته ونحو ذلك وعلى الإمام مصرف هذه الحقوق إلى مستحقها والله أعلم¹⁶⁰⁷.

Siglos más tarde de Al-Šāfi‘ī, al-Kāšānī, uno de los principales compiladores del *fiqh* de la escuela de Abū Ḥanīfa, con una mejor sistemática y claridad expositiva, enumera los bienes que han de ser ingresados en la *bayt al-māl*: las limosnas legales y asimilados, el quinto del botín y los minerales, así como los tesoros, el pago que los no musulmanes realizan por sus tierras y por capitación y, finalmente, las herencias sin herederos. Por lo que se refiere a las finalidades en que se han de invertir, tanto la *zakāt* como el quinto de los tipos de botín, vienen definidas por Dios y la *casa del dinero* tendría la consideración de mero depositario o intermediario; con las otras dos, en general, se trata de satisfacer intereses generales de los musulmanes, aunque el autor elabora una lista ejemplificativa. En el texto, se encarga al imán su concreción, es decir, hacer llegar esos bienes a los titulares de derechos. De la literalidad de las líneas transcritas, se deduce que esas finalidades, una vez determinadas por el gobernante, se convierten en derechos subjetivos con una correspondencia, como obligaciones, en el tesoro. Hay que insistir en que esta escuela, al contrario que la de los seguidores de Mālik b. Anas, incluyen como ingreso del tesoro la limosna legal. Este fragmento de la magna obra de al-Kāšānī junto a otros libros de diversos ulemas provoca que el doctorando de al-Azhar, ‘Abd-l-Salām Dawūd al-‘Ībādī, realice la siguiente afirmación:

^a هذا وقد قررت حقوق ثابتة للفقراء والاحتاجين في أموال بيت المال أخرى: الجزية والخراج، وخمس الغنائم، والفيء، وغيرها. كما يظهر من النصوص الشرعية المتعددة بهذا الصدد. ونص الفقهاء على أن نفقة من هو عاجز عن الكسب، وليس له من تجب نفقته عليه تقع على عاتق بيت المال...¹⁶⁰⁸

El autor es consciente de que la limosna legal se ha de invertir en los menesterosos, pero afirma que el derecho islámico reconoce sobre los bienes cuya titularidad propiamente se puede predicar del tesoro unos derechos subjetivos en favor de los pobres, a modo de unos protoservicios sociales. En nuestra opinión, esta conclusión es exagerada, pues, siendo verdad que la casa del dinero puede destinar fondos para estos necesitados, esta finalidad no es más que una de las innumerables en las que puede decidir invertir el imán; en consecuencia, hasta que este no resuelva, los pobres ni siquiera tendrían una expectativa de derecho, mientras que sobre la *zakāt*, sí, a expensas de determinar los beneficiarios específicos en ese grupo indeterminado de personas poseedoras de esa cualidad social. Otra cuestión que trataremos dilucidar en este capítulo será la de la propiedad final de los bienes que componen el tesoro: ¿la *umma*, todos y cada uno de los

b *(Capítulo)* En cuanto a mostrar los bienes que se depositan en la *bayt al-māl* y el destino de los mismos: los bienes que se depositan en la *bayt al-māl* son de cuatro tipos: la *zakāt* del ganado, el diezmo y el décimo que se recauda de los comerciantes musulmanes; el segundo es el quinto de los botines, los minerales y los tesoros; el tercero, el *jarāy* de las tierras, la *ŷizyat* de las cabezas y lo que se pactó con la tribu de Naŷrān y la tribu de Taglib, el doble de la limosna legal y el décimo que se recauda de los extranjeros que entran con permiso; el cuarto, las herencias de los que mueren sin herederos o dejando solo esposa o esposo. En cuanto al destino de los mismos: el primer tipo lo referimos, el segundo, quinto del botín, los minerales y los tesoros, lo mencionaremos en el libro sobre la *ŷihād*; el tercer tipo, el *jarāy* y similar, sería el mantenimiento de la religión, los intereses de los musulmanes, es decir, el salario de los gobernantes, jueces, muftíes entre los ulemas, soldados, trazar caminos, erigir mezquitas, *ribāt*, bóvedas, puentes, reforzamiento de las fronteras, excavar canales que no tengan propietarios; en cuanto al cuarto tipo, se emplea en los medicamentos de los pobres y enfermos y en su tratamiento, el entierro de los que no tienen bienes, los alimentos de los niños abandonados, la *‘āqila*, los alimentos de quien no puede conseguirlos por sí mismo y no tiene a nadie a quien reclamarlos, y asuntos similares. El imán ha de hacer llegar esos derechos a sus titulares y Dios es más sabio.

a Y así se han reconocido de modo firme derechos a favor de los pobres y necesitados sobre los otros bienes de la *bayt al-māl*: *ŷizyat*, *jarāy*, el quinto de los distintos tipos de botín, y otros. En numerosos textos legales aparece este sentido. Los *fuqahā’* han decretado que los alimentos de quien es incapaz de procurárselos, ni tienen a nadie que reclamarlos, recaen sobre la *bayt al māl*.

musulmanes, el imán o la propia *bayt al-māl*? Será una cuestión complicada pues, es una recurrente propuesta en nuestro estudio, el derecho islámico observa la propiedad como un dominio dividido, en el que no existe ningún impedimento en que a cada uno de los cuales se le asigne un titular distinto, tanto un individuo, como un colectivo determinado en comunidad de bienes o un grupo más difuso que espera la fijación de la cuota individual.

^aموقف علماء الشريعة من فرض ضرائب جديدة على أموال الناس.

[...] أولاً - موقف الإمام الغزالي: 598- عالج الغزالي مسألة فرض ضرائب جديدة على أموال الناس [...] في كتابه ((شفاء الغليل)) [...] فهو يشترط لفرض الضرائب جملة من الشروط هي: 1- ان يكون الإمام بحيث تجب الطاعة. 2- أن يكون هنالك حاجات حقيقية للدفاع عن البلاد. 3- أن يخلو بيت المال عن المال. 4- أن يكون التوظيف بالقدر الذي يراه الحاكم كافياً إلى أن يتوافر المال في بيت المال.

[...] ثانياً: موقف الإمامين أبي الوليد الباجي وأبي عبد الله بن الفراء: 602- حدث في الأندلس أن إحتاج أمير المسلمين يوسف بن تاشفين للمال من أجل تجهيز الجيوش ومدافعه الأعداء، ولم يكن في بيت المال ما يكفي لسد نفقات ذلك؛ فجمع العلماء والقضاء، وقضاة. وكان منهم أبو الوليد الباجي، وسألهم في ذلك، فأفتوا بأنه له أن يأخذ من المسلمين ما يفي بتلك الحاجات.

ثالثاً: موقف الإمام عز الدين بن عبد السلام: 603- عندما داهم خطر التتار البلاد الإسلامية جمع السلطان قطز القضاة والفقهاء لمشاورتهم في أمر التتار، وان يأخذ من الناس ما يستعين به على جهاد الأعداء. وكان إعتادهم في ذلك المجلس على مال قاله العز بن عبد السلام [...] وجاز لكم ((الخطاب للسلطان)) أن تأخذوا من الرعية ما تستطيعون به على جهادكم؛ بشرط ألا يبقى في بيت المال شيء... 1609

Continúa la tesis con un intento de responder a la pregunta sobre si la *Šarī'a* permitiría a los gobernantes gravar a los musulmanes con nuevos impuestos, distintos a los ya establecidos. Acude a la opinión de varios ulemas, nosotros hemos limitado la lista en aras de no dilatar en exceso la cuestión: al-Gazālī (famoso filósofo y jurista nacido en el Jorasán, aunque viajó a lo largo de los principales centros de saber islámicos en la segunda mitad del siglo XI y autor de más de cien libros¹⁶¹⁰), Abū al-Walīd al-Bāyī (juez en al-Andalus durante el mismo siglo, aunque pasó gran parte de su vida en Oriente, falleciendo en Almería¹⁶¹¹) y 'Izz-l-Dīn b. 'Abd-l-Salām (conocido como el sultán de los ulemas, nacido en Damasco en el año 1181, seguidor de al-Šāfi'ī¹⁶¹²). Prácticamente, todos los alfaquíes únicamente permiten una imposición adicional a lo prescrito por la Ley islámica en casos excepcionales, relativos a un serio peligro de invasión militar, ante la falta de fondos en el tesoro y con carácter temporal. En cualquier caso, no parece que se puedan considerar como un derecho de la *bayt al-māl*, pues su posible recaudación ha de ser invertida íntegramente en una necesidad perentoria. Asimismo, como observaremos más adelante, la obligación de *kifāyya* o posibilidad del imán de obligar a las personas capaces económica o físicamente a realizar determinados trabajos o costear su ejecución, implica que estos tributos no tengan, jurídicamente mayor trascendencia, si bien, es bastante probable que los gobernantes acudieran a ellos.

^bالفصل الثالث في حكم الأنفال.

a La posición de los ulemas de la *Šarī'a* sobre la imposición de nuevos impuestos sobre los bienes de la gente.

[...] Postura del imán al-Gazālī: 598- al-Gazālī ha abordado la cuestión de la imposición de nuevos impuestos sobre los bienes de la gente [...] en su libro "*Šafā' al-Galīl* [...] Exige el conjunto de estos requisitos: 1.- Que el imán esté en situación de serle debida la obediencia. 2.- Que exista una verdadera necesidad de defender el país. 3.- Que la *bayt al-māl* carezca de bienes. 4.- Que la función que el gobernante vea sea suficiente para obtener el dinero para la *bayt al-māl*.

[...] Segundo: la postura de los imanes Abū al-Walīd al-Bāyī y Abū 'Abd Allāh b. al-Farā': 602- En al-Andalus sucedió que el príncipe de los musulmanes Yūsuf b. Tāšifīn necesitó dinero para preparar los ejércitos y defenderse de los enemigos, sin que hubiera fondos suficientes en la *bayt al-māl* para hacer frente a los gastos; reunió a los ulemas y jueces, entre ellos Abū al-Walīd al-Bāyī, y les preguntó por ello. Emitieron una fetua por la que le permitían tomar de los musulmanes lo que necesitara para esas necesidades [...]

Tercero: la postura del imán 'AbdAzz-l-Dīn b. 'Abd-l-Salām: 603- Cuando los tártaros irrumpieron en los países islámicos, el sultán Qaṭaz reunió a los jueces y los *fuqahā'* para consultarlos sobre el asunto de los tártaros y el de tomar de la gente lo que ayudara a combatir a los enemigos; en esa reunión se basaron en lo que dijo 'Izz-l-Dīn b. 'Abd-l-Salām [...] quien os autorizó en su "*al-Jiṭāb lil-Sulṭān*" a tomar de los súbditos lo que podáis para vuestra guerra, a condición de que no quede nada en la *bayt al-māl*...

b Capítulo tercero. Sobre el régimen jurídico de *al-Anfāl*.

وأما تنفيل الإمام من الغنيمة لمن شاء. أعني أن يزيده على نصيبه، فإن العلماء إتفقوا على جواز ذلك، وإختلفوا من أي شيء يكون النفل وفي مقداره وهل يجوز الوعد به قبل الحرب؟ وهل يجب السلب للقاتل أم ليس يجب إلا أن ينفل له الإمام؟ فهذه أربع مسائل هي قواعد هذا الفصل؟

(أما المسئلة الأولى) فإن قوماً قالوا: النفل يكون من الخمس الواجب لبيت مال المسلمين، وبه قال مالك وقال قوم: بل النفل إنما يكون من خمس الخمس وهو حظ الإمام فقط وهو الذي إختاره الشافعي. وقال قوم بل النفل من جملة الغنيمة، وبه قال أحمد وأبو عبيدة ومن هؤلاء من أجاز تنفيل جميع الغنيمة¹⁶¹³.

En su momento, observábamos que además de la parte que le corresponde a cada combatiente del botín, el imán está facultado para mejorar a quien desee de entre ellos. Averroes nos muestra el abanico de opiniones sobre el régimen jurídico de esa mejora. Nos interesa conocer sobre qué parte de ese *ganīma* se ha de extraer la cantidad necesaria para aumentar la cuota de alguno de los soldados. Según Mālik b. Anas, se debería llevar a cabo menoscabando el quinto reservado a la *bayt al-māl* de los musulmanes. Por contra, al-Šāfi‘ī hace recaer sobre la parte destinada al imán, su fracción privada, la responsabilidad de ese *nafl*. Otros estiman que se ha de realizar a cargo de la cantidad total del botín. Esta regulación nos revela la existencia de un tesoro de los musulmanes, diferenciado del patrimonio privado del sultán; que responda uno u otro implica que esta mejora es considerada como una decisión del gobernante sin trascendencia pública o parte de la actividad relacionada con el interés general.

^aالخُمس.

عبارة عما يستأدي من تجار الروم الواردين على ثغر بمقتضي ما صولحوا عليه؛ وربما بلغ ما يستخرج منهم عما قيمته مائة دينار من يناهز خمسة وثلاثين ديناراً، وإنما إنحط عن العشرين ديناراً، ويسمى كلاهما خُمساً. ومن كنائس الروم من يستأدي منه العشر، إلا أنه لم كان الخُمس أكثر، كانت النسبة إليه أشهر. ولذلك ضرائب مستقرة، وعوائد مستمرة، وأوضاع مألوفة، وطرائق فيما بين المباشرين له معروفة...¹⁶¹⁴.

Las *leyes de los divanes* en el Egipto del siglo XII prevén unos impuestos, cuyo tipo impositivo es el quinto sobre las mercancías de los comerciantes cristianos y sobre las iglesias cristianas. Según el autor, se trata de tributos que generan ingresos estables y cuya recaudación sigue unos procedimientos conocidos por los funcionarios encargados.

^bفصل في الفرق بين الجسور السلطانية البلدية

En cuanto *al-tanfīl* del imán sobre el *ganīma* en favor de quien desee, quiero decir aumentar la parte que le corresponde, los ulemas están de acuerdo en que es válido; discrepan sobre de qué porción se extrae *al-nafl* y en qué cantidad. ¿Es válida la promesa de mejora antes de la guerra? ¿Las armaduras y armas son del combatiente o debe mejorarlo el imán? Estas son cuatro cuestiones que serán las bases de este capítulo.

(En cuanto a la primera cuestión) un grupo opina: *al-nafl* se toma del quinto que se debe a la *bayt al-māl* de los musulmanes; es la opinión de Mālik. Un grupo dice: no, al contrario, únicamente se toma del quinto del quinto, que es la parte que corresponde solo al imán; es lo que ha escogido al-Šāfi‘ī. Otros opinan que se puede tomar de la cantidad total del *ganīma*. De ahí dictaminan Aḥmad y Abū ‘Ubayda. Entre estos están quienes autorizan el *al-tanfīl* de la totalidad del *ganīma*.

a El quinto.

Se refiere a lo que se exige a los comerciantes de *rūm* (bizantinos u otros cristianos europeos) que arriban a las fronteras, en virtud del pacto que se haya establecido con ellos. Quizás lo que se recaude de ellos sobre un valor de cien dinares no sobrepase los treinta y cinco dinares, sino que es menor de veinte dinares; ambos se denominan quinto.

A las iglesias cristianas se exige el décimo, salvo que el quinto es mayor, por lo que ese porcentaje es más común.

Por eso, son impuestos estables, ingresos continuos, de estado conocido y sus procedimientos son conocidos por los encargados...

b Capítulo. Sobre la diferencia entre los diques del sultán y los diques locales.

Los diques del sultán son aquellos de utilidad general para proteger del Nilo a todas las ciudades hasta que se puede prescindir de él y haya pasado el temor por el río; tienen impuestos por los actos en el este y el oeste; y se recauda por los funcionarios del *dīwān*, y de estos se sufraga los gastos necesarios y el resto se deriva a la *bayt al-māl*.

En cuanto a los diques de las localidades son aquellas cuya utilidad es privada para una zona y no para las demás; los beneficiarios de los repartos (*Iqtā‘*) y sus campesinos son los encargados de construirlos y costear sus gastos necesarios.

Los diques del sultán, si atravesaran las murallas de una ciudad que el sultán -Dios eternice su reino- deba ocuparse por su mantenimiento y velar por su interés y el interés general, ordenaría ocuparse de él.

Los diques de las localidades discurren por las casas y viviendas dentro de las murallas. Cada dueño de la casa ha de ocuparse por su interés y debe administrar todas las cuestiones necesarias.

الجسور السلطانية هي العامة النفع في حفظ النيل على البلاد كافة إلى حين وقوع الغني عنه، وزوال الخوف عليها منه؛ ولها رسوم موظفه على الأعمال الشرقية والغربية؛ تستخرج بأيدي مستخدمي الديوان، وينفق عليها منها ما ينفق، ويحمل إلى بيت المال ما تفضل.

وأما الجسور البلدية هي الخاصة النفع بناحية دون ناحية؛ ويتولى إقامتها وإنقاذها المقطعون والفلاحون بما ينفقوه فيها من عندهم. والجسور السلطانية إذا جارية مجرى سور المدينة الذي يجب على السلطان -خلد الله ملكه- الإهتمام بعمارته، والنظر في مصلحته، وكفاية العامة أمر الفكرة فيه.

والجسور البلدية جارية مجرى الأدر والمسكن التي داخل السور، وكل صاحب دار منها ينظر في مصلحتها، ويلتزم تدبير أمره فيها¹⁶¹⁵.

En la misma obra, este capítulo que ilustró nuestro epígrafe sobre el *dīwān*, nos informa de la forma de financiación de los diferentes tipos de diques necesarios para controlar las inundaciones del Nilo. Observamos que existían dos clases: públicos y privados. El uso de los primeros está gravado con tributos, por peajes que han de servir para su mantenimiento y que son recaudados por los funcionarios del órgano. El sobrante se ingresa en el tesoro público o *bayt al-māl*. Se trataría de lo que en la doctrina fiscal se denominarían tasas. No obstante, los excedentes incrementarían los fondos del tesoro público. En el caso de los de carácter privado, los gastos de construcción, mantenimiento y reparación estaría a cargo de los beneficiarios de los *Iqtā'*.

El presente fragmento ejemplifica la distinción entre dominio público y propiedad privada. En cuanto al objeto de estudio en el presente capítulo, al-Mamātī, dado que su interés se focaliza en el órgano administrativo, se refiere a la *bayt al-māl* como el lugar de almacenamiento de los fondos.

^aباب العطاء يموت صاحبه بعدما يستوجبه.

640- عن عمر بن عبد العزيز: أنه كان إذا إستوجب الرجل عطاءه ثم مات، فأعطاه ورثته.

[...] 642- قال الزبير لعثمان -بعدما مات عبد الله بن مسعود- أعطني عطاء عبد الله، فعيال عبد الله أحق به من بيت

المال، فأعطاه خمسة عشر ألفاً.

قال يزيد: وكان الزبير وصي عبد الله بن مسعود¹⁶¹⁶.

En su libro sobre los tipos de bienes, Abū 'Ubayd, mediante el recurso habitual de esgrimir tradiciones atribuidas al profeta o, en su defecto, a sus compañeros o primeros musulmanes, afirma que los pagos a cargo del tesoro, una vez exigibles esas obligaciones, se convierten en un derecho transmisible mediante herencia. En este caso, acude a un dicho atribuido a 'Umar b, 'Abd-l-'Azīz, gobernante omeya, conocido como el quinto califa perfecto, quien accedió al trono damasceno en el año 99 de la hégira¹⁶¹⁷. Asimismo, también refiere otras palabras de al-Zubayr b. al-'Awām, compañero y primo del profeta¹⁶¹⁸.

^bوقال ابن رشد في "البيان" والشاطبي وغيرهم من نصح: المال الحرام إن كان قائماً بعينه وجب رده إلى أربابه أو إلى

ورثته إن غلموا، وإلا فحكمه الفيء يوضع في أهم أمور المسلمين [...]

[...] ولذا ذكر عياض في مداركه عن بعض الشيوخ أن من قبل وديعة من مستغرق الذمة، ثم ردها إليه، ضمنها للفقراء. وما ذكره من ردها للفقراء إن كان مودعها مستغرق الذمة يعني ولم يعرف صاحبها المظلوم بها إنما هو فيما إذا لم يطالبه بها السلطان وخاف برفعها إليه ونحو ذلك، وإلا فظاهر أنه لا فرق بينها وبين غيرها مما بضمه السلطان لبيت مال المسلمين مما بيد هذا المستغرق الذمة؛ لأنه إذا لم يتعين المغصوب منه، فهن مال جهلت أربابه، وهو من الجهات التي يعمر بها بيت المال...¹⁶¹⁹

a Capítulo sobre los pagos en los que su beneficiario muere después de que sea debido.

640- De 'Umar b, 'Abd-l-'Azīz: Si un hombre tiene derecho a su paga y muere, se lo entrega a sus herederos.

[...] 642- Al-Zubayr dijo a 'Utmān -después de la muerte de 'Abd-Allāh b. Mas'ud- dame la paga de 'Abd-Allāh, pues la familia de 'Abd-Allāh tiene más derecho que la *bayt al māl*; le entregó quince mil.

Zayd dijo: al-Zubayr era el albacea de 'Abd-Allāh b. Mas'ud.

b Ibn Rušd dijo en su "*al-Bayān*" y al-Šātibī y otros lo que se establece: un bien prohibido, si permaneciera tal cual en sí mismo, se ha de devolver a sus dueños o a los herederos de estos, si se conocieran; en caso contrario, su régimen jurídico sería el del *ḥay'* que se invierte en los principales asuntos de los musulmanes [...]

[...] Por eso 'Iyyād menciona que en su "*Madārik*" sobre algunos de nuestros jeques que quien acepta el depósito de un quebrado (literalmente aquel cuya *ḍimma* está sumergida) y después se lo devuelve responde frente a los pobres. Y al referirse a devolverlo a los pobres, si se trata de un quebrado, quiere decir si no se conoce su dueño defraudado; siempre que no lo reclame el sultán y se tema el elevarlo a él. Así que es palpable que no existe diferencia entre estos y otros bienes que el sultán incorpora a la *bayt al-māl* de los musulmanes en lo que tuviera el quebrado; porque, si no quedara determinada la víctima de la apropiación, un bien del que se desconoce su propietario, sería uno de los destinos de los que se llena la *bayt al māl*.

Estas líneas, extraídas de algunas respuestas jurisprudenciales sobre bienes que han sido objeto de apropiación ilícita o transmisión fraudulenta como la del quebrado que intentara poner a recaudo de los acreedores parte de su patrimonio, nos muestran la opinión de Ibn Rušd, abuelo, y de al-Šāṭibī, ulema granadino nacido en el año 1388¹⁶²⁰. Ambos, representantes de la corriente andalusí entre los miembros de la escuela de Mālik, decretan que, cuando los legítimos dueños de esos bienes son desconocidos, se les aplicaría el régimen jurídico de la clase de botín, *fay'*, que forma parte de los ingresos de la *bayt al māl*; uno de los derechos de los que sería *titular*.

^aباب: ميراث المرتد لمن هو؟

5294- [...] حدثنا [...] أن النبي، ص، قال: ((لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر)) [...] قال أبو جعفر: فذهب قوم إلى أن المرتد إذا قُتل على رده، أو مات عليها، كان ماله لبيت مال المسلمين، وأحتجوا في ذلك بهذا الحديث.

وخالفهم في ذلك آخرون، فقالوا: ميراثه لورثته من المسلمين¹⁶²¹.

Esta parte del número 5296 del libro sobre los hadices del ulema *ḥanaftī*, al-Ṭaḥāwī, máximo mandatario de la escuela en el Egipto de finales del siglo IX y principios del X, originario del Alto Egipto¹⁶²², aparece también en nuestro capítulo sobre el concepto de persona en el derecho islámico. Los bienes del apóstata fallecido, en un ordenamiento religioso en el que la apostasía implica un impedimento para suceder o transmitir *mortis causa*, son incorporados al tesoro público, según la opinión mayoritaria de los *fuqahā'*. No resulta indiscutido que esta solución jurídica lleve aparejada el reconocimiento de la condición de heredero a la *bayt al-māl*, aunque no cabe discusión que es un ingreso de la misma y, como trataremos de demostrar, un derecho del que es titular la *casa del dinero*.

^bكتاب الوديعة.

سؤال عن وديعة مجهولة.

[...] سؤال ثان على هذا المعنى:

جواب الفقيه الأجل شَيْخِي وإمامي أدام الله جلاله وتوفيقيه، وذلك أن رجلاً من أهل المشرق المستوطنين عندنا توفي منذ نيف عشرين سنة كانت بيده وديعة زعم أن بعض أهل المشرق أودعها عنده وذكر أنها لغيره، فأودع هذا الرجل المذكور عند وفاته هذه الوديعة عند آخر، فلما حضرت الآخر الوفاة أودعها عند ثالث لا يعرف إسم صاحب الوديعة عند الآخر، فلما حضرت الآخر الوفاة أودعها عند ثالث لا يعرف إسم صاحب الوديعة ولا لمن هي، والذي أودعها أولاً قد مات منذ دهر طويل إلا أن في الوديعة رقعة فيها أنها

a Capítulo: la herencia de los apóstatas, ¿de quién es?

5294- Nos ha informado [...] que el profeta ha dicho: ((el infiel no hereda del musulmán, ni el musulmán del infiel)) [...]

Abū Ūfar ha dicho: un grupo opina que el apóstata, si es ejecutado por su apostasía o muere siéndolo, sus bienes pasan al tesoro de los musulmanes; argumentan con este dicho.

Otros discrepan y dicen: su herencia es para sus herederos musulmanes.

b Libro del depósito.

Pregunta sobre el depósito desconocido.

[...] Segunda pregunta sobre este sentido:

Respuesta del alfaquí preclaro, mi *šayj*, Dios eternice su majestad y su éxito; un hombre de oriente de los residentes entre nosotros, que murió alrededor de veinte años, era depositario de un depósito que afirmaba que se lo entregó un oriental para otro. Este hombre mencionado lo depositó ante su fallecimiento en otro; cuando a este le sobrevino la muerte, lo depositó en un tercero, que desconocía quién era quién lo había constituido. Cuando murió, lo depositó en otro tercero que tampoco conocía quien había realizado el depósito original. El que depositó en primer lugar había muerto hacía mucho tiempo, sin embargo, en el depósito había una nota que ponía que era de un hombre sin estar escrito su nombre. Por ello, el responsable de la *bayt al-māl* reclamó ese depósito alegando que no se podía conocer su titular y el largo período de tiempo y el desconocimiento del titular y que no había manera de llegar a identificarlo. Muéstrame lo que opinas del caso, con agradecimiento, si Dios quiere.

Respuesta: Si el asunto es como lo has descrito, el dueño de los bienes depositados no está identificado ni se conoce ninguna cualidad de él, ni se puede llegar a averiguar; de esta manera, el dictamen ha de ser el de colocarlo en los intereses de los musulmanes; si fuera de lo que se puede llegar algún día a averiguar el propietario, debería ser retenido y prohibirse su disposición. Dios es el dueño del regalo y del éxito. Es lo que ha dicho Muḥammad b. Dāwūd.

Segunda respuesta sobre esta segunda pregunta: el régimen del bien mencionado en que se lleve a la *bayt al māl* de los musulmanes, que Dios la guarde, si no se ha podido constatar la existencia de ningún heredero determinado de él, pues su constatación está excusada en este caso, al no estar nombrado ni descrito quien es su titular. Dios es más sabio y es el dueño del éxito. Es lo que ha dicho al-Zarhūnī.

لرجل أحول وليس فيها إسم ولا تحلية غير هذا وطلبها صاحب بيت المال وإحتج بتعذر إستحقاقها وطول أمدتها بجهالة صاحبها وعدم سبيل الموصلة إلى معرفته. بين لي ما تراه مشكوراً إن شاء الله.
الجواب: إذا كان الأمر كما وصفت، فرب المال لم يميز بأوصاف يعرف بها وعلى ما وصف لا يمكن التوصل إلى علم به على حال وحكم هذا المال أن يوضع في مصالح المسلمين ولو كان مما يمكن أن يعرف يوماً لوجب إيقافه ومنع من التعرض إليه والله ولي الهداية والتوفيق. قاله محمد بن داود.

جواب ثاني على هذا السؤال: حكم المال المذكور أن يرجع إلى بيت المال المسلمين وفره الله إذا لم يثبت له وارث معين ولأن إثبات مثل يتعذر إذ لم يسم ولا وصف من هو بيده مستحقه. والله أعلم وهو ولي التوفيق. قاله الزرهوني¹⁶²³.

Se recogen la respuesta de dos muftíes sobre un depósito del cual se desconoce quién lo realizó y quién es el propietario. El primero, Muḥammad b. Dāwūd, decreta que se ha de colocar en interés de los musulmanes; traducimos, por el contexto, que se refiere a la *bayt al-māl*. El segundo, al-Zarhūnī, expresamente afirma que se ha de llevar a la casa del dinero. Ninguno aclara cuál es el título jurídico que justifica su ingreso en el tesoro: sin embargo, se deduce al menos que es el ente que sufraga los *intereses de los musulmanes*.

^aقال أبو يوسف: وكل ما أقطعه الولاية المهديون أرضاً من أرض السواد وأرض العرب والجبال من الأصناف التي ذكرنا أن للإمام أن يقطع منها ولا خلاف لمن يأتي بعدهم من الخلفاء أن رد ذلك ولا يخرج من يدي من هو في يده وارثاً أو مشترياً فأما أن أخذ الوالي من يد واحد أرضاً وأقطعها آخر فهذا بمنزلة الغاصب غصب واحداً وأعطى آخر فلا يحل للإمام ولا يسعه أن يقطع أحداً من حق أحداً من الناس حق مسلم ولا معاهد ولا يخرج من يده من ذلك شيئاً إلا بحق له عليه فيأخذه بذلك الذي وجب له عليه فيقطعه من أحب من الناس فذلك جائز له. والأرض عندي بمنزلة المال فلإمام أن يحيي من بيت المال من كان له غناء في الإسلام ومن يقوى به على العدو ويعمل في ذلك بالذي يرى أنه خير للمسلمين وأصلح لأمرهم...¹⁶²⁴

Abū Yūsuf, uno de los principales ulemas de la escuela *ḥanafī*, en su libro sobre el *jarāy*, además de establecer la legalidad del reparto de tierras realizado por el califa, irrevocable por él o por sus sucesores, afirma que los terrenos conquistados forman parte del tesoro o *bayt al-māl*. En otro sentido, la competencia para disponer de cualquier bien de *la casa del dinero* reside en el imán. [...] ^bولا ينبغي أن يجمع مال الخراج إلى مال الصدقات والعشور لأن الخراج فيء لجميع المسلمين والصدقات لمن سمي الله عز وجل في كتابه...¹⁶²⁵

Unas páginas siguientes en su obra, decreta que el dinero proveniente del *jarāy* no debe confundirse con las limosnas y los diezmos, por el *jarāy* forma parte del *fay'* de todos los musulmanes, mientras que aquellas pertenecen a las personas señaladas por Dios en su Libro.

^c26* ومن قتل منهم في الحرب ومن هرب وترك أرضه، وكل أرض لم يكن فيها أحد يمسح عليه ولم يوضع عليها الخراج. قال حسن: فذلك للمسلمين، وهو إلى الإمام، إن شاء إقام فيها من يعمرها ويؤدي إلى بيت مال المسلمين عنها شيئاً وكون الفضلة له، وإن شاء أنفق عليها من بيت المال المسلمين وإستأجر من يقوم فيها ويكون فضلها للمسلمين...¹⁶²⁶

Otro alfaquí de la misma corriente, Yaḥya b. Ādam, nacido en la ciudad de Kūfa en el siglo VIII especializado en hadices¹⁶²⁷, cuando establece el régimen jurídico de las tierras de *jarāy* que no estuvieran en explotación por diversos motivos, y que, en consecuencia, no rentan para las arcas públicas, estima que las mismas son una fuente de ingresos para el tesoro o también un gasto; en caso de que el estado las mantenga y acondicione para arrendarlas con posterioridad. No es tan explícito como Abū Yūsuf: no las califica como bienes integrantes del activo de la *bayt al-māl*, sino

a Dijo Abū Yūsuf: Cualquier autoridad temerosa de Dios que reparta a alguien alguna tierra del Sawād, de la región de los árabes o de las montañas, de las clases a las que nos hemos referido, pues le está permitido al imán repartirla; no le es lícito a quien venga después de entre los califas quitarla de la mano en la que esté, tanto si es un heredero como si es un comprador. Si lo hiciera, ocuparía la posición de un usurpador, que se apropia de la tierra de uno y la reparte a otro. No le es lícito al imán repartir nada que sea un derecho de un musulmán o una persona del pacto, ni arrancarle nada a nadie más que por un derecho que se tuviera contra él. Si así ocurriera, sí le estaría permitido repartirla a quien quisiera. La tierra, en mi opinión, tiene la misma consideración de un bien y el imán puede entregar de la *bayt al-māl* a quien tuviera suficientes recursos en el Islam o fuerza para combatir al enemigo lo que estimara más beneficioso para los musulmanes y sus asuntos.

b No debe mezclarse el dinero del *jarāy* con el de las limosnas y los diezmos, porque aquel forma parte del *fay'* de todos los musulmanes y las limosnas pertenecen a los que Dios ha nombrado en su Libro.

c 26* Quien fuera muerto entre ellos por una guerra, quien huyera y toda tierra en la que no hubiera nadie que se ocupara de ella ni se le impusiera el *jarāy*. Ḥasan dijo: esas son de los musulmanes y se eleva al imán, si quisiera, la haría habitar por quien la explotara y de ahí se entregaría a la *bayt al māl* los beneficios. Si lo deseara, se mantendría a expensas de la *bayt al māl* y se daría en arrendamiento a quien pudiera dar beneficios a los musulmanes.

como fuentes de ingresos o destino de los gastos. Asimismo, el competente en todo caso sería el imán.

^aوذكر أن الإمام له أن يصطفى لبيت المال من مال الغانمين بإستطابة نفوسهم أو بحق الخمس ويكون ملكاً لجميع المسلمين...¹⁶²⁸

Ibn Raḡab, por su parte, analizando las tierras conquistadas y su calificación o no como *waqf*, afirma que el gobernante está facultado para reservar tierras obtenidas como botín para el tesoro, deviniendo las mismas propiedad de todos los musulmanes.

^bالترمس.

زرعه في طوبه. والزريرة أردب واحد. وإداركه في برمودة. وهو نيسان وأذار. ومتحصله من عشرين أردب إلى ما حولها. وخراجه على حكم الديوان دينار وربع الفدان [...] القلقاس.

أوان زراعته مثل القصب. ومقدار زريعته عشرة قناطر بالجروى الفدان. إداركه هاتور، وهو تشرين الأول والثاني. وقدر متحصله من خمس دينار إلى أربعين دينار وخراجه أربعة دنائير على حكم الديوان¹⁶²⁹.

El tratado sobre las leyes del *dīwān* de al-Mamāṭī repasa los principales cultivos que se sembraban en el Egipto de la época, estableciendo la cuantía del impuesto, *jarāy*, que los gravaba en función de un tipo específico por unidad de superficie de cada uno; además, aporta algunos otros datos de menor relevancia para nuestro estudio, pero dignos de analizar en otras disciplinas, como el momento de germinación, de la siembra, lugares donde se producía, etc. El registro tenía por función fijar la cuantía tributada por plantación y tipo de cultivo; determinando el montante del ingreso que, aun sin explicitar, se debería de producir en la *bayt al-māl*.

^cالقاعدة الحادية والستون: المتصرف تصرفاً عاماً على الناس كلهم من غير ولاية أحد معين، وهو الإمام، هل يكون

تصرفه عليهم بطريق الوكالة لهم أو بطريق الولاية؟

في ذلك وجهان وخرج الأمدى روايتين بناءً على أن خطأه هل هو على عاقلته أو في بيت المال؛ لأننا إن جعلناه على عاقلته فهو متصرف بنفسه وإن جعلناه في بيت المال فهو متصرف بوكالة لهم وعليهم فلا ضمن لهم ولا يهدر خطأه فيجب في بيت المال. وإختيار القاضي في خلافه أنه متصرف بالوكالة لعمومهم، فذكر في الأحكام السلطانية روايتين في إنعقاد الإمامة بمجرد القهر من غير عقد وهذا يحسن أن يكون أصلاً للخلاف في الولاية والوكالة أيضاً...¹⁶³⁰

A la luz de este texto del *hanbalī* Ibn Raḡab, y otros tantos, tratábamos de fijar, en el capítulo tercero, la relación que une al gobernante con la *umma*, para mayor concreción, si su situación jurídica era la de representante de ella. La corriente legal que así lo estima, como continuación lógica de la argumentación, prescribe que por la responsabilidad extracontractual (también llamada por nuestra doctrina *aquiliana*) derivada de su actuación respondería la *bayt al-māl*.

^dجناية السلطان.

a Y menciona que el imán puede reservar para la *bayt al-māl* bienes de los que obtienen el botín para purificar sus almas o por el derecho del quinto, convirtiéndose en propiedad de todos los musulmanes.

b Altramuz.

Se cultiva en Ṭūba. Se siembran un *ardab* (un poco más de 25 kilos: *mu'ūyam luga-l-fuqahā'*). Aparece en el mes de *barmūda*, es decir, marzo y abril. Su producción suele ser unos veinte *ardab*. Su *jarāy* está fijado, según lo establece el *dīwān*, en un dinar y cuarto por cada *faddān* (cuatro mil doscientos metros cuadrados *mu'ūyam al-ma'ānī*).

La colocasia.

El tiempo de su cultivo es igual al de la caña. La cantidad de semillas que se utiliza es de diez *qanāṭir* (mil dinares; *mu'ūyam luga-l-fuqahā'*) por cada *faddān*. Germina en el mes de *hātūr*, es decir, los meses de octubre y noviembre. La cantidad de cosecha oscila entre cinco y cuarenta dinares (cuatro gramos con veinticinco centigramos de oro; *mu'ūyam luga-l-fuqahā'*). Su *jarāy* está fijado, según lo establece el *dīwān*, cuatro dinares.

c Regla sesenta y uno: quien actúa en general para toda la gente sin autoridad sobre nadie en concreto, ese es el imán, ¿su actuación es por delegación de ellos o por autoridad?

En ello existen dos tesis. al-Amadī recoge dos opiniones fundamentadas sobre si de su error (daño por error) responden sus familiares agnaticios o el tesoro. Si hiciéramos responder a los agnados sería porque actúa por sí mismo y si respondiera el tesoro, actuaría en su representación para imputarles derechos y obligaciones, y su error no quedaría impune pues se debe del tesoro. El juez, en su *Diferencia*, escoge que actúa en representación de la generalidad; en *Los Preceptos de los Sultanes*, señala las dos opiniones a la hora de perfeccionarse el contrato de *imānato* por la simple fuerza, sin contrato; y esa puede que sea el origen de la polémica sobre la autoridad propia o representación...

d Delitos de sultán.

[...] وذلك أن أبا بكر سأل من حضر ضرب النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له فكان فيما ذكروا عنده أربعين أو نحوها فإن ضربه أربعين أو أقل منها يسوط أو ضربه أكثر من أربعين بالنعال أو غير ذلك فمات فديته على عاقلة الإمام دون بيت المال [...] (قال الشافعي) وإذا حد الإمام رجلاً عبدين أو عبداً وحر أو ذمي ومسلم أو شهادة غير عدلين في أنفسهما أو غير عدلين على الشهود عليه حين شهدا فمات ضمنته عاقلته لأن هذا كله خطأ في الحكم...¹⁶³¹

En su libro *al-Umm*, al-Šāfi'ī declara que la responsabilidad penal (precio de sangre o *diyya*) derivada de los actos ilícitos del sultán recaen sobre su *'āqila*, o familiares agnados, nunca sobre el tesoro público.

^aباب القاضي يأخذ الرزق

ذكر (عن نافع أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي عبيد ومعاذ بن جبل بالشام أن: أظروا رجلاً من أهل العلم من الصالحين ممن قبلكم فاستعلموهم على قضاء ووسعوا عليهم من الرزق) وهذا لأن القاضي محبوس بحق المسلمين فيجب كفايته في بيت مال المسلمين، وذلك من بيت المال لأن الحبس سبب إستحقاق لاكفاية كحبس المرأة بحق الزوج، والمضارب إذا سافر في مال المضارب يستحق النفقة لهذا المعنى، لكن شرط الأجر لا يجوز، لأن القضاء طاعة، وأخذ الأجر على الطاعة حرام. [...] وذكر (عن القاسم عن عمر رضي الله عنه قال: لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً ولا صاحب مغنمهم) أما القاضي فلأن القضاء طاعة. وأخذ الأجر على الطاعة لا يجوز. وأما صاحب المعنم فهو والي ولا يجوز له أخذ الأجر على عمله بمنزلة القاضي لكنه يأخذ مما تحت يده بقدر كفايته، كالقاضي يطلب من الوالي كفايته لأن كل واحد منهما عامل لكافة المسلمين.¹⁶³²

Esta parte de la exégesis sobre el Libro del Comportamiento del Juez, escrito por uno de los representantes más eminentes entre los seguidores de Abū Ḥanīfa, al-Jassāf, se hizo presente en nuestra tesis (algo más escueta), en el capítulo tercero en el epígrafe dedicado a la representación como elemento esencial de la personalidad jurídica; en concreto, la figura del juez como representante de la comunidad o del califa y su papel en el *waqf*. Las palabras del ulema no dejan resquicio a la duda: la retribución del cadí se convierte en una obligación a cargo de la *bayt al-māl*. Ahora bien, la fundamentación no se cimienta en el pago de un servicio, pues para esta escuela su labor estaría incluida dentro de lo que denominan obediencia a Dios, estando prohibida la renta a cambio de la misma. Por ello, la razón de ser de su remuneración está sustentada en su capacidad y la causa del derecho de esta sería la potestad que asiste a su titular de retener los bienes que tiene en su poder; así, los alimentos debidos por el hombre a la esposa son causa del derecho de esta a tomar los fines de aquel bajo su custodia. Esta sutileza jurídica no obsta para que del mantenimiento de los jueces responda el tesoro público, siendo este, como depositario de los bienes de todos los musulmanes, sujeto de esta deuda; asimismo, este magistrado trabaja para la totalidad de los musulmanes y es lógico que los bienes de estos sirvan para su sustento.

Eso es que Abū Bakr preguntó a los que habían presenciado los azotes que había impartido el profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él; le recordaron que que dio cuarenta latigazos más o menos. Si le hubiera dado cuarenta o menos con el látigo o le hubiera golpeado con el calzado u otro artefacto y muriera, su *diyya* recaería sobre su *'āqila*, no sobre la *bayt al-māl* [...] (Ha dicho al-Šāfi'ī) Si el imán aplicara uno de los castigos señalados en *El Corán* a un hombre por el testimonio de dos esclavos o un esclavo y un hombre libre, o un musulmán y un *ḍimmī*, o dos testigos que no fueran honorables en sí mismos o respecto a contra quien testifican, en caso de que muriera, la responsabilidad recaería sobre la *'āqila* del sultán, porque sería un error en la sentencia.

a Capítulo: El juez toma su sustento.

Se ha señalado (tomado de Nāf'ī, Dios esté satisfecho de él, quien escribió a Abū 'Ubayd y Mu'ād b. Yabal en Siria: mira a hombres de ciencia entre los rectos que os encontréis y utilizadlos para juzgar y dadles su sustento), y esto es porque el juez está retenido en garantía de los musulmanes, así que se ha de retribuir del tesoro de los musulmanes, y eso del tesoro, porque ser garantía es causa de la retribución, como la retención de la mujer sobre los derechos del esposo, y la del socio comanditario sobre el capital de la sociedad, que merece el sustento con ese sentido. Pero no es válida la condición de renta (por arrendamiento de obra. Nota del autor), porque la jurisdicción es obediencia, y tomar una renta por la obediencia está prohibido por la religión.

[...] Y ha mencionado (de al-Qāsim sobre 'Umar, Dios esté satisfecho de él, que dijo: el juez de los musulmanes no debe tomar por su jurisdicción salario ni tampoco el responsable del botín) el juez, porque la jurisdicción es obediencia y tomar salario por la obediencia no es lícito; en cuanto al responsable del botín, porque es una autoridad y no debe tomar salario por su labor, como en el caso del juez. Pero sí puede tomar de lo que esté bajo su mano, por su capacidad, como el juez puede pedir al gobernante por su capacidad, porque cada uno de ellos dos trabaja para todos los musulmanes.

^bباب من القضاء ما ينبغي للقاضي أن يعمل به

(قال أبو بكر وأحمد بن عمرو الخصاف وينبغي أن يشرف على كاتبه وأصحاب مسائله وأمنائه ويتفقد [أحوالهم] وأمورهم ويحاسب أمناءه في كل سنة على ما يتولون وعلى ما يجري على أيدهم) كل ذلك احتياطاً لأمر المسلمين وحفظاً لحقوقهم كيلا يقع من بعض هؤلاء خيانة ويلتبس في أمر القاضي ناظر للمسلمين محتاط لأمرهم فيفعل كل ما فيه الإحتياط (قال ويقتصد فيه إجراء الرزق عليهم) أما إجراء الرزق فلأن كلاً منهم فرغ نفسه لمصالح المسلمين فيستحق الكفاية من مال المسلمين وذلك من بيت المال ويقتصد في ذلك لأن الزيادة إجحاف بيت المال والنقصان بخس بهؤلاء العمال فوجب التوسط والإقتصاد وخير الأمور أوسطها¹⁶³³.

Al igual que el párrafo anterior (vuelto a tomar del mismo capítulo tercero) el ulema aborda el sueldo del personal de la función jurisdiccional; este se centra en los funcionarios auxiliares del juez, quienes le sirven como administrador de los asuntos de los musulmanes. Su remuneración, en consecuencia, se rige por los mismos principios.

^b(ما جاء في أرزاق القضاة والعمال والقسام وأجرهم على من هو)

* (قلت) * لإبن القاسم هل كان مالك يكره أرزاق القضاة والعمال (قال) أما العمال فكان يقول إذا عملوا على حق فلا بأس بأرزاقهم وأما أرزاق القضاة فلم ير مالك بذلك بأساً * (قلت) * لأبن القاسم أرأيت قسام المغانم أ يصلح أن يأخذوا عليها أجراً (قال) قال مالك في قسام القاضي لا أرى أن يأخذوا على القسم أجراً فقسام المغانم عندي لا ينبغي لهم أن يأخذوا على ذلك أجراً * (قلت) * لم كره مالك أرزاق القسام وجوز أرزاق العمال (قال) لأن أرزاق القسام إنما يؤخذ ذلك من أموال اليتامى وأرزاق العمال إنما تؤخذ من بيت المال * (قلت) * أفرأيت ان جعل للقسام أرزاقاً من بيت المال (قال) لا بأس بذلك (قال مالك) وكذلك أشياء من أمور الناس مما يوجبهم يبعث فيها السلطان إنما ذلك على السلطان يرزقون من بيت المال المسلمين...¹⁶³⁴

En la *Mudawwana* de Saḥnūn está concebida para verter las opiniones del ulema al que se vinculan todos los *fuqahā* de la escuela. Mālik establece que el tesoro público ha de abonar las retribuciones de jueces y funcionarios; en cuanto a los partidores del botín existen más dudas, aunque algunos entienden que sí. Finalmente, como regla general, prescribe que aquellos asuntos de la gente cuya gestión recaiga en el sultán también han de ser sufragados a cargo de la *bayt al-māl*.

^cوما نقل الجنان عن الحفيد إبن رشد من جواز إعطاء الزكاة للعلماء ولو كانوا أغنياء، إعترضه غير واحد من الشيوخ، قال الشيخ التاودي عقب نقله ما نصه.

^b Capítulo sobre la jurisdicción: qué debe hacer el juez.

(Abū Bakr y Aḥmad b. ‘Amr al-Jaṣṣāf dijeron que debe controlar a su escriba, personal y secretarios y supervisar sus asuntos, y pedir cuentas a sus secretarios cada año por los asuntos que lleven y pasen por sus manos); todo ello en prevención de los asuntos de los musulmanes y salvaguarda de sus derechos, para que no se produzcan entre ellos la traición y se empañe la fama del juez, administrador de los musulmanes y garante de sus asuntos. Y todo ello en prevención (y economice en sus retribuciones). En cuanto a la retribución, porque todos ellos están en exclusiva dedicados a los asuntos de los musulmanes, y merecen su retribución del dinero de estos, del tesoro; y economizar, porque un aumento supondría un menoscabo del tesoro y una disminución sería una reducción injustificado para estos trabajadores; por ello se debe el justo medio.

^b (Sobre lo que se dispone con relación a la paga de los funcionarios, jueces y partidores y sobre quién recaen esas rentas)

* (Dije) * ¿Para Ibn al-Qāsim, Mālik consideraba odioso la remuneración de jueces y funcionarios? (Dijo) En cuanto a los funcionarios, opinaba que si trabajaban según derecho, no había inconveniente en que recibieran su salario público; en cuanto a los jueces, no veía ningún problema en ello * (Dije) * Para Ibn al-Qāsim, ¿crees que le es lícito a los partidores del botín tomar su salario? (Dijo) Mālik ha dicho sobre el partididor judicial que no consideraba correcto que recibiera un salario; por lo que al partididor del botín se refiere, considera que no ha de recibir salario por ello. * (Dije) * Por qué Mālik pensaba que era odioso la retribución del partididor y no la de los funcionarios. (Dijo) Porque la retribución del partididor únicamente se toma del dinero de los huérfanos y la de los funcionarios solo de la *bayt al māl*. * (Dije) * ¿Crees que es correcto dar un salario de la *bayt al-māl* al partididor? (Dijo) No hay inconveniente en ello. (Mālik dijo) También otras cosas de los asuntos de la gente que se delegan en el sultán este tiene que retribuir las con cargo a la *bayt al-māl* de los musulmanes...

^c Los que al-Ānān nos ha trasmitido sobre el nieto de Ibn Ruṣḍ (Averroes) sobre si es lícito remunerar a los ulemas de los fondos de la *zakāt* (limosna legal), aunque fueran ricos. Más de uno de nuestros alfaquíes se opuso. Nuestro jeque, al-Tāwḍī sobre lo que el texto que se ha trasmitido:

Nuestro ṣayy, el ulema nuestro señor al-Ḥasan al-Yūsī dijo sobre las palabras de al-Ānān lo que sigue: lo que se ha mencionado sobre el pago a cargo de la *zakāt* a los ulemas, aunque fueran ricos, en el libro del nieto no es la opinión de nuestra escuela. No es válido dar una fetua basándose en esto. El destino de la *zakāt* es las ocho clases y su aleya rige por unanimidad de los ulemas. Los jueces y demás son pagados por la *bayt al-māl* y no tienen necesidad de la *zakāt*. Si no hubiera en la *bayt al-māl* o esta estuviera excusada, se daría de aquella a quien lo necesitara.

وكتب شيخ شيوخنا العلامة القدوة سيد الحسن اليوسي على كلام الجنان ما نصه: ما ذكره من دفع الزكاة للعلماء ولو كانوا أغنياء على ما وقع في كتاب الحفيد، وليس هو المذهب، ولا تجوز الفتوى به، فإن مصرف الزكاة هن الأصناف الثمانية، وآيتها محكمة بإجماع العلماء، والقضاة ونحوهم يعطون من بيت المال ولا حاجة لهم إلى الزكاة. فإن لم يكن بيت المال أو تعذر، فمن إحتياج منهم أعطي منها...¹⁶³⁵

El filósofo cordobés, Ibn Rušd, es conocido entre los juristas de la escuela de Mālik b. Anas como el nieto, pues su abuelo era el jurista más reputado. Nuestro Averroes estimaba como lícito que de la limosna legal, *zakāt*, se retribuyera a los ulemas y jueces. No obstante, en la escuela no están de acuerdo, pues existe un consenso sobre la aplicación de la aleya coránica que determina quiénes son los beneficiarios de la *zakāt*. Tan solo ante la insuficiencia de fondos en el tesoro se ha de acudir a al patrimonio de la limosna legal. Esta polémica, nos pone sobre la pista de que la *zakāt* no tiene la naturaleza de ingreso del tesoro, nunca es un derecho del mismo. Por contra, los jueces sí son titulares del derecho a retribución traducido en la correlativa obligación de la *bayt al-māl* al pago de la misma.

^a(وما حكم به الحاكم فأخطأ فهو على وجهين أما كان ذلك في حقوق الله عز وجل وإما أن كان في حقوق العباد فالوجه الأول) نحو حد الزنا والشرب والسرقة (إذا حكم به القاضي ثم ظهر أن الشهود عبيد أو كفار فهذا خطأ ولا ضمان على القاضي في شيء مما فعل بالمقضي عليه وضمن ذلك في بيت المال) دية المرحوم وأرش السياط وبدل اليد ونحو ذلك لأن القضاء وقع لكافة المسلمين لأن نفع القضاء بالحدود عائد عليهم والقاضي نائب عنهم فإذا كان مخطئاً تعذر إيجاب الضمان عليه لأنه لا جنابة منه فيجب الضمان على من وقع القضاء له وهم كافة المسلمين وما لهم ما وضع في بيت المال (والوجه الثاني ما كان من حقوق العباد فهو على وجهين ما كان قائماً يمكن رده كالدائر القائمة والدابة والعبد وغير ذلك نحو إن حكم بطلاق امرأة وجل أو عتق أمته أو عبده فإنه يردده ذلك إلى المحكوم عليه) لأنه تبين له أنه إنتزع من يديه بغير حق (والوجه الثاني) من القسمة الثانية (ما كان مستهلكاً لا يمكن رده عينه أو كان قصاصاً فاستوفى فالضمان فيه على المقضي له) قيمة الدم في القصاص وقيمة العبد المستهلك وغيره مما وقع القضاء به لأن عمل القاضي وقع له وقد تبين خطأ القاضي فيه ولا يمكن لغريم القاضي فيغرم من وقع القضاء له¹⁶³⁶.

El derecho supone un sistema más o menos estructurado y coherente en el que los distintos preceptos, principios e interpretaciones son aplicadas a más de una materia de la sociedad. Así, como en las líneas precedentes, la regulación de la responsabilidad por las actuaciones del juez nos informa de su rol como autoridad sobre la *umma* y su representación de esta o de su gobernante, según los distintos dictámenes de los ulemas, así como de la consideración de Dios como titular de derechos, pero igualmente sobre las obligaciones del tesoro, como sujeto pasivo de la deuda dimanante de sus errores. Al-Jaṣṣāf establece que, si la actuación del *qāḍī* tiene lugar sobre unos asuntos tenidos como derechos de Dios (por ejemplo, los delitos cuya pena está establecida en *El Corán*, como el adulterio, el robo y el consumo de bebidas alcohólicas), la posible indemnización que se derive de la equivocación sería asumida por la *bayt al-māl*, en el sentido que actúa en favor de todos los musulmanes; un remedio análogo a la responsabilidad aquiliana del imán. Si los intereses tratados en el juicio fueran particulares, esa deuda recaería sobre quien hubiera sido beneficiado por el fallo erróneo. Igualmente interesante resulta la concepción de que los beneficiarios últimos de los derechos de la divinidad (hemos comprobado con anterioridad su

a (¿Cuál sería el fallo que cabría cuando el juez se equivoca? Se darían dos posibilidades: cuando se trate de derechos de Dios todopoderoso o derechos de sus siervos. En la primera contingencia), como la pena de adulterio, por beber alcohol o robo (si el juez fallara aplicándola y se hiciera patente que los testigos eran esclavos o infieles, sería un error del que no respondería el juez en nada de lo que realizó contra el condenado y la indemnización se satisfaría del tesoro) el precio de sangre o por la mutilación de los latigazos o por la mano cortada o similar; porque la sentencia recayó en favor de la totalidad de los musulmanes, ya que versa sobre los castigos establecidos en El Libro; les es provechoso: el juez es su representante. Así que el error está justificado y no debe indemnización, porque no tiene culpa y es en cuyo favor se realiza, la totalidad de los musulmanes, quien ha de responder y lo que tienen está en el tesoro. (Y la segunda contingencia, los derechos de los fieles, también se divide en dos. Primero, aquello que se mantiene y se puede devolver como la casa, la montura, el esclavo o similar, si fallara el repudio de la mujer, la manumisión de la madre o de un esclavo, se restituiría al condenado) porque ha quedado demostrado que se le arrebató injustamente. (Segundo) de la segunda contingencia (aquello que se consume y no es posible restituir en sí mismo, o es por talión y se extingue, el vencedor del juicio respondería) la cuantía de la sangre en el talión o el valor del esclavo consumido y demás sobre lo que versó el veredicto, porque la acción del juez le benefició, y ha quedado demostrado el error del juez; es imposible demandar al juez, por eso se demanda a aquel en cuyo favor se dictó.

personificación jurídica) sean todos los musulmanes, cuyos bienes están depositados en *la casa del dinero*; la propiedad final de los mismos recae en todos y cada uno de los creyentes.

^a(وقوله وحينئذ) أي وحين إذا وزع الإمام القاسم من بيت المال حرم عليه الأخذ ممن يقسم لهم سواء أ كانوا أيتاماً أو لا وكذلك إذا جعل له الإمام أو القاضي في كل تركة أو في كل شركة كذا إذا قسم وقسم بالفعل أو لم يقسم فإنه ممنوع بلا خلاف وأما إذا جعل له الإمام أو القاضي في كل تركة أو في كل شركة كذا إذا قسم وقسم بالفعل فأخذه مكروه كانوا أيتاماً أم لا وأما الشركاء إذا تراضوا على من يقسم لهم بأجر معلوم فذلك جائز بلا خلاف هذا محصل ما في المدونة والتوضيح وإين عرفة عن عياض...¹⁶³⁷

En la escuela *mālīkī*, el perito encargado de las particiones sucesorias o por simples comunidades de bienes puede recibir su retribución a expensas del tesoro público.

^bالمتجر.

عبارة عما يبتاع للديوان من بضائع هؤلاء التجار الواردين مما تدعو إليه الحاجة، وتقتضيه في طلب الفائدة المصلحة؛ وإن زاد الثمن للمبتاع من التاجر شيئاً عما يجب عليه من الخمس، أعطي به شيئاً من حق التالثي، وذهباً بحق التالث [...] دار العيار.

هذه الدار يحتاط فيها للرعية في موازينهم وسنجهم ومكاييلهم؛ وعادة الديوان أن ينفق فيها ما يحتاج إليه ثمن الأصناف كالنحاس والحديد والخشب [...] النظرون.

هذا النظرون يوجد في معدنين بالديار المصرية: أحدهما في البر الغربي بها بظاهر ناحية يقال لها الطرانة [...] والنفقة على كل قنطار منه درهمان؛ ومبلغ ثمن القنطار لضيق الحاجة إليه بمصر والإسكندرية سبعين درهم؛ والعادة المستقرة فيه الآن أنه متى أنفق الديوان في العربان أجرة حمولة عشرة آلاف قنطار، كان مبلغ المحمول خمسة عشر ألف قنطار [...] السور المبارك والقلعة المحروسة

a (Y su expresión, entonces) es decir, si el imán abona los emolumentos del partidor a cargo de la *bayt al-māl*, a este se le prohíbe coger nada de los que en su favor reparte, tanto si fueran huérfanos o no. Asimismo, si el imán o el juez estableciera una remuneración en cada herencia o comunidad de bienes, tanto si hiciera la partición como si no, no podría pedirles nada a los comuneros. Si recibiera remuneración y efectuara la partición realmente, si tomara de los beneficiarios, sería odioso, tanto si fueran huérfanos como si no. Mas, si los comuneros llegaran a un acuerdo para retribuirle por efectuar la partición, sería válido sin que exista discrepancia. Es la conclusión que se extrae de la *Mudawwana* y al-Tawḍīḥ y en Ibn 'Arafa sobre 'Iyyād...

b *Al-Mat'yar*:

Es una expresión sobre lo que se compra para el *dīwān* de las mercancías que se necesiten de estos comerciantes que arriben; se exigen por la demanda de los intereses y utilidades. Si el precio de compra al comerciante es superior a lo que este debe del quinto, se le da algo del derecho de los dos tercios, y oro por el derecho del tercio [...]

Casa de las medidas.

Esta casa cuida de los súbditos en lo relativo a los pesos, patrones y medidas. La costumbre es que el *dīwān* invierta lo que necesite de los precios de las materias, como el bronce, hierro y madera [...]

El natrón.

Este nitro se encuentra en las minas de las tierras egipcias: unas en la parte occidental, en una zona que se llama al-Ṭrāna [...] Y los gastos de cada *qinṭār* es de dos *dirhams*; el montante del precio del *qinṭār* por la necesidad imperiosa en Egipto y Alejandría alcanza los setenta *dirhams*. La costumbre estable en la actualidad es que el *dīwān* cuando gasta en su transporte alcanza la renta diez mil *qinṭār*, La cantidad transportada es de quince mil *qinṭār*.

Las murallas y las fortalezas vigiladas.

Se determina a cada granja y concesión lo que le corresponde; el funcionario del *dīwān* exige lo que se necesite del mercado como madera, hierro y demás [...]

Los derechos de los diques.

Cuando el país necesita levantar diques para controlar el flujo del agua o su avenida [...] pasan los días, los agricultores están obligados como parte del *jarāy*, entre ellos según lo que hayan plantado. Los diques que incumben al *dīwān* y para los que tiene autoridad el *dīwān* para extraer fondos y administrarlos son tres: el occidental, la isla de *Qūsīna* y el oriental. En los distintos a estos, los beneficiarios de las concesiones y los agricultores asumen sus gastos, nos ha precedido algunas palabras sobre los diques del sultán y de las localidades en lo que antecede de este libro [...]

La acacia.

El fruto de ese árbol. Nadie puede disponer de ellos salvo los funcionarios del *dīwān*, cuando se encuentra alguno que no se haya comprado, se destruye. No tiene un precio fijo, el *ardab* molido equivale a entre setenta y trescientos dinares, según el criterio del funcionario y su buen entender, a veces es más y otras menos [...]

Caja de las gastos.

Se llevan a ella de la *bayt al-māl* habitual para gastar en las cocinas y lo que está relacionado con ellas.

Los almacenes de alimentos.

A estos almacenes se trasladan las cosechas del sultán de Manfalūt, el *waqf* del ejército. Se gasta en ellos lo que necesiten.

عُين له من الرباع والإقطار ما يصرف في نفقاته؛ ويستدعي مستخدموه ما يحتاج إليه رسمه من المتجر من خشب وحديد وغير ذلك مما يأتي في موضعه.

مقرر الجسور.

لما كانت البلاد تحتاج إلى إقامة جسور عليها لتحصيل المنفعة بسوق الماء إليها أو صرفه عنها [...] ومضت الأيام على ذلك حتى صار لازماً للفلاحين كأنه من بعض الخراج، ويجري فيما بينهم بنسبة ما يزرعه كل منهم. والجسور التي يعنى الديوان ويتولى استخراج مالها والنظر في حالها ثلاثة أعمال وهي: الغربية، جزيرة قوسينا، الشرقية؛ وما عدا ذلك يتولاه المقطعون والمزارعون، وقد تقدم الكلام على الفرق بين الجسور البلدية والسلطانية فيما سلف من الكتاب [...]

القرط

وهو ثمرة السنط المذكور، وليس لأحد من الناس أن يتصرف فيه سوى مستخدمي الديوان، ومتى وجدوا شيئاً منه لم يكن إشتري منهم إستهلكوه. وليس له سعر مستقر، بل تساوي المائة أردب المطحون سبعين ديناراً إلى ثلاثمائة دينار على إجتهد المستخدم وأمانته وحسن تصرفه وهو يكثر في وقت ويقل في وقت [...] صندوق النفقات.

يحمل إليه من بيت المال المعمور ما ينصرف في نفقات المطابخ السعيدة وما يتعلق بها.

الأهراء المباركة.

مخازن يحمل إليها ما يرد من الغلات السلطانية من منفلوط والحبس الجبوشي، وينفق منها ما يوقع به عليها¹⁶³⁸.

Al-Mamātī enumera una serie de obligaciones cuyo pago corre a cargo del *dīwān*; hemos extraído aquellos que nos resultan más ejemplificativas. En su libro sobre las leyes de esta sección de la administración del sultán asigna estos compromisos al registro y no a la *bayt al-māl*. En el apartado que dedicamos a este órgano en el capítulo anterior anunciábamos esta dificultad de técnica jurídica a la que daremos una respuesta en este apartado. Esta titularidad, por así llamarla, resulta más patente, porque, al referirse a la caja de los gastos, esta toma los fondos de la casa del dinero habitual, expresión que sugiere el lugar donde se deposita el dinero, más que un ente con personalidad jurídica. También es digno de mención en estas páginas de su tratado subrayar cómo algunas inversiones tienen carácter privado y han de ser sufragadas por los campesinos o los titulares de concesiones de tierras; el caso de las fortalezas o los diques locales.

توت^a.

في سابع عشرة تفتح التراع، ويُدرك الرطب يكثر السفرجل والعنب، وتبدو فيه المحمضات. وهو بالسرياني أيلول، [...] وفي السابع عشر منه عيد الصليب؛ [...] وفيه تسجل لأراضي، وتصرف النقاوى، وترفع السجلات. وهو بالسرياني تشرين الأول [...] وفي الثامن منه طلوع الشمس بالشمال؛ وهو نهاية النيل المبارك؛ وعند خروج الماء عنها [...] وتزرع الغلة بديراً في النصف منه، والمتأخر بعد ذلك أولاً فأول، زراعة السلجم في الأراضي الشريب، وفيه يبتيدي حصاد الأرز [...] وفيه يجب كتب المكاتبات بالتماس خراج الراتب من الأعمال القوصية وحمله إلى بيت المال المعروف¹⁶³⁹.

Este mismo alfaquí dedica una parte de su obra a describir las labores agrícolas en los diferentes meses. En concreto, estas líneas van dedicadas a un mes que equivaldría entre mediados de septiembre y octubre. En esas fechas se han de expedir los documentos para reclamar el impuesto, *jarāy*, vencido en la zona al-Qawṣiyya, para su ingreso en el tesoro habitual. El órgano administrativo ha de realizar las gestiones necesarias al objeto de requerir el pago de los tributos y su ingreso en la *bayt al-māl*. El adjetivo que califica a esta casa del dinero es *ma'arūf*, cuya traducción es conocido, habitual o, incluso, voluntario, quizás el calificativo denote la existencia de varias o apunte a una acepción en el sentido de almacén. No obstante, nada obsta su consideración como ingreso de las arcas públicas.

a Tūt.

El día diecisiete se abren las corrientes, viene la maduración y se multiplica el membrillo y la uva de invierno; aparece el fruto de los cítricos.

En siríaco es el mes de *aylūl* (septiembre) [...] El día diecisiete es la fiesta de la Cruz; [...] en él se registran las tierras, se realizan las subastas y se levantan los registros.

En siríaco es el mes de *tašrīn al-awal* (octubre) [...] el dieciocho sale el sol por el norte. Es el final del bendito Nilo, apartándose las aguas, [...] se siembra la cosecha temprana en la mitad y la tardía después, siembra de la colza en las tierras de riego y en él comienza la cosecha del arroz [...] También se han de escribir las copias para exigir el vencimiento por los trabajos en al-Qawṣiyya y llevarlos a la *bayt al-māl* habitual.

a) (قال وكذلك إن مات رجل ولم يوص إلى أحد ولم يحلف وارثاً وأدعى عليه قوم مالأً وحقوقاً، فإن القاضي يجعل له وصياً ثم يدعوهم ببياناتهم على ما يدعون بمحضر من هذا الوصي)، لأن الميت لما لم يترك وارثاً كان ماله لبيت المال [فيكون] للمسلمين، فكان للقاضي أن ينصب قيماً حتى يسمع خصومة المدعين في حق المسلمين..¹⁶⁴⁰

Para la mayoría de los juristas islámicos, la *Šarī'a*, en condición de heredero o no, prescribe que los bienes de la persona fallecida careciendo de herederos se ingresen en el tesoro público. Esta es la causa por la que al juez, en este supuesto, cuando algún acreedor reclamara contra la herencia, ha de erigir un defensor de los derechos de la *bayt al-māl*: todos los creyentes.

b) القاعدة السادسة بعد المائة: ينزل المجهول منزلة المعدم وإن كان الأصل بقاءه إذا يشق من الوقوف أو شق الإعتبار. [...] منها: مال من لا علم له وارث فإنه يوضع في بيت المال كألضائع مع أنه لا يخلو من بني عم أعلى، إذ الناس كلهم بنو آدم، فمن كان أسبق إلى الاجتماع مع الميت في أب من أبياته فهي عصبته ولكنه مجهول فلم يثبت له حكم وجاز صرف ماله في المصالح، وكذلك لو كان له مولى معتق لورثته في هذه الحالة ولم يلتفت إلى هذا المجهول. ولنا رواية أخرى أنه ينتقل إلى بيت المال إرثاً لهذا المعنى فإن أريد أن إشتباه الوارث بغيره يوجب الحكم بالإرث للكل فهو مخالف لقواعد المذهب، وإن أريد أنه إرث في الباطن لمعين فيحفظ ميراثه في بيت المال ثم يصرف في المصالح للجهل بمستحقه عيناً، فهو والأول بمعنى واحد، وينبغي على ذلك مسألة إقتصاص الإمام ممن قتل من لا وارث له، وفي المسألة وجهان: منها من بناها على أن بيت المال هل هو وارث أم لا؟ ومنهم من قال: لا ينبغي على ذلك، ثم لهم طريقاً: أحدهما: أنه لا يقتصر ولو قلنا بأنه وارث؛ لأن في المسلمين الصبي والمجنون والغائب وهي طريقة أبي خطاب. والثاني: يجوز الإقتصاص. وإن قلنا: ليس بوارث؛ لأن ولاية الإمام ونظره في المصالح قائم مقام الوارث وهو مأخذ ابن الزاغوني¹⁶⁴¹.

El autor de la obra *Las reglas del fiqh* plantea en esta norma ciento seis, entre otras materias, el supuesto de la persona que muere y se desconoce su heredero. En principio, la regla general establece que el desconocido ocupa la posición del inexistente. En aplicación de la misma, si se ignorara la existencia de herederos, los bienes, al igual que la herencia de quien muere careciendo de los mismos, se destinaría a la *bayt al-māl*. Más que la situación práctica, en lo que a nuestro interés se refiere, adquiera una gran trascendencia el fundamento jurídico. El alfaquí expone dos teorías, una en la que el tesoro público actuaría como un depósito de los bienes mientras se destinan a inversiones en intereses generales. Otra corriente, minoritaria y contraria a los principios de los seguidores de Ibn Ḥanbal, asigna a la *bayt al-māl* la condición de heredero. Si jurídicamente el tesoro es un lugar donde se custodian los bienes, en ningún caso se puede predicar su calificación como persona jurídica; la institución de heredero lo convierte en centro de imputación de derechos de manera indubitada.

a (Dijo: y también si un hombre muriera sin nombrar albacea y sin dejar heredero reclamándole algunos bienes o derechos, el juez tendría que nombrar un albacea; después, solicitar a los reclamantes que presenten sus pruebas en presencia de este albacea), porque el muerto, al no dejar heredero, su bienes son de la *bayt al-māl*. Así que serían de los musulmanes; de esta manera, el juez debería nombrar un perito para que escuchara la reclamación de los demandantes contra el derecho de los musulmanes.

b Regla ciento seis: el desconocido ocupa la posición del inexistente, aunque la norma sería que permaneciera si se perdiera la esperanza de dar con él o fuera gravoso considerarlo.

[...] Entre ellos: los bienes de quien no se conoce heredero, estos se depositarían en la *bayt al-māl*, como los bienes perdidos, a pesar de que no carece de algún ascendiente, pues cualquier persona es descendiente de Adán. Así, cualquier grupo que compartieran un ascendiente común sería su *‘aṣaba* (parientes agnados); sin embargo, son desconocidos, así que no puede aplicarse su régimen jurídico, por lo que sería válido emplearlos en intereses generales. Asimismo, si tuviera un esclavo manumitido, lo heredaría, sin que hiciera falta mirar hacia el desconocido. Tenemos en la escuela otra corriente que opina que se trasmite a la *bayt al-māl*, en concepto de herencia. En este sentido, si quisiera asimilar al heredero con otro, se aplicaría el régimen de la herencia a todos, contraviniendo las normas de la escuela. Si quisiera que fuera una herencia implícita en favor de una persona determinada, se custodiaría en la *bayt al-māl*, y después se destinaría a intereses generales por desconocerse su titular. Esto y lo primero tienen el mismo significado. Sobre esto se fundamenta la cuestión de tomar el talión por parte del imán de quien es asesinado sin heredero. Esta materia tiene dos aspectos. El primero el de quienes lo fundamentan en saber si los bienes son herederos o no. Y entre ellos quienes no lo fundamentan en esa pregunta. Estos tienen dos argumentaciones. Una de ellas; que no tomaría el talión, aunque dijéramos que es heredero, porque entre los musulmanes hay menores, locos, ausentes; es la opinión de Abū Jaṭṭāb. La segunda: es válida la petición del talión; si dijéramos que no es heredero, porque la autoridad del imán y su competencia sobre los intereses generales están erigidas en el lugar del heredero; es la opinión de Ibn al-Zāgūnī.

^aوسئل إمام المغرب سيدي عبد القادر الفاسي عن إتقراض وصار ماله لبيت مال المسلمين، هل لمسدد القضاء بين المسلمين أخذ كفايته منه لفاقته والحاجة إليه، لتعذر بيت المال عل ما تم تروونه في زماننا هذا؟ أم من قبض شيئاً صرفه في منافعه، سيما بلدتنا المذكورة، أو يخلى ويجعل له خراج على القبيلة، أو يشغل بكد عرقه، إلا أنه تتعطل منافع المسلمين؟ فأجاب: وأما الممسألة الوارث التي مرجعها لبيت المال فحكمها حكمه، وذلك مما هو معدود لمصالح المسلمين، فمن فيه منفعة للمسلمين فلا بأس له بالأخذ منه إذا كانت المنفعة محققة والوظيفة الذي قام به أمر شرعي له إعتبار في الشريعة، أما إذا كان قائماً بحظ نفساني والحامل عليه التراس على الناس والتسلط عليهم بمصادرتهم على أموالهم وأخذ ما بأيديهم فلا حل له ذلك¹⁶⁴².

El jurisconsulto *mālikī*, 'Abd-l-Qādir al-Fāsī, quien vivió en Fez a partir de principios del siglo XVI de nuestra era y emitió una ingente cantidad de fetuas sobre diversas materias¹⁶⁴³, fue consultado sobre cómo se ha de destinar los bienes de aquellos que fallecen sin herederos; en concreto, se le cuestiona sobre si con esos bienes es lícito abonar la retribución de los jueces o cualquier otro interés público de los musulmanes. Su dictamen insiste en que estas herencias vacantes están regidas por el mismo régimen jurídico que los bienes propios de la *bayt al-māl* de los musulmanes; esta fetua implica que si la autoridad que dictamina ese gasto es legítima y así también el interés que se pretende satisfacer, ese desembolso sería válido. Sin explicitar que el tesoro público tenga la consideración de heredero del causante cuyo linaje ha quedado extinto, sí afirma que los bienes se confunden con los de la *bayt al-māl* y quedan regidos por las mismas normas.

^bالفرع الثالث. حقوق الموصي له. ((مدى حرية المالك في التصرف في ماله تصرفاً مضافاً إلى بعد وفاته))

ب- وأما إذا لم يكن له وارث فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين.
الأول: ذهب الشافعية والمالكية والظاهرية وفريق من الإمامية إلى أن الوصية تنفذ في حدود الثلث، وتبطل فيما عداه. وإستبدلوا بأن ماله عند عدم الوارث يكون للمسلمين، ولا تتحقق الإجازة منهم.
الثاني: وذهب الحنفية والحنبلية والزيدية وفريق آخر من الإمامية إلى أن الوصية تنفذ كلها، ولا يبطل منها شيء وإستبدلوا بأن المنع في أكثر من الثلث كان لحق الورثة: فإذا عدموا زال المنع. وهذا الذي يفهم من قول الرسول الكريم، ص، لسعد. ((إنك أن تذر ورتنك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس))؛ فالعلة هي إغناء الورثة، فإذا لم يكن هناك وارث فقد ارتفعت العلة، فله أن يوصي بجميع ماله مادام أنه لا حق لأحد فيه.

a Nuestro señor 'Abd-l-Qādir al-Fāsī fue preguntado sobre quien muere extinguiéndose su linaje y sus bienes se envían a la *bayt al-māl* de los musulmanes, ¿se emplea en los gastos judiciales entre los musulmanes para que tomen sus emolumentos por su pobreza y necesidad, pues la *bayt al-māl* se encuentra en un estado que se excusa en nuestro tiempo de atenderlos? Pues quien lo tomara lo gastaría en sus intereses, en especial en los de nuestra ciudad, o en la tribu, o según su estudio, o, por el contrario ¿se conculcarían los intereses de los musulmanes?

Contestó: En cuanto a la cuestión de las herencias cuyo destino es la *bayt al-māl*, el régimen jurídico de aquellas es la de esta; está destinada a los intereses de los musulmanes. De esta manera, la persona que estuviera en interés para los musulmanes, no sería contra derecho que tomara de ellas, si el interés fuera cierto y la persona que lo hiciera estuviera facultado por la *Šarī'a*. Pero, si lo hiciera por un interés propio y fuera un persona tirana que desea confiscar sus bienes y arrebatar lo que tienen en sus manos, no le sería lícito.

b Tercer apartado. Los derechos de los legatarios. "Alcance de la libertad del propietario para disponer de su propiedad después de su muerte".

B- En cuanto al supuesto de que no tuviera heredero, los *fuqahā'* discrepan dividiéndose en dos opiniones.

Primera, la escuela *šāfi'ī*, la *mālikī*, la *zāhiriyya* y y parte de la *imāmiyya* opinan que el legado se ha de ejecutar en el límite del tercio, y anularse en lo que sobrepase. Argumentan que los bienes de los que no tienen heredero son de los musulmanes y no cabe en ellos el permiso (que corresponde a los herederos).

Segundo: la escuela *ḥanafī*, la *ḥanbalī*, la *zaydiyya* y parte de la *imāmiyya* opinan que el legado se ejecuta íntegro, y no se anula ninguna parte de él. Argumentan que el límite del tercio se establece como derecho de los herederos: si no existen, desaparece. Es lo que se entiende del dicho del profeta a Sa'ad: "que tengas descendencia de herederos ricos a que sean pobres y la gente llore por ellos". El fundamento es enriquecer a los herederos; si no existiera ninguno, ese argumento quedaría levantado, así que podría disponer por legado de todos sus bienes mientras no existe derecho de nadie sobre ellos.

Si el imán puede ponerlos donde quiera, tras su ingreso en la *bayt al-māl*, ante la ausencia de heredero, pues su legítimos dueño con más razón.

[...] La realidad es que la primera opinión es merecedora de ser tomada en consideración, al haberse reproducido en todas las codificaciones de la *Šarī'a*; porque transmite lo que resta de los bienes después del legado, en el límite del tercio, ante la ausencia de herederos a la *bayt al-māl* de los musulmanes, para invertirlos en su interés, y eso demuestra el alcance de la función social de la propiedad para los *fuqahā'* islámicos.

En *al-Išrāf 'alā masā'il* de 'Abd-l-Wahhāb *al-mālikī*: "si no tuviera heredero determinado, no podría legar más que un tercio; lo que lo sobrepase sería para la *bayt al māl* en calidad de herencia". La escuela *mālikī* establece eso siempre que los musulmanes tengan *bayt al māl*, en caso contrario, el legado sería válido.

فإذا كان للإمام أن يضعه حيث يشاء، بعد دخوله إلي بيت المال عند عدم الوارث؛ فإن لصاحبه ذلك من باب الأولى. [...] والواقع إن الرأي الأول جدير بأن يفكر بالأخذ به، عندما يصرار إلى إستمداد جميع تقنيناتنا من الشريعة الإسلامية، لأنه ينقل ما يبقى من المال بعد الوصية في حدود الثلث عند عدم الوارث إلى بيت مال المسلمين ليصرف في مصالحهم، وهو يدل إلى أي مدى تبرز الوظيفة الإجتماعية للملكية عند فقهاء الشريعة.

جاء في الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي. (إذا لم يكن له وارث معين فم يكن له أن يوصي إلا بالثلث، فإن زاد كان ما زاد لبيت المال ميراثاً). وقد نص المالكية على ذلك إذا كان للمسلمين بت المال، وإلا صحت الوصية¹⁶⁴⁴.

La tesis sobre el derecho de propiedad en la *Šarī'a* del doctorando de al-Azhar, a la que venimos acudiendo con cierta asiduidad, nos plantea el problema de la capacidad de todo propietario para disponer de sus bienes *mortis causa*, en concreto, mediante legado, en el caso de ausencia de herederos (forzosos según la concepción islámica). La regla general, con la presencia de sucesores, es quien dispone el legado no puede dejar más de un tercio de sus bienes, salvo que aquellos lo autorizaran. En el supuesto de que no existiera ninguno, los ulemas ofrecen dos soluciones. La escuela *šāfi'ī* y la *mālikī*, entre otras, estiman que al ser los bienes propiedad de los musulmanes, el legado sería válido, pero manteniendo el límite de la tercera parte. Por su parte, la *ḥanafī* y la *ḥanbalī*, principalmente, abogan por la plena libertad de disponer de los bienes por legado sin estar constreñido por ninguna cuota, ya que el margen del tercio se califica como derecho de los herederos, el cual desaparecería por ausencia de su titular; asimismo, argumenta que, dado que el imán podría disponer de los bienes libremente, con más razón su propietario original. El autor de la tesis defiende la primera opción: validez del legado en un tercio y el resto pasaría a formar parte de la *bayt al-māl*. En ambas corrientes, el patrimonio que no formara parte del legado se etiquetaría como ingreso del tesoro público. Sin embargo, la opinión del alfaquí *mālikī* 'Abd-l-Wahhāb, juez nacido a finales del siglo X en Bagdad, aunque desarrolló su actividad en Egipto donde murió¹⁶⁴⁵, reviste una especial transcendencia para nuestra investigación, pues califica al patrimonio ingresado en la *casa del dinero* como herencia, otorgando a esta el estatus de heredero.

^a حق الدولة أو بيت المال عند فقد الوارث.

532- إتفق العلماء على أن التركة إذا لم يكن للميت وارث تكون لبيت المال.

وإختلفوا في أساس إستحقاق بيت المال للتركة في هذه الحال.

أفذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إنما يأخذ التركة على أساس أنها مال ضائع. وإستدلوا ذلك بأن بيت المال يستحق تركة الذمي أيضاً إذا لم يكن له وارث؛ ولو كان بيت المال وارثاً لم يجز أخذ تركة الذمي؛ وذلك لفقد شرط من شروط الميراث وهو إتحاد الدين؛ وذلك أن مال بيت المال هو لجماعة المسلمين.

ب- وذهب بعض الشافعية وكثير من المالكية إلى أن بيت المال يعتبر وارثاً لتركة من يموت عن غير وارث. وإستدلوا على ذلك بأن بيت المال يعقل جنانية من لا عاقلة له، فكذلك يرث من لا وارث له؛ فالغرم بالغنم.

وإستدلوا أيضاً بما أخرجه أبو داود و [...] بألفاظ متقاربة عن المقدم بن [...] عن الرسول، ص، أنه قال: ((من ترك مالاً فلورثه، وأنا وارث من لا وارث له أعقل له وأرثه)). والرسول، ص، يقول ذلك بصفته الإمام الأعظم؛ فيكون المراد بيت المال.

والواقع أن الإختلاف نظري لا يظهر له كبير أثر في الواقع العملي. ومع ذلك الرأي الثاني أقوى دليلاً، كما هو واضح من نص الحديث¹⁶⁴⁶.

a Derecho del estado o el tesoro ante la ausencia de heredero.

532- Los juristas están de acuerdo en que la herencia, si el muerto no tuviera herederos, sería para el tesoro.

Y discrepan sobre el fundamento del derecho del tesoro sobre la herencia en este caso [...]

A.- La mayoría de los alfaquíes opinan que se apropia de la herencia sobre la base de que sería un bien abandonado. Argumentan que el tesoro también tiene derecho sobre los bienes de los *ḍimmīes*, si no tuvieran heredero. Si el tesoro fuera heredero, no podría tomar la herencia del *ḍimmī*; eso por la ausencia de un requisito de la sucesión: la unidad de religión, pues los bienes del tesoro son de todos los musulmanes.

B.- Algunos *šāfi'īes* y muchos *mālikīes* opinan que el tesoro es considerado heredero de la herencia de quien muere sin ellos. Argumentan que el tesoro asume la responsabilidad familiar de quien comete un delito sin tener familiares responsables. De la misma manera, hereda de quien no tiene herederos, así la indemnización recae en quien se beneficia.

Y argumentan también con lo que extrajo Abū Dāwūd [...] en un tenor cercano al de Miqdām b. [...] sobre el enviado de Dios que dijo: "quien dejara un bien, que se trasmite por herencia, pues yo soy el heredero de quien no tiene heredero y el responsable de sus indemnizaciones y lo heredo". Y el enviado de Dios dice esto en su calidad de imán supremo; pues su intención es decir *bayt al-māl*.

En realidad, la diferencia es más teórica sin mucha aplicación práctica. Aun así, la segunda opinión está más fundamentada, como deja claro el texto del hadiz.

Dado el valor de lo que se plantea en este epígrafe de la tesis sobre la propiedad en el derecho islámico, es necesario traerla a colación una vez más (después de transcribirlo en su totalidad o en parte en los capítulos tercero y quinto). La escuela de Medina y los *šāfi'īs*, conceden la condición de heredero al tesoro público (*bayt al-māl*) en caso de ausencia de los establecidos legalmente; el resto de las escuelas también asigna esos bienes al mismo, pero a título de *res nullius*. A lo largo de la tesis, como apuntábamos en el capítulo anterior, la utilización de la expresión *casa del dinero* (*bayt al-māl*) y la de conjunto de musulmanes, si bien cercanas semánticamente, suelen llevar aparejados ciertos matices: los usos comunes sobre bienes o conjunto de propiedades más o menos difusos serían del conjunto de musulmanes. Por contra, al referirse a actos jurídicos específicos (heredar, poner en explotación bienes públicos, etc.), se acude a la *bayt al-māl*. Al considerar al tesoro público como heredero, los juristas de estas escuelas, de modo consciente o no, lo están personificando explícitamente; la otra opción, de manera menos directa, pero también asigna la titularidad de la *res nullius* a la *casa del dinero de los musulmanes*.

^aالفصل الثالث. في أن الخدمة ليس من المعاش الطبيعي.

أعلم أن السلطان لا بد له من إتخاذ الخدمة في سائر أبواب الإمارة والملك الذي هو بسبيله، من الجندي والشرطي والكااتب ويستكفي في كل باب من يعلم غناه فيه، ويتكفل بأرزاق من بيت ماله...¹⁶⁴⁷

En su marco conceptual, los servidores públicos del sultán no son un elemento que la vida natural exija; no obstante, Ibn Jaldūn considera que el gobernante tiene necesidad de emplear funcionarios especializados cuya remuneración correría a cargo de su *casa del dinero*. Resulta llamativo el uso del adjetivo posesivo que refiere al sultán, cuando en la literatura jurídica más usual la *bayt al-māl* va seguida del sintagma preposicional que indica posesión “*de los musulmanes*”.

^bسؤال عن كنيسة بني فيها مسجد هل تبقى أحباسها للمسجد أم تكون لبيت المال؟

a Capítulo tercero. Sobre que el servicio público no forma parte de la forma de vida natural.

Has de saber que el sultán precisa tomar servidores para cada aspecto del principado y la soberanía, en la que está inmerso: soldados, policías y escribas. Se basta en cada aspecto con quien sepa su labor y se obliga a pagar sus salarios a cargo de su *bayt al-māl*.

b Pregunta sobre una iglesia sobre la que se ha construido una mezquita, ¿los fundaciones a su favor continúan pero en beneficio de la mezquita o pasan al tesoro?

Tu respuesta -Dios esté satisfecho de ti- en los *awqāf* constituidos por los cristianos con pacto en favor de sus iglesias, administrados por sus obispos y cuyos beneficios van para su iglesia y lo que sobra lo dedican a ellos mismos, y permanecen así hasta que el emir los desaloja de sus casas y es entregada a los musulmanes dicha iglesia como mezquita para que recen allí las cinco oraciones y para que se emita el sermón los viernes, y los bienes habices mencionados permanecen como estaban para revestir la mezquita y los imanes emplean el resto, y permanece así durante ocho años sin que se opongá nada hasta que el funcionario del tesoro de los musulmanes pretende incorporarlos al mismo sin que medie ningún decreto del emir, ¿puede incorporarlos al tesoro de los musulmanes sin que lo ordene el emir o no? Acláranoslo -Dios te dé éxito- cuál es el precepto en esta cuestión hasta que se complete el análisis, con claridad meridiana, si Dios quiere.

Respuesta: Los *awqāf* de las comunidades del pacto no son inviolables, si el fundador estuviera vivo y quisiera revertirlo o venderlo no se le impediría, si fueran *awqāf* antiguos en manos de esas comunidades, no se les molestaría. Si el administrador de los musulmanes hubiera visto correcto, en esta cuestión, ante el desalojo de la comunidad del lugar de la iglesia, convertirla en mezquita, pues sería bueno, pues los musulmanes que ocuparan el lugar precisarían de un lugar para realizar sus oraciones y el imán estaría facultado para construirles una, y sería preferible convertir la iglesia en mezquita; los *awqāf* de la misma, ante el desalojo, serían para el tesoro al ser quitadas de las manos de los cristianos, siempre que no existiera algún derecho de propiedad sobre ellos, salvo que el fundador de la iglesia o sus *awqāf* estuviera vivo, que tendría derecho a revertirlos a su patrimonio y venderlos y anular las fundaciones, lo que no se le impediría. En cuanto a los bienes que no tuvieran dueño, si tuvieran ellos algún dominio útil, si se desalojaran, continuarían en propiedad de los musulmanes. Si no tuvieran dueño y no se constata la existencia de pacto, se erigiría la mezquita mediante esos *awqāf*, y de ahí se sufragarían sus gastos de tapices, combustible, imanes, servidumbre y los gastos necesarios para transformarla de una casa de infidelidad a otra en al que se pueda recordar a Dios y aplicar en ella la Ley del islam. Deseamos el éxito, es la opinión de Ibn 'Iyyāḍ.

Muḥammad ha dicho que esta respuesta no la ha transmitido del propio puño y letra del jeque. Y he encontrado también de su propia letra una respuesta a esta cuestión [...] y es que se había planteado desde tiempos de al-Andalus el problema de si se habían firmado pactos respetando sus propiedades a los que se aplicarían las disposiciones de los mismos o se hubieran anexionados sus tierras por la fuerza, y se aplicaría ese régimen o lo que tuvieran en sus manos se

جوابك رضي الله عنك في أحباس حبسها نصارى معاهدون على كنيسة لهم، وكان القسيسون يستغلونها وينفقونها في مصالح كنيستهم، وما فضل منها يأخذونه لأنفسهم، فبقيت كذلك ما شاء الله إلى أن أجلاهم الأمير من ديارهم فرد المسلمون الكنيسة المذكورة مسجداً تصلي فيه الصلوات الخمس ويخطب فيه أيام الجمع فبقيت الأحباس المذكورة على حالها يكسى منها المسجد ويستغل الأئمة الباقي، فبقيت كذلك مدة ثمانين سنة لم تُعرض بشيء من الأشياء، إلى أن قام عامل من عمال بيت المال المسلمين وأراد ضمه لبيت مال المسلمين بغير أن يستظهر بظهير من عند الأمير يضمها، فهل له أن يضمها لبيت مال المسلمين من غير أن يأمره الأمير بضم لبيت المال هل يجوز له ذلك أم لا، بين لنا سوفقك الله وجه الحكم في هذه المسألة إلى أن يستتم النظر فيها بياناً شافياً مأجوراً إن شاء الله.

الجواب. أحباس أهل الذمة لا حرمة لها، فإذا كان محبسها حياً وأراد الرجوع فيها أو بيعها لم يتعرض له، وإن كان هذه الأحباس قديمة وهي بيد أهله الذمة لم يُعرضوا فيها، وإذا كان الناظر للمسلمين قد رأى في مسألتك عند إجلاء أهل الذمة عن الموضع كنيستهم ردها مسجداً فمن أحسن النظر إذ لا بد للمسلمين النازلين مكان أهل الذمة مجلين عنها من مسجد يقيمون فيه صلاتهم وللإمام بناؤه لهم، فأولى إن يجعل ذلك من هذه الكنيسة ويحولها مسجداً، إذ هي وأحباسها عند إجلاء أهلها عنها لبيت المال لإرتفاع أيدي النصارى عنها إذ لا يتعلق لهم تملكهم بوجه إلا أن يكون محبس الكنيسة أو شيء من أحباسها حياً فله الرجوع في ماله وبيعه ونقض حبسه لا يعترض في ذلك وأما لا مالك لها فإنما كانت لهم منفعتها بحكم سكانهم، فإذا أُلجوا عنها بقيت للمسلمين، إذ لا ملاك لها ولم يثبت كونهم صلحيين فيحكم لهم بحكمهم، فإقامة المسجد منها وترك ما يقوم به المسجد وما يحتاج إليه كحصير ووقيد وإمام وخادم وبناء من أحباسها من النظر الشديد ولما فيه من الغيظ للكفار لتصير بيت كفرهم وطاغوتهم بيتاً يذكر فيه الله، ويقام فيه شرع الإسلام، وبالتوفيق، قاله: ابن عياض.

قال محمد: هذا الجواب لم أنقلها من خط الشيخ. ووجدت له أيضاً بخطه جواباً على هذا السؤال [...] وقد كان تقدم مني منذ الأندلس مشكل هل هم صلحيون وصلحهم على ما بأيديهم فيجري أمرهم على ما بأيديهم مجري الصلحيين أم هم عنوة وأرضهم عنوة فيجرون مجري أهل العنوة أم بأيديهم مكتسب لهم وأصل جماجمهم على الصلح والعنوة فتكون أحكامهم في ذلك غير الحكمين إذ لم يحقق من أمرهم ما تبني عليه الفتيا، غير أن الفقهاء أصحاب التاريخ والخبر، ويذكرون أن الأندلس منها عنوة ومنها صلح وأكثر أموال المعاهدين إنما هي فيما ذكر أنه كان عنوة، لكن أقول: هولاء النصارى لما أشكل الأمر فيهم وفيما وجدنا بأيديهم من الأملاك وجب كون ما بأيديهم وفي أملاكهم لهم بحكم وضع اليد وصحة الحوز الذي لم يجيء ما يزيله ولا قامت حجة تبطله، وخرحت الكائنات والأحباس عن هذا الباب لا سيما بإجرائهم عنها ومنعهم من التصرف والمنفعة التي كانت لهم فيها، إذ ليس وضع أيديهم عليها ووضع ملك إلا ما عرف محبسه وتعين فله أو لورثته الرجوع فيه، إذ ليست أحباسهم لازمة إذ لم يُرد بها وجه الله لا حبست له بل لجبت والطاغوت فترجع على ملك محبستها إن طلبها وسائر ما لا يعرف مالكة حكمه حكم مال من انجلى منهم عن ماله ووقف ذلك لبيت المال المسلمين، والإمام ينظر فيه، وكذلك حكم الدبر إن كان محبساً لا مالك لهم إذا كانت من أموالهم وقرامهم قد اشتراها منهم المسلمين [...] وعمرت لزمتهم الجماعات للصلوات، فعلى الإمام إقامة مسجد لهم أو جامع إن [...] ثم للإمام أن يترك الأحباس لهذه المساجد أو يضمها إلى بيت المال ويقيم للمسجد ما يحتاج إليه من غير ذلك...¹⁶⁴⁸

Advertimos en su momento, cuando transcribimos esta fetua en el capítulo tercero de nuestra investigación, más concretamente, analizando la mayor indeterminación en los sujetos de derecho permitida en el *fiqh*, de las numerosas posibilidades que nos ofrece. Aparte de las cuestiones que en su momento señalábamos como de especial interés, ahora cimienta nuestra tesis de la capacidad que el tesoro tiene atribuida por el *fiqh* para ser titular del derecho de propiedad: en este caso, la inclusión por parte del imán en la *bayt al-māl* de las fundaciones cristianas abandonadas provoca que esta adquiera la titularidad del dominio, al menos el directo, aunque el útil sea para todos los musulmanes.

^aالوديعة

lo ganarían y sus cabezas estuvieran con pacto o con conquista y el precepto aplicable no sería ninguno de los dos, pues no se conoce de este asunto nada sobre lo que construir el fallo. Pero los alfaquíes, historiadores y cronistas citan que en al-Andalus hubo conquista y pactos y a la mayoría de los bienes de los no musulmanes se les aplicaba el régimen de la conquista. Pero opino: estos cristianos cuando no se tiene claro su situación en cuanto a las propiedades que encontramos en su poder, debemos presumir que su posesión es legítima mientras no se encuentre una prueba que lo desmienta. Y las iglesias y sus fundaciones salen de este capítulo no sólo por su desalojo y la prohibición de disponer y de los frutos que tenían en él, pues su posesión no es la de propietario pues no sabemos su fundador ni se ha determinado, ni sus herederos quienes podrían revertirlos. Al no ser sus fundaciones obligatorias porque no van destinadas a un bien agradable a Dios, sino a la iniquidad, pues revertiría a su fundador si lo solicitara. Lo demás cuyos propietarios no son conocidos su régimen sería el de las cosas que han sido abandonadas y sus *awqāf* sería para el tesoro de los musulmanes y el imán los administraría. Igualmente, el régimen del monasterio si fuera un *waqf* sin dueño, si fuera de los bienes de ellos y de sus aldeas y los compraran los musulmanes [...] Y su urbanización correspondería al conjunto de los fieles. El imán estaría obligado a erigir una mezquita o mezquita aljama [...] El imán estaría facultado para dejar los *awqāf* en favor de esas mezquitas o incorporarlos al tesoro y sufragar los gastos de otra manera...

a El depósito.

أخبرنا الربيع بن سلمان قال أخبرنا الشافعي قال إذا إستودع الرجل الرجل الوديعة وأراد المستودع سفراً فلم يثق بأحد يجعلها عنده فسافر بها برأ أو بحرأ فهلكت ضمن وكذلك لو أراد سفراً فجعل الوديعة في بيت المال المسلمين فهلكت ضمن...¹⁶⁴⁹

El alfaquí nacido en Gaza y cuya tumba se visita hoy en día en El Cairo¹⁶⁵⁰, al-Šāfi ĩ, al regular la responsabilidad por destrucción de la cosa depositada, afirma que si el depositario la diera en custodia a la *bayt al-māl* de los musulmanes, su pérdida estando custodiada en el tesoro no lo exoneraría del deber de pagar su valor. Este ulema no estima como una actuación diligente el depósito en la *casa del dinero*. En cualquier caso, el jurista no deriva, ni directa ni indirectamente, la responsabilidad por custodia el tesoro, aun siendo depositario del bien.

^aمفاخر السلطان

وما منها جامع من جوامع، ولا مسجد من المساجد، ولا روضة من الروضات المبنية على القبور، ولا محرس من المحارس، ولا مدرسة من المدارس، إلا وفضل السلطان يعم جميع من يأوى إليها ويلزم السكنى فيها، وتهون عليه في ذلك نفقات بيوت الأموال¹⁶⁵¹.

El viajero, al elogiar las numerosas obras de caridad que el sultán realiza en El Cairo, nos da cuenta que en ellas invierte bastantes sumas de las *casas del dinero*, en plural. Sería arriesgado decantarnos por entender que existen diversos tesoros, que los bienes están distribuidos en varios almacenes o que uno corresponde al dinero del estado, otro a los bienes habices y un tercero para la limosna legal.

^b6- السلطان علاء الدين وأبناؤه

[...] ويذكر أنه سأله يوماً عن سبب غلاء اللحم، فأخبره أن ذلك لكثرة المغرم على البقر بالرتب، فأمر برفع ذلك. وأمر بإحضار التجار، وأعطاهم الأموال، وقال لهم: ((إشتروا بها البقر والغنم وبيعوها، ويرتفع ثمنها لبيت المال ولكم أجرة على بيعها)). ففعلوا ذلك. وفعل مثل هذا في الأثواب التي يؤتي بها من دولة أباد. وكان إذا غلى ثمن الزرع فتح المخازن، وباع الزرع حتى يرخص السعر¹⁶⁵².

Ibn Baṭṭūṭa pone ante nuestros ojos la intervención de un sultán de la India en la oferta de carne y grano para hacer bajar los precios. En lo que a este capítulo concierne, la manera de solucionar la subida del importe de la carne de vaca fue la de entregar fondos del tesoro público a los comerciantes con el fin de que adquirieran más cantidad. Con el grano, actuó de forma más directa, vendiendo las reservas de los almacenes públicos. En la primera acción de política económica, la *bayt al-māl* paga la diferencia entre el precio de mercado y el que se considera adecuado, compensando así a los comerciantes. El tesoro asumió como obligación propia parte del valor de los productos comprados.

^cالمطلب الثاني. وظيفة الدولة الإسلامية في الشريعة الإسلامية.

Al-Rabī‘a b. Salmān nos informó que al-Šāfi ĩ informó que si un hombre diera en depósito a otro y el depositario quisiera viajar, sin encontrar nadie de su confianza para que lo guarde, y viajara por mar o tierra y se destruyera, debería indemnizar. Así también si quisiera viajar y entregara ese depósito en la *bayt al-māl de los musulmanes*, si se destruyera, tendría que indemnizar...

a Los que enorgullece al sultán.

No hay mezquita ni mezquita aljama, jardín construido sobre las tumbas, puesto de vigilancia ni escuela en la que el sultán no atienda a quien se refugie en ellas o las habite con gastos a cargo de las *casas del dinero*.

b 6- El sultán ‘Alā’-l-Dīn y sus hijos.

[...] Se cuenta que preguntó un día por los altos precios de la carne; se le informó que era debido a la gran demanda de carne de vaca. Ordenó levantarlo. Así mandó presentarse a los comerciantes, les dio dinero y les dijo: “compra con esto vacas y corderos y vendedlos, pasando el precio a la *bayt al-māl* y se os pagará por vuestra venta”. Hicieron eso y actuaron de esa manera con los vestidos que eran traídos de Dawla Abād. Si se encarecían los precios de las cosechas, abría los almacenes, vendiendo el grano hasta que se abarataban los precios.

c Sección segunda. La función del estado islámico en la Šarī‘a.

Primero: la labor de imponer las obligaciones por capacidad a la gente en el ámbito económico.

[...] Los *fuqahā’* han mostrado la responsabilidad de garantizar estos asuntos y otros parecidos que caen bajo la competencia del estado. Al Mūṣalī en *al-Ijtyār* ha dicho: “la excavación de los grandes canales recae sobre la *bayt al-māl*, porque su utilidad es para la comunidad; así que se toma de sus fondos. Si no hubiera en la misma, se obligaría a la gente a su excavación” [...]

En *al-Darar* se dice: “la excavación de los canales, al ser propiedad de la *bayt al-māl*, porque es una necesidad general, si no hubiera fondos, sería responsabilidad general [...] y el imán podría obligar a la gente a excavar, porque es un administrador y si lo dejara, se produciría un daño”.

أولاً: العمل على أن يقوم الناس بفروض الكفاية في الجانب الإقتصادي: [...] وقد بين الفقهاء أن مسؤولية تأمين هذه الأمور وغيرها مما يشبه تقع على عاتق الدولة. قال الموصلي في الإختيار: (كري الأنهار العظام على بيت المال؛ لأن منفعتها للعامة؛ فيكون من مالهم، فإن لم يكن في بيت المال شيء أجبر الناس على كربه [...] وجاء في الدرر: (كري نهر لم يملك من بيت المال، لأنه من حاجة العامة، وإن لم يوجد في بيت المال شيء فعلى العام [...]) وللإمام أن يجبر الناس على كربه لأنه نصب ناظراً، وفي تركه ضرر عام). وقال الرملي في نهاية المحتاج: ((ومما يندفع به ضرر المسلمين والذميين فك أراهم وعماراً نحو سور البلد، وكفاية القائمين بحفظها؛ فمؤونة ذلك على بيت المال، ثم على القادرين المذكورين، ولو تعذر إستيعابهم حض به الوالي من شائ منهم)). ونصت المائدة 1321 من مجلة الأحكام العدلية على أن: (كري النهر الذي هو غير مملوكة وإصلاحه على بيت المال، فإن لم يكن سعة في بيت المال يجبر الناس على كربه)¹⁶⁵³.

Al abordar las funciones del estado musulmán, 'Abd-l-Salām al-'Abādī señala aquella que consiste en la facultad de obligar a la población a que sufrague aquellos gastos de interés público cuando el tesoro carece de fondos suficientes. En su tesis, enumera una serie de obligaciones que corresponde al tesoro y subsidiariamente a aquellos musulmanes con capacidad económica. Esta obligación de *kifāyya*, o posibilidad del imán de compeler a aquellos particulares que sean capaces (fundamentalmente desde el punto de vista económico) a realizar una acción, ha aparecido en nuestra tesis, entre otras, en la obra de Ibn al-Ŷuzī, como justificación de que el imán imponga a una persona el ejercer el cargo de juez¹⁶⁵⁴ y en al-Māwardī sobre la *hisba*¹⁶⁵⁵, o como cualquier musulmán ha de corregir e impedir los comportamientos contra la moral islámica. Por el capítulo en que se incardina, el doctorando de la universidad cairota considera a la *bayt al-māl* como parte del estado. No olvidemos que se trata de un trabajo bastante reciente y cuya intención es la de amoldar las prescripciones de la *Šarī'a* al concepto moderno de propiedad. A favor de su exposición, esgrime el artículo 1321 de la *Ma'yalla* otomana. Completemos el precepto con el comentario realizado por el magistrado del Tribunal Supremo del Imperio:

^aكري النهر الغير مملوكة الغير داخل في المقاسم كنهري النيل والفرات مسناته أي نظيره على بيت المال لأن كري النهر المذكور وإصلاحه هو لحفظ المصلحة العامة لنلا يخرج عن مجراه القديم وتخرب القرى والمزارع، كما أن مال بيت المال هو معد للمصالح العامة ولزمت مؤونة كربه على بيت المال ويجب القيام بهذه المؤونة من واردات بيت المال من قسم الخراج والجزية وليس من قسم العشور والصدقات (الزليعي والطوري) لأن الثاني للفقراء والأول لنواب (مجمع الأنهر). وإن لم يكن سعة في بيت المال وإنتع الناس عن تطهيره بطيب أنفسهم فيجبر الناس على تطهيره لأن في ترك الكري ضرراً عظيماً على الناس بين أنفاً.

وإنفاق العوام بإختيارهم على المنافع والمصالح نادر، فلولي الأمر الناظر على منافع ومصالح العامة أن يجبرهم على ذلك، وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه في نظير ذلك (لو تركتم لبعتم أولادكم) فإذا أجبر الناس على التطهير على هذا الوجه فيجبر من كان قادراً على العمل بالأشغال بنفسه ويجبر الأغنياء الغير القادرين على العمل على دفع نفقة العاملين

Al-Ramlī, en *Nihāyya-l-Muḥtāy* ha dicho: “entre lo que aleja el daño de los musulmanes y la gente de la *ḍimma* es la construcción de los muros de la ciudad y la capacidad de los que han de conservarla. Los gastos derivados de ellos recaen sobre la *bayt al-māl*, tras ellos, sobre los que tengan capacidad entre los mencionados, si no se presentara ninguno, el gobernante podría designar a quien deseara entre ellos”.

El artículo 1321 de la *Ma'yalla* dispone: “la excavación de canales que no sean de propiedad privada, así como su reparación, corresponde a la *bayt al-māl*. Si no pudiera asumirlo, se obligaría a la gente a la excavación”.

a La reparación de los ríos que no son propiedad de nadie, que no están incluidos en los repartos, como el Nilo o el Éufrates, y su reparación o limpieza de cauces obliga a la *bayt al-māl*, porque el dragado de los ríos mencionados y su reparación es para salvaguardar el interés público, para que no abandone su anterior cauce y arrase aldeas y granjas. Asimismo, el dinero de la *bayt al-māl* está preparado para los intereses generales, así que los costes de la excavación es una obligación que pesa sobre la *bayt al-māl*, debiendo sufragarlos de los ingresos de la *bayt al-māl* del grupo del reparto del *jarāy* y la *ŷizyat*, no de los diezmos y las limosnas (al-Zīl ī y al-Ṭūrī).

Si la *bayt al-māl* no tuviera capacidad y la gente se negara a limpiarlos de buena fe, serían obligados a ellos, porque dejar de excavarlos supondría un daño enorme para la gente como hemos mostrado con antelación.

Sufragar esos gastos por la gente voluntariamente por la utilidad y el interés que suponen es un hecho raro; por eso, el gobernante, administrador del bien y el interés común, puede obligarlos a ello. El príncipe de los creyentes, 'Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él, dijo sobre el asunto: “si abandonáis, vendéis a vuestros hijos”. Si la gente fuera obligada a limpiar de esta manera, se obligaría a aquellos capaces de realizar los trabajos por sí mismos; se obligaría a los ricos que no pudieran realizar las labores a pagar la manutención de los trabajadores (al-Zīl ī y *Rad al-Muḥtār*), como se hace en la preparación de los ejércitos: va quien es capaz de combatir y sus gastos recaen sobre los ricos (*Mu'yama'a al-Anhar*).

(الزيلي ورد المحتار) كما يفعله في تجهيز الجيوش فإنه يخرج من كان يطبق القتال وتجعل مؤونتهم على الأغنياء (مجمع الأنهر)¹⁶⁵⁶.

El artículo es claro: hace recaer sobre el tesoro público la obligación de abonar los gastos de dragado y mantenimiento de los cauces de los ríos públicos. La falta de fondos supondría una novación pasiva: los particulares capaces de ello asumirían las cargas. El comentarista, 'Alī Ḥaydar, al igual que este código de obligaciones y contratos, están inspirados por el *fiqh ḥanafī*, motivo por el cual divide los ingresos de la *bayt al-māl* en dos: los provenientes de la limosna legal y los impuestos que pagan las comunidades no musulmanas, personales y territoriales (sobre los que pesa la obligación). En otras escuelas, los primeros no sería ingresados en la casa del dinero, puesto que sus beneficiarios, es decir, la finalidad en la que se han de invertir, están predeterminados por derecho divino. No es conveniente que desaprovechemos la ocasión para destacar que este código otomano, al tratarse de una compilación sobre derecho civil, apenas incluye algún precepto sobre el tesoro público o cualquier otra cuestión sobre el poder político.

^a دلالات ظهور وقف النقود في القدس خلال الحكم العثماني.

شهد الوقف في بلاد الشام تطوراً فقهيّاً وتاريخياً ملحوظاً مع الدولة الزنكية، ووريثتها الدولة الأيوبية، بعد أن أفتى الإمام ابن أبي عسرون (توفي 1190/585م) بجواز وقف السلاطين بإعتباره إرصاد لبعض بيت مال المسلمين على مصالحهم. وقد تمخض عن ذلك قيام السلاطين نور الدين الزنكي (توفي 1174/569م) وصلاح الدين الأيوبي (توفي 1192/588م) وغيرهم بإنشاء من المدارس والبيمارستانات في حلب ودمشق والقاهرة إلخ¹⁶⁵⁷.

Otra inversión a cargo del tesoro, tangencialmente estudiada, sería la constitución de *aḥbās*. Los seguidores de Abū Ḥanīfa no eran muy partidarios, mas el ulema Ibn Abū 'Aṣrūn, alfaquí seguidor de al-Šāfi'ī nacido en Mosul que ocupó el cargo de juez en Damasco¹⁶⁵⁸, la declaró válida mediante una fetua. Este dictamen legal fue aprovechado por los sultanes, entre ellos Saladino, para instituir hospitales y escuelas mediante este procedimiento a partir del siglo XII.

^b وما قال علماءنا أن ما حبسه الملوك من مال المسلمين على أولادهم أو جهة أقاربهم حرصاً على حوز الدنيا لهم، ولدرارهم، وأتباعاً لغير الأوضاع الشرعية لا يصح ولا ينفذ...¹⁶⁵⁹

Esta fetua, que aparecía en nuestro capítulo sobre el régimen jurídico del *jarāy*, cobra un nuevo interés, pues viene a probar que, al menos para los seguidores de Mālik b. Anas, el gobernante dispone de los bienes de la comunidad, no tenemos indicios que señalen que no están ingresados en el tesoro, con el fin de constituir un *waqf* con una finalidad pública piadosa. En realidad, declara nulos aquellas fundaciones que creen en beneficio particular; *sensu contrario*, aquellas instituidas con una finalidad piadosa pública serían válidas.

^c عجز المال.

a Prueba de la aparición del *waqf* monetario en Jerusalén a lo largo del gobierno otomano.

El *waqf* en Oriente Medio fue testigo de un palpable desarrollo jurídico e histórico con el estado *al-zankī*, y su heredero, el estado *ayūbī*. Después de que el imán Ibn Abū 'Aṣrūr (fallecido en el año 585 de la hégira, 1190 de nuestra era) declarando lícito la fundación de *waqf* por los sultanes considerándolos como una inversión de parte de la *bayt al māl* de los musulmanes en beneficios de sus intereses. Esto cristalizó en la obra de los sultanes Nūr-l-Dīn al-Zankī (fallecido en el año 569 h/1174 d.C.) y Šalāḥ-l-Dīn al-Ayyūbī (muerto en el año 588 h/1192 d.C.) y otros, construyendo escuelas y hospitales en Alepo, Damasco, El Cairo, etc.

b Lo que opinan nuestros ulemas es que los *awqāf* que los reyes constituyen con los bienes de los musulmanes en favor de sus hijos o para sus parientes, con la intención de poseer en esta vida ellos y sus descendientes, persiguiendo fines no legítimos, no son válidos ni eficaces.

c Déficit de dinero.

Es el derecho de, por ejemplo, veinte reclamantes contra el emir, después de que algunos obtienen lo que desean de los *aḥbās*, lo que implica una subida de las rentas para conseguirlo. Eso aumenta de tal manera que ya no resta nada que conseguir de lo que necesitan las mezquitas y mezquitas aljamas. Así, posteriormente, se apodera de ellas la ruina, por diversas causas como el paso del tiempo o que, que las partidas se destinen a las soldadas y los salarios temiendo que al apoderarse de ellas el *dīwān* investigue la causa de su destrucción, añadiendo la renta debida al restaurador que se emplea en su reparación, debilitándose su posibilidad de urbanizar. Se piensa que apartando eso de él en favor de otro, se perdería lo que se hubiera invertido en su reparación; si hubiera fondos, se perderían. Si su piedad religiosa fuera poca, vendería los escombros uno a uno; si tuviera temor lo mantendría en su estado y lo apoyarían los vecinos [...] En cuanto a las tierras de cultivo, en ellas hay lo que fortalece a los beneficiarios de los repartos, pues se convierten en explotadas por ellos. Si los mercenarios los explotaran y abusaran para que dejaran los asuntos entre ellos y sus tierras.

هو أن يكون المقرر مثلاً عشرين طواشياً مع أمير، ثم أفرد لجماعة منهم ما رغبوا فيه من الأحباس بما إلتزموه من زيادة في أجرتها قصداً منهم في الحصول على شيء، وكثر ذلك حتى لم يبق للجوامع والمساجد جهة يحصل منها ما يحتاج إليه فيها، ثم إستولى عليها أو أكثرها الخراب بعدة أسباب منها تقادم عهدها، ومنها أنها لما صارت جهات الجوارى ورواتب خشى من تسلمها أن يطالع الديوان بما إستهدم منها، فيحتاط على أجرة عامرها ليصرفها في مرمة مستهدمها ويضعف حاله عن عمارتها، ويرى أنه لو نقلت عنه لغيره لما يبذله من زيادة في عبرتها لضاع عليه ما أنفق من ماله في عمارتها لو كانت له ما فيسكت وتخرّب، فإن قل دينه باع أنقاضها أولاً فأولاً، وإن تخرج وتحرز أبقاها على ما هي عليه، فيعدوا عليه السكان أو الجيران؛ [...] وأما أرض الزراعة ففيها ما يقوي عليه المقطعون، فيصير مستغلاً لهم، فإن تصور المرتزقة فيها، واصلوا التظلم منهم، ورسم لهم التخلية بينهم وبين أرضهم، قالوا هؤلاء يأخذون الخراج على أنهم يعمرّون المساجد، فيفوزون به لنفوسهم، ونحن نستخدم بهذا القدر من يعمرّ المساجد، وإن أفضل شيء دفعناه لهم، فلا يسمع أحد هذا إلا أعان المقطعون على إتمانه؛ ومنها ما هو بأيدي المرتزقة، ولم يعارضهم أحد فيه، فيصير أملك به من الديوان، ولا يمكن أحد من المستخدمين من تناول درهم منه رسم للعمارة، ومن الحيف في الأحباس أن يحكر من الديوان ساحة لمدة خمسين سنة بخمسة وعشرين ديناراً فيجعل منها النصف، ويسقط النصف للمدة ربع دينار في السنة، وتعمّر تلك الساحة فيسارية أو غيرها، فتكون أجرتها في الشهر خمسة وعشرين ديناراً، ولو كان الديوان عمرها من ماله لتضاعف إرتفاعه؛ ومن عادة كل ديوان أنه لا يطلق من المال المستقبل شيئاً في المستحق الماضي إلا هذا الديوان، فإنه إذا حمل إليه هذا النصف المشار إليه، وهو أجرة ما لم يأت من السنين، أطلقه في راتب متأخر لمدة ماضية؛ ومن منكرات الديوان المشار إليه بيع أنقاض الأحباس، وأنهم يحكرون من المساحات مالم يكن جارياً في الحبس، فيكتبون بذلك كتباً يذكر فيها المعجل والمؤجل. والجملة فلا سبيل إلى أن يبلغ متولي الأحباس غرضه من المصلحة، لأن فيها ما يقوي عليه بضعف ويضعف عنه لقوته، وأكثرهم من أهل الدين والقرآن والصلاح والإستحقاق، وليس الطريق في إصلاح ذلك إلا أن يكشف عن أمر الجوامع والمساجد والأحباس، ويحقق ما يحتاجه برسم للعمارة، فيطلق من بيت المال، ويمسك عن إستئناف التحكير، ويتولى الديوان عمارة ما رغب الأجانب في عمارته، فيوفر ما يحصل على العمارة فما تمضي مدة حتى يجبر مضاعف، ويجسن أوضاعه¹⁶⁶⁰.

Este capítulo, algo oscuro, se refiere a los *aḥbās* y a los repartimientos en el caso de que el producto de los mismos no fuera suficiente para reparar las mezquitas. Rechaza algunas prácticas, como la venta de los escombros o reservar parte de la renta futura del contrato de superficie para destinarlos a estos bienes en el caso de los *awqāf*; en los feudos las posibilidades de financiación son mayores pues el *dīwān* bien los entrega en favor de personas que se hagan cargo de esa función o lo explota directamente por personas a su sueldo. Aboga por que él sea quien asuma, en el caso de los *aḥbās*, estos gastos, tomando el dinero de la *bayt al-māl*. En toda la obra sobre *las leyes de los divanes*, su redactor otorga a estos la condición de ente, manteniendo la expresión de *casa del dinero* para el depósito o el almacén de los bienes. En nuestra opinión, que seguidamente desarrollaremos, ambas expresiones se refieren a un ente cuyo fundamento radica en constituir un patrimonio al que se imputan derechos y obligaciones. Quizás el término *dīwān* amplíe su campo semántico para subsumir la estructura administrativa que administra este conjunto de bienes y derechos; en cualquier caso, serán esos bienes y derechos lo titulares de las obligaciones y los derechos, no los funcionarios que lo gestionan.

Dicen: estos cogen el *jarāy* a condición de que construyan mezquitas, ganando para sí, mientras nosotros los empleamos para que construyan mezquitas; si sobrara algo, se lo entregaríamos a ellos. No se ha escuchado otra cosa distinta a que los beneficiarios de los repartos cooperan para erigirlas. Otras estarían en manos de soldados a sueldo, nadie sería explotado, siendo propiedad del *dīwān*, sin que ninguno de sus funcionarios pudiera exigirles nada para construir. Entre los *aḥbās* se da la injusticia de arrendar la superficie por cincuenta años a veinticinco dinares, tomando la mitad y decayendo en la otra mitad a razón de un cuarto dinar por año, edificando esta zona, del estado o no, siendo su renta veinticinco dinares. Si el *dīwān* construyera de su propio dinero se multiplicaría el incremento. Es costumbre de cada *dīwān* no destinar fondos futuros a acreedores del pasado, salvo este *dīwān*, pues si se contara esta mitad a la que se ha hecho mención, una renta que no se ha producido, se emplearía en un salario atrasado de un plazo vencido. Entre las prohibiciones del *dīwān* a las que se ha apuntado están la venta de los escombros de los *aḥbās*. Ellos arrendarían lo que no se puede en el *ḥubs*, escribiendo lo aplazado y lo perentorio.

En conclusión, no está facultado el administrador de los *aḥbās* para buscar su interés, porque en ellos hay lo que fortalece y lo que debilita. La mayoría de ellos son gente religiosa y de *El Corán*, la virtud y el merecimiento. No hay más para repararlos que descubrir los asuntos de las mezquitas aljamas o no y los *aḥbās*, y conseguir lo que se precise para su construcción de la *bayt al-māl*, evitando iniciar el contrato de superficie. El *dīwān* se encarga de construir lo que se desee, ahorrando lo que se consiga de lo que pase del plazo exigiendo lo que se hubiera perdido, mejorando así su situación.

Una vez expuestas las fuentes, hemos de interpretarlas e interpe-larlas a la luz de la definición del profesor De Castro de persona jurídica. El punto de partida debe situarse en el origen de esta institución en el mundo islámico.

Cualquier estado o estructura política previa, sin importar el grado de desarrollo del mismo ni la época en que haya surgido, ha creado algún tipo de sistema o estructura para gestionar sus ingresos y gastos. El Islam, obviamente, no iba a ser menos. Historiadores como al-Ṭabarī, Abū Bakr al-Ṭarṭūṣī, crónicas como *la conquista de los países* nos sugieren un marco en el que el profeta Muḥammad repartía de inmediato los bienes provenientes de las distintas campañas militares, ya fuera en forma de botín o impuesto. No existía la institución del tesoro en esos momentos, únicamente algún lugar, por ejemplo, una mezquita, donde los mismos, si no hubiera dado lugar a su partición, eran depositados. Junto las narraciones de las que se hacen eco, la etimología de la expresión y la utilización de términos como almacén en algunas obras apuntan en la misma dirección. El nuevo estado islámico se expandió con gran celeridad y las riquezas aflúan en inmensas cantidades. Los textos nos hablan de que las mismas eran distribuidas entre los musulmanes, un número reducido en tiempos del profeta. Ni el *fiqh* ni el estado habían desarrollado aún sus estructuras. Hemos señalado que se utilizaban los registros bizantinos y sasánidas y pasaron décadas hasta su traducción al árabe. Asimismo, la figura de Muḥammad y su autoridad para tomar decisiones simplificaba bastante la administración del patrimonio, ya que destinaba esos ingresos con bastante libertad en aplicación de las aleyas coránicas sobre la materia; tras su muerte, la comunidad tuvo que buscar una regulación más precisa. Esta referencia espacial permanecerá presente siempre; la anécdota sobre su ubicación en la mezquita cordobesa, en pleno siglo X, sirva como muestra. La institución, desde este germen, seguirá un proceso de abstracción: desde una mera caja de depósito a un titular jurídicamente reconocido de derechos y obligaciones. La recaudación de la *zakāt* y los frutos de los *aḥbās* tendrán sus propias tesorerías o lugares de custodia, pero es bastante más dudoso que derivaran en entes con autonomía, pues en ambos casos se trata de un almacenamiento transitorio hasta que se produjera el negocio jurídico de la partición y entrega a sus beneficiarios.

Las noticias que hemos recopilado nos describen a los primeros califas, especialmente a ‘Umar b. al-Jaṭṭāb y en el mismo sentido hemos transcrito episodios sobre gobernantes omeyas en Damasco, invirtiendo el dinero de la *bayt al-māl* en obras de interés para la comunidad: los distintos canales en Basora, etc. Su poder absoluto los situaba en la cúspide de la pirámide; en sus manos siempre estaba la última palabra sobre los gastos. También nombraban a los funcionarios encargados de la administración ordinaria. Los fragmentos describen diversas *casas de dinero* en las principales ciudades. La culminación del proceso de depuración técnica supondrá un tesoro único, aunque no sea incompatible con la distribución del haber en diversas ubicaciones.

Un pasaje que debemos remarcar es el relato de al-Ṭabarī sobre el legado que el primer califa omeya, Mu‘āwiyya, realizó a favor del tesoro de los musulmanes. No hemos contrastado esta historia y, además, la obra del historiador no es jurídica ni pretende una precisión técnico-legal. No obstante, el hecho de que se transmita con naturalidad implica, si no un reconocimiento de la personalidad jurídica, sí que no se tenga objeciones a referirse a la *bayt al-māl* como un beneficiario más, en el mismo plano casi que un legatario ser humano.

Al mirar al pasado, al-Ṭarṭūṣī se refiere al dinero presente como un bien de Dios, personificación que también es del gusto de al-Šāfi‘ī en su producción jurídica.

Una vez que nos hemos detenido someramente en los orígenes de la institución en la civilización islámica, como paso previo al examen de su régimen jurídico, nos vemos obligados por razones de claridad expositiva a confrontar la *bayt al-māl* con otra dependencia de la administración musulmana a la que tuvimos oportunidad de estudiar en el capítulo anterior: el *dīwān*. En nuestra tesis hemos optado por aproximarnos al concepto de persona jurídica desde dos direcciones: la unión de personas físicas, las cuales a veces conforman entidades independientes a sus miembros, y

las uniones de bienes o patrimonios que, por motivos dispares, el ordenamiento los dota de capacidad jurídica y, en determinadas circunstancias, de obrar. Hemos advertido igualmente que esta es una clasificación convencional que tiene más que ver con el itinerario histórico de la institución según la tradición establecida en la Edad Media, al reinterpretar los textos latinos, a la luz del derecho canónico, cuyo resultado será lo que se ha venido en llamar derecho común. En consecuencia, es una distinción no creada conscientemente por los juristas de la época.

El primer texto que seleccionamos, extraído de la obra de Abū Ŷa 'far al-Dāwdī, si bien no tiene que ser determinante, expresa con claridad la necesidad de un registro: controlar los gastos del estado mediante la anotación de los acreedores y la cuantía de la deuda y los ingresos, apuntando las tierras y las personas gravadas con los distintos tributos. Las fuentes históricas nos hablan de la presencia de este departamento administrativo en épocas anteriores y el mantenimiento de los aparatos bizantino y sasánida, incluso en la lengua original, hasta su adaptación al árabe una vez que la dinastía omeya llevaba en el poder décadas en Damasco.

Al-Aḥkam al-sultāniyya de al-Māwardī, una de las obras de *fiqh* de referencia en lo que al poder político y su regulación se refiere, define a la casa del dinero como una de las cuatro secciones del *dīwān*, junto a las inscripciones de los soldados y sus emolumentos, los funcionarios y sus salarios y los nombramientos. Las líneas escogidas del capítulo que dedica al funcionario encargado del registro dejan patente su función de custodia y salvaguarda de los derechos de la casa del dinero, pues ha de asegurar la entrada de los ingresos, exigir cuentas a los funcionarios y velar por la correcta realización de los pagos, certificándolos cuando sea preciso.

Por el contrario, en la obra de al-Mamātī, esta función auxiliar queda difuminada, relegando a la *bayt al-māl* al papel de mero depósito. Este funcionario ocupó el cargo de responsable del *dīwān* en el siglo XII, cuando Egipto era gobernado por la dinastía *ayyūbī*, función que justifica su extenso manual sobre este órgano administrativo. Este copto converso lo sitúa como la esfera jurídica en la que se insertan las relaciones jurídicas pasivas y activas que le son propias: los diferentes tipos de ingresos y los gastos que asume; ambos relacionados y explicados con profusión en la obra. También enumera y describe los diferentes tipos de funcionarios y sus cometidos. Sin embargo, en sus leyes *de los divanes*, resulta con meridiana evidencia que se trata de una estructura muy jerarquizada que, poniéndola en relación con los textos de los ulemas referidos al sultán, califa o imán, tiene a estos en su cúspide, pues está facultado para nombrarlos y destituirlos a voluntad. Tampoco se induce que el gobernante haya dotado a las personas que administran el *dīwān* de capacidad para autorregularse, lo que en parte de la doctrina europea se denomina como potestad estatutaria¹⁶⁶¹; es decir, los miembros de la persona jurídica están capacitados para emitir sus propias normas de funcionamiento; todo lo más, es muy probable, pero no se refieren expresamente en sus páginas, que el sultán le dicte instrucciones y normas de actuación, sin que exista un cuerpo de ellas fundacional y primario del que derivaran las demás reglamentaciones, hecho que hubiera avalado una tesis sobre la autonomía jurídica del órgano respecto al imán. En consecuencia, lo más plausible a nuestro entender es considerar que se trata de un conjunto de funcionarios especializados por razón de la materia, pero sin independencia orgánica del resto de la administración. El elemento fundamental, a pesar de la importancia del sustrato personal, es material: el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, un patrimonio, con un régimen jurídico especial al que el ordenamiento dota de capacidad jurídica (ser titular de derechos, obligaciones y relaciones) y de obrar (emitir actos con eficacia jurídica, cuyos efectos produzcan cambios en la realidad) que precisa la intervención de un ser humano. Esto es así porque la titularidad de estas relaciones y situaciones reguladas por el derecho no se predica del órgano o el conjunto de funcionarios, sino sobre el patrimonio que compone la *bayt al-māl*. Menos aún, nos encontramos ante un ente creado por la voluntad de sus miembros.

A nuestro parecer, la diferencia entre al-Mamātī, al-Māwardī e Ibn Jaldūn radica en un problema de interés, pues la *bayt al-māl*, así se afirma explícitamente, forma parte del *dīwān* y este a su vez está incardinado en la administración del estado. El ministro egipcio, como jefe supremo

del *dīwān*, analiza a este desplazando al tesoro como una herramienta de aquel; al-Māwardī, alfaquí, está interesado en el régimen jurídico que se ha de aplicar a todo lo relativo al sultán: nombramiento, destitución y competencias de los de funcionarios a su cargo; no obstante, y como acertadamente observa, la peculiaridad jurídica tiene su epicentro en la *bayt al-māl*, pues afirma: *Porque bayt al-māl es una expresión sobre la finalidad, no sobre el lugar. Y cualquier derecho que se hubiera de destinar en interés de los musulmanes, pues sería una obligación que recae sobre bayt al-māl; si se empleara en su destino, sería un gasto de bayt al-māl, tanto si hubiera salido del almacén como si no, porque se destina en favor de los empleados de los musulmanes o es una salida de sus manos. Pues la norma de bayt al-māl se aplicaría a él, como ingreso o como gasto*¹⁶⁶². Por su parte, el filósofo de la historia nacido en Túnez, Ibn Jaldūn, se ocupa del estado como tal, la causa de su nacimiento y su decadencia, por lo que el tesoro es un objeto instrumental y accesorio en su estudio: la entidad sobre la que recae la responsabilidad del pago a sus empleados.

Finalmente, zanjando la cuestión, los relatos de viajes, con sus descripciones y anécdotas, son aptas a la hora de dibujarnos aspectos de la aplicación práctica de las normas; quizás nos arrojen luz en esta controversia. Ibn Yūbayr nos muestra un cuerpo de funcionarios pertenecientes al *dīwān* en la ciudad de Alejandría corrupto y que abusa en la recaudación de los impuestos y la limosna legal; relaciona los ingresos de los que dispone el sultán, sin nombrar a la *bayt al-māl*. Por su parte, Ibn Baṭṭūṭa sí da un testimonio de esta como sujeto jurídico: propietaria de la mayor parte de las tierras del país.

Antes de profundizar sobre el tesoro y su régimen jurídico, hemos de recordar que en diversos fragmentos queda patente la distinción entre las propiedades privativas del imán y el patrimonio de todos los musulmanes o *bayt al-māl*. Asimismo, aquel dispone de ambos fondos sin demasiadas cortapisas y está facultado para instituir fundaciones, mas, en opinión de la mayoría de los ulemas, para fines públicos, no personales.

Por último, el elemento más esencial de nuestro análisis ha de recaer en el régimen jurídico de la casa del dinero: cuáles son sus derechos y obligaciones, mecanismo de toma de decisiones, naturaleza jurídica del ente y otras cuestiones conexas.

Un aspecto que no suscita controversia alguna es la persona competente para decretar las medidas que se han de adoptar y la persona física que, en última instancia, actúa obligando al tesoro: el sultán, imán, califa o rey; el gobernante supremo. No hay que soslayar que la *Šarī'a* tiene como modelo un sistema de gobierno muy similar a las monarquías de derecho divino, salvo por la escasa capacidad legislativa del imán. Según al-Māwardī, es quien determina la cuantía de los pagos a las personas a su servicio, con cargo a los fondos del tesoro. No le es lícito disponer de las tierras cuyos propietarios estén determinados, salvo que las mismas estén sujetas a responsabilidad por obligaciones frente a la *bayt al-māl*; a contrario sensu, sí está facultado para hacer valer ese derecho sobre esa propiedad. En la regulación de la escuela de los seguidores de Abū Hanīfa, las tierras de *jarāy* son incorporadas a la casa del dinero o repartidas como dominio privado por decisión del califa. Asimismo, la responsabilidad extracontractual o aquiliana del monarca, en la corriente que lo considera representante de la *umma*, es asumida por este ente, si seguimos a Ibn Raṣṣab, no así al-Šāfi'ī, para quien responde personalmente o, subsidiariamente, su *'āqila*. Un acto de política monetaria sobre la oferta sería la descrita por Ibn Baṭṭūṭa, en sus viajes; en concreto como un gobernante musulmán de la India pone a disposición de los comerciantes dinero para la adquisición de carne, con la intención de aumentar la disposición del producto, sufragando parte del precio y provocando la bajada del mismo. Los textos también nos han aportado ejemplos de instituciones públicas de *aḥbās*, con fines piadosos: mezquitas, escuelas, hospitales; bien a cargo de su propio peculio o invirtiendo fondos de la *bayt al-māl*.

Desde la perspectiva activa de la entidad como sujeto de derecho, describamos los derechos que la *Šarī'a* establece como de su titularidad, señalando la escuela y el alfaquí que lo establece:

- El ulema que más ha estudiado el derecho público islámico, al-Māwardī, establece un criterio objetivo que determina si un ingreso se ha de imputar a la *bayt al-māl* o no: el campo de actuación de la discrecionalidad del imán a la hora de destinarlo a las inversiones que le parezcan más oportunas y útiles. Si fuera amplio, es decir, dispone de plena libertad, se trataría de un ingreso propio del tesoro. En el caso de que el *fiqh* haya regulado los destinatarios del mismo, no serían calificados como derechos de *la casa del dinero*. En principio, esta pauta implica la exclusión de la limosna legal; no obstante, la escuela *ḥanafī*, si bien a título de depósito hasta que tenga lugar el reparto, incluye a la *zakāt* como una entrada más. En el polo opuesto, Mālik b. Anas niega con toda rotundidad su ingreso en el tesoro. En su momento hicimos referencia al principio de unidad de caja y como, en opinión de varias corrientes de *fuqahā'* y en la tesis doctoral mencionada sobre el derecho de propiedad, el estado crea presupuestos y entidades diferenciadas para la gestión de esta limosna; sería el caso del Reino Hachemita de Jordania en la actualidad. Sin embargo, los defensores de la separación contable en el *fiqh* no crean ninguna estructura jurídica similar a la *bayt al-māl*; ¿el motivo? Casi con toda seguridad, la mínima función gubernamental necesaria en la materia: recaudación y reparto inmediato entre los destinatarios fijados coránicamente; en este sentido, comprobamos en su momento que muchos jurisconsultos validan la entrega realizada por el mismo sujeto pasivo a los beneficiarios, sin intervención alguna por parte de la administración. Este canon también es aplicable a los tipos de botín: *ganīma* y *fay'*. El primero se distribuye entre los combatientes, no engrosando las arcas estatales, y el segundo será empleado según determine el gobernante como de interés para los musulmanes; incorporándose al tesoro. Esta dualidad parece que no era tan marcada en los primeros tiempos del Islam, observación que se deduce de su origen. También la regulación de algunos alfaquíes mantiene la reminiscencia de entender los bienes de *la casa del dinero* como destinados a ser divididos entre los miembros de la comunidad en un período de tiempo relativamente corto. Recordemos a Saḥnūn cuando nos transmite la opinión de su maestro, Mālik b. Anas, sobre el régimen jurídico del *fay'*; Abū 'Ubayd afirma que todos los creyentes en el Islam serían titulares, en comunidad de bienes, de un derecho de propiedad sobre una parte del *fay'* que se habría ingresado en la *bayt al-māl*, así en el número 604 remarca que el profeta repartía los bienes el mismo día, si no era posible, se dejaba para el día siguiente. Es lógico, pues el derecho islámico depuró el concepto, abstrayendo lo que era un simple almacén de bienes para destilar un marco legal autónomo y una esfera jurídica independiente. En cualquier caso, otros ulemas, como Abū Ŷa'far al-Dāwūdī, al escribir sobre la conquista de África, Al-Andalus y Sicilia, nos descubre cómo no se respetó la calificación jurídica de *ganīma* o *fay'* en función de la forma de conquista. No soslayemos tampoco que Ibn Raḡab otorga al imán la potestad de reservar bienes del *ganīma*, apartándolos de la partición, para la casa del dinero, convirtiéndolos en propiedad de todos los musulmanes.
- Al-Šāfi'ī denomina dinero de Dios a tres clases de bienes¹⁶⁶³: las limosnas, el *fay'* que incluye el impuesto que los no musulmanes pagan por su protección, *ḡizya*, y la *ganīma*; la quinta parte de estos dos tipos de botín reservado al imán también se incluye como un tipo de dinero. Los beneficiarios de los tres tipos están fijados por Dios y es el imán el encargado de hacerlos llegar. Es un concepto (ese *dinero de Dios*) más amplio que *bayt al-māl*, pues tanto la limosna como la *ganīma* únicamente precisan del negocio jurídico de la partición, mientras que el *fay'* requiere un proceso de estudio y decisión por parte del gobernante sobre en qué invertirlo. Además de ignorar la expresión *casa del dinero*, este *faqīh* considera que, si un *ḡimmī* gravado con la *ḡizya* suspendiera pagos o estuviera en quiebra, el acreedor de esa deuda, en un plano de igualdad con los demás, sería el imán, no la *bayt al-māl*.

- En su obra, *Kitāb al-Umm*¹⁶⁶⁴, el jurista convierte a Dios en el titular de los derechos; no se trata de una ficción jurídica, pues en el capítulo de nuestro estudio en el que analizábamos, *grosso modo*, las principales teorías sobre la personalidad jurídica, Dios es una persona real en el marco de ordenamientos de carácter divino. Nos encontramos en un proceso de abstracción similar al que observamos en el derecho canónico, en el que en las primeras fundaciones cristianas piadosas era Cristo o el santo el propietario de los bienes. Desde esta óptica, el iniciador de la ciencia jurídica musulmana deja sin sentido cualquier construcción teórica que desemboque en un concepto musulmán de la personalidad jurídica; el propietario es Dios y el imán el representante terreno que está capacitado para exigir judicialmente el pago de las deudas frente a *Allāh*. En su arquitectura conceptual, no existe la necesidad de un ente, creado por el derecho mediante una ficción jurídica o como transposición de un sustrato real, al que asignar la titularidad de estos derechos y obligaciones. El artífice de convertir la labor de los ulemas en la ciencia del *fiqh*, no solo deja incompleto el camino hacia la superación de la persona física abandonando la toma en consideración de titulares de derechos y obligaciones ajenos a la misma, sino que deja bloqueada ese desarrollo lógico. Sin embargo, las demás escuelas y los discípulos de la suya propia, entre los que destacaría al-Māwardī, han avanzado por esta senda, aunque, no es de extrañar en este tipo de ordenamientos, se mantenga en el fondo esa reminiscencia de que cualquier bien o derecho tiene su origen último en Dios.
- La escuela cuya filiación se remonta a Abū Ḥanīfa ensancha el campo de los ingresos propios de la casa del dinero, pues en ella la actuación del califa está dotada de una mayor discrecionalidad, como el caso de las tierras conquistadas por mano militar. El *al-faqīh* de Aleppo, al-Kāshānī¹⁶⁶⁵, en su recopilación del derecho de esta corriente, *Los portentos de las acciones*¹⁶⁶⁶, sistematiza las partidas que componen el activo del tesoro: las *ṣadaqāt* o limosna legal y asimilados, la quinta parte del montante total de los dos tipos de botín, los tesoros escondidos, los impuestos que pagan los miembros de las comunidades tanto personales (*yizya*) como territoriales (*jarāy*) y las herencias vacantes. Ahora bien, la *zakāt*, como sinónimo de *ṣadaqa*, exige su entrega a unos grupos de personas, coartando la libertad de acción del imán sobre esos fondos. Otros ulemas *ḥanafīes* explícitamente definen las tierras de *jarāy* como parte de la *bayt al-māl*: Abū Yūsuf¹⁶⁶⁷ a modo de propiedad del tesoro y Yahya b. Ādam¹⁶⁶⁸ a título de ingreso. Las otras escuelas, un asunto que dejamos zanjado en el capítulo correspondiente, las califican como *waqf* en favor de todos los musulmanes; nosotros abogamos porque en estos supuestos el sentido de la palabra no se refiere a la fundación, sino a la condición de inalienabilidad de la misma, al considerarse de dominio de todos los musulmanes. Esta conclusión intentaremos pulirla en las páginas siguientes, pero dejemos fijados que las fuentes apuntan a un dominio útil ejercido por el tesoro, reservándose el dominio eminente a todos los musulmanes en comunidad de bienes. Al-Mamātī, desde un punto vista más pragmático que jurídico, relaciona cada cultivo y establece la imposición que le corresponde según la superficie de cada plantación; esto se registra en el *dīwān*; *jarāy* es entendido por el autor bien como impuesto territorial o renta por explotación de tierras públicas, según la escuela. Formaría parte de los ingresos, mas en la cuenta del *dīwān*. Finalmente, aludamos a la fetua, de Iyyād¹⁶⁶⁹ y hijo, miembros de la escuela de Medina en al-Andalus, que responde a la duda jurídica sobre las iglesias y los *aḥbās* de las mismas una vez que las comunidades cristianas las han abandonado: sin ambages confirma la posibilidad del tesoro de ser titular del derecho de propiedad sobre estas fundaciones, sus tierras y edificios.
- Otra duda que se nos ha presentado en este capítulo era si, además de lo que les corresponde por la *zakāt*, los pobres tenían un derecho frente a la *bayt al-māl*. ‘Abd-l-Salām Dāwūd al-‘Ībādī,¹⁶⁷⁰ el miembro de la comunidad universitaria cairota de al-Azhar, así lo entiende, alabando a la *Šarī’a* como precursora de políticas de bienestar social. Nosotros creemos que

esta posibilidad está mucho más limitada; como beneficiarios de esa limosna legal, hasta el momento de la partición disponen de una expectativa de derecho más que de un derecho subjetivo en sí, como colectivo indeterminado. En cuanto al patrimonio del tesoro, no les cabría más que esperar que el imán decidiera dedicarles parte de los fondos, como los gobernantes han acostumbrado a lo largo de los siglos, a modo de política de munificencia.

- Aun sin acudir a estadísticas contables e indagaciones en fuentes que revelen la cuantía de los ingresos obtenidos por cada concepto y sin valorar otras partidas que analizaremos en apartados siguientes, la relación de los derechos que jurídicamente corresponden a la *bayt al-māl* presagian una situación de déficit, en especial, una vez que se ralentizan las conquistas o disminuyen las comunidades de la gente de la *ḍimma* por conversiones al Islam. Ante esta eventualidad, la *Šarī'a* no se muestra especialmente flexible: los estudios revelan una restricción severa a la creación de nuevos impuestos: el supuesto habilitante sería un riesgo de invasión. Este obstáculo legal en la generación de nuevos ingresos, aparte de casos históricos de creación de tributos al margen de la estricta legalidad religiosa (al-Mamāṭī¹⁶⁷¹ nos comenta cómo se aplica el quinto a determinadas actividades de los cristianos y con la intención del mantenimiento de los canales públicos se establecen tasas por su uso), se ve mitigado por la institución de las obligaciones de *kifāyya*. El fundamento no es del todo igual al que justifica el deber del ciudadano de pagar un tributo con el fin de coadyuvar al sostenimiento de los intereses generales. Esta obligación muy común en el derecho constitucional contemporáneo tiene su virtualidad en un carácter previo a la necesidad. Asimismo, en el mundo helenístico y romano existía la institución del Evergetismo, en virtud de la cual, personajes pudientes de las ciudades asumían el coste de las inversiones en obras públicas¹⁶⁷². La *kifāyya* es un remedio *a posteriori*: el gobernante entiende que se ha de construir un puente, careciendo el tesoro de los medios económicos necesarios, se impone la obra a aquellos musulmanes que bien disfruten de una posición monetaria que les permita pagar el coste o bien son susceptibles de ser compelidos o aportar su trabajo. Esta situación temporal no es baladí, pues, así como los impuestos generan ingresos cuya titularidad está reservada a la casa del dinero, la *obligación de capacidad* en ningún caso provoca que la *bayt al-māl* asuma ninguna relación jurídica, activa o pasiva.
- La lógica propia del comienzo de la expansión islámica, época en que el dinero conseguido por las veloces victorias fluía en torrente, impuso que la partición del mismo entre sus beneficiarios fuera una cuestión prioritaria, lo cual es observable en el origen y la propia regulación del tesoro. En este escenario, la figura del *nafl* o mejora de la cuota de un combatiente incide indirectamente en nuestra investigación. Esta parte adicional del *ganīma* se ha de abonar de la siguiente manera: según Mālik b. Anas, se debería llevar a cabo menoscabando el quinto reservado a la *bayt al-māl* de los musulmanes. Para al-Šāfi'ī la parte privativa del imán sería la responsable de ese *nafl*. Otros estiman que se ha de realizar a cargo de la cantidad total del botín¹⁶⁷³. De este abanico de opiniones se desprenden algunas consideraciones: la existencia de un tesoro de los musulmanes, diferenciado del patrimonio privado del sultán y que este tiene potestad si desea emplear la *casa del dinero* para premiar a algunos soldados en función de la política del momento.
- Los bienes del apóstata serían apropiados por el tesoro; así sucede en la obra de Ibn Rušd, abuelo, de al-Šāṭibī¹⁶⁷⁴ y al-Ṭahāwī¹⁶⁷⁵. Un texto que merece una revisión, que forma parte de una colección de fetuas del *mālikī* 'Iyyād¹⁶⁷⁶, lo representa las respuestas que atribuye a Muḥammad b. Dāwūd y al-Zarhūnī¹⁶⁷⁷ sobre el depósito en el que la identidad de quien lo constituye es imposible de conocer. El primero, con una expresión bastante neutra, decreta que se ha de invertir en los intereses de los musulmanes. El segundo, de forma manifiesta, lo define como un ingreso del que es titular la *bayt al-māl*.
- Hemos de culminar esta columna contable del haber con un tipo de ingreso cuya calificación, si las anteriores fuentes no aportaran argumentos suficientes, otorgaría sin

género de duda la condición de persona jurídica al tesoro público: las herencias vacantes. En atención a la relevancia que este planteamiento supone para nuestra tesis, recapitulemos los principales planteamientos implícitos en los textos que hemos seleccionados, ya que no son unánimes:

- Desde el ámbito procesal, Al-Jaṣṣāf¹⁶⁷⁸, miembro destacado de la escuela de Abū Ḥanīfa, en su obra sobre la labor del *qāḍī*, regulando las reclamaciones judiciales contra las herencias de las personas muertas sin herederos, establece que el juez ha de nombrar un defensor de las mismas que vele por los intereses de la *casa del dinero*, destino final de ese patrimonio. En ningún momento califica a la *bayt al-māl* como heredero en el mismo plano que los relacionados en *El Corán*. A pesar de no otorgarle tal condición, la necesidad de un perito que actúe en salvaguarda de unos derechos del tesoro confirma la titularidad de los mismos por este ente.
- El autor de la obra *Las reglas del fiqh*, Ibn Raḡab¹⁶⁷⁹, refiere dos corrientes en su escuela, la *ḥanbalī*, una que considera que el tesoro recibe la herencia a título de depósito mientras se destina a intereses generales y otra, minoritaria, que lo considera auténtico heredero.
- El jurisconsulto *mālikī*, ‘Abd-l-Qādir al-Fāsī¹⁶⁸⁰ insiste en su dictamen en que estas herencias vacantes están regidas por el mismo régimen jurídico que los bienes propios de la *bayt al-māl* de los musulmanes; si la autoridad que dictamina el gasto de las mismas es legítima y así también el interés que se pretende satisfacer, ese desembolso sería válido. En su repuesta no llega a explicitar que el tesoro público tenga la consideración de heredero del causante cuyo linaje ha quedado extinto; pero sí afirma que los bienes se confunden con los de la *bayt al-māl* y quedan regidos por las mismas normas. Una vez probada la vacancia, se aplica el régimen jurídico propio del tesoro.
- ‘Abd-l-Salām Dāwūd al-‘Ībādī¹⁶⁸¹, en su tesis doctoral, al estudiar los legados de aquellos que carecen de sucesores, resume las posturas de las diversas corrientes: la escuela *šāfi‘ī* y la *mālikī*, entre otras, estiman que al ser los bienes propiedad de los musulmanes, el legado sería válido, pero manteniendo el límite de la tercera parte. Por su parte, la *ḥanafī* y la *ḥanbalī*, principalmente, abogan por la plena libertad de disponer de los bienes por legado; deja de estar constreñido por ninguna cuota, ya que el límite del tercio se establece en beneficio del derecho de los herederos, desapareciendo por ausencia de su titular. El autor de la tesis defiende la primera opción: validez del legado en un tercio y el resto pasaría a formar parte de la *bayt al-māl*. En ambas corrientes, el patrimonio que no formara parte del legado se etiquetaría como ingreso del tesoro público. En ambas posiciones, el patrimonio que no formara parte del legado se calificaría como ingreso del tesoro público. Sin embargo, la opinión que recoge del alfaquí *mālikī* ‘Abd-l-Waḥḥāb, de finales del siglo X, quien ejerció su actividad en Egipto lugar en el que está enterrado, reviste una especial transcendencia para nuestra investigación, pues califica al patrimonio ingresado en la *casa del dinero* como herencia, otorgando a esta el estatus de heredero. Continúa la tesis del profesor Dāwūd al-‘Ībādī: la escuela de Medina y los *šāfi‘īes*, conceden la condición de heredero al tesoro público (*bayt al-māl*) en caso de ausencia de los establecidos legalmente; el resto de las escuelas también asigna esos bienes al mismo, pero a título de *res nullius*. Al considerar al tesoro público como heredero, los juristas de estas escuelas, de modo consciente o no, lo están personificando explícitamente; la otra opción, de manera menos directa, también asigna la titularidad de la *res nullius* a la *casa del dinero de los musulmanes*.
- Incluso autores, como al-Mamāṭī¹⁶⁸², que relegan al tesoro a un plano muy secundario tras el *dīwān*, en el párrafo sobre la herencia que hemos escogido de su tratado, asigna a la *bayt al-māl* la condición de heredero.

- La conclusión no reviste mucha dificultad: aquellos juristas y escuelas que asignan a la *bayt al-māl* la categoría de heredero le aplican el régimen jurídico propio de la persona humana, en plano de igualdad. En el pensamiento de los demás, sin dar ese gran paso, no rechazan plantear que el tesoro sea titular de unos derechos sobre los bienes y derechos que componen una herencia vacante.

Una vez especificada la esfera activa de la *bayt al-māl*, centrémonos en las obligaciones cuya satisfacción recae sobre esta *casa del dinero*. Intentaremos ceñirnos a la misma estructura expositiva que en el apartado anterior:

- Se impone aquí también la lógica de comenzar por el ulema cuya aportación al derecho público islámico ha sido más decisiva: al-Māwardī¹⁶⁸³. Según el régimen jurídico que predica, las obligaciones cuyo fundamento se encuentra en un depósito previo son exigibles al momento en tanto en cuanto se encuentren los bienes. Una vez que estos hayan abandonado la casa del dinero, desaparece el nexo obligacional; no es extraña esta regulación en el *fiqh* donde la vinculación de los bienes al pago de las deudas de las que traen causa es bastante común (el bien comprado hasta que se abone la totalidad del precio; asimismo, alguna vez hemos hecho referencia a las obligaciones *propter rem*). Esta medida en cierta manera es una reminiscencia del origen de la *bayt al-māl* como almacén de los bienes provenientes de las primeras conquistas. Aquellas cuyo acreedor está perfectamente delimitado y cuyo nacimiento se debe a una actuación previa del mismo, el soldado por su paga o la compra de armas, se trata como una deuda líquida y exigible inmediatamente siempre que existan fondos suficientes; en caso contrario, habrá que aplazarse hasta la finalización de la situación de insolvencia. Las inversiones en asuntos de interés o utilidad pública sólo son debidas cuando se encuentren acompañadas de activos bastantes: no será posible construir un puente o un camino careciendo de los recursos suficientes. No obstante, esta posibilidad queda cubierta con la facultad de exigir las obligaciones de *kifāyya* de las que ya hemos hablado. Los acreedores tienen a su disposición una acción judicial en defensa de su derecho contra el tesoro ante el *maylis-l-mazālim*; esta defensa también la hace suya Abū ‘Ubayd al-Qāsim¹⁶⁸⁴, en su obra sobre los tipos de bienes. Finalmente, se permite al tesoro endeudarse para hacer frente a las obligaciones perentorias.
- La responsabilidad civil extracontractual, derivada de un error, del imán, en atención a la obra de Ibn Raḡab¹⁶⁸⁵, recaería en opinión de la corriente que lo considera representante de la *umma*, sobre la *bayt al-māl*. Quienes afirman que actúa *motu proprio*, lo hacen responder a él o su *‘āqila*. Al-Šāfi‘ī¹⁶⁸⁶ niega en todo caso que el tesoro haya de asumir las consecuencias de su actuación. La solución de convertir a la *casa del dinero* en la obligada al pago de las indemnizaciones nacidas de la labor del gobernante resulta más coherente con su función como máxima autoridad a la hora de organizarla y determinar sus pagos.
- Por lo que a los emolumentos del personal dependiente del sultán se refiere, tenemos la impresión de que la unanimidad sobre su calificación como parte del pasivo de la *bayt al-māl* está bastante extendida. Al objeto de una mayor precisión expositiva, desglosemos algunos de los principales tipos de funcionarios:
 - Los jueces: existe consenso entre todas las escuelas sobre su retribución a cargo del tesoro público. Las diferencias se centran en cuestiones secundarias para nuestro trabajo. Los *ḥanafīes*, entre los que destaca al-Jaṣṣāf¹⁶⁸⁷, se oponen a que el pago que se realice tenga la consideración de renta por arrendamiento de servicio, porque esta función está incardinada en lo que denominan obediencia a Dios; moralmente, para esta corriente, no sería correcto llevar a cabo la labor a cambio de un salario, por lo que han desarrollado el concepto de la potestad de retención, la misma que asiste a la esposa de apropiarse de los bienes del marido si este no le pagare la manutención a la que tiene derecho. En

definitiva, se trata de una discusión que se inclina a ser tildada de bizantina: se le ha de pagar, pero no como renta. La *Mudawwana* de Saḥnūn¹⁶⁸⁸ concebida para verter las opiniones del ulema al que se vinculan todos los *fuqahā'* de la escuela, Mālik b. Anas, establece que el tesoro público ha de abonar las retribuciones de jueces, sin entrar en más disquisiciones teóricas: lo único que sí queda contrastada es su calificación como obligación de la *bayt al-māl*. Averroes¹⁶⁸⁹ afirma que nunca está justificado abonar esta retribución de los fondos de la *zakāt*; es coherente con la opinión de la escuela que no la considera ingreso de la *bayt al-māl*.

- En cuanto al resto de las personas pertenecientes a la administración, es posible extrapolar los argumentos anteriores: tanto auxiliares judiciales como el resto obtienen sus emolumentos del tesoro.
 - Ibn Jaldūn¹⁶⁹⁰ considera que el gobernante tiene necesidad de emplear funcionarios especializados cuya remuneración correría a cargo de su *casa del dinero*. Resulta llamativa el uso del adjetivo posesivo que refiere al sultán, cuando en la literatura jurídica más usual la *bayt al-māl* va seguida del sintagma preposicional que indica posesión “*de los musulmanes*”. Esta peculiaridad del pensador tunecino nos ha surgido en otras ocasiones, pues su objeto de interés está centrado en el estado y su monarca, nacimiento, desarrollo y declive, desde un punto de vista histórico empírico, alejado de las prescripciones de la *Šarī'a*.
- La actuación judicial no requiere únicamente un salario para sus titulares, sino que de las sentencias se derivan a veces otras obligaciones, en especial en aquellos casos en el que se ha cometido algún tipo de error: responsabilidad civil del juez. Según al-Jaṣṣāf¹⁶⁹¹, si la actuación del *qādī* tiene lugar sobre unos asuntos tenidos como derechos de Dios (por ejemplo, los delitos cuya pena está establecida en *El Corán*, como el adulterio, el robo y el consumo de bebidas alcohólicas: *ḥudūd*), la indemnización que se derivare del yerro se pagaría por la *bayt al-māl*. El argumento radica en que se ha incurrido en el mismo actuando en favor de todos los musulmanes, un remedio análogo a la responsabilidad *aquiliانا* del imán. Si los intereses tratados en el juicio fueran particulares, esa deuda recaería sobre quien hubiera sido beneficiado por el fallo erróneo. Igualmente interesante resulta la concepción de que los beneficiarios últimos de los derechos de la divinidad sean todos los musulmanes, cuyos bienes están depositados en *la casa del dinero*; la propiedad final de los mismos recae en todos y cada uno de los creyentes. Esta titularidad última será analizada al final del presente capítulo.
 - *Las leyes del dīwān*, obra compuesta por al-Mamātī¹⁶⁹², enumera y explica someramente algunas de las obligaciones, en este caso, del *dīwān*, pues para este ministro este sería el órgano del que se predica la capacidad jurídica y de obrar; a título ejemplificativo: los gastos derivados de la *casa de las medidas*, murallas y fortalezas, diques públicos, el transporte del nitro, etc.
 - A pesar de que al-Māwardī es un discípulo de su escuela, al-Šāfi'ī¹⁶⁹³ no se muestra muy partidario de convertir a la *bayt al-māl* en titular de derechos ni obligaciones. Este insigne *al-faqīh* rechaza que un depositario sea exonerado de responsabilidad por ingresar el bien como depósito en el tesoro.
 - En la actualidad, es frecuente leer en las noticias que el tesoro interviene en la economía, inyectando masa monetaria al mercado o cualquier otra acción. El viajero Ibn Baṭṭūṭa¹⁶⁹⁴ nos pone un ejemplo de intervención del sultán a través de la *bayt al-māl* para hacer bajar los precios de elementos esenciales. Relata la entrega de dinero a los comerciantes en la India musulmana para que adquirieran carne de vacuno con la intención de bajar el precio del alimento.

- Allí donde el tesoro se muestra incapaz de actuar, despliega su virtualidad, como observamos, obligación de *kifāyya*, o posibilidad del imán de compeler a aquellos particulares que sean capaces (fundamentalmente desde el punto de vista económico) a realizar una acción. En este sentido, Ibn al-Āwzī la utiliza como justificación de que el imán imponga a una persona ejercer el cargo de juez¹⁶⁹⁵ o al-Māwardī¹⁶⁹⁶ sobre la *hisba* que implica a todos los musulmanes. El artículo 1321 de la *Maṣāllā* otomana dispone: “la excavación de canales que no sean de propiedad privada, así como su reparación, corresponde a la *bayt al-māl*. Si no pudiera asumirlo, se obligaría a la gente a la excavación”. Escasean los preceptos dirigidos a las autoridades públicas en esta codificación; este es uno de lo pocos ya que su fin último es establecer una obligación de los particulares.
- La institución del *waqf* nos viene acompañando desde el comienzo de esta tesis. Igualmente está conectada con la *bayt al-māl*. En el capítulo sobre el régimen jurídico de las tierras de *jarāy*, argüimos, con el respaldo de varias fetuas *mālikīes* recopiladas en la obra del jurista al-Wanšarīsī, que las mismas, a pesar de los términos de los ulemas, su regulación no se correspondía con esa fundación; la intención era subrayar el carácter inalienable de esos bienes inmuebles. Explícitamente califican las tierras de *jarāy* como propiedad de la *bayt al-māl*: Abū Yūsuf¹⁶⁹⁷ y Yaḥya b. Ādam¹⁶⁹⁸ habla de un ingreso propio. Estos dos jurisconsultos son discípulos de Abū Ḥanīfa, una escuela opuesta a permitir al imán instituir *aḥbās*. El ulema Ibn Abū ‘Aṣrūn, alfaquí seguidor de al-Šāfi‘ī nacido en Mosul, juez en Damasco, declaró válida mediante una fetua su constitución por parte del gobernante. Este dictamen legal fue aprovechado por los sultanes, entre ellos Saladino, para instituir hospitales y escuelas mediante este procedimiento a partir del siglo XII¹⁶⁹⁹. En la antología de respuestas jurisprudenciales magrebíes y andalusíes a la que hemos hecho referencia, se encuentran numerosos argumentos, como tuvimos ocasión de resaltar, que facultan al monarca a estas acciones con la única cortapisa de llevarlas a cabo con finalidades de interés general. En definitiva, entre las *maḍāhib* se acepta comúnmente que se aparten bienes del tesoro para crear fundaciones públicas.

Tan solo resta elucidar a quién pertenecen los bienes de la *bayt al-māl*. Las posibilidades se reducen a tres: el sultán, el propio tesoro y la *umma* o todos y cada uno de los musulmanes. Como paso previo, no está de más que traigamos a colación algunos conceptos que hemos estado manejando a lo largo de todas estas páginas: la división del dominio en el derecho islámico entre propiedad directa y útil, la tendencia objetiva del *fiqh* y la distinción entre titulares de derechos determinados y los grupos abstractos. La conjunción de los tres nos conducirá a una respuesta crucial sobre el interrogante ante el que nos coloca la definición del jurista patrio de Castro. El punto de partida no ha de ser otro que el texto del libro de las leyes del sultán, de al-Māwardī, al que adjetivamos como esencial en nuestra tesis: *En lo que se refiere a la (casa del dinero) bayt al-māl sobre ingresos y gastos, pues todo bien del que sean titulares los musulmanes y no se pueda concretar quien es el dueño entre ellos, pues sería uno de los derechos de bayt al-māl. Pues, si se tomara posesión, pues esta posesión se imputaría a bayt al-māl, tanto si hubiera entrado en el almacén como si no. Porque bayt al-māl es una expresión sobre la finalidad, no sobre el lugar. Y cualquier derecho que se hubiera de destinar en interés de los musulmanes, pues sería una obligación que recae sobre bayt al-māl; si se empleara en su destino, sería un gasto de bayt al-māl, tanto si hubiera salido del almacén como si no, porque se destina en favor de los empleados de los musulmanes o es una salida de sus manos. Pues la norma de bayt al-māl se aplicaría a él, como ingreso o como gasto*¹⁷⁰⁰. En primer lugar, supone la culminación del proceso de abstracción desde el almacén de bienes a una compleja estructura jurídica con una capacidad legal y de obrar independientes. La titularidad pertenece en última instancia a los musulmanes, mas, si no se puede concretar el dueño entre ellos, sería derivada a la *casa del dinero*. Esta afirmación confirma lo que

comentamos en su momento en el capítulo tercero sobre los grupos indeterminados, cuya posición jurídica es muy débil: los pobres antes de la concreción en personas determinadas mediante partición de la limosna legal carecen de acción legal para reclamar el derecho, lo mismo ocurre con los beneficiarios indeterminados de un *waqf*. No obstante, esa asignación vaga y ambigua implica que los bienes sean indisponibles. No perdamos la perspectiva del interés del derecho islámico en la transformación que supone para la realidad los distintos negocios jurídicos, dejando en segundo plano a los sujetos de los mismos. En esta ecuación es cuando interviene el derecho de propiedad dividido en dos, común en la *Šarī'a*: el dominio sobre el dominio directo o *nuda* propiedad correspondería a todos los musulmanes en comunidad de bienes, mientras el dominio útil o usufructo sería titularidad del tesoro. Por último, la figura de Ibn Jaldūn¹⁷⁰¹ quien, admitiendo que el gobernante tiene necesidad de emplear funcionarios especializados de cuya remuneración se ha de hacer responsable, correspondiendo a su *casa del dinero*. Resulta llamativa el uso del adjetivo posesivo que refiere al sultán, cuando en la literatura jurídica más usual la *bayt al-māl* va seguida del sintagma preposicional que indica posesión “*de los musulmanes*” o “*de todos los musulmanes*”. Este pensador de familia originaria de Sevilla asigna la propiedad de la misma al rey, sultán o califa; su *Muqaddima* está consagrada a hallar las causas del nacimiento, auge y decadencia de los estados, personificados en quien detenta el poder. En ningún momento pretende definir las normas que regulan sus bienes, nada más lejos de su intención.

*Despojado de complicaciones teóricas, se emplea usualmente para designar y justificar, al lado del hombre, unos entes con capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección jurídica igual (salvo alguna especial excepción) a la atribuida a la persona natural. Se acepta como algo evidente, como un hecho, respecto al que como tal no importa que se discuta su naturaleza que ésta quede inexplicada o se considere inexplicable*¹⁷⁰². Esta es nuestra definición de cabecera, lo que en derecho penal y derecho administrativo sancionador se denomina tipo. ¿Los rasgos característicos de la *bayt al-māl* que hemos expuesto cumplen los requisitos de la misma? ¿Es una institución subsumible en el tipo? A nuestro parecer, sí, sin lugar a dudas. Nos hallamos ante un patrimonio independiente, compuesto por unos bienes, derechos y obligaciones regulados por normas jurídicas; su funcionamiento está sujeto a un régimen jurídico independiente y cuenta con una estructura personal en cuya cúspide se encuentra el sultán. Siendo estos elementos suficientes, aquello que lo transforma en persona jurídica es lo siguiente: el *fiqh* lo regula como un ente con capacidad jurídica (es titular de derechos y obligaciones, incluido el de propiedad y la obligación de pagar salarios) y de obrar (recauda, paga, gestiona, se endeuda...), obviamente a través de un conjunto de funcionarios organizados jerárquicamente bajo el poder del califa. Estas capacidades son tratadas con normalidad por los ulemas, los cuales, en ningún caso, suelen mostrar demasiado interés en describir su naturaleza.

6.1.2 El botín antes del reparto y las propiedades públicas

De la misma forma que obramos en el capítulo anterior, saquemos a la palestra otros tipos de patrimonios con cierta identidad, social o jurídica, presentes en el derecho islámico con la intención de dirimir si disfrutaban de esa autonomía jurídica que hemos predicado de la *bayt al-māl*.

A la hora de clasificar los bienes inmuebles para la Ley islámica, el arabista Raymond Charles establece cuatro categorías: las tierras tributarias o de *jarāy*, la propiedad privada, los dominios inmobiliarios del estado y los bienes habices¹⁷⁰³. Nosotros defendimos en el capítulo correspondiente, y lo continuamos manteniendo, que las tierras de *jarāy* forman parte de la propiedad pública del estado y como estamos observando en la presente parte de la tesis, forman parte de la *bayt al-māl*. Los bienes de los *aḥbās* serán objeto de un espacio específico en este trabajo. En consecuencia, y dentro del ámbito del poder público, nos resta únicamente analizar el

botín, obtenido normalmente tras una campaña militar del sultán o califa y que presenta peculiaridades en cuanto a su régimen jurídico. Algunas las hemos tomado en consideración al estudiar el tesoro, pero existe un tipo que no es ingresado en el mismo.

Hemos constatado que uno de los tipos de botín, *fay'*, así como el quinto del otro, *ganīma*, se constituyen en ingresos del tesoro. Asimismo, en el capítulo anterior comprobamos como las tierras de *jarāy* forman parte de la propiedad pública incluida en la *bayt al-māl*. Esta asignación de los bienes obtenidos en combate tiene lugar una vez que se ha establecido la cuantía y se ha procedido a la entrega de cada una de las cuotas a sus beneficiarios. ¿Ese conjunto patrimonial mientras no ha tenido lugar el reparto es regulado de manera independiente por el *fiqh*? Este será el objetivo del presente epígrafe.

^a(14) باب أوقاف أصحاب النبي، ص، وأرض الخراج ومزارعتهم ومعاملتهم،

وقال النبي، لعمر: ((تصدق بأصله، لا يباع ولكن ينفق ثمره))، فتصدق به.

2334 - أخبرنا عبد الرحمن عن مالك، عن زيد بن أسلم، عن أبيه قال: قال عمر رضي الله عنه: لو لا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبي، صلى الله عليه وسلم، خير¹⁷⁰⁴.

Parte de este capítulo con el hadiz 2334 que al-Bujārī incluyó entre los que consideraba válidos, lo escogimos en el capítulo sobre las tierras de *jarāy*. En él, el profeta ordena a 'Umar b. al-Jattāb que extraiga del tráfico jurídico el dominio directo o nuda propiedad, liberando el usufructo o dominio útil. Posteriormente, sobre este mandato, este califa decreta que, en aras de las nuevas generaciones de musulmanes y sus futuros ingresos, no procederá al reparto de todas las tierras.

طباب في قسمة الغنائم.

قال أبو يوسف: أما ما سألت عنه يا أمير المؤمنين من قسمة الغنائم إذا أصيبت من العدو وكيف يقسم ذلك، فإن الله تبارك وتعالى قد أنزل بيان ذلك في كتابه فقال فيما أنزل على رسوله [...] فهذا والله أعلم فيما أصيب المسلمون من عساكر أهل الشرك، وما أجلبوا به من المتاع والسلاح والكراع فإن في ذلك الخمس لمن سمي الله عز وجل في كتابه العزيز، وأربعة أخماس بين الجند الذين أصابوا ذلك [...]

[...] قال لي رسول الله، ص: لو جاء مال البحرين أعطيتك هكذا وهكذا يشير بكفيه. فقال له أبو بكر رضي الله تعالى عنه: خذ. فأخذ بكفيه ثم عدّه خمسمائة فقال: خذ إليها ألفاً. فأخذ ألفاً، [...] وبقيت بقية من المال فقسمها بين الناس بالسوية على الصغير والكبير، والحر والمملوك، والذكر والأنثى...¹⁷⁰⁵

El botín del tipo *ganīma*, compuesto por los bienes muebles arrebatados al enemigo, una vez detraído el quinto cuyos beneficiarios se establecen en *El Corán*, se ha de distribuir entre los soldados que los obtienen. Esa es la regla general y así lo recoge Abū Yūsuf. Este seguidor de Abū Ḥanīfa, en su famoso libro sobre el *jarāy*, menciona la tradición del reparto de los bienes de la conquista de al-Baḥrayn sin especificar si pertenecían a esta clase, aunque del texto podría deducirse que así es. En concreto se hace eco de la forma en que actuó Muḥammad con Abū Bakr: le hizo coger el dinero con sus manos y el sobrante lo repartió a partes iguales entre la gente. Todo hace indicar que el proceso era muy rápido; el más mínimo retraso podría provocar que esos bienes dieran frutos y entonces habría que decidir el titular de los mismos.

a (14) Capítulo sobre los *awqāf* de los compañeros del profeta y la tierra de *jarāy*, su cultivo el trato que les dispensan.

Y le dijo el profeta a 'Umar: "convierte en *ṣaḍaqa* el bien raíz, que no se venda pero gasta de sus frutos".

2334: 'Abd -l-Raḥmān me ha informado a través de Mālik, a través de Zayd b. Aslam, a través de su padre: 'Umar, Dios está satisfecho de él, dijo: si no fuera por el último de los musulmanes, no hubiera conquistado ninguna aldea sin que la repartiera entre los conquistadores, como el profeta de Dios, las bendiciones sean sobre él, hizo en Jaybar.

b Capítulo sobre el reparto del *ganīma*.

Dijo Abū Yūsuf: En cuanto a lo que preguntaste, Príncipe de los Creyentes, sobre el reparto del *ganīma*, si se obtiene del enemigo y cómo se ha de proceder, Dios, Bendito y Altísimo, ha revelado en Su Libro y dijo en lo que reveló a su profeta [...] Esto, Dios es más sabio, en cuanto a lo que los musulmanes obtienen de los soldados de la gente de la idolatría y lo que toman de muebles, armas, escudos; de ellos se aparta el quinto para los que Dios ha determinado en su querido Libro, y los otros cuatro quintos entre los soldados que lo obtuvieron [...]

[...] Me dijo el enviado de Dios: si llegara el dinero de al-Baḥrayn, te daré esto y esto, señalando las palmas de sus manos Le dijo Abū Bakr: cogió; cogió con las palmas de sus manos, lo contó y encontró quinientos y dijo: toma de ello mil y cogió mil [...] el resto del dinero lo repartió a partes iguales entre la gente, pequeños y grandes, libres y esclavos, varones y hembras...

4ª * قال: فأما الغنيمة ففيها الخمس لله عز وجل، وهو مردود من الله عز وجل على الذين سمي [...]، لا يوضع في غيرهم، وذلك إلى الإمام يضع فيمن حضره منهم، ويبعد أن يجتهد رأيه ويتحرى العدل، ولا يعمل في ذلك بالهوى، وما بقي بعد الخمس فهو للذين غلبوا عليه من المسلمين، وقسم بينهم بالسوي¹⁷⁰⁶.

Yahya b. Ādam, el compañero de escuela originario de Kūfa de Abū Yūsuf, también afirma que, una vez detraído el quinto de Dios (el cual hemos visto que se convierte en un ingreso del tesoro), esta clase de botín se ha de repartir entre los combatientes participantes en la victoria. El concepto de una partición inmediata, tanto por el tipo de bienes que lo componen como los destinatarios, impera en su régimen jurídico, por lo que parece que no se precisa ninguna regulación.

ووسبب إختلافهم في إيجاب الزكاة عليه أو لا إيجابها هو إختلافهم في مفهوم الزكاة الشرعية هل هي عبادة كالصلاة والصيام؟ أم هي حق الواجب للفقراء على الأغنياء؟ فمن قال إنه اعبادة يعتبروا البلوغ، ومن قال إنها حق واجب للفقراء والمساكين في أموال الأغنياء لم يعتبر في ذلك البلوغ من غيره.

[...] والسبب في إختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق مرتب في المال للمساكين؟ فمن رأى أنها حق لهم قال: لا زكاة في مال من عليه الدين، لأن حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق المساكين، وهو في الحقيقة مال صاحب الدين لا الذي بيده. ومن قال هي عبادة قال: تجب على من بيده مال لأن ذلك هو شرط التكليف، وعلامته المقتضية الوجوب على المكلف سواء كان عليه دين أو لم يكن؛ وأيضاً فإنه قد تعارض هنالك حقان: حق الله، وحق آدمي، وحق الله أحق أن يقضى، والأشبه بغرض الشرع إسقاط الزكاة عن المدين فقوله عليه السلام فيها ((صدق تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم)) والمدين ليس بغني¹⁷⁰⁷.

El primer párrafo de este fragmento extraído de la obra de Ibn Rūšd, *Comienzo del estudioso y final del que está en el justo medio*, ilustró nuestro capítulo sobre la capacidad de obrar en el derecho islámico. Esa parte inicial aborda la cuestión de si el menor de edad está obligado a pagar la limosna legal o no. Quienes la consideran un culto y por tanto un derecho de Dios estiman que sí ha de abonarla; los que parten de considerarla un derecho de los pobres opinan lo contrario. Esta situación se reproduce: ¿los deudores han de pagar la *zakāt* o no? En este momento de nuestro trabajo, esta controversia nos pone ante nuestros ojos que esta *ṣaḍāqa* también parte de la premisa de un reparto inmediato. Tanto en el supuesto de ser un derecho de Dios como de los pobres parece que se carece de una reglamentación sobre accesiones, frutos, etc un régimen especial que dote al patrimonio de cierta autonomía jurídica.

الفصل الأول في حكم خمس الغنيمة.

a 4- En cuanto a *ganīma*, en él se ha reservar el quinto de Dios, el Altísimo, quien lo destina para los que ha nombrado [...] No se destina a nadie más; esto se faculta al imán a que lo ponga en los que estén presentes entre ellos. Esto requiere estudiar un dictamen y basarse en la justicia, no actuar por capricho; el resto es el botín que se entrega a quienes salieron victoriosos entre los musulmanes, y se reparte entre ellos a partes iguales.

b Y la causa de su diferencia sobre la obligación de la *zakāt* o su no obligatoriedad radica en la diferencia en el concepto de la *zakāt* legal, ¿es un culto como la oración y el ayuno? ¿o es un derecho que se pueda reclamar por parte de los pobres a los ricos? Quien afirma que es un culto considera que es obligatoria la mayoría de edad. Quien considera que es un derecho de los pobres sobre los ricos pues no la estima necesaria.

[...] Y la causa de sus diferencias estriba en que si la *zakāt* se considera un culto o un derecho vinculado a los bienes en favor de los pobres. Quien dice que es un derecho de estos afirma que no se produce la *zakāt* en los bienes de los que tienen deudas, porque el derecho de los acreedores es previo en el tiempo al derecho de los menesterosos; en verdad, sería un bien del acreedor, no del que lo tiene en su mano. Quien afirma que es un culto opina que se debe sobre el que lo tiene en su poder, porque es un requisito del mandato divino, y la prueba de su imposición es la obligación del obligado, tanto si es deudor como si no. También, se encuentran dos derechos opuestos: el de Dios y el del hijo de Adán, siendo el derecho de Dios preferente para ser satisfecho. Lo más parecido a la intención del Legislador sería la anulación de la *zakāt* de los deudores, por lo que ha dicho el que sobre él son las bendiciones: “la *ṣaḍāqa* se toma de los ricos, y se da a los pobres”, no siendo el deudor un rico.

c Capítulo primero. Sobre el régimen del quinto del *ganīma*.

Los musulmanes están de acuerdo en que en el *ganīma* que se toma por la fuerza de las manos de los *rūm*, excepto las tierras, un quinto es para el imán y cuatro quintos para los que lo consiguen [...]

Capítulo segundo. Sobre el régimen de los cuatro quintos.

Los ulemas coinciden en que los cuatro quintos del *ganīma* son para los combatientes que lo obtienen, si lo hubieran hecho con permiso del imán; discrepan sobre los que hubieran partido sin esa autorización, sobre a quién le es debida la parte del botín, cuándo se debe, cuánto y lo que puede hacer antes del reparto [...]

[...] ‘Abd-l-Raḥmān b. ‘Awf le dijo a un hombre pobre entre los que emigraron que saliera con ellos; respondió que sí lo prometió. Cuando llegó el momento, este se excusó por un asunto familiar. ‘Abd-l-Raḥmān le dio tres dinares para

وإنفق المسلمون على أن الغنيمة التي تؤخذ قسراً من أيدي الروم ما عدا الأرضين أن خمسها للإمام وأربع أخماسها للذين غنموها [...]

الفصل الثاني في حكم الأربع الأخماس.

وأجمع جمهور العلماء على أن أربع أخماس الغنيمة للغانمين إذا خرجوا بإذن الإمام وإختلفوا في الخارجين بغير إذن وفيمن يجب له سهمه من الغنيمة ومتى يجب وكف يجب وفيما يجوز له من الغنيمة قبل القسم؟ [...] [..] أن عبد الرحمن بن عوف قال لرجل من فقراء المهاجرين أن يخرج معه، فقال نعم فوعده، فلم حضر الخروج دعاه فأبى أن يخرج معه وإعتذر له بأمر عياله وأهله، فأعطاه عبد الرحمن ثلاثة دنائير على أن يخرج معه، فلما هزموا العدو سأل الرجل عبد الرحمن نصيبه من المغنم فقال عبد الرحمن: سأذكر أمرك لرسول الله، ص، فذكره له، فقال رسول الله، ص، ((تلك الثلاثة دنائير حظه ونصيبه من غزوه في أمر دنياه وأخرته)) وخرج مثله أبو داود عن [...] ومن أجاز القسم سبهه بالجعائل أيضاً وهو أن يعين أهل الديوان بعضهم بعضاً، وأعنى يعين القاعد منهم الغازي.

وقد إختلف العلماء في الجعائل، فأجازها مالك ومنعها غيره [...] [..] وأما ما يجوز للمجاهد أن يأخذ من الغنيمة قبل القسم فإن المسلمين إتفقوا على تحريم الغلول لما ثبت في ذلك عن رسول الله، ص، مثل قوله عليه الصلاة والسلام ((أذ الخائط والمخيطة، فإن الغلول عار وسنار على أهله يوم القيامة)) إلى غير ذلك من الآثار الواردة في هذا الباب وإختلفوا في إباحة الطعام للغزاة ماداموا في أرض الغزو فأباح ذلك الجمهور، ومنع ذلك قوم وهو مذهب ابن شهاب... 1708

En este estudio detallado sobre el *ganīma*, el filósofo y jurista cordobés nos resume el régimen jurídico del mismo: un quinto se destina al imán y, como vimos, entrará a formar parte de la *bayt al-māl*, los cuatro quintos restantes se han de repartir entre los combatientes, permitiéndose en su escuela, al contrario que las demás, que con carácter previo se reserve parte como recompensa. Finalmente, antes del reparto, los beneficiarios no pueden apropiarse de nada, salvo los alimentos necesarios; si así actuara, sería calificado como robo.

^a[فصل: في ملك الغانمين الغنيمة]:

أوجه: أصحها: لا يملكون إلا بالقسمة، أن إختيار التملك؛ لأنهم لو ملكوا- لم يحص إعراضهم ولا إبطال حقهم عن نوع بغير رضاهم ولا شك أن للإمام أن يخص كل طائفة بنوع من المال. والثاني: يملكون بالحيازة، والإستيلاء التام؛ لأن الإستلاء على ما ليس بمعصوم من المال سبب للملك؛ لأن ملك الكفار زال بالإستلاء، ولو لم يملكو لزال الملك إلى غير مالك. لكنه ملك ضعيف، ويسقط بالإعراض. والثالث: موقوف إن سلمت الغنيمة، حتى قسموها. بان أنهم ملكوا بالإستلاء وإن تلفت، أو أعرضوا؛ تبييناً عدم ملك، [وحينئذ] فهذه المسألة من نظائر المسائل المتقدمة¹⁷⁰⁹.

Este capítulo de la obra de al-Suyūṭī, se describe el momento en el que los beneficiarios adquieren la propiedad del botín. La tesis correcta para el ulema sería con el negocio jurídico de la partición; también enumera dos más: bien con la toma efectiva de la posesión o, tras ese momento, pero suspendida su plenitud hasta el reparto.

que partiera con él. Al ser derrotado el enemigo, el hombre pidió a ‘Abd-l-Raḥmān su parte del botín y este le contestó: se lo comentaré al enviado de Dios y así lo hizo. El enviado de Dios dijo: “*estos tres dinares forman parte de su parte por la raziya en esta y en la otra Vida*”. También partió de esa manera Abū Dāwūd [...] y quienes consideran válida ese reparto en analogía con las recompensas, es decir, que la gente del *dīwān* especifique algunos, en el sentido que quien se queda en retaguardia nombre a un combatiente.

Los ulemas discrepan sobre las recompensas: Mālik las considera válidas y el resto las prohíben [...]

[...] En cuanto a lo que el combatiente le está permitido antes que se produzca la partición del botín, los musulmanes han llegado al consenso de que está prohibido robar del botín, por lo que está probado del enviado de Dios, como su dicho: “*este robo será una vergüenza para el que lo comete el Día del Juicio Final*” y otras tradiciones que aparecen en este capítulo. Discrepan sobre la comida para el combate mientras que estén en tierras de lucha. La mayoría de los alfaquíes lo permiten y lo prohíbe un grupo, que es la escuela de Ibn Šihāb.

a (Capítulo: sobre la propiedad de los beneficiarios sobre el botín):

Varios aspectos. El más correcto: no adquieren la propiedad más que con el reparto, o la elección de apropiarse; porque si adquirieran la propiedad, no sería válida la ampliación ni la anulación de su derecho sobre una clase sin su consentimiento, no habiendo dudas sobre la potestad del imán para especificar tipos de bienes a cada grupo.

Segundo: adquieren la propiedad por la posesión y la ocupación plena, porque la ocupación es causa de adquisición de la propiedad sobre lo que no es seguro; ya que la propiedad de los idólatras se extingue con su ocupación, y si no lo adquirieran, se extinguiría sin que ningún propietario se hiciera con ella. Sería una propiedad débil, que se extinguiría con la ampliación.

Tercero: estaría suspendida entre la entrega del botín y su reparto. La adquirirían con la toma de posesión aunque se destruyera o se ampliara; mostrando un ausencia de propiedad y así sería una cuestión opuesta a las que preceden.

^a(قال الشافعي) وقد مضى من كان ينفق عليه رسول الله، ص، من أزواجه وغيرهن لو كان معهن فلم يعلم أحداً من أهل العلم قال لورثتهم تلك النفقة التي كانت لهم ولا خلاف في أن تجعل تلك النفقة حيث كان النبي، ص، يجعل فضول غلات تلك الأموال فيما فيه صلاح الإسلام وأهله...¹⁷¹⁰

Muhammad, según nos cuenta al-Šāfi‘ī, y así lo hemos comentado en alguna ocasión anterior, destinaba parte del dinero del botín en los gastos necesarios de sus esposas. Con el paso del tiempo, esas cantidades se reservaron para sus herederos. Los frutos de los bienes apartados se invertirían en asuntos de interés general. Según esta opinión, los beneficiarios del botín no harían suyos los frutos de los bienes adquiridos, antes del reparto y entrega, se sobreentiende.

^bوقال بعض الرواة: إرتد بنو وليعة قبل وفاة النبي، ص، فلما بلغت زياد بن لبيد وفاته، ص، دعا الناس إلى بيعة أبي بكر فبايعوه خلافاً لبيعة فبيعتهم وإرتد الأشعث وتحصن في النجير فحاصره زياد بن لبيد والمهاجر إجتماعاً عليه وأمدهما أبو بكر رضي الله عنه ب [...] فقدم عليهم وقد فتح النجير فسأل أبو بكر المسلمين أن يشركوه في الغنيمة ففعلوا...¹⁷¹¹

En esta historia de las conquistas escrita por al-Balādurī, historiador nacido a finales del siglo IX en Bagdad¹⁷¹², se nos narra un episodio en las guerras contra las tribus que apostataron a la muerte de Muhammad. En concreto, uno de estos clanes se refugió en la fortaleza del al-Nuḡayr, al este de Yemen, cerca de la frontera con Omán¹⁷¹³. Al aplastar la rebelión, el califa Abū Bakr preguntó a los musulmanes acerca de compartir el botín, que fue lo que decidieron. Las referencias históricas, algo que subrayamos en el capítulo anterior, indican que en el comienzo todas las riquezas obtenidas eran repartidas con inmediatez; en dicha partición, el califa, como antes el profeta, ostentaban una gran discrecionalidad.

^cذكر العطاء في خلافة عمر ابن الخطاب رضي الله عنه. [...] وأدأ بال رسول الله، ص، ففعل فكبت عائشة أم المؤمنين رحمها الله في إثني عشر ألف، وكتب سائر أزواج النبي، ص، في عشرة آلاف، وفرض لعلی بن أبي طالب في خمسة آلاف، وفرض مثل ذلك لمن شهد بدرأ من بني هاشم. [...] عمر إستشار المسلمين في تدوين الديوان [...] فلما أجمع عمر على تدوين الديوان في المحرم سنة عشرين بدأ ببني هاشم في الدعوة، ثم الأقرب فالأقرب برسول الله، ص، [...] وقال سائرهم لم يفضل أحداً على أهل بدر إلا أزواج النبي، ص، فإنه فرض لهن إثني عشر ألفاً...¹⁷¹⁴

En este capítulo sobre las donaciones de uno de los primeros califas tras la muerte de Muhammad, ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, al-Balādurī nos muestra una asignación en función del parentesco con el profeta, comenzando por sus numerosas esposas. No detalla la procedencia del dinero, pero todo apunta a que las conquistas incrementaron en gran medida las arcas del círculo cercano a Muhammad. Este fragmento apoya la tesis de la creación de los registros para controlar el número y la cantidad destinada a cada beneficiario.

^dإستيلاء قوم كنانة، وخزاعة على البيت، ونفي جرهم. ثم إن جرهما بغو بمكة، وإستحلوا خلافاً من الحرمة، فظلموا من دخلها من غير أهلها، وأكلوا مال الكعبة الذي يهدي لها [...]

a (Al-Šāfi‘ī ha dicho) Según lo que ha precedido, aquello que el enviado de Dios gastaba en sus esposas y otras que estaban con ellas, y que ninguno de entre la gente de la ciencia conocía, sería para sus herederos y los excedentes de sus frutos de estos bienes se invertirían en lo que fuera en interés del Islam y su gente...

b Algunos cronistas han dicho: los Banū Walī‘a apostataron antes de la muerte del profeta, Cuando se le notificó a Zyād b. Labīd su muerte, convocó a la gente para que prestara juramento de fidelidad a Abū Bakr, y así lo hicieron, salvo los Banū Walī‘a y su clan; también apostató al-Aš‘aṭ. Se hicieron fuertes en al-Nuḡayr. Allí los sitió Zyād b. Labīd y al-Muhāyir. Se unió a ellos con refuerzos Abū Bakr [...] Se adelantaron y conquistaron al-Nuḡayr; Y Abū Bakr pidió a los musulmanes que compartieran el botín y así lo hicieron.

c Mención de las donaciones durante el califato de ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él.

[...] Comenzó con la familia del enviado de Dios, decretó que a ‘A’iša, la madre de los musulmanes, Dios se apiade de ella, doce mil. Para el resto de esposas decretó diez mil. Impuso para ‘Alī b. Abū Ṭālib, cinco mil; también para los que fueron testigos de la batalla de Badr, entre los Banū Hāšim.

‘Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él, pidió consejo a los musulmanes sobre la creación de un *dīwān*. Cuando obtuvo la unanimidad sobre ello, en el mes de *muḥarram* del año veinte, comenzó con los Banū Hāšim, después con los más cercanos al enviado de Dios [...]

[...] Dijo: no se tiene preferencia por nadie, salvo las esposas del profeta, a las que asignó doce mil [...]

d Ocupación por las tribus Kināna y de Juzā‘a de la Casa, y la oposición de Ŷurham.

Ŷurham ambicionaba Makka ocuparon su recinto sagrado, tratando injustamente a quienes venían de fuera, consumiendo los bienes de la Ka‘ba que le entregaban [...]

Siguió que al-Gawṭ b. Murra permitía a la gente peregrinar.

ما كان يليه الغوث بن مر من الإجازة للناس بالحج. وكان الغوث بن مر بن أد بن [...] يلي الإجازة للناس بالحج من عرفة، وولده من بعده، وكان يقال: له، [...] لأن أمه كانت امرأة من جرهم، وكانت لا تلد، فنذرت لله إن هي ولدت رجلاً أن تصدق به على الكعبة عبداً لها يخدمها [...]

حديث بنيان الكعبة وحكم رسول الله، ص، بين قريش في وضع الحجر. قال ابن إسحاق: فلما بلغ رسول الله، ص، خمساً وثلاثين سنة، اجتمعت قريش لبنيان الكعبة، وكانوا يهيمون بذلك؛ ليسقفوها ويهايون هدمها، وإنما كانت رضماً فوق القامة، فأرادوا رفعها، وتسقيفها، وذلك أن نفرأ سرقوا كنزاً الكعبة...¹⁷¹⁵

‘Abd Mālik b. Hišām, historiador nacido en Basora en el siglo IX y autor de una de las más famosas biografías de Muḥammad, en estas partes que hemos escogido, nos presenta varios episodios en la historia de La Meca y, en concreto, sobre los tesoros de la Ka‘ba, antes y durante la vida del profeta. Por un lado, nos conecta con los primeros capítulos de nuestro trabajo en los que referíamos los bienes de los templos mesopotámicos, helenísticos y romanos. Por otro, alude a un posible antecedente de la tendencia objetiva del derecho islámico: a este centro religioso preislámico parece que se le imputa la propiedad de tesoros y de esclavos.

a الفصل الأول لمحة في تاريخ الوقف

تمهيد: يمكن القول بأن مضمون الوقف موجود لدى الأمم والشعب قديماً وحديثاً مع إختلاف في المسميات، وذلك لأن المعابد وأماكن العبادة من كنائس وبيع كانت قائمة مع قدم الإنسان، ولا بد أن يُرصد لهذه الأماكن عقارات وأراض ينفق من غلاتها على إحتياجات هذه الأماكن من ترميم وصيانة وحماية، ومن رواتب للعاملين فيها، فلا نتصور أن أماكن عبادة كانت مملوكة لأشخاص بأعيانهم، إنما هي ملك للجميع فلا مناص أن نقرر بأن الوقف كان موجوداً في معناه قبل الإسلام [...]

المبحث الأول: الوقف لدى العرب قبل الإسلام. [...] وأن أول ما عرف لدى العرب من ذلك قبل الإسلام ((الكعبة المشرفة)) وهي البيت العتيق الذي رفع قواعدها إبراهيم وإبنه إسماعيل عليهما السلام [...]

والسؤال: ما المقصود بالعبارة التي وردت على لسان الإمام الشافعي رحمه الله. ومفادها (ولم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته دار ولا أرضاً تبرراً بحبسها وإنما حبس أهل الإسلام). لقد عقب عدد من فقهاء الشافعية ومن فقهاء المذاهب الأخرى على هذه العبارة وقالوا: إن هذا الوقف المعروف حقيقة شرعية لم تعرف الجاهلية، وتأويل آخر: إن الجاهلية لم تحبس بنية التقرب إلى الله عز وجل، وإنما للفخر والمباها أي أن العرب لم يحبسوا تبرراً الحبس¹⁷¹⁶.

Este estudioso contemporáneo de Jordania, ‘Ikrima Sa‘īd Ṣabrī, en su monografía sobre el *waqf* islámico, comienza su trabajo con una breve referencia a su origen, vinculándolo a los lugares de culto, desde una época anterior al Islam, siendo el primero que conocieron los árabes la Ka‘ba,

al-Gawṭ b. Murra permitía a la gente peregrinar hasta ‘Urfa, tuvo un hijo [...] porque su madre era una mujer de Yurham que no tenía hijos, así que hizo una promesa a Dios: si tuviera un hijo varón daría en limosna a la Ka‘ba un esclavo para que le sirviera [...]

Sobre la construcción de la Ka‘ba y el dictamen del enviado de Dios entre la tribu de Qurayš y la instalación de la primera piedra.

Dijo Ibn Ishāq: cuando el enviado de Dios cumplió los treinta y cinco años, se reunió la tribu Qurayš para construir la Ka‘ba. Les interesaba el asunto: techarla y evitar su destrucción, Querían levantar una cerca y techarla para evitar que robaran sus tesoros.

a Capítulo primero. Un vistazo a la historia del *waqf*.

Introducción:

Se puede decir que el contenido del *waqf* ha estado presente en los diversos pueblos y naciones en la antigüedad y en los tiempos modernos, a pesar de las diferentes nomenclaturas. Ello es así porque los templos y lugares de culto, como iglesias y sinagogas, se han erigido desde el hombre primitivo; precisan capital para esos lugares, edificios y tierras para gastar con sus frutos en las necesidades de los mismos: reparación, conservación, restauración y defensa, salarios de sus trabajadores. No podemos imaginar lugares de culto propiedad de personas determinadas, sino de dominio de todos, así que no hay inconveniente en afirmar que el *waqf* ha estado presente, en su concepto, antes del Islam.

Apartado primero: el *waqf* entre los árabes antes del Islam.

[...] El primero que conocieron los árabes antes del Islam fue (la Noble Ka‘ba); la inmemorial casa cuyas bases fueron erigidas por Abraham y su hijo Ismael [...]

[...] La pregunta sería: ¿qué quiere decir la expresión en palabras del imán al-Šāfi‘ī que dice “la gente de la *Yāhilyya* en lo que conozco no han constituido en *waqf* una casa ni tierras por obrar el bien, únicamente lo ha hecho la gente del Islam”.

Gran número de *fuqahā’* de esa escuela y de las otras han comentado esa expresión y han dicho: ese *waqf* es una realidad legal desconocida en la *Yāhilyya*; la interpretación es: en la *Yāhilyya* no se constituía un *waqf* por motivos piadosos, sino por orgullo y soberbia, es decir, no lo hacían por obrar el bien.

edificada según la tradición musulmana por Abraham y su hijo Ismael. Parece que el profesor jordano olvida la vertiente privada, en favor de familiares o personas concretas, de este negocio. En cualquier caso, las fundaciones siempre han estado unidas a los templos y su sostén, también en la tradición cristiana.

[...]a (قوله لم تعرفه الجاهلية) لعل المراد بهم هنا من لم يتمسك بكتاب كعبدة الأوثان لما يأتي بعد قول المصنف وإن وقف على جهة معصية الخ من قوله ما فعله ذمي لا نبطله إلا إن ترفعوا إلينا، إلى قوله: لا تما وقفوا قبل البعث على كنائسهم الخ، فإنه صريح في مشروعية الوقف قبل التعتة...¹⁷¹⁷

Šams al-Dīn al-Ramlī, conocido como el pequeño al-Šāfi‘ī, nacido en Egipto en el siglo XV¹⁷¹⁸, en su obra *El final del necesitado de explicación sobre el camino correcto*, recopilando el *fiqh* de la escuela, afirma que la institución del *waqf* es anterior a Muḥammad, pues los cristianos la empleaban en favor de sus iglesias con carácter previo a su venida, y no se ha de anular, salvo que exista motivo para una demanda judicial.

bفصل: في إقطاع المعادن.

وأما إقطاع المعادن، وهي البقاع التي أودعها الله تعالى جواهر الأرض، فهي ضربان: ظاهرة وباطنة. فأما الظاهرة: فهي ما كان جوهرها المستودع فيها بارزاً، كمعادن الكحل والملح والقار والنفط، وهو كالماء الذي لا يجوز إقطاعه، والناس فيه سواء، يأخذ من ورد إليه [...]

وأما المعادن الباطنة: فهي ما كان جوهرها مستكناً فيها لا يوصل إليه إلا بالعمل، كمعادن الذهب والفضة والصفرة والحديد، فهذه وما أشبهها معادن باطنة سواء أحتاج المأخوذ منها إلى سبك وتخليص أو لم يحتج.

وفي جواز إقطاعها قولاً: أحدهما: لا يجوز كالمعادن الظاهرة، وكل الناس فيها شرع. والقول الثاني: يجوز إقطاعها [...]. وفي حكمه قولان: أحدهما: أنه إقطاع تملك بصير به المقطع مالاً لرقبة المعدن كسائر الأموال، في حال عمله وبعد قطعه يجوز له بيعه في حياته وينتقل إلى وارثه بعد موته. والقول الثاني: أنه إقطاع إرفاق لا يملك به رقبة المعدن، ويملك به الإرتفاق بالعمل فيه مدة مقامه عليه، وليس لأحد أن ينزعه فيه ما أقام على العمل، فإذا تركه زال حكم الإقطاع عنه، وعاد إلى حال الإباحة. فإذا أحيى مواتاً لإقطاع أو غير إقطاع فظهر فيه الإحياء معدن ظاهر أو باطن، ملكها لمحيي على التأييد، كما يملك ما إستنبط من العيون وإحتقره من الآبار¹⁷¹⁹.

Al-Māwardī describe los distintos puntos de vista de los ulemas sobre el reparto o concesión sobre los minerales. En primer lugar, los clasifica en dos tipos: aquellos que afloran en la superficie y los que están ocultos en el interior de la tierra. Los primeros podrían ser explotados por cualquier persona. En cuanto a los otros, los juristas musulmanes se dividen entre los que niegan que el imán pueda repartirlos y los que lo autorizan. En el primer caso, se aplicaría en mismo régimen que los que se encuentran accesibles. En el segundo, una corriente estima que se trataría de un auténtico

a (En su expresión no lo ha conocido la *Yāhilyya*) quizás referirse a aquellos que no están unidos a un Libro, como el adorador de ídolos, por la que aparece en el manuscrito (“*si lo constituyen en desobediencia, etc*”) y por lo que añade: “*si un ḍimmī lo hiciera, no lo anularíamos, salvo que se interpusiera una demanda ante nosotros*”, por lo que añade: “*debido a los awqāf que han constituido en favor de sus iglesias, etc.*” Esto es una prueba patente de la legalidad del *waqf* antes del envío del profeta...

b Capítulo: repartimiento de los minerales:

En cuanto a al repartimiento de los minerales, que es la porción de tierra donde Dios el altísimo los depositó en el terreno, es de dos tipos: visibles y ocultos.

Visibles: son los que su depósito destaca, como el mineral de antimonio, sal, alquitrán y nafta; es como el agua: no es válido su repartimiento, la gente con ellos están en igualdad de condiciones, tomando lo que aparece [...]

En cuanto a los minerales ocultos: son los que están tapados y no se puede llegar a ellos más que con trabajo, como el oro, la plata, estaño e hierro, más los que son similares, tanto si precisan de fundición y purificación como si no.

Sobre la validez de su repartimiento existen dos opiniones. Una de ellas: no es válido, al igual que los minerales visibles; todo el mundo podría tomarlos. La segunda: es válido su repartimiento [...]

Sobre su régimen existen dos opiniones. La primera es que es un repartimiento de la propiedad, donde el beneficiario se convierte en propietario del dominio directo del mineral como el resto de los bienes; cuando lo explota y después de su reparto le es lícito venderlo en vida y transmitirlo a sus herederos después de su muerte. La segunda: es un reparto de uso, no es propietario del dominio directo del mineral, sino de su uso mediante el trabajo durante el tiempo de la explotación; nadie puede discutirle su explotación. Si la abandonara, se extinguiría el repartimiento, volviendo a considerarse permitido. Si alguien lo volviera a explotar mediante repartimiento o no y aparecieran minerales visibles u ocultos, se lo apropiaría por la explotación de forma perpetua, como quien se convierte en propietario de lo que surge de las fuentes y pozos.

reparto que convertiría en propietario al beneficiario una vez que con su trabajo hubiera tomada posesión del mineral. Para otro grupo, se trataría de una concesión temporal de explotación.

^a {القاعدة الخامسة: تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة}

هذه القاعدة نص عليها الشافعي (ب/35) وقال: (منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم) [...] ومنها: أنه لا يجوز له أن يقدم في مال بيت المال غير الأحوج على الأحوج [...] وإستنتج ذلك من حديث: ((إنما أنا قاسم، والله المعطي)).

قال: ووجه الدلالة: أن التملك والإعطاء إنما هو من الله تعالى لا من الإمام، فليس للإمام أن يملكه أحداً إلا ما ملكه الله. وإنما وظيفة الإمام القسمة. والقسمة لا بد أن تكون بالعدل¹⁷²⁰.

Este fragmento del alfaquí *šāfi'ī*, al- Suyūṭī, el cual apoyó nuestra tesis sobre la naturaleza de la representación que el gobernante tiene de la *umma*, sobre el fundamento de una sentencia del maestro de la escuela (*el cargo de imán de la grey es idéntico al del tutor del huérfano*), concluye que el sultán sólo reparte y Dios otorga la propiedad. Dios es el verdadero y último propietario. Observamos el carácter paternalista del oficio, una especie de patria potestad o tutela. Ahora bien, Dios le concede la potestad de disponer de los bienes con una amplia libertad para repartirlos entre los súbditos.

^b ككتب إلى السري، عن شعيب، عن [...] قالوا: وقد كان المثنى وعصمة وجرير أصابوا في أيام بويب على الظهر نزل مهران غنماً ودقيقاً وبقراً، فبعثوا بها إلى عيالات من قدم من المدينة وقد خلفوهن بالقوادس، وإلى عيالات أهل الأيام قبلهم، وهم بالحيرة. وكان دليل الذين ذهبوا بنصيب العيالات الذين بالقوادس عمرو بن عبد المسيح [...]. فلما رُفِعوا للنسوة فرأين الخيل، تصايحن وحبسها غارة، فقمن دون الصبيان بالحجارة والعُمد، فقال عمرو: هكذا ينبغي لنساء هذا الجيش! وبشروهن بالفتح، [...] ورجع عمرو بن [...] فبات بالحيرة. وقال المثنى يومئذ: من يتبع الناس حتى ينتهي إلي السيب؟ فقام جرير [...] في قومه، فقال: يا معشر بحيلة، إنكم وجميع من شهد هذا اليوم في السابقة والفضيلة والبلاء سواء، وليس لاحد منهم في هذا الخمس غداً من النفل مثل الذي لكم منه؛ ولكم ربع خمسه نفلأ من أمير المؤمنين؛ فلا يكونن أحد أسرع إلى هذا العدو ولا أشد عليه منكم للذي لكم منه؛ ونية إلى ما ترجون؛ فإنما تنتظرون إحدى الحُسنيين: الشهادة والجنة أو الغنيمة والجنة¹⁷²¹.

Nos narra al-Ṭabarī una de las primeras batallas de los musulmanes contra los persas, cerca de la ciudad de al-Ḥīra, población del sur de Iraq que según las crónicas estuvo en algún momento a orillas del Golfo Pérsico y cuna de la dinastía de reyes árabes descendientes de Lajam b. Nu'mān¹⁷²². Describe el reparto del botín, consistente en grano y ganado, el cual alcanzó a las familias de los combatientes. Hay que destacar la arenga del jefe militar: conseguireis bien el martirio y el paraíso o el botín y el paraíso. La motivación crematística de los soldados jugaba un papel fundamental, lo cual explica la densa regulación del mismo por parte de la *Šarī'a*.

a (Regla quinta: la actuación del imán está relacionada con su interés).

Esta regla es establecida por al- Šafi'ī (b/35) y dice: “el cargo de imán de la grey es del mismo tenor que el de tutor del huérfano” [...]

Y de ella: no le es lícito al imán dar de los bienes del tesoro más que para una necesidad [...]

Y se deduce aquello del dicho: “únicamente soy un distribuidor, y Dios es quien otorga”.

Dijo: y quiere decir: dar en propiedad solo corresponde a Dios, el altísimo y no al imán. El imán no puede dar en propiedad nada a nadie que no le hubiera otorgado Dios la propiedad. La función del imán únicamente es el reparto. Y el reparto requiere justicia.

b Escribió al jefe, de Šu'ayb, de [...] que dijo: obtuvieron al-Muṭannā, 'Aṣmat y Ŷarir en la batalla de al-Buwayb ovejas, grano y vacas. Mandaron estas cosas con sus familias que habían venido desde Medina y a las que habían dejado en la al-Qawādis, y a las familias de las batallas anteriores, que estaban en al-Ḥīra. Y la prueba de que fueron con la parte de las familias que estaban en al-Qawādis fue que 'Amr b [...], cuando se presentó antes las mujeres y estas vieron el caballo irrumpieron en gritos por la batalla y se levantaron antes que los jóvenes con piedras y los pilares de las tiendas y 'Amr dijo: ¡así deben actuar las mujeres de este ejército! Y les prometieron la victoria [...] Regresó a al-Ḥīra. al-Muṭannā dijo aquel día: ¿quién sigue a la gente hasta llegar a al-Sayb? Se levantó Ŷarir y dijo: tribu de Baṣila, sois quienes vais a presenciar esta batalla llenos de virtud y nobleza; nadie tendrá del quinto más botín que vosotros, pues cuatro quintos serán adicionados a vuestro botín por el príncipe de los creyentes. Así que nadie sea más rápido que vosotros contra el enemigo y os esperará alguna de este par de virtudes: el martirio y el paraíso o el botín y el paraíso.

a*(المادة 1001)- (الحجر على المدين يؤثر على مال المدين الذي كان موجوداً في وقت الحجر فقط لا يؤثر في مال الذي تملكه بعد الحجر).
[...] لأنه يكون قد تعلق حق الغرماء بالأموال الموجودة وقت الحجر فلا يتمكن من إبطال حقهم لغيرهم (الطحطاوي).
وعليه فلو أقر المحجور لآخر بدين فلا يعتبر في حق الأموال التي تكون موجودة وقت الحجر كما سيبين في المادة الآتية وشرحها.
أما الأموال التي يملكها بعد الحجر في حال حجره أو بعد فك الحجر عنه فلا تأثير للحجر فيها لأنه لما كانت هذه الأموال ليست موجودة وقت الحجر فلم يتعلق حق الدائنين بها (الهداية ورد المحتار)¹⁷²³.

Este artículo, incluido en la parte de nuestro estudio sobre el concepto de persona en el derecho islámico, lo utilizábamos como prueba en favor de una tesis que sostenemos desde el comienzo: la tendencia objetiva, pues los acreedores se dirigen contra unos bienes determinados y no contra la persona del deudor. El quebrado no responde personalmente con sus bienes presentes y futuros (como es la norma en nuestro derecho, artículo 1911 del Código Civil, de tradición romanista), sino que la ejecución se limita a su patrimonio en el momento de la incapacitación, no los adquiridos con posterioridad. Además de que la necesidad de la limitación de la responsabilidad que ofrece la personalidad jurídica sea menor, nos previene con un hecho al que venimos aludiendo esporádicamente: el *fiqh* segmenta los patrimonios con normas específicas para grupos de bienes: tipos de botín, *bayt al-māl* frente a *zakāt*, etc. No sería del todo aventurado hablar de cierta personificación de masas patrimoniales.

Las fuentes nos aportan una información que aleja a este conjunto patrimonial del concepto que estamos manejando de persona jurídica. Se trata de un conglomerado de elementos muebles que son repartidos casi de inmediato: hasta ese momento los combatientes son propietarios en comunidad de bienes, estado de carácter efímero, porque el sultán los ha de repartir, extinguiendo esta situación y convirtiendo al beneficiario en propietario pleno de su parte, según la tesis que defendemos. Por contra, según el fragmento de al-Suyūfī, lo más correcto es pensar que hasta la partición no existe ningún tipo de propiedad, aunque hace referencia a otras opiniones (la toma de posesión o una propiedad débil hasta la división). En cualquier caso, la dilación temporal entre estos momentos sería mínima. De ahí que apenas existan referencias entre los ulemas a posibles accesiones o los frutos que se deriven de los mismos. El botín nace como una fugaz copropiedad en la que la partición que le ponga fin es casi inmediata.

6.2 Derecho privado

Manteniendo el esquema, nuestro enfoque se traslada a la agrupación de posesiones, bienes, obligaciones y derechos surgidos de la iniciativa de individuos particulares o por eventos que les afectan y provocan que este cúmulo de elementos sea tratado por el derecho con una regulación especial. La ausencia de un interés político o de poder implica, principalmente, que se entienda que no resulte tan preciso la aplicación de una normativa específica que proteja estos patrimonios en beneficio de la comunidad. En este sentido, los ulemas no deducen de los textos reglas propias tendentes a regir las situaciones jurídicas que puedan afectar a estos patrimonios. Por otro lado, no está de más el reiterar que, según la doctrina dominante entre los estudiosos del derecho islámico, el poder político carece de facultad legislativa para dictar leyes sobre cualquier materia.

a Artículo 1001: La incapacitación del deudor incide en el patrimonio del deudor existente en el momento de la incapacitación únicamente, no incide en el patrimonio que adquiriera después de la incapacitación.

[...] Porque el derecho de los acreedores está unido a los bienes presentes en el momento de la incapacitación, no puede anular su derecho el de otros (al-Taḥṭāwī).

Así, si el incapacitado reconociera una deuda en favor de otro, no se tendría en cuenta en el derecho de los bienes existentes en el momento de la incapacitación, como se mostrarán en el artículo siguiente y en su comentario. En cuanto a los bienes que adquiriera después de la incapacitación y estando incapacitado, o después de levantarse la incapacitación, no estarían afectados por la incapacitación, porque, al no estar esos bienes presentes en el momento de la incapacitación, ningún derecho de ningún acreedor estaría unido a ellos (*al-Hadāiyya, Rad al-Muḥṭār*).

6.2.1 El caudal hereditario

La sucesión es la respuesta jurídica al fenómeno natural de la muerte¹⁷²⁴. Al comienzo de nuestra tesis, sugeríamos que una parte del devenir histórico del concepto de personalidad jurídica surgió sobre los textos de juristas romanos que abordaban la herencia yacente, aquella que se producía por vía testamentaria y que, en consecuencia, precisaba de la aceptación del heredero en el caso de herederos no necesarios. Durante el lapso de tiempo que transcurre entre la muerte del causante y ese acto del beneficiario, el patrimonio permanecía sin titular aparente, pues se había extinguido la personalidad del propietario primigenio sin que esa posición hubiera sido ocupada por nadie¹⁷²⁵. Estos jurisconsultos latinos desarrollaron diversas respuestas con la intención de explicar la situación jurídica de este patrimonio a lo largo de ese intervalo:

- El heredero, una vez aceptada la herencia, adquiriría la propiedad con carácter retroactivo¹⁷²⁶.
- Teoría de la persona *ficta*; el propio causante sería el titular a modo de ficción jurídica¹⁷²⁷.
- Teoría de la personalidad jurídica del caudal hereditario, aparecida principalmente con Justiniano¹⁷²⁸. También desde el punto de vista del derecho germánico se habla de personificación de un patrimonio¹⁷²⁹.

No obstante, los juristas romanos emitieron sus dictámenes con una intención fundamentalmente práctica¹⁷³⁰, intentando regular aspectos controvertidos que surgían en la vida cotidiana, como la usucapión o el siervo de la herencia.¹⁷³¹

De modo incidental con otras cuestiones de nuestro estudio, hemos venido señalando, en momentos diferentes de las tesis, las principales notas características de la herencia para la *Šarī'a*; una mirada discrepante de la romana. Ahora ha llegado el momento de recopilar la información con una mejor sistemática, al objeto de concluir si el *fiqh* regula los bienes del causante dotándolo de capacidad jurídica y de obrar en el intervalo que transcurre desde el fallecimiento hasta su definitiva transmisión al heredero.

85^a- كتاب الفرائض.
3 باب قول النبي، ص، ((لا نورث ما تركنا صدقةً))
6725 – حدثنا عبد الله بن محمد [...] عن عائشة: أن فاطمة والعباس عليهما السلام أتيا أبا بكر يلتمسان ميراثهما من رسول الله، ص، وهما حينئذ يطلبان أرضيهما من فذك [وسهمهما] من خيرير.
6726 – فقال لهما أبو بكر: سمعت رسول الله، ص، يقول: ((لا نورث/ ما تركنا صدقةً، إنما يأكل آل محمد من هذا المال)). قال أبو بكر: والله لا أذع أمراً رأيت رسول الله، ص، يصنعه فيه إلا صنعتة. قال: فهجرت فاطمة، فلم تكلمه حتى ماتت.
6727 – حدثنا إسماعيل بن إبان: أخبرنا ابن المبارك عن يونس، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة أن النبي، ص، قال: "لا نورث، وما تركنا صدقة"¹⁷³².

Es la, probablemente, más famosa recopilación de hadices del profeta, la realizada por al-Bujārī. Extractamos parte del libro dedicado a las partes que le corresponden a los herederos forzosos según *El Corán*. En concreto, el capítulo sobre el hadiz relativo a la ausencia de herencia del profeta, los números 6725 a 6727 (este último, adelantando la materia, nos fue útil para hablar sobre las diversas teorías acerca de la personalidad jurídica en el capítulo tercero). En esta enumeración, se recogen diversas versiones de un dicho en el que Muḥammad, a través del relato de su mujer 'A'iša, afirma que él no transmitió nada en herencia, sino que todo lo dejó en calidad de

a 85- Libro de las cuotas hereditarias forzosas.

3 Capítulo sobre el dicho del profeta: "no he dejado herencia, todo lo que he dejado es *ṣaḍaqa*".

6725- Nos ha hablado 'Abd Allāh: [...] de 'A'iša: "Fāṭima y 'Abbās, la paz de Dios sea sobre ellos, se personaron ante Abū Bakr y le pidieron su herencia del enviado de Dios, solicitando su parte de la tierra de Jaybar.

6726- Abū Bakr les dijo a ambos: escuché al enviado de Dios decir: "no he dejado herencia, todo lo que he dejado es *ṣaḍaqa*, solo consumiré la gente de Muḥammad de estos bienes". Abū Bakr dijo: *Por Dios que no he visto ningún acto del enviado de Dios sin que haya obrado de la misma manera. Dijo: Fāṭima partió y no le ha hablado más hasta su muerte.*

6727- Ismā'īl b. Abbān nos habló: Ibn al-Mubārak nos informó de Yūnes, de al-Zaharī, de 'Urwat de 'A'iša que el Profeta, bendiciones sean sobre él, dijo: "no dejamos en herencia, lo que dejamos es como limosna".

sadaqa; lo cual podría significar *waqf* o limosna *post mortem*. Estas narraciones indican que el propio profeta dispuso de sus bienes en vida. La rigidez del derecho islámico de sucesiones siempre ha suscitado entre los arabistas la visión de algunos negocios jurídicos como fórmulas para saltarse este estricto régimen. La institución a la que se apunta con más intensidad es la del *waqf*, así, por ejemplo, Joseph Schach¹⁷³³.

باب ما نزل عاماً دلت السنة خاصة على أنه يراد به الخاص

-النساء 12- [...] وقال بعد وصية يوصي بها أو دين/ فأبأن النبي أن وصايا مقتصر بها على الثلث لا يتعدى ولأهل الميراث الثلثان وأبأن أن الدين قبل الوصايا والميراث وأن لا وصية ولا ميراث حتى يستوفى أهل الدين دينهم/ ولولا دلالة السنة ثم إجماع الناس لم يكن ميراث إلا بعد وصية أو دين ولم تعد الوصية أن تكون مبدأة على الدين أو تكون والدين سواء...¹⁷³⁴

En su carta sobre la ciencia de las fuentes del *fiqh*, en la que estableció los fundamentos principales de la ciencia jurídica islámica, al-Šāfi'ī, explicando una de las posibles relaciones entre la revelación y los dichos y actos del profeta, establece la regla básica de la sucesión *mortis causa* musulmana. La azora coránica al-Nisa' 12 prescribe: *después del legado o deuda*. Será Muḥammad quien (también el consenso de los ulemas) aclare el sentido de este precepto: el legado está constreñido al tercio del caudal hereditario. El orden de los créditos seguiría el siguiente orden: en primer lugar, se pagarían las deudas, luego se ejecutarían los legados y, por último, los herederos recibirían su parte. Se trata de un proceso de liquidación propio de la extinción de la persona, no una sucesión *strictu sensu*.

باب ما جاء في العهدة في مال المفلس.

(قال الشافعي) رحمه الله: من بيع عليه مال من ماله في دين بعد موته أو قبله أو في تقليبه أو باعه هو فكله سواء لا نراه لمن باع للميت إلا كهي لمن باع لحي والعهدة في مال الميت كهي في مال الحي لا إختلاف في ذلك عندي ولو مات رجل أو أفلس وعليه ألف درهم وترك داراً فبيعت بالف درهم فقبض أمين القاضي الألف فهلكت من يده وإستحقت الدار فلا عهدة على الغريم الذي باعها له والعهدة على الميت المبيع عليه أو المفلس [...]

باب ما جاء في الثاني بمال المفلس.

(قال الشافعي) رحمه الله: الحيوان أولى مال المفلس والميت عليه الدين أن يبدأ به ويعجل بيعه وإن كان ببلاد جامعة لم يتأن به أكثر من ثلاث ولا يبلغ به أناة ثلاثة إلا أن يكون أهل العلم قد يرون أنه إن تَوْنَى به بلغ أكثر مما يبلغ في يوم أو إثنين [...] وينفق عليه من مال الميت لأنه صلاح له كما يعطى في قيام عليه من مال الميت...¹⁷³⁵

Al-Šāfi'ī, al igual que en otras escuelas, asimila los regímenes jurídicos de la quiebra con el de la herencia. Muchos de los preceptos, como ocurre en este fragmento, se encuentran en los capítulos dedicados a la bancarrota. Además de esta equiparación, nos interesa subrayar que el jurista atribuye la personalidad a la figura del causante, la cual continuaría después de su muerte. Esta solución impide la personificación de su patrimonio, coincidiendo con la que aportaban algunos jurisconsultos romanos. El insigne ulema no muestra la mínima extrañeza en atribuir

a Capítulo sobre lo que en la revelación aparece como general y la *sunna* lo demuestra como especial, porque su intención es lo particular.

-Azora de al-Nisa' 12[...] y en lo que dice *después de legado que se efectúe o deuda/* el profeta aclara que los legados están limitados al tercio y no pueden sobrepasarlo, y para la gente de la herencia los dos tercios; y aclara que la deuda está antes que los legados y la herencia y que no hay ni legado ni herencia sin que la gente de la deuda la cobre/ si no fuera por la aclaración de la *sunna* y el consenso de la gente, no estaría la herencia más que tras el legado o la deuda, y el legado estaría por delante de la deuda o al mismo nivel/[...]

b Capítulo sobre la responsabilidad en los bienes del quebrado.

(Al-Šāfi'ī ha dicho) Dios tenga misericordia de él: aquel que se le venda un bien de su patrimonio por una deuda después de su muerte o antes, o por bancarrota, o lo vendiera él mismo, todos estos casos son iguales. No miramos a quien le vende para el muerto más que como miramos al que le vende estando vivo. La responsabilidad por el bien del muerto es igual de la del vivo; para mí no hay diferencia; si un hombre muriera o entrara en bancarrota y debiera mil *dihams*, dejando una casa que se vendiera por esa cantidad, al aprehenderla el oficial judicial, si se destruyera en su mano u otro la reivindicara, el acreedor en favor del cual se hubiera vendido no tendría responsabilidad, sino que sería del fallecido o del insolvente [...]

Capítulo sobre el aplazamiento en el patrimonio del quebrado.

(Al-Šāfi'ī ha dicho) Dios tenga misericordia de él: los animales son lo primero entre los bienes del quebrado o el muerto por los que se empiezan y se acelera su venta, aunque estén en el mismo país. No se retrasa más de tres días salvo que los peritos vieran que en ello se obtuviera más [...] Los gastos serían a cargo del dinero del muerto...

capacidad jurídica a un fallecido, como tampoco la expresan quienes la asignan al conjunto del caudal relicto.

^aباب حلول دين الميت والدين عليه

(قال الشافعي) رحمه الله تعالى: وإذا مات الرجل وله على الناس ديون إلى أجل فهي إلى أجلها لا تحل بموته ولو كانت الديون على الميت إلى أجل فلم أعلم مخالفاً عنه ممن لقيت بأنها حالة يتخاص فيها الغرماء فإن فضل فضل كان لأهل الميراث وصايا إن كانت له قال يشبهه والله أعلم أن يكون من حجة من قال هذا القول مع متابعتهم أن يقولوا لما كان غرماء الميت أحق بماله في حياته منه كانوا أحق بماله بعد وفاته من ورثته فلو تركنا ديونهم إلى حلولها كما يدعها في الحياة كنا منعنا الميت من أن تبرأ ذمته ومنعنا الوارث أن يأخذ الفضل عن دين غريم أبيه...¹⁷³⁶

Esta concepción de la sucesión *mortis causa* exige el vencimiento del plazo de las deudas contraídas por el causante; no así de los créditos aplazados a su favor, que mantendrían su vigencia, formando parte del líquido que se trasmite a los herederos. El argumento tiene un doble punto de vista: desde la perspectiva del fallecido, liberar su *dimma*; en lo que respecta a aquellos, permitir su adquisición del remanente.

^bالوديعة

(قال الشافعي) وإذا إستودع الرجل الرجل الوديعة فأراد المستودع السفر فإن كان المستودع حاضر أو وكيل له لم يكن له أن يسافر حتى يردها إليه أو إلى وكيله أو يأذنها له أن يودعها من رأى، فإن فعل فأودعها من شاء فهلكت ضمن إذا لم يأذنها له، وإن كان غائباً فأودعها من يودعها ماله ممن يكون أميناً على ذلك فهلكت لم يضمن، فإن أودعها يودع ماله ممن ليست له أميناً فهلكت ضمن، سواء كان المودع من أهلها أو من غيرهم أو حراً أو عبداً أو ذكراً أو أنثى لأنه لا يجوز له أن يوكل بأمانته غير أمين، وهكذا لو مات المستودع فأوصى إلى رجل بماله والوديعة أو الوديعة دون ماله فهلكت فإن كان الموصي إليه بالوديعة أميناً لم يضمن الميت وإن كان غير أمين ضمن...¹⁷³⁷

Finalmente, el ulema, cuyos restos hoy continúa venerándose en El Cairo, imputa al causante la responsabilidad propia del depositario.

^cالفرق السابع والتسعون والمائة.

بين قاعدة ما ينتقل إلى الأقارب من الأحكام على الأموال، وبين ما لا ينتقل من الأحكام.

a Capítulo sobre el vencimiento del plazo de la deuda a favor del muerto y contra él.

(Al-Šāfi'ī ha dicho) Dios el altísimo tenga misericordia de él: si un hombre muriera y tuviera a su favor deudas aplazadas contra la gente, se mantendrían su plazo, no vencería con su muerte. Si la deuda aplazada fuera contra él, no conozco ningún desacuerdo en que el plazo estaría vencido y los acreedores se la repartirían: si quedara algún remanente, sería para la gente de la herencia y los legatarios. El argumento sería, Dios es más sabio, parecido a este: al tener los acreedores del muerto mejor derecho sobre sus bienes en vida que ellos, mantendrían esa preferencia después del fallecimiento frente a los herederos. Si dejáramos las deudas hasta su plazo, como ocurre en vida, impediríamos al muerto que liberar su *dimma*, e impediríamos a sus herederos tomar el excedente de la deuda del acreedor de su padre...

b El depósito. (Al-Šāfi'ī ha dicho) Si un hombre diera en depósito a otro un bien y el depositario quisiera viajar, si el depositante estuviera accesible o su delegado, no podría viajar hasta que hubiera devuelto el depósito a él o su delegado, o alguno de los dos le hubiera autorizado el viaje o a depositarlo donde estimara conveniente. Si lo hiciera y lo depositara en quien deseara, sin tener permiso, respondería por su destrucción. Si el depositante estuviera ausente y lo depositara en alguien que asuma la responsabilidad del depositario, al destruirse no tendría que indemnizar; si fuera en alguien sin esa responsabilidad, respondería por la pérdida, tanto si fuera familiar, libre, esclavo, hombre o mujer, porque no le está permitido delegar este tipo de responsabilidad en alguien que no tuviera esa cualidad. De esta manera, si el depositario muriera y hubiera nombrado albacea a una persona sobre sus bienes y el depósito o únicamente sus bienes, si el depósito se destruyera y el albacea fuera una persona de esa naturaleza, el muerto no respondería; en caso contrario sí...

c La diferencia ciento noventa y siete.

Entre la norma de lo que se trasmite a los familiares de los derechos sobre los bienes y lo que no se transmite.

Conoce que se cuenta del Enviado de Dios, sus bendiciones sean sobre él, dijo: quien muera y fuera titular de un derecho para sus herederos; esta expresión no es general, sino que hay derechos que se transmiten al heredero y derechos que no. El derecho de la persona que realice el juramento de condenación tiene derecho al cumplimiento después de dejar de cohabitar con su mujer, y a volver después de asimilarla a su madre, y a escoger una mujer después de que se convirtiera estando con él, si son más de cuatro, y a escoger una de las dos hermanas si se convirtiera estando con ellas, y si las partes de una compraventa le dieran el derecho de elección de rescindir o dar por válido el contrato, y su derecho a lo que fue encargado entre las tutorías y cargos, como el talión y ser imán, y dar el sermón y demás, como la buena fe y la representación, pues todos estos derechos no se transmiten al heredero en absoluto, aunque fueran firmes para el causante; sino que lo seguro en la transmisión es todo lo relacionado con el patrimonio o evitar el daño al heredero, en su causa o disminuir su dolor, y lo que está relacionado con la persona del causante o su inteligencia y deseos no se transmiten al heredero.

أعلم أنه يروى عن الرسول الله، ص، أنه قال: من مات عن حق لورثته، وهذا اللفظ ليس على عمومته، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث، ومنها ما لا ينتقل، فمن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب اللعان وأن يفئ بعد الإيلاء، وأن يعود بعد الظهار، وأن يختار من نسوة إذا أسلم عليهن وهن أكثر من أربع، وأن يختار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما، وإذا جعل المتبايعان له الخيار فمن حق أن يملك إمضاء البيع عليهما وفسخه، ومن حقه ما فوض إليه من الولايات والمناصب كالقصاص وإمامة، والخطابة وغيرهما، كالأمانة والوكالة، فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيء. وإن كانت ثابتة للمورث، بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه، وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهوته لا ينتقل للوارث. والسر في الفرق أن الورثة يرثون المال، فيرثون ما يتعلق به تبعاً له ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه، فلا يرثون ما يتعلق بذلك...¹⁷³⁸

Esta obra, del jurista de la escuela de Medina, al-Qarāfī, nacido en Egipto en el año 1285 cuyo sobrenombre hace referencia al barrio cercano a la tumba del imán al-Šāfi‘ī en El Cairo¹⁷³⁹, afirma sin sutilezas ni eufemismos que la sucesión islámica va referida a los bienes y lo que a ellos está vinculado. En este tratado, englobado dentro de la rama del derecho denominada las fuentes del *fiqh*, se caracteriza por ser bastante teórico, sin pretender regular negocios jurídicos concretos, sino establecer reglas generales mediante la contraposición de elementos opuestos; en este caso, aquello que se trasmite y aquello que no desde fallecido a sus deudos.

^a ما يُقدم على الدين، وما يُؤخر عنه؟

قال في (الروضة) وأصله في الأيمان: إذا وفيت التركة بحقوق الله، وحقوق الأدميين قضيت جميعاً. وإن لم تف، وتعلق بعضها بالعين، وبعضها بالذمة، فُدم المتعلقة بالعين، سواء اجتمع النوعان أو انفرد أحدهما. وإن اجتمعا، وتعلق الجميع بالعين أو الذمة، فهل يُقدم حق الله تعالى أو الأدمي، أو يستويان؟ فيه أقوال: أظهرها الأول. ولا تجري هذه الأقوال في المحجور عليه بفلس، إذا اجتمع النوعان، بل تُقدم حقوق الأدمي، وتؤخر حقوق الله تعالى مادام حياً. إنتهى¹⁷⁴⁰.

Este seguidor de al-Šāfi‘ī, al-Suyūṭī, un jurista que no se puede considerar clásico, trata de fijar la prelación de los créditos contra el causante, o la herencia. Con tal fin, acude a la obra del ulema también de la época denominada del renacimiento islámico, nacido en la India en 1890, Šidīq Ḥasan Jān¹⁷⁴¹. En este sentido divide estas obligaciones entre cuyos acreedores son hijos de Adán y cuyo acreedor es Dios, por un lado, y, de otro, las que se vinculan a la *ḍimma* del causante (crédito del que responde personalmente) de las que se han de satisfacer con un bien concreto (lo que en nuestra tradición se denomina *propter rem*). La clasificación de las mismas no resulta tan interesante para nosotros; sus criterios de calificación, sí. El hecho de que Dios sea persona, jurídicamente hablando, no es extraño y así lo hemos afirmado en diversas ocasiones: no es una creación del derecho, es una persona, trascendente y superior a la criatura, pero tan real como esta para la *Šarī‘a*. En el derecho romano una vez cristianizado, el tratamiento era casi idéntico. La segunda pauta y la extensión de la misma, la proliferación de obligaciones que no se encuentran atadas a una persona, sino a bienes concretos, nos aporta una prueba más de la tendencia objetiva del *fiqh*.

El secreto en la diferencia es que los herederos heredan el patrimonio y lo que se le relaciona y depende de él, y no heredan su inteligencia, ni deseos, ni persona; así que no heredan lo que esté relacionado con ello.

a Qué deuda tiene preferencia y cuál se pospone.

Dijo en (*al-Rawḍa*) y en origen estaba en al-Aymān: si la herencia fuera suficiente para abonar los derechos de Dios y de los hijos de Adán, se pagarían en su totalidad. Si no fuera suficiente, y unas estuvieran vinculadas a un bien y otras a la *ḍimma*, tendrían preferencia las vinculadas a los bienes, tanto si coincidieran ambas o si solo existiera un tipo.

Si coincidieran, algunas vinculadas a bienes y otras a la *ḍimma*, ¿tendrían preferencia los derechos de Dios o de los hijos de Adán? Existen opiniones, pero la más visible es la primera opción.

Estas opiniones no rigen para el incapacitado por quiebra, si coincidieran ambos tipos, tendrían preferencia los derechos de los hijos de Adán y se pospondrían los derechos de Dios el altísimo mientras viva. Fin.

^aثم أعلم أن الحقوق المتعلقة بالتركة هنا خمسة بالإستقراء؛ لأن الحق إما للميت، أو عليه أولاً، والأول التجهيز، والثاني إما أن يتعلق بالذمة، وهي الدين المطلق أولاً، وهو المتعلق بالعين، والثالث إما إختياري، وهو الوصية، أو إضطراري، وهو الميراث. [...] أن من مات يبدأ وجوباً بتجهيزه، وهو فعل ما يحتاج إليه الميت من حين موته إلى دفنه من كل ماله إن كان، وإلا على من تلزم نفقته؟

فإن لم يكن أو عجز، ففي بيت المال، فإن لم يكن فعلى المسلمين [...]. [...] ثم أعلم أن صاحب الدين إن كان واحداً يدفع له ما بقي بعد التجهيز، فإن وفي فيها، وإلا إن شاء عفا، أو تركه لدار الجزاء، وإن جماعة فإن بعضهم أولى كدين الصحة حقيقة، أو حكماً، كما وجب في مرض موته، أو ثبت بمشاهدة القاضي، أو شهود؛ فإنه يقدم على دين المرض الثابت بإقراره فيه. وإن أستورا يقسم بينهم على حسب حقوقهم على الوجه الآتي آخر المظومة، ثم إذا إجتمع دين الله تعالى به مع دين العبد، ولا وفاء قدم دين العبد؛ لأنه تعالى هو الغني ونحن الفقراء.

(ثم بعد التجهيز وقضاء الدين (الذي) مبتدأ خبره قوله الآتي ينفذ (أوصي به) لأجنبي مسلم، أو كافر مطلقة كانت، كثلث ماله، أو رבעه، أو مقيدة بعين كثلث دراهمه، أو ربع غنمه على الصحيح، خلافاً لمن قال: المطلقة في معنى الميراث لشيوعه في التركة، فيكون شريكاً للورثة لا يتقدم عليهم، وكذا ما أوصى به من حق الله تعالى (ينفذ من ثلث ما بقي) بعد تجهيزه وديونه¹⁷⁴²).

Muhammad Amīn b. 'Abīdayn, ulema ḥanafī, damasceno del siglo XIX, nos resume el régimen esencial de la herencia islámica: los derechos vinculados con la herencia pueden ser derechos del causante u obligaciones contra él, algunos vinculados a su *ḍimma* (no se transmiten a los herederos ni legatarios) o a los bienes relictos (obligaciones *propter rem*); por último, vendrían créditos que pueden ser voluntarios (legados) o forzosos, la cuota de los herederos, que son indisponibles por el causante. Hay que dejar constancia de que en la expresión del jurista, los derechos y obligaciones son de titularidad del difunto. En primer lugar, los bienes dejados por el fallecido han de responder por los gastos de su propio sepelio; en el supuesto de no ser suficientes, constituirían una deuda de la *bayt al-māl*, o, en caso de insolvencia de esta, se transformaría en una obligación de *kifāyya*. Una vez satisfecho este apartado, se abonarían las deudas, pudiendo existir créditos privilegiados, entre los que se encontraría aquellos de titularidad de los creyentes frente a los que correspondería a Dios. Tras esto, se ejecutarían los legados, que puede ser una parte de la herencia (máximo un tercio) o limitados a determinados bienes concretos. Para parte de la doctrina islámica, los legados absolutos se consideran al mismo nivel que los herederos, por lo que no tendrían preferencia sobre estos. Finalmente, el líquido restante, se dividiría entre los herederos forzosos en función de sus cuotas. Para este alfaquí, las obligaciones y derechos serían de titularidad del difunto, para otros, como veremos, del caudal relicto. Surgen teorías muy parecidas a las que hicimos referencia en el derecho romano sobre las herencias yacentes.

a Luego conoce que los derechos vinculados a la herencia son cinco por inducción; porque el derecho solo puede ser a favor del muerto o contra él primero, y el primero es la preparación del cadáver, el segundo bien está vinculado a la *ḍimma*, la deuda absoluta, que está vinculada al bien; el tercero es voluntario, el legado, u obligatorio, la herencia.

[...] La obligación de quien muere comienza con la preparación del cadáver, lo que necesita el fallecido desde su muerte hasta el entierro, a cargo de todos sus bienes; si no tuviera ¿quién se haría cargo?

Si no tuviera o fuera insuficiente, se haría a cargo la *bayt al-māl*; si no hubiera fondos, sería obligación de los musulmanes [...]

Después conoce que el acreedor, si fuera uno, se le pagaría de lo que quedara después de los gastos del sepelio, si fuera suficiente; si no, si quiere, puede perdonarla, o dejarla para la otra vida. Si fueran varios, algunos tendrían prelación como la deuda válida y real o presumida por el Derecho; como se debe en enfermedad mortal, o estuviera testimoniada por el juez o los testigos, tendrían preferencia sobre la deuda en peligro de muerte únicamente reconocida por el fallecido.

Si fueran acreedores con una misma prelación, se repartiría entre ellos según su derecho como se verá al final de este compendio. Si coincidieran deudas a favor de Dios y a favor del creyente y no se pudiera satisfacer ambas, tendría preferencia la del creyente porque el Altísimo es el rico y nosotros los pobres.

Después de los gastos del sepelio y la satisfacción de las deudas que es el sujeto de la frase de *El Corán*, se ejecutan lo que se ha legado a un tercero musulmán o infiel, tanto si fuera absoluto (como un tercio de los bienes o un cuarto) o limitado a un tercio de sus *dirhams*, o un cuarto de sus ovejas, según lo correcto. Esto es en oposición a quien opina que el legado absoluto se entiende como herencia por ser una copropiedad sobre la herencia, siendo el legatario comunero con los herederos sin tener preferencia sobre ellos. Y así lo que se haya legado en favor de un derecho de Dios, que se ejecuta del tercio que quede, después de los gastos del sepelio y las deudas.

^bوسئلت عمّن وهب في مرض موته لبعض أولاده [...] فأجبت: الحمد لله، من المعلوم أن كل ما يصدر من الإنسان في مرض موته من هبة أو صدقة أو حبس أو نحو ذلك هو وصية وعليه فالهبة المذكورة لبعض الأولاد باطلة إذ لا وصية لوارث [...] [...] لأن كل ما يعلق فيه الملك بالموت فهو وصية، سواء كان فيه ملك الرقبة والمنفعة، وكان الموصي صحيحاً أو مريضاً. [...] قال في شرح العمل الفاسي، كل عطية تتوقف على موت المعطي فهي وصية.¹⁷⁴³

Muḥammad b al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī, muftí de la ciudad marroquí de Fez donde nació en el año 1850 y seguidor de Mālik b. Anas¹⁷⁴⁴, en una fetua sobre un caso particular, entre varios herederos en el que el causante, padeciendo una enfermedad de la que se podía temer su muerte, dona a algunos de sus hijos, nos muestra una regla general: cualquier disposición, sea donación, limosna o similar, será considerada como legado. Esta disposición testamentaria no ha de superar el tercio de la herencia ni puede favorecer a un heredero. La naturaleza de la sucesión *mortis causa* en la *Šarī'a* supone una restricción evidente a la libertad de testar de los individuos, pues únicamente se ejerce sobre una tercera parte de sus bienes y con diversas prohibiciones en cuanto a los beneficiarios. El caudal se ha de dividir entre una serie de familiares establecidos en la revelación. Volveremos a acudir a norma al estudiar la cuestión de constitución de un *waqf* para después de la muerte de quien lo instituye.

^bالموصي له بجزء من مجموع التركة
حكم الموصي له بجزء من مجموع التركة هو حكم الوارث:
ويعتبر خلفاً عاماً كالوارث الموصي له بجزء من المجموع التركة، كما سبق القول. أما إذا كان الموصي له بعين معينة بالذات، إعتبر خلفاً خاصاً. والموصي له عندما يكون خلفاً عاماً حكمه حكم الوارث من ناحية إنصراف أثر العقد الذي أبرمه الموصي. فينصرف إليه أثر العقد فيما يتعلق بالحقوق التي تنشأ منه، وتبقى الديون التي تترتب على العقد في التركة مع جميع الديون الأخرى، وهي مقدمة على الوصية. فلا يأخذ الموصي له الجزء الموصي به من التركة إلا بعد سداد هذه الديون، شأنه في ذلك شأن الوارث لا يأخذ نصيبه في الإرث إلا بعد سداد ديون التركة.
[...] 2- إشتري شخص داراً ولم يقبضها ولم يدفع ثمنها، فبقي الثمن ديناً في ذمته، ثم أوصي بها إلى شخص آخر. لا شك في شأن أنه عند موت الموصي يبقى الثمن ديناً في التركة ولا ينتقل إلى ذمة أحد من الورثة ولا إلى ذمة الموصي له من باب الأولى. وهذه لأن الديون لا تنتقل في الفقه الإسلامي من ذمة المدين الأصلي ولو بسبب الموت، بل تبقى في التركة. ولا شك أيضاً في أن الدار لا تخلص للموصي له إلا إذا كانت لا تزيد على ثلث التركة بعد إستنزال ثمن الدار كسائر الديون، إذ أن التركة تصبح مدينة بالثمن كما قدما، وسداد الديون مقدم على تنفيذ الوصية...¹⁷⁴⁵

La transmisión de las obligaciones y deudas *mortis causa*, no se produce en el derecho islámico, como se deduce de estos fragmentos del jurista egipcio al-Sanhūrī. En su apartado

b Fui preguntado por una persona que donó a algunos de sus hijos estando en peligro de muerte por enfermedad [...] Contesté: gracias a Dios, es conocido que todo lo que el ser humano expide en peligro de muerte como una donación, limosna, *hubs* o similar es un legado; de esta manera, la donación referida es nula, pues no se puede legar a un heredero [...]

[...] Porque toda propiedad que está suspendida hasta la muerte es un legado, tanto si se transmite el dominio útil como el directo, estando el legante sano o enfermo.

Dijo en la exégesis de la práctica de al-Fāsī: cualquier dación que esté supeditada a la muerte del dador es un legado.

b El legatario de una parte de la herencia.

Régimen jurídico del legatario de una cuota de la herencia es el mismo del heredero.

Se considera al legatario de una cuota de la herencia como un sucesor general, como se ha adelantado. En cuanto al legatario de un bien determinado se considera un sucesor especial. El legatario de una parte de la herencia, en cuanto a sucesor general, su régimen jurídico es el del heredero, desde el punto de vista de la transmisión de los efectos del contrato que hubiera concluido el legante. Se le transmiten los efectos del contrato en cuanto a los derechos que emanan del mismo, permaneciendo las deudas vinculadas al contrato en la herencia, con el resto de las demás deudas, que tienen preferencia frente al legado. El legatario no toma su parte del legado de la herencia, salvo después de haberse pagado las deudas, de la misma manera que el heredero no toma su parte hasta la satisfacción de todas las deudas.

[...] 2- Una persona que haya comprado una casa sin haber tomado posesión de la misma y sin haber pagado el precio. El precio se mantiene como una deuda en su *dimma*; después lega la casa a otra. No hay duda de que cuando muere el testador permanece el precio como una deuda sobre la herencia y no se transmite a la *dimma* de ninguno de los herederos ni del legatario. Esto es así porque las deudas no se transmiten en el derecho islámico desde la *dimma* del deudor original, aunque fuera por causa de muerte, sino que se mantiene en la herencia. No hay duda tampoco de que la casa no se libera en favor del legatario, salvo que no supere el tercio de la herencia después de descontar el precio de la casa como el resto de las deudas, puesto que la herencia se ha convertido en deudora por el precio como hemos dicho con anterioridad; la satisfacción de las deudas tiene preferencia sobre la ejecución del legado.

correspondiente, al estudiar la posición del heredero y la transmisión de la propiedad desde el causante a su sucesor, ya analizamos los textos de la obra de este autor relativos a la herencia. En este caso, complementando lo allí dicho, se centra en el legado. En primer lugar, afirma que al legatario de una cuota de la herencia se le aplica el mismo régimen que al heredero. En el segundo párrafo, con una mayor incidencia en nuestra tesis, constata como las deudas que deriven de los contratos concluidos por el causante no se trasladan ni al legatario ni al heredero, sino que -es el tenor literal de la expresión utilizada por el magistrado cairota- permanecen en la herencia. Desde esta perspectiva, el caudal relicto sería titular de una obligación, una relación jurídica en su vertiente pasiva.

a المادة (1092)- (كما تكون أعيان المتوفي المتروكة مشتركة بين وارثيه على حسب حصصهم كذلك يكون الدين الذي له في ذمة آخر مشتركة بين وارثيه على حسب حصصهم)

كما تكون أعيان المتوفي المتروكة مشتركة بين وارثيه، على حسب حصصهم الإرثية بموجب علم الفرائض أو بين الموصي لهم بموجب أحكام المسائل المتعلقة بالوصية كذلك يكون الدين الذي له في ذمة آخر مشتركاً بين وارثيه على حسب حصصهم الإرثية أو بين الموصي لهم بموجب الوصية لأن هذا الدين ناشئ عن سبب واحد الذي هو الإرث أو الوصية. وإن يكن أن سبب الدين حقيقة لم يكن الإرث والوصية بل سببه إقراض المورث أو الوصي لأخر أو بيعه أو إيجار مالاً لأن الدين كما عرف في المادة (158) وشرحها ((هو الشيء الثابت في الذمة بسبب العقد أو إستهلاك المال أو الإستقراض)) والإرث والوصية لم يكونا من هذا القبيل إلا أن سبب الدين هو الإرث أو الوصية حكم¹⁷⁴⁶.

Así como las deudas del causante no se transmiten desde la *dimma* del causante a la de los herederos, los créditos en los que aquel ocupa la posición de acreedor sí, siendo, hasta el momento de la participación, parte de la comunidad de bienes (y derechos) entre estos. Tal es la solución del *fiqh*, refrendada por este artículo de la *Ma'yalla*. En su exégesis, el magistrado del Tribunal Supremo otomano advierte que la causa de este crédito hereditario es una disposición del derecho, no una real, pues, para la escuela de Abū Ḥanīfa, las deudas únicamente nacen de contratos o hechos antijurídicos.

bالباب السابع.

في قسمة مال التركة. الفرع الثالث: إذا طرأ دين على التركة بعد قسمة التركة إنفسخت القسمة، وقال سحنون: لا تنفسخ ولكن صاحب الدين يأخذ من كل وارث قدر حصته¹⁷⁴⁷.

El jurista *mālikī* Ibn Ḍawzī, granadino nacido en el año 1294 y conocido como Abū al-Qāsim¹⁷⁴⁸, establece que la partición de la herencia se ha de rescindir si tras la misma apareciera una deuda contra el patrimonio hereditario. Uno de los maestros de la escuela, Saḥnūn, decreta otra solución: el negocio jurídico se mantendría, pero otorgando al acreedor la posibilidad de ir contra cada heredero en proporción a la cuota que le hubiera correspondido. Ambas soluciones demuestran que no se produce una transmisión *mortis causa* de las deudas, sino que el caudal relicto es quien ha de responder, lo que implica cierta personificación. La primera provoca una mayor inseguridad jurídica, pues la validez de la partición estaría supeditada a la posibilidad de la aparición de una

a Artículo 1092: Así como los bienes del fallecido pertenecen en comunidad de bienes a sus herederos, según sus cuotas, también permanecen en comunidad de bienes las deudas del mismo contra la *dimma* de un tercero, según sus cuotas.

Así como los bienes del finado pertenecen en comunidad de bienes entre sus herederos, en función de sus cuotas hereditarias, según la ciencia de *al-farā'id* (cuotas fijada en *El Corán* para cada heredero forzoso), o entre los legatarios en virtud de los preceptos relativos al legado, también la deuda sobre la *dimma* de un tercero pertenece en comunidad de bienes entre los herederos, en atención a sus cuotas hereditarias, o entre los legatarios, en virtud del legado, porque esta deuda se origina por un sola causa: la herencia o el legado.

Y si la causa real de la deuda no es la herencia ni el legado, sino el haber dado a préstamo por el causante o el legante a un tercero, o por su venta, alquiler de un bien, porque la deuda, como se define en el artículo 158 y en su comentario, es: “lo que está fijado en la *dimma* a causa del contrato o consumo de un bien o el haber tomado a préstamo”; ni la herencia ni el legado pertenecen a estas categorías. La causa de la deuda es la herencia o el legado por ministerio de la ley.

b Capítulo séptimo.

Sobre el reparto de los bienes de la herencia.

Apartado tercero: si apareciera alguna deuda contra la herencia después del reparto, este se rescindiría; Saḥnūn opina: no se rescindiría, pero el acreedor podría tomar de cada heredero en proporción a su parte.

nueva obligación; la segunda es similar a la que se adopta con los socios en la liquidación de una sociedad por acciones.

^aوأما العقود فيتبع فيها النماء الموجود حين ثبوت الملك بالقبول أو غيره وإن لم يكن موجوداً حين الإيجاب أو يقوم مقامه، فمن ذلك الموصي به إذا نمت منفاً منفصلاً بعد موت وقيل قبول فإنه يتبع العين إذا احتمله الثلث ذكره صاحب المغني. وقال صاحب المحقق: إن قلنا: لا ينتقل الملك إلا من حين القبول فالزيادة محسوبة كذلك عليه من الثلث، وإن قلنا: ثبتت من حين الموت، فالزيادة له غير محسوبة عليه من التركة لأنها نماء ملكه والله أعلم¹⁷⁴⁹.

Ibn Raḡab estudia los incrementos que se producen en el objeto del legado (que es calificado como contrato) antes de la aceptación por el legatario, momento en el que entienden producido el traspaso dominical. La opinión en esta escuela *hanbalī* se inclina por tenerlos en cuenta a la hora de entender superado o no el límite del tercio: el bien más sus accesiones o frutos no pueden sobrepasar la tercera parte de la herencia. Si el cambio en la propiedad se decretara que se produce con la muerte del testador, no serían contados.

^b(وأما المسئلة الثالثة) وهي إذا مات بعد وجوب الزكاة عليه. فإن قوماً قالوا: يخرج من رأس ماله، وبه قال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور، وقوم قالوا: إن أوصي بها أخرجت عنه الثلث، وإلا فلا شيء عليه، ومن هؤلاء من قال يبدأ به إن ضاق الثلث ومنهم من قال: لا يبدأ بها، وعن مالك قولان جميعاً، ولكن المشهور أنها بمنزلة الوصية. وأما إختلافهم في المال يباع بعد وجوب الصدقة فيه، فإن قوماً قالوا يأخذ المصدق الزكاة من المال نفسه ويرجع المشتري بقيمته على البائع، وبه قال أبو الثور¹⁷⁵⁰.

Ibn Ruḡd, el jurista y filósofo, nieto de un gran ulema seguidor de Mālik b. Anas, describe el régimen jurídico de la *zakāt* debida por una persona que ha fallecido. Los juristas musulmanes se posicionan en dos grupos: quienes lo consideran una deuda del fallecido (en el texto del autor el pronombre posesivo refiere al muerto, como titular de derechos y obligaciones), y quienes lo califican como un legado, con el límite del tercio del caudal hereditario; entre estos, algunos, en caso de que el tercio no fuera suficiente, dan prelación al pago de la limosna legal frente a otras disposiciones. La primera tesis, defendida por los seguidores de al-Šāfi'ī e Ibn Ḥanbal, no personalizarían el patrimonio, sino que extenderían la personalidad del causante más allá de su fallecimiento. Los partidarios de calificarlo como legado, presumiendo que la persona quiso disponer *post mortem* de esta manera, limitan la cuantía de la *ṣadaqa* a un tercio del total de la herencia. En este caso, ningún dato se nos aporta sobre una posible personalización de esos bienes. No debemos dejar pasar un caso, según lo que afirmamos con anterioridad, no demasiado frecuente en el derecho islámico, de presunción, eso sí, *iuris et de iure*, porque no admitiría prueba en contrario. Finalmente, el fragmento añade un nuevo argumento para defender la tendencia objetiva del *fiqh*: en el supuesto de un bien que haya de ser entregado en pago de la limosna, si es vendido, se ha de recuperarse, ese mismo bien, tendría una naturaleza jurídica semejante a la de la obligación *propter rem*; al comprador se le permite reclamar al vendedor su valor, pero no la cosa en sí misma. Es la opinión, entre otros, de Abū Ṭawr, seguidor de al-Šāfi'ī, nacido en Bagdad, en el año 854¹⁷⁵¹.

a En cuanto a los contratos, las accesiones y frutos consolidados lo siguen en el momento de la transmisión de la propiedad por la aceptación u otro acto, incluso si no estuvieran presentes en el momento de la oferta o lo que tome su lugar. Entre ellos, el objeto del legado, si se incrementara, de forma separada, tras la muerte de quien realiza el legado y antes de la aceptación, el incremento lo seguiría siempre y cuando lo admitiera el límite del tercio. Así lo menciona el autor del *al-Muḡannī*. El jurista que elaboró *al-Muḡarrar* opina: la propiedad no se transmite salvo tras la aceptación, el incremento se cuenta como parte del tercio. Si dijéramos que se consolida con la muerte, el incremento no se consideraría como parte del tercio de la herencia, porque sería un incremento de su propiedad y Dios es más sabio.

b (En cuanto a la tercera cuestión) que es: si muere después de que deba la *zakāt*. Un grupo dice: se extrae de su capital; así opinan al-Šāfi'ī, Ishāq y Abū Ṭawr; otros dicen: si lo constituyera en un legado, se extraería del tercio, si no, pues no debería nada; entre estos quien opina que se ha de empezar por ella si el tercio no fuera suficiente; entre otros quien dice: no se comienza por ella. Mālik tiene dos opiniones, pero la más famosa es que ocuparía el lugar de un legado. En cuanto a sus discrepancias sobre el bien que es vendido después de ser debida la *ṣadaqa* sobre él, unos consideran que se toma la *zakāt* del propio bien, pudiendo el comprador repetir por su valor contra el vendedor. Esa es la opinión de Abū Ṭawr.

^aوإختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أو لا؟ فذهب مالك إلى أن التفليس في ذلك كالموت، وذهب غيره إلى خلاف ذلك. وجمهور العلماء على أن الديون تحل بالموت. قال ابن شهاب: مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات. وحجتهم أن الله تبارك وتعالى لم يبيح التوارث إلا بعد قضاء الدين، فالورثة في ذلك بين أحد الأمرين: إما أن لا يريدوا أن تؤخروا حقوقهم في الموارث إلى محل أجل الدين فيلزم أن يجعل الدين حالاً، وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لا في ذمتهم، بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت، لأنه كان ذمة للميت، وذلك يحسن في حق ذي الدين¹⁷⁵².

Averroes, en el capítulo dedicado a la quiebra del cual nos hicimos eco en nuestro epígrafe sobre la mayor admisión en el derecho islámico de sujetos jurídicos indeterminados, afirma que en su escuela, y para la mayoría de los ulemas, la muerte supone el vencimiento de las deudas aplazadas, automáticamente, por ministerio de la Ley. Esta solución es aplicada en analogía a la quiebra. El argumento esgrimido radica en la mayor protección de los acreedores, pues su crédito únicamente estaría garantizado con el caudal hereditario, nunca con el patrimonio de los herederos. Se trata de deudas que gravan un patrimonio concreto.

^bوعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر وهو نص في ذلك وأيضاً من جهة النظر إن فرقا بين ذمة في الفلاس والموت، وذلك أن الفلاس ممكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت. وأما الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((أينما رجل مات أو فليس فصاحب المتاع أحق به)) فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلاس¹⁷⁵³.

En caso de muerte del comprador antes de satisfacer el precio, este pensador diserta sobre las diferencias entre al-Šāfi'ī y Mālik. El primero ofrece la misma solución: el acreedor puede perseguir esos bienes concretos tanto en caso de muerte como de quiebra. Por su parte Mālik b. Anas establece una especie de pseudohipoteca legal cuando el deudor fallece, y no así en caso de bancarrota, pues la *ḍimma* de la persona que está en quiebra puede cambiar en el futuro y asumir todo su pasivo; esa situación es imposible para el muerto. Como afirmamos en su momento, parece que el causante es titular de obligaciones.

En su momento, enumeramos aquellas relaciones jurídicas que, según la escuela *hanbalī*, el heredero ocuparía la misma posición que el causante. La volvemos a traer a colación con el fin de retomar la cuestión desde el foco del propio patrimonio hereditario¹⁷⁵⁴:

- *Derechos a favor del fallecido:*
 - *Los que se deben por su muerte: como la composición por la muerte y el talión.*
 - *El retracto si lo hubiera exigido.*
 - *La pena por calumnia.*
 - *La opción de rescisión.*
 - *La opción de revocación de la donación si la hubiera exigido.*
 - *Los derechos sobre las tierras del jarāy.*
 - *La parte que de los beneficios de la sociedad en comandita.*
 - *Si no los hubiera exigido:*

a Y no están de acuerdo en este capítulo sobre las deudas aplazadas del quebrado, ¿vencen o no? Mālik opina que la quiebra en este tema es como la muerte, y otros difieren. La mayoría de los ulemas opinan que las deudas vencen con la muerte. Ibn Šihāb dijo: la *sunna* establece que la deuda vence cuando fallece. Su argumento es que Dios, bendito y altísimo, no permite la herencia más que tras el pago de las deudas; por eso, los herederos estarían entre dos opciones: si no quisieran aplazar sus derechos sobre la herencia hasta el vencimiento del plazo de la deuda, deberían hacer que la deuda venciera; si aceptaran aplazar su herencia hasta el vencimiento de las deudas, estas estarían garantizadas con la herencia, no en la responsabilidad de los herederos, a diferencia de las deudas antes de la muerte, porque eran responsabilidad del muerto, y eso es mejor para el acreedor.

b Y el fundamento de Mālik es lo que relata Ibn Šihāb de Abū Bakr y es un texto sobre ello. Y también desde el punto de vista que diferencia entre la responsabilidad en la quiebra y la muerte. Es así porque en la quiebra la persona puede enriquecerse y los acreedores perseguir esos bienes, caso inimaginable en la muerte. En cuanto a al-Šāfi'ī, su fundamento es lo que narra Ibn Abū Di'b basado en Abū Hurayra que el profeta de Dios, sus bendiciones recaigan sobre él, dijo: "como quiera que un hombre muera o quiebre, el dueño del bien tiene preferencia sobre él", igualando así entre la muerte y la quiebra.

- *Opción de rescisión: no se hereda si no hubiera sido ya exigida, al igual que la revocación de la donación, la pena por calumnia, el talión, opción de aceptación del legado.*
- *Si no los hubiera exigido y fueran derechos de propiedad firmes se transmitirían:*
 - *La prenda.*
 - *El aval.*
 - *Las deudas aseguradas.*
 - *El saneamiento por vicios de la cosa.*
- *Derechos contra el fallecido:*
 - *Créditos a su favor o legados a su favor; los herederos pueden reclamarlos si no se hubiera nombrado un albacea.*
 - *La prenda que todavía no se hubiera puesto a disposición del acreedor pignoraticio, su heredero podría reclamarla, pero no existe unanimidad.*
 - *Así ocurre con el donatario antes de la entrega del bien.*

Resulta llamativo que se trata de una relación no demasiado amplia, sobre unos negocios jurídicos muy concretos y, en algunos casos, sometidos a la condición de que la persona fallecida hubiera llegado a reclamar su derecho. En ningún caso nos encontramos ante una continuidad entre la personalidad del causante y su heredero.

كتاب النفقة^a

سؤال عن ميراث غائب وقف أ ينقف منه على أمه أم لا؟
 جوابك -وفقك الله- في رجل توفي وترك ورثة منهم ابن غائب بجهة صقلية، لم يسمع بموته ولا إنقطع خبره فأوقف ميراثه حسب ما يلزم. فقامت أمه تطلب الإنفاق عليها بما وقف له إذ ليس بالحضرة مال سواء بعد أن ثبت عدمها وما يجب عليها. هل يجب لها ذلك أم لا؟

قال محمد: هذا السؤال لم أنقله من خطي أبي -رضي الله عنه-.
 الجواب: وقفنا الله وإياك ولا نفقة له مما وقف له إلا أن يعلم أنه كان حياً بعد موت مورثه. وبالله التوفيق. قال موسى بن حماد.
 قال محمد: حكاه ابن سهل عن ابن عتاب، وصوبه أبو الوليد ابن رشد، قال: لأنه يحتمل أن يكون غائباً قد مات أو إستانان من الديون ما يغترقها والفرق بن ذلك وبين نفقة الزوجة، أن نفق الأبوين ساقطة حتى يعلم وجوبها بمعرفة حياته بأنه لا دين عليه يغترق ماله، وأن نفقة الزوجة ثابتة حتى يعلم سقوطها بمعرفة موته وإستغراق ذمته¹⁷⁵⁵.

Iyyād b. Mūsā, el juez *mālikī* nacido en Ceuta, analizando los alimentos debidos a la esposa y los padres, nos muestra, tangencialmente, algún dato interesante sobre el caudal relicto. La deuda jurídica que se le plantea versa sobre la cuota de una herencia que le corresponde a un hijo del finado que está ausente en Sicilia, sin que se sospeche su muerte. La escuela obliga a depositar esa cuota en espera de que se presente el vástago. La madre quiere cobrarse de esos bienes la pensión que le corresponde por ser su progenitora. Se exponen dos respuestas, la de Mūsā b. Ḥammād, quien niega el derecho a la viuda, salvo que demuestre que el hijo estaba vivo en el momento de la muerte de su marido. Otra, avalada por ulemas relevantes entre los seguidores de Mālik b. Anas,

a Libro sobre los alimentos.

Pregunta sobre la herencia de un ausente que se ha dejado en suspenso. ¿Se pagan los alimentos de la esposa de esos bienes?

Tu respuesta -Dios te dé éxito- sobre un hombre que muere dejando herederos, entre ellos un hijo ausente en Sicilia, del cual nada se ha escuchado que esté muerto ni se han cortado sus noticias. Su parte de la herencia se ha suspendido, como es obligado. Su madre solicita sus alimentos de esta porción suspendida, ya que los herederos presentes no tienen más bienes que estos. Una vez comprobado esta situación, ¿tiene derecho a ello o no?

Muḥammad ha dicho: esta pregunta no se ha transmitido por el puño y letra de mi padre -Dios esté satisfecho de él-.

La respuesta: en Dios está el éxito, no tiene derecho a los alimentos de la parte suspendida salvo que se conozca que estaba vivo tras la muerte de su causante. En Dios está el triunfo. Es la opinión de Mūsā b. Ḥammād.

Muḥammad ha dicho: lo ha relatado Ibn Sahl de Ibn 'Attāb, y la ha dado por buena Abū-l-Walīd b. Rūṣd; la opinión es la siguiente: porque puede ser que el ausente esté muerto o se haya endeudado hasta la bancarrota, y la diferencia entre esto y los alimentos de la esposa es que los alimentos de los padres se consideran decaídos mientras no se conozca su obligación, mediante el conocimiento de que está vivo y que no tiene deudas que lo coloquen en bancarrota. Por contra, los alimentos de la esposa se entienden vigentes hasta que no se pruebe su extinción por el conocimiento de su muerte o de la bancarrota de su *ḍimma*.

como el abuelo de Averroes, entre otros; según esta corriente, se distingue entre las pensiones alimenticias que le correspondería como madre de la que le corresponde como esposa. El primer caso se ha de demostrar que es debida; en el segundo se presume vigente salvo que se pruebe su extinción (un ejemplo insólito de presunción *ius tantum* en el *fiqh*). En cuanto a lo que nos interesa en este epígrafe: las cuotas hereditarias pueden ser depositadas y sobre ellas pueden recaer obligaciones.

^a(قال ولو أن رجلاً أورد على رجل كتاباً من قاضي بحق [له] على رجل فوافى البلد وقد مات المطلوب فأحضر الطالب ورثة المطلوب أو وصيه وجاء بالكتاب إلى القاضي وأحضر شهوده إلى القاضي فإن القاضي [الذي ورد عليه الكتاب] يقبل الكتاب [عند أبو حنيفة] ويسمع من شهود على الكتاب بمحضر من وارث المطلوب أو الوصي وينفذ ذلك إن كان التاريخ بعد الموت [المطلوب أو قبله]، لأن الوارث خليفة الموروث والوصي نائب عن الميت فيكون قائماً مقام الميت ألا ترى أن الطالب لو أقام بينة بالحق على الميت كان الوارث والوصي هو الخصم كذا هنا...¹⁷⁵⁶

El discípulo de Abū Ḥanīfa, al-Jaṣṣāf, estudia la actuación en juicio y la labor del juez. Cuando el demandado muere, el proceso ha de continuar con la presencia del heredero, como sucesor, o de su albacea, en su calidad de representante del muerto. Es digno de destacar que, para esta escuela, el heredero sí ocupa la misma posición procesal que su causante, rompiendo este concepto de mero receptor de una cuota de un patrimonio liquidado; por su parte, el albacea también actuaría como demandado, mas en su condición de representante. Además de la cualidad de actuar en nombre y representación de una persona fallecida, lo que incide en considerar al causante como titular de la herencia y en contradicción con la personificación de esta, la situación del heredero no es extraña, porque el fallo a favor de un acreedor del fallecido implica la reducción de su parte. Este fragmento nos ilustró algunos aspectos sobre las teorías propias de la personalidad jurídica en el apartado correspondiente.

^bباب ما يجوز من فعل الوصي [...] [..] ففي القسم الأول من الفصل الأول لا يملك التصرف في الترك أصلاً، لأن التركة بالموت إنتقلت إلى الورثة وهم قادرون على التصرف بأنفسهم، فلا يثبت ولاية، لكن يتقاضي ديون الميت ويقبض حقوقه فيدفع ذلك إلى الورثة، لأن في التقاضي تحصين المال. وهو يملك التحصين وأما في القسم الثاني من الفصل الأول لا يخلو إما أن يكون الدين محيطاً بالتركة أو لم يكن فإن كان محيطاً فإن للوصي أن يبيع كل التركة لأن إستغراق التركة بالدين يمنح ملك الورثة...¹⁷⁵⁷

En otro párrafo de esta misma obra, también aparecido en ese mismo capítulo, regula la función del albacea: si la propiedad de la herencia, siempre que no sea deficitaria, se trasmite a los herederos inmediatamente tras la muerte, en caso de mayoría de edad de estos, están capacitados para disponer por sí mismos y el albacea no ejercería ninguna tutoría. Sin embargo, su calificación como representante del fallecido tendría la potestad de retener bienes del caudal relicto para asegurar el abono de las deudas y ejercer el derecho de retención para cobrar los créditos a favor del *de cuius*; sin permiso de los herederos.

a (Dijo: si un hombre esgrimiera contra otro un escrito de un juez de un derecho a su favor contra el otro y llegara a la población, si el demandado muriera y el demandante pidiera la comparecencia de los herederos del deudor o su albacea, al llegar el escrito al juez, mandaría sus testigos al juez, el juez -a quien le hubiera llegado el escrito- lo aceptaría -para Abū Ḥanīfa- y escucharía a sus testigos sobre el escrito, en presencia del heredero del demandado o el albacea y se ejecutaría, tanto si la fecha es anterior a la muerte del demandado o posterior), porque el heredero es sucesor del causante y el albacea es su delegado, y ocupan el lugar del muerto. Acaso no ves que el demandante si presentara una prueba en favor de su derecho contra el muerto, el heredero y el albacea serían en ese caso su contraparte...

b Capítulo sobre los actos válidos del albacea [...]

[...] En la clasificación primera del primer capítulo, no tiene potestad para disponer de la herencia de principio, porque la herencia del muerto se transmite a los herederos, y ellos pueden actuar por sí mismos; por ello no se precisa tutela, pero sí retener para cumplir las obligaciones del muerto, tomar posesión sus derechos y entregarlos a los herederos, porque en la retención se protege el patrimonio. Él tiene potestad para proteger. En cuanto a la segunda clasificación dentro del capítulo primero, hay dos opciones: que la deuda cubra toda la herencia o que no; si la cubriera, el albacea podría vender toda la herencia porque la bancarrota de la herencia impide la transmisión de la propiedad a los herederos...

^a(قال وإن كان للميت أوصى بشيء كان للأب أن ينفذ وصاياه، ولو مات وعليه ديون كثيرة وله ورثة صغار وترك متاعاً وعقاراً لم يكن للأب أن يبيع شيئاً من تركته الميت)، والفرق بينهما وهو أن تنفيذ الوصية إنما كان لحق الميت وهو نائب عنه والبيع إنما كان لحق الغرماء و[هو] ليس بنائب عنهم وإليه أشار في الكتاب فقال (لأن ذلك للغرماء) فرق بين الجد وبين وصي الأب [فإن وصي الأب] يملك بيع التركة لقضاء الديون وتنفيذ الوصايا والأب لا يملك البيع لذلك، وينبغي أن يحفظ [هذا] من صاحب الكتاب، لأن محمداً رحمه الله لم يذكره في المبسوط على هذا البيان، فإنه أقام مقام الأب، لأنه قال إذا ترك وصياً وأباً فالوصي أولى فإن لم يكن فالأب أولى فإن لم يكن فهكذا وهكذا إلى أن قال فوصي الجد ثم وصي القاضي وصاحب الكتاب بين ذلك، (قال ولو أن رجلاً له ابن لم يدرك أذن له في التجارة فأستدان ديناً ومات الإبن وترك متاعاً وعقاراً والدين يحيط بما تركه لم يكن لأبيه أن يبيع شيئاً مما تركه) لأنه مشغول بحق الغرماء فلا يملك البيع إلا برضى الغرماء،....¹⁷⁵⁸

En cuanto a la ejecución de la herencia, la preferencia sería el instituido como albacea por el causante, seguido del padre y el abuelo y los que estos nombren. Por último, el juez, ante la ausencia de alguno de los anteriores, está facultado para investir uno. Este albacea está calificado como representante del fallecido, por lo que se insiste en la prolongación de la personalidad del difunto más allá de su muerte y hasta la liquidación de la herencia.

^bباب إثبات الدين والحقوق على الميت.

a (Dijo: y si el muerto hubiera legado alguna cosa, el padre debe ejecutarlo; si muriera teniendo muchas deudas y con herederos menores, dejando bienes muebles e inmuebles, el padre no podría vender nada de la herencia del muerto). La diferencia entre ambos es que la ejecución del legado únicamente se realiza en favor del derecho del muerto y es un delegado del mismo, mientras que la venta se realiza en defensa de los acreedores, no siendo él su representante. A esto apunto en el libro diciendo porque eso es de los acreedores. La diferencia entre el abuelo y el albacea del padre radica en que este último puede vender la herencia para abonar las deudas y ejecutar los legados, mientras que el padre no puede vender para ella. Hay que guardar esto del autor del libro, porque Muhammad no lo ha nombrado en el *Mabsūt*. Si el abuelo ocupa la posición del padre, porque si ha dejado un padre y un albacea, este está primero, si no, el padre, el abuelo, el albacea nombrado por el abuelo y por último el nombrado por el juez; el autor del libro ha dejado claro esto. (Dijo: si un hombre tuviera un hijo, sin que lo hubiera autorizado para el comercio, y este se endeudara, muriendo con muebles e inmuebles y la deuda que supera el haber de su herencia, su padre no podría vender nada de la misma) porque estaría vinculada al derecho de los acreedores, y no podría hacerlo más que con el consentimiento de estos. (Dijo: asimismo el esclavo autorizado para comerciar. Si endeudara y fuera declarado en quiebra o falleciera, su patrón no tendría autoridad sobre nada para venderlo) porque estaría vinculado al derecho de los acreedores, el único que podría hacerlo sería el juez, y Dios es conocedor de lo correcto.

b Capítulo sobre la prueba de las deudas y obligaciones del fallecido.

(Dijo: si un hombre muriera y le reclamaran un derecho a algo que estuviera en su poder, como una casa o finca, o un esclavo, o se le reclamara una deuda y se opusiera a la demanda alguno de los herederos o el albacea, y quisieran probar ese derecho en presencia de un heredero o el albacea (del muerto), eso sería válido frente a todos los herederos), porque uno de los herederos se ha erigido en parte en lo que se demanda al fallecido o a su favor, porque el heredero es sucesor del fallecido. Y la sucesión no se divide, porque la causa, cuando se actualiza en el derecho de todos, no se divide y se prueba el derecho frente a todos, por completo, como si no hubiera otro, y la causa de la sucesión se ha verificado en el derecho de todos y la sucesión no se fracciona y se prueba frente a todos).

Para completar, el derecho se ha probado frente a él como se ha probado frente al fallecido, y la obligación, si ha quedado probada frente al muerto, queda probada frente a todos los herederos. Y así aquí. (Ha dicho, si el heredero reconociera la deuda reclamada por el demandante, quedaría obligado a la misma hasta el límite de su cuota hereditaria) porque el heredero solo deviene sucesor del fallecido en lo que este no puede administrar por sí mismo, como si hubiera nombrado un albacea para reconocer una deuda, por ser representante del muerto, en lo que él no ha podido administrar por sí mismo; no habría falta reconocerla por el muerto. Así aquí, si no es válido el reconocimiento de deuda contra el fallecido, pues su reconocimiento solo se mantendría contra él mismo (únicamente es válida frente al propio heredero) en su cuota. (Dijo: si lo que hubiera reclamado el hombre fuera algo que estuviera en poder del muerto y lo admitiera el heredero, ese derecho sería del demandante) porque ha reconocido contra sí mismo y sería válido, y los otros herederos mantendrían su derecho, porque no les afectaría el reconocimiento de ese heredero. (Dijo: si un grupo reclamara al muerto unas deudas y quisieran probarlas, no podrían hacerlo salvo en presencia de un heredero o albacea, y no podrían probarlo frente a un deudor del muerto, frente al legatario o frente a un acreedor del muerto). En cuanto al deudor del muerto, porque el demandante no le reclama nada, sino que reclama una deuda situada en la esfera jurídica del muerto. Pero, si lo probara, tendría una tutela de aseguramiento del cumplimiento por parte de ese deudor, pues se considera parte del caudal hereditario. Y no sería el acreedor parte en su demanda, a diferencia del heredero o el albacea, si se personaran, pues únicamente pleitearía frente al deudor del muerto. En cuanto al heredero, porque él reclama algo de su propiedad. En cuanto al albacea, porque reclama un derecho a tomar posesión de su deuda por sí mismo y el acreedor es su contraparte. En cuanto al legatario, porque no es sucesor del muerto en lo que ha tomado en propiedad, sino que adquiere tras el contrato de legado.

(قال إذا توفي الرجل وادعى رجل عليه حقاً أو شيئاً منما كان في يده داراً أو ضيعة أو غلاماً أو ادعى عليه ديناً فحاصمه في ذلك بعض الورثة أو الوصي وأراد أن يثبت عليه حقه ذلك بمحضر وارث واحد أو الوصي {عن الميت} فذلك جائز على جميع الورثة)، لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعي عليه وله، لأن الورثة خلافة عن الميت، والخلافة لا تتجزئ لأن السبب متى تحقق في حق الكل والحق غير متجزئ يثبت الحق لكل واحد منهم {كاملاً كأنه ليس معه غيره وسبب الخلافة تحقق في حق الكل والخلافة غير متجزئة فيثبت لكل واحد منهم} على كمال فكان الحق ثابت عليه كحق الثابت على الميت والحق لو ثبت على الميت كان ثابتاً في حق جميع الورثة، فكذا هنا، (قال فإن أقر الوارث بالدين الذي أدعاه الخصم لزمه ذلك في كل حصته حتى تستغرق ذلك جميع حصته) لأن الوارث إنما صار خليفة المورث نظراً في كل ما يعجز الميت عن النظر لنفسه لا نظر الميت في جعله خليفة عنه في الحق الإقرار كالوصي لما كان نائباً عن الميت نظراً له فيما يعجز الميت عن النظر فيه لنفسه لا جرم لم يصح إقراره على الميت، كذا هنا وإذا لم يصح إقراره على الميت بقي إقراره على نفسه {فإنما يصح على نفسه} في حصته (قال فإن كان الذي إدعاه الخصم شيئاً مما كان في يدي الميت فأقر الوارث بذلك كان حقه من ذلك للخصم) لأنه إقرار على نفسه فيصح، والورثة الباقيون على حقوقهم، لأنهم لم يصح إقراره عليهم (قال وإن ادعى قوم على الميت ديوناً فأرادوا أن يثبتوا ذلك فليس لهم أن يثبت ذلك إلا بمحضر من وارث أو وصي وليس لهم أن يثبت {ذلك} على غريم للميت عليه دين ولا موصي له ولا غريم له على الميت دين)، وأما الغريم الذي عليه للميت دين لأن المدعي لا يدعي عليه شيئاً وإنما يدعي ديناً في ذمة الميت، لكن إذا ثبت ذلك له ولاية الإستيفاء من هذا الغريم بإعتبار أنه تركه الميت، فلا يكون الغريم خصماً له بخلاف الوارث والوصي إذا حضر فإنه يخاصم الغريم الذي للميت عليه دين، وأما الوارث لأنه يدعي ملك ما في ذمته وأما الوصي فلأنه يدعي حق قبض الدين عليه لنفسه فيكون الغريم خصماً، وأما الوصي له فلأنه ليس بخليفة الميت فيما يملك بل يملك بإبتداء بعقد الوصية،... 1759

Las distintas teorías sobre la personalidad jurídica, en parte, deben su desarrollo, en el campo del derecho común europeo, al estudio de diferentes juristas romanos y medievales sobre la herencia yacente; de ahí que retomemos textos incluidos en la parte de nuestra tesis sobre esa materia. Ahora nos toca comprobar si en el derecho islámico se entiende que continúa el causante como titular de los bienes de su herencia o se acoge alguna otra solución. En el ámbito de esta escuela, representada por al-Jaṣṣāf, en todo momento, se habla de deudas del muerto, créditos del muerto, derechos del muerto: un titular que dejó de ser persona física por su muerte. No obstante, se matiza algo la afirmación pues los herederos, con el tope máximo de la cuota que les haya correspondido son, de alguna forma, continuadores de la responsabilidad de su causante, posibilitándose, dentro del mismo límite, que reconozcan deudas de este. El albacea, tiene la consideración de representante del fallecido.

^a(قال) لا أحفظه عن مالك ولكن مالكا قال لي إذا ورث الرجل غنماً زكاهها إذا حال الحول عليها ولم تقل لي قبض أو لم يقبض * (قال) * وقال لي مالك في القوم يرثون الغنم وقد أقامت عند أبيه حولاً أنه لا زكاة على أبيهم فيها وإنهم لا تجب عليهم الزكاة حتى يمر بها حول فإذا مر بهم حول كانوا بمنزلة الخطاء ولم يقل قبضوا أو لم يقبضوا * (قال) * وقال مالك في الدنانير إذا هلك رجل فأوصى إلى رجل فباع تركته وجمع ماله فكان عند الوصي ما شاء الله أنه لا زكاة عليهم فيما إجتمع عند الوصي ولا فيما باع لهم ولا فيما نض في يده ذلك حتى يقسموه ويقبضوه ثم يحول الحول بعد ما قبضوا [...] * (قلت) * فلو ورث رجل ماشية تجب فيها الزكاة فحال عليها الحول قبل أن يقبضها وهي في يد الوصي أعلوها فيها الزكاة فقال نعم * (قلت) فما الفرق بين هذه الغنم والدنانير (قال) لا تشبه الغنم الدنانير لأن الغنم لو كانت لرجل وعليه دين يغترقها زكي الغنم والدنانير إذا كانت لرجل وعليه دين يغترقها وليس له غير ما كان دينه فيها لم تكن الزكاة والذي ورث الدنانير لا تصير الدنانير في ضمانه حتى يقبضها فإنما تكون عليه فيما ورث من الدنانير الزكاة إذا صارت الدنانير في ضمانه ويحول عليها بعد ذلك حول فأمالم تصر في ضمانه فلا زكاة عليه فيها *

a (Dijo) No he memorizado nada de Mālik, pero él me dijo que si un hombre hubiera heredado ganado, tendría que pagar la *zakāt* si hubiera vencido el plazo, sin que me dijera si hubiera de haber entrado en posesión del mismo o no. * (Dijo) * y Mālik me dijo sobre un grupo que había heredado ganado sobre el cual había vencido el plazo en posesión de su padre; su padre no paga la *zakāt* por el mismo y ellos no tendría que pagarla hasta el siguiente período impositivo; en ese momento, se considerarían como copropietarios, sin especificar que hayan de haber entrado en posesión del ganado o no. * (Dijo) * Mālik ha dicho sobre los dinares, si el hombre muriera y nombrara albacea a uno y este vendiera su herencia y reuniera el dinero, no tendría que pagar la *zakāt* (los herederos) por el dinero que están en poder del albacea, hasta que se repartiera y tomaran posesión de los mismos y posteriormente venciera el plazo después [...] * (Dije) * Si un hombre heredara ganado y venciera el plazo antes de haber entrado en posesión del mismo, estando en manos del albacea, ¿debería pagar la *zakāt*? Dijo: sí. * (Dije) * cuál es la diferencia entre el ganado y los dinares. (Dijo) no se parece el ganado y los dinares, porque el ganado, si pertenece a un hombre endeudado por encima de su patrimonio, pagaría la *zakāt*. Los dinares, si ocurriera lo mismo, y no dispusiera más que de esas monedas, no debería pagarla; quien heredara los dinares no sería responsables de ellos hasta que no hubiera entrado en posesión de los mismos, y mientras no estén bajo su responsabilidad no tendría que pagarla. * Y lo que también te muestra la diferencia entre ambos es que el hombre, si heredara dinero efectivo que estuviera en otro lugar distinto al que estuviera, no debería pagarlo mientras no esté con él, por temor a que el causante tuviera deudas antes del período impositivo. Mientras que esto no ocurriría con el ganado, dando igual si estuviera en otro lugar o no.

ومما يبين لك أيضاً الفرق بينهما أن الرجل لو ورث مالا ناضاً غائباً عنه لم تكن ينبغي أن يزكي عليه وهو غائب عنه خوفاً أن يكون صاحبه الذي ورثه مدياناً أو يرهبه دين قبل محل السنة والغنم لو ورثها وهي غائبة عنه أو حاضرة ثم لحق دين لم يضع الدين عنه وجب عليه من الزكاة فهذا بذلك أيضاً...¹⁷⁶⁰

Recogiendo la opinión de su maestro, Saḥnūn, analiza cuándo diversas personas son sujetos pasivos de la limosna legal, *zakāt*. La regla general es que la persona no solo ha de ser propietario de los bienes que son gravados sino también haber entrado en posesión de los mismos antes de que venza el período impositivo. Eso es así también en el caso de los herederos, salvo que el bien heredado fuera ganado, el cual ha de abonarse desde el momento en que se considera propietario. El argumento es que la persona está obligada al pago desde el momento en que ha de indemnizar por la destrucción del bien, que no coincide generalmente con el dominio, sino con la posesión efectiva. Con dinero en efectivo se ha de tener la prevención de esperar hasta saber si el causante tuviera deudas que impidieran la transmisión *mortis causa* del mismo. Esto nos conduce a la responsabilidad patrimonial en el derecho islámico: algún tipo es real, es decir, se ejerce contra bienes concretos y otro contra todo el patrimonio del deudor (*ḍimma*).

^a(في الورثة يتبعون تركة الميت فيستهلكونها ثم يأتي الغرماء)
قلت *أرأيت إن باع الورثة تركة الميت فأكلوها وإستهلكوها ثم قدم قوم فأقاموا البينة على دين لهم (قال) قال مالك إن كان الرجل معروفاً الدين فيأدروا الورثة الغرماء فأخذوا ماله فباعوه وإقتسموه وأكلوه كان للغرماء أن يأخذوا مال الميت حيثما وجدوه ولا يجوز بيع الورثة وأتبعوا الذين إشتروا الورثة وإن كان الرجل الميت لا يعرف بالدين فباعوا على مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم أبتع الغرماء الورثة ولم يكن لهم على من إشتري منهم سبيل [...] فيتبع غرماؤه الورثة بثمن ما باعوا كان فيه وفأؤهم أو لم يكن¹⁷⁶¹.

Reproducimos de nuevo este epígrafe de la *Mudawwana* que aparece en el capítulo tercero de nuestra tesis. En caso de deudor notorio, sus bienes son perseguibles allí donde se encuentren, aún en el caso de que los herederos hayan dispuesto de ellos; los acreedores podrían rescindir la venta de aquellos y anular la partición de la herencia, cobrándose de la misma. En nuestra tradición se haría hincapié en la otra parte, al adquirente, y si este fuera de mala fe, su posición sería atacable. Si no fuera así, únicamente podrían perseguir a estos dentro del límite del precio obtenido por la operación. En este estadio de nuestra investigación, nos interesa remarcar que las deudas no se transmiten y que, a tenor de la literalidad del texto, la deuda sería del propio causante, sin importar su fallecimiento, no del conjunto patrimonial de su herencia.

^b* (كتاب التفليس) * (في رجل يقوم عليه بعض غرمائه بتفليسه)
[...] * (قال) * وسألت مالكا عن رجل يفسل فيقوم عليه غرماؤه فبتباع أمواله ثم يقتسمون بالحصص ثم يأتي غريم لم يحاصهم كيف يرجع عليهم (قال) يرجع عليهم بقدر حقه فمن وجد منهم غنياً أخذ منه بقدر ذلك ومن وجد منهم قد أعدم ولا شيء عنده لم يكن له أن يأخذ من هذا الغني إلا ما أخذ منه مما يصيبه وأتبع هذا المفلس في ذمته والموت والتفليس في هذا بمنزلة واحدة [...] (قال ابن وهب) قال مالك من مات أو فليس فقد حل دينه وإن كان إلى أجل...¹⁷⁶²

Hemos aportado algunos fragmentos en diversos momentos de este trabajo en el que Saḥnūn, siguiendo a su escuela, identifica la muerte y la quiebra. En este caso concreto, se analiza

a (Cuando los herederos toman la herencia del muerto, la consumen y después llegan acreedores).

(Dijo) ¿Qué opinas si los herederos vendieran la herencia del muerto y la consumieran y después se presentara un grupo de acreedores y aportaran la prueba de la deuda a su favor? (Dijo) Ha dicho Mālik que si el hombre fuera conocido por sus deudas y los herederos se hubieran adelantado en coger sus bienes, venderlos y repartirlos y los hubieran consumido, los acreedores podrían tomar los bienes del muerto allí donde los encontraran, y las ventas de los herederos no serían válidas y podrían reclamar a quienes compraron de los herederos. Y si el muerto no fuera conocido por sus deudas y lo hubieran vendido por un precio parecido al que la gente vende las herencias de sus muertos, los acreedores podrían reclamar a los herederos, pero no a quienes compraron [...] reclamarían a los herederos por el precio de la venta, tanto si fuera suficiente para saldar la deuda como si no.

b Libro de la quiebra. Sobre un hombre al que los acreedores piden su declaración de quiebra.

[...] * (Dijo) * Pregunté a Mālik sobre un hombre al que sus acreedores piden la declaración de quiebra, se venden sus bienes, se reparten entre ellos según sus cuotas, luego aparece un acreedor que no ha participado en el reparto, ¿cómo repite este? (Dijo) Repite contra ellos en proporción a su derecho de quien encuentre de ellos rico, toma en esa proporción, y si encuentre alguno que no tenga nada, no puede tomar de ese rico más que lo que recibió. Puede perseguir al quebrado en su *ḍimma*; la muerte y la quiebra en este aspecto son iguales [...] (Dijo Ibn Wahhab) Mālik ha dicho que quien muriera o quebrara sus deudas vencerían aunque estuvieran aplazadas

nunca responden más que con la cuota líquida obtenida y que, más importante aún, las deudas gravan la *ḍimma* del muerto.

^a[...] وذكر [...] عن ابن يوسف أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثته وترك مالا ليس فيه وفاء إشتركا بالحصص لأن الدين يمنع إنتقال الملك إلى ورثة لقله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والأجنبي سواء...¹⁷⁶⁴

Alā'-l-Dīn Abū Bakr Mas'ūd b. Aḥmad al-Kāšānī¹⁷⁶⁵, nacido en Alepo y uno de los principales seguidores de Abū Ḥanīfa, trata en estas líneas de fijar el régimen jurídico de las deudas cuando afecta a una comunidad de bienes. Ejemplifica la cuestión con el caso de que uno de los deudores muere siendo su heredero otro de los coobligados. La deuda del fallecido es superior a su herencia lo que impide que ese heredero acceda a la propiedad de los bienes del difunto. En consecuencia, el fallecido y su sucesor continúan siendo codeudores, pues la muerte no transmite la deuda al heredero.

^b[من سافر بمال قراض فتعرض له في الطريق من قبله] وسئل البوني عن سافر بمال قراض من سفاقس ومر بطرابلس فأخذ قراضاً آخر، ثم رجع فلقية عدو الدين فقتله وسلم المال ورجع لسفاقس، فقام عليه رب القراض بقراضه وبيدين وإختصم مع الورثة ثم إصطلحوا على أخذ مال القراض وربح أربعة دنانير. ثم جاء رب المال الطرابلسي فأثبته وحلف يمين القضاء وطلبه مع الربح ولم يوجد له خبر، ووقع له الورثة مجادلة مع أنهم دفعوا الأول المال وبعض الربح، وإحتجوا عليه بمعرفته لهذا المال وسفره به وسبقه نحو العام. هل يلزمهم دفع المال مع ربح أم لا؟ فأجاب: إذا لم يوجد المال ولا علم موضعه فذهب ماله أنه يقضي بالمال دون ربحه من ترك الميت، إلا أن يثبت الربح. وفي الحكم عليه برأس المال نظر، لإحتمال الضياع والخسارة. ولكنه المذهب...¹⁷⁶⁶.

Esta fetua de la colección de al-Wanšarīsī plantea, como no resulta extraño, un socio trabajador de una sociedad en comandita que viaja desde Sfax en el actual Túnez hasta Trípoli, hoy en Libia. En esta última concierta otra comandita con un segundo socio capitalista. En el viaje de regreso a Sfax es asesinado. Ambos socios capitalistas litigan con sus herederos por el capital y los posibles beneficios. Esta cuestión y la respuesta se le planteó al jurista cordobés al-Būnī, Maruwān b. 'Alī al-Asdī al-Qaṭṭān, especialista en dichos del profeta muerto antes del año cuatrocientos cuarenta de la hégira, quien escribió un famoso comentario sobre *al-Muwwata'* de Mālik b. Anas¹⁷⁶⁷. Este ulema, por lo que a nuestro estudio interesa, falla que la herencia del muerto responde, salvo prueba en contrario, tan solo del capital entregado por sus respectivos socios. En el caso de constatarse la existencia de beneficios, también se detraerían de ese caudal. Lo interesante de esta respuesta jurisprudencial radica en la expresión del alfaquí: se toman de la herencia del muerto, de lo que no sería descabellado deducir que es el patrimonio y no la *ḍimma* del muerto; si bien, sustentar una personificación solo en este sintagma sería demasiado aventurero.

^cإختلف الفقهاء حول إنتهاء عقد الإجارة للوقف حالة الوفاة: هل ينتهي العقد بموت المؤجر أو موت المستأجر أو بموتهم؟

a Y [...] ha mencionado citando a Abū Yūsuf que si el demandado muriera y uno de los comuneros fuera su heredero, habiendo dejado bienes insuficientes para satisfacer sus obligaciones, serían codeudores según sus cuotas, pues la deuda impediría la trasmisión de la propiedad a los herederos, como se desprende de las palabras del Altísimo “después del legado realizado o deudas”. La herencia se pospondría a la deuda y no se transmitiría la propiedad al heredero, permaneciendo la deuda del heredero y del tercero al mismo nivel...

b (Sobre quien viajó con dinero de una sociedad en comandita, siendo interceptado en el camino por alguien que lo asesina).

Al-Būnī fue preguntado por quien viajó con el dinero de una comandita desde Sfax, hasta Trípoli, tomando allí una comandita de otro; después regresó y un enemigo de la religión lo interceptó y lo mató. Aquel regresó con el capital a Sfax; allí, el socio capitalista le demandó por el capital y la deuda, litigando con los herederos, llegando al acuerdo de quedarse con el capital y cuatro dinares de beneficio. Posteriormente, llegó el socio capitalista de Trípoli, quien probó y juró ante el juez y se le pidió el beneficio, sin que se tuviera noticia. Los herederos litigaron con él la entrega del capital y parte de los beneficios. Argumentaron contra él con el conocimiento del capital y su viaje y que había pasado un año. ¿Han de abonar el capital y los beneficios o no?

Contestó: Si no está el capital y no se conoce su paradero, la escuela de Mālik decreta que se ha de abonar únicamente el capital y no los beneficios de la herencia del muerto, salvo que se demuestre la existencia de beneficios. En este precepto sobre el capital se tiene en cuenta la posibilidad de pérdida y déficit; es la escuela...

c Los jurisconsultos están divididos sobre el contrato de arrendamiento de un *waqf* en caso de fallecimiento. ¿Se extingue el contrato con la muerte del arrendador o la muerte del arrendatario o de los dos?

رأي الحنفية: قالوا: إن عقد الإجارة للوقف لا ينتهي ولا يفسخ بموت المؤجر (الناظر أو القاضي) كما هو الحال في عقد الإجارة للملك، فإذا توفي المؤجر للوقف تبقى الإجارة قائمة حتى تنتهي المدة المضروبة. أما إذا توفي المستأجر فإن عقد الإجارة ينتهي.

والسبب في ذلك: أن العقد لا ينتهي بموت المؤجر لأن المؤجر في عقد إجارة الوقف ليس مالكا للعين كما ليس مالكا لمنفعته لذا فإن موته لا يغير الحكم فتبقى الإجارة مستمرة، وكذا لا يبطل عقد الإجارة بموت الوكيل في الإجارة. أما المستأجر فالعقد وقع له وأجر ملزم من ماله، فلو إفترضنا أن العقد بقي مستمرا بعد موته لإستحقت الأجر من مال غيره – وهم الورثة – وهذا مخالف لطبيعة عقد الإجارة.

رأي المالكية والشافعية: إن عقد الإجارة في ملك لا يفسخ بموت أحد العاقدين أو كليهما بل تبقى الإجارة سارية المفعول إلى أن تنتهي المدة المضروبة لأن عقد الإجارة هو عقد لازم لا يفسخ بالموت، وأن ورثة المؤجر يستوفون الأجرة بعد وفاة المؤجر، كما أن ورثة المستأجر يخلفون المستأجر في إستيفاء المنفعة بعد وفاته، ومثل ذلك عقد إجارة الوقف، إلا أن المالكية والشافعية قد إستنتوا حالة واحدة وهي إذا كان الناظر من ضمن المستحقين في الوقف فإن عقد الإجارة يفسخ بوفاته، لأن المنفعة بعد الموت هي حق لغيره لا ينفذ عقده عليها من غير إذن ولا ولاية¹⁷⁶⁸.

Esta monografía sobre el *waqf* en el mundo islámico, del profesor jordano 'Ikrima Sa'īd Šabrī, resume la cuestión de la transmisión *mortis causa* de las respectivas posiciones jurídicas en el contrato de arrendamiento, especificando las diferentes posiciones en función de cada escuela. Aunque el texto (del cual analizamos en su momento la figura del administrador) está centrado en las fundaciones islámicas, se pueden extrapolar los resultados. Los *ḥanafīes* establecen que el contrato se extingue por la muerte de cualquiera de las dos partes: arrendador o arrendatario. A pesar de que este contrato tiene una naturaleza real, no obligacional para el *fiqh*, pues se transmite el dominio útil del bien, los seguidores de Abū Ḥanīfa consideran que es un negocio personalísimo entre ambos y decretan la extinción del mismo aun en el caso de no haber vencido el plazo. No obstante, esta decisión casa bastante bien con la concepción de la sucesión como un patrimonio en liquidación. Los *mālikīes* y los *šāfi'īes* optan por priorizar el plazo, manteniéndose la vigencia del arrendamiento hasta el fin del período estipulado. Para ellos, la esencia del contrato se impone a la liquidación que se ha de producir en el patrimonio del causante. No obstante, ya que este negocio jurídico provoca un cambio en la propiedad del usufructo o dominio útil, en puridad, no se transmiten deudas a los herederos.

Los *ḥanafīes* opinan: El contrato de arrendamiento de un *waqf* no se extingue y no se rescinde por la muerte del arrendador (administrador o juez) como sería el caso de un arrendamiento concluido por el propietario. Si el arrendatario del *waqf* falleciera, el contrato se mantendría vigente hasta que venciera el plazo fijado. Pero si muriera el arrendatario, el contrato de arrendamiento se extinguiría.

La causa de ello: el contrato no se extinguiría con la muerte del arrendador, porque en el contrato de arrendamiento del *waqf* el arrendador no es propietario del bien, como tampoco es propietario de su utilidad, por ello su muerte no cambia el régimen y el contrato continúa; tampoco se anula el contrato de arrendamiento con la muerte del representante en el contrato de arrendamiento.

En cuanto al arrendatario, el contrato se efectuó para él y la renta se exige de sus bienes, si conjeturáramos con la posibilidad de mantener el contrato tras su muerte, se exigiría la renta de un dinero que no es suyo – los herederos – lo que iría contra la naturaleza del contrato de arrendamiento.

Los *mālikīes* y los *šāfi'īes* opinan: el contrato de arrendamiento sobre la propiedad no se rescinde por la muerte de cualquiera de los contratantes o ambos, sino que permanece vigente hasta el vencimiento del plazo estipulado, porque el contrato de arrendamiento es un contrato obligatorio que no se extingue con la muerte. Los herederos del arrendador cobrarían la renta después de su muerte, como los herederos del arrendatario lo sucederían en el disfrute de la utilidad mediante el pago tras el fallecimiento; así ocurriría en el arrendamiento del *waqf*. Los *mālikīes* y los *šāfi'īes* exceptúan un supuesto: si el administrador estuviera incluido entre los beneficiarios del *waqf*, el contrato se extinguiría con su muerte, porque las utilidades tras su muerte pertenecería a otro, y el contrato no se le aplicaría sin autorización o tutela.

^a وأما الميراث في اصطلاح الفقهاء: فهو إسم لما يستحقه الوارث من مورث بسبب من أسباب الإرث، أو إنتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة. وتطلق كلمة الميراث أيضاً على المال الموروث نفسه، كما تطلق كلمة الميراث على علم الميراث نفسه، فيقال فلان يجيد الميراث أي يحسن هذا العلم. وعرفوا علم الميراث: بأنه قواعد من الفقه والحساب يتوصل بها إلى معرفة الحقوق المتعلقة بالتركة ونصيب كل وارث. وعرف الشيخ الدردير من المالكية علم الميراث: بأنه علم يعرف به من يرث ومن لا يرث. ومقدار ما لكل وارث. فعلم الميراث يتكلم عن الحقوق المتعلقة بالتركة إجمالاً، وأسباب الميراث وشروطه وموانعه، وأنواع الورثة، ونصيب كل وارث، وحجب بعض الورثة بعضهم حجاً كلياً أو جزئياً، والعول والرد إلى غير ذلك مما يتوقف عليه تقسيم التركات بن أصحابها..

باب الأول. التركة وما يتعلق بها من الحقوق. الفصل الأول: تعريف التركة لغة وإصطلاحاً وبيان معانيها. معنى التركة لغة: يقال تركة [...] تطلق على الشيء المتروك وهي ترادف التراث، وتركة الميت ما يتركه من تراثه، وتركة الرجل ميراثه.

والتركة في اصطلاح الفقهاء: التركة عند الحنفية: ما يتركه الميت من الأموال صافياً عن تعلق حق الغير بعين من الأموال. والتركة عند الحنابلة: الحق المخلف عن الميت. وعند الشافعية هي كل ما كان للإنسان حال حياته وخلفه بعد مماته من مال أو حقوق. والتركة عند المالكية: حق يقبل التجزئ يثبت لمستحقه بعد موت من كمال ذلك له. القصل الثاني. الحقوق المتعلقة بالتركة.

ذهب الشافعية والمالكية وبعض الحنفية إلى أن الحقوق المتعلقة بالتركة خمسة هي: الديون العينية، والتجهيز، والديون المطلقة، والوصايا، وحق الورثة. وذهب جمهور الحنفية [...] إلى أن الحقوق المتعلقة بأربعة هي: تجهيز الميت، وقضاء ديونه، وتنفيذ وصاياه، وحق الورثة. وهذه الحقوق ليست في منزلة واحدة، بل بعضها أقوى من بعض، فيقدم الأقوى على القوى منها، ويبدأ به من التركة، وقد أجمع الفقهاء على أن سداد الديون وتجهيز الميت قدامان على الوصية، وأن الوصية مقدمة على الإرث إلا أنهم اختلفوا في الدين هل هو مقدم على التجهيز أم أن التجهيز مقدم عليه.

باب الثاني. أركان الإرث وشروطه وموانعه وأسبابه الفصل الأول. أركان الإرث. لا يتحقق الإرث إلا إذا وجدت أمور ثلاثة، وهي المورث والوارث والموروث، فإن إنعدم واحد منها إنعدم الإرث. (ج) الموروث: وهو كل ما يتركه الميت من أموال بعد تجهيزه وسداد ديونه وتنفيذ وصاياه، وهذا الركن هو أهم الأركان الثلاثة إذ لولا وجود التركة لما كان هناك توريث أصلاً، ولما عرفنا الوارث من غير الوارث من أرباب الميت.

a En cuanto a la sucesión, en términos técnicos de los *fuqahā'*, es el nombre de a lo que tiene derecho el heredero de su causante, por cualquiera de las causas de la herencia, o la transmisión de un bien de uno a otro por esta sucesión. Se aplica la palabra sucesión también al propio bien heredado, como se aplica a la ciencia de la sucesión; así se dice: fulano es un experto en la sucesión, es decir, la conoce bien. La ciencia de la sucesión se define: son las reglas de *fiqh* y contabilidad mediante las cuales se llega al conocimiento de los derechos vinculados a la herencia y la parte de cada heredero. El *šayj* de los *mālikīes*, al-Dardīr, ha definido la ciencia de la sucesión: es la ciencia con la que se conoce quién hereda y quién no hereda, así como la cuota de cada heredero.

Capítulo primero. La herencia y los derechos que están vinculados a ella. Sección primera. Definición de herencia, desde el punto de vista léxico y técnico; se muestra su significado.

Significado gramatical de la herencia: [...] se emplea para la cosa dejada, sinónimo de acervo, y la herencia del muerto es lo que ha dejado; y el hombre ha dejado su herencia.

La herencia en términos técnicos de los *fuqahā'*: la herencia para los seguidores de Abū Ḥanīfa: es lo que el muerto deja, bienes líquidos de cualquier derecho de tercero sobre cualquiera de ellos. Para los seguidores de Ibn Ḥanbal: el derecho al que se sucede del muerto. Para los seguidores de al-Šāfi'ī: es cualquier cosa que tuviera el ser humano en vida y le sucediera tras su muerte, bienes o derechos. Para los seguidores de Mālik b. Anas: el derecho que permite ser dividido y que se confirma en su titular después de la muerte del anterior.

Capítulo segundo. Los derechos vinculados a la herencia. Los seguidores de al-Šāfi'ī, los seguidores de Mālik b. Anas y algunos de Abū Ḥanīfa opinan que los derechos sujetos a la herencia son cinco: las deudas sobre bienes, los gastos del sepelio, las deudas absolutas, los legados y el derecho del heredero. La mayoría de los seguidores de Abū Ḥanīfa [...] opinan que son cuatro: el sepelio, la satisfacción de las deudas, la ejecución de los legados y el derecho del heredero. Estos derechos no tienen el mismo rango, sino que algunos son más fuertes que otros y tienen preferencia. Los ulemas coinciden en que las deudas y el sepelio se anteponen al legado y este a la parte del heredero; discrepan si la deuda es previa al sepelio o no.

Capítulo segundo: los elementos esenciales de la herencia, sus condiciones, impedimentos y causas. Epígrafe primero: requisitos de la herencia.

La herencia no se produce más que con tres elementos: el causante, el heredero y lo heredado; si alguno faltara, no se produciría. C) Lo heredado: es todos los bienes que deja el muerto, tras los gastos del sepelio y la ejecución de los legados; este requisito el principal de los tres, pues sin él no existiría de raíz ni conoceríamos al heredero del que no lo es entre los familiares del difunto.

Epígrafe segundo. Los requisitos.

La herencia es la sucesión que se produce entre el heredero y el causante, ocupando su posición en lo que sea titular de derechos y bienes...

Hemos extractado el ya de por sí escueto manual titulado “*el compendio de la herencia*” del doctor de la Universidad de Jordania, ‘Arif Jalīl Abū ‘Id, el cual sintetiza los principales aspectos de la misma en una comparativa entre las escuelas. En cualquier caso, en los párrafos seleccionados resulta patente que, aunque se utilice la palabra sucesión, esta no es de carácter general, sino referida únicamente a bienes y derechos líquidos. Asimismo, este profesor utiliza la expresión derechos contra la herencia y obligaciones del fallecido indistintamente, sin que quepa deducir que personaliza el caudal relicto.

Los textos escogidos, junto a los que aparecen diseminados en otros capítulos de nuestra investigación, reflejan una concepción bastante homogénea de la sucesión entre las diversas escuelas del *fiqh*. En primer lugar, teleológicamente, la regulación de la herencia islámica está diseñada para liquidar un patrimonio con el fin de repartir su remanente una vez satisfecho el pasivo. Mientras perdure ese proceso, los ulemas establecen que la personalidad, o al menos la parte de ella responsable por deudas, *dimma*, del fallecido continúa más allá de la muerte. En aras de una mayor garantía del acreedor del causante, hemos visto ejemplos de obligaciones *propter rem*, o aquellas cuyo pago se ha de llevar a cabo sobre bienes concretos. Las fuentes latinas también acuden con insistencia a la persona del fallecido, cuya personalidad queda congelada, como un instrumento que justificara las adquisiciones en favor del heredero¹⁷⁷⁰. Los *fuqahā’* musulmanes tiene menos reparos: todos ellos hacen responder directamente al fallecido de las deudas contraídas en vida; una norma muy alejada de la sensibilidad romana, como tuvimos ocasión de señalar, en la cual la titularidad de bienes y derechos debía recaer sobre una persona y la personalidad se extingue con la muerte. En caso excepcionales, los herederos, a modo de socios de sociedades por acciones actuales, harían frente a dichos cargos hasta el límite de la cuota hereditaria, resultado de la liquidación realizada. Esta idea se afianza con la consideración del albacea testamentario como representante del finado, tanto en juicio como fuera de él, mientras que el heredero, al ver afectados sus intereses, ocuparía su posición como demandado ante el juez.

Este concepto se ha mantenido a lo largo de la historia de la *Šarī‘a*; hemos seleccionado textos clásicos, del siglo XIX e incluso manuales que se estudian hoy en día en las universidades. Ninguno se aparta de la esta misma concepción. En consecuencia, este patrimonio, a pesar de ser objeto de un tratamiento singularizado por parte de las normas, fundamentalmente, la cuestión de la prelación de créditos para la depuración de su pasivo, queda muy lejos de representar un caso al que aplicar la definición de persona jurídica del profesor de Castro. La continuidad de la *dimma* del causante cubre ese expediente jurídico.

La identificación que los alfaquíes realizan entre herencia y quiebra impone la extensión de las argumentaciones aquí expuestas a ese caso; además, con la circunstancia de que su titular continúa con vida. Tampoco es nuestra intención no reflejar una constante en la historia del derecho islámico: la búsqueda de mecanismos jurídicos con los que aliviar la rigidez del régimen jurídico sucesorio, en el que la persona únicamente puede disponer de un tercio de sus bienes para después de su muerte. En este capítulo hemos aludido a la falta de herencia de Muḥammad; en el próximo analizaremos una institución en la que muchos arabistas ven una fórmula para saltarse las normas hereditarias: el *waqf*.

7 Estudio específico del *waqf*, ¿alcanzó la consideración de persona jurídica?

A todo lo largo de las páginas que anteceden, entre los diversos capítulos y epígrafes en los que están estructuradas, una institución ha venido asomando: el *waqf*. Hasta el momento, la empleábamos al objeto de arrojar luz sobre cuestiones concretas, un ejemplo práctico sobre el que aterrizar las diversas teorías jurídicas. Ha llegado el momento de profundizar en su estudio, reservando un espacio propio para su análisis y, como no podría ser de otra manera, contestar a la pregunta sobre su subsunción en la categoría de persona jurídica, según la definición que venimos aceptando.

7.1 Origen

Si bien esta investigación se aparta bastante de ser una monografía sobre este tipo de fundación islámica, no resulta superfluo aportar algunas notas significativas sobre la raíz de la institución. Si conocemos sus antecedentes, las conclusiones que extraigamos serán más sólidas. Algunos de los arabistas que han profundizado en la institución, como Peter C. Hennigan, al menos en cuanto a la escuela que reconoce como maestro a Abū Ḥanīfa se refiere, ha dedicado algunas líneas a rastrear los precedentes del *waqf*. En concreto, refiere estos posibles préstamos: romano y bizantino (el fideicomiso y las *piae causae*), judío, persa y preislámico.

Este autor, como tuvimos ocasión de comprobar, es partidario de considerar el *waqf* como un instituto propiamente islámico, aunque entre sus elementos se perciban restos de algunas de las regulaciones propias de los otros ordenamientos relacionados¹⁷⁷¹. Nosotros hicimos una sucinta referencia a la posible incidencia del fideicomiso romano en el *waqf* y la *'umrā*, en el capítulo sobre las posibles influencias romanas y a ello nos remitimos; igualmente, al tratar del ascendiente sasánida, comparamos el *ḥubs* con las fundaciones en favor del alma persas. El catedrático de Derecho Romano, Francisco Cuena, entre otros especialistas, ha abordado su relación con las *piae causae* romanas y bizantinas. Entre las semejanzas destaca la similitud de requisitos de capacidad, la finalidad caritativa, su constitución mediante negocios *inter vivos* y *mortis causa*, y la predilección por los bienes inmuebles como objeto, así como la administración, pues donde el derecho romano instituye al obispo, el *fiqh* dota al juez de estas potestades; por último, se centra en el carácter fundamentalmente perpetuo de la institución. En cuanto a las diferencias sustanciales, relaciona la titularidad de los bienes fundacionales, donde el derecho justiniano dota de personalidad jurídica, el islámico desconocería este concepto. Finalmente, menciona de pasada la posible influencia del *waqf* en lo que Max Weber denomina fideicomiso profano medieval, una institución que intenta evitar la disgregación del patrimonio familiar e íntimamente ligado con el mayorazgo castellano¹⁷⁷². Todas estas cuestiones tendrán cumplida respuesta al final del presente capítulo. El jurista, cuya definición de persona jurídica hemos hecho nuestra, Federico de Castro, afirma: *el derecho romano cristiano reconoció abiertamente la posibilidad de la fundación piadosa con vida jurídica de completa independencia y el derecho canónico y el derecho real dictarán reglas especiales, dado su interés para toda la comunidad*¹⁷⁷³. Esta reflexión, no centrada exclusivamente en su consideración de sujeto jurídico pleno, nos invita a intentar observar en el *ḥubs* islámico una intervención protectora por parte del poder político; en el mundo cristiano medieval, según indican algunos historiadores del derecho, se produjo una pugna por el control de las mismas entre las autoridades eclesiásticas y civiles por la tutela de estas instituciones¹⁷⁷⁴; la falta de delimitación de ambos poderes en el Islam, en principio, dificultaría la aparición de este conflicto. En Occidente y Bizancio, los negocios jurídicos a partir de los cuales se desarrollaron estas fundaciones fueron dos: la donación y el testamento¹⁷⁷⁵; los textos en que mostraremos ambas herramientas legales están presentes.

La Historia del Islam de la Universidad de Cambridge apunta unas raíces fundamentalmente parecidas a las anteriores: especialmente entre los seguidores de Mālik b. Anas, el rastro de la Arabia preislámica sería evidente, el estímulo de la guerra santa provocó la multiplicación de estas fundaciones en los territorios fronterizos, por supuesto, también apunta a las *piae causae*, en Iraq especialmente detecta una intención de excluir a las mujeres de la herencia como reminiscencia del sistema patriarcal árabe; en último lugar, serviría como un muro de contención ante las posibles confiscaciones por el poder político¹⁷⁷⁶.

En otro sentido, algunos pueblos, a los que podemos considerar árabes, como los nabateos, incluso antes de nuestra era, se caracterizaban por un arte ecléctico, con elementos indígenas, helenísticos y orientales¹⁷⁷⁷; también, una religión sincrética, con aportes de los pueblos circundantes¹⁷⁷⁸. Finalmente, las fuentes musulmanas nos hablarán de diversos institutos de los árabes de la *Yāhiliyya* a los que se refieren por oposición a la nueva regulación traída por Muḥammad.

Sin más preámbulos, demos voz a los *fuqahā'*:

(16) باب من وصل رحمه الشرك ثم أسلم.
5992- حدثنا [...] أن حكيم بن حزام أخبره: أنه قال: يا رسول الله، رأيت أموراً كنت أتحنت بها في الجاهلية من صلة وعتاقة وصدقة، هل كان لي فيها من أجر؟ قال حكيم: قال رسول الله، ص، ((أسلمت على ما سلف من خير))¹⁷⁷⁹.

Esta compilación de dichos y hechos de Muḥammad, elaborada por al-Bujārī, relata en su número 5992 la anécdota entre Ḥakīm b. Ḥizām, sobrino de una de las esposas del profeta, Jadīya¹⁷⁸⁰ y este. Este familiar le cuenta algunas obras de caridad que realizó en la *Yāhiliyya*, como la *ṣila* (especie de recompensa¹⁷⁸¹), *'atāqa* (consenso) y *ṣadaqa*. Esta forma de piedad preislámica se entiende virtuosa una vez convertida la persona.

(20) باب ميراث السائبة.
6753- حدثنا [...] عن عبد الله قال: إن أهل الإسلام لا يسيبون، وإن أهل الجاهلية كانوا يسيبون¹⁷⁸².

Esta nueva referencia, que en la relación lleva el número 6753, nos informa de una costumbre de era de la *Yāhiliyya*, *al-sā'iba*, que fue repudiada con el advenimiento de la nueva religión. La misma consistía en el abandono votivo de un camello de su propiedad¹⁷⁸³. Esta institución se realizaba como forma de ofrenda piadosa pidiendo que las divinidades favorecieran al oferente.

قصة عمرو بن لحي، وذكر أصنام العرب.

a (16) Capítulo sobre quien llega al Islam con la misericordia de cuando era politeísta.

Nos contó [...] que Ḥakīm b. Ḥizām le informó: él le dijo: Enviado de Dios, sabes que tengo pecados desde la *Yāhiliyya*. *ṣila*, *'atāqa* y *ṣadaqa*; ¿tengo recompensa por ello? Dijo Ḥakīm: el Enviado de Dios dijo: “te has convertido al Islam con todo el bien que te ha precedido”.

b (20) Capítulo sobre la herencia de la *al-sā'iba*. Nos ha hablado [...] de 'Abd Allāh que dijo: la gente del Islam no constituyen una *al-sā'iba*, pero la de la *Yāhiliyya*, sí.

c Historia de 'Amr b. Luḥī y la mención de los ídolos de los árabes.

Ibn Ishāq ha dicho: [...] oí al Enviado de Dios que decía a Akṭam b. al-Ŷawn al-Juzā'ī: Akṭam, he visto a 'Amr b. Luḥī llevar su leña al fuego y no he visto a un hombre más parecido a ti ni tú a él; Akṭam dijo: espero que no me perjudique ese parecido, Enviado de Dios. Dijo: “no, tú eres creyente y él era politeísta, fue el primero en cambiar la religión de Ismael y en erigir ídolos y establecer la *al-baḥīra*, *al-sā'iba*, y *al-waṣīla*, y *al-ḥāmī*.”

El asunto de *al-baḥīra*, *al-sā'iba*, y *al-waṣīla*, y *al-ḥāmī*.

Ibn Ishāq ha dicho: *al-baḥīra* es la hija de *al-sā'iba*, la camella si se suceden entre diez hembras sin ningún macho; se convierte en *sā'iba* y no es montada su lomo, ni se aprovecha su pelo, ni se bebe su leche, salvo el huésped; cualquier parto de una hembra que tuviera se le corta la oreja, se deja libre con su madre sin que sirva de montura, se aproveche su pelo o se beba su leche salvo el huésped, al igual que se hizo con su madre. Esa es la *baḥīra*, hija de *al-sā'iba*. *al-waṣīla*: es la oveja que pare diez hembras consecutivas en cinco generaciones, sin ningún macho; se convierte en *al-waṣīla*. Lo que naciera de ella con posterioridad sería para los varones, no las hembras, salvo que muriera alguno, compartiendo el festín los varones y no las hembras.

[...] Ibn Ishāq ha dicho: *al-ḥāmī*: es el semental del que nacen diez hembras sucesivas sin ningún macho. Se protege su lomo no siendo montado, ni aprovechado su pelo, dejándose para ser golpeado, no siendo de provecho más que para eso.

قال ابن إسحاق: [...] سمعت رسول الله، ص، يقول لأئمة بن الجون الخزاعي: يا أئمة، رأيت عمرو بن لحي [...] يجر قصبه في النار، فما رأيت رجلاً أشبه رجل منك به، ولا بك منه. فقال أئمة: عسى أن يضرنني شبهه يا رسول الله، قال: ((لا، إنك مؤمن، وهو كافر، إنه كان أول من غير دين إسماعيل، فنصب الأوثان، وبحر البحيرة، سبب السائبة، ووصل الوصيعة، وحمل الحامي)) [...] أمر البحيرة والسائبة الوصيعة والحامي.

قال ابن إسحاق: فأما البحيرة فهي بنت السائبة، والناقة إذا تابعت بين عشر إناث ليس بينهن ذكر، وسيبت فلم يُركب ظهرها، ولم يجر وبرها، ولم يشرب لبنها إلا ضيف؛ فما نُتجت بعد ذلك من أنثى شقة أذنها، ثم خلى سبيلها مع أمها فلم يُركب ظهرها؛ ولم يُجر وبرها، ولم يشرب لبنها إلا ضيف كما فعل بأمها، فهي البحيرة بنت السائبة. والوصيعة: الشاة إذا أتمت عشر إناث متتابعات في خمس أبطن. ليس بينهن ذكر، جُعلت وصيعة. فالوا قد وصلت، فكان ما ولدت بعد ذلك للذكور منهم دون إناثهم، إلا أن يموت منها شيء، فيشتركوها في أكله، ذكورهم، وإناثهم. [...] قال ابن إسحاق: والحامي: الفحل إذا نُتج له عشر إناث متتابعات ليس بينهم ذكر، حُمي ظهره فلم يُركب، ولم يُجر وبره، وخلى في إبله يضرب فيها، لا يُنتفع منه بغير ذلك¹⁷⁸⁴.

Al narrar la vida de Muḥammad, Ibn Hišām, se refiere a la persona que se cree modificó la religión que Ismael tomó de su padre Abraham erigiendo ídolos en lugar de adorar al Dios único. A este hecho asocia una serie de costumbres preislámicas: *al-baḥīra*, *al-sā'iba*, *al-waṣīla*, y *al-ḥāmī*. En resumen, se trata de ganado, especialmente camellos, que no producen más que un número de crías hembras sucesivas. En ese supuesto, sus aprovechamientos son apartados del tráfico jurídico: montura, aprovechamiento de pelo o leche; incluso si a la camella y su hija se les da libertad de movimientos.

^aالخلاف في الصدقات المحرمات.

[...] (قال الشافعي) فقلت له أعراف الحبس التي جاء رسول الله، ص، بإطلاقها وهي غير ما ذهبت إليه وهي بينة في كتاب الله عز وجل قال أذكرها قلت قال الله عز وجل ((ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام)) فهذه الحبس التي كان أهل الجاهلية يحبسونها فأبطل الله شروطها فيها وأبطل رسول الله، ص، إياها [...] (قال الشافعي) فلما كان العتق لا يقع على البهائم رد رسول الله، ص، ملك البحيرة والوصيعة والحام إلى مالكه وأثبت العتق وجعل الولاء لمن أعتق السائبة وحكم له بمثل حكم النسب ولم يحبس أهل الجاهلية علمته داراً ولا أرضاً تبرراً بحبسها وإنما حبس أهل الإسلام¹⁷⁸⁵.

Las instituciones preislámicas sobre el ganado, *al-baḥīra*, *al-sā'iba*, *al-waṣīla*, y *al-ḥāmī*, que hemos observado, han sido derogadas por Dios. Así nos lo cuenta al-Šāfi'ī, quien las asimila a la institución del *waqf*, y al patronazgo sobre el esclavo manumitido. Igualmente, subraya que durante la *Yāhiliyya* no se crearon *aḥbās* sobre bienes inmuebles. En el *fiqh*, únicamente los seguidores de Mālik b. Anas, mucho más apegados a las tradiciones árabes que el resto, mantendrán la posibilidad sin demasiadas trabas a la constitución de un *waqf* sobre bienes muebles.

[...] ^bفمات المنذر بن ساوى بالبحرين بعد متوفي رسول الله، ص، وكان عمرو بن العاص بعُمان، فتوفي رسول الله، ص، وعمرو بها فأقبل عمرو، فمر بالمنذر بن ساوى وهو بالموت فدخل عليه فقال المنذر له: كم كان رسول الله، ص، يجعل للميت من المسلمين من ماله عند وفاته؟ قال عمرو: فقلت له: كان يجعل له الثلث؛ قال: ما ترى لي أن أصنع في الثلث مالي؟ قال عمرو: فقلت له: إن شئت قسمته في أهل قرابتك، وجعلته في سبيل الخير؛ وإن شئت تصدقت به فجعلته صدقة محرمة تجرى من بعدك على من تصدقت به عليه. قال ما أحب أن أجعل من مالي شيئاً محرماً كالبحيرة والسائبة والوصيعة والحامي ولكن أقسمه أنفذه على من أوصيت به له يصنع به ما يشاء¹⁷⁸⁶.

a Controversia sobre las *ṣadaqāt* “prohibidas”.

[...] (Al-Šāfi'ī ha dicho) Le dije: conozco el *ḥubs* que el Enviado de Dios ha erigido; es distinto a aquel que se hacía. Así aparece en el Libro de Dios todopoderoso. Dijo: menciónalo. Le dije: Dios el Altísimo ha dicho: “Dios no ha creado la *al-baḥīra*, ni *al-sā'iba*, ni *al-waṣīla*, ni *al-ḥāmī*”. Las condiciones de este *ḥubs*, que la gente de la *Yāhiliyya* instituía, fueron anuladas por Dios y también por el Enviado de Dios [...] (Al-Šāfi'ī ha dicho) Al no recaer la manumisión sobre bestias, el Enviado de Dios devuelve la propiedad de *al-baḥīra*, *al-sā'iba*, *al-waṣīla*, y *al-ḥāmī* a su propietario. Confirmó la manumisión y estableció el patronazgo en quien dio libertad a la *sā'iba*, estableciendo un régimen jurídico similar a la filiación. La gente de la *Yāhiliyya* no ha creado *ḥubs*, que yo haya conocido, sobre una casa, ni tierras, únicamente lo ha hecho la gente del Islam.

b Al-Munḍir b. Sāwā en al-Baḥrayn después de la muerte del Enviado de Dios. ‘Amr b. al-‘Āṣ estaba en Omán. Falleció el Enviado de Dios, y ‘Amr b. al-‘Āṣ aceptó y se llegó donde al-Munḍir b. Sāwā que estaba en el lecho de muerte. Al-Munḍir b. Sāwā le dijo: ¿cuánto autorizaba el Enviado de Dios al musulmán que diera de su patrimonio en el momento de morir? ‘Amr le dijo: le dije que un tercio. Dijo: ¿qué ves que haga con un tercio de mi patrimonio? ‘Amr dijo: le dije que si lo deseaba lo repartiera entre la gente de su parentela, pues lo que haría sería un bien; si lo deseas, decláralo como una *ṣadaqa prohibida*, que, después de ti, se emplee en favor de los beneficiarios de la misma. Dijo: no me gusta hacer con mi patrimonio algo prohibido como la *al-baḥīra*, *al-sā'iba*, *al-waṣīla*, y *al-ḥāmī*; así que lo repartiré y lo ejecutaré en favor de quien lo legue para que haga lo que desee.

Al-Ṭabarī recoge la historia de uno de los lugartenientes de Muḥammad, ‘Amr b. al-‘Āṣ¹⁷⁸⁷ y su entrevista con al-Mundīr b. Sāwā, señor de al-Baḥrayn, antes y después de la hégira¹⁷⁸⁸. Este, una vez fallecido el profeta, le consulta sobre cuánto permite Muḥammad disponer por testamento a los musulmanes que le aconseje sobre cómo legar. Le contestó que un tercio y que tenía dos opciones según deseara: legar esa parte de sus bienes a su familia para que estos dispusieron según les pluguere o que los declarara como una *ṣadaqa prohibida* en favor de quien determinara. Al-Mundīr b. Sāwā rechaza esta posibilidad pues no quiere realizar algo proscrito como *al-baḥīra*, *al-sā’iba*, *al-waṣīla*, y *al-ḥāmī*. Esta noticia nos revela cómo la nueva institución presentaba reminiscencias de una costumbre de la *Yāhiliyya* denostada por la nueva religión.

^a(قوله لم تحبس الجاهلية) أي لم تحبس أحد من الجاهلية داراً ولا أرضاً ولا غير ذلك على وجه التبرر وأما بناء الكعبة وحفر زمزم فإنما كان على وجه التفاخر لا على وجه التبرر...¹⁷⁸⁹

Este texto de al-Šāfi‘ī se ha ido transmitiendo a lo largo de los siglos entre los distintos juristas de diferentes escuelas, cada uno añadiendo su propio comentario. Al-Dasūqī, un profesor de la Universidad cairota de al-Azhar, durante el siglo XIX, nacido en la población egipcia de al-Dasūq¹⁷⁹⁰, en su glosa de otro jurista *mālikī*, afirma que durante la *Yāhiliyya* sí se constituyeron *awqāf* sobre bienes inmuebles; la diferencia con la época islámica radica en la finalidad: antes de Muḥammad, la intención era la de ganar prestigio, como con la Ka’ba y el pozo de Zamzam; mientras que con el Islam, se buscaba un fin piadoso.

^bقد خرج بنا الكلام عن مقصده، فلنعد إلى ما كنا بصدده، فنقول إن من شرف هذه القلعة أنه يذكر أنها كانت قديماً في الزمان الأول ربوة يأوي إليها إبراهيم الخليل، عليه السلام وعلى نبينا الصلاة والتسليم، بغنيمات له فيحلبها هناك ويتصدق بلبنها، فذلك سميت حلب، والله أعلم...¹⁷⁹¹

El valenciano, Ibn Yubayr, viajero del siglo XIII, nos cuenta la leyenda del nombre de la ciudad de Alepo en el norte de Siria, Ḥalab, raíz árabe relacionada con los productos lácteos. Según la misma, Abraham se refugiada en la colina donde se ubica la famosa fortaleza de la población con sus cabras, cuya leche entregaba como *ṣadaqa*. Obviamente, se trata de una historia transmitida por la población con el fin de dotar de un origen noble y piadoso a su localidad, pero, aunque sea lógico dudar de su autenticidad histórica, sí muestra que esta forma de piedad está muy considerada por la sociedad musulmana.

^c(36) باب زكاة الإبل

[...] 1452- حدثنا [...] : أن أعرابياً سأل رسول الله، ص، عن الهجرة، فقال: "ويحك، أن شأنها شديد، فهل لك من الإبل تؤدي صدقتك؟" قال: نعم، قال: "فاعمل من وراء البحار، فإن الله لن يترك من عملك شيئاً"¹⁷⁹².

Esta recopilación de hadices, elaborada por al-Bujārī, quizás la más célebre, relaciona con el número 1452, en el capítulo sobre la *zakāt* del camello, un dicho. Este, más allá de la regulación específica, nos atañe porque se emplea el término *ṣadaqa*. Ambos se suelen emplear en las fuentes, como veremos, indistintamente, y este último está asociado a su vez a la institución del *waqf*.

^d*(في الزكاة)*

a (Su expresión “no se han constituido un *hubs* en la *Yāhiliyya*) es decir, nadie de la *Yāhiliyya* ha constituido en *hubs* una casa o una tierra, ni nada similar con una intención piadosa; en cuanto a la construcción de la al-Ka’ba y el pozo de Zamzam se realizaron con una intención de darse importancia, no de ser piadoso...

b Nos hemos salido en la narración de nuestra intención, así que volvamos a ella. Decimos que esta fortaleza tiene el honor de que mencionemos que fue el primer refugio de Abraham, las bendiciones sean sobre él y nuestro profeta, con sus cabras, a las que ordeñaba y constituía como *ṣadaqa* a su leche. Por eso se llama la ciudad Ḥalab, Alepo.

c (36) Capítulo. La *zakāt* sobre el camello.

Nos habló [...]: que A’rābī preguntó al Enviado de Dios sobre la *emigración*, y este le dijo: “¡Qué sorpresa! Este asunto es grave, ¿tienes camellos para pagar la *ṣadaqa*?”. Contestó: sí. Dijo: “trabaja detrás de los mares, pues Dios no deja nada de tu trabajo”.

d *(Sobre la *zakāt*)*

Dios dijo: orad y dad la *zakāt** y dijo: y los que oran y dan la *zakāt** ¡Ay de los que oran, según la azora de al-Ma’wun*/ Alguna gente de ciencia han dicho que es la *zakāt* impuesta/ Dios ha dicho: toma de sus bienes la *ṣadaqa* de la azora*/De esta manera, la expresión de la azora es general sobre todos los bienes y posibilita su aplicación sobre algunos y no sobre otros; por eso la *sunna* muestra que la *zakāt* grava algunos bienes y no otros/ Siendo los bienes clasificados en géneros, entre ellos el ganado, el Enviado de Dios ha tomado del camello y la oveja y ha ordenado tomar, según nos ha llegado, de la vaca especialmente, y no de otros tipos de ganado; después, tomó de ellos en número

قال الله أقيموا الصلاة وأتوا الزكاة * وقال والمقيمون الصلاة والموتون الزكاة * وقال فويل للمصلين إلى قوله الماعون * فقال بعض أهل العلم هي الزكاة المفوضة/ فقال الله خذ من أموالهم صدقة الآية*/ فكان مخرج الآية عاماً على الأموال وكان يحتمل أن تكون على بعض الأموال دون بعض فدللت السنة أن الزكاة في بعض الأموال دون بعض/ فلما كان المال أصنافاً منه الماشية فأخذ رسول الله من الإبل والغنم وأمر فيما بلغ الأخذ من البقر خاصة دون الماشية سواها ثم أخذ منها بعدد مختلف كما قضى الله على لسان نبيه وكانت للناس ماشية من خيل وحمير وبغال وغيرها فلما لم يأخذ رسول الله منها شيئاً وسن أن ليس في الخيل صدقة إستدلنا على أن الصدقة فيما أخذ منه وأمر بالأخذ منه دون غيره/...¹⁷⁹³

Esta epístola de al-Šāfi'ī es la obra de referencia, como hemos tenido ocasión de comentar, de la ciencia jurídica islámica; algunos orientalistas opinan que fue quien la creó¹⁷⁹⁴. Entre sus múltiples aspectos destacables, fija la relación normativa entre el texto de *El Corán* y los dichos y hechos del Profeta. En este párrafo señala que la *sunna* de Muḥammad concreta un mandato general de Dios a su Enviado contenido en varias azoras coránicas. El precepto es el siguiente: coge la *zakāt* de sus bienes. Muḥammad concreta cuáles son los bienes gravados, en particular, los tipos de ganado sobre los que se ha de abonar la limosna legal y cuáles no. A nuestro estudio, más que esta interacción entre las distintas fuentes del *fiqh*, interesa que los ulemas empleen dos palabras para referirse a la limosna: *zakāt* y *ṣadaqa*; lo interesante radica en esta segunda, en algunas escuelas, serán el término empleado para constituir un *waqf*. Esta identidad es posible que aporte alguna luz sobre el origen del negocio jurídico.

*a (كتاب الحبس) * (في الحبس في سبيل الله) *

[...] قال [...] كل ما جعل صدقة حبساً أو حبس ولم تسم فيه صدقة فهو كله صدقة تنفذ في مواضع الصدقة وعلى وجه ما ينتفع بذلك فيه إن كانت دواب في الجهاد وإن كانت غلة أموال فعلى منزلة ما رأى الوالى من وجه الصدقة (قال ابن القاسم) * وسئل مالك عن رجل أوصى بوصية وأوصى فيها بأمر فكان فيما أوصى به أن قال داري حبس ولم يجعل لها مخرجاً فلا ندري أكان ذلك نيسان أو جهل للشهود أن يذكروه ذلك فقال مالك أراها حبساً في الفقراء والمساكين [...] * (في الرجل يحبس على الرجل وعلى عقبه ولا يذكر في حبسه صدقة وكيف مرجع الحبس) * [...] (قال) أرى أن يرجع حبساً على أقرابه في المساكين ولا تورث * (ابن وهب) * عن [...] أنه قال من حبس داراً أو تصدق بهال قال الحبس والصدقة عندنا بمنزلة واحدة فإن كان صاحب ذلك الذي حبس الدار لم يسم شيئاً فإنها لا تباع ولا تورث يسكنها الأقراب فالأقرب به...¹⁷⁹⁵

El discípulo de Mālik b. Anas, Saḥnūn, tratando de dar normas supletorias de una declaración constitutiva de *waqf* incompleta, nos ofrece una información muy valiosa. Si no se emplea la palabra *ḥubs*, o *waqf*, se considera como una *ṣadaqa*, o limosna. Si lo que obvia es este último término o la finalidad en la que se ha de emplear, se constituiría un *waqf*; si los bienes que son objeto de la fundación fueran monturas, se emplearían para la guerra santa; si fueran los frutos de los bienes, los beneficiarios serían los pobres y menesterosos. Este fragmento, si lo hubiéramos incluido en el apartado sobre la fórmula de constitución, ilustraría igualmente una especie de favor *waqf* propio de esta escuela, es decir, se entiende constituido, aunque la declaración de voluntad del fundador fuera incompleta. Ahora bien, el destino sería piadoso, la *yīhād* o los pobres. La

diferente; como dictó Dios por boca de su profeta, teniendo la gente otros ganados, como caballos, burros, mulas y demás sin tomar nada de ellos. Así, la *sunna* del profeta prescribe que sobre el caballo no se grave la *ṣadaqa*, así que hemos deducido que se exige la *ṣadaqa* de algunos y no de otros/...

a *(El libro del *ḥubs*)*. El *ḥubs* en favor de Dios.

[...]: Dijo [...]: toda *ṣadaqa* que se constituye en *ḥubs*, o *ḥubs* que no se nombra la *ṣadaqa* es una *ṣadaqa* que se ejecuta en las finalidades propias de la *ṣadaqa*, en lo que sea útil: si se trataran de monturas, sería para la *yīhād*; si se tratara de los frutos de los bienes, se destinarían en lo que la autoridad viera adecuado como *ṣadaqa*. *(Ibn al-Qāsim ha dicho)* Mālik fue preguntado por un hombre que dejó como legado diciendo que su casa era un *ḥubs* pero sin nombrar al beneficiario, sin que sepamos si fue un olvido o ignorancia de los testigos a la hora de mencionarlo. Mālik contestó que su opinión era que se entendía como un *ḥubs* en favor de los pobres y menesterosos [...]

*(Sobre un hombre que constituye un *ḥubs* en favor de otro y de su descendencia y en el acto no menciona la palabra *ṣadaqa*, cómo se destina)*.

[...] (Dijo) Opino que se constituye en un *ḥubs* en favor de sus familiares entre los pobres y no se hereda. *(Ibn Wahab)* de [...] que dijo: quien constituye en *ḥubs* una casa o la constituye en *ṣadaqa* y no nombra, para nosotros el *ḥubs* y la *ṣadaqa* son de la misma categoría; así que quien lo hubiera constituido y sin determinar nada, no se vendería ni se heredaría y la casa sería habitada por el más cercano a él.

supletoriedad siempre impondría una finalidad de interés general, si se permite este anacronismo. En cualquier caso, esta regulación evidencia la íntima conexión entre la *ṣadaqa* y el *ḥubs*.

^aوسئلت عن حبس نصف داره بفاس وقال: يكرى النصف المذكور، ويشترى بكرائه السفنج ويفرق على الفقراء والمساكين الخ [...] ثم إن ثلاثة من أولاده إحتاجوا ولم يجدوا محلاً للسكنى إلا بالكراء، وأرادوا أن يسكنوا في هذا النصف لكونهم فقراء ويترجون على غيرهم لشدة قربهم من المحبس إذ هم أولاده، فهل لهم ذلك أو لا؟

[...] فأجبت عن ذلك: الحمد لله، لا مزيد على ما سطرناه في النازلة قبل هذا، وقد أتينا على ذلك نصوص صريحة لا يسع المنصف إنكارها، وقد نص شراح المختصر في باب الوقف وغيرهم أن الحبس صدقة، وفسر الأئمة به قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح: “إذا مات ابن آدم إنقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية” الحديث. أي مستمرة باقية بعد الموت وهي الحبس¹⁷⁹⁶.

Muḥammad b. al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī, como parte de la contestación a una cuestión sobre si los hijos pobres del fundador de un *waqf* en favor de los menesterosos pueden disfrutar del derecho que corresponde a los beneficiarios tras entrar en ese estado de pobreza, afirma que el *ḥubs* es una *ṣadaqa*. Toma la autoridad de la obra *al-Mujtaṣar* (Jalīl b. Ishāq, ulema egipcio de la misma escuela del siglo XIV, autor de *El Compendio*, de *fiqh mālikī*¹⁷⁹⁷). Esta identificación provoca que el hadiz (si un hijo de Adán muere, su obra se extingue menos tres: la *ṣadaqa* vigente) se traduzca por *waqf*. Este dicho del profeta está recogido como sigue por Muslim:

(3) باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته.

14- (1631) حدثني [...] أن رسول الله، ص، قال: ((إذا مات الإنسان إنقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم يُنتفع به، أو ولد صالح يدعو له))¹⁷⁹⁸.

El ulema de Fez únicamente menciona el primero de los tres trabajos del hombre que le son de utilidad para la otra vida: la *ṣadaqa* que es el *waqf*. El dicho completo, según la versión de Muslim (alfaquí especialista en hadices, nacido en el año 820 en la ciudad de Nisapur, región de Jorasán en Irán y que en su recopilación incluye más de doce mil hadices¹⁷⁹⁹) añade la ciencia de provecho y un hijo que pida por él. Una idea que se desprende de la mención a este dicho es que el *waqf* se realiza en beneficio del alma del difunto, al igual que algunas fundaciones piadosas cristianas.

^cالباب الحادي عشر. في ولاية الصدقات.

الصدقة زكاة، والزكاة صدقة، ويتفق السمي، لا يجب المسلم في ماله حق سواها، قال رسول الله، ص، ((ليس في المال حق سوى الزكاة))¹⁸⁰⁰.

Al-Māwardī, en su tratado sobre *derecho público*, en este capítulo XI, analiza la autoridad encargada de las *ṣadaqāt*, plural de *ṣadaqa*. La primera consideración que realiza va dirigida a mostrar la identidad léxica entre este término (el cual se suele traducir por limosna) y el de *zakāt*, especie de impuesto sobre las personas con cierto poder económico en favor de los menesterosos. En este contexto, el primer vocablo se vinculará fuertemente con la institución del *waqf*.

^dمثل العائد في صدقته

a Se me preguntó sobre un hombre que había constituido como *ḥubs* la mitad de su casa en Fez, estipulando: se arrienda la mitad mencionada para comprar con la renta esponjas para repartirlas entre los pobres y menesterosos, etc. Después, tres de sus hijos pasan a un estado de necesidad y no tienen ningún sitio para vivir, más que arrendando; quieren habitar esa mitad de la casa por ser pobres y alegando que han de ser preferidos frente a otras dado su parentesco con el fundador, siendo sus hijos. ¿Les corresponde o no?

[...] Contesté a ello: gracias a Dios, no hay que añadir nada más a lo efectuado en la fetua anterior y hemos aportado textos explícitos que el justo no puede negar. Quien realizó la exégesis de *al-Mujtaṣar* en el capítulo sobre el *waqf* y otros dijo que el *ḥubs* es una *ṣadaqa*; y los imanes han explicado de esa manera el hadiz correcto: “Si un hijo de Adán muriera, sus trabajos se extinguirían menos tres: la *ṣadaqa* en vigor”. Es decir continúa, permanece después de su muerte y es el *ḥubs*.

b (4) Capítulo sobre la recompensa que se une al ser humano después de su fallecimiento.

14- (1631) Nos contó [...] que el Enviado de Dios dijo: “si el ser humano muere, su trabajo se extingue menos tres: la *ṣadaqa* en vigor, la ciencia que se pueda aprovechar o un hijo que pida por él”.

c Capítulo décimo primero. Sobre la autoridad de las *ṣadaqāt*.

La *ṣadaqa* es *zakāt*, y la *zakāt* es *ṣadaqa*; se diferencia en el nombre, pero coinciden en lo denominado. El musulmán, por sus bienes no está obligado más que a ello. El Enviado de Dios dijo: “no existe derecho sobre el dinero excepto la *zakāt*”.

d Ejemplo del que revoca su limosna.

846- حدثني [...]، حدثنا الأوزاعي [...] عن [...] عن ابن عباس أن النبي، ص، قال: مثل الذي يرجع في صدقته كمثل الكلب بقيء ثم يعود في قئيه فأكله¹⁸⁰¹.

La *ṣadaqa*, referida a la limosna en este hadiz transmitido por el ulema al-Awza‘ī, se entiende irrevocable, hasta tal punto que si el donante se desdice se le compara con un perro que regresa para comer de su vómito. Nos referimos a este símil en el apartado reservado a la relación entre el fideicomiso y la *‘umrā*, tipo de donación temporal que revierte en el donante y únicamente admitida por los seguidores de Mālik b. Anas. Este dicho de profeta apunta al matiz de la eternidad y la irrevocabilidad características de la institución, que serán contestadas por la escuela de Medina.

^a(30) باب: لا يحل لأحد أن يرجع في هبته.

2621- حدثنا [...] قال النبي، ص: ((العائد في هبته كالعائد في قئيه)).

[...] 2623- حدثني [...] فقال: ((لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم واحد، فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قئيه))¹⁸⁰².

El autor de la antología más conocida de hadices del profeta, al-Bujārī, menciona otros dos similares al nombrado por el al-Awza‘ī. El primero sobre a la donación, mientras que el segundo se dirige a la *ṣadaqa*. En ambos casos, el sentido es el mismo: la irrevocabilidad de ambos negocios jurídicos, opuestos al contrato de *‘umrā*, defendido por la tradición de Medina.

^bالعمرى ثورث وتورث

1148- حدثنا [...], أخبرني الوزاعي، عن [...] عن جابر أن النبي، ص، قال: من أ عمر عُمرى فهي له ولعقبه يرثها من يرثه من عقبه¹⁸⁰³.

Este nuevo dicho de Muḥammad, que al-Awza‘ī considera verdadero, estipula que ese tipo de donación es irreversible y el donatario adquirirá la propiedad plena del bien, pudiendo transmitirla *mortis causa*.

^cكتاب الهبة والصدقات. باب الرجوع في الهبة.

5809- حدثنا [...] أن الرسول الله، ص، قال: ((العائد في هبته كالعائد في قئيه)) ([...] 5811- حدثنا [...] عن النبي، ص، قال: (ليس لنا مثل السوء الراجع في هبته كالكلب يعود في قئيه)).

5817- حدثنا [...] قال رسول الله، ص ((لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد لولده)) ([...] 5820- حدثنا [...] أن عمر بن خطاب قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة برى أنه إنما يراد به الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض منها.

فهذا عمر، رضي الله عنه، قد فرق بين الهبات والصدقات فجعل الصدقات لا يرجع فيها وجعل الهبات على ضربين. فضرب منها صلة الأرحام فرد ذلك إلى حكم الصدقات ومنع الواهب من الرجوع فيها. وضرب منها خلاف ذلك فجعل للواهب أن يرجع فيه ما لم يرض منه¹⁸⁰⁴.

Según el criterio de al-Ṭaḥāwī, seguidor de Abū Ḥanīfa, al comentar los diversos dichos atribuidos al profeta, será ‘Umar b. Jaṭṭāb quien establezca la norma que se ha de seguir respecto a la revocación de las donaciones. Muḥammad proscribire con carácter general la misma salvo aquellas

842- Me habló [...] que nos comentó al-Awza‘ī [...] de [...] de Ibn al-‘Abbās que el profeta dijo: el que revoca su limosna es como el perro que vomita, después regresa a su vómito y se lo come...

a (30) Capítulo: no es válido para nadie revocar su donación.

2621- Nos habló [...] que el Profeta dijo: “el que revoca su donación es como quien vuelve a tragarse su vómito”.

[...] 2623- Nos habló [...] que dijo: “no lo compres, aunque se te entregara por un solo *dirham*, pues quien revoca su *ṣadaqa* es como el perro que vuelve a su vómito”.

b La *‘umrā* se trasmite por herencia y se hereda.

1148- Nos habló [...], nos informó al-Awza‘ī de [...] que Ŷā‘abir escuchó que el profeta dijo que sea donatario de una *‘umrā*, será de él y de sus descendientes, la heredará quien le corresponda de ellos...

c Libro de la donación y la *ṣadaqa*. Capítulo: la revocación en la donación.

5809- Nos contó [...] que el Enviado de Dios dijo: “quien revoca su donación, como quien vuelve a su vómito” [...]

5811- Nos contó [...] del Profeta que dijo: “quien revoca su donación es como el perro que vomita y luego vuelve a su vómito” [...]

5817- Nos contó [...] que el Enviado de Dios dijo: “no es lícito al donante revocar su donación salvo la del padre en favor de su hijo” [...]

5820- Nos contó [...] que ‘Umar b. Jaṭṭāb dijo que quien dona en vínculo de matriz o como una *ṣadaqa* no la revoca; quien dona queriendo premiar un mérito sí puede revocarla si no está satisfecho.

‘Umar, Dios esté satisfecho de él, distinguió entre las donaciones y las *ṣaḍaqaṭ*, haciendo que estas no fueran revocables, mientras que las donaciones las clasificó en dos tipos. Uno es la del vínculo de la matriz, a las que se aplica el régimen de las *ṣaḍaqaṭ*, siendo no revocables. Otro, por el contrario, sí puede ser revocado por el donante si no está satisfecho.

que son remuneratorias. La *ṣadaqa*, con su dimensión piadosa, de limosna, será siempre incondicional, no revocable.

5871^a - وحدثني [...] سمعت رسول الله، ص، يقول: ((من أعر رجلاً عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها وهي لمن أعرها ولعقبه)).

[...] وذلك أن العمرى لا تخلو من أحد وجهين إما أن تكون داخلة في قول النبي، ص، المسلمون عند شروطهم فينفذ للمُعمر فيها الشرط على ما شرطه لا يبطل من ذلك شيء كما ينفذ الشروط من الموقف فيما وقف أو تكون خارجة من المُعمر داخلة في ملك المُعمر فيصير بذلك في سائر ماله ويبطل ما شرط عليه فيها.

فنظرنا في ذلك فإذا العمرى إذا أوقعت على أنها للمُعمر ولعقبه فمات وله عقب وزوجة أو أوصى وصايا أو كان عليه دين أن تلك الأشياء تُنفذ فيها كما تُنفذ في ماله ولا يمنعها الشرط الذي كان من المُعمر في جعله إياها له ولعقبه وزوجته ليست من عقبه ولا غرمائه ولا أهل وصاياها.

وكذلك لو مات المُعمر ولا عقب له لم يرجع شيء من ذلك إلى المُعمر.

فلما كان ما وصفنا كذلك كانت كذلك أبداً يجوز على ما جعلها عليه المُعمر ويبطل شرطه الذي اشتراط فيها ولا ينفذ منه قليل ولا كثير ويخرج من قول النبي، ص، المسلمون عند شروطهم فيكون شروطها ليست من الشروط التي عناه النبي، ص، بذلك. وهذا القول الذي صححناه قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، رحمهم الله عليهم¹⁸⁰⁵.

Este ulema, al-Ṭaḥāwī, menciona otro dicho del profeta: “*quien da una ‘umrā a un hombre y su descendencia ha roto su relación con su derecho y pertenece el bien al donatario y su descendencia*”, como contraria a la figura de la *‘umrā*. Este hadiz lo contrapone a otro que instituye una especie de libertad contractual: “*los musulmanes están vinculados por sus estipulaciones*”. Sin embargo, su escuela excluye la aplicación de esta norma al negocio jurídico de esta clase especial de donación, pues estaría conculcando el derecho de los acreedores, descendencia, esposa o legatarios del donatario. Esta cuestión nos remite a lo que escribimos sobre la relación con el fideicomiso romano. Además, este alfaquí estima que en la *‘umrā* se produce un traspaso del pleno dominio entre el donante y el donatario, aun con reversión; sin embargo, según los seguidores de Mālik, únicamente se trasmite el dominio directo, reservándose el útil el donante.

باب: الصدقات الموقوفات.

5874 - حدثنا [...] أخبر أن عمر أصاب أرضاً بخبير فأتى النبي، ص، يستأمره. فقال: إن أصبت أرضاً لم أصب مالا قط أحسن منها فكيف تأمرني. قال: ((إن شئت حبست أصلها لا تباع ولا توهب)) [...]

a 5871- Y nos ha hablado [...] escuché al Enviado de Dios que dijo: “*quien da una ‘umrā a un hombre y su descendencia ha roto su relación con su derecho y pertenece el bien al donatario y su descendencia*”.

[...] Eso es porque la *‘umrā* también está incluida en el dicho del profeta “*los musulmanes están vinculados por sus estipulaciones*” y se ejecuta la condición impuesta por el donante sin que se anule, al igual que ocurre con las estipulaciones del *waqf*, o está fuera de esto e incluida en la propiedad del donatario; así se convierte en el mismo plano que el resto de sus bienes, anulándose la condición del donante.

Analizamos esto. Si la *‘umrā* estuviera bajo la condición de ser para el donatario y su descendencia y muriera teniendo descendencia y mujer, legara el bien o tuviera deudas, estas cosas se realizarían sobre sus bienes, sin que la condición del donante de ser para él y su descendencia lo impidiera; su mujer no sería parte de su descendencia, ni los acreedores ni los legatarios.

Asimismo, si el donatario muriera sin descendencia no revertiría nada en el donante.

Si lo que hemos descrito es así, no sería válido la condición del donante y se anularía, sin realizarse en poco o en mucho, saliendo del dicho del profeta “*los musulmanes están vinculados por sus estipulaciones*”, pues se trataría de una condición que se escapa a ese hadiz. Esta es el parecer que hemos corregido con la opinión de Abū Ḥanīfa, Abū Yūsuf y Muḥammad, Dios tenga piedad de ellos.

b Capítulo: las *ṣadaqāt* retenidas.

5874- Nos ha hablado [...] nos ha informado que ‘Umar obtuvo unas tierras en Jaybar, y se llegó ante el profeta para pedirle que le dijera qué debía hacer. Le dijo: he obtenido una tierra que no la hay mejor, qué me ordenas. Le contestó: “si lo deseas, retén la raíz sin venderla ni donarla” ‘Umar

5875- Nos ha contado ‘Umar que el Enviado de Dios dijo: “*haz de ello una ṣadaqa*, reparte sus frutos y retén su raíz, sin vender ni donar”.

Abū Ŷa‘far dijo: algunos opinan que si un hombre constituyera en *waqf* su casa en favor de su hijo, el hijo de su hijo y los que vengan después en atención a Dios, sería válido y de esta manera saldría de su propiedad a la de Dios; no tendría manera de venderla. Se basan en estas tradiciones para ello.

Entre los que opinan eso está Abū Yūsuf y Muḥammad b. al-Ḥasan, Dios se apiade de ellos, y es la opinión de la gente de Medina y la gente de Basora. Los contradicen en esto otros, entre ellos Abū Ḥanīfa y Zufar b. al-Ḥuḍayl, Dios se apiade de ellos. Para estos sería herencia, sin que saliera de la propiedad de quien lo constituyó por esta causa.

5875- حدثنا [...] فقال رسول الله، ص: ((تصدق به تقسم ثمره وتحبس أصله لا تباع ولا توهب)). قال أبو جعفر: فذهب قوم إلى أن الرجل إذا أوقف داره على ولده وولد ولده ثم من بعدهم في سبيل الله أن ذلك جائز وأنها قد خرجت بذلك من ملكه إلى الله ولا سبيل له بعد ذلك إلى بيعها، واحتجوا في ذلك بهذه الآثار. ومن قال بذلك أبو يوسف ومحمد بن حسن، رحمة الله عليهما، وهو قول أهل المدينة وأهل البصرة. وخالفهم في ذلك آخرون منهم أبو حنيفة وزفر بن الهذيل، رحمة الله عليهما. فقالوا: هذا كله ميراث لا يخرج من ملك الذي أوقفه بهذا السبب¹⁸⁰⁶.

Al-Taḥāwī continúa con las tradiciones del profeta sobre las que los *fuqahā'* construyeron jurídicamente la institución. La historia se centra en el consejo que 'Umar b. Jaṭṭāb solicitó a Muḥammad sobre el lote de buenas tierras que le había correspondido en la conquista de Jaybar. El profeta, en la primera versión, le dice que, si lo desea, retenga la raíz que no se venda ni done; en la segunda, con algo más de detalle, que la convierta en *ṣadaqa*, reparta los frutos y retenga la raíz que no se venda ni done. Los hadices serán admitidos por la escuela del egipcio al-Taḥāwī, menos su fundador, Abū Ḥanīfa, y, entre otros, la de Medina. Como tuvimos ocasión de analizar, esta corriente establece que el bien raíz saldría de la propiedad del fundador a la de Dios.

^a حدثنا [...] قال كانت لرسول الله أموال بني النضير فكانت حبساً لنوابه، وأما فدك فكانت لأبناء السبيل، وأما خبير فجزأها ثلاثة أجزاء، فقسم جزأين منها بين المسلمين وحبس حرزاً لنفسه ونفقة أهله، فما فضل من نفقتهم رده إلى فقراء المهاجرين...¹⁸⁰⁷

El cronista de las primeras conquistas de los musulmanes, al-Balāḍurī, historiador que vivió en la corte 'abbāsī del siglo décimo en Bagdad, nos narra cómo Muḥammad constituyó diversos *ahbās* en favor de sus enviados, la manutención de su familia, vagabundos y pobres. El propio profeta, según este autor y otras fuentes a las que haremos mención, instituyó diversas fundaciones, tras las conquistas de las tierras de banū al-Nuḍayr, Jaybar y Fadak; esta última, una aldea a dos días de distancia de Medina¹⁸⁰⁸.

^b حدثنا [...] أن أزواج النبي، ص، أرسلن عثمان بن عفان إلى أبي بكر يسألنه مواريثهن من سهن رسول الله، ص، بخبير وفدك فقالت لهن عائشة أما تتقين الله، أما سمعتن رسول الله، ص، يقول: ((لا نورث ما تركنا صدقة إنما هذا المال لآل محمد، لنايتهم وضيقتهم، فإذا مت فهو إلى وإلى الأمر بعدي، قال: أمسكن)¹⁸⁰⁹.

Continúa al-Balāḍurī con las tierras que ocupó en Jaybar y Fadak. En esta ocasión se hace eco de un dicho al que prestamos atención en la versión de al-Bujārī, en el capítulo anterior al tratar el caudal hereditario. Muḥammad no dejó nada en herencia, sino a modo de *ṣadaqa*, término que, si lo contraponemos con el párrafo anterior de este historiador, se podría traducir en este lugar como *waqf*. La dicotomía herencia y *hubs* aparece desde muy temprano en el proceso de fijación del régimen jurídico de la institución.

^c 87* حدثنا [...] كانت لرسول الله، ص، ثلاث صفايا: خبير وفدك وبنو النضير، فأما بنو النضير فكانت حبساً لنوابه، وأما فدك فكانت لأبناء السبيل، وأما خبير فجزأها ثلاث أجزاء: جزئين بين المسلمين، وجزءاً لنفقة أهله، وما فضل عن نفقة أهله رده على فقراء المهاجرين [...]

a Nos habló [...] Dijo: el Enviado de Dios tenía los bienes de los banū al-Nuḍayr como un *hubs* para sus enviados. En cuanto a Fadak, era para los vagabundos; por lo que respecta a Jaybar, la dividió en tres partes, dos las repartió entre los musulmanes, la otra la convirtió en un *hubs* para sí mismo y la manutención de su familia, siendo el sobrante para los pobres entre quienes emigraron con él...

b Nos habló [...] que las esposas del profeta enviaron a 'Uṭmān b. 'Afān ante Abū Bakr para pedirle su herencia de las partes del Enviado de Dios en Jaybar y Fadak. Les dijo 'A'īša: acaso no adoráis a Dios, no habéis escuchado al Enviado de Dios que dijo: "no dejamos en herencia, lo que dejamos es como limosna y que estos bienes son para la familia de Muḥammad, sus enviados, sus huéspedes; si muriera sería para mí y para los asuntos después de mí. Dijo: aférrense a mis palabras".

c 87* Nos informé [...] El Enviado de Dios tenía tres preferidas: Jaybar, Fadak y banū al-Nuḍayr. Las tierras de los banū al-Nuḍayr eran un *waqf* para sus delegados, Fadak para las personas errantes; en cuanto a Jaybar, la dividió en tres partes: dos entre los musulmanes y una para la manutención de su familia, siendo el sobrante para los pobres de los que emigraron con él [...]

91* Nos informé [...] dividió dos partes de Jaybar en treinta y seis porciones, cada una para cien de ellos. Entre ellas dieciocho para los musulmanes, las dividió entre ellos, una para el propio Enviado de Dios como uno más. Dieciocho partes las constituyó en *waqf* para los invitados del Enviado de Dios, los enviados y los delegados...

91* أخبرنا [...] فُسمت سهمان خبير على ستة وثلاثين سهماً، جمع كل سهم مائة منهم، وكان من ذلك ثمانية عشر سهماً جمعاً للمسلمين، فإقتسموها بينهم، منها سهم رسول الله، ص، مثل سهم أحدهم، وثمانية عشرة سهماً وقفت لمن نزل رسول الله، ص، من الناس والوفود وما نابته...¹⁸¹⁰

El jurista nacido en Kufa en el año 818 y especialista en hadices, Yaḥyā b. Adam¹⁸¹¹, confirma la narración de al-Balādrī acerca del destino de las tierras de estas tres localizaciones. En su libro sobre el *jarāy*, acude a varios dichos en los que se ve como Muḥammad establece algunos *awqāf* en determinados lotes de esas tierras. Asimismo, este relato en una obra sobre el *jarāy* muestra la conexión entre ambas instituciones, a la que dedicamos un capítulo.

^aكتاب الزكاة

[...] (الجملة الأولى) وأما على من تجب فإنهم إتفقوا أنها على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك النصاب ملكاً تاماً. وإختلفوا في وجوبها على اليتيم والمجنون والعبيد وأهل الذمة والناقص الملك مثل الذي عليه دين أو له دين، ومثال المال المحبس الأصل. [...] (أما المسئلة الأولى) وهي زكاة الثمر المحبسة الأصول فإن مالكا والشافعي كانا يوجبان فيها الزكاة، وكان مكحول وطاوس يقولان لا زكاة فيها، وفرق قوم بين أن تكون محبسة على المساكين وبين أن تكون على قوم بأعيانهم: فأوجبوا فيها الصدقة إذا كانت على قوم بأعيانهم ولم يوجبوا فيها الصدقة إذا كان على المساكين، ولا معنى لمن أوجبوا على المساكين لأنه يجتمع في ذلك شيئاً إثنين. أحدهما ملك ناقص، والثاني أنها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف إليها الصدقة لا من الذين تجب عليهم¹⁸¹².

Este párrafo nos viene acompañando recurrentemente a lo largo de nuestra investigación; está ubicado en el libro sobre la *zakāt* de la obra jurídica del filósofo cordobés, Averroes. En el primero, al exponer las características del sujeto pasivo de la limosna legal, incluye, entre los que existe controversia, al bien cuya raíz está constituida en *waqf*. Esta expresión ahonda en la idea de personalización de bienes. El fragmento al que hemos acudido con insistencia establece que la *ṣadaqa*, como sinónimo de la *zakāt*, únicamente es debida cuando el beneficiario es una persona concreta, no un grupo indeterminado como los pobres, pues su derecho de propiedad está limitado y, a su vez, serían destinatarios del montante recaudado con la limosna legal.

^bسئل الأستاذ أبو سعيد ابن لب رحمه الله عن المتعة بين الزوجين في الموت والفراق.

فأجاب: الحكم الذي لا شك في صحته أن الإمتاع في الفراق والموت مساوٍ للعمرى في ذلك؛ لأنهما باب واحد، هبة المنفعة مدة مجهولة تنتهي بوقوع أم مجهول، والأصل باق على ملك صاحبه وإليه ترجع المنفعة. وقد ذكر ابن أبي زيد في مختصر المدونة في العمرى: لا فرق بين أن يسكنه عمره أو حياة فلان، وقدم فلان؛ لأن ذلك كله مجهول، فما وجب في أحد هذه الوجوه وجب في بقيتها [...] ونحوه قول الشيخ ميارة في شرح "التحفة": أعلم أن الإمتاع والعمرى بالنسبة للموت والطلاق متساويان. لأنهما باب واحد، وهو هبة المنفعة مدة مجهولة تنتهي بأمر مجهول الوقت،...¹⁸¹³

Muḥammad b al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī, en el siglo XIX, recopila diversas fetuas de distintos ulemas seguidores de Mālik b. Anas. Entre ellas, este fragmento recoge la respuesta del

a Libro sobre la *zakāt*.

(Primera cuestión) En cuanto sobre a quién grava, están de acuerdo en que lo hace sobre todo musulmán libre, mayor de edad, con discernimiento, propietario de un cierto patrimonio en propiedad plena. Difieren sobre gravar a los huérfanos, locos, esclavos, la gente de la *ḍimma*, el propietario de un bien en propiedad limitada, como el deudor o el acreedor, o como el bien cuya raíz está constituida en *waqf*.

[...] (En cuanto a la primera cuestión), que es la *zakāt* sobre los frutos de los bienes habices, pues Mālik y al-Šāfi'ī consideran que deben ser gravados, Mientras que Makhūl y Tāws estiman que no debe cobrarse. Otro grupo diferencia entre el *waqf* cuyos destinatarios son los pobres o, por contra, son beneficiarios concretados en sí mismos. Si estuvieran determinados en sí mismos, sí habría de abonarse el impuesto, y no, si estuvieran indeterminados. Y no tiene relevancia para quienes lo consideran obligatorio sobre los pobres que en ellos se reúnen dos aspectos: primero, una propiedad incompleta, y el segundo, que los gravados serían un conjunto indeterminado del tipo de los beneficiarios del *zakāt*, no de los gravados por él.

b Fue preguntado el profesor Sa'īd b. Lub, Dios tenga misericordia de él, sobre el regalo entre esposos en caso de muerte o separación.

Contestó: el régimen, del que hay duda sobre su validez, es que ese regalo en caso de muerte y separación es idéntico a la *'umrā*; porque están en un mismo tipo: la donación del dominio directo durante un plazo desconocido que termina con la realización de un hecho desconocido; el bien raíz permanece en la propiedad de su dueño y a él volverá el dominio directo. Ibn Abū Zayd en su resumen de la *Mudawwana* sobre la *'umrā*: No hay diferencia entre que habite de forma vitalicia o durante la vida de fulano o hasta la llegada de fulano, porque todo ello es desconocido. Lo que se debe en un caso, se debe en otro [...] Asimismo dijo al-šayj Mayyāra en su exégesis sobre la *'Tuḥfa*: Has de saber que el regalo entre esposos y la *'umrā*, respecto a la muerte y el repudio, son similares, porque ambos son de la misma clase: donación del dominio directo durante un período desconocido que vence con un acontecimiento desconocido...

granadino Ibn Lubb, nacido en el año 1302 y fallecido en 1391, quien fue designado como el primer muftí del reino nazarí¹⁸¹⁴. En este dictamen, este alfaquí tardoandalusí identifica el régimen jurídico de los regalos entre esposos con la *'umrā*; es decir, se trata de una donación temporal del dominio directo o usufructo hasta que se actualice un suceso desconocido, en el que revertirá dicho dominio al titular del dominio útil. Esta institución propia únicamente de esta escuela, como adelantamos y veremos más detenidamente está también íntimamente relacionada con el *waqf*.

^aوَسُئِلَ أَيْضاً عَنْ تَصْحِيحِ مَا أَقْتَى بِهِ غَيْرَهُ مِنْ جَوَازِ إِصْلَاحِ أَسْوَارِ الْبَلَدِ مِمَّا جَمَعَ مِنْ أَحْبَاسِ مَكَّةَ.

فَأَجَابَ: إِنَّهُ صَحِيحٌ أَتَى عَلَى مَا بِهِ الْفَتْوَى، عَمَلًا بِمَا رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغٍ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ مَاجْشُونٍ وَأَصْبَغٌ. وَإِنْ مَا أُرِيدُ بِهِ وَجْهَ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا بَأْسَ أَنْ يَصْرَفَ بَعْضُهُ فِي بَعْضٍ، كَمَا أَجَابَهُ بِهِ الْقَوْرِيُّ الْمَذْكُورُ فِي أَجْوِبَةِ الْفَاسِيِّ، [...]، وَنَظْمَهُ صَاحِبُ الْعَمَلِ الْمَطْلُوقِ بِقَوْلِهِ:

وَقَدْ أَجَازُوا صَرَفَ فَائِدِ الْحَبْسِ فِي غَيْرِ مَصْرُوفٍ لَهُ فِي الْأَنْدَلُسِ.

[...] وَأَيْضاً كَمَا فِي أَجْوِبَةِ الْفَاسِيِّ بَقَاءِ فَضْلَاتِ الْأَحْبَاسِ الْمُسْتَعْنَى عَنْهَا مَوْفُورَةً، عَرْضَةً لِنَلْقَائِهَا وَإِمْدَادِ الْأَيْدِي الْعَادِيَةِ إِلَيْهَا وَقَطْعِ لَأَجْرِهَا عَنِ الْمَحْبِسِ، إِذَا هِيَ صَدَقَةٌ، وَالصَّدَقَةُ لَا يَنْتَفَعُ صَاحِبُهَا بِهَا إِلَّا بِإِصْطِلَاحِ نَفْعِهَا إِلَى الْحَتَّاجِ إِلَيْهَا¹⁸¹⁵.

El muftí norteafricano, al-Wazzānī al-Fāsī, se muestra partidario de la costumbre que regía en al-Andalus, dentro de su escuela, de permitir que los excedentes de un *waqf* piadoso se inviertan en otro. Uno de los juristas a los que cita es Aşbag, juez de jueces en Córdoba, calificado como virtuoso, piadoso, inteligente y de conducta irreprochable¹⁸¹⁶. El argumento sobre el que basa esta conclusión es la calificación de esta institución como una *şadaqa*, limosna o limosna legal, la cual no tendría sentido sin hacer llegar sus frutos a la persona que lo necesite.

^b[...] وَمِمَّا يُؤَيِّدُ قَوْلَ الْخَصَافِ أَسْلَ الْوَقْفِ إِنَّمَا يُطْلَبُ بِهِ مَا عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى، وَهِيَ الثَّوَابُ وَأَصْلُهُ لِلْمَسَاكِينِ، إِنْتَهَى.

[...] وَقَالَ الْأَكْمَلُ: الصَّدَقَةُ عَطِيَّةٌ يَرَادُ بِهَا الثَّوْبَةُ.

وَقَالَ صَاحِبُ الْإِخْتِيَارِ: الْهَبَةُ هُوَ الْعَطِيَّةُ الْخَالِيَةُ عَنِ تَقَدُّمِ الْإِسْتِحْقَاقِ، وَالصَّدَقَةُ كَالْهَبَةِ لِأَنَّهَا تَبْرَعُ، إِنْتَهَى.

فَقَدْ صَحَّ أَنْ لَفْظَ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ، وَالْوَقْفُ دَاخِلٌ فِي لَفْظِ الْعَطَايَا، وَفَسَّرُوا كُلَّهُمُ الْعَدْلَ فِي الْأَوْلَادِ بِالتَّسْوِيَةِ وَالْإِنْصَافِ فِي الْعَطَايَا بَيْنَ الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ حَالَةَ الْحَيَاةِ [...]

تَنْبِيهِ: قَدْ تَلَخَّصَ مِنْ كَلَامِهِ الَّذِي قَرَّرْنَاهُ الْإِسْتِدْلَالَ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ مِنْ قَوْلِهِمْ عَلَى الْفَرِيضَةِ الشَّرْعِيَّةِ التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى بِقِيَاسِ مَرْكَبٍ، وَتَقْرِيرَهُ أَنَّ الْوَقْفَ عَطِيَّةٌ يُطْلَبُ الثَّوَابُ، فَهِيَ صَدَقَةٌ، فَالْوَقْفُ صَدَقَةٌ، وَالْوَاقِفُ فِي حَالِ الصَّحَّةِ عَلَى الْأَوْلَادِ الْمَشْرُوعُ فِيهِ التَّسْوِيَةُ¹⁸¹⁷.

El jurista que vivió en el Damasco otomano del siglo XIX, Muḥammad Amīn b. ʿĀbidayn, intenta justificar con la opinión de ulemas precedentes la exigencia de tratar a los hijos varones y hembras en las daciones en vida con igualdad, al contrario que en las cuotas hereditarias donde la del hombre es el doble que la mujer. En su razonamiento, identifica el *waqf* con la *şadaqa*, un tipo

a Fue preguntado también por la corrección de lo que habían dictaminado otros sobre la aceptación como válido de la reparación de las murallas a cargo de los frutos de los *ahbās* de La Meca.

Contestó: es lo correcto de lo que incluyen las fetuas y según la práctica de lo que cuenta Ibn Ḥabīb, a través de Aşbag y a su vez de Ibn al-Qāsim, y así opina Ibn al-Maʿyīṣūn y Aşbag. Y lo que se pretende de ello es que lo que se instituye con finalidad de agradar a Dios el altísimo no importa invertirlo unas finalidades en otras, como respondió al-Qawrī en la respuesta de al-Fāsī, [...] y que compuso en el siguiente verso:

Se ha considerado válido la aplicación del excedente del *waqf* a una finalidad distinta en al-Andalus.

[...] También como en la respuesta de al-Fāsī, en la que la permanencia del excedente de los *ahbās* que no es necesario estar expuesta a su destrucción y a que algunas manos se entrometan en él así como la pérdida de las rentas del beneficiario; pues es una *şadaqa* y esta no es útil a su instituyente más que haciéndola llegar a quien la necesite.

b [...] Entre lo que apoya la opinión de al-Jassāf está que el *waqf* exige lo que está ante Dios el Altísimo, es decir, el mérito y en origen es para los pobres, fin.

Y la opinión de al-Akmal: la *şadaqa* es una dación que pretende el mérito; la *şadaqa* es una donación porque es una liberalidad. Fin.

El autor de *al-Ijtīyār* opinó: la donación es una dación carente de todo merecimiento, y la *şadaqa* es como la donación porque es una liberalidad, fin.

Es admisible la expresión donación y *şadaqa*, y el *waqf* está incluso en la expresión daciones. Han explicado que todos ello es justicia para los hijos, en igualdad en las daciones entre varones y hembras en caso de hacerlas en vida.

Atención: de sus palabras se puede sintetizar deduciendo que lo que se pretende legalmente con sus opiniones (la de los distintos autores de la escuela) la igualdad entre varones y hembras por analogía compleja; es decir, el *waqf* es una dación que exige el mérito, o sea, una *şadaqa*, pues el *waqf* es *şadaqa*, y el fundador, estando sano, debe tratar a sus hijos con igualdad.

especial de dación cuya intención es hacer méritos ante Dios, es decir, un acto de piedad religiosa. Lo estudiaremos en su momento, pues esta escuela exige en las fundaciones familiares que se haga la reserva final en favor de los pobres. Será un punto de divergencia con los medineses.

^a(44) باب الزكاة على الأقارب، وقال النبي، ص، ((له أجران: أجر القرابة وأجر الصدقة)).
1462- [...] قالت: يا نبي الله! إنك أمرت اليوم بالصدقة وكان عندي حلي لي فأردت أن أتصدق به، فزعم ابن مسعود أنه وولده أحق من تصدقت به عليهم. فقال النبي، ص، ((صدق ابن مسعود، زوجك وولدك أحق من تصدقت به عليهم))¹⁸¹⁸.

El especialista en dichos de Muḥammad, al-Bujārī, además de continuar con el uso indistinto de las palabras *ṣadaqa* y *zakāt*, recoge hechos del profeta donde su acepción de limosna (una de ellas obligatoria) se vincula a un contexto familiar, más concretamente, la preferencia de los familiares a la hora de ser los destinatarios de los mismos, alabándose la caridad para con ellos.

^bأبْتداء وقوع النصرانية بنجران

[...] أن موقع ذلك الدين بنجران كان أن رجلاً من بقايا أهل الدين عيسى بن مريم يُقال له: فيميون، وكان رجلاً صالحاً مجتهداً زاهداً في الدنيا، مجاب الدعوة، وكان سائحاً ينزل بني القرى [...] قال: فاما فيميون، فتظهر وصلى ركعتين، ثم دعا الله عليها، فأرسل الله عليها ريحاً، فجعلتها من أصلها، فألقته، فأتبعه عند ذلك أهل نجران على دينه، فحملهم على الشريعة من دين عيسى بن مريم عليه السلام [...] فمن هنالك كانت النصرانية بنجران في أرض العرب.
أمر عبد الله بن الثامر، وقصة أصحاب الأخدود.

[...] قال: فوحد الله تعالى ذلك الملك، وشهد شهادة عبد الله بن الثامر، ثم ضربه بعصا في يده، فشجه شجة غير كبيرة، فقتله، ثم هلك الملك مكانه، وإستجمع أهل نجران على دين عبد الله بن الثامر، وكان على ما جاء به عيسى بن مريم من الإنجيل وحكمه، ثم أصابهم مثل ما أصاب أهل دينهم من الأحداث، فمن هنالك كان أصل النصرانية بنجران، والله أعلم بذلك.
أمر الفيل، وقصة النساء.

ثم إن أبرهة بنى القليس بصنعاء فبنى كنيسة لم يُر مثلاً في زمانها بشيء من الأرض [...]

أمر السيد، والعاقب، وذكر المبالهة

مر السيد، والعاقب، وذكر المبالهة

قال ابن إسحاق: وقدم على رسول الله، ص، وفد نصارى نجران ستون راكباً، فيهم أربع عشر رجلاً من أشرافهم، في الأربعة عشرة منهم ثلاثة نفر إليهم يؤل أمرهم: العاقب، أمير القوم وذو رأيهم، وصاحب مشورتهم، والذي لا يصدر عن رأيه، وإسمه عبد المسيح، والسيد، لهم ثمالهم، أسقفهم، وحبرهم، وإمامهم، وصاحب مدراسهم.
وكان أبو حارثة قد شرف فيهم، ودرس كتبهم، حتى حسن علمه في دينهم، فكانت ملوك الروم من النصرانية قد شرفه، ومولوه، و أخذموه، وبنوا له الكنائس، وبسطوا عليه الكرامات، لما يبغله من علمه، وإجتاده في دينهم¹⁸¹⁹.

a (44) Capítulo. La *zakāt* en favor de los familiares. El profeta dijo: “tiene doble recompensa: la recompensa de la familia y el de la *ṣadaqa*”:

1462- [...] Dijo: Profeta de Dios, has ordenado hoy la *ṣadaqa* y yo tengo una joya que quisiera dar en limosna, afirmando Ibn Mas‘ūd que él y su hijo tiene preferencia para que les entregue la limosna. El profeta contestó: “Ibn Mas‘ūd tiene razón, tu marido y tu hijo tienen mejor derecho”.

b Comienzo de la aparición del Cristianismo en Naḥrān.

La aparición de esta religión en Naḥrān fue porque un hombre del resto de la religión de ‘Isā hijo de María (Jesús) al que llamaban Faymyūn; era un hombre honrado, estudioso, asceta, cuyas oraciones eran atendidas; estaba en camino y se hospedaba entre las aldeas [...] Dijo: Faymyūn apareció y se postró dos veces a orar rogando a Dios. Dios le envió un viento que lo secó de raíz, así que lo siguieron la gente de Naḥrān y los llevó a la *Šarī‘a* de ‘Isā hijo de María. Después les sucedieron los mismos hechos que al resto de cristianos; así se instaló el cristianismo en Naḥrān, en la tierra de los árabes.

El asunto de ‘Abd Allāh b. al-Ṭāmir y la historia de los amigos de las mejillas.

[...] Dios el altísimo unificó a ese rey, y ‘Abd Allāh b. al-Ṭāmir dio testimonio, luego lo golpeó con un cayado en su vientre y lo mató y el rey lo mató. Así aunó la gente de Naḥrān en la religión de ‘Abd Allāh b. al-Ṭāmir.

El asunto del elefante, y la historia de al-Nasa’.

Después, Abraha construyó *al-Qulays*, y construyó una iglesia en Ṣan‘a’ que no se ha visto igual en su tiempo en esa tierra [...]

El asunto del señor, el subalterno y mención de la controversia.

Ibn Ishāq ha dicho: se presentaron ante el Enviado de Dios los cristianos de Naḥrān, sesenta caballeros, entre ellos catorce nobles, entre los catorce tres a los que consultan previamente: el subalterno, el jefe de la tribu, el que tiene la última palabra, jefe del consejo, quien no se toma ninguna decisión salvo que esté de acuerdo, y su nombre es ‘Abd-l-Masīḥ, y el señor. Tienen sus propios licores [...] Van sus obispos, su pontífice, imán y encargado de las escuelas.

Abū Ḥāritha ha encontrado reconocimiento entre ellos, ha estudiado sus libros hasta aprender bien su religión. Los reyes de *Rūm* (romanos bizantinos) cristianos lo tuvieron en alta estima y lo convirtieron en su aliado y se pusieron a su servicio. Le construyeron iglesias, y le otorgaron honores, por la ciencia que poseía y por su estudio de la religión.

Ibn Hišām, en esta biografía de Muḥammad, narra el origen del Cristianismo en la región de la Península Arábiga denominada Naḡrān, ubicada entre La Meca y Yemen, en el corazón de la misma. Atribuye su introducción a un predicador, Faymyūn, o el rey ‘Abd Allāh b. al-Ṭāmir. La veracidad del relato no nos interesa demasiado, pero sí la constancia que los propios musulmanes tenían de la existencia de cristianos entre los árabes, los cuales construían iglesias o entablaban relaciones con el emperador bizantino para erigirlas. La conexión entre la Arabia preislámica y desde los albores del Islam con la legislación cristiana sobre fundaciones piadosas puede empezar a establecerse.

الله جل جلاله يذكر حادثة الفيل ويمتن على قريش.
 [...] وإيلاف قريش: إيلافهم الخروج إلى الشام في تجارتهم، كانت لهم خرجتان: خرجة في الشتاء، وخرجة في الصيف.
 خروج سيف بن ذي يزن، وملك وهرز على اليمن.
 فلما طال البلاء على أهل اليمن، خرج سيف بن ذي يزن الحميري، وكان يكنى بأبي مرة، حتى قدم على قيصر ملك الروم، فشكا إليه ما هم فيه [...] [..]
 [...] قال ابن إسحاق: ثم هلك هاشم بن عبد المناف بغزة من أرض الشام تاجراً [...] [..]
 قصة بحيري.
 قال ابن إسحاق: ثم إن أبا طالب خرج في ركب تاجراً إلى الشام [...] [..]
 حديث تزويج رسول الله، ص، خديجة.
 [...] قال ابن إسحاق: وكانت خديجة بنت خويلد امرأة تاجرة ذات شرف، ومال، تستأجر الرجال في مالها، وتضاربهم إياه بشيء تجعله لهم، وكانت قريش قوماً تجاراً، فلما بلغها عن الرسول الله، ص، ما بلغها، من صدق حديثه [...] [..] بعثت إليه، فعرضت عليه أن يخرج في مال لها إلى الشام تاجراً...¹⁸²⁰

Ibn Hišām, el biógrafo de Muḥammad, en esta selección que hemos realizado sobre algunos episodios destacados, nos muestra contacto que siempre se produjo entre las diferentes tribus árabes y el mundo bizantino. La tribu mequí de Qurayš obtenía sus ingresos a través de dos expediciones comerciales anuales hacia Siria, una en verano y otra en invierno; el rey de Yemen, Sayf b. Dī Yazan al-Ḥimyarī, quien vivió en el siglo VI de nuestra era siendo testigo del conflicto que afectó a su país por las ambiciones etíopes, sasánidas y bizantinas¹⁸²¹, se entrevistó con el emperador de Constantinopla. Por último, se describe como los ascendientes del profeta, así como su primera mujer, realizaban constantes viajes a Siria; Jadīya se asoció con él en una comandita. Otra vía por la que quizás penetró alguna institución romana en el mundo arábigo previo y contemporáneo de Muḥammad.

a Dios muestra su majestad y se menciona el suceso del elefante y bendice a Qurayš.

El comercio de Qurayš: el su comercio consistía salir hacia Siria, realizaban dos expediciones, una en invierno y otra en verano.

[...] La expedición de Sayf b. dī Yazan, Mulk y Haraz hacia Yemen.

Al prolongarse la plaga entre la gente de Yemen Sayf b. dī Yazan al-Ḥimyarī, apodado Abū Murra, partió a presentarse ante el César, rey de los rūm, quejándose de la situación [...]

[...] Ibn Ishāq dijo: posteriormente, Hāšim b. ‘Abd Manāf murió en Gaza, tierra de Siria.

Historia de Baḥīrī.

Ibn Ishāq dijo: luego Abū Ṭalib salió en una caravana como comerciante hacia Siria [...]

Relato sobre el matrimonio del Enviado de Dios con Jadīya.

Ibn Ishāq dijo: Jadīya bint Juwaylid era una mujer comerciante honorable y con dinero. Encargaba a hombres que comerciaran con sus bienes mediante *muḍāraba*, a cambio de parte de los beneficios. Qurayš era una tribu de comerciantes. Cuando le llegó la información sobre el Enviado de Dios y su honestidad [...] lo mandó llamar y le propuso salir a comerciar con sus bienes en Siria...

^aوالمناستار على مثل لفظ المارستان إلا أن نونه متقدمة وراءه متأخرة، وهو عندهم شبه الزاوية عند المسلمين. وهذه المناستار بها كثيرة، فمنها مانسار عمره الملك جرجيس والد ملك القسطنطينية وسنذكره، وهو بخارج إصطنبول مقابل الغلطة ومنها مناستاران خارج الكنيسة العظمى عن يمين الداخل إليها، وهما في داخل بستان يشقهما نهر ماء، وأحدهما للرجال والآخر للنساء. وفي كل واحد منها كنيسة، وتدور بهما البيوت للمتعبدين والمتعبدات، وقد حبس على كل واحد منهما أحباس لكسوة التعبديين ونفقتهم. بناهما أحد الملوك. ومنها مناستاران عن يسار الداخل إلى الكنيسة العظمى على مثل هذين الآخرين، ويطيف بها بيوت، وأحدهما يسكنه العميان، والثاني يسكنه الشيوخ الذين لا يستطيعون الخدمة ممن بلغ الستين أو نحوها، ولكل واحد منهم كسوته ونفقتته من أوقاف معينة لذلك¹⁸²².

El tangerino del siglo XIV, Ibn Battūta, a su paso por una capital bizantina, Constantinopla, ya en bastante decadencia y con la amenaza turca muy próxima, nos deja una descripción muy interesante para nuestros propósitos. Nos habla de los *mānastārāt*, *mānastār*, arabización de la palabra monasterio, *μοναστήριον/monastērion* en griego. Además de su comparación con la *zāwyya* islámica, hemos de destacar como estas instituciones, literalmente en el texto escogido, son beneficiarias de *aḥbās* o *awqāf*. El viajero, jurista también, traduce sin el menor atisbo de duda, las fundaciones piadosas (*piae causae*) propias del derecho justiniano, por *waqf* o *ḥubs*, identificándolas en ausencia de cualquier puntualización o extrañeza, como la que se ve obligado al trasladar a su lengua vernácula el término monasterio.

^b(وقوله لم تعرفه الجاهلية) لعل المراد بهم هنا من لم يتمسك بكتاب كعبدة الأوثان لما يأتي بعد قول المصنف وإن وقف على جهة المعصية إلخ من قوله ما فعله ذمي لا نبطله إلا إن ترافعوا إلينا، وإلى قوله: لا ما وقفوا قبل المبعث على كنانهم إلخ، فإن صريح في مشروعية الوقف قبل البيعة¹⁸²³.

Šams-l-Dīn Muḥammad b. Abū ‘Abbās Aḥmad b. Ḥamza, *faqīh* egipcio del siglo XVI, conocido como el *pequeño al-Šāfi’ī*, en este fragmento de sus comentarios a la obra de su escuela *šarḥ al-minḥāy*, que ya recogimos como muestra de la interconexión entre el derecho islámico y el eclesiástico, afirma que la institución era preexistente a la misión de Muḥammad. En concreto, literalmente afirma que se instituía el *waqf* en favor de las iglesias de los cristianos.

^cفي ولاية النقابة على ذوي الأنساب

a *Al-mānastār*, parecido a la pronunciación de *al-māristān*, salvo que la *nūn* está al inicio y la *rā’* atrasada, es para ellos como una *zāwyya* para los musulmanes. Estos *Mānastārāt* son numerosos en ella. Entre los mismos uno que construyó el rey Gergios, padre del rey de Constantinopla y lo mencionaremos: está fuera de Estambul, frente a Galata; hay dos *mānastār* fuera de la gran iglesia, a la derecha del callejón que conduce a ella, en el interior de un jardín que parte en dos un río, uno para los hombres y otro para las mujeres. En cada uno de ellos hay una iglesia, lo rodean las casas de los religiosos y religiosas, se han constituido para cada uno *aḥbās* para la vestimenta de los religiosos y su manutención. Fueron construidos por los reyes. Entre los mismos destaca otros dos *mānastār* a la izquierda de la calle que lleva a la gran iglesia, como los otros dos. Los rodean casas, uno de ellos está habitado por ciegos y el segundo por ancianos mayores de sesenta que no pueden servir. La vestimenta de cada uno y la manutención está a cargo de *awqāf* destinados a tal fin.

b (Y al decir que no lo conocieron en la *Ŷāhiliyya*) quizás, a lo que se refiera con la palabra ellos aquí sean quienes no se aferran a un Libro, como los adoradores de ídolos, por lo que viene en el manuscrito después sobre si se constituyera un *waqf* con una finalidad pecaminosa, etc. De sus palabras “lo que hace un *dimmī* no lo anulamos, salvo en caso de que presentaran una demanda en nuestros tribunales”, a sus palabras: “no a lo que constituyeron en *waqf* antes de la Revelación en favor de sus iglesias, etc. Pues es patente la legitimidad del *waqf* antes de la Revelación (a Muḥammad).

c Sobre la jefatura de los linajes.

Esta jefatura se refiere a la inmunidad de los linajes nobles, para que no estén sometidos a aquellos que no son sus iguales, ni ostentan la misma nobleza [...]

La función de esta jefatura es válida en tres terrenos: de parte del califa, que tiene bajo su cargo todos los asuntos, de parte de quien está autorizado por este para gestionar los asuntos, como el ministro autorizado y el emir de una región, y por parte de un jefe con autoridad general que nombra a un jefe con autoridad singular [...]

Esta jefatura está obligada a administrar doce cuestiones en salvaguarda de sus derechos:

Primera: cuidar sus linajes evitando que entre quien no pertenece o salga quien sí [...] Segundo: distinguir sus grados y sus respectivos linajes [...] que no se mezcle un linaje con otro, anotándolos en su registro según cada línea. Tercero: conocer quién nace, hembra o varón, autenticándolo; conocer quién muere entre ellos, para recordarlo; de tal manera que no se pierda el linaje del nacido, si están autenticado, ni se ponga en tela de juicio el linaje de quien fallezca si no es recordado. Cuarto: tomarlos en consideración con la literatura que los compare con el honor de su linaje y la generosidad de sus deudos [...] Quinto: apartarlos de los oficios viles y de las demandas ofensivas [...] Sexto: apartarlo de la comisión de pecados y lo prohibido [...] Séptimo: apartarlos de de tiranizar al común de la gente, por su honor, y a su desprecio debido a su alta cuna [...] Octavo: apoyarlos en la consecución de sus derechos, para que no se debiliten.

هذه النقابة موضوعة على صيانة ذوي الأنساب الشريفة عن ولاية من لا يكافئهم في النسب، ولا يساويهم في الشرف [...] وولاية هذه النقابة تصح من إحدى ثلاث جهات: إما من جهة الخليفة المستولي على كل الأمور، إما ممن فوض إليه تدبير الأمور، كوزير التفويض وأمير الإقليم، وإما من نقيب عام الولاية إستخلاف نقيباً خاص الولاية [...] [...] ويلزم في النقابة على أهله من حقوق إثنين عشر حقاً:

أحدها: حفظ أنسابهم من داخل فيها وليس منها، أو خارج عنها وهو منها [...] والثاني: تمييز بطونهم ومعرفة أنسابهم [...] ولا يتداخل نسب في نسب، ويثبتهم في ديوانه على تمييز أنسابه [...] والثالث: معرفة من ولد منهم وهو من ذكر أو أنثى فيثبته، ومعرفة من مات منهم فيذكره، حتى لا يضيع نسب المولود إن لم يثبتته، ولا يدعي نسب الميت غيره إن لم يذكره. والرابع: أن يأخذ من الآداب ما يضاهاه شرف أنسابهم وكرم محنتهم [...] والخامس: أن ينزهم عن المكاسب الدنيئة، ويمنعهم من المطالبة الخبيثة [...] والسادس: أن يكفهم عن إرتكاب المآثم ويمنعهم من إنتهاك محارم [...] والسابع: أن يمنعمهم من التسلط على العامة لشرفهم، والتشطط عليهم لنسبهم [...] والثامن: أن يكون عوناً لهم في إستيفاء الحقوق حتى لا يضعفوا عنهم [...] والتاسع: أن ينوب عنهم في المطالبة بحقوقهم العامة في سهم ذوي القربى في الفيء والغنيمة الذي لا يختص به أحدهم [...] والعاشر: أن يمنع أيامهم أن يتزوجن إلا من الأكفاء، لشرفهن على سائر النساء صيانة لأنسابهن [...] والحادي عشرة: أن يقوم ذوي الهفوات منهم فيما سوى الحدود بما لا يبلغ به حداً [...] والثاني عشر: مراعاة وقوفهم، بحفظ أصولهم وتنمية فروعهم...¹⁸²⁴

La primera parte de este capítulo de la obra de al-Māwardī la introducimos para estudiar la relación del califa con los cargos de él dependiente. En este momento de nuestro estudio, nos participa de un asunto capital para la mentalidad árabe: la relevancia del linaje para este pueblo. Algunos arabistas lo destacan en la poesía épica, como en *los días de los árabes*¹⁸²⁵. Jurídicamente y en lo que al *waqf* se refiere, la figura de la jefatura de los linajes (entre cuyas ocupaciones está la de velar por la pureza de los mismos, su vinculación a la literatura sobre el honor de sus antepasados y velar por sus derechos sobre el botín entre otras muchas) nos muestra un marco social, político y normativo en el que los *ahbās* familiares encuentren un medio ambiente muy propicio para su proliferación: el mantenimiento y la rendición de honores a la estirpe como motivación para su desarrollo.

^aأسماء من شهد العقبة، وعددهم.

قال ابن إسحاق: وهذا تسمية من شهد العقبة، وبايع رسول الله، ص، بها منلاً أوس، والخزرج، وكانوا ثلاثة وسبعين رجلاً وإمرأتين.
قال ابن إسحاق: ومن بني حارثة بن الحارث بن الخزرج بن عمرو بن مالك بن الأوس، [...] قتل المشركين يوم الخندق.
وقُتِل من المشركين ثلاث نفر. من بني عبد الدار بن قصي: منبه بن عثمان بن غبيد بن السباق بن عبد الدار، أصابه سهم، فمات منه بمكة.

شهداء خيبر.

قال ابن إسحاق: وهذه تسمية من إستشهدوا بخيبر من المسلمين، من قريش، ثم من بني أمية بن عبد الشمس، ثم من حلفائهم/ ربيعة بن أكتم بن سخبرة بن عمرو بن بكر بن عامر بن غنم بن دودان بن أسد؛...¹⁸²⁶.

La narración de la vida de Muḥammad, de Ibn Hišām, suele ser bastante minuciosa, enumerando las diferentes personas que participan en los diferentes eventos o los muertos en una batalla. La importancia del linaje para los árabes se ve refleja en la denominación de los mismos,

Noveno: ser sus delegados en la exigencia de sus derechos generales en la parte de los familiares (del profeta) en el reparto del botín que no está determinado en personas concretas [...] Décimo: evitar que las mujeres se casen con hombres que no tengan el mismo nivel, para salvaguardar el honor de su linaje [...] Undécimo: apoyar a aquellos que cometan faltas que no estén castigadas con *ḥadd* [...] Décimo segundo: velar por su posición en defensa de su origen y la expansión de su linaje...

a Nombre de los que presenciaron al-‘Aqaba y su número.

Ibn Ishāq ha dicho: estos son los nombres de quienes presenciaron al-‘Aqaba y juraron fidelidad al Enviado de Dios, entre ellos de la tribu de al-Aws y de la de al-Jazraʿy: eran setenta y tres hombres y dos mujeres. Ibn Ishāq ha dicho: entre los banū Ḥārīt estaba b. al-Ḥārīt b. al-Jazraʿy b. ‘Amr b. Mālīk b. al-Aws, [...]

Muertos entre los politeístas el día de Jandaq.

Entre los politeístas murieron unas tres decenas.

Entre los banū ‘Abd al-Dār b. Quṣay: Munabih b. ‘Uṭmān b. ‘Ubayd b. al-Sibāq b. ‘Abd-l-Dār. Le alcanzó una flecha y murió en La Meca.

Mártires de Jaybar.

Ibn Ishāq ha dicho: estos son los nombres de los musulmanes que encontraron el martirio en Jaybar: entre Qurayṣ luego entre los banū Ummayya b. ‘Abd al-Šams, después sus aliados: Rabī‘a b. Akṭam b. Sajbara b. ‘Amr b. Bukayr b. ‘Amir b. Ganam b. Dūdān b. Asd...

cuyos nombres siempre están seguidos por los antepasados en línea directa paterna. Hemos tomado solo unas muestras, sería interminable transcribir la relación completa.

^a هذا الكتاب جمعناه في فقهاء الأندلس وعمائهم وروايتهم. وأهل العناية منهم، ملخصاً: على حروف المعجم، قصدنا فيه قصد الإختصار. إذ كانت نيتنا قديماً: أن نؤلف في ذلك كتاباً موعباً. على المدن يشتمل على أخبار والحكايات. ثم عاقت عوائق عن بلوغ المراد فيه: فجمعنا هذا الكتاب المختصر.

وغيرنا فيه: ذكر أسماء الرجال وكناهم وانسابهم، ومن كان يغلب عليه حفظ الرأي منهم، ومن كان الحديث والرواية. أملاك به، أغلب عليه، ومن كانت له إلى المشرق رحلة، عمن روى ومن أجل من لقي؟ ومن بلغ منهم مبلغ الأخذ عنه، ومن كان يشاور: في الأحكام ويستفتى، ومن ولى منهم خطة القضاء، ومن مولد والوفاء، ما أمكننى على حسب ما فيدته.¹⁸²⁷

Ibn al-Faraḍī fue un historiador nacido en Córdoba el año 962, nombrado juez por el rey taifa de la ciudad de Valencia, antes de viajar por Oriente, desde donde regresó a su población natal, en la que fue muerto por los bereberes en el año 1013. Elaboró un diccionario biográfico dedicado a los ulemas de al-Andalus. En el prólogo de su obra nos detalla su intención, debido a las dificultades que se encontró para reunir más detalles, de ser conciso. No obstante, tras el nombre y apodo de la persona, ordenada según las letras del alifato, muestra el linaje del personaje del que hacían gala los árabes en la Península Ibérica aun tras cuatro siglos del comienzo de la hégira¹⁸²⁸.

^b الفصل التاسع. في أن الصريح من النسب إنما يوجد للمتوحشين في القفر من العرب ومن في معناهم.

[...] إعتبر ذلك في مضر من قريش وكنانة وتيف [...] لما كانوا أهل شظف ومواطن غير ذات زرع ولا ضرع. وبعدها من أرياف الشام والعراق ومعادن الأذن والحبوب، كيف كانت أنسابهم صريحة محفوظة لم يدخلها إختلاط ولا عُرف فيهم شوب. أما العرب الذين كانوا بالتلول وفي معادن الخصب للمراعي والعيش من حمير وكهلان مثل لحم [...] وغسان [...] فأختلطوا أنسابهم وتداخلت شعوبهم [...] هم لا يعتبرون المحافظة على النسب في بيوتهم وشعوبهم؛ وإنما هذا للعرب فقط. الفصل الثالث عشر في أن البيت والشرف بالأصالة والحقيقة لأهل العصبية ويكون لغيرهم بالمجاز والشبه. وذلك أن الشرف والحسب إنما هو الخلال؛ ومعنى البيت أن يعد الرجل في أبائه أشرفاً مذكورين، وتكون له ولادتهم إياه والإنتساب إليهم تجلة في أهل جلدته، لما وقر في نفوسهم من تجلة سلفه وشرفهم بخلالهم. والناس في نشأتهم وتناسلهم معادن؛ قال، ص، ((الناس معادن: خيارهم في الجاهلية خيارهم في الإسلام، إذا فقهوا)). فمعنى الحسب راجع إلى الأنساب الفصل العشرون. في أحوال الموالي والمصطنعين في الدول.

أعلم أن المصطنعين في الدول يتفاوتون في الإلتحام بصاحب الدولة بتفاوت قديمهم وحديثهم في الإلتحام بصاحبها. والسبب في ذلك أن المقصود بالعصبية من المدافعة والمغالبة إنما يتم بالنسب...¹⁸²⁹.

El concepto clave de la obra de Ibn Jaldūn es la *'aṣabiyya*, cuyo sentido y definición precisa se escapa a los límites de esta investigación, como ya tuvimos ocasión de mencionar. No obstante,

a Agrupamos este libro sobre los *fuqahā'* de Al-Andalus, sus ulemas y cronistas; y la gente que conserva (los dichos), de forma sintética, según las letras del alifato. Nuestra intención es ser concisos. Es una pretensión antigua, elaborar este libro, según la ciudades, las crónicas e historias. Después llegaron los inconvenientes para cumplirla, así que compilamos el libro de forma resumida.

Nuestro objetivo es mencionar los nombres de los hombres, sus apodos y sus linajes. De quién se ha conservado más su opinión; quién se dedicaba al hadiz y las historias, quién era mejor en ello, quién había viajado a Oriente, a quién se refería y de quién tomó. Quién obtuvo beneficio, a quién era consultado para emitir fallos y se les pedía fetuas. Quién fue nombrado juez, su nacimiento y su muerte. Lo que nos fuera posible, según nuestros límites.

b Capítulo noveno, sobre que pureza del linaje solamente se da entre los salvajes en la pobreza de los árabes y similares. Se considera esto en Muḍar de los Qurayš, Kināna y Taqīf [...] cuando la gente que vive en necesidad y en territorios sin agricultura ni ganadería, lejos de los campos de Siria, Iraq y los minerales y granos. Qué puros son los linajes y cuánto se conservan, no se mezclan ni se contaminan. En cuanto a los árabes que están disfrutando de las colinas fértiles para el pastoreo y la vida entre la tribu de Ḥimyar, Kahlān, como Lajm [...] y Gasān, [...] en los que se han mezclado los clanes y las tribus...

Capítulo décimo tercero, sobre como la casa y el honor se dan con el origen y la verdad de la gente de la *'aṣabiyya* y se da entre los demás de forma simbólica y comparativa.

Eso es así porque el honor solo se da con la virtud; el significado de la casa es que el hombre ponga su honor en sus padres reconocidos, que se trasmite en ellos por nacimiento y se plasma en la gente de su piel. Así el orgullo que se plasma en sus ancestros y en el honor de su virtud que se da en la gente de su ascendencia y descendencia; dijo: "la gente es como los minerales, su elección en la *Yāhiliyya* es igual a la del Islam, así que estudiad". El significado de la suficiencia se dirige a los linajes.

Capítulo vigésimo. Sobre el estado de los clientes y los asalariados en los estados.

Has de saber que los asalariados en los estados se desvinculan de su cohesión con el jefe del mismo, al diluirse los antiguos y modernos de los mismos de la adhesión a su jefe. La causa de esto es que lo que se pretende con la *'aṣabiyya* de defensa mutua y victoria solamente se completa con el linaje...

esta especie de solidaridad grupal está muy emparentada con la fuerza del linaje que, según el historiador de origen sevillano, se presenta con una mayor pureza entre los árabes que viven en los desiertos de Arabia, como Muḍar de Qurayš, Kināna y Taqīf, frente a aquellas tribus también árabes que vivían en las fronteras de los Imperios Bizantino y Persa (en su momento nos referimos a ellas), en las que se mostraba mucho más diluida. Fueron precisamente aquellas, en torno a La Meca y Medina donde se dieron los primeros pasos del *fiqh*.

^aالفصل الرابع والثلاثون في مراتب الملك والسلطان والقابها.

[...] ثم إن الإستعانة إذا كانت بأولى القربى من أهل النسب أو التربية أو الإصطناع القديم للدولة كانت أكمل، لما يقع في ذلك من مجانسة خلقهم لخلقهم، فتمت المشاكلة في الإستعانة. قال تعالى: * ((واجعل لي وزيراً من أهلي، هارون أخي، أشدد به أزري، وأشركه في أمري))* 1830.

Este papel del linaje, en Ibn Jaldūn, también se ve reflejado en los distintos cargos en los que se apoya el sultán, pues el vínculo familiar provoca que la cooperación que le prestan sea más completa.

^b4553 حدثني [...]

[...] قال فبينما أن بالشام إذ جئ بكتاب من النبي، ص، إلى هرقل، قال: وكان دحية الكلبي جاء به فدفعه إلى عظيم بصرى، فدفعه عظيم بصرى إلى هرقل [...]
[...] ((بسم الله الرحمن الرحيم، من محمد رسول الله إلى هرقل عظيم الروم: سلام على من أتبع الهدى، أما بعد: فإنني أدعوك بدعاية الإسلام... 1831))

Otra línea sobre los posibles antecedentes la constituye la influencia del derecho Romano a través de Bizancio. Los vínculos entre la Península Arábiga y Constantinopla son antiguos. En este caso, el hadiz 4553, según la numeración de al-Bujārī, nos informa de la carta que Muḥammad le hizo llegar al emperador Heraclio a través del gobernador bizantino de la ciudad de Buṣrā, en la región de Ḥawrān, al sur de Damasco¹⁸³². En la misiva invitaba al emperador a su conversión al Islam.

^cذكر جامعها المكرم، عمره الله تعالى.

[...] إنتدب لبنائه الوليد بن عبد الملك رحمه الله، ووجه إلى ملك الروم بالقسطنطينية بأمره بأشخاص إثني عشر ألفاً من الصناع من بلاده، وتقدم إليه بالوعيد في ذلك أن توقف عنه. فامتثل أمره مذعناً بعد مراسلة جرت بينهما في ذلك، مما هو مذكور في كتب التواريخ¹⁸³³.

Ibn Yūbayr, al describir Damasco, nos informa de que su gran mezquita fue construida por orden de uno de los primeros califas omeyas con la aportación de doce mil artesanos bizantinos.

^dفإن قدمنا أن الصنائع، وكمالها، إنما هو بكمال الحضارة، وكثرتها بكثر الطالب لها. فلذلك تكون الدولة البدوية في أول أمرها تفتقر في أمر البناء إلى غير قطرها. كما وقع للوليد بن عبد الملك، حين أجمع على بناء مسجد المدينة والقدس والمسجد به باسم؛ وبعث إلى ملك الروم بالقسطنطينية في الفعلة المهرة في البناء؛ وبعث إليه منهم من حصل له غرضه من تلك المساج¹⁸³⁴.

De manera coincidente con este viajero andalusí, Ibn Jaldūn nos da su opinión no solo sobre la construcción de la mezquita omeya de Damasco, sino también de la Cúpula de la Roca en

a Capítulo trigésimo cuarto sobre el escalafón del rey y del sultán y sus denominaciones.

[...] El apoyo, si se realiza en la familia de la gente de su linaje o asalariados antiguos del estado, es más completo, al recaer en él la compenetración de origen, culminándose la estructura de cooperación. Dios el altísimo dijo: *((nombra para mí un ministro de mi gente, hermano Aarón, con el que me vincule y lo haga partícipe de mis asuntos))*:

b 4553 Me habló [...] que dijo: estaba en Siria cuando llegó una carta del profeta a Hiraql, Daḥīyya al-Kalbī llegó con ella a Buṣrā y se la entregó a su gobernador; este se la hizo llegar a Hiraql [...]

[...] “En el nombre de Dios el clemente y misericordioso, de Muḥammad, Enviado de Dios a Hiraql, emperador de los rūm. La paz para quien sigue la senda correcta. Yo te invito a la predicación del Islam...

c Mención de su digna mezquita, Dios el altísimo la mantenga.

[...] Se turnó en su construcción al-Walīd b. ‘Abd-l-Mālik, Dios tenga misericordia de él, quien envió al rey de los rūm en Constantinopla, ordenándole que enviara doce mil artesanos de su país, quien lo amenazó con suspender el envío. Después obedeció la orden de manera humillante tras la correspondencia entre ellos, según está escrito en los libros de historia.

d Hemos adelantado que las industrias, y su perfección, solo se da con la perfección de la civilización y su difusión debido a sus muchos demandantes. Por eso, el estado beduino en sus comienzos tiene necesidad de la habilidad constructora presente en otros territorios. Así le ocurrió a al-Walīd b. ‘Abd-l-Mālik cuando se decidió a construir la mezquita de Madīna, Jerusalén y su mezquita en Damasco. Por eso envió una delegación al rey de los rūm, en Constantinopla para que le mandara artesanos expertos en la construcción. Este se los envió, para erigir esas mezquitas.

Jerusalén y la Mezquita del Profeta en Medina. Obviamente su punto de vista sobrepasa lo meramente descriptivo. El pensador tunecino se centra en la aplicación del origen, evolución y decadencia del estado. En este contexto, la dinastía omeya, con su naturaleza beduina, tuvo que pedir ayuda al emperador bizantino para construir estas tres mezquitas principales del mundo islámico. En nuestro estudio, nos confirma que durante la época de gestación de la *Šarī'a*, la dinastía omeya, los contactos con Constantinopla iban más allá del combate, lo que alienta la idea de un trasvase de conocimiento, no limitado a la artesanía de la construcción, que pudiera incluir el régimen jurídico de fundaciones piadosas.

^a ذكر الخبر عن ملوك اليمن في أيام قابوس وبعده إلى عهد بهمن بن إسفنديار.

[...] قال: فكان تبع هذا في أيام بشتاسب وأرديشير بهمن بن إسفنديار بن بشتاسب [...] فقدم عليه رسول ملك الهند بالهدايا والتحف، من الحرير والمسك والعود وسائر طرف بلاد الهند...¹⁸³⁵

Al-Ṭabarī dedica varios de sus tomos en su magna historia a los diversos reyes y tribus árabes. En este episodio referido a los reyes de Yemen que siguieron a la famosa reina de Saba', nos describe como uno de ellos recibe regalos lujosos del rey de India. Con este fragmento queremos terminar este epígrafe sobre los posibles orígenes de la institución con un pequeño apunte sobre la posible influencia hindú especialmente en el sur de la Península Arábiga, Yemen y Omán. Es conocida la relación comercial entre ambos puntos geográficos, pero poco se ha investigado sobre posibles intercambios de instituciones jurídicas. Los dos viajeros árabes a cuyas descripciones solemos acudir hablan de ello, así Ibn Baṭṭūṭa¹⁸³⁶, o Ibn Ḍubayr¹⁸³⁷. Considero que es una línea de estudio interesante para cualquier arabista en el futuro.

^b وحدثني [...] قال: كانت الحبس على عهد رسول الله، ص، سبعة حوائط بالمدينة الأعراف والصافية والدلال والميثب وربقة وحسنى ومشرية أم إبراهيم. قال ابن كعب: وقد حبس المسلمين بعده على أولادهم وأولاد أولادهم. وروى قوم آخرون أن صدقات رسول الله الموقوفة كانت من أموال بني المضير [...] وحدثنا [...] قال: ما ترك رسول الله، ص، إلا بغلته وسلاحه وأرضاً تركها صدقة. قال أبو بكر: وقد اختلف علينا في أول صدقة كانت في الإسلام فقال بعضهم أول صدقة كانت في الإسلام صدقات رسول الله، ص، السبعة الحوائط...¹⁸³⁸

Al-Jaṣṣāf, uno de los primeros juristas *ḥanafīes* que dedicó un tratado a la institución del *waqf*, comienza este libro sobre su regulación jurídica con las noticias que le han llegado sobre las primeras fundaciones islámicas. Además de mostrar la vinculación entre los conceptos de *ḥubs* con la *ṣadaqa*, confirma la tradición de la ausencia de herencia de Muḥammad, sino que sus bienes quedaron como *ṣadaqa*. Como originalidad, nos informa del primer *waqf* en la época islámica que según sus noticias se produjo: siete huertos de palmeras ubicados, entre otras, en la ciudad de al-A'arāf, en origen el nombre de pequeñas elevaciones de arena; esta denominación la reciben varias localidades en Arabia¹⁸³⁹.

^c وحدثني [...] قال: شهدت عمر بن عبد العزيز في خلافته ورجل يخاصم إليه في عفار حبس لا يباع ولا يوهب ولا يورث فقال له عمر: أو لم تسمع قول عمر بن خطاب للنبي، ص: إن لي مالا أحببه فقال رسول الله، ص: ((أحبس أصله وسبل ثمرته)) ففعل...?¹⁸⁴⁰

Al-Šaybānī, apellidado de al-Jaṣṣāf, sobrenombre por el que era conocido el ulema, pero no debemos confundir con otro *'ālim* destacado de la misma escuela llamado Muḥammad b. al-Ḥasan

a Mención de las noticias de los reyes de Yemen en los días de Qābūs y después de él hasta los tiempos de Baham b. Isfandiyār.

Dijo: este Tubba'a estaba en los días de Ardašīr b. Baham b. Isfandiyār b. Baštāsib [...] se le presentaron los enviados del rey de la India con regalos y objetos preciosos, de seda, almizcle, madera de aloe y demás lujos del país de India...

b Y nos contó [...] que dijo: en la época del Enviado de Dios, el *ḥubs* eran siete huertas de palmeras en la ciudad de al-A'arāf, al-Šāfiyya, al-Dalāl, al-Miṭṭab, Baraqa, Ḥasnā y Mašraba Umm Ibrāhīm. Ibn Ka'ab dijo: los musulmanes constituyeron en *ḥubs* después de él en favor de sus hijos y los hijos de sus hijos. Otros dicen que las *ṣadaqāt* del Enviado de Dios eran de los bienes de los banū al-Nuḍayr [...] y nos contó [...] que dijo: nada dejó el Enviado de Dios más que sus frutos y sus armas y la tierra que dejó fue como *ṣadaqa*. Abū Bakr dijo: existió controversia entre nosotros sobre cuál fue la primera *ṣadaqa* en el Islam: unos dicen que fue los siete huertos de palmeras del Enviado de Dios...

c Y me contó [...] que dijo: fui testigo del desacuerdo entre 'Umar b. 'Abd-l-'Azīz y un hombre quienes discutían por un *ḥubs* sobre un inmueble que no se vende, ni se dona ni se hereda. Le dijo 'Umar: ¿acaso no has escuchado lo que dijo 'Umar b. al-Jaṭṭāb al profeta: tengo un bien que me gusta; le respondió el Enviado de Dios: ((retén su raíz y libera su fruto)) y así lo hizo?...

al-Šaybānī, nos reporta como los califas omeyas se asientan en la tradición de ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, al que el profeta le refirió la frase que sustenta la legalidad de la institución y del que ya hemos tonado nota: retén su raíz y libera su fruto. En este caso se trata del monarca damasceno de ‘Umar b. ‘Abd-l-‘Azīz, al que, como hemos mencionado, muchos historiadores islámicos se refieren a él como el quinto califa justo.

Una vez expuestos los textos seleccionados de entre las obras de estos alfaquíes, hemos de extraer las principales ideas que aportan a nuestro estudio.

- En primer lugar, los autores islámicos se refieren a instituciones preislámicas, en virtud de las cuales algunos ejemplares de los rebaños que pastoreaban se exceptuaban del tráfico jurídico y uso y disfrute normal de los mismos a modo de voto piadoso. Ahora bien, intentan marcar diferencias, pues la nueva legalidad musulmana las declara nulas por su relación con el politeísmo imperante en la *Yāhiliyya*. Estas fuentes sustentan la opinión del arabista clásico francés, Claude Cahen, para quien el origen del *waqf* habría que buscarlo en esta época previa a la llegada de Muḥammad¹⁸⁴¹. No será casualidad, como comprobaremos, que la escuela más apegada a la tradición árabe, los seguidores de Mālik b. Anas, mantenga algunos elementos propios de esos negocios jurídicos (*al-baḥīra*, *al-sā’iba*, *al-waṣīla*, y *al-ḥāmī*) como la admisión de bienes muebles, en especial, el ganado, como objeto de la fundación.
- El prestigio social de la institución provoca que se busque su manto para dotar a una ciudad como Alepo de una fundación admirable desde el punto de vista religioso: el *ḥubs* del patriarca Abraham que nos narra el viajero de Valencia, Ibn Ūbayr.
- Una cuestión mucho más trascendente a la hora de descubrir el régimen jurídico del instituto se refiere a la ligazón con otras instituciones jurídicas: *zakāt*, *ṣadaqa* y *jarāy*. En su momento lo analizaremos, pero algunas escuelas obligan a que la palabra *ṣadaqa* esté presente en la fórmula de constitución. Otras, si faltara, lo convertirían en un *waqf* piadoso, nunca de carácter familiar. La *zakāt* sería una limosna impuesta legalmente y las diferencias con el *jarāy* ya han sido comentadas por nosotros. En este sentido algunos historiadores del derecho han investigado la relación entre fundaciones públicas y las cosas comunes de todos, *res communes omnium*, en el derecho romano; en cierto sentido existe cierto paralelismo entre ambos ordenamientos¹⁸⁴².
- Otro tipo de negocio jurídico está íntimamente unido al *waqf*, se trata de la *‘umrā*. Para los medineses podría ser considerada como un precedente; es más, su régimen jurídico es similar y muchas veces, como hemos tenido ocasión de constatar, se confunden. Para el resto de escuelas, se trata de un contrato nulo de pleno derecho, pues, en oposición a la misma, hacen especial hincapié en el carácter incondicional e irreversible del *waqf*. En cualquier caso, esta polémica nos indica que los *aḥbās* son una especie derivada del contrato de donación, *inter vivos*, aunque se admita su constitución por testamento, *mortis causa*.
- Casi con un carácter unánime, la orden del profeta a ‘Umar b. al-Jaṭṭāb (retén su raíz y libera sus frutos) se estima como el precepto que sirve de cimiento a toda la estructura jurídica de la institución. No obstante, el orientalista Peter C. Hennigan duda de la autenticidad del hadiz¹⁸⁴³. Asimismo, la tradición atribuye al propio Muḥammad la creación de diversas fundaciones. Ya analizamos como el Profeta no dejó nada en herencia, sino únicamente a título de *ṣadaqa*. La colisión entre la institución y el régimen sucesorio estuvo presente desde el comienzo.
- Otro aspecto importante, en especial para aquellas fundaciones no inicialmente creadas para un fin piadoso, radica en el apego de las tribus árabes por el linaje, siendo los *awqāf* una herramienta para mantener unos bienes dentro de una estirpe.

- La presencia de cristianos en el interior de Arabia (documentada por las fuentes islámicas) protegidos en cierta manera por el emperador de Constantinopla, las relaciones comerciales con Bizancio antes y después de la aparición del Islam convierten en plausibles la influencia de las regulaciones sobre el fideicomiso y las *piae causae* en la institución musulmana. La forma en que tiene de describir Ibn Battūta las fundaciones en favor de los monasterios en Constantinopla, que son traducidas sin el menor reparo como *hubs*, suponen un espaldarazo a dicha teoría.

Estas reflexiones habrán de ser ponderadas al final del capítulo, con el fin de dar respuesta a los interrogantes que suscitan, sobre todo, por su posible influencia en su calificación como persona jurídica o no. En este sentido, si el carácter preislámico de los habices se considera preponderante, es más difícil aplicar los estudios que destacan la importancia de los establecimientos piadosos bizantinos en la materia, pues el ordenamiento jurídico otorga la condición de sujeto de derecho de forma análoga a la persona física¹⁸⁴⁴. El reconocimiento social entre los musulmanes de esta figura, al igual que ocurría en el derecho romano cristiano, impulsaría también que el derecho lo privilegie con una regulación en la que se admita como centro de imputación de derechos y obligaciones. La admisión de la influencia cristiana el *waqf* nos facilitaría la utilización del mismo esquema que ha guiado la evolución de la personalidad jurídica en el mundo occidental. La elección de una u otra teoría -la preeminencia árabe anterior al Islam o el préstamo jurídico romano-bizantino- es posible que nos hiciera decantarnos por asimilar los bienes habices a algún tipo de propiedad especial o, por el contrario, o inclinarnos por calificarlos de sujetos de derecho autónomos.

7.2 Constitución

Como punto de partida, y así hemos traducido algunas veces el término *waqf*, hemos tomado como referencia la fundación a la hora de crear una imagen lo más aproximada de la misma en la mente del lector. En la concepción de los defensores de la persona jurídica como realidad preexistente a su regulación jurídica, la fundación sería una unidad colectiva social en la que la voluntad de quien instituye se incorpora a ella y cuya alma estaría formada por esa voluntad que se perpetuaría en la institución. Esta regiría la persona, pues ha querido crear el ente, marcando su fin y el régimen de vida; siendo esta voluntad una norma imperativa para los administradores, no llegaría a sustituir la voluntad de estos¹⁸⁴⁵. Dentro de esta misma corriente, Otto von Gierke nombra a los sujetos de derecho distintos al ser humano como seres vivos sociales, que son creados no por contrato, sino mediante actos de voluntad libres¹⁸⁴⁶. En el capítulo tercero, apartado quinto, abordamos la problemática de la naturaleza contractual o no del *hubs*; según nuestro criterio, la unilateralidad de la declaración de voluntad descartaba el contrato como revestimiento jurídico de la institución; nos remitimos a los argumentos expuestos en aquellas páginas de ese apartado quinto del tercer capítulo de esta tesis. Asimismo, hemos de recordar que el término árabe *'aqd* se encuentra más cerca del francés *acte juridique* que del castellano contrato¹⁸⁴⁷.

En el epígrafe anterior, lo que ampliaremos más adelante, constatamos que este negocio jurídico se deriva de la donación, un dar que desde el derecho romano, también para el *fiqh*, está inserto dentro de la especie contrato. Según algunas teorías, una de las formas jurídicas que materializaba la intención de crear estos entes era la donación modal o *sub modo*¹⁸⁴⁸, aunque no todas tuvieran como resultado la creación de sujetos jurídicos, como las fundaciones de misas por el alma o pequeñas capillas dentro de una iglesia, que se incorporaba al patrimonio de la misma¹⁸⁴⁹. Esto no es de extrañar, y algunos autores han estudiado esta evolución desde la donación como paradigma de la unilateralidad hasta el contrato¹⁸⁵⁰. En otro orden de cosas, el *waqf*, como las fundaciones nacidas al amparo del derecho romano y eclesiástico (derecho común) también se constituye a través de disposiciones *mortis causa*. En este supuesto, deviene igualmente relevante que provenga de la única voluntad del instituidor. El testamento tal vez sea el paradigma de la

unilateralidad jurídica. De esta manera, el principio fundamental del derecho común europeo era el de respetar la voluntad del testador como acto de creación de la fundación¹⁸⁵¹.

Estas cuestiones serán aclaradas en este apartado o en los siguiente, mas antes, como es nuestra norma, demos voz a los *fuqahā*':

^aباب. الوقوف على الرجل والشرط فيه.

[مطلب قال أرضي صدقة موقوفة على فلان بن فلان ما كان حياً]

قلت: رأيت رجلاً قال أرضي هذه صدقة موقوفة على فلان بن فلان ما كان حياً ولم يزد على هذا وكان هذا في صحة الواقف؟ قال: لا يجوز هذا وله إبطاله فإن مات قبل أن يحدث شيئاً فهذه الأرض ميراث بين ورثته على قدر مواريتهم عنهم. قلت: ولم كان هذا هكذا لم يجز الوقف على هذا؟ قال: من قبل أنه جعلها وقفاً على رجل خاص لأنه إذا مات هذا الرجل الذي وقف الأرض عليه صارت ميراثاً لورثة الواقف، وإذا كان الأمر على هذا لم يجز الوقف هو الذي يكون دائماً أبداً لا يملكه أحج ولا يرجع إلى مالك صاحبه ولا إلى ورثته...¹⁸⁵²

Al-Jaṣṣāf, erigiéndose en la opinión dominante entre los seguidores de Abū Ḥanīfa, prescribe que el *waqf* no se constituye válidamente a menos que salga definitivamente de la propiedad del dueño de los bienes. Esto sólo se conseguirá, como veremos, con una cláusula final en favor de una finalidad piadosa que no se extinga, como sucede con las estirpes: los pobres o similar. Es decir, y a ello dedicamos un epígrafe específico, el negocio jurídico requiere la eternidad. Es especialmente contundente en la prohibición, ajena a la escuela de Mālik b. Anas, de retorno a la propiedad del fundador o sus herederos.

^bباب. الرجل يقف الأرض على إنسان بعينه سنين ثم يقول قد وقفت هذه الأرض بعد مضي السنين على كذا.

[...] قلت: فما تقول في رجل قال قد جعلت ضيعتي التي حدتها الأول والثاني والثالث والرابع صدقة موقوفة لله عز وجل بعد سنة من هذا الوقت على المساكين هل تكون هذه الضيعة بعد مضي السنة وقفاً؟ قال: لا أحفظ عن أصحابنا في هذا شيئاً ولكنه عندي لا يجوز ولا تكون الضيعة وقفاً لأن الوقف إنما يجوز إذا كان ميتوتاً منقطعاً قد خرجت الضيعة من ملك واقفها¹⁸⁵³.

Este seguidor de Abū Ḥanīfa especifica aún más cómo se constituye el *waqf* en otro capítulo de su tratado sobre la institución: además de que el fundador deje de ser propietario del bien, la institución ha de ser definitiva. Al-Jaṣṣāf, aunque admite que no tiene noticias de cuál es la postura de otros compañeros de escuela, prescribe que la constitución ha de ser irreversible y absoluta, no sujeta por tanto a término ni a condición resolutive ni suspensiva.

^cباب الرجل يقف أرضه على ولده وليس له ولد.

قلت: رأيت رجلاً قال أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي ونسلي فإذا إنقرضوا فهي للفقراء والمساكين وليس له ولد ولا نسل. قال- الوقف للفقراء والمساكين وهو صحيح جائز- قلت- وكيف تصنع بالغة- قال- أعطيتها للفقراء مالم يكن له ولد فإذا كان له ولد

a Capítulo. Los *ūqūf* en favor de un hombre y las condiciones en ellos.

[Sección. Ha dicho mi tierra está retenida como *ṣadaqa* en favor de fulano hijo de fulano mientras esté vivo]

Dije: ¿opinas que si un hombre dijera que esta tierra mía está retenida como *ṣadaqa* en favor de fulano hijo de fulano mientras esté vivo sin añadir nada más a esto estando sano? Dijo: no es válido esto y puede anularlo. Si muriera antes de pasar nada, esta tierra sería herencia entre sus herederos según sus cuotas. Dije: ¿por qué esta forma no es válida y el *waqf* no es válido? Dijo: porque la convirtió en *waqf* en favor de un hombre concreto, porque si este hombre, convertido en beneficiario, muriera, se convertiría en herencia de los herederos del fundador; si el asunto es de esta manera, no sería válido pues el *waqf* es aquel que no pertenece a nadie para siempre ni retorna a la propiedad de su dueño ni a la de sus herederos.

b Capítulo. El hombre que constituye una tierra como *waqf* en favor de una persona determinada durante años y luego dice que la constituyó después de los años en favor de esto.

[...] Dije: ¿qué opinas de un hombre que hubiera dicho que convertiría su alquería, cuyos cuatro límites son estos, como una *ṣadaqa retenida*, según Dios el Altísimo, tras un año desde ese momento en favor de los pobres? ¿Se convertiría esa alquería en *waqf* una vez transcurrido el año? Dijo: no he memorizado nada sobre ello de nuestros compañeros, pero yo opino que no es válido y la alquería no sería un *waqf*, porque el *waqf* solo es válido si es irrevocable, habiendo salido de la alquería de la propiedad del fundador.

c Capítulo sobre un hombre que constituye como *waqf* sus tierras en favor de su hijo, sin tenerlo.

Dije: ¿cuál es tu opinión sobre un hombre que dijera que esta su tierra es una *ṣadaqa retenida* en favor de mi hijo y mi descendencia, si se extinguieran, sería para los pobres y menesterosos, sin tener hijo ni descendencia? Dijo: el *waqf* sería para los pobres y los menesterosos, siendo correcto y válido. Dije: ¿cómo haces con los frutos? Dijo: se los doy a los pobres mientras que no tenga un hijo. Si lo tuviera, sería para él. El sentido de esto para mí es que estaría en la misma posición que un hombre que dijera esta mi tierra es una *ṣadaqa retenida* en favor de los pobres y menesterosos, pero si me surgiera un hijo, sería para él...

كانت الغلة لهم وإنما معنى هذا عندي بمنزلة رجل قال أرضي صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين فإن حدث لي ولد كان لهم...¹⁸⁵⁴

El carácter absoluto, como expone este otro discípulo de Abū Ḥanīfa, Hilāl b. Yaḥyā, no es incompatible con las existencias de cláusulas que modifiquen el *waqf* en el futuro. Así, sería válida la estipulación condicional de que, en caso de sobrevenir algún hijo, los frutos del *waqf* sean para estos en lugar de los pobres, considerados como los beneficiarios originales. Se cumple la norma que de el *waqf* no revierte en el fundador o se pueda rescindir. Se constituye válidamente para siempre, aunque la condición de beneficiario sí quede sujeta a condiciones resolutorias o suspensivas; la prohibición se aplica únicamente a la imposibilidad de condicionar la propia constitución de la fundación.

^aباب الرجل يقف الأرض على نفسه.

وإذا قال الرجل أرضي هذه صدقة موقوفة على نفسي فالوقف باطل لا يجوز. قلت. ولم أبطلت ذلك. قال. لأنه لا يكون متصدقاً على نفسه ولا واهياً لها لا يكون واقفاً عليها ألا ترى أن رجلاً لو قال قد تصدقت بمالي على نفسي لم يكن ذلك صدقة وذلك باطل وكذلك إذا قال أرضي موقوفة على نفسي فلا يكون وقفاً. قلت. وكذلك إذا قال أرضي صدقة موقوفة إلا غلتها إلى ما عشت. قال نعم هذا الباب الأول سواء ولا تجوز ذلك...¹⁸⁵⁵

Hilāl b. Yaḥyā, al igual que su escuela, considera nula la fundación en favor de uno mismo, porque nadie puede darse una limosna ni donar a su propia persona. La vinculación entre los bienes habices y los actos de caridad, en esta escuela, se ve como algo incuestionable.

^bقلت. رأيت لو قال أرضي صدقة موقوفة على ثلاث فإذا هلك فلان فالغلة لفلان ولنفسه. قال يجوز الوقف في النصف من الأرض ولا يجوز في الآخر...¹⁸⁵⁶

Este ulema, a pesar de la prohibición de nombrarse a uno mismo como beneficiario, si existieran otros, en una muestra de cierto *favor waqf*, afirma que la anulación no afectaría a la parte destinada a los demás, no siendo válido la parte destinada al fundador.

^cوسئل أيضاً عن القبول والحوز في الهبة.

فأجاب: إن القبول فيها يجري مجرى الركن، والحوز يجري مجرى الشرط كما في المعيار عن ابن عبد السلام، لكن القبول لا يشترط فيه اللفظ. ففي المواق عن ابن شاس ما نصه: الركن الأول، السبب الناقل للملك وهو صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التملك بغير عوض أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل. والحوز لا يشترط فيه التحيز [...] لأن التحيز يشترط فيه الحوز فيها وإلا بطل، كما هو مشهور حتى في كتب المتداولة بين صغار الطلبة، وقال في "التحفة":

والحوز شرط صحة التحيز قبل حدوث موت أو تفتيس.¹⁸⁵⁷

En la sección en la que deliberábamos sobre las relaciones entre la *Šarī'a* y el derecho romano, señalábamos la similitud entre la teoría del título y el modo en la transmisión de la propiedad propia de la tradición latina y la forma en la que, dentro de los seguidores de Mālik b. Anas, la propiedad pasa desde el donante o quien realice una liberalidad al donatario o beneficiario.

Para explicar el funcionamiento de esta regulación, el muftí de Fez acude a la obra de un

a Capítulo sobre un hombre que constituye un *waqf* en favor de sí mismo.

Y si un hombre dijera que esta mi tierra es una *ṣadaqa retenida* en favor de mí mismo, el *waqf* sería nulo y no valdría. Dije: ¿por qué lo anulas? Dijo: porque no sería un dador de limosna para sí mismo, ni donante de sí mismo, así que no sería fundador de un *waqf* para sí mismo. ¿Acaso no ves que si un hombre si dijera que ha realizado una limosna para sí mismo, no sería una limosna y sería nula. Asimismo, si dijera que esta mi tierra está retenida para sí mismo, no sería un *waqf*. Dije: ¿también si dijera que su tierra es una *ṣadaqa retenida* pero los frutos serían para mí mientras viva? Dijo: sí, esto es como lo anterior y no sería válido.

b Dije: ¿Cuál es tu opinión sobre si dijera que mi tierra es una *ṣadaqa retenida* en favor de fulano y si muriera fulano, los frutos sería para fulano y para sí mismo? Dijo: sería válido el *waqf* en la mitad de la tierra y no en la otra mitad...

c Y se le interpelló sobre la aceptación y la posesión en la donación.

Respondió: en la aceptación se aplica lo que rige a los requisitos y en la posesión, lo que rigen la condición, como en el "*al-Mi'yār*" de Ibn 'Abd-l-Salām, pero en la aceptación no se exige una expresión; así en *al-Mawāq* de Ibn Šās que establece: el requisito es primero, la causa de la transmisión de la propiedad y es la fórmula de la oferta y la aceptación que signifiquen la transmisión de la propiedad si contraprestación, o aquel dicho o acto que ocupe la misma posición. La posesión no implica la puesta a disposición [...]

[...] Porque la constitución de un *waqf* tiene como condición la posesión, pues, si no se da, se anula; así es conocido en los libros que estudian los alumnos más pequeños; dijo en "*al-Tuḥfa*":

La posesión es condición de validez del *hubs* antes de que sobrevenga la muerte o la quiebra.

jurista de la escuela, Ibn Šās, ulema egipcio que murió en la ciudad de Damietta, luchando contra los cruzados¹⁸⁵⁸. En su opinión, el título, la conjunción de la oferta y la aceptación que no necesariamente han de verbalizarse, constituiría la causa del traspaso dominical, mientras que la posesión o entrega sería la condición para la misma. Esta *traditio* no implica que se haya de producir una efectiva puesta a disposición físicamente. En esta corriente jurídica, esta doble fase del negocio jurídico, la declaración de voluntad, que lo genera, y la segunda en la que se produce el cambio de titularidad mediante la entrega, es tan evidente que los alumnos más jóvenes ya la conocen. Asimismo, resulta muy revelador comprobar que esta segunda se ha de completar antes de la muerte del constituyente o su quiebra, porque nos confirma en la asimilación de ambos regímenes.

^aالباب الثاني. في الوقف وهو الحبس.

[...] الفصل الثاني، في أركانه: وهي أربع: المحبس، والمحبس، والمحبس عليه، والصيغة. فأما المحبس فكالواهب، وأما المحبس فيحوز تحبب العقار كالأرضين والديار والحوانيت والجنات والمساجد والآبار والقناطر والمقابر والطرق وغير ذلك، ولا يجوز تحبب الطعام؛ لأن منفعتيه في إستهلاكه وفي تحبب العروض والرفيق والدواب روايتان على أن تحبب الخيل للجهاد أمر معروف، وأما المحبس عليه فيصح أن يكون إنساناً أو غيره كالمساجد والمدارس، ويصح على موجود والمعدوم والمعين والمجهول المسلم والذمي والقريب والبعيد¹⁸⁵⁹.

El alfaquí andalusí, Ibn Ŷawzī, describe los requisitos esenciales de este negocio jurídico. Él establece cuatro: el fundador, al que se le exige la capacidad del donante, el objeto (fundamentalmente inmuebles, estando prohibidos los alimentos, aunque los demás bienes muebles están admitidos para algunos; todos consideran válido el *waqf* de un caballo para la guerra), el beneficiario, que puede ser una persona física, ser humano, o no, como las mezquitas o escuelas (se da un germen de personificación jurídica); por último la fórmula de constitución, que analizaremos en su propio epígrafe.

^bالمادة 1237: -2- يتم الوقف أو التغيير في مصارفه وشروطه بإشهاد رسمي لدى المحكمة المختصة وفقاً للأحكام

النشر عية 1860.

En la actualidad, la legislación jordana, según el artículo 1237 de su Código civil, impone un requisito adicional ausente, como no podía ser de otra manera, en la *Šarī'a*: el testimonio oficial ante el tribunal competente; se trata de una condición formal de validez del negocio jurídico destinada a dotarlo de publicidad.

^cالباب الأول: إنشاء الوقف وأثاره. الفصل الأول: أركان الوقف وشروطه. الفرع الأول: أركان الوقف.

المادة 3- أركان الوقف أربعة وهي: الواقف والموقوف عليه، المال الوقوف والصيغة.

المادة 17

ينعقد الوقف بالإيجاب.

يكون الإيجاب إما صريحاً، أو ضمناً شريطة أن يفيد معنى الوقف بما إقترن به من شروط.

يتم الإيجاب إما بالقول أو بكتابة أو بالإشارة المفهومة أو بالفعل الدال على الوقف.

a Sección segunda. Sobre el *waqf* que es el *hubs*.

Capítulo segundo sobre sus requisitos; son cuatro: el fundador, el objeto, el beneficiario y la fórmula. En cuanto al fundador, es como el donante. En cuanto al objeto, son válidos los inmuebles como tierras, casas, tiendas huertos, mezquitas, pozos, puentes, caminos y demás. No es válido la constitución de un *waqf* sobre alimentos, pues su utilidad está en su consumo; sobre los muebles, esclavos y bestias existen dos opiniones; la constitución sobre un caballo para la guerra santa es conocida. En cuanto al beneficiario, es válido que sea un ser humano o otro como las mezquitas y escuelas; también es válido tanto para existentes o no, determinados como indeterminados, musulmán o *ḍimmī*, pariente o no.

b Artículo 1237- Se perfecciona el *waqf*, el cambio de sus beneficiarios y de sus estipulaciones con el testimonio oficial ante el tribunal competente de acuerdo con los preceptos legales.

c Sección primera. Constitución del *waqf* y sus efectos. Capítulo primero: requisitos del *waqf* y sus condiciones. Subcapítulo: requisitos del *waqf*.

Artículo 3: Los requisitos del *waqf* son cuatro: el fundador, el beneficiario, el bien declarado como tal y la fórmula.

Artículo 17: El *waqf* se perfecciona con la oferta. La misma puede ser expresa, o implícita si va acompañada de indicios que indiquen el sentido del *waqf*.

Se perfecciona la oferta de palabra, por escrito, por señal comprensible o hecho del que se deduzca el *waqf*.

Artículo 18: La aceptación no es un requisito para tener derecho al *waqf*, salvo que el beneficiario sea una persona determinada.

لا يكون القبول شرطاً لإستحقاق الوقف إلا إذا كان الموقوف عليه شخصاً معيناً¹⁸⁶¹.

Por su parte, el código del *waqf* de Marruecos, establece que los requisitos para perfeccionar la fundación, siguiendo a Ibn Ŷawzī, son cuatro: el fundador, el beneficiario, el bien constituido en *waqf* y la fórmula. No añade ninguno que no esté especificado por los *fuqahā'* seguidores de Mālik b. Anas. La publicidad exigida en el Reino Hachemita de Jordania en su ordenamiento actual, para esta corriente, se consigue con la necesidad del traspaso posesorio, una condición que no queda establecida como requisito de validez, presente desde los albores de la regulación del negocio jurídico. Aunque sea una materia con su epígrafe específico, en cuanto a la fórmula, cualquier medio escrito, hablado o un hecho que indique la intención de establecer un *waqf* es suficiente.

^a[من في أرضه طريق للمسلمين له تحويلها]

وسئل المنتوري عن رجل كان على جنة له طريق في وسط جنته، وبدل الآن الطريق من وسط جنته وصيرها في حاشية الجنة، ولحق الضرر بالتكثف وغيره لجنة جاره. فهل يمنع من ذلك أم لا -والطريق محجة لجميع الناس؟ فأجاب: وقفت على السؤال فوجه. والطريق التي هي محجة للمسلمين لا تبدل من حالها. لأنها حبس على المسلمين. والحبس لا يغير، فيحكم على من تملكه أن يرده طريقاً كما كان¹⁸⁶².

Esta breve fetua, atribuida por al-Wanšārīsī a un jurista denominado al-Mantūrī, rememora la polémica que analizamos sobre la distinción entre el *waqf* como régimen jurídico del dominio público y el *waqf* como fundación. Este caso nos presenta un propietario por cuyo huerto, en la mitad del mismo, discurre un camino público; este hombre lo desvía hasta uno de los márgenes de su propiedad. El muftí falla que ha de devolver la carretera a su estado original, porque es un *hubs* en favor de los musulmanes y estas fundaciones no pueden ser alteradas. Si, como es nuestra opinión, se entiende que la propiedad de todos los musulmanes es inalienable, inembargable e inalterable, es decir, se le aplica el régimen jurídico propio de los bienes constituidos como *awqāf*, se ha de concluir que el jurista acude a esta regulación como forma de explicar la regulación propia de la propiedad de toda la comunidad. En caso de que el ulema considere que el uso general, a modo de afectación al servicio público, implique la conclusión de una fundación, el negocio jurídico se perfecciona sin la existencia de una declaración de voluntad en un momento impreciso, porque no se puede conocer el instante en que el camino se creó para el servicio de todos los musulmanes. Al igual que en otros capítulos de esta tesis, en el presente nos servimos de esta compilación de respuestas jurisprudenciales de al-Wanšārīsī. El punto de partida para un acercamiento a esta obra es posible hallarla en el libro de Vincent Lagardère¹⁸⁶³. Asimismo, esta recopilación ha servido como pilar para abordar el papel del muftí y la fetua por parte del arabista Francisco Vidal Castro¹⁸⁶⁴ y como fuente para tratar determinados aspectos jurídicos.¹⁸⁶⁵

a [El dueño de una tierra con un camino de los musulmanes no puede desviarlo]

Al-Mantūrī fue preguntado por un hombre en el que por el centro de su huerto pasaba un camino, lo desvió desde el centro hasta un margen del huerto, irrogando perjuicios por el agrietamiento y demás a su vecino. ¿Se le ha de impedir eso o no, toda vez que el camino está destinado a toda la gente?

Contestó: me he detenido en la pregunta precedente. El camino destinado a los musulmanes no puede ser alterado en su estado, porque es un *hubs* en favor de los musulmanes; el *hubs* no se cambia. Por ello, el fallo es que aquel que se lo haya apropiado debe devolverlo a su estado.

^aابن الحاج في مدخله: وإتفق العلماء -رحمهم الله- إن الموضع الذي دفن في المسلم وقف عليه ما دام منه شيء ما موجوداً فيه حتى يفنى، فإذا فنى حينئذ يدفن غيره فيه، فإن بقي شيء ما من عظام فالحرمة قائمة كجميعه، ولا يجوز أن يحفر عليه، ولا يدفن معه غيره [...]

[من حبس أرضاً للدفن وحيزت، ثم بنى فيها حماماً]

سئل أيضاً رحمه الله عن رجل حبس أرضاً له لدفن موتى المسلمين، ثم بنى بعد هذه قطعة منها حماماً. هل يجوز له ذلك أم لا؟ ونص السؤال والجواب، سيد رضي الله عنك في رجل حبس أرضاً له على موتى المسلمين، فحيزت الأرض واحترمت بحرمة الأحباس، وإقامته مدة ثلاثين عاماً يدفن فيها الموتى، ثم إن المحبس المذكور تعدى على ناحية الأرض الحبسة كانت منحدره لا يمكن فيها الدفن إلا بعد تسهيلها فبنى فيها حماماً لنفسه، فقال له بعض الناس عند بنائه كيف تبني في أرض محبسة؟ فقال: وأنا أشهدكم أنني إذا أكملت الحمام فقد أعطيت ثمنه للجامع فأكمل الحمام واستغله مدة من عشرة أعوام أن نحوها، ولم يعط للجامع منه شيئاً، فما يكون الحكم أدام الله توفيق -في الحمام- هل يهدم أو يترك على حاله؟ وإن ترك على حاله، فلمن يكون؟ وما وجه الحكم فيما يستغل في الأعوام السابقة؟ [...]

فأجاب: إذا كان الأمر على ما وصفت وثبت ذلك كله ببينة عدلة لا مدفع فيها لباني الحمام وجب أن يهدم ويعاد موضعه مقبرة على ما سئل عليه، ويكون ثمن غلته في العشرة أعوام للجامع فيما يحتاج وبالله التوفيق¹⁸⁶⁶.

Estos dos fragmentos de fetuas de la misma colección nos muestran la conexión entre la institución del *waqf* y el dominio público. Diferencia entre el cementerio creado no como un *hubs*, el cual está instituido de *hurma* (inviolabilidad, prohibición de ser objeto de disposición de ningún tipo), y cementerio constituido para tal fin mediante un *hubs* cuya *hurma* (la indisponibilidad) se aplica por analogía al dominio público. Sería una muestra de la distinta naturaleza jurídica de la propiedad pública inalienable y la fundación piadosa, a cuyo régimen jurídico se acude para definir las características de los bienes de todos los musulmanes.

^b[ينعقد الحبس النية كالتصريح به]

وسئل سيدي أبو الحسن الصغير عن رجل بني بيتاً، وسماه ببيت الأضياف، هل يكون بهذا حبساً أم لا؟ فأجاب بأن قال: لا؛ حتى ينوي الحبس أو يصرح به، إنتهى.

قلت: ظاهر هذا أنه يكون حبساً بالنية أو بالتصريح، وهو فقه صحيح، وجواب مليح؛ لا يقال لا يكون حبساً إلا إذا أباحه للناس أو إقترن به مقال، أو قرينة حال، كما صرح به اللخمي، وابن بشير "لأننا نقول: إنما ذلك بإعتبار الظاهر. وأما بإعتبار الباطن فله حكم الحبس وسبيله، وعليه يحمل قول الحسن الصغير فنتأمله¹⁸⁶⁷.

a Ibn al-Ḥāȳ en su introducción: los ulemas están de acuerdo -Dios tenga misericordia de ellos- en que el lugar en el que se enterra un musulmán está detenido (es como un *waqf*) mientras permanezca algún resto hasta que desaparezca. Si desapareciera, entonces se enterraría otro; si permaneciera algún hueso, la prohibición (*hurma*) se mantendría como todo, no se podría excavar sobre el resto ni enterrar otro con él [...]

[Quien constituye en *hubs* una tierra de él y se produce el cambio posesorio; después se construye sobre ella unos baños]

Se le preguntó también, Dios tenga piedad de él, por un hombre que constituyó en *hubs* una tierra de él para enterrar a los musulmanes, después construyó en un parte de la misma uno baños. ¿Es válido eso o no? Y el texto de la pregunta y la respuesta continúa, señor, Dios esté satisfecho de usted, sobre un hombre que constituyó en *hubs* una tierra de él para los muertos musulmanes, se produjo el cambio posesorio y adquirió la solemnidad de la prohibición (*hurma*) de los *aḥbās*; durante treinta años se enterraron allí los muertos. Tras ellos, el fundador mencionado usurpa una parte de la tierra constituida en *hubs*, que estaba en pendiente y no se podían realizar enterramientos más que con su nivelación, y construyó unos baños para él. Algunos le dijeron que cómo podría construir en tierras de *hubs*. Dijo: yo doy fe ante vosotros que si completo los baños, le daré el precio a la mezquita aljama. Se completó y durante diez años más o menos se explotó, sin darle a la mezquita nada. ¿Cuál es el veredicto -Dios mantenga su éxito-, hay que destruirlos o mantenerlos en su estado? Si se mantuvieran en su estado, ¿para quién serían? ¿Cuál sería el veredicto sobre el resultado de su explotación durante diez años?

[...] Contestó: si el asunto es como lo has descrito y se constata con evidencias justas, no se le abona nada al constructor y debe destruir los baños y devolver el cementerio a su estado, como se dispuso. El precio de la explotación durante los diez años sería para la mezquita si lo necesitara y en Dios está el éxito.

b [El *hubs* se constituye con la intención como con la declaración]

Sidī Abū al-Ḥasan al-Ṣaḡīr fue preguntado sobre un hombre que construyó una casa y la denominó la casa de los invitados, ¿con esto sería un *hubs* o no?

Contestó y dijo: no, hasta que no pretenda el *hubs* por la intención o la declaración. Fin. Dije, lo evidente de esto es que sería un *hubs* por la intención o la declaración, lo cual es una doctrina correcta, y una respuesta adecuada. No se dice que no sería un *hubs* salvo que permitiera a la gente o se acompañara de alguna expresión, o circunstancia concomitante, como dice al-Lajmī e Ibn al-Baṣīr. Porque decimos que es en consideración a lo externo. Se considera lo interno y se aplica el régimen del *hubs*, y sobre eso es la opinión de Abū al-Ḥasan al-Ṣaḡīr que analizamos.

Esta contestación del ulema Sīdī Abū al-Ḥasan al-Ṣugayr, juez en Fez durante el siglo XIV¹⁸⁶⁸, pone ante nuestra consideración una opinión, que el coleccionista considera como *doctrina correcta*, por la cual la constitución de un *waqf* se perfecciona no únicamente por una declaración de voluntad, sino por cualquier hecho que indique la voluntad, aun no expresada, de llevar a cabo el negocio jurídico.

^aالجواب: الحمد لله رب العالمين. أصل هذه المسألة -وهو على أهل الأعمال التي يتقرب بها إلى الله تعالى، والوصية لأهلها والنذر لها- أن تلك الأعمال لا بد أن تكون من الطاعات التي يحبها الله ورسوله، فإذا كانت منهيّاً عنها لم يجز الوقف عليها. ولا إشتراطها في الوقف بإتفاق المسلمين، وكذلك في النذر ونحوه [...] [...] وحكم الشروط فيه يعرف بذكر أصليين: أن الواقف إنما وقف الوقف بعد موته لينتفع بثوابه، وأجره عند الله لا ينتفع به في الدنيا، فإنه بعد الموت لا ينتفع الميت إلا بالأجر والثواب.

[...] الجواب: الحمد لله. الأصل في هذا أن كل ما شرط من العمل من الوقوف التي توقف على الأعمال فلا بد أن تكون قريبة؛ إما واجباً؛ إما مستحباً وإما إشتراط عمل محرم فلا يصح بإتفاق علماء المسلمين؛ بل وكذلك المكروه؛ وكذلك المباح على الصحيح. [...] وأما تجعل نصوص الواقف أو نصوص غيره من العاقدين كنصوص الشارع في وجوب العمل بها؛ فهذا كفر بإتفاق المسلمين؛ إذا لا أحد يطاع في كل ما يأمر به من البشر -بعد رسول الله ص- والشروط إن وافقت كتاب الله كانت صحيحة. وإن خالفت كتاب الله كانت باطلة. كما ثبت في الصحيحين عن النبي، ص، أنه خطب على منبره وقال: "ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟! من إشتراط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل. وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق؛ وشرط الله أوثق". وهذا الكلام ثابت في البيع والإجارة. ووقف وغير ذلك بإتفاق الأئمة [...]

إذا كانت شروط الواقف تنقسم إلى صحيح، وباطل؛ بالإتفاق؛ فإن شرط فعلاً محرماً ظهر أنه باطل لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وإن شرط مباحاً لا قرينة فيه كان أيضاً باطلاً؛ لأنه شرط شرطاً لا منفعة فيه، لا له ولا للموقوف عليه؛ فإنه في نفسه لا ينتفع إلا بالإعانة على البر والتقوى¹⁸⁶⁹.

Uno de los juristas *hanbalīes* más destacados, Ibn Taymiyya, impone, en estas respuestas, alguna de las cuales ya fue utilizada en algún capítulo anterior, un concepto muy moralista en los requisitos constitutivos de la institución del *waqf*: una finalidad piadosa, cualquier estipulación que no sea conforme a un deber religioso sería nula, incluso aunque no estuviera prohibida, sino meramente tolerada o incluso aconsejada. Este régimen es difícilmente compatible con las fundaciones familiares sin una intención de acercamiento a Dios, aunque fuera como cláusula residual. Esta naturaleza de la finalidad como elemento constitutivo del negocio lo acerca a la teoría de la causa en el derecho occidental, como tuvimos ocasión de mencionar; está opinión es defendida por el jurista al-Sanhūrī¹⁸⁷⁰, cuya teoría ha sido analizada por otro especialista en *fiqh*, Oussama Arabi¹⁸⁷¹. Ibn Taymiyya nació en una región al sur de Damasco, Ḥawrān, trasladándose a la capital

a La respuesta: gracias a Dios, señor de los dos mundos. La raíz de esta cuestión -que es para la gente que realiza acciones para acercarse a Dios el altísimo, el legado para su gente y el voto para su gente- es que es preciso que las acciones sean en la obediencia que gusta a Dios y su Enviado. Si fuera contraria a la misma, no sería válido el *waqf*, ni las condiciones estipuladas, por consenso de los musulmanes; también ocurre en el voto y demás [...]

[...] El régimen de las estipulaciones se ve al mencionar sus raíces: el fundador solo si constituye un *waqf* después de su muerte es para disfrutar de su recompensa, y la paga ante Dios no la puede disfrutar en este mundo, por eso, tras la muerte no disfruta más que con la paga y la recompensa.

[...] Y la respuesta gracias a Dios: la raíz en esto está en que la estipulación de cualquier *waqf* que se constituya ha de ser piadosa, bien como deber, bien como preferible; pues la estipulación de algo prohibido no es válida por unanimidad de los musulmanes; asimismo ocurre con lo odioso y lo permitido, según la opinión correcta.

Pero en cuanto a convertir los textos del fundador o cualquier otro contratante como textos del Legislador en su obligatoriedad a la hora aplicarlos, eso es una herejía según el consenso de los musulmanes; nadie es obedecido en aquello que ordena entre los humanos -después del Enviado de Dios, sus bendiciones sean sobre él-; y las estipulaciones, si son conformes con el Libro de Dios, son válidas. Si contradicen el Libro de Dios, son nulas. Como ha quedado probado por los dos hadices verdaderos del profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él, que estaba dando el sermón desde el púlpito y dijo: "¿en qué piensa la gente que impone estipulaciones que no están recogidas en el Libro de Dios? Quien imponga una estipulación que no está en el Libro de Dios, sería nula, y aun si fueran cien estipulaciones, pues las estipulaciones del Libro de Dios son más legítimas; y la estipulación de Dios es más fiable".

Esta es la opinión probada en la venta, el arrendamiento, el *waqf* y el resto, por el consenso de los imanes [...]

Si las estipulaciones del fundador se dividen en válidas y nulas, por consenso, en caso de estipular una acción prohibida, es evidente que sería nula, pues no se obedece a una criatura contra la voluntad del Creador; si estipulara algo permitido pero sin finalidad piadosa, también sería nula, porque estipuló algo que no tiene utilidad, ni para él, ni para el beneficiario, pues se puede sacar provecho más que colaborando en el bien y la piedad.

siria, tras viajar por Egipto, volvió a ella donde murió preso en su fortaleza en el año 1328. Destacó como exégeta de *El Corán* y fundamentos del *fiqh*. Fue conocido con el apodo de *ṣayy* del Islam¹⁸⁷².

^a[مسلّم إبتاع جنة من يهودي وحبسها، فقام يهودي يدعي إستحقاقه بحبس]

وسئل ابن عتاب عن مسلم إشتري جناتاً من يهوديين ونزل فيها وحازها عشرة أعوام أو نحوها وإعتمرها، ثم حبسها بعد هذه المدة على بنيه، فإذا إنقضوا رجعت حبساً على طلبه العلم، وفي فك الأسرى عقب الرقاب، ولتأريخ الحبس ثلاثة عشر عاماً، وقام الآن اليهودي يزعم أن هذه الجنة حبسها عليه عمه، وهما يهوديان البائع لها من هذا المسلم قبل التابع المذكور، وإستظهر بوثيقة تحبب البائعين لها، قد كتبت بخط إسلامي، وذكر فيها أن البائعين اليهوديين حبسوا الجنة المبيعة على ابن أخيها القائم، وعلى عقبه ما تناسلوا، وذكر فيها أن أحد اليهوديين المحبسين حازها حبسه من الجنة على ابن أخيه إذا كان صغيراً، فهل تجوز حيازة أحد المحبسين البائعين للجنة لما حبسه؟ وهل لحاكم المسلمين أن ينظر بينهم في أحباسهم؟ وهل ترى أن ينقض حبس المسلم بحبس اليهودي؟ وهل يجوز شهادة المسلم على خطوط المسلمين في حبس اليهود أو لا؟

فأجاب ابن عتاب رحمه الله: قرأت رحمتنا الله وإياك خطابك، وفهمت سؤالك، وأحباس أهل الذمة تخالف أحباس المسلمين حماها الله وكفاهم، وتقارقتها لوجوه يطول ذكره، منها: أن المسلم لا رجوع له في حبسه، ولا سبيل له إلى فسخه ونقصه، وواجب على القضاة إذا إنتهى إليهم تحصينه بالإشهاد عنه، والتسجيل فيه، وعلى هذا جرى أمر القضاة رحمهم الله، والذمي إذا حبس ثم أراد الرجوع في فعله بنقصه وبيعه وبما شاء لم يعرض له ولا يمنع منه، ولا يحل للقاضي النظر في تحصينه وإنفاذه لأضعفه، وإلى نحو هذا ذهب أصبغ بن الفرج، ولروايته معنى ليس هذا موضع بيانه، وقد روى عيسى عن ابن القاسم أن لأهل الصلح بيع أرض الكنيسة إن أحبوا وذلك من أحباسهم، وإذا قد باع اليهوديان المحسبان الجنة التي حبسها فبيعها جائز نافذ، ولا قيام لهما ولا للمحبس عليه على لمبتاع ولا سبيل إلى الجنات. ولو قام قائم في حين نفوذ البيع ووقوعه لم يرد المبيع ولا فسخ، فكيف وقد حبس المبتاع ما إبتاع ومضت المدة التي وصفت، وتحبب المسلم لذلك جائز نافذ، ويلزم القاضي إنفاذه وإمضاؤه والحكم به، ولا يسعه غير ذلك، ولا يراعي في حبس اليهودي حيازة ولا غيرها بعد البيع، كانت الحيازة صحيحة أو ضعيفة، وكذلك الشهادة على الخط لا يلتفت إليه فيها، ولا يسمع إقرار اليهودي في أنه حاز نصيبه منها، إذا لا منفعة...¹⁸⁷³.

Esta fetua, agrupada por al-Wanšārīsī en su extensísima compilación, de Ibn 'Attāb, jurista cordobés nacido en el año 1041¹⁸⁷⁴, al igual que otras que dejaremos para el apartado de la capacidad para fundar, aborda la delicada cuestión de la diferencia de régimen entre las fundaciones de los musulmanes y la de cristianos y judíos bajo jurisdicción islámica. En lo que en este momento nos interesa, se pone el acento en la posibilidad de libre rescisión del *waqf* constituido por la gente de la *ḍimma*. Es decir, la declaración de voluntad es libremente revocable por parte de los no

a [Un musulmán compra un jardín a un judío y lo constituye en *ḥubs*; el judío interpone una demanda reclamando el jardín, alegando que era un *ḥubs*]

Ibn 'Attāb fue preguntado sobre un musulmán que compró dos jardines de dos judíos y habitó en ellos y tomó posesión de ellos durante unos diez años, edificándolos. Después los constituyó en *ḥubs* tras este período en favor de sus hijos, en caso de extinguirse, revertiría como *ḥubs* en favor de los *demandantes de ciencia*, en la liberación de prisioneros y la manumisión de esclavos; Tras trece años desde la fecha de la fundación, un judío afirma que este jardín lo constituyó en *ḥubs* en su favor por sus dos tíos paternos, los dos judíos que vendieron al musulmán, después de la venta mencionada. Queda constancia en un documento de la constitución por estos dos vendedores de un *ḥubs* sobre ellos, escrito por letras de autores musulmanes, en el que se mencionaba que los dos vendedores judíos constituyeron en *ḥubs* el jardín vendido en favor de su sobrino demandante, y de su descendencia mientras exista; se menciona en él que uno de los dos judíos fundadores lo hacía en favor de su sobrino si fuera menor. ¿Es válido el *ḥubs* del judío? ¿la venta de lo que se constituyó en *ḥubs* es válida o no? ¿Es válida la toma de posesión por parte de uno de los fundadores vendedores del jardín? ¿El juez de los musulmanes es competente para tratar entre ellos? ¿Opinas que se anule el *ḥubs* del musulmán por el del judío? ¿Es válido el testimonio del musulmán contra la escritura de los musulmanes en el *ḥubs* del judío o no? Ibn 'Attāb, Dios tenga misericordia de él, contestó: he leído, Dios tenga misericordia de nosotros y de ti, tu discurso, y he comprendido tu pregunta. Los *aḥbās* de la gente de la *ḍimma* difieren de los de los musulmanes, Dios los proteja y recompense, son diferentes en tantos aspectos que sería largo mencionarlos; entre ellos: el musulmán no puede rescindir su *ḥubs*, ni tiene ninguna opción de anularlo o volverse atrás. Es deber de los jueces si tienen vista sobre ellos, protegerlos con su testimonio, su registro; así lo hacen los jueces, Dios tenga piedad de ellos. El *ḍimmī*, si constituyera un *ḥubs* y quisiera rescindirlo en lo que realizó, anulándolo y vendiéndolo según su deseo, no se le impediría ni se le prohibiría; no sería válido al juez mirar por su protección ni por su ejecución, por su debilidad. Sobre esto, opina Asbag b. al-Faraḥ, de cuyo relato no es el momento de mostrar. De esta manera se narra de 'Isā, sobre Ibn al-Qāsim, que la gente del pacto vende las tierras de las iglesias si lo desean aunque fueran de sus *aḥbās*. Si los dos judíos venden los jardines constituidos en *waqf*, su venta es válida y eficaz. No pueden demandarlos ni siquiera el beneficiario, ni habría un medio para recuperar los jardines. Si alguien lo demandara, no se rescindiría ni se anularía; cuanto más el *ḥubs* del comprador después del período que has descrito. Por eso, el *ḥubs* del musulmán es válido y eficaz y vincula al juez su protección y su ejecución, sin mirar nada más, ni velar por el *ḥubs* de los judíos ni la posesión de los mismos, tanto si esta fuera válida o débil. Asimismo, el testimonio del manuscrito no se tendría en cuenta, ni se escucharía al judío que tomó posesión de su parte, pues sería inútil...

musulmanes; el negocio jurídico, cuando el fundador es musulmán, resulta inatacable y es imposible que el declarante se vuelva atrás. Creemos que debemos subrayar que se trata de fundaciones cristianas o musulmanas realizadas en territorio bajo el poder islámico, porque, como hemos visto, las *piae causae*, según el derecho romano cristianizado son indisponibles por el fundador. Existe una explicación evidente para esta solución que coincide con otras respuestas jurisprudenciales que analizaremos más adelante: en los casos que hemos encontrado, esta revocabilidad posibilita que un musulmán o la autoridad musulmana adquiera esos bienes objeto de la fundación.

De todos estos fragmentos, escogidos entre obras jurídicas, crónicas y de filosofía de la historia de autores musulmanes, podemos deducir algunas pautas generales:

- El bien ha de salir de la propiedad del fundador; para otras escuelas, a modo ejemplificativo los seguidores de Abū Ḥanīfa, la mera expresión de una fórmula válida de constitución por parte del fundador produce ese efecto. Los medineses, cuestión que hemos dejado ya fijada, al mantener el dominio directo del bien en la esfera jurídica del fundador, exigen una transmisión posesoria; pero no se trata de un requisito de validez, relacionados por Ibn Ḥawzī: la capacidad del constituyente, los requisitos del objeto, un beneficiario y una fórmula. En esta escuela, en los negocios a título gratuito, rige la teoría del título y el modo.
- Esta voluntad ha de ser irrevocable y absoluta, no sometida a condición ni a término. Los seguidores de Mālik b. Anas admiten la donación que vuelve a revertir en el donante, la *'umrā*. Este negocio, con muchos matices, se confunde con el *waqf* en esta corriente y provoca que esa fundación irrevocable y absoluta no sea muchas veces tal.
- Aunque sea un tema ya explicado, no está de más separar el *ḥubs* del dominio público de todos los musulmanes. Cualquier bien que sea inembargable o indisponible no implica la existencia del instituto. Muchos casos son fronterizos y mueven a la ambigüedad; también contribuye a esta confusión que los medineses admiten, además de fórmulas expresadas con más o menos requisitos, la presencia de actos inequívocos que tengan el mismo sentido que las palabras.
- Los *ḥanbalīes*, en especial Ibn Taymiyya, exigen la presencia evidente de una intención piadosa. Este condicionamiento dificulta la expansión de las fundaciones de tipo familiar.
- Finalmente, una breve vista a la actualidad. La legislación jordana, de tradición *ḥanafī*, demanda que la voluntad se exprese ante un sujeto cualificado: el juzgado competente; la publicidad es tenida en tal importancia, que la presencia de ese testigo especial supone un requisito *sine qua non*. Por su parte, Marruecos mantiene el legado *mālikī*. El precepto del código sobre los *awqāf* mantiene casi íntegro el texto de Ibn Ḥawzī.

El hecho de la mutación en la persona del propietario de los bienes, aunque los medineses consideren que el dominio directo permanece en él, en el momento de la constitución de forma irrevocable, con los matices expuestos, implica la necesidad de imputar el patrimonio a un sujeto distinto. No necesariamente se traduce en su consideración como persona jurídica, pero sí constituye un requisito previo, un punto de partida desde el sujeto fundador a una posible fundación. Habremos de esperar a completar el estudio para ofrecer una respuesta fundamentada. La legislaciones jordana y marroquí vigentes apuntan en esa dirección.

7.2.1 Negocio jurídico real o expresión de la voluntad del fundador

Las fundaciones se pueden definir, *grosso modo*, como masas patrimoniales afectadas al cumplimiento de un fin de acuerdo a la voluntad de un fundador y así eran entendidas en la época de Justiniano¹⁸⁷⁵. Sin embargo, ya lo hemos remarcado con anterioridad, en un comienzo no se han

materializado en un negocio jurídico independiente, sino que eran creadas fundamentalmente a través de la donación o el testamento. Aunque continuaremos abordando esta materia, el *fiqh* también sigue este esquema: los textos que ilustran este epígrafe lo califican como un contrato de la clase de las daciones. El derecho islámico, salvo los discípulos de Mālik b. Anas, y así lo comprobamos en el capítulo segundo, regulan la donación como un negocio jurídico real, es decir, la entrega del bien desde el donante al donatario se configura como un requisito de validez. No obstante, la fundación está conformada por una única voluntad, que en palabras del jurista Francisco Ferrara es el alma de la institución¹⁸⁷⁶. Tendremos que discernir si los ulemas islámicos consideran a los *aḥbās* como negocios reales, en analogía con la donación, o ponen el acento en la voluntad del *wāqif*.

^aجميع ما يعطي الناس من أموالهم ثلاثة وجوه [...] والعطايا منها في الحياة وجهان، وبعد الوفاة واحد: فالوجهان من العطايا في الحياة مفترقاً الأصل والفرع، أحدهما يتم بكلام المعطي والآخر يتم بكلام المعطي وقبضة المعطي [...] والعطايا التي تتم بكلام المعطي دون أن يقبضها المعطي [...] وهذه العطية الصدقات المحرمات الموقوفات..¹⁸⁷⁷

El texto, que ya nos ilustró la concepción islámica del contrato, situado al comienzo del capítulo que al-Šāfi'ī dedica al *waqf*, clarifica bastante su postura: se trata de una donación especial pues, a diferencia de las otras, no está sometida al requisito de validez de la entrega. La simple declaración de voluntad perfecciona el negocio jurídico.

^b(في الرجل يحبس حائط في مرضه فلا يخرج من يديه حتى يموت)

(قلت) أرأيت أن حبس رجل حائطه على المساكين في مرضه ولم يخرج من يديه حتى مات أ يجوز ذلك في قول مالك (قال) نعم إذا كان الثلث يحمله لأن هذه وصية كأنه قال إذا مت فحائطي على المساكين حبس عليهم تجري عليهم غلتها ولأن كل فعل فعله في مرضه من بت صدقة أو بت عتق ليس يحتاج فيه إلى أن يقبض من يديه ولأنه لو قبض من يديه كان موقوفاً لا يجوز لمن قبضه أكل غلته إن كان له ولا أكله إن كان مما يؤكل حتى يموت فيكون في الثلث أو يصح فينفذ البتل وإن كان لرجل بعينه أو كان للمساكين أو في سبيل الله أمر بإفاد ذلك وإن فعل الصحيح ليس يجوز منه إلا ما قبض وحيز قبل أن يموت المتصدق أو يفلس وقد كان له في فعل المريض إذا كان له أموال مأمونة.

(في الرجل يحبس حائط في الصحة فلا يخرج من يديه حتى يموت)

(قلت) أرأيت من حبس نخل حائطه أو تصدق بها على المساكين في الصحة فلم يخرجها من يديها حتى مات (قال) لا يجوز لأن هذا غير وصية فإذا كان غير وصية لم يجز إلا أن يخرجها من يديه قبل أن يموت أو أوصى بإفادها في مرضه فتكون من الثلث [...] (في رجل يحبس داره على المساكين فلا يخرج من يديه حتى يموت)

a Todo lo que da la gente se puede clasificar en tres clases [...] las daciones en vida, en dos y después de la muerte, una. Las dos daciones en vida se diferencian en lo principal y en lo accesorio. Una de las dos se perfecciona con las palabras del dador y el otro con la palabra del dador y la toma de posesión por el receptor de la dación [...] la dación que se perfecciona sin que se produzca la toma de posesión es la *ṣadaqa* inalienable indivisible (el *waqf*).

b (Sobre el hombre que constituyó en *waqf* su huerto, estando enfermo, y no sale de su mano antes de morir)

(Dije) ¿opinias que si un hombre fundara un *waqf* sobre su huerto en favor de los pobres, estando enfermo y no saliera de sus manos antes de morir, sería válido o no según Mālik? (Dijo), sí, si estuviera en el límite del tercio, porque sería un legado, como si dijera: si muriera, mi huerto para los pobres, vinculado en su favor, entre los que se reparte sus frutos, porque todo lo que hiciera durante su enfermedad como limosna incondicionada o manumisión incondicionada no precisa la entrega del bien; si se hubiera producido la aprehensión de sus manos, sería indisponible y no sería válido para quien se hubiera apropiado consumir los frutos, si tuviera, ni comerlo hasta que muriera y se limitara al tercio. Si sanara y confirmara lo dispuesto, tanto si fuera en favor de un hombre concreto, o en favor de los pobres, o en un acto de piedad, si lo hiciera, no sería válido más que tras la aprehensión antes de la muerte del fundador o su quiebra; y tendría una opinión si el enfermo tuviera bienes garantizados.

(Sobre un hombre que constituye un *waqf* sobre su huerto estando sano y no sale de su mano antes de morir)

(Dije) ¿Qué opinas cuando quien constituye las palmeras de su huerto como *waqf* en favor de los pobres lo da como limosna en favor de los pobres estando sano y no sale de sus manos hasta que muere? (Dijo) no es válido porque no es por testamento y si no es así, no sería válido salvo que saliera de sus manos antes de morir o lo dispusiera por testamento en su enfermedad y estuviera dentro del tercio...

(Sobre un hombre que constituye un *waqf* sobre su casa en favor de los pobres y no sale de sus manos hasta que muere)

(Dijo) ¿qué opinas si constituyera un *waqf* sobre las rentas de su casa en favor de los pobres y cada año las rentas estuvieran en sus manos y las repartiera entre los pobres hasta que muriera y continúan en sus manos, las rentas serían de los pobres o herencia? (Dijo) Mālik opinaba que si estuviera en sus manos hasta que muriera y no hubieran salido de sus manos antes de morir, serían herencia aunque se hubieran repartido las rentas...

(قلت) أرأيت إذا حبس غلة داره له على المساكين فكانت في يديه غلتها كل عام فيعطيهها للمساكين حتى مات وهي في يديه أ تكون غلتها للمساكين بعد موته أو تكون ميراثاً (قال) قال مالك إذا كان في يديه حتى يموت لم يخرجها من يديه حتى يموت فهي ميراث وإن كان يقسم غلتها...¹⁸⁷⁸

Este párrafo, extraído de la obra de Saḥnūn, fue uno de los ejes sobre que giró el análisis acerca de consideración del *waqf* como contrato o no en el capítulo tercero de nuestra tesis. Sobre esa materia nos remitimos a lo allí expuesto. En este momento, vemos como la constitución de la fundación, *mortis causa o inter vivos*, se produce por la declaración de voluntad válida del fundador, el título; sin embargo, la culminación del cambio de propiedad del dominio directo requiere un cambio posesorio, desde este al beneficiario; el transcurso de un prolongado espacio de tiempo sin que esta se complete produciría la anulación del negocio jurídico, no la nulidad radical, pues se constituyó válidamente. En nuestra opinión, el *waqf* no es un negocio real; el elemento clave es la fórmula expresada por quien lo constituye, la entrega posesoria es determinante para que los beneficiarios adquieran el dominio directo sobre el bien. Nos encontraríamos con un ejemplo, fuera de la órbita de los derechos latinos, de la teoría del título y el modo.

^aفي أنواع المكاسب والبيوع

أما المكاسب فنوعان: كسب بغير عوض وبعوض، فأما الكسب بغير عوض فأربع أنواع: الأول: الميراث [...] الثاني: الغنيمة. الثالث: العطايا كالهبة والحبس وغير ذلك. الرابع: ما لم يتملك أحد، كالحطب والصيد وإحياء الموات. وأما الكسب بعوض فأربع: عوض عن مال كالبيع، وعوض عن العمل كالإجارة، وعوض عن الفرج كالصداق، وعوض عن جنابة كالدريات¹⁸⁷⁹.

El *mālikī* Ibn Ḥawzī, ulema granadino en el *libro sobre las ventas* de su obra acerca de *las leyes de fiqh*, en su capítulo tercero, cataloga los tipos de adquisición y ventas. Al igual que tuvimos ocasión de acudir a este párrafo en búsqueda de la naturaleza del negocio jurídico del *waqf*, ahora nos constata como, de forma similar a al-Šāfi'ī, lo sitúa dentro de la especie de las daciones. Recordemos que el concepto de contrato en la *Šarī'a* y en nuestra tradición difieren en su esencia; hecho que abordamos con profusión.

^bالفصل الثالث في شرطه: وهو الحوز حسبما ذكرناه في الهبة، فإن مات المحبس أو مرض أو أفلس قبل الحوز بطل التحبیس، وكذلك إن سكن الدار قبل تمام عام أو أخذ غلة الأرض لنفسه بطل التحبیس، ويجوز أن يقبض للكبير غيره مع حضوره بخلاف الهبة ويقبض الوالد لولده الصغير والوصي لمحجوره ويقبض صاحب الأحياس ما حبس على المساجد والمساكن وشبه ذلك، ولا بد من معاينة البينة للحوز إذا كان المحبس عليه ولاية الحبس أو كان في ولايته والحبس في دار سكنه أو قد جعل فيها متاعه فلا يصح إلا بإخلاء المعاينة، وإذا عقد المحبس عليه أول الموهوب له في الملك المحبس أو الموهوب كراء أو نزل فيهما لعمارة فذلك حوز¹⁸⁸⁰.

Este autor, como los de su escuela, exigen la transmisión de la propiedad del dominio directo del bien del fundador al beneficiario. Por ello, el negocio jurídico se entiende perfeccionado con la declaración de voluntad, y la persona a cuyo favor se realiza puede exigir la entrega; sin embargo, si esta no se produce en el plazo de un año o antes de la muerte, enfermedad o quiebra del constituyente, la fundación se anularía.

^cالفرق التاسع والمائتان

a Sobre los tipos de adquisiciones y ventas.

Las adquisiciones son de dos tipos: adquisición sin contraprestación, en cuanto a estas son de cuatro tipos: la primera: la herencia [...] La segunda: el botín. La tercera: las daciones como la donación y el *waqf* y otras. La cuarta: lo que no es propiedad de nadie, como la leña, la pesca y la puesta en producción de las tierras baldías. En cuanto a las adquisiciones con contraprestación son cuatro: contraprestación por un bien como la venta, contraprestación por un trabajo como el arrendamiento, contraprestación por la vagina como la dote, y la contraprestación por un delito como la indemnización.

b Capítulo tercero; sobre su condición: es la posesión según mencionamos en la donación. Si el fundador muriera, enfermara o quebrara antes del traspaso posesorio, la constitución se anularía; igualmente, si habitara la casa antes del año o tomara los frutos de la tierra para sí mismo. Otra persona puede adquirir la posesión por un mayor de edad en su presencia, al contrario que en la donación. El padre la adquiriría por su hijo pequeño, el tutor por su pupilo. Es preciso la presencia de testigos para el traspaso posesorio si el beneficiario está bajo tutela del fundador. Si habitara el edificio o tuviera en él sus muebles, no sería válida hasta que lo desalojara con testigos presenciales. Si el beneficiario o el donatario concluyeran un contrato de arrendamiento o habitaran el edificio, se entendería producido el traspaso posesorio.

c La diferencia doscientos nueve.

Esta regla evidencia cuando interesa en los contratos su obligatoriedad y cuando no es de interés su obligatoriedad.

بين قاعدة ما مصلحته من العقود في اللزوم، وبين قاعدة ما مصلحته عدم اللزوم. أعلم أن الأصل في العقد اللزوم؛ لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه ودفق الحاجات، فيناسب ذلك اللزوم دفعاً للحاجة وتحصيلاً للمقصود، غير أن مع هذا الأصل إنقسمت العقود قسمتين: أحدهما، كذلك كالبيع والإجارة والنكاح والهبة والصدقة وعقود الولايات؛ فإن التصرف بالمقصود بالعقد يحصل عقيب العقد. والقسم الآخر لا يستلزم مصلحته مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم، وهي خمسة عقود: الجعالة و القراض و المغارسة والوكالة وتحكيم الحاكم ما لم يشرعاً في الحكومة¹⁸⁸¹.

El ulema seguidor de Mālik b. Anas, al-Qarāfi, en este párrafo, uno de los fragmentos que apoyó nuestra disquisición sobre la naturaleza contractual o no de este tipo de fundación islámica, clasifica los contratos entre aquellos que son obligatorios o ejecutivos inmediatamente desde su conclusión y los que no. Entre los primeros, además de la compraventa y el arrendamiento, incluye la limosna (término que abarca también al del *waqf*), la donación y los contratos del tutor. Entre los segundos, distintos tipos de sociedad y otros. Se emplea una frase muy indicativa de la tendencia objetiva del derecho de obligaciones musulmán: *el contrato se ha establecido para conseguir el propósito del objeto del mismo, su finalidad, y satisfacer las necesidades*. Se acentúa la cosa sobre la que se contrata, nunca quienes lo perfeccionan. En este momento de nuestra investigación, nos interesa subrayar que la declaración de voluntad del constituyente despliega los efectos jurídicos, al menos los obligacionales (pues la transmisión de la propiedad en esta escuela requiere la entrega), desde el mismo momento de su emisión con una fórmula válida.

^a[من حبس على ولده الصغير قاعة مرحاض] وسئل عن حبس على ولد صغير قاعة مرحاض بيت تجمع فيه العذرة ثم توفي الأب ورشد الولد هل يصلح الحبس أو لا؟ فأجاب: إذا تم الحبس والصدقة بالقبضة من الأب والحيازة مضي ذلك للإبن، إن لم يحز الإبن حتى مات الأب بطل الحبس وصارت ملكاً وتجب فيه الشفعة، هذا الأظهر في مسألتك¹⁸⁸².

Esta breve fetua incluida en la colección realizada por al-Wanšarīsī, tomando respuestas jurisprudenciales de África (el actual Túnez), al-Magrib y al-Andalus, corrobora la importancia que el traspaso posesorio posee para esta escuela. El padre puede realizarlo por su hijo menor, pero ha de realizarse antes de su muerte, porque en caso contrario se anularía el *waqf* perfeccionado correctamente. De la redacción literal, también es reseñable la identidad entre el *hubs* y la *ṣadaqa*.

^b[من جعل لبن بقرته للمساكين، ثم أوصي بها لغيرهم] وسئل عن الذي جعل لبن بقرته للمساكين وانتفع بها للمساكين سنين ثم أمر بقرته عند موته للسبي. فأجاب: إن كان أرزها للمساكين على يد من يدفع إليهم اللبن لم يجز له أن يجولها عنهم إلى أهل السبي ولا غيره، وإن كان هو الذي يلي إعطاء اللبن فله أن يصرفها حيث شاء، لأنه لو لم يصرفها ثم مات وهي في يده لم تجز من قبل عنه ولا جعلت على يد جائز على المساكين فهي مورثة عنه¹⁸⁸³.

Esta respuesta, respecto a la anterior, además de comprobar (a lo que dedicaremos un apartado) la posibilidad de realizar el negocio jurídico sobre bienes muebles, nos aporta algún

Hay que saber que la regla general en los contratos es su obligatoriedad; porque el contrato ha sido instituido para conseguir lo pretendido de su objeto y satisfacer necesidades, por lo que es adecuada su obligatoriedad, en atención a la necesidad que satisface y la consecución de lo pretendido. Sin embargo, esa raíz divide a los contratos en dos tipos: uno de ellos, como la venta, el arrendamiento, el matrimonio, la donación, la dote y los contratos de tutela, donde la actividad pretendida con el contrato se produce tras el mismo. Y el otro tipo: su interés no está en su obligatoriedad, sino en su validez y falta de obligatoriedad; son cinco contratos: la recompensa, la sociedad en comandita, la siembra, la representación, el arbitraje siempre que no sea del gobernante.

a [Quien constituyó como *hubs* en favor de su hijo pequeño una habitación para el baño]

Fue preguntado por un *hubs* en favor del hijo pequeño una habitación para el baño en la casa donde se reúnen los excrementos. Después, el padre muere y el hijo alcanza la mayoría de edad. ¿Sería válido el *hubs* o no?

Contestó: Si se perfecciona el *hubs* y la *ṣadaqa* con la aprehensión por parte del padre y el traspaso posesorio, se concluiría en favor del hijo. Si no se hubiera producido el traspaso posesorio hasta la muerte del padre, se anularía el *hubs* que devendría propiedad plena, en la que cabría el retracto. Es lo más claro en tu cuestión.

b [Quien constituye la leche de su vaca y después la lega a otros]

Fue preguntado por quien constituye en *waqf* la leche de su vaca para los menesterosos, beneficiándose estos durante años y luego ordena que su vaca tras su muerte sea para los cautivos.

Contestó: si está en manos de quien entrega la leche a los menesterosos, no le es lícito retirársela en favor de los cautivos u otros. Si está en manos de quien lo ha constituido, puede cambiar el destino cuando desee, porque si lo hiciera y muriera estando en su posesión sin que transmita esta, sería herencia.

detalle que incide en la teoría del título y el modo. El fundador ha constituido válidamente como *hubs* su vaca en favor de los pobres. Estos adquieren el fruto de la misma, la leche, durante años. Si no hubiera tenido lugar la *traditio* en favor de estos, el constituyente estaría facultado para cambiar los beneficiarios cuando lo deseara y, a su muerte, la vaca y sus frutos serían para sus herederos. Si los menesterosos hubieran aprehendido la vaca, su derecho estaría consolidado y el fundador no les podría privar de la leche. Asimismo, la entrega del bien a los beneficiarios convierte en irrevocable la fundación; hasta ese momento, el fundador estaría facultado para anular su declaración de voluntad; no obstante, el aprovechamiento por parte de los beneficiarios hasta ese momento habría sido lícito.

[التحبيس على الفقراء المضلين لا يجوز]^a

وسئل عن شأن زاوية ببسطة حبستها امرأة ثم سافرت من بسطة من نحو تسعة أعوام، وبقيت الزاوية بيد الفقراء يجتمعون فيها ويزلون فيها من يرد عليهم من الغرباء. ورجعت المحسبة من مغيبها بعد المدة المذكورة، وسكنت في غير الزاوية إلى أن توفيت وورثها أخوها، فقام الآن وجعل يده على الزاوية وقال: إن الحبس لن يتم لكون الوثيقة لم تنبه على التخلي والحوز فيها؛ وأراد نقض الحبس وتملكه.

فأجاب: لا يقدح في هذا الحبس كون كاتب الوثيقة لم ينبه على التخلي الحوز فيها، إذ قد ذكر في السؤال أن المحسبة قد سافرت عن موضع الحبس المذكور المدة المذكورة، وأن الموضع المحبس قد حازه الفقراء المدة المذكورة. ويتصرفون فيه الإجتماع ولإنزال لمن يرد عليهم، فقد حصل التخلي والحوز فلا يضر إغفاله في الكتب...¹⁸⁸⁴

En esta otra, la evidencia fáctica de la toma de posesión de una *zāwiyya* por parte de los pobres provoca que la falta de mención en el documento constitutivo de la fundación no sea óbice para la perfección del contrato. El litigio se produce sobre un lugar destinado a albergar a menesterosos en la ciudad de Baṣṭa (Baza), en el reino de Jaén¹⁸⁸⁵; una mujer realizó la fundación, marchándose inmediatamente después de viaje durante nueve años. Al regresar, habitó otra casa distinta, pues los pobres habían tomado posesión del inmueble objeto del *waqf*. Al morir esta, su hermano, como heredero, quiso anular el *hubs* pues el acta notarial donde se redactó el negocio no se hacía eco del traspaso posesorio. Su pretensión es desestimada porque la *traditio* se había producido. Se emplean en el fragmento algunas expresiones que no debemos descuidar. Según la fetua, la demanda del hermano se basa en que la fundación no se habría completado por no contener el documento el cambio en la posesión del bien; en ningún momento se cuestiona la validez de la constitución.

[وجه الحيازة في التحبيس على المسجد]^b

فأجاب: وجه الحيازة في ذلك أن يشهد المحبس على التحبيس، وعلى أنه قد وهب الكراء مع تحبيس للدار على إمام المسجد، ويشهد الإمام أنه عقد فيها الكراء مع الساكن فيها، وتتم الحيازة فيها، فيجتمع في ذلك إسهاد المحبس وإسهاد الإمام على القبض، وعقد

a [La constitución de un *hubs* en favor de los pobres impositores no es válida]

Se le interrogó por el asunto de una *zāwiyya* situada en Baṣṭa, la cual fue constituida en *waqf* por una mujer. Después la mujer viajó durante nueve años más o menos; la *zāwiyya* permaneció en poder de los pobres que se reunían en ella y pasaban allí la noche los extraños que se presentaban. La fundadora regresó después del período mencionado, hospedándose en un lugar distinto hasta que falleció y la heredó su hermano. Se apoderó de la *zāwiyya* y dijo: el *hubs* no se ha completado, porque el documento no ha mencionado la puesta a disposición y el cambio posesorio; quiso anularlo y tomar su propiedad.

Contestó: no hay que tomar en mucha consideración en este *hubs* que el redactor del documento no hiciera mención de la puesta a disposición y del cambio posesorio. La pregunta reflejaba que la fundadora había viajado del lugar de la fundación por el período descrito y que el objeto del *waqf* había sido poseído por los pobres durante ese tiempo, usándolo para reunirse y pasar la noche, por lo que la puesta a disposición y el cambio posesorio se han producido, sin que influya negativamente su olvido en el documento...

b [La aprehensión en la constitución de un *waqf* en favor de la mezquita]

Contestó: la aprehensión en este caso sería que testimoniara el fundador sobre la fundación, y que hubiera donado el arrendamiento al constituir el *waqf* sobre la casa en favor del imán de la mezquita, que este diera testimonio que se ha constituido un arrendamiento con el arrendatario de la casa, y se hubiera completado su aprehensión. Que se unan el testimonio del fundador, el testimonio del imán sobre la aprehensión y el contrato de arrendamiento, y el testimonio del arrendatario sobre ello. No se precisaría en este caso que se hubiera visto la aprehensión; si existiera el testimonio del arrendatario, se necesitaría la vista *in situ* de la aprehensión, y el testimonio del fundador y es él quien aprehende únicamente. Y se necesitaría el testimonio sobre la donación del arrendamiento.

الكراء، وإشهاد الساكن على ذلك، ولا يحتاج مع هذا إلى معاينة القبض، وإن لم يشهد الساكن فلا بد من معاينة الدفع والقبض، ويشهد المحبس والقباض فقط، ولا بد من الإشهاد على هبة الكراء.¹⁸⁸⁶

La fetua, que forma parte del *Mi'yār* y a la que acudimos en el capítulo tercero, aborda la peculiaridad de la transmisión posesoria cuando el beneficiario no es una persona natural. No exige el muftí dos testigos de esta *traditio*, sino que basta con la concordancia de los testimonios de las personas intervinientes: el fundador, el imán de la mezquita y el arrendatario que paga la renta que va a ser entregada a ese templo.

^a[عدم جواز طلب الزيادة فيا لمرتب من الأحباس المختلط]

وسئل الأستاذ أبو إسحاق الشاطبي عن خلط الأحباس والزيادة منها في بعض مرتب المساجد. فأجاب: أما مسألة طلب الزيادة في مرتب بعض المساجد فإن كانت الزيادة من بيت المال فلا نص فيه، وإن كانت من أحباس المساجد فالنظر فيها مبنى على النظر في تلك الأحباس فلا يخلو من ثلاثة أقسام. فالأول: أن تكون معينة على مساجد بأعيانها أو منافع بأعيانها فلا يحل أن تصرف منافعها إلا فيما حبست عليه. والثاني: مجهول لا يدري على أي مسجد حبست، فيجوز أن تصرف على الجملة في منافع المساجد ولا تخرج عن ذلك، فلا تصرف في فداء أسارى ولا في المساكين ولا فإجارة على تعليم أو تذكير أو غير ذلك لأنهم من تغيير الحبس، إلا أن في هذا القسم الأول نقطة يجب التنبه لها، وهي أن غالب الأحباس المختلطة اليوم إنما كانت معينة، فافتقر إلى جمعها تحت إشراف ناظر عليه، ثم غفل عنها حتى إشتبهت فصارت بالنسبة إلى منافع المساجد كبيت المال، ويحمل على ما عين من الجملة لكل مسجد على أنه بالإجتهاد فيما كان يحصل من أحباسه لو تعينت، فجعل له ذلك المقدر في المحاصة، وإن كان ذلك فلا ينبغي لمن كان إماماً في مسجد له أحباس مختلطة مع أحباس غيره إن يطلب أو يأخذ زيادة على ما عين له في الإجهاد القديم، لأن زيادة الآن يزداد من حصة غيره من المساجد وذلك لا يجوز، لأنه في معنى نقل الأحباس إلى غير ما حبست، فإن لم تكن ثمة زيادة وكان المرتب على ما حبس في القديم صح، إذ ليس في وسعنا أكثر من ذلك. فإن قيل إختلاط الحباس بصيرها كبيت المال يجوز صرفه في مصالحه تارة قليلاً وتارة كثيراً بحسب النظر المصلحي فهذا من ذلك، قيل ليس الأمر كذلك، لأن بيت المال لا يتعين له وجه، فأصله عدم التعيين وإذا عين يلزم. والأحباس أصلها التعيين فإذا وجد التعيين فلا يتعدى، فإن لك يوجد أصل التعيين فلا بد من محاولة وجه يقرب من التعيين. وذلك ما قلنا إنما نحمل القديم في حصة كل مسجد -على ما كان- على تحري مقدار حراج حيسه المعين أولاً، ثم إختلط فتميز ذلك المقدار أولاً فلا تعداه لتكون قد جرينا على أصل الحبس من التعيين والزيادة، والنقصان نوع من إخراج الحبس على أصله وذلك لا يجوز.

a [No es lícito solicitar un incremento en las rentas de los *ahbās* fusionados]

El profesor Abū Ishāq al-Šāṭibī fue preguntado por los *ahbās* fusionados y el incremento en favor de unos en algunas rentas de las mezquitas.

Contestó: la cuestión de solicitar un incremento en las rentas de algunas mezquitas, si el incremento fuera a cargo de la *bayt al-māl*, no existe ninguna norma al respecto. Si se realizara a cargo de los *ahbās* de las mezquitas, su solución radicaría en aquellos *ahbās*, y no cabrían más que tres posibilidades:

La primera: si las mezquitas estuvieran determinadas en sí mismas o sus utilidades, no sería lícito dedicar estos frutos más que en los beneficiarios en favor de los cuales se constituyeron.

Segundo: que fuera desconocido, no se supiera en favor de qué mezquita se constituyó, sería válido dedicar en favor de las mezquitas sin ir más allá de ello, es decir, que no se dedicara a liberar prisioneros, ni a los pobres, ni a contratar para la enseñanza ni en memoria de alguien o similar, porque sería modificar el *hubs*. En este apartado hay un punto al que conviene prestar atención: la mayoría de los *ahbās* mezclados están en nuestros días determinados, por lo que se necesita unirlos bajo una administración única. Después se ha descuidado hasta confundirse, por lo que, respecto a sus rentas, se han convertido como la *bayt al-māl*. Lo que le correspondería a cada mezquita del total se decide por un examen de lo que obtiene de cada uno de sus *ahbās* si estuviera determinado y así se le entregaría en el reparto. Si es así, el imán de la mezquita que posee *ahbās* fusionados con los de otras mezquitas podría solicitar o tomar incremento de lo que se le asignó en el antiguo estudio; lo que se aumenta ahora se tomaría de la cuota de otras mezquitas y eso no es válido, porque sería como mudar los *ahbās* a algo distinto de lo que se constituyó. Si se mantuviera sin incrementar la cuota original, sería válido. No podemos decir más que eso. Si se dijera que la fusión de los *ahbās* se convirtiera en una especie de *bayt al-māl*, sería válido cambiar el destino unas veces poco y otras más, según el interés de cada una. Se dice que el asunto no es así, porque la *bayt al-māl* no conoce determinación, pues su raíz es la indeterminación, y se le determinara, no estaría sujeta a la misma. La raíz de los *ahbās* es la determinación que no puede contravenirse, si no existiera una finalidad determinada, sería necesario intentar buscar un destino que se acercara a la determinación. Eso es lo que dijimos: se respeta la cuota antigua de cada mezquita -según quedó fijada- primero en función del fruto de su *hubs* en primer lugar; si después se fusionara, discriminaríamos esa cuota primera y sin contravenirla, por lo que se ha dicho de la raíz determinada del *hubs* y su incremento; la disminución sería una forma de sacar al *hubs* de su raíz y eso no es válido.

En cuanto a la tercera: sería que fuera el *hubs*, conocido o desconocido, excepto en que se conociera que esa mezquita en concreto no tuviera parte en esos *ahbās*; no sería válido que su imán o almuédano o cualquier otro tomara nada del *hubs* de otro. Así se obtiene la respuesta sobre el incremento que has solicitado.

واما القسم الثالث فهو أن يكون الحبس معلوماً أو مجهولاً إلا أن المسجد الفلاني مثلاً يعلم أنه لم يكن له حظ في تلك الأعباس فهو أولى أن لا يجوز لإمامه أو مؤذنه أو غيرهما أن يأخذ من حبس غيره شيئاً البتة، وقد حصل جوابكم على زيادة التي طلبتم¹⁸⁸⁷.

Esta fetua, recopilada por al-Wanšārīsī, se atribuye al alfaquí granadino de la última centuria del reino nazarí, al-Šāṭibī, cuya fecha de nacimiento fue el año 1388¹⁸⁸⁸. En primer lugar, supone un apoyo a nuestras tesis contrarias a la existencia de un tesoro relativo a los *aḥbās* paralelo a la *bayt al-māl*, como defiende García Sanjuán siguiendo a Chalmeta, cuestión que abordamos en el capítulo sobre la *casa del dinero*. Este ulema afirma que el funcionamiento de los *awqāf* fusionados, es decir, cuyas rentas se confunden, no es lícito que funcionen como el tesoro público, pues los fondos de este no se han de emplear en finalidades concretas determinadas previamente (se invierten según considere el gobernante en función de la satisfacción de los intereses generales), como sí ocurre con los *aḥbās*, donde el fundador ha fijado desde el principio y, siendo nulas cualquier alteración, el destino de las rentas. En cuanto al asunto que se nos presenta en este momento, la respuesta jurisprudencial revela la trascendencia de la voluntad del fundador en el régimen jurídico de la institución. Incluso aunque se desconociera qué *ḥubs* corresponde a cada mezquita al estar fusionados todos los *aḥbās* en favor de un conjunto de mezquitas, se habría que respetar el reparto que se viniera efectuando, pues incrementar la cuota de una mezquita en detrimento de otra se calificaría como una mutación nula de lo establecido en el momento de su constitución.

^a[...] وقال محمد بن الحسن لا يجوز الوقف حتى يحتاط فيه بأربعة أشياء حتى يكون مقسوماً معلوماً لا يكون مشاعاً وحتى يخرج من يده إلى يد غيره وحتى لا يستثنى لنفسه منه شيئاً ويجعل آخره للمساكين...¹⁸⁸⁹

Muḥammad b. al-Ḥasan al-Šaybānī, alumno de Abū Ḥanīfa al que superó en ciencia, nacido en una aldea cerca de Damasco en el año 748, nombrado juez de la ciudad de Raqqa por el califa 'abbāsī al-Rašīd¹⁸⁹⁰, uno de los maestros de la escuela cuya opinión recoge su correligionario al-Jassāf, enumera los cuatro requisitos de la escuela para la validez de la constitución: su carácter absoluto e incondicionado, que no recaiga sobre una comunidad de bienes, el traspaso posesorio, que el fundador no se reserve nada y que el beneficiario final sean los pobres. Esta entrega de los bienes desde su propietario al beneficiario supone una excepción al régimen jurídico de esta corriente jurídica. Como vemos en el siguiente fragmento.

^bوقال محمد بن الحسن: "لا يجوز الوقف حتى يخرج من يده ويدفعه إلى غيره فيكون الرجل الذي يقبضه قابضاً له للوقف كما أن رجلاً لو تصدق على رجل بدار له لم تجز الصدقة حتى يقبضها الذي تصدق بها عليه، وكذلك الوقف لا يجوز حتى يقبضه قابض، فأما الصدقة على الرجل لا تجوز إلا مقبوضة من قبل أن الرجل المتصدق عليه يملك ما تصدق به عليه ويخرج ذلك من ملك من تصدق به عليه، فلهذه العلة لم تجز إلا مقبوضة محوزة على ما جاء في الحديث عن أبي بكر رضي الله عنه، فأما الوقف إنه يخرج من ملك الواقف إلى غير ملك أحد فلا يحتاج في ذلك إلى قبض قابض للوقف ووجه آخر أن يد القابض للوقف هي يد الواقف كأنه إنما أخرجه الواقف من يده إلى يده لأنه إنما يقبضه من الواقف بوكالة من الواقف له بذلك...¹⁸⁹¹

Esta escuela jurídica, al igual que las demás salvo la de Medina, considera la donación como un negocio real que tiene como requisito de validez la entrega del bien, sin el cual el contrato devendría nulo. Muḥammad b. al-Ḥasan al-Šaybānī, en analogía con la misma, aplica esta norma al *waqf* y lo declara nulo de pleno derecho sin el traspaso posesorio, no distinguiendo como los seguidores de Mālik b. Anas entre el carácter obligacional de la fundación y la trasmisión de la propiedad (teoría del título y el modo). No obstante, al-Jassāf, siendo la opinión mayoritaria entre los seguidores de Abū Ḥanīfa, estima que este negocio jurídico no precisa de entrega pues la

a [...] Y ha dicho Muḥammad b. al-Ḥasan que no es válido el *waqf* hasta que no se cumplan cuatro cosas: que sea absoluto y determinado, no en comunidad de bienes, que salga de su mano a la de otro, sin que se reserve nada y que al final sea en favor de los pobres...

b Opina Muḥammad b. al-Ḥasan: no es válido el *waqf* hasta que salga de su mano y la entregue a otro; así el hombre que la aprehende, tomador para él del *waqf*, como si un hombre diera como limosna un casa de él a otro, la *ṣadaqa* no sería válida hasta que tomara posesión un poseedor de lo que se le ha dado como *ṣadaqa*. De la misma manera, el *waqf* no es válido hasta que no tomara posesión un poseedor. Así, la *ṣadaqa* no es válida sin traspaso posesorio debido a que el bien ha de salir de la propiedad del donante a la del destinatario de la limosna; por esta razón la *ṣadaqa* no es válida hasta que se produzca el traspaso posesorio según se desprende del hadiz de Abū Bakr, Dios esté satisfecho de él. Por otra parte, el *waqf* sale de la propiedad del fundador a la propiedad de ningún propietario, porque lo que no precisa este traspaso posesorio. Otro aspecto sería que la mano que toma posesión es la del fundador como si él la sacara de su mano a su mano, porque él tomaría posesión por delegación del fundador para ello...

mutación dominical se produce con la mera declaración, pasando de la propiedad del fundador a la de nadie. Del mismo modo, no tendría sentido un cambio posesorio entre las manos de la misma persona, el fundador. Este régimen coincide plenamente con el establecido por al-Šāfi'ī en el texto que hemos colocado al principio de este epígrafe.

^a[...] قلت: فلم أجزت وقف المشاع وأنت لا تجيز هبة المشاع ولا صدقة المشاع؟ قال: الوقف مخالف لصدقة والهبة من قبل أن الهبة والصدقة التي يملكها غيره تحتاج إلى قبض لأنهما يزولان من ملك الواهب والمتصدق إلى ملك الموهوب له والمتصدق عليه والوقف لا يحتاج إلى ذلك من قبل أنه ليس يزول من ملك الواقف إلى ملك مالك وإنما يزول من ملكه إلى الوقف فهما مفترقان...¹⁸⁹²

Unas páginas más adelante de su libro sobre el régimen jurídico del *waqf*, al-Jaṣṣāf detalla un poco más esta cuestión. No se exige la entrega del bien, al contrario que en la donación y la *ṣadaqa*, porque en esta fundación la propiedad no se trasmite, como sí se realiza al donatario o al beneficiario de la limosna, en favor de nadie, sino que el fundador extingue su propiedad hacia el propio *waqf*. Conviene recordar que esta escuela establece que el bien pasa del dominio de su dueño al de Dios, con la constitución del *hubs*. No obstante, la expresión que utiliza este jurista parecería apuntar hacia la fundación como titular de un derecho de propiedad, en lugar de la divinidad. En cualquier caso, queda patente que el negocio jurídico se perfecciona y despliega todos sus efectos jurídicos con la mera declaración de voluntad.

^b[الحبس يجب أن يصرف حسبما نص عليه المحبس في الرسم]

وسئل عن قرية كبيرة بحصن بسطة حُبس على مصالح حصن قشتال وعين ربع فائدها لضعفاء الفرسان ببسطة، والربع الثاني لضعفاء طلبية العلم، وعين الربع الثالث كذا والربع للناظر فظهر الآن للناظر عليها أن في طلبية العلم من هو غني مال أبيه، لكونه في عياله. وتحت إنفاقه أو يناله رفته وليس كذلك من لم يكن على تلك الحال. وربما كان فيهم من خرج من حجر أبيه وملك أمر نفسه وهو ضعيف، أو له شيء يسير ووالده غني وهو ساكن معه في عياله ونفقته. من السؤال أن الأرض المذكورة بها قرار وجُب وأرض عامرة تقتقر لمن يعملها. هل يأخذ من غلتها ما يصلح به جميع ذلك؟ ومن سؤال هل يعطي منها طلبية العلم للغرباء -مع أن رسم التحبيس على ضعة طلبية العلم بالمدينة المذكورة؟

فأجاب بأن القرية المذكورة يتبع فيها قصد المحبس الذي يُفهم من ألفاظ رسم التحبيس ولا يخالف في شيء منه. بما كان القشتال فيما ذكر في الرسم فهو لذلك ولا يغير. وما لضعفاء الفرسان ممن ذكر لهم. وما عين للناظر له. وما كان لضعفاء الطلبة فلهم؟ ولا فرق في الضعفاء بين من هو ضعيف ولا والد له، أو له والد ضعيف، وبين من له والد غني، لأن غني الوالد لا يوجب وصفاً للولد أنه

a [...] Dije: ¿por qué consideras válido el *waqf* de una cuota de una comunidad de bienes cuando tú no validas la donación sobre esa cuota ni la limosna? Dijo: el *waqf* es distinto a la *ṣadaqa* y a la donación, porque ambas, para que transmitan la propiedad, precisan la toma de posesión, ya que extinguen la propiedad del donante y el dador de la limosna en favor del donatario y el beneficiario de la limosna, mientras que el *waqf* no necesita eso, no extingue la propiedad del fundador en favor de la de nadie, tan solo la extingue en favor del *waqf*, así que es distinto.

b [El *hubs* ha de ser empleado según ha establecido el fundador en su declaración]

Fue preguntado por una gran aldea en el castillo de Baza que fue constituida como *hubs* en favor de los intereses de la fortaleza y determinó que un cuarto de sus beneficios sería para los caballeros débiles de Baza, otro para los estudiantes, un tercer cuarto para esto y el último para el administrador. Se le apareció al administrador que entre los alumnos había quien era rico por el dinero de su padre, por estar con su familia, alimentados por ella y que había otros que no estaban en esa situación. Tal vez entre ellos quien había salido de la patria potestad del padre y ya gobernaba su persona estando necesitado, o con un patrimonio pequeño, siendo su padre rico y el habitando con su familia a su costa. En la cuestión se añade que en la tierra mencionada hay rebaños y aljibes y que es una tierra de cultivo que necesita quien se ocupe de ella. ¿Se ha de emplear la cosecha en todo lo que interese a esto? ¿Se ha de dar de ella a los alumnos forasteros en atención a lo establecido en la declaración sobre los alumnos necesitados en la mencionada ciudad?

Contestó que la mencionada aldea sigue la voluntad del fundador según lo que se entiende de las palabras del negocio de constitución y no se contraviene en nada. Según se dice es para el castillo, así que es para eso y nada más. La asignación en favor de los caballeros necesitados es para ellos; la del administrador es para él; la de los alumnos necesitados es para ellos. No se distingue entre los alumnos necesitados que no tienen padre y los que tienen un padre necesitado y entre los que tienen un padre rico, porque el padre rico no debe hacer que se califique de rico al hijo, aún más si tras la mayoría de edad, pues ha salido de la obligación de alimentos del padre; si este lo apoya, pues Dios se lo agradece, pues encuentra lo que el padre le da para comprar libros o cuadernos, pero mantendría su parte en el *hubs*, si Dios quiere. Asimismo la habitación del hijo con el padre no la impide su parte, si Dios quiere. Los alumnos forasteros que habitan la ciudad, aunque no sean originarios de ella, si están necesitados, se les entrega su parte, salvo que en la declaración hubiera algo que los excluyera. Pero sin un precepto, no. En cuanto a destinar parte de los beneficios del *hubs* en el aljibe y los rebaños, no puede hacerlo. Solo está capacitado para reparar lo que suponga un interés principal del *hubs*, salvo que arriende el rebaño a cambio de la renta; se admitiría únicamente si es en beneficio del propio *waqf*.

غني لا سيما مع بلوغ الولد، فقد خرج على إيجاب النفقة عليه من أبيه، وإن أرفق الوالد ولد فالله يشكره، فقد يجد ما يعطيه الأب لشراء كتاب أو كاغظ، وله سهم في الحبس إن شاء الله. وكذلك سكنى الولد مع الأب لا يحرمه حظه إن شاء الله، والطلبة الساكنون في البلد، المستوطنون وإن لم يكونوا في الأصل من البلد إذا كانوا ضعفاء يعطون إلا أن يكون في الرسم نص على إخراجهم. وأما من غير نص فلا. وأما تصريف فائد الحبس في جب أو قرار فليس ذلك له، وإنما يصلح ما يعود بمصلحة للحبس غالباً، إلا أن يكرى القرار فيعود بمنفعته، فقد يقال بجوازه وهذه المنفعة للحبس لا لغيره¹⁸⁹³.

Al-Wanšārīsī nos muestra otro dictamen de un jurista, al que no identifica, que incide de nuevo en el papel principal en el régimen jurídico de cada *ahbās* que juegan las estipulaciones del fundador. En este caso, en la ciudad de Baza se había constituido un *waqf* dedicado, entre otros beneficiarios, a los alumnos necesitados, el administrador y los caballeros con menos medios del castillo. En la respuesta se niega tajantemente el cambio de cualquiera de estas condiciones aún en el supuesto que fuera para beneficiar a los alumnos más pobres.

En este momento hemos de recordar otra fetua de la misma colección que mencionamos en el capítulo tercero, la cual zanja nítidamente la postura de los seguidores de Mālik b. Anas:

^aأما قول الموتق بعد تاريخ الوثيقة ومستدركاً إلا أن من مات الخ فكلام مبهم غير واضح الدلالة يفتقر إلى بيان وتفسير، فينبغي أن يستفسر شهود الرسم عما أجملوه في شهادتهم فإن فات إستفسارهم لموتهم، أو مغيبهم وجب حمله على أرجح احتمالاته، لأن الفاظ المحبس كالفاظ الشارع يجب متابعتها مدلولاتها بإعتبار نصوصها، وظواهرها¹⁸⁹⁴.

Se identifica la voluntad del fundador con los preceptos del Legislador, lo cual nos rememora el adagio propio de los ordenamientos de origen latino: la voluntad de las partes como ley del contrato. Si bien se trata de una declaración unilateral que se convierte en la Ley del *waqf*. Esta postura, como se desprende de algunas líneas que hemos transcrito, está casi en las antípodas de la sostenida por Ibn Taymiyya.

^b[كتب محبسة على خزانة جامع غرناطة على ألا يقرأ إلا فيها]

وسئل الشيخ المفتي بحاضرة غرناطة أبو القاسم ابن سراج رحمه الله، عن كتب محبسة في خزانة جامع الأعظم، فأشترط المحبس فيها ألا تقرأ إلا في الخزانة المذكورة، وأن لا تخرج منها، ومنها ما إشتراط أن يخرج لكن بعد وضع رهن أو ثقة، فهل يجوز أن يتعدى ما إشتراط في الحبس فيأتم المتعدي بسبب ذلك أم لا؟

فاجاب: لا يجوز أن يتعدى شرط المحبس لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه، لأن الإنتفاع بالحبس على ذمة المحبس¹⁸⁹⁵.

Al-Wanšārīsī toma nota de una respuesta de un muftí granadino, *šayj* Abū al-Qāsim Ibn al-Sirāy, del cual no se tiene demasiadas noticias pero cuyas fetuas, así como un semblante sobre su trayectoria personal y jurídica, pueden ser consultadas en algunas monografías¹⁸⁹⁶. En cuanto a lo que nos interesa en esta tesis, este juez del reino nazarí, como contestación a la cuestión planteada, expone el argumento principal que cimienta el valor superior de la voluntad del fundador en la escuela de Medina: este continúa siendo el propietario del dominio directo o *nuda* propiedad del *waqf*, aun después de muerto, por lo que cualquier contravención de su voluntad implicaría la disposición sobre la propiedad de un tercero sin su permiso. Estas pocas líneas nos aportan información valiosa sobre el concepto de *hubs* para esta corriente del *fiqh*: se permite constituir un *waqf* sobre bienes muebles, la voluntad del constituyente como ley suprema de la institución y la propiedad del dominio directo de los bienes habices, el cual permanece en la esfera jurídica del fundador. En concreto -profundizaremos sobre este concepto en su momento- ese aprovechamiento

a En cuanto al discurso documentado tras la fecha del documento, quien ha muerto, pues es un discurso oscuro, que no está clara su intención, necesita aclararlo y explicarlo; precisa que pidamos explicaciones a los testigos, sobre lo que se expresa en el documento, si no fuera posible por su fallecimiento, se debería fijar en su interpretación más probable, porque las palabras del fundador son como las palabras del Legislador, que deben aplicarse, en su sentido, atendiendo a los textos y sus explicaciones...

b [Libros constituidos como *hubs* en favor de la mezquita aljama de Granada con la condición de que no sean leídos más que en ella]

Se preguntó al *šayj* Abū al-Qāsim Ibn al-Sirāy muftí de Granada, Dios se apiade de él, sobre unos libros constituidos como *hubs* en favor del depósito de la gran mezquita aljama de Granada; el fundador impuso la condición de que no se leyeran más que en el depósito de la mezquita mencionada. También que si se sacaran de allí se prestara fianza o caución. ¿Sería válido contravenir la condición del fundador, cometiendo una falta quien lo hiciera o no?

Contestó: no es válido contravenir la condición del fundador, porque sería disponer de una propiedad de un tercero sin su permiso, puesto que el uso del *hubs* se realiza sobre la *ḍimma* del fundador.

se lleva a cabo sobre la *dimma* de quien constituyó el *waqf*, en virtud del tenor literal de las palabras de al-Sirāy.

^a[من حبس كتباً وشرط ألا يُعطى إلا كتاب بعد كتاب]

وسئل أيضاً (الشيخ أبو الحسن القاسبي) رحمه الله تعالى عن حبس كتباً وشرط في تحبيسه أنه لا يعطى إلا كتاب بعد كتاب، فإذا احتاج الطالب إلى كتب وتكون الكتب من أنواع شتى، هل يعطى كتابين معاً أو لا يأخذ إلا كتاباً بعد كتاب؟ فأجاب. إذا كان الطالب مأموناً أميناً مكن من هذا، وإن كان غير معروف فلا يدفع إليه إلا كتاباً واحداً وإن كان من أنواع حشوية الوقوع في ضياع أكثر من واحد. وظاهر كلام أبي عمران أنه لا يتعدى ما شرطه، لقوله المسلمون عند شروطهم، وظاهر ما في هذا السؤال أنه يراعى قصد المحبس لا لفظه، ومنه ما جرى به العرف في بعض الكتب المحبسة على المدارس ويشترط عدم خروجها من المدرسة، وجرت العادة في هذا الوقت بخروجها بحضرة المدرسين ورضاهم، وربما فعلوا ذلك في أنفسهم ولغيرهم، والله أعلم... 1897

Esta respuesta de *šayj* Abū al-Ḥasan al-Qābisī, alfaquí que vivió en el siglo XI, nacido en Qayruwān, Túnez, desde donde partió para regresar a su ciudad natal en la que ejerció como muftí¹⁸⁹⁸, que incorpora el mismo jurista norteafricano añade un matiz interesante a la prevalencia de la voluntad del fundador: está referida a la voluntad real modulada por la costumbre del momento más que a la voluntad literal de las expresiones utilizadas. Además, nos reitera la posibilidad de que unos bienes muebles como los libros sean objeto de un *waqf*.

^b[...] ولكن هذا التحرى في تمييز العقد عن الإدارة المنفردة لم يمنع عامة الفقهاء من إطلاق لفظ العقد على كل الإثنين دنو تمييز بينهما. ويعمّمون اللفظ ليشمل كل تصرف ((استبد به واحد أو اشتراك فيه أكثر من واحد)). فيتكلمون في عقد الوصية، ويناقشون هل عقود الهبة والعارية والقرض والكفالة والرهن تنعقد بإيجاب والقبول أن تنعقد بالإيجاب وحده. وعندما يعرضون لبيان ما يصح تعليقه من العقود وما لا يصح، وما تبطله الشروط الفاسدة وما لا تبطله، ويتناولون كل تصرفات دون تمييز بين العقد وإرادة منفردة، فيذكرون الطلاق والعتق والإبراء والوقف كما يذكرون البيع والإجارة والقسمة والنكاح والخلع¹⁸⁹⁹.

A finales del siglo XIX y principios del veinte, algunos juristas versados en el derecho occidental se dedicaron a compararlo con el *fiqh* con el fin de modernizarlo. En este contexto, al-Sanhūrī, autor al que venimos acudiendo con regularidad, en su estudio sobre las fuentes del derecho subjetivo en el derecho islámico, nos informa como la generalidad de los *fuqahā'* no distingue entre contrato y negocios jurídicos que son el fruto de una voluntad individual. Esta materia fue objeto de un estudio más pormenorizado en el capítulo tercero, al cual nos remitimos.

Estas líneas que hemos traído a colación nos aportan una valiosa información acerca de este negocio jurídico:

- Todas las escuelas y los principales *fuqahā'* lo clasifican como un tipo especial de donación. Ahora bien, aquellos que mantenían la entrega como un elemento esencial del dar abandonan este requisito para el *waqf*, pues la simple declaración de voluntad transmite la propiedad, dejando de pertenecer a la esfera jurídica del fundador. Los medineses mantienen

a [Quien constituye como *hubs* unos libros e impone como condición que no se preste salvo un solo libro cada vez]

Fue preguntado también (el *šayj* Abū al-Ḥasan al-Qābisī), Dios esté satisfecho de él, sobre uno que instituyó un *hubs* sobre unos libros y estipuló en la fundación que no se dieran más que de uno en uno; si el alumno necesitara libros y fueran de todos los tipos. ¿Se le dan dos libros juntos o no toma más que de uno en uno?

Contestó: si el alumno fuera de confianza y serio; si no fuera conocido por eso, no se entregaría más que de uno en uno y si fueran los libros de la clase que se temiera su pérdida, más de uno. De la literalidad de las palabras de Abū 'Umrān, se desprende que no se ha de incumplir sus estipulaciones, por el dicho "los musulmanes en sus condiciones". Del tenor de la pregunta se desprende que se ha de velar por la intención del fundador, no sus palabras literales; así se aplica la costumbre sobre los libros constituidos en *waqf* en favor de las escuelas en los que se estipula que no salgan de la escuela. En este tiempo rige la costumbre de que salgan en presencia de los profesores y con su consentimiento, por lo que realizan para ellos y para otros. Y Dios es el más sabio.

b Pero este esmero en distinguir entre el contrato y la voluntad unilateral no ha impedido a la generalidad de los *fuqahā'* de denominar contrato a ambos sin diferenciarlas, generalizando el uso de la expresión a todo negocio "se limite a uno o participen más de uno". Así, hablan del contrato de legado, debaten sobre si los contratos de donación, comodato, préstamo, fianza y prenda se concluyen con la oferta y la aceptación o solo con la oferta. Cuando muestran lo que hace que se suspenda un contrato o no, las condiciones nulas que anulan los contratos y cuáles no, analizan los negocios sin distinguir entre contrato y voluntad unilateral; de esta manera, mencionan el repudio, la manumisión, la renuncia, el *waqf*, de la misma manera que la venta, el arrendamiento, la partición, el matrimonio y el divorcio consensual.

su teoría del título y el modo: la expresión del deseo por parte del instituidor provoca el nacimiento de la institución, al menos en sus efectos obligacionales; la *traditio* se considera necesaria para el traspaso dominical y la irrevocabilidad de la fundación; asimismo, también nos hemos referido a su papel en la publicidad del negocio jurídico.

- Los jurisconsultos que se adhieren a la enseñanza de Mālik otorgan un especial papel a la voluntad del fundador, casi al mismo nivel que los preceptos del Legislador.
- En consecuencia, para el *fiqh*, el elemento esencial es una declaración de voluntad unilateral. En cualquier caso, el concepto musulmán de contrato no distingue entre los negocios bilaterales y unilaterales.

Al encuadrar el negocio jurídico como donación, unido a la posibilidad de llevarlo a cabo mediante testamento, une la institución a las *piae causae*, fundaciones benéficas de derecho romano cristiano, que eran constituidas mediante los mismos mecanismos¹⁹⁰⁰. Asimismo, nos encontramos ante una declaración cuya única fuente es la de una sola persona y que concierne a unos bienes concretos, al igual que se produce en la figura bizantina. Por esta razón, el proceso de personificación jurídica de los bienes habices, al menos en su vertiente piadosa, parece seguir los pasos de las fundaciones cristianas de derecho romano.

7.2.2 Controversia sobre la eternidad de la institución. Diferencia esencial entre la escuela *mālikī* y *ḥanafī*

En el derecho romano ya cristianizado pero anterior a Justiniano, a la hora de regular este tipo de fundaciones, la perpetuidad de la institución no fue una cuestión pacífica. Puesto que la idea de la personalidad jurídica, que superara la noción de la personalidad individual de un sujeto determinado, no estaba asentada, la práctica buscó caminos para dotar al negocio jurídico de la eternidad pretendida. El primer paso fue convertir en herederos a los santos, mártires o personalidad celeste, como el propio Cristo; otras veces, los fundadores atribuían a la donación o legado *mortis causa* la fuerza de un contrato *inter vivos*, subrayando su carácter irrevocable. Una vez que Constantino decretó la tolerancia al Cristianismo, los principios de esta nueva religión, que llevaba algunos siglos introduciéndose en la sociedad romana, inspiran progresivamente con más fuerza la legislación, usos y costumbres de la población. Poco a poco las transmisiones entre vivos o para después de la muerte, que se venían realizando con el fin sostener el culto o a los pobres, se empezaron a efectuar a favor de los obispos y presbíteros, en razón del cargo, no de la persona, por lo que la continuidad de la fundación quedaba garantizada más allá de la duración de la vida del individuo. El emperador Justiniano conservó la validez de la institución de herederos en favor de Jesucristo, santos y mártires¹⁹⁰¹. Por lo que respecta a las fundaciones familiares, algunos autores consideran que, en especial a partir del siglo III de nuestra era, los testadores, imponían la carga a los legatarios de legar esos mismos bienes a otra persona y así sucesivamente; se abría la puerta a la fundación eterna. Asimismo, fue apareciendo una clase de fideicomiso por el cual se trataba de mantener los bienes dentro de la familia. Se acude en defensa de esta tesis a textos de Gayo y Papiniano¹⁹⁰².

بيع جائز وشرط باطل.

1637- حدثنا [...] عن الأوزاعي قال: إبتعت جارية وشرط علي أهلها أن لا أبيع ولا أهب ولا أمهر. فإذا مت فهي حرة، فسألت الحكم بن غنينة فقال: لا بأس به، وسألت -أو سئل- مولى عطاء فكرهه، قال الأوزاعي: فحدثني [...] عن الحسن قال: البيع جائز، والشرط باطل...¹⁹⁰³

a Venta válida y condición nula.

1637- Nos habló [...] que al-Awza'i dijo: compré una esclava y sus dueños me pusieron como condición que no la vendiera, donara ni la diera como dote. Si yo muriera, sería libre; pregunté a al-Ḥakam b, 'Utayba quien dijo: no hay impedimento. Y pregunté -fue preguntado- Mawlā 'Aṭā', quien lo consideró odioso. Al-Awza'i dijo: me comentó [...] que al-Ḥasan- dijo: la venta es válida y la condición nula...

Este ulema, al-Awza'ī, nacido en Baalbeck, en el valle entre las dos cordilleras extendidas de Norte a Sur en Líbano, cuya escuela, acogida por la dinastía omeya y por ello la primera aplicada en al-Andalus y extinguida pronto, analiza la venta con la condición de no disponer. Se trata de la compra de una esclava con la prohibición de venderla, donarla o entregarla como dote; además, una vez muerto el adquirente, la misma alcanzaría la libertad. Se hace eco de la opinión de varios alfaquíes que vivieron poco después de la muerte del profeta. El primero no encuentra inconveniente; el segundo considera odiosa la condición y al-Awza'ī, siguiendo otra corriente, establece que la venta es válida, teniendo la condición como no puesta. En los inicios del *fiqh*, no existía una postura uniforme sobre las ventas con prohibición de disponer; no existía una oposición frontal a sacar determinados bienes del tráfico jurídico.

^aقال الشريف العملي في نوازل ما نصه: اختلف في الوصية للأحفاد وفيه موجود ومن لم يوجد، هل يملك الشيء به الأخير من الأحفاد أو هو ملك لجمعهم، والأول هو المختار لغير واحد. ونقل عن أجوبة الشيخ أبي إسحاق التونسي في الوصية لأولاد فلان أو ما يتزايد لفلان أنها تكون حيساً موقوفاً مادام الأب حياً، لا تباع ولا توهب ولا يستشفع ولا تورث عن مات منهم قبل موت الأب، فإذا مات الأب فهي من قبيل الهبة المملوكة التي تورث وتفوت بأنواع الفوت ويستشفع بها¹⁹⁰⁴.

Esta respuesta del jurisconsulto es muy interesante, porque al-Wazzānī revela que los legados en favor de nietos o descendientes, en vida de sus progenitores, se consideran como un *waqf* hasta la muerte de estos, en los que los legatarios adquirirán la plena propiedad del legado o donación *post mortem*. Se trata de un mecanismo casi idéntico al fideicomiso, en el que se establece una regulación provisional sobre un bien, prohibición de disponer y aprovechamiento de sus rentas y frutos, hasta que el beneficiario final acceda a la propiedad completa. Nos encontramos en esta herramienta jurídica, los fideicomisos romanos, diseñado para hacer llevar a una persona un patrimonio mediante un encargo a un tercero para que custodie y entregue el mismo al destinatario final. En el caso de esta fetua, ese personaje intermedio queda muy difuminado, se trata de una fundación, aunque, dada la parquedad del texto, también podría estar involucrado el padre de los legatarios finales; asimismo, en oposición al latino, se trataría de la constitución de un *hubs* por ministerio de la ley, sin que conste la voluntad expresa del testador.

^bالحمد لله، وقع السؤال عن رجل أوصى ثلثه لأحفاده من أولاده الذكور وعينه في دار سكنه، وقال إن إنقطعوا يرجع الثلث المذكور لورثته ثم إنهم إزدادوا وتصرفوا وإنقطعوا، فهل يرجع الثلث المذكور لورثته يوم موته أو يوم المرجع؟ والجواب بقول القاضي المكناسي في مجالسه ما نصه: والحبس هل يرجع لأقرب الناس المحبس يوم الموت أو يوم المرجع.

a Al-Šarīf al-'Amalī ha dicho en sus respuestas lo que sigue: hay diferencias sobre el legado a favor de los nietos, cuando algunos existen y otros no. ¿El legado pertenece al último legatario o es de todos? Lo primero es lo preferible. Se cuenta de las fetuas de *al-šayj Abū Ishāq al-Tūnī* sobre los legados en favor de los hijos de fulano y descendientes lo siguiente: se trata de un *waqf* indisponible mientras el padre permanezca con vida, no se vende, ni se se dona, ni se aplica el retracto, ni se hereda del nieto que muera antes que el padre; si el padre muriera, se trataría de una donación que trasmite la propiedad, se hereda, prescribe como lo demás y se ejerce el retracto.

b Gracias a Dios, se ha planteado la cuestión sobre un hombre que lega un tercio a los nietos de sus hijos varones, concretándolo en la casa donde habita. Se ha dicho: si se extinguieran, ¿revertiría el tercio mencionado en sus herederos, aunque hubieran aumentado, dispuesto de él y extinguidos? ¿El tercio revertiría en sus herederos a día de su muerte o a día de la reversión?

La respuesta en opinión del Juez al-Mikānī en su consejo es lo que sigue: ¿el *hubs* revierte a la gente más cercana al fundador el día de su muerte o el día de la reversión?

Dije: al-Maqrarī ha dijo en su *Kuliyiāt*: todo *hubs* que revierte como herencia lo hace a la gente más cercana al fundador el día de su muerte, y todo *hubs* que revierte como *hubs* lo hace a la gente más cercana al fundador el día de la reversión.

Dije: esto es lo que opina, Dios tenga misericordia de él, 'Isā sobre Ibn al-Qāsim en el segundo documento que criticó de los que había escuchado sobre el *hubs*.

Dije: Ibn Rušd opina que la gente más cercana quiere decir la gente con mejor derecho a la herencia el día de la muerte. Dado que la dación era para los nietos, era durante su vida únicamente; después revierte su dominio directo como propiedad plena a los herederos del donante, es lo que quiere decir la '*umrā* con llamamiento sucesivo. Y había opinado en *al-Muṭṭaṣar*: revierte al donante de la '*umrā*, y a sus herederos que lo fueran el día de la muerte del donante; en opinión de Ibn al-Qāsim, como en *al-Dajīra*, no al heredero el día de la reversión, Al-Zarqānī opina. En el compendio de al-Matīṭī se dice lo siguiente: Si el donante de la '*umrā* con llamamiento sucesivo en favor de indeterminados, no es válido que ninguno la venda, porque se entiende como *hubs*, por ello revierte después de la extinción de los llamamientos a la gente más cercana al donante.

قلت: قال المقرئ في كليته: كل حبس يرجع ميراثاً فهو على أقرب الناس المحبس يوم موته، وكل حبس يرجع حبساً فهو على أقرب الناس بالمحبس يوم المرجع.

قلت: هذا الذي قال رحمه الله هو نص عيسى ابن القاسم في الثانية من رسم نقدها من سماعه من الحبس. قلت: قال ابن رشد: قوله، على أقرب الناس معناه على أحق الناس بميراثه يوم مات. وأيضاً حيث كانت هذه العطية للأحفاد التاء هي بالإسماح بها مدة حياتهم فقط، وبعد ذلك ترجع رقبته ملكاً لورثة المعطي، فهي في معنى العمرى المعقبة. وقد قال في المختصر: ورجعت للمعمر ووارثه يوم موته أي موت المعمر -بالكسر- عند ابن القاسم كما في الذخيرة لا وارثه يوم المرجع. قاله الزرقاني. وفي إختصار المتطية ما نصه: فإن كان العمرى معقبة على مجهول من يأتي، فلا يجوز لأحد شراؤها؛ لأنها بمعنى الحبس، ولذلك ترجع بعد إنقراض العقب إلى أول الناس بالمعمر¹⁹⁰⁵.

El muftí decimonónico repasa las opiniones de ulemas de su escuela clásicos como Ibn al-Qāsim, o Averroes abuelo, junto con otros menos conocidos, como al-Mikānsī, juez de Salé en Marruecos en el siglo XVII¹⁹⁰⁶, o al-Maqarrī, nacido en Tremecén, Argelia el año 1357¹⁹⁰⁷. En la fetua se considera cuál ha de ser el momento en que se considera que los herederos han de recibir la reversión de un *waqf* o una *'umrā*, de llamamiento sucesivo. Para nosotros, la respuesta no tiene mayor trascendencia; sin embargo, la unanimidad entre todas las opiniones sobre la reversión como herencia de ambas instituciones, en plena propiedad, nos informa de dos hechos: la íntima conexión entre ambas y que para los seguidores de Mālik ninguno de los dos negocios jurídicos es eterno. Al menos, compartiendo el mismo régimen jurídico, en ocasiones se emplea el primer término si se fundó con carácter perpetuo y *'umrā* si está prevista en el origen la reversión.

^aالفصل الرابع في مصرف الحبس: بعد إنقراض المحبس عليهم وذلك على ثلاثة أقسام: الأول: حبس على قوم معينين فإن ذكر لفظ الصدقة أو التحريم لم يرجع إليه أبداً، وإن لم يذكرهما فإذا إنقضوا، فأختلف قول مالك فقال: أولاً يرجع إلى المحبس أو إلى ورثته، ثم قال: لا يرجع إليه ولكن لأقرب الناس إليه. الثاني: حبس على محصورين كأولاد فلان وأعقابهم. الثالث: حبس على غير محصورين ولا معينين كالمساكين فلا يرجع إليه اتفاقاً ويرجع إلى أقرب الناس إليه إن كان لم يعين له مصرفاً فإن عين مصرفاً لم تعد إلى غيره¹⁹⁰⁸.

Entre los seguidores de Mālik b. Anas, al contrario que los de Abū Ḥanīfa, la posibilidad de que el *waqf* revierta en propiedad privada normal y plena no está descartada. Así, Ibn Ḥawzī establece que, en algunos casos, la no utilización por parte del fundador de las expresiones *ṣadaqa* o *tahrīm*, prohibición, así como cuando los beneficiarios no están determinados, posibilita que el mismo regrese como propiedad plena en la persona del propio fundador, sus herederos o las personas más cercanas al mismo.

^bالفصل السادس علوم الحديث.

[...] وكانت طريقة أهل الحجاز في أعصارهم في الأسانيد أعلى ممن سواهم في الصحة، لإستدادهم في شروط النقل من العدالة والضبط، وتجاقيهم عن قبول المجهول الحال في ذلك. وسيد الطريقة الحجازية بعد سلف الإمام مالك عالم المدينة...¹⁹⁰⁹

Ibn Jaldūn marca las diferencias entre las distintas escuelas ortodoxas; en este caso sobre la ciencia que se dedica a estudiar los dichos del profeta. Para el historiador, la gente de la zona occidental de la Península Arábiga, ribereña del Mar Rojo y separadas del centro de la misma por la cadena montañosa del mismo nombre, aislándola de la región del Naḥd¹⁹¹⁰, es la que mejor la domina, pues su método es el más exacto y válido. Su mejor representante es Mālik b. Anas, *el sabio de Medina*. Esta zona es donde surgió la figura de Muḥammad, y el lugar donde las tradiciones ancestrales árabes estaban más arraigadas.

a Capítulo cuarto. Destino del *hubs*: después de la extinción de los beneficiarios, hay tres tipos. El primero: el *hubs* en favor de un grupo determinado, si hubiera utilizado la expresión *ṣadaqa*, o *prohibición*, no revertiría a él nunca; si no las hubiera mencionado, la opinión de Mālik está dividida: no revertiría ni en el fundador ni en sus herederos; posteriormente se opina: no revertiría en el fundador pero sí a la persona más cercana al mismo. Segundo: el *hubs* en favor de personas limitadas, como los hijos de fulano y su descendencia. Tercero: el *hubs* en favor de personas no determinadas ni limitadas, como los pobres, no revertiría en él por consenso, sino que revertiría en la gente más cercana a él, en el caso de no haber determinado un destino concreto, pues, si fuera así, no se destinaría más que a estos beneficiarios.

b Capítulo sexto sobre las ciencias del hadiz.

[...] El método de la gente del Ḥiḥāz en sus diferentes épocas sobre las cadenas de transmisión es más elevado que el de los demás y más perfecto en su validez, por estar aferrado en las condiciones de transmisión a la justicia, la precisión y alejamiento de aceptar lo desconocido. El señor del método del Ḥiḥāz después de sus antecesores es Mālik.

^a وأعلم أن الأئمة المجتهدين تفاوتوا في الإكثار من هذه الصناعة والإقلال؛ فأبو حنيفة -رضي الله تعالى عنه- يقال بلغت روايته إلى سبعة عشر حديثاً أو نحوها، ومالك -رحمه الله- إنما صح في كتاب الموطأ وغايتها ثلاثمائة حديث أو نحوها [...] هذا مع أن أهل الحجاز أكثر رواية للحديث من أهل العراق، لأن المدينة دار الهجرة ومأوى الصحابة، ومن إنتقل منهم إلى العراق كان شغلهم بالجهاد أكثر. والإمام أبو حنيفة إنما قلت روايته لما شدد في شروط الرواية والتحمل، وضعف وواية الحديث اليقيني إذا عارضها الفعل النفسي. وقلت من أجلها روايته فقل حديثه. لا أنه ترك رواية الحديث متعمداً، فحاشاه من ذلك¹⁹¹¹.

Ibn Jaldūn compara a los seguidores de Mālik b. Anas, mucho más atentos a la tradición del profeta, sus compañeros y, en definitiva, las costumbres más genuinamente árabes, con los de Abū Ḥanīfa, centrados en la deducción de las normas mediante el empleo de la analogía. Los primeros tienen su sede en la ciudad de Medina, receptora de la emigración de Muḥammad y refugio de sus compañeros.

^bوأما مالك -رحمه الله تعالى- فأختص بمذهبه أهل المغرب والأندلس. وإن كان يوجد في غيره؛ إلا أنهم لم يقلدوا غيره إلا في القليل، لما أن رحلتهم كانت غالباً إلى الحجاز، وهو منتهى سفرهم. والمدينة يومئذ دار العلم، ومنها خرج إلى العراق، ولم يكن العراق في طريقهم، فإقتصر على الأخذ عن علماء المدينة. وشيخهم يومئذ وإمامهم مالك وشيوخه من قبله وتلميذه من بعده. فرجع إليه أهل المغرب والأندلس وقلدوه دون غيره، ممن لم تصل إليهم طريقته. وأيضاً البداوة كانت غالبية على أهل المغرب والأندلس، ولم يكونوا يعانون الحضارة التي لأهل العراق؛ فكانوا إلى أهل الحجاز أميل لمناسبة البداوة. ولهذا لم يزل المذهب المالكي غصاً عندهم، ولم يأخذ تنقيح الحضارة وتهذيبها كما وقع في غيره من المذاهب الخلافيات:

وأما الخلافيات فأعلم أن هذا الفقه المستنبط من الأدلة الشرعية كثير فيه الخلاف بين المجتهدين [...] وتاليف الحنفية والشافعية فيه أكثر من تاليف المالكية؛ لأن القياس عند الحنفية أصل لكثير من فروع مذهبهم كما عرفت، فهم لذلك أهل النظر والبحث. وأما المالكية فالأثر أكثر معتمدتهم وليسوا بأهل نظر. وأيضاً فأكثرهم أهل المغرب، وهم بادية غفل من الصنائع إلا في الأقل...¹⁹¹².

El autor de los prolegómenos comenta como en el Norte de África y al-Andalus la escuela mayoritaria era la de los seguidores de Mālik b. Anas, casi en exclusividad. En su opinión, esta preferencia tiene dos causas: en el momento de su desarrollo la ciudad de Medina era la cuna de la ciencia jurídica y el carácter beduino de la gente de esos lugares, frente a la civilización personalizada en las escuelas nacidas en Iraq. Sin que nos corresponda a nosotros valorar estas afirmaciones, sí no es útil para esta tesis que esta escuela sea considerada como la depositaria del acervo beduino árabe, aspecto que tendrá su repercusión en el régimen jurídico establecido por ellos sobre el *waqf*. Asimismo, los seguidores de Mālik b. Anas fundamentan sus preceptos en la tradición, por ser habitantes de zonas desérticas del Norte de África, mientras que los de Abū Ḥanīfa emplean la analogía, el estudio y la investigación.

a Has de saber también que las escuelas de estudiosos de la analogía han abandonado la ampliación de esta ciencia. De Abū Ḥanīfa -Dios el altísimo esté satisfecho de él- se dice que relató unos diecisiete hadices. Por su parte, Mālik -Dios se apiade de él- considera como válidos, en su libro *al-Muwaṭa'*, unos trescientos [...]

A pesar de que la gente del Ḥiṣyāz utiliza más los hadices que la gente de Iraq, porque la ciudad de Medina es la casa de la *Hiṣra* y el refugio de los compañeros, la gente de Iraq se dedica más a la aplicación de la analogía. El imán Abū Ḥanīfa acude menos a los mismos por la dureza de las condiciones para acudir a ellos, y la debilidad en encontrar alguno seguro, pues se le opone el propio hecho, por lo que lo utilizan con escasez, no porque lo abandonen a propósito, sino a pesar de ello...

b En cuanto a Mālik -Dios el altísimo tenga misericordia de él-su escuela se ha centrado entre la gente del Magreb y de al-Andalus, aunque están presente en otras zonas, pero no se han dejado influenciar por otros, salvo aisladamente; sus viajes han sido mayoritariamente hacia el Ḥiṣyāz, el destino final de sus expediciones. Madīna, en aquellos tiempos, era la casa de la ciencia, de donde partió hacia Iraq. Iraq no estaba en su camino, así que se limitaron a aprender de los ulemas de Madīna. Su *ṣayj* y su imán por entonces era Mālik, sus jeques anteriores y sus alumnos después de él. Hacia él se volvieron la gente del Magreb y de al-Andalus excluyendo cualquier otro. Asimismo, el carácter beduino era mayoritario en el Magreb y al-Andalus, sin que llegaran al grado de civilización presente en Iraq, estando la gente del Magreb y de al-Andalus más inclinados a la vida beduina. Por ello, la escuela *mālikī* continúa vigorosa entre ellos, sin que se hayan desarrollado y civilizados como ha ocurrido entre las demás escuelas.

Las controversias:

Las controversias, has de saber, que nacen porque el *fiqh*, deducido de las fuentes legales, ha producido muchas diferencias entre los estudiosos [...]

La literatura *ḥanafī* y *ṣāfi'i* es más numerosa que la *mālikī*, porque la analogía es para la *ḥanafī* el origen de muchas de sus derivaciones en la escuela como sabes, por ello son gente de observación y estudio. En cuanto a la *mālikī*, la tradición es su principal apoyo y no son gente de observación. También la mayoría son del Magreb, desierto de gente que descuida las industrias, salvo una minoría.

^aوسئل عن حبس حبساً وشرط إن مات المحبس كان للمحبس عليه من ثلث المحبس، وإن مات المحبس عليه قبل المحبس رجع الحبس، وإن شرط المحبس أن يرجع إلى ورثته بعده إن كان ميتاً، فقد يمكن أن يقال في هذا كالعمرى حقيقة، ويرث المرجع على الحبس بعده أحق الناس بوراثته يوم مات ورثتهم بعدهم وورثة ورثتهم كالعمر¹⁹¹³.

En opinión de los seguidores de Mālik b. Anas, como se observa en este dictamen seleccionado por al-Wanšārīsī, la diferencia entre el *waqf* y la *'umrā* es muy sutil. El fundador puede estipular que, si al fallecer el beneficiario los bienes retornen a él como plena propiedad, o a sus herederos, al igual que este tipo de donación especial únicamente considerada válida por esta escuela. En este supuesto, sería negocios jurídicos equivalentes a todos los efectos. En consecuencia, admiten fundaciones temporales, vitalicias.

^b{تحبس مقطع أحجار لا ينتفع به إلا بإستهلاك أجزاءه} وسئل الفقيه البركة المفتي أبو مهدي المواسي عن مسألة من الأقباس [...] وأيكم الموفق الرشيد في بعض فصول عقد تحبیس، نص موضع الحاجة منه، حبس على بن حميد السيفاني على أبي سعيد بن محمد السبتی جميع مقطع بن كليب والغرس القائم به [...]

فأجاب: [...] في تحبیس المقطع المذكور وجه صحيح في النظر، لأن حقيقة الحبس على ما حده به الشيخ الفقيه القاضي ابن عبد السلام: إعطاء منافع على سبيل التأبید، صريح في البحث قررتم في سؤالكم، لأن إعطاء المحبس إنما تعلق بالمنافع بالأعيان المحبسة، وقوله على سبيل التأبید يخرج العارية والعمرى

Retomamos otra fetua, cuyo contenido más amplio comentamos cuando en el capítulo tercero tratábamos de mostrar la naturaleza jurídica no contractual del *hubs*. En este momento, nos interesa resaltar que el jurista Ibn 'Abd al-Salām, juez de jueces en Túnez, nacido en la localidad de Almonastir en el año 1277¹⁹¹⁴, establece la distinción entre el *waqf* y la *'umrā* en la cuestión de la eternidad. Esta delgada línea que separa ambas instituciones quizás sea un argumento a favor de esta dación del dominio directo temporal como origen de la fundación.

^c[تفسير: يرجع إلى أقرب الناس بالمحبس]

وسئل ابن القاسم عن تفسير: يرجع إلى أقرب الناس بالمحبس.

فأجاب: إنما ذلك على من يرثه وليس على أولى الناس به ممن لا يرثه من عمه أو خالة أو نحو هؤلاء. ابن رشد أما الخالة وبنات الأخوات ما كان وبنات البنات، وبنو البنات وبنو الأخوات، وأما العمه يدخل فيه على إختلاف قد مضى تحصيله في أول سماع ابن القاسم، فإن كان أصل التحبیس على المحتاجين مثل أن يقول هو حبس على الفقراء من ولدي وولد ولدي أو على محتاجي آل فلان

a Se le preguntó sobre quien constituyó un *hubs* y estipuló que, si el fundador muriera, al beneficiario le correspondería un tercio de los bienes objeto del *hubs*; si muriera el beneficiario antes que el fundador, se revertiría el *hubs*, y si revirtiera en sus herederos después de él, si estuviera muerto. Podemos decir que esto es en realidad como la *'umrā*, y hereda después de él la persona con más derecho a su herencia el día de la muerte, de sus herederos después y de los herederos de los herederos como la *'umrā*.

b (La fundación de un *waqf* sobre una cantera, que no es aprovechable más que con su consumo)

El alfaquí bendito, el muftí Abū al-Mahdī al-Mawāsī sobre cuestiones relativas al *waqf* [...] y su opinión recta sobre algunas cuestiones de un *contrato* de *waqf* que incluye el lugar del mismo, constituido por 'Alī b. Ḥamīd Al Sīfānī, en favor de Abū Sa'īd b. Muḥammad, el ceutí, de toda la cantera de Ibn Kulayb y lo plantado en ella [...]

Y contestó [...] en la constitución del *waqf* sobre la cantera nombrada, hay un aspecto correcto que hay que observar, y es que la naturaleza del *hubs* en contraposición a otros aspectos, según el jeque, el alfaquí juez Ibn 'Abd al-Salām es dar las utilidades con vistas a la eternidad, y así está explícito en vuestra pregunta. Porque la dación de lo constituido en *waqf* únicamente se refiere a la utilidad, no al bien en sí, y en su afirmación con vista a la eternidad extrae el préstamo de uso y la *'umrā* (de la definición) ...

c [Explicación: vuelve al más cercano entre la gente del fundador].

Ibn al-Qāsim fue preguntado por la exégesis de la expresión vuelve al más cercano entre la gente del fundador.

Contestó: eso se refiere a quien lo hereda y no al pariente más próximo a él de quien no lo hereda entre los tíos paternos y maternos y similares. Ibn Rušd: en cuanto a la tía materna y las hijas de las hermanas y las hijas de las hijas, e hijos de las hijas, e hijos de las hermanas; en cuanto a la tía paterna se incluye disintiendo de lo que se ha escuchado de Ibn al-Qāsim. El origen del *hubs* es para los necesitados, como si dijera es un *hubs* para los pobres entre mis hijos y los hijos de mis hijos o para los necesitados de la familia fulana y similar. No revertiría el *hubs* más que al más cercano entre la gente del fundador que fueran pobres. Si el *hubs* fuera para su hijo o para la familia tal sin especificar para los pobres de entre ellos, la opinión más extendida es que el *hubs* revertiría, después de la extinción de los beneficiarios, entre los más cercanos entre la gente del fundador que fueran pobres; es la opinión de Ibn al-Qāsim y lo que cuenta en la *Mudawwana*. La opinión de Ibn Nāfi ' sobre Mālik en la *Mudawwana* es que revierte en el más cercano de entre la gente del fundador, rico o pobre, sin que este tenga preferencia sobre aquel. Se dice que si se tratara de habitación, se incluiría al rico y al pobre. Si fueran los frutos, no se incluiría al rico. Y de Dios es el éxito.

وما أشبهه ذلك فلا يرجع الحبس إلا لأقرب الناس بالمُحبس من الفقراء. وأما إن كان الحبس على ولده أو آل فلان دون أن يخص الفقراء منهم، فالمشهور أن الحبس يرجع بعد إنقراض المحبس عليهم إلى أقرب الناس من المحبس من الفقراء وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة. وقد روى إن نافع عن مالك في المدونة أنها ترجع إلى أقرب الناس به من الأغنياء والفقراء لا بيد الفقير على الغني، وقد قيل إنه إن كان سكنى دخل فيه الغني والفقير وإن لم يكن له مسكن إذ لا يستغنى الغني عن مسكن، فإن كان غلة لم يكن للغني فيها مدخل. وبالله تعالى التوفيق¹⁹¹⁵.

Esta respuesta, dentro de esta misma recopilación norteafricana, trata de explicar el significado de la expresión la *persona más cercana al fundador*. Se refiere a una fundación cuyos beneficiarios están determinados y se extinguen. El siguiente llamamiento sería a la persona que heredaría al fundador si no nos encontráramos ante un *waqf*, siempre y cuando fuera pobre, según la opinión mayoritaria entre los seguidores de Mālik b. Anas. Otra explicación, menos probable, sería entender que el *waqf* retornaría a un heredero necesitado del fundador como propiedad plena. En cualquier caso, para esta escuela, al contrario de la de Abū Ḥanīfa como veremos, no es necesario establecer una fórmula final piadosa para el caso de que las líneas de llamamiento establecidas se extinguieran.

^a[من قال حبساً صدقة ولم يقل لا يباع، فحكمه حكم الحبس المعقب]

وسئل عبد الحميد بن أبي الدنيا عن مسألة بظهر من جوابه.

فأجاب بعد الحمد لله والتصلية: من حبس على رجل بعينه أو على قوم بأعيانهم ولم يقل لا يباع، وقال حبساً صدقة، قال مالك في العتبية: حكمه حكم الحبس المعقب، وظاهر قول ابن المواز كالمعقب إلا أن يقول حبساً أو بقيده بأجل، وأصعب يقول: حكمه حكم الحبس المعقب ولو قيده بالحياة، لأن حكم الحبس في مقتضى العرف أن لا يباع ولو قال لا يباع، فلم يختلف قول مالك أنه كالحبس المعقب ولا يرجع على المحبس، هذا إذا أطلق لفظ الحبس لإتضائه لغة لا يباع، فإذا تقرر هذا فنقول: إن هذا الحبس عن من ذلك ممن هو موجود ولم يعين من بعدهم إلا بالنسبة للأولاد وهم غير موجودين ولا معلوم وجودهم ولا إذا وجدوا ما عددهم، فإن كان الحبس على المعينين الحكم فيه بحكم التحبيس المعقب، فأجزره هذا بهذا التحبيس المسؤل عنه، ولا يرجع إلى المسجد إذا إنقضى من حبس عليه، ورجع حبساً على أولى الناس بالمحبس عليه يوم المرجع، وإن كان الحكم على ذنب فلا تدخل فيه الوصايا ولا يورث عن المحبس، وأما ما ذكره السائل عن ابن حارث وابن المواز أن الحبس إذا قيد بحياة المحبس، أو بأجل فإنه يرجع ملكاً للمحبس بغير خلاف فغير صحيح، وقد ذكرنا الخلاف وذكرنا قائله في هذا الجواب وإن ذكر ذلك بعض الموثقين فخطأ ووهم، فأعلم ذلك، ثم إن ما ذكره ابن المواز معترض على قول مالك، لأن من يقول حبست على فلان إنما يريد مدة حياته، فلا فرق بين أن يقول حياته أو يسكت، فأعلم ذلك إنتهى...¹⁹¹⁶

Esta fetua de ‘Abd-I-Ḥamīd b. Abū al-Dunyā, tomada de la misma colección, complementa a la anterior. La opinión mayoritaria de la escuela es que, si la fundación se realiza nombrando a personas concretas como beneficiarios, se entiende que es en su favor y en la de sus descendientes; si estos se extinguieran, se llamaría, como beneficiarios también, a la persona más cercana al fundador. No obstante, existe otra corriente que consideraría que revertiría, pero como propiedad privada plena, en esa misma persona.

a [Quien dice *ḥubs ṣadaqa* y no dice que no se venda, su régimen jurídico sería el del *ḥubs al-mu‘aqab*]

Fue preguntado ‘Abd-I-Ḥamīd b. Abū al-Dunyā sobre la cuestión y así aparece su respuesta.

Respondió después de alabar y orar a Dios: quien constituyera un *ḥubs* en favor de un hombre concreto y determinado o en favor de un grupo determinado y concreto sin decir que no se venda, diciendo *ḥubs ṣadaqa*, opina Mālik en la ‘*Utubiyya*: su régimen jurídico sería el del *ḥubs al-mu‘aqab*. Y es evidente la opinión de Ibn al-Mawāz que afirma que es *mu‘aqab* salvo que diga *ḥubs* o lo limite por un plazo. Y *Asbag* opina: su régimen jurídico es el del *ḥubs al-mu‘aqab* aunque lo limite a la vida del beneficiario, porque el régimen del está supeditado a la costumbre de que no se venda, lo diga o no es indiferente para la opinión de Mālik de considerarlo como *ḥubs al-mu‘aqab* sin que revierta en el fundador. Esto es así si se empleara la expresión *ḥubs* en el sentido de exigir que no se venda. Si se confirmara esto, diríamos: esto sería que el fundador hubiera mencionado a una persona en concreto y no a los siguientes más que mediante la filiación, sin existir ni ser conocidos y si existieran, sin conocer su número. Si el *ḥubs* es en favor de personas determinadas, su régimen jurídico sería el del *ḥubs al-mu‘aqab*; no revertiría el mismo en la mezquita tras la extinción de los beneficiarios, sino que revertiría como *ḥubs* en la persona más cercana al fundador el día de la reversión, no entrarían los legados ni se heredaría del fundador. En cuanto a lo que ha mencionado quien pregunta con relación a la opinión de Ibn Ḥarīṭ e Ibn al-Mawāz sobre que, si el fundador hubiera limitado el *waqf* a su vida o a un plazo, revertiría como propiedad plena del fundador sin diferencias, no es correcta. Ya hemos mencionado la controversia y lo que ha dicho en esta respuesta, aunque algunos sabios de confianza lo defiendan, es un error y pura imaginación. Has de saber esto, que lo que opina Ibn al-Mawāz es contrario a la enseñanza de Mālik, pues quien dice que ha constituido un *ḥubs* en favor de fulano quiere que sea vitalicio, así que no hay diferencia entre quien dice mientras viva o calle. Has de saber esto...

[...]^a فقال وقفها على فلان وفلان وعلى المساكين فيكون لكل واحد ممن سماه سهم ويكون لجميع المساكين سهم واحد من قبل أن كل وقف لا يكون آخره للمساكين فليس بوقف جائز لأن الوقف هو المؤبد الذي لا ينقطع إلى يوم القيامة إلا أن يشترط الواقف أن له أن يبيعه ويستبدل بثمنه ما يكون وقفاً مكانه فإن هذا يجوز في قول أبي يوسف¹⁹¹⁷.

La concepción de la institución entre los seguidores de Abū Ḥanīfa, como nos expone al-Jaṣṣāf, lleva implícita su eternidad. Por ello, siempre se ha de incluir en la fórmula de constitución cuando se trata de un *waqf* familiar la cláusula residual en favor de los pobres, de los cuales no se prevé su extinción como sí ocurre con los linajes. Este régimen no es incompatible con la posibilidad que se le otorga al fundador de vender los bienes habices para, con su precio, adquirir otros que ocupen su lugar. Para la escuela de Mālik, la perpetuidad no es un rasgo tan característico ni se exige designar a los menesterosos como beneficiarios subsidiarios. Es más, en muchas ocasiones asimilan el *ḥubs* y la *'umrā*.

Recapitulemos la información que nos aportan estos textos:

- El *fiqh*, como se desprende de las palabras de al-Awza'ī, no se muestra partidario de extraer bienes del tráfico jurídico, poniendo trabas a su disposición por parte del propietario; esta será la consecuencia fundamental de la constitución de un *waqf*: la prohibición de vender, donar o transmitir mediante herencia.
- Ibn Jaldūn nos marca la disparidad de enfoque jurídico, desde un punto de vista general, entre los seguidores de Mālik b. Anas y los de Abū Ḥanīfa. Los primeros apegados a la tradición árabe y musulmana de Medina, los dichos del Profeta como fuente primordial de sus normas y anclados en una forma de vida beduina; por su parte, los segundos prefieren aplicar la analogía y otras herramientas intelectuales para deducir los preceptos a partir de las fuentes originales, estando más vinculados a zonas con un mayor índice de civilización en palabras del pensador tunecino.
- Esta distinta forma de encarar la ciencia jurídica tiene una de sus principales consecuencias en la diversa regulación que cada escuela prescribe sobre la necesidad de la eternidad. Los iraquíes se muestran estrictos; tanto es así que, como requisito de validez, que analizaremos en profundidad, siempre exigen una cláusula explícita nombrando beneficiarios a los pobres u otros colectivos compatibles con la finalidad piadosa, en caso de extinción de las líneas del linaje familiar, en el supuesto de este tipo de fundación. No contemplan la posibilidad de vuelta atrás o la reversión de los bienes en propiedad plena. La eternidad es una característica esencial.
- Por contra, entre los discípulos de Mālik se observa quiebras en la perpetuidad de la institución. En primer lugar, no es necesaria esa cláusula explícita. Si los descendientes de los beneficiarios establecidos en la constitución desaparecieran, aplicarían diversas normas subsidiarias que varían entre los distintos ulemas: el *waqf* se extinguiría, volviendo como propiedad privada en el fundador o sus herederos; otros mantienen que se llamaría como beneficiarios a las personas más próximas al instituidor (es decir, herederos más cercanos) que fueran pobres o, por último, a estos mismos llamados, con independencia de su poder económico. Así mismo, el régimen jurídico de la fundación es idéntico a la de la *'umrā*. El único matiz sería la intención expresa de continuidad en el tiempo del *ḥubs*, que quedaría al capricho de la persona que realiza el acto, por lo que estaría facultado para configurarlo supeditado a término o a condición resolutoria.

a [...] Y dijo que su *waqf* es en favor de fulano, fulano y los pobres; cada uno de los nombrados le corresponde su parte y para todos los pobres un parte. Es así porque todo *waqf* que no tenga como beneficiario final a los pobres no es un *waqf* válido, porque el *waqf* es el eterno cuyos llamamientos no se cortan hasta el Día del Juicio, excepto que el fundador estipule que puede venderlo y sustituir con el precio otro en su lugar, pues esto está permitido en opinión de Abū Yūsuf.

La perpetuidad de los habices, con carácter general, pone a la institución frente a la finitud de la vida humana. Por lo tanto, se han de ofrecer soluciones por el derecho que suplan esta contradicción. En algunas culturas jurídicas, como la nuestra, el expediente de la personalidad jurídica suple la temporalidad del hombre mediante la aplicación a un ente con una duración indefinida las características propias de la persona física. Habremos de dilucidar si esto ocurre de la misma manera con el *waqf*.

7.2.3 Fórmulas de constitución

Los *fuqahā'* suelen reservar, en especial al describir el contrato de la compraventa, un espacio amplio al análisis de las expresiones a través de las que se perfecciona el negocio. Por ejemplo, prescriben la utilización del tiempo pasado, entre otros condicionantes. Los ulemas especialistas en el *waqf* también se extienden con profusión sobre los requisitos de la fórmula que se ha de emplear para constituir válidamente la fundación.

^a(28) باب الوقف كيف يُكتب؟

2772- حدثنا [...] قال: أصاب عمر بخبير أرضاً، فأتى رسول الله، ص، فقال: أصبت أرضاً لم أصب مال قط أنفس منه فكيف تأمرني به؟ قال: ((إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها)) فتصدق عمر أنه لا يبيع أصلها ولا يوهب ولا يورث، في الفقراء والقرى والرقاب في سبيل الله والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يُعظم صديقاً، غير متمول فيه¹⁹¹⁸.

Este dicho, el número 2772 incluido en el capítulo 28 en la gran obra de al-Bujārī, del profeta y el contexto en el que se expresa, la conversación con 'Umar b. al-Jaṭṭāb, para el orientalista Peter C. Hennigan¹⁹¹⁹, representa el origen legal de la institución, aunque toma otra versión con leves variantes. El título del capítulo induce a pensar en las expresiones que ha de contener la fórmula utilizada por el fundador para constituir el negocio jurídico. La palabra empleada tanto por Muḥammad como por 'Umar b. al-Jaṭṭāb es *ṭasadaqa*, verbo derivado de la raíz *ṣadaqa*; su traducción sería algo así como hacerlo o convertirlo en *ṣadaqa*. Igualmente, la presencia de las oraciones yuxtapuestas *no se vende, ni dona ni hereda*, atiende al mismo fin.

^bولم قلت إذا قال أرضي هذه وقف ولم يزد على ذلك أن الوقف باطل وخالفت أبا يوسف-

قال- لأن الوقف يكون للغني والفقير ولم يسم لأيهما هي فلذلك أبطلته ولأن هذا الوقف ولم يسم وجهه فالوقف على هذا باطل أ لا ترى أن رجلاً لو قال أرضي هذه محبوسة ولم تزد على ذلك لم يكن وقفاً كذلك قوله موقوفة فهما سواء على ما وصفت لك. قلت- لم إذا قال أرضي هذه صدقة ولم يزد على ذلك أمرته أن يتصدق به وإذا قال هي موقوفة لم تأمره أن يتصدق بها- قال- لأن الصدقات كلها للمساكين إلا أن يعلم أنه عني بها غيرهم إن الله يقول في كتابه إنما للفقراء والمساكين وكل صدقة لا يضاف إلى أحد فهي للمساكين أ لا ترى أن رجلاً لو قال مالي صدقة ولم يزد على ذلك كان ماله للفقراء والمساكين فليس قول (وقف) بمنزلة قوله صدقة لأن قوله صدقة له معنى صحيح يعرف بما أراده وقوله ليس له معنى يعرف...¹⁹²⁰

a (28) Capítulo: ¿cómo se escribe el *waqf*?

2772- Nos habló [...] que dijo: 'Umar obtuvo unas tierras en Jaybar, llegó el profeta y le dijo: he obtenido una tierra que no la hay mejor, ¿qué me ordenas hacer? Dijo: "si lo deseas, retén la raíz y da la tierra como *ṣadaqa*". Así lo hizo de tal manera que no se venda, ni done ni se herede, para los pobres, familiares y el domino útil como ofrenda a Dios, el huésped y el vagabundo, no habría pecado si su administrador tomara de sus frutos según lo acostumbrado o alimentara a un amigo, sin tenerlo como retribución.

b ¿Por qué has dicho que si dijera que esta mi tierra es un *waqf* sin añadir nada más, sería un *waqf* nulo, opinión a la que se opone Abū Yūsuf?

Dijo: porque el *waqf* es para el rico o el pobre y no ha nombrado a ninguno, por eso lo considero nulo y porque este *waqf* en el que no ha mencionado el destino sería nulo. ¿Acaso no ves que si un hombre dijera que esta mi tierra está *retenida* sin añadir nada más, no sería un *waqf* y lo mismo ocurriría si solo dijera *detenida*, según te he descrito?

Dije: ¿por qué dijiste que si dijera esta mi tierra es una *ṣadaqa* y no añadiera nada más, le ordenarías que lo diera como limosna y si dijera que era retenida no ordenarías que lo diera como *ṣadaqa*?

Dijo: porque las *ṣadaqāt*, todas, son para los pobres salvo que se conozca que es para otros. Dios dijo en su libro que las *ṣadaqāt* son para los pobres y menesterosos. Toda *ṣadaqa* que no añada el destinatario, sería para los pobres. ¿Acaso no ves que si hubiera un hombre que dijera que mis bienes son una *ṣadaqa* sin añadir nada más, sus bienes serían para los pobres y los beneficiarios? No ocurre esto con la palabra *waqf*, porque la expresión *ṣadaqa* tiene un sentido correcto y la palabra *waqf* no tiene un sentido definido...

Hilāl b. Yaḥyā, uno de los juristas más destacados entre los seguidores de Abū Ḥanīfa, nacido en Basora, Iraq, en el siglo IX como vimos, afirma que la mera utilización de los términos, *waqf*, *ḥubs* o demás derivados de estas raíces, en especial el participio pasivo, no es suficiente para considerar la fórmula de constitución eficaz para instituir una fundación. El ulema, entre otros elementos, considera esencial la inclusión de expresiones que determinen el destino del *waqf*. Es interesante la reflexión que realiza comparando las expresiones *waqf* y *ṣadaqa*; al comienzo de este capítulo constatamos la estrecha relación entre ambas instituciones. Este alfaquí estima que la utilización de la palabra *ṣadaqa* sin añadir nada más bastaría para considerar la limosna como válida, pues el término, por sí mismo, tiene un sentido jurídico claro, algo que no ocurre con la expresión *waqf*, la cual debería ser completado para desplegar sus efectos legales.

قلت- فلم قلت إذا قال أرضي هذه صدقة موقوفة كان ذلك جائز وإذا قال أرضي هذه صدقة ولم تزد على ذلك أنها لا تكون وقفاً. فمن أين قلت إذا اجتمعت الكلمتان جميعاً أنها وقف جائز - قال- لأنه إذا قال أرضي هذه صدقة موقوفة قد علمنا أنه لم يرد بقوله موقوفة وقف الدين لأنه قال مع قوله صدقة ولأنه ذكر حبس أصلها وتصديق بها وخرجت بقوله موقوفة من أن يكون نذراً وإنما معنى قوله موقوفة أي محبوسة الأصل وقوله صدقة أي يتصدق بها بمثل ما يتصدق به من الوقف فهذا وقف صحيح جائز قد سمي سبيله وحبس أصله وكذلك الوقف جائز ألا ترى إلى قول رسول الله، ص، لعمر بن خطاب حين إستشاره في وقف الأرض إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها كانت الصدقة إنما هي في غلتها وكان قوله حبستها أي حبست أصلها وكذلك الوقف الجائز فهي على مثل ما أمر به النبي، ص، وإذا قال أرضي هذه صدقة ولم يقل غير ذلك ولم يذكر حبس أصلها فصارت بمنزلة النذر وخرجت من أن تكون محبوسة الأصل على ما أمر به رسول الله، عمر بن خطاب وإنما قال موقوفة ولم يزد على ذلك فليس قوله موقوفة دليل على أنها للفقراء ولا دليل أنه لا تباع لأن الوقف يكون للغني والفقير ولأن الأرض توقف للدين والوصايا ولحبس الأصل فهذا الوقف لم يسم سبيله ووجهه فلم يتصدق بغلته فقد خرج من أن يكون ما أمر به النبي، ص، عمر بن خطاب لأنه إنما ذكر حبس الأصل ولم يذكر الصدقة على ما أمر به عمر به الخطاب فلذلك أبتطلت حتى يجتمع الكلامان الصدقة والحبس فإذا اجتمع كان الوقف جائزاً على ما وصفت لك.

[...] قال- نعم هذا كله جائز على ما وصفت لك إذا ذكر حبس الأصل فوقف فقال هو موقوفة أو وقف على كذا وكذا وسمى وجهاً من وجوه الرب لا يحاط به فهو بمنزلة قوله موقوفة على المساكين وهو بمنزلة قوله صدقة موقوفة لأن الصدقة على مساكين من البر فإذا حبس لأصل على وجه من وجوه البر لا ينقطع فهو بمنزلة قوله على اليتامى ولم يذكر صدقة فهو سواء وهو وقف جائز ولا يكون لليتامى الأغنياء منهم شيء إنما هي موقوفة على فقراء اليتامى...¹⁹²¹.

Hilāl b. Yaḥyā acudiendo al famoso dicho del profeta a ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, sobre la retención de la raíz del bien y la puesta en circulación de los frutos, al que nos hemos referido como el fundamento *legislativo* de la institución, prescribe que toda fórmula de constitución de un *waqf* debe incluir ambos conceptos: retención de la raíz y liberación de los frutos. Es decir, únicamente son válidas las expresiones que impliquen que el dominio directo o *nuda* propiedad es indisponible

a Dije: ¿Por qué dijiste que si dijera que esta mi tierra es una *ṣadaqa retenida* sería válido y si dijera que esta mi tierra es una *ṣadaqa* y no añadiera más, no sería un *waqf*? ¿De dónde dijiste que si se juntaran las dos palabras sería un *waqf* válido? Dijo porque si dijera que esta mi tierra es una *ṣadaqa retenida*, sabríamos que con su expresión retenida no quiere la retención por deudas al emplear la expresión *ṣadaqa*, porque menciona el *ḥubs* de la raíz y su conversión en *ṣadaqa*; con la utilización de la palabra *retenida* se sale del significado de voto; el significado de *retenida*, es decir, retenida la raíz, junto a la palabra *ṣadaqa*, es decir, convertida en *ṣadaqa*, es igual a lo que se produce en el *waqf*. Y sería un *waqf* perfectamente válido, en el que se señala el destino y la retención de la raíz. ¿Acaso no ves que el Enviado de Dios, en su contestación a ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, cuando le consultó sobre el *waqf* de su tierra: si quieres, retén su raíz y da como *ṣadaqa* sus frutos, hace que la *ṣadaqa* sea solo sobre sus frutos y la retención sobre la raíz? Así, el *waqf* es válido, como ordenó el profeta. Si dijera esta mi tierra es una *ṣadaqa* sin añadir nada más y sin mencionar la retención de su raíz, sería como un voto, excluyéndose del sentido de la retención de la raíz, según ordenó el Enviado de Dios a ‘Umar b. al-Jaṭṭāb. Si dijera esta mi tierra está retenida sin añadir nada más, no probaría que sería para los pobres no que no se vendiera, porque el *waqf* puede ser para el rico y el pobre, y porque la tierra puede ser retenida por causa de deudas o legados. Con la retención de la raíz sin que en el *waqf* se hubiera determinado los beneficiarios, no se estaría constituyendo en *ṣadaqa* sus frutos, excluyéndose del ámbito de lo que ordenó el profeta de Dios a ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, porque solamente habría mencionado la retención de la raíz y no la *ṣadaqa*. De ahí que se anule el *waqf*, hasta que se junten ambas palabras, la *ṣadaqa* y el *ḥubs*; si se produjera así, el *waqf* sería válido.

[...] Dijo: sí, todo esto es válido según te he descrito. Si mencionara el *ḥubs* de la raíz y dijera: que está retenida en favor de esto y esto y nombrara una finalidad piadosa que no se extingue, sería como decir que está retenida en favor de los pobres, pues la *ṣadaqa retenida* sería como una *ṣadaqa* en favor de los pobres, igual de piadosa. Si retuviera la raíz en favor de una finalidad piadosa que no se extinga, como en favor de los huérfanos, sin nombrar la palabra *ṣadaqa*, sería un *waqf* válido, no estando incluidos los huérfanos ricos, solo los pobres...

y que el dominio útil o usufructo circule en el tráfico jurídico en favor de unos beneficiarios. Por un lado, las palabras *waqf* o *hubs* y por otro el término *ṣadaqa*. Las derivaciones gramaticales de los mismos son admitidas. Asimismo, la expresión *ṣadaqa* se entiende puesta implícitamente si se nombra subsidiariamente como beneficiario a los pobres o cualquier otro beneficiario de carácter piadoso, como los huérfanos (se entiende siempre aquellos sin recursos).

^a[...] وأما الصبغة فهي لفظ الحيس والوقف والصدقة وكل ما يقتضي ذلك من قول، كقوله: محرم لا يباع ولا يوهب ومن فعل كالإذن للناس في صلاة في الموضع الذي بناه مسجداً، ولا يشترط قبول المحبس عليه إلا إذا كان معيناً مالكاً أمر نفس¹⁹²².

Uno de los principales ulemas del reino nazarí de Granada, Ibn Ḍawzī, señala unas normas muy laxas a la hora de regular la fórmula por la que se ha de proceder para constituir el *waqf*: esta palabra, su sinónimo *hubs* o el término *ṣadaqa* que hace referencia a la limosna y que hemos visto como antecedente de la institución. Otra cuestión que merece que nos detengamos en ella es que no se precisa la aceptación del beneficiario excepto si está plenamente determinado y con total capacidad de obrar.

^b[القاعدة: الأصل في الكلام الحقيقة] وفي ذلك فروع: منها: إذا وقف على أولاده، أو أوصي لهم، لا يدخل في ذلك ولد الولد في الأصح؛ لأن إسم الولد حقيقة في ولد الصلب [...] ومنها: لو قال: وقفت على حفاظ القرآن لم يدخل فيه من كان حافظاً ونسيه، لأنه لا يُطلق عليه حافظ إلا مجازاً بإعتبار ما كان [...] ومنها: وقف على وراثته زيد وهو حي لم يصح؛ لأن الحي لا وراثته له...¹⁹²³

Al-Suyūṭī, el jurista del siglo quince, establece una regla general para las fórmulas que se han de emplear en la constitución de los negocios jurídicos: el principio en las expresiones es que se refieran a una realidad. La misma es ilustrada por varios ejemplos sobre la declaración de voluntad que concluye la fundación: si se emplea la palabra nieto, no abarcaría a los nietos; si se utilizara el término herederos estando la persona viva, el *waqf* sería nulo, ya que no sería una realidad hasta después de la muerte del causante. En general, como es propio del *fiqh* y su tendencia objetiva, se tiende a favorecer la voluntad expresada sobre la interna o intención real del declarante. Esta solución produce cierta rigidez y la anulación de los negocios por fallos en la selección de las palabras, que sería insubsanable.

^c[قاعدة: الصريح لا يحتاج إلى نية، والكناية لا تلزم إلا بنية] [...] الثاني: من مشكل قول (المنهاج) في الوقف: قوله (تصدقت) فقط ليس بصريح، وإن نوى، إلا أن يضيف إلى جهة عامة وينوي، فإن ظاهرة أن النية تُصيره صريحاً، وهو عجيب، فإنه ليس لنا صريح يحتاج إلى نية، وعبرة الحرر: ولو نوى لم يحصل الوقف، إلا أن يضيف، وهي حسنة [...] [...] والوقف يحتاج إلى تعيين الجهة الموقوفة عليها، وقبول الموقوف عليه إذا كان معيناً.¹⁹²⁴

Al-Suyūṭī continúa y, en aplicación de la regla que impone que lo evidente no requiere de intención y la alusión solo funciona con ella, afirma que el uso del verbo derivado, *taṣadaqa*, que llevamos al español como hacer una *ṣadaqa*, por sí sola no sería suficiente para concluir el negocio jurídico; la fórmula habría de incluir la finalidad a la que se destina (los beneficiarios), aunque la

a [...] En cuanto a la fórmula, se refiere a la palabra *hubs*, *waqf*, y *ṣadaqa*; todo hecho que aluda a esto: prohibido, que no se vende o dona, como el permiso para que la gente rece en el edificio que ha construido como mezquita. No se exige la aceptación del beneficiario salvo que esté determinado y ostente plena capacidad de obrar.

b (Regla: el principio en la expresión es la realidad)

En ella se produce ramificaciones. Entre ellas: Si constituyera un *waqf* en favor de sus hijos, o les hiciera un legado, no incluiría en esa expresión al hijo del hijo en la opinión más correcta, porque el nombre de hijo es una realidad sobre los hijos de sangre [...] Entre ellas: si dijera “constituyo un *waqf* en favor de los que memorizan *El Corán*, no estaría incluido en la misma quien lo memorizó y luego lo olvidó, porque el nombre se refiere a él más que simbólicamente, pues lo era [...] Entre ellas: el *waqf* en favor de los herederos de Zayd estando este vivo, no sería válido, porque el vivo no tiene herederos...

c (Regla: lo explícito no necesita intención y las alusiones no precisan más que la intención).

[...] Segundo: es un problema la opinión en (*al-Minhāy*) sobre el *waqf*. Si se dice *taṣadaqa* sin añadir nada más, no es explícito, aún si fuera su intención, salvo que añadiera una finalidad general que fuera su intención. Lo aparente es que la intención lo convertiría en evidente, algo inaudito, pues para nosotros lo evidente no precisa intención; la expresión utilizada no constituiría un el *waqf* sin que añadiera algo más; es lo correcto [...]

[...] El *waqf* necesita señalar los beneficiarios y la aceptación de estos solo si están determinados.

intención del constituyente fuera crear la fundación. Vemos la inclinación por la voluntad expresada realmente. Asimismo, en el caso de beneficiarios determinados, la aceptación es necesario para la validez.

[...] فأجاب: أما رسم التحبيس المسطور بمحولة فلا يوجب حكماً البتة، لعدم تعيين الأملاك المحبسة فيه، إذ لا بد من تعيينها فإذا لم يثبت تعيينها فجميع ما خلفه المحبس المذكور من جميع أحباس الأموال موروثه عنه...¹⁹²⁵

Esta fetua, que forma parte de la colección de al-Wanšārīsī, introduce un elemento imprescindible en toda fórmula de constitución: la determinación de los bienes que serán constituidos en *waqf*.

وُسئلت عن ورثة إقتسموا تركة والدهم وتباروا فيها ثم إستظهر أحد الأولاد برسم أن الهالك أوصى في صحته بتحبيس جميع الأراضي والأجنات والزيتون التي على ملكه بعد موته على أولاد بنيه، فلان وفلان وفلان، وبنينهم ما تناسلوا. وذلك بعد ثمان سنين من أمد القسمة بينهم.

فأجبت: الحمد لله، الوصية حوله صحيحة لا مرية فيها، وهي لازمة للورثة بلا إشكال، وقد نصوا أن من حبس شيئاً في صحته، وقال ينفذ بعد موته، فإن ذلك يكون في الثلث، وعليه؛ فإن كانت الأراضي والأجنات والزيتون الموصى بها مقدار ثلث الهالك، فلا إشكال، وإن كانت أكثر فيخرج منها الثلث، وهذا كله ظاهر لا يحتاج إلى إستدلال عليه.

وقال الشيخ ميارة في شرح "التحفة": إذا لم يذكر في الوصية لفظ تحبيس ولا صدقة فتحمل على التملك للموصى لهم وتقسّم بينهم قسمة ملك على السواء لا يؤثر فيها فقير على غني...¹⁹²⁶

Muḥammad b al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī, además de afirmar la legalidad de la constitución de un *waqf* a través de legado, recoge la opinión del ulema Mayyāra, Muḥammad b. Aḥmad en su exégesis de *al-Tuḥfa*, nacido en la ciudad marroquí de Fez en el año 1590¹⁹²⁷, sobre la obligación de hacer expresa mención a la palabra *waqf/hubs* o *ṣadaqa* en la fórmula de constitución; en caso contrario, se tendrá como legado normal que otorga a los legatarios el título de propietarios y no el de beneficiario. La alusión a la palabra *ṣadaqa*, nos evoca el origen de la institución.

وُسئلت أبو العباس الهلالي شارح خطبة المختصر عن أوصى بثلث جميع متخلفه لحدته الذكور من أولاده الذكور، وما تناسلوا وإمتدت فروعه يقسم بينهم على عدد رؤوس آبائهم من غير نظر لتعدد الحفدة ثم ولد لأحد الولاد ذكر، فعاش سنة ثم مات، لمن تكون الغلة بعد موته؛ لأنه إستحق الوصية بإستهلاله صرياً، هل يرثه الأب إلى أن يوجد غيره أو ينقطع نسل الأباء، أو تعود الغلة للورثة. ما الحكم في ذلك؟

فأجاب: الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه سلم، لا ترجع الغلة المذكورة بعد موت الحفيد المذكور للورثة، أعني ورثة الموصي، ولا يرثها أيضاً عن الحفيد أبوه أو غيره من الورثة؛ لأن قول الموصي ما تناسلوا وإمتدت فروعهم، هو بمعنى التعقيب، وتعقيب العطية يلحقها في الحكم بالحبس...¹⁹²⁸

a [...] Contestó: en cuanto al documento de constitución del *hubs* que se contiene en estas líneas, no debe ser considerado en absoluto, por la falta de determinación de las propiedades que integran la fundación. Es necesario determinarlos, si no se constata todos los bienes que deje el fundador como *waqf* se convierten en herencia...

b Se me preguntó por unos herederos de la herencia de su padre, la que habían repartido y que posteriormente uno de los hijos había mostrado un documento en el que el fallecido legaba, en perfecto estado de salud, como *waqf* todas sus tierras, huertos y olivos de su propiedad, para después de su muerte, a los hijos de su hijo, fulano, mengano y zutano, entre ellos y para su descendencia. Todo ello tras ocho años desde la división.

Contesté: gracias a Dios. El legado es válido y no tiene deficiencias, ejecutivo para los herederos sin duda, ya que estableció estando sano que constituía el *waqf*. Dijo que se realizara tras su muerte, así que está limitado al tercio de su patrimonio. Si las tierras, huertos y olivos legados están dentro de ese límite del tercio de los bienes del fallecido, sin duda. Si lo superara, se limitaría a esa limitación. Eso es algo evidente que no precisa demostración.

Dijo *al-šayj* Mayyāra en su exégesis sobre la "*Tuḥfa*": si no se hubiera mencionado la expresión *hubs* o *ṣadaqa*, se admitiría como propiedad plena de los legatarios y se lo repartirían a partes iguales como propietarios, sin importar si son ricos o pobres.

c Se preguntó a Abū al-'Abbās al-Hilālī, el comentarista del "*discurso resumido*" sobre una persona que legó un tercio de su herencia a los nietos varones de sus hijos varones, y a sus descendencia y linaje, para que se lo repartan según el número de sus padres, sin importar el número de nietos; después nació un hijo varón, que vivió un año y luego murió. ¿Para quién serían los frutos después de su muerte? Porque tiene derecho al legado al haber nacido vivo. ¿Lo hereda su padre hasta que aparezca otro o se corta la descendencia de los padres, o retornan los frutos a sus herederos? ¿Cuál es el régimen aplicable?

Contestó: gracias a Dios y las bendiciones de Dios sean sobre nuestro señor Muḥammad y su familia y sus compañeros. No retornan los frutos mencionados, después de la muerte del nieto mencionado a sus herederos, es decir, los herederos de la persona que establece el legado, ni tampoco heredan del nieto su padre u otros herederos; porque la expresión del testador a su descendencia y lo que se extienda de su linaje, indica el llamamiento sucesivo y este llamamiento en las daciones implican la aplicación del régimen del *hubs*.

Al-Wazzānī recoge el dictamen de un jurista, nacido en Siyilmāsa, en el actual Marruecos, un siglo antes, año 1701, Abū al-‘Abbās al-Hilālī, sobre un legado en favor de los nietos varones de hijos varones y su descendencia. Su importancia para nuestro trabajo radica en que la expresión para su descendencia y toda la extensión de su linaje implica la aplicación del régimen jurídico del *waqf*, excluyendo las normas hereditarias. No se exige en la fórmula de constitución la utilización de la palabra *waqf* o *hubs*, sino cualquier expresión que implique llamamientos sucesivos. Asimismo, refuerza la consideración de esta institución como mecanismo de escapar de las normas de la herencia islámica que constriñen sobremanera la libertad de testar.

^a وقال ابن عرفة في الوصايا والأحباس: على متعارف بين الناس الخ [...] كما يعتبر العرف في الأحكام والفتوى، كذلك يعتبر القرائن أيضاً فيها لأنها تبين قصد الموصي والمحيس¹⁹²⁹.

En esta respuesta de su obra, al-Wazzānī, cita a un ulema de su escuela, Ibn ‘Arfa, tunecino del siglo XIV, e imán de su mezquita aljama, quien muestra la utilidad de la costumbre y los elementos concomitantes a la expresión utilizada por el fundador para conocer la voluntad del fundador, restando importancia a la fórmula en sí.

^b القاعدة التاسعة والثلاثون: في إنعقاد العقود بالكناية وإختلاف الأصحاب في ذلك. فقال القاضي في مواضع: لا كناية إلا في الطلاق والعتق، وسائر العقود لا كناية فيها...¹⁹³⁰

La escuela *hanbalī*, según Ibn Raḡab, se decanta por la precisión en las fórmulas de constitución de los contratos, salvo en lo relativo a la manumisión y al repudio. En su momento, mostramos nuestra posición sobre que el derecho islámico denomine contrato a cualquier negocio jurídico, en un punto de vista alejado de nuestra tradición latina.

^c وفي فتاوى العلامة قاسم بن قطلوبغا: أجمعت الأمة على أن من شروط الوقيين ما هو صحيح ومعتبر يعمل به، ومنها ما ليس كذلك.

قال في كتاب الوقف لأبي عبد الله، عن شيخه شيخ الإسلام: قول الفقهاء نصوص الواقف كنص الشارع؛ يعني: في الفهم، والدلالة في وجوب العمل، مع أن التحقيق أن لفظه، ولفظ الموصي والحالف والناذر، وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه، ولغته التي يتكلم بها، وافقت لغة العرب، ولغة الشارع أو لا.

ولا خلاف أن من موقف على صلاة، أو صيام، أو قراءة، أو جهاد غير شرعي ونحوه لم يصح، والله تعالى أعلم، ينتهي¹⁹³¹.

Muḥammad Amīn b. ‘Ābidayn, el ulema damasceno *hanafī*, que desarrolló su labor en el Damasco decimonónico, recoge la opinión de su escuela que, como podremos comprobar, discrepa de la de medineses. Según la misma, las estipulaciones del fundador son como las del *Legislador* (Dios), pero únicamente en la aclaración de las mismas y su aplicación práctica, una libertad de la voluntad limitada. Por ejemplo, esta corriente niega que se puede establecer en favor de actos tenidos como obligaciones religiosas: orar, leer *El Corán*, la guerra santa o el ayuno. Asimismo, admite que cada persona, a la hora de expresarse, incorpora sus costumbres y lo giros del idioma que habla, aunque estos han de casarse con el árabe, como lengua en la que Dios se reveló.

a Y dijo Ibn ‘Arfa sobre los legados y *ahbās*: lo que es reconocido por la gente, etc. [...] Así como la costumbre es tenida en cuenta para dictar fallos y fetuas, también las circunstancias concomitantes también lo son, porque muestran la intención de quien efectúa el legado y el fundador.

b Regle treinta y nueve: sobre la conclusión de los contratos por alusiones y la diferencia de los compañeros acerca de esta cuestión.

Ha dicho al-Qāḏī: no es válida la alusión salvo en el repudio y la manumisión; en el resto de los contratos no se tiene en cuenta...

c Se dice en las fetuas del ulema Qāsim b. Qaṭalūbga: la *umma* está de acuerdo en que entre las estipulaciones del *waqf* las hay válidas, que son tenidas en cuenta, y otras que no.

En su libro sobre el *waqf*, ha dicho Abū ‘Abd-l-Allāh, siguiendo a su maestro el jeque del islam: la expresión de los *fuqahā*’ de que lo prescrito por el fundador es como lo prescrito por el *Legislador* quiere decir en la comprensión y el sentido de lo que se ha de aplicar, teniendo en cuenta que su expresión, así como la de la persona que establece el legado, quien promete, el que hace un voto y todo contratante lleva consigo sus costumbres, el idioma que habla y ha de casar con el idioma de los árabes y el idioma de Dios.

No existe controversia acerca de que no es válida la constitución en favor de orar, ayunar, leer o la guerra santa o similar, y Dios el altísimo es más sabio. Se concluye.

^aوفي صدر جمادى الأولى تلوّه أنفذ الخليفة تحبيس حوانيت السراجين بسوق قرطبة على معلمين الذين قد إتخذهم لتعليم أولاد الضعفاء والمساكين بقرطبة، وأشهد القاضي محمد بن إسحاق في هذا التحبيس يوم الجمعة لسبع خلون منه فعظمت به المنفعة وجلت المنقبة وورث الله به القرآن أمة لم يكن أبأؤهم يعرضونهم لوراثته¹⁹³².

Ibn Ḥayyan, el cronista de la edad de oro del califato omeya de Córdoba, narra la constitución en *waqf*, por parte del soberano al-Ḥakam, de locales para que los artesanos fabricantes de monturas establecieran sus talleres. Aunque no cita las palabras empleadas para la realización de la fundación, nos aporta un dato importante: el juez Muḥammad b. Ishāq, actúa como testigo. Ningún ulema establece como requisito de validez la presencia de ningún testigo, pero parece ser que en la práctica se acudía a ellos para dotar al tráfico de mayor seguridad jurídica. En su momento, apuntábamos que, entre los de Mālik b. Anas, la necesidad de un acto de traspaso posesorio tenía bastante que ver con la necesidad de dar publicidad al acto, dado el hecho de extraer un bien de posibles transacciones futuras. Ante la dignidad del fundador, el propio califa, el testigo no puede ser otro que el juez principal de la capital cordobesa, quien había estudiado en La Meca y Egipto antes de llegar a al-Andalus; también asumió la presidencia de *maẓālim*, en el año 356 de la hégira, muriendo tres años después¹⁹³³.

Como resumen de los escritos de los ulemas, es posible referirnos a las discrepancias entre las dos escuelas fundamentales: los *ḥanafīes* establecen criterios muy estrictos para tener como válida y eficaz la fórmula empleada por el fundador, mientras que los *mālikīes* resultan más laxos. Los primeros exigen que la misma contengan dos palabras que hagan referencia al *waqf* y la *ṣadaqa*; sirven asimismo cualquier derivación gramatical de la misma. Ambas por separado no serían eficaces. Los segundos admiten cualquier término que exprese la intención de establecer la fundación. En opinión de los discípulos de al-Šāfi‘ī, la palabra *ṣadaqa* o su derivado verbal *taṣadaqa* ha de ir acompañada de la finalidad y los beneficiarios.

De estas posturas, entre otras características, podemos deducir el diferente concepto que tienen ambas corrientes de la institución. Los medineses no ponen tantos reparos con la función piadosa del *waqf*; su apego a la tradición de los árabes y su respeto por el linaje los lleva a no exigir la inclusión de la palabra limosna o sus derivados. Ellos no exigen que el destinatario final deban ser los pobres o cualquier otro beneficiario que pueda acogerse bajo el manto de la piedad; es más, admiten en determinados casos la reversión del *hubs* como propiedad o tienen previsto un llamamiento alternativo entre los herederos del fundador para el supuesto de la extinción de las líneas familiares establecidas. En el lado opuesto, los iraquíes no conciben el negocio jurídico sin la cláusula residual en favor de los pobres, por lo que la referencia a la *ṣadaqa* es un requisito *sine qua non*.

Esta cuestión formal resulta menos relevante en nuestro estudio sobre la existencia de una categoría islámica de personalidad jurídica. No obstante, la polémica entre los seguidores de Abū Ḥanīfa y de Mālik b. Anas con relación a la exigencia de una referencia a una finalidad piadosa residual pone ante nuestros ojos la desvinculación de la institución de las obras de piedad entre los medineses. En la legislación justiniana el privilegio de la personalidad jurídica se predicaba exclusivamente de los establecimientos benéficos¹⁹³⁴.

7.2.4 Voluntad del fundador como ley del *waqf/hubs*

En las páginas precedentes hemos comprobado que esta institución encuentra en el contrato de donación una matriz a partir de la cual encontró su propio régimen jurídico, aunque las

a A comienzos del mes de *ḡumādā al-awal*, el califa llevó a cabo la constitución en *waqf* de los locales de artesanos de monturas en el zoco de Córdoba en favor de los maestros encargado de enseñar a los hijos de los débiles y menesterosos en Córdoba. El juez Muḥammad b. Ishāq actuó como testigo en la celebración del acto viernes día siete. De esta manera, la utilidad fue enorme y la buena obra se hizo preclara, dando como herencia de Dios *El Corán* a la comunidad, donde los padres no lo pudieron dar.

disposiciones *mortis causa* jueguen un papel destacado. Si la donación, como expone Ribas Alba siguiendo a Ihering, refleja una unilateralidad original¹⁹³⁵ y este negocio jurídico, en virtud de la calificación de los ulemas, pertenece al género de las daciones, la voluntad que ha de regirlo será la del dador/fundador.

Si bien no se trata de una materia en la que debamos involucrarnos por exceder de las pretensiones de nuestra tesis, sería oportuno en este momento dejar algún apunte sobre la cuestión de la expresión de la voluntad en los contratos según los *fuqahā'* de las distintas escuelas. Se suele acusar al *fiqh* de decantarse en demasía por la voluntad expresada frente a la intención real del contratante. Alguna obra clásica como la de Joseph Schacht sería un buen punto de partida para aquellas personas interesadas¹⁹³⁶. Este tema está emparentado estrechamente con la tendencia objetiva que observamos en el derecho islámico.

Además de la donación, es frecuente, tanto en el derecho occidental como en la *Šarī'a*, acudir al testamento para constituir una fundación. Obviamente, este expediente también implica la presencia de una sola voluntad. Asimismo, no hemos dejado de apuntar a la tensión entre esta institución y el derecho sucesorio islámico. Además de otras anotaciones que hemos ido añadiendo, un estudio pormenorizado centrado en una fetua del siglo noveno de la hégira en la ciudad de Fez, sobre la constitución de una fundación, en la que la fundadora se aleja del sistema islámico hereditario constituye un buen ejemplo sobre esta problemática¹⁹³⁷.

^a الفرق الخامس عشر والمائة. بين قاعدة الأرزاق، وبين قاعدة الإجازات.

[...] ((المسألة الثانية)). أرزاق المساجد والجوامع يجوز أن تنقل عن جهاتها إذا تعطلت أو وجدت جهة عن أولى بمصلحة المسلمين من الجهة الأولى، ولو كانت وفقاً أو إجازة فتعذر ذلك فيها؛ لأن الوقف لا يجوز تغييره والوفاء بعقد إجازة واجب، وهو عقد لازم ويجوز أن يجعل الإمام المتولى المسجد أن يستتبع دائماً، ويكون له تلك الأرزاق وتلك الرزقة من الخراج والطين على النظر لا على القيام بالوظيفة، وإن كان ذلك لمن تقدمه على القيام بالوظيفة؛ بسبب أن الأرزاق معروف يتبع المصالح فكيفما دارت دار معها ويتعذر مثل ذلك في الأوقاف من الحوائيت والدور وغيرها؛ بسبب أن الوقف لا يجوز تغييره ولا تغيير شرط شروطه، فإذا وقف الواقف على من يقوم بوظيفة الإمامة أو الأذان أو الخطابة أو التدريس، لا يجوز لأحد أن يتناول من ريع ذلك الوقف شيئاً إلا إذا قام ذلك الشرط على مقتضى شرط الواقف، فإن أستتاب عنه غيره في هذه الحالة دائماً في غير أوقات الأعدار لا يستحق واحد منهما شيئاً من ريع ذلك الوقف.

a La diferencia décimoquinta. Entre la norma de los salarios y la norma de las rentas

[...] “La segunda cuestión”: los salarios en las mezquitas y mezquitas aljamas se pueden trasladar de una finalidad a otra si se extinguiera o se considerara más adecuada para los intereses de los musulmanes. Si fuera un *waqf* o una renta se excusaría su traslado, porque en el *waqf* no puede ser cambiado y en el arrendamiento su cumplimiento es un deber, pues es un contrato ejecutivo; el imán encargado de la mezquita puede delegar siempre, y le corresponderían los salarios y los ingresos por el barro y los frutos por su administración no por realizar la función, aunque correspondiera a quien le precedía en el cargo. Esto es así a causa de que los salarios, como es conocido, se subordinan a los intereses, lo cual se excusa en los *awqāf* sobre los locales comerciales y las habitaciones. Y la causa es que no es válido en el *waqf* cambiar ninguna de sus estipulaciones, si el fundador estipulara que fuera en favor de quien ocupe el cargo de imán, almuédano, quien da el sermón o profesor, no es válido a nadie tomar nada de las rentas de ese *waqf*, salvo que ostente esa condición, en virtud de lo dispuesto por el fundador. Si alguien realizara esa función en sustitución, sin excusa, no merecería nada de las rentas de ese *waqf*.

En cuanto al representante, porque la condición para su derecho es la validez de su autoridad, que está condicionada a que sea en favor de quien pueda administrar; este delegado no está facultado para administrar, sino que hace de imán, almuédano o profesor y no sería válida la subdelegación que emanara de él. Asimismo, este delegado no tendría derecho debido a que no estaría incluido en la estipulación del *waqf*; si delegara en los días permitidos, sí tendría derecho tomar de los frutos del *waqf* y a darle de ellos al subdelegado, pues sería a modo de salario por la función de enseñar, hacer de imán en la oración o de llamar a la oración, juzgar entre la gente o la *hisba*; si no cumpliera la función, no tendría derecho a tomar su parte, porque el gobernante le destina ese salario de la *bayt al-māl* por cumplir la función, no cumpliéndola no sería válido que se le diera el salario de la *bayt al-māl*. Si se le diera un salario sin estar en las estipulaciones y sin que se lo autorizara el gobernante no podría coger el salario. Este podría pagarlo siempre y cuando comprobara que no se dedica a otra función diferente, pues merecería este y no aquel. Si fuera un *waqf* y no estuviera incluido dentro de sus estipulaciones, el gobernante no podría pagar a quien no hubiera designado el fundador como beneficiario. Eso diferencia al salario de los *awqāf* y las rentas. Son válidos en las escuelas los salarios y el *waqf* y las rentas. En la opinión más extendida dentro de la escuela de Mālik, no es válida para el imán de la oración la renta, pero sí los salarios y el *waqf*...

أما النائب فلأنه من شرط إستحقاقه صح ولايته، وصح ولايته مشروطة بأن تكون ممن له النظر، وهذا المستتیب ليس له نظر، وإنما هو إمام أو مؤذن أو مدرس فلا تصح النيابة الصادرة عنه. وأما المستتیب لا يستحق شيئاً أيضاً بسبب أنه لم يقم بشرط الواقف، فإن إستتاب في أيام الأعدار جاز له أن يتناول ريع الوقف، وأن يطلق لنائبه ما أحب من ذلك الريع، وإن كان المطلق له إرزاقاً على وظيفة من تدریس أو غيره من الريع، وإن كان المطلق له إرزاقاً على وظيفة من تدریس أو غيره من الإمامة أو الأذن أو الحكم بین الناس أو الحسبة ولم يقم بتلك الوظيفة لا يجوز له أن يتناول ذلك القدر؛ لأن الإمام إنما أطلقه له من بیت المال على وظيفة، ولم يقم بها وإستباحة أموال بیت المال بغير إذن الإمام لا يجوز، وأخذ هذا المطلق بغير هذا الشرط لم يأذن فيه الإمام فلا يجوز له أخذه، ولالإمام أن يطلق له بعد إطلاعه على عدم قيامه بالوظيفة لمصلحة أخرى غير تلك الوظيفة فإستحققه بالإطلاق الثاني لا بالتقدير الأول، ولو كان وقفاً ولم يقم بشرطه لم يجز للإمام إطلاقه لمن لم يقم بشرط الوقف في إستحقاقه، فهذا أيضاً يميز لك الأرزاق من بال الأوقاف والإجارات، ويجوز في المدارس الأرزاق والوقوف والإجارة، ولا يجوز في إمامة الصلاة الإجارة على المشهور من مذهب مالك - رحمه الله - ويجوز الأرزاق والوقف....¹⁹³⁸.

Cuando tomábamos en consideración si la institución del *waqf* era un contrato o no, tomamos algunas frases de este fragmento de la obra de al-Qarāfī, nacido en Marruecos en el año 1285 y cuyo nombre se refiere al linaje de una tribu bereber¹⁹³⁹. En este epígrafe traza aquellos rasgos jurídicos que segregan los conceptos de salario, renta por arrendamiento de servicio y renta de los beneficiarios del *waqf*. En este negocio jurídico la virtualidad de la voluntad del fundador es tan fuerte que ni siquiera el gobernante puede cambiar su destino. En concreto, la retribución establecida por quien instituye el bien habiz para el almuédano o imán, no se puede alterar por la autoridad política.

^aالكتاب الثاني. في قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية. القاعدة الولی: الإجتهد لا يُنقض بالإجتهد.

[...] [خاتمة]: يُنقض قضاء القاضي إذا خالف نصاً، أو إجماعاً، أو قياساً جلياً.
[...] قال: وما خالف شرط الواقف فهي مخالفاً للنص¹⁹⁴⁰.

El ulema cairota, al-Suyūṭī, en el siglo quince, en este libro segundo de la obra *sobre los parecidos y contrarios en las reglas y derivados del fiqh*, al analizar la relación entre las reglas generales y los casos concretos, establece que la *iytiḥād*, o precepto determinado por la investigación de los alfaquíes sobre las fuentes primarias del derecho (los textos revelados en *El Corán* y los dichos del profeta) no puede anular otra *iytiḥād*. A modo de colofón de esta cuestión, afirma que los fallos del juez que contradigan los textos, el consenso o una analogía evidente, han de ser anulados. En este sentido, la estipulación del fundador de un *waqf* se considera en el mismo escalafón jerárquico jurídico que el texto (dicho del profeta o aleya coránica).

[...] لأن الفاظ المحبس كالفاظ الشارع يجب متابعتها مدلولاتها باعتبار نصوصها، وظواهرها.¹⁹⁴¹

Repetimos esta frase con lo que se pone punto y final a una fetua recopilada por al-Wanṣarīsī, transcrita de forma más extensa en lo que precede: *Porque las palabras del fundador son como las palabras del Legislador, que deben aplicarse, en su sentido, atendiendo a los textos y sus explicitaciones...*

a Libro Segundo. Sobre las reglas generales de las que se extraen conclusiones que no se incluyen las imágenes parciales. Regla primera: la *iytiḥād* no se anula con otra *iytiḥād*.

[...] (Conclusión): un fallo de un juez se anula si contradice un texto, consenso o clara analogía.

[...] Dijo: lo que contradiga la estipulación del fundador del *waqf* se considera contrario a un texto.

^a وقد إتفق المسلمون على أن شروط الواقف تنقسم إلى صحيح، وفاسد. كالشروط في سائر العقود. ومن قال من الفقهاء: أن شروط الواقف نصوص كألفاظ الشارع، فمراده أنها كالنصوص في الدلالة على مراد الواقف؛ لا في وجوب العمل بها: أي أن مراد الواقف يستفاد من ألفاظه المشروطة؛ كما يستفاد مراد الشارع من ألفاظه؛ كما يعرف العموم من الخصوص والإطلاق والتقييد والتشريك والترتيب في الشرع من الفاظ الشارع. كذلك تعرف في الواقف من ألفاظ الواقف [...] وأما تجعل نصوص الواقف أو نصوص غيره من العاقدين كنصوص الشارع في وجوب العمل بها؛ فهذا كفر بإتفاق المسلمين؛ إذا لا أحد يطاع في كل ما يأمر به من البشر -بعد رسول الله ص- والشروط إن وافقت كتاب الله كانت صحيحة. وإن خالفت كتاب الله كانت باطلة. كما ثبت في الصحيحين عن النبي، ص، أنه خطب على منبره وقال: "ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟! من إشتراط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل. وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق؛ وشرط الله أوثق". وهذا الكلام ثابت في البيع والإجارة. والوقف وغير ذلك بإتفاق الأئمة [...] إذا كانت شروط الواقف تنقسم إلى صحيح، وباطل: بالإتفاق؛ فإن شرط فعلاً محرماً ظهر أنه باطل لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وإن شرط مباحاً لا قرينة فيه كان أيضاً بالطلاء؛ لأنه شرط شرطاً لا منفعة فيه، لا له ولا للموقوف عليه؛ فإنه في نفسه لا ينتفع إلا بالإعانة على البر والتقوى¹⁹⁴².

Esta fetua de los principales filósofos y juristas *hanbalīes*, que aparece en el capítulo tercero de nuestro trabajo, impone que las condiciones impuestas del fundador únicamente tienen carácter interpretativo de su intención; sería casi herético asimilarlas a las palabras del Legislador. Acota el campo de actuación de la voluntad de las partes a estipulaciones recogidas en *El Corán*. En lo que respecta al *waqf*, es aún más restrictivo: únicamente admite aquellas disposiciones que tengan por finalidad una recompensa de Dios, una obra piadosa que lo acerque al Creador. Ibn Taymiyya impone muchas trabas a la hora de regular la libertad contractual, como un representante paradigmático de esta escuela y su aproximación "extremadamente moralista" al derecho¹⁹⁴³. En la visión del *fiqh* de este ulema, uno de los más famosos seguidores de Ibn Hanbal, las líneas ubicadas en la recopilación de al-Wanšarīsī de los párrafos precedentes rozarían la herejía.

Antes de concluir este apartado, únicamente nos resta insistir en la posición como piedra angular de la construcción de la regulación jurídica de la institución que los seguidores de Mālik b. Anas disponen a la voluntad del fundador. Esta postura resulta lógica, puesto que estos juristas mantienen la propiedad del dominio directo de los bienes en la esfera jurídica del fundador, aún después de fallecido. Entre las otras escuelas, sin menospreciar su importancia, abordarán la cuestión como un problema de interpretación estrictamente, en especial tras su muerte.

Esta supremacía de la voluntad del fundador en la determinación del régimen de los bienes habices es idéntica a la que nuestro ordenamiento otorga a la misma en las fundaciones. El artículo 2.2 de nuestra Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones: *Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley*. Conviene que recordemos que

a Los musulmanes han llegado al consenso de que las estipulaciones del fundador se dividen en válidas y nulas, como en el resto de los contratos; y ha dicho uno de los alfaquíes: las estipulaciones del fundador son textos obligatorios como los textos del Legislador, y con ello quiere decir que son como los textos para probar cuál es su voluntad. No en la obligatoriedad de las mismas; es decir la voluntad del fundador se aprovecha de sus expresiones estipuladas, como la voluntad del Legislador se aprovecha de sus expresiones, para diferenciar lo general de lo particular, lo absoluto de lo restringido, hacer algo partícipe de algo, y la jerarquía en las normas extraídas de las expresiones del Legislador; así se conocen las expresiones del fundador [...]

Pero en cuanto a convertir los textos del fundador o cualquier otro contratante como textos del Legislador en su obligatoriedad a la hora aplicarlos, eso es una herejía según el consenso de los musulmanes; nadie es obedecido en aquello que ordena entre los humanos -después del Enviado de Dios, sus bendiciones sean sobre él-; y las estipulaciones, si son conformes con el Libro de Dios, son válidas. Si contradicen el Libro de Dios, son nulas. Como ha quedado probado por los dos hadices verdaderos del profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él, que estaba dando el sermón desde el púlpito y dijo: "¿en qué piensa la gente que impone estipulaciones que no están recogidas en el Libro de Dios? Quien imponga una estipulación que no está en el Libro de Dios, sería nula, y aun si fueran cien estipulaciones, pues las estipulaciones del Libro de Dios son más legítimas; y la estipulación de Dios es más fiable".

Esta es la opinión probada en la venta, el arrendamiento, el *waqf* y el resto, por el consenso de los imanes [...]

Si las estipulaciones del fundador se dividen en válidas y nulas, por consenso, en caso de estipular una acción prohibida, es evidente que sería nula, pues no se obedece a una criatura contra la voluntad del Creador; si estipulara algo permitido pero sin finalidad piadosa, también sería nula, porque estipuló algo que no tiene utilidad, ni para él, ni para el beneficiario, pues se puede sacar provecho más que colaborando en el bien y la piedad.

esta misma norma concede la personalidad jurídica a las fundaciones creadas a su amparo en su artículo 4 desde el momento de su inscripción en el correspondiente registro. La disposición de una única persona crea un sujeto con una regulación definida en gran parte por ella.

7.2.5 Capacidad para fundar

Con la intención de no reiterar lo expuesto en el capítulo cuarto y duplicar los resultados de nuestra investigación, nos limitaremos a recordar las líneas generales. Este epígrafe no tiene como intención la de ir más allá de algunas circunstancias dignas de mención.

El *waqf*, como negocio jurídico derivado de la donación y perteneciente a los negocios jurídicos sin contraprestación o a título gratuito, impone al fundador los requisitos de capacidad de obrar cualificada: es decir, se exige siempre la mayoría de edad y no estar incapacitado mediante un fallo judicial en caso de quiebra (algunos ulemas añaden que la mera situación fáctica de imposibilidad para hacer frente a las deudas implica la falta de capacidad). Analicemos algunos fragmentos sobre casos singulares:

^a الحمد لله، المسطر أعلاه من أن المقعد الذي طال مرضه نحو الخمسة الأعوام وهو صحيح العقل تام الميز والإدراك له حكم الصحيح، فينفذ جميع تبرعاته في هذه المدة من رأس ماله ولا من ثلثه¹⁹⁴⁴.

Hemos tenido ocasión de exponer que la capacidad para realizar liberalidades en caso de enfermedad grave se limita al tercio del patrimonio del donante, al igual que las disposiciones *mortis causa*. No obstante, al-Wazzānī al-Fāsī aclara que esa situación, si se prolonga en el tiempo y la persona disfruta de plenas capacidades psíquicas, recupera la plena disponibilidad.

^b سئل سيدي سعيد العقباني عن مضغوط أسلفه شخص ما خلص به نفسه. فأجاب: أنه يغرم ما تسلف وخص به نفسه، هذا الذي إختاره، وفيه خلاف. ومن نوازل الزيات أيضاً ما نصه: ووجدت بخط بعض الفقهاء: الذي إستمرت به الفتوى أن الهبات وسائر التبرعات من الرعية على من هو وال عليهم من القضاة ومن عداهم، مردوداً غير نافذة؛ لأنها ثمن جاههم، وذلك من باب الرشوة، فلترد الوصية إلى الورثة الموصي، والله سبحانه أعلم¹⁹⁴⁵.

Las daciones, como el *hubs*, están prohibidas en favor del tutor por parte de su pupilo, pues se considera una especie de soborno, el precio de su *auctoritas*.

^c وسئلت عن امرأة متزوجة تملك نصف دار فقط باعته ثلاثة عشرة ريال، وقد كانت باعت النصف الأول فيها يثمانين ريالاً، فقام زوجها يريد إبطال بيعها، لما فيه من المحاباة بأكثر من ثلثها، فهل له ذلك أم لا؟

a Gracias a Dios, lo que anteriormente recogido es que la persona postrada cuya enfermedad se ha alargado cinco años, estando bien de cabeza, con discernimiento completo y pleno entendimiento, sus actos son válidos, y se ejecutan todas sus liberalidades durante ese período de su capital, no del tercio del mismo.

b Fue preguntado el señor Sa'īd al-'Aqabānī sobre la persona presionada por la venta que le ha realizado alguien del que todavía no se ha emancipado.

Contestó: él está obligado a la venta, pues quien lo escogió; en esto hay diferencias.

Entre las fetuas de al-Zayyāt también se establece: encontré manuscritos de los *fuqahā'*: es constante en las fetuas que las donaciones y el resto de liberalidades de un pupilo hacia su tutor, juez o de otro tipo, es nula y no se ejecuta, porque sería el precio de su *auctoritas*, tenido como soborno, así que se rechaza el legado en favor del heredero de quien realiza el legado. Dios todopoderoso es más sabio.

c Fui preguntado sobre una mujer casada que es propietaria de la mitad de una casa; la vendió por trece reales, cuando la otra mitad fue vendida por ochenta. El marido quiere anular su venta, por este favoritismo. ¿Está capacitado para ello?

Contesté: gracias a Dios, al haber actuado con nepotismo esta mujer en más de un tercio, el marido puede rescindirla. Si lo hace, rescinde la venta mencionada y el derecho de retracto vinculado a la misma, porque esa venta, en las condiciones descritas, está condicionada a su consentimiento, así que la venta y el retracto vinculado se consideran como no realizadas; transmitiendo la opinión de los ulemas se hace patente la verdad y se niega la mentira.

Dijo en la *Mudawwana*: si la mujer actuó con favoritismo, manumite un esclavo, es fiadora o establece un *waqf* o da limosna o hace algo de eso, si está dentro de un tercio y no tuviera tutor, sería válido aun contra la voluntad del marido. Si supera ese tercio, el marido puede rescindir todo o validarlo...

فأجبت: الحمد لله، حيث حابت المرأة المذكورة بأكثر من ثلثها، فلزوج رد الجميع فإذا رده بطل البيع المذكور والشفعة المبنية عليه؛ لأن مضي بيعها على الوجه المذكور متوقف على إجازته، فحيث أنفت كان بيعها والشفعة المبنية عليه كالعدم. وينقل كلام العلماء يظهر الحق وينتقي الباطل.

قال في "المدونة": فإن حابت المرأة أو أعتقت أو تكفلت أو تصدقت أو صنعت شيئاً من المعروف، فإن حمل ذلك ثلثها وهي لا يولى جاز وإن كره الزوج، وإن جاوز الثلث فلزوج رد الجميع أو إجازته...¹⁹⁴⁶

Al tratar el concepto de persona y la capacidad jurídica y de obrar según la *Šarī'a*, la mujer casada, en virtud de la regulación establecida por la escuela *mālikī*, tiene limitada la capacidad de obrar, pues, como se desprende de esta fetua de al-Fāsī, necesita el consentimiento del marido para actos de liberalidad, por ejemplo, el *waqf*, que superen el tercio de su patrimonio.

^aالقاعدة الحادية عشرة: من عليه فرض هل له أن يتنفل قبل أدائه بجنسه أم لا؟

[...] النوع الثاني: التصرفات المالية كالعتق والوقف والصدقة والهبة إذا تصرف بها وعليه دين ولم يكن حجر عليه فالمذهب صحة تصرفه وإن استغرق ماله في ذلك، وإختار الشيخ تقي الدين رحمه الله أنه لا ينفذ شيء من ذلك مع مطالبة الغرماء، وحكاه قولاً في المذهب، ويمكن تخريج في المذهب من أصليين:

أحدهما: ما نص عليه أحمد رحمه الله في رواية حنبل فيمن تبرع بماله بوقف أو صدقة وأبواه محتاجاً أن لهما رده وإحتج بالحديث المروي في ذلك.

والثاني: أنه نص في رواية أخرى على من أوصى لأجنب وله أقارب محتاجون أن الوصية ترد عليهم فتخرج من ذلك أن من تبرع وعليه نفقة واجبة لو ارتث أو دين ليس له وفاء أنه يرد، ولهذا يباع المدير في الدين خاصة على رواية، ونقل ابن منصور عن أحمد فيمن تصدق عند موته بماله كله قال: هذا مردود لو كان في حياته لم أجز له إذا كان له ولد¹⁹⁴⁷.

El *hanbalī* Ibn Raḡab relaciona las diferentes posturas de su escuela sobre la posibilidad de realizar liberalidades cuando no se es capaz de hacer frente a obligaciones pendientes; entre estas liberalidades se encuentra el *waqf*. La regla general es que sería válida mientras no se hubiera producido la incapacitación judicial por deudas. Existen otras corrientes entre los seguidores de Aḡmad b. Ḥanbal, en las que se permite que los padres u otros familiares que se encuentren en situación de necesidad (se les deba alimentos) rescindan el negocio jurídico, sea legado, donación, limosna o *waqf*.

^bالقاعدة الثالثة والخمسون: من تصرف في عين يتعلق بها حق الله تعالى أو الآدمي معين، إن كان الحق مستقراً فيها بمطالبة من له الحق بحقه أو يأخذه بحقه لم ينفذ التصرف ولم يوجد سوى تعلق الحق لإستيفائه منها.

a La regla número once: quien está obligado a algo, ¿está facultado para hacer liberalidades antes de cumplir o no?

[...] La segunda clase: las disposiciones patrimoniales como la manumisión gratuita, el *waqf*, la limosna y la donación, si se realizaran estando obligado por una deuda, sin estar incapacitado, la escuela establece que son válidas aun si la deuda supera el activo. El *šayj* Taqīyyā-l-Dīn, Dios tenga misericordia de él, opina que no son ejecutivas si lo piden los acreedores, y así se establece en una opinión dentro de la escuela. Se pueden extraer dos corrientes:

La primera: lo que establece Aḡmad b. Ḥanbal, Dios tenga misericordia de él, sobre quien realiza una liberalidad con sus bienes a través de un *waqf* o limosna, estando sus padres en situación de necesidad; estos pueden rescindir el acto, fundamenta su opinión en el dicho del profeta que hemos visto.

La segunda: existe otra corriente sobre alguien que lega a extraños, teniendo parientes necesitados; el legado se rescinde. De ahí se extrae que quien realiza una liberalidad debiendo alimentos a un heredero o siendo deudor sin poder hacer frente a la deuda, se rescinde la misma. Por ellos se vende el esclavo manumitido por deudas. Ibn Man šūr nos ha transmitido de Aḡmad sobre quien da una limosna para después de su muerte todos sus bienes: eso se rescinde, como ocurre si estuviera vivo y tuviera un hijo.

b La regla cincuenta y tres: quien dispone de un bien gravado con un derecho de Dios o de los hijos de Adán determinado; si el derecho fuera firme por su exigencia por parte de su titular o por su ejercicio, no se ejecutaría: el derecho estaría sólo para satisfacerlo.

La disposición válida es la norma en la escuela; se aplica analógicamente de la opinión de Abū Bakr quien dijo que no es válida la disposición mediante *waqf* por quien es sujeto pasivo de retracto ni la prenda del criminal. Su opinión en el *al-Šāfi* demuestra que la disposición sobre el bien gravado por la *zakāt* no es válida hasta el límite de la limosna. También Abū al-Jaṭṭāb ha escogido en su obra *Intiṣār* que no es válida la disposición por parte del (esclavo) criminal condenado por la venta debido a la vinculación del derecho sobre el bien. Si su señor se hiciera cargo del mismo, se rompería y decaería el derecho al que está vinculado, al igual que en el pago de la prenda. La primera opinión de la escuela, que distingue entre la confirmación de la demanda del derecho vinculado al bien y entre la confirmación de la obligatoriedad de tomarlo o su demanda: lo primero es poder adquirir la propiedad, mientras que lo segundo es la adquisición en sí o la exigencia del derecho que no puede ser satisfecho. Se parece a la diferencia entre el quebrado antes de la incapacitación y después de ella. La quiebra es el fundamento para la incapacitación y la prohibición de disponer, pero no se acredita eso más que con la demanda y el fallo judicial.

صح التصرف على ظاهر المذهب، وقياس قول أبي بكر لا يصح حيث قال: لا يصح وقف الشفيع ولا رهن الجاني، وكلامه في الشافي بدل على أن التصرف فيما وجبت فيه الزكاة لا يصح في قدرها، وكذلك أختار أبو الخطاب في الإنتصار أنه لا يصح في الجاني بالبيع لتعلق الحق بعينه، فإن فداء السيد كان إفتكاً وسقط الحق المتعلق به كما لو وفي دين الرهن، والمذهب الأول، هو الفرق بين أن يثبت إستحقاق يتعلق بالعين أن يرتب على الثبوت مقتضاه بالأخذ بالحق أو بالمطالبة به، فالأول ملك أن يتملك، والثاني تملك أو طالب بحق الذي لا يمكن دفعه عنه، وهو شبيه بالفرق بين المفلس قبل الحجر عليه وبعده، فالفلس مقتض للحجر والمنع من التصرف، ولا يثبت ذلك إلا بمطالبة والحكم¹⁹⁴⁸.

Este mismo ulema, Ibn Raḡab, explica la postura de su escuela sobre los actos de las personas que están incursas en causa de incapacitación por quiebra. La nulidad de sus actos exige un fallo judicial, el mero hecho de no poder hacer frente al pasivo no invalida sus disposiciones. Otras opiniones son menos formales, así algunos alfaquíes impiden a la persona sobre cuyos bienes pesa el derecho de retracto constituir un *waqf* sobre el objeto del mismo. No debemos dejar pasar la ocasión para remarcar cómo el derecho islámico establece muchos supuestos en los que el derecho está vinculado a bienes concretos y no a la persona del deudor, hasta el punto de que no sea descabellado hablar de prenda o hipoteca legal.

^aفي التقليل.

الفلس: هو عدم المال، والتقليل: هو خلع الرجل عن ماله للغرماء، فإذا أحاط الدين بمال أحد ولم يكن في ماله وفاء بديونه وقال الغرماء ثم القاضي فإنه يجري في ذلك على مديان أحكام التقليل وهي خمس، [...] الرابع: أن يحجر عليه فلا ينفذ تصرفه في ماله فإن تصرف فيه بعد الديون وقبل التقليل نفذ ما كان تصرفه بعوض كالبيع ولم ينفذ ما كان بغير عوض كالهبة والعق، وإختلف في جواز رهنه وقضائه بعض غرمائه دون بعض، وأما بعد التقليل فلا ينفذ شيء من أفعاله سواء كان بعوض أو بغير عوض¹⁹⁴⁹.

Los discípulos de Mālik, como el granadino Ibn Ḳawzī, decretan la nulidad de los actos realizados a título gratuito, como la donación o el *waqf*, como un subtipo de la misma, aún antes de que el juez decreta su incapacitación, sobre la base de la sola constatación de la situación fáctica de quiebra.

^bالباب الرابع. في الحجر.

المحجورون هم سبعة وهم: الصغير، والمجنون، والسفيه، والعبء، والمريض، والمرأة، والمفلس. [...] والمرأة: فإنما يحجر عليها إذا كانت ذات زوج أن تتصرف بغير عوض كالهبة والعق فيما زاد على ثلث ماله خلافاً لهما، إذا تصرفت في أكثر من الثلث، فقبل: تبطل الزيادة على الثلث خاصة، وقبل: يبطل الجميع، ولها التصرف بعوض في جميع ماله وبغير عوض في الثلث فما دون إلا أن تكون قد أمتعت زوجها في ماله، فليس لهم التصرف في شيء مما أمتعته لا بعوض ولا بغير عوض إلا بإذنه. وقد تقدم حكم المفلس¹⁹⁵⁰.

Ibn Ḳawzī, como fiel representante de la escuela de Medina, tal y como tuvimos ocasión de comprobar en el capítulo sobre el concepto de persona en el derecho islámico, impone ciertas restricciones a la capacidad de obrar de la mujer casada. De esta forma, sus actos a título lucrativo, como es el caso de un *waqf*, no podrían superar el tercio del total de su patrimonio.

^cكتاب الهبات.

a Sobre la quiebra.

La bancarrota es la ausencia de bienes, y la declaración de quiebra es la toma de los bienes en favor de los acreedores, de tal manera que si la deuda supera el activo de cualquiera, sin que existan bienes para hacer frente a la misma, los acreedores y luego el juez lo declaran, aplicándose a las deudores cinco preceptos por la declaración de quiebra [...] Cuarto: se incapacita al deudor y no despliegan efectos jurídicos sus disposiciones sobre sus bienes; si se realizara después de darse la situación de quiebra y antes de su declaración, sí se ejecutaran las disposiciones con contraprestación como la venta, y no las que fueran a título gratuito como la manumisión o la donación. Existe discrepancia sobre la ejecución o no de la prenda en favor de algunos acreedores y no de otros; después de la declaración de quiebra no se ejecutaría ninguno de sus actos, con o sin contraprestación.

b Capítulo cuarto. Sobre la incapacidad.

Los incapacitados son siete: el menor, el loco, el imbecil, el esclavo, el enfermo, la mujer y el quebrado.

[...] En cuanto a la mujer: únicamente se la incapacita, si tiene marido, para las disposiciones sin contraprestación, como la donación y la manumisión en caso de superar el tercio de sus bienes; existe desacuerdo sobre qué ocurre si supera el tercio: se dice que se anula en la proporción que lo supere y también se dice que se anula la disposición completamente. Puede disponer de todos sus bienes a cambio de contraprestación y sin contraprestación únicamente de un tercio, en todos aquellos bienes que no haya dado en disfrute a su marido, pues no puede disponer de los mismos sin el permiso de aquel, tanto con contraprestación como sin ella. Ya se ha abordado el régimen del quebrado.

c Libro de las donaciones.

والنظر في الهبة: في أركانها، وفي شروطها، وفي أنواعها، وفي أحكامها. ونحن إنما نذكر من هذه الأجناس ما فيها من المسائل الشهورة.

فقول: أما الأركان فهي ثلاثة: الواهب، والموهوب له والهبة. وأما الواهب فإنهم إتفقوا على أنه يجوز هبته إذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك، وذلك إذا كان في حال الصحة وحال إطلاق اليد. إختلفوا في حال المرض وفي حال السفه والفس. [...] وأما الأمراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير، وقد تقدم هذا في كتاب الحجر. وأما السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم أن هبتهم غير ماضية. وأما الموهوب فكل شيء صح ملكه. وإتفقوا على أن للإنسان أن يهب جميع ماله للأجنبي.

وإختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة، أو في جميع ماله لبعض دون بعض، فقال جمهور فقهاء الأمصار بكراهية ذلك له، ولكن غذا وقع عندهم جاز؛ [...] وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال¹⁹⁵¹.

Averroes, otro miembro andalusí de la escuela de Medina, relaciona los criterios de capacidad del donante, siendo el *waqf*, una figura de la misma especie jurídica. Establece que ha de ser propietario del bien y estar en pleno uso de las facultades corporales y en plena capacidad de obrar. Están prohibidas las donaciones de los imbéciles y quebrados incapacitados judicialmente. Resulta muy interesante como esta rama del *fiqh* prohíbe la donación de todo el patrimonio a uno de los hijos, privando a los demás, aunque sí admite la mejora de unos sobre otros.

^a[أحباس مستغرفي الذمة]

وسئل الفقيه أبو مهدي سيدي بن علال رحمه الله عما عقده هؤلاء العمال وحياة الأموال المشتغلون بخدمة المخزن والمستغرفون الذمة من التحبيسات في أملاكهم التي إكتسبوها في حال عمالتهم وخدمتهم، هل ذلك سائغ لهم وجائز من فعلهم أم ذلك مردود منحل العقد لإستغراق ذمتهم؟ بينوا الحكم في ذلك مأجورين والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

فأجاب بما نصه: الجواب أن ما فعله مستغرفو الذمة بالتباعات وقد جهل أربابها وليس من معرفتهم، أو علموا وجهل ما ينوب كل واحد منهم من حبس أو غير ذلك من المعروف على ذرايهم غير سائغ ولا نافذ إذ هم بإمتناعهم من جريان المحكم عليهم في حكم المفلس المضروب على يديه فيالمشهور من المذهب، نعم ينفذ من تصرفاتهم فيما بأيدهم من الأموال ما تصرفوا به على الفقراء والمساكين، أو وضعوا ذلك في وجه من وجوه الخير فيما في مصلحة عامة للمسلمين، على أن مصرف ذلك مصرف الفيء...¹⁹⁵²

Otra fetua presente en la recopilación del *Miy'ār* nos presenta un caso peculiar relativo a los quebrados, pero referido a funcionarios públicos. Si están declarados judicialmente en quiebra, sus constituciones de *waqf* son nulas siempre y cuando se realicen en favor de sus familias o intereses personales. Por contra, si se realizaran en favor de utilidades públicas, serían válidas, pues su régimen jurídico sería el del *fay'*.

El análisis de la donación se realiza sobre sus requisitos, condiciones, clases y régimen jurídico. Solamente mencionaremos las cuestiones más famosas.

Decimos: los requisitos son tres: el donante, el bien donado y la donación. En cuanto al donante, están de acuerdo en que es válida la donación de quien es propietario con propiedad válida del bien donado, si se realiza en plenas facultades y en estado de poder desprenderse del mismo. Difieren sobre el enfermo, el idiota y el quebrado.

[...] En cuanto a las enfermedades crónicas, la incapacitación no prescribe, y sobre esto hemos hablado en el libro de la incapacitación. Por lo que a los idiotas o los quebrados se refiere, no existen diferencias en quien opina que se incapacitan y su donación no es eficaz. Respecto al bien donado, es válido cualquiera que pueda ser objeto de propiedad. Están de acuerdo en que el ser humano puede donar todos sus bienes a un extraño.

Difieren sobre mejorar a un hijo frente a otros o en la donación de todos los bienes a un hijo y no a los otros. La mayoría de los *fuqahā'* del mundo en considerarla odiosa, pero si se produce, sería válida [...] Mālik permite la mejora pero no la donación a uno de ellos de todos los bienes.

a [Aḥbās de aquellos que están en bancarrota].

Se le preguntó al alfaquí Abū Mahdī Sidī b. 'Alāl, Dios tenga misericordia de él, sobre el contrato que concluyeron estos trabajadores del *majzan* en bancarrota sobre fundaciones de *aḥbās* sobre sus propiedades que adquirieron durante su servicio. ¿Es lícito esto y válido o se ha de rescindir porque su *ḍimma* está sumergida (es inferior al pasivo)? Acláranos el veredicto sobre ello y la paz de Dios y sus bendiciones sean sobre ti.

Contestó lo que está escrito: la respuesta es que las disposiciones que hace el que está en bancarrota, ignorándolos sus dueños o conociéndolo e ignorando cada uno del *waqf* o algo común, en favor de sus descendientes o similar, no son válidos ni eficaces, pues tienen un fallo que les prohíbe disponer, el fallo de quiebra, impuesto a sus manos; esa es la opinión mayoritaria en la escuela. Sí se ejecutan las disposiciones de los bienes que tengan en sus manos en favor de los pobres y los menesterosos, o su colocación en alguna finalidad piadosa que sea de interés general de los musulmanes, en aplicación de la opinión que lo considera como *fay'*...

^a وما قال علماؤنا أن ما حبسه الملوك من مال المسلمين على أولادهم أو جهة أقاربهم حرصاً على حوز الدنيا لهم، ولدراريهم، وأتباعاً لغير الأوضاع الشرعية لا يصح ولا ينفذ. ويحرم على من حبس عليه تناول غلته، وللإمام إنتزاعه منهم أو صرفه لهم أو لغيرهم على ما تقتضيه مصالح المسلمين، وإنما هم في ذلك بمنزلة شخص حبس عليه مال شخص آخر، فإنه لا ينفذ تحبيسه بل لو حبسوا حبساً على جهة البر والمصالح العامة، ونسبوه لأنفسهم بناء على أن المال الذي في بيت المال لهم كما يعتقد بعضهم لبطل الوقف [...] [الأوقاف يختلف حكمها باختلاف واقفيها]

وسئل القاضي أبو عثمان سيدي القعباني رحمه الله، عن مسألة جامع حبس عليه الناس أحباساً، وفي الحبس ملوك وغيرهم، ثم في الأحباس المذكورة وفر على ما حبس عليه المحبسون، فهل يا سيدي يصرف من ذلك الوفر في وجوه البر؛ كالتدريس وما أشبهه أم لا؟ أو يصرف من وفر أحباس الملوك دون غيرهم؟ والسلام عليكم ورحمته تعالى وبركاته. وأعلم أن الأوقاف على المساجد والمدارس ونحو ذلك يختلف القول فيها باختلاف واقفيها، فإن كان من ملوك وكان لها على ما سموه فإذا فضل فجانر أن يصرف ذلك الفضل في غير ما سمي الواقف من المصرف من مرتب مدرس، كما سألت عنه أو غير ذلك من الوجوه على حسب المصلحة، ولا يدخل في ذلك الخلاف المعروف في أوفار الأحباس، وسبب ذلك أن الأئمة في تصرفهم وكلاء عن المسلمين، وليس للوكيل أن يتصرف إلا على وجه المصلحة [...] فإذا وقف الملوك وفقاً على جهة وكان ذلك أكثر مما تحتاجه تلك الجهة بطل الوقف بما زاد [...] أما إن كان الوقف من غير الملوك، وكانت له غلة واسعة يفيض منها كثير حتى يومن إحتياج المسجد أو الوقف عليه ما كان إليه، ففي المذهب إختلاف في إستنفاد الزائد من غير ما سماه المحبس¹⁹⁵³.

Estas fetuas, que fueron clave en nuestra argumentación para diferenciar las tierras de *jarāy* del auténtico *waqf*, limitan la posibilidad de constituir como *hubs* los bienes de la *bayt al-māl* por parte de los gobernantes. Al no ser el propietario pero sí el administrador del tesoro público, está facultado para realizar estas fundaciones siempre y cuando el beneficiario sea una finalidad de interés público de los musulmanes. También se observan cambios en el régimen jurídico ordinario del *waqf*: si los frutos fueran superiores a las necesidades para las que se creó, a ese sobrante no se le aplicaría la norma que impone la imposibilidad de cambiar el destino fijado por el fundador, en palabras del muftí, se declararían nulo el *waqf* en la cuantía de ese excedente. En resumidas cuentas, el gobernante sería libre de invertir ese exceso en lo que estimara conveniente para el interés de los musulmanes. Uno de los jurisconsultos al que se le pide el dictamen es Abū 'Uṭmān Sīdī Sa'īd al-'Uqabānī, juez nacido en el año 1320 en la ciudad argelina de Tremecén, donde ejerció como tal, además de en Orán, Salé y Marraquech, en el actual Marruecos¹⁹⁵⁴.

^b [عدم قبول تحبيس اليهود على مساجد المسلمين] وسئل أبو عمران القطان عن يهودي حبس داراً على مسجد قرطبة.

a Lo que opinan nuestros ulemas es que los *awqāf* que los reyes constituyen con los bienes de los musulmanes en favor de sus hijos o para sus parientes, con la intención de poseer en esta vida ellos y sus descendientes, persiguiendo fines no legítimos, no son válidos ni eficaces y se prohíbe al beneficiario tomar sus frutos, y el imán debe arrebatarlos o dedicarlo a otra finalidad según las exigencias del interés de los musulmanes. Ellos estarían en la posición del beneficiario de un bien de otra persona. Por eso, no se fundaría ningún *waqf* que no fuera en favor de un fin piadoso y de interés de los musulmanes. Si se atribuyeran los bienes para sí mismos en la creencia de los bienes de la *bayt al-māl* son de ellos, como algunos creen, el *waqf* sería nulo.

[El régimen jurídico de los *awqāf* varía según sus fundadores]

El juez Abū 'Uṭmān Sīdī Sa'īd al-'Uqabānī, Dios tenga misericordia de él, fue preguntado por la cuestión de una mezquita aljama en favor de la cual la gente constituyó *awqāf*, entre ellos había reyes y otras personas. Estos *awqāf* tuvieron excedentes una vez satisfecho el derecho de los beneficiarios. Oh señor, ¿estos excedentes se pueden emplear en obras de piedad como la enseñanza o similar, o no? ¿O puede emplearse únicamente el excedente de los *awqāf* de los reyes? La Paz y las bendiciones de Dios el altísimo sea contigo.

Y debes conocer que los *awqāf* en favor de las mezquitas y escuelas y similares difieren la opinión en función de quién sea su fundador. Si es un rey y lo constituye en favor de lo dicho y tuviera excedente, pues sería válido emplear el excedente en algo distinto a lo dispuesto por el fundador en la propia escuela o en cualquier otro fin según interese, y no entraría en la famosa discrepancia sobre lo ahorrado en los *awqāf*. La causa de ello es que los imanes, en sus actos, son agentes de los musulmanes, y el agente no puede actuar más que en su interés... Si los reyes constituyeran un *waqf* cualquiera que sea la finalidad y produjera más de lo que necesitara, se anularía el *waqf* en ese excedente... Si el *waqf* fuera fundado por alguien que no fuera rey, y tuviera una cosecha abundante que superara en mucho lo que la mezquita o los beneficiarios necesitaran, en nuestra escuela existe divergencia en emplearlo en algo distinto a lo dispuesto por el fundador.

b [No se acepta la constitución de un *hubs* por parte de un judío en favor de mezquitas de los musulmanes].

Abū 'Umrān al-Qaṭṭān fue preguntado por un judío que constituyó como *hubs* una casa en favor de la mezquita de Córdoba.

فأجابه: لا يجوز، وخرج ذلك من المدونة في كتاب الجهاد، حين ذكر عن النبي، ص، (إنا لا نستعين بمشرك) ثم باعه، فقال: روي عيسى عن ابن القاسم فيما باعه الأسقف من أرض الكنيسة أن ذلك له جائز إذا كانوا يودون ما عليهم من الجزية، ولعل من إشارة بإجازة بيع حبس الكفار ورأي فسح البيع في ذلك إنما ذهب إلى رواية أصبغ عن ابن القاسم فيما باعه الأسقف من أرض الكنائس وأحباسها أن ذلك لا يجوز شراؤه لمسلم، فإنما ذلك لأن البائع هو غير المحبس فصار من باب التظالم، وقال أصبغ في ذلك: إن حاكم المسلمين لا يحكم في منع بيع ذلك ولا رده إن بيع ولا إنفاذ حبسه ولا جوازه ولا يسعه ذلك، وحبسك بياناً أن العتق أعظم حرمة من هذا، وأن النصراني إذا أعتق عبده النصراني ولم بين عنه ولا خرج عن ملكه حتى أسلم العبد وأراد بيعه كان ذلك له ولم يمنع منه، والذي أراه في هذه المسألة ألا يجوز شيء من تحبیس اليهودي. والله عز وجل تقول: * (ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يُقبل منه، وهو في الآخرو من الخاسرين)*¹⁹⁵⁵.

Con la excusa de una cuestión sobre un *hubs* instituido por un judío en favor de la mezquita de Córdoba, en esta fetua que recoge al-Wanšārīsī, el jurisconsulto recoge la opinión mayoritaria de la escuela; según la misma, un no musulmán no puede constituir una fundación en favor de la mezquita porque, según el dicho de Muḥammad, sería como apoyarse en un politeísta. Esta prohibición se circunscribe a un *waqf* piadoso musulmán, no el de carácter familiar, pues un infiel no estaría capacitado para obtener el premio que se pretende con este negocio jurídico. De forma colateral, se desprende que los cristianos sí disponen del mismo negocio en favor de sus iglesias, lo que corrobora la posible influencia del derecho romano-cristiano en la institución. Por otra parte, no hemos de dejar escapar la ocasión para recordar que el *fiqh* es un ordenamiento confesional y que, si no están involucrados musulmanes, el juez islámico no intervendría en las cuestiones sobre las fundaciones cristianas.

^a[مطلب وقف الذمي داره على البيعة أو الكنيسة]

قلت: أرأيت الذمي إذا وقف أرضاً له أو داراً له أو مستغلاً على بيعة أو كنيسة أو بيت نار؟ قال: إن كان فعل ذلك في صحته فالوقف باطل وذلك ميراث بين ورثته إذا مات وإن كان حياً فله بيع ذلك وإخراجه عن الحال التي جعله عليها. قلت: فإن قال قد جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة على بيعة كذا وكذا أو قال على بيعة تصرف غلة تلك الصدقة فيما تحتاج إليه هذه البيعة من البناء والمرمة؟ قال: هذا باطل من وجهين أما أحدهما فإن ذلك معصية وأما الوجه الآخر فإنه ينقطع ولا يكون وفقاً مؤبداً. قلت: فما تقول إن قال تستغل هذه الصدقة فتتفق غلتها في إصلاح البيع وفي الإسراج فيها وفيما تحتاج إليه من الزيت للإسراج فيها؟ قال: هذا عندي باطل من قبل أنه معصية لله تعالى.

[مطلب الوقف على الرهبان والقسيس باطل إلا أن يخص الفقراء]

Contestó: no es válido. Eso se sale de la *Mudawwana* en el libro de la *ḡihād*, cuando se recordaba lo dicho por el profeta: “nosotros no nos apoyamos en un politeísta”, vendiéndolo después. Dijo: se cuenta de ‘Isā a través de Ibn al-Qāsim sobre las tierras de la iglesia que vendieron los obispos; se consideró válido porque estaban pagando lo que debían como *ḡizya*. Quizás apuntaba la validez de la venta del *hubs* de los infieles y opinaba que la rescisión de la venta únicamente era la opinión de Asbag a partir de Ibn al-Qāsim, sobre las tierras de las iglesias que vendieron los obispos y sus *aḡbās*; no es válido comprarlo a un musulmán, porque el vendedor no es el fundador y sería una especie de fraude. Asbag dijo sobre esto: el juez de los musulmanes no puede fallar prohibiendo esa venta ni rescindiéndola porque su venta y la no aplicación del *hubs* ni validez no es su asunto. Ten en cuenta que la manumisión tiene una *ḡurma* mayor que esto, y si el cristiano manumitiera a su esclavo cristiano no lo libertaría ni saldría de su propiedad hasta que se convirtiera al Islam el esclavo; si quisiera venderlo podría hacerlo y no se lo prohibiría. Lo que opino sobre esta cuestión en que no es válido en absoluto el *hubs* del judío. Dios el Altísimo ha dicho: *(quien desee una religión diferente al Islam no se le aceptaría nada; en la otra vida estaría entre los perdedores)*.

a [Sección sobre una casa instituida como *waqf* por un *ḡimmī* en favor de una sinagoga o una iglesia].

Dije: ¿Cuál es tu opinión sobre que un *ḡimmī* constituya como *waqf* una tierra, casa o explotación de él en favor de una sinagoga o una iglesia o casa de fuego? Dijo: si hiciera eso estando sano, el *waqf* sería nulo y se transmitiría como herencia entre sus herederos, si muriera; si estuviera vivo, podría venderlo y sacarlo del estado en el que estuviera. Dije: ¿Si dijera que hubiera convertido esa tierra en una *ḡadaqa retenida* en favor de una sinagoga para su construcción y reparación? Dijo: eso es nulo desde dos puntos de vista: el primero porque es una transgresión; el segundo, pues se extinguiría, no siendo un *waqf* eterno. Dije: ¿cuál es tu opinión si dijera que se aproveche esta *ḡadaqa retenida* para reparar la sinagoga y para su alumbrado, el aceite que necesite para sus lámparas? Dijo: esto para mí es nulo, porque supone una desobediencia a Dios el Altísimo.

[Sección sobre que el *waqf* en favor de frailes sacerdotes es nula salvo que especifique a los pobres]

Dije: ¿también sería si dijera que los frutos fueran para los frailes y sacerdotes? Dijo: esto sería nulo. Dije: ¿si especificara y dijera que los frailes y sacerdotes que estuvieran en este templo? Dijo: sería nulo. Dije: ¿y también si dijera en favor de los administradores de estos templos? Dijo: todo esto sería nulo. Dije: ¿si dijera que hubiera convertido su tierra en una *ḡadaqa retenida* cuyas rentas se empleen en favor de los pobres de este templo? Dijo: eso sería válido, pues con ello sí pretendería una limosna...

قلت: وكذلك إن قال تجري غلة هذه الصدقة على الرهبان والقسيسين؟ قال: هذا باطل: قلت: فإن خص قفال الرهبان والقسيسين الذين في بيعة كذا وكذا؟ قال: هذا باطل. قلت: فما تقول إن قال قد جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة تجري غلتها على فقراء يبيع كذا وكذا؟ قال هذا جائز من قبل أنه إنما قصد في هذا إلى الصدقة...¹⁹⁵⁶.

Abū Bakr Al-Šaybānī, conocido por al-Jaṣṣāf y seguidor de Abū Ḥanīfa, determina que la gente de la *ḍimma*, judíos, cristianos y zoroástricos, a pesar del pacto que han firmado para que se les tolere la práctica de su religión, tienen prohibido constituir este tipo de fundaciones en favor de sus lugares de culto. Asimismo, está proscrito en el caso de que los beneficiarios fueran sacerdotes o frailes, excepto que se destinara a los pobres entre ellos; en este caso sí lo consideraría una auténtica limosna. La razón esgrimida es que supone una desobediencia contra Dios. Comprobemos si están capacitados por instituir otros tipos de *awqāf*:

^a[مطلب وقف الذمي على بيت المقدس صحيح] قلت: فإن قال تكون غلة هذا الوقف في ثمن الزيت والإسراج في بيت المقدس؟ قال: هذا جائز من قبل أن أهل الذمة يتقربون بذلك وهو عند المسلمين قرابة أيضاً. قلت: فإن قال في كتاب صدقته يشترى بما يستغل من هذه الصدقة بعد النفقة عليهما عبيد فيعتقون في كل سنة أو قال في بعض ذلك؟ هذا كله جائز. قلت: فلو أن رجلاً من أهل الإسلام دخل بعض هذه الأهواء التي يكفر بها عند قوم من أهل الإسلام ولم يعتقد ديناً غير الإسلام فوقف وقفاً؟ قال: أجزى له من ذلك ما أجزى للمسلمين¹⁹⁵⁷.

Este alfaquí sí admite la constitución de un *waqf* en favor de obras piadosas en Jerusalén (denominada *casa sagrada* en el original árabe) por parte de un *ḍimmī*. La diferencia con las fundaciones a favor de cualquier otra iglesia estriba en que el carácter piadoso también afecta a los musulmanes, por ser una ciudad sagrada en su religión.

^b[مطلب نصراني شرط أن من أسلم من أولاده فهو خارج] قلت: فما تقول إن وقف نصراني وقفاً على ولده وولد ولده وسلمه أبداً ومن بعدهم على المساكين وشرط أن كل من أسلم من ولده وولد ولده ونسلمه أبداً ما تناسلوا فهم خارجون من صدقته؟ قال: هذا جائز وهو على ما شرط من ذلك. قلت: وكذلك لو قال كل من إنتقل من دين النصرانية من ولدي وولد ولدي ونسلي وعقبى إلى غير دين النصرانية فهو خارج من صدقتي ولا حق له فيها فإنتقل بعض ولده إلى دين الإسلام وبعضهم إلى دين اليهود وبعضهم إلى دين المجوس؟ قال: له شرطه وما إستثنى من ذلك ينفذ على ما قال وعلى ما حد من ذلك¹⁹⁵⁸.

Un par de secciones siguientes en su libro, Abū Bakr Al-Šaybānī considera lícita la estipulación efectuada por un cristiano de excluir como beneficiarios de su *waqf* a aquellos de sus descendientes que se hicieran musulmanes, judíos o de cualquier otra religión distinta al Cristianismo. Añadimos a la conclusión explícita, otra que se deduce naturalmente de este apartado: el *ḍimmī* sí tiene plena libertad y capacidad para crear *aḥbās* del tipo familiar, en las mismas condiciones que el musulmán. Vemos como queda explicitado este régimen por el propio autor:

^c[مطلب كل ما جاز للمسلم أن يشترط من الشروط في الوقف كان للذمي مثله]

a [Sección sobre que el *waqf* del *ḍimmī* en favor de la Casa Sagrada (Jerusalén) es válido].

Dije: ¿si dijera que los frutos de este *waqf* se empleen en el precio del aceite y las lámparas en Jerusalén? Dijo: esto es válido, ya que la gente de la *ḍimma* muestra así su piedad y eso también es piedad para los musulmanes. Dije: ¿si dijera en su escrito de su *ṣadaqa* que se comprara con los que produzca después de descontar los gastos que se manumitieran esclavos cada año o algunos? Dijo: todo eso es válido. Dije: ¿si un hombre de entre la gente del Islam se diera a algunas aficiones que algunos musulmanes consideran heréticas sin creer en más religión que la islámica y constituyera un *waqf*? Dijo: lo doy como válido lo mismo que a los demás musulmanes.

b [Sección sobre un cristiano que estipula que quien se convierta al Islam de entre sus hijos sea excluido]

Dije: ¿Cuál es tu opinión si un cristiano constituyera un *waqf* en favor de sus hijos, los hijos de sus hijos y toda su estirpe eternamente, tras ellos en favor de los pobres y quien de entre ellos se convirtiera al Islam sea excluido? Dijo: esto está permitido y se ejecutaría su estipulación. Dije: ¿también si dijera que pasara del Cristianismo entre sus hijos y descendencia a otra religión distinta fuera excluido de su *ṣadaqa* y no tendría derecho a ella, convirtiéndose uno al Islam, otros al Judaísmo y otros al Zoroastrismo? Dijo: tiene derecho a su estipulación y a exceptuar aquello, ejecutándose su estipulación en los límites que establezca.

c [Sección sobre todo lo que le es lícito al musulmán de estipula en el *waqf* también le es al *ḍimmī*]

Dije: ¿el *ḍimmī* en todo lo que estipulara en su *waqf*, si este fuera válido, estaría en el mismo lugar que el musulmán en las condiciones que impusiera de aumentar o disminuir, incluir a quien desee en el *waqf* o excluirlo, o exceptuar para sí mismo parte de los frutos? Dijo: sí, estaría en la misma posición que el musulmán; lo que le fuera lícito a este podría hacer igual el *ḍimmī*. Dije: ¿las mujeres están en la misma posición que los hombres? Dijo: sí. Dije: ¿qué opinas sobre el cristiano que constituye en *waqf* una tierra de él o una casa para emplear sus frutos en reconstruir Jerusalén y gastar su

قلت: والذمي فيما يشترطه في وقفه إذا كان الوقف صحيحاً بمنزلة المسلم فيما يشترط من الزيادة والنقصان وإدخال من أراد أن يدخله في الوقف وإخراج من رأى إخراجاً من الوقف، وفي الإستثناء لنفسه أن ينفق من غلة الوقف؟ قال: نعم هو بمنزلة المسلم في ذلك فما جاز للمسلم أن يشترطه من هذه الشروط كان للذمي مثل ذلك؟ قلت: والنساء فممنزلة الرجال؟ قال: نعم. قلت: رأيت النصراني إذا وقف أرضاً له أو داراً له وجعل غلته تنفق في مرم بيت المقدس وفي ثمن الزيت لمصاييحه وفيما يحتاج إليه؟ قال: هذا جائز من قبل أن ذلك قربة عند المسلمين وعندهم. قلت: وكذلك اليهود؟ قال: هم في ذلك بمنزلة النصارى¹⁹⁵⁹.

Reconoce la igualdad entre cristianos, judíos y musulmanes en este tipo de fundaciones, reitera la validez en las de tipo piadoso únicamente si Jerusalén es la beneficiaria. Por último, establece la plena capacidad de la mujer para instituir un *waqf* en la misma posición que el hombre.^a [القول في أحكام المبيع] [هي أقسام] الأول: ما ألحق فيه بالأحرار بلا خلاف: وفي ذلك فروع:

منها: صحة البيع والشراء، والسلم والإجارة، والرهن، والهبية، والوقف، وكل تبرع إلا العتق والإقرار، بأن لا يضر المالك¹⁹⁶⁰.

El jurista al-Suyūfī establece que el esclavo manumitido parcialmente está capacitado para fundar un *waqf* o realizar cualquier liberalidad.

b [...] (وقوله لا مرتد) أي لا يصح الوقف عليه، وكذا لا يصح الوقف منه. لا يقال: إنه موقوف إن عاد إلى الإسلام تبين صحته وإلا فلا. لأننا نقول: ذلك إنما هو فيما يقبل التعليق كالعتق والطلاق، بخلاف ما لا يقبله كالبيع والوقف فإنه محكوم ببطلانه من المرتد من أصله ولو عاد إلى الإسلام...¹⁹⁶¹

En sus comentarios, Šams-l-Dīn Muḥammad b. Abū 'Abbās Aḥmad b. Ḥamza, afirma que, según la escuela de los seguidores de al-Šāfi'ī, el apóstata del Islam no está capacitado para fundar un *waqf*, el negocio estaría viciado de nulidad radical; su regreso a la religión musulmana no subsanaría este defecto.

c باب الرجل المسلم يقف الأرض على قوم بأعيانهم أو في أبواب البر ويجعل آخر ذلك للمساكين ثم يرتد عن الإسلام والعياذ بالله.

قلت: رأيت الرجل المسلم إذا وقف أرضاً له وفقاً صحيحاً على المساكين ثم ارتد عن الإسلام بعد ذلك فقتل على رده أو مات؟ قال: يبطل الوقف وتصير الأرض ميراثاً بين ورثته من قبل أن عمله قد حبط وهذا إنما هو قربة إلى الله تعالى فلا يتم ذلك [...] قلت: ولم يبطل وقفه وهو على قوم بأعيانهم؟ قال: ألا ترى أن آخره للمساكين وذلك قربة إلى الله تعالى فلم يبطل ما تقرب به إلى الله تعالى بطل الباقي؟ ألا ترى أنه لو قال قد جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله عز وجل أبداً على ولدي وولد ولدي وأولاد أولادهم ما تناسلوا وتوالدوا ولم يجعل ذلك للمساكين بعد إنقراضهم أن الوقف باطل؟ وكذلك إذا بطل ما جعله للمساكين، بارتداده فكأنه وقف وقفه ولم يجعل آخره للمساكين...¹⁹⁶².

Abū Bakr Al-Šaybānī establece, y así lo hace la mayoría en la escuela, que la apostasía anula la institución. La de carácter piadoso porque ya no tendría sentido acercarse a Dios para un apóstata; la de carácter familiar, por la misma razón, puesto que esta corriente prescribe como requisito de validez la cláusula residual en favor de los pobres; esta se considera un acto piadoso que desaparecería con el abandono de la religión islámica.

precio en el aceite de sus lámparas? Dijo: esto es válido ya que es un acto piadoso para los musulmanes y para ellos. Dije: ¿también los judíos? Dijo: ellos, en esto, ocupan la misma posición que los cristianos.

a (La opinión sobre el régimen jurídico el esclavo manumitido parcialmente) Se dan varios tipos. Primero: en lo que se une al régimen de los libres; y sobre esto hay varias derivaciones.

Entre ellas: validez de la venta y la compra, la venta tipo *salam*, arrendamiento, prenda donación, *waqf* y todo tipo de liberalidad menos la manumisión y la confesión en lo que no perjudique al dueño.

b [...] (Y su expresión *no el apóstata*) es decir, no es válido el *waqf* en su favor ni que lo constituya. No se dice: se suspende, si vuelve al Islam, es válido, si no, no. Porque nosotros opinamos: eso ocurre en los negocios que admiten la suspensión, como la manumisión y el repudio, al contrario de la venta y el *waqf*, donde se falla su nulidad radical, aunque volviera al Islam...

c Capítulo: el musulmán que constituye su tierra como *waqf* en favor de un grupo determinado o en actos de piedad y subsidiariamente, en favor de los pobres, apostatando después del Islam y del refugio de Dios.

Dije: ¿cuál es tu opinión sobre un hombre musulmán si constituyera unas tierras como *waqf* válido en favor de los pobres, después apostata del Islam siendo ejecutado por ello o muere? Dijo: el *waqf* se anula y la tierra se convierte en herencia entre sus herederos, ya que se ha deteriorado, pues se había realizado como acto piadoso en favor de Dios el altísimo y no se ha completado [...] Dije: ¿por qué anulas el *waqf* si es en favor de grupos determinados? Dijo: ¿caso no ves que al final los beneficiarios son los pobres y que esto es una obra piadosa para Dios el altísimo y que la anulación de esta piedad supone la de todo el negocio? ¿Acaso no ves que si dijera que constituye una *šadaqa retenida* por Dios con carácter eterno en favor de mis hijos y los hijos de mis hijos mientras tengan descendencia y no dispone que al final sea en favor de los pobres tras la extinción de ellos el *waqf* sería nulo? También, si anula por lo que respecta a los pobres con su apostasía, sería como si se anulara su *waqf* por no nombrar como beneficiarios a los pobres.

a]أحباس أهل الذمة لا حرمة لها، ويجوز تحويلها إلى بيت مال المسلمين]

وسئل القاضي الفضل عياض عن أحباس حبسها نصارى معاهدون على كنيسة لهم، وكان القسيسون يستغلونها وينفقونها في مصالح كنيستهم، وما فضل منها يأخذونه لأنفسهم، فبقيت كذلك ما شاء الله إلى أن أجلاه الأمير من ديارهم فرد المسلمون الكنيسة المذكورة مسجداً تصلي فيه الصلوات الخمس ويخطب فيه أيام الجمع فبقيت الأحباس المذكورة على حالها يكسى منها المسجد ويستغل الأئمة الباقي، فبقيت كذلك مدة ثمانى سنة لم تُتعرض بشيء من الأشياء، إلى أن قام عامل من عمال بيت المال المسلمين وأراد ضمه لبيت مال المسلمين بغير أن يستظهر بظهير من عند الأمير يضمها، فهل له أن يضمها لبيت مال المسلمين من غير أن يأمره الأمير بضم لبيت المال هل يجوز له ذلك أم لا، بين لنا سوفك الله وجه الحكم في هذه المسألة إلى أن يستتم النظر فيها بياناً شافياً مأجوراً إن شاء الله.

فأجاب. أحباس أهل الذمة لا حرمة لها، فإذا كان محبسها حياً وأراد الرجوع فيها أو بيعها لم يتعرض له، وإن كان هذه الأحباس قديمة وهي بيد أهله الذمة لم يُتعرضوا فيها، وإذا كان الناظر للمسلمين قد رأى في مسألتك عند إجلاء أهل الذمة عن الموضع كنيستهم ردها مسجداً فمن أحسن النظر إذ لا بد للمسلمين النازلين مكان أهل الذمة مجلين عنها من مسجد يقيمون فيه صلاتهم وللإمام بناؤه لهم، فأولى إن يجعل ذلك من هذه الكنيسة ويحولها مسجداً، إذ هي وأحباسها عند إجلاء أهلها عنها لبيت المال لإرتفاع أيدي النصارى عنها إذ لا يتعلق لهم تملكهم بوجه إلا أن يكون محبس الكنيسة أو شيء من أحباسها حياً فله الرجوع في ماله وبيعه ونقض حبسه لا يعترض في ذلك وأما لا مالك لها فإنما كانت لهم منفعتها بحكم سكانهم، فإذا أجلوا عنها بقيت للمسلمين، إذ لا ملاك لها ولم يثبت كونهم صالحيين فيحكم لهم بحكمهم، فإقامة المسجد منها وترك ما يقوم به المسجد وما يحتاج إليه كحصير ووقيد

a [Los *awqāf* de las comunidades del pacto no son inviolables y sería válido incluirlas en la *bayt al-māl* de los musulmanes].

Fue preguntado el juez virtuoso, 'Iyyāḍ, sobre los *awqāf* constituidos por los cristianos con pacto en favor de sus iglesias, administrados por sus obispos y cuyos beneficios van para su iglesia y lo que sobra lo dedican a ellos mismos, y permanecen así hasta que el emir los desaloja de sus casas y es entregada a los musulmanes dicha iglesia como mezquita para que recen allí las cinco oraciones y para que se emita el sermón los viernes, y los bienes habices mencionados permanecen como estaban para revestir la mezquita y los imanes emplean el resto, y permanece así durante ocho años sin que se oponga nada hasta que el funcionario del tesoro de los musulmanes pretende incorporarlos al mismo sin que medie ningún decreto del emir, ¿puede incorporarlos al tesoro de los musulmanes sin que lo ordene el emir o no? Acláranoslo -Dios te dé éxito- cuál es el precepto en esta cuestión hasta que se complete el análisis, con claridad meridiana, si Dios quiere.

Respuesta: Los *awqāf* de las comunidades del pacto no son inviolables, si el fundador estuviera vivo y quisiera revertirlo o venderlo no se le impediría, si fueran *awqāf* antiguos en manos de esas comunidades, no se les molestaría. Si el administrador de los musulmanes hubiera visto correcto, en esta cuestión, ante el desalojo de la comunidad del lugar de la iglesia, convertirla en mezquita, pues sería bueno, pues los musulmanes que ocuparan el lugar precisarían de un lugar para realizar sus oraciones y el imán estaría facultado para construirles una, y sería preferible convertir la iglesia en mezquita; los *awqāf* de la misma, ante el desalojo serían para el tesoro al ser quitadas de las manos de los cristianos, siempre que no existiera algún derecho de propiedad sobre ellos, salvo que el fundador de la iglesia o sus *awqāf* estuviera vivo, que tendría derecho a revertirlos a su patrimonio y venderlos y anular las fundaciones, lo que no se le impediría. En cuanto a los bienes que no tuvieran dueño, si tuvieran ellos algún dominio útil, si se desalojaran, continuarían en propiedad de los musulmanes. Si no tuvieran dueño y no se constatará la existencia de pacto, se erigiría la mezquita mediante esos *awqāf*, y de ahí se sufragarían sus gastos de tapices, combustible, imanes, servidumbre y los gastos necesarios para transformarla de una casa de infidelidad a otra en al que se pueda recordar a Dios y aplicar en ella la Ley del islam. Deseamos el éxito, es la opinión de Ibn 'Iyyāḍ.

Muḥammad ha dicho que esta respuesta no la ha transmitido del propio puño y letra del jeque. Y he encontrado también de su propia letra una respuesta a esta cuestión... y es que se había planteado desde tiempos de al-Andalus el problema de si se habían firmado pactos respetando sus propiedades a los que se aplicarían las disposiciones de los mismos o se hubieran anexionados sus tierras por la fuerza, y se aplicaría ese régimen o lo que tuvieran en sus manos se lo ganarían y sus cabezas estuvieran con pacto o con conquista y el precepto aplicable no sería ninguno de los dos, pues no se conoce de este asunto nada sobre lo que construir el fallo. Pero los alfaquíes historiadores y cronistas citan que en al-Andalus hubo conquista y pactos y a la mayoría de los bienes de los no musulmanes se les aplicaba el régimen de la conquista. Pero opino: estos cristianos cuando no se tiene claro su situación en cuanto a las propiedades que encontramos en su poder, debemos presumir que su posesión es legítima mientras no se encuentre una prueba que lo desmienta. Y las iglesias y sus fundaciones salen de este capítulo no sólo por su desalojo y la prohibición de disponer y de los frutos que tenían en él, pues su posesión no es la de propietario pues no sabemos su fundador ni se ha determinado, ni sus herederos quienes podrían revertirlos. Al no ser sus fundaciones obligatorias porque no van destinadas a un bien agradable a Dios, sino a la iniquidad, pues revertiría a su fundador si lo solicitara. Lo demás cuyos propietarios no son conocidos su régimen sería el de las cosas que han sido abandonadas y sus *awqāf* serían para el tesoro de los musulmanes y el imán los administraría. Igualmente el régimen del monasterio si fuera una *waqf* sin dueño, si fuera de los bienes de ellos y de sus aldeas y los compraran los musulmanes [...] Y su urbanización correspondería al conjunto de los fieles. El imán estaría obligado a erigir una mezquita o mezquita aljama [...] El imán estaría facultado para dejar los *awqāf* en favor de esas mezquitas o incorporarlos al tesoro y sufragar los gastos de otra manera...

وإمام وخادم وبناء من أحباسها من النظر الشديد ولما فيه من الغيظ للكفار لتصير بيت كفرهم وطاغوتهم بيتاً يذكر فيه الله، ويقام فيه شرع الإسلام، وبالتوفيق، قاله: ابن عياض.

قال محمد: هذا الجواب لم أنقلها من خط الشيخ. ووجدت له أيضاً بخطه جواباً على هذا السؤال [...] وقد كان تقدم مني منذ الأندلس مشكل هل هم صلحيون وصلحهم على ما بأيديهم فيجري أمرهم على ما بأيديهم مجري الصلحيين أم هم عنوة وأرضهم عنوة فيجرون مجري أهل العنوة أم بأيديهم مكتسب لهم وأصل جماجمهم على الصلح والعنوة فتكون أحكامهم في ذلك غير الحكمين إذ لم يحقق من أمرهم ما تبنى عليه الفتيا، غير أن الفقهاء أصحاب التاريخ والخبر، ويذكرون أن الأندلس منها عنوة ومنها صلح وأكثر أموال المعاهدين إنما هي فيما ذكر أنه كان عنوة، لكن أقول: هو لاء النصارى لما أشكل الأمر فيهم وفيما وجدنا بأيديهم من الأملاك وجب كون ما بأيديهم وفي أملاكهم لهم بحكم وضع اليد وصحة الحوز الذي لم يجيء ما يزيله ولا قامت حجة تبطله، وخرحت الكائنات والأحباس عن هذا الباب لا سيما بإجرائهم عنها ومنعهم من التصرف والمنفعة التي كانت لهم فيها، إذ ليس وضع أيديهم عليها ووضع ملك إلا ما عرف محبسه وتعين فله أو لورثته الرجوع فيه، إذ ليست أحباسهم لازمة إذ لم يُرد بها وجه الله لا حبست له بل لجبت والطاغوت فترجع على ملك محبستها إن طلبها وسائر ما لا يعرف مالكة حكمه حكم مال من انجلى منهم عن ماله ووقف ذلك لبيت المال المسلمين، والإمام ينظر فيه، وكذلك حكم الدير إن كان محبساً لا مالك لهم إذا كانت من أموالهم وقرأهم قد إشتراها منهم المسلمين... وعمرت لزمتهم الجماعات للصلوات، فعلى الإمام إقامة مسجد لهم أو جامع إن... ثم للإمام أن يترك الأحباس لهذه المساجد أو يضمها إلى بيت المال ويقوم للمسجد ما يحتاج إليه من غير ذلك. هذا الذي يظهر لي ولا يتوجه عندي سؤال وبالله التوفيق¹⁹⁶³.

Analizamos esta larga disertación del famoso juez, 'Iyyād, en el capítulo tercero, tomada de una obra que unificaba sus fetuas exclusivamente. A fin de ahondar en la vida y obra de este alfaquí, es recomendable acudir a lo publicado por Delfina Serrano¹⁹⁶⁴. El texto es prácticamente el mismo en esta colección de un espectro más amplio, pues contiene respuestas de los más afamados juristas de al-Andalus y el Norte de África. En este punto de nuestro camino, además de reforzar el paralelismo entre las fundaciones piadosas islámicas y cristianas y la influencia de estas en aquellas, observamos como el alfaquí intenta marcar una línea de separación entre ambas. Con la intención de validar la incorporación de los *ahbās* eclesiásticos, niega el carácter perpetuo de su constitución, al igual que hemos comprobado en otros textos; una razón que no cuadra con la realidad del régimen jurídico canónico; los *fuqahā'* no muestran demasiado interés por las normas que rigen a los cristianos que viven bajo el dominio musulmán, limitándose a regular los impuestos a los que están sometidos. Un análisis más profundo sobre esta respuesta jurisprudencial y su contexto histórico ha sido realizado por Delfina Serrano¹⁹⁶⁵.

Las principales particularidades que podríamos deducir de todos los fragmentos, que hemos seleccionado como representativos de las principales corrientes jurídicas, serían las siguientes:

- Al igual que en los demás negocios jurídicos gratuitos, los pupilos no podrían nombrar como beneficiarios a sus tutores. Quizás esta precisión no sería necesaria porque la persona sometida a tutela no disfrutaría de una capacidad plena.
- Los miembros de la escuela de Mālik b. Anas restringen la libertad contractual de la mujer casada para cualquier acto de liberalidad al tercio de su patrimonio, el mismo porcentaje que la persona enferma o la disposición *mortis causa*.
- Una realidad de una situación económica dificultosa que provoque la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones anularía la fundación para algunas escuelas; otras corrientes exigen una decisión judicial formal.
- Los *ahbās* instituidos por las autoridades de bienes públicos suponen algunas peculiaridades como la finalidad que ha de ser de interés general.
- Los fieles de otras religiones tendrían prohibidas las fundaciones en favor de mezquitas o, según la corriente liderada por Abū Ḥanīfa, en favor de sus propios templos; tendrían la consideración de impiedad. El *waqf* de tipo familiar no presenta ninguna restricción para ellos.
- El apóstata también tiene prescrito constituir estas fundaciones. Los iraquíes lo explicitan al faltar en ellas el carácter de acercamiento a Dios.

- Finalmente, tanto en este apartado, como en otros que lo preceden, algunos juristas musulmanes privan a las fundaciones de la gente de la *dimma* de su carácter perpetuo e irrevocable. No acompañan sus dictámenes con explicaciones y argumentos referidos a los ordenamientos jurídicos de estas confesiones cristianas y judías principalmente. Hemos comprobado que las *piae causae* sí disfrutaban de estas características según el derecho romano y el derecho canónico.

7.3 La cuestión de la finalidad

Con independencia de la motivación o deseo interno que mueva cada persona que constituye un *waqf* y que permanece en su fuero interno salvo que opte por declararlo, lo que no es tan frecuente, en este epígrafe nos incumbe más aquello que el derecho, la *Šarī'a*, impone o considera lícito. Tenemos parte del camino andado, pues entre los requisitos de constitución de la fundación, en opinión de algunos ulemas, se encuentra la designación de la finalidad; tendremos que hacer alguna alusión a lo tratado con anterioridad.

Tradicionalmente, en los estudios árabes e islámicos, se han asignado unos papeles muy definidos a este negocio jurídico. Joseph Schacht afirma que el *waqf* hunde sus raíces en una contribución a la guerra santa demandada por Muḥammad a sus seguidores, en las *piae causae* de las iglesias orientales, la caridad y los beneficios públicos de los musulmanes y, finalmente, en la intención de contrarrestar algunos efectos de la ley de herencia islámica¹⁹⁶⁶; con estas funciones, la fundación vino a cubrir estas necesidades. Otros autores han disertado sobre la confrontación en los primeros siglos del Islam entre una corriente ascética y otra contraria a la misma, por oposición al ascetismo cristiano¹⁹⁶⁷. En nuestro país, Ana María Carballeira afirma: *el waqf es, asimismo, una medida adoptada con vistas a garantizar las necesidades de determinados individuos, especialmente miembros de la familia, respondiendo a un interés material de los fundadores. En este caso, el waqf ofrece un medio fácil de eludir las prescripciones coránicas en materia de sucesión y constituye un modo de transmisión del patrimonio, o más exactamente del usufructo procedente de los bienes pertenecientes a particulares, a fin de salvaguardar la integridad de la propiedad en el seno de un conjunto de personas*¹⁹⁶⁸. Es decir, según los orientalistas, a dos grandes grupos de propósitos de los fundadores sirve esta figura: la caridad en sentido amplio y soslayar las estrictas normas hereditarias de la *Šarī'a*, evitando la disgregación de masas patrimoniales fuera de un linaje determinado. Estas dos funciones desembocan en dos tipos, casi dos negocios jurídicos distintos, de *waqf*: el benéfico y el familiar o en beneficio de personas concretas y llamamientos sucesivos, como veremos; fundaciones incluyen ambas finalidades y algunas escuelas, como la atribuida a Abū Ḥanīfa, exija una cláusula residual en favor de los pobres al segundo tipo. Incluso algunos *fuqahā'*, revítese lo expuesto, cuyo máximo exponente sería Ibn Taymiyya, únicamente concibe la institución como piadosa. El interés de la persona por saltarse las cuotas hereditarias impuestas en *El Corán* también puede alcanzarse mediante la donación, pues, así se explicita en algún texto que hemos seleccionado, el objeto puede ser el patrimonio íntegro en favor de extraños. Quizás los estudiosos del *fiqh* no le den toda la importancia que merece al deseo de mantener el patrimonio dentro de la familia, en el propio linaje, sin que sufra las consecuencias de la atomización que provoca la sucesión hereditaria. En Roma, el fideicomiso familiar trataba de dar una respuesta a esta misma problemática¹⁹⁶⁹. Al comienzo de este capítulo hemos comprobado como la cultura árabe, al igual que otras muchas, coloca al propio linaje en una posición privilegiada, una cuestión ideológica, religiosa y cultural cuya traducción jurídico-patrimonial quizás se encuentre en el *ḥubs*.

Por lo que se refiere a la vertiente de la piedad, en el ámbito del derecho romano, especialmente el cristiano, y el derecho canónico, ha sido un tema estudiado con profusión y profundidad. Los padres de la Iglesia como Tertuliano, San Ambrosio, San Agustín o San Juan Crisóstomo se refieren al deber de la caridad que tiene el creyente. Así, el bien del alma y la caridad

motivaron la realización de numerosas donaciones, legados e instituciones de heredero en favor de la Iglesia y de los pobres (*piae causae*: monasterios, iglesias, sufragios a favor del alma, etc.). Estos negocios jurídicos obtuvieron un amplio respaldo legal en el derecho justinianeo. En nuestro país, desde el derecho visigodo, los fueros de la reconquista e incluso en nuestro Código Civil vigente, artículo 747, por ejemplo, han tenido su eco. Si se desea acercarse a este asunto, se puede consultar entre otras la obra del historiador del derecho Juan José Rubio¹⁹⁷⁰.

En cualquier caso, la cuestión teleológica de esta figura ocupa una posición central en su régimen jurídico. Demos paso a las palabras de los alfaquíes:

^aومنه. هل يشترط في الوقف ظهور القرية، أو الشرط إنتفاء المعصية؟ وجهان " أصحهما الثاني، فيصح على الأغنياء وأهل الذمة والفسقة على الثاني، دون الأول جزم في الوصية بالثاني¹⁹⁷¹.

Al-Suyūṭī, el ulema del siglo quince, al desgranar el problema de la voluntad expresa y externa, nos aporta una regla muy importante: este negocio jurídico no tiene como requisito de validez, según su escuela, la presencia de una cláusula piadosa; de esta manera, sus frutos se pueden emplear en personas ricas, no musulmanes o, incluso, libertinos. Por ello, se constituyen fundaciones en favor de personas a las que el fundador quiera beneficiar, mantengan o no un vínculo familiar.

^b[الأحباس المجهولة الأصل يجوز صرف فوائدها في مختلفة سبيل الخير]

وسئل بما نصه: ما يقول سيدنا وشيخنا وإمامنا وبركتنا وقوتنا ومفيدنا، العالم الأوحده، المشاور المتبع، أبو سعيد أبقى الله لنا أيامه، وشكر إحسانه الجزيل لنا وإنعامه في عهود وأحباس بمدينة المريا، بيد ناظر عليها مقدم من قبل من وجب منها ما علم مصرفه والوقوف على العقود المعين فيها ذلك. كما وقف على قراءة الحزب، والمتعلمون كتاب الله سبحانه واليتامى والأبكار وفي سبيل الخيرات وطرق البر وعلى وقود المسجد الجامع وكسوته وغير ذلك إذا كان أصل العهود والأحباس قديماً ببجاية، وانتقل ذلك إلى مدينة المرية لانتقال أهلها بعد أمر المولى أيده الله بتمشية مرتب منها لطلبة العلم من أهل ذلك البلد إرفاقاً بهم، وعوناً لهم على ما هم بسبيلهم من التمسك بالطلب، فهل يسوغ لهم شرعاً إن لم تف العهود التي في سبيل الخيرات وطرق البر بجملة المرتب أخذ الباقي لهم بعد إستيفاء ذلك من العهود والأحباس التي جهل مصرفها أم لا يسوغ ذلك؟ متفضلاً بذلك منعماً به.

فأجاب: وفتت على سؤال المكتتب في الصفح قبل هذا، والحكم في ذلك أن وجوه الخير والبر مدخلاً في الأحباس المجهولة الأصل، فتصرف فوائدها فيما بعد ذلك من مرتبات طلبية العلم وغيرها، وإذا كانت الأحباس المعلومة المصرف قد قيل فيها بجواز صرف فائدها في غير مصرفها مما هو داخل في باب الخير وسبيل البر، فكيف بالأحباس التي لا يعلم مصرفها. وقع في نوازل ابن جابر ما نصه: خفف محمد بن إسحاق بن السليم في تصريح الأحباس بعضها في بعض وقد فعل ذلك غيره من القضاة بقرطبة، وهو قول ابن حبيب في كتاب الحبس من واضحته، في ذلك إختلاف، وذكر ابن سهل في نوازه نحو ذلك عن بعض الشيوخ أنه لا

a Entre ellas: ¿se exige en el *waqf* que aparezca la piedad o la condición es evitar la desobediencia? Hay dos opciones: la más correcta es la segunda, pues es válido constituir un *waqf* en favor de los ricos, la gente de la *ḍimma* y de libertinaje, como en la segunda y no la primera; en el legado se exige la segunda.

b [Es válido en los *aḥbās* cuyas finalidades son desconocidas destinar sus beneficios en los distintos caminos de piedad] Fue preguntado por el siguiente contenido: qué dice nuestro señor, *ṣayy*, imán, bendición, modelo, nuestro benefactor, sabio sin par, consejero al que se sigue, Abū Sa'īd, Dios nos lo mantenga en nuestra vida, por el que damos gracias, por sus numerosas virtudes y beneficios para nosotros, sobre unos documentos de *aḥbās* en la ciudad de Almería, en manos de un administrador, ante el que se presenta un demandante de los *uqūf* cuyos destinos son conocidos durante varias décadas. Se instituyó con la intención de recitar partes de *El Corán*, los estudiantes del Libro de Dios, los huérfanos y distintas formas de virtud y piedad, para el combustible de las mezquitas aljamas y sus revestimientos; en origen, los documentos y los *aḥbās* eran antiguos en la ciudad de Baḡāya; se trasladaron a la ciudad de Almería, al trasladarse sus habitantes después de la orden del gobernador, Dios lo ayude; se destinaron parte de ellos a los estudiantes de aquella población, para compensarlos y colaborar con ellos en su intención de estudiar. ¿Les sería válido esto, una vez satisfechas las necesidades previstas en los *aḥbās* cuyas finalidades son desconocidas o no?

Contestó: me he detenido en la pregunta contenida en las páginas que preceden y el fallo ha de ser que las finalidades piadosas y de bien están incluidas en los *aḥbās* cuyas finalidades originales son desconocidas; se destinan sus excedentes en favor de los estudiantes y otras finalidades. Si las finalidades de los *aḥbās* fueran conocidas, se dice que es válido destinar el excedente en otras finalidades incluidas en la piedad. Cuánto más en aquellos cuyas finalidades son desconocidas. Se contiene en las fetuas de Ibn Ḳābir lo que sigue: Muḥammad b. Ishāq b. al-Salīm ha suavizado las condiciones para destinar los frutos de unos *aḥbās* a otros y así lo hicieron otros jueces de Córdoba. Esta es la opinión de Ibn Ḥabīb en su libro sobre el *ḥubs* de su obra *Wāḍiḥatuhu*. Sobre ello existe controversia. Ibn Saḥal, en sus fetuas, ha mencionado esto acerca de varios jeques: no existe inconveniente en destinar los excedentes de unos *aḥbās* en otros, pues no hay obstáculo en destinar lo que es de Dios en Dios. Este es el fallo que se desprende de la respuesta y Dios es quien conduce al éxito.

حرج في صرف فوائد الأحباس بعضها في بعض، ولا بأس بما هو الله أن يصرف فيما هو الله، فهذا حكم ما تقيده نقله من الجواب، والله الموقف للصواب¹⁹⁷².

Esta respuesta expone el dictamen del ulema Abū Saʿīd, Saḥnūn, con relación a la doctrina propia de los seguidores de Mālik b. Anas, sobre la utilización de los excedentes de un *waqf* en favor de la finalidad de otro distinto. Estos alfaquíes afirman que es lícita esta operación si se trata de fundaciones piadosas, tanto si su destino es conocido como en caso de desconocerse. Cita la opinión de otros, como Ibn Yābir (jurista sevillano que viajó a Oriente para oír a los principales sabios de su época; algunos cronistas lo tildaron de mentiroso, otros de bebedor de vino¹⁹⁷³), Muḥammad b. Ishāq b. Al-Salīm (seguidor de al-Awzaʿī¹⁹⁷⁴), Ibn Ḥabīb (reconocido ulema nacido en Elvira, pero que se trasladó a Córdoba; autor, además de la obra mencionado en la fetua, de una exégesis de la obra de Mālik *al-Mawwaṭa*¹⁹⁷⁵) e Ibn Saḥal. Esta jurisprudencia se aplica al caso de unos *aḥbās* constituidos en las ciudades de Biṣṣāya (localidad costera entre Argelia y Túnez¹⁹⁷⁶) y Almería; algunos cuyo destino original se había olvidado y otros que sí se tenía constancia.

[جواز صرف الأحباس بعضها في بعض]^a

وسئل ابن لب عن مسجد عليه أصول زيتون محبسة تؤخذ غلتها في كل عام، ويصرف منها في إستصباح المسجد ما يحتاج إليه بطول العام، ويبقى منه فضل في كل عام، وأئمة سائر المواضع ينتفعون بذلك الفضل في إستصباح مساجدهم ومنافعهم الخاصة بهم، فهل يجوز ذلك لهم أو يكون الفضل للإمام بالمسجد المذكور وينتفع به لنفسه أو بموضع غير ذلك؟ فأجاب: يجوز للناظر في أصول الزيتون المحبسة المذكورة أن يصرف ما يفضل عن زيتها في مصالح المسجد ومنافعه ببيعته وصرف ثمنه في ذلك، وإن صرف لخدمة المسجد لأجل خدمتهم له فحسن للأمام والمؤذن وسبهما مما يحتاج المسجد إليه. وأما صرف الفضل لمساجد أخرى أو لأئمتها وخدمتها ففيها إختلاف في المذهب، فقد كان فقهاء قرطبة وقضاةها يبيحون صرف فوائد الأحباس بعضها في بعض، وفي نوازل ابن سهل ما هو الله لا بأس أن ينتفع به فيما هو الله¹⁹⁷⁷.

Esta otra fetua, de Ibn Lubb, (fue nombrado dos veces como juez de jueces en Córdoba en cuya mezquita aljama, donde fue asesinado, disponía de un círculo de discípulos que lo escuchaban; era un muftí destacado a quien la mayoría solía acudir¹⁹⁷⁸) de la misma colección realizada por al-Wanšarīsī, incide en este sentido. Los andalusíes, especialmente los jueces y *fuqahā*' cordobeses, admiten sin ningún reparo que los frutos de los *awqāf* constituidos en favor de las mezquitas y demás finalidades piadosas se empleen indistintamente en cada una de ellas, aunque el fundador haya señalado un beneficiario específico. Esta libertad del administrador para destinar los excedentes no es tan bien vista por otros miembros norteafricanos de la misma escuela de Mālik. Otro aspecto que no se nos debe escapar está referido con la naturalidad con la que el autor asigna la titularidad de derechos a la mezquita, como beneficiaria de un *ḥubs*, calificando, en el mismo sentido, al imán como un servicio de la misma.

[ما حُبس على وجه لا يجوز نقله لغيره]^b

a [Validez del destino de los frutos de los *aḥbās* unos en otros].

Ibn Lubb fue preguntado por una mezquita que tenía terrenos de olivos constituidos en su favor como *waqf*, del que extraía su cosecha anual y la destinaba a la iluminación de la mezquita que necesitara para todo el año, produciéndose un excedente todas las anualidades, aprovechándose los imanes de los otros lugares del mismo, para iluminar sus mezquitas y sus usos privados. ¿Es lícito esto que hacen o ha de aprovecharse el imán de la mezquita original para sí mismo o para otros?

Contestó: le es lícito al administrador de los olivares constituidos como *waqf* destinar el excedente de aceite en los intereses y utilidades de la mezquita, con su venta, invirtiendo el precio, si lo hiciera al servicio de la mezquita, sería bueno para su imán y almuédano y demás que precise la mezquita. En cuanto a emplear el excedente en otras mezquitas y sus imanes y a su servicio, existe discrepancia en la escuela. Los *fuqahā*' de Córdoba y sus jueces permiten emplear el sobrante de los unos en otros; en las fetuas de Ibn Saḥal lo que es de Dios no hay inconveniente en que se aproveche en lo que es de Él.

b [Lo que ha sido constituido como *ḥubs* no es válido dedicarlo a otra cosa].

Se le preguntó por unos *aḥbās* constituidos en favor de quien recitara *El Corán* sobre las tumbas de sus dueños y desde hace tiempo el recitador se aprovecha del producto de ese *waqf*. Otros estaban dedicados a los pobres: la renta de los mismos se empleaba en comprar trajes para repartirlos entre los pobres durante la fiesta del cordero. Un grupo que los tiene en su poder quieren cambiar la finalidad de los mismos en favor de una fortaleza que Dios le dé seguridad, pues está debilitada. ¿Les es lícito esto según la *Šarīʿa* y tendría paga y recompensa ante Dios? ¿O son transformadores despreciados por el Enviado de Dios?

وسئل عن أحباس كانت محبسة على من يقرأ على قبور أصحابها منذ زمان ينتفع القارئ بفائدة ذلك الحبس، وأحباس أيضاً كانت محبسة على المساكين يؤخذ كراء ذلك الحبس ويشترى به الثوب تفرق على المساكين لكسوتهم في عيد الأضحى فقام الآن جماعة وجعلوا أيديهم على ذلك الحبس وهو يريدون نقل فوائده تلك الأحباس لحصن صالحة أمنها الله تعالى لكونه ضعيفاً، هل يجوز ذلك في الشريعة ويكون لهم ولمن تسبب في ذلك أجر وثواب عند الله؟ أم يكونون من المبدلين المغيرين المطرودين عن حوض رسول الله ص؟

فأجاب: إن الحبس المذكور لا يصرف عن المصرفين المذكورين أعلاه، لأن التحبيس عليهما صحيح، وقد قال تعالى: * (فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه) * 1979.

Según nos indica este dictamen, contenido en la misma recopilación, esa permisividad de transformar la finalidad de un *waqf* concreto en favor de otro no es general. Nos muestra dos casos, ambos con intención claramente piadosa, cuyas finalidades son la recitación de *El Corán* en la tumba de los fundadores y otros los pobres. En ambos casos, se prohíbe destinar los fondos en otras cuestiones. La materia no es pacífica salvo, en opinión de los peninsulares, cuando se trate de mezquitas.

[الحبس المبهم]^a

وسئل بعضهم عن مسألتين ظاهرتين من جوابه. فأجاب: أما المسألة الأولى فالمعتبر فيها نص المحبس إن وجد أو وجدت قرينة لفظية أو حالية، فهي كالنص على مراده، فإن لم يوجد شيء من ذلك نظر إلى المقصد العرفي فعليه يحمل، فإن وقع خلاف في الحمل فهو لإختلاف في حال العرف كإختلاف بعض المتأخرين فيمن حبس حبساً مطلقاً ولم يذكر له مصرف، فقال بعضهم يكون على المساجد إذا وقع في القرى إذ هو غالب تحبيس الناس في القرى، وأفتى أبو عمر بن القطان فيما جهل سبيله من الأحباس أن يوضع في بناء السور، وقال ابن الحاج إنما يوضع في الفقراء والمساكين، وأما لو وقع التحبيس على مسجد وعمي أمره ففي مسائل ابن الحاج يصرف في الأهم من مصالح المساجد، مثل زيت يستصبح به، وحصور وبيبان مارت من حيطانه فإن فضل شيء من الغلة أستوجر من يقيم فيه الخطبة والصلاة، إن لم يوجد من يتطوع بهما، فإن كان التحبيس على الإمام أو المودن فإن وجد نص أو ما يقوم مقامه إمتثال، فإن دل على تملك الإنتفاع بالسكنى فقط، لم يصح الكراء لقصر التحبيس على الإنتفاع فقط، إلا على رأي من يلغي اللفظ ويعتبر القصد... 1980

Otra respuesta aborda, como tuvimos ocasión de comprobar, la preeminencia de la voluntad del fundador: expresa o deducida de diversos elementos concomitantes. Si esta es desconocida, se acudiría supletoriamente a la costumbre del lugar. En consecuencia, la mutación de la finalidad fijada por el fundador, expresa o tácita, se ha de contemplar de forma muy restrictiva.

Contestó: El *hubs* mencionado no se ha de cambiar quitándolo de sus beneficiarios señalados con anterioridad. Porque la fundación fue correcta y Dios el Altísimo ha dicho: Quien lo cambiara después de escucharlo cometería un gran pecado.

a [El *hubs* indefinido].

Se les preguntó a alguno de ellos sobre dos cuestiones aparecidas en su respuesta.

Contestó: en cuanto a la primera cuestión, lo que se ha de considerar en ella es el texto utilizado por el fundador o, si hubiera algún elemento concomitante oral o de estado, pues sería equivalente a su intención. Si no hubiera nada de ello, se miraría la intención según la costumbre y así se actuaría. Si hubiera discrepancia, sería por el desacuerdo en la situación de la costumbre, como las diferencias entre los más modernos sobre quién constituye un *hubs* absoluto y no menciona la finalidad. Algunos dicen que sería para las mezquitas si tuviera lugar en poblaciones donde la mayoría de las fundaciones fueran en su favor. Abū 'Umṛān al-Qaṭṭān expidió una fetua sobre los *aḥbās* cuya finalidad se desconoce para que se empleara en la construcción de murallas. Ibn al-Ḥāyḥ opinaba que solo se emplearía en favor de pobres y menesterosos. Pero si la fundación se constituyera en favor de una mezquita desconociéndose en qué concretamente, en la obra *al-Masā'il* de Ibn al-Ḥāyḥ se establece que sería para los intereses más importantes, como el aceite para su iluminación y la reparación de las paredes; si sobrara algo de los frutos, para pagar quien realice la *juṭba* y dirija la oración, si no hubiera quien se ofreciera voluntariamente para ello. Si la fundación se realizara en favor del imán o el almuecín, si existiera texto o algo que ocupara su lugar, se seguiría; si se dedujera que la fundación es para aprovecharse de la habitación únicamente, no sería válido que lo diera en alquiler, por limitarse el negocio a la habitación, salvo para quien opina que se anula la expresión y se toma en cuenta la intención...

قلت -أرأيت أرضاً في يد رجل أقر بأنها صدقة موقوفة من والده- قال -إن لم يكن لوالده وارث غيره فالإقرار جائز إن لم يكن على والده دين ولم يوصي بوصية وإن كان على والده دين أو أوصي بوصية وقد أنفذ جميعاً فالإقرار جائز- قلت أرأيت إن لم يوصي الدين ولم تنفذ الوصية- قال - أبيع من الوقف بقدر الدين والوصية وأجعل ما بقي موقوفة على ما أقره الإبن... 1981

Hilāl b. Yaḥyā, jurista de la escuela iraquí, plantea ciertas restricciones para preservar los derechos de terceros; la fundación no se ha de establecer para vaciar el patrimonio de bienes afectos a las obligaciones del fundador. Se anularía si se comprueba que se hubiera efectuado en perjuicio de los acreedores y los legatarios. En principio, sería ilegal constituir un *waqf* en fraude de acreedores.

باب الرجل يجعل داره موقوفة ليسكنها قوم بأعيانهم ومن بعدهم تكون غلتها للمساكين.
قال أبو بكر: ولو أن رجلاً قال داري هذه صدقة موقوفة لله عز وجل أبداً على أن يسكنها ولدي ولدي ونسلي أبداً ما تناسلوا فإذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين أبداً؟ قال: هذا وقف جائز ولولده وولد ولده أن يسكنوها أبداً ما بقي منهم أحد فإذا انقرضوا أكرت الدار وكانت الغلة للمساكين. قلت: فإن لم يكن له ولد ولا ولد إلا واحداً؟ قال: سكنها لهذا الواحد ما بقي. قلت: فإن أراد هذا الواحد أن يكرها ويأخذ كراءها؟ قال: ليس له أن يكرها إنما له أن يسكنها.
[...] [مطلب شرط أن من تزوجت منهن فلا حق لها في السكنى]

قلت: فما تقول إن كان الواقف إشتراط في هذا الوقف أن من تزوجت منهن فلا سكنى لها في هذا الدار فتزوجت بعضهن وانتقلت ثم مات زوجها أو طلقها فاحتاجت إلى الرجوع إلى هذه الدار؟ قال: لا حق لها في سكنها وبطل ما كان لها من ذلك. قلت: وكذلك لو جعل سكنى هذه الدار لأمهات أو أولاده أو لمديراته ثم من بعدهم على المساكين على أنه كلما تزوجت منهن واحدة أو إنتقلت عن هذه الدار فلا حق لها في السكنى؟ قال: فهو على ما إشتراط من ذلك. قلت: فإن تزوج بعضهن أو إنتقلت هل لها الرجوع إلى هذه الدار إن مات زوجها أو طلقها أو لم تتزوج وانتقلت ثم أرادت الرجوع إليها؟ قال: ليس لها حق في سكنى هذه الدار وقد بطل ما كان لها من ذلك. قلت: فما تقول إن كان الواقف جعل سكنى هذه الدار لبناته ولبناته ما تناسلن وقال يقدم البطن الأعلى على من هو دونه وكلما انقرض بطن صار سكنى هذه الدار لمن يلي ذلك البطن؟ قال: فهو على ما شرط من ذلك. قلت: وكذلك لو قال فإن انقرضت بناته وبنات بناته وبنات بنات بناته ما تناسلن أو تزوجن أو إنتقلن من هذه الدار كان سكنها للذكور من ولده وولد ولده ونسله ما تناسلوا؟ قال: يكون ذلك على ما إشتراط من هذا 1982.

Al-Jaṣṣāf, un colega de escuela de Hilāl b. Yaḥyā, en las fundaciones familiares, dota a quien las realiza de una amplia libertad para designar los beneficiarios y estipular las condiciones

a Dije: ¿qué opinas de una tierra en manos de un hombre que ha confesado que es una *ṣadaqa* retenida de su padre? Dijo: si el padre no tuviera otro heredero, la confesión sería válida si el padre no tuviera deudas ni hubiera constituido un legado. Si tuviera deudas o hubiera constituido un legado y estos se hubieran ejecutado completamente, la confesión sería válida. Dije: ¿cuál sería tu opinión si no hubieran pagado las deudas y los legados? Dijo: vendería del *waqf* lo que fuera suficiente para hacer frente a las deudas y el legado; el resto o declararía como *ṣadaqa* retenida según la confesión del hijo.

b Capítulo. Un hombre convierte a su casa en *retenida* para que la habiten un grupo determinado y, tras ellos, sus frutos serán para los pobres.

Abū Bakr dijo: ¿y si un hombre hubiera dicho que esta mi casa es una *ṣadaqa* retenida para Dios el Altísimo eterna para que la habiten mi hijo y el hijo de mi hijo y mi estirpe por toda la eternidad mientras tengan descendencia y, si se extinguieran, sus rentas serían para los pobres eternamente? Dijo: este es un *waqf* válido, y su hijo y el hijo de su hijo pueden habitarla eternamente mientras subsista alguno de ellos. Si se extinguieran, la casa se daría en alquiler y la renta sería para los pobres. Dije: ¿Si no tuviera hijos ni nietos más que uno? Dijo: el derecho de habitación sería para este mientras viviera. Dije: ¿si este quisiera arrendarla y quedarse con sus rentas? Dijo: no le está permitido arrendarla, únicamente, habitarla.

[...] [Sección. La condición de quien se case entre ellas no tendría derecho a habitar].

Dije: ¿Qué opinas sobre si el fundador estipulara que en este *waqf* quien se casara de entre ellas no podría habitar la casa, una de ellas se casa y se muda muriendo después su marido o siendo repudiada por este, necesitando volver a esa casa? Dijo: no tendría derecho a habitarla y se habría anulado lo que le correspondía. Dije: ¿también si dedicara la casa a vivienda de las *madres de sus hijos* y a sus esclavas manumitidas y, tras ellas, a los pobres, con la condición de que si alguna se casara o se mudara no tendría derecho a habitarla? Dijo: se estaría a lo estipulado por él. Dije: ¿si alguna se casara o se mudara tendría derecho a volver a la casa si muriera su marido o fuera repudiada o no se casara y quisiera volver a la casa? Dijo: no tendría derecho a habitar esa casa, pues se habría anulado lo que le correspondía. Dije: ¿qué opinas si el fundador dedicara el derecho de habitación de esa casa a sus hijas y las hijas de sus hijas mientras tengan descendencia y dijera que el grado superior tuviera preferencia sobre los demás y, cada vez que un grado se extinguiera, la habitación sería para el siguiente? Dijo: se estaría a lo estipulado. Dije: ¿también si dijera que quien se casara del grado superior o se mudara o falleciera no tendría derecho a habitar la casa y ese derecho sería para quien le siguiera en grado? Dijo: se estaría a lo estipulado. Dije: ¿también si hubiera dicho que si se extinguieran sus hijas y las hijas de estas, se casaran o se mudaran de casa el derecho de habitación sería para los varones de entre sus hijos y los hijos de los hijos mientras tuvieran descendencia? Dijo: se estaría a lo estipulado.

que estime conveniente para excluir o incluirlos, cambiando la finalidad. Ahora bien, como es propio de esta corriente, se debe incorporar la cláusula de subsidiariedad: en caso de que se extingan todas las líneas cuyos llamamientos ha previsto, la finalidad del *waqf* se ha de reconvertir en favor de los pobres. No debemos abandonar este texto sin remarcar la posibilidad que tiene el fundador de modular el derecho de los beneficiarios: usufructo o dominio directo, por un lado, o una mera habitación. Asimismo, comprobamos como esta figura es utilizada para compensar a las hijas, discriminadas en la herencia, con derechos sobre los bienes de la persona. Otro aspecto que habría que destacar sería que en los *ahbās* familiares o en favor de personas concretas tiene lugar un llamamiento sucesivo a los beneficiarios de forma casi análoga a la herencia.

^aباب الرجل يقف الأرض على نفسه ثم من بعده على المساكين.

قال أبو بكر رحمه الله: إذا جعل أرضه صدقة موقوفة لله عز وجل أبداً على نفسه ثم من بعده على الفقراء أو قال على أن غلته لي أبداً ما عشت ثم من بعدي على الفقراء أو قال على نفسي ومن بعد علي ولدي وولد ولدي ونسلي أبداً ما تناسلوا فإذا إنقرضوا فهي على المساكين أو قال على نفسي ومن بعدي على فلان وولده وولد ولده ونسله أبداً ما تناسلوا فإذا إنقرضوا فهي موقوفة على الفقراء فإن لا نحفظ عن أصباحنا المتقدمين في ذلك شيئاً إلا ما روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال إذا إستثنى الواقف لنفسه أن ينفق غلة ما وقف على نفسه وولده وحشمه ما دام حياً جاز وقال ذلك على ما إستثنى عمر بن خطاب رضي الله عنه مما إستثناه لوالي صدقته أن يأكل منها ويؤكل صديقه فقال ذلك قياس على ما فعله عمر رضي الله عنه وكان عمر هو والي تلك الصدقة فقلنا وبالله توفيقنا إن إستثناء إنفاق الغلة على نفسه وولده وحشمه هو بمنزلة قوله قد وقفت هذه الأرض على نفسي ثم من بعد علي المساكين [...] وقال بعض الفقهاء أهل البصرة أنه إذا قال قد جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة على نفسي أو قال على أن لي غلته ما عشت ثم من بعدي على الفقراء أن الوقف باطل من قبل أنه إذا قد وقفت هذه الأرض على نفسي ثم من بعدي على الفقراء أن الوقف باطل من قبل أنه إذا قال قد وقفت هذه الأرض على نفسي ثم من بعد علي الفقراء لم تخرج الأرض من ملكه لأنه إذا كان واقفاً على نفسه فملك الأرض له على حاله فقلنا كيف تكون الأرض له على حاله وقد جعلها وقفاً على المساكين من بعده فهي خارجة من ملكه بالوقف الذي وقف...¹⁹⁸³

Al-Jaṣṣāf, en este fragmento de su libro sobre la institución, nos refiere una polémica que se produce dentro de su escuela y, en especial, con los *mālikīes*: la posibilidad de que el fundador se nombre a sí mismo como beneficiario. El autor la admite aplicando analógicamente una decisión de ‘Umar b. al-Jaṭṭāb. Otros seguidores de Abū Ḥanīfa estarían en contra, alegando que con esa cláusula la propiedad del bien no saldría de la esfera jurídica del constituyente. El ulema contesta que no sería así, pues en la escuela siempre se nombre como beneficiario a los pobres de forma subsidiaria, por lo que sí se produciría la mutación dominical. El argumento de la falta de transmisión del dominio no tendría mucho sentido, pues la escuela iraquí prescribe que un *waqf* válido supone que Dios recibe la propiedad del dominio directo del fundador. La prohibición de los discípulos de Mālik b. Anas es totalmente consecuente, pues para ellos el dominio directo o *nuda* propiedad permanecería en la persona que constituye el *waqf*, si este se nombrara a sí mismo como beneficiario, el dominio directo y el útil tendrían la misma titularidad, impidiendo la división de la propiedad plena propia del negocio jurídico. Esta opción del fundador de reservarse los frutos de la

a Capítulo. El hombre estable como *waqf* unas tierras para sí mismo y después de él para los pobres.

Abū Bakr dijo, Dios tenga misericordia de él: si convirtiera su tierra en una *ṣadaqa* retenida para Dios el Altísimo eterna en favor de él, después en favor de los pobres, o dijera que sus rentas fueran para él mientras viva, tras él para los pobres, o dijera que en favor de él, después de su hijo y el hijo de su hijo y su descendencia, pasando a los pobres en caso de extinción, o dijera en mi favor y después de mí en favor de fulano y sus hijos por siempre mientras tengan descendencia, no he memorizado nada la respecto de nuestros colegas que nos han precedido, salvo lo que se cuenta de Abū Yūsuf, Dios tenga piedad de él, quien dijo que si el fundador reservara para sí mismo las rentas del *waqf* o para sus hijos y sus deudos mientras viviera, sería válido. Eso sería como la reserva que hizo ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él, reservando en favor de su administrador la posibilidad de consumir de su *ṣadaqa* y delegó en su amigo y dijo que esto sería en analogía a lo que hizo ‘Umar, Dios esté satisfecho de él, que era el administrador de la *ṣadaqa*; de esta forma, decimos, Dios nos dé el éxito, que al reservar las rentas para los alimentos de uno mismo, su hijo y sus deudos sería como constituir un *waqf* en favor de un mismo y después en favor de los pobres [...] Algunos de nuestros compañeros de entre la gente de Basora dicen que si convirtiera la tierra en una *ṣadaqa* retenida en favor de mí mismo o dijera que para mí serían las rentas mientras viviera y después a los pobres el *waqf* sería nulo, pues eso no saldría de su propiedad, porque al establecer el *waqf* en favor de sí mismo la propiedad quedaría en el mismo estado. Nosotros decimos que cómo va a quedar en el mismo estado habiendo establecido el *waqf* en favor de los pobres después de él, así saldría de su propiedad por el *waqf* que ha constituido...

fundación de forma vitalicia le facilitaría un mecanismo para desheredar a su familia o evitar futuros embargos de sus bienes, por ejemplo.

^a و سئل سيدي العربي بردلة عن غريم مات وترك أولاداً ولهم مقدم عليهم، وترك أصولاً محبسة على الأعباب؛ ثم فرب الدين يطلب دينه فظن المقدم لزومه للأولاد ويقضي منه ومن غلة الحبس، فقال لرب الدين: أسقط منه كذا وأتكفل لك بالباقي ففعل، ثم إمتنع الأولاد من إعطاء الدين من غلة الحبس، فهل سيدي يلزمهم ذلك أم لا؟ وعلى عدم لزومه فهل ينحل ضمان عن هذا الضامن؛ لأنه إنما ضمن لظنه لزومه أم لا؟

فأجاب: بأن رب الدين لا حق له في غلة الحبس الذي إنتقل إلى الأولاد، إنما له إتباع ما خلفه الهالك إن خلف شيئاً، وهذه الغلة ليست من متخلف الهالك، وله أن ينبع الكفيل؛ لأن كفالة هذا المقدم لازمة والظن الذي ظنه لا يسقطها عنه، والله أعلم¹⁹⁸⁴.

Muhammad b al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī, ya en el siglo XIX, también se plantea las previsiones con el fin de salvaguardar los intereses de los acreedores. En esta fetua que también estudiamos en el capítulo tercero nos plantea un supuesto bastante extraño: un deudor que fallece dejando hijos, quienes son, a su vez, beneficiarios de un *waqf* constituido por el finado. La respuesta de este alfaquí no deja ningún tipo de deudas: las rentas de la fundación son inatacables para el titular del derecho de crédito, por lo que las rentas a las que tienen derecho los beneficiarios quedan al margen de la posible reclamación.

^b و سئل الشيخ الصالح الفقيه سيدي أبو القاسم ابن خجو رحمه الله عن وهب ماله لأخوه، وعليه دين من مهر زوجته يستغرق ماله، فهل تصح هذه الهبة أو تبطل للدين السابق عليها؟
فأجاب: إن كان الأمر كما ذكرتم ردت الهبة للدين المذكور، والله سبحانه أعلم¹⁹⁸⁵.

Este mismo jurista decimonónico acude a la opinión de Abū al-Qāsim b. Jaḡyū, para anular la donación realizada por una persona quebrada. Hemos de recordar que el *waqf* deriva de este contrato. Asimismo, las distintas escuelas, a la hora de regular la capacidad para constituirlo están divididas sobre la validez del negocio jurídico: quienes lo consideran nulo con la constatación del elemento fáctico de la incapacidad económica para hacer frente a las obligaciones y los que exigen una previa declaración judicial de quiebra para calificar la constitución como no válida.

^c القاعدة الحادية عشرة: من عليه فرض هل له أن يتنفل قبل أدائه بجنسه أو لا؟
[...] النوع الثاني: التصرفات المالية كالعتق والوقف والصدقة والهبة إذا تصرف بها وعليه دين ولم يكن حجر عليه فالمذهب صحة تصرفه وإن إستغرق ماله في ذلك، وإختار الشيخ تقي الدين رحمه الله أنه لا ينفذ شيء من ذلك مع مطالبة الغرماء، وحكاه قولاً في المذهب، ويمكن تخريبه في المذهب من أصلين: أحدهما: ما نص عليه أحمد رحمه الله في رواية حنبل تبرع بماله بوقف أو صدقة وأبواه محتاجان أن لهما رده وإحتج بالحديث المروي في ذلك¹⁹⁸⁶.

a Mi señor al-'Arabī Burdalla fue preguntado por un deudor que murió dejando hijos y estos habían recibido un adelanto; dejó unos bienes raíces constituidos en *waqf* en favor de los descendientes; después el acreedor exigió su crédito, pues creía que podía cobrarse del adelanto y de la cosecha del *waqf*. Dijo al acreedor: reduce la deuda en esa cuantía y te avalo el resto y así lo hicieron. Después, los hijos impidieron pagar la deuda con la cosecha del *waqf*. Mi señor, ¿están obligados o no? Y si no estuvieran obligados, se extinguiría el aval de este avalista, pues realizó el aval creyendo que estaba obligado?

Contestó: El acreedor no tiene ningún derecho sobre la cosecha del *waqf*, que se ha transmitido a los hijos, únicamente puede perseguir lo dejado por el causante, si dejó algo. Esto es así porque la cosecha no forma parte de la herencia del fallecido. Sí puede dirigirse contra el avalista, porque el aval del anticipo es obligatorio y lo que creía no lo anula. Y solo Dios sabe.

b El jeque virtuoso mi señor Abū al-Qāsim b. Jaḡyū, Dios tenga misericordia de él, sobre uno que donó sus bienes a otro, teniendo una deuda por la dote de su esposa que superaba su patrimonio. ¿Es válida esta donación o se anula a causa de la deuda anterior?

Contestó: si el asunto es como lo has mencionado, la donación se rescinde por la deuda reseñada, y Dios el Altísimo es más sabio.

c Regla decimoprimer: quien debe una obligación, ¿puede favorecer a alguien antes de cumplir o no?

[...] Segundo tipo: las disposiciones patrimoniales, como la manumisión, el *waqf*, la *ṣadaqa* y la donación, si las realizaran teniendo deudas pero sin estar incapacitados, la opinión de nuestra escuela es que es válida la disposición, aunque la deuda superara a su patrimonio. El jeque Taqīyya al-Dīn, Dios tenga misericordia de él, considera que no sería eficaz ninguna disposición si los acreedores lo demandaran; le sigue una corriente dentro de nuestra escuela. Se pueden extraer dos opiniones:

La primera: lo que establece Aḡmad, Dios tenga misericordia de él, siguiendo una opinión de Ḥanbal: quien dispusiera a título gratuito de su patrimonio a través de un *waqf* o *ṣadaqa*, estando sus padres en situación de necesidad, estos podrían rescindirle. Se basa en el hadiz que se ha comentado.

Ibn Raḡab hace una revisión de las opiniones de la escuela *ḥanbalī* sobre la validez de la constitución de un *waqf* por una persona en situación fáctica de quiebra. La postura oficial es que sería válida mientras no se produjera la declaración de incapacidad judicial. Otra línea, defendida por Taqīyya al-Dīn, más restrictiva, aboga por exigir tan solo que los acreedores demanden la nulidad. Por último, en defensa de los progenitores, estos podrían rescindir el negocio del hijo si su estado económico fuera de necesidad.

^aوإختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة، أو في جميع ماله لبعضهم دون بعض، فقال جمهور فقهاء الأمصار بكراهية ذلك له، ولكن إذا وقع عندهم جاز؛ [...] وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون البعض. [...] وعمدة الجمهور أن الإجماع منعقد على أن الرجل أن يهب في صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده، فإن كان ذلك للأجنبي هو للولد أحرى¹⁹⁸⁷.

El jurista y filósofo cordobés Averroes describe el régimen que rige a los beneficiarios de las donaciones y, por extensión, de los *aḥbās*: aunque moralmente odioso y reprobable, es lícito donar o destinar un *waqf* en exclusiva a uno de los hijos en perjuicio de los otros o, incluso, llamar a extraños y no hacerlo con la propia prole. El fundador de la escuela a la que se adscribe Averroes, Mālik, prohíbe excluir al resto de los hermanos, aunque no se opone a mejorar a uno en detrimento de los demás.

^bومن مناقب هذا الرجل وفضائله: أن رجل قصد يقال له: أبو سعيد الصوفي، فقال له: (يا خواجه؛ أنا أبني لك مدرسة ببغداد مدينة السلام، لا يكون في معمور الأرض مثلها، ويخلد بها ذكرك إلى أن تقوم الساعة، قال: فافعل، فكتب إلى وكلائه في بغداد أن يُمكنوه من الأموال، فأبتاع بقعة على شاطئ دجلة، وخط المدرسة النظامية، وبنها أحسن بنيان، وإبتاع ضياع وخانات وحمامات ووقفها عليها...¹⁹⁸⁸

Al-Ṭurtūšī, alfaquí *mālikī*, cuyo apelativo se debe a nacer en la ciudad siria de Tartus, nos describe cómo al-Ḥasan b. ‘Alī, apodado Niẓām al-Muluk o Jawyā, ministro de los sultanes selúcidas en el siglo XI, que obtuvo una gran fama en su tiempo como mecenas de las ciencias, muriendo asesinado¹⁹⁸⁹, ordenó construir una de las madrasas más famosas de Bagdad: *al-Niẓāmiyya*. Este viajero, al transcribir la conversación entre el gobernante y el arquitecto de la célebre escuela bagdadí, subraya como la construcción de la misma, en favor de la cual constituye numerosos *awqāf*, provocará que su fama perdure para siempre.

^c(فصل) وبنيته وقف الإمام بعض أراضي الموقف من مال الفيء إذا كان فيه مصلحة عامة...¹⁹⁹⁰

Este jurista de la escuela de Aḥmad b. Ḥanbal, Ibn Raḡab, recoge el mismo requisito que se exigen los medineses sobre la constitución de un *waqf* por parte del gobernante con bienes del estado, en este caso procedentes del botín: la finalidad ha de ser preceptivamente un interés público.

a Discuten sobre si el hombre puede mejorar a uno de sus hijos sobre los otros en la donación, o en todos sus bienes en favor de uno frente a los otros. La mayoría de los *fuqahā* de todos los países opinan que eso es odioso, pero, si se produce, sería válido [...] Mālik opina que sería válida la mejora pero no la donación de todos sus bienes a uno de ellos y no a los otros.

[...] El pilar sobre el que se basan esta mayoría es el consenso que existe sobre que el hombre done, disfrutando de plenas facultades, de todos sus bienes a un extraño en detrimento de sus hijos; si eso es así con los extraños, con los hijos con más razón [...]

b Entre las virtudes de este hombre y sus excelencias destaca: un hombre se le acercó y le dice, siendo interpelado como Abū Sa’īd al-Ṣūfī: “O Jawyā, te construiré en Bagdad, ciudad de la paz, una escuela que no hay igual en todo el mundo civilizado, con la que tu fama se hará eterna hasta la llegada de la Hora. Dijo: hazlo. Y escribió a sus delegados en Bagdad para que le facilitaran los fondos. Compró un terreno a orillas del Tigris y planeó la escuela al-Niẓāmiyya; la construyó de forma excelsa, grabó en ella el nombre de “Niẓām al-Muluk” y erigió a su alrededor zocos constituidos como *waqf* en su favor, compró aldeas, janes, baños, también a modo de *waqf*...

c (Capítulo) El *waqf* del imán de parte de las tierras públicas del *fay* se consolidaría si existiera un interés público...

ثم سافرنا من هذه المدينة، ونزلنا في زاوية عظيمة بإحدى القرى تعد أحسن زاوية رأيناها في تلك البلاد، بناها أمير كبير تاب إلى الله تعالى يسمى فخر الدين، وجعل النظر فيها لولده، والإشراف لمن أقام بالزاوية من الفقراء، وفوائد القرية وقفها عليها. وبنى بإزاء الزاوية حماماً للسييل يدخل الوارد والصادر من غير شيء يلزمه. وبنى سوقاً بالقرية ووقفه على المسجد الجامع وعين من أوقف هذه الزاوية لكل فقير يرد من الحرمين الشريفين، أم من الشام ومصر والعراقين وخراسان وسواها، كسوة كاملة ومائة درهم يوم قدمه وثلاثمائة درهم يوم سفره والنفقة أيام مقامه، وهي الخبز واللحم والأرز المطبوخ بالسمن الحلواء. ولكل فقير من بلاد الروم عشرة دراهم وضيافة ثلاثة أيام¹⁹⁹¹.

El tangerino, Ibn Battūṭa, recorriendo Asia Menor nos describe como un gran príncipe erigió una *zāwiya* a la que destinó numerosos *awqāf*, movido por el arrepentimiento frente a Dios. El viajero no duda en darnos a conocer la motivación íntima del fundador de estas fundaciones.

طولك مشهد من هذه المشاهد أوقف معينة، من بساتين أرض بيضاء ورباع، حتى أن البلاد تكاد الأوقاف تستغرق جميع ما فيها. كل مسجد بناؤه، أو مدرسة أو خانقة، يعين لها السلطان أوقافاً تقوم بها بساكنيها الملنزمين لها، وهذه أيضاً من المفخر الخالدة، ومن نساء الخواتين ذوات الأقدار من تأمر ببناء مسجد أو رباط أو مدرسة، وتنفق فيها الأموال الواسعة، وتعين لها من مالها الأوقاف. ومن أمراء من يفعل مثل ذلك. لهم في هذه الطريقة المباركة مسارعة مشكورة عند الله عز وجل¹⁹⁹².

El viajero, nacido en Valencia, Ibn Yūbayr, nos describe como en el Damasco del siglo XIII los *awqāf* rebosaban por toda la ciudad. La clase noble competía entre sí para destinar estas fundaciones a sustentar sus obras piadosas como mezquitas, escuelas coránicas, etc. Literalmente nos dice que la ciudad casi estaba inundada por completo de estos *aḥbās*.

a Después viajamos desde esta ciudad y nos hospedamos en una *zāwyya* grandiosa situada en una de las aldeas, considerada la mejor que hemos visto en este país. La construyó un gran príncipe que quiso pedir perdón a Dios el Altísimo, llamado Fajr al-Dīn, nombrando como administrador a su hijo y como supervisor de todos los pobres que se acojan; erigió detrás de la *zāwyya* unos baños para todo el que viniera o se marchara sin exigírseles ningún pago. Construyó un zoco en la aldea al que constituyó como *waqf* en favor de la mezquita aljama. Dedicó, de las rentas de los *awqāf* de esta *zāwyya*, para cada pobre proveniente de los dos lugares santos, Siria, Egipto, Iraq o Jurāsān y otros lugares una vestimenta completa, cien *dirhams* el día de su llegada y trescientos el día de su partida; como gastos de manutención, pan, carne y arroz cocinado con grasa y dulces. Para cada pobre de la tierra de *rūm*, diez *dirhams* y la hospitalidad durante tres días.

b Cada una de estas escenas tiene *awqāf* propios, entre huertos, tierras de barbecho y jardines. Incluso los *awqāf* están a punto de cubrir toda la población. Cada mezquita que se construye recientemente, escuela o callejuela tiene asignada por parte del sultán *awqāf* en los que se apoyan sus habitantes; esto es un motivo de orgullo eterno. Entre las mujeres nobles con capacidad las hay que ordenan la construcción de mezquitas, *ribāṭ* o escuelas, gastando en ellas grandes cantidades, y destinándoles de su patrimonio *awqāf*. Entre los emires hay quien hace lo mismo, entre ellos se produce una bendita competición que Dios el Altísimo agradece.

^aذكر شارحه العلامة محمود العيني: أنه قد اختلف في أخذ الأجر على الرقية بالفتحة، وفي أخذ على التعليم، فأجاز عطاء، وأبو قلادة، وهو قول مالك، والشافعي، وأحمد [...]]

وكره الزهري تعليم القرآن بالأجر، وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجوز أن يأخذ على تعليم القرآن. [...] وفي وصايا الفتاوى الخيرية للعلامة الشيخ خير الدين الرملي: سُئل في رجل اشترى بناء مقررًا لقرن على أرض وقف، وعلم بما على الأرض لجهة الوقف الحكر، ثم أوصى في مرض موته إذا مات أن يجمع كل يوم فلان وفلان يقرأ سورة يس، [...]، ويصليان على النبي، ص، وعلى آله وصحبه، ويهديان ثوب ذلك إلى روحه، وعين لهما كل يوم قطعة مصرية تؤخذ من أجرة القرن، وإذا مات أحدهما يقرره ولده إن كان له أهلية، فهل بهذه الوصية يصير القرن وقفًا على القارئین أبداً؟ وهل هذه الوصية صحيحة أم لا؟

أجاب: هذه الوصية باطلة، ولا يصير القرن وقفًا، ولورثة الموصي التصرف في بناء القرن يرجى على فرائض الله تعالى. قال في وصايا البزارية: أوصى لقارئ يقرأ القرآن عند قبره بشيء فالوصية باطلة [...] إذا أوصى بأن يدفع إلى إنسان كذا من ماله ليقرا القرآن على قبره، فالوصية باطلة لا تجوز، وسواء كان القارئ معيناً أو لا؛ لأنه بمنزلة الأجرة، ولا يجوز أخذ الأجرة على طاعة الله تعالى [...]

وهكذا قال سيدي العارف الشيخ عبد الغني النابلسي في شرحه على الطريقة المحمدية، حيث قال في بحث الرياء: وأما الأوقاف الآن، والصدقات الجارية على قراءة الأجزاء القرآنية، وأجزاء صحيح البخاري، ومسلم، ومعلومات المؤذنين والمدرسين في جوامع والمدارس ونحوها، فهي موقوفة على كل من يفعل هذه العبادات، وثواب أعمالهم على ذلك كل لهم، لا للواقف والمتصدق، وإنما هذه الوظائف إعانة لهم على طاعة الله تعالى فقط، فليست من هذا القبيل الذي أشار إليه المص، إلا شرط الواقف أو المتصدق أن ثواب هذه العبادات يكون له في مقابلة ما عينه من المال، فهي أمر باطل حينئذ، وفعله حرام بهذه النية. إنتهى¹⁹⁹³.

Muhammad Amīn b. 'Ābidayn, este alfaquí *ḥanafī*, damasceno cuya vida se desarrolló entre el siglo XVIII y mediados del XIX, analiza durante un capítulo entero de esta obra, del que hemos escogido párrafos sueltos, la polémica dentro de la escuela sobre si se admite o no recibir compensación económica por realizar actos de culto. Esta corriente rechaza esa posibilidad. Esta postura afecta a la finalidad del *waqf*: el fundador no puede estipular que el beneficio de estas acciones sea su alma. Con esta norma, los seguidores de Abū Ḥanīfa se apartan de una práctica muy frecuente desde tiempos inmemoriales entre los cristianos: las disposiciones en sufragio del alma de quien las constituye. No abandonemos este texto sin fijarnos en que, en la época en la que escribe el autor, se permite explotar estas fundaciones a través del tráfico jurídico sobre su derecho de superficie. De esta manera, las construcciones sobre las tierras declaradas como *waqf*, sí podrían ser objeto de disposición o, incluso, ser constituidas a su vez en *waqf*.

a En su exégesis el ulema Maḥmūd al-'Aynī recordó: discrepan sobre si cobrar renta por la plegaria de la *Fātiḥa* (la primera azora de *El Corán*), y por enseñar. 'Aṭa' y Abū Qalāda lo consideran válido; también es la opinión de Mālik, al-Šāfi'ī y Aḥmad [...]

Al-Zahrī considera odioso la enseñanza de *El Corán* a cambio de salario, y Abū Ḥanīfa sus compañeros han dicho: no es lícito recibir salario por enseñar *El Corán*.

[...] En las *Waṣā'iyya al-Fatāwā al-Jayriyya*, el ulema *al-ṣayj* Jayr al-Dīn al-Ramlī: fue preguntado por un hombre que había comprado un edificio que dedica a un horno, asentado sobre una tierra de *waqf*, conociendo la finalidad del *waqf* sobre el derecho de superficie, después instituyó un legado, estando enfermo de muerte, en caso de morir, para que cada día se reunieran fulano y mengano para recitar *El Corán*, la azora de Yas [...] y rezaran por el Profeta, su gente y sus compañeros, dedicando esa acción en beneficio de su alma; les fijó para cada uno una moneda egipcia diaria, que tomarían de las rentas del horno. Si alguno muriera, sería para su hijo siempre que tuviera capacidad. ¿Se convertiría este legado en un *waqf* eterno para los recitadores? ¿Sería un legado válido o no?

Contestó: este legado es nulo y el horno no se convertiría en *waqf*, siendo para los herederos de quien realiza el legado, que dispondría de él según las cuotas fijadas por Dios el Altísimo.

En las *Waṣā'iyya al-Bazāriyya* ha dicho: le legó al recitador de *El Corán* ante su tumba, así que el legado es nulo [...] Si lo legara para que se pagara a una persona de su dinero para que recite *El Corán* ante su tumba, el legado sería nulo, no sería lícito, tanto si el recitador está determinado como si no; porque se consideraría un salario. No es lícito recibir un salario por obedecer a Dios el Altísimo [...]

Así ha opinado mi señor el alarife al-ṣayj 'Abd-l-Ganī al-Nablusī en su comentario sobre *el Camino de Muḥammad*, donde en el apartado del *al-Riyā'* dijo: en cuanto a los *awqāf* que hoy se constituyen y las limosnas que se dan para recitar fragmentos de *El Corán*, de la obra *Ṣaḥīḥ* de al-Bujārī, Muslim y para los almuédanos y profesores en las escuelas coránicas y demás, están constituidos en favor de quien realiza estos actos de culto; la recompensa por las obras es para quien las realiza, no para el fundador y quien da la limosna. Estos oficios son solo una ayuda para servir a Dios el Altísimo, no para lo que apunta al-*Maṣ*. Si el fundador o quien da la limosna estipularan que la recompensa de estos actos de culto fuera para él, sería un acto nulo, y prohibido si es con esta intención. Fin.

Una vez que se ha dado voz a los alfaquíes musulmanes, no resta más que extraer aquellas facetas relacionada con la personalidad jurídica. En primer lugar, con carácter previo, hemos de dejar constancia de una aclaración: los conceptos de finalidad y beneficiarios son casi idénticos, pero no totalmente sinónimos; el fundador ha de señalar las personas o cosas que van a ser titulares de un derecho (dominio útil, usufructo, uso, etc.) sobre las rentas, frutos o cosechas del bien declarado como *waqf*. Dedicaremos al análisis de la figura de los beneficiarios su propio epígrafe. Ahora, nuestra misión es clasificar y deducir categorías. Por ello, algo recurrente en todos los estudios sobre el *waqf*, distinguimos una intención religiosa, de acercamiento a Dios, la traducción más cercana a la expresión de los juristas *al-taqarub bi allah* (concretada en favorecer una mezquita, una escuela, un cementerio, o los pobres, etc.), y un propósito más mundano: dotar de un sustento económico a miembros de su familia o personas escogidas por él. Esta doble vertiente tendrá su reflejo en el régimen jurídico y, cómo no, en su posible subsunción en la definición de persona jurídica que nos viene acompañando.

Aunque, salvo algunas reminiscencias y ecos (como el caso de Ibn Taymiyya, y la obra de al-Sanhūrī al estudiar este requisito en los autores de la escuela de los seguidores de Aḥmad b. Ḥanbal, analizado por el profesor Oussama Arabi¹⁹⁹⁴, que hemos referenciado reiteradamente), el concepto de causa parece ajeno al derecho islámico. En el derecho patrio, la causa es un requisito esencial de los contratos. Se ha intentado definirla desde un triple ángulo: objetivamente, la función económico social de cada tipo contractual, subjetivamente, el propósito común de las partes al contratar (quedando al albur de las motivaciones individuales) y, como vía intermedia, el fin práctico común de las partes que, a veces incorpora las motivaciones individuales¹⁹⁹⁵. Ahora bien, en la finalidad en el *waqf* supone un componente esencial del mismo, al menos, para algunas escuelas jurídicas, su sustancia se asemeja bastante a la causa en el derecho occidental, aunque no sea en absoluto un elemento esencial de un contrato, porque, según nuestro punto de vista, el *hubs* no lo es y es una cuestión que zanjamos en su momento.

La escuela *ḥanafī*, y con mayor radicalidad la *ḥanbalī*, aun admitiendo la constitución del *waqf* en favor de personas concretas cuya situación económica no sea de estrechez, si bien de manera subsidiaria, exigen para la validez del negocio jurídico la designación de unos beneficiarios que pueden incluirse dentro del concepto de acto piadoso: los pobres. Esto lo estudiamos en su momento. Los discípulos de Mālik b. Anas no obligan, aunque arbitren mecanismos para socorrer a los menesterosos más cercanos al fundador en el caso de extinción de las personas llamadas, a la persona que constituye la fundación a declarar, aun a título subsidiario, una finalidad de acercamiento a Dios. A pesar de todo, no existe ningún impedimento para que una persona instituya como beneficiarios principales a sus hijos y su descendencia o cualquier sujeto y su descendencia con carácter perpetua mientras existan individuos llamados, aunque disfruten todos de una posición económica más que desahogada.

Como resultado de estas posiciones jurídicas, lo iraquíes no ven necesario, en el caso de los *aḥbās* piadosos, elucubrar sobre el destino de sus rentas si el beneficiario inicial es desconocido o desaparece. Desde su punto de vista, esos frutos se repartirían entre los pobres. Entre los medineses sí se produce un intenso debate sobre la cuestión. Los andalusíes permiten que las rentas de unos, si existen excedentes, se inviertan en otros del mismo carácter religioso. Los ulemas norteafricanos ponen más reparos en cambiar la voluntad del fundador. En caso de que por cualquier razón esta se desconozca, la regla que atribuyen a uno de sus juristas, Ibn Sahl, lo que es de Dios puede invertirse en lo que también es de Él, se aplica sin mayor traba. Da la impresión de que los beneficios obtenidos de los bienes retenidos formarían una especie de fondo para atender mezquitas, hospitales, etc., ya que los excedentes de unos cubrirían las necesidades de otros. Esta particularidad es la que ha conducido a algunos arabistas a la conclusión de la existencia de una especie de *bayt al-māl* propia de los *awqāf*. Este asunto ya ha sido objeto de nuestra atención en páginas precedentes.

La indisponibilidad y consecuente inembargabilidad de los bienes habices suponen que los fundadores acudan a este negocio como un mecanismo para defraudar los intereses de posibles

acreedores. La validez que algunas corrientes ortodoxas otorgan para que la propia persona que lo constituye se nombre a sí misma como beneficiaria de las rentas facilita esa intención; asimismo, si varias escuelas únicamente anulan el *waqf* en caso de un previo fallo judicial de incapacitación por deudas, el acreedor puede ver menguada artificialmente el patrimonio que ha de responder por su derecho de crédito. Basta ojear de vez en cuando la prensa generalista y entre sus páginas se nos mostrarán numerosos relatos de personas que han ocultado su patrimonio asignándolo a un tercero como hombre de paja o la frecuencia con la que aparece la palabra testafarro; la ocultación de bienes a los acreedores ha provocado la aparición de un tipo penal: el alzamiento de bienes. Por tanto, se trata de un tema de cierta gravedad.

En la doctrina occidental, uno de los argumentos empleados tanto a favor como en contra de la institución de la persona jurídica es su carácter interpuesto entre la persona del comerciante y los demás intervinientes en el tráfico jurídico, limitando la responsabilidad de aquel frente a estos, pues sería la sociedad u otro tipo de ente quien respondería con su patrimonio, salvaguardando los bienes personales del mercader. Una radical crítica del uso abusivo de esta pantalla o velo, en especial referido a la sociedad anónima (llevado al extremo si se admite esta con un único socio) es posible encontrarla en la obra de Federico de Castro¹⁹⁹⁶ e, incluso, en la propia obra cumbre de Adam Smith¹⁹⁹⁷. Al final de nuestro estudio dedicaremos algunas líneas a comprobar este fenómeno en los distintos contratos societarios islámicos, si bien algo ya hemos adelantado, pues vimos que los socios no eluden el responder con sus propios bienes además de los aportados a la sociedad. En caso del *hubs*, estos bienes habices disfrutaban de una posición inatacable por parte de los acreedores del fundador, por lo que, en cierta medida, no es de extrañar que alguno haya pensado en su empleo a modo de salvaguarda de parte de su patrimonio. Cuando se trata de fundaciones con fines benéficos, los hospitales, mezquitas, escuelas y otros entes disfrutaban de una fuente de ingresos más estables e inmunes a los vaivenes de los intercambios económicos; el precio que se paga es una merma en del volumen de las transacciones pues esos bienes quedan al margen.

Su relación en cierta medida antagónica con la sucesión hereditaria no puede obviarse. Cualquier individuo mediante este mecanismo tiene la capacidad de exceptuar todo su patrimonio a las leyes que rigen la herencia islámica y dictar sus propias reglas para el reparto de los bienes con casi total libertad entre su familia o extraños. No obstante, los beneficiarios no gozarán de la plena propiedad en la misma medida que si hubieran sido instituidos como herederos. Su derecho estará limitado a un usufructo, dominio útil o simple uso del bien (como la habitación), es lo que han de pagar a cambio de la imposibilidad de pérdida del bien raíz. En nuestro país, históricamente, se ha acudido al mayorazgo entre otras instituciones al objeto de evitar el fraccionamiento del conjunto de bienes amasados por la persona debido a los muchos herederos. Así se expresa Juan de Benavides, señor de Jabalquinto en el documento de constitución de su mayorazgo en el año 1497: “*porque la memoria de vuestra persona e casa quede perpetua e vuestros fijo en los que vuestro linaje deçendieren sean mejor acatados e sostenidos e puedan mejor servir a nos e a los reyes, nuestros subcesores, e que sy vuestros bienes y heredamientos se partiesen e disminuyesen en muchas partes entre muchos herederos...*”¹⁹⁹⁸. Este antagonismo entre las normas reguladoras de la sucesión y algunos tipos de sucesión ha sido estudiado por el catedrático de derecho Bartolomé Clavero; en su artículo “*Beati Dictum*” analiza la pugna jurídica entre las normas sucesorias del Corpus Iuris Civilis y el Corpus Iuris Canonici, en especial las relativas a la legítima, y la institución de la primogenitura, sobre la que se asienta el mayorazgo castellano¹⁹⁹⁹.

Finalmente, a salvo de la conclusión final sobre su carácter o no de sujeto de derecho, el testimonio de los viajeros nos pone ante nuestros ojos el enorme éxito y la gran cantidad de *ahbās* que surgieron en todas las ciudades musulmanas medievales, donde incluso sus élites competían por fundar el mayor número de ellos, en su mayoría, con un fin de acercamiento a Dios. La beneficencia era una virtud muy loada en la época.

La finalidad a la hora de establecer cualquier institución posee una gran trascendencia, ya que suele marcar su reglamentación. Los bienes habices, tradicionalmente, se clasifican en

benéficos y familiares. Respecto a la personalidad jurídica, en la tradición occidental, se ha considerado como una especie de privilegio, por lo que los distintos legisladores lo otorgan a aquellas figuras que consideran beneficiosas para la sociedad²⁰⁰⁰. Por ello, las fundaciones piadosas fueron calificadas como sujetos jurídicos en el mismo plano que la persona física, mientras que institutos como el mayorazgo, o propiedad vinculada a los descendientes primogénitos en línea directa no. ¿Se puede observar un fenómeno similar en el *waqf*? ¿Los habices piadosos son considerados personas jurídicas y los familiares no? Son algunas de las preguntas que trataremos de contestar al final de este capítulo. Nos hemos referidos a algunas investigaciones sobre los *aḥbās* y las *piāe causae*²⁰⁰¹. En el caso del mayorazgo, para un acercamiento a una comparación jurídica entre el *waqf* y el mayorazgo castellano, existe algún artículo introductorio²⁰⁰².

7.4 El objeto del *waqf*. Requisitos

Como afirma García Sanjuán, el objeto que más se ajusta a la idea de eternidad de la institución, la cual no es tan absoluta como hemos comprobado, es el bien inmueble, ya sea tierra de labor o cualquier tipo de edificio²⁰⁰³. No obstante, el propio autor refiere otros tipos de elementos como bienes muebles, incluso alimentos. La investigadora Ana María Carballeira dedica una especial atención al caballo que es constituido en *waqf*²⁰⁰⁴. Al igual que en otras ocasiones, existen diferencias que no son baladíes entre los seguidores de Abū Ḥanīfa y los de Mālik b. Anas; veámoslas en los textos:

^aأربع خصال في البيع منهي عنها.

1545- أخبرنا [...] الأوزاعي، وحدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله، ص، أرسل عتاب بن أسيد إلى أهل مكة أن يبلغهم عني أربع خصال: أن لا يصلاح شرطان في البيع، ولا يبيع وسلف، ولا يبيع ما لا يملك، ولا يبيع ما لا يضمن²⁰⁰⁵.

Este hadiz transmitido por al-Awza'ī, quien lo escuchó de 'Amr b. Šu'ayb, (un hombre de la tribu de Qurayš que vivió en el siglo VIII y conocido por ser un gran recopilador de hadices del profeta²⁰⁰⁶) recoge el precepto dictado por Muḥammad sobre los tipos de venta prohibidos: la que contenga la estipulación de dos condiciones, la que esté unida en el mismo acto a una venta de *salam* (aquella en la que se vende aplazada una mercancía identificada por sus características a cambio de un precio abonado en el acto de perfección del contrato²⁰⁰⁷), la venta de aquello de lo que no se es propietario y el beneficio sin responsabilidad. En nuestro estudio nos centraremos en su apartado correspondiente a la problemática del riesgo cuando este anula los contratos y las obligaciones, en especial en lo relativo al objeto de los mismos. Los requisitos tan estrictos muchas veces suponen un obstáculo muy serio para el desarrollo de las distintas regulaciones de los negocios jurídicos. Aunque circunscrito a la compraventa, siendo este el contrato sobre el que se construyen los diversos regímenes jurídicos de los distintos negocios, se exige que el objeto sea propiedad del vendedor; esta condición se extenderá al *waqf*, pues el fundador habrá de poseer el pleno dominio del bien en el momento de la constitución, siendo nulo el acto, aun en el caso de que lo adquiera con posterioridad. Así, entre otros, lo expone García Sanjuán²⁰⁰⁸.

Dejaremos apuntada esta materia, de gran repercusión en nuestra tesis con algún texto de al-Sanhūrī, pero a la existencia real del objeto (en su momento desarrollaremos la cuestión del riesgo con más detenimiento):

^bوجود المحل أو إمكانه في الفقه الإسلامي. المطلب الأول. المحل الموجود.

a Cuatro tipos de venta que están prohibidos.

1545- Nos informó [...] sobre al-Awza'ī que dijo: me contó 'Amr b. Šu'ayb, de su padre y de su abuelo que el Enviado de Dios mandó a 'Atāb b. Usayd a la gente de La Meca para informarles de cuatro tipos que están prohibidos: no es válido estipular dos condiciones en una venta, ni unir la venta y la *salam* en un mismo negocio, ni vender lo que no se es propietario ni el beneficio sin responsabilidad.

b La existencia del objeto o su posibilidad en el *fiqh* islámico. Primero: el objeto es existente.

[...] Se requiere en el *fiqh* islámico que el objeto exista en el momento de perfeccionarse el contrato. Si no existiera el contrato sería nulo, incluso si su existencia fuera probable; es más, también si su existencia estuviera garantizada en el futuro.

يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون المحل موجوداً وقت التعاقد. فإن لم يكن موجوداً فالعقد باطل، حتى لو كان المحل محتمل الوجود، بل حتى لو كان محقق الوجود في المستقبل. [...]

[...] السبب في هذا التشدد هو خشية الغرر:

ويبدو أن الفقه الإسلامي يجعل بيع المعدوم باطلاً على هذا النحو البالغ من التشدد، إمعاناً في خشية من الغرر²⁰⁰⁹.

Al-Sanhūrī expone que un miedo exacerbado al riesgo en los contratos (y en las obligaciones en general) impone la nulidad de aquellos negocios jurídicos en los que el objeto no tenga una existencia real y presente, incluso lo probable, aunque su presencia esté asegurada en el futuro. Para ello como comienzo a su análisis acude a un texto extraído de la compilación de *fiqh ḥanaḥī*, realizada por ‘Alā’-l-Dīn Abū Bakr Mas‘ūd b. Aḥmad al-Kāšānī, jurista del siglo XII nacido y fallecido en la ciudad de Alepo, norte de Siria:

*a (فصل) * وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع (منها) أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج النجاج بأن قال بعت ولد ولد هذا الناقة وكذا بيع الحمل لأن إن باع الولد فهو بيع المعدوم وإن باع الحمل فله خطر المعدوم وكذا بيع اللبن في الضرع لأنه خطر لإحتمال إنتفاخ الضرع...²⁰¹⁰

Este ulema pone como ejemplo de venta de lo inexistente, aquella en la que el objeto se materializa en una cría de ganado futura, o como venta en riesgo de inexistencia, la del feto en el vientre de la madre o la leche en la mama del ganado. En el derecho romano también existía cierta prevención ante el riesgo, en especial, la venta de cosa futura. Sin embargo, las necesidades del comercio causaron una apertura conceptual en el contrato de compraventa los bienes futuros. En este sentido, aparecieron dos modalidades: *emptio rei speratae*, en la cual, la eficacia de la venta estaba condicionada que la cosa llegara a existir; en la segunda, *emptio spei*, el objeto de la venta, más que la la cosa futura, era la probabilidad de producción de la misma (su campo de acción más natural era la caza y la pesca)²⁰¹¹.

^bالفرق الخامس والثمانون والمائة. بين قاعدة ما يجوز بيعه، وقاعدة مالا يجوز بيعه.

[...] الشرط الثالث: أن يكون مقدوراً على تسليمه حذراً من الطير في الهواء والسماك في الماء ونحوها؛ لنهييه -عليه السلام- عن بيع الغرر

[...] الشرط الخامس: أن يكون الثمن والمبيع مملوكين للعاقد والمعقود له، أو من أقيم مقامه.²⁰¹²

El alfaquí seguidor de Mālik b. Anas, al-Qarāfī, entre las condiciones que impone al objeto de la venta para considerarlo apto, cambia el hecho de su existencia por otro requisito aún más restrictivo: la posibilidad de entregarlo. El fundamento también es la prohibición que Muḥammad realizó de la venta de riesgo. Asimismo, exige que el vendedor sea propietario del objeto y el comprador del precio.

^cالفرق الثالث والمائتان. بين قاعدة ما يملك من المنفعة بالإجارة، وبين القاعدة ما لا يملك منها بالإجازات.

فأقول: متى إجتمع في المنفعة ثمانية شروط ملكت بالإجارة، ومتى إنخرم منها شرط لا يملك [...] الرابع، تكون مملوكة، إحترازاً من الأوقاف على السكني، كبيوت المدارس والخوانق²⁰¹³.

En cuanto a la utilidad como objeto del contrato de arrendamiento, este ulema exige, entre otros siete requisitos que sea propiedad de la persona, pues el beneficiario de un *waqf* cuyo derecho

[...] La causa para este extremismo es el temor al riesgo:

Parece que el *fiqh* islámico convierte la venta de lo no existente en nula de esta manera tan extrema, concentrándose en el miedo al riesgo.

a *(Capítulo)* En cuanto a lo que se refiere al objeto, hay tipos (entre ellos) que efectivamente exista, pues no se perfecciona la venta de lo no existente, pues sus bienes están en peligro de desaparecer: así la venta del producto del producto. Si dijera: te vendo la cría de la cría de esta camella, o te vendo el feto, porque la venta de la cría es venta de lo que no existe y la venta del feto tiene riesgo de no existir, como la venta de la leche en la mama, porque es posible que se formen tumores...

b La diferencia número ciento ochenta y cinco. Entre la norma de lo que es válido vender y lo que no.

[...] El tercer requisito: que sea posible su entrega, en prevención del pájaro en el aire y el pescado en el agua y otros similares; por su negación -la Paz sea sobre él- de la venta de riesgo.

El quinto requisito: que tanto el objeto de la venta como el precio sean propiedad de la persona, o de quien ocupe su lugar.

c La diferencia número ciento tres. Entre la regla lo que tiene derecho a arrendar y la regla sobre lo que no tiene derecho a arrendar.

Digo: cuando se dan en la utilidad estas ocho condiciones, puede arrendarla; si no, no puede [...] Cuarta: ha de ser de su propiedad, en prevención de los *awqāf* de habitación, como las casas de las escuelas y los embalses.

se limita a la habitación de una vivienda no tiene el pleno dominio sobre esa utilidad y no podría arrendarla. Esta norma nos reafirma en nuestra tesis sobre la división del derecho de propiedad en el derecho islámico y la naturaleza del derecho subjetivo cuya titularidad pertenece a la persona en cuyo favor se ha constituido el *hubs*.

^aالفرق الثاني عشر والمائتان. بين الأهوية، وبين قاعدة ما تحت الأبنية. أعلم أن حكم الأهوية تابع لحكم الأبنية، فهواء الوقف وقف، وهواء الطلق طلق، وهواء الموات موات، وهواء مملوك، وهواء المسجد له حكم المسجد فلا يقربه الجنب. ومقتضى هذه القاعدة أن يمنع بيع هواء المسجد والأوقاف إلى عنان السماء لمن أراد غرز حشب حولها، ويبنى على رؤوس الخشب سقف عليه بنيان لم يخرج عن هذه القاعدة إلى فرع [...] وأما ما تحت الأبنية الذي هو عكس الأهوية إلى جهة السفلى فظاهر المذهب أنه مخالف لحكم الأبنية، فقد نص صاحب الطراز على أن المسجد إذا حفر تحته مطمورة يجوز أن يعبرها الجنب والحائض [...] وكذلك إختلفوا فيمن ملك أرضاً هل يملك ما فيها وما تحتها أم لا؟ ولم يختلفوا في ملك ما فوق البناء من الهواء على ما علمت. وقد نص أصحابنا على بيع الهواء لمن ينتفع به²⁰¹⁴.

Otro aspecto destacable de la obra de al-Qarāfi es la cuestión del vuelo y el subsuelo del bien inmueble. Si se trata de una edificación, el régimen jurídico del vuelo sigue el de esta. Si el edificio es el objeto de un *waqf*, su vuelo tendrá la misma calificación. No ocurre así con el subsuelo ni con las tierras. De esa manera, en un *waqf*, se podría disponer del vuelo de una tierra constituida en *hubs* y el subsuelo.

^b(49) باب قول الله تعالى. * (وفي الرقاب الغرمين وفي سبيل الله) * [التوبة: 60] ويذكر عن ابن عباس رضي الله عنه: يُعتق من زكاة ماله، يُعطي في الحج. وقال الحسن: إن اشتري أباه من الزكاة جاز، ويُعطي في المجاهدين والذي لم يحج، ثم تلا * (إنما الصدقات للفقراء) * [التوبة 60] الآية، في أيها أعطيت جزت. وقال النبي، ص، ((إن خالداً إحتبس أدرعه في سبيل الله...²⁰¹⁵

El recopilador de hadices más renombrado, al-Bujārī, en un capítulo sobre la aleya 60 de la azora de *Al-Tūba*, que regula las finalidades en las que se ha de invertir la recaudación de la *zakāt*, recoge un dicho del Profeta con el que se da su visto bueno a que el objeto de la fundación sean unas armaduras para el combate en la guerra santa.

^c(37) باب: إذا حمل رجل على فرس فهو كالعمرى والصدقة، وقال بعض الناس له أن يرجع فيها. 2636- حدثنا [...] أخبرنا سفيان قال: سمعت مالكا يسأل زيد بن أسلم فقال سمعت أبي يقول: قال عمر رضي الله عنه حملت على فرس في سبيل الله فرأيتُه يُباع، فسألت رسول الله، ص، فقال: ((لا تشتريه ولا تعد في صدقتك))²⁰¹⁶.

En esta misma obra, al-Bujārī recoge otra respuesta de Muḥammad; la transmisión se produce a través de Zayd b. Aslam, un musulmán de segunda generación, nacido en el año 753 y

a La diferencia número ciento doce. Entre el vuelo y lo que está en el subsuelo del edificio.

Has de saber que el régimen jurídico del vuelo está vinculado al régimen jurídico de los edificios: el vuelo de un *waqf* es *waqf*, el vuelo de algo libre es libre, el de algo abandonado está abandonado, y el de un edificio en propiedad es de su propiedad, el vuelo de una mezquita tiene el régimen jurídico de la mezquita, así que no se le acerca el impuro. En virtud de esta regla, se prohíbe vender el vuelo de la mezquita y los *awqāf* hasta el cielo que se puede observar a quien quiera cercarlos con pilares y construir sobre ellos un techo para edificar; no tiene excepción esta norma salvo en algo secundario [...]

En cuanto al subsuelo del edificio, en la dirección contraria al vuelo en dirección hacia abajo, lo evidente en la escuela es que difiere del régimen del edificio. El autor de *al-Tarāz* ha establecido que si se excavara bajo la mezquita un silo sería válido que lo atravesase el impuro y la mujer que está con la menstruación [...]

También discrepan sobre quien tiene en propiedad una tierra, ¿es dueño también de lo que está sobre ella y bajo la misma? No discrepan sobre la propiedad del vuelo del edificio según hemos conocido. Nuestros compañeros de escuela prescriben que es correcta la venta del vuelo a quien pueda aprovecharlo.

b (49) Capítulo sobre lo que Dios el altísimo ha dicho: *(en los esclavos, deudores y en la lucha de Dios)* [*Al-Tūba*: 60]. Y se menciona de Ibn ‘Abbās, Dios esté satisfecho de él: de la *zakāt* de sus bienes se manumiten, y se dan para la peregrinación. Al-Ḥasan dijo: Si comprara a su padre de la *zakāt* sería válido; también se da para los combatientes y quien no ha peregrinado; después siguió recitando la aleya: *(únicamente la *zakāt* es para los pobres)* [*Al-Tūba*: 60]. En dondequiera es lícito emplearla. El profeta dijo: “Jālid ha constituido como *hubs* sus armaduras para combatir por Dios”.

c (37) Capítulo: Si un hombre atribuye un caballo sería como ‘*umrā* y la *ṣadaqa*. Algunos han opinado: tiene derecho a revocarla.

2636- Nos ha hablado [...]: Sufyān nos informó que dijo: escuche a Mālik que preguntó a Zayd b. Aslam que dijo: oí a mi padre que decía: ‘Umar, Dios esté satisfecho de él, dijo: atribuí un caballo a la guerra santa y lo vi en venta, así que pregunté al Enviado de Dios que contestó: “no lo compres ni revoques tu *ṣadaqa*”.

alfaquí de la ciudad de Medina donde en el mausoleo del profeta tenía su círculo, uno de los sabios de la localidad y que fue llamado por los califas omeyas para asesorarlos jurídicamente²⁰¹⁷. Mālik b. Anas preguntó sobre la cuestión de las personas que dedicaban un caballo para la guerra santa. Zayd le relató la contestación que su padre atribuía al Muḥammad. Este zanjó una consulta realizada por ‘Umar b. al-Jaṭṭāb acerca de un caballo de su propiedad que había entregado para la guerra santa y que había visto puesto en venta. El profeta calificó la dación de ‘Umar como una *ṣadaqa* y, por tanto, irrevocable. En este contexto inicial además de por la prohibición de volverlo a adquirir, como observamos al comienzo del capítulo, esta expresión es posible que signifique *waqf*. Otros textos nos lo mostrarán de manera más evidente. La presencia del caballo de batalla y las armas como objetos del *waqf* será un punto de conexión con el mayorazgo.

a (في زكاة الثمار المحبسة والإبل والأذهب)

* (قال) * وقال مالك تؤدي الزكاة عن الحوائط المحبسة لله في سبيل وعن الحوائط المحبسة على قوم بأعيانهم بغير أعيانهم * (قلت) * لمالك جعل إبله له في سبيل الله يحبس رقابه ويحعل على نسلها أ تؤخذ منها الصدقة كما تؤخذ من الإبل التي ليست بصدقة (قال) نعم، فيها الصدقة. فقلت لمالك أو قيل له لو أن رجل حبس مائة دينار موقوفة يسلفها الناس ويردونها على ذلك جعل حبساً هل ترى فيها الزكاة (فقال) نعم أرى فيها الزكاة * (قلت) * له لو أن رجلاً جعل مائة دينار في سبيل الله تفرق أو على المساكين فحال عليها الحول هل تؤخذ منها الزكاة (فقال) لا هذه كلها تفرق وليست مثل الأولى وكذلك الإبل والبقر والغنم إذا كانت في سبيل الله تفرق أو تباع فتقسم أثمانها فيردكها الحول قبل أن تفرق فلا تؤخذ منها الزكاة لأنها تفرق ولا تترك مسبلة وهو رأي في الإبل إذا أمر أن تباع ويفرق ثمنها مثل ما قال مالك في الدنانير...²⁰¹⁸

Sahnūn, el discípulo más destacado de Mālik b. Anas, recoge la doctrina de su maestro sobre la fiscalidad de los bienes convertidos en *waqf*. En su lugar apropiado, estudiaremos esta materia; ahora hemos de centrarnos en los ejemplos que refiere: camellos, otros ganados y dinares (monedas de oro). Todos estos bienes, paradigmas de muebles, son susceptibles de convertirse en objeto de este tipo de fundaciones para la escuela. No debemos omitir la mención de los camellos y otros tipos de ganado. Al analizar los posibles orígenes de la institución, las fuentes nos hablaban de varias figuras en la época preislámica, donde algunos animales, principalmente, camellos, eran detraídos del tráfico jurídico. La mayoría de los ulemas consideraban que el Islam veía estos negocios con reprobación. Los medineses, fieles guardianes de la tradición árabe, ven con total normalidad que estos semovientes sean objetos de los *aḥbās*.

b [من جعل لبن بقرته للمساكين، ثم أوصى بها لغيرهم]

وسئل عن الذي جعل لبن بقرته للمساكين وإنتفع بها المساكين سنين ثم أمر ببقرة عند موته للسبي. فأجاب: إن كان أبرزها لمساكين على يد من يدفع إليهم اللبن لم يجز له أن يحولها عنهم إلى أهل السبي ولا غيره، وإن كان هو الذي يلي إعطاء اللبن فله أن يصرفها حيث شاء، لأنه لو لم يصرفها ثم مات وهي في يده لم تجز من قبل عنه ولا جعلت على يد حائز على المساكين فهي مورثة عنه²⁰¹⁹.

En *al-Miy'ār*, al-Wanṣarīs incluye esta escueta cuestión jurídica. Una persona realiza una fundación consistente en una vaca, cuya leche se entrega a los pobres. La fetua versa sobre la

a *(Sobre la *zakāt* de los frutos constituidos en *hubs* y el camello y las monedas de oro)*

(Dijo) Mālik ha dicho que tributan por *zakāt* los huertos constituidos en *hubs* ante Dios en su favor y los huertos constituidos en *hubs* para un grupo determinado o no. *(Le dije)* a Mālik: si un hombre constituyera en *waqf* un camello en favor de Dios reteniendo su dominio directo, ¿se le gravaría la Mālik como se grava al camello que no es una *ṣadaqa*? (Dijo) sí, sobre ella pesa la *ṣadaqa*. (Le dije)* a Mālik o se le dijo: si un hombre constituyera en *hubs* cien dinares que se prestara entre la gente, ¿se exigiría la *zakāt*? (Dijo) sí, opino que se debe la *zakāt*. *(Le dije)* si el hombre colocara los cien dinares en favor de Dios, repartiéndolos o en favor de los pobres, ¿si se cumpliera el período impositivo, se tomaría de ellos la *zakāt*? (Dijo) no, estos se reparten, no son como los anteriores y así también los camellos, las vacas, las ovejas, si se repartieran en beneficio de Dios o se vendieran y repartiera el precio, si se venciera el período impositivo antes del reparto, no se gravarían con la *zakāt*, porque se reparten y no se dejan retenidas; esta es mi opinión sobre los camellos que se reparten, es como lo que ha dicho Mālik sobre los dinares.

b [Sobre quien destinó la leche de su vaca para los pobres, después la lega a otros]

Se le preguntó sobre quien destinó la leche de su vaca en favor de los pobres, aprovechándose de ella estos durante años; después ordenó que su vaca fuera para los cautivos tras su muerte.

Contestó: si hubiera entregado la vaca a los pobres, no le estaría permitido rectificar y dedicarlo a los cautivos u otros. Si él mismo fuera el que hubiera entregado la leche, sí podría destinarla a quien quisiera, porque si no la hubiera entregado antes de morir y permaneciera en sus manos, no sería válido para los padres, pues no habrían tomado posesión, siendo herencia.

importancia que en esta escuela adquiere, como hemos venido reiterando, a la entrega del bien (modo) para completar el *waqf*. En este momento, hemos de enfatizar la admisión de una vaca como objeto válido de este negocio jurídico.

^a[من حبس فرساً للجهاد فليس عليه علف]

وسئل عبد الحميد الصائغ عن حبس فرساً للجهاد على من يكون علف. فأجاب: لا تلزم المحبس علفه إلا أن يشاء ويخير المحبس عليه، فأما علف وأما رجع ملكاً المحبس، وإن عين المحبس عليه ولم يبتله حبساً. وإن بته في السبيل أخذ من الذي دفع إليه إن لم يلتزم علفه ودفع لغيره من يلتزم علف ليجاهد عليه²⁰²⁰.

Al-Wanšārī, se hace eco, en esta fetua que añade a su obra, la cual comentamos en el capítulo quinto, pero haciendo hincapié sobre los gastos del *waqf*, de un lugar común en esta institución: un caballo para la guerra santa²⁰²¹ como objeto del mismo. Como comprobamos, esta circunstancia no es ajena al mayorazgo castellano²⁰²².

^b[فرس حبس أخذه العدو، ثم غنمه المسلمون]

وسئل ابن رشد عن فرس حبس لله أخذه العدو ثم غنمه المسلمون وقوم بدنانير. فأجاب بأنه يأخذه قيمته بمنزلة ما لو لم يكن حبساً، ويحتمل أن يأخذه بغير ثمن لنص الرواية، لأنه لا يقسم فصار كعبد أعتق ثم يسر فأخذه المسلمون فلا شيء فيه...²⁰²³

El jurista norteafricano recoge una respuesta del abuelo de Averroes en la que, aun cuando el caballo hubiera sido apropiado por el enemigo, al ser recuperado como botín este volvería a su estado *retenido*, la duda estaría en si habría de pagar el precio o no a los guerreros que lo hubieran recobrado.

^c[ينفق البيع في الفرس الموسوم بسمه الحبس]

وسئل ابن الفخار عن نصراني باع فرساً موسوماً بسمه الحبس من مسلم. فأجاب: عليه أن ينقض البيع لأنه مكروه أن يتجرأوا [...] وقال لو أمضي البيع لكان ذريعة لبيع الخيل المحبسة، لأنه من كان بيده كان يبيعه من غيره، ويتداولونه في البيع من يد إلى يد²⁰²⁴.

En este fragmento transmite la opinión del ulema Ibn al-Fajjār, jurista cordobés del que se cuenta que había memorizado la *Mudawwana* y que murió en la ciudad de Valencia a la edad de setenta y seis años²⁰²⁵, sobre la prohibición de vender el objeto de un *waqf*; en este caso un caballo, el cual, según nos relata, estaba marcado con la divisa del *hubs*. Parece una medida adecuada, como el resto del ganado para evitar apropiaciones no deseadas.

^dالباب الثاني. في الوقف وهو الحبس.

a [Quien constituye en *waqf* una montura para la guerra santa no ha de cargar con los gastos de su forraje]

'Abd-l-Ḥamīd al-Šā'ig fue preguntado por quien había constituido un *waqf* sobre un caballo para la guerra santa, quién habría de sufragar su alimento.

Respondió: el fundador no estaría obligado a darle el forraje salvo que quisiera. El beneficiario debería elegir entre encargarse él o devolver el caballo al fundador. Si el beneficiario hubiera usado el caballo, lo entregaría a quien se hiciera cargo de él para la guerra santa.

b [Un caballo objeto de un *hubs* que fue tomado por el enemigo siendo después tomado como botín por los musulmanes]

Averroes (el abuelo) fue preguntado por un caballo objeto de un *hubs* que fue tomado por el enemigo siendo después recuperado como botín por los musulmanes y por un grupo por unos dinares.

Contestó: se recupera a cambio de su valor en el caso de no haber sido un *hubs*; es posible dentro de la misma opinión recuperarlo sin pagar el precio, porque no se reparte como botín al igual que el esclavo manumitido que se escapa y es recuperado por los musulmanes: no se paga nada...

c [Se anula la venta de la montura marcada como *hubs*]

Ibn al-Fajjār fue preguntado acerca de un cristiano que vendió una montura marcada con la marca de un *waqf* de un musulmán.

Contestó, debe anularse la venta porque es odioso comerciar con él [...] Dijo: si se diera como válida, supondría un argumento para vender los caballos constituidos en *hubs*, porque quien los tuviera en posesión lo vendería a otro, siendo objeto de transacciones de mano en mano.

d Sección segunda. Sobre el *waqf* que es el *hubs*.

[...] Capítulo segundo sobre sus requisitos; son cuatro: el fundador, el objeto, el beneficiario y la fórmula. En cuanto al fundador, es como el donante. En cuanto al objeto, son válidos los inmuebles como tierras, casas, tiendas huertos, mezquitas, pozos, puentes, caminos y demás. No es válido la constitución de un *waqf* sobre alimentos, pues su utilidad está en su consumo; sobre los muebles, esclavos y bestias existen dos opiniones; la constitución sobre un caballo para la guerra santa es conocida. En cuanto al beneficiario, es válido que sea un ser humano o otro como las mezquitas y

[...] الفصل الثاني، في أركانه: وهي أربع: المحبس، والمحبس، والمحبس عليه، والصيغة. فأما المحبس فكالواهب، وأما المحبس فيجوز تحبب العقار للأرضين والديار والحوانيت والجنات والمساجد والأبار والقناطر والمقابر والطرق وغير ذلك، ولا يجوز تحبب الطعام؛ لأن منفعته في إستهلاكه وفي تحبب العروض والرقيق والدواب روايتان على أن تحبب الخيل للجهاد أمر معروف، وأما المحبس عليه فيصح أن يكون إنساناً أو غيره كالمساجد والمدارس، ويصح على موجود والمعدوم والمعين والمجهول المسلم والذمي والقريب والبعيد²⁰²⁶.

El ulema granadino, Ibn Ḥawzī, en estas pocas líneas sobre los aspectos esenciales del régimen jurídico del *waqf*, del que ya nos hemos servido en este capítulo de nuestra tesis, enumera los tipos de objeto sobre los que puede recaer la institución según la escuela a la que se adscribe la mayoría de los alfaquíes andalusíes, *mālikī*: *son válidos los inmuebles como tierras, casas, tiendas huertos, mezquitas, pozos, puentes, caminos y demás. No es válido la constitución de un waqf sobre alimentos, pues su utilidad está en su consumo; sobre los muebles, esclavos y bestias existen dos opiniones; la constitución sobre un caballo para la guerra santa es conocida*. Existe unanimidad en la escuela sobre la exclusión de los alimentos, también en la inclusión de los bienes inmuebles (se habría que hacer alguna precisión, por ejemplo, alguna fetua sobre las canteras de minerales) y los caballos para la guerra santa; en cuanto a los bienes muebles, los *fuqahā'* se encuentran divididos sobre su licitud.

^a[المتسلف لا تبرأ ذمته إلا برد مثله، والناظر تبرعه لا يمضي]

وسئل عن رجل توفي وكان بيده عدد من الذهب المعين الموقوف لسلف الأسارى، وقبضه الذي من كان بيده في محذور ورهان، وذلك في عام إثنين وأربعين، وكان هذا الذهب من السكة القديمة، وأن السكة وقع فيها -كما في علمكم- تبديل، ولم يوجد موجب بمقدار ما قبض القابض المذكور من الأسارى قبل تبديل السكة وبعدها، وإن ورثة المذكور زعموا أنه قال لهم في مرضه إنه لم يقبض من الأسارى في فداء الرهان إلا من الذهب المدفوع للمذكور ممن كان بيده قبله، ما يزيد على ثلاثمائة دينار في محضر ورهان، لأن بعض الأسارى زعموا أنه رد عدداً يزيد على ما قال الورثة، فهل يقبل قولهم في الرد ويلزم المتوفي ما أذى الأسارى؟ [...]

فأجاب: الجواب عن السؤال بمقلوبه، أنه إن ثبت أن الأسارى تسلفوا ذهباً طيباً لم يبرأوا برداً منها وإن أبرأهم الناظر المسلف، لأنه تبرع بغير ملكه...²⁰²⁷

En la obra de Al-Wanšārīsī, aparece esta respuesta jurisprudencial que, pese a su brevedad y planteamiento rebuscado y algo afectado, nos muestra datos interesantes sobre diferentes negocios jurídicos. En cuanto al préstamo, se afirma que el prestatario se obliga en su *ḍimma* (esa deuda no se ha de satisfacer en bienes concretos) hasta la devolución de la misma especie, cantidad y calidad. Esta escuela admite que el objeto del *ḥubs* recaiga sobre monedas de oro, que serán prestadas a los prisioneros para redimir su cautiverio. El administrador no puede liberar de la obligación de estos de devolver el préstamo, pues lo prestado no es de su propiedad, sino, para los seguidores de Mālik, del fundador. En esta figura del fundador, junto a la alteridad de su actuación, radica un elemento fundamental sobre el que justificar el carácter de persona jurídica del *waqf*.

^bالقاعدة الحادية والعشرون: وقد يختص الولد من بين سائر النماء المتولد من العين بأحكام.

escuelas; también es válido tanto para existentes o no, determinados como indeterminados, musulmán o *ḍimmi*, pariente o no.

a [El prestatario no libera su *ḍimma* más que al devolver lo mismo y la liberación del administrador no es eficaz]

Se le preguntó sobre un hombre fallecido, teniendo en sus manos un número de monedas de oro determinadas, constituidas en *waqf* para la redención de esclavos; tomó posesión quien lo tenía en su mano en presencia de las prendas, todo ello en el año cuarenta y dos. Las monedas de oro eran de una ceca antigua, la cual, como sabes, había sufrido una transformación; no existe prueba de la cantidad que ha tomado posesión el preso mencionado antes del cambio de la ceca y después. Los herederos afirman que la persona les dijo en su enfermedad que no ha tomado de los prisioneros nada por su redención, más que del oro que había entregado antes, lo que supera los trescientos dinares; algunos prisioneros afirmaron que no entregaron más que lo que declaran los herederos. ¿Se ha de admitir su declaración y obliga al fallecido por lo que han entregado los prisioneros? [...]

Contestó: la respuesta a la pregunta se encuentra al darle la vuelta. Si se ha demostrado que los prisioneros recibieron en préstamo el oro de buena calidad, no se liberan con devolver otro de peor calidad, aunque el administrador lo libere, porque lo hace sobre algo que no es de su propiedad.

b Regla veintiuna. El hijo tiene especificidad entre las demás accesiones generadas en el bien, según su régimen.

¿Por eso se considera que el hijo es parte o una accesión? Lo más evidente es que es una parte, por ello, si a la madre, constituida en *waqf*, le naciera un niño, ¿sería propiedad del beneficiario como los frutos del árbol o sería también *waqf* junto a ella? Existen dos puntos de vista; el más extendido es que sería también un *waqf* junto a ella, porque es parte de

ويعبر عن ذلك بأن الولد هل هو كالجاء أو كالكسب؟ والأظهر أنه جزء فمن ذلك لو ولدت الأمة الموقوفة ولداً فهل يكون ملكاً للموقوف عليه كثمر الشجرة أو يكون وفقاً معها؟ على وجهين أشهرهما أنه وقف معها، لأنه جزء منها ولهذا يصح وقفه ابتداءً بخلاف الثمرة²⁰²⁸.

La escuela *hanbalī*, a la que pertenece el autor de esta obra, Ibn Raḡab, en la opinión dominante dentro de la misma, considera que el hijo de la esclava constituida en *waqf*, al ser parte de ella, tiene también la condición de objeto de la fundación. Aparte de otras consideraciones, esta regla constata con rotundidad que una persona esclava, entendida como un tipo especial de semoviente, bien mueble, se considera un objeto válido del negocio jurídico.

^aوسئل أيضاً عن حبس في صحته كتباً على ولده ومن تناسل منه ولم يمكنه منها، بل بقي يتصرف فيها إلى أن توفي. فأجاب: إنه حبس غير صحيح، لقول المدونة: من حبس في صحته مالا غلة له مثل السلاح والخيل والرقيق وشبه ذلك لم ينفذها ولا أخرجها من يده حتى مات، فهي ميراث، وإن كان يخرجها في وجهه ويرجع إليه فهو نافذ من رأس ماله؛ لأنه خرج في وجهه، وإن خرج بعضه، فما خرج منه فهو نافذ وما لم يخرج فهو ميراث²⁰²⁹.

Muḡammad b al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī, en el Fez del siglo XIX, seguidor de Mālik, según la teoría del título y el modo, establece que los objetos de la fundación han de salir de la posesión del fundador para que sean totalmente eficaces. En esta fetua con especial énfasis en aquellos que no producen frutos, cuya utilidad reside en su uso: libros, armas, caballos, esclavos y similares. Comprobamos como esta escuela permite un amplio abanico de bienes muebles como bienes constituidos en *hubs*.

^bففي الفتاوى الرحمية: سئل في وصي باع شجر اليتيم الموضوع في أرض الوقف المحنكر، هل يحتاج إلى مسوغ شرعي كالعقار؟ وهل تسمع دعوى هذا الوصي أنه بغين فاحش، أو أنه وقف أو لا؟ أجاب: لا يحتاج إلى مسوغ؛ لأن الشجر من قسم المنقول؛ لأنه ليس محفوظ بنفسه، وبيع الوصي المنقول جائز بلا مسوغ²⁰³⁰.

Muḡammad Amīn b. ‘Ābidayn, el alfaquí *hanafī*, que habitó el Damasco decimonónico, recoge la opinión de algunos juristas de su escuela sobre la calificación de un árbol plantado en bienes habices como bien mueble que no sigue el régimen de fundación asignado al suelo en el que está inmerso. Esta escuela es más reticente a la hora de permitir que los bienes muebles sean objeto de un *waqf*. Igualmente, nos recuerda que en esta época tan tardía, para evitar las restricciones de plazo que impone el contrato de arrendamiento, permite la explotación a través del derecho de superficie.

^cسؤال عن الشهادة على الخط فيما يتعلق بالأحباس وعن القضاء في غلتها: وجوابك -وفقك الله- في عقد إشتراء فندق مات شهوده وتضمن أعلام البائع المشتري بأن ربع الفندق حبس، ووقع البيع على ثلاثة أرباعه [...]

ella y por eso sería válida su constitución como *waqf* desde el origen, a diferencia de los frutos.

a Se le preguntó también por quien había constituido unos libros como *hubs* estando sano en favor de su hijo y su descendencia mientras exista, no poniéndole en posesión, sino que permaneció disponiendo de ellos hasta que murió.

Contestó: es un *hubs* que no es válido, por lo que se dice en la *Mudawwana*: quien constituye como *hubs*, estando sano, lo que no produce frutos, como las armas, caballos, esclavos o similar no sería efectivo sin que lo extrajera de sus manos antes de morir, pues sería parte de la herencia. Si lo extrajera hacia su destinatario, aunque lo recuperara, sería efectivo dentro de su patrimonio, porque lo ha entregado a su finalidad. Si parte lo extrajera y parte no, la que saliera sería efectiva y la que no permanecería como herencia.

b En la obra *al-Fatāwā al-Rahmiyya*: se le preguntó sobre un tutor que vendió el árbol del huérfano situado en una tierra de *waqf* con derecho de superficie. ¿Necesita autorización judicial como con los inmuebles? ¿Se ha de admitir la demanda contra este tutor sobre que es un fraude excesivo o que es un *waqf* o no?

Contestó: no precisa autorización judicial, porque el árbol es un bien mueble, porque se guarda por sí mismo. La venta por parte del tutor de un bien mueble es válida sin autorización.

c Pregunto sobre el testimonio acerca de un documento relativo a los *aḡbās* y al fallo sobre sus rentas.

Esperamos tu respuesta -Dios te dé éxito- sobre el contrato de compra de un hotel cuyos testigos murieron y los familiares del vendedor aseguraron al comprador que un cuarto, recayendo sobre tres cuartos [...]

Segunda respuesta sobre esta pregunta: he analizado tu pregunta y es válido el testimonio sobre los documentos del contrato de venta, porque la mención del *hubs* está organizada en él; el contrato constata eso y se ha de fallar contra el vendedor por todo lo que se ha aprovechado de la cuota del *hubs*, que es un cuarto del hotel. Si se prueba su aprovechamiento de la cuota del *hubs* junto a los tres cuartos sin justificación, se ha de invertir en lo que hubiera estipulado el fundador; si se desconociera, en favor de los pobres y menesterosos. En Dios está el éxito.

جواب ثان على هذا السؤال: وتاملت سؤالك وجانز أن يشهد على خطوط شهود عقد البيع لأن ذكر الحبس منتظم معه فيه، ويثبت العقد بذلك ويقضي على المشتري مرة جميع ما إستغل في حصة الحبس وهي الربع من الفندق، وإذا ثبت إستغلاله لحصة الحبس مع الثلاثة الرباع التي إبتاعها ولم يكن عنده مدفع في ذلك، ويوضع ذلك في سبيل التي شرطها المحبس، فإن جهلت ففي الفقراء والمساكين وبالله التوفيق²⁰³¹.

El juez mālikī, 'Iyyād b. Mūsā, ceutí de nacimiento, diserta en esta fetua sobre un asunto muy secundario para nuestra tesis: la prueba testifical en un documento de una compraventa que afecta a un *waqf* y sus rentas; sin embargo, de manera tangencial nos confirma que su escuela permite que el objeto de este negocio jurídico sea una cuota de una comunidad de bienes, en este caso un cuarto de la propiedad de un hotel.

[...] ^a لو وقف جزء من أرض مشاعاً مسجداً: صح. ووجب القسمة، ولا يجوز قبل القسمة للجنب المكث في شيء من أجزائها...²⁰³²

Al-Suyūṭī, el jurista, a pesar de que en este fragmento se refiera al tema de la coincidencia en un acto de algo lícito con algo prohibido (prevalecería este último), revela que la escuela permite que el objeto del *waqf* sea una tierra que forma parte de una comunidad de bienes.

^b وباب إبراهيم صلى اله عليه وسلم، هو في زاوية كبيرة متسعة، فيها دار المكناسي الفقيه الذي كان إمام المالكية في الحرم رحمه الله، وفيها أيضاً غرفة هي خزانة للكتب المحبسة على المالكية في الحرم...²⁰³³

Ibn Ŷubayr, viajero andalusí del siglo XIII, al describir la puerta de Abraham en el recinto sagrado de La Meca, nos traza una imagen de la misma, destacando una gran *zāwiya* donde se ubica la casa de un antiguo imán de la escuela *mālikī*. Una habitación de la misma se dedica como almacén de los libros objeto de un *hubs* en favor de esta corriente jurídica. Los relatos de viajes confirman la presencia de bienes muebles, al menos entre los seguidores de Mālik b. Anas.

1070- قاسم بن أصبغ بن محمد [...]

وكان ضابطاً لكتبه متقناً لروايته، وحسن الخط، جيد الضبط، عالماً بأحدث، بصيراً بالنحو والغريب والشعر. ولا أعلم بالأندلس أحد عني بعنانيته. ولم يزل في نسخ ومقابلة إلى أن مات. ولم يحدث، وحبس كتبه [...]

1376- محمد بن حيون بن عمران الأنصاري، من أهل طليطلة [...]

وتوفي بطرابلس منصرفه من الشرق وذلك: سنة ست وأربعين وثلاثمائة. ووقف كتبه [...]

1530- هارون بن سالم [...]

وكانت كتبه موقوفة عند أحمد بن خالد...²⁰³⁴

Ibn al-Faraḍī el historiador cordobés, en su diccionario biográfico sobre ulemas de al-Andalus, recoge en las entradas que varios alfaquíes destacados fundaron algunos *awqāf* cuyos objetos eran los libros que habían ido recopilando a lo largo de su vida. La escuela mayoritaria en la Península, seguidora de Mālik b. Anas, mira con naturalidad que este tipo de bienes muebles constituyan el patrimonio fundacional.

^d [كتب ومصاحف حبست على موضع، هل يجوز لمن إحتاجها أن يخرجها إلى داره؟]

a [...] Si constituyera un *waqf* sobre un parte de una tierra compartida para una mezquita, sería válido, pero debería procederse después a la partición, sin que se admitiera antes de la misma, para evitar habitar alguna de sus partes...

b En la puerta de Abraham, las bendiciones de Dios sean sobre él, hay una *zāwiya* muy grande y ancha, en ella se encuentra la Casa de al-Maknāsī, alfaquí que fue imán de la escuela de Mālik en el Ḥaram, Dios tenga misericordia de él. En ella también se encuentra una habitación que es el almacén de los libros constituidos como *habiz* en favor de la escuela de Mālik en el Ḥaram...

c 1070- Qāsim b. Aṣḡab b. Muḡammad [...]

Era muy puntilloso con sus libros y tenía gran exactitud a la hora de citarlos, de buena caligrafía y puntuación, conecedor del hadiz, experto en gramática y poesía. No he conocido en todo al-Andalus nadie que tuviera más cuidado y así permaneció, haciendo copias y confrontando hasta que murió. Constituyó en *waqf* sus libros [...]

1276- Muḡammad b. Hiywan b. 'Umrān, de Toledo [...]

Falleció en Trípoli, en el año trescientos cuarenta y seis. Constituyó en *waqf* sus libros [...]

1530- Hārūn b. Sālīm [...]

[...] Sus libros estaban depositados como *hubs* con Aḡmad b. Jālīd...

d [Libros y ejemplares de *El Corán* constituidos como *hubs* para un lugar, ¿es lícito a quien los necesitara sacarlos a su casa?]

Se le preguntó sobre los libros y ejemplares de *El Corán* constituidos como *hubs* a nombre de un palacio en concreto o una mezquita, ¿es lícito que quien tome alguno los lleve a su casa para leerlos, hacer una copia o devolverlo?

وسئل عن كتب ومصاحف تحبس بإسم قصر بعينه أو بمسجد هل يجوز لمن يأخذ منها شيئاً أن يمضي به إلى داره يقرأ فيه أو ينسخه ورده.

فأجاب: أما كتب العلم فإنها من أصلها من باب الحبس، فوضعها في مكان بعينه إنما المراد منه تعريفها بذلك المكان، وفائدة من يصلح له النظر فيها فيه، فإذا إنتفع بها في غير ذلك الموضع في حيطه حتى ترد إليه فما به بأس إن شاء الله، وأما المصاحف فهي على شرط محبسها إن عرف شرطه، وإن لم يعرف فتولى من إستغنى عنها أحسن ولو أنها بمكان يخاف عليه الفساد والتغير لقلّة الساكنين وعدم المتفقدين، لكن النظر عندي فيها أن تؤدي إلى مكان حرز لها وحسن إنتفاع بها هو أولى، وهذا إذا نظر فيها من يريد السلامة ويعرف وجوه النظر الذي يستبفى به ما يحسن له أن يصنع فيها²⁰³⁵.

Esta fetua, recopilada por al-Wanšārī aclara aún más la cuestión de los libros como objeto de la fundación, pues, aun en el supuesto de que estén asociados a un lugar, no se convierten en bienes inmuebles por estar afectos a los mismo, sino que su aprovechamiento, consulta, se puede realizar en cualquier lugar que asegure su conservación y cuidado.

^a[الكتب المحبسة ينتفع بها حسبما نص عليه المحبس]

وسئل سيدي أحمد القباب عن الكتب المحبسة إذا نص المحبس على بعض وجوه الإنتفاع وسكت عن باقيها. فأجاب: إن نص على بعضها كقوله مثلاً على القراءة والمطالعة، فليس لأحد أن ينسخ منها إلا أن يقول وغير ذلك من الوجوه الإنتفاع، قاله ابن رشد²⁰³⁶.

En esta otra de la misma colección, nos muestra la respuesta del ulema Aḥmad al-Qabbāb, juez *mālikī* de la ciudad de Fez en el siglo XIV al cual se le atribuyen gran cantidad de fetuas sobre temas diversos²⁰³⁷, acerca de la regla interpretativa de la voluntad del fundador en caso de que los objetos del *waqf* que hubiera constituido fueran libros. La respuesta, lo que menos influye en nuestro estudio, es que se ha de hacer de forma restrictiva, únicamente permitiendo el aprovechamiento de los mismos expresamente estipulado, sea la lectura, la consulta o la copia; queda prohibido aquellos que no hubieran sido mencionados. Esta fetua recoge la opinión del abuelo de Averroes y demuestra la naturalidad con la que esta escuela acepta este tipo de bienes muebles a lo largo de los siglos.

^bالمبحث الثاني: المكتبات الموقوفة.

يقودنا موضوع المكتبات الموقوفة إلى إشارة لمشروعية وقف الأموال المنقولة بإعتبار أن المكتبات هي من الأموال المنقولة، وأتداول نصين للدلالة على مشروعية وقف الأموال المنقولة، وهما: 1- روى الصحابي [...] : ما ترك رسول الله، ص، عند موته درهماً ولا دينار ولا عبداً ولا أمة ولا شيئاً إلا بخلته البيضاء وسلاحه وأرضاً جعلها صدقة. 2- روى الصحابي [...] . بعث رسول الله، ص، عمر على الصدقة، وفيه يقول عليه الصلاة والسلام (وأما خالد فقد إحتبس أذراعه وأعتاده في سبيل الله)...²⁰³⁸

‘Ikrama Sa‘īd Ṣabrī, en su monografía sobre el *waqf* islámico, al repasar las distintas instituciones beneficiarias de estas fundaciones con ejemplos históricos, mezquitas, hospitales, caminos, etc, se detiene en las bibliotecas. Entiende el ejemplo con relación al contenido, es decir los libros; así, con esta alusión fundamenta su postura en dos hadices que demostrarían la legalidad de los bienes muebles como objeto del *ḥubs*, fundamentalmente las armas. No obstante, el autor

Contestó: En cuanto a los libros de ciencia, en origen son un *ḥubs*, su depósito en un lugar en concreto pretende asociarlos a ese lugar, en provecho de quien quiera consultarlos; si su aprovechamiento se hace en otro lugar y luego se devuelve, no hay inconveniente, si Dios quiere. En cuanto a los ejemplares de *El Corán*, se ha de estar a lo dispuesto por el fundador, si fuera conocido; en caso contrario, en quien se ocupe de ellos mejor, evitando los sitios de los que se tema su pérdida o cambio por la poca población y falta de supervisores. Pero su consulta, para mí, se ha de hacer en un lugar seguro donde se aproveche mejor. Esto si el que los consulta pretende la seguridad y conoce la mejor forma de hacerlo.

a [El aprovechamiento de los libros constituidos como *ḥubs* se realiza según lo dispuesto por el fundador]

El señor Aḥmad al-Qabbāb fue preguntado sobre el aprovechamiento de los libros constituidos como *ḥubs*, si hubiera establecido el fundador en alguna forma concreta y hubiera llamado sobre otras.

Contestó: si hubiera establecido algunas formas concretas como, por ejemplo, la lectura o la consultas, nadie podría hacer una copia, salvo que lo hubiera dicho. Así lo dice Averroes.

b Segundo epígrafe: las bibliotecas convertidas en *waqf*.

El tema de las bibliotecas convertidas en *waqf* nos conduce a apuntar la legalidad de constituir como *waqf* los bienes muebles, considerando las bibliotecas como tales. Expongo dos textos para demostrar esta legalidad: 1- El compañero [...] contó: el Enviado de Dios, al morir, no dejó un *dirham*, ni un dinar, ni esclavo, ni madre, ni nada más que tierra en barbecho, armas y una tierra para convertirlas en *ṣadaqa*. 2- El compañero [...] contó: el Enviado de Dios envió a ‘Umar para supervisar la *ṣadaqa*. Y dijo el que sobre él sean las oraciones y la paz de Dios: Jālid ha constituido como *waqf* sus armaduras para la guerra santa.

únicamente refiere dos bibliotecas de los siglos XVI y XVIII en Jerusalén, en las que, al estar los muebles vinculados al edificio, se diluye la autonomía de los libros, como objetos desligados de la biblioteca en sí.

{تحبیس مقطع أحجار لا ینتفع به إلا بإستهلاك أجزاءه}^a
وسئل الفقيه البركة المفتي أبو مهدي المواسي عن مسألة من الأحباس [...] ورأيكم الموفق الرشيد في بعض فصول عقد تحبیس، نص موضع الحاجة منه، حبس علی بن حمید السیفانی علی أبي سعید بن محمد السبتي جميع مقطع بن کلیب والغرس القائم به [...]

فأجاب: [...] في تحبیس المقطع المذكور وجه صحيح في النظر، لأن حقيقة الحبس علی ما حده به الشيخ الفقيه القاضي ابن عبد السلام: إعطاء منافع علی سبيل التأييد، صريح في البحث قررتم في سؤالكم، لأن إعطاء المحبس إنما تعلق بالمنافع لا بالإعيان المحبسة، وقوله علی سبيل التأييد يخرج العارية والعمرى وتخصيصه بالإعطاء بالمنافع يخرج الهبة ونحوها مما تعلق به العطية بالأعيان، ووافقه الشيخ الإمام ابن عرفة في حده فقال: إعطاء منفعة شئى مدة وجوده لازم بقاؤه في ملك المعطيه ولو تقديراً، إنتهى [...] وقوله لازم بقاؤه في ملك المعطيه، دليل صريح علی بقاء الحبس علی ملك محبسه، فلا يتصرف المحبس علیه في الشئى المحبس، لأنه تصرف في ملك غيره بغير إذن، فلا يسوغ له بيعه، لا التصرف فيه بغير الوجه الذي إباح له المحبس، وتحبیس المقطع المذكور فهم من العادة الجارية المستمرة أنه لا ینتفع المحبس علیه به إلا بتلف عينه وذهاب أجزاءه شيئاً فشيئاً حتي يأتي علی جميع، وقد نص العلماء رضوان الله تعالى عليهم، أن تحبیس الطعام لا يجوز، لأنه لا ینتفع به إلا بإتلاف عينه، وذلك مخرج للحبس عن حقيقته، وإختلفوا في الحبس الذي لا ینتفع به إلا بعوض كتحبیس عين للسلف...²⁰³⁹

La doctrina que se desprende de la consulta a Abū al-Mahdī al-Mawāsī, e incluida en el *Mi'yār*, además de la relativa a la naturaleza jurídica de la institución y la cuestión de la propiedad del bien habiz que describimos en el capítulo tercero, resulta especialmente relevante para la materia que nos ocupa. El objeto de la fundación, más que girar en torno a la clasificación entre bienes inmuebles y bienes muebles, lo hace sobre la distinción entre bienes fungibles/consumibles y no fungibles/no consumibles, que no se extingan o no con su uso o consumo. La presente fetua prohíbe que sobre una cantera (paradigmático bien inmueble) se constituya un *waqf*; la misma escuela no observa ningún inconveniente en los libros, pues su uso normal no supone la pérdida del mismo.

a (La fundación de un *waqf* sobre una cantera, que no es aprovechable más que con su consumo)

El alfaquí bendito, el muftí Abū al-Mahdī al-Mawāsī sobre cuestiones relativas al *waqf* [...] y su opinión recta sobre algunas cuestiones de un *contrato* de *waqf* que incluye el lugar del mismo, constituido por 'Alī b. Ḥamīd al-Sīfānī, en favor de Abū Sa'īd b. Muḥammad, el ceutí, de toda la cantera de Ibn Kulayb y lo plantado en ella [...]

Y contestó [...] en la constitución del *waqf* sobre la cantera nombrada, hay un aspecto correcto que hay que observar, y es que la naturaleza del *habs* en contraposición a otros aspectos, según el jeque, el alfaquí juez Ibn 'Abd al-Salām es: dar las utilidades con vistas a la eternidad, y así está explícito en vuestra pregunta. Porque la dación de lo constituido en *waqf* únicamente se refiere a la utilidad, no al bien en sí, y en su afirmación con vista a la eternidad extrae el préstamo de uso y la *umrā* (de la definición) y al limitar la dación a la utilidad, extrae la donación y aquello que sea similar relativo a la dación de bienes. El jeque imán Ibn 'Arfa coincide al afirmar: la dación de la utilidad de un bien mientras este exista exige que permanezca en la propiedad del dador, aunque sea ficticiamente, y así se concluye [...] Y su expresión “deber permanecer en propiedad del dador”, es una prueba expresa de que el *waqf* permanece en propiedad del fundador, y que los beneficiarios no puede disponer de él, porque lo harían sobre algo de propiedad ajena sin permiso, así no pueden venderlo, ni disponer de él más que en aquello que le hubiera permitido el fundador. En cuanto a la cantera mencionada, se entiende de la costumbre seguido constantemente que no se puede aprovechar más que con su consumo, la pérdida de sus partes poco a poco, hasta ser total, y los ulemas han dispuesto, Dios esté satisfecho de ellos, que la constitución de un *waqf* sobre alimentos no es válida, porque su aprovechamiento significa su destrucción y eso sería sacar al *waqf* de su verdadera naturaleza. Y difieren sobre su constitución sobre un bien cuyo aprovechamiento es su contraprestación, como el préstamo...

قلت – رأيت الصدقة الموقوفة أتكون في شيء من الحيوان والأمتعة والثياب- قال -لا يجوز الوقف في ذلك ما خلا الدور والأرضين والكراع والسلاح والمتصدق به الموقوف في سبيل الله فإنه جائز على ما وصفت لك- (قلت – رأيت رجلاً له أرض فيها رقيق وثيران جعلها صاحبها صدقة موقوفة أبداً بما فيها من العبيد والثيران- قال -هذا جائز وهي وجميع ما فيها موقوفة على ما شرط)- قلت- ولم أجزت وقفه في العبيد الذين فيها والثيران وأنت لا تجيز وقف عبد ولا ثور ولا تجيز الوقف إلا في الأصل- قال- هما يختلفان إذا وقف الأرض بما فيها من العبيد والثيران أجزت ذلك فإذا وقف العبيد والثيران خاصة لا يجوز إلا في الأرض والأرض جائز لأنهم كانوا موقوفين دون الأصل فليسوا تبعاً للأصل ولا يجوز الوقف إلا ترى لو أن رجلاً وقف بناء داره دون أصلها لم يجز ذلك ولو وقف الدار بما فيها من البناء جاز ذلك وكان البناء وفقاً مع التربة فكذلك الرقيق إذا وقفهم مع الأرض جاز ذلك وإذا وقفهم دون الأرض لم يجز ذلك وبلغنا أن علي أبي طالب وضوان الله عليه وقف أرضاً له فيها رقيق- [...]. قلت- رأيت الوقف أيجوز في شيء سوى العقار- قال- لا يجوز الوقف إلا في الدور والأرضين- قلت- ولم- قال- لأنه بلغنا أن رسول الله، ص، أمر به في أرض ولا يجوز ذلك عندنا إلا في الأصول على مثل ما أمر به رسول الله، ص، وكل ما كان سوى العقار يبنى ويذهب وإنما معنى الوقف على ما يبقى أ لا ترى أنهم قالوا في صدقاتهم موقوفة لله أبداً لا تباع ولا توهب فجعلوا ذلك على الأبد...²⁰⁴⁰.

El seguidor de Abū Ḥanīfa, Hilāl b. Yaḥyā, decreta la norma general de la escuela sobre el objeto de las fundaciones: únicamente los edificios y las tierras, así como las armaduras y armas para la guerra santa; prohíbe expresamente los animales, muebles y trajes. Si tuviera esclavos y animales de labranza no habría ningún impedimento siempre y cuando se constituyeran junto al terreno en el que se encontrarán. Los inmuebles para ellos son los únicos que garantizan una fundación para toda la eternidad. Resulta evidente la contradicción con los medineses.

^bقلت: فهل يجوز الوقف في غير الأرضين والعقارات؟ قال: لا يجوز إلا أن يكون رقيقاً يوقفهم الرجل مع أرضه أو ثيران يوقفهم مع الأرض فإذا وقف ذلك مع الأرض جاز وإن وقف شيئاً من ذلك دون الأرض لم يجز إلا ما يحبس في سبيل الله من الكراع والسلاح فإن ذلك جائز²⁰⁴¹.

Uno de sus colegas en la escuela y coetáneo, Al-Jaṣṣāf, en su libro sobre la institución contiene una redacción casi idéntica a la de Hilāl. El objeto ha de ser un inmueble a excepción de los muebles accesorios de los bienes raíces o las armaduras y armas para la guerra santa. Como curiosidad, el equipo de guerra (armaduras, armas y caballo) era, según influencia del derecho germánico, heredado por el primogénito, lo cual tuvo su influencia en la institución del mayorazgo castellano²⁰⁴².

a Dije: ¿Qué opinas sobre la *ṣadaqa retenida*? ¿Recae sobre animales, muebles y trajes? Dijo: no es válido el *waqf* sobre ello, salvo sobre las casas y las tierras, las armaduras y las armas declaradas como *ṣadaqa* en guerra santa; esto sería válido como te he descrito. (Dije: ¿cuál es tu opinión sobre un hombre que tiene una tierra y en ella hay esclavos y bueyes y su dueño lo convierte en una *ṣadaqa retenida* con lo que en ella hay de esclavos y bueyes? Dijo: esto es válido y la tierra y todo lo que hay en ella es un *waqf* según lo ha estipulado). Dije: ¿por qué validaste su *waqf* sobre los esclavos y los bueyes que hay en ella, cuando tú no consideras válido el *waqf* de siervos, bueyes ni otro *waqf* que no sea la raíz? Dijo: estos son diferentes. Si se constituye un *waqf* sobre una tierra junto con lo que hay en ella de esclavos y bueyes, determino su validez; pero si lo constituyera sobre los esclavos y los bueyes en particular, no lo considero válido más que con la tierra raíz. Si estuvieran constituidos como *waqf* sin la raíz, no seguirían a esta y no sería válido el *waqf*. Acaso no ves que si un hombre constituyera un *waqf* sobre una vivienda sin su raíz, no sería válido esto, pero si lo hiciera sobre una casa junto a sus construcciones, sería un *waqf* válido sobre las construcciones y sobre el terreno. Igualmente, si lo hiciera junto a la tierra, pues si no estuviera incluida la tierra no sería válido. Nos ha llegado la noticia de que 'Alī b. Abū Ṭālib constituyó un *waqf* sobre una tierra con esclavos.

[...] Dije: ¿opinias que el *waqf* es válido sobre algo más que los inmuebles? Dijo: no es válido el *waqf* más que sobre los edificios y las tierras. Dije: ¿por qué? Dijo: porque nos ha llegado que el Enviado de Dios lo ordenó sobre las tierras y no es válido para nosotros más que sobre los bienes raíces, como lo ordenó el Enviado de Dios. Todo lo que no sea inmueble se extingue y se va, siendo el significado del *waqf* sobre lo que no se extingue. Acaso no ves que dijeron sobre la *ṣadaqa retenida* en mor de Dios que no se venda ni done, constituyéndola eternamente...

b Dije: ¿es válido el *waqf* sobre algo que no sea las tierras y los inmuebles? Dijo: no es válido, salvo que fueran esclavos que sean constituidos como *waqf* con su tierra, o bueyes. Si el *waqf* fuera sobre esas cosas en unión a la tierra, sería válido, si fueran de forma independiente, no, excepto las armaduras y armas que se constituyen en *waqf* para la guerra santa.

^a[...] ولكن وقف المنافع مما لا يجوز عند الأصحاب وقال أحمد في رواية المروزي في رجل وقف غلته على المساكين أو على أم ولده قال الغلة لا توقف إنما توقف الأرض فما أخرج منها فهي عليهم وهذا يدل على أن الثمرة لا توقف إنما يوقف الأصلها ولكن الوقف في منافع الأرض الخراجية ليس وارداً على عين ما يخرج من ثمر وزرع بل على منفعة الأرض المملوكة بالخراج التي يستحق بها الزرع والغراس في الأرض وأرض العنوة إنما هي فيء المسلمين ليست وقفاً على معنى الوقف الخاص كما تقدم تقريره وذكر القاضي وابن عقيل فيمن وقف ضيعة قال تكون الغلة بعد عمارتها وحق السلطان إلى جهة عينها أنه يصح وهذا يدل على صحة الأرض الخراجية كما ذكرناه فإن منعتها مملوكة لمن هي في يده بعقد لازم من جهة الإمام وهي تورث عنه ويده ثابتة على رقيبتها فهي كأملكه المحضة²⁰⁴³.

Uno de los discípulos de Aḥmad b. Ḥanbal, Ibn Raḡab, cuya obra sobre el régimen jurídico del *jarāy* seguimos con asiduidad en el capítulo correspondiente, redacta este interesantísimo fragmento; en parte, acude a la obra de Muḥammad b. Al-Ḥusayn Abū Ya‘lī, conocido como el Juez, quien nació en el año 990 en Bagdad, y ocupó el cargo de juez del Califato²⁰⁴⁴. El ulema, en estas pocas líneas, nos ofrece una reglamentación sobre el *waqf* privado y su diferencia con el dominio público de las tierras de *jarāy* a las que se les aplica también el nombre de la institución. Afirma que las tierras conquistadas por la fuerza (de *jarāy*) no son un *ḥubs* en el mismo sentido que el *waqf* fundado por un particular. Además de reforzar nuestros argumentos, el fundamento de esta conclusión nos incumbe sobremanera en estos momentos. En la fundación ordinaria, los *awqāf* concluidos por cualquier persona, el objeto no pueden ser los frutos ni las cosechas, tan solo el bien raíz inmueble que los produce. En las tierras de *jarāy*, por contra, al beneficiario de la concesión de la explotación del dominio público (utilizando una expresión actual para facilitar la comprensión) sí se le permite realizar una fundación cuyo objeto será esa utilidad, el derecho de explotación, o dominio útil o, según algunos, usufructo. Esa división del dominio y la asimilación del titular del usufructo o dominio directo al propietario en plena propiedad, tan propia del derecho islámico, impone que el bien que constituye el patrimonio fundacional sea en realidad un derecho abstracto sobre unas tierras de la misma naturaleza que el pleno dominio. En opinión de Ibn Raḡab, quien adquiera del sultán el derecho a explotar esos territorios, es propietario de una concesión, no titular de la misma.

^b840/4- مسألة. فيمن إستأجر أرضاً، وبنى فيها داراً، ودكاناً أو شيئاً يستحل له كرى كرى عشرين درهماً كل شهر، إذا يعمر، وعليه حكر في كل شهر درهم ونصف؟ توقف قديماً، هل يجوز للمستأجر أن يعمر مع ما قد عمره من الملك مسجداً لله، ويوقف الملك على مسجد؟

الجواب. يجوز أن يقف البناء الذي بناه في الأرض المستأجرة، سواء وقفه مسجداً أو غير مسجد، ولا يسقط ذلك حق أهل الأرض، فإنه متى إنقضت مدة الإجارة، وإنهدم البناء زال حكم الوقف، سواء كان مسجداً أو غير مسجد، وأخذوا أرضهم فإنتهجوا بها، وما

a [...] Pero el *waqf* sobre las utilidades no es válido para los compañeros y Aḥmad ha dicho, según el relato de al-Marūzī, sobre un hombre que constituye en *waqf* su cosecha en favor de los pobres o en favor de la esclava madre de su hijo, que la cosecha no se puede constituir en *waqf*; únicamente se constituye la tierra; en cuanto a lo que produce es para él. Esto demuestra que los frutos no se constituyen en *waqf*, únicamente el bien raíz. Pero el *waqf* de las utilidades de las tierras de *jarāy* no están incluidas en el bien que produce el fruto y la cosecha, sino en la utilidad de la tierra poseída por el *jarāy* de la que se es propietario de sus cosechas y plantaciones. Las tierras conquistadas mediante la fuerza son *fay'* de todos los musulmanes, no un *waqf* con el sentido específico, como se ha constatado. El Juez e Ibn ‘Aqīl han recordado que el *waqf* sobre una aldea diciendo: la cosecha después de su explotación y el derecho del sultán es válido para quien lo hubiera nombrado. Esto demuestra la validez del *waqf* de las tierras de *jarāy* como hemos reiterado, pues su utilidad es propiedad de quien la tenga en sus manos por un contrato obligatorio por parte del imán y se hereda y su posición es tan firme como la del propietario del bien raíz, siendo una propiedad absoluta.

b 840/4- Cuestión: sobre el arrendatario de una tierra, que construye sobre ella una casa, puesto o cualquier otra cosa, que le es lícito arrendar por veinte *dirhams*, en caso de edificar, teniendo el derecho de superficie y estando convertido en *waqf* desde antiguo. ¿es lícito para el arrendatario construir con lo que se ha construido de una mezquita y habiendo convertido en *waqf* el propietario la mezquita?

Respuesta: es lícito convertir en *waqf* el edificio construido en la tierra arrendada, tanto si es para una mezquita como otra cosa. No decae el derecho de los dueños de la tierra, pues al vencer el plazo del arrendamiento y derribado el edificio, se extingue el régimen de *waqf*, tanto si es mezquita como otra cosa, recuperando su tierra para aprovecharla. Si el edificio se mantuviera, tendrían derecho a la renta ordinaria en el lugar; si se constituyera el *waqf* en favor de una vivienda, casa o mezquita y después se derribara la casa, vivienda o mezquita, el *waqf* de lo superior no haría decaer el derecho del propietario de lo inferior; así, el *waqf* de la construcción no haría decaer el derecho de los propietarios de la tierra.

دام البناء فانما فيها أجر المثل، ولو وقف على ربع، أو دار مسجداً، ثم إنهدمت الدار، أو الربع، فإن وقف العلو لا يسقط حق ملاك السفلى، وكذلك وقف البناء لا يسقط على ملاك الأرض²⁰⁴⁵.

Otro jurista *hanbalī*, Ibn Taymiyya, en esta fetua considera válido como objeto de la fundación la construcción realizada por el arrendatario sobre la tierra arrendada. Eso implica que, una vez vencido el plazo del contrato de arrendamiento, habría que dismantelar lo edificado, extinguiéndose el *waqf*. Este régimen tiene diversas implicaciones para nuestro estudio: por un lado, se desprende la existencia de fundaciones temporales (el plazo del arrendamiento); por otro, supone una prueba más de que el contrato de arrendamiento, según el *fiqh*, otorga al arrendatario un derecho real, una especie de dominio útil, sobre el bien arrendado, una posición mucho más sólida que el derecho de crédito del que disfruta en los ordenamientos latinos.

Los bienes que son extraídos del tráfico jurídico al perfeccionarse la fundación han de existir en ese momento y ser propiedad del constituyente. Cualquier circunstancia que induzca a pensar en algún tipo de riesgo la entrega o presencia real y efectiva de los mismos provocará la nulidad del negocio jurídico. Otra característica digna de mención es la posibilidad de que el *waqf* recaiga sobre las construcciones o plantaciones realizadas sobre un terreno sin que este siga el mismo régimen jurídico. La escuela *hanbalī* incluso permite, de forma excepcional, el derecho a la concesión sobre tierras de dominio público, un derecho subjetivo, por su propia naturaleza, abstracto. También, otro ulema de la misma corriente, Ibn Taymyya, no pone objeción alguna a las edificaciones erigidas por el arrendatario sobre la tierra arrendada. Asimismo, tampoco parece que la cuota sobre un bien poseído en comunidad de bienes suponga problema alguno. No obstante, los ejemplos que los *fuqahā'* utilizan con el fin de establecer el régimen jurídico de los *aḥbās*, en una inmensa mayoría, están referido a tierras de labranza y, a cierta distancia, a casas y edificios en general.

En nuestro estudio no se puede pasar por alto la controversia sobre los bienes inmuebles y muebles. Parece fuera de toda discusión la admisión de los caballos, armas y armaduras dispuestas para la guerra santa. Tampoco se aprecian discrepancias a la hora de dar como válido a los esclavos y animales accesorios de los fundos.

No obstante, dos de las cuatro escuelas ortodoxas defienden posturas bastante incompatibles. Los seguidores de Abū Ḥanīfa, con la salvedad de las monturas, armaduras y armas para la *yihād*, limitan el objeto del *waqf* a los bienes inmuebles y algunos accesorios, como los esclavos y los animales de labranza. Por su parte, la escuela *mālikī* no pone ningún reparo, en la opinión más extendida entre sus miembros, al ganado, las monedas de oro, o muchos otros muebles. La doctrina de los medineses está más inclinada a distinguir entre bienes fungibles, es decir, cuya utilidad implica su consumo, o no fungibles, siendo estos últimos aptos para la fundación. De esta forma, el *ḥubs* sobre una cantera, un bien inmueble, en opinión de uno de estos ulemas, no estaría permitido. Es llamativo la frecuencia de los libros como objetos de fundación en los escritos y fetuas de los seguidores de Mālik. Hemos comprobado cómo los alfaquíes, a excepción de los *mālikīes*, son bastantes rotundos sobre la prohibición que el Islam ha decretado de las instituciones preislámicas sobre algunos tipos de ganado. El arabista Cahen sitúa el origen de la institución en las costumbres de los árabes de la *Yāhiliyya*²⁰⁴⁶.

La trascendencia de esta polémica para nuestra tesis es evidente. Si el *waqf* únicamente se refiere a la propiedad inmobiliaria, su esencia estará más cerca de ser un tipo especial de propiedad, pues el concepto de la misma históricamente se ha construido sobre esta clase de bienes. En el supuesto, por el contrario, de que se admitan conjuntos patrimoniales compuestos por bienes muebles que son singularizados en cuanto a su régimen jurídico por la voluntad del fundador, la autonomía jurídica de esos patrimonios quizás la acerque al modelo de la personalidad jurídica

7.5 Beneficiarios y tipos de *waqf* o *ḥubs*

Este apartado hay que ponerlo en relación con número 5.2.1 *Beneficiarios privados de un waqf*, del capítulo precedente. Los conceptos principales, como la titularidad de un dominio útil en la división propia de la propiedad en el *fiqh*, la distinción entre la posición jurídica de los beneficiarios determinados frente a la más débil de los grupos no individualizados, o las relaciones jurídicas que se producen entre ellos, están presentes en aquellas páginas. No obstante, al centrarnos en el régimen jurídico de esta institución, no sería conveniente realizar una mera remisión; en consecuencia, aprovechamos la ocasión para incluir algunos textos adicionales que faciliten la comprensión de la situación de las personas en cuyo favor se instituye y regulada por el derecho islámico.

^a ووقع السؤال عما كثر اليوم وشاع من بيع زينة لحوانيت وغيرها، ويسمونه بالمفتاح، وهو أن من كانت في يده حانوت للحبس على وجه الكراء، وأراد أن يخرج منها يقبض عدة دراهم من غيره، ويتخلى له عنها، ويمكنه من مفتاحها ويصير الأمر فيها لهذا الثاني دون الأول فهل لذلك أصل يعتمد عليه أو لا؟ والجواب أن لذلك أصلاً وهو موجود في كلام الأئمة كثيراً. [...]. قلت: هذا ونحوه يدل على ما يفعل اليوم بالبلاد المشرقية من بيع وظيفة في حبس أو نحوه، من مرتبات الأجناد، فإنه يرفع يده خاصة، وقد كان يمضي لنا من أشياخنا أن هذا لا يجوز من وجهين: أحدهما أنه لا يملك إلا الإنتفاع لا المنفعة، فلا يجوز له فيها بيع ولا هبة ولا عارية. والوجه الثاني: على تسليم جواز بيعه فهو مجهول لا يدري بقاؤه فيه ولا قدر ما يستحقه، وتقدم نحوه في كتاب الجهاد، وأنه ليس بمعاوضة حقيقية. ومن شرطه أن يكون من أهل جنسه وديوانه، وقد وقعت في مسألة بالديار المصرية وذكرت فيها أن أصحاب حبس المدارس والزوايا لا يجوز لهم بيع ولا هبة ولا عارية، ثم إنني إفتقرت لسكنى بعض المدارس أيام الإقامة فأعارنا رجل بيتاً في مدرسة شيخور، وأنا سائر للحج، وأعارني آخر أخرى في المدرسة المستنصرية بالقصارين بمجاورة المرستان بالقاهرة في حائط الرحبة، فأخذوا علي في ذلك أفقتيت بالمنع وفعلته²⁰⁴⁷.

Muhammad b al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī, jurista marroquí decimonónico, recoge una doctrina consolidada en la escuela de Medina: el derecho de los beneficiarios del *waqf*, cuando se refiere a la *manfa'a* del bien es totalmente disponible por su titular; este es uno de los argumentos por lo que dicho término consideramos que ha de ser traducido por dominio útil mejor que como usufructo. No obstante, si, como ocurre a veces, se limita a la habitación o al mero uso del bien, el beneficiario tiene prohibido venderlo, arrendarlo o prestarlo. Como ilustración de su fetua, el ulema se refiere a la práctica oriental según la cual el gobernante entrega a los soldados que han conquistado un territorio este a modo de *hubs*. Estos combatientes deciden venderlo pasado el tiempo. Según al-Wazzānī, esta disposición sería nula. Esta fórmula fue muy utilizada en el Imperio Otomano para organizar las regiones anexionadas²⁰⁴⁸.

^b ووسئل عن حبس علي ولديه فلان وفلان وأولادهما الذكور ما تناسلوا جميع الفندق بمحل كذا والأورى والطران المتصلين به، ولا تدخل الطبقة السفلى مع العليا ولا أنثى مع الذكر [...].

a Ha recaído la pregunta sobre la gran cantidad y la frecuencia de la venta de adornos de los talleres y demás, a las que llaman *llave*, es decir, el que tiene en su poder el taller de un *hubs* a título de arrendamiento y quiere desprenderse de él, coge varios *dirhams* de otro y se lo cede, entregándole la llave, pasando a este segundo. ¿Esta práctica tiene algún fundamento o no?

La respuesta es que esto sí tiene fundamento y sobre ello hay mucho escrito en la escuela.

[...] Dije: y esto y otras cosas similares aluden a lo que hacen hoy en día en los países de Oriente sobre la venta de cargos en el *hubs* y demás, entre los soldados. Estos los abandonan. Nuestros jeques nos han trasmitido que esto no es válido por dos motivos:

Primero: no son titulares más que del uso, no de las utilidades, por lo que no se válida su venta, ni su donación, ni su préstamo de uso.

Segundo: la entrega de la venta es desconocida, pues no se sabe su permanencia ni la cuantía de su derecho; además, en el libro de la *ÿihād* no se considera una verdadera contraprestación. Es condición que sea de su clase y su *dīwān*. Ha ocurrido en la tierra de Egipto sobre esta cuestión y he mencionado: los responsables de los *awqāf* sobre las escuelas y *zāwāyyā* no pueden vender ni donar ni prestar el uso; necesité habitación en algunas escuelas durante mi estancia y un hombre nos prestó una casa en la escuela de Šayjūr, mientras iba para la peregrinación; otro me prestó una en la escuela de *al-Mustanšariyya*, en Qašārayn, en las proximidades del hospital de El Cairo. Expedí una fetua prohibiendo eso.

b Se le interrogó sobre quien constituyó un *hubs* en favor de sus dos hijos, fulano y mengano, y sus hijos varones mientras tuvieran descendencia la totalidad de una posada situada en aquel sitio junto a sus abrevaderos y los telares anexos, el grado superior imposibilita la inclusión del grado inferior y el varón la de la mujer [...].

[...] وأفتى شيوخنا المتأخرون الذين أدركناهم من أهل مصر وغيرهم بأن قول الواقف: الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى؛ إنما يمنع من دخول الولد مع أبيه، لا من دخوله أي الولد مع أعمامه ومن في طبقة أبيه...²⁰⁴⁹

Al-Fāsī, en esta respuesta jurisprudencial, dicta una norma interpretativa de la voluntad del fundador: si especifica que el grado superior evita la inclusión del inferior, quiere decir que el hijo no puede ser beneficiario del *hubs* en vida de su padre, pero sí se da el derecho de representación y puede acceder a dicha condición junto a sus tíos paternos, aun siendo estos de un grado superior. Como tendremos la oportunidad de comprobar la fundación familiar suele implicar la relación de llamamientos sucesivos con cierta similitud a los que se producen entre los herederos. Algunos solapan a los demás y, en ocasiones, rige la representación de los hijos respecto a los padres. Es decir, aunque el fundador está facultado para imponer el orden que considere más oportuno, la norma general es que el grado superior impida que el inferior sea llamado: así, los nietos del constituyente no serían beneficiarios mientras quede con vida alguno de sus hijos.

^aالقاعدة السبعون: الفعل المتعدي إلى مفعول أو متعلق بظرف أو مجرور إذا كان مفعوله أو متعلقه عاماً فهل يدخل الفاعل الخاص في عمومه أم يكون ذكر الفاعل فرينة مخرجة له من العموم أو يختلف ذلك بحسب القرائن؟ [...] ومنها: هل يكون الواقف مصرفاً لوقفه كما إذا وقف شيئاً على الفقراء ثم إفتقر؟ فإنه يدخل على الأصح، ونص عليه أحمد في رواية المروذي وكذلك لو إنقطع مصرف الوقف وقلنا: يرجع إلى أقاربه وقفاً وكان الواقف حياً هل يرجع إليه؟ على روايتين حكاهما ابن الزاغوني في الإقناع، وجزم ابن عقيل في المفردات بدخوله...²⁰⁵⁰

Ibn Raḡab, dentro de la escuela *hanbalī*, intenta establecer una regla gramatical a fin de interpretar las estipulaciones de los distintos negocios jurídicos. Trata de responder a la cuestión de si el sujeto de la oración estaría incluido en el objeto de la misma y en algún complemento o, por contra, su presencia habría de ser considerada como un indicio de su exclusión. Al objeto de contestar a la cuestión, entre otros ejemplos, afirma que, siguiendo la más fundada de las opiniones, el fundador puede ser uno de los beneficiarios si hubiera constituido un *waqf* en favor de los pobres y hubiera devenido él en tal situación o si el linaje de estos se extinguiera permaneciendo él con vida. Este ulema cita como autoridad al fundador de la escuela, Aḥmad b. Ḥanbal (nacido en Bagdad en el año 780²⁰⁵¹) según el relato de al-Marūḏī (uno de sus más íntimos compañeros, fallecido en la misma capital, con fecha 888²⁰⁵²) y Ibn al-Zāgūnī, bagdadí del siglo XI, historiador y alfaquí, uno de los principales representantes de la escuela²⁰⁵³.

^bالمقدمة. في نقل عبارات لتمهيد المقصود، يتضح بها المرام بعون الملك المعبود.

[...] Nuestros jeques más modernos de Egipto a los que he consultado han dictaminado que al decir el fundador el grado superior imposibilita la inclusión del inferior únicamente impide incluir al hijo junto a su padre, pero no al hijo junto a sus tíos paternos y los demás que estén en el grado de su padre.

a Regla setenta: el sujeto presente en el objeto o unido con una preposición en un complemento, si el objeto fuera general, ¿estaría incluido en ese objeto o la mención del sujeto es un indicio de su exclusión de lo general o eso depende de las circunstancias?

Entre ellos: ¿sería el fundador un beneficiario de un *waqf* en favor de los pobres si él deviniera pobre? La opinión más correcta es que sí, así lo establece Aḥmad según al-Marūḏī; ¿también si se extinguieran los beneficiarios del *waqf* y dijéramos que revierte en sus parientes estando vivo el fundador volvería a él? Hay dos opiniones que ha referido Ibn al-Zāgūnī en *al-Iqnā* y así lo refrenda Ibn 'Aqīl en *al-Mufradāt* que sí estaría incluido...

b Introducción. Sobre la traducción de las expresiones para preparar lo que se pretende; se aclara el objetivo de *apoyar la propiedad esclava*.

Ha dicho en *al-Hadāyya*: es válido arrendar una superficie para construir en ella, plantar una palmera o un árbol, porque es la utilidad que se busca en las tierras; si se acabara el período de arrendamiento, se obligaría a arrancar la construcción y la plantación y entregarla vacía, porque no tienen un día final, siendo perjudicial para el propietario de la tierra. La siembra es diferente y se deja hasta la cosecha, porque su tiempo final es conocido y es posible velar por el interés de las dos partes.

[...] Así en la generalidad de *al-Matūn*, *al-Šurūḥ* y sus fetuas; no es necesario extenderse ni añadir nada, pues eres conocedor de que la literalidad de la expresión es que el arrendatario arrienda con la condición de entregar la tierra al arrendador vacía, no pudiendo mantener la construcción ni la plantación sin el beneplácito del arrendador: eso es así en las tierras de propiedad privada y en el *waqf*.

Pero ha recordado en *al-Baḥr* sobre *al-Qaniyya* lo que ha establecido: ha arrendado una tierra de *waqf* y plantado y construido en ella. Al cumplirse el plazo del arrendamiento, el arrendatario puede mantenerse pagando la renta que sirve de base si no causa perjuicio. Si el beneficiario se opusiera y no admitiera nada más que arrancarlas, no estaría facultado para ello.

قال في الهداية: ويجوز أن يستأجر الساحة ليبني فيها، أو لغرس فيها نخلاً، أو شجراً؛ لأنها منفعة تقصد بالأراضي، ثم إذا إنقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس، ويسلمها فارغة؛ لأنهما لا نهاية لهما، ففي إبقائهما ضرر بصاحب الأرض ما إذا إنقضت، والزرع يقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك؛ لأن له نهاية معلومة، فأمكن رعاية الجانبين. [...] وهكذا في عامة المتون والشروح والفتاوى، فلا حاجة إلى تطويل والإطناب، وأنت خير بأن صريح عبارتهم أن المستأجر يجبر على تسليم الأرض للمؤجر فارغة، وأنه ليس له أن يبقى البناء والغراس في الأرض بدون رضا المؤجر، وهذا بعمومه شامل الأرض الملك والوقف.

لكن ذكر في البحر عن الفقيه ما نصه: إستأجر أرضاً وقفاً، وغرس فيها، وبنى، ثم مضت مدة الإجارة، فللمستأجر أن يستبقها بأجر المثل إذ لم يكن في ذلك ضرر، ولو أبى الموقوف عليه إلا القلع ليس لهم ذلك، إنتهى. [...] سئل فيما إذا إستأجر رجل أرض بستان لوقف مدة سنة لزرع البانجان والرطوبة والبقول، ونحو ذلك مما ليس بالإنتهاء وقت معلوم، ومضت مدة الإجارة، هل يقلع من أرض الوقف، وتسليم أرض البستان لناظر أم لا، فما الحكم فأجاب: نعم بقلع، وتسليم الأرض لناظر [...]

سئل في أرض أوقف أجزها الناظر عليها مدة سنين للغرس، وإنتهت المدة والغرس باقي فما الحكم؟ أجب: يلزم المستأجر قلع الغراس، وتسليم الأرض فارغة إن لم تنقص الأرض بالقلع؛ فإن نقصت فللناظر أن يتملك الشجر للوقف بقيمته حال كونه مقلوعاً، جبراً على صاحب الشجر، وإن كانت لا تنقص لا يتملك جبراً، ويلزم بالقلع وتسليم الأرض لناظر، وإن تراضيا على تجديد الإجارة، وإنقاء الغرس جاز، إنتهى²⁰⁵⁴.

El damasceno decimonónico, Muḥammad Amīn b. 'Ābidayn, en la epístola dedicada al arrendamiento, señala, acudiendo a varias obras de su escuela como *El Final sobre la Exégesis de El Regalo*, de al-Sagnāqī (jurista nacido fallecido en el año 1311, originario del actual Turquistán²⁰⁵⁵), la obligación del arrendatario de entregar la tierra libre de cualquier plantación o edificación una vez finalizado el plazo del arrendamiento. En los párrafos escogidos existe cierta duda en el caso del *waqf* en quien es el arrendador, los beneficiarios o el administrador quién es el que ejercita realmente las facultades de esta posición jurídica en el contrato. Para conciliar esta cierta discrepancia, el derecho que se ve afectado es el de los beneficiarios, pero quien actúa realmente sería el gerente.

^aباب الأرض أو الدار توقف فتغصب.

[...] Fue preguntado sobre una tierra constituida en *waqf* y el administrador la arrienda para sembrar durante dos años, termina el plazo y la plantación continúa, ¿cuál es el precepto aplicable?

Contestó: el arrendatario está obligado a arrancar la plantación y entregar la tierra vacía si eso no menoscaba la tierra. Si la menoscabara, el administrador puede apropiarse del árbol para el *waqf* a cambio de su valor en caso de estar arrancado, aún en contra del dueño del árbol. Si no se menoscabara no podría adquirirla compulsivamente, y podría obligarlo a arrancar el árbol y entregar la tierra al administrador. Si llegaran a un acuerdo para ampliar el plazo del arrendamiento y que permanezca lo plantado, sería válido. Fin.

a Capítulo. La tierra o la casa constituida en *waqf* cuando es usurpada.

Abū Bakr ha dicho: Aḥmad b. 'Amr preguntó sobre un hombre que ha constituido un terreno de él como *ṣadaqa retenida* para Dios por siempre en favor de un grupo determinado y después de los pobres, entregándola a un hombre para que la administrara, negándolo este y afirmando que la tierra es de su propiedad. Dijo: este es un usurpador y se debe sacar el *waqf* de su mano. Dijo: ¿cuál es tu opinión si todavía el fundador estuviera con vida? Dijo: sería el litigante frente a quien tiene el *waqf* en su poder y el demandante para sacarlo de sus manos y devolverlo a su poder para nombrar a otro administrador de su elección mientras viva y para después de su muerte. Dijo: ¿Si la tierra hubiera sufrido un menoscabo? Dijo: tendría que responder por ese menoscabo si hubiera ocurrido después de su apropiación, pues se habría convertido en su usurpador con la apropiación. Dijo: ¿también la casa de la que se hubiera derribado algo? Dijo: respondería de ello y el fundador tomaría eso para construir con ello lo que se hubiera derribado.

[Sección. Si demanda el valor de la tierra como propiedad de él, es un usurpador]

Dijo: ¿si el fundador hubiera fallecido y existiera un administrador que llevara los asuntos durante su vida y con posterioridad, *ṣadaqa*, y este negara el *waqf* y lo reclamara como propio? Dijo: sería un usurpador desde que lo negó. Dijo: ¿y si los beneficiarios se personaran y lo demandaran? Dijo: el juez dispondría su valor y lo quitaría de sus manos, si fuera cierto la demanda, y lo entregaría a quien administrara sus asuntos. Dijo: ¿si lo usurpara otro distinto de su administrador? Dijo: se devolvería a su administrador y el usurpador respondería por el perjuicio y lo que hubiera derruido en la casa y lo reconstruiría.

[Sección. La indemnización por la disminución del valor del *waqf* no sería por sus frutos, así que los beneficiarios no tendrían derecho a ella]

Dijo: ¿si los beneficiarios demandaran por esa disminución producida por el usurpador y solicitaran repartir entre ellos la indemnización? Dijo: no tendrían derecho a ello, ya que habría ocurrido sobre el *waqf*, estando el derecho de los beneficiarios limitado a los frutos no al bien raíz [...]

[Sección. El derecho del beneficiario tiene como objeto los frutos, no el bien raíz]

قال أبو بكر: أحمد بن عمرو في رجل جعل أرضاً له صدقة موقوفة لله ابداً على قوم بأعيانهم ثم من بعدهم على المساكين ودفعها إلى رجل وولاه إياها فجدد الرجل المدفوع إليه الوقف ذلك وأدعى أنه ملك له؟ قال: هو غاصب وخرج الوقف من يده. قلت: أرأيت إن كان الواقف في الحياة؟ قال: هو الخصم في ذلك للذي الأرض في يديه والمطالب بها حتى يخرجها من يد الجاحد ويردها إلى يده ويوليها من شاء في حياته وبعد وفاته. قلت: فإن كان الأرض قد نقصت؟ قال: يضمن النقصان إذا كان ذلك بعد الجحود لأنه إنما يصير غاصباً لها بالجحود. قلت: وكذلك الدار يهدم منها شيء؟ قال: يضمن ذلك ويأخذ الواقف منه فيبني به ما تهدم منها.

[مطلب أدعى قيم الأرض ملكيتها لنفسه فهو غاصب]

قلت: فإذا كان الواقف قد مات وقد كان ولي هذا الرجل القيام بأمر هذه الصدقة في حياته وبعد وفاته فجدد الوقف بعد وفاة الواقف وأدعاها لنفسه؟ قال: هو غاصب منذ جدها. قلت: فإن حضر أهل الوقف فطالبوه بها؟ قال: يجعل القاضي لها قيمة ويخرجها من يده إذا صح أمرها عنده ويدفعها إلى من يقوم بأمرها. قلت: فإن غصبها غاصب غير هذا من واليها؟ قال: ترد إلى يد واليها والقيم بأمرها ويضمن الغاصب ما نقصها وما تهدم من بناء الدار فيبني به ما تهدم منها.

[مطلب أرش نقص الوقف ليس من غلته فلا يستحقه أهل الوقف]

قلت: فإن طلب أهل الوقف هذا النقصان الذي أخذ من الغاصب وسألوه أن يفرق ذلك بينهم؟ قال: ليس لهم ذلك من قبل أن هذا مما قد وقع عليه الوقف وإنما حقوق أهل الوقف في الغلة دون الرقبة [...]

[مطلب حق أهل الوقف في الغلة دون الرقبة]

قلت: وكذلك لو كانت وقفاً على المساكين هل يجب أن تقسم هذه القيمة التي أخذها على مساكين؟ قال: لا وإنما حقوق أهل الوقف المساكين أو قوماً بأعيانهم في الغلة وأما الرقبة وما يحدث بسببها فلا حق لهم في قسمتها بينهم. قلت: أرأيت الغاصب إذا ضمنه قيمة الأرض الوقف هل يملك الأرض الوقف إن رجعت إليه؟ قال: لا. قلت: ولم؟ قال: من قبل أن الوقف لا يملك والوقف بمنزلة المدير لو غصبه غاصب من مولاة فأبق من الغاصب أو أخرجه الغاصب من يده فضمن قيمته لم يملكه ومتى ظهر عاد إلى مولاة ورد مولا القيمة التي أخذها. قلت: أرأيت الأرض الوقف إذا غصبها رجل فاستغلها سنين ثم ردها؟ قال: إن كان استغلها من زرع زرعه فيها فالزرع لمن زرعه وعليه قيمة ما نقصت الأرض وإن استغلها من نخل أو شجر كان فيها رد الغلة معها إن كانت قائمة وإن كان قد استهلكها غرم مثلها. قلت: فما أخذ من الغاصب من غلة النخل والشجر من يصنع به؟ قال: يفرق في الوجوه التي سبلها الواقف فيها. قلت: فما أخذ من الغاصب من نقصان الأرض؟ يجعل في عمارتها.²⁰⁵⁶

Al-Jaṣṣāf aborda en este capítulo la cuestión de la indemnización de la que habría de responder quien se apropiara ilícitamente de las tierras de una *waqf*, causando un menoscabo en las mismas. Distingue varios supuestos: en caso de que el fundador viviera, este sería el legitimado para reclamar y recibiría la cantidad fijada. Si hubiera fallecido, los beneficiarios podrían demandar al usurpador, pero el juez, si estimara la demanda, entregaría la indemnización al administrador de la fundación para que se encargara de ellos. El derecho de los beneficiarios estaría limitado a las rentas, frutos del bien habiz; en consecuencia, el valor del perjuicio sufrido en el valor de las tierras o la casa declaradas como *waqf* nunca se repartirían entre ellos. En el caso de que la obligación del usurpador fuera devolver los frutos o su valor (en el supuesto de palmeras y árboles, pero no en la siembra), sí serían repartidos entre ellos. Es digno de destacar que, aunque las personas a cuyo favor se hubiera constituido estarían legitimados para reclamar contra quien se hubiera apropiado del *hubs*, estos no tomarían la cuantía impuesta, sino que es el administrador el competente para ello. El derecho de aquellos estaría limitado y quien dirige los asuntos del *waqf* actúa, como venimos repitiendo, con alteridad. Especialmente interesante resulta la afirmación de que la indemnización por el menoscabo producido por el usurpador en la tierra se ha de emplear en su reconstrucción y rehabilitación; da la impresión de que es un ingreso del propio *hubs* y se ha de emplear en él.

Dije: en este sentido, ¿si el *waqf* fuera en favor de los menesterosos se debería repartir ese menoscabo entre ellos? Dijo: no, el derecho de los beneficiarios es únicamente sobre los frutos, tanto si son personas determinadas o menesterosos; en cuanto al bien raíz y lo que trae causa del mismo, no tienen derecho a repartírselo entre ellos. Dije: ¿qué opinas sobre si el usurpador indemnizara por el menoscabo de la tierra del *waqf*? ¿Se haría con la propiedad del *waqf* si volviera a él? Dijo: no. Dije: ¿por qué? Dijo: porque la propiedad del *waqf* no se trasmite; el *waqf* estaría en el lugar del esclavo al que se le ha concedido la libertad tras la muerte de su señor. Si fuera apropiado por un usurpador y se escapara de este o el usurpador dejara su posesión, indemnizaría pero no adquiriría la propiedad del esclavo. Cuando apareciera, se devolvería a su dueño y este devolvería su valor que había obtenido como compensación. Dije: ¿qué opinas sobre una tierra de *waqf* si fuera apropiada por un usurpador que la explotara durante años y después la devolviera? Dijo: si su explotación fuera mediante siembra, esta sería para quien la hubiera realizado y debería el valor del menoscabo de la tierra. Si fuera mediante palmeras o árboles, devolvería los frutos con la tierra, si estuvieran pendientes; si los hubiera consumido, debería indemnizar. Dije: ¿qué se haría con los frutos que hubiera tomado el usurpador de las palmeras o los árboles? Dijo: se repartirían entre los beneficiarios designados por el fundador. Dije: ¿y la indemnización por el menoscabo que hubiera ocasionado en la tierra? Se emplearía en su mejora....

^aباب الرجل يقف أرضاً على ولده فيحدث آخرون قبل مجئ الغلة أو بعد مجئ الغلة. قلت – أرأيت رجلاً يقول أرضي صدقة موقوفة على ولدي فإذا إنقرضوا فهي للفقراء والمساكين. قال- الوقف جائز صحيح وهو على ما وصفت لك. قلت- أرأيت إن حدث له ولد بعد مجئ الغلة أ يكون له نصيب من الغلة. قال- لا ولكن يكون له نصيب فيما يحدث من الغلات وإما الغلة الأولى فهي لمن كان مخلوقاً من الولد يوم مجئ الغلة وليس لمن يحدث من الولد بعد مجئ الغلة فيما كان من الغلات قبل أن يخلق حق وإنما حق فيما كان من الغلات وهو مخلوق. قلت- ولم قلت ذلك. قال- أ لا ترى لو أن رجلاً قد أوصيت بثلاث مالي لولد فلان ولفلان يومئذ وولد ثم حدث له ولد بعد موت الموصي أن الثلث للذين كانوا مخلوقين يوم مات الموصي وليس لمن حدث بعد ذلك في الثلث حق فكذلك الوقف على ما وصفت لك وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقولنا. قلت – أرأيت إن كانت امرأة هذا الوقف جاءت بولد بعد مجئ الغلا لأقل من ستة أشهر منذ يوم جاءت الغلة. قال- هو أسوتهم في الوقف لأنه كان مخلوقاً يوم جاءت الغلة فهو بمنزلة ولد قائم... 2057

Este discípulo de Abū Hanīfa, Hilāl b. Yaḥyā, remarca que el derecho del beneficiario a los frutos producidos nace en el momento de que estos se produzcan, exigiéndose la existencia de aquel. Se entiende que un beneficiario existe si ya hubiera visto la luz o naciera antes de los seis meses desde la cosecha. Se preservan los derechos del nasciturus, si nace vivo en plazo.

^bباب الرجل يقف أرضاً على قوم لا يقبلون ذلك أو يقبله بعضهم دون البعض. قلت -أرأيت رجلاً لو قال أرضي صدقة موقوفة على عبد الله فقال عبد الله لا أقبل من وقف عليّ. قال- الوقف جائز وتكون الغلة للفقراء والمساكين. قلت- ولم قلت ذلك. قال- لأنه إذا قال عبد الله لا أقبل لكانه جعلها صدقة موقوفة وسكت فهي للفقراء والمساكين. قلت- ويجعل موت عبد الله مثل رد الوقف. قال- نعم هما سواء. قلت- أرأيت لو قال صدقة موقوفة على ولد عبد الله ونسله فأبى رجل من ولد عبد الله أن يقبل ما وقف عليه. قال- يكون الوقف جائز وتكون الغلة لمن قبل دون من لم يقبل وأجعل من لم يقبل منهم بمنزلة الميت. قلت- أو قال قد أوصيت بثلاث مالي لولد عبد الله وكانوا يوم مات الموصي أربع فأبى واحد منهم أن يقبل. قال- فحصته لورثة الميت. قلت فإن كان هذا في الوقف. قال- فحصته لمن بقي من ولد عبد الله. قلت- فمن أين إفترق الوقف والوصية وأنت تشبه الوقف بالوصية. قال – لا يشبه الوقف الوصية في هذا أ لا تر بأن من مات في الوقف جعلت الوقف كله للباقي منهم إذا كان قد قبل وإن مات في الوصية بعد موت الموصي وقد قبل أن حصته لورثة الميت والوقف يجري عل من بقي والوصية لا تجري

a Capítulo sobre el hombre que constituye en *waqf* una tierra en favor de su hijo y le nacen otras antes y después que se produzca la cosecha.

Dije: ¿qué opinas de un hombre que hubiera dicho que su tierra es una *ṣadaqa retenida* en favor de su hijo y si se extingue su línea en favor de los pobres y menesterosos? Dijo: el *waqf* es válido y correcto según te he descrito. Dije: ¿qué opinas si le naciera un hijo después de la cosecha? ¿tendría su parte de la misma? Dijo: no, pero tendrá su parte en futuras cosechas, mas la primera cosecha será para los hijos que existieran el día que llega la misma, no para quien naciera después. Antes de existir no existe derecho; solo para quien exista el día de la cosecha. Dije: ¿por qué dices esto? Dijo: ¿acaso no ves que si un hombre estableciera un legado de un tercio de sus bienes en favor de su hijo fulano y fulano en esa fecha, naciéndole un hijo tras la muerte de quien constituyó el legado, el tercio sería para quien existiera el día de la muerte de este y no para quien naciera después? Así sucede con el *waqf*, según te he descrito. Es la opinión de Abū Hanīfa y la nuestra. Dije: ¿qué opinas si una mujer de este *waqf* diera a luz a un hijo después de la cosecha en menos de seis meses? Dijo: sería uno más en el *waqf*, porque existía el día de la cosecha, ocupando el lugar de un hijo nacido...

b Capítulo. Sobre un hombre que constituye una tierra de su propiedad en *waqf* en favor de un grupo aceptando unos y otros no.

Dije: ¿qué opinas de un hombre que dijera que su tierra es una *ṣadaqa retenida* en favor de 'Abd-l-Allāh y este dijera que no acepta el *waqf*. Dijo: el *waqf* sería válido y la cosecha para los pobres y menesterosos. Dije: ¿por qué has dicho eso? Dijo: porque si 'Abd-l-Allāh dijera que no acepta, sería como si hubiera constituido el *waqf* y hubiera callado: sería para los pobres y menesterosos. Dije: ¿asimilarías la muerte de 'Abd-l-Allāh con su renuncia? Dijo: sí, son iguales. Dije: ¿qué opinas si dijera que es una *ṣadaqa retenida* en favor de 'Abd-l-Allah y su descendencia y uno de los hijos de 'Abd-l-Allāh se negara a aceptar? Dijo: el *waqf* sería válido y la cosecha para quien hubiera aceptado y no para los que no; los que no hubieran aceptado serían como si hubieran muerto. Dije: ¿si dijera que constituye un legado del tercio de sus bienes para el hijo de 'Abd-l-Allāh y el día de la muerte del testador existieran cuatro hijos y uno de ellos se negara a aceptar? Dijo: su parte sería para los herederos del fallecido. Dije: ¿y si se tratara de un *waqf*? Dijo: su parte sería para quien quedara entre los hijos de 'Abd-l-Allāh. Dije: ¿de dónde diferencias el *waqf* y el legado, asimilando tú los dos? Dijo: el *waqf* no se parece al legado en esto. ¿Acaso no ves que quien muriera en el *waqf* todo él sería para el que quedara de ellos, si hubiera aceptado; si muriera alguien en el legado después de fallecer quien realizó el legado no iría a quien quedara? Dije: ¿qué opinas y dijera que su tierra es una *ṣadaqa retenida* en favor del hijo de 'Abd-l-Allāh y sus mujeres mientras tengan descendencia y algunos dijeran que no aceptan? Dijo: el *waqf* sería para quien quedara mientras quede uno. Dije: ¿si todos dijeran que no aceptan? Dijo: el *waqf* sería para los pobres [...] Dije: ¿qué opinas si uno dijera que no acepta para sí y su descendencia. Dijo: su parte se anularía y sería para quien quedara de sus hijos; si fueran mayores deberían aceptar o rechazar y sería para ellos y no para su padre. Si fueran menores, no sería válida el rechazo del *waqf* realizado por su padre.

على من بقي- قلت- أرأيت إن قال أرضي صدقة موقوفة على ولد عبد الله ونساء ما تناسلوا فقالت جماعة منهم لا نقبل- قال- فالوقف لمن بقي منهم ما بقي واحد- قلت- فإن قالوا جميعاً لا نقبل- فالوقف للفقراء- [...] قلت- أرأيت إن قال رجل منهم لا أقبل ما جعل لي ولنسلي- قال- أما حصته فباطل ويكون لمن بقي حصة ولده إن كانوا كبار لهم أن يقبل أو يردوا وكان ذلك إليهم خاصة دون الوالد وإن كانوا صغاراً لم يجز رد الوالد الوقف عليهم...²⁰⁵⁸

Hilāl b. Yaḥyā aborda el problema de la aceptación o no de los beneficiarios. Nunca supondría un requisito de validez, si uno rechazara, su parte se repartirían entre los demás que hubieran aceptado; si el rechazo fuera de todos, al existir la cláusula residual, el *waqf* se entendería realizado en favor de los pobres. Esta es la norma cuando se trata de llamados que están determinados. En los grupos no singularizados, como pobres, no cabría la negativa. En esta materia no se produce la analogía con el legado, como en otras muchas, pues en este negocio jurídico la no aceptación implica que la parte de aquel que lo rechazara se distribuyera entre los herederos del testador. Igualmente, si el padre, beneficiario de un *waqf*, rehusara, sus hijos no se verían afectados, no se rehúsa por sí y toda la stirpe como ocurre en la herencia según nuestro Código Civil para la sucesión *ab intestato* (artículos 922 y 929).

^a[من أوصى لرجل بسكنى دار، فهل له أن يأخذ غلتها]

وسئل قاضي الجماعة بفاس، سيد إبراهيم الزناسني عن امرأة حبست جميع الدار على رجل خير من أهل الدين والفضل برسم سكناه فيها طول حياته ومدى عمره، فإن قدر الله بموته وبقيت زوجته وبنته فإنهما يسكنان في الدار مادامت دون زواج، فإذا مات الفقيه المحبس عليه وزوجه، فتكون حبساً على شخص يرضي حاله ودينه ممن يقارب الأول لسكناه فيها بطول حياته وتنتقل كذلك من شخص إلى شخص إلى أجد الدهر، ثم إن بعض من كان حبس عليه مات ورجع بعض الطلبة ممن يعرف بالدين والفضل، ثم إنه أعطاها لرجل آخر أخ المحبسة أو بعض قرابتها ممن لم يجعل له فيه نظر، وصار هذا الطالب يكرها ويأخذ كراءها ويسكن في دار له، فقامت الآن أختان للمحبسة المذكورة، وهما ممن يشار إليهما بالدين، ويعرفان بذلك في بلدتهما، وأرادتا إخراج الدار المذكورة

a [Uno constituye en legado la habitación de una casa en favor de un hombre, ¿puede este aprovecharse de sus rentas?] El juez principal de Fez, Saydī Ibrāhīm al-Yaznāsni, sobre una mujer que constituyó la totalidad de la casa como *hubs* en favor de un hombre de bien, entre la gente piadosa y virtuosa, con la estipulación de que habitara en ella durante toda su vida; si el destino divino decretara su muerte permaneciendo su esposa y su hijo vivas, ambas habitarían la casa mientras permanecieran sin esposo. Si falleciera el alfaquí, beneficiario del *waqf* y su esposa, el *hubs* pasaría a una persona cuyo estatus y virtud fuera similar al primero, para habitar la casa de forma vitalicia, transmitiéndose de esta manera por los siglos de los siglos. Tras esto, uno de los beneficiarios murió y se destinó a un alumno de los que conocen la virtud y la religión, y la entregó a otro hombre, hermano del beneficiario o algún pariente, de los que no son dignos de atención. Este estudiante la arrendaba y tomaba la renta, habitando en una casa de él. Las hermanas de la fundadora referida, ambas de las que se menciona por su virtud, y así son conocidas en la población, quisieron expulsar al estudiante de la casa que este tenía en su mano, para entregarla a otro alumno piadoso y virtuoso. Dijeron: estuvimos presente cuando nuestra hermana constituyó la referida casa en *hubs*, y quería que quien la habitara leyera en ella *El Corán* y rezara en la mezquita aljama, es decir (al-Duwyra), cercana a la mezquita nombrada, pues no encontraba habitación cerca. Sin embargo, tú, te apropiaste de la casa, la alquilaste y te aprovechas de la renta, sin que esta fuera la intención de la citada fundadora. Este se negó a abandonarla diciendo que algunos *fuqahā'* de la población habían dicho que habían encontrado en *al-Bayyān wa al-Taḥsīl* que si se legaba a un hombre la habitación de una casa, podía aprovecharse de sus frutos. Muéstranos el dictamen, Dios el Altísimo os guíe.

Contestó: la respuesta es que lo que han dicho algunos de los *fuqahā'* de la localidad, excepto que dijeron que la expresión de *al-Bayyān* era legó, y no era solo lo que se ha transmitido, sino su texto.

Ibn al-Qāsim fue cuestionado sobre un hombre que dijo: mi casa es para fulano, ¿la habita o la explota? Dijo: sí, la explota, si quiere la habita y, si quiere, la explota. Fin de esta opinión.

Y el texto de Ibn Rušd es que, si dijo que la habite, podría explotarla, y si dijo que la explotara, puede habitarla porque le ha permitido aprovecharse de ella de las dos formas; le es lícito tomar su utilidad en las dos formas, si lo desea, con su habitación y, si lo desea, con su explotación. Esto es así salvo que hubiera dicho que mi casa es para fulano a condición de que la habite o a condición de que la explote, pues no puede incumplir la condición impuesta. Si la condición tuviera un objetivo, deberá cumplirla, pues el profeta dijo: “los musulmanes están obligados por sus condiciones salvo por una condición que permita algo prohibido o prohíba algo que es lícito”. Fin al texto de Ibn Rušd.

[...] La tercera vertiente de este asunto es que si impusiéramos su aceptación, habríamos anulado lo que ha dispuesto el fundador de la habitación para la primera mujer y su hija, lo que está proscrito, porque la habitación de la esposa y la hija ha sido afirmada por dos testigos de probidad sin que haya sido contradicho por lo testificado por las dos mujeres. Quizás por el gran conocimiento del *fiqh* de lo que hemos mencionado de *al-'Utabiyya* pueda contradecir lo que se ha escuchado de Saḥnūn acerca de 'Alī b. Zyād sobre Mālik acerca de quien constituyó como *hubs* un joven esclavo a otro durante veinte años, queriendo el beneficiario cortar la mano por algo que cogió del servicio. No puede hacerlo sin permiso de su señor; Ibn Rušd establece esta solución. Esto es como ha dicho, pues el beneficiario dispone solo del uso del esclavo, por lo que no tiene derecho a lo que no ha sido autorizado de cortar la mano. Fin del texto.

من يد هذا الطالب وإعطاءها لغيره ممن هو من الطلبة من أهل الفضل والدين، وقالتا: حضرنا مع أختنا حين حبست الدار المذكورة وإنما أرادت من يسكنها ويقرأ بها القرآن ويصلي بالمسجد الجامع إذ (الدويرة) قريبة من المسجد المذكور ويكون لا يجد مسكناً، وأما أنت فقد كسبت الدار وسكنتها وصرت تأخذ هذه مكريها وتنتفع بكرائها، ولم يكن ذلك قصد المحبسة المذكورة وإمتنع هو من الخروج منها، وقال إن بعض الفقهاء بلده قال: إنه وجد في البيان والتحصيل انه إذا أوصى رجل لرجل بسكنى دار فإن له أن يأخذ غلتها، فبينوا لنا الحكم في ذلك مأجورين والله تعالى يتولاكم.

فأجاب: الجواب الذي قال بعض الفقهاء بالبلد صحيح، إلا أنه قال في لفظ البيان أوصى وليست الرواية كذلك بل نصها. وسئل ابن القاسم عن رجل قال: داري لفلان يسكنها أو يستغلها؟ قال نعم هو يستغلها، إن شاء سكن، وإن شاء استغل إنتهى نص الرواية.

ونص قول ابن رشد في تكلمه عليه هذا كما قال أنه إذا قال يسكنها فله أن يستغلها، وإذا قال يستغلها، وإذا قال يستغلها فله أن يسكنها لأنه قد أباح له منفعتها في الوجهين، فله أن يأخذ منفعتها في الوجهين إن شاء بسكنها فيها وإن شاء بإستغلاله إلا أن يكون قال داري على أن يسكنها أو على أن يستغلها بشرط فلا يكون له أن يخالف ما شرطه عليه من السكنى أو الإستغلال، إذ قد يكون له غرض فيما إشتراط من ذلك عليه فيلزمه الشرط لقول النبي، ص: ((المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أم حرم حلالاً)). إنتهى نص ابن رشد.

[...] ووجه ثالث إنا لو فرضنا قبولهما لكنا قد عطلنا ما نص عليه المحبس من إسكان زوجه الأول وإبنته، وذلك منتنع لأن سكنى الزوجة والبنت قد ثبت بعدلين ولا يعارضه ما شهدت به إمرأتان ولا يحلف معهما باتفاق كما ذكرنا، ولعل متضلعاً بالفقه يقول ذكرتم عن العبتية قد يعارض في سماع سحنون عن علي بن زياد عن مالك فيمن حبس غلاماً له على رجل عشرين سنة فأراد المحبس عليه أن يقاطع العبد على شيء يأخذه عن الخدمة أنه لا يكون له ذلك إلا بإذن السيد، ونص كلام ابن رشد عليها. وهذا كما قال لأنه إنما حبس عليه خدمة الغلام فلا حق له فيما لم يحز له مقاطعته على الخدمة شيء منه إنتهى نصه²⁰⁵⁹.

Al-Wanšārīsī inserta esta respuesta de un jurista, Saydī Ibrāhīm al-Yaznāsnī, a quien presenta como juez principal de Fez. El epígrafe bajo el que lo incorpora se refiere al legado, aunque el caso trata sobre el *waqf* instituido por una mujer en favor de un ulema piadoso. La cuestión versa sobre si el beneficiario de un derecho de uso está facultado para explotarlo, a través del arrendamiento. Tuvimos la ocasión de comprobar como en los *ahbās*, la habitación no posibilita al titular a alquilar la casa. Lo comprobamos en la obra del jurista egipcio, Al-Qarāfi²⁰⁶⁰ y la fetua de Muḥammad b al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī que abría el presente título²⁰⁶¹. La problemática planteada es similar, si bien el planteamiento es algo confuso pues el texto mezcla legado y *waqf* sin una clara delimitación de ambas figuras. Asimismo, el texto utiliza la tercera persona y la segunda dificultando la comprensión del fragmento. El caso sobre el que ha de dictaminar el jurisconsulto es el siguiente: una mujer constituye un *waqf* sobre el derecho de habitación sobre la totalidad de una casa en favor de un virtuoso hombre de bien, estudiante religioso; permite que, en caso de su muerte, su viuda y su hija, la habiten mientras permanezcan sin marido. Cuando este primer llamamiento se extinga, se determina que serán llamados sucesivamente estudiantes de religión que cumplan las características impuestas. Uno de ellos, siendo beneficiario del derecho de habitación decide vivir en una casa de su propiedad y arrendar el *waqf* para conseguir beneficios. Alega que los ulemas de la localidad, sobre la base de una obra del abuelo de Averroes, han decretado que el legatario del derecho de uso está facultado para explotar la vivienda mediante arrendamiento. Así ocurre con el donatario, salvo que expresamente se hubiera limitado, pues el musulmán ha de cumplir sus condiciones, según el hadiz del profeta. El juez norteafricano no contesta de forma tajante, pero parece apuntar a que esta solución únicamente es correcta para el legado, mientras que en el *hubs*, si el objeto del derecho del beneficiario es únicamente el uso y no el usufructo o dominio útil, las facultades está más limitadas. De ahí el ejemplo que trae a colación: si el objeto de la fundación es el uso de un esclavo, no su dominio útil, el beneficiario no puede aplicarle la pena de amputación de la mano sin consentimiento de quien constituyó el *waqf*.

Estos fragmentos no solo corroboran nuestras reflexiones del capítulo quinto, sino que incorporan matices muy provechosos para nuestra investigación. Muḥammad b al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī²⁰⁶² refrenda la distinción entre derecho de uso y usufructo o dominio útil. En su momento, descubrimos como algunos ulemas posibilitaban que el fundador se nombrara a sí mismo como beneficiario, vitaliciamente, de su fundación mediante una cláusula específica; Ibn Raḡab²⁰⁶³ nos muestra que también puede adquirir esa condición sin que se haya dispuesto expresamente: si el

waqf se constituye en favor de los pobres y él pasa a esta situación económica o los beneficiarios originales fallecieran permaneciendo aquel con vida.

Un asunto de vital importancia en nuestra tesis, en el que las fuentes nos evidencian un enfoque nuevo, se nos muestra en la relación de las personas en cuyo favor se crea el *hubs* y el administrador del mismo. Los párrafos de Muḥammad Amīn b. ‘Ābidayn²⁰⁶⁴ se centran en la forma de aprovechamiento, en concreto el arrendamiento del objeto del *waqf*: el derecho es de titularidad de los beneficiarios, pero quien actúa ejerciendo las potestades que corresponden al arrendador es quien administre la fundación. Para el caso de la usurpación de los bienes por un tercero y la indemnización que correspondiera por los daños a los mismos, Al-Jaṣṣāf²⁰⁶⁵ legitima a aquellos para reclamar, pero el juez, en caso de admitir la pretensión, entregará ese patrimonio, así como la indemnización, al gerente quien, junto al fundador mientras viva, estará capacitado para interponer la demanda, no a los beneficiarios, pues su derecho se limita a los frutos de ese conjunto patrimonial. También pudimos comprobar que el administrador no representa a los beneficiarios. No podemos más que observar en esta situación jurídica cierto paralelismo con los socios de una sociedad anónima: actúa un consejo de administración o gerente único, mientras que los socios casi se limitan a esperar el reparto de beneficios.

Hilāl b. Yaḥyā nos recuerda que el derecho de los beneficiarios nace en el momento que se produzcan los frutos y que el nasciturus, aquel nacido dentro de los seis meses siguiente a ese momento, es considerado como uno más²⁰⁶⁶. Asimismo, este mismo alfaquí insiste en uno de los argumentos que expusimos para negar la naturaleza contractual de esta institución: la aceptación no supone un requisito de validez del negocio jurídico²⁰⁶⁷.

Finalmente, la fetua de Saydī Ibrāhīm al-Yaznāsī, dentro de la colección de Al-Wanṣārī²⁰⁶⁸, nos devuelve a la realidad de cualquier cuestión jurídica, donde las repuestas casi nunca son tajantes, sino recubiertas de todas las gamas de grises. En esta respuesta jurisprudencial la distinción entre derecho de uso y usufructo o dominio útil parece difuminarse.

En lo que a la personalidad jurídica se refiere, hemos de destacar cómo los beneficiarios no ejercen por sí mismos las facultades que su derecho les permite. La presencia de un tercero, administrador, resulta un indicio de la presencia de un interés que sobrepasa el de las personas en cuyo favor se instituye el bien habiz. En consecuencia, en la institución se observa que existe un ámbito que supera el de los simples titulares de las rentas del *waqf*, atisbándose un ente considerado como centro de imputación de derechos y obligaciones.

7.5.1 *Waqf jayrī*: los pobres como beneficiarios y los establecimientos como titulares de los derechos que corresponden a las personas en cuyo favor se constituye

Desde un punto de vista u otro, al igual que en otros temas derivados de la regulación del *hubs* islámico, esta fundación como mecanismo de traducir jurídicamente la piedad de los creyentes ha venido siendo examinada en nuestra tesis. Llega el momento terminar de perfilar su reglamentación apoyándonos en los textos de los *fuqahā*’ y resaltando los aspectos que influyan en nuestro estudio.

[...] ^a وأما المحبس عليه فيصح أن يكون إنساناً أو غيره كالمساجد والمدارس، ويصح على موجود والمعدوم والمعين والمجهول المسلم والذمي والقريب والبعيد²⁰⁶⁹.

El alfaquí andalusí, Ibn Ḍawzī, en esta frase del fragmento, al que venimos acudiendo reiteradamente pues sintetiza perfectamente el régimen jurídico, establece que es válida la disposición por la cual el beneficiario de la institución sea una persona o no, como las mezquitas y escuelas, existente, inexistente, determinado o indeterminado, musulmán o de la gente de la *ḍimma*, cercano o lejano. Si bien será un tema que sobre el que profundizaremos y acerca del cual hemos ido dando algunas pinceladas, esta amplitud en el objeto de la institución y, en especial, la admisión

a [...] En cuanto al beneficiario, es válido que sea un ser humano u otro como las mezquitas y escuelas; también es válido tanto para existentes o no, determinados como indeterminados, musulmán o *ḍimmī*, pariente o no.

de la indeterminación del mismo y su inexistencia se contradice con la cuestión del riesgo que suele producir la nulidad de la mayoría de los negocios jurídicos regulados por la *Šari'a*.

^a {مطلب العبرة للفقر يوم القسمة}

قلت: فإن جاء غلة سنة أو سنتين فلم تقسم بينهم لأمر من الأمور حتى إستغنى قوم منهم وإفتقر آخرون؟ قال: إنما أنظر منهم إلى من كان فقيراً يوم تقع القسمة فأعطيهم ذلك. قلت: فلم لا تنتظر إلى أولئك الذين كانوا فقراء يوم جاءت الغلة فتعطيهم ذلك وإن كانوا قد إستغنوا لأنهم قد إستحقوها؟ قال: لأن الواقف جعل لهم ذلك على سبيل الفقر ولم يجعلهم لمن كان غنياً. قلت: فإذا قال صدقة موقوفة على أهل بيته ولم تقل على فقراء أهل بيتي لما لا تجعل الوقف على كل من كان موجوداً من أهل بيته يوم وقف الواقف فإذا إنقضوا أولئك جعلته للفقراء والمساكين؟ قال: من قبل أن من يأتي من بعد هؤلاء من أولادهم وأولاد أولادهم ن أهل بيته فالوقف جار على من كان يومئذ وعلى من يحدث من أهل بيتي.²⁰⁷⁰

Este párrafo extraído del libro de al-Jaṣṣāf sobre esta institución, que nos fue útil para descartar la presencia de un ente compuesto por los beneficiarios en el capítulo quinto, fija la norma sobre cuándo se ha de entender cumplida la condición de pobre en un *waqf* cuyos beneficiarios fueran estos: ha de estar en esa situación socioeconómica el día del reparto, si en el momento de producirse la cosecha era rico y después se empobrece o viceversa, ningún derecho tendría a reclamar una parte. Esta regla nos confirma en nuestra teoría acerca del derecho de las personas en cuyo favor se constituye si están designados de forma genérica: su posición jurídica es muy débil, una mera expectativa de derecho, hasta la partición, donde realmente acceden a una auténtica condición de beneficiario.

^b قال في الشرح: المعنى إن ثمار الأصول المحبسة يستحقها المحبس عليه يبدو الصلاح المعتبر في جواز بيعها مثل الأحمرار والصفار فيها، وأما المحبس عليه على غير المعين، فلا يستحق الغلة بالطيب بل بالقسم، فمن حضر القسم كان له منها نصيب ومن لا فلا وينبغي على التعيين وقت الإستحقاق، أن من مات بعده ورث عنه حظه ومن مات قبله بطل حقه ولا يورث عنه، ولذا قال في المعين: وإرث يأتسى، ثم نقل عن الحطاب أنه قال بعد نقل كلام الباجي ما نصه: فتلخص من كلامه أن من مات قبل الإبرار فلا حق له فيها بلا خلاف، ومن مات بعد القسمة فحقه فيها ثابت بلا خلاف، والخلاف إنما هو فيمن مات بعد الإبرار وقبل الطيب أو بعد الطيب، وقبل القسمة فحكي في كل قولين..²⁰⁷¹

Muḥammad b al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī, desde la perspectiva de los seguidores de Mālik b. Anas cristalizada a lo largo de los siglos (se trata de un jurista decimonónico), en esta respuesta que también nos ha acompañado anteriormente, da una solución casi idéntica a la cuestión planteada por al-Jaṣṣāf sobre el momento del nacimiento del derecho de los beneficiarios. Distingue dos tipos: aquellos que están determinados (plenamente identificados), quienes adquieren los frutos del bien habiz desde el momento en que se puede observar su maduración y fuera posible venderlos. Las personas señaladas por características propias, pero no singularizados (pobres, etc) habrían de esperar a la partición. Todos los ulemas parecen estar de acuerdo en respuesta.

a (Sección sobre la estimación de la pobreza en el día de la partición).

Dije: ¿si llegan los frutos de un año o dos y no se hubieran repartido por cualquier causa, habiéndose enriquecido unos beneficiarios y empobrecidos otros? Dijo: se miraría quién fuera pobre el día en que recaiga la partición y se les daría su parte. Dije: ¿por qué no se mira quién es pobre el día en que tuvo lugar la cosecha y se le da su parte, aunque posteriormente devinieran ricos, porque tuvieron derecho a ella? Dijo: porque el fundador los nombró por ser pobres y no llamó a los ricos. Dije: y si hubiera dicho en la fórmula a la gente de mi casa sin especificar que fuera en favor de los pobres de mi casa, ¿por qué no serían beneficiarios aquella gente de su casa que estuvieran vivos en el momento de constituir el *waqf*, si si se extingue para los pobres y los menesterosos? Dijo: porque quien llegue después de estos de sus hijos e hijos de sus hijos de la gente de su casa, el *waqf* sería para los presentes el día de la constitución y de los que vengan con posterioridad.

b Dijo en su exégesis: el sentido es que los frutos de los bienes constituidos habices pueden ser reclamados por los beneficiarios en el momento de observarse su madurez, esta que los convierte en aptos para su venta, como el enrojarse o amarillarse. En cuanto al beneficiario indeterminado de un *waqf*, no lo puede reclamar con la madurez, sino tras el reparto. Quien estuviera presente en el momento del reparto, tendría su parte, y quien no, no. Y el momento en que se puede reclamar es el de la determinación. Y quien muriera después, pues se incluiría en su herencia y quien muriera antes se anularía su derecho y no lo transmitiría por herencia. Por ello, dijo en *al-Mu'īn*: y la herencia sigue ese camino. Después transmitió de al-Ḥaṭṭāb que él, tras recoger las palabras de al-Bāyī, dispuso: resumiendo, quien muriera antes de la inseminación (de la flor de la palmera) no tendría ningún derecho, sin que exista controversia; quien muriera tras la partición, su derecho quedaría asegurado, sin opiniones en contra. La polémica radica en quien muera después de la inseminación y antes de la maduración o después de la maduración, pero antes de la partición, se relatan dos opiniones.

^aسؤال عن إقتطع محجة وفيها حق لحبس. جوابك -رضي الله عنك- في نازلة نزلت وذلك قائماً إحتسب على رجل بنى حماماً وأثبت شهادات أدخل فيها طريقاً لدار فيها جزء حبس على مسجد وأدخل مع الطريق رحبة فيها مرتفق للمسلمين، فقبل القاضي شهادات وهدم من الحمام طائفة حتى أخرج الرحبة التي فيها من حقوق المسلمين تم تراخي الأمر وصرف ذلك الحاكم رجاء النظر بعد إلى غيره وقد مات الشهود قبل أن يحدوا مقدار الطريق التي للدار المحبس بعضها الباقي إخراجها. فما ترى في ذلك كما يخرج من هذا البناء للطريق إلى الدار المذكورة وكيف إن قالشركاء المسجد في الدار: نحن نحد الطريق وكيف إن كان إدخالها من فعل من باع منه القاعة، وكيف إن دعا إلى الصلح على تطييل حق المسجد من داره سنين معلومة بقدر ما يلزمه نفسه وشهد أن هذا أنفع للمسجد من إخراج الطريق لداره وإذخالها طريقاً آخر ومنفعة السجد بكراء هذه الطريق ظاهرة والمسجد له محتاج ولا منفعة له بإخراج الطريق. فهل ترى أن تطييلها على هذا الوجه جائز أو لا يجوز إدخالها في جملة الملك وإستحواده عليها وأنه تغيير للحبس. بين لنا ذلك مأجوراً والسلام.

الجواب: تصفحت السؤال ووقفت عليه، وإن كانت الدار محتاجة إلى الطريق لوجه منفعة لها فيها وجب هدم البناء منها وردها إلى حالها وإن لم يكن للدار فيها منفعة لا إستغناء بها عنها بسواها فلا أرى أن يهدم على باني الحمام من بناءه في الطريق ويشهد عليه بها أن إحتيج يوماً ما لإستحقاق الطريق الأخرى أو بما سوى ذلك، وإن إلتزم الكراء فيها شهد عليه بذلك تحصيناً للأمر وبالله التوفيق. قال محمد بن رشد²⁰⁷².

El juez ceutí *mālikī*, 'Iyyād b. Mūsā responde a una cuestión, como suele ser habitual en las fetuas, bastante enrevesada. El planteamiento (al cual nos hemos referido con anterioridad) del problema es el siguiente: una casa es propiedad en común de varios sujetos, uno de cuyas partes se ha constituido en *hubs* en favor de una mezquita. Un hombre construye unos baños invadiendo el camino que lleva a la casa y el patio de la mezquita. Una vez probada esta acción, el juez ordena destruir la parte de los baños que afecta al camino y la explanada que es un derecho de los musulmanes. Después de asentarse la demanda, una vez muertos los testigos, hay que delimitar qué parte ha de ser derribada. Este asunto es derivado a otro juez. Se pide dictamen a este juez de Ceuta sobre si en lugar de destruir la construcción no sería mejor que en una conciliación se transigiera con el derecho de la mezquita y que se aproveche esta del camino mediante el pago de renta, pues es más útil para la misma. La respuesta del ulema se centra en la necesidad o no que la casa tiene de ese camino; si pudiera prescindir de él, no se habría de tirar y si no fuera así, se habrían de demoler los baños. En mayor medida que la solución a la problemática, esta fetua o *nāzila* (en la terminología andalusí y norteafricana) es de suma importancia, pues en todo momento el texto, en su literalidad, utiliza la expresión de transigir con el derecho de la mezquita, el provecho de la mezquita (uso y disfrute); la asignación a este establecimiento de una titularidad jurídica queda apuntada.

^bسؤال عن البناء في حرم المساجد.

a Pregunta sobre quien corta un camino en el que existe el derecho de un *hubs*.

Tu respuesta, Dios esté satisfecho de ti, en una fetua sobre un demandante que alegó que un hombre había construido unos baños, aportando varios testimonios de que había introducido un camino a la casa, parte de la cual era un *hubs* en favor de una mezquita y se había introducido en un patio amplio que era una servidumbre de los musulmanes. El juez admitió los testimonios y derribó la parte de los baños que había invadido el patio, que era un derecho en favor de los musulmanes. El asunto se apaciguó y ese juez derivó la vista sobre el tema a otro, habiendo fallecido los testigos, antes de delimitar la parte del camino que había de sacar de la casa constituida en *waqf*. ¿Qué opinas si se saca de esta construcción el camino hacia la casa mencionado y si los comuneros de la mezquita dijeran sobre la casa que ellos fijan el camino y prestamos juramento si el constructor no lo hace? ¿Se ha de obligar al constructor a reconocer la medida del camino? ¿Cómo se introduce por la acción de quien ha vendido la sala? ¿Cómo, si se invita a una conciliación para transigir con el derecho de la mezquita frente a la casa durante años determinados, en la cuantía que se le obligue, pues es más útil para la mezquita que sacar el camino a su casa y crear otro camino pues el provecho para la mezquita es alquilar el camino, pues precisa de él y no obtiene ningún beneficio sacando el camino? ¿Opinas que transigir de esa manera es válido o no se permite introducir el camino en la totalidad de la propiedad y apropiarse de él pues supone una modificación del *hubs*? Iluminanos este tema de forma profesional y la Paz.

La respuesta: he ojeado la pregunta y me he detenido en ella. Si la casa necesitara el camino para su provecho, se debe derribar la construcción y devolverlo a su estado. Si la casa no tuviera provecho de él y pudiera prescindir de él por otro, no creo que se deba derruir por el constructor y que sirva de testimonio si lo necesitara recuperar algún día. Si la renta fuera obligatoria, fallo en contra, en defensa del asunto. En Dios está el éxito, ha dicho Muḥammad b. Rušd.

b Pregunta sobre la construcción en el recinto sagrado de la mezquita.

El alfaquí, Abū Muḥammad al-Yāsīn, Dios lo glorifique y lo dignifique, ha dado testimonio por él de los testigos que aparecen en este documento, sobre que los cuatro locales colindantes con la *Mezquita de los Algodoneros* en Ceuta, en la colación de la Puerta de Abū Malīḥ. Estos son: el local pequeño pegado a la puerta de la mezquita referida, el gran

أشهد الفقيه الأجل أبو محمد ياسين أعزه الله وأكرمه على نفسه شهداء هذا الكتاب أن الحوانيت الأربعة المتصلة بعضها بعض بمسجد القطنين من سبته بحومة باب أبي مليح [وهي] الحانوت الصغير الملاصق بباب المسجد المذكور والهانوت الكبير الذي يليه المفتوح على البابين، والهانوتان الملاصقان بباب الدرب الذي يهبط منه لسوق الزيت وباب الخوخة أنه بناها -وقفه الله- من ماله وأنه كان ينفق من كرائه على المسجد المذكور فيما يحتاج إليه من أجره الأمام فيه وشراء الزيت والحصر وما فضل عن الكراء المذكور وضعه حيث رءاه في وجوه الخير وسبيل البر وإنه أشهدهم الآن أنه أسند جميع ذلك لابنه الفقيه أبي الحسين يجي لينظر في ذلك بنظره فيه ويقوم مقامه ويسد عن مسده وجعل إليه من الأمور ما كان بيده ثقة منه بدينه ورضاه بأمانته لا محاسبة ولا إعتراض من أحد عليه أمره بذلك وإرضاه له وأوقعه عليه، وقبل الفقيه أبو الحسين ذلك ورضيه والتزم القيام به، وشهد على إسهاد الفقيه أبي محمد المذكور على ما فيه من صحة وجواز أمر بعد أن قرئ عليه وأشهد أيضاً الفقيه أبو الحسين المذكور بقوله لذلك كله في حصته وجواز أمر وذلك في شهر كذا، وقال الفقيه أبو محمد المذكور أيضاً: إن المسجد الذي أمام دار سكناه المخرج من دار بنت ابن جماح بما أحتاج إليه المسجد المذكور من إصلاح حصر وشراء زيت وإجارة إمام فذلك من كراء الحوانيت المذكورة وذلك في التاريخ.

الجواب: بلغني من قبل الأمير رسول ذكر أنه أمر أن يتصفح العقد المكتتبه نسخته فوق هذا والبطائق المفردة منه وإن أجيب عنها بما يوجب الحق فتصفح ذلك وتأملته فلم أر في العقد بياناً في أمر البقعة التي تئنتت فيها الحوانيت المذكورة فيه، هل كانت ملكاً لبني فلان حبساً للمسجد أو من حرم المسجد وأبيته أو غير ذلك، إذ لكل وجه من هذه الوجوه حكم يختص به، لكني رأيت في بعض البطائق المفردة المعنونة باسم ابن ياسين ان الحوانيت المذكورة إنما بنيت في حومة المسجد وأن للبانى إبناً معطلاً لا حبس له، فإذا كان الإبن كذلك فواجب هدم ذلك البناء وصرف الأفضاض المحبسة في حبس مسجد وإعادة البقعة إلى ما كانت عليه قبل بنائه لأن يحرم المسجد ما للمسجد نفسه من الحرمة، فلا يسوغ تغييرها ولا إباحتها لما لم توضع له المساجد من الإمتهان بالسكنى والجماع وكون الحائض والجنب فيها وغير ذلك، كما لا يسوغ ذلك في المسجد نفسه هذا يوجب الحق في هذا الوجه ولم أجب عن بقية الوجوه المتقدمة الذكر لقول يجيب المذكور أن الحوانيت بنيت في حرمة المسجد وأن للبانى إبناً. لا حبس له فنفى بقوله هذا سائر الوجوه، فلم يكن للجواب عنها لأجل ذلك معنى وبالله التوفيق. قاله موسى بن حماد. لم أنقله من خطه²⁰⁷³.

Este dictamen jurisprudencial del *mālikī* ceutí, 'Iyyād b. Mūsā, cuyo contenido anticipamos en el capítulo dedicado a la relación entre el *waqf* y el *jarāy*, coloca en el punto de mira la cuestión de la propiedad especial de la mezquita y su distinción con el *hubs* de la que esta es beneficiaria. Este templo posee un recinto donde está prohibido habitar, tener relaciones, la presencia de personas impuras y, también, la construcción. Aunque no sea objeto de nuestra investigación, esta regulación está presente en otras culturas donde los templos disfrutaban de un perímetro en el que se prohíben la realización de determinados actos que atentan contra el carácter sagrado del edificio. Ahora bien, jurídicamente, ¿es ese recinto y la construcción misma propiedad de la mezquita

local que le sigue abierto a las dos puertas y los dos locales pegados a la puerta del camino que baja de él hacia el zoco del aceite y la *Puerta del Melocotón*; estos fueron construidos -Dios os dé éxito- de su dinero; sufragaba de sus rentas la mezquita mencionada en aquello que necesitaba del salario del imán, la compra de aceite y alfombrilla. Aquello que sobraba de las rentas lo empleaba las obras piadosas que estimaba oportunas. Ahora testifican que lo trasladan para su dictamen al alfaquí Abū al-Ḥusayn Yaḥyā, a fin de que esclarezca las pruebas y estos asuntos según la confianza que se tiene en él y su piedad, así como la satisfacción por su probidad que no ha tenido que rendir cuentas ni ser rebatida por nadie. Aceptó el alfaquí Abū al-Ḥusayn Yaḥyā y se comprometió a realizar esta labor. Dio testimonio de que lo testificado por el citado ulema Abū Muḥammad era válido y aceptable, tras leer y dar testimonio también el alfaquí Abū-l-Ḥusayn, aceptando ese testimonio como legal y válido, en el mes tal. Abū Muḥammad: dijo también: la mezquita que está frente a la casa donde vive, saliendo de la casa de la hija de Ibn Ŷamāḥ, en lo que necesite para reparar las alfombrillas, compra de aceite y paga del imán, será de las rentas de estos locales mencionados.

Respuesta: me ha llegado por el enviado del emir la mención de que investigue el negocio cuya copia está escrita en esto y en sus tarjetas individuales, también de que conteste lo que sea debido según derecho. Investigué eso y reflexioné, no viendo en el negocio ninguna prueba sobre el asunto del lugar en el que se asientan los locales mencionados. ¿Son propiedad del hijo de fulano como *hubs* en favor de la mezquita o son del recinto de la mezquita, sus edificios o similar? Cada una de estas dos opciones tiene su propio régimen jurídico específico de ella. He visto en algunas de las tarjetas individuales etiquetadas con el nombre de Yaḥyā b. Yāsīn que los locales mencionados fueron construidos en el recinto de la mezquita y que el constructor tenía un hijo cuyo *hubs* se anuló- Si es así- Si es así, se debe derribar el edificio y emplear los escombros en el *hubs* de una mezquita, dejando el solar en su estado original antes de la construcción, pues en el recinto de la mezquita es de la propia mezquita, su recinto sagrado. No es lícito cambiarlo ni permitir, porque no se permite en las mezquitas habitarlas, el coito y la presencia de mujeres con el periodo, ni impuros, etc. De esta manera, no está permitido esto en la mezquita. Esto es lo que se debe según derecho en este asunto. No contesto a las otras cuestiones mencionadas con anterioridad, por lo que ha dicho el citado Yaḥyā sobre que los locales fueron construidos en el recinto sagrado de la mezquita y que el constructor tenía un hijo. Al no ser este beneficiario del *hubs*, se niega el resto de asuntos, no teniendo sentido la respuesta a los mismos y en Dios está el éxito. Lo ha dicho Mūsā b. Ḥamād.

considerada como sujeto de derecho? En caso de ser beneficiaria de un *ḥubs*, ¿es considerada por el derecho como titular de los derechos y obligaciones que le corresponden en esta situación? Alguna expresión de la fetua, al preguntarse el jurista si la propiedad del edificio construido pertenece al fundador el *waqf* o al recinto de la mezquita, apunta a cierta personificación del templo.

[لفظ الصدقة على المسجد يحمل على الحبس]^a

وسئل سيدي عبد الله العبدوسي على قاعة كانت محبسة على مسجد في إستجارة امرأة، فلما توفيت تصدقت بها على المسجد المذكور وصارت تكرر بستة دراهم وبثمانية، ويحتاج إلى إصلاح ماء أعتد بها. وطلب من جيرانها تعويضها بحانوت تكرر بخمسة عشرة درهماً وبعشرين درهماً ولا تحتاج لإصلاح، كما تحتاج الدويرة المذكورة لكنس مرحاض وبناء ما تهدم منها. وأثبتوا رسماً بذلك، وأن تعويضها صلاح وسداد، بحيث لا يشك في ذلك فهل يجوز ذلك أم لا؟ لكونه وصية في المرض بلفظ الصدقة، بين لنا الحكم في ذلك.

فأجاب: أما مسألة الصدقة فقد تقدم جوابي عنها تحمل محل الأعباس، لقصد الناس بالصدقة على المسجد الحبس إلا بشروط وهي معدومة في مسألتنا هذه.

وسئل عنها مرة أخرى.

فأجاب. بما نصه: أما صدقة المرأة المذكورة فهي محمولة على التحبب لا على الصدقة المطلقة التي تباع ويتصدق بهن في مصالح المسجد. إذ مقصد الناس وعرف تخاطبهم في الصدقة على المسجد الحباسة عليه ليس إلا، وينبغي للمفتي أن ينظر إلى مقاصد الناس ومقتضى مخاطبتهم...²⁰⁷⁴

Esta fetua de Sīdī ‘Abd-l-Allāh al-‘Abdūsī, muftí de la ciudad de Fez durante el siglo XV²⁰⁷⁵, que forma parte de *al-Mīy’ār*, responde a la cuestión de una mujer que, literalmente, dio como *ṣadaqa* (limosna) un local en favor de una mezquita, con lo que se podría disponer de él atendiendo al tenor literal de lo expresado por la donante. No obstante, el jurista dictamina que esa expresión, al tener como destinataria una mezquita, según la costumbre popular al utilizarla, quiere decir que constituye un *ḥubs* en favor de esa mezquita. El ordenamiento, la *Šarī’a*, favorece la constitución de estas instituciones cuando es en favor de mezquitas, aunque en este caso, el razonamiento descansa en la costumbre popular. En cualquier caso, el derecho islámico otorga una cierta protección al patrimonio de la mezquita para que no se disgregue.

[الحبس الذي تعطل مصرفه ينقل إلى مصارف المسجد]^b

a [La expresión *al-ṣadaqa* en favor de una mezquita lleva implícita la de *ḥubs*]

Sīdī ‘Abd-l-Allāh al-‘Abdūsī fue preguntado por una sala que estaba constituida como *ḥubs* en favor de una mezquita sobre el arrendamiento de una mujer. Cuando esta falleció, la dio como *ṣadaqa* (limosna) en favor de la mencionada mezquita, arrendándose por ochenta y seis *dirhams*, necesitando reparaciones por la filtración de agua. Pidieron a sus vecinos que la indemnizara con un local que se arrendaba por doscientos quince *dirhams* y que no necesitaba reparación, como sí tenía la habitación mencionada de ser limpiado el baño y reconstruido lo que se había derrumbado. Lo constataron en un documento, con la dicha operación sin que existiera dudas. ¿Le es lícito eso o no por ser un legado en enfermedad con la expresión *ṣadaqa*? Muéstranos cuál es el fallo sobre el asunto.

Contestó: la cuestión de la *ṣadaqa*, ya se ha respondido con anterioridad, y esta lleva el significado de los *aḥbās*, por ser la intención de la gente al hacer una *ṣadaqa* en favor de una mezquita la de realizar un *ḥubs*, salvo que hubiera estipulaciones que en nuestra pregunta están ausentes.

Se le preguntó otra vez. Contestó lo que sigue: en cuanto a la *ṣadaqa* de la citada mujer lleva el sentido de la constitución de un *ḥubs*, no de una *ṣadaqa* absoluta que se vende y se puede constituir en *waqf* el precio de la venta en beneficio de la mezquita. Es así, porque la intención de la gente y su costumbre al expresarse con el término *ṣadaqa* en favor de una mezquita es la de crear un *ḥubs* no otra cosa; el muftí debe mirar las intenciones de la gente y el sentido de sus expresiones y sobre ello construir el fallo...

b [El *ḥubs* cuyo beneficiario ha desaparecido se destina a las finalidades de la mezquita].

Se le preguntó por un lugar que era conocido por una *zāwiya* para los pobres en lo que antecede, desapareciendo y vendiéndose el establecimiento; la misma tenía un *ḥubs* en favor de los pobres que la habitaban, el cual estaba todavía en pie y se destinaba en lo no debido. La gente de la fortaleza quiso destinarlo a la mezquita aljama con sus vestiduras. ¿Les he lícito aceptarlo o no?

Contestó, el fruto de un *ḥubs* cuyo beneficiario ya no existe es un asunto extenso. Algunos estudiantes andalusíes fueron preguntados por un *ḥubs* en beneficio de un alumno de escasos recursos que estudiaba (*bašūyār*) y atender sus gastos. Así se especificó en el documento. Pero esa necesidad se extinguió hace tiempo, así que se aplicó al recitado de la azora de *al-Ḥarb*.

Contestó: esta cuestión es extraña y no ha caído en mis manos nada parecido; pregunté al señor Abū ‘Abd-l-Allāh al-Muwāq sobre un *ḥubs* que estaba en Baṣṭa para dar habitación antes de que los cristianos se hicieran con la ciudad, ¿cómo se ha de actuar? Ha transmitido Ibn ‘Arfa que si el destino del *waqf* se extinguiera, se emplearía en uno similar y dijo: “Los *aḥbās* son un todo que se se gasta en un suspiro”. Si nos fijamos en esta cuestión, se ha de fallar, y Dios es

وسئل عن موضع كان يعرف زاوية للفقراء فيما تقدم، وثمر وبيع موضعها وكان لها حبس للفقراء الذين كانوا يعمرونها فهو باقي ويصرف في غير واجب، فأراد أهل الحصن أن يجعلوه للجامع مع الكسوة فهل جائز قبوله لذلك أم لا؟ فأجاب مضمن فائد الحبس أن مصرفه تعطل، فالأمر فيه موسع إن شاء الله. وسئل بعض طلبة الأندلس عن حبس على طالب ضعيف يتعلم العلم (بشوجر) نفقته له كذا خص العقد فتعطل هذا منذ زمان، وصار يدفع لقارئ الحرب. فأجاب: هذه المسألة غريبة لم يقع بيدي منها نظير، وسألت السيد أبا عبد الله المواق في حبس كان ببسط على سكينه قبل إستيلاء النصارى عليها، وكيف وجه عمل فيها؟ فنقل ابن عرفة أنه إذا تعطل المصرف فشبيهه مثله، وقال: إن أحباس ولمة صرفت في أرينة. فإذا نظرنا في هذه المسألة بهذا النظر فيقتضي والله أعلم أن يصرف هذا الحبس إذا تعطلت مصرفه إلى ما يشبهه ويتحرى قصد المحبس، فلو صرف هذا الحبس لضعيف من أولاء الحضرة ممن ترجى نجابته والإنتفاع به في وظيف من هذا النوع لكان قولاً، فلکم الإجتهد والوظهر فيما ذكرنا والله الموفق²⁰⁷⁶.

En esta controversia jurídica que se nos presenta en este fragmento al-Wanšārīs afloran varios puntos de interés. El primero, aunque no esté relacionado con el objeto de nuestro estudio, es necesario destacarlo: unos estudiantes andalusíes se refieren a un estudiante que se dedica al *bašūyār*, arabización del español bachiller; resulta curioso que lo que curse este estudiante, a primera vista musulmán, sea este tipo de estudios. La finalidad de este dictamen jurídico es determinar cómo se debe emplear los frutos de un *waqf* que se ha quedado sin beneficiarios. La respuesta indica la intención de dar continuidad a la institución y evitar su disolución: se ha de analizar cuál es la finalidad más parecida a la original y cuál sería la voluntad del fundador. Esta solución es la más común cuando se trata de fundaciones piadosas.

^a[لا يسكن الحصون إلا من فيه القوة على الحراسة والقتال] وسئل أبو بكر عبد الرحمن عن سكن حصناً وبيده ما يشتري به سلعاً يضعها في بيته يرجو فيها الأرباح وبيعها في وقت سوقها، ثم يشتري كذلك أبداً لكي يحصل له ما يقيم به أمره، وهو في الحصن له منفعة لا ضرر عليه فيه، بل هو من أهل الدين والفضل، هل يجوز له هذا الفعل أم لا؟

فأجاب: أما من كان زمنياً فلا حق له في الحصن، لأنه إنما يسكن الحصون من فيه القوة على الحرس والعساس والخروج عند وقوع النفي في الحصن، إلا أن يكون الفاضل الذي لا يستغنى عنه، ومن يعلم الناس القرآن منه، فمثل هذا إذا أصابته زمانة لم يحول عن الموضع، وأما حرف التجارة فليس من شأن المرابطين²⁰⁷⁷.

En esta otra contestación de la misma compilación, se nos muestran otros posibles beneficiarios de un *waqf* piadoso: la guarnición de una fortaleza. Por supuesto, se les exige a los candidatos ser aptos para la actividad militar. Además, la naturaleza de su función impide que ejerzan el comercio.

^b[الأوقاف على المساجد والمدارس بحسب واقفيها]

más sabio, que el destino de este *hubs* cuyo fin original ha desaparecido ha de ser aquel que sea más parecido y fiel a la intención del constituyente. Si se había empleado en favor de los estudiantes necesitados de la zona que fueran virtuosos y que aprovecharan esta oportunidad, debería estudiar el tema a fondo y reflexionar sobre lo que hemos mencionado. De Dios es el éxito.

a [No habite las fortalezas salvo aquel que tenga fuerza para la vigilancia y el combate].

Se preguntó a Abū Bakr ‘Abd al-Raḥmān sobre uno que habitaba una fortaleza teniendo en sus manos una mercancía que colocaba en su casa para sacarle beneficio cuando llegara el momento de su mercado. Después compró también para sacar partido; era titular del uso en la fortaleza, sin perjudicar a nadie; es más, era una persona de religión y virtuosa. ¿Le es lícito hacer esto o no?

Contestó: quien fuera débil no tendría derecho sobre la fortaleza, porque solo habitan las fortalezas quien tenga fuerza para vigilar y hacer la ronda, así como para salir cuando ocurra una emergencia en el castillo, salvo que el beneficio sea de los que no se puede rechazar y de los que *El Corán* enseña a la gente; en este caso, aun siendo débil no se le expulsa. En cuanto al comercio, no es un asunto propio de la guarnición.

b [Los *awqāf* en favor de las mezquitas y madrazas varían en función de su fundador].

El juez alfaquí Abū ‘Uṭmān Sa‘īd b. Muḥammad b. Muḥammad al-‘Aqabāni fue preguntado por un *hubs* fundado por el sultán al-Ganī bi-l-Allāh Abū Zayyān Muḥammad b. Mūsā b. Yūsuf b. ‘Abd-l-Raḥmān b. Yaḥyā b. Yaḡmarāsīn b. Zayyān con este tenor: señor mío, Dios esté satisfecho de usted, deme su respuesta sobre una mezquita en favor de la cual la gente ha constituido *aḥbās*, siendo los fundadores reyes y otras personas. Posteriormente, estos *aḥbās* tuvieron excedentes sobre lo que habían dispuesto los fundadores. ¿Se emplea ese excedente en otros fines de bien como la enseñanza y similares o no? ¿O debe emplearse ese excedente de los *aḥbās* de los reyes y no de los demás? Muéstranos cuál ha de ser el fallo y sea con vos la recompensa de Dios, su paz y su misericordia.

Contestó como sigue: gracias a Dios. Has de saber que el régimen de los *awqāf* en favor de las mezquitas y las madrazas y establecimientos similares varía en función de su fundador. Si fueran reyes y tuvieran excedentes, sería válido que se emplearan en algo distinto a lo establecido por el fundador, en algún puesto de profesor o algo similar

وسئل الفقيه القاضي أبو عثمان سعيد بن محمد العقباني عن حبس السلطان الغني بالله أبي زيان محمد بن موسى بن يوسف بن عبد الرحمان بن يحيى بن يغمراسن بن زيان بما هذا نصه، وتقدمت أيضاً: الحمد لله. سيدي رضي الله عنكم جوابكم عن مسجد حبس عليه ناس أحباساً وفي المحبسين ملوك وغيرهم ثم في أحباس المذكورة وفر على ما حبس عليه المحبسون، فهل يصرف من ذلك الوفر في وجوه البر كالتدريس وما أشبهه أم لا؟ أو يصرف من وفر الأحباس الملوك دون غيرهم بينوا لنا الحكم في ذلك وأجركم على الله والسلام عليكم ورحمة الله.

فأجاب بما نصه: الحمد لله. أعلم أن الأوقاف على المساجد والمدارس ونحوها يختلف القول فيها باختلاف واقفيها، فإن كانت من الملوك وكان لها على ما سموه من التصرف فضل بين، فجائز أن يصرف ذلك الفضل في غير ما سمي الواقف من المصروف من مرتب مدرس، كما سألت عنه أو غير ذلك من الوجوه على سبيل المصلحة، ولا يدخل في ذلك الخلاف المعروف في أوفار الحبس، وسبب ذلك أن الأئمة في تصرفاتهم وكلاء عن المسلمين وليس للوكيل أن يتصرف إلا على وجه المصلحة وما زاد على ذلك فهو معزول عنه، والزائد لا مصلحة فيه، فإذا وقف الملوك وقفاً، على جهة، وكان ذلك أكثر مما تحتاجه تلك الجهة بطل الوقف فيما زاد فيكون لذلك الإمام الواقف ولغيره من الأئمة بعده أن يصرفوا ذلك الزائد في سبيل الخيرات غير السبيل التي عينت حين الوقف، إذا الفرض أنها قد إكتفت وهو منصوص عليه لشهاب الدين القرافي، وهو فقه مقطوع بصحته، ووجهه لطيف بدیع لا يكاد يهتدي إليه من العلماء إلا التقاب²⁰⁷⁸.

Hemos tenido ocasión con anterioridad de incluir otras fetuas que establecen la misma regulación normativa, tanto en esta colección de al-Wanšārī, como en otras. En concreto, se transcribe el dictamen del alfaquí Abū 'Uṭmān Sa'īd b. Muḥammad b. Muḥammad al-'Aqabānī, juez nacido en Tremecén en el año 1320, donde ejerció además de en Marrakech, Salé y Orán²⁰⁷⁹, acerca de la regulación de los *awqāf* fundados por los reyes. La contestación es similar a otros ejemplos presentes en nuestro libro: las fundaciones establecidas por los gobernantes, en este supuesto en favor de mezquitas o escuelas coránicas, están regidas por la reglamentación propia del *waqf* hasta el límite de la cantidad establecida en el negocio jurídico fundacional; es decir, si estipuló una renta de trescientos para sufragar los gastos de una mezquita y el *hubs* produce cuatrocientos, esos cien de más no están sometidos a las normas de la fundación. De esta manera, el rey fundador, o su sucesor en el cargo, podrá disponer de esa cantidad para cualquier finalidad de interés público para los musulmanes. Esta normativa no solo marca una diferencia entre el *waqf* y el *jarāy* (asunto que tiene dedicado un capítulo en nuestra investigación), sino que nos indica que las fundaciones benéficas son favorecidas por los ulemas porque son consideradas beneficiosas para el conjunto de los musulmanes.

^a[ليس من شرط الحبس المعلوماتية المحبس عليهم تفصيلاً]

como has mencionado, según el interés; este caso no está incluido en la polémica sobre el sobrante de un *hubs*. La causa de esto es que los imanes, en sus disposiciones, son representantes de los musulmanes y el representante no puede actuar más que en función de ese interés; lo que exceda de eso escapa de la representación, y ese excedente no tiene ese interés. Si los reyes constituyeran un *waqf* para una finalidad determinada y diera más frutos de los que necesitara ese beneficiario, el *waqf* se anularía en esa cantidad que excediera; así que el rey fundador del *waqf* y los imanes que le sucedieran después de él podrían disponer de ese excedente para alguna finalidad piadosa distinta a la establecida en el momento de constituirse el *waqf*. Eso es suficiente y así lo prescribe Šihāb al-Dīn al-Qarāfī y es un *fiqh* absoluto en su corrección. Supone el máximo de elegancia al que no han conducido entre los ulemas nadie salvo los escogidos.

a [No es una condición del *hubs* la determinación de los beneficiarios con detalle].

Se preguntó a mi señor, 'Umar al-Fišālī, por un hombre que había constituido un huerto como *hubs* en favor de las mezquitas de su localidad; ¿estarían incluidas en el *hubs* todas las mezquitas de la población? ¿O simplemente se considerarían aquellas que fueran famosas y conocidas por los nobles y la gente común, excluyendo a aquellas que no lo fueran?

Contestó: Sean dadas las gracias a Dios. Sobre la cuestión de la constitución de un *hubs* en favor de las mezquitas de una localidad, no he encontrado ningún texto de los especialistas de la escuela, por mi negligencia y falta de estudio; lo que me queda claro en este tema es que si no se le conoce al fundador ningún texto sobre su determinación o indeterminación se aplicaría a todas las mezquitas existentes en el pueblo en el momento de la constitución, tanto las que el fundador conociera como las que no, pues no es una condición del *hubs* la determinación de los beneficiarios con detalle; en aplicación de esto, se incluirían también las mezquitas que se erigieran después de la constitución...

Y contestó el señor Abū al-Qāsim al-'Abdūsī: gracias a Dios. No se incluiría en el *hubs* más que aquellas que fueran famosas y la gente rezaran en ellas con frecuencia. Esto es lo que viene en el *Libro del Hubs* de la *Mudawwana* y Dios es más sabio.

Respondió el juez principal de Túnez el señor Abū al-Qāsim al-Qusanṭīnī: gracias a Dios. La expresión del fundador "las mezquitas de esta población" es un sintagma unido al sustantivo, así que incluye la totalidad de las mezquitas existentes en la población en el momento de la perfección del *hubs*, si se hubiera perfeccionado el testamento a la

وسئل سيدي عمر الفشتالي عن رجل حبس عند موته جنة على مساجد بلده هل يدخل في الحبس كل مساجد في البلد؟ أو إنما يدخل ما اشتهر من مساجد البلد ويعرفه الخاص والعام دون ما لم يشتهر ولم يعرفه إلا بعض الناس؟ فأجاب: الحمد لله. أما مسألة التحبب على مساجد بلد كذا فلا أذكر في عينها نصاً لأحد من أهل المذهب مع قصوري وقلة اطلاعي، والذي يظهر لي فيها أنه إن لم يعلم للمحبس نص في تخصيص أو تعميم فالتحبب شامل لجميع ما اشتهر عليه البلد من المساجد الموجود حين تاريخ ما كان معلوماً للمحبس وما كان مجهولاً، إذ ليس من شرط الحبس معلومية المحبس عليهم تفصيلاً، وبمقتضى ذلك يندرج أيضاً في التحبب كل ما حدث في البلد المذكور من المساجد بعد صدور التحبب المذكور [...] [...] وأجاب عنها سيدي أبو القاسم العبدوسي: الحمد لله. لا يدخل في الحبس إلا من اشتهر وتكرر صلاة الناس فيه، وهو الذي يأتي على ما في كتاب الحبس من المدونة والله تعالى أعلم.

[...] وأجاب قاضي الجماعة بتونس السيد أبو القاسم القسنطيني: الحمد لله. قول المحبس مساجد بلد كذا، جمع مضاف، فيعم جميع المساجد الموجودة حين تبديل الحبس إن كان حبساً بتلاً من الموجودة حين موت الموصي إن كانا بوصيته، وأما ما يوجد بعد ذلك بذلك البلد، فهل يدخل أم لا يجري على الخلاف الكائن فيمن أوصي لبني فلان بعضهم موجود، هل ذلك بمنزلة المعين فلا يدخل إلا الموجود، ويقسم بالسواء أو ذلك بمنزلة غير المعين فيدخل غير الموجود ويقسم بالإجتهد، اختلف في ذلك على قولين نقلهما القاضي ابن رشد والمدونة والله الموفق بفضلته.

وأجاب سيد إبراهيم المغربي التلمساني: الحبس هو يعم مساجد ذلك البلد والله تعالى أعلم²⁰⁸⁰.

Este otro fragmento, acudiendo a la opinión de varios alfaquíes entre los seguidores de Mālik b. Anas, está dedicado a la forma de completar las lagunas de la expresión de la voluntad del fundador. En concreto, este ha constituido en *waqf* un patrimonio en favor de las mezquitas de una localidad, sin especificar ninguna en concreto. La mayoría de las opiniones afirman que las rentas de la fundación se han de repartir a partes iguales entre todos los templos de la localidad; únicamente uno de los ulemas estima que solo serían beneficiarias aquellas más famosas donde la mayoría de la población ore. Entre las cuestiones derivadas de este fragmento, como estudiamos en su momento, hay que recordar que, al tratarse de beneficiarios determinados (hijos de fulano, por ejemplo), el reparto sería por cuotas idénticas entre todos de los que se pudiera predicar dicha cualidad; en caso de grupos indeterminados (pobres), sería el administrador o, en su defecto, el juez quien concretara las personas individualizadas de entre los que tuvieran esa condición social y la cuantía que correspondería a cada uno. En lo que se refiere al objeto de nuestro interés en este momento, hay que destacar el *favor waqf* que se desprende de la regulación, especialmente, en esta escuela, que prefiere suplir la voluntad no declarada que anular el negocio jurídico. Esta tendencia espiritualista, al menos no tan objetiva que caracteriza al *fiqh*, nos conduce a pensar que los *fuqahā'* intentan fomentar estas muestras de piedad, como son los *ahbās* benéficos.

^a[فضل أحباس المساجد هل يستأجر منها أئمتها؟]

وسئل الأستاذ أبو سعيد بن لب رحمه الله عن فضلة أحباس المسجد هل يستأجر منها أئمتها أم لا؟

فأجاب: إذا فضلت فضلة من أحباس المساجد وكانت العادة أن الأئمة يأخذون من الناس لا من الأحباس، فإنه يجوز صرف الفضل من الحبس فيما ذكره السائل، سيما إذا كان الحبس مجهول المصروف، أو على مصالح المسجد، فإن إمامه من أعظم مصالحه وأكدها، وقد قال بعض الشيخ في نوازل ابن سهل وغيرها لا بأس بما هو لله أن يصرف فيما هو لله، فهذا تقييد ما ظهر لي في النازلة²⁰⁸¹.

muerte del testador. En cuanto a las que se erigieran después, ¿se incluirían o se aplicaría la polémica sobre quien lega a los hijos de fulano y después le sobreviene uno? ¿Estaría en el mismo caso del beneficiario determinado donde no se incluiría más que al existente, repartiéndose a partes iguales? ¿O estaría en el supuesto del indeterminado, donde se incluiría a quien sobreviniera y se repartiría según el criterio (del administrador)? Existen dos opiniones que nos ha transmitido el juez Ibn Rušd y la *Mudawwana*; Dios es más sabio.

Contestó mi señor Ibrāhīm al-Tagrī al-Tilmasāni: gracias a Dios. El *hubs* se extiende a las mezquitas de esa población y Dios el Altísimo es el más sabio.

a [El sobrante de los *ahbās* en favor de las mezquitas, ¿se contrata a cargo de él a su imán?].

Se preguntó al profesor Abū Sa'īd b. Lub, Dios tenga misericordia de él, sobre el exceso de los *ahbās* en favor de las mezquitas; ¿se ha de contratar al imán a cargo de ello o no?

Contestó: si sobrara algo de los *ahbās* en favor de las mezquitas y la costumbre fuera que los imanes toman su retribución a cargo de la gente y no de los *ahbās*, sería válido aplicar ese excedente del *hubs* en lo que ha mencionado quien pregunta, especialmente si la finalidad de este *hubs* es desconocida; también en cualquier asunto de interés para la mezquita, dado que su imán es el principal interés de la misma y el más seguro. Algunos jeques han opinado según las fetuas de Ibn Sahl y otros que no hay inconveniente en lo que sea de Dios se emplee en Dios; esto es lo que aparece en la fetua.

La colección se detiene en la respuesta del jurista Ibn Lubb, uno de los más destacados entre los muftíes del reino nazarí de Granada durante el siglo XIV²⁰⁸² sobre un tema abordado en el epígrafe dedicado a la finalidad del *waqf*: el destino del posible excedente de las rentas de una fundación en favor de una mezquita que superan las necesidades previstas por el fundador. Este dictamen no se aparta de la opinión propia de los andalusíes, quienes no encontraban ningún inconveniente en emplearlo en otros menesteres, pues *no hay obstáculo en emplear lo que es de Dios en lo que es de Dios*.

^aإستيلاء قوم كنانة، وخزاعة على البيت، ونفي جرهم.

ثم إن جرهماً بغو بمكة، وإستحلوا خلافاً من الحرمه، فظلموا من دخلها من غير أهلها، وأكلوا مال الكعبة الذي يهدي لها [...] وكانت مكة في الجاهلية لا تقر فيها ظلماً، ولا بغياً، ولا يبيغي فيها أحد إلا أخرجته، فكانت تسمى الناسه، ولا تريدها ملك يستحل حرمتها إلا هلك مكانه...²⁰⁸³

‘Abd Mālik b. Hišām, uno de los principales biógrafos de Muḥammad, en este fragmento que formó parte de otro texto con el que argumentamos la imputación de derechos y obligaciones a este lugar sagrado preislámico, también nos menciona la *ḥurma* de La Meca. Este recinto sagrado en el que se proscribe la comisión de cualquier acto inicuo. Nos encontramos con el referente en la *Ŷāhiliyya* de la *ḥurma* de todas las mezquitas a la que se refiere el juez ceutí, ‘Iyyād b. Mūsā. Este régimen tan común entre los lugares de culto de muchas civilizaciones no implica necesariamente una personalización del sitio sino su sacralidad.

^bفلما عرفوا أنه غير نازع، خلوا بينه وبين الحفر، وكفو عنه، فلم يحفر إلا يسير، حتى بدا له الطي، فكبر، وعرفوا أنه قد صدق. فلما تمادى به الحفر وجد فيها غزالين من ذهب، وهما الغزالان الذان دفنت جرهم فيها حين خرجت من مكة، ووجد فيها أسيافاً قلعية، وأدراعاً، فقالت له قريش: يا عبد المطلب، لنا معك في هذا شرك، وحق؛ قال: لا، ولكن هلم إلى أمر نصف بيني، وبينكم: نضرب عليها القداح؛ قالوا: وكيف تصنع؟ قال: أجعل للكعبة قدحين ولي قدحين، ولكم قدحين، فمن خرج له قدحاً على شيء؛ كان له، ومن تخلف قدحاه؛ فلا شيء له، قالوا أنصفت، فجعل قدحين أصفرين للكعبة، وقدحين أسودين لعبد المطلب، وقدحين أبيضين لقريش؛ ثم أعطوا القداح صاحب القداح الذي يضرب بها عند هبل وهبل صنم في جوف الكعبة، وهو أعظم أصنامهم، وهو الذي يعنى أبو سفيان بن حرب يوم أحد حين قال: أعل هبل، أي أظهر دينك وقام عبد المطلب يدعو الله، فضرب صاحب القداح، فخرج الأصفرين على الغزالين للكعبة، وخرج الأسودين على الأسياف، والأدراع لعبد المطلب، وتخلف قدحاً قريش²⁰⁸⁴.

‘Abd Mālik b. Hišām narra una escena protagonizada por el abuelo del Profeta, ‘Abd al-Muṭalib. Durante unas excavaciones encuentra diversos objetos enterrados. Decide sortearlos entre él, la tribu de Qurayš y la Ka‘ba. Además de mostrarnos detalles sobre la religión preislámica, insiste en la idea de tesoro del templo que desde el segundo capítulo de nuestra tesis nos acompaña; en esta ocasión este santuario de la *Ŷāhiliyya* es agraciado con dos figuras de gacelas de oro.

^cفصل: في تحديد وقت للنظر في المظالم

a Ocupación por las tribus Kināna y de Juzā‘a de la Casa, y la oposición de Ŷurham.

Ŷurham ambicionaba La Meca ocuparon su recinto sagrado, tratando injustamente a quienes venían de fuera, consumiendo los bienes de la Ka‘ba que le entregaban [...] La Meca en la *Ŷāhiliyya* no se aceptaba ninguna injusticia, ni iniquidad; cada vez que alguien cometía alguna, se le expulsaba, así que era llamada al-Nāssa {la que empuja}; tampoco ningún rey quería ocupar su recinto sagrado, pues sería destruida su posición...

b Cuando supieron que él no era un extraño, dejaron que cavara y dejaron ellos de hacerlo salvo de forma tímida, hasta que le apareció a él el envoltorio y dieron gracias alabando a Dios y supieron que él era de fiar. Cuando apartaron lo excavado, encontraron dos gacelas de oro, las que había enterrado Ŷurham cuando partió de La Meca. Encontraron espadas de plomo y escudos. Le dijo Qurayš: ‘Abd al-Muṭalib, entre nosotros existe una sociedad y un derecho. Dijo: no, pero haré dos mitades, para mí y para vosotros, repartimos a suertes. Dijeron: cómo lo harás: daré dos puntas de flecha a la Ka‘ba, dos a mí y a vosotros otras dos. Quien saque la flecha de algo, será para él y quien saque otra no tendrá nada. Dijeron: procede. Les dio dos flechas amarillas para la Ka‘ba, dos negras para ‘Abd al-Muṭalib y dos blancas para Qurayš. Después le dio una al Señor de la Flecha al que se reparte ante Hubal, un ídolo de lo más profundo de la Ka‘ba, el mayor de todos los ídolos, al que se refería Abū Sufyān b. Ḥarb el día de Uḥud cuando dijo: Sea elevado Hubal, es decir, aparezca su religión. ‘Abd al-Muṭalib invocó a Dios y repartió el Señor de la Flecha. Salió las amarillas para las gacelas que fueron para la Ka‘ba, las negras para las espadas y los escudos para ‘Abd al-Muṭalib. Las de Qurayš no salieron.

c Capítulo: sobre la determinación del momento de la vista en *al-maḏālīm*.

[...] La competencia del *maḏālīm* incluye diez tipos de asuntos:

[...] El tipo sexto: la supervisión de los *uqūf*, que se dividen en dos: los públicos y los privados. En cuanto a los públicos, se empieza por indagar si no existe alguna injusticia que tratar y hacer que se aplique las condiciones de su

[...] والذي يختص بنظر المظالم يشتمل على عشرة أقسام:

[...] والقسم السادس: مشاركة والوقوف، وهي ضربان: عامة وخاصة. فأما العامة فيبدأ بتصفحها وإن لم يكن فيها متظلم ليجريها على سبيلها ويمضيه على شروط واقفها إذا عرفها من أحد ثلاثة وجه: إما من دواوين الحكام المندوبين لحراسة الأحكام، إما من دواوين السلطنة على ما جرى فيها معاملة أو ثبت لها من ذكر وتسمية، وإما من كتب فيها قديمة تقع في النفس صحتها، وإن لم يشهد الشهود بها، لأن ليس يتعين الخصم فيها، فكان الحكم أوسع منه في الوقوف الخاصة. وأما الوقوف الخاصة فإن نظره فيها موقوف على تظلم أهلها عند التنازع فيها لوقفها على خصوم متعينين، فيعمل عند التشاجر فيها على ما ثبت به الحقوق عند الحاكم، ولا يجوز أن يرجع إلى ديوان السلطنة ولا إلى ما ثبت من ذكرها في الكتب القديمة إذا لم يشهد بها شهود معدلون²⁰⁸⁵.

Al-Māwardī, dado su interés por lo que hoy en día se conoce por derecho público, también cataloga los *awqāf* en públicos o privados. Ambos pueden llegar a ser objeto de la competencia del *maylis-l-mazālim*. Ahora bien, la potestad para conocer de los asuntos de los *aḥbās* públicos está más constreñida pues este consejo de las injusticias únicamente está facultado para investigar los registros de jueces, gobernantes y libros (actas notariales) antiguos, pues en ellos no es tan determinada la contraparte. En cuanto a los privados, les está permitido acudir a las pruebas admitidas ante el juez para dictar el fallo, pero no a los registros gubernamentales ni a las actas históricas si en estas no aparece el testimonio de dos testigos probos. Esta clasificación no es tan habitual entre los *fuqahā'*, que prefieren distinguir entre piadosos y familiares. No obstante, la aportación de este ulema resulta de gran ayuda, no únicamente porque constituye un argumento para distinguir el *waqf* del dominio público, sino porque confirma la importancia de la institución para el poder público que no solo ha de velar por los de carácter público, como es lógico, sino también por los creados por los particulares; en este caso, el mecanismo de protección escogido es esa pseudo instancia judicial cuyo titular es el imán o sultán: *maylis-l-mazālim*.

^aفي الولايات على إمامة الصلوات.

والإمامة على صلوات تنقسم ثلاثة أقسام: أحدها: الإمامة في الصلوات الخمس. والثاني الإمامة في صلاة الجمعة. والثالث الإمامة في صلوات الندب.

فأما الإمامة في الصلوات الخمس فنصب الإمام فيها معتبر بحال المساجد التي تقام فيها الصلوات، وهي ضربان: مساجد سلطانية، ومساجد عامية. فأما المساجد السلطانية فهي المساجد والجوامع والمشاهد، وما كثر أهلها من المساجد التي يقوم السلطان بمرعاتها، فلا يجوز أن ينتدب للإمامة فيها إلا من ندبه السلطان لها، وقلده الإمامة فيها، لئلا يفتأت الرعية عليه فيما هو موكول إليه، فإذا قلد السلطان فيها إماماً كان أحق بالإمامة فيها من غيره، وإن كان أفضل منه وأعلم...²⁰⁸⁶

Continúa en su tratado sobre el régimen del gobierno de los sultanes distinguiendo entre mezquitas “gubernamentales” y populares. En las primeras, el sultán es el encargado de nombrar a su imán. La condición para ser calificadas como tales es que el gobernante asuma su cuidado. En el objeto de nuestra tesis es preciso tener presente este tipo especial, pues como veremos, las mezquitas pueden ser sostenidas por los fieles, por fundaciones al ser nombradas beneficiarias de un *waqf* o públicas, en las que el poder político se hace cargo de sus necesidades.

fundador, si se conocen a través de tres vías: los registros de los jueces encargados de velar por el cumplimiento de los fallos, los registros de los sultanes, en los que aparezcan transacciones o se acredite alguna mención, o los libros antiguos que se consideren válidos, si no se hubieran prestado testimonio en ellos, porque no se haya determinado la contraparte. El fallo en los *uqūf* privados es más amplio.

En cuanto a los *uqūf* privados, la competencia en ellos está condicionada por la *injusticia* contra los beneficiarios en un conflicto por ser contraparte de alguien en concreto; en un litigio se actúa según los derechos constatados ante el juez. No es válido acudir a los registros de los gobernantes ni a lo que esté acreditado en los libros antiguos, si no hay en ellos el testimonio de testigos probos.

a Sobre las autoridades relativas al cargo de imán en las oraciones.

La figura del imán en las oraciones es de tres tipos: el imán para las cinco oraciones; el segundo: el imán para la oración del viernes y, el tercero, el imán en las oraciones de duelo.

En cuanto al imán para las cinco oraciones, su nombramiento ha de tener en cuenta el estado de las mezquitas en las que tengan lugar; las hay de dos tipos: las mezquitas de los sultanes y las mezquitas populares. Las de los sultanes son aquellas en las que el sultán se encarga de su cuidado, de tal manera que no puede ser nombrado nadie más que quien elija el propio sultán. Los nombra el sultán para que los súbditos no se encarguen de lo que pertenece al gobernante. Si el sultán nombrara un imán, este sería el que tendría mejor derecho que cualquier otro, aunque este sea mejor y más sabio.

^aقالوا: وبنى المنصور رحمه الله بالبصرة في دخلته الأولى قصره الذي عند الحبس الأكبر وذلك في سنة إثنين وأربعين ومائة وبنى في رحلته الثانية المصلى بالبصرة وقال الفحذي: الحبس الأكبر إسلامي: قالوا: ووقف محمد بن سليمان على ضيعة له على أحواض إتخذتها بالبصرة فغلتها تنفق على ذويها وإبلها ومصحتها²⁰⁸⁷.

Al-Balāḍūrī, el historiador y geógrafo bagdadí, famoso por su crónica sobre las primeras conquistas islámicas, narra las dos visitas que realizó a Basora uno de los califas ‘*abbāsīes* durante las cuales mandó erigir diversas edificaciones. Para situar las mismas, toma como referencia el gran *hubs*, que según cuentan era islámico. El mismo fue instituido por Muḥammad b. Sulaymān, nacido en el año 740 y nombrado por el califa de dicha dinastía como emir, o gobernador, de la ciudad. Los frutos de este *waqf* se invierten en las norias y los camellos que elevan el agua a la población, así como en los servicios que estas precisen. Es uno de los primeros ejemplos históricos de una fundación realizada por un gobernante con la finalidad de financiar obras públicas.

^b*ذكر الحبس الذي حبس المستنصر بالله على الجامع بقرطبة* لما كملت زيادته، أحضر الفقهاء والعدول الشهداء وأعيان الناس وجوهرهم وقضاتهم وأئمتهم. فحمد الله، وأثنى عليه. وجدد شكره على توفيقه، لإجراء هذه البنية الكريمة على يديه، وأنه تلقى هذه النعمة العظيمة بأن حبس ربع جميع ما جرته إليه الوراثة عن أبيه أمير المؤمنين في جميع طور الأندلس وأقاليمها على ثغور الأندلس كافة تفرق عليهم غلات هذه الضياع عاماً بعد عام على ضعفائهم إلا أن تكون بقرطبة مجاعة، فتفرق فيهم إلى أن يجبرهم الله. وجعل القبض والنظر في هذه الحبس إلى حاجبه وسيف دولته جعفر؛ وجعل دفع ذلك إلى وزيره وكتابه عيسى بن قُطيس. وأشهد الحاضرين على ذلك، وأشهد أيضاً بعنق كل مملوك له من الذكران، وخرج غازياً إلى بلاد المشركين²⁰⁸⁸.

Ibn ‘Idārī, en sus *Ajbār*, nos deja constancia de como el califa al-Muntaṣir bi-l-Allah (hijo de Abdelrramán III, cuyo reinado duró cuarenta y siete años, hijo de una esclava y gran recopilador de libros²⁰⁸⁹), como agradecimiento a Dios por permitirle completar la ampliación de la Mezquita de Córdoba, constituye en su favor un *waqf*. La solemnidad del acto se subraya con la relación de las personas a las que convoca: jueces, nobles, *fuqahā’*, testigos probos... La magnitud de la fundación es enorme, un cuarto de lo recibido en herencia de su padre, comendador de los creyentes. Esta *noticia* nos reafirma en la separación entre dominio público y *waqf*, aunque, debido a su régimen jurídico similar (la prohibición de disponer) los ulemas acudan a este último para referirse a la propiedad estatal. El califa, de su patrimonio personal, crea una fundación al objeto de sufragar las necesidades de la mezquita principal de su capital. De igual modo, nos revela una vez más, la atención que las autoridades dedican a la mezquita; en este caso, según la clasificación de al-Māwardī, sería gubernamental, carácter que queda patente, al ser el propio gobernante quien aparece como impulsor de su ampliación. Finalmente, en lo que a este estudio interesa, se no muestra una vez más como estos edificios eran destinatarios principales de los *aḥbās*.

^cوفي سنة 364 [...] وفيها، حبس الحكم حوانيت السراجين بقرطبة على المعلمين لأولاد الضعفاء²⁰⁹⁰.

En otro año, la crónica de Ibn ‘Idārī recoge la institución de otro *waqf* por el mismo califa al-Muntaṣir bi-l-Allah; en esta ocasión, el fin piadoso no se materializa en una mezquita sino en abonar los emolumentos de los profesores de los hijos de las personas más desfavorecidas.

a Dijeron: al-Manṣūr, Dios tenga piedad de él, durante su primera entrada en Basora construyó su palacio que está junto al gran *hubs*, todo ello en el año ciento cuarenta y dos. En su segundo viaje, construyó el Oratorio en Basora. Al-Qaḥḍamī ha dicho: el gran *hubs* es islámico. Dijeron: lo construyó Muḥammad b. Sulaymān sobre unas aldeas que tenía cerca de unos afloramientos de agua que tomó en Basora. Sus cosechas se emplean en sus norias, sus camellos y sus intereses.

b Mención del *hubs* que realizó al-Muntaṣir bi-l-Allah en favor de la mezquita aljama de Córdoba. Al completar su ampliación, mandó comparecer a los *fuqahā’*, los testigos probos, los nobles y las élites, los jueces y a los imanes. Alabó a Dios, lo glorificó y repitió su agradecimiento por haberlo llevado al éxito en esta noble construcción. Recibió esta gracia constituyendo como *hubs* un cuarto de lo que había recibido como herencia de su padre, el comendador de los creyentes, en todas las provincias de al-Andalus y sus regiones en todas sus fronteras. Se reparten entre ellos las rentas de estos lugares año tras año, entre sus necesitados, salvo que se produzca hambruna en Córdoba, en cuyo caso se repartirá en ellos hasta que Dios disponga. La toma de posesión y la administración de este *hubs* la delegó en su chambelán y espada de su estado, Ŷa‘far, y estableció que entregara (esas rentas) a su ministro y secretario ‘Isā b. Qūṭays. Los presentes dieron testimonio de ello y también de la manumisión de todos sus esclavos varones. Salió en una expedición contra los idólatras.

c En el año 364 [...] en él, al-Ḥakam constituye como *hubs* los locales de los guarnicioneros en favor de los profesores de los hijos de los menesterosos.

^aوأما المساجد بالشرقية والغربية فلا يأخذها التقدير، فضلاً عن الحساء. والمدارس بها نحو الثلاثين، وهي كلها بالشرقية، وما منها مدرسة إلا وهي بقصر القصر البديع عنها. وأعظمها وأشهرها النظامية، وهي التي إبتناها نظام الملك. وجددت سنة أربع وخمسمائة. ولهذه المدارس أوقاف عظيمة، وعقارات محبسة تتصير إلى الفقهاء المدرسين بها، ويجرون بها على الطلبة ما يقوم بهم. ولهذه البلاد في أمر هذه المدارس والمارستانات شرف عظيم، وفخر مخلص، فرحم الله واضعها الأول، ورحم من تبع ذلك السنن الصالح 2091.

Aquellos que narran y describen los espacios, urbanos o no, y costumbres de los lugares que atraviesan en sus viajes fotografían o filman para nosotros la aplicación práctica de algunas instituciones cuya regulación encontramos en los libros de los ulemas. Esta documentación, sumamente valiosa, o un extracto de la misma, es la que nos disponemos a analizar. Ibn Ŷubayr, viajero del siglo XII, traza un boceto, no por escueto menos interesante, de la utilización de la institución del *hubs* como vía de financiación de las escuelas coránicas en Bagdad. Al-Ṭurtūšī también documenta como al-Ḥasan b. ‘Alī, apodado Nizām al-Mulk o Jawyā, ministro de los sultanes selýúcidas en el siglo XI, ordenó construir una de las madrasas más famosas de Bagdad: *al-Nizāmiyya*. Este *raḥḥāl* valenciano confirma este dato y además incorpora otros más decisivos en nuestro estudio: todas estas madrazas son beneficiarias de enormes *awqāf* para sufragar sus gastos; un tipo muy concreto de estas fundaciones son los inmuebles constituidos como tales con el objeto de que los *fuqahā* realicen sus labores docentes.

^bوللجامع ثلاث صوامع [...] وفي الصحن ثلاث قباب: إحداها في الجانب الغربي منه وهي أكبر، وهي قائمة على ثمانية أعمدة من الرخام المستطيل كالبرج، مزخرفة بالفصوص والأصبغة الملونة كأنها الروضة حسناء، وعليها قبة رصاص كأنها التنور العظيم الإستدارة، يقال إنها كانت مخزناً لمال الجامع، وله مال عظيم من خراجات ومستغلات تنيف -على ما ذكر لنا- على الثمانية آلاف دينار صورية في السنة، وهي خمسة عشر ألف دينار مؤمنية أو نحوها 2092.

El viajero valenciano detalla cada espacio de la Mezquita Omeya de Damasco. En su patio dibuja las tres cúpulas que existen en el mismo. Una fue el almacén de los bienes de la mezquita. Le han contado que la suma de sus ingresos asciende a unos ocho mil dinares. El dato de la procedencia de esas entradas nos interesa más: utiliza la expresión rentas y frutos; no menciona que sean el producto de los *aḥbās* de los que sea beneficiaria. No es descartable, pero podría apuntar a que este templo es titular de bienes que producen esas cosechas, puesto que este autor suele mencionar si algún establecimiento está financiado con este tipo de fundación, omitiendo esta circunstancia. Tampoco se ha de desechar la posibilidad de que presuponga la existencia de *awqāf*. En cualquier caso, como comprobamos en los textos referidos a la Ka‘ba, esta mezquita tiene su propio patrimonio o tesoro almacenado en una de sus dependencias.

^cوفيه حلقات للتدريس للطلبة، وللمدرسين فيها إجراء واسع. وللمالكية زوايا للتدريس في الجانب الغربي، يجتمع فيها طلبة المغاربة. لهم إجراء معلوم ومرافق هذا الجامع المكرم للغرباء وأهل الطلبة كثيرة واسعة. وأغرب ما يحدث به أن سارية من سواريه، هي بين المقصورتين القديمة والحديثة، لها وقف معلوم يأخذه المستند إليه للمذكرة والتدريس، أبصرنا بها فقيهاً من أهل إنشيبيلية يعرف بالمرادي 2093.

a En lo que respecta a las mezquitas de la parte oriental y la parte occidental, no es posible calcularlas, pues es superior a la estimación. Las escuelas coránicas en ella son casi treinta, todas situadas en la parte oriental. Ninguna de ellas carece de un palacio excelso. La más grande y famosa es la de *al-Nizāmiyya*, que fue construida por Nizām al-Mulk, y fue renovada en el año quinientos cuatro. Todas estas escuelas tienen grandes *awqāf*, y edificios constituidos como tales destinados a los *fuqahā* que son profesores en las mismas. En estos atraen a los alumnos a los que enseñan. Debido a las escuelas y los hospitales, la ciudad posee un gran honor y una estima eterna. Dios tenga misericordia de su fundador y misericordia de quienes continuaron con esta gran labor.

b La mezquita posee tres cenobios [...] En el patio hay tres cúpulas, una de ellas en la parte occidental, que es la mayor, erigida sobre ocho columnas de mármol alargadas como torres, adornadas con incrustaciones de piedras preciosas y tintes multicolores como si fuera *El Huerto Magnífico*. Sobre ella hay una cúpula de plomo a modo de gran horno de pan circular; se dice que era el almacén de los bienes de la mezquita, que tiene gran cantidad de dinero procedentes de rendimientos y rentas que rondan -según se nos mencionó- los ocho mil dinares *ṣūriyya* al año; o sea, quince mil dinares *mu‘miniyya* más o menos.

c En ella existen círculos para enseñar a los alumnos; los profesores tienen amplios medios. Los de la escuela de Mālik tienen a su disposición una esquina en la parte oeste, donde se reúnen los alumnos magrebíes, que reciben una cantidad determinada. Las facilidades de esta honorable mezquita para los alumnos son muchas y amplias. Lo más extraño que sucede es que una de las columnas, situada entre la *maqṣura* antigua y la moderna, es beneficiaria de su propio *waqf*; quien se apoya en ella para dictar y enseñar. Vimos en ella a un alfaquí sevillano conocido como al-Murādī.

Ibn Ŷubayr, continuando con su paseo por la gran mezquita damascena, nos trasmite el método de enseñanza en ella. En el interior de la misma un profesor, rodeado de sus alumnos formando un círculo, imparte sus clases. El narrador explica que la propia mezquita ofrecía facilidades tanto a los docentes, retribuciones, como a los estudiantes. Es decir, hemos leído en el párrafo anterior cuáles eran los ingresos que el templo posee; ahora incorpora algunos de sus gastos. Adorna sus palabras con la anécdota sobre el *waqf* específico cuyo beneficiario es el ulema que se apoye en una determinada columna a dictar sus lecciones. En ese momento, la persona que lo disfrutaba era un jurista sevillano conocido por al-Murādī. En estas líneas, cuando hace mención a las medidas que la mezquita tomaba en favor de sus profesores y alumnos, no utiliza el término *waqf* o *hubs*, indicando la procedencia de los fondos, lo que sí precisa en esta curiosa fundación destinada a abonar los gastos de un ulema en concreto.

^aوفي الجهة التي (تلى) هذا الموضع المبارك تاريخ فيه مكتوب «هذا قبر أوس بن أوس الثقفي». وحول هذا الموضع المذكور، على مقرب منه، قبر بلال بن حمامة مؤذن رسول الله ص. وفي رأس القبر المبارك تاريخ إسمه رضي الله عنه. والدعاء في هذا الموضع المبارك مستجاب، قد جرب ذلك كثير من أولياء وأهل الخير التبركين بزيارتهم إلى قبور كثيرة لأهل البيت رضي الله عنهم رجالاً ونساء، قد إحتفل الشيعة في البناء عليهم ولها الأوقاف الواسع²⁰⁹⁴.

El periplo de Ibn Ŷubayr se detiene en un cementerio de la capital siria. Se le considera un lugar santo propio para realizar plegarias a las que, por ser escuchadas, se les augura el éxito. Entre las tumbas de personajes musulmanes prominentes, destaca las sepulturas de compañeros de Muḥammad, personas de su familia y Bilāl, su almuédano. Los *šī'ites* han edificado mausoleos en ellas y le han constituido grandes *awqāf*. Este episodio nos sirve para constatar como estos lugares son beneficiarios frecuentes de fundaciones piadosas y, también, que esta institución es empleada por esta rama del Islam.

^bومسجد عمرو بن العاص مسجد شريف، كبير القدر، شهير الذكر، تقام فيه الجمعة. والطريق يعترضه من الشرق إلى الغرب. وبشرقه الزاوية حيث كان يدرس الإمام أبو عبد الله الشافعي. وأما المدارس بمصر لا يحيط أحد بحصرها لكثرتها. وأما المارستان الذي بين القصرين عند تربة الملك المنصور قلاوون، فيعجز الواصف عن محاسنه وقد أعد فيه المرافق والأدوية ما لا يحصر، ويذكر أن مجباه ألف دينار كل يوم.

وأما الزوايا فكثيرة، وهم يسمونها الخوانق، واحدها خانقة. والأمرء بمصر يتنافسون في بناء الزوايا، وكل زاوية بمصر معينة لطائفة من الفقراء، وأكثرهم الأعاجم، وهم أدب ومعرفة بطريقته التصوف. ولكل زاوية شيخ وحارس. وترتيب أمورهم عجيب. ومن عوائدهم في الطعام، أنه يأتي خديم الزاوية إلى الفقراء صباحاً فيعين له كل واحد ما يشتهي من الطعام فإذا اجتمعوا للأكل جعلوا لكل إنسان خبزة ومرقة في إناء على حدى، لا يشاركه فيه أحد، وطعامهم مرتان في اليوم. لهم كسوة الشتاء وكسوة الصيف، ومرتب شهري من ثلاثين درهماً للواحد في الشهر إلى عشرين. ولهم الحلاوة من السكر كل ليلة جمعة، والصابون

a En la dirección que sigue a este lugar bendito, hay una inscripción en la que está escrito: «esta es la tumba de Aws b. Aws al-Ṭaqafī». Alrededor de esta ubicación mencionada, cerca de ella, la sepultura de Bilāl b. Ḥamāma, el almuédano del Enviado de Dios. En la entrada de esta bendita tumba hay una inscripción con su nombre, Dios esté satisfecho de él. La plegaria en este santo lugar es atendida, lo ha probado mucha gente de bien bendecidos con sus visitas a muchas sepulturas de la familia del profeta, Dios esté satisfecho de ellos, hombres y mujeres. Los *šī'ites* han construido mucho en ellas, y tienen amplios *awqāf*.

b Y la mezquita de 'Amr b. al-'Āṣ es una mezquita honorable, de gran estima, famosa por su mención y donde se celebra el viernes. Está orientada de este a oeste. En su parte oriental de encuentra una *zāwiya* donde enseñaba el imán Abū 'Abd Allah al-Šāfi'ī. Por lo que respecta a las madrazas en Egipto, nadie puede contarlas debido a su gran número. En cuanto al hospital que se encuentra entre los dos palacios ante la tumba del rey al-Manšūr Qalāwwun, quien describe se siente incapaz de hacerlo por sus numerosas virtudes. Posee servicios y medicamentos sin límites; se cuenta que recauda mil dinares todos los días.

En lo referente a las *zawāyya*, son numerosas, las denominan *jawāniq*, en singular *jāniq*. Los emires compiten entre ellos en la construcción de las mismas, cada *zāwyya* en Egipto está dedicada a un grupo de pobres, mayormente extranjeros, que son gente de letras y conocimiento, suffies. Cada una tiene su jeque y guardián. La estructura de sus asuntos causa asombro. Entre sus costumbres sobre la comida está que se llegue el sirviente de la *zāwiya* a los pobres por la mañana y le reserve a cada uno lo que le sacie. Si se reúnen para comer, a cada persona le entregan una hogaza de pan, caldo en una olla para cada uno, que no comparte con nadie. Dos comidas al día. Para ellos les dan un vestido de invierno y otra de verano, un sueldo mensual entre veinte y treinta *dirhams*. Cada noche de viernes, les dan un dulce de azúcar, jabón para lavar sus ropas y la renta para entrar a los baños, el aceite para alumbrarse. Solteros y casados tienen sus propias *zawāyya* separadas. Es condición entre ellos asistir a las cinco oraciones, habitar en la *zāwiya* y reunirse bajo la cúpula en su interior.

لغسل أثوابهم، والأجرى لدخول الحمام والزيت للإستصباح. وهم أعزاب، وللمتزوجين زوايا على حدى، ومن المشترط عليهم حضور الصلوات الخمس، والمبيت بالزوايا، وإجتمعهم بقبة داخل الزاوية²⁰⁹⁵.

Por su parte, el tangerino del siglo XIV, Ibn Baṭṭūṭa ofrece un panorama de las principales instituciones religiosas de El Cairo. En primer lugar, describe la mezquita dedicada al conquistador de Egipto nacido cincuenta años antes de la hégira²⁰⁹⁶, ‘Amrū b. al-‘Āṣ, la madraza donde impartía sus lecciones al-Šāfi‘ī y un hospital cerca de la tumba del rey al-Manšūr Qalāwwun. De este último. afirma que recauda la inmensa cantidad de mil dinares, sin especificar el origen de esa gran suma. También nos acerca la forma en que se organizan las *zawāyya*; estas instituciones, en cierto grado comparables como hace el propio viajero en Constantinopla a los monasterios cristianos, realizan una importante labor caritativa repartiendo alimentos a los pobres, cada una a un grupo de ellos. En su estructura se encuentra un jeque y un guardián; sus miembros viven en común, se les reparte comida, ropa, una cantidad de dinero mensual, jabón, el precio de los baños públicos y habitación; han de asistir a las cinco oraciones y reunirse juntos. Ibn Baṭṭūṭa señala que son construidas por los emires egipcios, que compiten en su erección. No se nos informa de que sean beneficiarias de *aḥbās*, aunque no es una idea que haya que apartar. También, al igual que se produjo con otro establecimiento de sufíes, algunos elementos señalan una cierta institucionalización jurídica: estructura, régimen de funcionamiento a modo de estatuto, patrimonio y cierta imputación de derechos y obligaciones.

^aالأوقاف في دمشق ومجيزي ابن بطوطة بها.

والأوقاف بدمشق لا تحصر أنواعها ومصارفها لكثرتها. فمنها أوقاف على العاجزين عن الحج، يعطي لمن يحج من الرجل منهم كفايتها. ومنها أوقاف على تجهيز البنات إلى أزواجهن، وهن الواتي لا قدرة على أهلهن على تجهيزهن. ومنها أوقاف لفكاك الأسارى. ومنها أوقاف لأبناء السبيل، يعطون منها ما يأكلون ويلبسون ويتزودون لبلادهم. ومنها أوقاف على تعديل الطريق ورسفها، لأن أزقة دمشق لكل واحد منها رصيفان في جنبيه يمر عليهما المترجلون ويمر الركبان بين ذلك. ومنها أوقاف لسوى ذلك من فعل الخير. ومررت يوماً ببعض أزقة دمشق فرأيت به مملوكاً صغيراً قد سقطت من يده صحيفة من الفخار الصيني، وهم يسمونها الصحن، فتكسرت، وإجتمع عليه الناس، فقال له بعضهم: <<أجمع شققها وأحملها معك لصاحب أوقاف الأواني>>. فجمعها، وذهب الرجل معه إليه، فأراه إياها، فدفع له ما إشتري به مثل ذلك الصحن. وهذا من أحسن الأعمال، فإن سيد الغلام لا بد له أن يضره على كسر الصحن أو ينهره، وهو أيضاً ينكسر قلبه ويتغير لأجل ذلك. فكان هذا الوقف جبراً للقلب، وجزى الله خيراً من تسامت همته في الخير إلى مثل هذا²⁰⁹⁷.

En Damasco, estas instituciones son tan comunes que Ibn Baṭṭūṭa les dedica un capítulo especial aparte de los principales. Nosotros nos hemos conformado con el primer párrafo. Enumera los beneficiarios de los principales: los que no tienen medios económicos para realizar la peregrinación, facilitar el ajuar de boda para las jóvenes de familias humildes, redimir prisioneros, viajeros y el mantenimiento del acerado de los callejones. Finalmente, relata un episodio un tanto melodramático en el que un joven esclavo rompe las piezas de porcelana china que compró para su señor; existe un *waqf* que, a modo de seguro de accidentes, le paga el precio de adquisición de la cerámica que se ha roto. Es digno de remarcar que todos estos personajes, en sus periplos, únicamente mencionan *aḥbās* de carácter piadoso o de finalidad pública; resulta raro que se detengan a contar detalles sobre los de tipo familiar.

a 8.- Los *awqāf* en Damasco y el resumen que hace Ibn Baṭṭūṭa de ellos.

Los *awqāf* en Damasco no tienen límites en cuanto a sus tipos y beneficiarios por su gran número. Los hay en favor de los que son incapaces de realizar la peregrinación; a cada hombre se le da lo suficiente. Otras para el ajuar matrimonial de las jóvenes, aquellas cuyas familias no tienen capacidad para prepararlas. Otros se crean al objeto de redimir prisioneros. También para los viajeros, a los que se les da vestido y comida y se los equipa para ir a sus países. Los hay con la intención de renovar y acerar los caminos, porque cada uno de los callejones de Damasco tiene dos aceras por la que transitan los peatones y las monturas. Los hay para todo tipo de actos virtuosos. Un día pasaba por algunos de los callejones de Damasco y vi a un pequeño esclavo del que se había caído una pieza de porcelana china, a la que llamaban *ṣuḥun*, rompiéndose. La gente se agolpó a su alrededor. Uno le dijo: “recoge los trozos y llévalos contigo al administrador de los *awqāf de las vasijas*”. Los reunió y el hombre lo acompañó hasta el administrador. Los vio y le pagó lo que había comprado de ese *ṣuḥun*. Es de las mejores obras, pues el dueño del joven seguro que le hubiera golpeado por haber roto la porcelana o tirarla. A él también se le hubiera roto el corazón por ello. Este *waqf* es un remedio para los corazones, Dios recompense a quien se preocupa por hacer un bien como este.

3^b - من البصرة إلى أصفهان.

[...] ثم ركبنا في الخارج من بحر فارس في مركب صغير لرجل من أهل الأبله يسمى بمغامس وذلك فيما بعد المغرب، فصحبنا إلى عبادان. وهي قرية كبيرة في سبخة لا عمارة بها، وفيها مساجد كثيرة ومتعبدات ورباطات للصالحين، وبينها وبين الساحل ثلاثة أميال. وعلى ساحل البحر منها رابطة تعرف بالنسبة إلى الخضر وإلياس عليهما السلام. وإزائها زاوية يسكنها أربعة من الفقراء بأولادهم يخدمون الرابطة والزاوية، ويتعيشون من فتوحات الناس وكل من يمر بهم يتصدق عليهم²⁰⁹⁸.

El tangerino, relatando una excursión a una aldea en la costa del Golfo Pérsico, nos informa de otra forma de financiación de este tipo de instituciones como la *zāwyya*: la limosna. También es un acto de piedad, pero que no se traduce en un patrimonio afecto a un fin.

ثم سافرنا من مدينة تستر ثلاثاً في جبال شامخة، وبكل منزل زاوية كما تقدم ذكر ذلك. ووصلنا إلى مدينة إيدج، وتسمى أيضاً مال الأمير، وهي حضرة السلطان أتابك. عند وصولي إليها اجتمعت بشيخ شيوخها العالم [...]. وله النظر في كل الزوايا، وهو يسمونها المدارس [...]. وملك إيدج في عهد دخولي إليها السلطان أتابك أفراسياب بن سلطان أتابك أحمد [...]. وكان أحمد المذكور ملكاً صالحاً سمعت من الثقات ببلاده أنه عمر أربع مائة وستين زاوية ببلاده، منها بخضرة إيدج أربع وأربعون، وقسم الخراج أثلاثاً ثلث لنفقة الزاوية والمدارس، وثلث لمرتب العساكر، وثلث لنفقته ونفقة عياله وعبده وخدامه [...]. وفي كل منزل من منازل زاوية يسمونها المدرسة. فإذا وصل المسافر إلى مدرسة منها أتى بما يكفيه من الطعام والعلف لدابته، سواء طلب ذلك أو لم يطلبه. فإن عادتهم أن يأتي خادم المدرسة فيعد من نزل بها من الناس، ويعطي كل واحد منهم فرصين من الخبر ولحماً و حلواء، وجميعه من أوقاف السلطان عليها²⁰⁹⁹.

Este viajero transita por entre montañas en su camino desde la ciudad de Tustar, la más importante de la región persa de Jawzastān donde abundan los ríos²¹⁰⁰, y la de Iyḏāy, entre esta zona e Isfahan, entre altas cumbres cubiertas de nieve²¹⁰¹. En esta provincia, su sultán ha erigido numerosas *zawāyya*, para cuyo sostén destina un tercio de lo recaudado por el *jarāy*; por otra parte, también nos informa que cada casa es considerada como una *zāwiya*, en cuyo favor el mismo gobernante ha constituido *aḥbās*. Existe esa doble financiación: del impuesto sobre las concesiones de las tierras de dominio público, *jarāy*, y semiprivado, pues aunque el sultán sea quien constituye estas fundaciones, *awqāf*, como medio de financiación, su régimen jurídico es idéntico al que rige las fundaciones totalmente privadas.

سافرت إلى مدينة ماجر، وهي مدينة كبرى من أحسن مدن الترك، على نهر كبير، وبها بستتين والفواكه الكثيرة. نزلنا منها بزاوية الشيخ الصالح العابد المعمر محمد [...]. في الزاوية نحو سبعين من فقراء العرب والفرس والترك والروم، ومنهم المتزوج والعزب، وعيشهم من الفتوح. ولأهل تلك البلاد إعتقاد حسن في الفقراء، وفي كل ليلة يأتون إلى الزاوية بالخيول والبقر والغنم. ويأتي السلطان والخواتين لزيارة الشيخ والتبرك به، ويجزلون الإحسان ويعطون العطاء الكثير، وخصوصاً النساء فإنهن يكثرن الصدقة ويتحرين أفعال الخير²¹⁰².

b 3- Desde Basora a Isfahan.

[...] Después subimos a un pequeño barco, propiedad de un hombre de al-Abla, llamado Magāmis en el Golfo Pérsico; ocurrió después de la oración del crepúsculo. Nos acompañó hasta 'Abādān, una gran aldea en una marisma sin habitar. En ellas hay muchas mezquitas, así como lugares de culto y ribātāt para personas virtuosas. La aldea dista de la costa tres millas. En la costa hay un *ribāt* dedicado a al-Jiḏr y Elías, sobre ellos sea la paz. Detrás del mismo, hay una *zāwiya* habitada por cuatro pobres con sus hijos que son los sirvientes del *ribāt* y la *zāwiya*. Viven de las limosnas que deja la gente al pasar.

b Después viajamos desde la ciudad de Tustar tres (millas) entre montañas agrestes; en cada hogar había una *zāwiya* como ya se ha hecho mención. Llegamos a la ciudad de Iyḏāy, también conocida como *El Dinero del Emir*. Es la sede del sultán Atābak. A mi llegada me reuní con el jeque principal [...], quien administra cada *zawāyya*, a las que llaman escuelas [...]. El rey de Iyḏāy en la época en la que llegué era el sultán Atābak Afrāsiyāb b. Sulṭān Atābak Aḥmad [...]. Este mencionado Aḥmad era un rey virtuoso del cual escuché de personas de confianza en su país que había construido cuatrocientas sesenta *zāwyya*, entre ellas en Iyḏāy cuarenta y cuatro. Dividía el *jarāy* en tercios: uno para los gastos de las escuelas y *zawāyya*, otro para los soldados y el último para sus gastos, los de su familias, esclavos y sirvientes [...]. En cada casa había un *zāwyya* a la que llamaban escuela. Al llegar al viajero a una, se le daba lo que necesitara de alimentos y forraje para su montura, tanto si lo pedía como si no. Según sus costumbres, llegaba el sirviente de la escuela y le preparaba habitación en cualquier casa de la gente y le entregaba a cada uno dos hogazas de pan, carne y dulces; todo ello, a cargo de los *awqāf* creados por el sultán en su favor.

c Viajé hasta la ciudad de Māyār, una gran ciudad, de las mejores de los turcos, a orillas de un gran río, en la que hay huertos frutales. Nos alojamos en la *zāwiya* del jeque [...]. En la *zāwiya* había cerca de setenta pobres árabes, persas, turcos y *romanos*; entre ellos, solteros y casados, que vivían de la providencia. La gente de esta región tiene una buena opinión de los pobres. Cada noche se acercan a la *zāwiya* con caballos, vacas y ovejas. El sultán y sus esposas se llegan para visitar al jefe y que este los bendiga; se prodigan en regalos y dádivas, especialmente las mujeres, que dan numerosas limosnas y se afanan en dar limosnas y en obras caritativas.

En dirección a la costa norte del Mar Negro desde Irán, se detiene en la ciudad de Māyār, donde se hospeda en otra *zāwyya*; está destinada a dar cobijo a los pobres. En esta ocasión, Ibn Baṭūṭa es tajante al referirse a las procedencias de los fondos: lo que la Providencia tiene a bien dejarle cada día. No obstante, aclara que las personas importantes del lugar, en especial las mujeres, son pródigas en limosnas.

^aونزلنا من بخارى بربضها المعروف بفتح أباد، حيث قبر الشيخ [...]، وكان من كبار الأولياء وهذه الزاوية المنسوبة لهذا الشيخ حيث نزلنا عظيمة، لها أوقاف ضخمة يطعم منها الوارد والصادر...²¹⁰³

En Asia Central, en un arrabal de Bujara, se aloja en una gran *zāwiya* que posee enormes *aḥbās* con los que alimentar a los viajeros.

^bالمطلب الأول: الأهداف العامة للوقف.

لوقف وظيفة مهمة تدعو إلى التكافل الاجتماعي الذي يبدو واضحاً في الأهداف الدينية والتعليمية والإجتماعية والصحية والإقتصادية والعمرانية والعسكرية وأمور أخرى غيرها:

1- النواحي الدينية والمراد بالدينية المحضة المتمثلة بالمساجد علماً أن المساجد جميعها هي وقف لله تعالى، وهناك مائات الآلاف من الوقفيات في العالم الإسلامي والتي تنص على وقف أراضي وعقارات لصالح المساجد...²¹⁰⁴

‘Ikrima Sa‘īd Ṣabrī, en su monografía sobre el *waqf* islámico, al estudiar el fin de esta institución, además de reseñar su función como fuente de cohesión social, al favorecer intereses económicos, religiosos, sanitarios y demás, afirma que toda mezquita, sin distinción, sería un *waqf* en favor de Dios el Altísimo. También en la actualidad, se observa un uso extensivo de este término técnico jurídico, más allá del propio negocio jurídico. El autor no desarrolla esta idea, pero por el contexto, al igual que observamos con el *jarāy*, se podría referir a la indisponibilidad por parte de los hombres, pues es una obra consagrada a Dios.

^cالباب الأول. أوجه الإنفاق من الوقف.

الفصل الأول. المساجد وزوايا التصوف.

المبحث الأول: المساجد.

إن المساجد بيوت الله* (وأن المساجد لله فلا تدعوا متع الله أحداً)* [الجن: 18]. وقد أعطى الإسلام بها وحث على إقامتها [...] وبدأ المسلمون منذ ذلك التاريخ وحتى يومنا هذا وهم يشيرون المساجد والمرافق التابعة لها ويوقفون عليها الوقوفات فأحياناً تشمل الوقفية: وقف الأرض التي يقام عليها المسجد، وأحياناً تشمل الوقفية: وقف أراض وعقارات بحيث يكون ريعها لمسجد معين [...] وخصصوا ريعاً من هذه الوقوفات لتعين الأئمة والخطباء والمدرسين والمؤذنين والشغالين والخدم والبوابين والمنظفين للمساجد...²¹⁰⁵

Este estudioso jordano en la segunda parte de su libro aborda algunos ejemplos históricos de estas fundaciones (nosotros hemos acudido a dos testigos que nos han descrito algunos en sus periplos). Con tal fin, clasifica los distintos fines que se pretenden proveer. Comienza con las mezquitas, a las que califica como casas de Dios, apoyado en una azora coránica. Los *aḥbās* se instituyen con el objeto de cubrir diversas necesidades de estos templos: el suelo sobre el que se edifican, rentas para contratar almuédanos, imanes y personal a su servicio. Sin explicitar que sea un sujeto de derecho, ‘Ikrima Sa‘īd Ṣabrī sí utiliza la fórmula gramatical que indica que las rentas

a Y arribamos desde Bujara a un arrabal conocido como Fataḥ Abād, donde se encuentra la tumba del jeque [...] una de sus principales personalidades; la *zāwiya* en la que nos hospedamos era enorme y tenía grandes *awqāf* que alimentaban a quien llega y a quien parte...

b Sección primera: los objetivos generales del *waqf*.

El *waqf* posee una función importante que busca la cooperación social, lo cual queda claro en los fines religiosos, educativos, sociales, sanitarios, económicos, urbanísticos y militares, así como otros muchos asuntos.

1- El aspecto religioso, con ello nos referimos al aspecto religioso exclusivo, se representa en las mezquitas, sabiendo que todas ellas son un *waqf* en favor de Dios el Altísimo. Existen cientos de miles de fundaciones en el mundo islámico que establecen la constitución de tierras e inmuebles como *awqāf* en favor de las mezquitas...

c Parte Primera. Los destinos en los que se gasta el *waqf*.

Capítulo Primero. Las mezquitas y las *zawāyya* de los sufíes. Sección primera. Las mezquitas.

Las mezquitas son casas de Dios. *(Las mezquitas son de Dios, así que no invoquéis junto a Dios a nadie más)* [al-Ŷin: 18]. El Islam ha centrado su interés en el cuidado de ellas y ha animada a erigirlas [...] Los musulmanes desde el comienzo de su historia hasta nuestros días han venido construyendo mezquitas y las han dotado de servicios y han constituido en su favor *awqāf* que a veces incluyen la tierra sobre la que están erigidas, otras tierras e inmuebles cuyas rentas son para una mezquita concreta [...] y han destinado las rentas de esos *awqāf* a nombrar sus imanes, las personas que realizan el sermón, los profesores, almuédanos, trabajadores, sirvientes, porteros y sus limpiadores...

son de las mismas; el hecho de ser beneficiarias de los *awqāf* las convierte en titulares de un derecho, en la misma posición jurídica que una persona en cuyo favor se haya creado un *waqf* familiar.

Antes de seguir avanzando en esta disección a la que estamos sometiendo a la institución del *waqf*, conviene condensar las ideas que, en relación con el tipo de fundación benéfica o piadosa, se extraen de los fragmentos de las obras de los ulemas que hemos elegido.

El porqué del amplio abanico de fines que este negocio jurídico permite nos lo explica el jurista granadino Ibn Ŷawzī, quien en su obra sobre *las leyes del fiqh* nos informa de la amplia gama de personas y cosas válidas para ser considerados destinatarios de las rentas del patrimonio constituido como *ḥubs*²¹⁰⁶. Tanto seres humanos, individualmente considerados o en grupos determinados o indeterminados, existentes en el presente o futuros, como seres inanimados como mezquitas, escuelas, cementerios y un largo etc., son aptos para ser nombrados como beneficiarios de las rentas de la fundación. Esta amplitud contrasta con la restricción que la *Šarī'a* impone al objeto de otros contratos y negocios jurídico, pues el derecho islámico, según una interpretación de un dicho del profeta, rechaza cualquier tipo de riesgo en las transacciones. Esta cuestión, a la cual nos referimos en el epígrafe sobre el objeto del *waqf*, ha sido planteada por el jurista egipcio decimonónico, al-Sanhūrī²¹⁰⁷. Dada su incidencia en nuestro estudio, el *garar* (riesgo no permitido) será el protagonista de un apartado propio en siguientes páginas.

La atención a las personas necesitadas es una finalidad común en muchas religiones; en el Islam, su derecho ha desarrollado varias figuras jurídicas que intentan ayudar a los pobres: la *ṣadaqa* (limosna propiamente dicha) y la *zakāt* (tipo de impuesto o también traducida como limosna legal), ambos términos tenidos como sinónimos por los *fuqahā'*, y el *waqf*. Esta conexión no únicamente es teleológica, sino que al principio de este capítulo comentamos el papel jugado por la *ṣadaqa* en el origen del *ḥubs*. La peculiaridad de este colectivo como beneficiario de estas fundaciones ya la hemos desvelado. El derecho de sus miembros no nace hasta que, mediante el acto de la partición, dejen de ser personas desconocidas caracterizados por tener unos ingresos inferiores a los límites fijados por las distintas escuelas jurídicas a hombres identificados con nombres y apellidos. Así, al-Jaṣṣāf²¹⁰⁸ les niega hasta ese momento la facultad de reclamar la entrega de las rentas, pues no tendrían derecho a las mismas, sino, como lo hemos calificado, una mera expectativa de derecho. Esta misma regulación defendida por la escuela de Abū Ḥanīfa es acogida por los seguidores de Mālik; de esta manera, Muḥammad b. al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsi²¹⁰⁹ fija el nacimiento del derecho en el momento del reparto.

Por lo que se refiere al caso de las mezquitas, los textos enuncian importantes normas sobre el régimen jurídico que las regula. En primer lugar, los episodios narrados por 'Abd Mālik b. Hišām²¹¹⁰ nos conectan con las antecedentes históricos a los que nos referíamos en el segundo capítulo, sobre las propiedades de los templos, ya fueran mesopotámicos, helenísticos o romanos; la Ka'ba disponía, en virtud de lo que nos cuenta esta fuente, de su propio tesoro. Otro aspecto que este historiador destaca será que La Meca disponía de un recinto sagrado dentro del cual determinados actos estaban proscritos: la *ḥurma*²¹¹¹. Esta característica será heredada por la mezquita musulmana, tal y como nos lo revela el juez 'Iyyād b. Mūsā²¹¹², quien afirma: *porque no se permite en las mezquitas habitarlas, el coito y la presencia de mujeres con el periodo, ni impuros, etc.* Asimismo, este mismo ulema nos plantea que la propiedad que se discute en la fetua transcrita puede ser del propio templo, a modo de un tipo de dominio especial, o ser un *waqf* constituido en su favor; cada solución implica una situación jurídica diferente: el primer caso, implicaría que la mezquita es titular de recinto sagrado, con los derechos y obligaciones que se derivan, y en el segundo de un dominio útil sobre los frutos de los bienes constituidos como *ḥubs*.

En otro orden de cosas, al-Māwardī, en su tratado sobre *el régimen del gobierno de los sultanes*²¹¹³, clasifica estos lugares de oración en “gubernamentales” y populares. El poder político se encargaría de las primeras, bien directamente, y así se menciona por este autor, o mediante la constitución de fundaciones por los reyes, sultanes o califa; un ejemplo, entre los varios que hemos recogido, lo tenemos en la noticia de Ibn ‘Idārī²¹¹⁴, sobre el *hubs* del califa al-Muntaṣir bi-l-Allāh (hijo de Abdelrramán III) en favor de la Mezquita de Córdoba. En la actualidad, estudiosos musulmanes, como el jordano ‘Ikrima Sa‘īd Ṣabrī²¹¹⁵ admite implícitamente que el hecho de ser beneficiarias de los *awqāf* las convierte en titulares de un derecho, en la misma posición jurídica que una persona en cuyo favor se haya creado un *waqf* familiar. Obviamente el *hubs* no es la única fuente de financiación de las mezquitas. Según al-Māwardī²¹¹⁶, los gastos de estos templos son sufragados por los propios fieles, el sultán (mediante los distintos impuestos y demás ingresos públicos) o a través de estas fundaciones, nombrándolas beneficiarias de las mismas.

No debemos finalizar el análisis de las normas que rigen las mezquitas sin aludir a la distinción entre la figura del *waqf* y el *jarāy*, que dispone de su propio espacio en nuestro trabajo. El ulema Abū ‘Uṭmān Sa‘īd b. Muḥammad b. Muḥammad al-‘Aqabānī²¹¹⁷ establece que, si el gobernante es el fundador, su régimen jurídico se aplica hasta el límite de los gastos necesarios para el fin especificado; aquello que exceda de esa cantidad, queda al margen y puede disponer de él en cualquier fin de utilidad pública. No obstante, incluso en la actualidad, entre algunos especialistas islámicos como ‘Ikrima Sa‘īd Ṣabrī²¹¹⁸, el uso lato del término *hubs* es frecuente. Este autor de Jordania literalmente declara que todas las mezquitas son un *waqf* en favor de Dios. Nosotros entendemos que este es un uso analógico, al igual que el de los ulemas clásicos que definían las tierras de *jarāy* como un *waqf*, cuando no se trata de dos instituciones diferenciadas con su propia y específica regulación. En realidad, interpretamos que el escritor quiere decir que, por estar dedicados a la divinidad, su disponibilidad por los hombres está muy limitado y quedan, en cierto grado, fuera del tráfico jurídico. Esta utilización extensiva del sustantivo no nos ha de confundir y tenemos que distinguirla de la fundación islámica; debemos buscar la precisión técnico-jurídica.

Otros establecimientos de los que encontramos numerosas muestras de ser beneficiarios de los *aḥbās* son las *zawāyya*, las cuales, además de ser la sede de grupos sufíes, suelen realizar actos de caridad con los pobres y los caminantes. Los dos viajeros cuyas obras nos guían por el mundo medieval musulmán nos han descrito varias en diversas ciudades como Bagdad, Damasco y otras menos conocidas. Son dignas de reseñar las de la ciudad de Tustar y alrededores²¹¹⁹, ya que Ibn Baṭṭūṭa nos cuenta como se sustentan a cargo del *jarāy* y los *awqāf* constituidos por el sultán de la región. En otras ocasiones, vemos como sus gastos se sufragan mediante limosnas²¹²⁰. Hemos incorporado testimonios incluso en la ciudad de Bujara, en Asia Central²¹²¹.

Estas fundaciones representan un mecanismo de financiación de la educación; en este sentido, las madrazas o escuelas coránicas (*madrasa*) también son favorecidas por ellas. Ibn Ŷubayr narra el gran número que existe en la ciudad de Bagdad, donde disponen de edificios para que los profesores lleven a cabo su labor, todo ello a través de los *aḥbās*²¹²². Otro ejemplo digno de destacar es la descripción del método de enseñanza en la Mezquita Omeya de Damasco, entre cuyas singularidades, este *raḥḥāl* valenciano inserta la anécdota del ulema sevillano que resulta beneficiario de un *waqf* por dar sus lecciones apoyado en una columna concreta²¹²³. En nuestro ámbito geográfico, al-Andalus, Ibn ‘Idārī²¹²⁴, en su crónica informa de la constitución por el califa al-Muntaṣir bi-l-Allāh en la Córdoba de finales del siglo X de unos locales de guarnicioneros con el fin de pagar los sueldos de los profesores de los hijos de la gente humilde.

Otros casos de *awqāf* a los que no sería erróneo colocar la etiqueta de piadosos, al menos desde el punto de vista islámico, sería el destinado a los soldados de la guarnición de una fortaleza

en la frontera, a cuyos miembros les está prohibido el comercio²¹²⁵, los fundados por el emir de Basora al objeto de financiar las obras públicas hidráulicas para llevar agua a la población²¹²⁶ y los cementerios²¹²⁷. Quizás la finalidad más llamativa con la que nos hemos topado sea aquel *waqf* destinado a indemnizar por la rotura de la cerámica en el zoco de Damasco²¹²⁸, que sería asimilable a los actuales seguros de daños. Si se tuviera la intención de profundizar en las distintas funciones sociales de la institución, el libro *Held in Trust. Waqf in the Islamic World*²¹²⁹ puede ser un buen punto de partida.

En la mayoría de estas líneas, tanto de los *fuqahā'* como de los cronistas y *rahḥāla*, queda patente un cierto *favor waqf*, es decir, una serie de medidas legales que favorecen la fundación, en especial si portan un carácter de acercamiento a Dios. Entre otras disposiciones, al-Māwardī²¹³⁰ establece que estos negocios jurídicos están amparados por las competencias del *maḥlis-l-mazālim*. Asimismo, los ulemas aplican normas supletorias de la voluntad del fundador, cuando existen lagunas en sus estipulaciones, y, de esta manera, evitar la anulación de la fundación²¹³¹; esta solución también se encuentra en la respuesta jurisprudencial sobre el estudiante de bachiller²¹³². Siguiendo la misma línea, la fetua de Ibn Lubb²¹³³ recoge el principio jurídico reconocido por la mayoría de su escuela, en virtud del cual lo que es de Dios (los excedentes de los *aḥbās* en favor de mezquitas) se puede destinar a Dios (otras mezquitas).

Antes de abordar la próxima etapa en este recorrido por el régimen jurídico del *hubs*, hemos de constatar que tanto los historiadores como los viajeros se ocupan, casi exclusivamente de las fundaciones piadosas, dejando de lado las de tipo familiar. Obviamente, el ordenamiento influido por unos principios religiosos bendice aquel tipo y pone ciertos reparos a este. En el derecho justinianeo, como comprobamos, personificaba los establecimientos con un fin caritativo o religioso, como hospitales, iglesias, escuelas, monasterios...²¹³⁴ Por tanto, nos hemos de cuestionar acerca de la posibilidad de que la *Šarī'a*, en aras de promover estas disposiciones que expresan la caridad popular, regula un régimen de las mismas parecida a las prerrogativas de la personalidad jurídica, o, simplemente, la institución posee características propias de esa personalidad, con independencia de su carácter piadoso o no. Tendremos que despejar estas dudas al final del capítulo.

7.5.2 *Waqf* privado: los familiares u otras personas ajenas al vínculo familiar como beneficiarios de la fundación

Es común contraponer frente al *waqf* piadoso el familiar, así García Sanjuán²¹³⁵ o Ana Carballeira²¹³⁶. Sin embargo, nosotros preferimos emplear el calificativo de privado por dos razones fundamentalmente: la primera es que los beneficiarios no tienen por qué tener un vínculo con el fundador (el texto, entre otros, de Ibn al-Ŷawzī²¹³⁷ no deja dudas), aunque son las más frecuentes; la segunda radica en que la nota que caracteriza a este tipo de fundaciones es la ausencia de una finalidad piadosa como principal del negocio jurídico, primando el interés particular de quien lo constituye. A pesar de todo, creemos necesaria la distinción, pues ante la falta de un fin caritativo primordial el ordenamiento tendrá un interés menor en su prolongación en el tiempo, salvo para los seguidores de Abū Ḥanīfa, quienes obligan a incluir una cláusula residual en prevención de la extinción de las personas llamadas en favor de los pobres. Algunos ulemas verán con malos ojos este tipo de *awqāf* por cuestiones morales, por la carencia de un objeto religiosamente plausible, algo similar a lo que ocurre con el mayorazgo castellano²¹³⁸.

(29) باب الوقف للغنى والفقير والضيف

a (29) Capítulo. El *waqf* es para el rico, el pobre y el huésped.

2773- Nos habló [...] que 'Umar, Dios esté satisfecho de él, encontró unos bienes en Jaybar y fue donde el profeta y le informó. Dijo: «si lo deseas constitúyelos como *ṣadaqa*» Así lo hizo, en favor de los pobres, menesterosos, familiares y

2773- حدثنا [...] أن عمر رضي الله عنه وجد مالاً بخيبر فأتى النبي، ص، فأخبره . قال: ((إن شئت تصدقت بها)) فتصدق بها في الفقراء والمساكين وذوي القربى والضيف²¹³⁹.

Al comienzo de este capítulo, al estudiar los posibles orígenes de esta institución, acogimos diversas versiones del que se considera el hadiz sobre el que se ha creado su armazón jurídico. En este otro, incorporado por al-Bujārī con el número 2773, se nos relata que ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, tras pedir consejo a Muḥammad sobre la manera de actuar con los bienes que había adquirido tras la batalla de Jaybar, los convirtió en un *waqf* a favor de pobres, familiares y huéspedes. Según este dicho, la creación de estas instituciones familiares estaría avalada por las palabras del profeta y la actuación de sus compañeros más cercanos.

^aباب. الرجل يقف الأرض على ولده ولد ونسله أبداً أو على أهل بيته أو على قرابته ويشترط أن من إنتقل عن كذا وكذا وصار إلى كذا وكذا فهو خارج من وقفه.

قلت: أرأيت رجلاً جعل أرضه صدقة موقوفة لله أبداً على ولده وولد ولده ونسله وعقبه أبداً ما تناسلوا ومن بعدهم على الفقراء والمساكين وإشترط في وقفه أن كل من إنتقل عن الإثبات وصار إلى مذهب المعتزلة من ولده وولد ولده ونسله وعقبه أبداً فهو خارج من وقفه؟ قال: هذا جائز وهو على ما اشترط من ذلك. قلت: فإن إنتقل أحد منهم إلى مذهب المعتزلة أيقون خارجاً. قال: نعم. قلت: فإن ادعى بعضهم على بعض أنه قد إنتقل من مذهب الإثبات إلى مذهب المعتزلة وأنكر ذلك المدعي عليه. قال: فاقول قوله في ذلك وهو في الوقف على حاله وعلى المدعي لذلك البينة على ما يدعى من ذلك [...] قلت: فما تقول إن قال فمن إنتقل منهم إلى غير مذهب الإسلام فهو خارج من وقفه فأرتد بعضهم عن الإسلام. قال: يكون خارجاً من الوقف وقتل إلا أن يتوب ويرجع إلى الإسلام²¹⁴⁰.

Al-Šaybānī, apodado Al-Jaṣṣāf, en este capítulo de su libro sobre el régimen jurídico del *waqf*, como la mayoría de los ulemas consultados, dota a la voluntad del fundador de una amplia autonomía. Esta es la razón por la que resulta difícil normalizar todos los posibles supuestos. En el caso concreto que aborda en esta parte de su obra, quien constituye lo hace en favor de sus hijos y los descendientes de estos (con la cláusula residual propia de la escuela para que la fundación pase a los pobres en caso de extinción de estos); el jurista permite que puede estipular la exclusión de aquellos que dejen la escuela sunní ortodoxa por la *mu‘tazila* o viceversa. Ahora bien, la apostasía (lo comprobamos al analizar la capacidad de obrar) supone la privación *ex lege* de la condición de beneficiario. Es necesario dejar claro desde este momento que la fórmula mi hijo, el hijo de mi hijo y sus descendientes con carácter perpetuo mientras se reproduzcan, es la habitual para este tipo de *hubs*.

^b[مطلب أرش نقص الوقف ليس من غلته فلا يستحقه أهل الوقف]

huéspedes.

a Capítulo. El hombre que constituye una tierra como *waqf* en favor de su hijo, el hijo de su hijo y su descendencia perpetua, o en favor de la gente de su casa o en favor de su familia, poniendo como condición que quien se cambie de esto o aquello a esto o aquello queda excluido del *waqf*.

Dije: ¿cuál es tu opinión sobre un hombre que constituye su tierra en una *ṣadaqa retenida* para Dios, perpetua en favor de su hijo, el hijo de su hijo y su descendencia y estirpe mientras se reproduzcan y, tras ellos, en favor de los pobres y menesterosos, poniendo como condición en su *waqf* que quien se salga de la escuela de la *constatación* (las escuelas sunnías; nota del editor) y se convierta a la escuela de la *mu‘tazila* entre su hijo y el hijo de sus hijos, su descendencia y estirpe perpetua quede excluido del *waqf*? Dijo: eso es válido y se está a lo estipulado. Dije: ¿Si se cambiara uno de ellos a la escuela de la *mu‘tazila* estaría excluido? Dijo: sí. Dije: ¿si uno alegara contra otro que había abandonado la escuela de la *constatación* hacia la de la *mu‘tazila* y lo negara el demandado? Dijo: la declaración sería la de este quien permanecería en el *waqf*, teniendo el demandante que presentar la prueba [...] Dije: ¿qué opinas si (el fundador) dijera que quien abandonara la escuela de la *constatación* quedara excluido del *waqf* y se produjera la apostasía de alguno del Islam? Dijo: se excluiría del *waqf* y se mataría a menos que pidiera perdón y regresara al Islam.

b [Sección. La indemnización por la disminución del valor del *waqf* no sería por sus frutos, así que los beneficiarios no tendrían derecho a ella].

Dije: ¿si los beneficiarios demandaran por esa disminución producida por el usurpador y solicitaran repartir entre ellos la indemnización? Dijo: no tendrían derecho a ello, ya que habría ocurrido sobre el *waqf*, estando el derecho de los beneficiarios limitado a los frutos no al bien raíz [...] Dije: ¿qué opinas si el usurpador hubiera sacado la tierra o la casa que es *waqf* de su mano hacia otra u otra persona se la hubiera arrebatado sin que pudiera devolverla? Dijo: habría de indemnizar por su valor según la opinión de quien lo considera responsable. Dije: ¿si indemnizara su valor qué se haría con esa cantidad? Dije: se compraría con ella una tierra que se constituiría como *waqf* en su lugar y estaría en manos de quien tuviera la que fue usurpada. Dije: ¿si devolviera la tierra usurpada antes de comprar con esa cantidad otra en su lugar? Dijo: se le devolvería la cantidad. Dije: ¿y si la devolviera después de comprarla? Dijo: la tierra original se

قلت: فإن طلب أهل الوقف هذا النقصان الذي أخذ من الغاصب وسألوه أن يفرق ذلك بينهم؟ قال: ليس لهم ذلك من قبل أن هذا مما قد وقع عليه الوقف وإنما حقوق أهل الوقف في الغلة دون الرقبة [...] قلت: أرأيت الغاصب إن كان أخرج الأرض أو الدار الوقف من يده إلى يد غيره أو غصبه إنسان إياها فلم يقدر على ردها؟ قال: يضمن قيمتها في قول من يرى تضمينه إياها. قلت: فإذا ضمنه قيمتها ما يصنع القيم بأمرها بهذه القيمة؟ قال: يشتري بها أرضاً فيقفها بدلها وتكون في يده على من كانت عليها لأرض المغصوبة. قلت: فإن ردت الأرض المغصوبة عليه قبل أن يشتري بالقيمة أرضاً مكانها؟ قال: تعود الأرض الوقف إلى ما كانت ويضمن القيم بأمر الوقف القيمة وتكون الأرض التي اشتراها بالقيمة له. قلت: فهل يلزمه قيمة الأرض يوم قبضها؟ قال: نعم. قلت: فإن أخذ القيمة فضاعت منه؟ قال: لا ضمان عليه لأهل الوقف وإن ردت الأرض الوقف ضمن القيمة لمن أخذها منه. قلت: فإن طلب أهل الوقف هذه القيمة فقالوا إقسمها علينا؟ قال: لا يجب أن يقسمها عليهم²¹⁴¹.

Al-Jaṣṣāf, en este fragmento que forma parte de otro más extenso que diseccionamos con anterioridad, establece que los beneficiarios, aun en el caso de estar determinados, no están facultados para exigir que se les reparta la indemnización abonada por el usurpador que se hubiera apropiado de las tierras constituidas en *waqf*. A pesar de que muchas veces son familiares del fundador y auténticos propietarios de un dominio útil, su capacidad de acción está limitada y no tienen ningún derecho sobre el dominio directo de los bienes o las indemnizaciones por los daños sufridos por este. En su momento, tendremos oportunidad de ampliar el caso, pero en esta peculiaridad del *waqf* radica su mayor diferencia con el mayorazgo español, ya que el llamado al mismo es un propietario de todos los bienes capacitado legalmente para defender sus intereses y ser acreedor de las obligaciones por daños infligidos al patrimonio, aunque con un derecho de propiedad vinculado.

^a[القاعدة العاشرة: إعمال الكلام أولى من إهماله]

devolvería a quien la tuviera en su mano como *waqf* y la nueva que ha sido adquirida sería para él. Dije: ¿estaría obligado al pago del valor que tuviera el día que se la apropió? Dijo: sí. Dije: ¿Si cogiera la cantidad y la perdiera? Dijo: no debería indemnizar a los beneficiarios, pues si se devolviera, sería para quien la tuviera en su mano. Dije: ¿si los beneficiarios demandaran que esa cantidad se repartiera entre ellos? Dijo: no se debería repartir entre ellos.

a [Regla décima: hacer actuar a la palabra se prefiere a su omisión].

[...] Dentro de ella: se encuentra en las (fetuas) de al-Subkī: un hombre ha constituido un *waqf* en su favor, tras él en sus hijos, posteriormente a los hijos de estos y su descendencia e hijos, varones y hembras *(para el varón como la parte de dos hembras)* [al-Nisā':11].

Con la condición de que quien falleciera entre ellos dejando un hijo o descendencia, volviera la parte que le estuviera correspondiendo a su hijo y, tras este, al hijo de su hijo; después, a su descendencia según las cuotas hereditarias. Con la estipulación de que quien falleciera sin descendencia, volviera su parte a quien estuviera en su grado entre la gente del *waqf* mencionada, con preferencia el más cercano, estando en igualdad, el hermano de ambos padres con el hermano solo de padre. Quien muriera entre la gente del *waqf* antes de tener derecho a algo de entre los frutos del *waqf*, dejando un hijo, o descendiente de más grado, tendría derecho a lo que hubiera tenido el fallecido, si hubiera permanecido con vida hasta que le hubiera correspondido tener derecho de los frutos del *waqf* mencionado, y ocuparía el lugar del finado. Si se extinguieran, sería para los pobres. Falleció el beneficiario, pasando a sus dos hijos: Aḥmad y 'Abd -al-Qādir; después muere este último, dejando tres hijos: 'Alī, 'Umar y Laṭīfa, y los hijos de su hijo Muḥammad, fallecido en vida de su padre, que son: 'Abd -l-Raḥmān y Malika; después murió 'Umar sin descendencia; tras él, falleció Laṭīfa dejando una hija, llamada Fāṭima; después, murió 'Alī dejando una hija de nombre Zaynab; después falleció Fāṭima, hija de Fāṭima sin descendencia. ¿A quién iría la parte de la mencionada Fāṭima?

Contestó: lo que se me es evidente ahora es que la parte de 'Abd -l-Qādir, completa, se reparte en sesenta partes: para 'Abd -l-Raḥmān veinte dos, para Malika, once y para Zaynab, veintisiete. Este dictamen no continúa en los grados siguientes, sino que cada momento tiene el suyo.

Dijo: y la evidencia de ellos es que 'Abd -l-Qādir, al morir, deja su parte a sus tres hijos: 'Alī, 'Umar y Laṭīfa *(para el varón como la parte de dos hembras)* [al-Nisā':11]. Para 'Alī dos quintos, para 'Umar dos quintos y un quinto para Laṭīfa. Es probable que se dijera: comparte con ellos esa parte 'Abd -l-Raḥmān y Malika, los hijos de Muḥammad, quien murió en vida de su padre, ocupando el lugar de su padre, correspondiéndoles dos séptimos. Para 'Alī dos séptimos, para 'Umar dos séptimos y para Laṭīfa un séptimo; es lo preferible para nosotros, porque se aplicaría en virtud de tres razonamientos. El primero es que la intención del fundador es no privar a nadie de su descendencia; sería débil porque las intenciones si las expresiones no se refieren a ellas, no son tenidas en cuenta. Segunda: la inclusión de en el fallo, ordenando todos los troncos y ramas, no entre los dos grados completos; sería posible, pero contradiría lo evidente [...] El tercero sería apoyarse en la expresión del fundador: “si muriera alguien entre la gente del *waqf* antes de tener derecho o algo, su hijo ocuparía su lugar”; es más fuerte, pero solo se perfeccionaría si se comprobara que el fallecido en vida de su padre era de la gente del *waqf*.

[...] ومنها: وقع في (فتاوى) السبكي: أن رجلاً وقف عليه، ثم على أولاده ثم على أولادهم ونسله، وعقبه، ذكراً وأنثى* (للذكر مثل حظ الأنثيين)* [النساء. 11].

على أن من توفي منهم عن ولد أو نسل، عاد ما كان جارياً عليه من ذلك على ولده ثم على ولد ولده، ثم على نسله على الفريضة، على أن من توفي من غير نسل، عاد ما كان جارياً عليه، على من في درجته من أهل الوقف المذكور، يُقدم الأقرب إليه فالأقرب، ويستوي الأخ الشقيق والأخ من الأب. ومن مات من أهل الوقف قبل إستحقاقه لشيء من منافع الوقف، وترك ولداً، أو أسفل منه إستحق ما كان يستحقه المتوفي، لو بقي حياً إلى أن يصير شيء من منافع الوقف المذكور. وقام في الإستحقاق مقام المتوفي، فإذا إنقرضوا، فعلى الفقراء. وتوفي الموقوف عليه وانتقل الوقف إلى ولديه: أحمد وعبد القادر، ثم توفي عبد القادر، وترك ثلاثة أولاد: هم علي، وعمر ولطفية، وولدي أبنة محمد، المتوفي في حياة والده. وهما: عبد الرحمن، وملكة، ثم توفي عمر عن غير نسل، ثم توفيت لطيفة، وترك بنتاً. يسمى فاطمة، ثم توفي علي وترك بنتاً تسمى زينب. ثم توفيت فاطمة بنت لطيفة من غير نسل، فإلى من ينتقل نصيب فاطمة المذكورة.

فأجاب: الذي يظهر لي الآن أن نصيب عبد القادر جميعه، يُقسم هذا الوقف على ستين جزءاً لعبد الرحمن منهم: إثنان وعشرون؛ وملكة: أحد عشر ولزينب: سبعة وعشرون، ولا يستمر هذا الحكم في أعقابهم، بل كل وقت بحسبه.

قال وبيان ذلك. أن عبد القادر لما توفي إنتقل نصيبه إلى أولاده الثلاثة وهم: عمر وعلي ولطفية. * (للذكر مثل حظ الأنثيين)* [النساء. 11]. لعلي خمساه، ولعمر: خمساه، وللطيفة خمساه، وهذا هو الظاهر عندنا. ويُحتمل أن يُقال: يُشاركهم عبد الرحمن، وملكة: ولدا محمد المتوفي في حياة أبيه، ونزلاً منزلة أبيهما، فيكون لهما السبعان.

ولعلي: السبعان، ولعمر السبعان، وللطيفة السبع، وهذا وإن كان محتملاً، فهو مرجوح عندنا؛ لأن الممكن في مأخذ ثلاثة أمور. أحدها: ان مقصود الواقف. أن لا يُحرم أحد من ذريته، وهذا ضعيف لأن المقاصد إذا لم يدل عليها اللفظ، لا يُعتبر. الثاني: إدخالهم في الحكم، وجعل الترتيب بين كل أصل وفرعه، لا بين الطبقتين جميعاً. وهذا محتمل، لكنه خلاف الظاهر [...] الثالث: الإستناد إلى قول الواقف. (إن مات من أهل الوقف قبل إستحقاقه لشيء قال ولده مقامه)، وهذا أقوى، لكنه إن يتم لو صدق على المتوفي في حياة والده: أنه من أهل الوقف²¹⁴².

El jurista , al-Suyūfī, en su obra sobre *las similitudes y las diferencias*, transcribe esta fetua del ulema al-Subkī, conocido como el jeque del Islam en su época, nacido en la ciudad de Sabk, en Egipto, en el año 1284, y nombrado juez de Siria²¹⁴³. En ella, la misión del alfaquí está centrada en la regla que reza así: hacer actuar a la palabra es preferible a su omisión; en concreto, en su aplicación al *waqf*, se traduce en el principio que hemos estudiado sobre la voluntad del fundador como ley fundamental de la institución. El objeto de la consulta jurisprudencial va referida a concretar quién ocupará la situación jurídica de beneficiario entre los descendientes del fundador. En primer lugar, quien realiza la fundación es libre de establecer el orden de llamamientos, empero, al ser frecuente que no haya previsto todas las contingencias posibles, los ulemas elaboran normas supletorias e interpretativas de esa voluntad expresada. En la mayoría de nuestras consultas, las diversas fetuas son prolijas en casos parecidos, pues se prestan a que el muftí demuestre sus conocimientos, no solo sobre la doctrina de los grandes doctores acerca del *hubs*, sino también en lo relacionado con la herencia, porque los llamamientos sucesivos, el derecho de representación de ascendientes, la exclusión de los demás por parte de un llamado, son análogos a la sucesión.

اكتاب الأعباس.

a Libro de los *aḥbās*.

Dan testimonios los testigos que están nombrados en la parte inferior de este documento que conocen los de *aḥbās* de Ḥamūd b, Jalaf b. Abū [...] y saben que estos *aḥbās* están constituidos en favor de Yūsuf y su descendencia, y que los bienes constituidos son: la casa que está junto al cementerio [...] Y que conocen que los hijos de las hijas entre la descendencia de Yūsuf no tienen derecho, ni reclamación ni argumento. Conocen que no queda entre la descendencia de Yūsuf b. [...] más que Fāṭima la hija de Muḥammad, hijo de Yūsuf y Maryam, hija de su tío Ḥamūd b. Yūsuf [...] Ambos son la última descendencia del mencionado Yūsuf. Al morir ambas mujeres mencionadas, Fāṭima y Maryam, el destino de estos *aḥbās* mencionados están limitados a los hijos de sus tíos, entre los hijos de al-Faḍal b. [...] y su hermano [...] ellos son los primeros beneficiarios de los *aḥbās* y los más cercanos. Si se extinguieran, el destino sería para sus hijos y los hijos de sus hijos, así está estipulado originalmente [...]

Y la pregunta sobre este negocio [...] ¿Cómo se divide este *hubs* entre la gente destinataria de su familia? ¿Serían unos beneficiarios reales o impuesto por el régimen de su texto? ¿Se reparte a los hijos de los determinados que han muerto y son copartícipes a partes iguales o según su necesidad? ¿es válido solamente al más próximo pero no al más alejado? Muéstranos de una forma clara, si Dios quiere.

Respuesta: [...] el *hubs*, tras la extinción del linaje del beneficiario con las muertes de Fāṭima y Maryam, las últimas descendientes que aparecen en el documento, se ha de destinar a los que permanecen de los que están nombrados, al-Faḍal y a quien ha muerto; ellos, aunque estarían incluidos por sus madres en la cuota de sus padres, el hijo no se incluiría con su padre mientras este estuviera vivo. Al morir, su parte sería para sus hijos y, quien muriera de estos sin

يشهد من تسمى أسفل هذا العقد من الشهداء أنهم يعرفون أحباس حمود بن خلف بن أبي [...] ويعلمون أن هذه الأحباس محبسة على يوسف وعقبة، وأن عدة هذه الأحباس المذكورة: الدار التي بمقبرة مع [...] ويعلمون أن ليس لبني البنات من عقب يوسف فيها حق ولا دعوى ولا حجة. ويعلمون أنه لم يبقى من عقب يوسف بن [...] الحبس حاشا فاطمة بنت محمد بن يوسف ومريم إبنة عمها حمود بن يوسف [...] وأنهما آخر العقب من يوسف المذكور. وأنه متى [حدث موت] هاتين المرأتين المذكورتين فاطمة ومريم فمرجع هذه الأحباس المذكورة المحدودة فوق هذا على بني أعمامهم من بني الفضل بن [...], وأخوه [...] هم أولى الناس بهذه الأحباس المذكورة وأقربهم إليها، فإذا إنقرضوا فمرجع هذه الأحباس إلى بنيتهم من بعدهم وبنيتهم، وعلى ذلك كان أصلها في التحبيس المذكور [...]

السؤال على هذا العقد [...] كيف يقسم هذا الحبس هل على أهل المرجع من العصابة وهل هو مرجع حقيقة أو حكمه حكم النص، وهل يضرب فيه لبني من مات من الأعيان من سمي ويشتركون فيه على السوية أو على قدر الحاجة، أو يجوز الأقرب دون الأبعد بينه بياناً شافياً إن شاء الله.

الجواب: [...] فيرجع الحبس إذ إنقرضوا بإنقراض عقب المحبس عليه بموت فاطمة ومريم اللتين هما آخر العقب على ما تضمنه العقد إلى من بقي ممن سموه في العقد من عقد الفضل وإلى من مات، ومنهم ولو يدخلون بأهمهم في حظ آبائهم، ولا يدخل فيه ولد من بقي منهم مع أبيه مادام أبوه حياً، فإذا مات صار حظه إلى ابنه ومن مات منهم ولا ولد له رجع حظه إلى الباقيين منهم وعلى من مات منهم، والمشهور من مذهب ابن القاسم تفضيل الفقير منهم على الغني، وذي العيال على من لا عيال له. وقد قيل: أنه لا يفضل أحد منهم على صاحبه بحاجة ولا كثرة العيال وهو قول ابن ماجشون وبه جرى العمل عندنا في الأحباس المعقبة كهذه المسألة، لأن عقب الفضل إنما يدخلون في هذا الحبس بنص الشهود على دخولهم فيه إذا إنقرض عقب يوسف لا بمرجع الأحباس حسبما ذكرته في سؤالك وبالله التوفيق، قاله: محمد بن رشد²¹⁴⁴.

El juez mālikī, ‘Iyyād b. Mūsā, originario de Ceuta, nos presenta una fetua que podemos considerar como prototípica de la clase de *waqf* que él denomina sucesorio: un *hubs* cuyo fundador nombra beneficiario a sus hijos y la descendencia de estos para posteriormente, complicarse la cuestión con la muerte de alguno de los nietos sin descendencia o únicamente femenina; además, esta respuesta se añade una cuestión sobre la validez de determinados testimonios que hemos intentado soslayar. La primera norma que se ha de aplicar es, obviamente, las distintas disposiciones de quien lo constituye. A nosotros, las reglas interpretativas y supletorias de aquellas no nos resultan demasiado trascendentes. Hemos de aclarar que esta escuela no exige para la validez del negocio jurídico que explicita que en caso de extinción de todas las líneas llamadas los beneficiarios sean los pobres, motivo que les obliga a acuñar reglamentaciones adicionales sobre las personas más próximas al creador de la fundación. En este punto, surge una polémica entre los seguidores de Mālik b. Anas: algunos prescriben la preferencia de los más pobres y con familias más numerosas, como Ibn al-Qāsim, o estiman que el reparto es por partes iguales, Ibn Māyīšūn. Resulta más interesante la denominación de *waqf sucesorio*, que ha quedado como tradicional en la escuela y es utilizada por el Código de los *awqāf* marroquí²¹⁴⁵. Esta nomenclatura clarifica su naturaleza donde se produce una sucesión de llamados fundamentalmente, no siempre, mediante unos llamamientos periódicos por grados de parentesco, donde puede o no existir derecho de representación del descendiente sobre la cuota de ascendiente premuerto. En parte, se guarda cierta analogía con la herencia.

^a [...] قال محمد: وحكي عن القاضي ابن زرب أنه كان يفتي في قول المحبس: ((على ولدي)) بدخول ولد البنات ويقول لهم: الدخول بلفظ المحبس وعقده ولا دخول لهم بقول مالك ثم رجع عنه وقال سوا²¹⁴⁶.

Al final de la fetua, ‘Iyyād b. Mūsā incorpora una de las normas interpretativas de la voluntad del fundador atribuida al jurista Ibn Zarab, nombrado juez de jueces en Córdoba y discípulo de Qāsim b. Aṣḡab²¹⁴⁷. La misma reza que la expresión en “*favor de mi hijo*” lleva

hijos, su parte sería para quien permaneciera de ellos y quien hubiera muerto. La opinión más extendida de Ibn al-Qāsim es que tiene preferencia entre ellos el pobre frente al rico, y quien tenga familia frente a quien no la tenga. Y cabría decir: no tiene nadie preferencia frente a su compañero ni por la necesidad ni por tener familia numerosa; esta es la opinión de Ibn Māyīšūn y sobre ella actuamos con relación a los *aḥbās sucesorios*, como el de esta cuestión, porque la descendencia de al-Faḍal únicamente se ha incluido en este *hubs* por los testimonios del texto, sobre su inclusión en caso de extinguirse los descendientes de Yūsuf por el llamamiento en los *aḥbās*, según se ha mencionado en tu pregunta. De Dios es el éxito. Esta es la opinión de Muḥammad b. Ruṣd.

a Muḥammad dijo: se ha atribuido al juez Ibn Zarab quien dictó una fetua sobre la expresión del fundador “en favor de mi hijo”, en la que incluye al hijo de las hijas. También se dice que están incluidos por la estipulación del fundador y su documento y no por la opinión de Mālik; después, se retractó y dijo que eran iguales.

implícita los hijos de las hijas. El fundador de la escuela, en un primer momento era de un parecer distinto, pero rectificó. Se puede consultar las respuestas jurisprudenciales de este ulema andalusí recopiladas por el profesor de la Universidad de Fez Ḥaydar Laḥmar²¹⁴⁸.

^aسؤال ثانٍ من هذا المعنى: جواب الفقيه الأجل ادام الله تأييده في عقد تضمن تحبيس فلان على إبنيه فلان وفلان بجميع أرضه بالسوية بينهما والإعتدال حبسها عليهما وعلى أعقابهما حبساً مؤبداً وثم عقد الحبس على واجبه وحوزه، ومات الأب والإبنان بعده وتركاً عقباً كثيراً وعقب أحدهما أكثر من عقب الآخر، وفي بعضهم حاجة، فكيف ترى قسمة هذا الحبس بين هؤلاء الأعقاب، هل على الحاجة، أم السوية، أم يبقى في يد كل عقب ما كان في يد أبيه، وجه لنا رأيك في ذلك نعتمد عليه إن شاء الله مأجوراً. الجواب: تصفحت -أدام الله توفيقك- ونهج إلى كل صالحة طريقك سؤالك هذا ووقفت عليه الواجب في هذا الحبس إذا كان الأمر فيه على ما وصفت أن ينقسم على أعقاب الولدين جميعاً على عددهم، وإن كان عقب الولد الواحد أكثر من عقب الوالد الآخر بالسواء إن استوت حاجتهم، وإن اختلفت فضل ذي الحاجة منهم على من سواء، بما يؤدي إليه الإجتهد على القدر، قلة عياله أو كثرتهم لا يبقى بيد كل واحد منهما كما كان بيد أبيه وبالله التوفيق، قاله: محمد بن رشد²¹⁴⁹.

El *al-faqīh* ceutí incorpora otra cuestión a la pregunta principal. El fundador estipula que se reparta por partes iguales entre sus dos hijos y tras ellos para sus descendencias con carácter perpetuo. Se cuestiona al ulema acerca del reparto entre ambas líneas de descendientes, cuando una es más numerosa que la otra, estando alguno de sus miembros en estado de necesidad. Aprovechando que el padre de ambos únicamente dictó la condición de la igualdad entre los hijos, el jurista establece que se sumará el número de todos los descendientes para dividir el total de las rentas, aunque ponderando la situación de penuria de algunos, para incrementar su parte. El juez, a falta de disposición expresa del fundador, introduce un elemento piadoso con el fin de favorecer a los que tuvieran un peor estado económico. Es necesario poner en relación esta resolución con la opinión de la escuela de Medina que no establece el requisito de validez de introducir una cláusula final en favor de los pobres en caso de que se extingan los llamados por el fundador. Tuvimos ocasión de comprobar que los seguidores de Abū Ḥanīfa son especialmente exigentes con esta condición.

a Segunda pregunta sobre este sentido: la respuesta del alfaquí excelso, Dios alargue su apoyo a él, sobre un acto que incluye la constitución de un *hubs* por fulano en favor de sus dos hijos, fulano y mengano, de todas sus tierras a partes iguales entre sus dos hijos. Un *hubs perpetuo* en favor de ellos y de su descendencia. Después realizó el acto según lo debido y procedió al traspaso posesorio. Murió el padre y los dos hijos tras él, dejando gran cantidad de descendencia, siendo la de uno mayor que la del otro; alguno de ellos estaba en situación de necesidad. ¿Cómo ves que se haya de realizar el reparto de este *hubs* entre estos descendientes? ¿Según sus necesidades? ¿A partes iguales? ¿O cada línea mantiene lo que le correspondió a su padre? Dirige a nosotros tu respuesta para que podamos basar en ella nuestro fallo. Si Dios quiere, tendrás tu recompensa.

La respuesta: he hojeado -Dios prolongue tu éxito y guíe tu camino hacia la virtud- tu pregunta y me he detenido en ella; lo que se ha de hacer con este *hubs*, si el asunto, es como los has descrito, es que se divida entre la descendencia total de los dos hijos en función de su número, aunque sea la de uno mayor que la de otro, en partes iguales, si sus necesidades son iguales; si fueran distintas las necesidades de alguno de ellos, se haría ponderando la cantidad en virtud de esa necesidad, tanto si su familia fuera mayor como menor; cada línea no dispondría de la cantidad que tuviera en su poder su padre antes que ellos y de Dios es el éxito. Es la opinión de Muḥammad b. Ruṣd.

^a رجل وقف عليه، ثمة على أولاده، ثم على أولادهم ونسله، وعقبه ذكراً أو أنثى*(للذكر مثل حظ الأنثيين)* [النساء. 11]، على أن من توفي منهم عن ولد، أو نسل عاد ما كان جارياً عليه من ذلك على ولده، ثم على ولد ولده، ثم على نسله على الفريضة. وعلى أن من توفي عن غير نسل عاد ما كان جارياً على من في درجته من أهل الوقف المذكور، يقدم الأقرب إليه فالأقرب، ويستوى الأخ الشقيق، والأخ من الأب، ومن مات من أهل الوقف قبل إستحقاقه لشيء من منافع الوقف، وترك ولداً، أو أسفل منه إستحق ما كان يستحق المتوفي لو بقي حياً إلى أن تصير إليه شيء من منافع الوقف المذكور، وقام ولده في الإستحقاق مقام المتوفي؛ فإذا إنقرضوا فعلى الفقراء.

...

| واقف | | | | |
|------|------|------------|-------|-----------------------|
| 1 | | 2 | | |
| أحمد | | عبد القادر | | |
| | 3 | 5 | 4 | |
| | | عمر | علي | لطيفة |
| | | | | محمد مات في حياة أبيه |
| | 1 | 1 | | 1 |
| | | | | |
| | عقيم | زينب | فاطمة | عبد الرحمن |
| | | عقيمة | | |

فإلى من ينتقل نصيب فاطمة المذكورة.

[...] قلت: وحاصل ما إختاره السيوطي: أن إشتراط الواقف قيام الولد من مات قبل الإستحقاق مقامه معتبر؛ لأنها درجة جعلية جعلها الواقف لولد من مات قبل الإستحقاق، فيعتبر الشرط...
[...] ثم قال في الأشباه: فالحاصل: أن الوقف إذا وقف على أولاده، أو أولاد أولاد، وعلى أولاد أولاد أولاده، وذريته طبقة بعد طبقة، وبطننا بعد بطن تحجب الطبقة العليا السفلى على أن من مات عن ولد فنصيبه لولده، ومن مات عن غير ولد فنصيبه إلى من هو درجته، وذوي طبقته، وعلى أن من مات قبل دخوله في هذا الوقف، وإستحقاقه شيء من منفعه، وترك ولداً، وولد ولده، أو أسفل إستحق ما كان يسحقه أبوه لو كان حي²¹⁵⁰.

El ulema *ḥanafī*, damasceno decimonónico, Muḥammad Amīn b. ‘Ābidayn, nos trasmite la polémica que ha suscitado la cuestión, en los *awqāf sucesorios*, del derecho de representación de los hijos en las cuotas de sus padres y la posibilidad de que el fundador estipule que los descendientes de la persona que muriera antes de tener derecho a las rentas (como estudiamos al analizar el momento del nacimiento del derecho de los beneficiarios, se ha de estar al momento de la cosecha o

a Un hombre constituye un *waqf* en su favor, siguiéndole sus hijos y los hijos de estos y su descendencia y sucesores, varones y hembras *(para el varón como la parte de dos hembras)* [al-Nisā':11], con la condición de que quien muera entre ellos dejando un hijo o descendencia su parte pasaría a su hijo y a los hijos de este y su descendencia según las cuotas hereditarias; con la condición de que quien muriera sin descendencia su parte sería para los beneficiarios de su grado, con preferencia al más cercano, teniendo la misma prelación el hijo de padre y madre que el de padre solo; quien muriera entre la gente del *waqf* antes de tener derecho a algo de sus rentas, dejando un hijo, u otro descendiente, tendría derecho a la parte que le hubiera correspondido al fallecido en caso de permanecer con vida hasta hubiera sido titular del derecho, ocupando el hijo el lugar del fallecido. Si se extinguieran, sería para los pobres.

¿De quién sería la parte de la mencionada Fāṭima?

[...] Dije y es lo que ha elegido al-Suyūfī: la condición del fundador de que quien muriera antes de tener derecho su hijo ocupe su lugar ha de ser tenida en cuenta, porque es un grado establecido por el fundador en favor del hijo de quien falleciera antes de tener derecho.

[...] Después continuó en *al-Ašbāh*: el resultado es: si el fundador constituyera un *waqf* en favor de sus hijos, los hijos de sus hijos y su estirpe, línea a línea y grado a grado, donde el grado superior impide el acceso a los de grado inferior, salvo que quien falleciera, dejando un hijo, su parte fuera para este y quien muriera sin hijos la parte de este fuera para los que están en su grado; y con la condición de quien muriera antes de entrar en el *waqf* y tener derecho a algo de sus rentas, dejando hijos u otros descendientes, estos tendrían derecho a lo que hubiera tenido derecho su padre si estuviera vivo.

la aparición de la rentas y esta condición la alcanzarán quien cumpla la condición, de hijo en este caso, en ese preciso momento) pudiera transmitir la cuota que le hubiera correspondido a su stirpe. La regla general es que los llamamientos se producen por grados, donde la presencia de alguno de un grado superior impediría el acceso a los de grado inferior. No obstante, la voluntad de quien constituye la fundación, como ley suprema de esta, está capacitada para alterarla, introduciendo el derecho de representación en el supuesto de que el padre muera teniendo la condición de beneficiario o, incluso, estipulando que el futuro llamado que falleciera antes de obtener la condición de beneficiario transmita su expectativa de derecho a su descendencia. Las fetuas sobre el orden de prelación de los llamamientos son muy frecuentes y hemos preferido dejar el cuadro de los descendientes, aun sin transcribir los nombres, para que se vea el mecanismo de resolución de las cuestiones.

[الأخ لأب أقرب من الأخ للأم...]^a

وسئل بعض الفقهاء قرطبة عن رجل تصدق على ولده بأرض وشجر من ماله محبس عليه، فإن مات الإبن رجعت هذه الصدقة إلى أقرب الناس بالإبن مطلقاً غير محبس وإن الإبن توفيت فخلف أبا الأب وأخوين لأم ولم يكن له عقب كيف يقسم ذلك بينهم؟ فأجاب: الأخ للأب أقرب للمتصدق عليه من الأخوين للأم، إذا يجمعهم جد النسب وإليه ترجع هذه الصدقة بالشرط الذي شرطه المتصدق...²¹⁵¹

El ulema al-Wanšarīsī se hace eco de esta fetua en la que se interroga a *algunos fuqahā' de Córdoba*, sin identificarlos, sobre dos cuestiones, mas nosotros recogemos solo la primera: un *waqf* constituido por un hombre en favor de su hijo y, a la muerte de este, la fundación ha de revertir, sin este carácter de *hubs*, en la persona más cercana al hijo; el fallecimiento tiene lugar y quedan el tío paterno de y dos tíos maternos del beneficiario, vástago del fundador. Se dictamina que esos bienes (tierras y árboles) corresponden al tío paterno porque es el familiar más próximo. Estas breves líneas contienen sin embargo apuntes muy valiosos para nuestro libro: los seguidores de Mālik b. Anas permiten una institución sin la nota de la eternidad ya que el tío paterno adquiere los bienes como propiedad ordinaria, la posibilidad de que el objeto de la fundación sean unos árboles sin necesidad de estar vinculados a la tierra y, lo que en este momento nos concierne, el concepto de familia que este tipo de *waqf* tiene en cuenta, siempre y cuando el fundador no lo altere. Es una característica ya presente en la Arabia preislámica: la preferencia de la línea paterna, sobre la materna. En árabe la palabra que designa al tío paterno, *'āmm*, difiere de la que designa al tío materno, *jāl*. El carácter agnaticio de la familia árabe e islámica resulta evidente. Esta concepción del vínculo de parentesco marca esta clase de fundaciones y las interpretaciones de las estipulaciones del constituyente.

[التحبيس على بعض الولد دون بعض]^b

a [El hermano del padre es más cercano que el hermano de madre...].

Algunos *fuqahā'* de Córdoba fueron preguntados por un hombre que constituyó en *hubs* una tierra y árboles de su patrimonio en favor de su hijo; si este falleciera, este *hubs* revertiría en la persona más cercana en términos absolutos al hijo, sin ser un *hubs*. Al morir el hijo, le sucedieron el hermano del padre y dos hermanos de la madre, sin que tuviera descendencia, ¿cómo se divide entre ellos?

Contestó: el hermano del padre es más cercano al fundador que los hermanos de la madre, si los uniera a ambos el abuelo, el *hubs* revertiría según la condición impuesta por el fundador...

b [La constitución de un *waqf* en favor de algunos hijos y de otros no].

Se preguntó sobre la cuestión del *hubs* de Ibn al-Qāsim al-Lajmī al-Mālaqī en favor de sus hijos menores que estaban bajo su autoridad, los tres hijos de Maryam la hija de [...] que son [...] y los que nacieran de ellos dos, varones y hembras, todas las rentas divididas por igual, y en favor de los hijos de sus hijos, mientras tengan descendencia según el siguiente régimen: no se incluye un grado inferior mientras existan del superior; con la extinción del superior se pasa el *hubs* a quienes le sigan en la fundación, así hasta que no quede ninguno; si se extinguieran todos hasta el último, el *hubs* se destinaría de forma perpetua en favor de la gran mezquita de Málaga [...]

Contestó [...]: destinar en exclusiva un *hubs* u otra dación cualquiera e individualizarla en unos hijos descartando a otros es un asunto del que se ha establecido su negación por parte del Legislador, en textos de diversa índole y versiones complementarias. De esta manera, en el Saḥīḥayn de al-Na'mān [...] Abū al-Bašīr llegó donde el Enviado de Dios y le dijo: le he regalado a mi hijo un esclavo que era mío. Le dijo: ¿les diste a todos tus hijos algo similar? Le dijo: no. Le contestó, devuélvelo. En la versión de Muslim [...] ¿A todos les diste lo que le has dado? Dijo: no. Le contestó: no es correcto esto, yo no doy más testimonio que de la Verdad. Fin.

وسئل عن مسألة حبس ابن القاسم بن سالم اللخمي المالقي الدار على أولاده في حجره وتحت ولاية نظره، وهم أولاد مريم بنت [...] الثلاثة [...] وما يولد لهما من الذكور والإناث جميع الكراء بالسوية والإعتدال، وعلى أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا على حكم ما ذكر، ولا مدخل لأسفل مع وجود الأعلى، وبإنقراض الأعلى يعود الحبس لمن يليه في العقد وهكذا إلى أن لا يبقى منهم أحد، فإن إنقضوا عن آخرهم عادت هذه الأحباس حبساً مؤبداً على مسجد مالقة الأعظم [...].

فأجاب [...]، أن تخصيص بعض البنين بحبس أو غيره من العطايا وإفرادهم بها دون بعض مما ورد النهي عنه من الشارع نصاً من طرق متعددة وروايات متعاضدة ففي صحيحين عن النعمان [...] أن أبا بشير أتى به رسول الله، ص، فقال له نحلته إني هذا الغلاماً كان لي، فقال، ص، ((أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ فقال لا، فقال، ص، أرجعه.)) [...] وفي رواية مسلم، قال [...] أفكلهم أعطيت مثل ما أعطيت؟ قال لا، قال فليس يصلح هذا وإني لا أشهد إلا على الحق)). إنتهى.

فدلت روايات من هذا الحديث الكريم النبوي على تحريم إعطاء بعض البنين دون بعض منها [...] وإذا فإنه عليه السلام أوماً إلى علة منع تخصيص العطاء ببعض دون بعض، وهي مخافة أن يقع من الممنوع تقصير في البر لوالده، وذلك ممنوع محرم، وسبيلة المحرم محرمة [...]. ولما تتكلم الإمام أبو عبد الله المازري على مسألة إخراج البنات من الحبس، وحكى الأقوال المنصوصة فيها، نقل عن بعض شيوخه أن الأقوال المذكورة في إخراج البنات من الحبس جارية في مسألة إعطاء بعض البنين دون البعض، وسلم ذلك له، ونحو هذا يظهر من كلام القاضي أبي الوليد الباجي، فيحسن على مقتضى هذا كله ما أفتى به المتأخرون من محققي الشيوخ المشار إليه في السؤال، لأن المسألتين عنده سواء، وحكمها متحد...²¹⁵²

El filósofo y jurista cordobés Averroes, en un fragmento al que acudimos para estudiar la finalidad de la fundación²¹⁵³ nos describe que la mayoría de los ulemas, si bien lo consideran moralmente odioso y reprobable, estiman lícito donar o destinar un *waqf* en exclusiva a uno de los hijos en perjuicio de los otros o, incluso, llamar a extraños y no hacerlo con la propia prole. Por su parte, Mālik cuya opinión es seguida por la escuela a la que se adscribe quien fue juez principal en la Sevilla Almohade, prohíbe descartar al resto de los hermanos, aunque permite la mejora de uno en perjuicio de los demás. Esta fetua de *al-Miy'ār* retoma esta polémica. El *waqf* que sirve de pretexto a la controversia se funda en Málaga a favor de los hijos que un hombre tiene con determinada esposa y la descendencia de estos. El jurista, el cual no está identificado, apoyándose en un dicho del profeta que reprocha a uno de sus compañeros haber regalado un esclavo a uno de sus hijos sin hacer lo mismo con los demás, considera que no es lícito excluir a unos hijos en beneficio de los otros. A modo de juicio de autoridad, recoge el parecer de Abū 'Abd Allāh al-Māzirī, alfaquí originario de Sicilia y muerto en el año 1141 en la ciudad tunecina de al-Mahdiyya²¹⁵⁴, quien afirma que, como consecuencia de este principio, no se puede discriminar a las hijas, privándolas de las rentas de este tipo de *aḥbās*. De acuerdo con este fallo aparece también el juez Abū al-Walīd al-Bāyī, nacido en la ciudad portuguesa de Beja en el año 1012 y fallecido alrededor del año 1081, tras un periplo por el Ḥiḡāz en la Península Arábiga, región donde ese encuentran La Meca y Medina, en Almería²¹⁵⁵.

^aمقالة مفيدة في الأحباس.

Estas versiones de este hadiz honorable demuestran la prohibición de dar a algunos hijos y no a otros [...] Entonces, el profeta señala la razón de la prohibición de dar en exclusiva las daciones a unos y descartar a los otros, por temor a que sea haga por algo prohibido, pues el medio hacia lo prohibido está proscrito [...]. Cuando el imán Abū 'Abd Allāh al-Māzirī sobre la cuestión de la exclusión de las hijas del *ḥubs*, exponiendo las opiniones, derivadas de varios de nuestros jeques, se refiere a que esta cuestión de la exclusión de las hijas está incluida en el mismo asunto de dar en exclusiva a unos frente a otros. Así se desprende de las palabras del juez Abū al-Walīd al-Bāyī y se debe dictar el fallo según las fetuas de los más recientes ulemas de los indicados en la pregunta, porque ambas cuestiones son iguales y tienen un mismo régimen...

a Tratado útil sobre los *aḥbās*.

El alfaquí al imán, juez principal de Córdoba, Abū 'Abd Allāh Muḡammad b. 'Alī b. Ḥamdīn: quien dice que esta casa es un *ḥubs* en favor de sus hijos, mencionando el masculino de hijo pero sin nombrar sus descendientes, está incluyendo en la generalidad de la expresión y su sentido todo aquel que recibe el nombre de hijo del fundador; este es el hijo de su progenie, varón o hembra y los hijos varones de sus hijos, mientras se reproduzcan; es la opinión de Mālik, Dios tenga piedad de él, porque el nombre hijo se aplica y es obligatorio para ellos. Al ser un término especial para los hijos, se aplica exclusivamente a los hijos de su progenie, no al resto de los varones de los que su linaje derivan del fundador y sus descendientes; no están incluidos los hijos, hembra, de sus hijos, pues no son hijos de su abuelo el fundador. Es decir, no son sus descendientes; esta es la opinión de Mālik, Dios tenga piedad de él y quien lo sigue. Así lo menciona Ibn Wahhab en su libro sobre los *aḥbās* de la *Mudawwana*, donde dice: Mālik ha dicho que los hijos de de las hijas no tienen derecho, si el fundador ha expresado que esta casa es un *ḥubs* en favor de su hijo y su hijo y el hijo de su hijo; el hijo de sus hijas no tiene derecho. Esta opinión demuestra que no se tienen al hijo de la hija como hijo de su abuelo, el

للفقيه الإمام القاضي على جماعة بقرطبة أبي عبد الله محمد علي ابن حمدين: ومن قال هذه الدار حبس على أولادي، فأجمل ذكر الولد ولم يأتي بذكر أعقابهم، فإنه يدخل في عموم هذا اللفظ ومعناه كل من يقع عليه اسم الولد للمحبس، وهم ولده لصلبه ذكراً كان أو أنثى، وولد الذكر من ولده، ما تناسلوا وتناهوا عند مالك رحمه الله، لأن اسم الولد واقع عليهم ولازم لهم، ولم يجعل قوله على ولدي لفظاً خاصاً لأعيان والد، فينفرد ولد الصلب، دون سائر من ذكر ممن يرجع بنسب ولادته إلى المحبس من الأعقاب، ولا يدخلون في ذلك ولد إناث الولد، إذ ليسوا بولد جدهم المحبس. أي ولا يعقب له، هذا قول مالك رحمه الله ومن يقول بقوله، كذا ذكر ابن وهب عنه في كتاب الأحباس من المدونة قال: وقال مالك ليس لولد البنات شيء إذا قال هذه الدار حبس على ولدي فهي لولده وولد ولده وليس لولد البنات شيء، فدللت الرواية المذكورة على أنه لم ير ولد البنات ولداً لجدهم المحبس، ولا عقباً له إذ لم يدخلهم في حبسه بلفظ الولد الذي به دخل ولد ذكران الولد من ولده، وإحتج مالك، رحمه الله تعالى على منع ولد البنات من الدخول في هذا الحبس بقول الله تعالى في آية الوصية: * (يوصيكم الله في أولادكم) *. وإجمعت الأمة على أنه ليس لولد البنات حق...²¹⁵⁶

Entre las fetuas recopiladas, al-Wanšārīsī intercala algunos tratados más teóricos sobre diversos asuntos, en particular, por lo que ahora nos ocupa, este sobre cómo debe interpretarse las expresiones utilizadas por el fundador en el acto de constitución. En concreto, el juez de Córdoba, Abū ‘Abd Allāh Muḥammad b. ‘Alī b. Ḥamdīn²¹⁵⁷, según una tradición que se remonta a Mālik b. Anas y una concepción patriarcal de la familia propia de los árabes y que continúa en el Islam, afirma que la expresión “mi hijo” únicamente va referida a sus propios hijos y a las hijas de sus hijos varones, excluyendo a los vástagos de sus hijas, porque no serían sus descendientes ni lo tendrían como su linaje.

Algunas consideraciones sobre este tipo de fundaciones las hemos expuesto previamente: la naturaleza y momento de nacimiento del derecho de los beneficiarios, la relación entre los mismos cuando coexisten varios, etc. En su contraposición a los *aḥbās* benéficos o piadosos, los rasgos principales de estos *awqāf* privados radican en la voluntad del fundador, que es quien determina las personas en cuyo favor los constituye y el orden de llamamiento entre ellos con bastante libertad. El caso paradigmático que los *fuqahā’* nos presentan sería el de los hijos y descendencia de estos mediante la distribución de las rentas por grados de filiación por partes iguales entre todos los existentes, comenzando por el más próximo y bajando sucesivamente conforme cada grado va extinguiéndose. A pesar de que los ulemas sienten ciertos escrúpulos, en general, admiten la exclusión de algunos hijos o de todos; sin embargo, algunos adicionan ciertas normas subsidiarias, aprovechando las lagunas de las disposiciones originales para favorecer a los descendientes con una situación más precaria. De esta manera, los juristas se limitan a desarrollar normas interpretativas de las cláusulas establecidas por el fundador o supletorias, si se producen vacíos.

En su lugar, afirmamos que la presencia de un conjunto de personas que ostenta la condición de beneficiario implica la existencia de una mera comunidad de bienes; también, pudimos comprobar que la mayoría de las facultades que les corresponden como titulares de un dominio directo son ejercidas por el administrador. Tampoco merece esta clase de fundaciones el interés de los viajeros ni la intervención del poder público; es más, comprobamos como los alfaquíes prohíben a los gobernantes la constitución de este tipo de *waqf*. No obstante, las fetuas aportan una visión bastante vívida del concepto de familia propia del *fiqh* a lo largo de los siglos y en las diversas regiones en las que se aplica.

El interés de este tipo de bienes habices de tipo familiar, sin llegar a la importancia de las fundaciones benéficas para nuestro estudio sobre la personalidad jurídica, no es baladí. Ciertas reticencias de los ulemas nos demuestran que no gozan del mismo impulso legislativo que estas, por lo que, si llegamos a la conclusión de que esta figura, el *waqf*, está incorporada en el marco del derecho islámico como sujeto de derecho en un plano similar al del hombre, más que un privilegio o excepción que pretende fomentar la caridad de los fieles, nos encontramos ante una característica intrínseca a los propios *awqāf*.

fundador, ni es su descendiente, no incluyéndose en su *ḥubs* con la expresión “el hijo”, por la que se incluyen los hijos de los hijos varones. Mālik argumenta su exclusión de los hijos de las hijas con lo que dice Dios el Altísimo en su aleya del legado: “Dios os lega en vuestros hijos”. La *umma* ha llegado a un consenso sobre que los hijos de las hijas no tienen derecho...

7.6 El contenido de la relación jurídica.

La constitución de cualquier tipo de *awqāf* supone un negocio jurídico en el que aparecen diversos sujetos y un conjunto de normas que regulan la situación de cada uno y sus interacciones: el fundador (el cual, por ley de vida, tarde o temprano desaparecerá aunque alguna escuela lo mantenga como propietario del dominio directo), los beneficiarios y un personaje cuya misión es gestionar los bienes y satisfacer con su producto el derecho de aquellos.

7.6.1 Propiedad del bien habiz y derechos de los beneficiarios

Esta cuestión ha venido siendo objeto de un seguimiento por nuestra parte en otros apartados de esta investigación que, en principio, no estaban dedicados a la institución. Ahora nos veremos obligados a retomar algunos textos que hemos comentado con anterioridad por motivos de claridad expositiva, con el fin de continuar la exégesis del régimen jurídico del *waqf* de forma sistemática y lógica.

^aص: (الملك للواقف) ش: ظاهره حتى في المساجد. ونقل القرافي الإجماع على أن المساجد إرتفع عنها الملك وهو خلاف ما حكاه في أول الحبس من النوادر أن المساجد باقية أيضاً على ملك محبستها والله أعلم. ونصه في أثناء الترجمة الأولى في الإستدلال على جواز التحبب والرد على شريح القائل لا حبس على فرائض الله وبقاء أحباس السلف دائرة، دليل على منع بيعها وميراثها، والمساجد والأحباس لم يخرجها مالكا إلى مالك أحد وهي باقية على ملكه وأوجب تسبيل منافعها إلى من حبست عليه فلزمه ذلك كما يعقد في العبد الكتابة والإجارة والإسكان وأصل الملك له، فليس للورثة حل شيء مما أوجب في المرافق وإن كان الملك باقية عليه²¹⁵⁸.

En sus comentarios sobre la obra de Jalīl, al-Ḥaṭṭāb, nacido en el año 1498, en La Meca, aunque de origen magrebí, seguidor de Mālik b. Anas y sufi²¹⁵⁹, afirma, en este texto que se encuentra en nuestro tercer capítulo, que la propiedad del bien habiz, también en el caso de las mezquitas, continúa en la esfera jurídica del fundador. No obstante, señala la presencia de una corriente que no está de acuerdo y cree que en el caso del templo sale de la misma, sin especificar a la de quién.

^b5875- حدثنا أحمد بن عبد الرحمن بن وهب، قال: حدثني عمي [...] إستشار رسول الله، ص، في أن يتصدق بمال بتمم فقال رسول الله، ص، ((تصدق به تقسم ثمره وتحبس أصله لا تباع ولا توهب)).
قال أبو جعفر: فذهب قوم إلى أن الرجل إذا أوقف داره على ولده وولد ولده ثم من بعدهم في سبيل الله أن ذلك جائز وأنها قد خرجت بذلك من ملكه إلى الله، عز وجل، ولا سبيل له بعد ذلك إلى بيعها، وإحتجوا في ذلك بهذه الآثار.
وممن قال بذلك أبو يوسف ومحمد بن الحسن رحمة الله عليهما وهو قول أهل المدينة وأهل البصرة.

a (La propiedad es del fundador): es evidente incluso en las mezquitas. Al-Qarāfi ha transmitido el consenso sobre el levantamiento de la propiedad de las mezquitas; eso contradice el primero de los *hubs* de *al-Nawādir* que las mezquitas también permanecen en la propiedad del constituyente y sólo Dios sabe. Y ha decretado en su primera biografía acerca de su inferencia sobre la validez del *waqf* y la contestación a Šarīḥ que opina que no cabe un *waqf* en las cuotas hereditarias forzosas impuestas por Dios y sobre la continuidad en vigor de los *awqāf* de los antepasados, es una prueba de la prohibición de su venta y su herencia. Y las mezquitas y los *hubūs* no salen de su propiedad a la de otro, sino que permanecen en su propietario y sus utilidades son explotadas en favor de los beneficiarios, y eso es obligatorio como cuando se perfeccionan los contratos de manumisión, arrendamiento, habitación, y el bien raíz es de su propiedad. Y los herederos no pueden resolver lo que ha dispuesto, pues continúa siendo el propietario.

b 5875. Aḥmad b. ‘Abd-l-Raḥmān b. Wahhab nos contó: dijo: nos contó mi tío [...] que este consultó al Profeta de Dios, las bendiciones sean sobre él, que quería constituir una fundación con los bienes del reparto del botín de Ṭamag, y el Profeta de Dios le contestó: “constituye la fundación, divide los frutos y retén el bien raíz sin venderlo ni donarlo”.

Ŷa‘far dijo: algunos opinaron que, si un hombre constituye un *waqf* sobre su casa en favor de su hijo y el hijo de su hijo, después de ellos en un fin piadoso, es válido y de esta manera el bien sale de su propiedad a la de Dios, Todopoderoso, y ya no podrá después de eso venderlo, y argumentan con el anterior hadiz.

Y quien opina así Abū Yusūf, Muḥammad b. al-Muḥsin, Dios se apiade de ellos, y es la opinión de la gente de Medina y de Basora.

Y otros los contradecían, entre ellos Abū Ḥanīfa y Zafar b. al-Ḥuḍayl, quienes opinaban: eso es todo herencia que no sale de la propiedad del que constituyó el *waqf*.

وخالفهم في ذلك آخرون منهم أبو حنيفة وزفر بن الهذيل رحمة الله عليهما. فقالوا: هذا كله ميراث لا يخرج من ملك الذي أوقفه بهذا السبب²¹⁶⁰.

Este autor *ḥanafī*, cuyo texto también comentamos en el mismo capítulo que el anterior, al-*Taḥāwī*, el máximo representante de esta escuela en el Egipto de finales del siglo IX y principios del X²¹⁶¹, analiza el hadiz de Muḥammad que fundamenta la validez de la constitución de un *ḥubs*. Según el mismo, el dominio directo del bien, objeto de la fundación, saldría de la propiedad del constituyente, transmitiéndose a la de Dios.

^aقال لأبو جعفر: فذهب قوم إلى أن الرجل إذا وقف داره على ولده ولده ثم من بعدهم في سبيل الله أن ذلك جائز وأنها قد خرجت بذلك من ملكه إلى الله ولا سبيل له بعد ذلك إلى بيعها.
فإن قال قائل: أ فخرج الأرض بالوقوف من ملك ربها بوقفه إياها لا إلى ملك مالك؟ قيل له: وما تُنكر من هذا وقد إتفقت أنت وخصمك على الأرض يجعلها صاحبها مسجداً للمسلمين ويُخلى بينهم وبينها أنها خرجت بذلك من ملكه لا إلى ملك مالك ولكن إلى الله²¹⁶².

Este mismo ulema confirma esta conclusión de la escuela en este texto al que acudimos al abordar los posibles antecedentes históricos de la personalidad jurídica: mediante el hecho de constituir válidamente la institución, el fundador se despoja de la propiedad del bien en favor de Dios.

Por su parte, los *ḥanbalīes*, representado por Ibn Raḡab, nacido en Bagdad y muerto en Damasco en el siglo XIV²¹⁶³, en este fragmento que mencionamos en el capítulo segundo, opinan:

^bالموقوف عليه هل يملك رقية الوقف أم لا؟ في المسألة روايتان معروفتان: أشهرهما: أنها ملك للموقوف عليه. والثاني: لا، فعلى هذه هل هو ملك للواقف أو لله تعالى فيه خلاف أيضاً²¹⁶⁴.

En la tesis mayoritaria, asignan la propiedad del bien habiz también a los beneficiarios, siendo titulares de la propiedad directa del bien, además de las rentas, frutos, etc. de los mismos.

En cuanto a al-*Šāfi* parece compartir la tesis anterior:

^c[...] ولا يجوز أن يخرجها من ملكه إلا إلى مالك منفعة له فيها يوم يخرجها إليه²¹⁶⁵.

Por último, la escuela de Medina en estos textos a los que hicimos referencia en los antecedentes históricos, representados por al-*Ḥaṭṭāb* y una fetua que forma parte de la recopilación realizada por al-*Wanšarīsī*:

^dقال ابن عرف: الوقف مصدرأ إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازمان بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً.
[...] أن المساجد باقية أيضاً على ملك محسبها والله أعلم²¹⁶⁶.
[...] وأما ملك العين المحبسة فهو باقٍ للمحبس، أعني رقية الموقوف الخ²¹⁶⁷.

Esta escuela mantiene la propiedad en el fundador, incluso de forma *·supuesta·*, no real, después de su muerte.

a Le dijo a Abū Ŷa'far: Algunos creían que el hombre, si constituyera en *waqf* su casa en favor de su hijo y el hijo de este y quienes vinieran después, según Dios manda, sería válido y, de esta manera, saldría de su propiedad la casa, a la propiedad de Dios y ya no podría venderla. Han preguntado: ¿la tierra sale de la propiedad del dueño que la constituya en *waqf* no a la propiedad de otro? Se le ha dicho: y qué se niega de ello, si estáis de acuerdo tú y tu contrario en que la tierra que su propietario convierta en mezquita para los musulmanes sale de su propiedad no hacia otro, sino hacia Dios.

b ¿El beneficiario del *waqf* es dueño de la *nuda* propiedad del *waqf*? En esta cuestión existen dos opiniones conocidas: la más común dice que es dueño. La segunda, que no y en ella también hay controversia sobre si es propiedad del fundador o de Dios.

c No es válido que salga de su propiedad más que a la del propietario de los frutos el día de la salida.

d Ibn 'Araf ha dicho: el *waqf* es una fuente de dación del usufructo de algo por el tiempo que dure. No tiene plazo la permanencia de su propiedad en quien la realizó (la dación) aunque fuera de forma ficta [...]

Las mezquitas permanecen en la propiedad de su fundador y Dios es el mejor conocedor. Y en cuanto a la propiedad del bien habiz, permanece en su fundador, quiero decir la *nuda* propiedad.

^a وسئل سيدي العربي بردلة عن غريم مات وترك أولاداً و لهم مقدم عليهم، وترك أصولاً محبسة على الأقباب؛ ثم فرب الدين يطلب دينه فظن المقدم لزومه للأولاد ويقضي منه ومن غلة الحبس، فقال لرب الدين: أسقط منه كذا وأتكفل لك بالباقي ففعل، ثم إمتنع الأولاد من إعطاء الدين من غلة الحبس، فهل سيدي يلزمهم ذلك أم لا؟ وعلى عدم لزومه فهل ينحل ضمان عن هذا الضامن؛ لأنه إنما ضمن لظنه لزومه أم لا؟

فأجاب: بأن رب الدين لا حق له في غلة الحبس الذي إنتقل إلى الأولاد، إنما له إتباع ما خلفه الهالك إن خلف شيئاً، وهذه الغلة ليست من متخلف الهالك، وله أن يتبع الكفيل؛ لأن كفالة هذا المقدم لازمة والظن الذي ظنه لا يسقطها عنه، والله أعلم²¹⁶⁸.

Esta fetua nos sirvió en el capítulo tercero para marcar la frontera entre el concepto de herencia islámico y de los ordenamientos latinos. Otra perspectiva de este vínculo nos la muestra esta respuesta; en esta ocasión, nos centramos en la transmisión de los derechos y obligaciones por herencia y el derecho de los beneficiarios. El planteamiento, algo rebuscado, radica en un deudor que fallece dejando hijos, quienes son, a su vez, beneficiarios de un *waqf* constituido por el finado. Además, se crea una fianza, pero no influye en nuestro análisis. Nuestro interés se centra en rastrear contra qué bienes puede dirigirse el acreedor. Los frutos del bien habiz no responderían porque se transmiten a los hijos del causante, no formando parte del patrimonio del deudor (el causante) y, además, no son considerados como parte de la herencia, a pesar de que los bienes raíces productores continúan siendo propiedad del mismo, ficticiamente, pero *extra commercium*. El titular del derecho de crédito únicamente puede satisfacerlo con los bienes que haya dejado el causante ajenos al *waqf*, no con el patrimonio personal de los herederos, en el que estaría incluida la cosecha del bien habiz.

^b وسئل عن حبس عليه وعلى إخوانه تسعة فدادين من الأرض المراثية فلحق واحداً منهم دين ولم يجد ما يقضي به دينه فسجن وطال سجنه، فأراد الغرماء بيع بعض هذه الحبس لقضاء دينه [...] إلخ.

فأجبت: الحمد لله، لا وجه لبيع هذا الحبس في هذه المسألة؛ لأنه المحبس عليه إنما يملك منفعته مدة حياته وهي مجهولة، والبيع المجهول لا يصح، وأما رغبة الحبس لا يملك فيها أصلاً فلا تباع في الدين بحال؛ لأنها باقية على ملك المحبس. كما قال في "المختصر": "والمالك للواقف وقد نص على منع بيع الحبس غير واحد، قال ابن سهل في "أحكامه الكبرى": "أجمع مالك وأصحابه على منع بيع الأحباس [...] إلخ. وقال ابن سلمون: وأما العقار -أي المحبس- فلا يباع باتفاق، إلا أن يشترط ذلك المحبس. وقال العبدوسي: إذا لم يكن في الربع المحبس خراب ولا عدمت منفعته فلا تجوز معاوضته بحال وإن عوض عنه بمائة الف²¹⁶⁹.

Hemos comprobado cómo, según las tesis de la escuela *mālikī*, la propiedad sobre el dominio directo o *nuda* propiedad de los bienes constituidos en *waqf* corresponde al fundador aún después de su fallecimiento. Al-Wazzānī al-Fāsī, el jurisconsulto marroquí del siglo XIX, vuelve a subrayar esta teoría en esta fetua. Entre las principales implicaciones de esta postura se encuentra la imposibilidad de los acreedores de los beneficiarios de solicitar el apremio sobre este bien para satisfacer su derecho de crédito. Asimismo, otra disquisición que nos interesará en el futuro radica en la prohibición de la ejecución sobre el derecho del beneficiario (un derecho de propiedad

a Mi señor al-'Arabī Burdalla fue preguntado por un deudor que murió dejando hijos y estos habían recibido un adelanto; dejó unos bienes raíces constituidos en *waqf* en favor de los descendientes; después el acreedor exigió su crédito, pues creía que podía cobrarse del adelanto y de la cosecha del *waqf*. Dijo al acreedor: reduce la deuda en esa cuantía y te avalo el resto y así lo hicieron. Después, los hijos impidieron pagar la deuda con la cosecha del *waqf*. Mi señor, ¿están obligados o no? Y si no estuvieran obligados, se extinguiría el aval de este avalista, pues realizó el aval creyendo que estaba obligado?

Contestó: El acreedor no tiene ningún derecho sobre la cosecha del *waqf*, que se ha transmitido a los hijos, únicamente puede perseguir lo dejado por el causante, si dejó algo. Esto es así porque la cosecha no forma parte de la herencia del fallecido. Sí puede dirigirse contra el avalista, porque el aval del anticipo es obligatorio y lo que creía no lo anula. Y solo Dios sabe.

b Se preguntó por uno que constituyó en *hubs* a favor de sus hermanos nueve *faddādayn* de tierras de labranza; uno de estos tenía una deuda y no tenía con qué satisfacerla, así que fue encarcelado, alargándose su prisión. Los acreedores querían vender parte de este *hubs* para pagar la deuda [...] Etc.

Contesté: gracias a Dios, no existe manera de vender el *hubs* en esta cuestión, porque el beneficiario únicamente es propietario del dominio útil mientras viva, lo que es desconocido y la venta de los desconocido no es válida. En cuanto al dominio directo no es de su propiedad en modo alguno, por lo que no se puede vender para satisfacer la deuda, ya que permanece en propiedad del fundador. Como ha dicho en el *Muṭṭasār*: la propiedad es del fundador y más de uno ha establecido la prohibición de la venta del *hubs*: Ibn Sahl en sus *Aḥkām al-Kubrā*: Mālik y sus compañeros están de acuerdo en prohibir la venta de los *aḥbās* [...] etc. Ibn Salmūn: en cuanto al inmueble -es decir, el *hubs*- no se vende y existe consenso, salvo que el fundador lo estipule. Al-'Abdūsī: si el cuarto constituido en *hubs* no está destruido ni su utilidad es inexistente, no se puede realizar negocios con contraprestación, aunque esta fuera de cien mil.

vitalicio sobre el dominio útil o usufructo), pues su fundamento legal es lo desconocido del mismo, dado la indeterminación a priori de la duración de la vida humana. Antes también hemos realizado alguna referencia y la postura radicalmente opuesta a cualquier tipo de falta de delimitación del objeto de los negocios jurídicos supone un laste en el desarrollo de los mismos.

^aوسئلت عن حبس نصف داره بفاس وقال: يكرى النصف المذكور، ويشترى بكرائه السفنج ويفرق على الفقراء والمساكين الخ [...] ثم إن ثلاثة من أولاده إحتاجوا ولم يجدوا محلاً للسكنى إلا بالكراء، وأرادوا أن يسكنوا في هذا النصف لكونهم فقراء ويترجون على غيرهم لشدة قربهم من المحبس إذ هم أولاده، فهل لهم ذلك أو لا؟ [...] فأجبت عن ذلك: الحمد لله، لا مزيد على ما سطرناه في النازلة قبل هذا، وقد أتينا على ذلك نصوص صريحة لا يسع المنصف إنكارها، وقد نص شراح المختصر في باب الوقف وغيرهم أن الحبس صدقة، وفسر الأئمة به قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح: "إذا مات ابن آدم إنقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية" الحديث. أي مستمرة باقية بعد الموت وهي الحبس²¹⁷⁰.

Es la segunda vez que nos apoyamos en este fragmento de una fetua de Muḥammad b. al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī. Al comienzo de este capítulo, apuntalaba la identificación entre el *hubs* y la *ṣadaqa*. En esta ocasión, supone una visión un tanto filosófica de la fundación: es una *ṣadaqa*, limosna, que permanece tras la muerte del donante, que esta escuela jurídica ortodoxa traduce en una propiedad eterna *post mortem* de quien la realiza.

^b[مطلب أقر ذو اليد بأرض أنها ملك فلان فلم يصدقه ثم رجع إلى تصديقه] قلت: أليس من قول أصحابنا أن رجلاً لو أقر بأرض في يديه لرجل فقال هذه الأرض لك فقال المقر له ليست هذه الأرض لي ثم رجع بعد ذلك إلى تصديق المقر فقال هذه الأرض أرضي أنها لا تكون له إلا أن يقر المقر ثانياً له بالأرض؟ قال. بلى؟ قلت: فما الفرق بين هذا وبين الوقف؟ قال: من قبل أن الوقف لما أقر به المقر أنه وقف لم يصير ملكاً لأحد بإنكار المنكر لذلك فلما رجع المنكر إلى تصديق المقر رجعت الغلة إليه والقر بالأرض لما أنكر المقر له ذلك عادت الأرض إلى ملك صاحبها فلا تصير للمقر له إلا بإقرار ثاني...²¹⁷¹

La peculiar reglamentación de la propiedad en el *waqf*, en este caso los *ḥanafīes*, como el ulema al-Jaṣṣāf del que extraemos el texto, establecen que la propiedad pasa a ser de Dios, afecta a otras cuestiones jurídicas. Si el favorecido con la confesión de la propiedad de una tierra negara las misma y luego se retractara de la negativa, necesitaría una segunda declaración para que su derecho quedara confirmado. En el caso del *waqf*, esta segunda confesión deviene innecesaria, porque el beneficiario en ningún caso se convertiría en propietario del dominio directo o *nuda* propiedad, todo lo más, en beneficiario o propietario del dominio útil o usufructo.

^c[عدم جواز بيع الحبس وإن كان لمصلحة]

a Se me preguntó sobre un hombre que había constituido como *hubs* la mitad de su casa en Fez, estipulando: se arrienda la mitad mencionada para comprar con la renta esponjas para repartirlas entre los pobres y menesterosos, etc. Después, tres de sus hijos pasan a un estado de necesidad y no tienen ningún sitio para vivir, más que arrendando; quieren habitar esa mitad de la casa por ser pobres y alegando que han de ser preferidos frente a otras dado su parentesco con el fundador, siendo sus hijos. ¿Les corresponde o no?

[...] Contesté a ello: gracias a Dios, no hay que añadir nada más a lo efectuado en la fetua anterior y hemos aportado textos explícitos que el justo no puede negar. Quien realizó la exégesis de *al-Mujtaṣar* en el capítulo sobre el *waqf* y otros dijo que el *hubs* es una *ṣadaqa*; y los imanes han explicado de esa manera el hadiz correcto: "Si un hijo de Adán muriera, sus trabajos se extinguirían menos tres: la *ṣadaqa* en vigor". Es decir continúa, permanece después de su muerte y es el *hubs*.

b [Sección. Quien tiene en su mano una tierra y confiesa que es propiedad de fulano, no es confirmado pero posteriormente sí].

Dije: ¿acaso no es una opinión de nuestros compañeros que si un hombre confesara que una tierra que está en sus manos es de otro hombre, y quien hubiera sido beneficiario de esa confesión dijera que esa no es su tierra y después revocara eso y confirmara la confesión, diciendo que la tierra es de él, no sería propietario de la misma a no ser que el primero confesara una segunda vez? Dijo: por supuesto. Dije: ¿cuál es la diferencia entre esto y el *waqf*? Dijo: porque el *waqf*, al confesar la persona que es un *waqf*, no se convierte en propiedad de nadie si alguien contradijera esa confesión; por ello, al revocar el contradictor sus palabras, la cosecha volvería a él, mientras que el confesor de la propiedad de la tierra, al negarlo el favorecido, la tierra iría a su propietario, así que no lograría el favorecido por la confesión la propiedad más que con una segunda confesión...

c [Ausencia de licitud de la venta del *hubs* aunque fuera beneficiosa].

Se le preguntó por un lugar que estaba constituido como *hubs* en favor de una antigua mezquita, en el que un sexto pertenecía a una *rābiṭa*, lo que supone un perjuicio para esa vieja mezquita. ¿Se ha de intercambiar por otro lugar entre los *aḥbās* de la mezquita para poner fin al perjuicio o no?

وسئل عن موضع كان حبساً على المسجد العتيق وكان فيه سدس لرابطة، وذلك يضر بحبس المسجد العتيق، فهل يبذل بموضع آخر من أحباس المسجد العتيق ويزال الضرر أو لا؟
فأجاب: لا يجوز إبدال الحبس ولا بيعه، ويترك على ما كان عليه في السنين الماضية أعمالاً لقصد المحبس، وإتباعاً لشروطه، فلا يجوز بيعه وإن ظهرت المصلحة في بيعه لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذن²¹⁷².

Todas las escuelas jurídicas, ortodoxas o no, son unánimes en la prohibición de disponer de los bienes constituidos como *waqf*. No obstante, creemos que los seguidores de Mālik b. Anas muestran una mayor coherencia y lógica interna en su regulación, al fundamentar esta norma, como se observa en esta fetua agregada por al-Wanšārīs a su obra, en la propiedad del bien raíz cuya titularidad pertenece al fundador; consecuentemente, únicamente él podría disponer del mismo.

^a[الدار المسماة زاوية لا تلتحق بالحبس]

وسئل سيدي أبو علي الحسن بن عطية الوشرسي رحمه الله عن رجل بنى داراً وسماها زاوية وخط في جدار قبلتها صورة محراب، ثم مات فأراد ورثته بيع الدار لكونه لم يعمل فيها سبيلاً للفقراء ولا للمساكين، وإنما كان سماها زاوية فقط. فأجاب. الأملاك لا تُزال من أيدي مالكيها إلا بأمر محقق لا شك فيه لا سيما عقود المعارف المفتقرة إلى الحيابة، فإذا فقدت بطلب وللورثة بيع الدار المذكورة إن أحبوا لأنها موروثه عن ميتهم، ولا عبرة بتسميتها زاوية وهي غير مباحة للناس، ولا عبرة أيضاً بما في قبلتها من صورة المحراب إذ لا عبرة بصورة البناء ولا يدل الوقفية وحده، قال الباجي وهو ظاهر المدونة، وأنظر ما في النوادر عن ابن سحنون، ابن شاس ما هو الحبس إبطال تخصيص المالك بالمنفعة ونقلها للموقوف عليه، وسلب أهلية التصرف في الرقبة بالإتلاف والإنتقال إلى الغير، وأما ملك العين المحبسة فهو باق للمحبس، أعني رقبة الموقوف الخ. إن عرفة صرح الباجي ببقاء ملك الحبس على محبسه وهو لازم تركية حوائط الأحباس على محسبها. وقول اللخمي -آخر الشفيع- الحبس يسقط ملك المحبس غلط²¹⁷³.

Esta respuesta jurisprudencial resulta un tesoro que condensa la teoría de la escuela de los medineses sobre la institución: su relación con la limosna legal, *zakāt*, la necesidad de título y modo para el traspaso de la propiedad de los bienes en algunos negocio jurídicos que no puede ser sustituida por meros hechos formales como denominar *zāwiya* al bien o planear algún elemento que propio de una mezquita. Sobre todo, nos ofrece una definición del *ḥubs*: *la adjudicación por parte del propietario de la manfa'a del bien, trasladándola al beneficiario, arrebatando la capacidad de disponer de la raqaba mediante su destrucción o trasmisión a un tercero. En cuanto a la propiedad del bien habiz, permanece en el fundador, quiero decir la raqaba constituida en waqf*. Esta asignación de la propiedad de la nuda propiedad o dominio directo del bien al fundador provoca que esté sujeto a tributación de la limosna legal, mientras viva, por estos bienes. En el planteamiento de la duda jurídica, la ausencia de entrega posesoria de los bienes a los beneficiarios, los pobres que serán asistidos en la *zāwiya*, por parte del fundador impide que se consolide el *ḥubs* sobre la casa, a pesar del nombre que pone al edificio y planear situar un *miḥrab* en la *qibla* de la construcción.

Contestó: no es válido ni su intercambio ni su venta, se deja como estaba los años anteriores, en aplicación de la intención del fundador y siguiendo su estipulación, pues no es válido su venta, aun si apareciera algún beneficio en ella, porque sería disponer de la propiedad de otro sin permiso.

a [Las casas denominadas *zāwyya* no se incluye en el *ḥubs*].

Se preguntó a nuestro señor Abū 'Alī al-Ḥasan b. 'Aṭīyya al-Wanšārīs, Dios tenga misericordia de él, sobre un hombre que construyó una casa a la que llamó *zāwyya*, proyectando en su muro un *miḥrab*. Después falleció y sus herederos quisieron vender la casa porque no se había dedicado ni a los pobres ni a los menesteroso, únicamente era denominada *zāwiya*.

Contestó: las propiedades no dejan de estar en manos de sus propietarios hasta que se produzca un hecho seguro del que no exista duda, en especial en los contratos que precisan de traspaso posesorio; si no se produjera, se anularían y los herederos podrían vender la casa mencionada, si lo desearan, ya que sería herencia de su fallecido, sin que se tomara en consideración la expresión *zāwyya* pues no se ha puesto a disposición de la gente, tampoco lo diseñado en la *qibla*, un *miḥrab*, pues estas imágenes en la construcción por sí solas no demuestran el carácter de *waqf*. Al-Bāyī ha dicho, lo que queda claro en la *Mudawwana*, en los *Nawādir* de Ibn Saḥnūn e Ibn Šās, qué es el *ḥubs*: la adjudicación por parte del propietario de la *manfa'a* del bien, trasladándola al beneficiario, arrebatando la capacidad de disponer de la *raqaba* mediante su destrucción o trasmisión a un tercero. En cuanto a la propiedad del bien habiz, permanece en el fundador, quiero decir la *raqaba* constituida en *waqf*. Ibn 'Arfa describe a al-Bāyī que la propiedad del *ḥubs* permanece en el fundador y sobre ella se debe la *zakāt* sobre el fundador por los fondos constituidos como tales. La opinión de al-Lajmī, al final del derecho de retracto, sobre que el *ḥubs* hace decaer la propiedad del fundador es un error.

Los escritos de estos ulemas que hemos elegido confirman la partición del dominio que la perfección de este negocio jurídico produce sobre los bienes constituidos en *waqf*. Hemos analizado la naturaleza del derecho de propiedad de los beneficiarios sobre el dominio útil o usufructo de estos patrimonios. La titularidad del dominio directo o *nuda* propiedad sobre los mismos presenta bastantes variantes entre las escuelas, con las implicaciones que cada teoría trae consigo. Los discípulos de Ibn Ḥanbal, así como los de al-Šāfi‘ī imputan ambos dominios a los beneficiarios; por tanto, esta dicotomía dominical adquiere una connotación más formal que material, pues las facultades que corresponden al ejercicio de ambos derechos corresponden a las mismas personas. Su correspondencia más cercana sería la propiedad vinculada propia de instituciones denominadas de manos muertas, como por ejemplo el mayorazgo, *es decir, de propiedad en la que su titular dispone de la renta pero no de los bienes que la producen, se beneficia tan solo de todo tipo de fruto rendido por un determinado patrimonio sin poder disponer del valor constituido por el mismo*²¹⁷⁴. No obstante, la técnica jurídica es diferente, pues en el instituto castellano existe un único derecho de propiedad aunque limitado al aprovechamiento de los bienes que produzca el bien; por contra, los *ḥanbalīes* convierten a los beneficiarios de los *awqāf* en titulares de dos dominios, uno vaciado de contenido, ante la imposibilidad de disponer del mismo e, incluso, de ejercer su defensa que suele corresponder al administrador, el dominio directo, y el otro, dominio útil, del que son propietarios, no meros usufructuarios. No es descartable que esta estructura sea un expediente jurídico con el que evitar un derecho sin sujeto, toda vez que varios ulemas de ambas escuelas se inclinan por afirmar que la *raqaba* no es propiedad de nadie.

La postura de los *ḥanafīes* guarda una mayor concordancia con la naturaleza religiosa del *fiqh*; la *Šarī‘a* es un ordenamiento revelado en el que la divinidad es un sujeto más, tan real como el propio ser humano. Los *fuqahā’* que consideran a Mālik b. Anas como su maestro defienden la permanencia de la propiedad del bien *hadiz*, de forma figurada y como ficción jurídica, en el fundador mientras permanezca con vida y después de muerto; en este caso, tomar a la voluntad de este como ley suprema de la fundación es el resultado natural. En ambos supuestos, los beneficiarios se aprovechan de las rentas producidas por un tercero. De esta alteridad, se deriva la imposibilidad de los acreedores de ejecutar este dominio directo por deudas de los beneficiarios. Tampoco estarían facultados para cobrarse de ese patrimonio por créditos del propio fundador; este impedimento es connatural a la atribución a Dios de su titularidad, pero menos lógico si quien lo constituye mantiene en su esfera jurídica la propiedad de la *nuda* propiedad.

Respecto a las repercusiones en su calificación como persona jurídica, las distintas titularidades apuntan a que nos hallamos frente a un tipo especial de propiedad, dissociada en dos, mas no nos encontramos con la titularidad de un ente distinto al ser humano, más allá de lo que sea posible decir sobre Dios o la ficción jurídica de reputar como propietario a un fallecido. En este sentido, la permanencia de la propiedad sobre la *raqaba* en la esfera del fundador, aunque estuviera fallecido, propia de la escuela de Medina, o su transferencia a la titularidad de Dios, que realizan los iraquíes, constituyen mecanismos jurídicos que no precisan de la creación de un ente diferente al ser humano como sujeto de derecho. Es decir, el análisis de la propiedad del bien *habiz*, sin relacionarla con otros aspectos, alejaría al *waqf* de su calificación como persona jurídica. Tendremos que contextualizar esta cuestión a fin de poder contesta a la pregunta que nos planteamos en este capítulo.

7.6.2 Explotación de los bienes habices

Esta institución consiste, *grosso modo*, según el famoso *hadiz* que sirve de cimiento a su estructura normativa, en la *retención* de unos bienes, *liberando* sus frutos en favor de unos determinados beneficiarios. Es decir, un patrimonio cuyo dominio directo o *nuda* propiedad deviene indisponible por su titular, manteniéndose el dominio útil o usufructo en el tráfico jurídico. Este tráfico ha de producir unas rentas que se distribuirán según lo dispuesto por el fundador en

determinadas personas, grupos o cosas. En consecuencia, se ha de conseguir que este conjunto patrimonial produzca un beneficio económico con la intención de repartirlo. En este epígrafe, escucharemos las distintas formas de explotar la fundación jurídicamente traducidas por parte de los *fuqahā'*: qué contratos son admisibles, cuáles no; en qué condiciones se han de concluir y qué estipulaciones son válidas. Dejemos que los ulemas nos hagan oír su voz.

{القول في العقود} ^a

قال الدارمي في (جامع الجوامع)، ومن خطه نقلت: (إذا كان المبيع غير الذهب والفضة بواحد منهما، فالنقد ثمن وغيره مثن، وسُمي هذا العقد بيعاً، إذا كان غير نقد سمي هذا العقد معاوضة، ومقايضة، ومناقلة، ومبادلة. وإذا كان نقداً سُمي صرفاً ومصارفة [...] وإن كان المبيع منفعة سُمي إجارة، أو رقية العبد له سُمي كتابة، أو بُضعاً سُمي صداقاً أو خلع. إنتهى 2175.

En el capítulo tercero intentábamos dilucidar si el *waqf* poseía una naturaleza contractual. En aquel momento argumentábamos con este texto del jurista *šāfi'ī* de finales de la Edad Media, al-Suyūṭī, que la concepción del contrato para el *fiqh* estaba edificada sobre la compraventa: cualquier otro negocio jurídico se reconduciría a aquel con el fin de aplicar sobre él las variaciones precisas y crear su propio régimen jurídico; todo, en última instancia, sería una venta, variando el nombre concreto del acto en función de su objeto. De esta manera, si de lo que la transacción versara sobre el dominio directo de un esclavo, nos encontraríamos ante un tipo de manumisión, si fuera la vulva de la mujer, podría encuadrarse en un contrato de dote o de divorcio a petición de la mujer mediante el pago de una compensación. Según esta lógica y dado que en el *waqf* únicamente puede ser objeto de tráfico jurídico el dominio útil o usufructo, cualquier disposición del mismo, en principio, será un arrendamiento o *venta de utilidad*. Este silogismo nos lleva a una premisa en la forma de explotación de los bienes habices: el arrendamiento será el contrato por antonomasia a través del cual este patrimonio produzca un beneficio económico que será repartido entre los beneficiarios de la fundación. Obviamente, este libro no versa sobre el matrimonio islámico; el tenor literal del texto resulta bastante polémico. Desde el punto de vista jurídico, lo que se desprende, de interés para nosotros, es que la inmensa mayoría de los negocios jurídicos en el *fiqh* se desarrollan a partir del régimen jurídico de la compraventa. Asimismo, esta característica refrenda la inclinación objetiva del derecho islámico. Sin embargo, deducir que el matrimonio musulmán se limite a la compra de los genitales femeninos por el hombre sería simplificar el asunto. En cualquier caso, se trata de una materia que excede de nuestro trabajo; habría de consultarse la bibliografía sobre la materia.

^bوسئلت في ذي الحجة 1251 من نائب القدس الشريف قد توقعنا في جواب من أفتى بأن التمليك يحتاج إلى التسليم كالهبة، وإختلف إفتاء المفتين في بلادنا، فبعضهم أفتى بأنه لا يحتاج إلى التسليم [...] فأجبت بقولي: لا يخفى أن التمليك لفظ مشترك بين ما يكون بعوض، وما يكون بدونه، وأن كلا منهما قد يكون تمليك عين أو تمليك منققة، فالأول كالبيع، فإنه تمليك المال بعوض، وكالإجارة؛ فإنها تمليك المنفعة بعوض، وكالنكاح فإنه تمليك البعض بعوض لكنه

a (Sobre los contratos)

Al Darāmī, en su obra *Ŷami' al ŷawāmi'*, y de su puño y letra lo recojo, opinaba: (si el objeto de la venta es distinto del oro y la plata a cambio de uno de los dos, el dinero sería el precio y lo otro lo apreciado, se denominaría venta, si no fuera con dinero, se denominaría contraprestación, permuta o intercambio.

Si fuera dinero, se denominaría el contrato cambio [...]

Si el objeto de la venta fuera la utilidad de algo, se denominaría arrendamiento; si fuera el dominio directo de un esclavo, sería un tipo de manumisión, o fuera la vulva, se denominaría dote o divorcio a petición de la esposa que paga una compensación.

b Se me preguntó en el mes de *dū-l-ḥuŷa* del año 1251 por parte del gobernador de Jerusalén, así que nos detuvimos en la respuesta sobre quién emite fetuas acerca de si la transmisión de la propiedad necesita de entrega, como la donación, mientras que los muftíes de nuestro país discrepan, dictaminando que no precisa la entrega [...]

Contesté como sigue: no es oculto que la transmisión de la propiedad es una expresión común para lo que precisa de contraprestación o lo que no; en ambos puede transmitirse el bien o su *manfa'a*. El primero es como la venta, que supone una transmisión de un bien a cambio de contraprestación; y como el arrendamiento que es la transmisión de la *manfa'a* a cambio de contraprestación; también el matrimonio que es la transmisión de la vulva mediante contraprestación aunque sea un transmisión ficticia. Lo segundo es como la donación, que es la transmisión de un bien en el momento sin contraprestación, y como la limosna, como el legado que es la transmisión de un bien para después de la muerte sin contraprestación, y así también *al-'āryya* que es la transmisión de la *manfa'a* sin contraprestación...

تمليك حكماً، والثاني كالهبة؛ فإنها تمليك العين حالاً، بلا عوض، ومثلها الصدقة، وكالوصية فإنها تمليك العين بعد الموت بلا عوض، وكذا العارية؛ فإنها تمليك المنفعة بلا عوض...²¹⁷⁶

El ulema *ḥanafī* damasceno del siglo XIX, Muḥammad Amīn b. ‘Ābidayn, corrobora que en una época tan cercana, la definición del alquiler como el contrato mediante el cual se transmite la propiedad de la *manfa‘a* (utilidad) a cambio de un contraprestación, renta, sigue vigente en el *fiqh*. Este texto incluye otra cuestión como es la necesidad de entrega o no para que los diversos negocios jurídicos transmitan o no la propiedad, es decir, la aplicación o no en el derecho islámico de la teoría del título y el modo proveniente del derecho romano.

600*^a وقال شريك: إنما الخراج على الذي في أرضه بمنزلة الإجارة²¹⁷⁷.

Yaḥyā b. Adam, el ulema de la escuela de Kufa en el siglo IX afirma que quien está en posesión de las tierras que están calificadas como de *jarāy* paga una cantidad, especie de impuesto que recibe el mismo nombre, con la misma naturaleza jurídica que la renta de arrendamiento. En la parte de nuestra obra consagrada a aclarar la diferencia entre este dominio público y el *waqf*, defendíamos que esos abonos tendrían la consideración hoy en día de canon por el uso de una propiedad pública. En el tiempo en el que escribió su obra Yaḥyā b. Adam, en atención a la definición de este contrato como venta de utilidad, en ambos supuestos es el negocio jurídico más apropiado para sacar rendimiento de unos bienes indisponibles, más allá de las transacciones que se permiten realizar con sus frutos.

الكتاب الرابع من القسم الثاني في العقود المشاكلة للبيوع^b
ووجه المشاكلة بينهما أنها تحتوي على المتعاقدين بمنزلة المتبايعين، وعلى عوض بمنزلة الثمن والمثمن، وفي الكتاب إثنا عشر باباً.

الباب الأول

في الإجارة والجعل والكراء وكلها بيع منافع.
ففي الباب أربعة فصول الفصل الأول في الإجارة: وهي جائزة عند الجمهور وأركانها أربعة: الأول: المستأجر. الثاني: الأجير، ويشترط فيهما ما يشترط في المتبايعين ويكره أن يواجر المسلم نفسه من كافر. والثالث: الأجرة. والرابع: المنفعة، ويشترط فيها ما يشترط في الثمن والمثمن على الجملة...²¹⁷⁸

Este capítulo de Ibn Ḍawzī prueba que este concepto propio de la *Šarī‘a* acerca del arrendamiento como *venta de utilidad* impregna todas las escuelas e implica que sea el mecanismo más adecuado para que los titulares de las utilidades de los bienes habices obtengan el rédito económico de su derecho.

«[...]»^c فإن كان لها بناء له فإن كان البناء من تراب الأرض فحكمه حكمها وإن كانت بناء آلة مملوكة لصاحبها فهو مملوك له وحكى القاضي و[...] غيرهم من أصحابنا روايتين عن أحمد في جواز بيعه أحدهما المنع لأن أحمد قال في رواية المروزي و[...] إذا قال أبيعك النقض يعنى البناء ولا أبيعك رقية الأرض هذا خذاع والثاني الجواز نقلها محمد ابن الحكم و[...] وهذا الرواية أصح عند القاضي و[...] لأن هذا البناء مملوك له فجاز بيعه كبنائه في أرض الوقف المستأجرة...²¹⁷⁹

Ibn Raḃab, en estas páginas que empleamos para delimitar cuál es el derecho de los beneficiarios de un *waqf*, al igual que ocurre con las personas *concesionarias* de las tierras de *jarāy*,

a 600* Šarik ha dicho: el *jarāy* para quien está en esas tierras ocupa la posición de un arrendamiento.

b Libro cuarto de la segunda parte. Sobre los contratos análogos a las ventas.

La semejanza radica en que ambos incluyen partes como si fueran vendedor y comprador, que existen contraprestaciones y que hay un precio y un bien valorado por ese precio. En el libro hay doce capítulos.

Capítulo primero.

Sobre el arrendamiento, el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de inmuebles, son todos ventas de utilidad.

Este capítulo consta de cuatro epígrafes, el primero sobre el arrendamiento: es válido para todos los jurisconsultos y sus pilares son cuatro: el primero: el arrendatario. El segundo: el arrendador, y a ambos se les exige lo mismo que a las partes de la compraventa y es odioso que un musulmán arriende su servicio a un infiel. El tercero: la renta. Y el cuarto; la utilidad. Y se exige lo mismo que al precio y al objeto de la compraventa...

c [...] Y si en ella hubiera una construcción de él, si estuviera hecha de tierra, su régimen sería el mismo que el de ella; si estuviera realizada con herramientas de él, sería de su propiedad y así lo estima El Juez [...] y la mayoría de nuestros compañeros. Existen dos tendencias en la escuela sobre permitir la venta: la primera es impedir la [...] porque Aḥmad, siguiendo a al-Marūzī y [...] opinan que si dijera te vendo los restos, es decir, la construcción, sin venderte el dominio directo de la tierra sería un fraude; la segunda opinión es la de permitir la, transmitida por Muḥammad b. al-Ḥakam [...] y esta es la opinión más correcta para El Juez [...] porque la construcción sería su propiedad, siendo válida su venta como ocurre en los arrendamientos de las tierras de *waqf*.

decreta, de acuerdo con la que estima como la opinión más correcta en la escuela, que ambas personas, al construir cualquier estructura sobre el terreno, adquieren su propiedad y, en consecuencia, pueden disponer de ella; es decir, el arrendatario de unos terrenos sujetos al régimen del *hubs* hace suyas las construcciones que edifique sobre los mismos. Esta situación jurídica de esta parte del contrato, a la que nos hemos referido en otras ocasiones, acerca la figura a una especie de derecho de superficie^a y mediatiza el aprovechamiento económico de la fundación. Asimismo, este fragmento nos insiste en el paralelismo entre las tierras de *jarāy* y los *awqāf*, que no hemos de confundir con identidad de regulación.

طوسئل أيضاً عن ناظر أكرى بعد الإشادة والإستقصاء، فجاء من لم يحضر، وأراد الزيادة.
فأجاب: إنه كراء صحيح لا ينقض ولا تقبل فيه زيادة إلا أن يثبت بالبينة أن في الكراء غبناً على الحبس على المشهور، وتلقاه غير واحد بالقبول وعليه عمل المغرب، خلاف ما عليه عمل تونس المذكور في اللامية وغيرها²¹⁸⁰.

En esta fetua (la cual recogimos en el capítulo tercero) de Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī, *mālikī*, versa sobre la decisión del administrador de un *waqf* de alquilar el bien a cambio de una renta fijada por él después de un estudio concienzudo. La decisión no convence a uno de los beneficiarios ausentes durante la negociación del contrato que considera que la cantidad fijada como renta es escasa. Según el alfaquí, el contrato es válido, salvo que se demuestre que se concluyó en fraude del *hubs*. Esta contestación apunta a que el interés merecedor de protección jurídica es el del *waqf* sobre el de las personas en cuyo favor se constituyó. En su momento, nos centraremos en la administración de la fundación, pero es necesario adelantar que la persona encargada de concluir los contratos imprescindibles para obtener los beneficios económicos es un tercero ajeno a la propiedad tanto del dominio directo como útil.

عباب إجارة الوقف.

a El derecho real de superficie es aquel mediante el cual el propietario de una finca concede al superficiario la facultad de construir elevando y ser propietario de lo construido, o de plantar y ser dueño de lo plantado sobre el suelo de su finca y, en ocasiones, de construir en el subsuelo del predio y adquirir el dominio de lo construido. López y López, Ángel M.^a y Montés Penedés. *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. 1994. Valencia. Tirant lo Blanch libros. Páginas 594 y ss.

b Y fue preguntado también por un administrador que alquiló después de consultar y estudiar en profundidad la cuestión, y llegó uno que no estaba presente y quería aumentarlo.

Respondió: es un alquiler válido, que no puede ser anulado ni incrementada la renta, salvo que se pruebe que existe un fraude contra el *hubs*, según la opinión más extendida, aunque alguno no lo hubiera aceptado. Y así es la práctica en el Magreb, a diferencia de Túnez, referida en *al-Lāmiya* y otras.

c Capítulo sobre el arrendamiento del *waqf*.

Dije: ¿qué te parece si dijera esta mi casa es una *ṣadaqa retenida* en favor de los pobres y menesterosos? Dijo: el *waqf* sería válido. ¿Cómo se actuaría con la casa? Dijo: se arrendaría y se empezaría a emplear todo lo que produjera Dios de sus frutos en su mantenimiento y reparación; lo que sobrara después de eso sería para los pobres y menesterosos. Dije: ¿qué opinas si él mismo lo arrendara. Dijo: sí, porque la autoridad es para él; si es su autoridad, puede arrendarla. Dije: ¿qué opinas si el fundador, al arrendarla, tiene la potestad de tomar la renta? Dijo: sí. Dije: ¿cuál es tu opinión sobre si el fundador al tomar la renta libera al arrendatario? Dijo: sí. Dije: ¿también si dijera que arrendador ha perdido la renta? Dijo: la palabra es la suya con el juramento y liberaría al arrendatario. Dije: ¿cuál es tu opinión si el fundador puede dar en habitación la casa a cualquiera sin pagar renta? Dijo: no. Dije: ¿cuál es tu opinión sobre que la arriende cada mes por un cantidad de *dirhams*? Dijo: el arrendamiento es válido. Dije: ¿también si lo arrendara por un año o dos años? Dijo: sí, el arrendamiento es válido, si es por un tiempo conocido. Dije: ¿cuál es tu opinión sobre si el fundador lo fijara por años conocidos y muriera después? ¿Se extinguiría el arrendamiento? Dijo: la analogía supondría que se extinguiera el arrendamiento, pero yo considero que es mejor opinión mantenerlo hasta el plazo fijado. Dije: ¿qué opinas si un hombre delegara en otro para arrendar una casa y lo hiciera por un plazo determinado y el arrendador muriera? ¿Se extinguiría el arrendamiento? Dijo: no. Dije: ¿y si muriera el dueño de la casa? Dijo: el arrendamiento se extinguiría. Dije: ¿por qué dijiste que si falleciera el delegado, no se extinguiría el arrendamiento? Dijo: porque el arrendamiento lo contrató para otro, si muriera, no se extinguiría. En cuanto si lo arrendara y fuera un *waqf*, no sería el arrendamiento para un grupo de personas en sí mismas; al no ser para unas personas en sí mismas, el arrendamiento sería para él, por lo que si muriera, se anularía el arrendamiento según la analogía; ha dicho Muḥammad b. al-Ḥasan, Dios tenga misericordia de él, sobre el albacea que arrienda una casa constituida en *waqf* muriendo antes del vencimiento del plazo, que no se extingue el arrendamiento. Dije: ¿de dónde opinas que el arrendamiento no es para unas personas en sí mismas consideradas siendo las beneficiarias señaladas? Dijo: porque yo no sé quién queda de ellas ni quién ha muerto ni sé si quizás el *waqf* se ha transmitido a otros antes de la extinción del plazo. Si esto es así, el arrendamiento no es de unas personas determinadas;

قلت- رأيت إذا قال هذه الدار صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين- قال -الوقف جائز- وكيف يصنع بهذه الدار- قال- توأجر فيبدأ فينفق من كل ما أخرج الله من غلاتها على عمارتها ومرمتها فما فضل بعد ذلك فهو للفقراء والمساكين- قلت -أرأيت (الوقف) نفسه الدار يوأجرها- قال - نعم لأن ولاية له فإذا كانت الولاية إليه كان له أن يوأجرها- قلت - أرأيت الواقف إذا أجزها له أن يقبض الغلة- قال- نعم- قلت- أرأيت الواقف إذا قال قد قبضت الأجر أبرأ المستأجر- قال- نعم- قلت- وكذلك لو قال المؤجر قد ضاع الأجر- قال- فالقول قوله مع يمينه ويبرأ المستأجر- قلت- أرأيت الواقف أله أن يسكن هذه الدار أحداً بغير أجر- قال- لا- قلت- أرأيت أن أجزه كل شهر بكذا وكذا درهماً- قال- الإجارة جائزة- قلت- وكذلك إن أجزها سنة أو سنتين- قال- نعم الإجارة جائزة إذا أجزها هو إلى وقت معلوم- قلت- أرأيت الواقف إذا أجزها سنين معلومة ثم مات أنتقض الإجارة- قال- القياس أن تنتقض الإجارة ولكني أستحسن أن أجعلها إلى الوقت الذي سمي-قلت- أرأيت رجلاً وكل رجلاً أن يوأجر داراً فأجزها إلى وقت معلوم فهلك المؤجر إنتقض الإجارة- قال- لا- قلت- فإن هلك رب الدار- قال فالإجارة منتقضة- قلت- فلم قلت إذا مات الوكيل لم تنتقض الإجارة- قال لأن الإجارة عقدها غيره فإذا مات لم تنتقض وأما إذا أجزها وهي وقف فليست الأجارة لقوم بأعيانهم وإذا لم تكن لقوم بأعيانهم فكانت الإجارة له فإذا مات بطلت الإجارة في القياس وقال محمد بن الحسن رحمه الله في وصي أجر داراً وقف ثم مات قبل إنقضاء الأجل قال لا تنتقض الإجارة- قلت- ومن أين قلت إن الإجارة ليست لقوم بأعيانهم والوقف على قوم مسمين معلومين- قال- لأنني لا أدري من يبقى منهم ومن يموت ولا يدري لعل الوقف ينتقل إلى غيرهم قبل إنقضاء أجل الإجارة فإذا كان ذلك كذلك فليست الإجارة لقوم بأعيانهم وإذا لم تكن لقوم بأعيانهم فكانها للمؤجر وإذا كانت كأنها للمؤجر فمات المؤجر بطلت الإجارة وأما الإستحسان فإن الإجارة جائزة إلى الوقت الذي سمي-قلت- أرأيت الواقف إذا أوصي لرجل الوصي أن يوأجر الدار- قال- نعم- [...] قلت- أرأيت القاضي أن أجز الدار الوقف- قال- الإجارة جائزة- قلت- وكذلك إذا أجزها وكيل القاضي بأمره- قال- نعم- قلت- أرأيت أن أجزها القاضي سنين معلومة ثم عزل القاضي أو مات- قال- فالإجارة جائزة إلى ذلك الوقف- قلت- وكذلك لو أجزها أمين القاضي بأمر القاضي- قال- نعم ولا تنتقض الإجارة لأن هذا بمنزلة الحكم من القاضي- قلت- أرأيت لو مات المستأجر- قال- تنتقض الإجارة ولا يشبه موت القاضي وعزله موت المستأجر من القاضي ومن وكيله.. قلت- أرأيت الدار تكون وقفاً على قوم للقوم أن يوأجروها- قال- لا إنما الإجارة إلى الوصي دون الموقوفة عليهم-²¹⁸¹.

Hilāl b. Yaḥyā, en este capítulo de su libro sobre el *waqf*, analiza el régimen jurídico del arrendamiento sobre los bienes constituidos como tales. En primer lugar, afirma que es la forma normal en la que se ha de actuar para obtener su aprovechamiento económico. De estas rentas, primero se pagan los gastos de mantenimiento y el sobrante para los beneficiarios; es una medida que busca la prolongación en el tiempo de la institución con independencia de las vicisitudes que afectan a las personas físicas intervinientes; es decir, un avance hacia su personificación. Después, se sumerge en la polémica sobre el mantenimiento o no del contrato ante el fallecimiento de cualquiera de las dos partes. Con tal fin, acude a la opinión de Muḥammad b. al-Ḥasan al-Ṣaybānī, nacido en el año 748, quien expandió las enseñanzas de Abū Ḥanīfa y que si bien era originario de una región cercana a Damasco, vivió y se formó en Kūfa, Iraq²¹⁸². Esta cuestión la desarrollamos en el capítulo tercero, contrastando las posturas de todas las escuelas y a esas páginas nos remitimos. Únicamente nos interesa subrayar cómo el temor extremo al riesgo en la contratación provoca que el ulema considere que el delegado para concluir un arrendamiento, en lugar de representar a los beneficiarios (que son cambiantes) lo hiciera en nombre propio; el jurista también desaprovecha una magnífica ocasión para concluir que es el mandatario del propio *waqf*, personificándolo: hubiera sido un paso lógico en el planteamiento expuesto ya que hubiera sorteado la dificultad del mantenimiento del contrato en caso de morir el arrendador delegado, en lugar de refugiarse en la mejor opinión que contradice la analogía. Finalmente, en lo que a nuestra investigación concierne, es muy clarificador observar cómo el ulema tan solo otorga la potestad para concluir el arrendamiento de los bienes habices al propio fundador, a quien este nombre como albacea o administrador y al juez y en quien este delegue; nunca estarían facultados los beneficiarios.

si no es de unas personas determinadas, sería como si fuera del arrendador; si fuera como si del arrendador y este muriera, el arrendamiento se anularía; no obstante, la mejor opinión es que el arrendamiento se mantenga hasta el plazo fijado. Dije: ¿qué opinas si el arrendador nombrara como administrador a un hombre? ¿este podría arrendar la casa? Dijo: sí [...] Dije: ¿cuál es tu opinión sobre el juez que arrienda la casa constituida en *waqf*? Dijo: el arrendamiento es válido. Dije: ¿también si lo arrendara el delegado del juez por orden de este? Dijo: sí. Dije: ¿qué opinas si el juez la arrendara por años determinados luego fuera destituido o falleciera? Dijo: sí, y no se extinguiría el arrendamiento porque sería como la orden del juez. Dije: ¿cuál es tu opinión si muriera el arrendatario? Dijo: se extinguiría el arrendamiento y no se parece a la muerte del juez y su destitución; la muerte del arrendatario [...] Dije: ¿cuál es tu opinión si la casa fuera un *waqf* en favor de un grupo? ¿Este grupo podría arrendarla? Dijo: no, el arrendamiento únicamente corresponde al administrador y no al beneficiario...

^aباب الأرض الوقف التي تدفع معاملة أو مزارعة.

قلت – رأيت رجلاً في يديه أرض موقوفة وهو قائم بأمرها أيستأجر فيه الإجراء في عملها وحفظها. قال- هذا جائز والأجر من الغلة. قلت- وكذلك إذا استأجر في حفر سواقيها وتنقية خرابها. قال- نعم هذا كله جائز وينبغي للقائم بأمر هذه الصدقة أن يفعل ذلك إذا احتاج إلى ذلك. قلت- رأيت القائم بأمر هذه الصدقة إذا كانت قراحاً فأجرها من رجل فزرعها بدراهم معلومة إلى أجل معلوم. قال- فهذه جائز إلى ذلك الأجل. قلت- رأيت أن غلب عليها الماء في ذلك الأجل فلم يزل الماء غالباً عليها فيها حتى مضى الأجل. قال- فلا أجر على المستأجر. قلت- رأيت أن قبضها المستأجر فلم يزرعها حتى إنقضى الأجل. قال- الإجارة جائزة وعليه الأجر ويكون لأهل الوقف. قلت- رأيت الوصي إذا أجر أرض الوقف وفيها نخل فأجر التربة سنة بدراهم معلومة. قال- الإجارة جائزة إذا كان النخل لا يمنع الزراعة. قلت- وكذلك لو كان فيها شجر لا يمنع الزراعة. قال- نعم. قلت- رأيت إذا أجرها الوصي سنة بحنطة أو شعير معلوم. قال- هذا جائز. قلت- فإن شرط شعيراً أو حنطة منها من رزعاها. قال- فالإجارة فاسدة وعلى المستأجر أجر مثل الأرض فيكون ذلك لأهل الوقف. قلت- رأيت الوصي إذا دفع أرض الوقف مزارعة على النصف والثلث. قال- هو جائز عندنا

a Capítulo sobre la tierra constituida como *waqf* que se entrega en sociedad o aparcería.

Dije: Cuál es tu opinión sobre un hombre que tiene en sus manos una tierra *retenida* y él es el encargado de los asuntos de esta y la arrenda para llevar a cabo sus trabajos y su conservación? Dijo: esta es válida y la renta de los frutos. Dije: ¿también si la arrendara para excavar sus acequias y arreglar lo que se estropee? Dijo: sí, todo eso es válido y quien se ocupe de los asuntos de esta *šadaqa* debe hacerlo si se necesitara. Dije: ¿qué opinas si quien se ocupa de los asuntos de esta *šadaqa*, consistente en tierras de labor y la alquilara a un hombre en aparcería a cambio de *dirhams* determinados por un plazo fijado? Dijo: esto es válido hasta el plazo fijado. Dije: ¿cuál es tu opinión si el agua la anegara durante ese plazo manteniéndose la inundación hasta el vencimiento del mismo? Dijo: el arrendatario no está obligado a pagar la renta. Dije: ¿qué opinas si el aparcerero tomara posesión de las tierras y no las cultivara cumpliéndose el plazo? Dijo: el arrendamiento sería válido, el aparcerero debería pagar la renta que sería para los beneficiarios. Dije: ¿cuál es tu opinión sobre que el albacea arriende un tierra de *waqf* donde hubiera palmeras y arrendara la tierra durante un año a cambio de *dirhams* determinados? Dijo: el arrendamiento es válido, si las palmeras no impidieran el cultivo. Dije: ¿también si hubiera árboles que no impidieran el cultivo? Dijo: sí. Dije: ¿cuál es tu opinión si el albacea arrendara por un año de trigo o cebada determinado? Dijo: esta sería válida. Dije: ¿y si fuera trigo o cebada del que hubiera sembrado? Dijo: el arrendamiento sería anulable y el arrendatario debería la renta modelo por esa tierra, la cual será para los beneficiarios. Dije: ¿qué opinas si el albacea entregara la tierra de *waqf* como aparcería por la mitad o un tercio? Dijo: eso sería válido para nosotros según la opinión de Abū Yūsuf, pero para Abū Ḥanīfa no sería válido. Dije: ¿qué opinas si en la tierra de *waqf* hubiera palmeras y el encargado de la fundación las entregara a un hombre para que las regara mediante una sociedad. Dijo: esto y el primer capítulo son similares; únicamente, según Abū Ḥanīfa, no sería válido y todo lo que produjeran las palmeras sería para la gente del *waqf* después de restar la renta modelo que correspondiera al socio trabajador por la labor realizada. En opinión de Abū Yūsuf, sería válido [...] Dije: ¿cuál es tu opinión de una tierra de *waqf*, si estuviera dedicada a palmeras y la persona encargada de los asuntos de este lo entregara un hombre en sociedad, con la condición de que los frutos que Dios extrajera se repartieran por mitad, una para la gente del *waqf* y otra para el socio? Dijo: eso es válido en virtud de la opinión de Abū Yūsuf, si esa parte fuera para la gente del *waqf*. Dije: ¿qué opinas si el albacea muriera antes de vencer los años de plazo? Dijo: el arrendamiento sería válido hasta la fecha señalada. Dije: ¿por qué validas eso, mientras dices que si un hombre arrendara una tierra y muriera el hombre el arrendamiento se extinguiría? ¿Por qué no anulas el arrendamiento si muere el albacea? Dijo: los dos son distintos, pues si un hombre arrendara su tierra y muriera, su propiedad sobre la tierra se extinguiría pues sería del heredero, extinguiéndose el arrendamiento; si muriera el albacea y la tierra fuera un *waqf*, la propiedad antes y después de la muerte del albacea sería la misma, así que el arrendamiento sería válido porque la propiedad no habría cambiado. De esta manera, nuestros compañeros opinan sobre un hombre que encarga a otro que arriende una casa y así lo hace por años determinados, muriendo el mandatario antes de cumplirse el plazo que el arrendamiento es válido hasta dicho plazo; también el *waqf*. ¿No ves que el albacea arrienda el *waqf* para otro, siendo el estado del *waqf* antes y después de su muerte el mismo? Dije: ¿cuál es tu opinión sobre que el albacea entregue el *waqf* como sociedad a mitad por un plazo determinado? Dijo: eso es válido en nuestra opinión y la de Abū Yūsuf, Dios tenga misericordia de él, mas, en virtud del parecer de Abū Ḥanīfa, Dios tenga misericordia de él, no sería eso válido. Dije: ¿qué opinas si muriera el albacea antes de cumplirse el plazo? Dijo: la sociedad sería válida hasta ese plazo y no se extinguiría la sociedad, siendo este tema y el primero idénticos. Dije: ¿qué opinas si un hombre tomara en arrendamiento del albacea una casa por años determinados y luego muriera el arrendatario antes de terminar dicho plazo? Dijo: el arrendamiento se extinguiría, pero no se parece la muerte del albacea a la del arrendatario, porque el arrendatario únicamente contrata para sí mismo, por lo que al morir se extinguiría el arrendamiento; el albacea solo contrata para otro, por lo que el arrendamiento es válido [...] Dije: ¿el albacea, si arrendara la casa por años determinados y muriera el beneficiario del *waqf*? Dijo: el arrendamiento sería válido. Dije: ¿por qué no anulas el arrendamiento y la propiedad de la cosecha? Dijo: porque es propietario de lo que se le debe de la cosecha mientras viva; a lo que produjera después de su muerte no tendría derecho ni tendría nada de la propiedad de la casa. Dije: ¿cuál es tu opinión si estuviera *retenida* en favor de un grupo y el albacea la arrendara por años determinados, muriendo alguno de los beneficiarios durante esos años? Dijo: se le da a cada uno su parte de las rentas hasta que muera, siendo lo que se debiera después para los que quedarán.

على قول أبي يوسف وإما على قول أبي حنيفة لا يجوز ذلك- قلت- أرأيت إذا كان في أرض الوقف نخل فدفعه القائم بأمر الوقف إلى رجل يسقيه ويقوم عليه معاملة- قال- هذا والباب والأول سواء وإما على قول أبي حنيفة فلا يجوز ذلك وأجمع وجميع ما يخرج الله من النخل فهو لأهل الوقف بعد أن يخرج منه أجر مثل المتقبل فيما عمل وإما على قول أبي يوسف فهو جائز [...] قلت- أرأيت أرض الوقف إذا كانت أرض نخل فدفعها القائم بأمرها إلى رجل معاملة على أن ما أخرج الله تعالى من ثمارها فهو نصفان نصف لأهل الوقف والنصف الآخر للمعتمل بعمله- قال- هذا جائز على قول أبي يوسف إذا كان في ذلك الحظ لأهل الوقف- قلت- أرأيت إن مات الوصي قبل إنقضاء السنين- قال فالإجارة جائزة إلى الوقت الذي سمي- قلت- ولم أجزت ذلك وأنت تقول إذا أجر الرجل أرضاً فمات الرجل أن الإجارة منتقضة فلم لا تبطل الإجارة إذا مات الوصي- قال هما تختلفان إذا أجر الرجل أرضه فمات فقد زال ملكه عن الأرض التي ملك الوارث فتبطل الإجارة وإذا مات الوصي فملك الأرض إذا كانت وفقاً في حياة الوصي وبعد وفاته سواء فالإجارة جائزة لأن الملك لم يتغير وقال أصحابنا في رجل وكلته أن يؤجر داراً فأجرها سنين معلومة فمات الوكيل قبل إنقضاء الأجل أن الإجارة جائزة إلى الأجل وكذلك الوقف ألا ترى أن الوصي إنما أجر الوقف لغيره وحال الوقف في حياته وبعد وفاته سواء- قلت- أرأيت الوصي إذا دفع الوقف معاملة بالنصف إلى أجل معلوم- قال- هو جائز على قولنا وقول أبي يوسف رحمه الله وإنما على قول أبي حنيفة رحمه الله فلا يجوز ذلك- قلت- أرأيت إن مات الوصي قبل إنقضاء الأجل- قال- المعاملة جائزة إلى ذلك الأجل ولا تنتقض المعاملة وهذا والباب الأول سواء- قلت- أرأيت الرجل إذا إستأجر من الوصي داراً سنيناً معلومة ثم مات المستأجر قبل إنقضاء الأجل- قال- الإجارة منتقضة ولا يشبه موت الوصي موت المستأجر لأن المستأجر إنما إستأجر لنفسه فإذا مات إنقطعت الإجارة والوصي إنما أجرها لغيره فالإجارة جائز [...] قلت- الوصي إذا أجر الدار سنيناً معلومة فمات الذي وقفت عليه الدار- قال- فالإجارة جائزة- قلت- ولم لا تبطل الإجارة وملك الغلة- قال- إنما له من الغلة ما وجب منها في حياته فما حدث بعد وفاته فلا حق له فيها وليس له من ملك الدار شيء- قلت- أرأيت إذا كانت موقوفة على قوم فأجرها الوصي سنين معلومة فمات بعض الموقوفة عليهم في بعض السنين- قال- يعطي كل واحد منهم حصتهم مما وجب من الغلة إلى أن مات ما وجب بعد ذلك فهو لمن بقي منهم...²¹⁸³

Hilāl b. Yaḥyā, en el siguiente capítulo, en consonancia con la opinión de su colega de escuela al-Jaṣṣāf²¹⁸⁴, remarca que los frutos, rentas, cosechas y demás beneficios generados por la explotación del *waqf* se han de dedicar en primer lugar a los gastos necesarios para el mantenimiento del patrimonio (ejemplifica esta cuestión con la contratación de alguna persona para excavar acequias y arreglar lo que se hubiera estropeado). Sin explicitarlo, pero los encargados de concluir los contratos precisos para obtener rendimiento económico del patrimonio es el propio fundador o el nombrado por este para llevar los asuntos de la fundación, que el autor denomina albacea. El ulema relaciona, no necesariamente como una lista de *numerus clausus*, los distintos negocios jurídicos a los que puede acudir para conseguir jurídicamente unas rentas que repartir entre los beneficiarios: en primer lugar, el arrendamiento, pero también las distintas figuras societarias que estudiamos en el capítulo tercero: la aparcería y la sociedad de regadío. Asimismo, nos atañe sobremanera la argumentación elaborada por el ulema con la que justifica el mantenimiento de esos contratos tras la muerte de ese albacea o administrador: este actúa en nombre de otro y la propiedad del *waqf* permanecería inalterable antes y después de esa muerte, lo que no ocurriría si el negocio tuviera como objeto un bien no constituido como *hubs*, pues el óbito del arrendador implicaría que el dominio pasara a sus herederos, extinguiendo el contrato. También es interesante destacar como la defunción de los beneficiarios, destinatarios principales de las rentas abonadas, no implicaría la finalización del negocio, ya que su derecho, la propiedad del dominio útil o usufructo, es vitalicio, extinguiéndose con su muerte y no tendrían derecho alguno sobre el dominio directo o *nuda* propiedad.

[حكم بيع الأناض المقامة في أرض الحبس]^a

a [El dictamen sobre la venta de los escombros en una tierra constituida como *hubs*].

Se le preguntó al profesor Saydī Abū Ishāq sobre el uso que la gente de al-Andalus aplica en la venta de los escombros de un *hubs* con la condición de no mantenerla, donde se venden desde tiempos inmemoriales los restos de árboles, de construcciones y otros. Así han continuado sin que ningún alfaquí lo haya evitado ni ningún virtuoso, manteniendo la raíz como *hubs* [...]

Contestó: en cuanto a la venta de los escombros de un *hubs* u otros, en la escuela se discrepa; lo que se aplica, según la visión del *fiqh* en vuestra cuestión, es que si se vendieran con la condición de extraer lo que hubiera de piedras, madera o de alquiler de árboles u otro tipo sería válido, si no se mantuvieran en él en el momento; si se mantuvieran o estipularan su permanencia o la costumbre lo exigiera, no sería válido, por la ignorancia del plazo de permanencia, siendo un caso de riesgo. Ibn 'Atāb e Ibn al-Qaṣṣār han emitido fetuas en las que se anulaba la venta de lo que está sobre tierras de *hubs* aunque hubieran estipulado su extracción [...] y ha dicho Ibn Zarb: no es válido la venta de los escombros, pues es conocido que si no fuera por su insistencia en dejarlos en el lugar, el dueño no le pagaría el precio.

وسئل الأستاذ سيدي أبو إسحاق عما جرى عليه عمل أهل الأندلس في بيع أنقاض الحبس على إضمار التبقية تباع على قديم الزمان انقاضها من شجر وبناء غيرهما، وإستمروا على ذلك (لا يتجنب من ذلك) فقيه ولا فاضل مع بقاء الأصل على التحبب [...] فأجاب: أما بيع أنقاض الحبس أو غيرها فإن المذهب قد اختلف فيه، الذي يجري على نظر الفقه في مسألتكم، أنها إذا بيعت بشرط القلع ووفقاً على ما فيها من صخرة وخشب وأجر زمن شجر أو غير ذلك جاز ذلك إن لم يضمروا بقاءها على حالها، فإن أضمروا ذلك أو شرط الإبقاء أو كان العرف يقتضيه لم يجز، للجهل بمدة الإبقاء فصار من باب الغرر، وقد أفتى ابن عتاب وابن القصار بفسخ بيع الأنقاض المقامة في الأرض المحبسة وإن شرط القلع [...] وقال ابن زرب: لا يجوز بيع الأنقاض، إذ المعلوم أنه لولا رجاؤه لتركها في الموضع ولم يعط لصاحبها ذلك الثمن، فإن قيل فقد نص ابن الموزان على من ابتنى في أرض السلطان ثم باع نقض جاز، وعلل بأن أرض السلطان لا تنزع ممن يبنى فيها وكذلك الغرس فيها، قال وأما لغير السلطان فلا يجوز بيع الأنقاض على حال، فتعليبه بأن أرض السلطان لا تنزع ممن يبنى فيها هذا التعليل موجود في أرض الأحباس لأنها لا تنتزع ممن يبنى فيها، بخلاف الأرض غير المحبسة فإن لصاحبها أن ينزعها لنفسه فصار ذلك عذراً. فقول ابن الموزان، فإن كان لغير السلطان فلا يجوز، ويعنى بذلك ما لم يشبه بذلك أرض السلطان كالحبس فالجواب إن ذلك غير صحيح، لأن لصاحب الحبس والناظر فيه أن ينتزع الأرض، إذ لا يجوز له كراء أرض الأحباس لغير أمد ولا لأمد بعيد، لأنه لغير أمد كراء مجهول، والأمد البعيد ذريعة لأن يموت العارفون بالحبس والشهداء فيه فيستحقه صاحب اليد. [...] قال ابن العطار: ولا تجوز القبالة عند ابن القاسم في روايته عن مالك في الأحباس على قوم بأعيانهم إلا لعامين ونحوهما وبه القضاء. قال وإحستحسن القضاء عندنا قبالة الأحباس المرضي والمساكين والمساجد لأربعة أعوام خوف أن تدرس الأحباس بطول مكثها بأيدي الممقبولين، فهذه الكلة يدل على أن أرض الأحباس ليست كالأرض السلطان. وأما قولكم لا يعلم حكم الأنقاض المتقدمة فلا أدري ما قصدتم به، فإن أردتم أنه لا يعلم هل كانت حبساً مع الأصل أم لا؟

فالجواب أن أنقاض الحبس على ثلاثة أقسام: قسم يعلم أنها من الأنقاض فلا يجوز بيعها ولا شراؤها كالحبس. وقسم يعلم أنها غير حبس، فهذا هو الذي تكلمنا عليه أولاً ومن جملة يعلم أنها غير حبس أن ترى بأيدي الناس تباع وتشتري وتنتقل فيها الأملاك على طول الزمان من غير تكبير ولا ثبوت رسم بتحبيسها، وهي العادة اليوم في كثير من الأحباس كما عندكم. وقسم لا يعلم فيها أنها حبس أو غير حبس أو يشك في ذلك [...] فهو من المتشابهات التي من تركها سلم، ومن أخذ كالرائع حول الحمى يوشك أن يقع فيه... 2185

Al-Wanšārīsī nos acerca la fetua de un conocido ulema del reino nazarí de Granada, al-Šāṭibī, sobre la licitud o no de la venta de escombros que se encuentran sobre tierras constituidas en *ḥubs*. Según parece, se trata de una costumbre inmemorial en al-Andalus, siempre y cuando se estipulara que el comprador se los llevara de inmediato. Este uso nos indica que en este tipo de terrenos se construía y se plantaba árboles (mediante el contrato societario oportuno) como forma de sacar réditos de los mismos. Si bien se aparta del objeto de nuestro interés, la polémica sobre la analogía con las tierras del sultán asienta nuestra opinión de que el *waqf* no es un tipo de dominio,

Si se dijera que Ibn al-Mawāz estableció que quien construyera en tierras del sultán, vendiendo luego los escombros, sería válido; argumentaba que la tierra del sultán no se arranca de quien ha construido en ella, tampoco lo plantado. En cuanto a las tierras que no son del sultán no es válido vender los escombros que hay en ellas, argumentado que en la tierra del sultán no se arranca de quien ha construido en ellas y ese mismo argumento está presente en las tierras de los *aḥbās*, porque en ellas no se arranca de quien ha construido en las mismas, a diferencia de las tierras que no están constituidas como tales, donde su propietario arranca por sí mismo, siendo una excusa. Así, la opinión de Ibn al-Mawāz es que si se produce en una tierra que no es del sultán, no es válida la venta, significando con ello lo que no se parece la tierra del sultán al *ḥubs*; si es así, la respuesta no es correcta, porque el dueño del *ḥubs* y su administrador pueden extraer lo que hay en la tierra, ya que no les es lícito arrendar la tierra de los *aḥbās* sin plazo o a largo plazo, porque si no tuviera plazo, sería un arrendamiento indeterminado, y a largo plazo sería un posible fraude de ley ya que, al morir los que conocen el *ḥubs* y sus testigos, podría apropiarse de ellas su poseedor [...] Ibn al-‘Aṭṭār ha dicho: no es válida la *qibāla* (contrato situado entre la sociedad de trabajo y el arrendamiento de servicio) para Ibn al-Qāsim, según su relato sobre Mālik, en los *aḥbās* en favor de personas concretas más allá de dos años o similar y así ha de fallar el juez. Dijo, como mejor opinión de los jueces que para nosotros la *qibāla* en los *aḥbās* en favor de enfermos, pobres y mezquitas es por cuatro años, por temor a que se estudien lo mismo por el largo período que están en manos de sus socios. Todo esto demuestra que las tierras de los *aḥbās* no son como las tierras del sultán. En cuanto a vuestro dicho sobre no saber cuál ha de ser el fallo sobre los escombros, no entiendo cuál es vuestro propósito; ¿es que no se sabe si son un *ḥubs* como la raíz o no?

La respuesta es que los escombros en el *ḥubs* son de tres tipos: uno en el que se sabe que tienen el régimen del *ḥubs*, por lo que no es válida su venta ni su compra como el *ḥubs*. El segundo, donde se conoce que no tienen el régimen del *ḥubs*, es el que hablamos en primer lugar; al estar claro esto, está en manos de la gente y se compra, se trasmite su propiedad a lo largo del tiempo sin obstáculo y sin estar incluido en el documento de la fundación; esta es la costumbre hoy en día en muchos *aḥbās* como entre vosotros. Un tipo en el que no se conoce si es un *ḥubs* o no o se tienen dudas, ni existe prueba en uno u otro sentido, es confuso; quien lo deja está en paz y que lo toma es como el pastor alrededor del prado que empieza a entrar en él...

digamos, estatal. Más trascendente resulta la prohibición de arrendar o entregar a modo de algún tipo de sociedad (en el texto se hace mención de la *qibāla*, contrato situado entre la sociedad de trabajo y el arrendamiento de servicio) las tierras de los *ahbās* a largo plazo o sin plazo, por miedo al riesgo o a que los arrendatarios o socios trabajadores, a la muerte de los testigos y personas conocedoras de la institución, se apropien de estos fundos. Estos escombros, que puede ser el resultado de los árboles incluidos en una *mugārasa*, sociedad en la que una persona aporta la tierra y otra planta en ella palmeras o árboles frutales, o pequeñas construcciones realizadas por los arrendatarios, en caso de venderse, se convertirían en una fuente de ingresos de estas los *awqāf*. El jurista los califica en tres clases: que sigan el régimen del *hubs* sobre el que se encuentran, en cuyo caso está prohibida su compraventa; que sean independientes al mismo, posibilitándose su inclusión en el tráfico jurídico; finalmente, si existen dudas, sería preferible dejarlos como están.

[إكراء الحبس لأمد بعيد ينقض على قول]^a

وسئل ابن سهل من بطلينوس عن أرض ذكر أنها محبسة ولا تجزي أكرها من كانت بيده وكن نساء لخمسين عاماً وغرسها المكثرون وكانوا جماعة، فلما مضى من الأمد نحو ثمانية أعوام قمن يطلبن فسخ الكراء لأن الأرض محبسة عليهن. فأجاب: ينقض الكراء في الحبس وغيره إذا انعقد لهذه المدة لطولها وخروجها عن المعروف، وذكر أنه لا حجة لمن جوزها في التي في نوازل سحنون، وإستشهد على ذلك بالكاليء يؤجل إلى مثل هذا الأجل، وتأجيل ثمن المبيع إلى مثله، إن ذلك مما يفسخ النكاح والبيع على ما في الواضحة غيرها²¹⁸⁶.

Esta otra interpelación incorporada por el alfaquí norteafricano se realiza a un ulema de la ciudad andalusí de Baṭalyws, cercana a Mérida, a orillas del río Guadiana²¹⁸⁷ que corresponde a la actual Badajoz²¹⁸⁸. Este alfaquí afirma con rotundidad que, tanto en las tierras de *waqf* como en cualquier otra, está prohibido establecer un arrendamiento a largo plazo; cuánto más está proscrito los ochenta años que figuran en el contrato objeto de la fetua. Esta extrema prevención ante los largos períodos de tiempo de duración de las relaciones jurídicas también está presente en el aplazamiento del pago del precio de la compraventa y cualquier otra deuda, como la dote en el matrimonio; según el jurista, la dilación excesiva implicaría la nulidad del contrato del que trae causa.

[جواز بيع ما غرس بأرض الحبس قبل نهاية مدة الكراء]^b

وسئل غيره عن الذي يُطبل أرض الحبس لعشرين عاماً يغرسها كراماً فبعد ستة أعوام أو ثمانية أراد بيع الغرس من غيره، فهل يجوز ذلك أم لا؟ وهل يكون بيعه لما بقي من المدة أو يبيعه ولا يسمى ما بقي من المدة؟ فأجاب: جائز للمطبل أرض الحبس بيع غرسه قبل تمام مدته ممن يقوم مقامه في تطييل الأرض إلى تمام المدة، ثم يكون حكمه بعد تمامها حكم الغارس²¹⁸⁹.

Al-Wanšārī inserta esta fetua en la que se observa que la explotación de las tierras se efectúa mediante un arrendamiento con *taṭbīl*. En su momento, examinamos las distintas figuras jurídicas, de una naturaleza mixta entre el arrendamiento (en el texto se explicita esta sociedad como arrendamiento) y la sociedad, generalmente al objeto de esquivar las limitaciones temporales (la duración del negocio jurídico analizado en la fetua es de veinte años, algo impensable en una locación normal) y de otra índole que constriñen a aquel; el *taṭbīl* se refiere a una forma de cultivo anegando la tierra. Estas líneas demuestran una característica propia de esta relación jurídica entre

a [El arrendamiento del *hubs* por largo plazo se anula según la opinión].

Ibn Sahal de Baṭalyws fue preguntado por una tierra que se menciona que era un *hubs* siendo arrendada por quienes la tenían en sus manos, unas mujeres, por cincuenta años; los arrendatarios, que eran un grupo, la plantaron. Al transcurrir cerca de ocho años del plazo, las mujeres demandaron la anulación del arrendamiento porque era un *hubs* en su favor. Contestó: el arrendamiento en un *hubs* y en otra tierra se anula por celebrarse por un plazo largo saliendo de la costumbre. Mencionó que no existen ningún argumento en los que lo consideran válido en las fetuas de Saḥnūn, y se fundamenta en la deuda pospuesta por un plazo similar y en el aplazamiento del precio de la venta por el mismo plazo. Todo ello supone la anulación del matrimonio y la venta según aparece en *al-Waḍiḥa*.

b [Licitud de la venta de lo que está plantado en la tierra de *hubs* antes del fin del plazo de arrendamiento].

Se preguntó a otro sobre quien es contratado para cultivar mediante inundación la tierra de *hubs* por un período de veinte años, planta parras y después de seis u ocho años quieren vender la plantación a otro. ¿Le es lícito eso o no? ¿La venta es por lo que resta del período o no hace falta estipularlo?

Contestó: le es lícito al contratista vender lo plantado antes de cumplirse el período a quien ocupe su posición hasta finalizar el plazo. Una vez que se cumpla el período se aplicará el régimen del socio en una *mugārasa*.

el dueño de la tierra (en el supuesto se trata de un *waqf*) y quien es contratado para que realice las labores agrícolas según su regulación por el *fiqh*: la posición del arrendatario o socio de estas peculiares sociedades agrícolas es la de un auténtico propietario de un dominio útil o usufructo, hasta tal punto que le es lícito disponer de esa propiedad sin permiso del arrendador o socio capitalista. Nos refuerza en nuestra descripción del arriendo islámico como creador de derechos reales. Asimismo, cualquier tipo de sociedad o arrendamiento lícito según la *Šarī'a* es susceptible de ser usada para conseguir los réditos económicos del patrimonio fundacional.

^a[إذا لم ينتفع المكتري بالأرض لكثرة المطر يحط الكراء عنه...]

وسئل من قبيل الوزير أبي سعيد فرج بن لب كماشة عن عدة مسائل: الأولى هذه الأملاك الموقوفة هنا ببليش على المسجد الأعظم وعلى المساكين، وسائر الأحباس المجاورة للوادي عند حدوث كثرة المطر في الأيام القريبة الفروط جاء السبيل والوادي وحمل منها مواضع وأفسد حتى صارت الآن رملة مثل الوادي (وتمادي) عليها كثرة الرمل والحجارة، لا يمكن صلاحها في هذا العام ولا فيما بعده، وكان عقد الكراء فيها لأربعة أعوام على العادة في كراء الأحباس. فكيف يكون وجه العمل في الكراء فيها في هذا العام؟

[...]

[...] والثالثة في الأرض المحبسة يعطيها الناظر في الحبس لمن يغرسها على سنة المغارسة لأجل معلوم، ويبقى الموضع بيد العامل إلى أن يقضي الأجل المذكور، فهل يبقى بعد الأجل بيد العامل أو يرجع الموضع كله للحبس؟ أو يعقد فيه كراء؟ أو كيف يعمل فيه، ومنها أيضاً الحبس يدفع لإنسان يغرسه على أن يملك من حظاً معلوماً، وتتم الغرسة فيه يبقى الموضع بيد غارسه إلى أن ينقطع الغرس ويرجع الموضع كما كان أولاً فهل يبقى بيد الغارس بعد إنقطاع غرسه؟ أو يرجع للحبس كما كان أولاً؟- بينوا لنا ذلك-

فأجاب: [...] والجواب عن المسألة الأولى: يحط الكراء على المكتري هذه السنة لعدم إنتفاعه، ولأن العارض له من الأمر السماوي. قاله الفقهاء والعلماء، ويثبت الكراء فيما بعد إلى تمام المدة ولا يفسخ، [...] [...]

[...] والجواب الثالث وهي مغارسة الأحباس يحدد فيها الكراء بدرهم بما يستحق لمدة معلومة، ولا تجوز المغارسة في أرض الحبس، وأما المغارسة من الناس في أرض غير الحبس بشروطها، فإذا إنتقضت المدة يملك كل واحد ما يصلح له من الأجزاء، كما قاله علماؤنا رحمهم الله²¹⁹⁰.

Ibn Lubb, el jurista granadino del siglo XIV, fue preguntado por el ministro Kamāša por varios asuntos, y sus respuestas son referidas en el *Mi 'yār*. Nos hemos centrado en dos de los tres planteamientos. Comienza estableciendo que una calamidad *·celestial·*, en este caso unas súbitas riadas, que imposibiliten la realización de las labores propias que ha de llevar a cabo el arrendatario ha de provocar la exoneración del pago de la renta debida, manteniéndose el contrato de arrendamiento y reanudándose el pago al desaparecer la causa justificada de fuerza mayor. La tercera proscribía la utilización del contrato de *mugārāsa* (tipo *de sociedad* mediante la cual el propietario de la tierra la entrega a una persona para que plante en ella a cambio de un porcentaje

a [Si el arrendatario no puede usar la tierra por la gran cantidad de lluvia, se exonera de la renta...].

De parte del ministro Kamāša, se le preguntó a Abū Sa'īd b. Lubb sobre varias cuestiones:

La primera sobre estas propiedades *retenidas* aquí, en Balaš, en favor de la gran mezquita y los pobres y todos los *aḥbās* vecinos al valle al ocurrir grandes lluvias en los días pasados; llegó una gran torrencera arrastrando todo el lugar e inutilizando todo, de tal modo que se ha convertido en un arenal al igual que la rambla, de la cantidad de piedras y arena; no es posible arreglarlo en este año ni en el siguiente. El contrato de arrendamiento se estipuló en cuatro años, según la costumbre en el arrendamiento de los *aḥbās*. ¿Cómo se ha de proceder en este arrendamiento durante este año? [...]

... Tercera, sobre la tierra constituida en *hubs*, cuyo administrador la entrega a alguien que la plante en régimen de *mugārāsa* por un plazo determinado, manteniéndose el lugar en manos del socio trabajador hasta el final del plazo mencionado. ¿Permanece en posesión del socio después de finalizar el plazo o ha de revertir entera al *hubs*? ¿O se debe concluir un contrato de arrendamiento? ¿O cómo se ha de proceder? También el *hubs* entrega a una persona para que lo plante con la condición de que se convierta en propietario de una parte determinada; se concluye la *mugārāsa* manteniéndose el lugar en manos del socio trabajador hasta el final del contrato, devolviendo el sitio tal y como estaba. ¿Se queda en manos del socio después de concluir el contrato? ¿O vuelve al *hubs* como estaba al principio? Iluminanos sobre esto.

Contestó: [...] La respuesta sobre la primera cuestión: se le exonera de la renta al arrendatario durante ese año por la ausencia de uso, porque el inconveniente es celestial. Los *fuqahā'* y ulemas lo han dicho y continúa la renta después hasta el final del plazo sin que se anule [...]

[...] La respuesta sobre la tercera es que la *mugārāsa* en los *aḥbās* se fija por *dirhams* que se deben por un plazo determinado, no es válida la *mugārāsa* en la tierra de *hubs*; en cuanto a la *mugārāsa* entre la gente en las tierras que no lo son, se está a lo que se estipule. Si se cumple el plazo cada uno será propietario de la parte que le corresponda, como dicen nuestros ulemas, Dios tenga misericordia de ellos.

determinado de los frutos²¹⁹¹) en las tierras de los *ahbās*. La explicación podría radicar en que el socio trabajador se convierte en propietario de una parte de la cosecha y en este tipo de fundaciones, ese dominio útil es de titularidad de los beneficiarios.

^a[لا بأس بعقد المساقاة في الأحباس]

وسئل غيره عن موضع محبس لزيت الإستصباح للمسجد وفيه شجرتان، وكان في الأعوام الماضية يدفع الناظر في الأحباس لمن يحرثه ويخدمه على أن يأخذ النصف من العصير، أو يقف على غيره فيكون شريكاً معه على النصف، فهل يجوز ذلك أم لا؟ أم يكون على العامل جمع العصير وتبييسه، وحينئذ يقسمه مع الناظر في الأحباس؟ بينوا لنا وجه الصواب في ذلك مثابين مأجورين. فأجاب: عقد المساقاة على الوجه الذي كان يعقدها الناظر في الأعوام الماضية جائز لا بأس به، وكذلك شرط الجمع والتبييس على العامل جائزاً أيضاً، فعلى أي الوجهين عقده فالأمر فيها واسع إن شاء الله²¹⁹².

Al-Wanšārīsī, si bien en la fetua anterior se prohibía acudir al contrato de *mugārāsa* en la explotación de las tierras de *waqf*, recoge otra respuesta en la que sí se permite la sociedad de *musāqā* (contrato mediante el cual una persona entrega su árbol a otro para que lo riegue y realice las demás labores que precise, a cambio de una parte determinada de los frutos²¹⁹³). Tal vez, en el anterior tipo de sociedad el socio hace suyo lo plantado, mientras que en este no se produce ninguna permuta dominical. En cualquier caso, se trata de instituciones jurídicas en el límite del arrendamiento, eludiendo el corto plazo impuesto a este.

^b[كيفية ترتيب مصالح الحبس]

وسئل عن أهل المسجد أخذوا خصر لمسجدهم وإلتزم لهم المشرف على الأحباس أن يؤديها من مال الأحباس، فمات المشرف المذكور قبل أدائها وتقدم غيره، وكان المشرف الأول الذي أخذ الخصر المذكورة في مدته قد بقيت قبله بقية للأحباس، فهل يتعين أخذ ثمن الخصر من ورثته من البقية التي بقيت عليه؟ أو تؤخذ من فائد الأحباس الحادثة في مدة المشرف الثاني- كانت الخصر قد صيرت للمشرف الأول في إنفاقه من تلك السنة؟

فأجاب: يجب على هذا المتقدم أن يفتش على ثمن الخصر وكراء الأحباس، وما للمسجد من الدين من كراء أحباسه، وإذا حصل ذلك كله يستأنف النظر في المسجد بيني ماوهي منه، ثم بعد ذلك يكسبه، ثم بعد ذلك يصلح أحباسه، ثم بعد ذلك زيت الإستصباح، فإن لم يفضل شيء وجب أن يؤذن واحد من الجماعة بغير أجر، ويؤمهم خيرهم كذلك بغير أجر، وإن فضل شيء إشتأجروا إماماً يقوم بهم وبمصالح مساجدهم²¹⁹⁴.

Sucede con frecuencia que las fetuas plantean un problema accesorio y muchas veces trivial, pero que en su respuesta incluyen principios y normas jurídicas de primer nivel. Este es el caso en esta duda jurisprudencial referida por al-Wanšārīsī. Se interroga por quién ha de pagar las alfombrillas del rezo en una mezquita indeterminada: la gente que suele ir, el supervisor de los *ahbās* que fallece o su sucesor, o de las rentas de las fundaciones de las que son beneficiarias. El ulema realiza varias afirmaciones sustanciales: en primer lugar, la mezquita, como beneficiaria de

a [No hay inconveniente en celebrar un contrato de *musāqāt* en los *ahbās*].

Se preguntó a otro sobre un lugar constituido como *hubs* para el aceite de la iluminación de la mezquita, un lugar con dos árboles. En los años anteriores, el administrador de los *ahbās* lo había entregado a quien lo sembrara y sirviera estipulando que cogiera la mitad del producto de la prensa o se ajusta con otro que sea su socio por la mitad. ¿Es válido eso o no? ¿O el socio debe juntar el producto de la prensa y el secado y después repartirlo con el administrador de los *ahbās*? Muéstranos lo correcto en esta cuestión, estando agradecidos.

Contestó: el contrato de administrador de los *ahbās* según lo que has expuesto que se ha concluido por el administrador en los años anteriores es válido y no hay inconveniente con él, también la estipulación de juntar el producto de la prensa y el secado por el socio trabajador es válida, cualquiera de las dos formas que contrate, pues el asunto es extenso, si Dios quiere.

b [La forma en la que se ordenan las necesidades de las mezquitas].

Se preguntó por la gente de una mezquita que tomaban las alfombrillas para su mezquita, habiéndose comprometido el supervisor de los *ahbās* a sufragarlas del dinero de estos. Este supervisor mencionado murió antes de cumplir siendo sustituido por otro. El primero, que había tomado las alfombrillas en su plazo, había mantenido los excedentes de los *ahbās*. ¿Se ha de determinar que el precio de las alfombrillas se tome de sus herederos, del resto que había conservado? ¿O se toma de las rentas de los *ahbās* producidas durante el mandato del segundo supervisor, habiendo las alfombrillas pasado a la propiedad del primer supervisor por los gastos tenidos en ese año?

Contestó: este sucesor debe investigar por el precio de las alfombrillas y los arrendamientos de los *ahbās*, y las deudas a favor de la mezquita de las rentas de los *ahbās*. Si se cubren todas, se reanuda la administración de la mezquita, construyendo lo que le necesita, luego los tapices, después la reparación de sus *ahbās*. Posteriormente, el aceite para su iluminación. Si no sobrara nada, uno de los que la frecuentan debe realizar las funciones del almuédano sin recibir renta por ello y el mejor de ellos debe ser el imán en la oración, también sin cobrar. Si sobrara algo, se arrendaría un imán que los guíe y vele por los intereses de sus mezquitas.

sus *awqāf*, es acreedora de las rentas que produzcan (la personificación jurídica de la misma es más que evidente); segundo, establece un orden de prelación entre las necesidades que se han de cubrir con las rentas que produzcan los *aḥbās*. Sería el siguiente: pagar las deudas de las que la mezquita es titular, las construcciones que precise, sus tapices y alfombras, las reparaciones que necesiten sus *awqāf* (al contrario de lo dispuesto por Hilāl b. Yaḥyā, representante de la escuela de Abū Ḥanīfa, que sitúa este gasto en el primer lugar), el aceite para su iluminación. Si existiera un excedente después de estos desembolsos, se podría arrendar el puesto de almuédano e imán; en caso contrario, alguno de los fieles tendría que realizar esas funciones sin remuneración.

En general, estos fragmentos ratifican algunos principios que han aparecido en nuestra investigación: el derecho del arrendatario como derecho real, pues este contrato no es más que una venta en la que este adquiere la propiedad de la utilidad de un bien pero no este, al contrario que ocurre en la tradición romanista, en este carácter coinciden todas las escuelas, lo que en principio propicia el subarriendo, una segunda o tercera o sucesivas ventas de esa *manfa'a*; en las tierras de dominio público, el pago del *jarāy* implica un régimen asimilado a este arrendamiento real. Es digno de reseñarse el recelo por el arrendamiento de larga duración.

Estos patrimonios que se constituyen como *waqf* han de producir rentas con las que sufragar la finalidad establecida por el fundador. El mecanismo jurídico ordinario que hace posible estos beneficios radica en el contrato de arrendamiento, pero también en algunos tipos de sociedades como la *musāqā*; otras están proscritas; es el caso de la *mugārāsa*, mas el permitir unos u otros está ligado a cada escuela e incluso a los distintos *fuqahā'*. Asimismo, con determinadas condiciones, se permite la venta de los escombros y otros restos que se hallen sobre las tierras y que no tengan la calificación de *hubs*.

No obstante, los aspectos más relevantes respecto a la institución de la persona jurídica no están representados por las características anteriores, sino que se hallan en dos elementos secundarios en la explotación de la fundación: la persona que ocupa la posición del arrendador en la relación jurídica y la prelación de gastos que se han de satisfacer con las rentas obtenidas.

Será el propio fundador y, al perecer este o por su decisión si está con vida, el administrador, un tercero sin derecho sobre los bienes de los *aḥbās*, el competente para concluir el arrendamiento, ocupando la posición del arrendador, o entregar los bienes en caso de contrato de sociedad; su consideración como una especie de delegado de la persona que constituye el *waqf* lleva aparejada la continuidad del contrato, aunque se produzca su muerte; esto no ocurre si el fallecido es el arrendatario. Esta figura ha sido objeto de nuestra atención en páginas precedentes y en próximos epígrafes terminaremos de perfilar su reglamentación. Los beneficiarios, si bien tienen voz y están facultados para reclamar por sus derechos si las condiciones del contrato no les satisfacen, se mantienen al margen, casi como un tercero en la relación de derecho que une a arrendador y arrendatario o entre los socios; de ahí que sea indiferente quiénes de entre ellos se mantengan con vida.

Los frutos que se consigan han de contribuir al mantenimiento del patrimonio en condiciones de mantenimiento adecuadas y han de ser entregados a las personas en cuyo favor se creó la fundación según las cuotas y las condiciones fijadas. Si esta unidad patrimonial ha de pervivir en el tiempo debe ser capaz por sí misma de hacer frente a los gastos para conservarse operativa.

La actuación del administrador (al que se le denomina a veces albacea), quien representa la continuación de la voluntad del fundador y ha de defender el interés de la fundación que no siempre coincide con el de los beneficiarios, y la capacidad para afrontar los gastos propios suponen dos características presentes en las personas jurídicas: en una sociedad anónima el gerente, que no tiene por qué ser socio, gestiona los intereses de la persona jurídica con el fin de repartir beneficios entre los accionistas; de forma análoga, el administrador de un *waqf* intenta conseguir el mayor rédito de la fundación para entregar la parte que se ha designada para cada beneficiario.

7.6.3 La Administración del patrimonio del *waqf*

En la historia jurídica occidental las instituciones asimilables a las fundaciones -y así solemos traducir la palabra *waqf* al español en este libro al igual que otros arabistas²¹⁹⁵- que más conocemos provienen del derecho romano. Siguiendo el esquema del fideicomiso al que ya nos hemos referido, el administrador se convertía en titular fiduciario, verdadero propietario, de los bienes. Estas instituciones solían estar en manos de *civitates* o asociaciones religiosas o un magistrado especial si el encargado de las mismas era una ciudad²¹⁹⁶. Una vez asentado el Cristianismo en el Imperio, los testadores o donantes solían instituir como beneficiarios a grupos demasiado genéricos (pobres, huérfanos). La dificultad de actualizar la voluntad piadosa obligaba a acudir a vías indirectas como la donación con gravamen modal o a disposiciones *mortis causa* de carácter fiduciario; el camino más usual fue acudir a una persona física por razón de su cargo: obispo, abad o administrador, quienes se encargaban de ejecutar la beneficencia prevista por la persona. La legislación de los emperadores cristianos reconoció esta realidad y llamaba normalmente al obispo como titular o administrador de estos patrimonios²¹⁹⁷. En época de Justiniano, aunque el fundador hubiera designado a una persona particular para llevar a cabo esta misión, esta quedaba sujeta a la vigilancia e inspección del obispo, quien podía asumir la administración directa si aquel no era diligente en su función; el administrador debía rendir cuentas ante el ordinario del lugar²¹⁹⁸. Jurídicamente, la naturaleza de este sujeto que cumple con la voluntad del fundador no resulta pacífica, pues alguna corriente analizada por José María Blanch considera que este gestor adquiriría la propiedad, si bien con carácter fiduciario, de los bienes que constituían la fundación. Sea como fuere, estaba sujeto en todo momento a la autoridad del obispo e imperial²¹⁹⁹. Esta ambigüedad (entre la mera gestión y la titularidad del dominio) con la que las constituciones imperiales regulaban este cargo también ha sido reflejada por otros especialistas como Juan José Rubio²²⁰⁰. Con el devenir del tiempo, el derecho común y los autores de nuestro país seguía reconociendo a la Iglesia, por medio de los obispos, como ejecutoras testamentarias de estas disposiciones piadosas. Los llamados naturales a llevar a cabo las disposiciones contenidas en el testamento eran los herederos, pero, a falta de estos, asumirían el cargo los obispos y los jueces; la cláusula que pretendiera excluir a los eclesiásticos se consideraba nula²²⁰¹. No hay que perder de vista que el obispo actúa como procurador, representante, de la Iglesia²²⁰².

Una vez completado, con toda seguridad de forma demasiado rauda, estos precedentes latinos y los continuadores de su tradición jurídica, el derecho de la Iglesia y el derecho común, no nos queda más que intentar deducir un régimen propio de la *Šarī'a*, a partir de las obras de los *fuqahā'* a la hora de regular la función, cuya misión es llevar a la práctica las estipulaciones del fundador de los *ahbās*. Únicamente adelantaremos que se trata de un cargo presente en todas y cada una de las regulaciones de las distintas escuelas jurídicas sobre las fundaciones islámicas.

^a [...] من أسلم على أرض خراج إن شاء أقام وإن شاء ترك أرضه للمسلمين ولو أراد أحدهم الخروج وله ماء أو غراس في الأرض فهل يُقال للإمام أن يملكه للمسلمين من مال الفيء إذا رآه أصلح كما يملك الناظر للوقف ما غرس فيها أو بنى بالأجرة بعد إنقضاء المدة لا يبعد أن يجوز ذلك بل هو أولى بذلك من ناظر الوقف لوقوع الإختلاف في ملك الموقوف عليهم لرقبة الوقف وأما المسلمون فإنهم يملكون رقبة أرض العنوة...²²⁰³

El seguidor de Aḥmad b. Ḥanbal, Ibn Raḡab, (texto que nos ilustró sobre la naturaleza de las tierras adquiridas por conquista) compara la figura del administrador con la del gobernante en cuanto a su relación con las tierras de *jarāy*. De esta manera ambos están capacitados para la

a [...] Quien recibiera alguna tierra del *jarāy*, si lo desea, se asienta en ella, y si lo desea, deja su tierra en favor de los musulmanes. Si alguno de ellos (quienes explotan las tierras de *jarāy*) quisiera abandonarla y tuviera riego o plantación en la tierra, ¿podría el imán apropiársela en favor de los musulmanes como botín si lo considerara de interés al igual que hace el administrador del *waqf* con lo plantado o construido durante el arrendamiento una vez que termina el plazo de este? No es descartable la validez, sino todo lo contrario, pues tiene preeminencia sobre el administrador del *waqf*, por la existencia de divergencias sobre la propiedad de los beneficiarios del *waqf* sobre el bien raíz, mientras que los musulmanes sí son propietarios del dominio eminente de las tierras conquistadas a la fuerza.

apropiación de la plantación de lo plantado o construido por el arrendatario en la tierra de *waqf* al terminar el plazo de su arrendamiento o el concesionario de las tierras públicas. No obstante, la posición es más firme para el imán que para el administrador, pues la propiedad de sus beneficiarios sobre el dominio directo del bien raíz es un asunto discutido, dado que la mayoría de las escuelas la rechazan, incluso alguna corriente en esta escuela; por el contrario, los musulmanes serían propietarios del dominio eminente de las tierras anexionadas sin discusión.

^aالقاعدة الحادية والستون: المتصرف تصرفاً عاماً على الناس كلهم من غير ولاية أحد معين، وهو الإمام، هل يكون تصرفه عليهم بطريق الوكالة لهم أو بطريق الولاية؟

[...] أما نواب القاضي فنوعان: أحدهما من ولاية خاصة كمن فوض إليه سماع الشهادة معينة أو إحضار المستعدى عليه فهم كالوكلاء ينزلون بعزله وموته. والثاني: من ولايته عامة كخلفائه وأمنائه على الأطفال ونوابه على قرى فهل هم بمنزلة وكلائه أو نواب المسلمين فلا ينزلون بموته؟ على وجهين ذكرهما الأمدى، وصح صاحب الترغيب عدم الإنعزال، حكى ابن عقيل عن أصحاب انهم ينزلون لأنهم نواب القاضي بخلاف القضاة إنهم نواب المسلمين، ولهذا يجب على الإمام نصب القضاة ولا يجب على القضاة الأستتابة [...] وأما المتصرف تصرفاً خاص بتفويض من ليس له ولاية عامة فنوعان. أحدهما: أن يكون المفوض له ولاية على ما يتصرف فيه كولي اليتيم وناظر الوقف، فإذا عقد عقداً جائزاً أو متوقع الإنفساخ كالشركة والمضاربة والوكالة وإجارة الوقف، فإنها لا تنفصح بموته لأنه متصرف على غيره لا على نفسه وكذلك الوكيل إذا أذن له موكله أن يوكل فيكون وكيله وكيلاً لموكله لا له. والثاني: من يفوض حقوق نفسه فهذه وكالة محضة.²²⁰⁴

El *hanbalī*, Ibn Raḡab, en este fragmento de su obra sobre las reglas del *fiqh*, el cual está presente en este trabajo en varias ocasiones, nos recuerda una característica fundamental de este cargo: la alteridad, es decir, su actuación se realiza en nombre de otro, cuya esfera jurídica es la que se ve afectada, no la de quien realiza el acto. De esta forma, una conclusión a la que hemos llegado en otros epígrafes, los contratos que realice no se ven afectados por su fallecimiento.

^b861/20- مسألة: في واقف وقف رباطاً على الصوفية، وكان هذا الرباط قديماً جارياً على قاعدة الصوفية في الربط: من الطعام، والإجتماع بعد العصر فقط؟ فتولى نظره شخص، فأجتهد في تبطيل قاعدته، وشرط على من به شروطاً ليست في الرباط أصلاً [...] فهل يجوز إحداث هذه الشروط عليهم؟ أم لا؟ [...]

الجواب: رحمه الله: لا يجوز للنظر إحداث هذه الشروط ولا غيرها، فإن الناظر إنما هو منفذ لما شرطه الواقف. ليس له أن يبتديء شروطاً لم يوجبها الواقف، ولا أوجبها الشارع، ويأثم من أحدثها فإنه منع المستحقين حقهم حتى يعملون أعمالاً لا تجب...²²⁰⁵

Ibn Taymiyya en esta fetua, que aparece en el capítulo tercero de este libro, se muestra rotundo al respecto de la naturaleza del cargo del administrador: es un mero ejecutor de las estipulaciones establecidas por el fundador. No sería conveniente dejar de comentar que la cuestión

a Regla sesenta y uno: quien actúa en general para toda la gente sin autoridad sobre nadie en concreto, ese es el imán, ¿su actuación es por delegación de ellos o por autoridad?

[...] En cuanto a los representantes del juez, los hay de dos tipos. El primero, aquel que tiene una autoridad especial que le ha sido encargada, como escuchar unos determinados testimonios o hacer personar a sus asesores, son como sus mandatarios, se destituyen con su destitución y su muerte. El segundo, los que tienen una autoridad general como los designados para ser tutores y cuidadores de los niños, los representantes en las aldeas. ¿Están en el puesto de representantes de él o de los musulmanes y no serían destituidos con su muerte? Al-Amadī reseña dos corrientes, y lo ha corregido el autor de *al-Tarḡīb*, disponiendo que no pueden ser destituidos; cuenta Ibn ‘Aqīl de algunos compañeros que ellos sí ven lícito su destitución, porque son representantes del juez, a diferencia de los jueces, que son representantes de los musulmanes. Por eso, el imán debe nombrarlos y los jueces no se deben nombrar [...] En cuanto a la persona que actúa de forma privada con una autorización de quien no tiene potestad pública, es de dos tipos: el primero, que el autorizante disponga de potestad sobre el objeto de la actuación como el tutor de un huérfano y el administrador de un *waqf*: pues si contratara un contrato válido o cuya rescisión fuera posible, como la sociedad o la *muḏāraba* y la delegación o el arrendamiento del bien habiz, pues el contrato no se extinguiría con su muerte, porque actúa por otro, no en nombre propio. Y también el representante si su mandante le autorizara a delegar, pues su delegado sería delegado del primer delegado, no del mandante original. El segundo, quien delega su propio derecho, y esta sería la representación simple.

b 861/20- Cuestión: sobre un fundador que constituyó como *waqf* una rábida en favor de sufíes; en esta rábida, desde antiguo, regían las reglas de los sufíes sobre el orden, la comida y las reuniones solo después de la sobremesa. Tomó posesión de su administración una persona que decidió anular sus reglas y estipulas nuevas que no eran originariamente de la rábida... ¿Le es lícito inventarse estas nuevas estipulaciones o no?

La respuesta, Dios tenga misericordia de él: no es lícito al administrador establecer estas estipulaciones ni otras, pues el administrador es tan solo un ejecutor de las estipulaciones del fundador. No puede imponer nuevas que no ha establecido el fundador ni el Legislador. Peca quien lo haga, impidiendo a sus titulares su derecho con acciones que no se deben...

analiza el *waqf* realizado en favor de una rábida habitada por sufíes. El jurista, de la escuela de Ibn Ḥanbal, comenta que los miembros de esta *cofradía* habitaban siguiendo unas normas de organización, comida y reunión. Estos datos, junto a los que nos proporcionó el viajero Ibn Baṭṭūṭa²²⁰⁶, incitarían a pensar en personas jurídicas de carácter asociativo, mas, de la misma manera que argumentamos en el capítulo segundo, los *fuqahā'* en ningún momento, en cuanto nos ha sido posible consultar, plantean, directa o indirectamente considerarlas como titulares de derecho.

921/80^a -مسألة: في وقف أرض على مسجد فيها أشجار معظلة من الثمر، وتعطلت الأرض من الزراعة بسببها. هل يجوز قلع الأشجار، وصرف ثمنها في مصالح المسجد وتزرع الأرض وينتفع بها؟
الجواب: نعم. إذا كان قلع الأشجار مصلحة للأرض بحيث يزيد الإنتفاع بالأرض إذا قلعت فإنها تعلق. وينبغي للناظر أن يقلعها ما هو الأصلح للوقف، ويصرف ثمنها فيما هو أصلح من عمارة الوقف، أو المسجد، إن احتاج إلى ذلك. والله أعلم²²⁰⁷.

Este ulema sirio, conocido como jeque del Islam, matiza en esta nueva respuesta la calificación del administrador como simple ejecutor. Al tener el deber de velar por el interés del *waqf*, ha de realizar aquellas actuaciones que reviertan en su beneficio. En este supuesto, arrancar unos árboles que no dan frutos para facilitar el cultivo de la tierra que provocará la generación de más rentas. Es necesario enfatizar la expresión del alfaquí: *interés del waqf*, se entiende que distinto al del administrador y no coincidente, aunque convergente, al del beneficiario.

[لإمام المسجد أن يتصرف فيما فضل من غلاته]^b
وسئل رحمه الله عن إمام مسجد وللإمام أرض موقوفة يتناول الإمام غلتها فيعمر المسجد منها ويسرجه، ويصلحه بالحصر وغيرها، فإذا تمت مصلحته أخذ الباقي لنفسه، وتصرف فيه، هل تحل له الزيادة على كفاية المسجد؟ وهل يحل له الحج بها؟
فأجاب: إذا ولاه ذلك من له النظر وأذن له أن يأخذ الزيادة على كفاية المسجد، ولم يكن فيه مخالفة مشترطة للواقف ولا للمصلحة، كانت الزيادة له ويحل له الحج بها وسائر التصرفات²²⁰⁸.

Esta nueva contestación atribuida a un muftí magrebí, incorporada *al-Miy'ār*, en el mismo sentido que la anterior de Ibn Taymiyya, permiten al administrador tomar algunas decisiones que, sin estar previstas en las estipulaciones del fundador, no las contradigan ni vayan contra el interés de la fundación. En el presente supuesto, es la persona competente para autorizar al beneficiario, el imán de una mezquita, a disponer de los excedentes de las rentas producidas por el *waqf*, en sí mismo y realizar la peregrinación a La Meca.

[الواجب على الناظر أن يتفقد الحبس على الدوام]^c
وسئل عن ناظر الأحباس هل يجب عليه تفقدها أم لا؟
فأجاب: تطوف ناظر الحبس وشهوده وكتابه وقباضه على ريع الأحباس أكيد ضروري لا بد فيه منه وهو واجب على الناظر فيها، لا يحل له تركه إذ لا يتبين مقدار غلاتها ولا عامرها ولا غامرها إلا بذلك، وما ضاع كثير من الأحباس إلا بإهمال ذلك، فيأخذ الناظر وفقم الله بالكد والجد والاجتهاد²²⁰⁹.

a 80/921- Cuestión: sobre el *waqf* de una tierra en favor de una mezquita que tiene árboles que ya no dan frutos pero que por su causa no se puede cultivar. ¿Es lícito arrancar los árboles y emplear el precio de estos en interés de la mezquita y sembrar la tierra para aprovecharla?

La respuesta: sí, si arrancar los árboles es en interés de la tierra, al aumentar su aprovechamiento con esto, se arrancan. El administrador debe arrancarlos y hacer lo que interese más al *waqf*, y emplear el precio en lo que sea de mayor interés del *waqf*, como su mantenimiento, o en interés de la mezquita, si lo necesitara. Dios es más sabio.

b [El imán de la mezquita puede disponer de lo que sobre de las rentas].

Se le preguntó, Dios tenga misericordia de él, por el imán de una mezquita, que tenía una tierra *retenida* de la que tomaba sus rentas y reparaba la mezquita de las mismas y le ponía los tapices y la arreglaba con alfombrillas para el rezo y otras cosas. Si se completaban sus necesidades, tomaba el resto para sí y disponía de él. ¿Le es lícito ese incremento sobre lo suficiente para la mezquita? ¿Le es lícito realizar la peregrinación con eso?

Contestó: si quien tiene asignada la administración del mismo delega en él y le da permiso para tomar el incremento sobre lo que es suficiente para la mezquita, sin que se contravenga ninguna disposición del fundador ni ninguna necesidad, puede disponer de ese incremento para la peregrinación y las demás disposiciones.

c [Es deber del administrador inspeccionar el *hubs* constantemente].

Se le preguntó por el administrador de los *ahbās*, ¿debe inspeccionarlos o no?

Contestó: que el administrador gire alrededor del *hubs* y sus testigos, escribas, recaudadores de la renta de los *ahbās* por supuesto que es necesario y debe hacerlo el administrador. No le es lícito abandonarlo, pues no podrá averiguar la cuantía de las rentas, ni lo que está cultivado o en barbecho. Se pierdan muchos *ahbās* por su descuido. El éxito que da Dios lo toma el administrador por el esfuerzo, la diligencia y el estudio en profundidad.

Al-Wanšarīsī añade otra fetua a la cuestión que establece como deber fundamental de quien gestiona estas fundaciones la inspección constante de los bienes *in situ*, así como relaciona tres cualidades importantes en su actuación: el esfuerzo, la diligencia y el estudio en profundidad.

^aباب الولاية في الوقف.

قلت: أرأيت رجلاً وقف أرضاً على وجوه سماها وأخرجها من يده إلى رجل وقال قد وليتك هذا الوقف ثم مات الواقف هل يكون هذا الرجل وصياً في هذا الوقف؟ قال: لا وإنما إليه ولايتها في حياته فإذا مات الواقف لم يكن فهذا الرجل ولايتها بعد موته إلا أن يقول الواقف قد وليتك أمرها في حياتي وبعد وفاتي فيكون وصياً فيها بعد وفاته ويكون وكيلاً فيها في حياته. قلت: فإن قال قد وكلتك بصدقتي هذه في حياتي وبعد وفاتي؟ قال: هذه جائز وهو وكيل فيها في حياة الواقف ووصي فيها بعد وفاته...²²¹⁰

El seguidor de Abū Ḥanīfa, al-Jaṣṣāf dedica un capítulo a la administración de esta institución en su obra sobre el régimen jurídico de la misma. Comienza con la determinación de su nombramiento. En primer lugar, es el fundador el que designa a la persona encargada, tanto durante su vida como después; en este último caso, deberá especificar que se trata de la administración una vez fallecido el constituyente. La naturaleza del cargo varía en función de si se realiza la función viviendo el fundador o una vez muerto. En el primer supuesto, el administrador sería un representante, con sus limitaciones como mero mandatario; por contra, el hecho de la muerte convierte el cargo en albacea, con poderes más amplios.

^b [...] قلت- فإذا كان شرط الواقف أن يليها هذا الرجل في حياة الواقف وبعد وفاته فالوصية صحيحة في الحياة وبعد الوفاة أما في الحياة فهو كالوكيل وأما بعد الوفاة فهو كالوصي بقول الواقف وبعد وفاتي فهذه من وصية إليه في ولايتها..²²¹¹

Otro alfaquí seguidor de Abū Ḥanīfa que redactó también un tratado sobre la institución, Hilāl b. Yaḥyā, también distingue entre el carácter de mandatario del administrador en vida del fundador y su conversión en albacea, tras su muerte.

^c[مطلب جعل ولاية وقفه لرجلين فقبل أحدهما دون الآخر]

قلت: أرأيت إذا جعل ولايتها بعد وفاته إلى رجلين فقبل أحدهما ذلك ولم يقبل الآخر؟ قال: ينبغي للقاضي أن يجعل مع الذي قبل رجلاً يقوم مقام الذي لم يقبل وإن كان الذي قبل موضعاً لذلك عند القاضي ففوض القاضي ذلك إليه فهو جائز. قلت: أرأيت إن قال الواقف قد جعلت ولاية صدقتي هذه إلى فلان هذا في حياتي وبعد وفاتي إلى أن يدرك إبني فلان فإذا أدرك كان شريكاً لفلان في ولايتها حياتي وبعد وفاتي فإن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه قال لا يجوز ما جعل إلى إبني من ذلك وقال أبو يوسف هو جائز على ما جعله. قلت: وكذلك إن قال فإذا أدرك إبني فلان فإليه ولاية صدقتي هذه في حياتي وبعد وفاتي دون فلان؟ قال: فذلك جائز في قول أبي يوسف²²¹².

Al-Jaṣṣāf, en esta sección del mismo capítulo, aunque de forma indirecta, establece que el cargo de administrador es voluntario y requiere la aceptación. Si el fundador designara a dos personas y una de ellas rechazara el nombramiento, sería el juez quien tendría que escoger a un suplente para este; esta misma solución es la propuesta por Hilāl b. Yaḥyā²²¹³. En la escuela no existe acuerdo sobre la licitud de la cláusula por la que se invista a alguien con carácter interino,

a Capítulo. La autoridad en el *waqf*.

Dije: ¿cuál es tu opinión sobre un hombre que constituye como *waqf* una tierra según la finalidad que ha estipulado, sacándola de su mano hacia un hombre diciéndole: te nombro autoridad en este *waqf*; después muere el fundador. ¿Este hombre es su albacea en este *waqf*? Dijo: no, únicamente tiene autoridad en vida del fundador, si muere este hombre no tendría autoridad después de su fallecimiento salvo que el fundador hubiera dicho que le daba autoridad en vida y tras su muerte, siendo su albacea tras su deceso y representante durante su vida. Dije: ¿y si hubiera dicho que te hago representante en esta mi *ṣadaqa* mientras viva y después de mi muerte? Dijo: esto sería válido y sería representante en vida del fundador y su albacea después de su muerte.

b [...] Dije: ¿si la condición del fundador fuera nombrar a este hombre en vida del mismo y después de su muerte, el nombramiento de albacea sería válido en vida y después de su muerte; no obstante, durante su vida sería como un mandatario y después de su muerte sería albacea, al haber dicho el fundador y después de mi muerte...

c [Sección: le entrega la autoridad de su *waqf* a dos hombres, aceptando uno pero no el otro].

Dije: ¿qué opinas si le entregara la autoridad después de su muerte a dos hombres, aceptando uno de los dos y no el otro? Dijo: el juez debe nombrar junto al que aceptó a un hombre que ocupe el lugar del que no aceptó; si el que aceptó fuera adecuado para el juez, este lo nombraría y sería válido. Dije: ¿cuál es tu opinión si el fundador dijera que daría la autoridad de esta mi *ṣadaqa* a fulano hasta que se hiciera mayor mi hijo y una vez siendo mayor compartiera con fulano la autoridad durante mi vida y después de mi muerte, ya que al-Ḥasan b. Ziyād ha transmitido de Abū Ḥanīfa que no es válido esto en cuanto al hijo y que Abū Yūsuf lo considera válido? Dije: ¿y también que si mi hijo fuera mayor de edad tendría la autoridad de esta mi *ṣadaqa* durante mi vida después de mi muerte sin compartirlo con fulano? Dijo: esto es válido según la opinión de Abū Yūsuf.

mientras que otro alcanza la mayoría de edad, a modo de regencia. El fundador de la escuela lo prohíbe, pero él y Abū Yūsuf lo autorizan.

^aباب الولاية في الوقف.

قلت- رأيت رجلاً جعل أرضه صدقة موقوفة أبداً ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره- قال- الولاية للواقف والوقف جائز والولاية للواقف شرط ذلك أو لم يشترطه، وقد قال أقوام أن الوقف جائز وليس للواقف فيه ولاية إلا أن يشترط ذلك فإن شرط الولاية كانت له الولاية وإن يشترط لم يكن له ولاية ومن حجتنا على من قال بهذا القول الزكاة التي فرض الله على عباده أن ولاية قسمة ذلك إلى رب المال الذي وجبت عليه وكذلك ولاية الصدقة لمن تصدق بها [...] قلت- فمن وقف وفقاً لإشتهار ولايته لنفسه أو لم يشترط فهو فيه سواء والولاية للواقف- قال- نعم...²²¹⁴

Hilāl b. Yaḥyā, colega de escuela de al-Jaṣṣāf y casi coetáneo, comienza el capítulo consagrado a la administración del *waqf*, de su libro sobre la institución, afirmando que esta autoridad en la fundación corresponde originariamente al fundador, de ahí que tanto si la estipula para sí mismo como si no estipula nada se convertirá en el administrador. Además de esta disposición, tenemos que destacar el argumento jurídico: así como en la *zakāt*, o limosna legal, el propietario gravado con el impuesto tiene autoridad para realizar él mismo el reparto entre los beneficiarios, el fundador de una *ṣadaqa retenida* goza de esa misma potestad. Este fundamento nos retrotrae al origen de la figura, que en parte está vinculada a la limosna legal; asimismo, los términos *ṣadaqa* y *zakāt* son sinónimos en muchos escritos de los primeros ulemas. De esta forma, al menos, en vida de quien lo constituye, el *waqf* se mantiene bajo su tutela.

b [...] قلت- رأيت إذا جعل أرضه صدقة موقوفة في صحته ثم مات ولم يوص إلى أحد- قال- للقاضي أن يوليها من يتق به...²²¹⁵

Hilāl b. Yaḥyā, tras la muerte del fundador sin haber nombrado a nadie para la administración, dota al juez de la potestad para designar a alguien de su confianza.

866/25- مسألة: في الناظرين، هل لهما أن يقتسما المنظور عليه بحيث ينظر كل منهما في نصفه فقط؟
الجواب: لا يتصرفان إلا جميعاً في جميع المنظور فيه، فإن أحدهما لو انفرد بالتصرف لم يجز، فكيف إذا وزع المفرد، فإن الشرع شرع جمع المتفرق بالقسمة والشفعة، فكيف يفرق المجتمع؟!²²¹⁶

Según Ibn Taymiyya, la pluralidad de administradores se resuelve con la mancomunidad en la actuación; todos han de ejercer el cargo de consuno. La función resulta indivisible. La predilección del ejercicio mancomunado es idéntica al que nos mostraron las fetuas hindúes de la escuela ḥanafī para los mismos²²¹⁷. No obstante, parece que en lo relativo a los cargos públicos como el de imán o juez, la pluralidad de designados está proscrita, así lo estima al-Māwardī²²¹⁸.

^d[مطلب لو جعل لكل من وقفه ولياً لا يشارك أحدهما الآخر]

قلت: فإن وقف أرضاً له وجعل ولايتها إلى رجل ووقف أرضاً له أخرى وجعل ولايتها إلى رجل آخر هل يشارك واحد منهما صاحبه فيما في يده؟ قال: لا لأن كل واحد منهما والي الوقف الذي ولاه الواقف...²²¹⁹

a Capítulo. La administración del *waqf*.

Dije: ¿cuál es tu opinión si un hombre constituyera su tierra como una *ṣadaqa retenida* eterna y no estipulara su administración para sí mismo ni para otro? Dijo: la administración sería para el fundador y el *waqf* sería válido, tanto si lo hubiera estipulado o no. Algunos opinan que el *waqf* sería válido pero no sería su administrador para el fundador salvo que lo hubiera establecido así, en cuyo caso sería el administrador; pero, si no lo hubiera hecho, no tendría la administración. Nuestro argumento frente a los que tienen esa opinión es la *zakāt*, que Dios ha impuesto a sus fieles, donde la autoridad para realizar el reparto es para el propietario del bien gravado; de la misma manera, la autoridad sobre la *ṣadaqa* es para quien la realiza [...] Dije: ¿quien constituye un *waqf*, tanto si estipulara la administración para sí mismo como si no, sería lo mismo y la administración sería para el fundador? Dijo: sí...

b [...] Dije: ¿qué opinas si constituyera su tierra como una *ṣadaqa retenida* estando sano, muriera y no hubiera nombrado a nadie? Dijo: el juez debe nombrar a alguien de su confianza...

c 866/25- Cuestión: sobre los dos administradores. ¿Se puede repartir la administración de tal manera que cada uno administre la mitad?

La repuesta: no actúan más que juntos sobre la totalidad de lo administrado. Si alguno actuara en exclusiva, no sería válido. ¿Cómo se puede repartir lo que es uno!?, ¿Si el Legislador ha establecido la unión de lo separado mediante la partición y el retracto, cómo separar lo que está unido!?

d [Sección: si nombrara para cada uno de sus dos *waqf* un administrador, no compartirían su cargo con el otro].

Dije: ¿si constituyera una tierra como *waqf* y nombrara a un hombre y constituyera otra y nombrara a otro, compartirían el cargo con el otro? Dijo: no, porque cada uno sería el administrador del *waqf* para el que fue nombrado...

Al-Jaṣṣāf, en este otro apartado del mismo capítulo consagrado a esta figura, regula la norma supletoria, ante la constitución de diversas fundaciones en las que el mismo fundador nombra a personas diferentes como administradores, por la falta de previsión por parte del fundador: cada uno es independiente en su propio *waqf*, sin compartir el cargo de forma mancomunada. El *fiqh* no suele estar cómodo con el ejercicio colegiado de ningún tipo de autoridad y, como en este caso, crea normas que lo dificultan. No obstante, el fundador puede estipular otros mecanismos. Su compañero, Hilāl b. Yaḥyā está de acuerdo con esta reglamentación²²²⁰.

[من قدمه جماعة للنظر في الحبس لا يعزل إلا بإتفاقهم وثبوت الموجب]

وسئل عن أحباس بلد أسند النظر فيها بمقتضى الأمر السلطاني للخطباء بجامعه الأعمش والأشياخ، ومن أحباس جملة أسند النظر فيها للخطباء بالجامع المذكور محبسوها، وشرطوا ذلك في أصل التحبيس، وصار نظر للخطباء في التحبيس بمقتضى شرط المحبس فيما أسندوه إليهم من النظر فيها مستقلين بذلك ومنفردين به، وبمقتضى الأمر الكريم في سائرهما مشتركين مع الأشياخ في النظر في سائرهما ممن لم يسند فيها النظر لهم ولا لغيرهم لوجوه النظر بمقتضى الأمر الكريم، ثم إن الخطباء والأشياخ الناظرين المذكورين تفاوضوا مع القاضي في تقديم ناظر في الأحباس على العادة في ذلك، ووقع إتفاق الجميع على تقديم من رضوا إمامته وثقته وعدالته وأنفذوا تقديمه، وقبل التقديم وتولى النظر في ذلك أشهراً ثم إن القاضي بعض المقدمين المذكورين عزلوا المقدم وقدموا عوضاً منه شخصاً آخر مستبدلين بذلك ولم يوافق سائر الناظرين على هذا العزل ولا على هذا التقديم بعده، إذ لم يظهر لذلك موجب يقتضي ذلك عندهم، ولا ثبت في ذلك موجب يقتضي عزل من عزل ولا تقديم من غير موافقة الناظرين عليه أو ثبوت موجب يقتضي ذلك بعد الإعذار فيه لمن يجب على مقتضى الشرع؟ بينوا لنا وجه الحكم في ذلك.

فأجاب: وقفت على السؤال المكتتب، والحكم في ذلك أن لا ينفذ حكم عزل من إتفق الناظرين المذكورين على تقديمه إلا بإتفاقهم على عزله، أو ثبوت موجب العزل عند من يجب، والإعذار إلى كل من الناظرين وعجزوه عن المرجع فيما ثبت فيعزل حينئذ بالحكم، لأن الناظرين فيما إليهما النظر فيه كالوصيين فيما أسند إليهما، وقد قال فقهاء المذهب: من أوصى إلى وصيين لم يجز فعل أحدهما في بيع ولا شراء ولا عقد نكاح حتى يظهر معه صاحبه، إلا أن وكله أو يفوض إليه، قاله الشيخ أبو عمر بن عبد البر في كتابه ((الكافي)) ومثله في الدواوين المذهبية، ومن المعلوم أن إسناد المحبس النظر في حبه إلى ناظرين، من باب العهد إلى وصيين، ويلحق بذلك الأوامر السلطانية المقتضية للتشريك في نظر، فإن مصرف القضاء بالتشريك إنما هو لتوثقه في تحصيل الإصابة بتعدد الموافقة²²²¹.

Esta fetua incluida en el *Mi'yār*, no atribuida explícitamente a ningún ulema pero, por su ubicación, pudiera corresponder a Abū Sa'īd Ibn Lubb, plantea la dificultad derivada de la pluralidad de personas que comparten el cargo de administrador. El planteamiento resulta bastante

a [Quien ha sido designado por una pluralidad para la administración de un *hubs* no se destituye más que por acuerdo de todos y la constatación de causa].

Se le preguntó por los *ahbās* de una población cuya administración fue asignada en virtud de una orden del sultán a sus predicadores en la mezquita mayor y a los jeques. Entre esos *ahbās* se asignó la administración a los predicadores de la mencionada mezquita por sus fundadores, estipulándolo así en documento de constitución. La administración fue para los predicadores en ese acto en virtud de la condición del fundador, en la que los designaba, de forma independiente e individualizada. Según la orden gubernamental, en el resto compartían con los jeques la administración de los demás en los que no habían sido asignados para la administración ni habían sido asignados otros según la misma orden. Con posterioridad, los predicadores y los jeques que eran los administradores mencionados negociaron con el juez sobre el nombramiento de un administrador para los *ahbās* según la costumbre. Llegaron a un acuerdo todos para designar a uno que resultara aceptable por su confianza y justicia, ejecutando el nombramiento. Aceptó el nombramiento y ejerció el cargo unos meses; después, el juez y algunos de los que lo presentaron lo destituyeron presentando en su lugar a otra persona, sin que el resto estuviera de acuerdo con esta destitución ni con el nuevo candidato, ya que no se había observado ninguna razón que exigiera esto, ni para la destitución ni para la nueva candidatura. ¿Se ha de ejecutar la acción de estos en lo relativo a la destitución sin el acuerdo de los demás o se ha de constatar alguna razón legal para ello? Muéstranos cuál ha de ser el fallo.

Contestó: me he detenido en la cuestión copiada. El fallo en eso es que no se puede ejecutar la orden de destitución de quien tiene el acuerdo de los administradores mencionados para nombrarlo sin su visto bueno o la constatación de una razón para la destitución. Si existiera esta excusa para alguno de los dos administradores y su incapacidad de realizar su labor, se ha de destituir, porque los dos administradores en la administración que tienen asignada son como los albaceas en lo que tienen a cargo. Los *fuqahā'* de la escuela han dicho: cuando se nombra a dos albaceas, no es válido el acto de uno de los dos, ni venta ni compra ni contrato de matrimonio, hasta que aparezca con él su compañero, salvo que le de poder o delegue en él; es la opinión del jeque Abū 'Umar 'Abd-l-Barr en su libro "*al-Kāfi*" y también la que aparece en los compendios de la escuela. Es conocido que si el fundador nombra a dos administradores para su *hubs* es de aplicación lo dispuesto para dos albaceas y dos tutores; en este régimen se incluye las órdenes del sultán que implican compartir la administración. Este compartir el cargo tiene como misión asegurar lo que se consigue con pluralidad en el consenso.

confuso porque mezcla nombramientos realizados por fundadores y por el sultán que negocian la designación de un único encargado de la gestión de varias fundaciones; una parte de los mismos, deciden destituirlo sin causa legal. La contestación no sufre este caos. El jurista acude a la doctrina asentada en la escuela, en especial señala al alfaquí Abū ‘Umar ‘Abd -l-Barr²²²² y su obra “*al-Kāfi*”. En virtud de la semblanza que de él realiza Ibn Baškuwāl (historiador cordobés nacido en el año 1101 y fallecido en el 1183; famoso por su obra al-Šila donde realiza diversos apuntes biográficos de personajes de al-Andalus²²²³), este jurista cordobés fue discípulo de Abū al-Qāsim, autor de numerosas obras exegéticas de la *Muwatta’* de Mālik b. Anas. Desde la capital del califato omeya se trasladó al este de al-Andalus, donde habitó en Denia, Valencia y Chátiva, ciudad en la que falleció en el año 463 de la hégira, 1071 de nuestra Era²²²⁴. Los mālikīes aplican analógicamente la reglamentación del albacea y tutor testamentario; de esta manera, si dos personas compartieran el cargo, su actuación deberá ser conjunta y por mutuo acuerdo, salvo que uno de los dos dé poder al otro o delegue en él. Este régimen es válido igualmente para los cargos nombrados por el sultán. Su fundamento descansa en que únicamente el ejercicio mancomunado asegura la finalidad buscada con este tipo de designación.

a [...] رأيت إذا اشتراط بيعها والإستبدال بها فمات ولم يبيعها هل للوصي أو الوالي هذه الصدقة أن يبيعها؟ قال لا. قلت: فإن كان اشتراط أن لوالي هذه الصدقة ولكل من صارت إليه ولايتها أن يبيعها ويستبدل بثمنها أرضاً تكون وقفاً مكانها؟ قال: فذلك جائز²²²⁵.

En su libro monográfico sobre el *waqf*, al-Jaššāf permite al fundador (esta escuela admite que sea el administrador) que incluya una cláusula que lo habilite para vender los bienes y comprar otros con el precio. También está capacitado para estipular que el administrador de la fundación lleve a cabo ese intercambio, sin necesidad de autorización judicial. Por el contrario, los seguidores de Mālik b. Anas anularían el negocio jurídico si el quien lo realiza se nombrara a sí mismo como responsable de la gestión; así lo afirma Ana María Carballeira²²²⁶.

b [...] قال ابن عرفة: والنظر في الحبس لمن جعله إليه محبسه. المتيطي: يجعله لمن يثق به في دينه فإن غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم يقدم له من يرتضيه ويجعل للقائم به من كرائه ما يراه سداداً على حسب إجهاده إنتهى. قلت: قوله ((فإن غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم)) هذا والله أعلم إذا لم يكن المحبس عليه معيناً مالكاً أمر نفسه، وأما إن كان مالكاً أمر نفسه ولم يول المحبس على حبسه أحداً فهو الذي يجوز ويتولاه، يدل على ذلك غالب عبارات أهل المذهب في كتاب الحبس وكتاب الصدقة وكتاب الهبة من المدونة وكلام المصنف في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب وشرط الوقف حوزة صريح في ذلك، وأنظر مسألة رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس ففيها إشارة إلى ذلك، وذكر فيها أن الناظر

a Dije: ¿Cuál es tu opinión? Si estipulara su venta y su cambio por otra muriendo, antes de vender, ¿el albacea o el administrador de esta *šadaqa* podría venderla? Dijo: no. Dije: ¿si hubiera estipulado que el administrador de esta *šadaqa* y todo aquel que asumiera su administración pudiera venderla y cambiarla con su precio por otra tierra siendo un *waqf* en su lugar? Dijo: esto sería válido.

b Ibn ‘Arfa dijo: la administración del *hubs* es para quien hubiera nombrado el fundador. Al-Matīf: nombra a quien sea de su confianza y si hubiera descuidado esto, la administración sería para el juez, quien nombraría a quien considerara conveniente y le asignaría una parte del arrendamiento, que viera suficiente según su criterio. Fin.

Dije: su expresión “*si hubiera descuidado esto, la administración sería para el juez*” es, y Dios es más sabio, si el beneficiario no fuera una persona determinada capaz de llevar sus asuntos. Si fuera capaz de llevar sus asuntos y el fundador no hubiera nombrado a nadie, sería quien lo asumiera. Muchas expresiones de gente de la escuela indican eso en el libro del *hubs*, de la *šadaqa* y de la donación en la *Mudawwana*, y lo dicho en *al-Tawdīh fī Šarḥ qawl Ibn al-Ḥāyib*, siendo la condición del *waqf* de su traspaso posesorio evidente sobre ello. Mira la cuestión del contrato de circunvalación (alrededor de la Ka’ba) que ha oído de Ibn al-Qāsim de su libro sobre el *hubs*, donde se indica esto; en él, menciona que el administrador de un *hubs*, si su administración fuera mala y no fuera de confianza, el juez lo destituiría, salvo que el beneficiario fuera capaz de regir sus asuntos y estuviera satisfecho con él, en cuyo caso continuaría. Así en lo que ha escuchado de ‘Isā en las cuestiones relativas al administrador: si no hubiera nombrado a un administrador antes de su muerte pero, si estuviera vivo, la administración sería para quien nombrara. Si hubiera muerto y los beneficiarios fueran mayores de edad y gente aceptable, administrarían el *hubs* por sí mismos o, en caso contrario, el sultán nombraría al administrador. Si el fundador tuviera un albacea, la administración sería para él, salvo que el fundador hubiera dicho que fuera para quien nombrara, ante su muerte, caso en el que haría lo que deseara y el albacea nombraría a quien quisiera. Si hubiera nombrado a un albacea de sus bienes y tutor de los incapacitados, la administración sería para él, y Dios es más sabio. Lo que se ha escuchado de Saḥnūn sobre la cuestión demuestra que si los beneficiarios fueran mayores de edad asumiría la administración por sí mismos. En los *Aḥkām* de Ibn Sahl se encuentra lo que demuestro esto, en la cuestión del arrendamiento de los *aḥbās* a largo plazo...

على الحبس إذا كان سيء النظر غير مأموم فإن القاضي يعزله إلا أن يكون المحبس عليه مالاً أمر نفسه ويرضى به ويستمر. وفي رسم إستاذن من سماع عيسى مسألة تتعلق بالناظر قال فيها: إنه لا يوصي بالنظر عند موته ولكن إن كان المحبس حياً كان الظر له فيمن يقدمه. وإن كان مات فإن المحبس عليهم كباراً أهل رضا تولوا حبسهم بأنفسهم وإلا قدم السلطان بنظره، وإن كان للمحبس وصي كان النظر له إلا أن يكون المحبس قال لمن ولاه إذا حدث به الموت فأسنده إلى من شئت فإنه يسنده لمن شاء، وإن أوصى وصياً على ماله وعلى من كان فحجره كان له النظر في الحبس والله أعلم. وفي سماع سحنون مسألة تدل على أن المحبس عليهم إذا كانوا كباراً تولوا حبسهم بأنفسهم. وفي أحكام ابن سهل ما يدل على ذلك في مسألة كراء الأحياس مدة طويلة...²²²⁷

Este apartado extraído de los comentarios sobre la obra de Jalīl, de al-Ḥaṭṭāb, de origen magrebi pero nacido en el año 1498, en La Meca, miembro de la escuela de Mālik b. Anas además de sufi²²²⁸, nos propone un régimen jurídico sobre el nombramiento y cese del administrador según la interpretación acerca de lo dicho por sus predecesores que este ulema considera acertada. Comienza transcribiendo lo escrito por Ibn 'Arfa (imán de la mezquita mayor de Túnez, nacido en el año 1316 en esa misma ciudad, y autor, entre otras obras, de un compendio sobre el *fiqh māliki*²²²⁹) quien decreta que el nombramiento corresponde al fundador. Seguidamente, al-Maṭīṭī puntualiza que, en caso de olvidarse el fundador de esta estipulación, será el juez quien lo designe y establezca su retribución a cargo de la renta del *waqf* (parece que el cargo es retribuido). Esta precisión de este último ulema es objeto de la exégesis de al-Ḥaṭṭāb. Este, analizando diversas obras de los principales representantes de su escuela, matiza esta norma. El juez nombrará un administrador siempre y cuando los beneficiarios no estén determinados y sean mayores de edad; si se cumplen estas dos condiciones, serán estos quienes asuman por sí mismos la administración. En este caso, la cualidad de la alteridad desaparecería, volviendo al primer plano para definir la institución la propiedad especial o vinculada. No obstante, si la persona que constituye una fundación hubiera nombrado un albacea testamentario, sería este quien asumiera el cargo con la potestad de designar sucesor.

^a[...] قلت- أرأيت رجلاً وقف أرضاً له على رجل وأوصي إليه فيها وكان الموقوف عليه الأرض ليس بمأمون- قال- ينزعها القاضي من يده ويوليّه غيره- قلت- ولم قلت ذلك وإنما الغلة كلها له- قال- لأن الوقف مرجعه إلى المساكين فإذا كان من هو في ليس بمأمون عليه لم يؤمن أن يخربه ولا يعمره ولا يرجع إلى المساكين بعده شيء منه أن يبيع أصله فيحدث فيها حدث لا يوصل إليه²²³⁰.

La escuela ḥanafī, según este fragmento de Hilāl b. Yaḥyā, no ve inconveniente en nombrar a los beneficiarios como administradores del *waqf*. Sin embargo, también lo somete, al igual que al propio fundador, a la autoridad del juez, quien tiene competencia para destituirlo si no ejerce el cargo adecuadamente y sustituirlo por otro. En su libro, redactado a modo de pregunta y respuesta, a su interlocutor le resulta llamativo que, siendo el beneficiario propietario del dominio útil (los frutos producidos) el magistrado pueda privarlo de su gestión. La razón jurídica que esgrime el ulema radica en que el fin último de la fundación son los pobres, velando el juez por sus intereses. Esta obra fue compuesta en el siglo noveno, quizás en estadio muy prematuro del desarrollo del *fiqh* para referirse al como un sujeto de derecho distinto *ḥubs*. A pesar de ello, la mención del interés de los menesterosos (en esta escuela, *ex lege*, son los destinatarios finales siempre) supone un reconocimiento a un interés distinto al del fundador y sus administradores.

^b32/873- مسألة: في ناظر متى يستحق معلومه: من حين فوض إليه؟ أمن حين مكنه السلطان؟ أو من حين المباشرة؟

الجواب: الحمد لله. المال المشروط للناظر مستحق على العمل المشروط عليه، فمن عمل ما عليه يستحق ماله. والله أعلم²²³¹.

Por lo que respecta a su remuneración, tal y como comprobamos con esta misma doctrina de Ibn Taymiyya en el capítulo tercero, se entiende que es un cargo por el que se recibe un pago, el

a [...] Dije: ¿cuál es tu opinión sobre un hombre que constituyó como *waqf* una tierra de él en favor de un hombre y lo nombra como administrador, no siendo este beneficiario de confianza? Dijo: el juez lo retira de sus manos y nombra a otro. Dije: ¿por qué dijiste esto siendo toda la cosecha de él? Dijo: porque el *waqf* tiene como fin último los pobres; si el que lo tiene en su mano no es de confianza, se puede sospechar que lo estropee y que no lo mantenga ni lo entregue nada a los pobres tras él o venda su raíz y suceda cualquier imprevisto...

b 32/873: Cuestión: sobre el administrador, ¿cuándo tiene derecho a su remuneración? ¿Cuándo es nombrado? ¿Cuándo es admitido por el sultán, o cuándo realiza su trabajo directamente?

La respuesta: gracias a Dios. El dinero estipulado para el administrador se merece con el trabajo efectuado, quien realiza el trabajo que debe hacer merece su dinero. Y Dios es más sabio.

cual se convierte en derecho efectivo del administrador en el momento en el que realiza los actos que le son propios, por servicios prestados realmente.

^a[إذا توفي الناظر وولى غيره فلكل بقدر عمله]

وَسئَلُ عَنْ رَجُلٍ كَانَ نَاطِرًا عَلَى قَرْيَةٍ مَحْبِسَةً عَلَى أَشْيَاءٍ مِنْ أَعْمَالِ الْبَرِّ وَالْخَيْرِ بِأَمْرٍ مِنَ السُّلْطَانِ، وَهُوَ فِي الْأَصْلِ التَّحْبِيسُ أَنْ يَأْخُذَ النَّاطِرُ عَلَى الْقَرْيَةِ الرَّبْعَ مِنَ الْفَوَائِدِ وَيَسْتَعِينُ بِهِ عَلَى نَظَرِ، وَيَصْرِفُ الثَّلَاثَةَ الْأَرْبَاعَ فِي مَصْرَفِهِ، فَتُوفَى النَّاطِرُ الْمَذْكُورُ، وَقَدْ مَضَى مِنَ السَّنَةِ ثَلَاثَانِ أَوْ أَكْثَرَ، فَهَلْ يَأْخُذُ وَرَثَةُ الْمَتُوفِيِّ شَيْئًا مِنْ فَائِدَةِ السَّنَةِ؟ أَوْ يَأْخُذُ الَّذِي تَقْدَمُ بَعْدَهُ جَمِيعَ الْفَائِدَةِ؟ وَهُوَ الرَّبْعُ الْمَذْكُورُ الْمَعِينُ لِلنَّاطِرِ، - وَ النَّاطِرُ الثَّانِي هُوَ الَّذِي قَبِضَ الزَّرْعَ وَثَمَّنَ الْمَاءَ الْمَوْقِفَ عَلَى الْقَرْيَةِ الْمَوْقُوفَةِ. فَأَجَابَ: يَأْخُذُ كُلٌّ مِنْ خَدَمِ بِنِسْبَةِ مَا خَدَمَ، وَحِظَ الْمَيْتَ لَوْرَثَتِهِ²²³².

Al-Wanšārīsī no explicita la autoría de esta fetua pero, que al estar situada inmediatamente tras otra que emitió Ibn Manzūr, se podría especular con que fuera quien la dictó. Este jurista y filólogo redactó el más famoso diccionario árabe, *Lisān al-'Arab*, además de ocupar el puesto de cadí de Trípoli, la actual capital de Libia, donde quizás naciera en el año 1232²²³³. Como sucede con algunos textos, esta respuesta la recogimos en el capítulo tercero. La conclusión de este u otro ulema, una postura compartida por la mayoría de los *fuqahā'*, es que el cargo suele ser retribuido, en función del trabajo desarrollado, lo que hoy se denominaría arrendamiento de servicios; una vez convertido en acreedor del crédito por su labor, transmitiría este derecho a sus herederos.

^b[الناظر في مال الحبس لا يضمن إلا إذا خالف ما شرط عليه]

وَسئَلُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَلَافٍ عَنْ رَجُلٍ بَيَّهَ مَالَ مَحْبِسٍ عَلَى فِدَاءِ الْأَسَارِيِّ جَمَلْتَهُ سِتْمَانَةَ دِينَارٍ مِنَ الذَّهَبِ الْعَيْنِ، وَبِيَدِهِ تَقْدِيمَاتٌ مِنَ الْقَضَاةِ تَنْتَضِمْنَ ثُبُوتَ أَمَانَتِهِ، وَشَرَطُوا عَلَيْهِ فِيهَا شَرْطًا، مِنْهَا أَنْ لَا يَصْرِفَهَا إِلَّا فِي مَصْرَفِهَا مِنْ سَلْفِهَا لِلْأَسَارِيِّ بِمَوْضِعِ كَذَا، وَإِنْ يَسْتَوْثِقُ فِي دَفْعِهَا بِالرَّهَانِ وَالضَّمَانِ، وَكَانَ حِينَ قَبِضِ الْمَالِ قَبِضَهُ فِي دِينَارٍ عَيْنِيَّةٍ وَفُضِيَّةٍ، وَزَعَمَ أَنَّهُ نَقَصَهُ حِينَ صَرَفَ الْفُضِيَّةَ إِلَى الْعَيْنِيَّةِ مَائَتًا دِينَارًا ثِنْتَانِ وَسِتُونَ دِينَارًا فَضِيَّةً فِي النَّقْصِ وَالزِّيُوفِ، ثُمَّ زَعَمَ أَنَّهُ خَرَجَ مِنْ يَدِهِ عَنْ أَجْرَةٍ عَلَى كَتَبِ رَسُومٍ وَقَبِضَ مَا عَهْدَهُ بِهِ فِي غَيْرِ حَصْتِهِ وَفِي قِيمَةِ رَهَانٍ سَرَقَتْ لَهُ مِنْ دَارِهِ، وَفِي فِدَاءِ أُسَيْرِينَ مِنَ الْعُدُوةِ لَمْ يَسْتَوْثِقْ مِنْهُ، وَفِي صَرَفِ ذَهَبٍ بِدِرَاهِمٍ نَاقِصَةٍ وَزِيُوفٍ سِتْمَانَةَ دِينَارٍ وَسِتَّةَ عَشَرَ دِينَارًا فَضِيَّةً، وَتَبَقِيَ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ عَدَدٌ لَهُ خَطَرٌ نَحْوَ الْمَائَةِ وَالْخَمْسِينَ مِنَ الذَّهَبِ

a [Si el administrador falleciera y ocupara el cargo otro, a cada uno se le pagaría según el trabajo realizado].

Y fue preguntado por un hombre que era administrador de una aldea constituida como *waqf* para fines benéficos y de beneficencia por orden del sultán; en el origen del acto, se estipuló que el administrador tomara de la aldea un cuarto de los beneficios y así se apoyara en la gestión, gastando los tres cuartos restantes en los beneficiarios. Murió el administrador señalado, habiendo transcurrido dos terceras partes o más del año. ¿Les corresponde a sus herederos tomar algo de los beneficios o su sucesor es quien los hace suyos? Se trata del cuarto reseñado como apoya al administrador, mientras que fue el segundo quien aprehendió la cosecha y la renta del agua constituida como *waqf* de la citada aldea.

Respondió: cada uno toma en función del porcentaje de servicio realizado, y la parte del fallecido es para sus herederos.

b [El administrador no responde por los bienes del *hubs* salvo que contravenga las condiciones que se le impusieron].

Abū 'Abd Allāh b, 'Alāf fue preguntado por un hombre que tenía en sus manos el dinero constituido en *hubs* para la redención de cautivos, un total de seiscientos dinares de oro contante; en sus manos también tenía los adelantos de los jueces para asegurar su fiabilidad. Se le impusieron algunas condiciones, entre ellas que no las cambiara más que para la finalidad de dar en crédito para los cautivos en el lugar determinado, si pide como garantía para su entrega prenda u otra garantía. Cuando se cogió el dinero, lo hizo en dinares contantes y de plata, afirmando que lo que faltaba al cambiar los de plata a oro contante eran doscientos sesenta y dos dinares de plata de menos y falsos. Después afirmó que salieron de su mano para el pago de la escritura de la operación y la toma de posesión según lo acostumbrado además de su parte y encima, el valor de la prenda fue robado de su casa; también en el pago por dos cautivos del enemigo que no se habían asegurado, en el cambio de los *dirhams* que restaban y los fraudulentos de los seiscientos dieciséis dinares de plata. Quedaban en su poder después de todo esto casi ciento cincuenta dinares de otros contantes. Esto exigía que no se le demandara por lo que falta. Mencionó que hizo esto como contable, por lo que, si se le demandara, pediría su salario por su contabilidad; quizás también entrega parte del dinero que no era del *hubs* temiendo que se perdiera entre la gente sin moral.

Contestó: en cuanto a su mención como contable sobre la mengua en el cambio al encontrar una disminución en el cambio y un fraude en lo que tomó posesión, se ha de estar a su palabra (la carga de la prueba es de quien lo contradiga) porque él responde por *amāna* (como depositario); también se está a su palabra en lo que abonó para los gastos de escritura y el salario de la persona encargado de tomar posesión en un lugar distinto al estipulado, salvo que aparezca algo que lo niegue. Igualmente no responde por la prenda que se ha robado, salvo que hubiera sido negligente en su conservación. Se está a su palabra en que no ha sido negligente. Por lo que respecta a la pérdida de dinero por no haber pedido garantías en lo que entregó como prenda o fiador, ha de responder, ya que se ha sobrepasado en la entrega sin prenda ni fiador, contraviniendo lo estipulado. Asimismo, responde por el dinero que se ha perdido por el cambio que ha realizado. Todo ello, salvo que los peritos aseguren que no hacía falta garantía en la operación....

العين، وهذا يقتضي أن ما نقصه لا يطالبه به لأمانته، وذكر أنه فعل ذلك محبتسباً وإن طولب بما ضاع فطلب أجره على حبسها وربما دفع بعض المال في غيرهما حبس فيما يخاف عليه التلف لأجل خوفه من أهل الدعارة. فأجاب: أما ما ذكره المحتسب من أنه نقصه في المصارفة بحسب وجود النقص والزيوف فيما نقص، فالقول في ذلك قوله لأنه أمين، وكذلك يكون القول قوله فيما دفع منه على كتب الرسوم وأجرة من شخص إلى قبض به من المال في غير حصن المحتسب، إلا أن يأتي في ذلك كله بما يستنكر، وكذلك لا ضمان عليه فيما سرق من الرهان إن كان لم يضع في حفظها، والقول قوله في أنه لم يضع، وأما ما ضاع من المال لكونه لم يستوثق ممن دفع إليه برهان ولا بضمان، فإنه يضمن لأنه متعدي في دفعه بغير رهن ولا ضامن لمخالفة الشرط، وكذلك يضمن كل ما تلف من المال مما دفع في غير مصرفه لتعديه، إلا أن يثبت ما يقتضي سقوط الضمان عنه عند أهل العلم، ...²²³⁴.

En cuanto al régimen de responsabilidad, en virtud de esta respuesta jurisprudencial incluida por al-Wanšārī, ha de responder por su actuación que contravenga las estipulaciones fijadas por el fundador. Por lo que respecta a los fondos que maneja, se le exige la diligencia de un depositario. Este fragmento también nos revela que el objeto, como tuvimos ocasión de comprobar, también puede ser un capital monetario con el que realizar operaciones legales con las que obtener las rentas destinadas a los beneficiarios.

^aباب من القضاء ما ينبغي للقاضي أن يعمل به
(قال أبو بكر وأحمد بن عمرو الخصاص وينبغي أن يشرف على كاتبه وأصحاب مسائله وأمنائه وينفق [أحوالهم] وأمورهم ويحاسب أمناءه في كل سنة على ما يتولون وعلى ما يجري على أيدهم) كل ذلك احتياطاً لأمر المسلمين وحفظاً لحقوقهم كيلا يقع من بعض هؤلاء خيانة ويلتبس في أمر القاضي ناظر للمسلمين محتاطاً لأمرهم فيفعل كل ما فيه الإحتياط (قال ويقتصد فيه إجراء الرزق عليهم) أما إجراء الرزق فلأن كلاً منهم فرغ نفسه لمصالح المسلمين فيستحق الكفاية من مال المسلمين وذلك من بيت المال ويقتصد في ذلك لأن الزيادة إجحاف بيت المال والنقصان بخس بهؤلاء العمال فوجب التوسط والإقتصاد وخير الأمور أوسطها²²³⁵.

Este fragmento del *Libro del Comportamiento del Juez*, escrito por uno de los representantes más eminentes entre los seguidores de Abū Ḥanīfa, al-Jaššāf, nos fue de gran utilidad en nuestro propósito de demostrar que la *bayt al-māl* se configura como un centro de imputación de derechos y obligaciones; más concretamente, este texto califica los gastos del juez en el personal necesario para ejercer su función como una deuda contra *la casa del dinero*. En este momento del libro, resulta muy interesante que identifique a este magistrado con un administrador de los musulmanes.

^bوحدود القضاة، في القديم والحديث، معروفة، لا يعارضون فيها، ولا تكون إلى غيرهم من الحكام. وقد عددها علي بن يحيى، وفسرها في كتابه فقال: ويشتمل نظر القاضي على عشرة أحكام. أحدها. قطع التشاجر والخصام من المتنازعين، إما بالصلح

a Capítulo sobre la jurisdicción: qué debe hacer el juez.

(Abū Bakr y Aḥmad b. 'Amr al-Jaššāf dijeron que debe controlar a su escriba, personal y secretarios y supervisar sus asuntos, y pedir cuentas a sus secretarios cada año por los asuntos que lleven y pasen por sus manos); todo ello en prevención de los asuntos de los musulmanes y salvaguarda de sus derechos, para que no se produzcan entre ellos la traición y se empañe la fama del juez, administrador de los musulmanes y garante de sus asuntos. Y todo ello en prevención (y economice en sus retribuciones). En cuanto a la retribución, porque todos ellos están en exclusiva dedicados a los asuntos de los musulmanes, y merecen su retribución del dinero de estos, del tesoro; y economizar, porque un aumento supondría un menoscabo del tesoro y una disminución sería una reducción injustificada para estos trabajadores; por ello se debe el justo medio.

b Y las funciones de los jueces, antigua y modernamente, son conocidas, sin que nadie discrepe. Y no se acude en ellos a ninguna otra autoridad. 'Alī b. Yaḥiā, quien las explicó en su libro, estableció su número y dijo: el cometido del juez abarca diez tipos de fallos. El primero de ellos, cortar las rivalidades entre los contendientes, o bien mediante un pacto de mutuo acuerdo al que le da validez u obligando a aceptar su decisión. El segundo: hacer cumplir el derecho a quien lo demande, y hacer que se le cumpla al titular, mediante confesión o prueba. El tercero: hacer cumplir la tutela de imbeciles y locos, la incapacitación del quebrado, con el fin de velar por sus patrimonios. Cuarto: velar por los *awqāf* y vigilar y cuidar de sus asuntos y controlar a sus administradores. Quinto: ejecutar las tutelas establecidas por el testador si se hubieran realizado de acuerdo a la Ley; en las que están determinadas se ejecuta de acuerdo a las cauciones y, cuando son desconocidos, se determina después de deliberar si tiene tutor, si no se le encarga. Sexto: casar a las huérfanas con personas de su clase, ante la falta de tutores, si quisieran casarse. Séptimo: aplicar los *ḥudūd* (penas establecidas en *El Corán*). Si correspondieran a derechos de Dios, su aplicación es exclusiva (del juez), por medio de la confesión, prueba o embarazo extramatrimonial, si correspondieran a derechos de los hombres, a petición de su titular. Octavo: mirar por los intereses generales, impidiendo los ataques en los caminos y las plazas. Y sacar lo que sea ilícito de los aleros y plazas. Noveno: escoger a los testigos, y controlar a los secretarios, y escoger a los que convenga. Décimo: dictar órdenes para solucionar las cuestiones entre el fuerte y el débil, y pretender la justicia entre el noble y el humilde.

عن تراض يراد به الجواز، وأما بإجبار بحكم بأدية يعتبر فيه الوجوب. الثاني: إستيفاء الحق لمن طلبه، وتوصيله إلى يده، إما بإقرار، أو ببينة. الثالث: إلزام الولاية للسفهاء والمجانين، والتحجر على المفلس، حفظاً للأموال. الرابع: النظر في الأحباس، والوقوف والتفقد لأحوالها وأحوال الناظر فيها. والخامس: تنفيذ الوصايا على شروط الموصي إذا وفقت الشرع، ففي المعينين يكون التنفيذ بالأقباض، ففي المجهولين يتعين المستحق لها بالإجتهد فإن كان لها وصي، راعاه، وإلا تولاه. والسادس: تزوج الأيتام من الأكفاء، فإذا عدم الأولياء و أردن التزويج. والسابع: إقامة الحدود؛ فإن كانت من حقوق الله تعالى، تفرد بإقامتها، إما بالإقرار يتصل بإقامة الحد، إما ببينة أو ظهور حمل من غير زواج؛ وإن كانت من حقوق الأدميين، فيطلب مستحقها. و الثامن: النظر في مصالح العامة، من كف التعدي في طرقات و الأفتية. وإخراج ما لا يستحق من الأجنحة و الأفتية. التاسع: تصفي الشهداء، وتفقد الأماناء، و إختيار من يرتضيه بذلك. والعاشر: وجوه التسوية في حكم بين القوي والضعيف، وتوخي العدل بين الشريف والمشروف.²²³⁶

Este texto del ulema malagueño, al-Nubāhī (nacido en el año 1313, nombrado juez en Granada para cuya corte realizó diversas misiones diplomáticas en Fez²²³⁷) nos ha acompañado en la andadura de nuestro libro; es difícil encontrar una síntesis tan acertada de las funciones del cadí (*qādī*) islámico. Sin embargo, existen publicaciones que afirman que se llamaba en realidad al-Bunnahī, cfr.²²³⁸. En este epígrafe del presente capítulo, el ulema andalusí nos clarifica cuál es la competencia del juez respecto al *waqf*: *Cuarto: administrar los waqfs, vigilar y cuidar de sus asuntos y controlar a sus administradores*. En principio, ejerce la alta inspección de los *aḥbās*, sin que esto sea óbice para que a veces asuma la administración directamente.

^aفصل: لا تخلو ولاية القاضي من عموم أو خصوص

ولا تخلو ولاية القاضي من عموم أو خصوص، فإن كانت ولايته عامة مطلقة التصرف في جميع ما تضمنته فنظره مشتمل على عشرة أحكام.

أحدها: فصل في المنازعات وقطع التشاجر والخصومات [...]

والثاني: إستيفاء الحقوق [...]

والثالث: ثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف بجنون أو صغر، والحجر على من يرى الحجر عليه لفسه أو فلس [...]

والرابع: النظر في الأوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها [...]

والخامس: تنفيذ الوصايا [...]

والسادس: تزويج الأيتامى [...]

والسابع: إقامة الحدود [...]

والثامن: النظر في مصالح عمله من الكف عن التعدي في طرقات [...]

والتاسع: تصفح شهوده وأمانته وإختيار النائبين عنه [...]

والعاشر: التسوية في الحكم بين القوي والضعيف [...]²²³⁹

Unos siglos antes, el *ḥanbalī* al-Mawardī elaboró otra enumeración del mismo cariz que también utilizamos junto a la anterior en el capítulo tercero. La frase que hemos de subrayar a estas alturas de nuestro libro es la siguiente: *Cuarto: la administración de los awqāf, conservando sus bienes raíces y fomentando su productividad*. El término *nazar* es polisémico: se aplica a la administración y también a la competencia para dilucidar un asunto, como es el caso del juez sobre determinada materia. Este autor de uno de los libros básicos para entender el derecho público islámico limita su actividad a la de ser un administrador más; no menciona la supervisión como una de sus atribuciones.

a Capítulo: no está exenta la función del juez de generalidad o particularidad.

No está exenta la función del juez de generalidad o particularidad. Su función es general y absoluta respecto a su actuación y comprende los siguientes diez asuntos:

El primero: intermediar en los conflictos y evitar las contiendas [...]

Segundo: hacer valer los derechos [...]

Tercero: afianzar las tutelas sobre aquellos que tienen prohibido obrar, por locura o minoría de edad, e incapacitar a quien considere incapaz por idiotez o quiebra [...]

Cuarto: la administración de los *awqāf*, conservando sus bienes raíces y fomentando su productividad [...]

Quinto: ejecutar los legados [...]

Sexto: casar a las huérfanas [...]

Séptimo: ejecutar las penas previstas en *El Corán*.

Octavo: administrar los intereses de su trabajo, evitando los ataques sobre los caminos [...]

Noveno: gestionar los testimonios, y sus secretarios y representantes [...]

Décimo: igualar en el fallo entre el fuerte y el débil.

في الأقضية والشهادات ما يتصل بذلك. وفيه عشرة أبواب.
الباب الأول.

في حكم القضاء وفي نظر القاضي به.

[...] الفصل الثاني، فيما ينظر فيه القاضي. وتحتوي ولايته على عشرة أشياء. الأول: الفصل بين المتخاصمين، إما بصلح عن تراض، إما بإجبار على حكم نافذ. الثاني: قمع الظالمين على غصب والتعدي وغير ذلك ونصرة المظلومين، وإيصال كل ذي حق إلى حقه. الثالث: إقامة الحدود والقيام بحقوق الله تعالى. الرابع: النظر في الدماء والجراح. الخامس: النظر في أموال اليتامى والمجانين وتقديم الأوصياء عليهم حفظاً لأموالهم. السادس: النظر في الأحباس. السابع: تنفيذ الوصايا. الثامن: عقد نكاح النساء إذا لم يكن لهن ولي أو عضلهن الوالي. التاسع: النظر في المصالح العامة من طرقات المسلمين وغير ذلك. العاشر: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالقول والفعل²²⁴⁰.

Finalmente, otro alfaquí andalusí, Ibn al-Āwzī, ofrece su propia versión (que también hemos recogido en el mismo capítulo). Según el granadino, la autoridad del juez, en el número sexto de su relación, incluye la administración de los *aḥbās*; aunque el sustantivo *naẓar* además de por administrar, también se traduce por ver (el juez) los asuntos sobre la cuestión de que se trate. Tampoco se refiere a ninguna función inspectora o de control.

b الفصل السادس: بقية أحكام المحبس. فمنها المحبس إذا اشترط شيئاً وجب الوفاء بشرطه، والنظر في الأحباس إلى من قدمه المحبس، فإن لم يقدم قدم القاضي ولا ينظر فيها المحبس، فإن فعل بطل التحبب وتبتني الرباع المحبسة من غلاتها، فإن لم تكن فمن بيت المال، فإن لم يكن تركت حتى تهلك ولا يلزم المحبس النفقة فيها، وينفق على الفرس المحبس من بيت المال، فإن لم يكن بيع واشترى بالثمن ما لا يحتاج إلى نفقة كالسلاح، وقال إن الماجشون: لا يجوز بيع ذلك ولا يجوز نقض ببيان الحبس ولا تغييره، وإذا إنكسر منها جذع لم يجز بيعه بل يستعمل في الحبس وكذلك النقض، وقيل يباع ولا ينقل بالحبس وإن خرب ما حوالي²²⁴¹.

Ibn al-Āwzī concluye el capítulo de su obra “*Las leyes del Fiqh*” dedicado al *waqf* con un epígrafe a modo de miscelánea de normas sobre la institución. En primer lugar, dado el tema que nos ocupa, destaquemos que el fundador es quien designa el administrador del *hubs*; en defecto de este nombramiento, será el juez quien elegirá a la persona que ocupará el cargo; esta escuela no admite que quien constituye la fundación asuma estas funciones de gestión. Según el tenor literal empleado por el ulema, si quien establece el *waqf* se reservara el puesto, el acto de constitución se anularía (*al-taḥbīs*); no obstante, la reglamentación posterior parece apuntar a la nulidad de la condición pero no del negocio jurídico, pues establece que el terreno se mantendría con sus rentas en el supuesto de producirlas o haciéndose cargo la *bayt al-māl* de los gastos (formando parte del pasivo de esta persona jurídica pública), abandonando los bienes a su suerte si el tesoro no pudiera hacer frente; en cualquier caso, nunca el fundador respondería por ello. Si el bien *retenido* fuera una montura, la *bayt al-māl* siempre se ocuparía de su mantenimiento mientras tuviera fondos, porque en ese supuesto se vendería el caballo para comprar armas menos costosas. Sin embargo, Ibn

b Libro quinto.

Sobre los juicios y los testimonios y lo que está relacionado con ellos. Tiene diez capítulos.

[...] Capítulo segundo: competencias del juez. Su autoridad incluye diez cosas. Primera: mediar entre los contendientes, bien mediante un arbitrio consensual o mediante una sentencia obligatoria. Segunda: reprimir a los injustos que ataquen lo ajeno y ayudar a los ofendidos y hacer llegar el derecho a su titular. Tercero: imponer las penas previstas por Dios y hacer cumplir los derechos de Dios. Cuarta: tener vista sobre la sangre y las heridas. Quinta: administrar los bienes de los huérfanos y locos y nombrar a sus tutores para cuidar de su patrimonio. Sexta: administración de los *awqāf*. Séptima: ejecutar las disposiciones testamentarias. Octava: concluir los contratos de matrimonio de las mujeres que no tuvieren tutor. Novena: mirar por los intereses generales, caminos de los musulmanes y demás. Décima: velar por las buenas costumbres y evitar los vicios, de hecho o dicho.

b Capítulo sexto. El resto de normas sobre el fundador. Entre ellas: el fundador, si hubiera estipulado algo, habría que cumplirlo, la administración de los *aḥbās* es para quien hubiera presentado el fundador; si no hubiera presentado a nadie, lo presentaría el juez y la administración no sería para el fundador; si ocurriera eso, el negocio jurídico se anularía y se construiría la casa de sus rentas; si no hubiera, de la *bayt al-māl*; si tampoco hubiera, se dejaría que se derrumbara sin que se puedan exigir los gastos al fundador. Los gastos del caballo recaen sobre la *bayt al-māl*, si no hubiera, se vendería para comprar con el precio algo que no produjera gastos, como las armas. Ibn Māyīšūn ha dicho: no es válida la venta de eso ni es válido la de los escombros de la construcción del *hubs*, ni cambiarlo. Si se partiera algún tronco, no sería válido venderlo, sino que se utilizaría en el *hubs*, así como los escombros. Se dice que se vende pero no se traslada en el *hubs*, aunque se estropee lo que está alrededor.

Māyīšūn, alfaquí del siglo IX²²⁴², sería contrario a vender los bienes, tampoco los escombros ni a cambiarlos. Según estas líneas, el juez nombraría, pero no ejercería. Otras cuestiones presentes en este párrafo serían las siguientes: la relevancia de la voluntad del fundador.

^aوسئلت أيضاً (أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك) عن مناقلة دون مطالعة القاضي. فأجاب: بأنه وقع فيها النزاع بين من قرب زمانه من علماء فاس، فأفتى سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي ومن وافقه بأنه غير تامة، إذا لا بد من نظر القاضي، وأفتى آخر قضاة العدل سيدي العربي بردلة بأنها نافذة ماضية لوقوعها على سداد. قال: ويبعد كل البعد أن تكون مطالعة القاضي من الأمور التبعية وإنما هو معقولة المعنى، وإذا كانت معقولة ووجد ذلك المعنى الذي هو المقصود منها فلا يبقى للفسخ محل، ووافقه الأول القاضي سيدي أبو مدين قائلاً: إنه يتأكد النظر في شأنها الآن، في كلام طويل في مناقلة قديمة تطاول أمرها، والظاهر النظر في هذه المناقلة الواقع الآن من الواقف حيث لم يطل أمرها من قاضي بلدها، فإن كانت فيها مصلحة للحبس بينة أمضاها، وإلا ردها على نهج ما قاله سيدي العربي ومن وافقه، والله الموفق. وسئلت أيضاً عن مناقلة دفع فيها عقار كان يشتري للحبس من وفره.

فأجاب: إنه كغيره كما للبرزلي عن ابن رشد وعن نفسه -أي البرزلي- أنه أدنى، كما كل ذلك في مجالس المكناسي، بناء على ما جرى به عمر المتأخرين من الشراء بالوافر كما عليه المكناسي، وبه أفتى ابن رشد: وحيث قلنا بالمعاوضة على ما به العمل بفاس وغيره، فلا بد من حكم القاضي بعد أن يثبت أن الحبس لا منفعة فيه أو فيه منفعة قليلة، قال ابن رشد...²²⁴³

Muhammad b. al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī, cita a varios ulemas de su escuela, la mayoría de su ciudad, Fez: Abū Zayd Saydī ‘Abd-l-Raḥmān al-Ḥā’ik, ‘Abd-l-Qādir al-Fāsī, nacido en el año 1599²²⁴⁴, Burdulla o el abuelo de Averroes, en estas dos fetuas correlativas. Ambas abordan la problemática sobre el caso de que los bienes constituidos en *waqf* produzcan pocas rentas. La solución que se plantea es la venta de los mismos adquiriendo con el precio un patrimonio distinto más rentable. La mayoría de los alfaquíes determinan que esta operación únicamente puede ser llevada a cabo con la autorización del juez, nunca el administrador por sí mismo. No obstante, algunos juristas consideran que, si dicho intercambio repercute positivamente en la fundación, no sería necesario el plázet judicial, pero el cadí sí podría anular el negocio jurídico si se demuestra que no se ha realizado en beneficio del *hubs*.

^bوالقسم السادس: مشارف الوقوف، وهي ضربان: عامة وخاصة. فأما العامة فيبدأ بتصفحها وإن لم يكن فيها متظلم ليجريها على سبيلها ويمضيها على شروط واقفها إذا عرفها من احد ثلاثة الأوجه: إنما من دواوين الحكام المندوبين لحراسة

a Se le preguntó también (a Abū Zayd Saydī ‘Abd-l-Raḥmān al-Ḥā’ik) sobre un traslado sin consultar al juez.

Contestó: se ha desarrollado una disputa en los tiempos más próximos entre los ulemas de Fez. Saydī Muhammad ‘Abd-l-Qādir al-Fāsī y quien está de acuerdo con él ha emitido una fetua por la que no estaría completa, ya que hace falta que el juez vea la causa. Otros jueces han emitido otra fetua, Saydī al-‘Arabī Burdalla en la que dice que es ejecutiva pues se ha realizado con esa intención. Dijo: y está alejado todo lo lejos posible que la consulta al juez sea de los asuntos donde hay divergencia, tan solo es algo de sentido aceptable; si es lógico y tiene ese sentido que se pretende, no tiene cabida la anulación. Está de acuerdo con él el juez Saydī Abū Maḍīn, diciendo: se ha de asegurar la vista ahora sobre el asunto, sobre las opiniones que se han extendido sobre el traslado; lo evidente es que el traslado que se hace ahora ha de ser visto por el fundador, para que no se alargue el asunto ante el juez de la población. Si existiera un interés para el *hubs* probado, se ejecutaría, si no, se anularía según las tesis de Saydī al-‘Arabī y quien comparte su opinión. En Dios está el éxito.

Se le preguntó también por un traslado en el que se pagó un inmueble que se había comprado para el *hubs* de sus ahorros.

Contestó: esto es como otro, como para al-Barzalī, quien sigue a Ibn Rušd y a sí mismo -es decir, al-Barzalī- así como en los *maḡālis* de al-Maknāsī, fundamentado sobre la doctrina de los más modernos sobre la compra con los ahorros, según al-Maknāsī, y así ha dictado la fetua Ibn Rušd: en cuanto a nuestra opinión sobre las contraprestaciones según la costumbre de Fez y otras, es necesario un fallo del juez después de constatar que el *hubs* ya no es útil o tiene poca utilidad. Es la opinión de Ibn Rušd...

b El sexto apartado: el control de los *awqāf*, de dos tipos: públicos o privados. En cuanto a los públicos, se investigan incluso sin que exista ningún perjudicado, con el fin de velar por el cumplimiento de las estipulaciones del fundador si se conocieran por tres vías: por los registros de los jueces encargados de la custodia de las sentencias, por los registros de los sultanes, según su práctica y lo que está constatado en ellos por mención y nombramiento o por los libros antiguos que tenga la misma fiabilidad, aunque los testigos no den su testimonio en ellos; al no haberse establecido la contraparte, el fallo en ellos es más amplio que en los privados.

En cuanto a los privados, se investiga siempre que se produzca una injusticia contra sus beneficiarios, en un litigio determinado; así se actúa en el conflicto en función de los derechos constatados ante el juez; no es válido revisar los registros de los sultanes, ni lo que ha quedado fijado en los libros antiguos si en ellos no aparece el testimonio de testigos probos.

الأحكام، وإما من دواوين السلطنة على ما جرى فيها من معاملة أو ثبت لها من ذكر وتسمية، وإما من كتب فيها قديمة تقع في النفس صحتها، وإن لم يشهد الشهود بها، لأنه ليس يتعين الحصر فيها، فكان الحكم أوسع منه في الوقوف الخاصة وأما الوقوف الخاص فإن نظره فيها موقوف على تظلم أهلها عند التنازع فيه لوقفها على خصوم متعينين فيعمل عند التشاجر فيها على تثبيت به الحقوق عند الحاكم، ولا يجوز أن يرجع إلى ديوان السلطنة ولا إلى ما يثبت من ذكرها في الكتب القديمة إذا لم يشهد بها الشهود معدلون.²²⁴⁵

Parte de este texto apareció formando parte del epígrafe dedicado al estudio del *maylis-l-mazālim*. Comprobamos que esta segunda instancia también revisa y supervisa los fallos recaídos sobre los *awqāf*, además de la inspección y control que corresponde a los jueces, sobre estos, este consejo entiende de los asuntos relativos a las fundaciones si las decisiones de estos son susceptibles de revisión. Al-Māwardī, a efectos de las pruebas admisibles, distingue entre *ahbās* públicos (en los que el abanico de pruebas que se pueden realizar es más amplio) y privados, en los que se requiere el testimonio de los testigos probos.

^a وصرح في الإسعاف وغيره بأنه لو تبين أن المستأجر يخاف منه على رقة الوقف يفسخ القاضي الإجارة، ويخرجه من يديه، إنتهى²²⁴⁶.

El jurista damasceno decimonónico, Muḥammad Amīn b. ‘Abidayn, menciona como autoridad en la materia la obra, *al-Is‘āf*, del ulema de la misma escuela, Ibrāhīm b. Mūsā al-Ṭarāblusī, y, apoyándose en este, decreta que el juez es el competente para anular los arrendamientos en los *awqāf* si existe el temor fundado que el arrendatario pueda perjudicar el dominio directo del *waqf*. Al-Ṭarāblusī, uno de los seguidores de la escuela de Abū Ḥanīfa, nació en Trípoli, actual Líbano, en el año 1449, estudió en Damasco y se trasladó a El Cairo, donde murió en 1516. El libro al que se refiere es *al-Is‘āf li Ahkām al-Awqāf, Socorro para el régimen de los awqāf*²²⁴⁷.

^b [ليس للمحبس عزل من قدمه للنظر في الحبس، وكذلك القاضي إلا بموجب] وسئل (أبو سعيد بن لب) عن حبس موضعاً على نوع من أنواع البر، وأقام إنساناً للنظر فيه وصرفه في وجهه، ثم بعد ذلك بمدة أراد عزل المقدم وإستبداله بغيره.

فأجاب: سيدي وصل الله سعادتك [...] والحكم عند الفقهاء أن ليس للمحبس عزل من قدمه للنظر في الحبس لتعلق حق المحبس عليهم بنظره لهم حتى يثبت ما يوجب تأخيرته وعزله من تقصيره أو تفريطه وتضييعه، وهذا بمنزلة مقدم القاضي على النظر في المحجور أو في حبس ثم أراد تأخيرته فلا يفعل إلا بعد ثبوت موجه، ثم لا يضر الحبس تقديم غيره وإن كان يد المحبس بسبب طول ما لا يرجع كذا إلى يد المحبس ويتوفى وه تحت يده قبل تمام سنة، فإن حيز عن المحبس سنة كاملة فلا يقدح فيه رجوعه إلى يده بعد ذلك على المشهور، والمعمول به، والسلام على أخوتكم الفاضلة، وكيف يصح للمحبس تحكم في الحبس بعد نفوذه لوجهه وهو قد خرج عن حكمه، ألا ترى أنه ليس له إخراج بعض المحبس عليهم، ولا إدخال غيرهم معهم حينئذ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته²²⁴⁸.

Abū Sa‘īd Ibn Lub, ulema destacado durante el siglo XIV en el reino nazarí de Granada²²⁴⁹, según la versión que añade a su recopilación *al-Wanšarīsī*, establece que el fundador, persona que lo colocó en el cargo, no está capacitado para destituir al administrador de un *waqf* a voluntad, sin que exista justa causa legal que lo justifique, como la negligencia. Tampoco el juez,

a Ha explicitado en *al-Is‘āf* y en otras obras que si se demostrara que existe temor de parte del arrendatario por la *raqaba* del *waqf*, el juez anularía el arrendamiento y lo quitaría de sus manos. Fin.

b [El fundador no puede destituir a quien nombró para administrar el *hubs*, tampoco el juez salvo que haya causa].

Se le preguntó a (Abū Sa‘īd b. Lub) sobre quien constituyó como *hubs* un sitio destinado a un tipo de obra piadosa, en el que una persona ocupó la administración del mismo la entrega de las rentas a los destinatarios, tras un tiempo, quiso destituir a quien había nombrado y cambiarlo por otro.

Contestó: nuestro señor, Dios os envíe felicidad [...] El fallo para los *fuqahā’* es que el fundador no puede destituir a quien ha nombrado para la administración del *hubs*, por estar vinculado con el derecho de los beneficiarios de que les administre, hasta que no se demuestre aquello que obligue a postergarlo y destituirlo, como la negligencia o descuido o abandono. Es el mismo caso que el nombrado por el juez para administrar al incapacitado o quien está en arrestado y quiere sustituirlo; no se hará más que después de demostrarse una causa; además, no perjudica al *hubs* nombrar a otro, aunque estuviera en manos del fundador por haberse alargado sin haber regresado a su mano, muriendo en su poder antes de que transcurra un año; pues la transmisión posesoria desde el fundador tiene de plazo un año completo, por lo que no se ha de reclamar por volver a su poder después de eso, según la opinión más conocida y aplicada; la Paz sea con nuestros hermanos virtuosos. ¿Cómo va a ser válido que el fundador gobierne el *hubs* después de ejecutarse y habiendo salido de su poder? ¿Acaso no ves que él no puede excluir a algunos beneficiarios ni incluir otros en ese momento? La paz de Dios, su misericordia y bendiciones sea con vosotros.

quien es competente para cesar y cambiar, pero con motivo justificado, sin discrecionalidad. El argumento sobre el que se basa es que están afectados los derechos de los beneficiarios. Esta regulación dota de una gran estabilidad a la institución; si añadimos otras como la continuidad de los contratos de arrendamiento o sociedad a pesar de la muerte o remoción del arrendador, se favorece la continuidad de la fundación y su perdurabilidad sin estar afectada por los cambios en las personas intervinientes, su esfera jurídica también deja de depender de hombres concretos.

^a[مطلب ولي على وقفه ولياً وشرط أنه لا يخرجها فالشرط باطل]

قلت: فإن قال قد جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله عز وجل أبداً على وجوه سماها وعلى أن ولايتها لفلان بن فلان في حياتي وبعد وفاتي وعلى أنه ليس لي إخراجها من ولاية هذه الصدقة ولا صرفه عن ذلك؟ قال: هذا الشرط باطل وله إخراجها وعزله عن ذلك الوقف متى بدا له...²²⁵⁰

Al-Jaṣṣāf, en otra sección del capítulo dedicado a la administración del *waqf*, establece un régimen distinto al determinado por la escuela de Medina: el fundador está investido de autoridad para destituir cuando desee al administrador que él ha nombrado; la cláusula que le privara de esa competencia sería nula y se entendería no puesta.

^b[مطلب للقاضي إخراج الوقف من يد واقفه إذا كان غير مأمون عليه]

قلت: فإن كان غير مأمون على هذا الوقف يخاف أن يتلف أو يحدث فيه حدثاً يكون فيه إتلافه؟ قال: يخرجها القاضي من يده إلا ترى أنه لو منع أهل الوقف ما سمي لهم طالبوه بذلك أن القاضي يأخذه ويدفع ذلك إليهم مما يصير في يده من غلة الوقف ويلزمه ذلك. قلت: فإن ترك عمارته فلم يعمره وفي يده من غلته ما يمكنه أن يعمره؟ قال: يجبره القاضي على عمارته فإن فعل وإلا أخرجه من يده. قلت: فإن وقف أرضه هذه ولم يجعل ولايتها إلى أحد حتى مات؟ قال: يجعل القاضي لهم قيمياً يوليه إياها. قلت: فإن وقف وقفاً وجعل ولايته إلى رجل في حياته وبعد وفاته ثم والياً لهذا الوقف الآخر؟ قال: لا يكون والياً لهذا الوقف الآخر إلا أن يقول أنت وصي فإن قال له أنت وصيي كان إليه ولاية وقوفه كلها²²⁵¹.

La escuela *ḥanafī*, según la cual el propio fundador puede asumir la función de administrador, también pone bajo tutela judicial la actuación de este. De esta manera, si no reparte las rentas del *waqf* entre los beneficiarios o no asume con los frutos del mismo su mantenimiento, el juez lo destituirá. Asimismo, esta sección dentro del capítulo sobre la administración de las fundaciones en el libro de al-Jaṣṣāf establece la norma supletoria ante la falta de nombramiento por el fundador de persona encargada de la gestión: el juez asume la designación de alguien adecuado. Finalmente, en este fragmento encontramos una disposición de bastante interés: si la persona que constituye un *waqf* invistiera a una persona como administrador, este cargo se limitaría a la fundación para la que se hubiera designado; por el contrario, si hubiera nombrado a un albacea, esta función le permitiría administrar todos los *ūqūf* que hubiera fundado. Hemos de llamar la atención sobre la implicación que esta facultad de los *cadīs* de destituir como administrador a su propio fundador posee para nuestra investigación: una vez realizado el acto jurídico válidamente y perfeccionado el *waqf*, adquiere una virtualidad que va más allá de la voluntad de la persona que lo realiza, la cual no tiene poder para retractarse y además su labor será fiscalizada por un órgano judicial. Esta institución disfruta de una autonomía jurídica, una independencia del sujeto que la creó. Existe un interés propio del *hubs*, que no coincide con las personas intervinientes.

a [Sección. Nombra a un administrador para su *waqf* y estipula que no puede expulsarlo; la condición es nula].

Dije: ¿si dijera que había constituido su tierra como una *ṣadaqa retenida* eterna para Dios en favor de una finalidad determinada, con la condición de que su administración es para fulano hijo de fulano, en mi vida y después de mi muerte, con la condición de que no puedo expulsarlo ni destituirlo de este *waqf*? Dijo: esa condición es nula y puede expulsarlo y destituirlo del *waqf* cuando le parezca...

b [Sección. El juez puede sacar al *waqf* de la mano de su fundador si no fuera de confianza].

Dije: ¿si no fuera de confianza para este *waqf* y se temiera que lo destruyera o provocara cualquier suceso que lo pudiera destruir? Dijo: lo saca el juez de su mano; ¿acaso no ves que si impidiera a la gente del *waqf* de lo que se les ha determinado, lo demandarían y el juez podría tomarlo y entregarlo a ellos de las cosechas que está en sus manos y obligarlo? Dije: ¿si abandonara su mantenimiento y no lo realizara, teniendo en sus manos rentas que se lo permitirían? Dijo: el juez le obligaría a su mantenimiento, en caso contrario, lo sacaría de su mano. Dije: ¿si constituyera una tierra como *waqf* sin nombrar a ninguna autoridad muriendo? Dijo: el juez dispondría una autoridad adecuada para el mismo. Dije: si constituyera un *waqf* nombrando administrador del mismo y luego constituyera otro pero sin designar a ningún administrador, ¿el primero asumiría la administración de este otro? Dijo: no sería el administrador del otro, excepto que dijera que fuera su albacea. Si dijera: eres mi albacea, sería el administrador de todos sus *ūqūf*.

^aقلت- أرأيت إن أوقف أرضاً على الفقراء والمساكين فكان الواقف غير مأمون (على الوقف ولا موضع لذلك- قال ينبغي أن ينزعها ويوليها غيره- قلت- وسواء شرط ولايتها لنفسه أو لم يشترط ذلك- قال نعم هما سواء إذا كان غير مأمون) إنتزعت من يده- قلت- لم ذلك- قال- لأن ملكه قد زال عنها وصار كالحافظ لها للمساكين فأذا كان غير مأمون على حق المساكين إنتزعتها منه [...] قلت أرأيت إذا وقفها وشرط الولاية لنفسه وشرط أن ليس لسلطان أو لفاض أن يدخل عليه في ذلك وكان غير موضع لولايتها- قال- الشرط في هذا باطل لأن ملكه قد زال عن الوقف وهي غير مأمون [...] فينزع عنه القاضي ذلك ويوليها غيره...²²⁵²

El alfaquí de Basora, Hilāl b. Yaḥyā, al igual que su compañero *ḥanaftī*, también somete al propio fundador que asume la administración del *waqf* al control judicial, teniendo el juez la potestad de destituirlo si no es de confianza, incluso si hubiera estipulado que las autoridades no se pudieran inmiscuir en su fundación, pues esta condición se consideraría nula, no puesta. Hilāl además nos ofrece una fundamentación: el fundador ha dejado de ser propietario al realizar válidamente el negocio jurídico, por lo que su capacidad de actuación se ve constreñida a la de un mero conservador. Resulta paradójico como la escuela que mantiene al fundador como titular de la propiedad del dominio directo de los bienes -los seguidores de Mālik- sin embargo, no permite a este ejercer de administrador. Esta postura nos muestra con mayor crudeza la independencia del *waqf* de la persona, sujeto jurídico, de su instituidor, adquiriendo un ámbito jurídico propio. En la doctrina *ḥanaftī*, tal vez de una manera más tenue, también se observa esta misma autonomía.

^bقلت- أرأيت إذا قال أرضي صدقة موقوفة على أن يليها الأفضل فالأضل من ولدي ونسلي- قال- هذا على ما شرط- قلت - أرأيت إن أختار القاضي أفضلهم فولاه ذلك ثم أنه صار غير موضع لولايتها- قال- ينتزع القاضي ولايتها من يده وينظر إلى أفضل من يبقى بعد أن يكون موضعاً لولايتها- قلت- أرأيت أن ولاها القاضي أفضلهم ثم صار الأول بعد ذلك فاضلاً وصار أفضل من الباقيين الولاه القاضي- قال- ترد ولايتها إليه إذا كان كذلك²²⁵³.

Este ulema del sur de Iraq señala al juez como la persona indicada para hacer cumplir las condiciones impuestas por el fundador para ejercer el cargo. El supuesto que refiere es el siguiente: la administración ha de recaer en el mejor entre sus descendientes. Será el magistrado quien decida quién cumple la condición. Si se hubiera producido algún cambio, podría revocar su elección en función de las nuevas circunstancias.

^c[بحاسب الناظر ويعزل إذا ظهرت خيانتة]

a Dije: ¿cuál es tu opinión sobre alguien que constituyó como *waqf* en favor de los pobres y menesterosos una tierra, no siendo este fundador de confianza para el *waqf*? Dijo: el juez debe apartarlo del mismo y nombrar a otro. Dije: ¿tanto si hubiera estipulado la administración para sí mismo como si no? Dijo: sí, ambos casos son iguales si no es de confianza. Dije: ¿por qué es esto? Dijo: porque su propiedad ha decaído sobre la tierra y se ha convertido en una especie de conservador de la misma para los pobres y menesterosos; de esta manera, si no fuera de confianza para el derecho de los pobres, se ha de quitar del mismo [...] Dije: ¿qué opinas si constituyera su *waqf* y estipulara la administración para sí mismo con la condición de que ni el sultán ni el juez se puede inmiscuir, no siendo adecuado para la administración. Dijo: la condición es nula, porque su propiedad ha desaparecido y no es de fiar [...] el juez lo destituye y nombra a otro...

b Dije: ¿si dijera que mi tierra sea una *ṣadaqa retenida* con la condición de que la administre el mejor de mis hijos y mi descendencia? Dijo: se estaría a lo estipulado. Dije: ¿cuál es tu opinión si el juez eligiera al mejor y lo nombrara administrador y después se convirtiera en persona no adecuada? Dijo: el juez sacaría la administración de sus manos y miraría quien fuera el mejor una vez comprobada su idoneidad. Dije: ¿cuál es tu opinión si el juez nombrara administrador al mejor de ellos y el primero se convirtieran después en el mejor de los que restan? Dijo: el juez anularía el nombramiento y lo designaría a él, si fuera así...

c [Se ha de pedir cuentas al administrador y destituirlo si se evidencia su traición].

Se le preguntó por un hombre que constituyó como *ḥubs* una parcela que tenía en su mano preparada para la muela de la aceituna en favor de quien vigilara la presencia de cristianos en Ballaš y un establo en favor de quien vigilara por la noche y habitara entre los muros de la población; lo realizó así y estuvo en su poder unos diez años, apropiándose de lo que debía y que conocía que debía repartir. Se le exigió las rentas y el producto del mismo, en el contrato mediante el cual, con ese excedente, se iba a comprar otra propiedad para destinarla al mismo fin, en beneficio de los musulmanes en ese momento, del que vigilara. Estaba nombrado por el fundador, como se ha mencionado. ¿Se debe destituir por la causa mencionada, pedir que rinda cuentas y demandarlo por todo lo que ha entrado en sus manos? Muéstranos lo que se debe hacer según su opinión elevada.

Contestó: la respuesta es que, si el administrador descrito es como se menciona, se le ha de exigir cuentas y debe mostrar lo que entró en sus manos y lo que salió. Si recae una acusación, se le pide juramento. Si no fuera adecuada para la administración, el juez nombraría a aquel sobre el que se testificara su idoneidad y su compromiso con el cargo.

وسئل عن رجل حبس حظاً في يد معد لعصر الزيتون على من يتطلع من النصارى على بلش، ودمنة على من يحرس بالليل ويبيت في أسوار البلد المذكور، ويتخلى عن ذلك، وقدم رجلاً على النظر في ذلك، وصرفه فيما يعينه، ولها بيده نحو من عشرة أعوام وهو يقبض ما يجب في ذلك وما يعلم أنه صرف شيئاً من ذلك في مصرفه، وطولب بغلة ذلك وفوائده رسم أن يشتري به ملكاً آخر يصرف فائده في الوجه المذكور لغني المسلمين في هذا الوقت والحمد لله- عمن يطلع لهم ويبيت فأبى من ذلك وإمتنع، وهو مقدم من قبل المحبس كما ذكر، فهل يجب عزله بسبب ذكر ومحاسنته ومطالبته بجميع ما دخل بيده؟ بين لنا ما يقتضيه نظركم العلي.

فأجاب: الجواب أنه إذا كان الناظر الموصوف على ما ذكر حوسب، ووجب أن يظهر وما خرج، وإن وقع إتهامه حلف، وإن لم يصلح للنظر قدم القاضي من يشهد فيه بالصلاح ويلتزم الوظيفة.

وإجاب غيره: تأملت الجواب عرضه وهو صحيح، ولا خفاء أن الناظر في الحبس إذا بان تقعه على فوائده، وكذبه فيما يدعيه من صرفها في مصرفها فوجب عزله وتبديله بمن يرضى، وأخذ بما دخل بيده من الفوائد إلا أن يبدو لصرفه وجهاً يعرف²²⁵⁴.

Dos alfaquíes que al-Wanšarīsī no identifica determinan que, en caso de demostrarse la falsedad en la labor del administrador, el juez debe destituirlo y nombrar a un sustituto. El caso que se plantea al muftí se refiere a una fundación en la ciudad de Ballaš, población de al-Andalus que según el diccionario geográfico es conocida por que en ella nació Yūsuf b. Ūubbāra²²⁵⁵, sin dar más indicaciones sobre su ubicación. Debía ser fronteriza con los reinos cristianos, pues la finalidad del *hubs* era la de pagar a quien vigilara y alertara de la presencia de *nazarenos*.

[الحبس الذي لا منفعة فيه يباع]^a

وسئل سيدي أبو عبد الله الحفار من أعلام (حاضرة غرناطة عن فدان حبس على مصرف) من مصارف البر لا منفعة فيه هل يباع ويشترى بثمنه ما يكون به منفع؟

فأجاب: إذا كان الفدان الذي حبس لا منفعة فيه فإنه يجوز أن يباع ويشترى بثمنه فدان آخر بحبس، وتصرف غلته في المصرف الذي حبس عليه الأول على ما أفتى كثير من العلماء في هذا النوع فقد أفتى ابن رشد رحمه الله في أرض محبسة عدمت منفعتها بسبب ضر جيران أن تباع ويعاوض بثمنها ما فيه منفعة على مال قاله جماعة من العلماء في الربع المحبس إذا خرب، ويكون ذلك بحكم القاضي بعد أن يثبت فيه أنه لا منفعة في، قاله محمد الحفار²²⁵⁶.

Abū ‘Abd Allāh al-Ḥaffār, presentado por al-Wanšarīsī como una personalidad de Granada, recogiendo una tradición jurídica asentada entre los seguidores de Mālik b. Anas, considera válida la novación en el objeto del *waqf*, si este no es útil, no produce frutos; este cambio se materializa en la venta del mismo para comprar con el precio otro patrimonio que sí produzca rentas, manteniendo la misma finalidad fijada en el momento de la constitución por el fundador. Esta operación ha de ser autorizada por el juez mediante sentencia, una vez comprobado que la causa que la justifica. Este intercambio representa un mecanismo que favorece la continuidad de la fundación y su estabilidad; la finalidad se erige en el elemento esencial del negocio jurídico y en el eje de su mantenimiento en el tiempo, por encima de las personas que intervienen. Existe un patrimonio afecto a un fin, que, si deja de ser útil para el mismo, el juez está capacitado para cambiarlo. La doctrina jurídica actual conceptúa la fundación como un patrimonio dedicado a la consecución de una finalidad regido por la voluntad de su fundador²²⁵⁷.

Otro contestó: he reflexionado sobre la respuesta que se ha dado y es correcta; no se oculta que el administrador de un *hubs*, si se probara su desinterés por las rentas y sus mentiras en lo que se le pide que reparta, debe ser cesado y cambiado por quien sea adecuado, exigiéndole lo que entró en sus manos, salvo que se aplicara en algo acostumbrado.

a [El *hubs* que no tiene ninguna utilidad, se vende].

Nuestro señor Abū ‘Abd Allāh al-Ḥaffār, una de las personalidades presentes en Granada, sobre un *faddan* (medida de superficie) constituida como *hubs* en favor de alguna finalidad piadosa que no tenía utilidad. ¿Se ha de vender y comprar con su precio algo que tenga utilidad?

Contestó: si el *faddan* que se ha constituido como *hubs* no tiene utilidad, es válido venderlo y comprar con su precio otro *faddan* como *hubs*. Se destinan sus frutos a la misma finalidad que el *hubs* original, según la doctrina de muchos ulemas sobre este tipo; así, emitió una fetua Ibn Rušd, Dios tenga misericordia de él, sobre una tierra constituida en *hubs* que no producía utilidad a causa del daño de los vecinos, en la que decretaba que se vendiera y se obtuviera con su precio algo que tuviera utilidad, según la opinión de la mayoría de los ulemas sobre un terreno constituido en *hubs*, si se estropeará; eso se haría mediante una sentencia del juez después de constatar que no tiene utilidad. Así lo ha dicho Muḥammad al-Ḥaffār.

87/928^a- مسألة: في حوض سبيل، وعليه وقف إسطلب، قد باعه الناظر، ولم يشتر بثمنه شيئاً من مدة سبت سنين. فهل

يجوز ذلك؟

الجواب: الحمد لله. وأما بيعه بغير إستبدال لما يقوم مقامه فلا يريب أنه لا يجوز. وأما باعه لتعطل نفعه وإشترى بالثمن ما يقوم مقامه فهذا يجوز اعلى الصحيح في قولي العلماء، وإن إستبدال به خير منه مع وجود نفعه فيه نزاع. والله أعلم²²⁵⁸.

Ibn Taymiyya, como representante de la escuela cuyo iniciador fue Ibn Ḥanbal, no exige para esa operación de venta con el fin de sustituir el patrimonio fundacional, aplicando el precio obtenido en la compra de uno nuevo, la autorización del juez. No obstante, su licitud estará condicionado a que los bienes originales no produzcan frutos; llegado el caso de un conflicto sobre este tema, en última instancia decidiría el cadí.

^b[للورثة جبر شركائهم المحبس عليهم على القسمة]

وسئل ابن المكوي رحمه الله عن رجل حبس جميع أملاكه على أولاده وعلى أعقابهم وعلى أعقاب أعقابهم وهلك، والمال مشاع فوق الورثة في الباقي من الأملاك، فدعوا إلى التقاسم مع أصحاب الحبس كي يبيعوا ويتصرفوا فيما صار لهم ألهم ذلك أم لا؟ فأجاب: لهم ذلك ولا يقسم على الحبس إلا القاضي²²⁵⁹.

Ibn al-Makkawī, ulema sevillano entre los principales representantes de la escuela en su tiempo y muerto en el año 401 de la hégira²²⁶⁰, año 1011 de nuestra era, en la respuesta que recoge al-Wanšarīsī, aborda la cuestión de la partición de un bien tenido en comunidad de bienes cuando uno de los comuneros es un *hubs*. En este caso, al estar involucrada una fundación, deber ser realizada por un juez. Este alfaquí hispalense ha sido objeto de estudio por algunos arabistas como Pedro Cano²²⁶¹.

24/865^c- مسألة: في ناظر وقف له عليه ولاية شرعية، وبالوقف [شخص] يتصرف بغير ولاية الناظر، ويتصرف بولاية أحد الحكام، لأنه له النظر العام، وأن الناظر عزل هذا المباشر، فباشر بعد عزله، وسأل الناظر الحاكم أن يدفع هذا عن المباشرة، فأدعى الحاكم على الناظر دعوى فأنكرها. فهل له أن يولى بدون أمر الناظر الشرعي؟ وهل له أن يكون هو الحاكم بينه وبين هذا الناظر الذي هو خصمه دون سائر الحكام؟ وإذا إعتدى على الناظر فماذا يستحق على عدوانه عليه؟

الجواب: ليس للحاكم أن يولى ولا يتصرف في الوقف بدون أمر الناظر الشرعي الخاص، إلا أن يكون الناظر الشرعي قد تعدى فيما يفعله، وللحاكم أن يعترض عليه إذا خرج عما يجب عليه.

وإذا كان بين الناظر والحاكم منازعة حكم بينهما غيرهما بحكم الله ورسوله، ومن إعتدى على غيره فإنه يقابل على عدوانه...²²⁶².

Esta respuesta de Ibn Taymiyya, parte de la cual nos sirvió para analizar la representación en el derecho islámico en el capítulo tercero, afirma la primacía del administrador civil nombrado legalmente sobre el juez o cualquier delegado de este, salvo que se demuestre que no realiza sus

a 87/928- Cuestión: sobre una alberca, en favor de la cual se ha constituido como *waqf* un establo, habiéndola vendido el administrador sin comprar nada con el precio en seis años. ¿Es válido esto?

La respuesta: Gracias a Dios. En cuanto a venderlo sin sustituirlo con algo que ocupe su lugar, no hay duda de que no es válido. Por lo que a su venta por haber perdido su utilidad y comprar con el precio algo que ocupe su lugar respecta, es válido según la correcta opinión de los ulemas; si lo vendiera para cambiarlo por algo mejor sin haber perdido su utilidad, existe polémica. Dios es más sabio.

b [Los herederos pueden obligar a sus socios que son beneficiarios de un *hubs* a la partición].

Se le preguntó a Ibn al-Makkawī por un hombre que constituyó un *hubs* con todos sus bienes en favor de sus hijos, los hijos de sus hijos y los hijos de estos, muriendo. Los bienes estaban compartidos y los herederos del resto de sus bienes exigieron el reparto a los beneficiarios del *hubs*, para que vendieran y disponer de lo que les correspondiera. ¿Pueden hacer eso o no?

Contestó: pueden hacerlo pero no realiza el reparto frente al *hubs* más que el juez.

c 24/865- Sobre el administrador de un *waqf* que tiene la autoridad legal; en el *waqf* hay una persona que actúa con una autoridad que no es la del administrador; actúa con la autoridad de uno de los jueces, porque tiene autoridad general. El administrador ha destituido a este delegado, continuando su actuación después de la destitución. El administrador demanda al juez para que lo aparte de esta actuación; el juez demanda al administrador negando lo anterior. ¿Puede actuar sin orden del administrador legal? ¿Puede ser este el juez entre él y el administrador dado que es su contraparte? ¿Si perjudicara al administrador, cuál sería la indemnización?

Respuesta: el juez no puede tener autoridad ni actuar en el *waqf* sin orden del administrador legal especial, salvo que el administrador legal haya provocado perjuicio en sus acciones. El juez puede oponerse si actúa fuera de lo que es debido. Si existiera conflicto entre el administrador y el juez, ha de fallar entre ellos según la norma de Dios y su Enviado; si alguno perjudicara al otro, debe enfrentarse a lo que ha perjudicado...

funciones según los cánones exigibles. En caso de conflicto entre el administrador y el magistrado, este ha de ser dilucidado por un juez independiente de ambas partes.

^a وسافرت من هذه المدينة إلى مدينة أسيوط. وهي مدينة رفيعة، أسواقها بديعة. قاضيها شرف الدين بن عبد الرحيم الملقب (بحاصل ما تم) لقب إشتهر به، وأصله أن القضاة بديار مصر والشام بأيدي الأوقاف الصدقات لأبناء السبيل، فإذا أتى فقير لمدينة من المدن قصد القاضي بها، فيعطيه ما قدر له، فكان القاضي إذا أتاه الفقير يقول له: ((حاصل ما تم)). أي لم يبق من المال الحاصل شيء.. 2263

Volvemos a reproducir este fragmento (que apareció en el capítulo tercero de nuestro libro) de esta anécdota narrada por Ibn Baṭṭūta: un juez que, a pesar de estar encargado de las obras de piedad con pobres y viajeros, utiliza argucias para no darles limosna. Lo relevante del suceso radica en la función de los jueces en Egipto y los territorios de los actuales países de Jordania, Palestina, Líbano y Siria: la administración de los *waqfs* y limosnas en favor de los menesterosos y viajeros; los obispos ejercían un papel similar en las fundaciones piadosas cristianas en el Imperio Bizantino.

^b قاضي مكة العالم الصالح العابد نجم الدين محمد بن الإمام العالم [...] وهو فاضل، كثير الصدقات والمواساة للمجاورين، حسن الأخلاق، كثير الطواف والمشاهدة للكعبة الشريفة. يطعم الطعام الكثير في المواسم المعظمة، وخصوصاً في مولد رسول الله، فإنه يطعم فيه شرفاء مكة وكبراءها وفقراءها وخدام الحرم الشريف وجميع المجاورين. وكان سلطان مصر الملك الناصر رحمه الله يعظمه كثيراً. وجميع صدقاته وصدقات أمرائه تجري على يديه. وولده [...] وهو الآن قاضي مكة... 2264

Ibn Baṭṭūta, siguiendo su costumbre de comentar algo o al menos nombrar al juez de cada ciudad que visita, nos describe al que era magistrado de La Meca antes de su llegada, padre del actual. Además de los epítetos habituales (virtuoso, de buena moral) nos informa que realizaba muchas *ṣadaqāt*, término que se refiere a limosnas o *aḥbās* según hemos comprobado, y que ofrecía banquetes en las principales fiestas. El detalle que nos interesa destacar es que el rey de Egipto lo utilizaba en sus *ṣadaqāt*, las cuales se gestionaban a través de este juez.

Escogimos el primer texto (Ibn Raḥab²²⁶⁵) por la fuerza de la analogía entre el imán de la *umma* (en la gestión de las tierras del *jarāy* y el administrador del *waqf*. En ambos casos, unas tierras se han de explotar para repartir sus frutos entre los propietarios de ese dominio útil: todos los musulmanes en comunidad de bienes y los beneficiarios de los *aḥbās*. Este símil nos conduce a la primera característica que distingue esta función: la alteridad; el administrador ha de defender un interés distinto al suyo personal, aunque a veces sean coincidentes. Su labor no está vinculada a la condición de propietario, aun de una propiedad partida. Esta circunstancia aleja la institución del *trust* inglés²²⁶⁶, de las fundaciones sasánidas en favor del alma²²⁶⁷ y el mayorazgo castellano²²⁶⁸, en las que este responsable de las tierras bien es un propietario fiduciario o bien la lleva a cabo el mismo dueño de un dominio vinculado. Esta actuación en nombre y representación de otro la hemos observado en prácticamente todos los textos: debe regir su labor por las estipulaciones realizadas por el fundador; aun en el caso de que este gerente fuera la misma persona que hubiera constituido el *hubs*, no podría alterarlas, pues su actuación ha de estar fijada en las condiciones del acto de constitución (como la posibilidad de vender los bienes para comprar con el precio otros). Está sujeto en todo momento a la posibilidad de ser cesado si se demuestra ante el juez una actuación negligente, incluso si fuera alguno de los beneficiarios. Tanto en la escuela *mālikī*²²⁶⁹ como en la *ḥanafī*²²⁷⁰ se refieren a quien realiza la función después de la muerte del autor de la fundación como albacea, ejecutor testamentario pero también tutor nombrado en ese acto por el causante para los

a Viajé a Asyūt, una ciudad de nivel elevado, cuyos mercados son espléndidos y cuyo juez es Šaraf al-Dīn b. ‘Abd-l-Raḥīm, apodado “consigues lo que se ha completado”, apodo por el que es famoso. Su origen es que los jueces en Egipto y el Próximo Oriente tienen en sus manos los *awqāf* y las limosnas en favor de los vagabundos. Si llega un pobre a una ciudad, se dirige su juez, quien le entrega lo que estima oportuno. El juez, si se le presentaba un pobre, le dice: “consigues lo que se ha completado”, es decir, no queda nada.

b El juez de La Meca era el ulema virtuoso y piadoso Naḥm al-Dīn Muḥammad el imán ulema [...] Es virtuoso, da muchas *ṣadaqāt* y consuelo a los vecinos, de buena moral, que suele girar y visitar la noble al-Ka’ba. Da de comer a muchos en las grandes ocasiones, especialmente el día del nacimiento del Enviado de Dios, cuando ofrece comida a los nobles de la ciudad, sus grandes personajes, sus pobres, los que están al servicio del recinto noble y todos los vecinos. El sultán de Egipto, el rey al-Nāṣir, Dios tenga misericordia de él, lo tenía en gran estima. Todas sus *ṣadaqāt* y las de sus emires pasaban por sus manos. Su hijo [...] es ahora el juez de La Meca.

incapacitados a su cargo. Esta caracterización incide en la misma dirección: favorecer un interés ajeno.

La persona que funda el *hubs*, normalmente en el mismo acto, es el encargado de nombrar a quien tendrá que gestionarlo; en caso de descuido, no se anula el negocio jurídico, sino que el juez suple esa disposición vacía. Los discípulos de Mālik prohíben, bajo pena de nulidad, que el fundador se designe a sí mismo, los de Abū Ḥanīfa e Ibn Ḥanbal no objetan nada a esta previsión; al contrario, los primeros lo consideran el primer llamado al cargo. En general, los *fuqahā'* están de acuerdo en la licitud del ejercicio del puesto por parte de un beneficiario.

Su principal misión está representada por la ejecución de la voluntad del fundador, la cual limita su capacidad de actuación; no obstante, se le permite tomar aquellas decisiones que repercuten en una mejora del patrimonio y la producción de sus frutos. Algunos, incluso, si quien constituye el *waqf* lo hubiera estipulado o fuera en beneficio del mismo, establecen su potestad para enajenar los bienes y sustituirlos por otros adquiridos con el precio y destinados a la misma finalidad. Otros ulemas exigen siempre un fallo judicial que lo apruebe.

En caso de una designación plural, la actuación ha de ser mancomunada, o sea, por consenso y con la intervención de todos, la decisión solo será eficaz si es el producto de su acuerdo y todos han participado. Con el fin de no paralizar la administración debido a las diferencias entre ellos, el juez fallará lo que estime conveniente. La solidaridad no se contempla por los juristas islámicos; aún más distante de la concepción del *fiqh* se sitúa la colegialidad, como tuvimos oportunidad de comprobar en el capítulo quinto. Asimismo, también se presupone el ejercicio independiente de cada *waqf*; la administración por un único sujeto de varias fundaciones ha de ser consecuencia de un nombramiento expreso en ese sentido.

El régimen de responsabilidad, es decir, en qué casos es lícito exigirle una compensación por el perjuicio irrogado por su forma de conducir los asuntos fundacionales, gira sobre dos ejes: el respeto por las estipulaciones del fundador (lo que refuerza nuestra tesis de la alteridad) y su condición de depositario. En virtud del primero, tendrá que indemnizar cualquier daño producido por haber contravenido la voluntad de quien concluye la fundación; en segundo lugar, todos aquellos que responden por *amāna*, es decir por lo que se le ha confiado, deben resarcir los menoscabos derivados de una actuación que los alfaquíes suelen denominar *i'tidā'* cuya raíz alude a un comportamiento propio de un enemigo; se exige una intención de producir los efectos negativos de esa conducta. En nuestros días hablaríamos de dolo o culpa grave. En consecuencia, la simple negligencia no va aparejada con la obligación de restituir, aunque sí sea justa causa para su destitución por parte del juez.

El cadí (*qādī*, quien sustituyó al árbitro o *ḥakam* preislámico -tenido por su antecedente directo²²⁷¹- fue una institución desarrollada por la dinastía omeya²²⁷²) desempeña un papel principal en esta función auxiliar de la fundación. En los casos de vacante, tanto por falta de previsión del fundador como en los de destitución o designación por una cualidad entre varios candidatos, realiza el nombramiento. También es competente *motu proprio* o a instancia de parte interesada (principalmente, los beneficiarios) para destituirlo, si bien debe mediar causa legal; la simple negligencia sería suficiente. Está proscrito el cese arbitrario. También ha de autorizar, según la doctrina mayoritaria, el cambio de los bienes mediante su venta y compra de otros más productivos; interviene en la partición de una comunidad de bienes que afecte al *waqf*. Finalmente, el *ma'yis-l-mazālim*, este órgano a modo de segunda instancia, también conoce de los asuntos referidos a los *aḥbās*, añadiendo un control jurisdiccional a las materias relativas a las fundaciones.

Algunos arabistas, es el caso de Ana María Carballeira²²⁷³, califican al juez como el verdadero gestor de los bienes de los *awqāf*, relegando al administrador a ser un mero agente del mismo; es cierto que el juez asume en bastantes ocasiones la administración directa y así está permitido por los ulemas (al-Māwardī²²⁷⁴ o Ibn al-Ŷawzī²²⁷⁵) y existen descripciones que constatan esta realidad en Oriente Medio (Ibn Baṭṭūṭa²²⁷⁶ e 'Ikrima Sa'īd Ṣabrī²²⁷⁷), pero esto no se traduce necesariamente en un monopolio de la función ni en el abandono del papel de alta inspección que

algunos *fuqahā* le reconocen. En este sentido al-Bunnahī señala: *velar por los awaqāf, vigilar y cuidar de sus asuntos y controlar a sus administradores*²²⁷⁸. Esta arrogación de la función por parte del cadí, en cualquier caso, no ha sido total: las fetuas de Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī²²⁷⁹ (en Fez) y la obra de Muḥammad Amīn b. ‘Ābidayn²²⁸⁰ (Damasco), en pleno siglo XIX, demuestran la pervivencia de la administración civil; incluso, el administrador privado tiene preferencia sobre el juez, según la opinión de Ibn Taymiyya²²⁸¹. En nuestro ordenamiento actual los tribunales están facultados para destituir a los gerentes de todo tipo de sociedades, nombrar administradores concursales, etc. y no supone un monopolio de la administración de estos patrimonios. El término *nazar*, empleado por los alfaquíes, indica el examen de un asunto, la competencia para ver sobre el mismo y también significa administrar.

Sea como fuere, tanto si quien ocupa el cargo es un particular como un juez, la función no cambia: explotar el dominio directo o *nuda* propiedad para que los beneficiarios disfruten del dominio útil o usufructo o rentas, velando por la conservación del patrimonio y su mantenimiento en condiciones óptimas de explotación. Con la excepción de que recaiga sobre el propio fundador o uno de los beneficiarios, su ejercicio pertenece a un tercero ajeno a la titularidad de la propiedad de los bienes. Aun cuando el administrador fuera un beneficiario o quien constituyó la fundación, queda patente que existe un interés distinto e independiente de los sujetos intervinientes: el interés del propio *waqf* que ha de ser la guía en su administración cuya tutela final se someterá al fallo de un juez. Esta autonomía, junto al mantenimiento de los actos realizados por el administrador después de su muerte, dotan a la institución de estabilidad en el tiempo y de una esfera jurídica propia, aunque sin estar totalmente perfilada. Asimismo, la superación de un régimen de propiedad fiduciaria, pues el gerente no ha de estar investido de la titularidad del dominio, hace que esta figura trascienda el derecho dominical, acercándose al surgimiento de un sujeto de derecho distinto a las personas intervinientes; asimismo, esta característica, unida al rol de juez, lo acerca a las *piae causae* reguladas por la legislación justiniana cuya alta inspección solía recaer en los obispos, diferenciándola de las fundaciones persas en beneficio del alma, el *trust* inglés o el mayorazgo castellano.

7.7 El *waqf* y el poder político: fiscalidad y control

Tal vez el rasgo principal de este negocio jurídico y el más conocido sea la expulsión de los bienes constituidos como *aḥbās* del tráfico jurídico, prohibiendo su enajenación y disposición; se refleja perfectamente en lo que los ulemas denominan, parafraseando al hadiz fundacional del mismo, *retención de la raíz (ḥabasa al-aṣal)*. Esta interdicción conforme aumenta el número de inmuebles sujetos a este régimen se ha visto desde una perspectiva económica como un lastre para el desarrollo de la sociedad. Asimismo, supone una forma de evitar embargos por parte de los acreedores sobre el patrimonio del deudor, asunto que estudiamos desde el punto de vista de la capacidad de fundar del quebrado. Tampoco debemos desdeñar el interés que las autoridades políticas han mostrado a lo largo de los siglos por las fundaciones benéficas, favoreciéndolas y, en muchas ocasiones, tratando de controlarlas en su beneficio.

Vivimos en España, cuya historia contemporánea ha tenido como uno de sus protagonistas principales la política desvinculadora (aquella que permite el libre tráfico y disposición de los bienes, uno de cuyos primeros hitos fue la ley de 27 de septiembre de 1820) y desamortizadora (que imponen la venta forzosa de las propiedades de las llamadas manos muertas²²⁸²). Esta segunda vertiente, donde se expropiaban los inmuebles subastándolos y aplicando el precio al pago de la deuda pública, ha marcado la política de nuestro país y especialmente la relación entre la Iglesia y el Estado. Para un acercamiento a esta cuestión, se puede comenzar con la obra del jurista y magistrado del Tribunal Constitucional, asesinado por la banda terrorista ETA, Francisco Tomás y Valiente²²⁸³.

La sujeción de los *awqāf* a los principales impuestos establecidos por la *Šarī'a* es controvertida entre los ulemas: algunas escuelas gravan a los beneficiarios o las cuotas que corresponden a estos y otros opinan que están exentos. En otro orden de cosas, los gobernantes musulmanes también se enfrentaron a la tentación confiscatoria, por ejemplo, con los *fātimies* en el Egipto de los siglos X-XII, país en el que los otomanos realizaron otros intentos de este tipo.²²⁸⁴

En el derecho justinianeo se favorecía la creación de establecimientos piadosos, dotándolos de personalidad jurídica²²⁸⁵. No obstante, el derecho romano no era ajeno a su uso defraudatorio del derecho de los acreedores del fundador. De esta forma, las fundaciones de los insolventes eran inválidas, pero, una vez constituidas el derecho de los beneficiarios parece disfrutar de una mejor protección²²⁸⁶.

Grosso modo, estas son los principales puntos de fricción entre las autoridades y esta institución. Hemos de centrarnos en aquellos aspectos que incidan en su posible consideración como sujeto titular de derechos y obligaciones, si bien no resulta baladí referirnos a los demás, aunque solo seamos capaces de enumerarlos.

Los *fūqahā'* son remisos a inmiscuirse en cuestiones de oportunidad política concretas, pues su misión es fijar el régimen jurídico completo del *waqf*. En el desempeño de esta labor, a veces sutilmente y otras sin ambages, ponen delante de nuestra mirada una forma de entender los complejos vínculos entre el poder y estas fundaciones.

889/48^a- مسألة: في أوقاف ببلد على أماكن مختلف: من مدارس؛ ومساجد؛ وخوانك؛ وجوامع؛ ومارستات؛ وربط؛ وصدقات، وفكاك أسرى من أيدي الكفار، وبعضها له ناظر خاص، وبعضها له ناظر من جهة ولي الأمر، وقد أقام ولي الأمر على كل صنف من هذه الأصناف ديواناً يحفظون أوقافه؛ ويصرفون ريعه في مصارفه، ورأى الناظر أن يفرز بهذه المعاملات مستوفياً يستوفي حساب هذه المعاملات -يعنى الأوقاف كلها- وينظر في تصرفات الناظر والمباشرين؛ ويحقق عليهم ما يجب تحقيقه من الأموال المصروفة والباقي؛ وضبط ذلك عنده؛ ليحفظ أموال الأوقاف عند إختلاف الأيدي؛ وتغيير المباشرين، ويظهر بمباشرته محافظة بعض العمال على فائدة. فهل لولي الأمر أن يفعل ذلك إذا رأى فيه مصلحة أم لا؟ وإذا صار الآن يفعل ذلك إذا رأى فيه مصلحة، وقرر المذكور، وقرر له معلوماً يسير على كل هذه لا يصل إلى ريع معلوم أحد المباشرين له، ودون ذلك بكثير لما يظهر له من مصلحة فيه. فهل يكون ذلك سائغاً؟ وهل يستحق المستوفي المذكور تناول ما قرر له أم لا، إذا قام بوظيفته؟ وإذا كانت وظيفته إسترجاع الحساب عن كل سنة على حكم أوضاع الكتاب؛ ووجد إرتفاع حساب سنين أو أكثر، فتصرف وعمل فيه وظيفته، هل يستحق معلوم المدة التي إسترجع حسابهم فيها وقام بوظيفته بذلك الحساب؟

a 48/889- Cuestión: sobre los *awqāf* en una población en favor de diversos lugares: escuelas, mezquitas, escuelas coránicas, mezquitas aljamas, hospitales, rábidas, *šadaqāt* y la liberación de los cautivos en manos de los infieles. Algunos tienen administrador particular, otros nombrados por la autoridad. La autoridad ha instituido para cada una de estas clases un registro donde conservar sus *awqāf*, destinar sus rentas a sus beneficiarios. El administrador consideró designar para estas operaciones un encargado de rendir sus cuentas, es decir, de los *awqāf*, y que fiscalice las operaciones de los administradores y actuantes, investigando lo que se deba sobre los fondos gastados y los restantes y examinarlo ante él, para velar por el patrimonio de los *awqāf* ante la variedad de manos por las que pasan. Con esta actuación surgen algunos trabajadores necesarios. ¿Puede la autoridad hacer esto si cree que es de interés o no? Si ahora empezara a hacer esto por ser de interés y tomara la decisión y estableciera una paga de las rentas en favor de estos trabajadores, por el interés que tiene, ¿sería lícito? ¿Tendría derecho este contable a la retribución mencionada o no si cumpliera su función? Si su función consistiera en pedir cuentas de cada año según lo registrado en el libro y encontrara un incremento de las cuentas en varios años o más, cumpliendo su función, ¿merecería la retribución fijada por el tiempo que ha pedido cuentas?

La respuesta: sí, la autoridad puede erigir registros contables sobre las cuentas de los bienes constituidos en *waqf*, si lo considerara de interés, al igual que puede crear otros registros contables para las cuentas de los bienes del sultán, como el *fay'* u otros. Puede señalar una paga para quien realice esa labor: para cada bien según la naturaleza de este, la rendición de cuentas, la comprobación de los bienes y su destino. Es así por lo que ha dicho el Altísimo: *(y los trabajadores en ella)* y en el hadiz correcto: "el profeta empleó a un hombre en la *šadaqa*, y al volver le pidió cuentas". Esta es la tradición de exigir cuentas a los empleados. El contable es un delegado del imán y para que reúna todas las cuentas ante su gran número precisa de registros.

[...] También los bienes constituidos en *waqf* deben ser conducidos según las condiciones correctas de acuerdo con el Libro de Dios por los jueces e imanes; y deben ser creados puestos diferentes a los de los administradores. Este empleado según la costumbre de la ley es lo que se llama administrador; está incluido todos además del administrador que embarga los bienes y los entrega a sus deudores, por lo que Él dice: *(Dios os ordena devolver la confianza a los que os la han entregado)*. Puede nombrar contables que reúnan los bienes dispersos según la necesidad y el interés...

الجواب: نعم، لولى الأمر ان ينصب ديواناً مستوفياً لحساب الأموال الموقوفة عند المصلحة، كما له أن ينصب الدواوين مستوفياً لحساب الأموال السلطانية: كالفيء وغيره. وله على عمله ما يستحقه مثله: من كل مال يعمل فيه بقدر ذلك المال، وإستقباء الحساب، وضبط مقبوض المال، ومصروف من العمل الذي له أصل؛ لقوله تعالى: * (والعاملين عليها)* وفي الصحيح ((إن النبي، ص، إستعمل رجلاً على الصدقة، فلما رجع حاسبه)) وهذا أصل في محاسبة العمال المتفرقين. والمستوفي الجامع نائب الإمام في محاسبتهم، ولا بد عند كثرة الأموال ومحاسبتهم من ديوان جامع.

[...] وكذلك الأموال الموقوفة على ولاية الأمر من الإمام والحاكم ونحوه، إجراؤها على الشروط الصحيحة الموافقة لكتاب الله، وإقامة العمال على ما ليس عليه عامل من جهة الناظر. والعامل في عرف الشرع يدخل فيه الذي يسمى ناظراً، ويدخل فيه غير الناظر لقبض المال ممن هو عليه صرفه ودفعه إلى من هو له؛ لقوله: * (إن الله يأمركم أن تودوا الأمانات إلى أهلها)* ونصب المستوفي الجامع للعمال المتفرقين حسب الحاجة وال مصلحة...²²⁸⁷

El objeto de esta fetua de Ibn Taymiyya documenta el gran interés que estas fundaciones (en especial las de carácter benéfico o piadosas) despiertan en el poder político. Ante el gran número de *awqāf*, se permite a los jueces y los gobernantes la creación de registros de estos patrimonios y el nombramiento de funcionarios especializados en su fiscalización y exigencia de cuentas; incluso se autoriza el embargo de las rentas para hacer frente a los créditos de los acreedores. La fundamentación legal descansa en las azoras coránicas y el hadiz del profeta sobre la recaudación de la *ṣadaqa* o *zakāt*, a cuyos recaudadores se les exige la rendición de cuentas. Este mecanismo de control es análogo al *dīwān*, ese órgano administrativo instrumental de la *bayt al-māl*. No obstante, debemos traer a colación la distinción que realizamos al hilo de las tesis de García Sanjuán, a partir de la hipótesis de Chalmeta, que señala la existencia de dos tesoros: la *bayt al-māl* y el tesoro de los bienes habices. Lo que los ulemas plantean, en este caso Ibn Taymiyya, es un órgano de control y supervisión, además de los jueces, un registro en el que se anoten las distintas fundaciones, las rentas que producen y los distintos beneficiarios y las cuotas que se les entregan. Estos registros disponen de funcionarios contables especializados ante los que los distintos administradores rinden cuentas; es verdad que pueden embargar bienes y retenerlos; pero se trataría de un simple depósito hasta que se entreguen a sus titulares. Más que un segundo tesoro público, se podría asimilar al registro regulado en los artículos 36 y 37 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, vigente en España y el protectorado de las fundaciones cuya reglamentación básica se encuentra en los artículos 34 y 35 de la misma norma; en ambos casos, se trata de órganos incluidos en la Administración del Estado con una función de control de la actividad de las fundaciones que realicen la actividad en el estado español. En Marruecos, el Código de los *Awqāf*²²⁸⁸ distingue entre fundaciones públicas, de propiedad pública, administradas por un órgano especial de la burocracia estatal (artículos 56 y 82); este departamento ejerce la supervisión de las privadas (artículo 118). La traducción y análisis de estos preceptos la realizamos en el capítulo tercero.

^a أما الإشراف على الوقف فقد كان بادئ الأمر من قبل الواقف نفسه أو ممن ينييه وبكلفه لأدارته، وحين تطورت الأمور الإدارية وإتسع الوقف وأنشئت الدواوين في عهد أمير المؤمنين عمر بن خطاب رضي الله عنه ومن بعده من الخلفاء أصبح للوقف ديوان تابع لديوان مالية [...] فقد ولي قضاء مصر، توبة ابن نمر [...] وذلك في زمن الخليفة هشام عبد الملك فقال: "ما أرى موضع هذه الصدقات إلا إلى الفقراء والمساكين، فأرى أن أضع يدي عليها حفظاً لها ممن الثواء والتوارث" ولم يمت توبة حتى صار للأحباس أي للأوقاف ديوان مستقل عن بقية الدواوين، وتحت إشراف القاضي فقد أمر بتسجيل الأحباس في سجل خاص ليحمي مصالح المستحقين فيها ويعتبر هذا الديوان هو أول تنظيم للأوقاف ليس في مصر فحسب، بل في الدولة الإسلامية كافة، فقد أنشئ ديوان آخر للأوقاف في البصرة في عهد القاضي توبة.

ومن ذلك الوقت أصبحت الأوقاف تابعة للقضاة، وصار من المتعارف عليه أن يتولى القضاة النظر في الأوقاف [...] كما كان من صلاحية القضاة تعيين متوليه للإشراف على الوقف ومحاسبتهم حين التهاون في حفظ أعيان الوقف وصيانتها [...] وفي العهد العباسي حصل تنظيم أدق للدواوين إستفادوا من الإنجازات التي تمت في مجال الإدارة وتنظيم الدواوين في العهد الأموي، وأعتمدوا الدفاتير الثابتة في التسجيل والتدوين، بدلاً من الصحف المتفرقة التي كانت في العهد الذي قبله [...] وتطورت الأمور الإدارية في عهد الدولة العباسية أيضاً حتى أصبح من يدير الوقف رئيساً يسمى ((صدر الوقف)) أنيط به الإشراف على إدارتها وتعيين الأعوان لمساعدة على النظر فيها والعناية بها. ولما تولى المماليك ومن بعدهم الأتراك العثمانيون مقاليد السلطة إتسع نطاق الوقف [...] وصار للوقف تشكيلات إدارية متشعبة تعنى بالإشراف عليه، وصدرت قوانين وأنظمة متعددة لتنظيم شؤونه وبيان أنواعها وكيفية إدارته، ولا زال الكثير من هذه الأنظمة والقوانين معمولاً بها إلى يومنا هذا، فمن الأنظمة التي صدرت في العهد العثماني نظام ((إدار الأوقاف)) الذي ينظم كيفية مسك القيود وضبطها من قبل مديري الأوقاف كما يبين كيفية محاسبة مدير الأوقاف [...] ومن الأنظمة التي أصدرتها الدولة العثمانية ((التركية)) والمرتبطة بالأوقاف: نظام يعرف بنظام توجيه الجهات، والذي نظم بموجبه كيفية توجيه الوظائف في الأوقاف الخيرية (العامة) وإجراء الإمتحانات للمرشحين لتولية الوقف كما يشمل إجراء إمتحانات للمرشحين للوظائف الدينية مثل: الإمامة والخطاب والتدريس والأذن...²²⁸⁹.

El primer párrafo de este fragmento de la monografía del estudioso jordano 'Ikrima Sa'īd Ṣabrī acerca del *waqf* islámico fue un adelanto sobre la relación del poder político y esta institución, en concreto el control de la misma que desde casi su nacimiento se puso en manos de los jueces. Como complemento de lo anterior, el mismo especialista nos hace una síntesis del progresivo interés de las distintas dinastías y estados islámicos en el devenir histórico. Los *'abbāsīes* mejoraron el registro de los *ahbās*, iniciado por la dinastía omeya, llegando a crear un cargo específico para su supervisión. El recorrido termina en el siglo XIX, con la amplia regulación legal y reglamentaria otomana que crea una extensa organización administrativa de elección y control de los

a En cuanto al control del *waqf*, en un principio se realizaba por el propio fundador o por quien este designara; cuando se desarrollaron los asuntos administrativos y se extendió el *waqf*, y se crearon los divanes en la época del príncipe de los creyentes, 'Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él, y sus sucesores en el califato, en el diván económico se creó uno para el *waqf* [...] cuando Tūba Ibn Namr accedió a la jurisdicción de Egipto [...] en la época del califa Hišām b. 'Abd al-Mālik dijo: "no veo que más que estas limosnas son para los pobres y menesterosos, y opino que debo ponerlas en mi mano, para conservarlas de la desaparición y su trasmisión por herencia". No había muerto Tūba y ya los *ahbās*, es decir, los *awqāf*, tenían un diván independiente del resto, bajo el control del juez. Y ordenó anotarlos en un registro especial para proteger los intereses de los beneficiarios, y se considera ese diván el primero que se organizó para los *awqāf*, no solo en Egipto, sino en todo el Islam, pues se erigieron divanes en Basora, en la época del juez Tūba.

Desde ese momento, los *awqāf* se encontraron dependientes de los jueces; se hizo costumbre que los jueces asumieran la administración de los mismos [...] También era de competencia de los jueces nombrar a los encargados de controlarlos y exigirles cuentas cuando fueran negligentes en la custodia de los bienes del *waqf* y en su conservación.

En la época *'abbāsī* se llevó a cabo una organización más precisa de los registros, aprovechándose de los logros que tuvieron lugar en el campo administrativo de los registros en la época omeya, apoyándose en cuadernos fijos para la anotación y el registro, en lugar de las hojas sueltas que se empleaban en la época anterior [...]

Los aspectos administrativos se desarrollaron durante la época *'abbāsī* hasta que dirigió el *waqf* un jefe denominado "*ṣadar al-waqf*" al que se vinculaba el control de su administración y el nombramiento de los colaboradores en la administración y el cuidado de la misma. Cuando los mamelucos y tras ellos los turcos otomanos se hicieron con el poder, el ámbito del *waqf* se amplió [...] y se sancionaron diversas leyes y reglamentos para organizar sus asuntos, delimitar sus clases y la forma de administrarlos; muchas de estas leyes y reglamentos siguen vigentes en nuestros días. Entre estos reglamentos que se aprobaron en época otomana se encuentra el reglamento "administración de los *awqāf*" (del año 1863, nota del autor) que organiza las prevenciones y controles que deben llevar los directores de los *awqāf*, y también muestra la forma en la que ha de rendir cuentas [...] Entre los reglamentos que se emitieron durante el estado turco-otomano relativo a los *awqāf* está: el reglamento conocido como el de nombramiento de los cargos, que regula la manera de nombrar a los que ejercen las funciones en los *awqāf* piadosos (públicos) y realización de exámenes para los candidatos, así como exámenes para quienes se postulan a ejercer cargos religiosos: imanes, predicadores, docentes y almuédanos.

administradores y su personal auxiliar, implantando incluso un sistema de oposición. Al final del Califato otomano, es posible afirmar que los *awqāf* piadosos se habían convertido en públicos, dependientes completamente del estado, que los administraba a través de un cuerpo especializado de funcionarios seleccionados mediante exámenes.

^aالفصل الخامس. في حكم ما إفتتح المسلمون من الأرض العنوة.

وإختلفوا فيما إفتتح المسلمون من الأرض عنوة فقال مالك: لا تقسم الأرض وتكون وقفاً يصرف خراجها في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبل الخير إلا أن يرى الإمام في وقت من الأوقات أن المصلحة تقتضي القسمة، فإن له أن يقسم الأرض. وقال الشافعي: الأرضون المفتتحة تقسم كما تقسم الغنائم: يعني خمسة أقسام. وقال أبو حنيفة: الإمام مخير بين أن يقسمها على المسلمين أو يضرب على أهلها الكفارة فيها الخراج ويقرها بأيديهم²²⁹⁰.

El cordobés Averroes sintetiza las distintas posturas sobre el *jarāy*, al cual le consagramos un epígrafe en el capítulo segundo de nuestro libro, trazando las fronteras entre esa institución y el *waqf*. Nos interesa destacar la forma en la que los que consideran que las tierras conquistadas *manu militari* son un *hubs* identifican el *jarāy* como un fruto que produce esa tierra que se ha de invertir en fines generales de los musulmanes o, entre los seguidores de Abū Ḥanīfa, un impuesto de la misma naturaleza que la *yīzya* -se paga para asegurar la protección de los no musulmanes- mas de carácter inmobiliario. La distinción entre renta e impuesto no aparece demasiado nítida. En cualquier caso, entre aquellos que defienden la identidad entre *waqf* y *jarāy*, este último se despojaría de su naturaleza tributaria tomando la de una renta pagada por un arrendatario. Nosotros mantenemos otra postura: las tierras conquistadas mediante una conquista militar serían de propiedad pública inalienables (de ahí la denominación de *waqf*) cuya explotación se realiza a cambio de un tributo. En consecuencia, este tipo de fundaciones privadas no estarían gravadas por este tipo de impuesto. Si se desea un acercamiento a la vida y obra de este pensador polifacético, jurista y filósofo, se puede acudir, entre otras, a la obra de Miguel Cruz Hernández²²⁹¹.

^b(أما المسئلة الأولى) وهي زكاة الثمر المحبسة الأصول فإن مالكا والشافعي كانا يوجبان فيها الزكاة، وكان مكحول وطاوس يقولان لا زكاة فيها، وفرق قوم بين أن تكون محبسة على المساكين وبين أن تكون على قوم بأعيانهم: فأوجبوا فيها الصدقة إذا كانت على قوم بأعيانهم ولم يوجبوا فيها الصدقة إذا كان على المساكين، ولا معنى لمن أوجبوا على المساكين لأنه يجتمع في ذلك شيئاً إثنين. أحدهما ملك ناقص، والثاني أنها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف إليها الصدقة لا من الذين تجب عليهم²²⁹².

Otro de los textos, este de la obra jurídica del filósofo Averroes, que por su capacidad de concisión, claridad expositiva y precisión técnica nos acompaña en nuestra investigación recurrentemente. Compendia los principales criterios fijados por las distintas escuelas jurídicas en torno al tema de si la *zakāt* grava las rentas producidas por los *aḥbās* o no. Al-Šāfi'ī y Mālik b. Anas establecen que de los frutos de los bienes constituidos como *awqāf* se han de abonar la cuota correspondiente de la limosna si estos superaran la cantidad a partir de la cual es debida. Es necesario subrayar que el tenor literal del fragmento alude a las rentas producidas por los *aḥbās* como el objeto de la sujeción, no habla de sujetos pasivos; el sesgo objetivo es evidente. Otros niegan que estén sujetos a tributación. Finalmente, una tercera posición distingue entre beneficiarios determinados y grupos indeterminados como los pobres: los primeros abonarían la *zakāt* y los

a Capítulo quinto. Sobre el régimen de las tierras conquistadas por los musulmanes por la fuerza de las armas.

Están en desacuerdo sobre las tierras conquistadas por los musulmanes por la fuerza de las armas. Mālik dijo: no se reparte la tierra sino que es un *waqf* cuyo *jarāy* se emplea en los intereses de los musulmanes como las pagas de los combatientes, construcción de puentes, mezquitas y demás obras de bien, salvo que el imán considere en un momento dado que ese interés exige su reparto, pudiendo repartir la tierra. Al-Šāfi'ī opinó: las tierras conquistadas se reparten al igual que se reparten los botines, es decir, en cinco partes. Abū Ḥanīfa dice: el imán escoge: bien repartirla entre los musulmanes, bien imponer a su gente como expiación el *jarāy*, confirmándola en sus manos.

b (En cuanto a la primera cuestión), que es la *zakāt* sobre los frutos de los bienes habices, pues Mālik y al-Šāfi'ī consideran que deben ser gravados, mientras que Makhūl y Ṭāws estiman que no debe cobrarse. Otro grupo diferencia entre el *waqf* cuyos destinatarios son los pobres o, por contra, son beneficiarios concretados en sí mismos. Si estuvieran determinados en sí mismos, sí habría que abonarse el impuesto, y no, si estuvieran indeterminados. Y no tiene relevancia para quienes lo consideran obligatorio sobre los pobres que en ellos se reúnen dos aspectos: primero, una propiedad incompleta, y el segundo, que los gravados serían un conjunto indeterminado del tipo de los beneficiarios de la *zakāt*, no de los gravados por él.

segundos no. Desgraciadamente para nuestra tesis, el caso de las mezquitas, escuelas u hospitales no está contemplado por Averroes; se podría deducir, al no distinguir ni al-Šāfi‘ī ni Mālik b. Anas, que serían gravados con la limosna. Sin embargo, no existen más argumentos que justificaran esa conclusión.

باب المعاملة والمزارعة في أرض الوقف.

[...] [مطلب لولي الوقف أن يزرع ببذر لأهله]

قلت: فهل لوالي الصدقة أن يزرعها ببذر لأهل الوقف؟ قال: نعم. قلت: ويعمرها ويكري أنهارها وسواقيها؟ قال: نعم له أن يعمل ذلك مما فيه الحظ لأهل الوقف والتوفير عليهم. قلت: رأيت والي هذه الصدقة إن دفعها مزارعة بالنصف وهي أرض خراج على من خراجها؟ قال: من حصة أهل الوقف. قلت: وكذلك إن كانت أرض العشر؟ قال: عشرها فيما يصير لأهل الوقف مما إشتراط لهم مما يخرج الله عز وجل منها...²²⁹³

El seguidor de Abū Ḥanīfa, al-Jaṣṣāf, considera a la cuota que correspondiera a los beneficiarios del *waqf*, cuando este se explota mediante algún tipo de sociedad, el sujeto pasivo tanto del *jarāy* como de la *zakāt*. La redacción es digna de estudiar, porque no señala a los beneficiarios, sino a la parte que en la sociedad correspondiera a ellos; al sujetarla al pago de los impuestos antes del reparto, todavía permanece en comunidad de bienes entre todos ellos. En consecuencia, el montante del tributo se ha de restar de esa mitad u otra fracción: el líquido resultante sería repartido entre los beneficiarios. En cierta manera, desde el ámbito tributario las rentas de la fundación han de abonar los impuestos y con posterioridad ser repartidas, esta regulación supone cierta separación ente las personas que son nombradas como beneficiarias y el *hubs*. Esta independencia es mayor en el caso de que estos fueran indeterminados, como los pobres, pues, según afirmamos, hasta el momento de la partición no son titulares más que de una expectativa de derecho. Esta regulación, cuyo epicentro se coloca en la cuota o conjunto de bienes gravados más que en el sujeto pasivo del impuesto, representa una prueba más de la tendencia objetiva del *fiqh*, contrario a un enfoque subjetivo que trataría de delimitar las condiciones que una persona tendría que tener para estar obligada al pago del tributo.

^bذكر تسليم الحصون للنصارى وما جرى على المسلمين في ذلك وما إتصل به من خبر الفتنة وغير ذلك.

a Capítulo sobre la sociedad y la aparcería en la tierra de *waqf*.

[...] [Sección. El administrador del *waqf* puede cultivarlo con las semillas de sus dueños].

Dijo: ¿puede el administrador de la *ṣadaqa* cultivarla con las semillas de la gente del *waqf*? Dijo: sí. Dijo: ¿y repararla y arrendar sus canales y acequias? Dijo: sí, puede obrar así en la parte de los beneficiarios del *waqf* y ahorrarles gastos.

Dijo: ¿qué opinas si el administrador de la *ṣadaqa* la entregara en sociedad a mitad siendo una tierra de *jarāy*? ¿Sobre quién recaería este *jarāy*? Dijo: de la parte de la gente del *waqf*. Dijo: ¿también si fuera una tierra de diezmo? Dijo: su diezmo recaería sobre lo que correspondiera a la gente del *waqf* según lo estipulado entre lo que Dios hiciera producir.

b Mención de la entrega de las fortalezas a los nazarenos y lo que le ocurrió a los musulmanes por ello y lo que se relaciona con esto de las noticias sobre *al-Fitna* y demás.

(Dijo) cuando llegaron los emisarios a Córdoba estaban presentes los *fuqahā*, el juez y los notarios, y escribieron una carta sobre las condiciones de entrega a los nazarenos y la leyeron a la gente en presencia de Hišām y Wāḍiḥ, siendo testigos todos los presentes. La gente salió del Palacio divulgando lo que había sucedido que era que había pasado a manos de Ibn Māmā todas las fortalezas que había tomado al-Ḥakam b. ‘Abd -l-Raḥmān y Muḥammad b. Abū ‘Āmir y su hijo, al-Muzaffar, todo ello en menosprecio de Hišām [...] Los bereberes, una vez que fueron expulsados de Córdoba y se les mató allí, también destruyeron muchas ciudades, matando a su población, y no se les entregó más que Toledo y Medinaceli. Sus monturas alcanzaron sus inmediaciones y tras ellos el caballero recorría meses sin ver a nadie en el camino ni en las aldeas. El vil Ibn Šāniya también escuchó los castillos que se le habían entregado al maldito Ibn Māmā y no a él. Así que escribió exigiendo otras fortalezas y amenazando. Se le contestó escribiendo que se le entregaban y todo ello Ÿāyā, pues en caso contrario los bereberes no se avendrían a un acuerdo.

Después Wāḍiḥ se decidió escribirse con los bereberes por la inquietud que veía entre los soldados contra él y la ambición de estos sobre su puesto. Aparentó que todo era idea de Hišām, por ser de interés para nobles y plebeyos. Wāḍiḥ envió a un hombre conocido como Ibn Bakr a los bereberes, quien se reunió con Sulaymān; volvió con su respuesta y los soldados lo asesinaron, siendo incapaces Hišām y Wāḍiḥ de impedirlo. Le cortaron la cabeza y la pasearon clavada en una lanza por la ciudad. Los soldados y la plebe decidieron combatir a los bereberes. El juez, desentendiéndose de la protección sobre ello, prometió quinientos caballeros del dinero de los *aḥbās* y de esos fondos sus sirvientes de a pié. Él conocía que el asesino y el asesinado estaban en el infierno, así que no le importó, incendiándose la ciudad por el poco dinero, las pocas armas y la cobardía de la gente. Se dispersaron. El sultán reunió a la gente de los zocos hacia el Palacio y protestaron por el poco dinero y le exigieron que los fortaleciera con algo de dinero. Le dijeron nos hemos determinado a unir nuestras fuerzas y la muerte es mejor para nosotros, así que salid con

(قال) ولما وصل الرسل إلى قرطبة حضر الفقهاء والقاضي والعدول وكتبوا كتاباً بالشروط وتسليم الحصون للنصارى وقرى على الناس بحضرة هشام وواضح وشهد فيه جميع من حضر وخرج القوم من القصر مستبشرين بما كان فكان الذي صار لابن ماما [جميعه الحصون التي كان أخذها] الحكم بن عبد الرحمن ومحمد بن أبي عامر وإبنه المظفر كل ذلك إستخفاً من هشام [...] وكان البربر أيضاً لما طردوا من قرطبة وقتلوا بها قد خربوا مدناً كثيرة وقتلوا أكثر أهلها ولم يسلم منها إلا طليطلة ومدينة سالم وبلغت خيلهم أقطارهما وما وراءهما حتى أن الراكب يمشي شهوراً لا يرى أحداً في طريق ولا قرية، وسمع اللعين ابن شانجه أيضاً بما سُلّم إلى اللعين ابن مامة دونه من الحصون فكاتب يطلب حصوناً أخرى وتوعد وتهدد فأجيب إلى ما سال من ذلك وكتب بتسليمها إليه وهذا كله لجاجاً في إلا يُصالح البربر.

ثم عزم واضح على مرأسلة البربر لما رأى اضطراب الجند عليه وطمعهم فيه وأظهر أن ذلك عن رأي هشام لما فيه من الصلاح للخاصة والعامّة فبعث واضح إلى البربر رجلاً يعرف بابن بكر فاجتمع بسليمان وعاد بجوابه فوضع الجند عليه فقتلوه ولم يقدر هشام ولا واضح على منعه واحتزوا رأسه وطافوا به البلد على رمح، وعزم الجند والرعية على قتال البربر وجرّد القاضي عنايته في ذلك ووعد خمسمائة فرس من مال الأعباس يحمل عليه مرتجلة العبيد وهو يعلم أن القاتل والمقتول في النار فلم يعبأ به فإضطرم البلد ناراً لقلّة المال والعدة وجبن القوم وتخادلوا، فجمع السلطان أهل الأسواق إلى القصر وشكا إليهم قلّة المال وسألهم أن يقووه بشيء من المال فقالوا قد عزمنا مراراً جهدنا وطاقتنا والموت خير لنا فأخرج بنا إلى عدونا وهم البربر فأنا لا نقيم فتحير واضح وعزم على الهروب²²⁹⁴.

Las *Ajbār* de Ibn 'Idārī -la importancia de su obra ha llamado la atención de algunos arabistas²²⁹⁵- nos dibujan el cuadro de un califato cordobés en descomposición, en el que el califa Hišām y su chambelán Wāḍiḥ intentan lidiar con una triple amenaza: las concesiones a los reinos cristianos, la rebeldía de los bereberes y las revueltas de los habitantes de Córdoba exigiendo que los armara para luchar contra los andalusíes de origen norteafricano. En este contexto, el juez encargado de velar por los bienes de los *aḥbās* promete a la plebe cordobesa pagar con esas rentas a quinientos caballeros y sus servidores de a pie. Este pasaje, junto a otro que transcribimos en el capítulo sexto en el que se describía que con ese patrimonio perteneciente a las fundaciones piadosas y depositado en la mezquita aljama cordobesa²²⁹⁶ se pagaba la protección de los francos, nos demuestra cómo, en tiempos de crisis, las autoridades se apropiaban del mismo.

^a[من حبس فرساً للجهاد فليس عليه علفه]

وسئل عبد الحميد الصائغ عن حبس فرساً للجهاد على من يكون علف. فاجاب: لا تلزم المحبس علفه إلا أن يشاء ويخير المحبس عليه، فأما علف وأما رجع ملكاً المحبس، وإن عين المحبس عليه ولم يبتله حبساً. وإن بتله في السبيل أخذ من الذي دفع إليه إن لم يلتزم علفه ودفع لغيره من يلتزم علف ليجاهد عليه²²⁹⁷.

En la colección efectuada por al-Wanšārīsī, encontramos respuestas jurisprudenciales extremadamente concisas que, sin embargo, nos ilustran en diversas materias. Esta, en concreto, lo hizo sobre el caballo de batalla como objeto del *ḥubs* antes y ahora sobre la utilización de este mecanismo jurídico para que los particulares contribuyan a la guerra santa, constituyendo como *waqf* una montura. En este caso, los gastos de alimentación del animal, salvo disposición en contrario del fundador, serán de cargo del caballero-guerrero.

^b[الأوقاف على المساجد والمدارس بحسب واقفيها]

nosotros contra nuestros enemigos, los bereberes. Dudó Wāḍiḥ y decidió huir.

a [Quien constituye en *waqf* una montura para la guerra santa no ha de cargar con los gastos de su forraje].

'Abd-l-Ḥamīd al-Sā'ig fue preguntado por aquel que había constituido un *waqf* sobre un caballo para la guerra santa, ¿quién habría de sufragar su alimento?

Respondió: el fundador no estaría obligado a darle el forraje salvo que quisiera. El beneficiario debería elegir entre encargarse él o devolver el caballo al fundador. Si el beneficiario hubiera usado el caballo, lo entregaría a quien se hiciera cargo de él para la guerra santa.

b [Los *awqāf* en favor de las mezquitas y madrazas varían en función de su fundador].

El juez alfaquí Abū 'Uṭmān Sa'īd b. Muḥammad b. Muḥammad al-'Aqabāni fue preguntado por un *ḥubs* fundado por el sultán al-Ganī bi-l-Allah Abū Zayyān Muḥammad b. Mūsā b. Yūsuf b. 'Abd-l-Raḥmān b. Yaḥyā b. Yaḡmarāsīn b. Zayyān con este tenor: señor mío, Dios esté satisfecho de usted, deme su respuesta sobre una mezquita en favor de la cual la gente ha constituido *aḥbās*, siendo los fundadores reyes y otras personas. Posteriormente, estos *aḥbās* tuvieron excedentes sobre lo que había dispuesto los fundadores. ¿Se emplea ese excedente en otros fines de bien como la enseñanza y similares o no? ¿O debe emplearse ese excedente de los *aḥbās* de los reyes y no de los demás? Muéstranos cuál ha de ser el fallo y sea con vos la recompensa de Dios, su paz y su misericordia.

Contestó como sigue: gracias a Dios. Has de saber que el régimen de los *awqāf* en favor de las mezquitas y las madrazas y establecimientos similares varía en función de su fundador. Si fueran reyes y tuvieran excedentes, sería válido que se emplearan en algo distinto a lo establecido por el fundador, en algún puesto de profesor o algo similar

وسئل الفقيه القاضي أبو عثمان سعيد بن محمد العقباني عن حبس السلطان الغني بالله أبي زيان محمد بن موسى بن يوسف بن عبد الرحمان بن يحيى بن يغمراسن بن زيان بما هذا نصه، وتقدمت أيضاً: الحمد لله. سيدي رضي الله عنكم جوابكم عن مسجد حبس عليه ناس أحباساً وفي المحبسين ملوك وغيرهم ثم في أحباس المذكورة وفر على ما حبس عليه المحبسون، فهل يصرف من ذلك الوفر في وجوه البر كالتدريس وما أشبهه أم لا؟ أو يصرف من وفر الأحباس الملوك دون غيرهم بينوا لنا الحكم في ذلك وأجركم على الله والسلام عليكم ورحمة الله.

فأجاب بما نصه: الحمد لله. أعلم أن الأوقاف على المساجد والمدارس ونحوها يختلف القول فيها باختلاف واقفيها، فإن كانت من الملوك وكان لها على ما سموه من التصرف فضل بين، فجائز أن يصرف ذلك الفضل في غير ما سمي الواقف من المصروف من مرتب مدرس، كما سألت عنه أو غير ذلك من الوجوه على سبيل المصلحة، ولا يدخل في ذلك الخلاف المعروف في أوفار الحبس، وسبب ذلك أن الأئمة في تصرفاتهم وكلاء عن المسلمين وليس للوكيل أن يتصرف إلا على وجه المصلحة وما زاد على ذلك فهو معزول عنه، والزائد لا مصلحة فيه، فإذا وقف الملوك وقفاً، على جهة، وكان ذلك أكثر مما تحتاجه تلك الجهة بطل الوقف فيما زاد فيكون لذلك الإمام الواقف ولغيره من الأئمة بعده أن يصرفوا ذلك الزائد في سبيل الخيرات غير السبيل التي عينت حين الوقف، إذا الفرض أنها قد إكتفت وهو منصوص عليه لشهاب الدين القرافي، وهو فقه مقطوع بصحته، ووجهه لطيف بديع لا يكاد يهتدي إليه من العلماء إلا التقاب²²⁹⁸.

Esta fetua de Abū 'Uṭmān Sa'īd b. Muḥammad b. Muḥammad al-'Aqabānī, cadí originario de Tremecén²²⁹⁹, acerca de la regulación de los *awqāf* fundados por los reyes, al igual que la anterior contenida en el *Miy'ār*, fundamenta varios aspectos de nuestra investigación: la relación con el *jarāy*, los diversos tipos de fundadores, los tipos de fundaciones y, en este epígrafe, la posibilidad de los gobernantes de concluir este negocio jurídico y su utilización como mecanismo para sufragar obras públicas y otras inversiones de interés general; ejemplos que hemos ido comentando en diversos lugares de este capítulo.

^a[مطلب لو ظهر الموقوف مستحقاً]

قلت: فإن اشتري أرضاً شراءً صحيحاً وقبضتها فوقتها وقفاً صحيحاً وجعل آخرها للمساكين فإستحقها مستحق فأخذها ورجع الواقف بالثمن على البائع فأخذها هل عليه أن يبتاع بثمنها أرضاً فيقفها؟ قال: ليس عليه ذلك من قبل أنه وقف ما لا يملك. قلت: فإن إستحق نصفها مشاعاً أو معلوماً فأخذ المستحق ما إستحق منها؟ قال: فما بقي منها فهو وقف ولا يبطل على مذهب أبي يوسف.

[...] [مطلب وقف الرهن]

ولو أن رجلاً رهن رجلاً أرضاً أو داراً وسلمها لإلى المرتهم ثم أن الراهن وقفها وقفاً صحيحاً؟ قال: إن أدى الدين وأفتكها جاز الوقف وإن لم يفتكها باعها القاضي في الدين وأبطل الوقف الذي كان من الراهن فيها وألله أعلم²³⁰⁰.

Muḥammad b. al-Ḥasan al-Ṣaybānī, al-Jaṣṣāf, regula dos situaciones en las que la fundación colisiona con el interés de un tercero. En la primera, en el caso de que el fundador hubiera adquirido el inmueble de un vendedor, pero perdiera la propiedad del mismo por el ejercicio de una acción reivindicatoria por parte del verdadero titular del bien; el *waqf* sería nulo en su totalidad, si la recuperación es completa, o en la parte objeto de la acción judicial. En cualquier caso, aun en el supuesto de que quien constituyera fuera un poseedor de buena fe, el *hubs* deviene nulo por carecer el fundador del derecho de propiedad, pues el auténtico dueño no ha de ser despojado de su

como has mencionado, según el interés; este caso no está incluido en la polémica sobre el sobrante de un *hubs*. La causa de esto es que los imanes, en sus disposiciones, son representantes de los musulmanes y el representante no puede actuar más que en función de ese interés; lo que exceda de eso escapa de la representación, y ese excedente no tiene ese interés. Si los reyes constituyeran un *waqf* para una finalidad determinada y diera más frutos de los que necesitara ese beneficiario, el *waqf* se anularía en esa cantidad que excediera; así que el rey fundador del *waqf* y los imanes que le sucedieran después de él podrían disponer de ese excedente para alguna finalidad piadosa distinta a la establecida en el momento de constituirse el *waqf*. Eso es suficiente y así lo prescribe Ṣihāb al-Dīn al-Qarāfī y es un *fiqh* absoluto en su corrección. Supone el máximo de elegancia al que no han conducido entre los ulemas nadie salvo los escogidos.

a [Sección. Si alguien consiguiera la reivindicatoria sobre el bien constituido como *waqf*].

Dije: si comprara una tierra mediante una compra válida y tomara posesión de ella, constituyéndola como *waqf* válido y nombrando como beneficiario final a los pobres y esta tierra fuera apropiada por su titular mediante una acción judicial, devolviendo el vendedor el precio al fundador quien lo toma, ¿debe comprar con este precio otra tierra para constituir la en *waqf*? Dijo: no, no debe hacer eso, ya que constituyó un *waqf* sobre algo de lo que no era propietario. Dije: ¿si recuperara la mitad pro indiviso o por una cuota determinada, tomando posesión su titular? Dijo: lo que resta se mantiene como *waqf* y no se anula según la doctrina de Abū Yūsuf.

[...] [Sección. El *waqf* de lo entregado como prenda].

¿Si un hombre diera en prenda una tierra o una casa a otro y lo entregara al acreedor pignoraticio y después el deudor que la dio en prenda constituye un *waqf* válido? Dijo: si satisficiera la deuda y rompiera la prenda, el *waqf* sería válido; en este caso concreto, el juez la vendería para pagar la deuda y anularía el *waqf* y Dios es más sabio.

dominio. En el segundo, si el objeto del negocio jurídico fuera un bien pignorado, la validez de la institución estaría condicionada a la satisfacción de la deuda y la liberación de la prenda; en origen, el *waqf* no se debe constituir en perjuicio de un acreedor; con más razón, un acreedor cuyo crédito está garantizado.

[أخذ المرتب من حبس المدارس]^a

وسئل عن يأخذ من حبس المدارس.

فأجاب: إن قام بالوظيفة المشروطة عليه في ذلك. وكان المال الموقوف على المدرسة لا يعلم أنه يعلق به حق لمعين فذلك حلال وإن كان الورع ترك ذلك وليس من الورع المؤكد لا سيما إن قدمت المدرسة.

وسئل عن والي جبي جباية ثم عقد حبساً في ملك إشتهر لأولاده، هل يصح حبسه أم لا مع تلبسه بالولاية حين التحبب أو يبطل؟ وهل الحكم سواء إذا عقد الحبس بقرب الولاية أو بعد تمكنه فيها أم يفرق بين القرب والبعيد؟

فأجاب: الجواب والله الموفق للصواب: إن تبرعات كل مستغرق الذمة بالتباعات من حبس على بينه أو ذي قرابته أو صدقة عليهم أو وصية بمال إن ذلك كله مردود غير نافذ ولا ماضٍ، وإنما أفتى القاضي ابن رشد بامضاء ما جعل ذلك في شيء من مصالح المسلمين مثل ما جعل في المسجد الجامع، لأن ذلك ينتفع به المسلمون. وكذلك أفتى بنفوذ العتق لحرمة، قال ويكون الولاء للمسلمين. وأما تحببسه على بنيه فلا مصلحة فيه لعامة المسلمين، فإذا كان تحبب الوالي على بنيه، بعد أن جبي ما يعلم أنه يستغرق ماله كله رد تحببسه، وسواء أمسك عنده ما جباه من ذلك أو دفعه كله لمن ولاه أو غيره لأنه بنفس الجباية ضمنه ولا يريد منه دفعه إياه لمن ولاه ولا لغيره، هذا كله نقله ابن حبيب في الواضحة، وهو جلي والله سبحانه أعلم وكتب أحمد بن قاسم القياب.

قلت وفتت على جواب الشيخ أبي مهدي سيدي عيسى بن علل وفيه ما نصه: ما فعله مستغرق الذمة بالتباعات وقد جهل أربابها ويئس من معرفتهم، أو علموا وجعل ما ينوب كل واحد منهم من حبس أو غيره من المعروف على ذراريتهم أو غيرهم، غير سائغ ولا نافذ، لأنهم بامتناعهم من جريان الحكم عليهم في حكم المفلس المضروب على يديه في المشهور من المذهب، نعم ينفذ من تصرفاتهم فيما بأيديهم من الأموال ما تصدقوا به على الفقراء والمساكين إنتهى²³⁰¹.

Esta respuesta no está atribuida por al-Wanšārī a ningún ulema en concreto, pero en ella se cita a varios. Uno de ellos, autor de la obra *al-Waḍiḥa*, Ibn Ḥabīb, fue un jurista originario de Toledo y nacido en el año 790, vivió en Córdoba la mayor parte de su vida en la que escribió bastantes obras de *fiqh* perteneciente a la escuela de los seguidores de Mālik²³⁰²; el otro, Aḥmad b. Qāsim al-Qabbāb, vio la luz en Fez en el siglo XIV, donde ejerció de juez²³⁰³. La fetua aborda la cuestión del uso de estas fundaciones por personas que están en quiebra técnica (como dice el texto: *su ḍimma sobrepasada por las deudas*) para eludir parte de su patrimonio de la responsabilidad frente a los acreedores. Si constituyeran un *waqf* en favor de hijos y parientes, el ánimo

a [El cobro de los cargos en el *ḥubs* de las escuelas].

Se le preguntó por quien toma su salario en el supuesto de un *ḥubs* a favor de escuelas.

Contestó: si la función estuviera estipulada para él y los bienes constituidos como *waqf* en favor de las mezquitas no se supiera que estaban vinculados al derecho de una persona determinada, sería válido; si el acto piadoso consistiera en dejarlo, y no fuera un acto piadoso confirmado incluso si lo presentara a la escuela.

Se le preguntó por una autoridad que recaudó los tributos y después concluyó un *ḥubs* sobre la propiedad que había comprado para sus hijos. ¿Es válido su *ḥubs* o no, habiéndose amparado en su autoridad cuando perfeccionó el negocio? ¿El régimen sería el mismo si al concluir la fundación por cercanía a la autoridad o lejanía, que se hubiera valido de ella o se distingue entre haberlo realizado con proximidad al cargo o pasado un tiempo?

Contestó: la respuesta, Dios es quien otorga el éxito, las liberalidades del que tiene su *ḍimma* sobrepasada por las deudas mediante un *ḥubs* en favor de sus hijos, una *ṣadaqa* o un legado serían anuladas y no serían ni efectivas ni eficaces. El juez Ibn Rušd emitió una fetua en la que ejecutaba esas liberalidades si eran en favor de intereses de los musulmanes como la mezquita aljama, porque con ellas se beneficiaban los musulmanes. También dio otra respuesta haciendo efectiva una manumisión por su protección, convirtiendo a los musulmanes en el patrono. Mas, en lo que se refiere la constitución de un *ḥubs* en favor de sus hijos, no existe ningún interés general de los musulmanes; por ello, si la autoridad lo constituyó en favor de sus hijos después de recaudar lo que se sabe que es un patrimonio endeudado, se ha de anular el *ḥubs*, tanto si se hubiera embargado lo que hubiera recaudado o lo hubiera entregado a quien lo nombró u otro, porque es responsable de lo recaudado y no puede entregarlo a quien lo nombró ni a ningún otro. Todo eso lo ha transmitido Ibn Ḥabīb en su *al-Waḍiḥa*, siendo claro y Dios el Altísimo es más sabio. También lo escribió así Aḥmad b. Qāsim al-Qabbāb.

Dije: me he detenido en la respuesta del jeque Abū Mahdī Sīdī 'Isā b. 'Allāl y en ella redactó como sigue: lo que realiza el encargado que tiene su *ḍimma* sobrepasada por las deudas siendo desconocidos los jefes o siendo difícil de conocer, o conociéndolo pero ignorando lo que le habían encargado de realizar un *ḥubs* u otra cosa de las acostumbradas en favor de sus descendientes u otros no es válido ni eficaz, porque están sometidos al mismo régimen que el quebrado según la opinión más famosa de la escuela. Ahora bien, sí son eficaces los actos sobre los bienes que tengan en sus manos en favor de los pobres. Fin.

defraudatorio es considerado patente y se han de anular los actos de constitución. No obstante, el abuelo de Averroes y otros *fuqahā'* validan la fundación si los beneficiarios se encuadraran dentro de la categoría de interés general de los musulmanes, como las mezquitas, pobres, etc. En estos supuestos, a pesar del perjuicio para los titulares de los créditos, el *hubs* no se anula y los bienes no responderían por esas deudas.

^a[من عادة الملوك عندهم تسلف مال الأحياس]

وسئل العبدوسي عن عادة الملوك عندهم تسلف مال الأحياس والتوسع فيه، فمات السلطان وعزل الناظر وأدعى أن السلطان تسلف على العادة.

فأجاب: إذا ثبت أن العادة كما ذكرتم فالقول قوله وقد وقعت الرواية بهذا منصوصة بنحو ما ذكرتم، وممن نص عليه المازري وغيره، وهو كالإجماع إذ ذاك في أمانته، ولا يقول يلزمه ذلك إلا من له غرض باطل، أو مداهنة في الشرع، والأمر أشهر من ذلك. وأجاب ابن أخيه السيد أبو محمد عبد الله العبدوسي بما نصه: إذا ثبت بالعادة المستمرة أن السلطان يأخذ جباية الأحياس فالقول قول الناظر مع يمينه، ولا ضمان عليه، ويترجح وجوب اليمين عليه، لقد دفع ما زعم أن السلطان أخذه منه.

بالجملة فهو أمين فلا ضمان عليه، والأصل براءة ذمته فلا تعمر إلا بيقين من تعدي أو تفریط. والروايات بذلك متضافرة متعاضدة متواترة في المدونة وغيرها من الدواوين المذهبية. وشهرتها تغني عن تنظيرها كتباً وتقريراً. وبسقوط اليمين عن رأساً أفنت بعض المتأخرين من الأشياخ المحققين، بناء على أن العادة المستمرة تنتزل منزلة شاهدين. وأنه لحسن من القول، [...] وسئل سيدي قاسم العقباني عن ناظر أحياس عرف عادة أن مقدمه لم يأذن له في التصرف في أموال الأحياس إلا بعد مطالعته في قليل ذلك وكثيره. وكان يأخذ غلات الجنات صيفاً وخريفاً ويعطي ريعاً للأحياس عوضاً عن ذلك، فخير عنه وإستغل وأخذ منه كل حبس بقدر ما أخذ له من غلاته، فطالب بعض من له مرتب في الأحياس هذا الناظر ببقية من رتبه، وأراد أن يلزمه ذمة الناظر لتصرفه في ذلك هل يلزمه أم لا؟

فأجاب: إن علم من عادة سلطانه على ناظر الأحياس أنه كان يأخذ من يده جبايتها، والناظر لا يستطيع مخالفته لم يكن على الناظر ضمان، فلا يلزمه غرم ما أخذ منه وما أعطاه،²³⁰⁴

Esta fetua, basada en la doctrina de dos alfaquíes norteafricanos, al-'Abdūsī, muftí de Fez muerto en dicha ciudad en el año 1446²³⁰⁵ y Qāsim al-'Aqabāni, juez de la ciudad de Tremecén fallecido en 1450²³⁰⁶, resulta sumamente enriquecedora, a pesar de que su tema central no tenga relación directa con nuestra materia. El *quid* de la cuestión radica en la carga de la prueba. En una zona el sultán tenía como costumbre tomar prestado de las rentas de los *ahbās* para sus gastos, imponiendo su autoridad a los administradores que no pueden oponerse. Ante la acusación a estos últimos de haberse apropiado del producto de las fundaciones y la correspondiente demanda de indemnización, el hecho de que esa costumbre del gobernante fuera de común conocimiento

a [Entre las costumbres de los reyes está tomar prestado del dinero de los *ahbās*].

Se preguntó a Sīdī Abū al-Qāsim b. Mūsā b. Muḥammad b. Mu'aṭī al-'Abdūsī sobre la costumbre entre los reyes de tomar prestado del dinero de los *ahbās* y sobrepasarse con ellos. Murió el sultán y fue destituido el administrador quien alegó que el sultán había tomado prestado según su costumbre.

Contestó: si se probara que la costumbre, como habéis mencionado, se está a su palabra; así se encuentra en los textos según habéis mencionado. Entre los que afirman esto está al-Māzīrī y otros; esto es como un consenso pues responde por *amāna*. No opina diferente más que quien tiene un interés espurio o quiere aprovecharse de la Ley. El asunto es más famoso que esto.

Contestó el hijo de su hermano, el señor Abū Muḥammad 'Abd-I-Allah al-'Abdūsī lo que sigue: se está a lo declarado por el administrador con su juramento y no debe indemnizar, prefiriéndose que preste juramento, pues ha pagado lo que afirma que ha tomado el sultán.

En conclusión, responde por *amāna* y no debe indemnizar; en origen la *ḍimma* está liberada y no tiene que responder más que por la seguridad de haberse apropiado. Las opiniones sobre esto son coincidentes en la *Mudawwana* y en otros textos de la escuela. Es tan conocida que no es necesario libros e informes. Algunos ulemas recientes han emitido fetuas exonerándolo del juramento, en atención a que la costumbre continuada toma el lugar de los dos testigos. Esta es la recta opinión, [...]

Y se interrogó a Sīdī Qāsim al-'Aqabānī sobre el administrador de *ahbās* donde se conocía que era costumbre que delegara en su enviado para disponer de los bienes de los *ahbās* pero después de conocer lo mucho o poco. Tomaba las rentas de los huertos en verano y otoño y daba la cosecha a los *ahbās* como compensación por ello. Tomaba posesión de las mismas y explotaba y tomaba cada *hubs* en proporción a la cosecha que había tomada de sus rentas. Uno de los cargos en los *ahbās* exigió a este administrador por lo que le faltaba de su salario y quiso que la *ḍimma* del mismo administrador quedara obligada por haber dispuesto de ello. ¿Queda obligado o no?

Contestó: si fuera conocido que la costumbre del sultán del administrador era que tomaba de su mano la recaudación, y el administrador no podía contradecirlo, este no tendría que responder, no estando obligado a pagar por lo que hubiera tomado y entregado.

provoca que la carga de la prueba de la apropiación por parte del administrador recaiga en quien lo acuse. A nosotros nos llama la atención el hecho de que las autoridades tomen prestado las rentas de los *awqāf* privados como medio de financiación.

Esta escueta selección de textos, junto a las conclusiones que venimos extrayendo en otras partes de nuestro libro, nos ofrece importantes resultados, en lo relativo a su vínculo con el poder político, sobre la subsunción del régimen jurídico del *waqf* en la definición de persona jurídica que hemos tomado prestada del jurista Federico de Castro²³⁰⁷.

Los sultanes, reyes y califas históricamente han constituido fundaciones y así lo hemos analizado en el epígrafe dedicado a los fundadores, al cual nos remitimos.

Ibn Taymiyya²³⁰⁸ muestra que los *fuqahā'* no objetaban nada al control del poder sobre estas fundaciones mediante la creación de registros administrativos con funcionarios especializados en la llevanza de las cuentas y en exigir a los administradores la rendición de cuentas. Esta labor inspectora, ejercida originariamente por los jueces, fue derivando con el paso de los siglos en la cuasi expropiación por las autoridades de los *aḥbās* piadosos, como recoge el profesor 'Ikrima Sa'īd Ṣabrī²³⁰⁹ o la reglamentación prevista en el Código marroquí²³¹⁰. En nuestro país, todas las fundaciones, públicas o privadas, están sometidas a una fiscalización administrativa, conforme a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

No es una cuestión pacífica entre los estudiosos que estas instituciones estén sujetas a los tributos islámicos clásicos, la *zakāt* y el *jarāy*. Los ulemas que identifican este último con un *waqf* sobre tierras conquistadas *manu militari* lo comparan con la renta producidas por este. Los discípulos de Abū Ḥanīfa consideran que se ha de pagar este impuesto de las cuotas que corresponderían a los beneficiarios. Por lo que a la limosna legal se refiere, aunque existen juristas musulmanes que discrepan, la mayoría entiende que los frutos producidos por estas instituciones son gravados por el impuesto. Es de suma importancia notar cómo los alfaquíes emplean términos como frutos, cuotas, pero es más excepcional referirse a los beneficiarios como sujetos pasivos. Esta tendencia objetiva del *fiqh* dejará huella en la concepción de entes diferentes al ser humano como centros de imputación de derechos y obligaciones.

El *ḥubs* también se convirtió en un instrumento a través del cual los musulmanes contribuían al esfuerzo bélico de la *yihād*; la montura²³¹¹ como objeto del mismo es un ejemplo, pero en ese sentido igualmente los instituidos en favor de fortalezas²³¹², o incluso para la vigilancia de la presencia de cristianos²³¹³. Asimismo, el *waqf* fue utilizado como mecanismo de financiación de obras públicas y así nos lo narra al-Balāḍurī²³¹⁴ en la Basora del siglo IX, o la fetua de Abū 'Uṭmān Sa'īd b. Muḥammad b. Muḥammad al-'Aqabāni²³¹⁵ e innumerables noticias que aparecen en distintas páginas de nuestra tesis.

Otra área de conflicto de orden público relacionado con los *aḥbās* radica en la situación de insolvencia del fundador. Una vertiente del problema la analizamos en el capítulo sobre la capacidad de obrar, en la que comprobamos como si esta situación es declarada por un cadí, sus disposiciones a título gratuito serán nulas; otros jurisconsultos aplican la misma solución con la mera situación de hecho de que el pasivo sea superior al activo de la persona; asimismo, al-Jaṣṣāf establece que su uso para esquivar la ejecución de una garantía pignoratícia está proscrito²³¹⁶. No obstante, si la fundación se ha constituido, al menos en la fetua que hemos transcrito²³¹⁷, los beneficiarios, si lo son de una fundación piadosa, poseen un derecho que prevalece sobre el de los acreedores del fundador. Es una solución parecida a la que existía en Roma²³¹⁸.

Finalmente, la última respuesta²³¹⁹ alude a un hecho que parece era frecuente: los gobernantes tomaban, a título de prestatario, de las rentas de las fundaciones; imponían su posición de poder para apropiarse, aunque fuera con la obligación de devolver, del derecho de los beneficiarios. Esto también ocurría en tiempos de crisis grave, como nos lo demuestra el historiador Ibn 'Idārī, en una crónica en la que es el propio juez el que promete equipar soldados de

caballería²³²⁰ o en otra en la que con estos bienes se soborna a los francos para que protejan a la ciudad de Córdoba²³²¹.

En definitiva, todos estos fragmentos nos demuestran que el estado se inmiscuyó desde casi el primer momento histórico en estas instituciones, sin que, en el objeto de nuestro estudio, importe los intereses loables o espurios que lo muevan a esta intervención. Por otra parte, suele ser un fenómeno casi universal en lo que a las fundaciones se refiere.

7.8 Gastos propios del waqf: mantenimiento, reforma, inversiones, retribución del administrador

Todo patrimonio está constituido por un conjunto de activos y pasivos. El *waqf*, como conjunto patrimonial, no es una excepción. Desde el primer punto de vista, tenemos que constatar si este tipo de fundación es titular, por sí misma, de bienes y derechos; la otra perspectiva nos muestra si, de igual modo, sobre ella recaen obligaciones a las que tiene que hacer frente. En una misma esfera jurídica se producen relaciones de ambos tipos; si estas se imputan a una persona, esta deviene sujeto de derecho. Esta es el interrogante que se nos plantea en este epígrafe: ¿el *hubs* es reconocido por el *fiqh* como deudor en una situación jurídica?

^a(قال وإن باع الوصي شيئاً من تركة الميت بالنسبة فإن كان ذلك ضرراً على اليتيم لم يجز، وإن لم يكن فيه ضرر بأن كان لا يخشى الجحود [والمطل] والمنع عند حلول الأجل يجوز) ولهذا قال مشائخنا إذا إستباع [رجل] شيئاً من مال اليتيم بألف والآخر بألف ومائة، والأول أملاً من الثاني ينبغي للوصي أن يبيع من الأول الذي لا يخشى منه المنع والجحود عند الطلب وكذلك متولي الأوقاف (وكذلك إذا كان لليتيم دار فأراد رجل أن أستأجرها كل شهر بثمانية والآخر بعشرة والأول أملاً فينبغي أن تؤاجر من الأول، وكذلك متولي الأوقاف)...²³²²

Al-Jaṣṣāf, en obra sobre las buenas maneras del juez, desde una perspectiva procesal, asimila la actuación del administrador del *waqf* con la del tutor de los menores quien ha de velar por el interés de su pupilo; esta analogía la encontraremos en otras obras sobre la materia. En consecuencia, su diligencia en el ejercicio del cargo exige cierta prudencia, la ponderación de los riesgos, no se ha de regir por el mayor beneficio, sino que se ha de modular por la seguridad en el cobro de las rentas del arrendamiento o el precio de la venta. En definitiva, la intención es mantener el patrimonio sin menoscabo.

^b[مطلب وقف ولم يذكر العمارة]

a (Dijo: si el tutor vendiera algo de la herencia del fallecido en proporción e irrogara un perjuicio para el huérfano, no sería lícito; si no provocara perjuicio, de tal modo que no se temiera la negación, la dilación y el oponerse a pagar cuando venza el plazo, sería lícito) por eso nuestros ulemas opinan que si un hombre quisiera comprar algo del patrimonio del huérfano por mil y otro por mil cien, siendo el primero más solvente que el segundo, debería venderlo al primero del que no se tema que se opusiera, ni se negara cuando se le exigiera; así también ha de hacer el administrador de los *awqāf* (también si el huérfano tuviera una casa y el hombre quisiera alquilarla por ocho cada mes y otro por diez, siendo el primero más solvente, debe alquilarse al primero, así también el administrador de los *awqāf*).

b [Sección. En un *waqf* en el que no se menciona su mantenimiento].

Dije: ¿cuál es tu opinión si un hombre constituyera su tierra como *ṣadaqa* en favor del hijo de Zayd y del hijo de su hijo y su descendencia y después de ellos para los pobres sin mencionar el mantenimiento de esta tierra ni de dónde se han de sufragar los gastos? Dijo: los gastos en su reparación y mantenimiento se toman de sus rentas y también todo aquello que no salga del estado del *waqf* y sea necesario, tras esto, lo que sobre será para los beneficiarios. Dije: ¿también si estuviera constituida en favor de un único hombre y después en favor de los pobres? Sí, se mantendría con las rentas y lo que sobrara tras el mantenimiento sería para ese hombre. Dije: ¿qué opinas si el fundador hubiera dicho que las rentas de esa tierra fuera para fulano un año y después para fulano, otro hombre, para siempre y tras este para los pobres, necesitando la tierra de reparación en el primer año y si se realizaran esas labores en ese año no quedaría nada de las rentas o muy poco? Dijo: considero más equitativo retrasar las reparaciones hasta que pase ese año y que el beneficiario tome sus rentas de esa anualidad; este retraso no provocaría un menoscabo del estado del *waqf* y el segundo disfrutaría del mismo de forma vitalicia y Dios es más sabio.

قلت: أرأيت إذا جعل الرجل أرضه صدقة على ولد زيد وولد ولده ونسله أبداً ما تناسلوا ومن بعدهم على المساكين ولم يذكر عمارة هذه الأرض ولم يذكر من أين ينفق عليها؟ قال: ينفق عليها في إصلاحها وعمارته من غلتها وما لا يخرجها عن حال الوقف وما لا بد لها منه ثم يكون ما يفضل من غلتها لأهل الوقف. قلت: وكذلك إن كانت موقوفة على رجل واحد ثم بعده على المساكين؟ قال: نعم تعمر من غلتها فما فضل عن عمارتها كان لذلك الرجل. قلت: فما تقول إن كان الواقف قال تكون الغلة هذه الأرض لفلان سنة ثم من بعد لفلان رجل آخر أبداً ما بقي ثم من بعد الثاني على المساكين فاحتاجت الأرض إلى عمارة في السنة الأولى فإن عمرت من غلتها في السنة الأولى لم يفضل من غلتها شيء أو كان يفضل اليسير من غلتها؟ قال: أستحسن أن أؤخر عمارتها حتى تمضي هذه السنة ويأخذ صاحب السنة غلاته لتلك السنة فإذا صارت إلى الآخر عمرت من غلتها لأن تأخير العمارة سنة ليس مما يخرجها عن حالة الوقف وهذا الثاني الذي يصير إليه غلتها ما عاش إن فاتته غلة سنة كانت له غلتها بعد ذلك فيما يستقبل والله أعلم²³²³.

Hilāl b. Yahyā, reglamentando las funciones del administrador²³²⁴, establecía que debía arrendar la tierra y de esta manera obtener las rentas que se hubieran de repartir entre los beneficiarios; obligaba a abonar en primer lugar los gastos de mantenimiento. En este fragmento de la obra monográfica sobre la institución de al-Jaṣṣāf, este afirma que, si el fundador no hubiera estipulado nada respecto a las obras de reparación y conservación del estado del *waqf*, se debería abonar de sus rentas y el sobrante ser repartido entre las personas en cuyo favor se fundó. Ahora bien, sí incluye una cláusula de equidad a fin de modular la norma; si un beneficiario lo fuera por un solo año y otro de forma vitalicia, los frutos producidos por la tierra se invertirían en el mantenimiento en el período de la persona que percibe las rentas por más tiempo. En cualquier caso, el régimen jurídico de la institución tiene previsto su mantenimiento en un estado de producción adecuado a cargo de las rentas que produzca, unos gastos que tienen un orden de prelación superior al de los beneficiarios. El interés propio del *waqf* se considera superior al de las personas en cuyo favor se constituyó. Se crea un mecanismo que garantice su permanencia y su propia autonomía.

^aباب الرجل يقف الأرض ومعها رقيق أو بقر يعملون فيها أو يقف الرقيق دون الأرض. قال أبو بكر رحمه الله: وروي عن بشر بن الوليد أنه قال لا يجوز أن يقف الرجل الرقيق دون الأرض وإن وقف أرضاً فجعلها صدقة موقوفة لله عز وجل أبداً على الفقراء ولها رقيق يعملون فيها فذلك جائز وكذلك إن وقفها على قوم ومن بعدهم على المساكين إن كان ذلك جائزاً وينبغي له أن يسمى الرقيق الذين يعملون في الأرض وهددهم فإن كان فيها بقر ذلك أيضاً وسمى عددهم وينبغي أن يشترط في صدقته أن نفقة الرقيق والبقر من غلة الأرض. قلت فإن وقف أرضاً له وفيها رقيق وبقر ولم يشترط نفقتهم؟ قال: نفقتهم من غلة الأرض وإن لم يذكر ذلك. قلت: أرأيت الرجل إذا وقف أرضاً له ورقيقاً فيها يعملون على قوم ومن بعدهم على المساكين هل للواقف أن يبيع الرقيق أو بعضهم أو يعتق أحدهم؟ قال: لا من قبل أنهم قد صاروا وقفاً مع الأرض وكذلك إذا تصدق بأرض وبقرها ومعها آلة الزراعة فذلك جائز وكذلك الدواب التي في الأرض إذا تصدق بها مع الأرض فذلك جائز. قلت: فإن ضعف بعض الرقيق عن العمل هل ترى له أن يبيعه ويشترى بثمنه غلاماً مكانه؟ قال: نعم. قلت: فإن لم يجد بثمنه غلاماً مكانه فأراد أن يزيد على ذلك من غلة الأرض؟ قال: لا بأس بذلك لأن هذا من عمارة الأرض ومصلحتها. قلت: وكذلك البقر والدواب

a Capítulo. El hombre constituye como *waqf* una tierra y con ella los esclavos o los bueyes que trabajan en ella o constituye como *waqf* los esclavos sin la tierra.

Dijo Abū Bakr, Dios tenga misericordia de él: se cuenta de Bašar b. al-Walīd que él dijo: no es válido que constituya como *waqf* el hombre los esclavos sin que lo haga con la tierra; si constituye la tierra como *ṣadaqa retenida*, en favor de Dios el Altísimo, por siempre en favor de los pobres, esta tuviera esclavos y que trabajaran en el terreno, sería válido y también si constituyera como *waqf* en favor de un grupo determinado y después en favor de los pobres; eso sería válido y debe nombrar a los esclavos que trabajan la tierra y su número; si hubiera bueyes, los nombraría también y su número y debe estipular que en su *ṣadaqa* los gastos de los esclavos y los bueyes serían a cargo de las rentas de la tierra. Dijo: ¿si constituyera la tierra como *waqf* y en la misma hubiera esclavos y bueyes y no estipulara nada sobre sus gastos? Dijo: sus gastos serían de cargo de las rentas de la tierra aunque no lo hubiera estipulado. Dijo: ¿qué opinas del hombre que constituye como *waqf* una tierra que tiene donde trabajan esclavos en favor de un grupo y tras ellos en favor de los pobres? ¿Puede el fundador vender los esclavos o algunos o manumitir a uno de ellos? Dijo: no, ya que ellos se han convertido en *waqf* junto a la tierra; también, si constituyera el *waqf* sobre la tierra, sus bueyes y los aperos de labranza, eso sería válido y también en el caso de las norias que se encontraran en la tierra, si las constituye como *waqf* junto a la tierra; también sería válido. Dijo: si uno de los esclavos se volviera débil para trabajar, ¿opinabas que pueda venderlo para comprar con su precio otro sirviente joven en su lugar? Dijo: sí. Dijo: ¿si no encontrara con el precio un joven en su lugar y quisiera incrementar la cantidad de las rentas de la tierra? Dijo: no hay inconveniente con ello, porque forma parte del mantenimiento de la tierra y de su interés. Dijo: ¿también los bueyes, las norias y los aperos que están en la tierra? Dijo: sí, se actúa con ello según el mejor interés y lo mejor para la gente del *waqf*. Dijo: ¿qué opinas del administrador de esta finca? ¿Puede actuar con ello según lo que más interese? Dijo: sí, si algo de esto deviene inservible y en su venta y compra con el precio algo más interesante, no hay inconveniente en ello.

والآلة التي في الأرض؟ قال: نعم يعمل في ذلك ما هو أصلح وأدر على أهل الوقف. قلت: أرأيت والي هذه الضيعة هل له أن يعمل في ذلك بما هو أصلح؟ قال: نعم إذا كان شيء من ذلك تعطل عن العمل وكان في بيعه الشراء يثمنه ما هو أصلح فلا بأس بذلك²³²⁵.

Este capítulo del libro de al-Jaṣṣāf tiene como tema central los accesorios de la tierra que se ha constituido en *waqf*: esclavos, animales, aperos y herramientas como las norias. Si el fundador lo desea, formarán parte del *hubs* junto a la tierra en la que están situados, si bien no pueden ser objeto por sí mismos del negocio jurídico. De este aspecto principal, se deriva una regulación que nos interesa sobremanera: los gastos de mantenimiento de todos ellos serán a costa de las rentas que produzca el terreno con carácter previo al líquido que se reparta entre los beneficiarios. El administrador está facultado para realizar las operaciones que estime necesarias con el fin de mantenerlos, incluso vender alguno de los esclavos que ya no trabaje adecuadamente y con el precio incrementado con parte de los frutos de la tierra comprar otro más joven. Hay que destacar que a los siervos que se han integrado en el *waqf* se les aplica el mismo régimen jurídico, prohibiéndose al fundador disponer de ellos; casi que pasan a ser esclavos del *hubs*. En consecuencia, el inmueble y sus accesorios humanos, animales e instrumentales forman un conjunto patrimonial cuyo mantenimiento es preferente al reparto de los frutos entre los beneficiarios. No obstante esta autonomía, el ulema, al referirse al poder de actuación del administrador, afirma que ha regirse por lo que sea de mayor interés para la gente del *waqf*, no a la fundación en sí misma considerada.

^aباب الرجل يقف الأرض على المساكين ولا يشترط العمارة.

قلت- أرأيت الرجل يقف الأرض وفقاً صحيحاً جائزاً على الفقراء والمساكين ولا يذكر عمارتها كيف القول في ذلك عندك- قال- ينبغي للقاضي أن يبدأ فينفق من كل ما أخرج الله من غلات هذه الأرض على عمارتها وإصلاحها ثم يقسم ما فضل بعد ذلك من غلتها في الفقراء والمساكين- قلت- ولم قلت ذلك والواقف لم يشترط أنه يبدأ من غلتها لعمارته وبدأت أنت بها- قال- لأنني لم أعمرها خربت الأرض وكان ذلك ضرراً على الفقراء والمساكين في مصلحتهم والتوفير عليهم ألا ترى أن أبا حنيفة كان يقول لو أن رجلاً أوصى فقال إذا مت فخدمة عبدي فلان أن الوصية جائزة يخدم عبده فلان كما أوصى ما عاش وعلى فلان الموصى له بخدمة العبد نفقة العبد في طعامه وكسوته وما يصلحه وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله في رجل أوصى لرجل بغلة أرض أن سقى الأرض إذا كان فيها نخل على الموصى له بغلتها فلما كانت الوصية بغلتها للفقراء والمساكين فعمارته عليهم إلا أنهم قوم ليسوا بأعيانهم فأخذهم بالعمارة كما أخذت بها الموصى له بالغلة فلما كانوا على ذلك أخذت مما صار لهم من الغلة النفقة بعمارته هذه الأرض لأنهم ليسوا بأعيانهم فأخذ منهم ألا ترى أن الإمام في أرض الخراج له أن يدع لهم قدر ما يعمره ويأخذهم بالعمارة ويكون نصيب الإمام والخراج فيما فضل بعد العمارة لأن أرض الخراج للمسلمين عامة وكذلك كلما كان موقوفاً على الفقراء والمساكين فإنه يبدأ منه على الوقف ما يصلحه ثم يكون ما بقي للفقراء كما أن أرض الخراج تعمر فما فضل بعد عمارتها كان في وجوه الخراج...²³²⁶

Hilāl b. Yaḥyā realiza unas reflexiones en este capítulo de gran repercusión a la hora de descubrir la visión del *fiqh* sobre la personalidad jurídica. Si el fundador de un *waqf* en favor de

a Capítulo. El hombre constituye como *waqf* una tierra en favor de los pobres y menesterosos y no estipula nada sobre el mantenimiento.

Dije: ¿cuál es tu opinión sobre el hombre que constituye como *waqf* una tierra, un *waqf* válido y correcto, en favor de los pobres y menesterosos sin mencionar el mantenimiento? ¿Qué se ha de decir en tu opinión? Dijo: el juez debe comenzar a gastar todo lo que Dios extraiga de esta tierra en su mantenimiento y reparación; después repartir lo que sobre de los frutos entre los pobres y menesterosos. Dije: ¿por qué dijiste eso cuando el fundador no ha estipulado que los frutos se destinen primero a su mantenimiento y tú comenzaste con ello? Dijo: porque si no se mantiene, la tierra se estropea y en ello hay un perjuicio para los pobres y menesterosos, sus intereses y sus beneficios. ¿No ves que Abū Ḥanīfa decía que, si un hombre legaba y decía que si moría el servicio de su esclavo sería para fulano, el legado sería válido y su esclavo serviría a fulano, como había dispuesto, mientras viva y fulano, el legatario del servicio del esclavo, está obligado a hacerse cargo de los gastos del esclavo, comida, ropa y aquello que sea de su interés? También dijo Abū Ḥanīfa, Dios tenga misericordia de él, acerca de un hombre que legó a otro los frutos de una tierra, si hubiera palmeras que necesitaran riego, sería a costa del legatario; por eso, si fuera el legado en favor de los pobres y menesterosos, el mantenimiento sería a costa de estos, pero, al ser un grupo indeterminado, se coge de ellos para el mantenimiento como toma el legatario, de los frutos. Siendo de esta manera, de los frutos que le corresponden de esa tierra, se toma para los gastos de mantenimiento ya que son un grupo indeterminado. ¿Acaso no ves que el imán, en las tierras de *jarāy*, les exige según su capacidad y el mantenimiento corresponde a la cuota del imán y el *jarāy*, es la parte que sobra después de descontar el mantenimiento? Es así porque las tierras del *jarāy* son de todos los musulmanes. También sucede con lo que está constituido en *waqf* en favor de los pobres y menesterosos; se comienza con lo que conviene al *waqf* y lo que reste tras esto para los pobres. Al igual que las tierras de *jarāy*, se comienza con el mantenimiento y lo que sobre para lo que tenga que destinar el impuesto.

pobres no estipula nada, el mantenimiento se realiza de los frutos del mismo, y lo que sobre se reparte entre los menesterosos. La razón es que son un grupo indeterminado. Este argumento nos refuerza en nuestra tesis de que este tipo de beneficiarios poseen más una expectativa de derecho; no son tenidos por auténticos titulares. Este régimen resulta de la aplicación analógica de la norma impuesta por Abū Ḥanīfa en el caso de un legado de usufructo o dominio útil de un esclavo, en el que el legatario se ha de hacer cargo del mantenimiento, no teniendo la *nuda* propiedad del mismo o el dominio directo; también el caso de legado de una tierra en la que existan palmeras, cuyo riego se ha de realizar de la cosecha de la misma (en los palmerales se siembran otros productos). Asimismo, utiliza la analogía con las tierras de *jarāy*, que corresponden a todos los musulmanes, grupo indeterminado, copropietarias de una comunidad de bienes antes del reparto, cuyo mantenimiento corre a cargo de sus cosechas y el excedente es el que se ha de invertir en el interés de los musulmanes, pues forma parte de la *bayt al-māl*. En conclusión, tenemos la impresión de que, al no existir un sujeto de derecho, *stricto sensu*, la obligación recae sobre una renta. Una vez más, el aspecto objetivo de la norma jurídica es el protagonista, frente al subjetivo. Esto queda más patente al diseccionar el ejemplo tomado del padre de la escuela, Abū Ḥanīfa: el legado de usufructo, de acuerdo con la terminología castellana, aunque, es la tesis que apoyamos, sería más preciso traducir por el legado del dominio útil. El legatario no es propietario de la *nuda* propiedad o dominio directo del esclavo, al no existir el mismo, o ser una cuestión muy secundaria, ha de asumir el derecho de alimentos del siervo objeto del legado, pues no se encuentra otro sujeto y el beneficio económico o frutos producidos por el siervo radica en el servicio prestado; en lógica correspondencia, cuando los beneficiarios del *waqf* están identificados, asumirían, descontándose de las rentas que han de percibir, estos gastos. Resulta llamativo que los ulemas no profundicen en la cuestión del sujeto de la obligación en supuestos como este.

^aقلت- رأيت الرجل يقف الأرض وقفاً صحيحاً جائزاً ويقول يبدأ فيخرج من كل ما أخرج الله من غلاتها في عمارتها وإصلاحها وأجور قوامها وفيما فيه مستزاد في غلاتها نفقته بالمعروف والإصلاح فما فضل بعد ذلك كله فهو لفلان أتري أن ينفق وصير لعمارة الوقف الذي وضع لك وعلى مساكين- قال- نعم أرى ذلك لأنه قد شرطه وبينه فإذ شرطه وبينه يبدأ به كله...²³²⁷

Este mismo ulema de Basora plantea el caso de una institución en favor de una persona concreta, pero en el que en su constitución el fundador ha estipulado que las rentas que produzca la tierra se destinen en primer lugar a los gastos de mantenimiento; el sobrante sería para el beneficiario. Esta cláusula es válida y eficaz: los frutos deben invertirse en conservar el bien en buen estado, lo que implica abonar los salarios de sus trabajadores. Hay que remarcar que estos jornaleros lo son de la tierra, según el pronombre posesivo empleado; no obstante, el indicio lingüístico no siempre es determinante como tendremos ocasión de comprobar. La persona que constituye un *waqf* está facultada para reservar la parte de las rentas precisas para que el inmueble se mantenga en buen estado de producción.

^bباب الرجل يقف الأرض على الرجل ولا يسمى من أين ينفق عليها.

a Dije: ¿qué opinas de un hombre que constituye un *waqf* sobre su tierra, de manera válida y correcta, dice que se comience, de lo que se extraiga de todos los frutos que Dios extraiga, con su mantenimiento, reparación y la paga de sus trabajadores; lo que exceda del mantenimiento acostumbrado, sería para fulano? ¿Opinas que se gaste en el mantenimiento del *waqf* que se ha puesto y en los pobres? Dijo: sí, opino eso, porque él lo ha estipulado para sí y, si lo ha estipulado para sí, se empieza con todo esto...

b Capítulo. Al hombre constituye la tierra como *waqf* en favor de un hombre sin estipular de dónde se han de sufragar los gastos.

Dije: ¿qué opinas de un hombre que dice que esta su tierra es una *ṣadaqa retenida* para Dios por siempre en favor de un hombre mientras viva, sin que haya estipulado su mantenimiento? ¿Qué opinas sobre el mantenimiento de esta tierra? Dijo: opino que los gastos se han de extraer de los frutos en la cantidad necesaria para el regadío, la excavación de acequias, la mejora de los muros y lo necesario para impedir el cambio de estado en el que se constituyó como *waqf*. Dije: ¿también para la casa que ha constituido el hombre como *waqf* y sus locales? Dijo: sí, todo eso es igual y está en el caso que te he descrito sobre el hombre que constituye un *waqf* sobre la tierra y no estipula su mantenimiento. Dije: ¿opinas que se debe reparar de sus frutos en lo que precise y construir lo que se destruya? Dijo: sí. Dije: ¿sin aumentar en su mantenimiento su estado inicial? Dijo: no, y eso es mi mejor opinión, porque fijó los frutos para ese hombre y no estipuló el mantenimiento; para él lo que se le estipuló...

قلت- أريت رجلاً قال أرضي هذه صدقة موقوفة لله أبداً على رجل ما عاش ولم يذكر العمارة أتري يعمر هذه الأرض- قال- أرى أن ينفق عليها من الغلة قدر ما لا بد منه من سقى الماء وحفر السواق وتحسين مسنيتها وما لا بد منه وما يمنعها من تغييرها عن حالها التي وقفت عليها- قلت- وكذلك الدار يقفها الرجل لها الغلة والحوانيت- قال- نعم هذا كله سواء وهذا بمنزلة ما وصفت لك في الأرض يقفها الرجل ولا يسمى عمارتها- قلت- أتري أن يرم من غلتها ما إستترم منها وبنى ما إنهدم منها- قال نعم- قلت- ولا يزيد في عمارتها على الحال الأولى شيئاً- قال- لا وهذا إستحساناً مني في ذلك كله لأنه جعل الغلة لهذا الرجل ولم يشترط العمارة فله الغلة على ما جعل له...²³²⁸

Finalmente, Hilāl b. Yahyā dedica un capítulo a la posibilidad que resta: un *hubs* en favor de una persona concreta en la que el fundador no ha dispuesto nada sobre los gastos de reparación. El ulema reglamenta este caso de forma similar a la de los beneficiarios indeterminados, pues se entiende que estos gastos (que el *al-faqīh* ejemplifica con el riego, la excavación de acequias, fortalecer los muros, y lo que sea necesario para que el estado de la tierra en el momento de su constitución como *waqf* no cambie) se han de costear con las rentas que produzca. Ahora bien, el ulema no permite que con los frutos se mejore ese estado inicial. No son lícitas las inversiones que impliquen una mejora del patrimonio, sino la simple conservación del mismo en su estado inicial. La fundación no tiene una vertiente dinámica en el tráfico jurídico, sino, en el plano ideal, la continuidad eterna en el mismo estado inicial. La fotografía inicial se ha de preservar.

^aوسئل رحمه الله عن مرتب القيسي الذي كان يأخذ من الأحباس نحواً من خمسة أعوام ثلاثين ديناراً في الشهر، وهو لم يكتب قط في الحبس يوماً واحداً ولا جلس فيه ولا شهد فيه لا في داخل ولا في خارج، هل يجب عليه رد جميع ما أخذ أو يسوغ له؟ ما حكم الله في ذلك؟ بينوا لنا ذلك مأجورين والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

فأجاب: الحمد لله تعالى وحده دائماً. والجواب والله سبحانه المرشد للصواب بمنه: إنه إن جعل له المرتب المذكور على القيام بمصلحة من مصالح، من نظر أو إشراف أو شهادة أو غير ذلك من مصالحه فلم يبق بها فأخذه ما أخذ باطل، يجب عليه رده لأنه أخذه من غير عوض ولا يجوز للنظر في الحبس السكوت عنه، بل يجب عليه طلبه وإستخلافه منه، فإنه مطلوب بضم أموال الأحباس وإستخراجها من يد مغتصبها أو أخذها بغير حق، وقد كان الأخذ المذكور إستقتاناً في ذلك فأفتيته بأنه لا يجوز له أخذ المرتب إلا بشرطين: أن يكون عن أمر ممن ولاه الله سبحانه النظر في مصالح المسلمين على حسب ما إقتضاه إجتهاده في ذلك، وأن يقوم بالمصلحة التي جعل له المرتب عليها، وإلا فلا يجوز له أخذه، بالله سبحانه التوفيق.

[...] وأجاب عن السؤال المذكور الفقيه أبو عبد الله محمد بن علي المديوني الشهير بإبن أملال بما نصه: الجواب والله الهادي إلى الصواب أن الجواب أن يرد ما تحصل بيده من المال الحبس، لأنه أخذه بغير حق ولا وجه شبهة، وهو متعد في أخذ ما أخذ من ذلك لأنه لم يغن عن الحبس شيئاً والواجب على من تعين للنظر في الحبس أن يقوم بذلك ويطلبه بذلك، ولا يسعه ترك القيام في ذلك، لأن ذلك حق من جملة حقوق الحبس وهو دين متعلق بذمة أخذه من غير شك في ذلك ولا إرتياب والله الموفق للصواب بمنه يصلح على بشر ما تحمل وملحق غيركم ذلك كله. إنتهى²³²⁹.

Esta interesantísima fetua, incluida por al-Wanšārīsī en su colección, sin explicitar la cuestión planteada, supone un reconocimiento de la personalidad jurídica del *waqf*, aunque no tenga un alcance general. La respuesta jurisprudencial se centra en discernir si una persona encargada de

a Se le preguntó por el sueldo de los *aḥbās* que había cobrado al-Qīsī, alrededor de cinco años, treinta dinares al mes. No había escrito nada en el *hubs* ni un solo día, no se había sentado en él, ni había dado testimonio en él fuera o dentro. ¿Debe devolver lo que hubiera cobrado o le es lícito? ¿Cuál ha de ser el fallo? Muéstranos esto, estaremos agradecidos; la Paz con vosotros, las bendiciones de Dios y su misericordia.

Contestó: gracias a Dios el Altísimo siempre. La respuesta, y Dios todopoderoso es quien conduce a lo correcto, es que si ese salario se le fijó por la realización de alguno de los intereses, administración, control, testimonio o similar y no lo hubiera llevado a cabo, lo que hubiera cobrado resulta nulo. Tiene que devolver lo cobrado sin contraprestación; al administrador del *hubs* no le es lícito callar sobre ello, sino que ha de exigirlo y recuperarlo, pues él es de quien se pide que reúna los bienes de los *aḥbās* y recuperarlos de las manos de su usurpador o quien los hubiera tomado sin derecho. El que tomó esa cantidad lo hizo con subterfugios, así que dictamino que no le es válido coger el salario, más que con dos condiciones: que sea un asunto de los que Dios el Altísimo encarga, como administrar los intereses de los musulmanes según su criterio y que lleve a cabo el interés por el que se le fijó; fuera de esto, no le es válido tomarlo y con Dios, alabado sea, está el éxito.

[...] Contestó a esta cuestión referida el alfaquí Abū ‘Abd-l-Allāh Muḥammad b. ‘Alī al-Madywnī, famoso como Ibn Āmlāl, lo siguiente: la respuesta, y Dios es el que conduce a lo correcto, es que debe devolver el dinero del *hubs* que ha obtenido, porque lo ha cogido sin derecho, ni apariencia; se ha apropiado, al tomar eso, porque no ha aportado nada al *hubs*; el deber de quien ha sido nombrado para la administración del *hubs* es hacerse cargo de eso y demandarlo. No puede dejar de hacerlo, porque es un derecho del conjunto de los derechos del *hubs*, es una deuda vinculada a la *ḍimma* de quien lo ha cogido sin duda ni indecisión. Dios es quien conduce a lo correcto y hace llevadera a la humanidad la carga y los une a otros. Fin.

realizar alguna función en interés del *hubs*, por la que cobra una cantidad fijada, debe devolver esos emolumentos percibidos, en caso de no haber llevado a cabo el trabajo por el que ha sido contratado. Lo fundamental de la contestación no es el fallo que ordena restituir lo pagado, sino la fundamentación sobre la que se basa la respuesta: son bienes del *waqf*, uno entre el conjunto de los derechos del mismo que, en su vertiente pasiva, se traduce en una deuda sobre la *dimma* de la persona que recibió una retribución indebida. Esta fundación es titular de relaciones jurídicas, un centro de imputación de derechos y deberes. Será el administrador la persona física legitimada a través de la cual los *ahbās* harán valer estos derechos judicialmente mediante la correspondiente demanda que está obligado a interponer sin que se le permita renunciar a su presentación. Se ha contratado a un trabajador de las rentas del *waqf*; aquel no realiza la labor por la que se arrendaron sus servicios, pero sí cobró la cantidad fijada. El *hubs* se convierte en titular de un derecho de devolución de un ingreso indebido sobre la *dimma* de su asalariado. Las personas jurídicas precisan, por su propia naturaleza, de una persona física que ejecute sus actos; en este caso, el administrador interpondrá la demanda pertinente.

[أخذ المرتب من الحبس دون مقابل حرام]^a

وسئل سيدي عبد الله العبدوسي عن مرتب القيسي الذي كان يأخذ من الحبس وهو لم يكتب ولم يحضر متجماً ولا حصيراً ولا زيتاً ولا بناء ولا أخذاً ولا إعطاء هل يسوغ له وهل رد؟ وهل يحب طلبه؟ فأجاب: إنه إن جعل له المرتب المذكور على القيام بمصالح الحبس من نظر أو إشراف أو شهادة أو غير ذلك من مصالحها فلم يقدّم بها فأخذه لما أخذه باطل، ويجب عليه رده لأنه أخذ من غير عوض، لا يجوز للناظر في الحبس السكوت عنه، بل يجب عليه طلبه وإستخلافه منه، فإنه مطلوب بضم أموال الأحياس وإستخراجها من يد مغتصبيها أو أخذها بغير حق، وقد كان الأخذ المذكور إستفتاناً في ذلك، فأفتيته بأنه لا يجوز أخذ المرتب المذكور إلا بشرطين: أن يكون عن أمر من ولاة الله سبحانه النظر في مصالح المسلمين على حسب ما أداه إجتهداه في ذلك، وأن يقوم بالمصلحة التي جعل له عليها، وإلا فلا يجوز له أخذه بالله سبحانه التوفيق. وأجاب سيدي محمد بن أمال: إن الواجب أن يرد ما تحصل بيده من مال الحبس، لأنه أخذ بغير حق، ولا وجه شبهة. وهو متعد في أخذ ما أخذ من ذلك لم يغن عن الحبس شيئاً، وعلى من تعين للنظر في النظر أن يقوم لذلك ويطلبه بذلك، لا يسعه ترك القيام في ذلك لأن ذلك حق من جملة حقوق الحبس، وهو دين متعلق بذمة أخذه من غير شك في ذلك ولا إرتياب، والله سبحانه الموفق للصواب²³³⁰.

Esta recopilación nos regala una segunda versión de la misma fetua; con este tenor literal, resulta más evidente que estas fundaciones pueden contratar a una determinada persona al objeto de que lleve a cabo determinadas tareas; son titulares de derechos ejercidos y defendidos, judicialmente si fuera menester, por el administrador, el cual, en consecuencia, actúa en nombre y representación del *waqf*. Un personaje, al-Qīṣī, recibía un salario que se abonaba de las rentas de un *hubs* pero este señor no realizaba ningún trabajo. El administrador estaría obligado a demandar la devolución de lo percibido porque se trata de un derecho de la fundación del que ha de responder la *dimma* de al-Qīṣī. En esta cuestión se observa que el *waqf* tiene capacidad para contratar un trabajador, al que paga una renta por el arrendamiento de sus servicios; este contrato sinalagmático lo coloca, a su vez, en la posición de acreedor por la prestación a la que se ha comprometido este

a [Recibir un salario de un *hubs* sin hacer nada a cambio está prohibido].

Sīdī ‘Abd-l-Allāh al-‘Abdūsī fue preguntado por el sueldo de al-Qīṣī que cobraba de un *hubs* sin escribir ni asistir por disimulo, ni dar aceite, ni construir ni dando ni tomando. ¿Le es lícito o debe devolverlo? ¿Se le ha de demandar?

Contestó: si se le hubiera determinado ese sueldo por realizar cualquier cosa en beneficio del *hubs*, tanto de administración, supervisión o de dar fe u otro cualquiera, cobrándolo sin llevarlo a cabo, lo percibido sería anulado, debiendo devolverlo, porque lo adquirió sin nada a cambio. El administrador del *hubs* no debe callarse, sino que debe demandarlo y pedirle cuentas, pues está obligado a juntar los bienes de los *ahbās* y extraerlos de las manos de sus usurpadores y de los que los han cogido sin derecho. Sobre este tomador se nos ha pedido un dictamen; así que dicamos esta fetua en la que decimos que no es lícito tomar el sueldo mencionado más que con dos condiciones: que sea un asunto en el que Dios el Altísimo le ha dado autoridad para administrar por ser de interés de los musulmanes, según lo considere oportuno; y que lleve a cabo el interés que le ha sido encomendado a cambio del sueldo. En caso contrario, no es lícito tomarlo, y en Dios el Altísimo está el éxito.

Contestó nuestro señor Muḥammad b. Āmlāl: debe devolver lo que ha conseguido del patrimonio del *hubs*, porque lo cogió sin derecho ni siquiera apariencia de derecho. Ha sido un ataque el tomar eso sin que el *hubs* se hubiera aprovechado. Quien estuviera encargado de su administración tiene que afrontar el tema y demandarlo, sin que quepa su abstención, porque es uno del conjunto de derechos del *hubs*, siendo una deuda vinculada a la *dimma* de quien ha tomado eso, sin que exista ni duda ni titubeo en ello. Solo Dios el Altísimo es quien conduce a lo correcto.

asalariado; en caso de no cumplir sus obligaciones, el administrador, en representación del ente, ha de exigir judicialmente el cumplimiento en favor del *waqf*.

^a[لِلنَّاظِرِ أَنْ يَفْرَضَ لِلْمَوْذِنِ أَجْرَتَهُ مِنَ الْحَبْسِ]

وسئل الشيخ أبو الضياء سيدي مصباح بن محمد بن عبد الله الياصوتي بما نص: الحمل لله والصلاة والسلام على رسول الله، سيدي رضي الله عنكم وأرضاكم جوابكم في مسألة الإجارة من مال الأعباس. هل يجوز لرجل من المؤذنين بالجامع يلازم الجامع وينظر في حفظه، وغلقت أبوابه ليلاً ونهاراً، وهو الجامع الأعظم من المدينة، ويتطوف عليه بعد إنصراف الناس من الصلاة العشاء الآخرة كل ليلة لتفتيشه مع وقاد الجامع، وإخراج من يريد أن يبيت فيه، لما يخشى عليه من مبيت من يريد به فساداً ومنكراً أو سرقة، إذ لا يؤمن عليه من سرقة ما فيه من ثريات الصفر، ومصاييح الزاج العراقي والحصر وكل ذلك له خطر وبال، (ويعين) بالجامع من يفعل منكراً به أو يتعرض لما لا يعنيه ويبدل جهده في النظر مصالح الجامع وملازمته له في غالب الأوقات وكل ذلك مما يشغله عن التسبب في طلب معيشتة التي لا بد منها لإنقطاعه بكلية إلى الجامع بالليل والنهار، لأجل ما ذكر، وهو مع ذلك المؤذن بالجامع المذكور الموقت الذي يلازم الأذان أولاً في جميع صلوات وبه يقتدي جميع المؤذنين في سائر مساجد المدينة ولا تؤذنون إلا بعده لضبطه لأوقات ومحافظة عليها. فهل ترون هذا الرجل المؤذن الذي يلازم الجامع لما ذكر من القومة الذين تجوز الإجارة لهم من الحبس، ويسوغ للنظر في الحبس دفع الإجارة إليه على ذلك أم لا؟ [...]

فأجاب أكرمكم الله تعالى: إذا كان الأمر على ما ذكرتموه، وكان المؤذن المذكور يتفقد الجامع المذكور جاز للنظر المذكور أن يفرض له على ذلك إجارة يأخذها فيرضخ له فيها لمكان حفظه للأوقات وملازمته لها. وقد نص ابن عبد الغفور رحمه الله على أن القومة يفرض لهم من فوائد الجامع -يريد والله أعلم- لأن ذلك مما يقف عليه الجامع ولا يستغني عنه، فدخل في قصد المحبس بالتضمن، وبالله تعالى التوفيق [...] وأنه أفتى به على مضمون السؤال المذكور، وتقلد الجواب المذكور بالإباحة للنظر في أعباس الجامع المذكور [...]. وذلك في خامس شهر ربيع الآخر، عام خمس وأربعين وسبعمائة...²³³¹

En esta nueva fetua coleccionada por al-Wanšārīsī, el ulema plantea la posibilidad de que el administrador arriende el servicio de un almuédano que, además, realiza labores de portero, vigilancia y pequeñas reparaciones en una mezquita; es decir, abonarle una renta por estos trabajos a cargo de los frutos de los *aḥbās*. La fetua es afirmativa; el fundamento jurídico lo reconduce a la voluntad implícita del fundador como mera tolerancia (*ibāḥa*) de quien, al realizar el negocio jurídico, se entiende que desea que la mezquita tenga a su servicio algunas personas. Parece que los administradores de los bienes habices están capacitados para contratar, es decir, es tolerable que concluyan algunos contratos necesarios y compatibles con la voluntad no declarada del fundador. En este caso concreto, un templo público, el jurista permite que el patrimonio compuesto por las rentas de sus *awqāf* asuma la obligación de pagar salarios o las rentas de arrendamientos de servicios. Obviamente, quien actúa es el administrador.

a [El administrador puede establecer para el almuédano una renta a cargo del *hubs*].

Se le preguntó al jeque Abū al-Dyā' Sīdī Mišbāh b. Muḥammad b. 'Abd-l-Allāh al-Yāšūtī lo que sigue: gracias a Dios y las oraciones y la paz sobre el Enviado de Dios, señor, Dios esté satisfecho de usted y que vuestra respuesta le agrade, acerca de la cuestión de un arrendamiento a cargo de los bienes de los *aḥbās*. ¿Es válido a uno de los almuédanos en la mezquita, que está al servicio de la mezquita y se encarga de su cuidado, de cerrar sus puertas día y noche, siendo la gran mezquita de la ciudad, haciendo la ronda después de que la gente la haya abandonado tras la última oración de la noche cada día para inspeccionarla con las lámparas de la mezquita, expulsando a quien quiera dormir en ella? ¿Cuándo tema que alguien quiera quedarse a dormir con un mal deseo o para robar, pues no hay quien asegure contra un robo sus riquezas, como las lámparas de bronce iraquí y las alfombrillas y todo lo de valor? ¿Es válido nombrar en la mezquita quien se oponga eso y se enfrente a quien atente contra ella, y se esfuerce en mirar por los intereses de la mezquita y su servicio la mayor parte del tiempo y todo ese trabajo es algo por el que reclama lo necesario para vivir, por estar día y noche en la mezquita para realizar lo que hemos mencionado, siendo el almuédano de la mezquita referida, al servicio de la llamada a cada una de las oraciones, y de él se copian todos los muecines en el resto de mezquitas de la ciudad, quienes no llaman a la oración más que después que este lo haya hecho? ¿Opinas que este almuédano que sirve a la mezquita en las labores por las que es válido arrendar el servicio en su favor a cargo del *hubs*? ¿Le es lícito al administrador del *hubs* pagarle la renta o no? [...]

Contestó: Dios sea generoso con usted. Si el asunto es como habéis mencionado y el almuédano supervisaba la mezquita referida, cerrando, abriendo, barriendo, zurciendo las alfombrillas y demás, en las cosas necesarias para la mezquita, le es lícito al administrador establecer una renta para él por ello, una pequeña paga para que se asiente en el lugar y en su servicio. Ibn 'Abd-l-Gaffūr, Dios esté satisfecho de él, estableció que los servidores tienen paga de las rentas de la mezquita -Dios quiera y es más sabio- porque eso es para lo que se constituye un *waqf* en favor de la mezquita, de lo que no puede prescindir, incluyéndose en la voluntad implícita del fundador, y en Dios el Altísimo está el éxito [...] Y así emitió la fetua sobre el contenido de su pregunta, y la respuesta fue la de tolerar que el administrador de los *aḥbās* de la mezquita dé la renta del dinero del *hubs* al almuédano que acomete esas tareas [...] Y eso en el día quinto del mes de rabī' al-Ājar, el año setecientos cuarenta y cinco...

^a[لا تغير الأحباس إلا بإصلاح ما تهدم]

وسئل عن بيده بيت من محرس وأعلها لغيره، وحول البيت فناء، قدره ثمانية عشر ذراعاً بعد الخندق فأراد أن يبني من ظهر هذا البيت داراً أو (يفتح) باباً منه يتصرف فيه هذا الدار أيام الحصار وغيره، ويبقى بينه وبين الخندق ست أذرع لممر الناس في بعض الأوقات، ويتصل بهذا البناء شرقاً وغرباً (فناء) لأجل النزول فيه والإنتفاع، ولغيرهم في بعض الأوقات، فهل يجوز له بناء الدار المذكور في الحبس المذكور أم لا؟

فاجاب: الأحباس لا تغير عن حالها إلا بإصلاح ما تهدم ولا يجوز نقب بيوت الأحباس ليتوصل إلى خارجها، ولا يملكها على حالها إلا بإصلاح ما تهدم. وأما البناء فإن كان يضر بأهل الموضع منع.

فاجاب غيره عنه بزيادة ذكرت فيه منها: أنه ألزم تحبب هذه الدار وألحقها بحبس الموضع، وألحق بناءها بإتباع الموضع؛ فقال: إذا أزيد في الحبس ما لا ينقص منه أو من الإنتفاع به وتحسينه ولا يخاف مع ذلك أن يدعي في ملك الزيادة، فهو غير ممنوع وإن إنخرم شرط منها منع، قيل هذا جار على جواز التصرف في الأحباس بالزيادة والنقص لمصلحة فهو كتفريق الأحباس بعضها في بعض ومن لا يجيز يمنع من هذا التصرف المذكور²³³².

En *al-Miyy'ār*, este fragmento nos presenta dos contestaciones de las cuestiones referidas a la transformación del bien o la construcción en un inmueble constituido como *waqf* que incrementa el patrimonio de la fundación. La primera responde a ambos interrogantes: las alteraciones únicamente están permitidas con el fin de reparar algo que se haya derrumbado; las nuevas construcciones se admiten siempre que no perjudiquen a los vecinos. La segunda se refiere a los incrementos que se realicen en el patrimonio fundacional. Defiende que es admisible -también las disminuciones- si no irrogan una mengua en su uso y disfrute, su mantenimiento o se tema que se reclame la propiedad de lo incrementado; también se tiene que impedir si supone la violación de alguna cláusula. Según este desconocido ulema, existe una doctrina mayoritaria que aboga por permitir incrementar o disminuir el patrimonio, con la condición de servir al interés del *hubs*. En virtud de esta corriente, también estaría permitido dividir los *ahbās*. No obstante, otros juristas consideran esas actuaciones nulas. Resulta curioso que la transformación de los bienes esté más limitada que los incrementos. A pesar de que el espíritu de la institución sea la permanencia de un bien inalterado para la eternidad, sí se admiten operaciones que implican un aumento del patrimonio fundacional. Estos actos implican gastos a los que no hacen mención estos dos ulemas anónimos, mas lo lógico sería que fueran asumidos por las rentas del *waqf* en cuestión.

a [No se alteran los *ahbās* excepto por la reparación de lo que se ha derrumbado].

Se le preguntó por quién tiene en su mano una casa de vigilante y construyó sobre ella para otro, convirtiendo la casa en un patio, cuyas dimensiones alrededor de dieciocho brazos tras el foso. Quiso construir a la espalda de esa casa otra o abrir una puerta para actuar en la casa si lo rodearan o en otras ocasiones. Mantuvo entre ella y el foso seis brazos para que la gente pasara en ocasiones. Anexó a esta construcción, a este y oeste, un patio para bajar a él y aprovecharlo él y otros en diversas ocasiones. ¿Le es válido construir la casa referida en el *hubs* mencionado o no?

Contestó: los *ahbās* no se alteran más que para reparar lo derrumbado, no siendo válido perforar las casas de los *ahbās* para comunicarlas con el exterior; no están capacitados para cambiar su estado, si no es para reparar lo que se ha derrumbado. En cuanto a la construcción, si perjudica a la gente del lugar, se prohíbe.

Otro respondió sobre el incremento mencionado en la cuestión: se ha de constituir como *hubs* esta casa y unirla al *hubs* del lugar, unir sus construcciones con los accesorios del lugar. Si incrementara el *hubs* con algo que no lo menoscabara o su aprovechamiento o su mantenimiento, ni se temiera la reclamación de la propiedad del incremento, no estaría prohibido; ahora bien, si se violara alguna cláusula, se prohibiría. Se dice esto aplicando la validez de la actuación en los *ahbās* mediante el incremento y la minoración por interés, pues sería como la separación de los *ahbās* entre unos y otros, quien no lo permite, prohíbe este comportamiento descrito.

^aوسئلت في سنة إحدى وأربعين ومائتين وألف من طرابلس الشام بما حاصله في واقف وقف عقارات متعددة، وشرط أن يبدأ من غلة وقفه بما يكون فيه عمارته، ونماؤه، وبقاء عينه، وما فضل من ذلك جعل له مصاريف معينة ثم وقف وقفاً آخر، وألحقه بالأول، وشرط فيه شروطه المذكورة، ومن جملة ما في الوقف الثاني دار شرطها لسكنى أولاده، وذريته ثم إن المتولى على الوقف سكن الدار المذكورة تبعاً لشرط الواقف، واحتاجت الدار إلى مرمة والعمارة، فعمرها المتولى من ماله لعدم مال حاصل من ريع الوقف، ويريد الآن الرجوع بما أنفق عليه في ريع الوقف، فهل له ذلك، أم ليس له ذلك؟ بل عمارة دار السكنى على السكان كما نصوا عليه.

فأجبت الحمد لله تعالى، لا شبهة في أن من وقف دار، أو جعلها للسكنى لا للاستغلال تكون عمارته على السكان، كما هو منصوص عليه في المتون والشروح، والفتاوى، وكذا في الخصام والإسعاف لن لا يلزم مخالفة شرط الواقف؛ لأنه لو لم تكن عمارتها على السكان لزم أن تؤجر، وتعمر من الأجرة، فتكون للغلة، وقد شرطها الواقف للسكنى، ولا يخالف شرطه إلا لضرورة، كما لو كان الساكن فقيراً مثلاً فح توجر بقدر ما تعمر به.

وأما إذا كانت هذه الدار من جملة عقارات موقوفة مشتملة على مستغلات، وقد شرط الواقف عمارة وفقه من غلته؛ فإن كان إستثنى هذه الدار من ذلك، قال الحكم ما مر من أن عمارتها على السكان، وإلا فتعمر من ريع وقفة، كبقية أماكن الوقف اتباعاً لشرط الواقف، كما لو شرط في ريعه مرمة محل أخرى أجنبي، كمسجد، أو رباط، أو نحو ذلك، أو وقف أرضين، وشرط أن ينفق من غلة أحدهما على الأخرى كما نص عليه الإمام الخصاص، وما تقدم عن المتون، وغيرها لا يخالف هذا؛ لأنه فيما إذا لم يشترط ذلك. ثم إذا كانت المرمة والعمارة لهذه الدار في غلة الوقف كما شرط الواقف، واحتاج الناظر إلى ذلك، وليس عنده من ريع الوقف ما ينفق منه، فأنفق من مال نفسه ليرجع، وأشهد على ذلك فله الرجوع، وإلا فلا، كما ذكره في البحر وغيره والله سبحانه وتعالى أعلم.²³³³

El ulema damasceno, del siglo XIX cuando su ciudad formaba parte del Imperio Otomano, Muḥammad Amīn b. ‘Abīdayn, en esta parte de una de sus cartas, sintetiza algunas normas, extraídas de diversas obras de seguidores de Abū Ḥanīfā (entre ellos al-Jaṣṣāf) sobre el mantenimiento el *waqf*. El derecho de habitación del beneficiario de una casa constituida como *waqf*, como tuvimos ocasión de comprobar, tiene un contenido más limitado que el de dominio directo o usufructo propio del resto de personas en cuyo favor se constituye. Ante la imposibilidad que tiene de arrendar la vivienda y obtener beneficio económico inmediato, está obligado a asumir los gastos de mantenimiento, excepto que su pobreza no le diera otra opción, en cuyo caso se le exonera de esa prohibición, posibilitando su arrendamiento solo por el montante necesario para la

a Y se me preguntó en el año mil doscientos cuarenta en la ciudad de Trípoli de Siria por lo que ocurre cuando un fundador constituye en *waqf* varios inmuebles, estipulando que sus rentas se aplicaran primero a su mantenimiento, desarrollo y conservación de los mismos; el sobrante de esto lo destina a finalidades determinadas. Después, constituyó otro *waqf*, uniéndolo al primero, en el que estipuló las condiciones mencionadas. Entre los bienes de este segundo, había una casa que destinó a habitación de sus hijos y descendencia. Posteriormente, el administrador del *waqf* mandó que se habitara la casa siguiendo las estipulaciones del fundador; esta vivienda necesitó una reparación y mantenimiento, procediendo a ello el administrador de su dinero, pues no había entre las rentas del *waqf*. Ahora pretende repetir por los gastos contra las rentas del *waqf*. ¿Puede hacer eso o no? ¿o el mantenimiento de la casa es obligación de su habitante como está prescrito?

Contesté: gracias a Dios el Altísimo, no hay duda de que cuando se constituye en *waqf* una vivienda o la destina para habitación y no para su explotación, el mantenimiento corre de cargo de los habitantes, como se establece en *al-Matūn* y *al-Šaraḥ* y las fetuas; también en *al-Jaṣam* y *al-Is‘āf*, para que no se contradiga la estipulación del fundador, porque si el mantenimiento no fuera una obligación del habitante, lo tendría que alquilar y mantenerlo de esa renta, siendo para los frutos, mientras que el fundador estipuló la habitación y no se contraviene la estipulación del fundador más que por necesidad, como cuando el habitante es pobre, por ejemplo, momento en que lo arrendaría en la cuantía de la reparación necesaria.

En cuanto a que esta casa forme parte del grupo de inmuebles constituidos como *waqf* donde su renta se confunde con los demás, habiendo el fundador estipulado el mantenimiento de su *waqf* a cargo de sus rentas, si hubiera excepcionado la casa de eso, el régimen sería lo que se ha dicho de que el mantenimiento es obligación del habitante. Si no es así, se ha de mantener de la renta del *waqf*, como el resto de lugares del *waqf*, siguiendo la estipulación del fundador, como si hubiera estipulado que de sus rentas se realizara el mantenimiento de otro lugar que no tuviera nada que ver, así una mezquita, *ribāṭ* o similar, o hubiera constituido en *waqf* dos tierras y estipulado que los gastos se realizaran de las rentas de una de ellas, como estableció el imán al-Jaṣṣāf y lo que se ha mencionado de *al-Matūn* y otros que no contradicen eso, porque como si no hubiera estipulado nada.

Después, si el mantenimiento y conservación de esta casa fuera a cargo de la renta del *waqf*, como estipuló el fundador y el administrador necesitara para ello, no existiendo suficiente en las rentas del *waqf* con lo que gastar, abonándolo de su propio dinero y repetir después, y diera testimonio de ello, tendría derecho a repetir; si no, no, como se expresa en *al-Baḥar* y otros, y Dios Alabado y Bendito es más sabio.

reparación; es la norma que ya en el siglo IX estableció Hilāl b. Yaḥyā²³³⁴. Asimismo, también describe la posibilidad de que una única fundación esté formada por varios inmuebles y que se estipule que un *hubs* asuma los gastos de mantenimiento de otro. No obstante, la materia que más nos interesa de esta respuesta del jurista sirio, se refiere la posibilidad de que el administrador se haga cargo, ante la falta de rentas en ese momento, de su propio patrimonio del desembolso necesario para efectuar las reparaciones que precisen los bienes. Obviamente, se le reconoce el derecho a repetir y resarcirse de los frutos futuros de la fundación. Esta situación lleva implícita una embrionaria capacidad del *waqf* para endeudarse. En el texto, es el fundador quien estipula que los gastos necesarios de conservación sean de cargo de las rentas de la institución, sin entrar en analizar el caso de que no se hubiera previsto esta circunstancia. No obstante, entre los alfaquíes de la escuela se entiende que de los frutos del *waqf* se abonan estas inversiones.

a (المادة 1001) - (الحجر على المدين يؤثر على مال المدين الذي كان موجوداً في وقت الحجر فقط لا يؤثر في مال الذي تملكه بعد الحجر).

[...] لأنه يكون قد تعلق حق الغرماء بالأموال الموجودة وقت الحجر فلا يتمكن من إبطال حقهم لغيرهم (الطحطاوي). وعليه فلو أقر المحجور لآخر بدين فلا يعتبر في حق الأموال التي تكون موجودة وقت الحجر كما سيبين في المادة الآتية وشرحها. أما الأموال التي يملكها بعد الحجر في حال حجره أو بعد فك الحجر عنه فلا تأثير للحجر فيها لأنه لما كانت هذه الأموال ليست موجودة وقت الحجر فلم يتعلق حق الدائنين بها (الهداية ورد المختار) ولو إستفاد مالاً أحر بعد الحجر ينفذ إقراره وتبرعاته فيه لأن حقهم تعلق بالمال القائم لا بالمستفاد، وكذا لو إكتسب مالاً ينفذ إقراره فيما إكتسب وإن كان دين لأول قائماً وتنفذ تبرعاته فيما إكتسب مع إبقاء دين الأول [...] والحاصل أنه يعتبر هذا الإقرار في ثلاثة أنواع: 1.- في الأموال التي يملكها بعد الحجر. 2.- في الأموال التي يملكها بعد زوال الحجر. 3.- في الأموال الزائدة عن ديون الخارجين ويؤدي من المقر به (رد المختار)²³³⁵.

Este artículo de la *Maḥalla* otomana, fue una pieza clave para entender la capacidad de obrar del quebrado para el *fiqh* en el capítulo cuarto de nuestro libro. La responsabilidad del deudor tiene un alcance bastante menor que en nuestro ordenamiento, artículo 1911 del Código Civil, de tradición romanista. El juez debe detener el tiempo en el momento de la quiebra y señalar los bienes que en ese instante son de titularidad del deudor. Este precepto se ha de completar con el siguiente:

b (مادة 1002) - (الحجر يؤثر في كل ما يؤدي إلى إبطال حق الغرماء كالهبة والصدقة وبيع مال بأنقص من ثمنه مثله. بناءً عليه لا تعتبر سائر تصرفات المدين المفلس وتبرعاته وعقوده المضرة بحقوق الغرماء في حق أمواله الموجودة وقت الحجر. ولكن تعتبر في حق الأموال التي إكتسبها بعد الحجر ولو أقر بدين لآخر لا يعتبر إقراره في حق أمواله التي كانت موجودة في وقت الحجر ويعتبر بعد زوال الحجر ويبقى مديناً بإدائها ذلك الوقت وأيضاً ينفذ إقراره على أن يؤدي مما يكتسب بعد الحجر)²³³⁶.

a Artículo 1001: La incapacidad del deudor incide en el patrimonio del deudor existente en el momento de la incapacidad únicamente, no incide en el patrimonio que adquiera después de la incapacidad.

[...] Porque el derecho de los acreedores está unido a los bienes presentes en el momento de la incapacidad, no puede anular su derecho el de otros (al-Ṭaḥṭāwī).

Así, si el incapacitado reconociera una deuda en favor de otro, no se tendría en cuenta en el derecho de los bienes existentes en el momento de la incapacidad, como se mostrarán en el artículo siguiente y en su comentario. En cuanto a los bienes que adquiera después de la incapacidad y estando incapacitado, o después de levantarse la incapacidad, no estarían afectados por la incapacidad, porque, al no estar esos bienes presentes en el momento de la incapacidad, ningún derecho de ningún acreedor estaría unido a ellos (*al-Hadāīa, Rad al-Muḥtār*).

Si consiguiera algún otro bien después de la incapacidad, sería eficaz su reconocimiento de deuda y sus disposiciones a título gratuito porque su derecho está vinculado al bien que estuviera presente, no al conseguido. También si adquiriera un bien sería eficaz su reconocimiento sobre lo adquirido incluso si la deuda primera fuera ejecutiva y serían eficaces sus disposiciones gratuitas en lo que adquiera, manteniéndose la deuda primera [...] El resultado es que se admite su reconocimiento en tres tipos: 1.- Sobre los bienes que adquiera tras la incapacidad. 2.- Sobre los bienes que adquiera tras el levantamiento de la incapacidad. 3.- Sobre los bienes que sobren tras las deudas que han provocado la incapacidad y haya satisfecho el reconecedor (*Rad al-Muḥtār*).

b *(Artículo 1002)* - (La incapacidad tiene efecto en todo aquello que suponga la anulación del derecho de los acreedores, como la donación, la *ṣadaqa* y la venta por un precio inferior al normal. Sobre esta base, no se tienen en cuenta las disposiciones del deudor quebrado, sus donaciones y contratos perjudiciales para el derecho de los acreedores sobre los bienes presentes en el momento de la incapacidad. Pero sí son tenidos en cuenta sobre el derecho de los bienes que adquiera después de la incapacidad. Si reconociera una deuda en favor de otro no se tendría en cuenta su reconocimiento sobre el derecho de los bienes presentes en el momento de la incapacidad y se tendrían en cuenta después del levantamiento de la misma, permaneciendo como deudor del cumplimiento en aquel momento. También sería eficaz su reconocimiento si se ha de satisfacer con los que adquiera después de la incapacidad).

Este número del Código, aplicado en el Imperio Otomano y en algunos países árabes tras su independencia, insiste en la limitación de la responsabilidad a los bienes presentes en el patrimonio del deudor en el momento de la declaración judicial de quiebra. Asimismo, se refiere literalmente a derechos de los bienes. Así, se le permite reconocer una deuda en favor de un tercero si esta está vinculada a un derecho de los bienes adquiridos con posterioridad. Otro indicio más de la vinculación entre deuda y bienes, más que entre derecho de crédito y deudor. El *fiqh ḥanafī* que inspira este cuerpo legal, además de restringir el patrimonio sobre el cual satisfacer el derecho de los acreedores, al poner el énfasis en el vínculo entre el derecho de crédito y unos bienes, diluye un tanto la trascendencia del sujeto deudor; la personalidad jurídica, entendida como capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones no alcanza la misma relevancia.

{كتاب التفليس} ^a

* (في رجل يقوم عليه بعض غرمائه بتفليسه)*

[...] * (قال) * وسألت مالكا عن الرجل يفلس فيقوم عليه غرماؤه فتيباع أمواله ثم يقتسمون الحصص ثم يأتي غريم لم يحاصهم كيف يرجع عليهم (قال) يرجع عليهم بقدر حقه فمن وجد منه غنياً أخذ منه بقدر ذلك ومن وجد منهم قد أعدم ولا شيء عنده لم يكن له أن يأخذ من هذا الغني إلا ما أخذ منه مما يصيبه وأتبع هذا المفلس في ذمته والموت والتفليس في هذا بمنزلة واحدة...²³³⁷

Sahnūn nos expone la opinión de su maestro, Mālik b. Anas, sobre la norma que se ha de aplicar a la llegada de un nuevo acreedor, una vez que los primeros ya han ejecutado el patrimonio del quebrado y se han repartido el precio. Además de repetir en proporción a su derecho sobre los beneficiarios de ese embargo, permite perseguir la *ḍimma* del quebrado. Al menos en este caso, el deudor sí responde con sus bienes futuros. Parece que hay una relación más personal que material entre obligado y acreedor, el vínculo con los bienes no es tan exclusivo, aumentando la importancia de la personalidad del deudor.

a {Libro de la quiebra}.

(Sobre un hombre al que varios de sus acreedores declaran quebrado).

(Dijo) Pregunté a Mālik por el hombre que es declarado en quiebra y varios de sus acreedores proceden a vender sus bienes, repartiéndose el producto por cuotas. Con posterioridad, otro acreedor que no ha recibido nada se presenta. ¿Cómo se ha de cobrar de ellos? (Dijo) repite sobre ellos en proporción a su derecho. De quien encontrara con bienes, tomaría de él en esa proporción. De quien encontrara que ya no le queda nada, no podría tomar nada, salvo lo que le tocó en la ejecución. Y persigue al quebrado en su *ḍimma*, considerándose la muerte y la quiebra en el mismo caso.

^aوإختلف قول مالك في قضاء بعض الغرماء دون بعض وفي رهنه وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا: هو قبل الحكم كسائر الناس، وإنما ذهب الجمهور لهذا لأن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر، ومالك كأنه إعتبر المعنى نفسه، وهو إحاطة الدين بماله لكن لم يعتبر في كل حال، لأنه يجوز بيعه وشراؤه إذا لم يكون فيه محاباة، ولا يجوز للمحجور عليه. وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء، لا يجوز إقراره بدين في ذمته لقريب ولا بعيد [...]]

وإختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أو لا؟ فذهب مالك إلى أن التفليس في ذلك كالموت، وذهب غيره إلى خلاف ذلك.

وجمهور العلماء على أن الديون تحل بالموت. قال ابن شهاب: مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات. وحجتهم أن الله تبارك وتعالى لم يبيح التوارث إلا بعد قضاء الدين، فالورثة في ذلك بين أحد الأمرين: إما أن لا يريدوا أن تؤخروا حقوقهم في الموارث إلى محل أجل الدين فيلزم أن يجعل الدين حالاً، وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لا في ذمتهم، بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت، لأنه كان ذمة للميت، وذلك يحسن في حق ذي الدين.

ولذلك رأي بعضهم أنه إن رضى الغرماء بتحملة في ذمهم أبقيت الديون إلى أجلها، وممن قال بهذا القول ابن سيرين وإختره أبو عبيد من فقهاء الأمصار، لكن لا يشبهه الفلاس في هذا المعنى الموت كل الشبه، وإن كانت كلا الذمتين قد خربت فإن ذمة المفلس يرجى للمال لها بخلاف ذمة الميت.

وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الدين من مال المفلس فإن ذلك يرجع إلى الجنس والقدر. وأما ما كان قد ذهب عين العوض الذي إستوجب من قبله الغريم على المفلس فإن دينه في ذمة المفلس.

a Discrepan de la opinión de Mālik sobre la demanda de unos acreedores sin la participación de los otros y en cuanto a la hipoteca. En cuanto a la mayoría de quienes opinan que se incapacita al quebrado, dicen: antes de la sentencia, es como el resto de las personas; la mayoría opina así, porque, en origen, los actos son válidos hasta que recaiga la incapacitación, y Mālik como si lo considerara en el mismo sentido: las deudas superiores a su patrimonio, pero no lo entiende así en cualquier caso, porque considera válida su compra y su venta siempre que no exista favoritismo, y no lo permite al incapacitado.

En cuanto a su estado tras la incapacitación, en la escuela de Mālik no se le permite comprar, ni vender, ni tomar, ni dar ni se le permite reconocer una deuda contra él en favor de un familiar o un tercero [...]

Y no están de acuerdo en este capítulo sobre las deudas aplazadas del quebrado, ¿vencen o no? Mālik opina que la quiebra en este tema es como la muerte, y otros difieren.

La mayoría de los ulemas opinan que las deudas vencen con la muerte. Ibn Šihāb dijo: la *sunna* establece que la deuda vence cuando fallece. Su argumento es que Dios, bendito y Altísimo, no permite la herencia más que tras el pago de las deudas; por eso, los herederos estarían entre dos opciones: si no quisieran aplazar sus derechos sobre la herencia hasta el vencimiento del plazo de la deuda, deberían hacer que la deuda venciera; si aceptaran aplazar su herencia hasta el vencimiento de las deudas, estas estarían garantizadas con la herencia, no en la responsabilidad de los herederos, a diferencia de las deudas antes de la muerte, porque eran responsabilidad del muerto, y eso es mejor para el acreedor.

Por eso, algunos opinan que, si los acreedores aceptaran su carga, las deudas permanecerían en sus *ḍimam* hasta su plazo. Entre los que tienen esta opinión está Ibn Sīrayn la escogió Abū 'Ubayd, entre los *fuqahā'* del mundo. Pero la quiebra no se parece del todo en este sentido a la muerte. Pues, si ambas *ḍimma* se han estropeado, la *ḍimma* del quebrado tiene esperanza en conseguir dinero, a diferencia que la *ḍimma* del muerto.

En cuanto a lo que pueden recuperar los dueños de las deudas del patrimonio del quebrado, esto se reduce a su tipo y cuantía. Si el bien en contraprestación por el que tiene derecho el acreedor sobre el quebrado se hubiera ido, su deuda permanecería en la *ḍimma* del quebrado.

Por lo que respecta al hecho de que este mismo bien permaneciera y no se hubiera perdido, pero no se hubiera tomado posesión del precio, los *fuqahā'* del mundo discrepan con cuatro opiniones: la primera es que el dueño de la mercancía tiene un mejor derecho en todo caso, salvo que lo abandone y elija entrar en el reparto. Es la opinión de al-Šāfi'ī, Aḥmad, y Abū Tawr. La segunda opinión mira el valor de la mercancía el día de la declaración judicial de quiebra; si fuera menor que el precio, su dueño podría elegir entre cogerla o entrar en el concurso con los acreedores; si fuera igual o superior al precio, tomaría ese bien. Es la opinión de Mālik y sus compañeros. La tercera opinión también pone la mercancía antes de la quiebra; si su valor fuera igual al precio o menor, se ejecutaría a su favor, o sea, al vendedor; si fuera mayor se le entregaría por el valor de su precio y en lo sobrante entraría en el concurso con los demás. Es la opinión de la mayoría de la gente de los hadices. La cuarta opinión es que es uno más entre los acreedores en cualquier caso. Es la opinión de Abū Ḥanīfa y la gente de Kūfa [...]

[...] El argumento de al-Šāfi'ī es que todas las mercancías o algunas son iguales en el régimen; no distinguen si el comprador consumió algunas, el vendedor tiene mejor derecho sobre ella, salvo que sea una dación. Él dice: si el comprador ha consumido parte, el vendedor es uno más entre los acreedores. Al-Šāfi'ī y Mālik discrepan sobre si la muerte tiene el mismo régimen que la quiebra. Mālik opina: en la muerte es uno más entre los acreedores, al contrario que en la quiebra. Al-Šāfi'ī opina: el asunto es el mismo.

Mālik se apoya en lo que cuenta de Ibn Šihāb sobre Abū Bakr y también en que distinguen entre la *ḍimma* en la quiebra y en la muerte, y ello ya que en la quiebra es posible que se enriquezca y sus acreedores puedan seguir lo que les reste en él, lo que es inconcebible en la muerte.

وأما إذا كان عين العوض باقياً بعينه لم يفت إلا أنه لم يقبض ثمنه، فإختلف في ذلك فقهاء الأمصار على أربعة أقوال: الأول أن صاحب السلعة أحق بها على كمال حال إلا أن يتركها ويختار المحاصة، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور. والقول الثاني ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فإن كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين أن يأخذها أو يحاص الغرماء، وإن كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها، وبه قال مالك وأصحابه. والقول الثالث تقوم السلعة بين التفليس، فإن كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها: أعنى للبائع، وإن كانت أكثر دفع إليه مقدار ثمنه ويتحاصون فيا القاي، وبهذا القول قال جماعة من أهل الأثر. والقول الرابع إنه أسوة الغرماء فيها على كل حال، وهو قول أبي حنيفة وأهل الكوفة [...]

[...] وحجة الشافعي أن كل سلعة أو بعضها في الحكم واحد، ولم يخلتقوا أنه إذا فوت المشتري بعضها أن البائع أحق بالمقدار الذي أدرك من سلعته، إلا عطاء فإنه قال: إذا فوت المشتري بعضها كالبائع أسوة الغرماء. وإختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفليس أم لا؟ فقال مالك: هو في الموت أسوة الغرماء بخلاف الفليس؛ وقال الشافعي: الأمر في ذلك واحد. وعمد مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر وهو نص في ذلك وأيضاً من جهة النظر إن فرقاً بني الذمة في الفليس والموت، وذلك أن المفلس ممكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت...²³³⁸

Ibn Rušd, nuestro Averroes, en esta exposición acerca de las diferentes doctrinas sobre la quiebra presentes en cada escuela ortodoxa, nos refiere que la postura de Mālik b. Anas y sus seguidores no restringe de una forma tan radical la responsabilidad del deudor a su patrimonio en el momento de la declaración de quiebra, como los discípulos de Abū Ḥanīfa, ejemplificado en los preceptos de la *Maḡalla* que hemos copiado. De esta forma los medineses son conscientes de que la *ḡimma* del quebrado, a pesar de sufrir un gran deterioro, se puede recuperar, sin perjuicio de que ellos también aplican un régimen muy similar a muerte y quiebra. Quizás por eso, prohíben a quien es declarado en este estado de insolvencia cualquier tipo de acto de disposición, por supuesto a título gratuito, pero también a título oneroso, aunque no sea perjudicial para el derecho de los acreedores. Asimismo, si los acreedores no encuentran el mismo bien, origen de la deuda (por ejemplo, la cosa vendida), el crédito sigue vigente sobre la *ḡimma* del quebrado, no vinculado a ningún bien en concreto; si ese objeto de la compraventa estuviera presente en el patrimonio del deudor, el vendedor tendría un derecho preferente sobre los mismos si su valor fuera igual o superior al precio; si estuviera por debajo de este, entraría como uno más en el concurso de acreedores. Sin embargo, al-Šāfi'ī afirma que el vendedor siempre entraría en el concurso, tanto en el caso de muerte como de quiebra; por el contrario, el de Medina distingue entre el fallecido y el quebrado, en el que el estado de su *ḡimma* puede verse enriquecido, posibilitando que los acreedores se cobren lo que reste de sus créditos. Con las tesis de Mālik, la necesidad de un ente interpuesto es más necesario que con el régimen ḡanafi de la *Maḡalla*.

Una vez expuesto el régimen de responsabilidad del quebrado, sería necesario interrogarnos sobre la posibilidad o no de que el *waḡf*, en sí mismo considerado, apareciera alguna vez como un sujeto de obligaciones insolvente. Según el *ḡanafi* Muḡammad Amīn b. 'Abidayn²³³⁹, se permite en cierta medida que la fundación asuma alguna deuda; sin embargo, no hemos encontrado más ejemplos tan evidentes. Desde el punto de vista activo de la relación, sí han aparecido más casos en el que es acreedor de la *ḡimma* de una persona. Tampoco hemos leído a ningún ulema analizar la *ḡimma* del *ḡubs*. El carácter perpetuo de la fundación, tal vez, sirviera de excusa, pero lo cierto es que los *fuḡahā'* no aplican este concepto a este negocio jurídico. De momento, su carácter de deudor tiene una clara apariencia de excepcionalidad.

^aوتلى قبة بئر زمزم من ورائها قبة الشراب، وهي منسوبة للعباس رضي الله عنه، وتلى هذه القبة العباسية على إنحراف عنها قبة تنسب لليهودية، وهتان القبتان مخزنان لأوقاف البيت الكريم، من مصاحف وكتب وأتوار شمع وغير ذلك...²³⁴⁰

El viajero del siglo XIII, Ibn Ÿubayr, al describir la Mezquita de la Meca, señala dos edificios abovedados como almacenes de los *awḡāf* del templo. En ellos están depositados los libros, ejemplares de *El Corán* y la cera para las velas. Del tenor literal del fragmento, sería difícil asegurar que los almacenes son propiedad de estas fundaciones, aunque tampoco sea descartable.

a Sigue a la cúpula del Pozo de Zamzam, a su espalda, la cúpula de al-Širāb, la cual se asocia con al-'Abbās, Dios esté satisfecho de él. A esta cúpula, en un plano inferior, le sigue la cúpula de la Judía; ambas son almacenes de los *awḡāf* de la Casa Generosa, con ejemplares de *El Corán*, libros, recipientes para la cera, etc...

^aوأبصرنا للنصارى في هذه الطريق كنائس معدة لمرضى النصارى، ولهم في مدنهم مثل ذلك على صفة مارستانات المسلمين، وأبصرنا بعكة وبصور مثل ذلك، فعجبنا من إعتنائهم بهذا القدر²³⁴¹.

El valenciano, a diferencia de Ibn Baṭūṭa²³⁴², no llega a referirse a que los establecimientos cristianos (como estos hospitales en Sicilia) tuvieran constituidos *aḥbās* a su favor, pero sí los asimila al *māristān* musulmán, los cuales eran frecuentemente financiados mediante estas fundaciones. No es descabellado que esta asimilación entre estos lugares benéficos en ambos mundos sea un indicio de una similar posición jurídica. Una correspondencia descriptiva quizás esconda otra de carácter jurídico.

^bومن مشاهد دمشق الشهيرة البركة، مسجد الأقدام. وهو في قبلي دمشق، على ميلين منها، وعلى قارعة الطريق الأخذ إلى الحجاز الشريف وبيت المقدس وديار مصر. وهو مسجد عظيم، كثير البركة، وله أوقاف كثيرة، ويعظمه أهل دمشق تعظيماً شديداً. والأقدام التي ينسب إليها، هي أقدم مصورة في حجر هناك، ويقال إنها أثار قدم موسى عليه السلام²³⁴³.

Ibn Baṭūṭa, entre otros muchos lugares en la capital damascena, nos describe la Mezquita de los Pies, llamada así por las huellas de unos pies dibujadas en una roca, que los lugareños atribuyen a Moisés. Esta mezquita, según apunta el texto del tangerino, como en otros pasajes, es propietaria o tiene muchos *awqāf*.

^cالفصل الثالث. صلاحيات الناظر، وأجرته ومحاسبته.

[...] المبحث الأول: صلاحيات الناظر. المقدمة.

[...] فقد ورد في كتاب الإسعاف في الفقه الحنفي ما نصه (أول ما يفعل القيم في غلة الوقف البداء بعمارته، وأجرة القوام وإن لم شرطها الواقف نصاً -لشرطه إياها دلالة- لأن قصده منه وصول الثواب إليه دائماً ولا يمكن ذلك إلا بها، ويتحرى في تصرفاته النظر للوقف والغبطة لأن الولاية مقيدة به). وورد في كتاب المغنى المحتاج في الفقه الشافعي- ما نصه (ووظيفته: العمارة والإجارة وتحصيل الغلة وقسمتها على مستحقيها وحفظ الأصول وحفظ الغلات على الإحتياط لأنه المعهود في مثله [...]). وورد في كتاب منتهى الإيرادات في الفقه الحنبلي- ما نصه (ووظيفته: حفظ الوقف وعمارته أو إيجاره ورعه، ومخاصته فيه، وتحصيل ريعه من أجرة أو زرع أو ثمر. والإجتهد في تنميته وصرفه في جهاته من عمارة وإصلاح وإعطاء مستحق ونحوه كشرء طعام أو شراب أو لباس شرطه الواقف من ريع الوقف). عليه يمكن أن أتناول هذا المبحث من خلال ثلاث مطالب، وهي: أعمال واجبة على الناظر، أعمال جائزة للناظر، وأعمال غير جائزة للناظر²³⁴⁴.

‘Ikrima Sa‘īd Ṣabrī, en pleno siglo XXI, analiza en su monografía las competencias del administrador. Sobre la base de tres textos pertenecientes a las escuelas ortodoxas del *fiqh* -faltaría un ejemplo extraído de los seguidores de Mālik b. Anas-; las divide en tres tipos: las que son un deber, las que están permitidas y las que le están prohibidas. La figura de quien se encarga de gestionar la fundación es la piedra angular para dilucidar si el *waqf* ha de ser considerado persona jurídica o no. Como les ha ocurrido a los ulemas clásicos, este estudioso jordano, a pesar de la

a Observamos en este camino iglesias preparadas para los enfermos cristianos. En sus ciudades tienen como esas de la misma condición que *al-māristān* (hospital) de los musulmanes. Observamos que tenían en Acre de este tipo. Nos admiró su gran cuidado.

b Entre las vistas famosas de Damasco, se encuentra la de al-Barka, la Mezquita de los Pies. Está frente a Damasco, a dos millas de la ciudad, en la gran carretera que va hacia el noble al-Ḥiṣṣā y la *Casa Santa* (Jerusalén) y los países de Egipto. Es una mezquita grandiosa, con muchas albercas, posee muchos *awqāf*, y la gente de Damasco la tiene en una grandísima estima. Los pies a los que se refiere el nombre, son las imágenes de unos pies sobre una roca que están allí; se dice que son los pies de Moisés, sobre él sea la Paz.

c Capítulo Tercero. Las competencias del administrador, su salario y rendición de cuentas. Sección primera: las competencias del administrador. Introducción.

[...] Aparece en el libro *al-Is‘āf* -dentro del *fiqh ḥanafī*- lo que sigue: “lo primero que hace con el valor de la renta del *waqf* es comenzar con su mantenimiento, el pago de los trabajadores y, si no lo hubiera estipulado así el fundador, se estipularía por deducción, porque su voluntad es llegar a la recompensa siempre y eso no es posible más que con ello, y ha de preferir mirar por el *waqf* y por lo mejor para él, porque su autoridad está condicionada por ello”. Y aparece en el libro *Mugnī al-Muḥtāy* -dentro del *fiqh šāfi‘ī*- lo que sigue: “su función: el mantenimiento, el arrendamiento y conseguir los frutos y repartirlos entre sus beneficiarios, conservando la raíz y los frutos con prevención, porque es lo acostumbrado entre los de su clase [...]”. Aparece en el libro *Muntahā al-‘Irādāt* -dentro del *fiqh ḥanbalī*- lo que sigue: su función: conservar el *waqf*, su mantenimiento o arrendamiento y siembra, las demandas, conseguir su renta, mediante el arrendamiento o siembra. Su criterio a la hora de su desarrollo e invertir en los fines de su mantenimiento y reparación, así como dar a su beneficiario o similar la bebida y comida o vestimenta que hubiera estipulado el fundador a cargo de las rentas del *waqf*. Sobre esto, me es posible abordar en esta sección tres cuestiones que son: las acciones que son debidas para el administrador, las acciones que le son permitidas y las que le están prohibidas.

naturaleza de las potestades del gestor y las implicaciones de este, tampoco da un paso más y se cuestiona que esta fundación pueda ser un sujeto de derecho, conclusión a la que sí llegan los textos de derecho positivo, como puede ser el caso de Jordania o Marruecos. Un examen de este capítulo de la obra del doctor en derecho jordano quizás nos aporte las claves para este estancamiento. Este doctor del Reino Hachemita de Jordania ha acudido a tres obras de tres de las cuatro corrientes jurídicas sunnís: *al-Is'āf*, del ulema *ḥanafī*, Ibrāhīm b. Mūsā al-Ṭarāblūsī del siglo XVI y a la que ya hemos aludido en el presente capítulo; *Mugnī al-Muḥṭāy*, escrito por Muḥammad b. Aḥmad al-Šarībīnī (cairota, seguidor de al-Šāfi'ī, exégeta de *El Corán*, fallecido en el año 1570)²³⁴⁵ y *Muntahā al-Irādāt*, del *ḥanbalī* Muḥammad b. Aḥmad Ibn al-Naḥḥār, también egipcio, quien fue juez en la misma época: el siglo XVI.

^aالمطلب الأول: أعمال واجبة على الناظر [...] أولاً: عمارة الوقف والمحافظة عليه من أهم واجبات الناظر فلو أهمل الوقف لم يرمم لأدى إلى خرابه وهلاكه، وبالتالي إلى فوات الإنفاع منه [...] فلو إفتراضنا أن الواقف قد شرط عدم القيام بعمارة الوقف فإن شرطه يعتبر باطلاً ولا يلتفت إليه لأن من أهم وأولى واجبات الناظر هو القيام بعمارة الوقف لإستمراره وللإنتفاع به [...] أي إذا إشتراط الواقف أن يبدأ بتوزيع الغلة على الموقوف عليه قبل إصلاح الوقف فإن شرطه باطل. والسبب في بطلان هذا الشرط هو أنه يتنافى مع الهدف الذي من أجله شرع الوقف الذي يقتضي أن تبقى الأعيان الموقوفة صدقة جارية وصالحة على الدوام. على ذلك فإن عمارة الوقف وصيانته وترميمه مقدمة على توزيع الغلة على مستحقيها، كما أنها مقدمة على الصرف لأي جهة من جهات البر والخير، وذلك إذا كان تأخير الصيانة والترميم والإصلاح يؤدي إلى ضرر واضح في العين الموقوفة.

والسؤال: هل يحق للناظر إبخار قسم من غلة الوقف لصرفها عند الضرورة لعمارة الوقف وصيانته؟ الجواب: إن كانت العين الموقوفة بحاجة إلى صيانة وإصلاح فعلى الناظر ان يقوم بذلك قبل توزيع ما تبقى من الغلة على مستحقين، وذلك لتحقيق الهدف من إقامة الوقف ومشروعيته. أما إن كان الوقف ليس بحاجة إلى تعمیر ولا إلى إصلاح فيجوز لناظر الوقف حينئذ أن يقتطع جزءاً من غلة الوقف كإحتياط لصرفه عند الحاجة لصيانة والوقف وترميمه. ثم يصرف ما تبقى من غلة الوقف على المستحقين²³⁴⁶.

'Ikrima Sa'īd Šabrī realiza una interesante aportación a la cuestión deducida de los textos de los *fuqahā'*: los gastos de mantenimiento son un deber y han de satisfacerse antes del reparto a los beneficiarios de su derecho; el fundamento es que estos bienes habices son una *ṣadaqa* retenida con vista a la eternidad, ese es el objetivo que el Legislador quiere con esta institución; sin estas reparaciones necesarias, este fin (causa del contrato se podría llamar) no se cumpliría -en nuestro ordenamiento, una obligación sin causa o causa nula no sería válido-. En consecuencia, el fundador, cuya voluntad es la ley del negocio jurídico, no puede estipular la falta de mantenimiento. Asimismo, se le permite al gestor que realice una reserva extraída de las rentas del *waqf* con el fin de poder utilizarla en caso de necesidad. Esta tiene carácter facultativo, según el criterio del administrador; por contra, en nuestro derecho, a las sociedades anónimas se les exige una reserva legal del diez por ciento de los beneficios para compensar posibles pérdidas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 274 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Con una pequeña matización sobre

a Cuestión primera: los actos debidos del administrador. Primero: el mantenimiento del *waqf*.

En verdad, su mantenimiento y conservación es uno de los principales deberes del administrador; si descuidara el *waqf* y no lo reparara, provocaría su ruina y destrucción y, consecuentemente, la pérdida de su aprovechamiento [...] Si supusiéramos que el fundador hubiera estipulado la falta de ejecución del mantenimiento del *waqf*, su estipulación sería nula y no se le echaría cuenta, porque el más importante y primer deber del administrador es proceder a mantener el *waqf* para que continúe produciendo [...] Si el fundador estipulara que se comenzara con el reparto de las rentas entre los beneficiarios antes de arreglar el *waqf*, la condición sería nula. La causa de la nulidad de esa condición es que se contradice con el fin con el que se reguló el *waqf*, que exige que los bienes permanezcan *retenidos* como *ṣadaqa* vigente y válida para siempre. Por ello, el mantenimiento del *waqf*, su conservación y arreglo es preferente al reparto de las rentas entre sus beneficiarios, al igual que es preferente a cualquier finalidad piadosa y de bien, porque el retraso en el mantenimiento y reparación provoca un claro perjuicio para el bien constituido como *waqf*. Pregunta: ¿el administrador tiene derecho a ahorrar de las rentas del *waqf* para invertirlas en caso de necesidad en su mantenimiento y reparación? Respuesta: si el bien constituido como *waqf* tuviera necesidad de mantenimiento y reparación, el administrador estaría obligado a llevarlo a cabo, y ello antes del reparto de lo que resta de los frutos entre sus beneficiarios, al objeto de conseguir el objetivo de su institución y regulación. En caso de que el *waqf* no tuviera necesidad de mantenimiento y reparación, el administrador del *waqf* podría, entonces, apartar parte de las rentas del *waqf* como prevención para invertirla en caso de necesidad, para su mantenimiento y reparación. Después, entregaría lo que restara de las rentas a sus beneficiarios.

la eternidad de la institución que realizamos a propósito de las peculiaridades de la escuela de Medina, estamos de acuerdo con las tesis del doctor jordano. Esta prelación de los gastos de mantenimiento frente al derecho de los beneficiarios nos la anticipó Hilāl b. Yaḥyā, en el capítulo de su libro sobre el *waqf*, que abordaba el arrendamiento de los bienes de la fundación como forma ordinaria de explotación²³⁴⁷.

^aثانياً: تنفيذ شروط الواقف: يلزم ناظر الوقف بتنفيذ وإتباع شروط الواقف المعتبرة شرعاً والمنصوص عليه من قبله، وليس له مخالفتها لأن شرط الواقف كنص الشارع [...] ثالثاً: الدفاع عن حقوق الوقف: ينبغي على الناظر بذل الجهد للحفاظ على الأعيان الموقوفة ورفع الإعتداء عنها والحفاظ على حقوق الموقوف عليهم سواء كان ذلك بنفسه أو بتوكيل من ينوب عنه وإذا لم يستطع الناظر الحفاظ على حقوق الوقف فيجب عليه أن يلجأ إلى القضاء للدفاع عن هذه الحقوق، وله الصلاحية أن يدفع من غلة الوقف أجور لوكلاء الدعوى والمحامين، وذلك بهدف جلب المصلحة للوقف أو دفع الضرر ورفع الإعتداء عنه، فقد ورد في كتاب منتهى الإرادات ما نصه (ووظيفته: حفظ الوقف وعمارته أو إيجاره ورعه، ومخاصته فيه [...]) أي إذا اضطرت الناظر إلى رفع الدعوى وخاصمة المعتدين على وقف فينبغي أن يقوم بذلك²³⁴⁸.

El segundo tipo de actos que ha de llevar a cabo el administrador sería la ejecución de las estipulaciones dictadas por el fundador. Este aspecto ya ha sido objeto de nuestro análisis; este estudioso también se hace eco de la frase que iguala la voluntad de quien realiza el negocio con un texto del Legislador, Dios en el *fiqh*. Encontramos en la tercera clase bastante más sustancia jurídica en lo relativo a la posible inclusión del *waqf* en la categoría de persona jurídica: la defensa de los derechos de la fundación. Con esta expresión alude a la conservación de los bienes y la defensa frente a posibles agresiones o apropiaciones; con tal fin, está facultado para interponer las demandas judiciales, por sí mismo, o contratando (a cargo de las rentas del *hubs*) abogados y procuradores. El hecho de que un jurista contemporáneo acuda a la expresión “*derechos del waqf*” implica un reconocimiento del mismo como titular. No obstante, el doctor Ṣabrī elude esta materia en su estudio.

^bرابعاً: أداء ديون الوقف: يجب على الناظر دفع كافة الديون المترتبة على الوقف وذلك من الإيرادات المتحصلة لديه، مع العلم أن أداء هذه الديون مقدم على الصرف للمستحقين، وذلك لأن عدم دفع الديون أو تأخيرها عن موعدها قد يؤدي إلى الحجر على عين الوقف أو على ريعه وبالتالي يؤدي إلى ضياع أعيان الوقف أو ضياع حقوق المستحقين. من هذه الديون: ما يترتب على الوقف من ضرائب للدولة أو رسوم قضائية أو أتعاب محاماة أو ديون إقتضتها حاجة الوقف إلى عمارة والإصلاح حينئذ وجب الوفاء بها عند توافر الغلة، وقبل الشروع في التوزيع على المستحقين. خامساً: أداء حقوق المستحقين في الوقف...²³⁴⁹

Desde el punto de vista del pasivo, la cuarta obligación del administrador en opinión de ‘Ikrima Sa‘īd Ṣabrī, sería el pago de las deudas del *waqf*. El jurista convierte a esta institución también en deudora, titular de obligaciones. Esta concepción de la fundación resulta más llamativa aún porque admite la posibilidad de que los bienes sean incapacitados; en principio, el *hubs* no es persona, la incapacitación recae sobre el bien, lo que nos afianza en nuestra postura sobre el carácter objetivo del *fiqh*; el investigador no lo verbaliza, pero se intuyen reticencias en tratar a la fundación como ocurre en nuestra cultura jurídica, como auténtica persona jurídica, aunque de base material,

a Segundo: ejecución de las estipulaciones del fundador: el administrador está obligado a ejecutar y seguir las estipulaciones del fundador que se consideren legalmente e impuestas por él; no puede contradecirlas porque la estipulación del fundador es como el texto del Legislador [...]. Tercero: defender los derechos del *waqf*: el administrador tiene que esforzarse por conservar los bienes constituidos como *waqf* y levantar los ataques contra ellos, conservando los derechos de los beneficiarios, tanto por sí mismo, como a través de delegados; si el administrador no puede velar por los derechos del *waqf*, debe acudir a la justicia para defender esos derechos. Es competente para pagar de las rentas del *waqf* los honorarios de los procuradores y abogados, todo ello para traer el interés del *waqf*, evitar daños y levantar los ataques; así aparece en el libro *Muntahā al-Irādāt* lo que sigue: su función: conservar el *waqf*, su mantenimiento o arrendamiento y siembra, las demandas [...] Es decir, si fuera necesario el administrador debería elevar las demandas y enfrentarse judicialmente a los que atacan al *waqf* y ha de llevar a cabo esto.

b Cuarto: pagar las deudas del *waqf*. Es un deber del administrador pagar todas las deudas debidas frente al *waqf*, y ello de los ingresos que obtenga, sabiendo que la satisfacción de estas deudas tiene preferencia frente a la entrega de su parte a los beneficiarios, porque, si no se pagaran o se retrasara el pago, podría provocar la incapacitación del bien constituido como *waqf* o de su cosecha y, por tanto, la pérdida de los bienes de los *awqāf* o la pérdida de los derechos de los beneficiarios. Entre estas deudas se encuentran: los debidas por el *waqf* a causa de los impuestos estatales, las tasas judiciales o los honorarios de los abogados, o las deudas derivadas de la necesidad del *waqf* de mantenimiento y reparación; entonces se han de satisfacer en el momento que se produzcan los frutos y antes de repartirlos a los beneficiarios. Quinto: satisfacer los derechos de los beneficiarios del *waqf*.

no personal. Entre las deudas que relaciona el autor aparecen los impuestos, los honorarios de los abogados y los gastos de mantenimiento y reparación.

^aالمطلب الثالث: ما لا يجوز للناظر من التصرفات.

1- أن لا يحابي أحداً. ليس لمتولي أن يؤثر الوقف لنفسه ولا لولده القاصر -أي الذي في ولايته- حتى لا يتهم بالمحاباة ولا الإستغلال [...] - أن لا يستدين على الوقف: الأصل هو لا يجوز للناظر الإستدانة على الوقف، سواء عن طريق الإستقراض أو عن طريق شراء ما يلزم للعمارة أو الزراعة نسيئة على أن يدفعه من غلة الوقف عند توفرها. أما السبب في المنع: هو الخوف من الحجر على الأعيان الموقوفة أو على غلتها، وبالتالي يتعرض الوقف للضياع وإلى حرمان المستحقين. وقد رخص الفقهاء الحنفية للناظر بالإستدانة وذلك من خلال إجتماع شرطين معاً وهما: الشرط الأول: أن لا يكون للوقف غلة متوفرة بيد الناظر أو لا يمكن إجارة الموقوف. فأن كان هناك غلة أو أمكن إجارة الموقوف فلا مبرر للإستدانة.

الشرط الآخر: أن يأذن له الواقف لذلك، فإلا فإنه يجب أخذ الإذن من القاضي لما له من الولاية العامة التي تعطيه الحق في إصدار أمره بالإستدانة عند الضرورة، وعلى هذا لا يجوز الإستدانة لأجل المستحقين وذلك لعدم وجود الضرورة الملحة، ولأنه لا يترتب على عدم الإستدانة ضرر بالوقف. وقد ورد في حاشية ابن عابدين ما نصه (لا تجوز الإستدانة على الوقف إلا إذا إحتيج إليها لمصلحة الوقف كتعمير وشراء بنور فيجوز بشرطين: أولاً إذن القاضي، والثاني: أن لا تتيسر إجارة العين والصرف من أجرتها). أما المالكية والحنابلة فإنهم يتفقون مع الحنفية في حق الناظر بالإستدانة حالة الضرورة إلى تعمير الوقف وعدم وجود غلة يمكن الصرف منها على عمارته إلا أن المالكية والحنابلة لا يشترطون أخذ الإذن من القاضي أو الحاكم. وقد ورد في كتاب كشاف القناع ما نصه (وللناظر الإستدانة على الوقف بلا إذن حاكم كسائر تصرفاته لمصلحة كثرائه للوقف نسيئة أو بنقد لم يعينه، لان الناظر مؤتمن مطلق التصرف بالإذن والإئتمان ثابتان²³⁵⁰).

Continúa el investigador con los actos que el administrador tiene vedado; hemos obviado la parte referida a los negocios jurídicos a través de los cuales se explota el patrimonio fundacional, pues le hemos dedicado un epígrafe en este capítulo y en la monografía del doctor Şabrī no encontramos alguna reflexión directamente relacionada con el objeto de nuestro libro. El primero se refiere a algunas medidas cuya finalidad se centra en garantizar una cierta imparcialidad en la labor de este cargo; de ahí, algunas prohibiciones de contratar con personas unidas a él por estar bajo su tutela: hijos menores de edad, etc. En la segunda, se aborda una cuestión de suma importancia acerca de la posible concepción del *waqf* como persona jurídica: la capacidad del administrador de endeudar la fundación, mediante la petición de préstamos o compra aplazada de bienes. La regla general es que le está proscrito; no obstante, se permite en casos de necesidad, como el mantenimiento de los bienes o la compra de semillas para sembrar la tierra. Los *ḥanafīes*, además, exigen la autorización judicial. La presencia de esta institución en el tráfico jurídico, adquiriendo bienes y derechos o asumiendo obligaciones, no se ve con normalidad por parte de los *fuqahā'*,

a Cuestión tercera: las actuaciones que no le son lícitas al administrador.

1- No puede ser beneficiar a nadie sin causa. No puede arrendar el *waqf* a sí mismo ni a su hijo menor, es decir, al hijo que está bajo su tutela, para que no sea acusado de beneficiarse o de explotación [...] 2.- No puede endeudar al *waqf*: la regla general es que no está permitido al administrador el endeudamiento a costa del *waqf*, tanto mediante el crédito como la compra con el pago aplazado de lo necesario para el mantenimiento o la siembra para abonarlo en el momento en el que se produzcan los frutos.

La causa de la prohibición es el temor a la incapacitación de los bienes constituidos como *waqf* o de sus frutos, exponiéndolo a la pérdida del *waqf* y a la privación de los beneficiarios. Los *fuqahā' ḥanafīes* permiten al administrador el endeudamiento, siempre que se den dos condiciones conjuntamente:

La primera: que el *waqf* no tenga frutos en manos del administrador o no pueda arrendarlo. Si hubiera frutos o se pudiera arrendar, no habría excusa para el endeudamiento.

La segunda condición: que el arrendador tenga permiso para ello, así o le da permiso el juez por su autoridad general que le da el derecho a emitir la orden de endeudamiento, o no es válido el endeudamiento por mor de los beneficiarios, ya que no existe una necesidad perentoria; además, la ausencia de endeudamiento no supone un perjuicio para el *waqf*. En *al-Ḥāṣiya* de Ibn 'Abidayn se dice: "no es válido el endeudamiento sobre el *waqf* salvo que se necesite para el interés del mismo, como el mantenimiento o la compra de semillas, cuando es válido con dos condiciones: la primera, el permiso del juez, y la segunda, que no sea fácil el arrendamiento del bien y utilizar su renta".

En cuanto a los *mālikīes* y los *ḥanbalīes*, están de acuerdo con los *ḥanafīes* en que el administrador tiene derecho a endeudar en caso de que necesite mantenimiento el *waqf* sin que existan frutos que emplear en ello, pero tanto los *mālikīes* como los *ḥanbalīes* no ponen como condición obtener el permiso del juez o la autoridad. Se recoge en el libro *Kaššāf al-Qinā'*: "el administrador puede endeudar al *waqf* sin permiso del juez como en el resto de las actuaciones en beneficio del *waqf* como la comprarle con el pago aplazado o en metálico sin especificar, porque el administrador tiene la garantía absoluta para actuar con el permiso y la garantía firmes".

quienes permiten que acuda a la misma con prevención y de forma restringida a lo estrictamente preciso. El estudioso de Jordania utiliza la expresión que en árabe se refiere al sujeto pasivo de la obligación *-Istidāna 'alā al-waqf-*, razón por la cual, sin explicitarlo, le otorga la condición de centro de imputación de obligaciones jurídicas. Con tal fin, acude a la obra de un ulema *ḥanbalī* del siglo XVII, al-Buhūtī, nacido en Egipto en el año 1591²³⁵¹ y el damasceno decimonónico Muḥammad Amīn b. 'Ābidayn del que ya hemos hablado; de ninguno de ellos se puede predicar que pertenezcan a la etapa clásica del *fiqh*. El doctor también se hace eco de este pasaje de al-Dasūqī, el docente de la Universidad de al-Azhar, nacido en la población egipcia de al-Dasūq en el siglo XIX²³⁵²:

a (قوله وكذا أن كان الوقف على كمسجد) أي فإن الحاكم يولي عليه من شاء أي ممن يرتضيه إن لم يكن الواقف حياً ولا وصي له وأعلم أنه إذا مات الواقف وعدم كتاب الوقف قبل قول الناظر إن كان أميناً وإذا ادعى الناظر أنه صرف غلة صدق إن كان أميناً ما لم يكن عليه شهود في أصل الوقف لا يصرف إلا بمعرفتهم وإذا ادعى أنه صرف على الوقف مالاً من ماله صدق من غير يمين إلا أن يكون متهماً فيحلف ولو ألزم حين أخذ النظر أن يصرف على الوقف من ماله إحتاج لم يلزمه ذلك وله الرجوع بما صرفه وله أن يقتصر لمصلحة الوقف من غير إذن الحاكم وصدق ذلك...²³⁵³

El profesor de la universidad islámica más famosa establece que, aun sin estar obligado, si el administrador gastara alguna suma de su patrimonio en beneficio del *waqf*, tendría derecho a repetir; no aclara contra quien, pero no queda más que estas opciones: el *hubs*, como sujeto de derecho, los bienes fundacionales o las rentas de los mismos (estas dos últimas implican cierta personificación de unos bienes, algo que no nos resulta extraño, ya que venimos subrayando aquellos aspectos que configuran el *fiqh* con una naturaleza objetiva, en un mayor grado que subjetiva). En este mismo sentido, autoriza a este gestor a solicitar un préstamo si con ello satisface una necesidad de la fundación, transformándolo en deudor de una obligación de reintegro.

b³ - لا يجوز رهن الوقف: لا يجوز أن يرهن من أعيان الوقف بدين على الوقف أو عليه وهو على أحد المستحقين. وذلك لأن هذا التصرف يعرض العين الموقوفة إلى الضياع بامتلاكها من قبل المرتهن وفاء لدينه، وذلك حين عدم قيام الناظر بوفاء ذلك الدين. كما أن الرهن يؤدي إلى فوات منفعة الوقف وتعطيلها. ففي كتاب الإسعاف ما نصه (ولا يصح أن يرهن القيم الوقف بدين، لأنه يلزمه منه تعطيله، ولو رهن القيم داراً من الوقف وسكن المرتهن بها، قالوا: يجب عليه أجر مثلها سواء أكانت معدة للإستغلال أو لم تكن إحتياطاً لأمر الوقف) أي لمصلحة الوقف. ومثل ذلك ورد في الفتاوى الهندية²³⁵⁴.

El siguiente acto que tiene vetado el administrador es entregar ningún bien del *waqf* en prenda o hipoteca (en árabe el término es el mismo). Si esta fundación tiene una vocación de eternidad, la ejecución de este negocio jurídico de garantía imposibilitaría su continuidad en el tiempo, impidiendo su aprovechamiento. Sin embargo, más que la prohibición en sí, del todo lógica, nos interesa destacar que el autor distingue las deudas que no han de ser garantizadas de esa forma: deudas contraídas por el *waqf*, por el administrador o los beneficiarios. 'Ikrima Sa'īd Ṣabrī admite la posibilidad de que el *hubs* ocupe la posición de deudor en una relación jurídica. Finalmente, tenemos que recordar que desde la perspectiva de los seguidores de Mālik b. Anas, los acreedores

a (Su expresión "y así si el *waqf* fuera en favor de una *mezquita*"). Es decir, el juez nombra a quien desea, o sea, a quien le agrada, si el fundador no estuviera vivo ni hubiera nombrado albacea, conociendo que el fundador falleciera sin haber incluido en el documento al administrador. Si este fuera de confianza o este declarara que había invertido los frutos, se le creería, si fuera de confianza, siempre que no hubiera testigos en su contra. La regla general es que no se gasta sin el conocimiento de ellos; si declarara que había invertido en favor del *waqf* de su propio dinero, se le creería sin juramento, salvo que estuviera acusado, en cuyo caso de le exigiría su prestación. Si se necesitara en el momento de tomar la administración gastar en favor del *waqf* de su dinero, no se le obligaría, pero tendría derecho a repetir lo que hubiera gastado. Puede pedir un préstamo para interés del *waqf* sin permiso del juez y se le creería...

b 3- No le es válido entregar el *waqf* como prenda o hipoteca: no le es válido entregar ningún bien de los bienes del *waqf* por una deuda del propio *waqf*, de él o de alguno de los beneficiarios. Eso es así porque este acto expone al bien retenido a su pérdida como consecuencia de la adquisición de la propiedad por el acreedor prendario en satisfacción de su deuda, al no haberla satisfecho el administrador. Asimismo, la prenda provoca la pérdida y anulación de la utilidad del *waqf*. Aparece en el libro *al-Is'āf* lo que sigue: "no es válido que los administradores entreguen como prenda el *waqf* por una deuda, porque lleva consigo su anulación; si el administrador hipotecara una casa del *waqf* y la habitara el acreedor, dirían: debe darla en alquiler, tanto si está preparada para su explotación como si no, en aras del bien del *waqf*". Es decir, en interés del *waqf*. Así también se establece en las *Fetwas Hindúes*.

de los beneficiarios no podrían cobrar su deuda de los bienes del *waqf*, según la fetua del marroquí decimonónico Muḥammad b al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāstī²³⁵⁵.

4^a- لا يجوز السكن في الوقف من غير أجرة: لا يحق للناظر أن يسكن أي شخص في عمار الوقف من غير أن يستوفي منه أجرة بدل السكن، ويترتب على ذلك: أنه ينبغي على الساكن دفع أجر المثل سواء أكانت الدار معدة للإستغلال أو لم تكن، لأن أخذ الأجرة هو حفظ لعين الوقف وحماية له فيه حتى ولو كانت الأجرة رمزية كما هو حفظ لحقوق المستحقين فيه، إذ إن في إسكان الوقف تبرعاً من غير أجرة تفويتاً وهدراً لحقوق الوقف عليهم من المستحقين في الوقف.

5- لا يجوز إعاره الوقف: لا يحق للناظر أن يعير أعيان الوقف لأي شخص -و هذا إذا لم يكن من ضمن الموقوف عليهم- لما في إعاره الوقف من الإستغلال لعين الوقف بلا مقابل وبالتالي فإن يعتبر تفويتاً لمنافعه وضياعاً له وهدراً لحقوق المستحقين، وعليه ينبغي على الشخص الذي إستعار عين الوقف أن يدفع أجر المثل مقابل ما إنتفع به وذلك قياساً على الإسكان في دار وقف من غير أجرة...²³⁵⁶

La última clase de actos que no puede realizar válidamente el administrador estaría representada por la proscripción de permitir que alguien use los bienes del *waqf* a título gratuito, ya sea mediante el derecho de habitación o el comodato, siempre y cuando estos usos no formaran parte del derecho de los beneficiarios, pero nunca estarían permitidos a terceros. La razón resulta evidente: se dejarían de percibir rentas que no se repartirían entre las personas en cuyo favor se estableció la fundación.

(12) باب الوكالة في الوقف ونفقته وأن يطعم صديقاً له يأكل بالمعروف. 2313 حدث قتيبة بن سعيد. حدثنا سفيان بن عمرو، قال في صدقة عمر رضي الله عنه: ليس على ولي جناح أن يأكل ويؤكل صديقاً غير متأتلاً مالا. فكان ابن عمر هو يلي صدقة عمر، يهدي لناس من أهل مكة ينزل عليهم²³⁵⁷.

Esta tradición, atribuida a ‘Umar b. al-Jattāb e incluido por al-Bujārī en su compendio de dichos válidos, nos ha acompañado en otros capítulos para sustentar la alteridad en la labor del administrador. Sin embargo, un aspecto fundamental del mismo es que se le permite “comer” según lo acostumbrado de las rentas del *waqf*; es decir, es admisible una remuneración según lo acostumbrado.

(33) باب: إذا وقف أرضاً أو بئراً، أو اشتري لنفسه مثلاً دلاء المسلمين [...] 2778 – وقال عبدان: أخبرني أبي عن [...] أن عثمان رضي الله عنه حيث حوصر أشرف عليهم، وقال أنشدكم الله ولا أنشد إلا أصحاب النبي، ص، أستم تعلمون أن الرسول الله، ص، قال ((من حفر رومة فله الجنة)) فحفرتم؟ أستم تعلمون أنه قال: ((من جهز جيش العسرة فله الجنة)) فجهزته؟ قال: فصدقوه بما قال. وقال عمر في وقفه: لا جناح على من وليه أن يأكل، وقد يليه الواقف غيره فهو واسع لكل²³⁵⁸.

El anterior texto tiene en este otro capítulo de la magna obra de ulema nacido en al año 810, como huérfano en la ciudad de Bujara en Asia Central, desde donde recorrió el mundo islámico

a 4- No es válido habitar en el *waqf* sin pagar renta. El administrador no tiene derecho a dar un inmueble del *waqf* en habitación a nadie sin cobrar de él la renta en contraprestación. De esto se desprende: quien lo habite ha de pagar la renta acostumbrada, tanto si la casa está dispuesta para su explotación como si no, porque en tomar la renta está la conservación del bien y su protección, aunque la renta fuera simbólica, y también estaría la conservación de los derechos de los beneficiarios, ya que esta habitación sería una disposición gratuita sin pago de renta, que eliminaría los derechos de los beneficiarios titulares del *waqf*.

5- No es válido el préstamo de uso del *waqf*. El administrador no tiene derecho a dar como comodato los bienes del *waqf* a nadie -siempre que no fuera uno de los beneficiarios- puesto que en el comodato del *waqf* hay una explotación del bien sin contraprestación, en consecuencia, se consideraría una pérdida de sus utilidades y extravío y uso vano de los derechos de los beneficiarios. Cualquier persona que tome prestado el uso de un bien del *waqf* debe pagar la renta acostumbrada del provecho que realice, en analogía con la habitación de la casa del *waqf* sin pago de renta...

b Capítulo sobre la delegación en el *waqf* y sus gastos y sobre si está facultado para alimentar a un amigo de él: 2313. Qutayba b. Sa‘īd ha dicho: nos ha hablado Sufyan b. ‘Amr: ha dicho sobre el *waqf* de ‘Umar, Dios esté satisfecho de él: no cometería pecado el encargado si comiera o diera de comer a un amigo sin menoscabo de los bienes. Pues el hijo de ‘Umar, encargado de su *waqf*, lo ofrecía a la gente de La Meca que se acercaban.

c (33) Capítulo: si constituyera como *waqf* una tierra o un pozo, o comprara para sí mismo como un cubo para los musulmanes [...]

[...] 2778 – Dijo ‘Abdān: me informó [...] que ‘Utmān, Dios esté satisfecho de él, cuando Ašraf fue cercado, dijo: os conjuro por Dios y no conjuro más que a los compañeros del profeta; ¿acaso no sabéis que el Enviado de Dios dijo: “a quien excave Roma le corresponde el Paraíso”. ¿Habéis excavado? No sabéis que él dijo: “a quien prepare un derecho en la dificultad le corresponde el Paraíso”. ¿Lo habéis preparado? Dijo: creedlo en lo que dijo: ‘Umar dijo sobre su *waqf*: no cometería pecado quien fuera nombrado al comer, habiéndolo nombrado el fundador y otro, pues es ancho para todos.

para recabar dichos del profeta²³⁵⁹, una versión dentro de un contexto diferente. Las palabras de 'Umar b. al-Jaṭṭāb son prácticamente las mismas: no comete pecado el administrador que come del *waqf*. Con cadenas de transmisión de las expresiones diferentes, este número 2778 y el anterior, 2313, nos revelan la legalidad de que esta persona tome una remuneración según la costumbre por administrar la fundación desde el comienzo de la regulación del *waqf*.

^a[تقديم الطلبة في حبس المدرسة على الفقيه والإمام والمؤذن وغيرهم]

وتقيد عقب هذه الأجوبة المتقدمة، من الموافق على جواب الفقيه [...] من تقديم الطلبة على الفقيه والإمام والمؤذن والنحوي، وأن أسوأ حال الطلبة محاصة من ذكرنا حسبما ثبت عند الأصل الرسم الأول فوفا، فأقول الآن مستعيناً بالله إن دليل يتم إن شاء الله على صحة ما ذكرنا في مقدمة وثلاثة فصول، أما المقدمة ففيها بيان الأجر المرفق من كل من يصل إليه شيء من مال المدرسة، والفصل الأول في تقديم الطلبة على من ذكرنا معهم من فقيه وإمام ومؤذن ونحوي، وأن أسوأ أحوال الطلبة محاصتهم، والفصل الثاني في ضعف فتيا الفقيه أبي عمران العبدوسي، والفصل الثالث في ضعف فتيا أبي عباس القباب.

[...] وأجاب عنه أعني عن السؤال المذكور وعن فصلين آخرين يظهران من الجواب من فقهاء تلمسان، والشيخ الفقيه العالم المحصل المؤلف الراوية الحافظ الإمام الحاج البركة الرحال، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن أبي بكر بن مرزوق، رحمه الله، بما نصه: [...] إن كان ما إستخلصه هذا الناظر من الديون والرباع التي أهمل إستخلاصها من سبقه من النظار من مقتضى عمالته وداخل في أعمال ما قدم عليه هو وغيره أو هو وحده، فلا يستحق إلا مرتبته الذي عينه له، ومهمل الإستخلاص لغير مانع عاص، ويسقط من مرتبه مقدار ما ترك من عمل، كما قيل في إمام الصلاة يتعطل على نقل ابن يونس والمنتطي وغيرهما، وعلى ما قيل في أحد شريكي الصنعة يمرض المذكور في المدونة وربما لزمه ضمان ما يتلف وإن لم يكن ذلك من عمل النظار بالنص أو بالعادة، فإن نوى بإستخلاصه الحبسة، فليس له إلا ما نوى، وكذلك إن لم ينوها ودل الحال على أنه لم يعمل لها، وإن نوى الرجوع بأجرة عمله في غلة الحبس، وكان لا يمكن إستخلاص ذلك إلا بالإستيجار عليه، فله أجرة المثل في عمله. وأصل هذا التفصيل في نكاح المدونة وتضمن الصناع في المنفق على غيره وفي هبتها وأكرية دورها، وكلام اللخمي في هذا المحل ممتنع وهو فيها وفي غيرها كثير، وهو من أصل من أوصل نفعاً من عمل أو مال بأمر المنتفع به أو بغير أمره مما لا بد منه بعوض. لا يقال: خدمة الحبس يقوى فيها قصد الحبسة، كمنفق ظهر منه قصد الصلة أو على يتيم²³⁶⁰.

Hemos intentado resumir lo máximo posible esta fetua extraída de la obra de al-Wanṣarīsī, que el propio autor divide en una introducción y tres capítulos; por razones expositivas, la analizaremos en dos partes, pues creemos que resultará más clarificador. En estos primeros párrafos, observamos que el interrogante que da título a la misma va referido a una cuestión de

a [Preferencia de los alumnos en un *hubs* en favor de una escuela sobre el alfaquí, el imán, el almuédano y demás].

Y se encadenan esta serie de respuestas señaladas con anterioridad, de la respuesta del *al-faqīh* [...] acerca de la preferencia de los alumnos sobre el alfaquí, el imán, el almuédano y el gramático, pues es peor el estado de los alumnos en el reparto que hemos referido, según está constatado en el original del documento primero que está sobre él. Por eso digo ahora, pidiendo ayuda a Dios, que la prueba está, si Dios quiere, concluida en la validez de lo que hemos referido en la introducción y en tres capítulos. En cuanto a la introducción, en ella se encuentra la renta que acompaña a cada uno de los que recibe dinero de la escuela; el primer capítulo se dedica a la preferencia de los alumnos sobre los que hemos referido, entre ellos el alfaquí, el imán, el almuédano y el gramático, donde la peor situación de los alumnos influye en el reparto; el segundo capítulo versa sobre la debilidad de la fetua del *al-faqīh* 'Umrān al-'Abdūsī; el capítulo tercero, sobre la debilidad de la fetua de Abū 'Abbās al-Qabbāb.

[...] Contestó sobre ello, es decir la cuestión mencionada y sobre los otros dos capítulos lo que aparece de la respuesta de los *fuqahā'* de Tlemecén y el jeque *al-faqīh*, el autor, el compilador, que ha memorizado *El Corán*, quien hizo la peregrinación y viajero de bendición, Abū 'Abd-l-Allāh Muḥammad b. Aḥmad b. Muḥammad b. Abū Bakr b. Marzūq, Dios tenga misericordia de él, lo que sigue: de la cantidad que ha exigido este administrador de las deudas y las cuartas partes que olvidaron exigir los administradores que le precedieron por sus comisiones y que se incluyen entre sus labores de los que le precedieron y otros o de él solo, solo le corresponde el salario que se le ha fijado; el descuido en exigir la cantidad sin impedimento no tiene excusa. Se le descuenta de su sueldo la cantidad correspondiente a las labores que hubiera abandonado, como se dice del imán de la oración que se deja de rezar, según transmiten Ibn Yūnus y al-Matīṭī y otros, también sobre lo que se dice de uno de los socios artesanos que se pone enfermo en la *Mudawwana*, donde quizás se le exige responsabilidad de lo que se destruya, aunque no sea una labor propia de los administradores según la norma y la costumbre. Si su intención al exigir la cantidad es lo que pronuncia, no le corresponde más que su intención; también si no era su intención y la situación no indica que no ha trabajado. Si pretende repetir por las rentas de su trabajo sobre los frutos del *hubs*, no pudiendo exigirlo más que con el alquiler de su servicio, tendría derecho a la renta acostumbrada por su trabajo. La norma en este detalle se encuentra en el matrimonio de la *Mudawwana* y en la responsabilidad de los artesanos por su socio, en su donación y en el arrendamiento de la casa. Y las palabras de al-Lajmī en esta cuestión es de prohibición, y con él otros muchos. El origen está en que une la utilidad de un trabajo o bien con el asunto de quien se aprovecha sin su orden, sin contraprestación.

No se dice: el servicio del *hubs* fortalece la intención de lo pronunciado, como el hipócrita que aparenta una intención de regalo o en favor del huérfano.

reparto de las rentas de un *waqf* en favor de una escuela entre los alumnos, el alfaquí de la misma, el almuédano y el gramático; en principio, como los estudiantes parten de una posición peor, tendrían preferencia en la partición de los frutos; a pesar de que enmarque la fetua, esta cuestión es secundaria para nuestro estudio. Nos centramos en la materia sobre la que se pronuncia Abū ‘Abd-l-Allāh Muḥammad b. Aḥmad b. Muḥammad b. Abū Bakr b. Marzūq (una de las principales personalidades de la ciudad argelina de Tlemecén, nacido en el año 1311, quien viajó a Oriente asentándose en Egipto, especialmente después de un cambio de gobierno en su ciudad natal que le obligó a exiliarse a El Cairo²³⁶¹), que versa sobre la reclamación de un administrador por unas labores que ha realizado en favor de un *ḥubs* por él y por administradores anteriores. Parece que únicamente tendría derecho a la retribución fijada por el fundador. Asimismo, se discute si podría arrendar sus servicios al *waqf*, tema que es objeto de los siguientes fragmentos.

^aلأننا نقول: نظير قصد الصلة هنا ما أشرنا إليه من نية الحبسة أو قرينتها فلا نعيده، وأما المنفعة على اليتيم فهي شاهدة على ما ذكرنا، لأن اليتيم الذي لا يرجع عليه بالأنفاق من لا مال له، أوله مال غير عين يتأتى منه الأنفاق؛ فالعدول عنه مع تأتبه قرينه على حبسة، وأما إن كان له مال غير عين لا يتأتى منه الأنفاق في الحال، فإنه رجع عليه، وهكذا في تضمين الصانع، وبه يتقيد غيره من إطلاقاته، وخدمة الحبس ليست من هذا، بل هي أخرى بالرجوع بها لما لا يخفى، والتنافس في طلب المرتب وزيدته أقوى دليل على قصد الرجوع إن وجد له سبيل، وحيث تكون له أجره المثل فالذي يمكنه منها وينظر في تقديرها، والإمام الأعظم أو نائبه، أو قاضي الجماعة، ولا يتولى ذلك الناظر بنفسه، لأنه كالوكيل والوصي وشبههما ممن لا يشتري من نفسه ولا يبيع منها، ولا ممن ينتزل منزلته من أقاربه وغيرهم، فإن فعل تعقبه الحاكم بالنظر، فيمضي الصواب ويرده غيره، وإستجارهما أنفسهما في عمل ما، يبقيان من ناحية البيع. وأما المواضع التي لم يسم للناظر مرتب فيها، والربع المسمى بالمستدرک، فإن كان من سبق هذا النظر، ينظر في ذلك مقتصرأ على المرتب المسمى، وعلم ذلك هذا الناظر حين ولايته حتى كأنها عادة مستمرة، لم زد على ما كان يأخذه غيره، وهو الخيار بين التأخر والإستمرار وإن كان من سبقه لا ينظر فيه، بل فيما عين المحبس أولاً أو كان ينظر ولم يعلم ذلك هذا

a Porque decimos: la intención del favor aquí es lo que hemos apuntado sobre la intención de lo pronunciado o los indicios que tiene anexos, así que no vamos a repetirlos; en cuanto a la utilidad en favor del huérfano es testigo de lo que hemos mencionado, porque el huérfano del que no se repite por los gastos porque no tiene ingresos, se repite primero del dinero indeterminado del que ha procedido los gastos; su abandono junto con su procedencia es un indicio de lo pronunciado. Mas, si tuviera dinero indeterminado del que no procediera los gastos, repetiría contra ellos. Así también sucede con la responsabilidad de los artesanos, y con ella se compromete otro por su expresión de voluntad. El servicio del *hubs* no es de ese tipo, sino que es más merecedor de la repetición, por lo que no se oculta y la competencia en la exigencia de la renta y su incremento son los indicios más fuertes de la intención de repetición, en caso de encontrar la manera de demandarla. Al corresponderle la renta acostumbrada, es lo que se le permite y se ha de ver su cuantía para el imán principal, su delegado o el juez principal; pero el administrador no tiene autoridad para realizarlo por sí mismo, porque él es como el delegado, albacea y similar, que no se compran a sí mismos ni se venden, ni desisten de su puesto por familiares y demás. Si lo hiciera, el juez lo penalizaría por ello, declarando eficaz lo que fuera correcto y anulando lo demás, si arrendaran sus servicios en alguna labor, se mantendría como venta. Por lo que respecta a los casos en los que no se hubiera establecido ninguna retribución, siendo el cuarto aplazado establecido, si es por la administración precedente, se está a ello pero restringido a la retribución establecida, y este administrador lo sabía cuando fue nombrado, aunque hubiera sido una costumbre continuada, que no se aumenta sobre lo que hubiera estado percibiendo otro; es la elección entre el retraso y la continuación, aunque quien lo precediera no hiciera aquello, salvo lo que le determinó el fundador en primer lugar o lo viniera ejerciendo y no lo conociera el administrador en el momento del nombramiento. La autoridad sobre los musulmanes debe determinar una retribución para él, según la opinión más conocida, porque la retribución que ha determinado en primer lugar el fundador únicamente era por la administración de la casa constituida en *waqf*, y esto lo sobrepasa, siendo válido porque no hay ninguna estipulación del fundador que lo prohíba. En cuanto a los casos en los que hubiera establecido una retribución, no se podría aumentar, porque supondría desobedecer lo estipulado por el fundador. Sí, si la autoridad decidiera aumentar la retribución de la *bayt al-māl* por su buena administración, le sería válido.

En cuanto a que si el administrador pueda ser nombrado por otro y fuera preferente, ante las estrecheces como hemos referido, se puede imaginar eso si el fundador no hubiera determinado su retribución; pero si lo hubiera determinado qué ha de coger cada uno, porque quedaría determinado y conociendo lo que pierden o su falta, y eso demostraría su intención al repartir y lo contrario sería una infracción de esa voluntad. La opinión de quien afirma que el administrador es un arrendador de su servicio que tiene preferencia, no se completa con el nombramiento, sino que no se sostiene la creencia de que es un arrendador. No existe ninguna prueba en el contenido de *al-Waḍiḥa* de algo parecido a que sea arrendador, porque eso sería una derivación de la venta de la comida antes de la toma de posesión, como prevención contra la usura; tampoco se vincularía con quien diera el régimen del arrendador en otras cuestiones; esto sería como la regla general que apareciera como causa y su excepción como causa. Aunque los tradicionalistas lo asignan a al-Šāfi'ī, esto es de la escuela de Mālik, como lo cuenta al-Bāyī en su *Muntaqāh*. Únicamente decimos que no es correcto que sea un arrendador de servicio más allá de una forma de expresión metafórica, no en la verdad acostumbrada, porque los requisitos del arrendamiento, en la utilidad que es uno de sus pilares, ha de ser conocida y no obligatoria, y otros requisitos más; sin embargo, el trabajo del administrador y el juez no está determinado, sino que puede aumentar o disminuir, y sus labores son requisitos de capacidad, que no limitan al imán de la oración que es un *sunna* asentada. Pero para la escuela de Mālik conoces cómo es el arrendamiento según la *Mudawwana* y otras obras. La administración en los *aḥbās* es como la función de los imanes y los jueces, como los patrimonios de los ausentes, huérfanos, donde ninguno de los nombrados así como el administrador se situaría en el lugar del que arrienda toda su utilidad, de la misma manera es válido según lo que establece la *Mudawwana* y la *'Utubiyya*, y otras obras, pues sería como el esclavo, según lo que no se puede ocultar. Lo correcto, para mí, si Dios el Altísimo quiere, es que lo mencionado que ha cobrado, sería un mero apoyo, si fuera renta por ser arrendador, se debería anular. Si lo que han conseguido los gobernantes fuera la renta acostumbrada por sus actos, se perdería el requisito del arrendamiento como hemos mencionado. De ahí, se fortalece la opinión de los ulemas de que el administrador de los *aḥbās* no cobra de ellos por su administración más que de la *bayt al-māl*, y se repite sobre ella por lo que ha cobrado de los *aḥbās*. Esto según la

المتولي حين التولية، فامتولي أمور المسلمين أن يعين له مرتباً على المشهور المستدرك، لأن ما عين المحبس أولاً من المرتب، إنما كان على النظر في الربع الذي حبس، وهذا زائد عليه فتسوغ فيه الزيادة، ولم يقع من المحبس نص على منعها، وأما المواضع التي سمي فيها مرتب من عداه فلا يزداد منها، لأنه مخالف لما عين المحبس، نعم إن رأى المتولي أن يزيده من بيت المال على النظر فيه وفي الحبس الأصلي، لحسن قيامه عليه، جاز له ذلك.

وأما إن الناظر أولى من غيره فيقدم-عند المضايقة لما ذكر، فإنما يمكن أن يتوهم ذلك إن لم يسم المحبس ما يأخذه كل واحد، وأما إن سمي لكل ما يعطاه الجميع ممن سمي لهم، لأنهم حين سمي وعلم تفاوتهم في الخدمة، أو فيها وفي عدمها، ودل على قصد الحصاص، وغيره مخالف لقصد، وقول من قال إن نحو الناظر أجبر، فيقدم لا يتم مع التسمية، بل ولا ينهض إعتقاد كونه أجيراً، ولا حجة في نص الواضحة على مثله أنه أجبر، لأنه إنما ذلك بإثر مسألة بيع الطعام قبل قبضه إحتياطاً لتجنب الربا، ولا يلزم إن يعطي من ذكر حكم الأجبر في غير ذلك المسألة، ويكون هذا كالعام الوارد على سبب وقصره على صورة السبب، وإن عزاه أهل الأصول للشاقعي فهو مذهب مالك، كما حكاه الباجي عنه في منتقاه، وإنما قلنا أن لا يصح كونه أجيراً إلا بالمسامحة والمجاز، لا بالحقيقة العرفية، لأن من شروط الإجارة كون المنفعة المستوفاة فيه التي هي أحد أركانها، معلومة غير واجبة، إلى غير ذلك من شروط الباقية، وعمل الناظر والقاضي غير معلوم، لأنه يقل ويكثر، وعملها أيضاً من فروض الكفاية، لا يقصر عن إمام الصلاة التي هو سنة مؤكدة، إلا على مذهب مالك وقد علمت ما في الإجارة عليها للمدونة وغيرها، وإنما النظر في الأحباس من وظيفة الأئمة والقضاة، كأموال الغياب، والأيتام، وليس الناظر وغيره من المذكورين كمن أجر جميع منافعه، فيجوز على ما في المدونة والعنبية وغيرهما، لأنه صار كالعبد على ما لا يخفى، فالصواب والحق -عندي- إن شاء الله تعالى أن ما يأخذه من ذكر، إنما هو إعانة وإرفاق، وإن كان إجارة لوجب فسخ عقودهم، ولما مكن منها الحكام، لكان لهم في جميع أعمالهم أجرة المثل، لفقد شرط الإجارة كما ذكرنا، ومن هنا قوي ما قاله العلماء أن الناظر في الأحباس لا يأخذ منها على نظره، بل من بيت المال، ويرجع عليه بما أخذ من الأحباس، قال: وهذا على مذهب مالك، [...]

قلت: وفي معنى بيت المال ما يعينه الأئمة وغيرهم من الحبس حين عقده للناظر، ويؤيده ما تكرر في مواضع عديدة من صحيح البخاري من قول عمر رضي الله عنه في حبسه وصدقته: لا جناح على من وليها أن يأكل منها، أو يؤاكل صديقاً غير متأهل مالا²³⁶².

En un texto confuso, donde se entremezclan consideraciones sobre la voluntad expresada, la verdadera o analogías con la responsabilidad de los socios de trabajo, el ulema niega que el administrador sea considerado como una persona que arrienda su trabajo a cambio de su trabajo (arrendamiento de servicio). Por tanto, su retribución o bien ha de quedar fijada por el administrador o ha de correr a cargo de la *bayt al-māl*. En cualquier caso, sería un ejemplo de retribución por capacidad, no una venta de usufructo o dominio útil propio del arrendamiento islámico. Debido a esta regla, no podría ser contratado por el *waqf* para realizar labores adicionales. El razonamiento jurídico sobre el que se asienta esta prohibición sería que sus labores no estarían perfectamente delimitadas, pues variarían de un período a otro, incurriendo en un riesgo, *garar*, suficiente como para anular el contrato. Un claro ejemplo del efecto paralizador de este temor. Otra cuestión interesante sería la posibilidad de que el tesoro público asuma los costes laborales de la administración de los *ahbās*. En cualquier caso, sea el título jurídico que lo habilite para cobra, si el fundador así lo estipula, sería el titular de un derecho de crédito frente al *waqf* por la retribución fijada.

^aالمبحث الثاني: أجرة الناظر.

escuela de Mālik [...]

Dije: en este sentido de lo que la *bayt al-māl* asigna a los imanes y otros del *hubs* cuando acceden al cargo de administrador está apoyado en lo repetición en varios lugares de la obra de al-Bujārī y en los dichos de ‘Umar, Dios esté satisfecho de él, sobre sus *ahbās* y *sadaqa*: no comete pecado quien es nombrado si come de él, o da de comer a un amigo sin derrochar los bienes.

a Sección segunda: la renta del administrador.

Al estar el administrador encargado de realizar la administración del *waqf*, conservarlo, restaurarlo, hacerlo producir, hacer llegar sus frutos a los beneficiarios y otros trabajos en los que se apoya, merece una renta adecuada al esfuerzo que lleva a cabo y el tiempo que dedica. Este es un lugar de consenso entre los *fuqahā*; no obstante, esta renta del administrador no tiene un límite determinado, porque varía según los tiempos y lugares, como varía según la cantidad de trabajo y lo dispuesto por el fundador. La renta es un cantidad mensual o anual, y puede venir fijada por un tanto por ciento como el 10% o el 15% de la renta del *waqf*.

Los ulemas han deducido el derecho del administrador a una renta de lo siguiente:

- 1.- El dicho del compañero *fuqahā*, Dios esté satisfecho de él, cuando constituyó como *waqf* su tierra en Jaybar, diciendo: “no es malo que quien lo dirija como según lo acostumbrado, o alimente a un amigo que no administre” [...]
- 2.- El dicho del compañero Abū Hurayra, Dios esté satisfecho de él que afirma que el Enviado de Dios dijo: “no dividáis mi herencia en un dinar o un *dirham*, lo que dejo en herencia, tras los gastos de mis esposas y el salario de mis

مادام أن الناظر مكلف بالقيام بإدارة الوقف وعمارته وإصلاحه وإستثماره وصرف غلته على المستحقين وغير ذلك من الأعمال التي تستند إليه فإنه يستحق أجره مناسبة لما يبذله من جهد وما يستغرقه من وقت، وهذا موضع إتفاق لدى الفقهاء. إلا أن أجره الناظر ليس لها حد معين لأنها تختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة كما أنها تختلف باختلاف حجم العمل وتقدير الواقف. وتكون الأجرة مبلغاً معيناً شهرياً أم سنوياً وقد تكون الأجرة بالنسبة مثل 10% أو 15% من ريع الوقف، وهكذا. وإستدل العلماء على حق الناظر في الأجرة بما يأتي:

1- حديث الصحابي عمر بن خطاب رضي الله عنه لما وقف أرضه بخيبر حيث قال (لا بأس على من وليه أن يأكل بالمعروف، أو يطعم صديقاً غير متمول فيه) [...] 2- حديث الصحابي أبي هريرة رضي الله عنه: أن الرسول، ص، قال (لا تقسّم ورثتي ديناراً ولا درهماً، ما تركت، بعد نفق نسائي ومؤنة عاملي، فهو صدقة). وقد إستدل العلماء بهذه الحديث الشريف على مشروعية أجره العامل على الوقف، وأن مراد بالعامل في هذا الحديث الشريف هو القيم على الأرض. 3- جرت العادة منذ عهد الصحابة رضوان الله عليهم إلى يومنا هذا على إعطاء الناظر جزءاً من الغلة مقابل قيامه بنظارة النوقف؟ قال القرطبي (جرت العادة أن العامل يأكل من ثمرة الوقف، حتى لو إشتراط الواقف أن لا يأكل منه لإستقبح ذلك منه، والمراد بالمعروف: القدر الذي جرت به العادة أو القدر الذي يدفع الشهوة -أي مقدار حاجته- أو أن يأخذ منه بقدر عمله. والأول أولى). أي: أن التفسير الأول للمعروف هو الأولى بالإتباع فيأخذ المتولي من الأجرة القدر الذي جرت به العادة: فإما أن يقدر الواقف أجره شهرياً للمتولي، وأما أن يأخذ المتولي نسبة مئوية من ريع الوقف، وهذا ما تيسر عليه المحاكم الشرعية في بلادنا بإعتبار أن القاضي هو الولي العام²³⁶³.

Ikrima Sa'īd Ṣabrī, continuando su estudio sobre la figura del administrador, examina la retribución que le corresponde por el ejercicio de su función. En su opinión, existen dos dichos sobre los que los ulemas establecen la legalidad del derecho que asiste a este gestor a recibir una renta por los servicios prestados. Uno de ellos ya nos hemos referido a él²³⁶⁴. El otro sería el siguiente del cual se hace eco en el fragmento de su monografía que hemos tomado:

(32)^a باب نفقة القيم للوقف.

2776- حدثني [...] عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن الرسول، ص، قال ((لا تقسّم ورثتي ديناراً ولا درهماً، ما تركت، بعد نفق نسائي ومؤنة عاملي، فهو صدقة))²³⁶⁵.

Este doctor afirma que existe un consenso entre los *fuqahā'* sobre la validez de que el administrador vea compensado su labor mediante una renta. No obstante, su cuantía varía de un lugar a otro y de un momento histórico a otro; asimismo, su cuantía puede venir fijada por el fundador en el momento de constitución del *waqf*; si no fuera así, habría que acudir a la costumbre para determinarla o, como nos informa el autor, el juez, como supremo administrador, es el encargado de concretarla.

^bالمطلب الأول: تقدير الأجرة من الواقف

trabajadores, es una *ṣadaqa*". Los ulemas han deducido de este hadiz honorable la legalidad de la renta del trabajador para un *waqf*, y lo que se entiende por trabajador en este dicho es quien dirige la tierra. 3.- La costumbre que está vigente desde la época de los compañeros, la satisfacción de Dios esté sobre ellos, hasta nuestros días es que se le dé al administrador una parte de las rentas en contraprestación por su administración del juez. Al-Qurṭubī ha dicho: "la costumbre vigente es que el trabajador coma del fruto del *waqf*, incluso si el fundador hubiera estipulado que no comiera por considerarlo despreciable. Lo que se entiende por lo acostumbrado: la cuantía que la costumbre estima o la que se paga por un determinado apetito, es decir, la que se necesita, o se toma en función del trabajo". O sea, la primera exégesis de lo acostumbrado es la primera en lo que se refiere a la renta que toma el administrador según la costumbre: o la fija el fundador como una renta mensual o es un porcentaje de los frutos del *waqf*. Es la interpretación de los tribunales en nuestro país, pues el juez es considerado el administrador general...

a (32) Capítulo sobre los gastos del administrador del *waqf*.

Nos informó [...] de Abū Hurayra, Dios esté satisfecho de él que afirma que el Enviado de Dios dijo: "no dividáis mi herencia en un dinar o un *dirham*, lo que dejo en herencia, tras los gastos de mis esposas y el salario de mis trabajadores, es una *ṣadaqa*".

b Sección primera: cuantía de la renta del administrador.

Los *fuqahā'* están de acuerdo sobre el derecho del fundador en delimitar la renta del administrador a cargo del *waqf*, sin limitación ni condicionante, es decir, el fundador tiene el derecho de determinar la cuantía de la renta que considere, estimando que el fundador es quien ha establecido las estipulaciones de la fundación, determinando los derechos de los beneficiarios y, en consecuencia, es su derecho determinar la renta del administrador. De esta manera, aparece en *al-Is'āf* lo que sigue: "es válido que el fundador establezca para el administrador a cargo de su *waqf* cada año un dinero conocido por realizar sus órdenes". A pesar del consenso de los *fuqahā'* de dotar de competencia al fundador para determinar la cantidad de la renta del administrador, discrepan sobre el derecho del administrador a esta renta: si es a una renta acostumbrada, mayor o menor, según lo que sigue: 1- el caso de que la cuantía de la renta está fijada por el fundador en la de la renta acostumbrado: no hay discrepancia ni duda entre los *fuqahā'*, porque la regla general es que la renta del administrador sea igual a la de la renta acostumbrada. 2.- El caso de que la renta del administrador sea

اتفق العلماء على أن للواقف الحق في تقدير أجر الناظر على الوقف، دون قيد ولا شرط، أي من حق الواقف أن يقرر قيمة الأجرة يرتئها على إعتبار أن الواقف هو الذي وضع شروط الوقفية وهو الذي قرر للمستحقين حقوقهم وبالتالي من حقه تحديد أجرة الناظر. وقد ورد في كتاب الإسعاف ما نصه (يجوز أن يجعل الواقف للمتولي على وقفه في كل سنة ما لم معلوماً بقيامه بأمره). وبالرغم من إتفاق الفقهاء على إعطاء الصلاحية للواقف بتحديد مقدار أجرة الناظر، إلا أنهم اختلفوا في أحقية الناظر لهذا الأجرة: إن كانت بقدر أجرة المثل، أو كانت أعلى من أجر المثل، أو كانت أقل من أجر المثل وذلك عدل النحو الآتي: 1- حالة إن كانت أجرة الناظر بقدر أجر المثل من قبل الواقف: لا خلاف ولا إشكال بين الفقهاء في هذه الحالة لأن الأصل في أجرة الناظر أن تكون مساوية لأجر المثل. 2- حالة إن كانت أجرة الناظر أكثر أو أعلى من أجر المثل من قبل الواقف " فإن أصحاب المذاهب الفقهية يقررون أن للناظر الحق في هذا الأجر مع بعض التفصيلات والتحفظات على النحو الآتي:

أ- الحنفية: إذا قرر الواقف أجراً للناظر أكثر من أجر المثل فإن هذا الأجر من حق الناظر، وقد ورد في كتاب الإسعاف ما نصه (ولو جعل الواقف للقائم بوقفة أكثر من أجر مثله يجوز، لأنه لو جعل ذلك من غير أن يشترط عليه القيام بأمره يجوز فهذا أولى بالجواز). لذا لو إفتراضنا أن الناظر فوض شخصاً آخر للقيام بأمر الوقف فليس للمفوض إليه إلا أجر المثل. أما الزيادة فإنها من حق الناظر لأنه إستحقها بمقتضى شرط الواقف²³⁶⁶.

El doctor Sa'īd Ṣabrī considera que los ulemas son unánimes en determinar que el fundador es libre para fijar la cuantía de la renta que corresponde al administrador por su función, puesto que también fija el derecho de los beneficiarios. No obstante, sí existen diferencias sobre el derecho de quien se ocupa de los asuntos del *waqf* en el caso de que la remuneración establecida fuera superior a la que correspondería según la costumbre del lugar a una persona que arrendara sus servicios para una función similar. Los *ḥanafīes* lo admiten ya que deriva directamente de la voluntad del fundador. Seguidamente, expone las opiniones de las otras corrientes jurídicas:

ب- المالكية: إنما يستحق الناظر الزيادة عن أجر المثل بإعتبار أنه من المستحقين في الوقف لا بإعتبار إدارته للوقف والنظر عليه²³⁶⁷.

Por su parte, los *mālikīes* creen que el derecho del administrador a ese suplemento sobre la renta acostumbrada está basado en su condición de beneficiario, no de gestor de los asuntos del *waqf*. El doctor jordano cita estos dos textos de ulemas de esta escuela:

السادس: قال ابن عرفة عن ابن فتوح: للقاضي أن يجعل لمن قدمه للنظر في الأحباس رزقاً معلوماً في كل شهر بإجتهاده في قدر ذلك بحسب عمله وفعله الأئمة. ابن عتاب عن المشاور: لا يكون أجره إلا من بيت المال، فإن أخذها من الأحباس أخذت منهم ورجع بأجره في بيت المال، فإن لم يعط منها فأجره على الله. وإنما لم يجعله له فيها شيء لأنه تغيير للوصايا، ويمثل قول المشاور أفتى ابن ورد وقال: لا يجوز أخذ أجرته من الأحباس إلا أن يحمل على من حبس. وخالفه عبد الحق وابن عطية وقال: ذلك جائز لا أعلم فيه نص خلاف إنتهى...²³⁶⁸

El mequí del siglo XV al-Ḥaṭṭāb, en sus glosas a la obra Jalīl, siguiendo la doctrina de Ibn 'Arfa (imán de la Gran Mezquita de Túnez y uno de sus más conocidos muftīes en el siglo XIV²³⁶⁹), Ibn Fattūḥ (discípulo de Ibn Ḥazm nacido en el año 1029²³⁷⁰), Ibn 'Attāb (ulema cordobés del siglo XI²³⁷¹) e Ibn Ward, considera que, en caso de que el administrador sea nombrado por el juez, su remuneración ha de correr de parte de la *bayt al-māl*; nunca se ha de abonar de las rentas de los *aḥbās*. En una expresión muy gráfica de la obra *al-Mušāwir* (Aḥmad al-Qabbāb, juez de Fez en el siglo XIV²³⁷²), se afirma que, si no recibe ningún pago del tesoro, su salario recaería sobre Dios. No

mayor que la renta acostumbrada por parte del administrador: las distintas escuelas del *fiqh* deciden que el administrador tiene derecho a esta renta con algunas puntualizaciones y reservas según lo que sigue:

A- Los *ḥanafīes*: si el administrador ha determinado que la renta del *waqf* es más que la renta acostumbrada, el administrador tendría derecho a esa renta. En *al-Is'āf* se dice: "si el fundador estableciera a quien se encargue de su fundación más que la renta acostumbrada, sería válido, porque sería válido que le diera una renta sin necesidad de realizar sus órdenes, entonces esto sería con más razón". Por eso, si supusiéramos que el administrador encargara a otra persona la realización de los asuntos del *waqf*, este delegado no tendría derecho más que a la renta acostumbrada. En cuanto al aumento es un derecho del administrador porque lo merece por la estipulación del fundador.

a B.- Los *mālikīes*: el administrador únicamente merece esa subida sobre la renta acostumbrada en su consideración de beneficiario del *waqf*, no en su consideración de administrador y gestor del mismo.

b Sexto: Ibn 'Arfa ha dicho acerca de Ibn Fattūḥ: el juez puede establecer para quien hubiera nombrado como administrador de los *aḥbās* una paga determinada según su criterio en función del trabajo y lo que hagan los imanes. Ibn 'Attāb sobre *al-Mušāwir*: su renta no es más que de la *bayt al-māl*, si cogiera de los *aḥbās*, se le quitaría y se le daría de la *bayt al-māl*, en caso de no recibir renta, esta sería de Dios. No se le asigna nada, porque eso sería transformar los albaceas. De forma similar a *al-Mušāwir*, emitió una fetua Ibn Ward quien dijo: no es válido que tome la renta de los *aḥbās*, excepto que lo haga recaer sobre quien lo fundó. Discrepa Ibn 'Aṭīyya quien dijo: eso es válido y no conozco ningún texto que diga lo contrario. Fin.

obstante, Ibn 'Atīyya (granadino nacido en el año 1088 y que ocupó el cargo de juez de Almería²³⁷³), discrepa de esta tesis y defiende la legalidad de que sea una obligación que se haya de abonar de las rentas del *waqf*. No se pronuncia el texto sobre los administradores cuya designación hubiera corrido a cargo del fundador. El segundo corresponde a la obra de al-Dasūqī:

a (تنبيه) ذكر البدر القرافي أن القاضي لا يعزل ناظراً إلا بجنحة وللواقف عزله ولو لغير جنحة وفيه أيضاً أن للقاضي أن يجعل للناظر شيئاً من الوقف إذا لم يكن له شيء، وإفتاء ابن عتاب بأن الناظر لا يحل له أخذ شيء من غلة الوقف بل من بيت المال إلا عين الواقف له شيئاً ضعيفاً²³⁷⁴.

Este maestro de al-Azhar expone la opinión de al-Qarāfī, ulema marroquí nacido en el año 1285, según la cual el juez está capacitado para establecer una remuneración al administrador si este no recibe ningún tipo de renta. No obstante, Ibn 'Atīyya dispone que el salario ha de ser abonada por la *bayt al-māl*, aunque permite que el fundador le señale una paga siempre que sea modesta.

La opinión mayoritaria, según estos textos y la fetua compilada por al-Wanšārī²³⁷⁵, entre los seguidores de Mālik b. Anas es que la retribución de esta función administradora se convierte en una obligación del tesoro público, así interpretan los hadices; de forma diferente a la explicación del doctor jordano. No obstante, existen voces discrepantes y permiten al juez que fije un porcentaje de las rentas del *waqf* o al propio fundador, siempre que no sea una cantidad excesiva. Más que una cuestión de ser considerado como beneficiario, como afirma el doctor Šabrī, la mayoría de los medineses convierten a la figura en una especie de funcionario público.

b ج- الشافعية: إن الناظر إذا كان هو الواقف نفسه فلا يحق له إلا أجر المثل. لأنهم يرون أن أخذ الناظر-أي ناظر- للزيادة عن أجر المثل تكون من باب الإستحقاق في الوقف لا بإعتبار إدارته للوقف والنظر عليه. أي أن الناظر لا يجوز له أن يأخذ أكثر من أجر المثل سواء كان الناظر هو الواقف نفسه أو كان من المستحقين أو كان من الأجانب²³⁷⁶.

En su libro sobre el *waqf*, el investigador de Jordania afirma que los discípulos de al-Šāfi'ī limitan el posible salario del administrador a la renta de referencia entre las personas que realizan labores similares en el lugar de que se trate, pues todo lo que la sobrepasara sería catalogado como derecho de los beneficiarios. Para apoyar esta afirmación cita el comentario de Šams-l-Dīn Muḥammad b. Abū 'Abbās Aḥmad b. Ḥamza, egipcio del siglo XVI, el *pequeño al-Šāfi'ī*, a la obra de su escuela *Šarḥ al-minhāy*.

c (قوله لم يستحق أجره) قال شيخنا الزياتي بعد ما ذكر: وليس له، أي الناظر أخذ شيء من مال الوقف، فإن فعل ضمن ولم يبرأ إلا بأقباضه للحاكم، وهذا هو المعتمد رملى إنتهى [...] (وقوله ليقرر له أجره) أي وإن كان من جملة المستحقين في الوقف²³⁷⁷.

Šams-l-Dīn Muḥammad, según los juristas de su escuela al-Zyādī (fallecido en el año 1615 en El Cairo, donde también nació; con él terminó la hegemonía de esta escuela en Egipto²³⁷⁸) y al-Ramlī (también egipcio muerto casi un siglo antes²³⁷⁹) el administrador no puede cobrar del *waqf*, únicamente el derecho que le correspondiera si fuera uno de los beneficiarios, la expresión que se emplea es la siguiente: “*dinero del waqf*”; como si la fundación fuera su propietaria. Estas afirmaciones no casan del todo con las afirmaciones de 'Ikrima Sa'īd Šabrī.

a *(Advertencia)* Menciona al-Badr al-Qarāfī que el juez no puede destituir al administrador más que por faltas, mientras que el fundador lo puede destituir aunque no las cometa; él también dice que el juez puede establecer alguna parte del *waqf*, si no tiene nada. Ibn 'Attāb ha emitido una fetua en la que no le es lícito al administrador tomar nada de las rentas del *waqf*, sino de la *bayt al-māl*, salvo que el el fundador le haya designado una parte pequeña.

b C.- Los *šāfi'īs*: El administrador, si fuera el propio fundador, no tiene derecho más que a la renta acostumbrada, porque piensan que el cobro por el administrador -cualquiera que fuera- de un incremento sobre la renta acostumbrada sería de la categoría de los beneficiarios del *waqf*, no por desempeñar su administración. Es decir, no le es válido al administrador cobrar más que la renta acostumbrada, tanto si fuera el propio fundador, uno de los beneficiarios o un tercero.

c (Su expresión: *no merece renta*) Nuestro jeque, al-Zyādī, ha dicho después de lo que se ha referido: no puede, es decir, el administrador, cobrar nada del dinero del *waqf*. Si lo hiciera, sería responsable y no se exoneraría más que con su entrega la juez; es lo que está constatado por al-Ramlī. Fin [...] (Su expresión: *que le fije una renta*) quiere decir si fuera uno más en el conjunto de los beneficiarios del *waqf*.

^aد- الحنابلة: إن أجر الناظر إذا زاد عن أجر المثل فينبغي على الناظر دفع ما زاد عن أجر المثل إلى الوقف وما يلزم الوقف من الصيانة وأجور العمال وغير ذلك، وما لم يكن الواقف قد إشتراط الزيادة للناظر على التخصيص حينئذ فإن الناظر يستحق هذه الزيادة بسبب شرط الواقف لا على إعتبار كونها أجراً له عن إدارته للواقف²³⁸⁰.

El investigador Şabrī afirma que en virtud de la doctrina *ḥanbalī* el administrador tiene prohibido percibir una cantidad mayor que la renta acostumbrada; si así o hiciera, debería devolver la diferencia al *waqf* y a lo que este precisa de mantenimiento y salario de los trabajadores (¿trabajadores de la fundación?). Sin embargo, en el supuesto de que el propio fundador hubiera estipulado esa renta superior, sí tendría derecho a cobrarla, no en concepto de renta por el arrendamiento de servicio como administrador, sino a causa de esta estipulación. La voluntad de quien instituye el *ḥubs* es la suprema ley de la institución. Resulta curioso una vez más cómo las expresiones en un texto denotan claramente que la fundación es titular de patrimonio e incluso dispone de trabajadores, si bien se queda a medio camino, pues no se afirma su condición de persona jurídica.

^b3- حالة إن كانت أجرة الناظر أقل من أجر المثل من قبل الواقف: لا خلاف بين الفقهاء ي جواز أخذ الناظر أجراً أقل من أجر المثل، إلا أن الناظر من حقه أن يرضى بالأجر من قبل الواقف وأن تعتبر عمله الزائد على ما قدر له من قبيل التبرع...²³⁸¹

Como colofón a la cuestión de la determinación de la cuantía de la renta del administrador por parte del fundador, Şabrī comenta la unanimidad de los *fuqahā'* sobre la legalidad de que la fije en una cuantía inferior a la que se suele concretar para una persona que realice una labor similar. Si aceptara este montante, jurídicamente estaría realizando una donación al *waqf* por las labores que excedieran el pago.

المطلب الثاني: تقدير الأجرة من القاضي.

إتفق الفقهاء أن للقاضي صلاحية في تقدير الأجرة للناظر بحيث لا تزيد الأجر عن أجر المثل، وعليه صلاحية القاضي في هذا المجال تختلف عن صلاحية الواقف: إذا يجوز للواقف أن يجعل الغلة كلها للناظر بخلاف القاضي فإنه -أى القاضي- لا يجرى عليه إلا بقدر الإستحقاق -أى أجر المثل- لأن القاضي عين الناظر للقيام بمصالح المسلمين لا يجوز له من التصرف إلا ما فيه مصلحة لهم. وجاء في كتاب الإسعاف ما نصه (بخلاف القاضي فإنه لا يجري عليه إلا بقدر الإستحقاق لأنه نصب ناظراً لمصالح المسلمين فلا يجوز له من التصرف إلا ما فيه مصلحة). أما إذا أغفل الواقف أو القاضي تعيين أجر للناظر فهناك حالتان:

a D.- Los *ḥanbalīes*: La renta del administrador, si fuera superior a la acostumbrada, debería entregar lo que sobrepasara al *waqf* y lo que este está obligado para su conservación y pago de los trabajadores y demás. Esto, siempre y cuando el fundador no hubiera estipulado para el administrador en especial algo, pues entonces tendría derecho a este aumento - por causa de la condición del fundador- no por su cualidad de renta para él en compensación por su administración.

b 3.- El caso en que la renta del administrador fuera menor que la de la renta acostumbrada por una estipulación del fundador: no hay discrepancia entre los *fuqahā'* en que esto es válido; el administrador tiene derecho a aceptarla y considerar su trabajo que exceda esa cuantía fijada como una liberalidad...

c Sección segunda: fijación de la renta por parte del juez.

Los *fuqahā'* están de acuerdo en que el juez es competente para fijar la renta del administrador siempre que no supere la renta acostumbrada, si bien esta competencia no es como la del fundador, quien puede dar toda la renta al administrador, al contrario que él -es decir, el juez- que no puede hacerlo más que en función de su merecimiento -es decir, la renta acostumbrada- porque el juez nombra al administrador para llevar a cabo el interés de los musulmanes y no puede actuar más que en función de estos. Aparece en el libro *al-Is'āf* lo que sigue: "a diferencia del juez, pues este no puede aplicar más que la cuantía del merecimiento, porque él instituye un administrador para los intereses de los musulmanes, no le es lícito actuar más que en lo que se dé este interés". Si tanto el fundador como el juez hubieran descuidado determinar la renta del administrador, se darían dos supuestos:

El supuesto primero: el administrador no interpone una demanda al juez para que le fije su renta. En este caso, la mayoría de los *fuqahā'* no discrepan en que el administrador no tiene derecho a nada de la renta del *waqf*, y se le considera un donante o voluntario en su trabajo en la administración del *waqf*, pues se considera que la renta del administrador es por su trabajo y no se tiene derecho a ella más que con su reclamación.

El supuesto segundo: el administrador interpone una demanda al juez solicitando que le fije la renta. En ese momento, el juez debe disponer de una renta para el administrador como derecho legítimo de él, pero que no supere la renta acostumbrada, con independencia de que el administrador tenga necesidad o no si fuera o uno de los beneficiarios o un tercero. Esta es la opinión de la mayoría de los *fuqahā'* y gran parte de los *ḥanbalīes*. Otros *ḥanbalīes* opinan: el administrador toma menos de la renta acostumbrada o coge su remuneración en analogía con el tutor del menor, no teniendo derecho a esta renta más que si fuera pobre.

الحالة الأولى: أن الناظر لا يرفع طلباً إلى القاضي بتعيين أجر له، وفي هذا الحالة لا خلاف بين جمهور الفقهاء في أن الناظر لا يستحق شيئاً من غلة الوقف، وأنه يتبرع متبرعاً ومتطوعاً بعمله في إدارة الوقف، على إعتبار أن أجر الناظر هو أجر على العمل، فلا يستحقه إلا بالطلب.

الحالة الثانية: أن يرفع الناظر إلى القاضي طلباً لتعيين أجر له: حينئذ يلزم القاضي بصرف للناظر كحق شرعي له بحيث لا يزيد عن أجر المثل: بغض النظر أكان الناظر محتاجاً أو غير محتاج، وسواء أكان من المستحقين أو كان أجنبياً. وهذا رأي الجمهور من الفقهاء بما فيهم معظم الحنابلة. ويرى بعض الحنابلة: أن الناظر يأخذ الأقل من أجر المثل أو أن يأخذ كفايته قياساً على ولي الصغير ولا يستحق هذا الجر إلا إذا كان فقيراً²³⁸².

Esta monografía pone punto y final a la retribución del administrador con su determinación por parte del juez. Según su autor, los ulemas mantendrían una unanimidad en que es competencia del juez, pero en el límite de la renta que se acostumbra en el lugar. Esto es así porque el administrador nombrado por el juez ha de velar por el interés de los musulmanes. Cuando tanto el fundador como el juez obvian determinar la cuantía de la retribución, el administrador puede aceptarlo, siendo considerado como un trabajador voluntario sin derecho a contraprestación. También estaría facultado para interponer una demanda al juez, quien la fijará como su derecho legítimo; alguna corriente dentro de la escuela *hanbalī*, en aplicación analógica del régimen del tutor del menor, únicamente sería titular de ese derecho si fuera pobre. Llama la atención que, siendo una cuestión procesal, no se mencione quién es la parte demandada por el administrador. No obstante y teniendo en cuenta que la retribución será a cargo de la rentas del *waqf*, lo lógico sería tener a esta fundación como contraparte en el juicio, concediéndole capacidad procesal pasiva y, por tanto, personalidad jurídica. Los ulemas no explicitan su condición de demandado.

El pasivo de estos *ahbās* puede informarnos acerca de si la *Šarī'a* los estima capaces de asumir la titularidad de obligaciones. Los fragmentos de obras de *fiqh* que hemos escogido muestran numerosos ejemplos en los que la renta de los mismos asume el pago por prestaciones realizadas por terceros. Con carácter previo, si bien desde un punto de vista procesal, al-Jaṣṣāf²³⁸³ nos proporciona la clave para entender estos textos y extraer las conclusiones más próximas a la realidad. El administrador, el encargado de llevar a concluir estas operaciones de las que derivan los pagos a cargo de las rentas del *waqf*, es calificado como una especie de tutor de un menor, el cual, por una cuestión de madurez, no posee la plena capacidad de obrar. De esta analogía, se deducen dos principios fundamentales que nos han de guiar: el primero, que completa esta capacidad de obrar, no jurídica, que aún no ha alcanzado su plenitud; por otro lado, marca la prudencia como forma de realizar su función, lejos de los riesgos de las actividades mercantiles que suelen presidir la vida de una sociedad anónima, por ejemplo.

En general, la institución posee un anhelo de eternidad; el mantenimiento de estos bienes en un adecuado estado de explotación es inherente a su naturaleza. Con el fin de que permanezca en uso *sine die*, se han de invertir unas cantidades económicas en labores de conservación. Tanto Hilāl b. Yaḥyā²³⁸⁴, como al-Jaṣṣāf²³⁸⁵, aún en ausencia de disposición del fundador, obligan a que estos gastos se satisfagan a cargo de las rentas del *waqf*. Únicamente tras el pago de las mismas, se repartirían los frutos entre los beneficiarios. El interés de los habices es superior al de las personas, o cosas, en cuyo favor se constituyó.

Si bien el reconocimiento de la capacidad de ser un centro de imputación de obligaciones resulta evidente, los argumentos que les sirven de fundamento a estos dos ulemas de la escuela *ḥanaftī* no suponen la atribución de personalidad jurídica a la institución, al menos, explícitamente. Hilāl b. Yaḥyā²³⁸⁶, en el supuesto de que los beneficiarios sean los pobres, la obligación recae sobre las rentas pues, estos, como grupo indeterminado, hasta el reparto no poseen más que una expectativa de derecho. Asimismo, también se refiere a los trabajadores necesarios para la fundación como trabajadores de la tierra; este régimen es consecuencia de la aplicación analógica con las tierras de *jarāy*, propiedad de todos los musulmanes, grupo indeterminado, en comunidad de bienes antes del reparto, cuyo mantenimiento corre a cargo de sus cosechas y el excedente es el que se ha de invertir en el interés de los musulmanes, pues forma parte de la *bayt al-māl*; y el legado de

usufructo. Paradójicamente, ambos alfaquíes, cuando los beneficiarios están totalmente identificados, no hacen recaer sobre ellos estos gastos de forma directa. Los juristas se conforman con hacer responsable a las rentas, obviando la cuestión de la titularidad pasiva de la relación. Hemos de hacer notar que estos dos seguidores de Abū Ḥanīfa nacieron y desarrollaron su labor en el siglo IX, en plena formación del *fiqh*, en su estadio inicial.

Por su parte, las fetuas, proclamadas por diversos *fuqahā'* de la escuela *mālikī* y recogidas por al-Wanšārīsī, son más categóricas, en parte por ser bastante posteriores. En la primera²³⁸⁷ (en sus dos versiones²³⁸⁸), el *waqf* contrata a una persona a la que le paga un salario; si este trabajador no realiza la labor que tiene asignada, estaría apropiándose de uno de los derechos del *ḥubs*, por lo que el administrador debe reclamar judicialmente la devolución de esos ingresos indebidos. En el caso presentado al dictamen del ulema, la obligación de pago del salario, por el incumplimiento del trabajador, se convierte en un crédito de la fundación sobre la *ḍimma* del mismo. La calificación del *waqf* como sujeto de derechos y obligaciones, sin ser literal, no admite demasiadas dudas. Lógicamente, el administrador es quien actúa. Otra respuesta jurisprudencial.²³⁸⁹ de la misma colección, aunque admite que el administrador llegue a un acuerdo con el almuédano a fin de que realice labores de portero de una mezquita y lleve a cabo pequeñas reparaciones a cambio de una retribución, cimienta la norma en la voluntad implícita, no declarada, del fundador. El discípulo de Mālik, escuela que mantiene la propiedad del dominio directo de los bienes en quien realiza el negocio jurídico, sitúa en esa persona el origen de la actuación del administrador de arrendar estos servicios, en una especie de delegación tácita; no rebasa la frontera de una nueva persona que lo sustituya. Asimismo, estos desembolsos tampoco se traducen en una posibilidad ilimitada de invertir en el *waqf*. Se circunscribe a la reparación y mantenimiento de los bienes, no a su transformación, si bien se admiten accesiones por algunos jurisconsultos²³⁹⁰. En estas prevenciones coinciden con los *ḥanafītes*, en concreto Hilāl b. Yaḥyā²³⁹¹, quien proscribió la mejora del patrimonio mediante estas inversiones. Se diría que se pretende congelar un patrimonio, manteniéndose inalterado por toda la eternidad; es más acertado compararla con una fotografía que con una imagen en movimiento que se va transformando con el paso del tiempo.

Finalmente, resulta muy esclarecedor que en pleno siglo XIX, en la obra de Muḥammad Amīn b. 'Ābidayn²³⁹², la doctrina no hubiera avanzado demasiado y este ulema damasceno apenas reconozca una capacidad de endeudamiento a la institución embrionaria: el derecho de repetición del administrador que hubiera dispuesto de sus bienes personales al objeto de realizar las labores de mantenimiento. Este carácter casi excepcional queda remarcado con la comparación que realiza a modo de justificación: el beneficiario de un derecho de habitación de una casa constituida como *ḥubs* tiene prohibido arrendarla; esta persona asumiría, por tal motivo, los gastos de mantenimiento de la vivienda, excepto que fuera pobre, supuesto en el que, de forma anómala, la entregaría en arrendamiento únicamente por el montante imprescindible para obtener los fondos para las obras.

En el capítulo cuarto de esta tesis, examinamos brevemente la capacidad jurídica y de obrar en la *Šarī'a*; nos detuvimos en la cuestión de la suspensión de pagos y la quiebra. Al detenernos en el pasivo de los *awqāf*, tenemos que volver la vista a esta cuestión. La *Maḡalla* otomana, codificando la tradición jurídica *ḥanafītes*, en sus artículos 1001²³⁹³ y 1002²³⁹⁴, restringen el alcance de la responsabilidad del quebrado a sus bienes en el momento de la declaración judicial; además de la semejanza con una fotografía al igual que la metáfora con la que nos hemos referido al *waqf*, lo benevolente del régimen (una reflexión que aparece siempre al abordar este problema) no se convierte en un acicate al deudor para crear un ente interpuesto que lo proteja, como sería una sociedad. Entre los *mālikītes*, la reglamentación es más estricta: tanto Saḥnūn²³⁹⁵ como Ibn Rušd²³⁹⁶, al estimar que la *ḍimma* del quebrado es capaz de recuperarse, se permite a los acreedores perseguirla en el futuro. Estas dos teorías no se ven reflejadas en las fundaciones islámicas. Por un lado, de las obligaciones de mantenimiento los ulemas hacen responder de ellas a las rentas no al sujeto jurídico *ḥubs*; siguiendo la tendencia objetiva del *fiqh*, muchas veces la obligación, más que un vínculo entre acreedor y deudor, se estudia como una conexión entre un crédito y un bien

concreto o bienes concretos. Finalmente, entre las diversas fuentes jurídicas de los *fuqahā'* que hemos consultado, no nos hemos topado con ninguna que atribuya *ḍimma* a estas instituciones.

Los *raḥāla*, testigos de la realidad que se encuentran en sus viajes, Ibn Ŷubayr²³⁹⁷ y Ibn Baṭūṭa²³⁹⁸, nos narran mezquitas y hospitales que poseen grandes y numerosos *aḥbās*, pero sin entrar en detalles jurídicos. Esta información no es desdeñable en absoluto, pues si bien no constatan que el *waqf* asuma obligaciones, sí dan fe de que existen establecimientos que son titulares de los derechos de beneficiarios de los *awqāf*, de lo que se deduce cierta personificación jurídica.

Los actos que conducen al incremento del pasivo de las fundaciones son concluidos por el administrador. Si bien ya hemos estudiado su figura en diversos momentos de nuestro libro, volver a la misma desde el prisma de las obligaciones del *waqf* nos resultará muy útil. Para ello, partimos de la obra del doctor 'Ikrima Sa'īd Ṣabrī²³⁹⁹, en el capítulo de su monografía sobre la institución dedicada a la misma. Desglosa las distintas acciones de este gestor, a través de su catalogación en tres categorías:

- Actos obligados que se resumen en aquellos que conducen a mantener el patrimonio fundacional en el estado original y adecuado para su explotación. Este investigador, tras la lectura de obras clásicas de *fuqahā'* de todas las escuelas sunníes, expone como argumento la finalidad de eternidad de la institución, la cual, sin estas inversiones, sería irrealizable. En otros momentos nos hemos referido a la teoría de la causa en las contratos y obligaciones (véase el artículo de Oussama Arabi²⁴⁰⁰) en el derecho islámico. Esta opinión del doctor Ṣabrī podría encuadrarse en los negocios sin causa, porque si el fundador no dispusiera que se realizaran estos gastos de conservación y no se obligara al administrador, en ese caso, a llevarlos a cabo, no se conseguiría la función que el ordenamiento espera de este negocio jurídico: ser una *ṣadaqa* eterna. Es decir, explica este deber desde la causa de los actos jurídicos; no la resuelve desde la creación de un nuevo sujeto de derecho. También está compelido a la defensa de los derechos del *waqf*; a tal fin, se le capacita para contratar, a expensas de las rentas de los *aḥbās*, abogados y procuradores y pagar los gastos que origine el proceso judicial; que el autor asigne la titularidad de los derechos a la fundación resulta muy relevante. En este sentido, el gestor ha de pagar las deudas del *waqf*. A pesar de que no explicita la cuestión, da la sensación de que 'Ikrima Sa'īd Ṣabrī cree que a la institución se le imputan obligaciones y derechos, participando en relaciones jurídicas tanto en posición activa como pasiva. No dice expresamente que sea una persona jurídica, pero quizás no sea necesario.
- La segunda clase de actos, aquellos que le están permitidos, se refiere a la explotación del *waqf*, mediante el arrendamiento de los bienes o su entrega en alguna de las figuras societarias que hemos estudiado. Nos remitimos al epígrafe correspondiente de este capítulo.
- Por último, describe las acciones que tiene vedadas. La regla general es que el administrador no puede endeudar los *aḥbās*. Esta norma presenta sus excepciones, pues en caso de necesidad para conservar los bienes sí se le permite comprar con el precio aplazado o pedir un préstamo, si no existen fondos. Además del hecho habilitante, que sea totalmente necesario, los *ḥanafīes* exigen permiso judicial; requisito que establecido por las demás escuelas, pues, si no se cumpliera la situación de hecho, el contrato se podría anular posteriormente. 'Ikrima Sa'īd Ṣabrī redacta esta cuestión con una expresión que según la lengua árabe coloca al *waqf* en la situación de sujeto pasivo de la obligación: *Istidāna 'alā al-waqf*. Además de otras obras, acude en apoyo de sus tesis al ulema, profesor decimonónico de la Universidad de Al-Azhar, al-Dasūqī²⁴⁰¹, en la establece el derecho a repetir contra el *ḥubs* del administrador que hubiera adelantado el dinero necesario para su mantenimiento; asimismo, sería válido que pidiera un préstamo con el mismo fin; en ambos casos, la fundación se situaría como obligada a la restitución de esa cantidad. No obstante,

esta posibilidad es excepcional y limitada a casos muy justificados; en este contexto restringido se coloca la prohibición de dar alguno de sus bienes en prenda o hipoteca. Finalmente, aunque motivado por el perjuicio que irrogaría al derecho de los beneficiarios, no sería válido el préstamo de uso gratuito, comodato, de cualquier parte del patrimonio.

La retribución del administrador también constituiría un derecho que se traduciría en un aumento del pasivo de la institución. Algunos hadices que hemos incorporado a nuestro estudio como el de 'Umar b. al-Jaṭṭāb²⁴⁰², en sus dos versiones²⁴⁰³ representan los textos legales que otorgan legitimidad a su cobro. Así lo reconoce el doctor Ṣabrī en su monografía. Este investigador explica cuál es la cantidad correcta según las escuelas. Todas están de acuerdo en libertad del fundador para fijarla. No obstante, la naturaleza de ese salario en lo que superara la cuantía que según la costumbre del lugar debe recibir una persona que realice una labor similar, sería discutible; en caso de estipular un montante inferior, el administrador sería considerado como un donante por el margen hasta alcanzar la renta acostumbrada. Sin embargo, este jurista ignora que, entre los seguidores de Mālik b. Anas, como al-Ḥaṭṭāb²⁴⁰⁴, ulema de La Meca en el siglo XV, o en alguna fetua de *al-Mi'ār*²⁴⁰⁵, cuando el fundador no se hubiera pronunciado sobre esta cuestión, debería cobrar de la *bayt al-māl*; en ningún caso permiten que arriende sus servicios al *waqf*, por la proscripción del *garar*, ya que su trabajo no se puede determinar con precisión, pues varía entre las épocas del año y según las circunstancias. Al final de este libro retomaremos esta cuestión de la proscripción del riesgo que supone un lastre para el desarrollo de los distintos negocios en el derecho islámico. Según el jurista jordano, el administrador, si no recibe nada ni nada ha previsto el fundador, está capacitado para interponer una demanda ante el juez para que le fije una cuantía por su trabajo. Aunque 'Ikrima Sa'īd Ṣabrī dedica un capítulo completo, de más de cincuenta páginas²⁴⁰⁶, a las demandas sobre el *waqf* en su obra no aclara nítidamente quién sería el demandado; esta situación procesal sería el espaldarazo definitivo y explícito a la personalidad jurídica de los *awqāf*.

Tras este repaso sobre el pasivo del patrimonio fundacional, comprobamos que, con cierta variación en intensidad, claridad y firmeza, el *waqf*, o al menos sus rentas, son titulares de obligaciones que se han de satisfacer; su inclusión en el concepto de sujeto de derecho, de una manera más o menos explícita, no ofrece muchas dudas.

Una vez llegados al término de este intento de disección jurídica de la figura del *hubs*, nada resta más que presentar nuestras conclusiones sobre si sería correcto afirmar que el *fiqh* regula esta fundación como un centro de imputación de derechos y obligaciones de forma análoga al ser humano; esta es la función del epígrafe final.

7.9 Conclusiones sobre la personalidad jurídica del *waqf*

No corresponde a esta nuestra investigación zanjar la problemática del origen del *waqf*, mas, las distintas teorías que hemos expuesto, debidamente fundamentadas, sí contribuyen a clarificar su calificación como sujeto de derecho o no, según la *Šarī'a*. Las alusiones a costumbres preislámicas sobre reses que se extraían de su uso económico normal a modo de ofrenda (*al-baḥīra*, *al-sā'iba*, *al-waṣīla*, y *al-ḥāmī*.) sugieren una inspiración religiosa en el hecho de *retener* el bien o, como era el caso, no usarlo como montura o cualquier aprovechamiento propio según el tipo de animal que se tratara. Es lógico que el Islam condenara estas instituciones al considerarlas prácticas idólatras. No obstante, podemos entender que existían precedentes del *waqf* en la *Yāhiliyya* como forma de piedad popular.

Otro de los posibles orígenes de la institución, y su nexa con la *zakāt* o *ṣadaqa*, también nos guía hacia otra forma de religiosidad, como es la caridad. Recordemos que esta finalidad está tan

presente en los *ahbās* que conforma un tipo especial de los mismos; el otro está más emparentado con la función de favorecer al propio linaje.

Ambas muestras de un carácter religioso, unidas a la presencia de cristianos en la Arabia preislámica y la influencia del comercio con Bizancio, invitan a pensar en una influencia de las *piae causae* en el régimen jurídico de esta figura islámica. Estas fundaciones de derecho romano, como afirma entre otros Cuenca²⁴⁰⁷, gozaron de personalidad jurídica, como forma de que el estado favoreciera los establecimientos caritativos.

El consenso de los ulemas sobre el requisito de que el dominio útil del patrimonio constituido como *waqf* salga de la propiedad (disociada en dos: *nuda* propiedad o dominio directo y usufructo o dominio útil) del fundador resulta evidente; el destino de esa titularidad, así lo hemos comprobado, es bastante más controvertido: Dios, nadie, los beneficiarios, el propio fundador. En consecuencia, parece que el planteamiento de la institución no descansa únicamente en la titularidad de este derecho subjetivo, ni tampoco en su división en dos propia del *fiqh*. Hay que buscar otras explicaciones. Asimismo, se ha de distinguir del dominio público, de todos los musulmanes, indivisible, indisponible, inembargable, uno de sus ejemplos más conocidos y al que hemos reservado su propio espacio, serían las tierras de *jarāy*.

A excepción de algunas disposiciones de los juristas *mālikīes* proclives a permitir la reversión en el fundador o persona más cercana de los bienes como propiedad plena, esta institución mira a la perpetuidad -de ahí la expresión tan célebre que lleva asociada y que el profesor García Sanjuán²⁴⁰⁸ unió al título de su obra: hasta que Dios herede la Tierra-. Esta duración en el tiempo implica que la fundación trascienda a las personas originariamente implicadas. Existen diversos mecanismos para garantizar la continuidad jurídica del patrimonio: los llamamientos sucesivos a la propiedad de los bienes, parecidos a los sucesorios, como ocurre en el mayorazgo español o el *trust* inglés, también pudiera aplicarse en aquellas escuelas que asignan la propiedad del dominio directo a los beneficiarios; otra fórmula que consigue el mismo resultado es la personificación de ese conjunto patrimonial. Cuando se constituye en favor de una mezquita, hospital u otro inmueble, acudir la duración, en principio indefinida, está unida a la del establecimiento.

La fórmula de constitución en el ámbito de la regulación *ḥanafī*, que exigen la alusión a la *ṣadaqa* en la expresión realizada por el fundador, nos devuelve a considerar al *waqf* como una forma de encauzar la caridad y piedad del creyente; este hecho se hace más patente con la exigencia de Ibn Taymiyya de incluir, bajo sanción de nulidad, una finalidad piadosa.

En cuanto a la capacidad, refuerza la conceptualización del negocio jurídico como un tipo de donación, pues, *grosso modo*, se exige una capacidad de obrar similar. Esta se modula con algunas prohibiciones aplicables a las autoridades, cuyas fundaciones han de perseguir un fin de interés general de los musulmanes. Finalmente, en algunas ocasiones, en el supuesto de que el fundador fuera cristiano, judío o zoroástrico, *ḍimmī*, algunos ulemas niegan el carácter absoluto y eterno, sino que opinan que su naturaleza es revocable

La intención última que la persona que constituye los *awqāf* pretende al concluir el acto tal vez sea capaz de esclarecernos algunas coincidencias con otras instituciones, en especial, con aquellas que en otros ordenamientos alcanzan la categoría de persona jurídica. Dejando a un lado la posible conexión con la causa de los contratos, a la que nos hemos referido con profusión, centrémonos en los propósitos de los fundadores. Los orientalistas, así Joseph Schacht²⁴⁰⁹, Goldziher²⁴¹⁰ o Ana María Carballeira²⁴¹¹, suelen destacar dos grandes grupos: la caridad o piedad en sentido amplio (lo que los *fuqahā* denominan *al-taqarub bi allah*: atención a los pobres, la guerra santa, mezquitas, etc.) y la salvaguardia de la integridad de un patrimonio en el marco de un linaje determinado sorteando las estrictas normas hereditarias de la *Šarī'a*. En un plano inferior también se han referido a la fundación como un instrumento para evitar las confiscaciones de tierras por parte del poder político; así lo refleja Baber Johansen²⁴¹². Aún más inusitado sería encontrar

algún autor que destacara la determinación de colocar sus bienes lejos del poder de los acreedores; algunas corrientes doctrinales, como hemos comprobado, nada objetan a que el propio fundador se constituya en beneficiario, imposibilitando un futuro embargo de los mismos.

El deseo que probablemente más haya motivado la creación de estas fundaciones reside en de obtener una recompensa divina por la realización de un acto piadoso y así lo confirma las fuentes, principalmente la literatura de viajes, en la que apenas se mencionan intenciones diferentes; estos viajeros no desperdician ninguna ocasión para loar la caridad como una virtud encomiable. En el derecho romano justiniano *-piae causae-* y en el derecho sasánida -en favor del alma- se encuentran instituciones jurídicas que cumplen con la misma función. Una vez más estamos en la obligación de mencionar que gran parte de las fundaciones con causa piadosa tenían el privilegio de la personalidad jurídica en el derecho romano y los demás ordenamientos derivados del mismo; no parece que en Persia siguiera esa misma senda, pues el administrador era propietario fiduciario del patrimonio. Esta simple coincidencia no ha de tener como resultado concluir que el *waqf* también sea regulado como sujeto independiente de derechos y obligaciones, pero sí que las normas en ambos ámbitos velan por este tipo de instituciones. Precisaremos más elementos de juicio.

La elusión de las normas sucesorias y el mantenimiento de los bienes en un grupo familiar concreto no desembocan necesariamente en la aparición de entes distintos al hombre a los que se imputan relaciones jurídicas activas y pasivas. El fundador del mayorazgo de Benavides²⁴¹³ en la provincia de Jaén, en el año 1497, no deja lugar a la duda al afirmar que pretende beneficiar a su linaje evitando la dispersión de los bienes entre muchos herederos. Esta institución patria carecía de personalidad jurídica, resolviéndose la cuestión como una propiedad vinculada²⁴¹⁴.

En principio, abordada como una materia relativa a la capacidad de obrar, los quebrados, según la escuela desde la declaración judicial o desde el presupuesto de hecho de la imposibilidad de hacer frente a las deudas, tenían prohibido la realización de disposiciones a título gratuito, como la donación, la limosna y el *hubs*. No obstante, con carácter previo a ese momento, la persona es libre de dar todo su patrimonio a otro o instituir estas fundaciones. Sin embargo, no tenemos ejemplos de utilización de la institución en este sentido, pero sí para la realización obras públicas²⁴¹⁵.

Las distintas opiniones entre los *ulamā'* de los distintos sistemas sunníes del *fiqh* acerca de los bienes que son lícitos como objeto del *waqf*, si únicamente lo son los inmuebles con sus accesorios o también se admiten muebles como el ganado, monedas, libros y demás pueden repercutir en cierto modo a la hora de inclinarnos por la tipificación de la institución como persona jurídica o no; por sí misma, esta controversia no es concluyente porque los sujetos de derecho son propietarios de ambos tipos de cosas. No obstante, si las rentas de las viviendas o las tierras sufragán los gastos de los muebles accesorios o si nos topamos con una mayor complejidad patrimonial de la fundación será posible que nos encontremos ante un indicio de la personalidad, más que ante un tipo de propiedad especial.

El andalusí Ibn Yawzī²⁴¹⁶ nos facilita la labor con este compendio de la regulación sobre los beneficiarios de la institución: *En cuanto al beneficiario, es válido que sea un ser humano u otro como las mezquitas y escuelas; también es válido tanto para existentes o no, determinados como indeterminados, musulmán o dīmmī, pariente o no.* Este amplio abanico de posibles titulares del derecho que asiste a los destinatarios del *waqf* -uso, usufructo o dominio útil- habilita un gran ramillete de regímenes jurídicos. Su mayor o menor encaje con la naturaleza que le demos al *hubs* provocará que tendamos que decantarnos por una propiedad vinculada o una personificación.

Su misión de canalizar la caridad de los fieles musulmanes no admite discusión, junto a la *sadaqa* (limosna) y la *zakāt* (limosna impuesta legalmente), en las que tal vez hallemos alguno de sus orígenes. Este cauce normativo, entre otros supuestos, queda patente cuando se designa como beneficiarios a los pobres (incluidos en la cláusula residual que prescriben los *ḥanafī* en toda

fundación). Sería un ejemplo de lo que Ibn ʿĀwzī bautiza como *indeterminados*. Estos grupos que no están concretados *ab initio* poseen la peculiaridad de que no son titulares de ningún derecho hasta el momento de la partición (véase al-Jaṣṣāf²⁴¹⁷ o Muḥammad b. al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsi²⁴¹⁸); hasta ese instante, las rentas que se hubieran que repartir quedan en una especie de limbo jurídico; la opción que venimos defendiendo es la de una comunidad de bienes asignando a los posibles menesterosos una mera expectativa de derecho. Seguimos manteniendo esta figura como la más plausible para el *fiqh*. Sin embargo, una apuesta decidida por la personalidad del *waqf* evitaría esta situación, pero no se ha elegido ese camino.

El caso especial de la mezquita (otro, que no es ser humano, en la terminología de Ibn ʿĀwzī) nos lleva por otros derroteros. Los jurisconsultos islámicos le asignan una *ḥurma*, o recinto sagrado, y la titularidad de un patrimonio o bien la titularidad de los mismos derechos que le corresponderían a una persona en cuyo favor se hubiera constituido una fundación; en ambos supuestos, su calificación como sujeto jurídico queda patente. Este hecho no se ve empañado por la presencia de otras fuentes de financiación como sería el tesoro público o la de personajes importantes devotos, empero, sino que se consideraría como una forma más de conseguir fondos. Los autores, incluso actuales como ʿIkrima Saʿīd Ṣabrī²⁴¹⁹, consideran que todos estos templos, sin excepción, son un *waqf* en favor de Dios; un ejemplo de una analogía semejante la encontramos en el *jarāy*. En esa ocasión nos inclinamos, al igual que en la presente, por afirmar que se acudía al término *ḥubs* con el fin de subrayar la prohibición de su venta o disposición por cualquier otro título. Es la postura que sostenemos, aunque una explicación fundamentada en que el término designe una propiedad vinculada encontraría bastantes argumentos a su favor. Nos vemos obligados a servirnos de otros aspectos de la institución. Este mismo esquema se repite con otros tipos de instituciones benéficas: escuelas, hospitales, *zawāyya*, incluso fortalezas fronterizas; hasta tal punto es así que nos hemos encontrado uno que pudiéramos denominar como seguro de alimentos en el zoco de Damasco²⁴²⁰.

Con independencia de la reglamentación que cada alfaquí aplique y en las descripciones tanto de Ibn Baṭūṭa como de Ibn ʿĀwzī, observamos lo que podríamos denominar *favor waqf*, es decir, una serie de medidas legales que intentan facilitar la fundación y la continuidad de la misma: su sujeción a la competencia de la segunda instancia del *maʿlīs-l-maʿzālim*, la aplicación de normas supletorias de la voluntad del fundador que eviten la nulidad. Asimismo, en el entorno de los seguidores de Mālik b. Anas, rige un principio que se formularía de la siguiente manera: lo que es de Dios, se puede destinar a Dios; más o menos con esas palabras aparece en la fetua de Ibn Lubb²⁴²¹. Su traducción al régimen del *ḥubs* sería la siguiente: los excedentes de un *waqf* en favor de una mezquita es lícito invertirlos en otras. Este patrocinio de la institución es mucho más intenso en los de carácter benéfico que en los de tipo familiar o de llamamiento sucesivo; los ulemas muestran reticencias hacia estos últimos, alabando los primeros, en una polémica muy similar que se vivió con el mayorazgo, según nos relata Bartolomé Clavero²⁴²². En los *awqāf* de carácter familiar, la libertad del fundador a la hora de diseñar los llamamientos, la naturaleza de los mismos (un dominio directo en un derecho de propiedad partido en dos), la existencia de una comunidad de bienes cuando existen varios llamados simultáneos (una cuota sobre unos bienes que se han de repartir), apuntan en la dirección de una propiedad vinculada y no tanta hacia una persona jurídica. Finalmente, el historiador del derecho romano, José María Nogués,²⁴²³ expone cómo en la legislación justiniana las disposiciones en favor de establecimientos como monasterios, hospitales o iglesias gozaban del privilegio de la personalidad jurídica, mientras que si se realizaban en favor de grupos indeterminados (pobres) se regulaba como una propiedad también vinculada.

La relación jurídica que nace con la constitución de un *waqf* implica a tres actores: fundador, beneficiarios y administrador. Este triángulo señala las posiciones en la misma, aunque se dé una pluralidad en alguno de sus vértices. El contenido de las facultades y obligaciones de cada lugar se mantiene, pues representan funciones diferentes, incluso en los casos donde una misma persona

pueda estar colocado en más de un lugar: la administración ejercida por el fundador o uno de los beneficiarios, o cuando aquel se asigna a sí mismo un parte de las rentas.

La voluntad del fundador en el acto fundacional establece la ley de los *aḥbās* con sus estipulaciones, a lo que ya nos hemos referido. Una vez concluido el negocio jurídico, su papel varía en función de las escuelas. Partiendo de la base de que con el nacimiento de la fundación se ha dividido el dominio en dos, para los *ḥanbalīes*, los seguidores de al-Šāfi'ī y *ḥanafīes*, su función desaparece pues la propiedad sobre la *raqaba* del patrimonio se trasmite a los beneficiarios, a nadie o a Dios. Puede aparecer como administrador o beneficiario, pero el triángulo ha perdido ya uno de sus vértices. En la de Mālik b. Anas se mantiene en él este dominio directo o *nuda* propiedad de forma real, o ficticia una vez fallecido. En cualquier caso, tanto si el titular es Dios, como inexistente o continúa el fundador, los beneficiarios adquieren unos frutos producidos por un bien cuya propiedad, divida, pertenece a otro; en el supuesto de que sobre ellos recaigan las dos partes en las que se ha dividido, no se unifican, pues las potestades de conservación de la *nuda* propiedad o dominio directo no son ejercidas por ellos, sino por el administrador. No obstante, desde la perspectiva de quien lo instituye, la cuestión queda limitada a una propiedad divida, no a un nuevo sujeto.

Estos bienes deben ser explotados, pues según la expresión que aparece en el hadiz que se considera como la piedra angular de su régimen jurídico en el cual Muḥammad, ante la consulta de 'Umar b. al-Jattāb sobre unos bienes obtenidos como botín, le dice: *retén su raíz y libera su fruto*²⁴²⁴. La manera usual de liberar los frutos se plasmará en un contrato de arrendamiento o, también, alguna de las formas societarias estudiadas. La posición de arrendador, un cuasi delegado del fundador, será ocupada por el administrador, en ocasiones se le aplica el nombre de albacea, ejecutor testamentario, como continuador de la voluntad del fundador, y defensor de su interés, identificado con el de la fundación.

La reglamentación de este segundo ángulo, el administrador, por la *Šarī'a*, en los distintos postulados y corrientes dentro de la misma, representa un pilar esencial en la construcción de una teoría sobre la personalidad jurídica del *waqf*. En Roma, siguiendo el modelo del fideicomiso, las personas encargadas del cuidado y gestión de las fundaciones se transformaban en propietarios del patrimonio (sin bien con un carácter fiduciario); así sucedía con los magistrados de las ciudades²⁴²⁵. Las disposiciones testamentarias en favor de los pobres, huérfanos y otros colectivos de menesterosos, también se solían resolver con este mecanismo, aunque cada vez con un mayor control por parte de los obispos quienes, en determinadas circunstancias, asumían por sí mismos la administración, en ocasiones como propietario fiduciario²⁴²⁶; asimismo, estos cargos religiosos asumían la ejecución de las disposiciones piadosas²⁴²⁷. Veremos seguidamente cuál es el título que habilita al administrador del *hubs*.

Es nombrado por el fundador, si bien, en caso de laguna en la declaración de voluntad, es suplida por el juez; se prefiere este recurso a la anulación del negocio, en una muestra más del *favor waqf*. En cuanto a sus competencias, se limitan básicamente a la ejecución de las estipulaciones fundacionales, con tímidas autorizaciones para mejorar el patrimonio -recordamos a Ibn Taymiyya²⁴²⁸ y alguna fetua recopilada por al-Wanšarīsi²⁴²⁹-. Se admiten las designaciones plurales que se rigen por la mancomunidad; la solidaridad en el ejercicio no se contempla y aún con más ahínco se huye de la colegialidad, así Ibn Lubb²⁴³⁰. No hemos de dejar pasar la ocasión para remarcar que el *fiqh* parece recelar de esta forma de toma de decisiones. Su responsabilidad por la actuación al frente de los *aḥbās* no es demasiado extensa. Se concreta en lo que los ulemas conocen por *amāna*²⁴³¹, igual a la del depositario, limitada a resarcir el daño en los bienes que se le han confiado (significado del vocablo árabe) irrogado por una agresión a los mismos; en la doctrina española equivaldría al dolo o culpa grave; otros supuestos de daños producidos por su labor quedarían exentos. A primera vista, es proporcionado al pequeño margen de decisión.

El cadí, en un paralelismo que no nos sorprende con el obispo en las *piae causae*, nombra y destituye (con justa causa, como la negligencia), ejerciendo una alta inspección. En su epígrafe correspondiente nos hemos hecho eco de la polémica sobre si el juez asume la auténtica administración de las fundaciones, pues también está capacitado para ejercer el cargo por sí mismo. Nada tenemos que añadir en este momento, pues mantenemos que la competencia de magistrado no anula al administrador civil, existiendo *awqāf* administrados por uno u otro simultáneamente. Además, si los postulados de la arabista Ana María Carballeira²⁴³² estuvieran en lo cierto, la naturaleza de la función permanecería inalterable: sería un personaje ajeno, en principio, a la propiedad de cualquiera de los dominios presentes en el *waqf*, que se encarga de defender el interés de la fundación definido por el fundador en su constitución; por tanto, en la mayoría de las ocasiones, no estará vinculado a los beneficiarios y estos tendrán que aceptar que sea el administrador quien explote el bien y les entregue lo que a su derecho corresponda, pues no están capacitados para destituirlo; en caso de estar en desacuerdo con su gestión, deberán acudir al juez. En consecuencia, quien ejerce las potestades que le hubieran correspondido al fundador como propietario de los bienes que se conforman el *waqf* es un tercero frente a la relación con el dominio sobre los bienes y los que reciben los frutos de los mismos. Estas características lo alejan del *trust* inglés²⁴³³, las fundaciones sasánidas²⁴³⁴ y el mayorazgo castellano²⁴³⁵. La trascendencia de esta diferencia radica en que este régimen aleja a la institución de su consideración como una simple propiedad especial, pues su trabajo no se aparta demasiado del que se espera del gerente de una sociedad que ha de conseguir dividendos para sus socios: el administrador ha de explotar de tal manera el patrimonio como para que produzca los frutos que el fundador ha establecido para cada beneficiario. La diferencia entre una propiedad fiduciaria, es decir, en donde la libertad del propietario está restringida por el deber transmitir al siguiente llamado el bien en buen estado de conservación y una administración por parte de un tercero es sutil, pero importante. Este último no ejerce un derecho de dominio, sino que se le delegan una serie de facultades, como *numerus clausus*, que ejerce como potestad delegada. El primero es un auténtico propietario con algunas prohibiciones en su actuar. En el caso del *waqf*, la misión del administrador también es continuar explotando el bien manteniéndolo en buen estado de uso para que siga produciendo rentas en favor de los beneficiarios siguientes en el orden de llamamiento. Tampoco representa una ruptura radical con el fideicomiso, sino un mecanismo jurídico diferente con el que conseguir el mismo propósito.

La importancia y difusión que la institución adquirió a lo largo de todo el mundo musulmán no pasaron ajenas, como es lógico, al poder político. Por un lado, antes de su constitución, el *waqf* de un insolvente es nulo; después, los bienes devienen inatacables por los acreedores, al igual que lo establecido por el derecho justinianeo²⁴³⁶. En aplicación del principio *favor waqf*, la posición de los beneficiarios, especialmente si son obras piadosas, merece una mayor protección.

El sometimiento de estas fundaciones a los impuestos islámicos clásicos, la *zakāt* y el *jarāy*, es una cuestión controvertida; aquellos que la defienden gravan los frutos producidos, por lo que es demasiado arriesgado deducir de esta disposición que el *waqf* en sí sea configurado como sujeto pasivo.

Esta institución ha sido tradicionalmente un instrumento para que los fieles contribuyan a la guerra santa: el caso prototípico está representado por el caballo de combate, pero también son frecuentes las que tienen como beneficiarios fortalezas fronterizas.

Con las peculiaridades jurídicas que hemos comentado, los sultanes, reyes y gobernantes de todo tipo se han erigido en fundadores de *aḥbās* en toda la *dār al-salām* o tierras bajo control musulmán. Sin embargo, el aspecto más destacable de esta relación un tanto bipolar esté representada por los mecanismos de control que el poder político sobre el *waqf*. Ibn Taymiyya²⁴³⁷ establecía como lícita la creación de registros con funcionarios especializados en la exigencia de rendición de cuentas. El doctor 'Ikrima Sa'īd Ṣabrī²⁴³⁸ realiza un recorrido histórico por las distintas

legislaciones otomanas y el Código marroquí²⁴³⁹ regula un mecanismo no tan distante del impuesto por el legislador patrio en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

El estado está interesado en favorecerlas, pero, unas veces con el fin de evitar abusos y otras con un fin menos loable, también las fiscaliza e incluso las nacionaliza. Tampoco escasean los ejemplos de auténticas confiscaciones de sus fondos, como los descritos por Ibn 'Idārī, en su crónica sobre las revueltas que siguieron a la caída del Califato Omeya en Córdoba: una con el fin de conseguir soldados de caballería²⁴⁴⁰ y otra para sobornar a los francos para que protegieran a la ciudad de Córdoba²⁴⁴¹.

Finalmente, un tema que se escapa de las posibilidades de esta tesis, pero muy interesante para cualquier investigador consistiría en el estudio del proceso desamortizador que varios estados árabes e islámicos ha llevado a cabo en el siglo XX, con el fin de devolver estas propiedades al tráfico jurídico; en España, donde los traumas causados por una legislación similar aún no han curado del todo, consideramos que una comparativa de este tipo sería muy fructífera.

Todo sujeto jurídico está inmerso en un conjunto de relaciones; en unas ocupa una situación activa como acreedor de prestaciones y en otras, pasiva, obligado a prestarlas. Si este sujeto no es un hombre, ha de actuar mediante representante, el administrador; al-Jaṣṣāf²⁴⁴², al analizar la actuación ante el juez, lo compara con el tutor del menor; analogía que le imprime dos condiciones a su labor: completar una capacidad de obrar inmadura y prudencia en la actuación, apartándose del riesgo propio del comercio.

Prácticamente todos los *fuqahā'* establecen que las rentas de los *awqāf* se ha de invertir en los gastos necesarios de mantenimiento y conservación, que incluye el pago de los salarios de los trabajadores, los aperos y alimentos de los animales. Los seguidores de Abū Ḥanīfa más comedidos lo fundamentan en la eternidad y en que los pobres son un grupo indeterminado de beneficiarios que no puede ser gravado. Los *mālikīes*, al menos en virtud de las fetuas de los muftíes seleccionados por al-Wanṣarīsī, admiten más directamente la capacidad para contratar trabajadores y, a su vez, reclamar a estos la devolución de las rentas percibidas si no hubieran ejecutados los servicios que fueron alquilados. Esta escuela, en las fetuas que hemos extraídos²⁴⁴³ y su otra versión²⁴⁴⁴ exigen al administrador que reclame judicialmente este reintegro al trabajador que no realiza su función pues forma parte de los derechos del *waqf* que se transforman en una obligación sobre la *ḍimma* de esa persona. Ahora bien, esa capacidad de contratación está bastante restringida. Otras respuestas de la misma recopilación proscriben la alteración de los bienes, si bien, algunos ulemas no se oponen a adiciones y nuevas construcciones. En este sentido, ya avanzado el siglo XIX, el jurista *ḥanafī* Muḥammad Amīn b. 'Ābidayn²⁴⁴⁵ prevé, de modo excepcional, la capacidad del administrador de repetir frente al *waqf* por los adelantos que hubiera efectuado de su peculio; estaríamos ante un préstamo donde el prestamista sería el administrador y el prestatario la fundación.

En este sentido, los *fuqahā'* no se refieren, al menos en lo que hemos podido comprobar, a la *ḍimma* de los *aḥbās* ni a la de cualquier ente inanimado. Esta capacidad de la persona para responder como deudor de los créditos de sus acreedores; en las tesis de los juristas musulmanes no se hallan demasiados indicios de que el concepto sobrepase las fronteras del ser humano. En el caso de los discípulos de Abū Ḥanīfa y las limitaciones que imponen al derecho de los acreedores de perseguir únicamente los bienes presentes en el patrimonio del quebrado al tiempo de la declaración de quiebra (que son incorporadas a la codificación otomana, la *Mayalla*, artículos 1001²⁴⁴⁶ y 1002²⁴⁴⁷), los insolventes se ven menos incitados a desarrollar formas jurídicas de protegerse, como sería escudarse tras una persona jurídica. Sus colegas medineses amplían el marco de la responsabilidad pues la del *ḍimma* quebrado admite una mejoría futura.

Los viajeros, testigos y cronistas privilegiados de la práctica jurídica en la vida cotidiana que observan en sus periplos, sí nos hacen llegar la condición de titulares de mezquitas, escuelas u hospitales sobre los derechos que les corresponden a los beneficiarios de los *awqāf*; tampoco nos

informan que asuman deudas, pero esta titularidad de derechos en sí misma supone cierta personalización.

El pasivo del *waqf* también se deriva de actos del administrador. Esta función está obligada a mantener el patrimonio en las mismas circunstancias de explotación que en el momento de la fundación. Con tal fin ha de contratar trabajadores, adquirir material y otros actos que implican obligaciones para el *hubs* o sus rentas. Según los estudios de esta institución, ya así se desprende de algunas obras que hemos consultado, 'Ikrima Sa'īd Ṣabrī, la fundamentación legal estribaría en la finalidad de perpetuidad de la fundación; en ningún caso se plantea una teoría sobre la continuidad de la personalidad del fundador ni, aún más lejos de la intención de los juristas, de un ente creado *ex profeso*. Resulta muy significativa la interdicción, como regla general, al administrador de endeudar al *waqf*. Obviamente, la negativa no es absoluta, y, como toda regla general, admite una excepción: la necesidad de realizar obras improrrogables de conservación, algunas corrientes exigen también una autorización judicial. Una vez dado el presupuesto de hecho, el administrador puede adelantar los fondos necesarios de su propio patrimonio y repetir contra la fundación, comprar lo preciso a plazos o pedir un préstamo; todas estas obligaciones serían pagadas por las rentas del *hubs* cuando se produzcan y antes de ser repartidas entre los beneficiarios. Esta capacidad de endeudamiento tan constreñida va acompañada con la prohibición de hipotecar o dar en prenda los bienes o entregarlos en préstamo de uso gratuito.

La retribución de este cargo también se reflejaría en el debe de la institución; la fijación por parte del fundador del pago de la misma es una norma sobre la que existe unanimidad entre los ulemas. En caso contrario, la mayoría sí lo admite sobre la base de la tradición de 'Umar b. al-Jaṭṭāb. No obstante, en la escuela de Medina existe una corriente doctrinal, al-Ḥaṭṭāb²⁴⁴⁸ y alguna fetua de *al-Miy'ār*²⁴⁴⁹, que impone ese salario a cargo de la *bayt al-māl*. El doctor Ṣabrī otorga legitimidad procesal activa al administrador para presentar una demanda ante el juez y le fije una cantidad como contraprestación por sus servicios. Ahora bien, en ningún momento explicita que la fundación ocupe la condición de demandada. Esta capacidad procesal pasiva se podría inducir de la obra de Al-Jaṣṣāf²⁴⁵⁰ sobre la actuación del juez en la que se desprende que el administrador es como el tutor de un menor y actúa por él en juicio.

*Despojado de complicaciones teóricas, se emplea usualmente para designar y justificar, al lado del hombre, unos entes con capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección jurídica igual (salvo alguna especial excepción) a la atribuida a la persona natural. Se acepta como algo evidente, como un hecho, respecto al que como tal no importa que se discuta su naturaleza que ésta quede inexplicada o se considere inexplicable*²⁴⁵¹. El profesor De Castro conceptualiza de esta manera a la persona jurídica. Todas las consideraciones que venimos efectuando van encaminadas a comprobar si los elementos de esta definición se encuentran entre las características que hemos destacado en la institución. Desglosemos las mismas:

- ¿Es un ente con capacidad jurídica? La más contundente atribución de capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones la hemos encontrado en una fetua²⁴⁵² de la cual al-Wanṣarīṣī compila en otra variante²⁴⁵³. Literalmente se insta al administrador a reclamar uno de los derechos del *waqf*. Este derecho tiene su paralelo en la obligación de restituir lo cobrado indebidamente por un trabajador contratado para realizar una labor que nunca llevó a cabo. Asimismo, de las rentas de los *aḥbās* se han de abonar los gastos de mantenimiento y el salario del administrador si su función es remunerada; asimismo, se contratan abogados y procuradores con el fin de defender judicialmente lo que pertenece a la fundación. Finalmente, de forma bastante restringida, se permite el endeudamiento en supuestos de necesidad evidente y algunos juristas exigen autorización judicial, a través del adelanto de fondos por el administrador, la compra a plazos y el préstamo.

- ¿Tiene capacidad de obrar? También es posible responder afirmativamente a este interrogante, a través del administrador quien, como hemos demostrado, es una persona ajena a los intereses de los beneficiarios y que sólo excepcionalmente tiene una relación de dominio con los bienes fundacionales, bien sea el dominio directo o el útil. Esta alteridad explica que los *ulamā'* establezcan como su deber velar por el interés del *waqf*, el cual no tiene por qué coincidir con el de los beneficiarios ni, incluso, con los del fundador una vez concluido el negocio. Este cargo realiza la explotación del patrimonio, usualmente mediante arrendamientos, ocupando la posición del arrendador en una especie de delegación de quien realiza el negocio jurídico.
- ¿Es digno de una protección jurídica igual (salvo alguna especial excepción) a la atribuida a la persona natural? Tampoco habría motivos para negar esta protección. El administrador no solamente está capacitado, sino que está obligado a buscar el auxilio judicial en defensa de los intereses fundacionales; los beneficiarios están legitimados para solicitar al juez la destitución del gestor. El magistrado ejerce la alta inspección de los *awqāf* y amparado en una justa causa, como un ejercicio ineficaz o negligente, puede sustituir al administrador y, si lo estima conveniente, ejercer la función por sí mismo. Igualmente, el *maylis-l-mazālim* tiene jurisdicción sobre esta materia. Por último, el poder político, además de crear sus propias fundaciones, y de forma cada vez más entusiasta con el paso de los siglos, establece registros y órganos administrativos de control, asumiendo en muchas regiones del mundo musulmán una administración directa por parte de los gobernantes. De una parte, se intenta fomentar la piedad entre los fieles y, de otra, se ve como una forma de financiación del estado.
- ¿Se acepta como algo evidente, como un hecho, respecto al que como tal no importa que se discuta su naturaleza que ésta quede inexplicada o se considere inexplicable? Esta materia resulta más controvertida. Al igual que en el derecho romano, el derecho romano cristiano y el derecho común europeo, las instituciones jurídicas que traducen la piedad del creyente son favorecidas legalmente, llegando con Justiniano a tener algunas el privilegio de la personalidad jurídica. En otro orden de cosas, como hemos explicado, se detecta la presencia de un *favor waqf*, un conjunto de medidas destinadas a evitar la nulidad de su constitución y fomentar su realización. Los establecimientos o inmuebles destinados al culto (mezquitas) o caridad (hospitales, escuelas, etc.) son reconocidos como beneficiarios de los *aḥbās* al mismo nivel que los seres humanos. No obstante, a pesar de que se producen los tres primeros presupuestos sobre los que nos interroga De Castro, los *fuqahā'* no realizan un reconocimiento explícito que la personalidad, más bien buscan argumentos alejados de la subjetividad de la institución a la hora de explicar la capacidad jurídica que implica el reconocimiento de derechos y obligaciones del *waqf*: un mecanismo para conseguir su perpetuidad, la presencia de grupos indeterminados como los pobres cuya posición jurídica impide que asuman los costes de mantenimiento, hacer responder a las rentas producidas por el patrimonio y no a este considerado como el sujeto obligado. En este sentido, si bien será una de las materias que abordaremos en el próximo capítulo, hemos de mencionar una vez más la tendencia objetiva del *fiqh*, que implica que la relación jurídica obligacional conecte a un acreedor con los bienes de un deudor, más frecuentemente que entre acreedor y deudor; el vínculo es más material que subjetivo. Otras instituciones similares (en especial en lo referente al *waqf* familiar o de llamamientos sucesivos), como el mayorazgo y el *trust* inglés, se organizan a raíz del derecho de propiedad, una propiedad vinculada fiduciaria.

La *Šarī'a* tradicionalmente se ha considerado como un todo perfecto e inmutable revelado por Dios; el califa o el imán no promulgan leyes²⁴⁵⁴. Con cierto paralelismo a este carácter, hemos acudido a la metáfora de la fotografía, según la cual el *ḥubs* ha de mantenerse en su estado original hasta que Dios herede la tierra; no se parece a una película que narra y regula un origen, evolución y

fin de una institución. La personalidad jurídica, por afinidad a la vida humana, es más dinámica y el planteamiento de los ulemas con el *waqf*, frena esa posible expansión. Quizás solucionar la cuestión de la institución como una propiedad especial dividida en dos tipos de dominio case mejor con ese afán por mantener el patrimonio en su estado original; no obstante, aun sin la presencia de un reconocimiento formal del *waqf* como centro de imputación de derechos y obligaciones por parte de los juristas islámicos, lo cual, ante las evidencias en sentido contrario, resulta un tanto inexplicable, se ha de concluir que esta institución posee capacidad jurídica y de obrar, reconocida, amparada y protegida jurídicamente por el *fiqh*; este poder de actuar en el tráfico jurídico está más restringido que el de un hombre, en primer lugar por la voluntad del fundador expresada en el negocio fundacional la cual no solo no se puede contravenir, sino que tampoco innovar; asimismo, en especial, el endeudamiento, el ejercicio de esa capacidad de obrar se ha de llevar a la práctica con prudencia y en casos justificados, interpretados de forma restrictiva.

8 Presupuestos teológicos y jurídicos que obstaculizan el desarrollo de un concepto propio de personalidad jurídica en el *fiqh*

Tras aspirar en los primeros tres capítulos a trazar un boceto básico sobre la senda histórica que ha hollado la doctrina occidental en el desarrollo de la institución de la personalidad jurídica, con sus posibles correlatos en el derecho islámico, pasando por una definición *grosso modo* del concepto de persona en la *Šarī'a*, nos hemos detenido en diversas figuras jurídicas en un intento de hallar ejemplos de *entes con capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección jurídica igual (salvo alguna especial excepción) a la atribuida a la persona natural*. Hemos descubierto algunos paradigmas -básicamente la *bayt al-māl* y el *waqf*- en los que, sin embargo, nos ha desconcertado el casi nulo interés de los ulemas por la cuestión de aplicar la analogía con los seres humanos como sujetos de derechos; es mayor nuestra extrañeza al constatar que, en la práctica, regulan ambos entes de forma similar a la persona física. Ahora debemos procurar ofrecer una explicación convincente de esta paradoja.

Como paso previo, hemos de fijarnos en las peculiaridades de la Ley islámica. Existe una vastísima literatura especializada en el análisis global de la Ley islámica; sin buscar directamente intervenir en la polémica entre los diversos autores, no nos queda otra salida que inmiscuirnos en la cuestión, pues en esta radicaría una de las razones de la ausencia de un concepto propio de la institución por parte de los *fuqahā'*.

Knut Vikør²⁴⁵⁵ discrepa de la idea de la *Kadijuztiz* mantenida por Max Weber y Joseph Schacht²⁴⁵⁶ que afirman que el cadí musulmán juzga de forma independiente de cualquier norma legal. Asimismo, tampoco comparte con el arabista Schacht la osificación, esclerosis que afectó a la Ley islámica al cerrarse la puerta del *īytihād* o la innovación que introdujeron los juristas con el fin de adaptar los textos legales a nuevas realidades prácticas. Schacht, en la Universidad de Columbia, ubicada en Estados Unidos, de origen alemán, agrega otras singularidades propias de la *Šarī'a*: gran contraste entre teoría y práctica, propia de los musulmanes, sin validez universal, aplicable a todos los actos humanos (un cuerpo doctrinal coherente), sagrada, donde la tendencia a tener en cuenta los hechos (*istihsān*, preferencia del ulema, o *istiślāh*, interés general) está demasiado subordinada como para influir en la ley positiva. Sus conceptos legales, tanto especiales como genéricos, derivan de un pensamiento abstracto más que de realidades concretas; representa un sistema analógico más que analítico; es un caso extremo de *ley de juristas*, similar en cierta medida al jurisconsulto romano, pero, a diferencia del derecho romano, las respuestas no partían de unas necesidades prácticas, sino del desarrollo de ideas religiosas y éticas. Finalmente, la *Šarī'a* supone un fenómeno único, en el que el estado no juega el papel de legislador²⁴⁵⁷.

Goldziher²⁴⁵⁸ opina que la supremacía de la ciencia teológica fue imprimiendo poco a poco a la doctrina islámica un carácter de *especulación jurídica*. Raymond Charles²⁴⁵⁹ va un poco más allá y afirma que la casuística se complacía con *abracadabrantés* hipótesis. Más recientemente, el profesor en el Institute of Islamic Studies de la Universidad de McGill, Wael B. Hallaq²⁴⁶⁰, también separa el *fiqh* clásico de la autoridad del estado, pues se desarrolla al margen de este; es un sistema jurídico en el que el muftí, a partir de la emisión de fatuas, ocupa una posición muy relevante. Hallaq afirma que Dios es el creador de todo, el intelecto sin su ayuda no puede comprender demasiado; Él ha revelado un corpus de conocimiento a través de *El Corán* y la Sunna del profeta. El *fiqh* sería una especie de matrimonio entre razón y revelación. A partir de esta raíz, los juristas musulmanes desarrollaron la ciencia de *Uṣūl al-fiqh* o fuentes del derecho islámico. En otra de sus obras²⁴⁶¹, retoma la independencia de la *Šarī'a* frente al estado, pues en el Islam únicamente existe la soberanía divina. Incluso llega a afirmar que hablar de un estado islámico no es tan solo un anacronismo, sino una mala interpretación de las diferencias estructurales y cualitativas entre el estado moderno y sus predecesores, especialmente lo que él llama gobierno islámico²⁴⁶². Su definición de *Šarī'a* sería la siguiente: *consiste en un sistema hermenéutico, conceptual, teórico,*

*práctico, educativo e institucional, que hemos venido en llamar ley islámica. Es un proyecto colosal para edificar un imperio moral-legal cuyo impulso estructural y fundacional se resume en un continuo intento por descubrir la voluntad moral de Dios*²⁴⁶³.

Nuestros limitados conocimientos nos imposibilitan intervenir en este debate con estos prestigiosos arabistas. Esto no tiene que servirnos de excusa, evitando expresar nuestra opinión en cuanto a lo que a esta materia se refiere. Quizás la afirmación de Schacht acerca de la osificación sea demasiado absoluta y la puerta del *iytihād* no fue clausurada, al menos de manera total, como defiende Knut Vikør. No obstante, en un campo circunscrito al *waqf*, sí hemos constatado un estancamiento jurisprudencial evidente: Muḥammad Amīn b. ‘Ābidayn, el ulema de *ḥanafī* de Damasco, y Muḥammad b. al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī, jurista marroquí seguidor de la escuela de Mālik b. Anas, cuyas vidas se desarrollaron en el siglo XIX, no ofrecen una regulación demasiado evolucionada de la de sus correligionarios de los siglos IX y siguientes. Tal vez, con el transcurso de tantos siglos desde que se asentó la ciencia jurídica islámica, se les debería exigir que, al menos, se cuestionaran sobre las consecuencias de la asignación a los *ahbās* de la titularidad de derechos y obligaciones, mas no van más allá de la reiteración de las afirmaciones de los ulemas precedentes.

La definición de *Šarī‘a* propuesta por Wael B. Hallaq, bastante menos crítica, incluso con un tono en cierto sentido laudatorio, desde el momento que le asigna como función el descubrimiento de la voluntad moral de Dios, la aleja de las necesidades materiales contingentes del ser humano y la capacidad de este para modular las normas jurídicas según el devenir de los tiempos. En sentido contrario, supone una explicación de por qué la institución del *waqf* sufrió tan pocos ajustes o la reticencia a crear una teoría sobre el sujeto de derecho a partir de la misma. Se desprende de las palabras de este orientalista que el *fiqh* no tiene como objetivo regular relaciones humanas, sino descubrir una voluntad ajena y superior a la de los hombres.

A modo de conclusión de esta reducida introducción, igualmente desde una perspectiva más filosófica, sugerimos a quien esté interesado las reflexiones del catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla Francisco José Contreras Peláez, quien, en el marco de la relación de diversas religiones con la ciencia, afirma que el Islam, aunque tiene presente la idea de un Dios personal, no respeta la autonomía de lo creado; esto es debido a la carencia de «*distinción entre potentia absoluta y potentia ordinata*». Alá siempre se reserva el derecho a intervenir en la creación; no está obligado a respetar unas leyes naturales establecidas por él²⁴⁶⁴. Esta concepción no fomenta la autorregulación jurídica de las personas y resulta coherente con el concepto de Wael B. Hallaq. Tampoco, hemos de perder la perspectiva de la distinción de la escolástica cristiana medieval entre el derecho divino revelado, el derecho natural, grabado por Dios en la razón humana y aquel comunicado al hombre de forma sobrenatural²⁴⁶⁵. Santo Tomás de Aquino, clasificaba las normas, teniendo en cuenta lo anterior en tres tipos de ley: ley divina, eterna, ley natural como aquella parte de la divina a la que la razón humana puede acceder y, por último, la ley positiva o humana, promulgada por los poderes seculares²⁴⁶⁶. Finalmente, refiramos un texto de uno de los representantes del movimiento de los Hermanos Musulmanes en Iraq, grupo nacido en la década de los años treinta del siglo pasado en Egipto, que aspira a una vuelta al predominio de la *Šarī‘a*, incluso de forma violenta y por medio del terrorismo o presentándose a las elecciones²⁴⁶⁷.

60^a - البرهان الثالث - مصادر الأحكام:

a 60- El argumento tercero. Las fuentes de los preceptos.

Las fuentes de los preceptos legales se caracterizan por la flexibilidad; así, el Libro y la sunna son las dos fuentes originales de la *Šarī‘a*, sus preceptos vienen de forma adecuada para cada tiempo como hemos mostrado. El consenso y el *iytihād*, con sus diferentes tipos, como la analogía, la preferencia, el interés, son todos fuentes flexibles que muestra la *Šarī‘a* y las tiene en cuenta. Estas fuentes provisionan preceptos convenientes para enfrentar las realidades a las que no lleva un texto explícito. Los preceptos extraídos de estas fuentes son parte de la *Šarī‘a*, por su consideración como fuentes vistas como extraídas lógicamente de la propia *Šarī‘a*. De todo lo que ha precedido, se nos demuestra la idoneidad para la generalidad y su permanencia.

Cuarto- el carácter absoluto de la *Šarī‘a*.

61- Es conocido que la *Šarī‘a* islámica es un sistema absoluto para todos los asuntos de la vida; dibuja para el ser humano el camino de su fe y le muestra las raíces de su creencia y organiza su relación con su Señor, le ordena su

مصادر الأحكام الشرعية تتصف بالمرونة، فالكتاب والسنة وهما المصدران الأصلان للشريعة، جاءت أحكامها على نحو ملائم لكل زمان كما بينا. والإجماع والإجتihad بأنواعه كالقياس والإحتسان والإستصلاح كلها مصادر مرنة دلت عليها الشريعة وشهدت لها بالإعتبار. وهذه المصادر تمدنا بالأحكام اللازمة لمواجهة الوقائع التي لم يأت بها نص صريح. وتعتبر الأحكام المستفادة من هذه المصادر جزءاً من الشريعة بإعتبار أن مصادرها مشهود لها بالحجية من قبل الشريعة نفسها. ومن جميع ما تقدم يتبين لنا صلاحية الشريعة للعموم والبقاء.
رابعاً- شمول الشريعة:

61- من المعروف أن الشريعة الإسلامية نظام شامل لجميع شؤون الحياة فهي ترسم لإنسان سبيل الإيمان وتبين له أصول العقيدة وتنظم صلته بربه، وتأمره بنزكية نفسه، وتحكم علاقاته مع غيره، وهكذا لا يخرج من حكم الشريعة أي شيء²⁴⁶⁸.

'Abd al-Karīm Zīdān fue un miembro de los Hermanos Musulmanes, nacido en Bagdad en 1917, estudió en Egipto y ocupó diversos cargos en Iraq, entre ellos el de ministro de los *awqāf*²⁴⁶⁹. En este libro sobre la introducción al estudio de la *Šarī'a*, señala algunas propiedades significativas del derecho islámico: permanencia, generalidad, su carácter absoluto y omnicompreensivo; *nada sale de su regulación*.

Este punto de vista global, metafísico u ontológico, sobre la *Šarī'a* queda algo apartado de nuestra tarea; como ocurre casi siempre, en el ámbito de las ciencias sociales al menos, no es posible soslayar este enfoque, pues los grandes principios rectores marcan de manera indeleble las soluciones que un ordenamiento ofrezca a cada problema jurídico concreto. Sin perjuicio del deber de prudencia que nos ha de guiar, la norma general es que en el *fiqh* prevalece el elemento estático, la reglamentación de las instituciones de forma permanente, frente a otro más dinámico y adaptativo a los cambios históricos; naturalmente, se encontrarán excepciones concretas a esta regla; a esta naturaleza aludíamos con la metáfora de la fotografía y el cine en lo relativo al *hubs*.

Esta investigación, una vez planteada la cuestión de la naturaleza de la Ley islámica y el carácter que imprime en las normas concretas, se concentra en un nivel más cercano al derecho aplicado, lo cual nos lleva a descender a aspectos menos abstractos y más positivos, en una mayor concordancia con el espíritu de esta tesis.

8.1.- Ausencia de una organización eclesial y de una teoría equiparable a la del Cuerpo Místico de Cristo

El desarrollo de la personalidad jurídica dentro de la ciencia jurídica occidental ha encontrado en la institución de la Iglesia un pilar fundamental y así lo hemos estudiado en algunas páginas de esta investigación. Llega el momento de recopilar y sistematizar las ideas esparcidas entre los diferentes capítulos y deducir cómo esta distinta manera de organizar la comunidad de los creyentes en el mundo musulmán obstaculiza o, si se prefiere, no genera la necesidad del nacimiento de esta categoría jurídica.

Al igual que en el Islam o cualquier otra civilización con un fundamento religioso esencial, los principios teológicos que le sirven de pilares marcarán el desarrollo normativo aplicable en la misma, de forma más nítida en el mundo islámico donde religión, derecho y política son difícilmente compartimentables. De este modo, dogmas como el *tawhīd* o la Santísima Trinidad en el Cristianismo, aunque sea a través de reminiscencias lejanas, son rastreables en algunas principios, conceptos, instituciones y normas jurídicas; en este sentido, el Papa Inocencio IV, Sinibaldo di Fieschi, entre las resonancias de las discusiones sobre la naturaleza de la Trinidad, concluyó con la distinción entre la *persona vera* del hombre y las *personae fictae, corpora* y *universitates*²⁴⁷⁰. En este lugar de nuestra investigación, nos centraremos en la visión de la naturaleza propia de la Iglesia según ella misma. El punto de partida serán las epístolas de San Pablo, principalmente en la Primera de Corintios (1Cor 10, 17 y 12,2), Efesios (Ef 1,23 y 4,4) y Colocenses (Col. 1,18-24 y 3, 13). El apóstol califica a la Iglesia como un cuerpo en el que los creyentes serían los miembros y Jesucristo la cabeza. Teológicamente nos encontraríamos ante una unidad de cuerpo en una pluralidad de miembros; esta unidad no sería física, tampoco moral o social al modo de la familia; el Sumo

purificación, regula sus relaciones con el otro y así no existe nada que salga de los preceptos de la *Šarī'a*.

Pontífice Pío XII la califica de metáfora: se partiría de una realidad sensible, representada por la relación de los miembros y la cabeza de un organismo humano, identificable con la relación que se produce entre Cristo y los fieles²⁴⁷¹.

En el ambiente jurídico germánico, más primitivo, la asignación de la propiedad de los bienes eclesiales no se realizaba en favor de la institución, sino que la titularidad se hacía recaer en la persona de Dios, Cristo y determinados santos, auténticas personas, no terrenales, pero sí físicas que habitan en el cielo²⁴⁷². Además de cierta similitud con el dominio directo de los bienes constituidos como *waqf*, para algunas escuelas, esta técnica, más tosca, obstaculiza la evolución del concepto de persona jurídica. La Iglesia medieval, en especial algunos de sus principales juristas como Sinibaldo de Fieschi, siempre fue fiel al legado romano, adaptándolo a las circunstancias del momento; esto no es de extrañar, pues el derecho romano, desde el siglo III, fue absorbiendo los principios de esta religión²⁴⁷³. Podemos observar este fenómeno en la nomenclatura utilizada: hasta el pontificado de Inocencio IV, en la doctrina jurídica predominaban los términos utilizados en Roma de *corpus* y *universitas* con los que designaban diversos entes con personalidad jurídica. Este pontífice introducirá la denominación de *persona ficta*²⁴⁷⁴.

En el derecho romano del Principado existía el concepto de *corpus*, entendido como unas situaciones que estaban unificadas por el ordenamiento cuya base era personal (*corpus populus*, *corpus patrum*, etc), en el sentido de *collegium*²⁴⁷⁵. Hay que hacer notar que esta teoría del cuerpo también se aplica al pueblo romano, como fundamento del derecho constitucional de Roma²⁴⁷⁶. Con el sustrato teológico y filosófico paulino y de los padres de la Iglesia como San Agustín que constituye al conjunto de los fieles en el *corpus christianorum*²⁴⁷⁷ y la noción de la Iglesia como *Corpus Mysticum*²⁴⁷⁸, el derecho romano cristiano refrendará y dará carta de naturaleza a la *Ecclesia* como *corpus* en sentido colegial, así una orden imperial del año 326 de nuestra era, compilada en el Digesto, lo reconoce. Santiago Panizo afirma que esta institución entra de lleno en la vida jurídica romana en la segunda mitad del siglo III, como un cuerpo o un colegio de base personal y así se presente a ojos del mundo, trascendiendo la singularidad y contingencia de sus miembros, meras personas físicas²⁴⁷⁹.

No es necesario ser un especialista en Teología comparada para que resulten evidentes las concepciones diferentes sobre la Divinidad y la organización de la comunidad de creyentes entre el Islam y el Cristianismo; dedicamos varios epígrafes de esta tesis a marcar los límites entre la *umma* y el Cuerpo Místico de Cristo. Uno de los principales puntos donde se evidencia estas diferencias la hallamos en la falta de organización autónoma, con un estatuto propio que estructure el conjunto de sus miembros a través de diversos cargos perfectamente definidos normativamente en cuanto a sus competencias y relaciones con los demás, cuya personalidad sobrepasa la de los fieles individualmente considerados. En su propio espacio, estudiaremos la influencia del *tawhīd*, en esta cuestión; de momento nos conformaremos con ofrecer una visión, a partir de los textos de los ulemas, sobre colegialidad en el derecho islámico, o la presencia de un cuerpo de creyentes o dirigentes de estos con una entidad que supera la suma de sus miembros.

*a (باب فرض الله طاعة رسول الله مقرونة بطاعة الله ومذكورة وحدها)

a *(Capítulo. Imposición por Dios de la obediencia a su Enviado, adjunta a la obediencia a Dios y mencionada por sí misma).

Dios ha dicho y no es un derecho del creyente ni de la creyente, si Dios o su Enviado determinan una orden; y ha dicho: “vosotros los que creéis, obedeced a Dios y obedeced al Enviado y el primero de vosotros”. Algunos de entre la gente de ciencia han dicho que los primeros son los emires de las células del Enviado de Dios, y Dios es más sabio. Así nos han informado algunos exégetas. Se parece a lo que ha dicho y Dios es más sabio, porque todos los árabes que estaban alrededor de La Meca no conocían el emirato, sintiendo aprehensión a darse unos a otros la obediencia del emirato. Así que, cuando se le entrega al Enviado de Dios la obediencia no se consideraba adecuado darla a nadie más que a él. Por eso, ordenó la obediencia a los primeros, a aquellos a los que el Enviado de Dios hubiera dado la orden, no una obediencia absoluta, sino como excepción a lo que tienen derecho y a lo que están obligados. De ahí que dijera que si tuvierais un conflicto sobre algo, volvedos al Enviado de Dios, o sea, si tuvierais diferencias por algo. Eso, si Dios quiere, como lo que dijo a los emires, salvo que dice que si tenéis un conflicto, es decir y Dios es más sabio, ellos y sus

قال الله وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمر الآيية وقال يا أيهما الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم الآية فقال بعض أهل العلم أولو الأمر أمراء سرايا رسول الله والله أعلم وهكذا أخبرنا عدد من أهل التفسير وهو يشبه ما قال والله أعلم لأن كل من كان حول مكة من العرب لم يكن يعرف إمارة وكانت تأنف أن يعطي بعضهما بعضاً طاعة الإمارة فلما دانت لرسول الله بالطاعة لم تكن ترى ذلك يصلح لغير رسول الله فأمروا أن يعطيوها أولى الأمر الذين أمرهم رسول الله لا طاعة مطلقاً بل طاعة مستثناة فيما لهم وعليهم فقال فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله يعني إن اختلفتم في شيء وهذا إن شاء الله كما قال في أولى الأمر إلا أنه يقول فإن تنازعتم يعني والله أعلم هم وأمرؤهم الذين أمروا بطاعتهم فردوه إلى الله والرسول يعني والله أعلم إلى ما قال الله والرسول إن عرفتموه فإن لم تعرفوه سألتكم الرسول عنه إذا وصلتكم أو من وصل منكم إليه لأن ذلك الفرض الذي لا منازعة لكم فيه لقول الله وما كان للمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمر أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن تنازع من بعد رسول الله رد الأمر إلى قضاء الله ثم قضاء رسوله فإن لم يكن فيما تنازعوا فيه قضاء نصاً فيهما ولا في واحد منهما رده قياساً على أحدهما كما وصفت من ذكر القبلة والعدل والمثل مع ما قال الله في غير آية مثل هذا المعنى وقال ومن يطع الله والرسول فأولئك مع الذين أنعم الله عليهم إني ربيفاً وقال يا أيهم الذين آمنوا أطيعوا الله ورسوله.

(باب ما أمر الله من طاعة رسول الله)

قال الله ثناؤه أن الذين يباعدونك إني يباعدونك الله إلى أجر عظيماً وقال من يطع رسول الله فقد أطاع الله فاعلمهم إن بيعتهم رسوله بيئته وكذلك أعلمهم إن طاعتهم إياه طاعته وقال فلا وربك لا يؤمنون الآية نزلت هذه الآية فيما بلغنا والله أعلم في رجل خاصم الزبير في أرض ففضى النبي بها للزبير وهذا القضاء سنة من رسول الله لا حكم منصوص في القرآن والقرآن يدل والله أعلم على ما وصفت لأنه لو كان قضاء بالقرآن كان حكماً منصوصاً بكتاب الله وأشبه أن يكونوا إذا لم يسلموا الحكم كتاب الله نصاً غير مشكل الأمر أنهم ليسوا بمؤمنين إذا ردوا حكم التنزيل إذا لم يسلموا له وقال تبارك وتعالى لا تجعلوا دعاء الرسول بينكم إلى عذاب اليم وقال إذا أدعوا إلى الله ورسوله إلى قوله الفائزين فأعلم الله الناس في هذه الآية إن دعاهم إلى رسول الله ليحكم بينهم دعاء إلى حكم الله لأن الحاكم بينهم رسول الله وإذا سلموا الحكم رسول الله فإنما سلموا له بفرض الله وأنه أعلمهم إن حكمه حكمه...²⁴⁸⁰

Al-Šāfi'ī, en su *Risāla*, considerada como el fundamento de la ciencia jurídica islámica, donde se establecen las fuentes del derecho y la prelación entre ellas, así como el método para extraer de las mismas las normas concretas, decreta, deduciéndolo de diversas aleyas coránicas, que la obediencia original del creyente es a Dios y a Su Enviado. Las demás autoridades son respetadas de forma subordinada y delegada de estas dos. Asimismo, las normas impuestas por Muḥammad tienen el mismo valor que las incluidas en *El Corán*. Estas fuentes son denominadas en árabe *naṣṣ*, es decir, texto. En cierto paralelismo con las leyes escritas de las que las demás derivan, pues, si no existiera un texto aplicable a un asunto concreto, se habría que deducir el fallo aplicando la analogía con lo escrito en *El Corán* y en los dichos del Profeta.

emires, a los que ordenó su obediencia, volveos a Dios y su Enviado; es decir, y Dios es más sabio, la que han dicho Dios y su Enviado si lo conocierais; si no lo conocierais, pregunta al Enviado de Dios sobre ello. Porque eso es una obligación sobre la que no hay discusión entre vosotros, por lo que ha dicho Dios que no es un derecho del creyente ni de la creyente, si hay un precepto de Dios o de su Enviado sobre un asunto, no pueden escoger. Quien tuviera un conflicto después del Enviado de Dios, volvería para buscar el fallo a Dios, después a Su Enviado; si no hubiera un texto sobre el litigio en ninguno de los dos, se volvería a la analogía de alguno de ellos, como describí en quien mencionaba la *qibla*, *al-'adl* y *al-maṭal* sobre lo que no hay aleya de Dios en ese sentido. Y dijo: “y quien obedece a Dios y Su Enviado son los que Dios favorece. Dijo: “los que creéis, obedeced a Dios y Su Enviado”.

(Capítulo. Lo que Dios ha ordenado acerca de la obediencia al Enviado de Dios).

Dios, Su recompensa es evidente, ha dicho que los que te juran fidelidad, juran fidelidad a Dios por una gran recompensa. Ha dicho: “quien obedece al Enviado, obedece a Dios”. Así que les enseñó que si le juran fidelidad al Enviado lo hacen con él; también les enseñó que su obediencia es la de Él. Dijo: “pues, por vuestro Señor, no creéis”. Esta aleya fue revelada, por lo que me ha llegado, y Dios es más sabio, sobre un hombre que tenía una disputa con al-Zubayr acerca de una tierra, fallando el Profeta a favor de al-Zubayr. Este fallo es una *sunna* del Enviado de Dios, no un fallo extraído de un texto de *El Corán*. *El Corán*, y Dios es más sabio, muestra lo que he descrito, porque si fuera un fallo de *El Corán*, sería un fallo por un texto del Libro de Dios. No habría problema si no existiera un texto en el Libro de Dios que no lo extrajeran de ahí. Y el Bendito y Altísimo dijo: “no hagáis de la petición del Enviado de Dios un gran dolor”. Y dijo: “si pedís a Dios y Su Enviado, seréis vencedores”. Dios ha enseñado a la gente en esta aleya que pedir al Enviado que juzgue entre ellos es como pedirselo a Dios. Recibir un fallo del Enviado es como recibirlo de Dios mismo. Les enseñó que sus fallos son los de Dios...

^a(قال الشافعي) وهكذا كانت كتب خلفائه بعده وعمالهم وما أجمع المسلمون عليه من أن يكون الخليفة واحداً والقاضي واحداً والإمام وواحداً والأمير واحداً فأستخلفوا أبا بكر رضي الله عنه ثم إستخلف أبو بكر عمر رضي الله عنه ثم إستخلف عمر أهل الشورى ليختار واحداً فأختاروا عبد الرحمن وأختاروا عبد الرحمن بن عوف عثمان بن عفان رضي الله عنهم...²⁴⁸¹

Una vez que ha fijado la autoridad original de Dios y Su Profeta, el sucesor de este, que era uno, en virtud del consenso de los musulmanes, ha de ser uno y el juez uno, el emir, uno y así sucesivamente. Esta unidad, emparentada con la unidad radical de Dios a la que dedicaremos un epígrafe propio, elimina de entrada en la mayoría de los casos la colegialidad. Si recordamos, cuando se nombran dos jueces o dos administradores de un *waqf*, su actuación ha de ser mancomunada; es decir, se actúa con una única voluntad coincidente.

^bالباب الثامن والعشرون القول الثامن والعشرون. القول في خصال رئيس المدينة الفاضلة.

خصال الرئيس الأول.

فهذا هو الرئيس الذي لا يرأسه إنسان آخر أصلاً. وهو الإمام وهو رئيس الأول للمدينة الفاضلة، وهو رئيس الأمة الفاضلة، ورئيس المعمورة من الأرض كلها. لا يمكن أن تصير هذا الحال إلا لمن إجتمعت فيه بالطبع إثنتا عشرة خصلة قد فطر عليها [...] خصال الرئيس الثاني.

-وإجتماع هذه كلها في إنسان واحد عسر؛ فذلك لا يوجد من فطر على هذه الفطرة إلا الواحد بعد الواحد، والأقل من الناس. فإن وجد مثل هذا في المدينة الفاضلة ثم حصلت فيه، بعد أن يكبر، تلك الشرائط الست المذكورة قبل أن الخمس منها دون الأنداد من جهة المتخيلة كان هو الرئيس. وإن إتفق أن لا يوجد مثله في وقت من الأوقات، أخذت الشرائط والسنن التي شرعها هذا الرئيس وأمثاله، إن كانوا توالوا في المدينة، فأثبتت. ويكون الرئيس الثاني الذي يحلف الأول من إجتمعت فيه من مولد وصباه تلك الشرائط، ويكون بعد كبره، فيه ست شرائط²⁴⁸².

Abū Naṣr al-Fārābī -de origen turco y nacido en el año 874 en Asia Central desde donde se trasladó a Bagdad, Siria y Egipto es considerado uno de los principales filósofos musulmanes²⁴⁸³- al analizar el gobierno de su *Ciudad Ideal*, establece que el primer jefe, el imán, no tiene a nadie que sea su jefe; también es el jefe de la *Umma Ideal y toda la tierra habitada*. Ha de cumplir doce requisitos para alcanzar el puesto. Su sucesor, ya que todas esas condiciones son difíciles de estar conjuntamente en una persona, es también uno. No obstante, en los siguientes gobernantes, las características que han de cumplir se suavizan un poco, pues, si no se dan en él las doce exigidas al primero, se acude a las legislaciones dadas por los jefes de la ciudad. Este pensador también prescribe un máximo gobernante único, pero no lo fundamenta tan claramente en el *tawhīd*, sino en el nivel de exigencia tan elevado que provoca que sea casi imposible encontrar a más de uno con la aptitud precisa. Esto no significa que en el pensamiento de al-Fārābī la unicidad de Dios sea un dogma menor, como comprobaremos en el siguiente epígrafe.

^cالفصل الحادي والثلاثون في خطط الدينية للخلافة

a (Dijo al-Šafi‘ī, y así se había escrito sobre sus sucesores y sus trabajadores y sobre lo que existe consenso entre los musulmanes que el califa es uno, y el juez uno, y el imán uno, y el emir uno, así pusieron como su sucesor a Abū Bakr, Dios esté satisfecho de él, después sucedió a Abū Bakr ‘Umar, Dios esté satisfecho de él, luego la gente del consejo fue encargada de nombrar como sucesor a uno y escogieron a ‘Abd al-Raḥmān y escogieron a ‘Abd al-Raḥmān b. ‘Awf ‘Utmān b. ‘Afān, Dios esté satisfecho de ellos...

b Capítulo XXVIII. De las cualidades del jefe del estado modelo.

Tal es el jefe a quien no podrán gobernar otros hombres, sino que él debe ser el *imām* y el primer gobernador del Estado Modelo, el jefe de la Nación Modelo, el jefe de toda la humanidad sobre la tierra. Repugna que este caso se dé en otro más que en el que naturalmente se hallan reunidas estas doce cualidades que le han de ser innatas [...]

La reunión de todas estas cualidades en una sola persona es bien difícil y por eso no se encuentran naturalmente sino en alguno que otro y mucho menos se encontrarán en la gente ordinaria y común. Si una tal persona se encuentra en el Estado Modelo y si en ella después de llegar a mayor edad se dan seis de esas cualidades antes mencionadas o si se dan cinco distintas de las que pertenecen a la imaginativa: entonces ese tal será el jefe del Estado. Si acaciese que en algún tiempo no existiese tal persona: entonces se han de aceptar las leyes y tradiciones establecidas por el anterior jefe de Estado y por sus predecesores cuando aún gobernaba el Estado y quedará así todo fijo. El segundo jefe de Estado que sucederá al primero será aquel en quien se reúnen desde su nacimiento y juventud aquellas condiciones y, además, cuando sea mayor de edad ha de tener las seis condiciones siguientes...

Esta traducción se puede consultar en la siguiente obra:

Abū Naṣr al-Fārābī. *La Ciudad Ideal*. 2011. Traducción de Manuel Alonso Alonso. Madrid. Editorial Tecnos. Página 83.

c Capítulo treinta y uno.

Sobre los cargos religiosos del califato.

لما تبين أن حقيقة الخلافة نيابة عن صاحب الشرع في حفظ الدين وسياسة الدنيا، فصاحب الشرع متصرف في الأمرين: أما في الدين فبمقتضى التكاليف الشرعية التي هي مأمور بتبليغها وحمل الناس عليها؛ وأما سياسة الدنيا فبمقتضى رعايته لمصالحهم في العمران البشري. وقد قدمنا أن هذا العمران ضروري للبشر وأن رعاية مصالحه كذلك [...] نعم إنما تكون أكمل إذا كانت بالأحكام الشرعية لأنه أعلم بهذه المصالح. فقد صار الملك تتدرج تحت الخلافة إذا كان إسلامياً ويكون من توابعها. وقد ينفرد إذا كان في غير ملة. وله على كل حال مراتب خادمة ووظائف تابعة تتعين خطط تتوزع على رجال الدولة ووظائف، فيقوم كل واحد بوظيفته حسبما يُعينه الملك الذي تكون يده عالية عليهم، فيتم بذلك أمره، ويحسن قيامه بسلطانه. أما المنصب الخلافي وإن كان الملك يندرج تحته بهذا الاعتبار الذي ذكرناه فتصرفه الدين يختص بخطط ومراتب لا تُعرف إلا للخلفاء الإسلاميين. فلنذكر لأن الخطط الدينية المختصة بالخلافة، ونرجع إلى خطط الملوكية السلطانية.

فأعلم أن الخطط الدينية الشرعية من الصلاة والفتيا والقضاء والجهاد والحسبة كلها مندرجة تحت الإمامة الكبرى التي هي الخلافة، فكأنها الإمام الكبير والأصل الجامع، وهذه كلها متفرعة عنه داخلة فيها لعموم نظر الخلافة وتصرفها في سائر أحوال الملة الدينية والدنيوية، وتنفيذ أحكام المشرع فيها على العموم.

فأما (إمامة الصلاة) فهي أرفع هذه الخطط كلها وأرفع من الملك بخصوصه المندرج معها تحت الخلافة [...]. وإذا ثبت ذلك فأعلم أن المساجد في المدينة صنفان: مساجد عظيمة كثيرة الغاشية معدة للصلوات المشهودة، وأخرى دونها مختصة بقوم أو محلة وليست للصلوات العامة. فأما المساجد العظيمة فأمرها راجع إلى الخليفة أو من يفوض إليه من سلطان أو وزير أو قاض، فينصب لها الإمام في الصلوات الخمس والجمعة [...] وأما المساجد المختصة بقوم أو محلة فأمرها راجع إلى الجيران ولا تحتاج إلى نظر خليفة ولا سلطان [...]

أما "الفتيا" فللخليفة، وتصفح أهل العلم والتدريس، ورد الفتيا إلى من هو أهل لها وإعانتة على ذلك، ومنع من ليس أهلاً لها وزجره؛ لأن من مصالح المسلمين في أديانهم، وتجب عليه مراعاته لئلا يتعرض لذلك من ليس له بأهل فيضل الناس. وللمدرس الأنتصاب لتعليم العلم وبثه والجلوس لذلك في المساجد. فإن كانت من المساجد العظام، التي للسلطان الولاية عليها أو النظر في أئمتها كما مر، فلا بد من إستئذانه في ذلك، وإن كانت من المساجد العامة، فلا يتوقف على إذن. على أنه ينبغي أن يكون لكل أحد من

Toda vez que ha quedado patente que el califato es en representación del *Dueño de la Legislación* para conservar la religión y la política de este mundo, pues Él se ocupa de los dos asuntos: en cuanto a la religión, por la exigencia de las responsabilidades religiosas que se ordenan y que se cargan sobre la gente; en cuanto a la política de este mundo, por las exigencias de su grey en cuanto a los intereses de la civilización humana. Ya hemos expuesto que esta civilización es necesaria para la humanidad en atención a los intereses de la grey también [...]

Sí, únicamente sería completa si respondiera a los preceptos divinos, porque es mejor conocedor de esos intereses. La monarquía estaría incorporada bajo el califato, si fuera islámica o dependiente del Islam. Quedaría autónoma en otras religiones. En cualquier caso, tendría una jerarquía de cargos y siervos que serían distribuidos entre los funcionarios y hombres de estado. Cada uno de ellos ejercería una función de las que están en manos de su superior y así se completaría y se perfeccionaría su autoridad. En cuanto al cargo califal, aunque la monarquía se incardine en él de la forma que hemos nombrado, en su actuación religiosa se especializa en una jerarquía conocida únicamente por los califas islámicos. Así que relacionemos ahora los cargos religiosos propios del califato y regresemos más tarde con los cargos monárquicos de su poder.

Conoce que los cargos religiosos de Dios son los relativos al rezo, la emisión de fatuas, la jurisdicción, la guerra santa y los pesos y medidas, todos ellos bajo el mando del gran imán, es decir, el califa. Como si para todos ellos el gran imán fuera la raíz y su aglutinador y todos derivaran de él, por la generalidad de la autoridad del califa y su actuación en los restantes aspectos de la comunidad religiosos y de este mundo y la ejecución de los mandatos divinos.

En cuanto (al imanato de la oración) es el más elevado entre todos los cargos, más elevado que el rey por la peculiaridad de estar bajo el califato [...] Si está contrastado esto, has de saber que las mezquitas en las ciudades son de dos tipos: grandes mezquitas con muchos fieles preparados para las oraciones presenciales y otras que no lo son tanto, propias de un grupo o un lugar; no son para oraciones públicas. En cuanto a las grandes mezquitas, sus asuntos corresponden al califa o a quien este delegue, sea sultán, ministro o juez. Le nombra un imán para los cinco rezos y el viernes [...] En lo que a las mezquitas propias de un grupo o lugar se refiere, sus asuntos corresponden a los vecinos y no necesitan la administración del califa ni del sultán [...]

En cuanto a la emisión de fatuas, son del califa, son examinadas por la gente de ciencia y enseñanza; ha de encargarlas a quien sea capaz de ella y apoyarse en él, impidiendo que la ejerza quien no tenga aptitud ni capacidad, puesto que es en interés de los musulmanes en su religión; por eso, tiene que vigilar para que no se apropie quien no es capaz, haciendo que la gente se pierda. El docente debe erigirse para enseñar y divulgar, sentándose para ello en las mezquitas. Si fueran de las grandes mezquitas, en las que el sultán tiene autoridad y competencia sobre sus imanes como se ha adelantado, es necesario pedir permiso para ello. Si fueran de las mezquitas normales, no se requeriría el permiso. No obstante, cada uno de los muftís debe tener contención y evitar actuar en lo que excede a su capacidad, pues pueden hacer perder al que busca guía. Así en el hadiz: "vuestra paga por las fatuas es vuestra paga por las raíces del infierno". El sultán tiene competencia en ello y debe, por interés, dar el permiso o denegarlo.

En cuanto a impartir Justicia, es una de las funciones incluidas en el califato, porque es un cargo que interviene entre la gente cuando hay conflicto, para evitarlos...

المفتين المدرسين زاجر من نفسه يمنعه عن التصدي لما ليس له بأهل فيدل به المستهدي ويضل به المسترشد. وفي الأثر: ((أجرؤكم على الفتيا أجرؤكم على جرائيم جنهم)) فالسلطان فيهم لذلك من النظر ما توجه المصلحة من إجازة أو رد. وأما القضاء فهو من الوظائف الداخلة تحت الخلافة لأنه منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتاعي وقطعاً للتنازع؛ إلا أنه بالحكام الشرعية المتلقاة من كتاب والسنة؛ وكان لذلك من وظائف الخلافة ومتدرجاً في عمومها²⁴⁸⁴.

Parte de este fragmento de los *Prolegómenos* de Ibn Jaldūn, en el capítulo tercero, nos dibujó el marco del gobierno musulmán y las competencias que asumía el califa, en contraposición con otras religiones, que son tanto de naturaleza política como religiosa. Tras las palabras de al-Šāfi'ī, tenemos que hacer hincapié en que el pensador tunecino, Ibn Jaldūn, se refiere a esa función en singular: califa, imán supremo. La sucesión de un único profeta también es unipersonal. Los imanes son numerosos, uno para cada mezquita (divididas siguiendo a al-Māwardī entre públicas y privadas), muftíes y jueces; pero los que ejercen estos cargos nunca formaron un colegio, aún en el siglo XIV, en el que escribe Ibn Jaldūn. En el mundo cristiano, los obispos, quienes tenían bajo su tutela las parroquias de una circunscripción, participaban en concilios que ya eran frecuentes casi desde el inicio de la vida de Iglesia, a imitación de los apóstoles— siguiendo el modelo del Concilio de Jerusalén según se narra en los Hechos de los apóstoles (Act 15, 1-35)²⁴⁸⁵— La razón la encontramos, tal y como lo describe este pensador islámico, en que tanto los imanes, como los muftíes y jueces ejercen una función por delegación del califa, que es uno; las competencias son originarias del califato; estos cargos religiosos y jurídicos no tienen atribuciones específicas, sino delegadas. En el Cristianismo, aunque la cabeza fuera Pedro y sus sucesores, el resto de apóstoles y sucesores, los obispos, tenían misiones propias; la Patrística se refiere a ese conjunto como el Colegio de los Apóstoles.

^aالفصل الثاني والثلاثون. في لقب بأمر المؤمنين وأنه من سمات الخلافة وهو محدث منذ عهد الخلفاء

وذلك أنه لما بويج أبو بكر -رضي الله عنه- كان الصحابة -رضي الله عنهم- وسائر المسلمين يسمونه خليفة رسول الله، ص، ولم يزل الأمر على ذلك إلى أن هلك. فلما بويج لعمر بعهد إليه كانوا يدعونه خليفة خليفة رسول الله، ص، وكانهم إستنقلوا هذا اللقب بكثرة وطول إضافته وأنه يتزايد فيما بعد ذلك إلى أن ينتهي إلى الهجئة، ويذهب منه التمييز بتعدد الإضافات وكثرتها، فلا يعرف. وكانوا يعدلون عن هذا اللقب إلى ماسواه مما يناسبه ويدعو به مثله. وكانوا يسمون قواد البعوث بإسم الأمير وهو فعيل من الإمارة. وقد كان الجاهلية يدعون النبي أمير مكة وأمير الحجاز؛ وكان الصحابة أيضاً يدعون سعد بن أبي وقاص أمير المؤمنين لإمارته على جيش القادسية، وهم معظم المسلمين يومئذ.

وإنفقوا أن دعا بعض الصحابة عمر -رضي الله عنه- يا أمير المؤمنين، فأستحسنه الناس وأستصوبوه ودعوه به...²⁴⁸⁶

En el capítulo treinta y dos de su *Muqaddima*, explica el origen de uno de los epítetos más extendidos entre los gobernantes musulmanes: Comendador de los Creyentes, utilizado hoy para referirse al rey de Marruecos. En mayor medida que este título, nos interesa el de califa, sucesor o vicario, anterior a este. Eso es así porque, dado el significado de la palabra en árabe, se decía que Abū Bakr era el sucesor del Enviado de Dios, 'Umar b. al-Jaṭṭāb el sucesor del sucesor del Enviado de Dios y así con cada uno que ocupara el cargo de califa. Obviamente estas adiciones se volvieron odiosas y se fueron generando nuevos epítetos. Por tanto, califa y su uso original nos confirman las palabras de al-Šāfi'ī, sobre el carácter unipersonal del cargo.

a Capítulo treinta y dos. Sobre el apodo de Comendador de los Creyentes, que es una denominación del califato, creado en la época de los califas.

Eso es así porque cuando se le juró obediencia a Abū Bakr -Dios esté satisfecho de él- los compañeros -Dios esté satisfecho de ellos- y el resto de los musulmanes lo llamaron sucesor del Enviado de Dios, continuando el asunto de esa manera hasta su muerte. Cuando se le juró fidelidad a 'Umar, lo llamaban sucesor del sucesor del Enviado de Dios, minusvalorando este epíteto por su cantidad y la cantidad de adiciones, creciendo hasta desembocar en algo odioso. Y perdió este su caracterización por el número de adiciones sin que se supiera su significado. Por ello lo cambiaron a otros más adecuados para llamarlo. Los jefes de las misiones eran llamados por el nombre del emir, siendo un agente del emirato. En la *Yāhiliyya* llamaban al Profeta emir de La Meca y al-Ḥiṭāz; los compañeros también denominaban a Sa'ad b. Abū Waqāṣ Comendador de los Creyentes por su emirato sobre el ejército de al-Qādisiyya, la mayoría de los musulmanes en ese momento.

Acordaron llamar a 'Umar -Dios esté satisfecho de él- Comendador de los Creyentes; tuvo aceptación entre la gente y lo consideraron correcto y lo llamaron así...

^a [...] وبيّن هذا أن الله تعالى نسب الغنيمة للغانمين فقال وأعلموا أن ما غنمتم من شيء فأما الأرض فأضافها إلى الرسول لقوله ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى إشارة إلى أن كل قرية يفيتها الله على أمته إلى يوم القيامة فهي مضافة إلى الرسول غير مختصة بالغانمين والإمام يقوم مقام الرسول في قسمتها بالإجتهد...²⁴⁸⁷

El ḥanbalī Ibn Raḡab, en su libro sobre el *jarāy* nos muestra un ejemplo de derecho aplicado en el que el imán o califa es un sucesor del profeta: el lugar que le corresponde a Muḥammad en el reparto del botín es ocupado por el gobernante supremo.

ذكر العطاء في خلافة عمر ابن الخطاب رضي الله عنه
[...] فقال له الوليد بن [...] : قد جئت الشام ورأيت ملوكها قد دونوا ديواناً وجندوا جنداً فدون ديواناً وجند جنداً، فأخذ بقوله فدعا عقيل [...] ومخرمة [...] وكانوا من لسان قريش فقال: أكتبوا الناس على منازلهم فبدوا ببني هاشم، أبتهوم أبا بكر وقومه ثم عمر وقومه على الخلافة، فلما نظر إليه عمر، قال/ وددت والله أنه هكذا ولكن أبدوا بقرابة النبي، ص، الأقرب فالأقرب حتى تضعوا عمر حيث وضعه الله تعالى محمد عن الواقدي عن [...] قال: جاءت بنو عدى إلى عمر فقالوا: أنت خليفة رسول الله، ص، وخليفة أبي بكر، وأبو بكر خليفة رسول الله، ص، فلو جعلت نفسك حيث جعلك هؤلاء القوم الذين كتبوا²⁴⁸⁸.

En este capítulo, al-Balāḡrī, en su *futūḥ al-buldān*, cuenta la forma en la que el califa ‘Umar b. al-Jaṭṭāb repartía los bienes obtenidos en las conquistas; en él recoge una escena parecida a la descrita por Ibn Jaldūn acerca del calificativo de *jalīfa* y su sentido en la sucesión de Muḥammad.

الفصل الثالث والثلاثون. في شرح إسم البابا والبطرك في الملة النصرانية وإسم الكوهن عند اليهود.
علم أن الملة لا بد من قائم عند غيبة النبي يحملهم على أحكامهم وشرائعهم، يكون كالخليفة فيهم للنبي فيما جاء به من التكليف. والنوع الإنساني أيضاً، بما تقدم من ضرورة السياسة فيهم للإجتماع البشري، لا بد لهم من شخص يحملهم على مصالحهم ويزعهم عن مفاسدهم بالقهر، وهو المسمى بالملك.
والملة الإسلامية لما كان الجهاد فيها مشروعاً وعموم الدعوة وحمل الكافة على الدين الإسلام طوعاً أو كرهاً إتخذت فيها الخلافة والملك لتوجه الشوكة من القائمين بها إليهم معاً.
أما سوى الملة الإسلامية فلم تكون دعوتهم عامة ولا جهاد عندهم مشروعاً إلا في المدافعة فقط؛ فصار القائم بأمر الدين فيها لا يعنيه شيء من سياسة الملك؛ وإنما وقع الملك لمن وقع منهم بالعرض والأمر غير ديني وهو ما إقتضته لهم العصبية لما فيها من الطلب للملك لما قدماه، لأنهم غير مكافين بالتغلب على الأمم كما في الملة الإسلامية، وإنما هو مطلوبون بإقامة دينهم في خاصتهم.²⁴⁸⁹

Como tuvimos ocasión de comprobar en el capítulo tercero, Ibn Jaldūn es consciente del diferente enfoque sobre el poder en el entorno del Cristianismo y el Islam y que aquel separa la

a [...] Esto demuestra que Dios el Altísimo destinó el *ganīma* para los combatientes. Dijo: sabed que del botín que obtengáis la tierra se añade al Envidado, por lo que ha dicho que el *ḡay* que Dios da es para el Enviado de Dios la gente de las aldeas, indicando que toda aldea que sea *ḡay* de su *umma* hasta el Día del Juicio se añade a su Enviado, no es para los combatientes; el imán ocupa el puesto del Enviado en su reparto, según ha determinado.

b Mención del reparto durante el califato de ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios esté satisfecho de él.

[...] Le dijo al-Walīd [...]: he llegado de Siria y visto a sus reyes que registran en un registro y reclutaban a los soldados, así que cread registros y reclutad a los soldados. Tomaron en cuenta su opinión y ‘Uqayl llamó a [...] y [...] que eran de la lengua de Qurayš, y dijo: inscribid a la gente según su clan, empezando por los banū Hāšim, los siguieron Abū Bakr y su tribu, después ‘Umar y su tribu para el califato. Cuando ‘Umar lo miró, dijo: hubiera preferido, y Dios es testigo, que fuera así, pero empezad por los parientes del profeta, el más cercano con preferencia hasta que pongáis a ‘Umar en el lugar en el que lo colocó Dios, el Altísimo. Muḥammad relató de [...] que dijo: llegaron los banū ‘Uddā ante ‘Umar y dijeron: tú eres el sucesor (califa) del Enviado de Dios, y el sucesor de Abū Bakr, y este sucesor del Enviado de Dios; si te colocas en el lugar que te puso esta gente, que escribieron.

c Capítulo treinta y tres. Sobre la explicación del nombre de Papa y Patriarca en la religión cristiana y el nombre de rabino entre los judíos.

Conoce que la religión necesita quien se encargue, en ausencia de profeta, de guiarlos con sus preceptos y leyes, y que sea como el sucesor (califa) del profeta entre ellos, en cuanto a los mandatos divinos. La raza humana también, según adelantamos sobre la necesidad que tiene de la política al vivir en sociedad, necesita de una persona que los guíe en sus intereses y los aleje de los vicios por la fuerza: es el que se llama rey.

Y la religión islámica, al estar la *ḡihād* permitida entre ellos por la universalidad de propagar el islam y llevar a todos a esa religión por obediencia o sometimiento, ha cogido el califato y el reinado para llevarles la fuerza a quienes se dediquen a ello.

En cuanto a las demás religiones, no tienen una misión universal y la *ḡihād* no está permitida más que para la defensa, pues quien se encarga de los asuntos religiosos no le interesa la política del reino; únicamente recae el cargo de rey entre ellos en quien se preocupe de los asuntos y objetivos no religiosos y esto es lo que exige la *‘aṣabiyyat*, sobre la búsqueda natural del poder como hemos dicho, porque ellos (los cargos religiosos) no están encargados de vencer a las naciones como en la religión islámica, solamente se les pide ocuparse de los asuntos religiosos privados.

política, cuyos asuntos son regidos por el rey, de la religión, encargado a otros cargos, en cuya cúspide se encuentra el Papa o el Patriarca en las Iglesias Ortodoxas, estableciendo una separación entre religión y estado, ya desde el Evangelio (Mt 22, 15-21). Esta perspectiva omnicomprendiva de la autoridad provoca que los *fuqahā'* no regulen una institución religiosa autónoma del califato, pues estos asuntos también son competencias del califa, a cargo de una única persona.

^aولذلك بقي بنو إسرائيل من بعد موسى ويوشع -صلوات الله عليهما- نحو أربعمئة سنة لا يعتنون بشيء من أمر الملك، إنما همهم إقامة دينهم فقط. وكان القائم به بينهم يسمى الكوهن كأنه خليفة لموسى - [...] - يقيم لهم أمر الصلوات والقربان [...] ثم اختاروا لإقامة سياسة التي هي للبشر بالطبع سبعين شيخاً كانوا يتولون أحكام العامة [...] (وضجر بنو إسرائيل من مطالبة الأمم، فطلب على لسان شمويل من أنبيائهم أن يأذن الله لهم في تملك رجل عليهم [...] ثم ملك بعده داود ثم سليمان [...].) [...] ثم جاء المسيح -صلوات الله وسلامه عليه- بما جاءهم به من الدين والنسخ لبعض أحكام التوراة [...] واجتمع عليه كثير من الناس وأمنوا به، وأكثرهم المحواريون من أصحابه وكانوا إثني عشر، وبعث منهم رسلاً إلى الأفاق داعين إلى ملته، وذلك أيام أوغسطس أول ملوك القيصرية، [...] فحسده اليهود وكذبوه، وكاتب هيرودس ملكهم القيصرية أوغسطس يغريه، فأذن لهم في قتله، ووقع ما تلاه القرآن من أمره. وإفترق الحواريون شيعاً ودخل أكثرهم بلاد الروم داعين إلى الدين النصرانية. وكان بطرس كبيرهم فنزل برومة، دار ملك القيصرية [...] واجتمع الحواريون الرسل لذلك العهد برومة، ووضعوا قوانين الملة النصرانية، وصيرووها بيد أقليمطس تلميذ بطرس، كتبوا فيها الكتب التي قبولها والعمل بها.

a Por eso permaneció la Casa de Israel después de Moisés y Josué -las oraciones sean sobre ellos- cerca de cuatrocientos años sin ocuparse por el asunto de un rey, su única preocupación era aplicar su religión. El encargado de eso entre ellos se denominaba *kūhan* (rabino) como si fuera el sucesor (califa) de Moisés - [...] - que se ocupaba para ellos de las oraciones y los sacrificios [...] Después eligieron para que se ocupara de la política, que está en la naturaleza humana, setenta jefes que se dedicaban a los asuntos generales [...] La Casa de Israel se desesperó pidiendo lo que las demás naciones, así, por boca de Samuel, uno de su profetas, pidieron a Dios que les permitiera elegir a un rey sobre ellos [...] después fue rey David, luego, Salomón [...]

[...] Después llegó el Mesías -las oraciones de Dios y Su Paz sean sobre Él- con lo que trajo de religión y anulación de algunos preceptos de la Torá [...] En torno a Él se reunieron muchas personas que creyeron en el mismo, los que más sus más íntimos compañeros, que eran doce, a los que mandó como enviados a los confines anunciando su religión; todo ello en los días de Augusto el primero de los reyes de los césares [...] Tuvieron envidia de Él los judíos y lo calumniaron; Herodes, su rey, escribió a Augusto para convencerlo, quien los autorizó a matarlo [...] ocurriendo lo que está escrito en *El Corán*. Los compañeros se dividieron y fueron a la mayoría de los países de los romanos, anunciando la religión nazarena. Pedro era el mayor de ellos, y se asentó en Roma, casa de los césares [...] Los compañeros se reunieron en esa época en Roma, estableciendo las normas de la religión nazarena; en manos de Clemente, discípulo de Pedro, las recopiló y escribió los libros que se admitían y los que debían servir para actuar.

[...] Entre la legislación de 'Isā -las oraciones sean sobre él- recogida por sus compañeros están las versiones de los cuatro Evangelios y las cartas católicas, que son siete, y la octava es Los Hechos de los Apóstoles, y los escritos de Pablo que son catorce epístolas, y el libro de Clemente donde se encuentran preceptos, y el libro de Abū 'Almasīs, en el que se encuentra la Visión de Juan b. hijo de Zebedeo.

Los césares tuvieron distintas actuaciones con ellos, bien tomando su legislación, otras magnificando a su gente, después abandonándolos, persiguiéndolos, matándolos y tratándolos injustamente; todo ello hasta la llegada de Constantino, que lo abrazó, continuando así desde entonces.

El jefe de esta religión y el encargado de su liturgia se denomina patriarca, es el líder de la doctrina, sucesor (califa) del Mesías entre ellos; envía a sus delegados y sucesores hasta todas las naciones cristianas; se llaman obispos, es decir delegado del patriarca; denominan imán al que guía las oraciones y dicta fatuas sobre la religión, sacerdote; a quien se aparta a sí mismo en un cenobio lo llaman fraile; la mayoría de ellos están en monasterios.

Pedro era el enviado a la cabeza de los apóstoles y el más grande de los discípulos en Roma, donde se encargaba de la religión nazarena, hasta que lo mató Nerón, el quinto de los césares, quien mató también a patriarcas y obispos. Ocupó su sucesión en la silla de Roma Arrio. Marcos el evangelista estuvo entre Alejandría, Egipto y Mauritania, predicando siete años. Tras él, Ananías, llamado el Patriarca, el primero de ellos. Con él se nombraron doce sacerdotes, por si moría el patriarca ocupara uno de ellos su lugar, eligiéndose uno de los creyentes como sustituto de ese sacerdote. Pasaba el asunto del patriarca al sacerdote. Después, al aparecer diferencias entre ellos sobre las reglas de la religión y los dogmas, se reunieron en Nicea, en tiempos de Constantino para extender la verdad sobre la religión. Se pusieron de acuerdo trescientos dieciocho obispos sobre una única opinión sobre la religión. La escribieron y la denominaron guía y lo convirtieron en el origen al que hay que volver. Entre lo que escribieron se encuentra que el patriarca es el encargado de la religión, que no se consulta para su nombramiento a la opinión de los sacerdotes como había decidido Ananías el discípulo de Marcos. Anularon esa opinión y se fijó que se nombrara a través de la asamblea y la elección de los guías de los creyentes y sus jefes, manteniéndose el asunto de esta manera.

[...] ومن شريعة عيسى -صلوات الله عليه- المتلقاة من الحواريين نسخ الأنجيل الأربع وكتب القتاليقون سبع رسائل، وثمانها الأبريكسيس في قصص الرسل وكتاب بولس أربع عشرة رسالة، وكتاب أقليمطس وفيه الحكام، وكتاب أبو عالمسيس، وفيه رؤيا يوحنا بن زبدي.

وإختفلوا شأن القياصرة في الأخذ بهذه الشريعة تارة وتعظيم أهلها، ثم تركها أخرى والتسلط عليهم بالقتل والبغي؛ إلى أن جاء قسطنطين وأخذ به واستمروا عليها.

وكان صاحب هذا الدين والمقيم لمراسمه يسمونه البطرك، وهو رئيس الملة عندهم وخليفة المسيح فيهم، ويبعث نوابه وخلفاءه إلى ما بعد عنه من أمم النصرانية، ويسمونه الأسقف أي نائب البطرك، ويسمون الإمام الذي يقيم الصلوات ويفتيهم في الدين بالقسيس. ويسمون المنقطع الذي حبس نفسه في الخلوة للعبادة بالراهب، وأكثر خلواتهم في الصوامع.

وكان بطرس الرسول رأس الحواريين وكبير التلاميذ برومة يقيم بها دين النصرانية إلى أن قتله نيروان خامس القياصرة، فيمن قتل من البطارق والأساقفة؛ ثم قام بخلافته في كرسي رومة أريوس. وكان مرقاس الإنجيلي بالإسكندرية ومصر والمغرب داعياً سبع سنين؛ فقام بعده حنانيا وتسمى بالبطرك وهو أول بطاركة فيها. وجعل معه إثني عشر قساً على أنه إذا مات البطرك يكون واحد من الإثني عشر مكانه ويختار من المؤمنين واحداً مكان ذلك الثاني عشرة. فكان أمر البطاركة إلى القسوس. ثم لما وقع إختلاف بينهم في قواعد دينهم وعقائده واجتمعوا ببنقية أيام قسطنطين لتحريز الحق في الدين، وإتفق ثلثمائة وثمانية عشر من أساقفتهم على رأي واحد في الدين، فكتبوه وسموه الإمام وصيروه أصلاً يرجع إليه. وكان فيما كتبوه أن البطرك القائم بالدين لا يرجع في تعيينه إلى إجتهد الأقسمة كما قرره حنانيا تلميذ مرقاس، وأبطلوا ذلك الرأي، إنما يقدم عن ملا وإختيار من أئمة المؤمنين ورؤسائهم؛ فبقي الأمر كذلك²⁴⁹⁰.

En su *Muqaddima*, Ibn Jaldūn continúa describiendo la historia y dogmas principales del Judaísmo y el Cristianismo. El relato adolece de bastantes inexactitudes y confusiones; entre otros, se olvida de que Saúl fue el primer rey de Israel, la narración sobre la Pasión, Muerte y Resurrección de Jesús difiere de la evangélica, el primer sucesor de Pedro como Papa no fue Clemente, sino Lino²⁴⁹¹; no obstante, es cierto que Clemente, el tercer Sumo Pontífice, es un personaje relevante por ser el autor de la primera obra de la literatura cristiana conservada, Epístola a los Corintios, donde aparece la primera oración de la Iglesia por el estado²⁴⁹². Obviamente, en *El Corán* aparecen versiones diferentes a las bíblicas de muchos pasajes, y el pensador tunecino sigue las coránicas. Sin embargo, de las palabras de Ibn Jaldūn debemos extraer algunas ideas que descuellan con especial relevancia: el empleo de la palabra *jalīfa* (califa) para designar a la persona que sucede al Mesías (el hecho de utilizar el título de mesías también es sumamente significativo) y a Pedro; la referencia a la reunión de los apóstoles en Roma para fijar las normas de la nueva religión, asamblea que no tuvo lugar, si bien confirma lo penetrante de este pensador musulmán, ya que es consciente de la importancia de la colegialidad en la Iglesia (asimismo, se refiere como un hecho trascendente en su historia al Concilio de Nicea). Tampoco tenemos que dejar de comentar el carácter profundamente normativo que asigna a la religión cristiana, algo que resulta natural, porque en el Islam derecho y religión resultan difícilmente separables.

^aالفصل الرابع والثلاثون. في مراتب الملك والسلطان وألقابها.

أعلم أن السلطان في نفسه ضعيف يحمل أمراً ثقيلاً، فلا بد له من الإستعانة بأبناء جنسه [...] ثم أعلم أن الوظائف السلطانية في هذه الملة الإسلامية مندرجة تحت الخلافة لإشتمال منصب الخلافة على الدين والدنيا كما قدمناه. فالأحكام الشرعية متعلقة بجميعها وموجودة لك واحد منها في سائر وجوهها، لعموم تعلق الحكم الشرعي بجميع أفعال العباد. والفقيه ينظر في مرتب الملك والسلطان وشروط تقليده إستبداداً على الخلافة وهو معنى السلطان، أو تعويضاً منها وهو معنى الوزارة عندهم كما يأتي، وفي نظره في الأحكام والأموال وسائر السياسات مطلقاً ومقيداً، أو في موجبات العزل إن عرضت، وغير

a Capítulo treinta y cuatro. Sobre los cargos del rey y el sultán y sus denominaciones.

Has de saber que el sultán, por sí mismo, es débil y soporta asuntos pesados, por eso precisa de ayuda entre los hijos de su linaje [...]

Después, has de saber que las funciones del sultán en esta religión islámica se encuadran dentro del califato, por comprender el cargo de califa la religión y esta vida como hemos dicho con anterioridad. El régimen jurídico está vinculado a todas ellas y presente en cada una de ellas, en todas sus vertientes, por la generalidad de la vinculación de las normas de la *Šarī'a* con todos los actos de los fieles. El alfaquí ha de mirar en los cargos del rey y el sultán y los requisitos de su nombramiento basándose en exclusiva en el califa, que significa el sultán, o en sus delegados como el ministro según vendrá. En su mirada sobre las normas y bienes de las diferentes políticas absolutas o regladas, o en las causas de su destitución si se dan, y otros sentidos sobre el rey y el sultán así como en el resto de las funciones que se incluyen bajo esto, ministros, recaudadores, gobernadores. El alfaquí deber mirar en todos estos asuntos como hemos dicho con anterioridad, partiendo del régimen legal del califa y descendiendo al rey y el sultán en la religión islámica [...]

ذلك من معاني الملك والسلطان وكذلك في سائر الوظائف التي تحت الملك والسلطان من وزارة أو جباية أو ولاية. لا بد للفتية من النظر في جميع ذلك لما قدمناه من إنسحاب حكم الخلافة الشرعية في الملة الإسلامية على رتب الملك والسلطان...²⁴⁹³

En el siguiente capítulo, se confirma este carácter absoluto del poder en el Islam, pues todos los cargos, incluso reyes y sultanes, derivan de esa autoridad suprema. Otra idea relevante de este texto es la afirmación del pensador tunecino de que la *Šarī'a* vincula todos los aspectos de la vida de los musulmanes. En el caso de los jueces, esta estructura jerárquica está refrendada por al-Jaṣṣāf en su obra sobre cómo han de imponer justicia:

^aباب القاضي يقضي بعلمه ذكر (ابن سيرين أن شريحاً خصم إليه رجل فسأله البينة فقال [له] الرجل يا أبا أمية أنت تشهد لي فقال له إذهب إلى الأمير فخاصمه إليه حتى أجئ فأشهد لك. أفاد هذا الحديث فائدتين إحداهما أن القاضي لا يقضي بعلمه لأن شريحاً لم يقض بعلمه و الثانية أن قضاء الأمير ينفذ قضاء القاضي لأن القاضي إنما يتولى من جهة الأمير و هو فرع والأمير أصل...²⁴⁹⁴

Al-Jaṣṣāf recoge una escena (a parte de la cual hicimos referencia sobre el gobierno en el mundo musulmán), narrada por Ibn Sīrīn -musulmán de segunda generación, nacido en el año 653, en Basora donde fue un referente en las ciencias de la religión²⁴⁹⁵-. En la misma, se observa a un hombre que demanda a otro ante el juez Šarīḥ -de origen yemení, fue uno de los más famosos jueces en los inicios del Islam; falleció en el año 697²⁴⁹⁶- quien le exige que presente una prueba; en contestación, le dice que él, Šarīḥ, es su testigo pues conoce el caso. La respuesta de este reputado magistrado fue la de remitirlo ante el emir, para que juzgue el caso, en cuya jurisdicción sí acepta testificar en su favor. De esta actuación, el ulema ḥanafī deduce dos normas sobre la labor judicial: el juez no juzga por su conocimiento personal y la jurisdicción original pertenece al emir, quien la delega al cadí.

^bالفصل الحادي والخمسون. في أن العمران البشري لا بد من سياسة ينتظم بها أمره. أعلم أنه قد تقدم لنا في غير موضع أن الاجتماع للبشر ضروري، وهو معنى العمران الذي نتكلم فيه، وأنه لا بد لهم في الاجتماع من وازع حاكم يرجعون إليه؛ وحكمه فيهم: تارة يكون مستنداً إلى شرع منزل من عند الله يوجب إنقيادهم إليه إيمانهم بالثواب والعقاب عليه الذي جاء به مبلغه؛ وتارة إلى سياسة عقلية يوجب إنقيادهم إليها ما يتوقعونه من الثواب ذلك الحاكم بعد معرفته بمصالحهم. فالأول يحصل نفعها في الدنيا والآخرة لعلم الشارع بالمصالح في العاقبة، ولمراعاته نجاته العباد في الآخرة، والثانية إنما يحصل نفعها في الدنيا فقط²⁴⁹⁷.

Ibn Jaldūn afirma que la civilización humana y la sociedad que es necesaria para la humanidad precisa de un distribuidor, es decir, un gobernante al que volver. El hecho de utilizar el singular puede ser significativo, en relación con los párrafos anteriores pero no concluyente. Asimismo, reconoce cierta división entre una política terrenal y otra divina, pues ese redistribuidor bien se puede apoyar en la legislación revelada o en una política racional, basada en el conocimiento de los intereses de los súbditos. Hay que destacar una diferencia esencial entre ambos ámbitos: el Legislador es Dios que revela sus normas, mientras que el gobernante ejerce una política racional, sin legislar. Esto concuerda con la afirmación del orientalista Wael Hallaq acerca de la soberanía exclusiva de Dios²⁴⁹⁸. El hombre, aun ocupando el máximo escalafón de mando, no tiene facultad para dictar normas. El monopolio legislativo de *Allāh* convierten en innecesaria una organización encargada de imponer leyes, tanto civiles, como religiosas.

a Capítulo sobre el juez que falla según su conocimiento. Ha mencionado (Ibn Sīrīn que Šarīḥ demandó a un hombre y le pidió una prueba; le dijo el hombre: Abū Ummyya, tú testificarás en mi favor. Le contestó: ve a donde el emir e interpón la demanda ante él y así iré y testificaré en tu favor. De este dicho se desprenden dos conclusiones: la primera que el juez no juzga en función de su conocimiento, porque Šarīḥ no juzgó por su conocimiento; la segunda es que el fallo del gobernante se ejecuta como el del juez, porque el juez está facultado por el gobernante, es una rama y el gobernante es el tronco...

b Capítulo cincuenta y uno. Sobre que la civilización humana necesita una política que organice con ella sus asuntos. Has de saber, y nos ha precedido en más de un lugar, que la sociedad es necesaria para la humanidad; ese es el significado de la civilización de la que venimos hablando. Esta necesita en la sociedad de un distribuidor gobernante al que volver y que los gobierne. Unas veces se apoyará en una legislación revelada desde Dios que deben seguir en su fe por lo correcto y el castigo. Otras veces en una política racional que deben seguir por lo correcto que esperan de este gobernante después de conocer sus intereses. El primero consigue su utilidad en esta y en la otra vida, por el conocimiento que tiene el Legislador del final y por Su consideración por la salvación de los fieles en la otra vida; el segundo solo es útil en esta vida.

[...] وذلك أن أبا بكر سأل من حضر ضرب النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له فكان فيما ذكروا عنده أربعين أو نحوها فإن ضربه أربعين أو أقل منها يسوط أو ضربه أكثر من أربعين بالنعال أو غير ذلك فمات فديته على عاقلة الإمام دون بيت المال [...] (قال الشافعي) وإذا حد الإمام رجلاً عبدين أو عبد وحر أو ذمي ومسلم أو شهادة غير عدلين في أنفسهما أو غير عدلين على الشهود عليه حين شهدا فمات ضمنته عاقلته لأن هذا كله خطأ في الحكم [...] وإذا ضرب الإمام فيما دون الحد تعزيراً فمات المضروب ضمننت عاقلة الإمام ديته [...] إذا بعث السلطان إلى إمرأ أو رجل عند إمرأة ففزع المرأة لدخول الرسل أو غلبتهم أو إنتهارهم أو الذعر من السلطان فأجهضت فعلى عاقلة السلطان دينة جنيتها....²⁴⁹⁹

En este texto del libro *al-Umm*, al-Šāfi'ī establece la responsabilidad penal (precio de sangre o *diyya*) de la *'āqila*, o familiares agnados, del califa o imán supremo. Nunca se abonaría de los fondos del tesoro, como vimos en el capítulo sexto, pues parte de este fragmento lo utilizamos en ese momento. Además de comprobar que el nasciturus es protegido por la composición penal, este ulema separa claramente la persona del imán de su cargo como tal, pues su responsabilidad patrimonial extracontractual o derivada de un delito es personal; el tesoro no responde por él. Esta indemnización a cargo de la familia agnada del califa implica un individualismo exacerbado que niega que la *umma* pueda hacerse cargo de la compensación de su máximo responsable, a través de la *bayt al-māl*.

دار الخلافة

وأما الشرقية فهي اليوم دار الخلافة، وكفاها بذلك شرفاً وإحتقاراً. ودور الخلافة مع آخرها، وهي تقع منها في نحو الربع أو أزيد، لأن جميع العباسيين في تلك الديار معتقلين إعتقاراً جميلاً، لا يخرجون ولا يظهرون، ولهم المرتبات القائمة بهم. [...] للخليفة من تلك الديار جزء كبير، قد إتخذ فيها المناظر المشرفة والقصور الرائقة والبساتين الأنيقة. وليس له اليوم وزير، إنما له خديم -يعرف بنائب الوزير- يحضر الديوان المحتوى على أموال الخلافة بين يديه الكتب، فينفذ الأمور. وله قيم على جميع الديار العباسية، وأمير على كافة الحرم الباقيات من عهد جده وأبيه، وعلى جميع من تضمنه الحرمة الخلفية، يعرف الصاحب مجد الدين أستاذ الدار، هذا لقبه، ويدعى له أثر الدعاء للخليفة، وهو قل ما يظهر للعامة، إشتغالاً بما هو بسبيله من أمور تلك الديار وحرصاتها والتكفل بمغالقتها وتفقدتها ليلاً نهاراً²⁵⁰⁰.

Un siglo antes de la obra de Ibn Jaldūn, en la que este nos describe que la legitimidad de todos los cargos y funciones públicas proceden del califa, el cronista, Ibn Ŷubayr -el segundo párrafo de este fragmento lo empleamos en el capítulo tercero en el epígrafe sobre la administración en las regiones, ciudades y de los registros- dibuja la parte de Bagdad que era la residencia oficial del califa. Nos detalla como la institución califal había perdido casi todo poder efectivo, convirtiéndose en cargo simbólico, pues nos dice literalmente que los *'abbāsīes* permanecían *arrestados en un arresto hermoso*. El cargo de ministro había desaparecido, siendo sustituido por

a Delitos de sultán.

Eso es que Abū Bakr preguntó a los que habían presenciado los azotes que había impartido el Profeta, las bendiciones de Dios sean sobre él; le recordaron que que dio cuarenta latigazos más o menos. Si le hubiera dado cuarenta o menos con el látigo o le hubiera golpeado con el calzado u otro artefacto y muriera, su *diyya* recaería sobre su *'āqila*, no sobre la *bayt al māl* [...] (Ha dicho al-Šāfi'ī) Si el imán aplicara uno de los castigos señalados en *El Corán* a un hombre por el testimonio de dos esclavos o un esclavo y un hombre libre, o un musulmán y un *dimmi*, o dos testigos que no fueran honorables en sí mismos o respecto a contra quien testifican, en caso de que muriera, la responsabilidad recaería sobre la *'āqila* del sultán, porque sería un error en la sentencia [...] Si el imán golpeara a uno, no como la pena del *had*, sino como otro castigo y el golpeado muriera, la misma *'āqila* sería responsable [...] Si el sultán enviara a una mujer o a un hombre a casa de una mujer y esta entrara en pánico, por la entrada de los emisarios, por su fuerza o el pánico al sultán y abortara, la *'āqila* del sultán sería responsable de la *diyya* del feto.

b La casa del califato.

En cuanto a la zona este, hoy es la casa del califato, y se les mantiene como un honor y celebración. Las casas del califa con los otras, ocupa un cuarto o más, porque todos los *'abbāsīes* en estas casas están presos en una prisión de terciopelo, de la que no salen ni aparecen en público, teniendo sus propios servidores.

En esta zona el califa posee una gran parte, en ella ha tomado miradores, palacios hermosos y jardines elegantes. En la actualidad no tiene ministro, únicamente un servidor -que se conoce como viceministro- que está presente en el *dīwān* que incluye los bienes del califato; entre sus manos están los libros y ejecuta las órdenes. Y dispone de responsables para todas las casas de los *'abbāsīes*, y un secretario para los harenes restantes de su abuelo y su padre y para todas las que pertenecen al harén califal; se lo conoce como Ma'ūd al-Dīn, el profesor de la casa, que ese es su apelativo. Se reza por él después del califa. Apenas aparece en público, pues está ocupado con sus obligaciones en la casa, su guardia, cierre de candados y su supervisión día y noche.

una especie de servidor mayor, quien se encargaba del *dīwān* en el que se registraban los bienes que pertenecían al califa. El pensador tunecino analiza una institución cuyo poder político efectivo era ejercido por sultanes, que mantenían al califa como símbolo religioso sin apenas competencias administrativas, judiciales o gubernativas. Este viajero llegó a la ciudad califal unos años antes que en el año 1258 los mongoles, bajo el mando de Hulagu, la devastaran estrangulando al último representante del califato 'abbāsī²⁵⁰¹. La institución fue pasando a otras dinastías hasta asentarse en el Imperio Otomano; su supresión tuvo lugar en el año 1924²⁵⁰².

^aفصل: في صفات تقليد الإمام

والصفات المعتمدة في تقليد هذا الإمام خسم: أن يكون رجلاً عادلاً قارئاً، فقيهاً، سليم اللفظ من نقص أو لثغ [...] وأما المساجد العامة التي بينها أهل الشوارع والقبائل في شوارعهم وقبائلهم فلا إعتراض للسلطان عليهم في أئمة مساجدهم، وتكون الإمامة فيها لمن إتفقوا على الرضا بإمامته، وليس لهم بعد الرضا به أن يصرفوه عن الإمامة إلا أن يتغير حاله، وليس لهم بعد رضاهم به أن يستخلفوا مكانه نائباً عنه، ويكون أهل المسجد أحق بالإختيار. وإذا اختلف أهل المسجد في إختيار إمام، عمل على قول الأكثرين، فإن تكافأ المختلفون إختيار السلطان لهم قطعاً لتشاجرهم من هو أدين وأسن وأقرأ وأفقه، وهل يكون إختياره مقصوراً على ذلك العدد المختلف في إختيار أحدهم، ولا يتعداهم إلى غيرهم لإتفاقهم على ترك من عداهم. أحدهما: أنه يكون مقصوراً على ذلك العدد المختلف في إختيار أحدهم، ولا يتعداهم إلى غيرهم لإتفاقهم على ترك من عداهم. والثاني أنه يختار من جميع أهل المسجد من يراه لإمامته مستحقاً، لأن السلطان لا يضيق عليه الإختيار. وإذا بنى رجل مسجداً لم يستحق للإمامة فيه، كان هو وغيره من جيران المسجد سواء في إمامته وأذانه. وقال أبو حنيفة: إنه أحق بالإمامة والأذان فيه²⁵⁰³.

El autor del libro sobre el régimen jurídico de los sultanes, al-Māwardī, al describir los requisitos que han de concurrir en la persona que ostente el cargo de imán en una mezquita nos muestra la presencia del principio democrático en la elección del cargo de guía en la oración dentro de un templo circunscrito a un barrio concreto. Serían los vecinos, por mayoría, quienes lo eligieran. Sin menospreciar esta circunstancia, tenemos que destacar que el puesto es ocupado por una única persona quien, además no forma parte de un cuerpo de imanes, inexistente en el Islam. Con este fragmento, queremos reforzar una reflexión que hicimos al comparar la Iglesia con la *umma*: la colegialidad o la formación de un ente diferente a las personas que lo conforman no está vinculada a la presencia de elementos democráticos; la Iglesia católica no es una democracia *stricto sensu*, pero sí es una persona jurídica; el nombramiento de los imanes en la mayoría de las mezquitas se produce por mayoría de los fieles, pero no se incorporan a un cuerpo que sea sujeto de derechos y obligaciones con autonomía a sus miembros.

a Capítulo: sobre los requisitos para nombrar al imán.

Los requisitos que se tienen en cuenta para nombrar a este imán son cinco: que sea un hombre justo, que sepa leer, conocedor del *fiqh*, de buena pronunciación y libre de impedimentos para vocalizar [...]

En cuanto a las mezquitas públicas que las construyen la gente de esas calles o las tribus en sus calles y en sus zonas, el sultán no interviene en sus imanes; el cargo sería para quien tuviera el consenso y beneplácito de la gente. Después del acuerdo, no podría cesarlo salvo que cambiara el estado por el que fue escogido, ni tampoco pueden sustituirlo. La gente de la mezquita tendría mejor derecho.

Si la gente de la mezquita no estuviera de acuerdo en el nombramiento del imán, se estaría a la opinión de la mayoría: si hubiera empate, decidiría el sultán para evitar conflictos, sobre quien es más piadoso, seguidor de la sunna, leyera mejor o tuviera mejor conocimiento del *fiqh*. ¿La elección se limita al número sobre el que se discrepa o entre toda la gente de la mezquita? Hay dos opiniones:

Primera: que está limitada al número de personas sobre los que existen diferencias, eligiendo a uno de ellos, pues existe consenso en eliminar a los demás. Segundo: que se escoja entre todos los de la mezquita a quien se considere que merezca el cargo de imán, porque el sultán no interviene.

Si un hombre construyera una mezquita, no merecería el cargo de imán en ella; él y el resto de los vecinos tendrían el mismo derecho al cargo y a llamar a la oración. Abū Ḥanīfa dijo: él tendría preferencia a ser imán y almuédano en ella.

^aباب موت الخليفة وله قضاة أو عزله قاضياً. قال ولو أن خليفة مات أو خلع وله قضاة قد كان ولاهم فإن قضاته على حالهم أحكامهم نافذة [على ما كانت] وأموره جائزة ولا يكون موت الخليفة عزلاً لهم قال صاحب الكتاب (لأنهم قوام المسلمين جعلوا لمصالحهم وليس هم ولاية له في شيء من خاصة أمره) وهذا صحيح لأن الخليفة في تعيين القضاة نائب عن المسلمين فكان القضاة نواب المسلمين والمسلمون على حالهم فبقى النواب على ما كانوا عليه بخلاف الوكيل حيث يعزل بموت الموكل لأن نائبه في خاصته ونظير مسألتنا الوكيل يعقد الإجازة إذا مات لا يفسخ عقد الإجازة لأن عقد للمالك لا لنفسه (فقال وكذلك والي بلدة إذا عزل وله ولا في البلدة لا يعزلون) لأنهم نواب أهل البلدة لأنهم نوابه في خاصته حتى لو كانوا نواباً له في أمر يخصه مما جعله السلطان له ثم عزل عن ذلك الأمر يعزلون أيضاً²⁵⁰⁴.

‘Umar b. ‘Abd al-‘Azīz, conocido como al-Ṣadr al-Šahīr -nacido en el año 1090, en el Jorasán y asesinado en Samarcanda en 1141, jurista seguidor de Abū Ḥanīfa²⁵⁰⁵- en su comentario sobre el libro de al-Jaṣṣāf dedicado al régimen de los jueces, se hace eco de lo que el autor considera: a pesar de que estos funcionarios son nombrados por el califa, en realidad son delegados de los musulmanes; esta es la razón por la que la muerte o destitución de aquel no supone el cese automático de los magistrados; ya que, como afirma al-Ṣadr al-Šahīr, los musulmanes se mantienen en el tiempo de forma indefinida y, a diferencia del gobernante, permanece. Esta reflexión nos devuelve a la polémica acerca de la calificación de la *umma* como persona jurídica. Al igual que concluimos en su momento, en lo que coincidimos con el doctor por al-Azhar, ‘Abd-l-Salām Dawūd al ‘Abbādī²⁵⁰⁶, el conjunto de creyentes en el Islam no forman un sujeto independiente de los mismos, sino una comunidad de bienes, a imagen de los beneficiarios indeterminados de una *waqf*, no son titulares más que de una expectativa de derecho y, de la misma forma que la cláusula residual de los *ḥanaḥīes*, en favor de los pobres, pues, como el propio al-Jaṣṣāf²⁵⁰⁷ especifica, no se prevé su extinción, posibilitando de esta manera la continuidad en el cargo de los jueces, que han de velar por los intereses de los musulmanes. Al igual que expresamos reiteradamente al analizar los *aḥbās*, los ulemas alcanzan un punto crítico en sus teorías y no optan por la solución de crear un sujeto independiente de los miembros de ese grupo indeterminado. La técnica para alcanzar la continuidad del cargo consiste en convertirlo en delegado de un conjunto no determinado de personas, pero al que no se unifica como ente independiente. Los individuos calificados como musulmanes, o pobres en el caso de los *aḥbās*, se van incorporando y saliendo de ese colectivo, conservando su individualidad dentro del mismo, pues lo único que los aglutina como tal es una característica común, sin normas que regulen sus relaciones ni una organización propia.

^bباب القاضي لمن يجوز قضاؤه ولمن لا يجوز. [...] (قال ولو أن قاضياً قضي للأمام الذي ولاه [بقضية] أو قضى عليه جاز ذلك لما روينا من الأثر) [...] (قال وكذلك قاضي القضاة لو خوصم إلى قاضي ولاه هو فقضى له أو عليه جاز ذلك)، لأن قاضي القضاة في حق هذا القاضي بمنزلة الإمام في حق قاضي القضاة وهو لو للإمام جاز، فكذا هنا، (قال وكذلك لو أن الإمام ولي قاضياً على مثل خراسان وأمره أن يولي قضاة على الكور ففعل ثم خاصم القاضي الأعلى إلى بعض من ولاه فقضاؤه جائز له وعليه) ...²⁵⁰⁸

a Capítulo. La muerte del califa cuando tiene jueces nombrados o ha destituido a un juez. Dijo: si el califa muriera o fuera destituido y tuviera jueces que hubiera investido, sus jueces se mantendrían y sus fallos serían eficaces, tal como estaban; sus órdenes serían válidas y la muerte del califa no supondría una destitución. El autor de libro dijo: “porque ellos son encargados de los musulmanes que son nombrados para sus intereses y no son delegados de aquel para sus asuntos particulares”. Esto es correcto, porque el califa inviste a los jueces como delegados de los musulmanes, así que son delegados de los musulmanes y los musulmanes se mantienen en su estado, manteniéndose los delegados como estaban, al contrario del mandatario que cesa con la muerte de su mandante, porque es su delegado particular; es análoga a la cuestión del mandatario para el contrato de arrendamiento, si fallece, no se rescinde el contrato, pues ha contratado en nombre del propietario, no para sí mismo. (Dijo: “también en el gobernador de una población, si es destituido habiendo nombrado autoridades, estas no cesan”), porque son delegados de los habitantes de la localidad, no son delegados particulares; si fueran delegados particulares en unos asuntos privados que el sultán hubiera determinado, sí serían cesados en ese caso.

b Capítulo. El juez, a quién le es válido su fallo y a quién no [...] (Dijo: si un juez fallara en favor del imán que lo nombró en un cuestión o contra él, sería válido eso, por la tradición que hemos contado) [...] (Dijo: y también el juez de jueces, si fuera demandado ante un juez que hubiera designado, tanto si fallara a su favor o a su contra, sería válido), porque el juez de jueces, en el derecho de este juez está en la misma posición que el imán en el derecho del juez de jueces, si fallara en favor o en contra de él, sería válido aquí también, (dijo: también si el imán invistiera a un juez para Jorasán, por ejemplo, y le ordenará que nombrara jueces para sus comarcas; si lo hiciera y el juez superior fuera demandado ante uno inferior, su fallo a su favor y en su contra sería válido)...

'Umar b. 'Abd al-'Azīz continúa su exégesis del libro de al-Jaṣṣāf y nos descubre una regla de gran interés: el juez que es nombrado por el imán o por un juez superior, es competente para conocer las cuestiones seguidas contra la persona que lo invistió y sus fallos, tanto en su favor como en contra, serían válidos y eficaces. Esto supone un indicador de una incipiente independencia judicial, al menos formal, porque quien lo nombra está capacitado para destituirlo. Esta autonomía en el ejercicio de la jurisdicción no implica, por sí misma, que nos encontremos ante un cuerpo jurisdiccional que trascienda a los jueces individuales. Tampoco en la obra de este ulema del siglo XII se observa ningún indicio de la constitución de tribunales pluripersonales.

^aسئل أبي -رضي الله عنه- عن قاض قدمه قائد البلدة ولم يقدمه الأمير، قام عنده رجل له زوجة محجور عليها فأراد أن يبطل إيصاء الوصي المقدم عليها، هل لهذا الحاكم المذكور [أن ينظر في ذلك أم لا فأجاب]: أما نظر القضاة المقدمين في مثل هذا فقد نص أئمتنا أنه لا ينظر في الإيصاء والتقديم [والترشيد والتسفيه] والقسمة على الأيتام والنظر [في أموالهم وأموال الغيب] والحبس المعقب، والأنساب والوصايا إلا القضاة خاصة دون سائر المظالم والرد والتركه وغيرها، وإن كانوا مقدمين من قبل الأئمة، وأما من لم يكن مقدماً من إمام وهو في طاعة إمام غير متعذر تقديمه فلا يجوز له الحكم في شيء إلا ما تراضى به الخصمان بين يديه وحكامه عليه ما لم يرجعاً قبل نفوذ حكمه على خلاف فيه، قاله إن عياض -رضي الله عنه-.

قال محمد: هذا السؤال والجواب عليه إختصرت منهما ما أثبت هنا وأثبتهما بطولهما في غير هذا الموضع. ولم أنقل الجواب من خط أبي -رضي الله عنه- وقد أفتى برد بيع هذا الحاكم المذكور في السؤال، فقد باع دار اليتيم في غيبة وصيه فقهائ إشبيلية: الباجي، وابن الجد، وابن لؤي، والبناعي، وابن مريم، وابن الأيمن. ورأيت ذلك في بعض كتب المتأخرين.

وإختلف الشيوخ بالأندلس في أحكام ولاية الكور، مثل القواد، وأمضاها أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم، ولم يجز للؤلؤي، حتى يجعل له مع القيادة النظر في الأحكام، وإستحسن ابن أبي زيد إذا كان للأعمال قاض قد أفرد للنظر في الأحكام أنه لا يجوز حكم ولاية، وإن لم يكن لها قاض أنه يجوز حكمهم لما في ذلك للناس من الرفق.

[وحكي الشعبي في نوازله أنه] سأل بعض [فقهائ قرطبة عن صاحب السوق هل له أن يحكم في عيوب وشبهها ويخاطب حكام البلاد] في الأحكام فقال: [ليس له ذلك إلا أن يجعل إليه] ذلك في تقديمه...²⁵⁰⁹

El ceutí, el juez mālikī, 'Iyyād b. Mūsā, recopila esta respuesta de su padre. En la misma nos presenta el conflicto entre diversos jueces, uno de los cuales no ha sido nombrado por el emir correspondiente. La regla general es que la jurisdicción le corresponde al magistrado cuya designación es legítima, salvo que ambas partes consientan en someterse a un juez admitido por ambas. El hijo de 'Iyyād, Muḥammad, añade que los ulemas sevillanos fallaron sobre la nulidad de una venta, realizada por un juez puesto por el jefe de la población y no por el emir, de un bien de unos huérfanos estando su tutor ausente. Entre estos *fuqahā'*, se refiere a Abū al-Walīd al-Bāyī, originario de la población, hoy portuguesa, de Beja en el año 1012²⁵¹⁰ e Ibn al-Ŷadd, muftí de la ciudad de Labla (Niebla), -ciudad al oeste de Sevilla cuarenta y dos millas, conocida como la

a Se preguntó a mi padre -Dios esté satisfecho de él- sobre un juez que nombró el jefe de la población y no el emir. Se plantó ante él un hombre cuya esposa estaba incapacitada y quería anular la tutoría de su tutor. ¿Puede este juez mencionado [ver esta causa o no? Contestó]: en cuanto a la competencia de estos jueces nombrados de esta manera, nuestros imanes han determinado que no pueden ver las causas sobre la tutoría, su nombramiento, [la mayoría de edad, la prodigalidad], la partición que involucre a los huérfanos y la vista sobre [sus bienes y los bienes del ausente] y el *ḥubs* de llamamientos sucesivos, las filiaciones y los legados más que los jueces especiales, no el resto de los *maḥālim*; tampoco la devolución, la herencia y demás, aunque estuvieran nombrados por los imanes. Mas, si no fuera nombrado por un imán y rindiera obediencia a un imán que no tuviera excusa para nombrarlo, no sería válido su fallo sobre nada más que aquello en que las dos partes aceptaran su fallo, mientras que no se retracten antes de ejecutarse el fallo. Eso lo ha dicho Ibn 'Iyyād -Dios esté satisfecho de él-.

Muḥammad (el hijo de Ibn 'Iyyād; nota del editor) ha dicho: esta pregunta y su respuesta han sido compendiadas en lo que se ha comprobado en otros lugares. No he transmitido la respuesta del puño y letra de mi padre -Dios esté satisfecho de él-. Los *fuqahā'* de Sevilla han emitido fatuas que imponen la rescisión de la compraventa de este juez mencionado en la cuestión, pues ha vendido la casa de los huérfanos estando ausente el tutor de estos. Estos alfaquíes son: al-Bāyī, Ibn al-Ŷadd, Ibn Lu'ī, al-Yanāqī, Ibn Marīm e Ibn al-Ayman. También lo he visto en algunos libros de los más modernos.

Los jeques de al-Andalus discrepan sobre los fallos de los gobernadores de las comarcas, como los jefes. Abū Ibrāhīm Ishāq b. Ibrāhīm les da eficacia y no los permite al-Lu'lu'ī, hasta que no compartan la jefatura y la competencia en las causas. Ibn Abū Zayd, si existiera un juez que tuviera en exclusiva la competencia, no considera válidos los fallos de los gobernadores; si no existiera un juez, serían válidos sus fallos, por lo que traería a la gente de apoyo.

[Al-Ša'abī en sus fatuas] preguntó a algunos [*fuqahā'* de Córdoba sobre el señor del zoco, si puede dictar fallos sobre vicios y similares y seguir] los fallos de los jueces. Dijo: [no puede hacer eso si no se le ha autorizado] en su nombramiento...

Roja²⁵¹¹-, y ministro del reino de los Banū ‘Abbād en Sevilla²⁵¹². Asimismo, hace referencia a la opinión de los juristas cordobeses quienes discrepan sobre la validez de los fallos emitidos por los gobernantes de una *Kūra* (división territorial en la época omeya). Ishāq b. Ibrāhīm -uno de los grandes de Córdoba fallecido en el año 352 de la hégira; les da eficacia; por su parte, al-Lu’lu’ī, muftí cordobés y uno de los principales consejeros de su época^a; no los considera válidos. Según se establece por ‘Iyyād, estos cargos administrativos sólo podrían ejercer las competencias del cadí en ausencia de un juez nombrado, mientras dure la vacante. Esto nos demuestra que en al-Andalus existía una jurisdicción, con un ámbito de actuación propio e independiente de los gobernadores administrativos. Sin embargo, ambos cargos unipersonales, no forman un cuerpo propio, pues tanto el gobernador como el juez son delegados del califa, actuando como si fueran este. Para profundizar en la estructura jurídica en la Península Ibérica musulmana, se puede consultar el capítulo correspondiente en la obra del profesor Juan Quesada Martos²⁵¹³. En esa parte de su libro *El Mundo Jurídico de Al-Andalus* todos los órganos descritos son unipersonales.

^bالفرق الثمانون والمائة.

بين قاعدة الملك وقاعدة التصرف.

أعلم أن الملك أشكل ضبطه على كثير من الفقهاء [...] والعبارة الكاشفة عن حقيقة الملك أنه حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من إنتفاع بالملوك والعوض عنه [...] وقولنا في العين أو المنفعة، فإن الأعيان تملك كالبيع والمنافع كالإجارات [...]

وكذلك إذا قلنا: الأوقاف على ملك الواقفين، مع أنه لا يجوز لهم البيع وملك العوض عنها [...] وكذلك قال المالكية وغيرهم: إن الإنسان قد يملك المنفعة، وقد يملك الإنتفاع فقط كبيوت المدارس والأوقاف والربط ونحوها، مع أنه في هذه الصور لا يملك أخذ العوض عن تلك المنافع.

[...] فإن قلت: الملك حيث وجد هل يتصور في الجواهر والأجسام أم لا يتصور إلا في المنافع خاصة؟ قلت: قال المازري -رحمه الله- في شرح التلقين: قول الفقهاء: الملك في المبيع يحصل في الأعيان وفي الإجارات يحصل في المنافع، ليس على ظاهره، بل الأعيان لا يملكها إلا الله تعالى؛ لأن الملك هو التصرف، ولا يتصرف في الأعيان إلا الله تعالى بالإيجاد والإعدام والإماتة والإحياء، ونحو ذلك، وتصرف الخلق إنما هو في المنافع فقط بأفعالهم من الأكل والشرب والمحاولات والحركات والسكنات. قال: وتحقيق الملك أنه ورد على المنافع مع رد العين فهو الإجارة وفروعه من المساقاة والمجاعة والقراض ونحو ذلك، وإن ورد على المنافع مع أنه لا يرد العين، بل يبذلها لغيره بعوض أو بغير عوض، فهو البيع والهبة، والعقد في الجميع إنما يتناول المنفعة، فقط ظهر بهذه المباحث وهذه الأسئلة حقيقة الملك والفرق بينه وبين التصرفات...²⁵¹⁴.

Al-Qarāfī, el alfaquí egipcio de finales del siglo XIII y principios del XIV, seguidor de Mālik²⁵¹⁵, es el autor de este párrafo al que hacemos referencia de forma recurrente porque es paradigmático del concepto de la propiedad en la *Šarī‘a*: un derecho disociado en un dominio

a Nota del editor.

b La diferencia ciento ochenta.

Entre la regla de la propiedad y la regla de la disposición.

Conoce que la propiedad ha causado dificultades a muchos *fuqahā’* a la hora de comprenderla [...] la expresión que descubre la verdad sobre la propiedad es que es una disposición de la ley establecida para el bien en sí y la *manfa‘a* en cuya virtud se permite a quien la tiene usar las propiedades y obtener contraprestación [...] Y nuestra expresión sobre el bien en sí o su *manfa‘a*, es porque se es propietario del bien, como en las ventas y de las utilidades, como en los arrendamientos [...]

Asimismo, si decimos: los *awqāf* permanecen en propiedad de los fundadores, a pesar de que no pueden venderlo ni obtener contraprestación por ellos [...] y también los *mālikīes* y otros dicen: el ser humano puede poseer el usufructo y el uso únicamente, como en las escuelas y los *awqāf* y el *ribaṭ* y demás, a pesar de que en este tipo no puede tomar contraprestación por ello [...]

Y si te preguntaras ¿te imaginas la propiedad sobre los objetos y los cuerpos o nada más que te la imaginas sobre las utilidades? Contestaría: dijo al-Māzarī, Dios se apiada de él, en su exégesis de *al-Talqayn*: la opinión de los *fuqahā’*: la propiedad en la venta se consigue sobre los bienes y en el arrendamiento sobre las utilidades, no es por su evidencia, pues los bienes no son poseídos más que por Dios el Altísimo, porque la propiedad es la disposición y no dispone de los bienes nadie más que Dios el Altísimo, creándolos, no creándolos, extinguiéndolos, reviviéndolos y demás. La disposición de la criatura no se produce más que sobre las utilidades a través de sus actos: comer, beber, intentar, mover, habitar. Dijo: la consecución de la propiedad es sobre las utilidades y apartando el bien, el arrendamiento y sus derivados de la sociedad de riego, en comandita y demás, y si se produce sobre las utilidades sin apartar el bien, sino que se intercambia mediante contraprestación o sin ella, sería la venta o la donación. El contrato, todos, únicamente trata de las utilidades, y se hace evidente de estos análisis y preguntas la verdad sobre la propiedad y la diferencia entre ella y las disposiciones...

directo y útil o *nuda* propiedad y usufructo, cuyo titular originario sería Dios, dejado al ser humano, en última instancia las utilidades de las cosas. Esta idea está íntimamente ligada a la fe en la unidad radical de Dios e implica que también el dominio sobre los bienes pertenece a ese *Dios que no hay más que Él*. Este ulema cita a otro alfaquí de la escuela nacido en Sicilia, en el año 1067 y fallecido en Túnez en 1141, al-Māzarī²⁵¹⁶.

ذكر صفة ترتيب الـروز المعد لدخول هذين الرئيسين يوم قدمهما قرطبة حتى وصلا مجلس الخلافة.
[...] ثم توصل أصحاب الشرطة العليا والوسطى فقاموا حجاباً على منازلهم عن ذات اليمين واليسار. ثم أذن لأصحاب المخزول والخزان والعراض وغيرهم من طبقات أهل الخدمة، ولمن أُنذر من قريش والموالي والقضاة ووالفقهاء والعدول، فتوصل جميعهم ومثلوا قياماً على أقدامهم. وقام صفان من الكتاب والمقدمين والوصفاء الأكابر ومن دونهم من طبقات الخدم والخصيان من بين أيدي آخر المجلس والمعترض، في زيهم الجميل، عليهم اللامات السابغة والسيوف الحالية المرصعة بالجواهر الفاخرة، فكانوا من أبهى حلى المملكة²⁵¹⁷.

Ibn Ḥayyān, el cronista de la Córdoba en el apogeo del califato omeya, describe la comitiva de entrada de dos jefes destacados²⁵¹⁸. En la misma participan los personajes principales de la corte, acompañados por los miembros del servicio del califa ataviados con los trajes de gala. Los participantes se organizan según sus categorías: miembros de la tribu de Qurayš y sus clientes, jueces, *fuqahā'* y notarios. Desde el punto sociológico, no es descabellado considerarlos grupos sociales más o menos cohesionados y estructurados jerárquicamente, pero esta realidad no se traduce al mundo del derecho, pues no son considerados como entes o asociaciones diferentes a cada uno de sus componentes.

ذكر عيد الفطر الكائن في هذه السنة.
[...] وقعد له أمير المؤمنين على السرير في المجلس الموفي على الرياض بقصر الزهراء أفخم قعود وأكمله ترتيب وأبهاه تزييناً.
[...] فلما إستقرت هذه المراتب بالقوم وإنتهت حدود كمالها، أذن لطبقات قريش الأقرب فالأقرب، فتقدموا للسلام وبين أيديهم الكتاب المرتبون في المجالس الجوفية المرسومة لقعودهم، وصار بينهم أولاد على بن يحيى الحسني ومن توفي بقرطبة من رهائن بني إدريس، فتوصلوا زمراً، وقضوا حق تسليمهم، وأقعدوا في البهو، المنتظم بالبهو الذي قعد فيه أمير المؤمنين عن يساره. ثم توصل بإثرهم الموالي، فأقعدوا بعد التسليم في ذلك المجلس أيضاً، ثم توصل بعدهم الحكام وقضاة الكور وأهل الشورى وطبقات العلماء والعدول وبياض أهل قرطبة، ثم قبائل البربر...²⁵¹⁹

Ibn Ḥayyān, apodado Abū Marwān, el mayor conocedor de la historia de al-Andalus fallecido en el año 469 de la hégira²⁵²⁰, en otro momento de su obra *lo útil en las noticias del país de al-Andalus*, describe con gran finura, con un pincel atento a cualquier detalle, el banquete celebrado en Madīna al-Zahrā' con motivo de la fiesta de al-Fiṭr, que culmina el mes de Ramadán. Los invitados iban acudiendo y ocupando su lugar en función de su posición social, según la clase a la que pertenecían: jefes militares, gobernadores, jueces ulemas, notarios... Estos cuerpos sociales tenían una gran transcendencia política y protocolaria; jurídicamente, no eran objeto de un régimen propio.

a Mención de la descripción de la distribución del cortejo preparado para la entrada de estos dos jefes el día de su llegada a Córdoba hasta que llegan al *maʿyilis* del califato.

[...] Después llegaron los jefes de la Policía Superior e Intermedia; levantaron cortinas a derecha e izquierda de sus puestos. Luego se dio autorización a los jefes de los calabozos, almacenes, pajes y demás miembros de la clase sirviente, para los que fueran llamados entre los miembros de la tribu de Qurayš y sus clientes, los jueces, *fuqahā'*, notarios; continuaron todos y se presentaron erguidos sobre sus pies. Se formaron dos filas de escribas, oficiales y los esclavos superiores y otros entre los sirvientes y mayordomos, entre el final del *maʿyilis* y su perpendicular, con sus uniformes de gala, armas decoradas, espadas incrustadas de piedras preciosas; con las mejores joyas del reino.

b Mención de la Fiesta de al-Fiṭr que tuvo lugar ese año.

[...] Se sentó el Comendador de los Creyentes sobre el diván en el *maʿyilis* que mira al huerto en el Palacio de al-Zahrā', el más magnífico asiento y más completo en cuanto a su disposición y más hermoso por sus adornos [...] Cuando todos estas dignidades ocuparon su lugar, se dio permiso a las clases de Qurayš, empezando por los más cercanos; se adelantaron para saludar, mostrando entre sus manos el documento con el lugar que les correspondía, entre ellos el hijo de 'Alī b. Yaḥya al-Husnī y los rehenes de los Banū Idrīs que estaban en Córdoba, continuaron en grupos y aquellos cuyo derecho de entrega había expirado, y se sentaron en el patio, organizado para sentarse a la izquierda del Comendador de los Creyentes. Tras ellos, siguieron los clientes, sentándose después de la entrega en el mismo espacio; posteriormente los gobernadores y jueces de las comarcas y los consejeros y las clases de ulemas, notarios y los más granado de los habitantes de Córdoba, las tribus bereberes...

ذكر نص البيعة المكناسية لأمير الحضرة التونسية.

[...] وعندما أخرج الخلق من تلك العهدة، وتمحض الرأي عن صريح الزبدة، إتفق منهم العلماء والصلحاء والأشياخ والأعيان النصحاء ووجوه القبائل العشائر وكافة طبقات الناس من البادي والحاضر، على أن يبايعوا الإمام الهادي الأمير الأجل أبا زكرياء ابن الشيخ المجاهد أبي محمد عبد الواحد ابن الشيخ المعظم أبي حفص بيعة رفعت بالعدل معالمها، ووضعت على التقوى دعائمها، وصادف وقت الحاجة بيانها، وأسس على تقوى من الله ورضوان بنيانها، [...]، وأعطوا بها صفقة أيمانهم مبادرين، وشكروا الله على نعمة القيام بها وسيجزي الله الشاكرين، على سمع والطاعة والإرتباط بلزوم الجماعة والإنقياد للأوامر الزواجر بمبلغ الوسع ومجهود الإستطاعة، في اليسر والعسر والقل والكثر، والسراء والضراء والشدة والرخاء، وعلى ما بايع عليه سلف هذه الأمة أنمتهم، وأعطوا بها عن بصيرة ونقاء سريرة عهودهم وأذمتهم، النيات في الوفاء بها صادقة، والألسنة يشكر الله عليها ناطقة، والظواهر مع البواطن في إلزام أحكامها والإنقياد بزمامها متوافقة متطابقة، طوقها لهم ألزم من طوق الحمام، وربقتها منعقدة في أعناقهم بريقة الإسلام، وبعد أن أرزوا عملها في أبهى صور الأعمال، وإستوفوا عقدها بشروط الصحة والكمال، وأتبعوها بأخرى تنزل منها منزلة السورة من الفاتحة، ... 2521

Ibn 'Idārī, en sus *Ajbār*, noticias sobre al-Andalus y el Norte de África, nos deja constancia de la *bay'a* a uno de los reyes del reino *ḥafṣī*, en Túnez, surgido tras la descomposición del estado almohade²⁵²². Esta institución -nos remitimos al análisis que de ella realizamos al abordar la cuestión de la *umma* como sujeto de derecho-, se asemeja a un acuerdo a modo de contrato en el que se jura fidelidad al monarca y de la que emana su legitimidad. El historiador nos apunta que en su conclusión aparecen ulemas, jeques, los principales consejeros, jefes de clanes y tribales; en definitiva, las principales clases en las que se divide la población del reino, tanto sedentarios como nómadas. Todos los autores hacen hincapié en estos grupos estructurados, social, familiar y políticamente, mas, sin un régimen jurídico propio, aunque fuera de carácter consuetudinario, si el *fiqh* admitiera la costumbre como fuente del derecho. No se vislumbran ni siquiera indicios de estamentos medievales²⁵²³ que desembocaran en unas cortes de ese tipo, propio de las sociedades feudales europeas, en las que el clero, como uno de los estamentos, jugaba un rol primordial²⁵²⁴.

ثم دخلت سنة أربع عشرة [ذكر إبتداء أمر القادسية].

ففي يوم [...] سنة أربع عشرة [...] خرج عمر حتى نزل على ماء يدعى صراراً، فعسكر به [...] فنأدى عمر: الصلاة جامعة، فاجتمع الناس إليه، فأرسل إلى علي عليه السلام، وقد استخلفه على المدينة، فأتاه، وإلى طلحة وقد بعثه على المقدمة، فرجع إليه، وجعله على مجنبتين الزبير وعبد الرحمن بن عوف، فقام في الناس فقال: إن الله عز وجل قد جمع على الإسلام أهله؛ فألف بين القلوب، وجعلهم فيه إخواناً، والمسلمون فيما بينهم كالجسد لا يخلو منه شيء من شيء أصابه غيره، وكذلك يحق على المسلمين أن يكونوا أمرهم شورى بينهم وبين ذوي الرأي منهم... 2525

Uno de los historiadores musulmanes más conocidos, al-Ṭabarī, comienza su crónica del año catorce de la hégira, con los preparativos de la batalla de al-Qādisiyya. En su relato pone en boca

c Mención al texto de la *bay'a al-Maknāsiyya* en favor del emir de la sede tunecina.

[...] Cuando la creación fue sacada de esta época, y se asentó la opinión de todas sus impurezas, los ulemas, los virtuosos, los jeques, los consejeros y las líderes de los clanes y tribus y la totalidad de las clases entre la gente, nómadas y sedentarios, se pusieron de acuerdo en realizar la *bay'a* en favor del imán al-Hādī el emir Abū Zakaryā hijo del jeque combatiente, Abū Muḥammad 'Abd-l-Wāhid, hijo del magnífico jeque Abū Ḥafṣ; fue levantada en justicia por sus participantes; colocada sobre sus pilares, aparecida en tiempo de necesidad su emisión, fundada sobre la piedad en Dios y su satisfacción [...] Con el documento pusieron su fe voluntariamente, agradeciendo a Dios las gracias recibidas y por recibir; en obediencia y vinculación con las obligaciones de la comunidad y dejándose guiar por las órdenes y las prohibiciones según las capacidades y el esfuerzo posibles, tanto en los buenos tiempos como en los malos, lo poco y lo mucho, la felicidad y la pena, los tiempos duros y los bonancibles, según las *bay'a* precedentes de esta *umma* a sus imanes. Con ella dan su entendimiento y limpieza de conciencia y la *ḍimma* de ellos y sus intenciones de fidelidad y amistad. Sus lenguas dan gracias al pronunciar, lo reservado y lo evidente, en su compromiso con sus decretos y dejándose guiar por su liderazgo, en consenso y unanimidad, su collar está más apretado que el de las palomas; sus lazos ceñidos en sus cuellos con el lazo del Islam. Después de realizar sus acciones en la más bella de las formas, concluyeron el contrato con los requisitos de validez y perfección. Lo sellaron con la azora de al-Fātiḥa...

b Después se entró en el año catorce. [Mención del comienzo del asunto de al-Qādisiyya].

El día [...] del año catorce [...] 'Umar salió para asentarse en un lugar con agua al que se llama Ṣīrār; instalando su campamento ahí [...] 'Umar proclamó: la oración une, así que reunid a la gente. Envío a 'Alī, la paz sea con él, a quien lo nombró su sucesor en Medina y allí lo mandó; también envió a Ṭalḥa, confiándole la vanguardia; nombró jefes de ambas alas a al-Zubayr y 'Abd-l-Raḥmān b. 'Awf. Se levantó entre la gente y dijo: En verdad, Dios, todopoderoso, unió a su gente en el Islam, y domó a los corazones, y los hizo hermanos en él, y los musulmanes entre ellos son como el cuerpo, no está solo en lo que afecta a otro; también, los asuntos de los musulmanes deben tratarse en consejo entre ellos y con aquellos que tienen la capacidad de decidir.

'Umar, antes de la batalla de al-Qādisiyya, el discurso al que hicimos mención en el capítulo segundo de este libro, con la intención de constatar si la *umma* pudiera alcanzar el mismo grado de reconocimiento jurídico como sujeto que la Iglesia en el derecho romano-cristiano. Este fragmento, al igual que en otro de la *Ciudad Ideal* de al-Farābī, está presente este símil de los musulmanes unidos como un cuerpo. En este fragmento, el recurso metafórico está empleado en un contexto bélico, donde se exhorta a los soldados a actuar de forma conjunta, apiñados, unidos frente al enemigo. En este relato, no tanto en la obra filosófica de al-Farābī, falta la asignación de distintas funciones a cada miembro de ese cuerpo que son los distintos dones que recibe cada cristiano según el apóstol²⁵²⁶. El filósofo nacido en Farāb, Asia Central, en el año 874, quien, tras vivir en Egipto y Aleppo, falleciendo en Damasco, fue un gran conocedor de la filosofía griega, idioma que dominaba²⁵²⁷. En su obra más conocida afirmaba (tal y como recogimos en el mismo capítulo de esta investigación): *La ciudad modelo se parece a un cuerpo perfecto y sano, cuyos miembros mutuamente se ayudan todos para hacer perfecta y conservar la vida del animal*²⁵²⁸ -traducción de Manuel Alonso Alonso²⁵²⁹-. Esta tesis se aproxima bastante a la de San Pablo, aunque se aplica a una ciudad ideal, modelo de gobierno ejemplar. Sin embargo, en el *fiqh* no ha encontrado una extrapolación jurídica, como sí lo tuvo en el derecho eclesiástico; esta afirmación es más cercana a la realidad si la aplicáramos a la ciudad, pues la *Šarī'a* nunca la ha considerado centro de imputación de derechos y obligaciones; en el mundo islámico, sin que esta visión menoscabe su carácter urbano, las poblaciones, por más grandes, populosas e importantes que fueren, únicamente son tenidas en cuenta por las normas como marco geográfico de la jurisdicción de un delegado del imán supremo, sea gobernador o juez. Otro pensador musulmán, también *alfaqī*, al-Ṭurṭūšī, nacido en la ciudad siria de Tartus, emplea una simbología afín:

الباب التاسع عشر. في خصال جامعة لأمر السلطان.
 [...] وقالوا: الوالي من الرعية كالروح من الجسد لا حياة له إلا به، وكالرأس من الجسد لا بقاء له إلا به. وبعد الوالي من إصلاح الرعية مع إفساد نفسه كبعد الجسد من البقاء بعد ذهاب الرأس.²⁵³⁰

Este párrafo sitúa al sultán como el alma del cuerpo, su cabeza; es quien le da vida a los súbditos, cabeza y alma de estos. No se establece una complementariedad de talentos o funciones entre los distintos miembros de un cuerpo, sino que se ensalza al gobernante, calificándolo como la esencia que posibilita que su grey tenga futuro.

باب. دفع الصدقة إلى الأمراء وإختلاف العلماء في ذلك.

a Capítulo diecinueve. Sobre las características que se reúnen en el sultán.

[...] Ha dicho: el *wālī* es a sus súbditos como el espíritu al cuerpo, que no tiene vida sin él, como la cabeza al cuerpo, que no permanece sin él. El alejamiento del *wālī* de corregir a sus súbditos, corrompiéndose él mismo, es como cuando el cuerpo se aleja de su permanencia, tras la pérdida de la cabeza.

b Capítulo. La entrega de la *šadaqa* a los emires y las diferencias entre los ulemas sobre ello.

1788- De Ibn Sīrayn quien dijo: «se eleva -o se dice se entrega- al Profeta, o quien haya ordenado este, a Abū Bakr, o a quien este hubiera ordenado, a 'Umar o a quien este hubiera ordenado, a 'Utmān, o a quien este hubiera ordenado. Cuando 'Utmān fue asesinado, disintieron. Unos la entregaban a ellos y otros la repartían. Entre los que la entregaban se encontraba el hijo de 'Umar».

Dijo: ha dicho Ibn Sīrayn: si un hombre la repartiera, que tema a Dios y no defraude a nadie en nada, después vino con otro como este o peor.

1789- De Ibn Sīrayn como el hadiz de Ayyūb, pero en este dice al final: «quien escoja repartirlo, que tema a Dios y no temerá por su dinero».

[...] 1792- De Ibn 'Awn que dijo: pregunté a Muḡāhid sobre la *šadaqa*: dijo: me habló [...]: «Un hombre llegó ante el hijo de 'Umar con la *šadaqa* de sus bienes y le dijo: Abū 'Abd-l-Raḡmān, esta es la *šadaqa* de mis bienes, ¿dónde me ordenas que lo ponga? Dijo: entrégala a quien has jurado la *bay'a*; dijo: y describió Ibn 'Awn que él había golpeado una mano contra la otra. Dijo 'Ubayd b. 'Umayr levantando la cabeza: no la repartas».

1793- De Ibn 'Umar: él dijo: «entrégala al sultán, o dijo: a los emires; dijo 'Ubayd b. 'Umayr: no, pero colócala donde te ordenó Dios».

[...] 1796- De Ibn 'Umar que dijo: «quien guíe la oración, entrégala a ellos»

1797- De Ibn 'Umar que dijo: «entrégala a quien haya nombrado Dios en sus asuntos, quien actúe bien será para él, y quien peque será contra él».

[...] 1801- De Qatāda que dijo: «pregunté a Sa'īd b. al-Musayb: ¿a quién entrego la *zakāt* de mis bienes? No me contestó. Pregunté a al-Ḥasan que dijo: entrégala al sultán».

1788- عن ابن سيرين قال: ((كانت الصدقة تُرفع -أو قال: تُدفع- إلى النبي، ص، أو من أمر به، وإلى أبي بكر، أم من أمر به، إلى عمر، أو من أمر به. وإلى عثمان، أو من أمر به، فلما قُتل عثمان إختلفوا، فكان منه من يدفعها إليهم، ومنهم من يقسمها. وكان ممن يدفعها إليهم ابن عمر)).

قال: قال ابن سيرين: إن قسمها رجل ليق الله، ولا يعتن على قوم شيئاً، ثم يأتي مثله أو شراً منه.

1789- عن ابن سيرين مثل حديث أيوب، إلا أنه قال في آخره: ((فمن إختار أن يقسمها ليق الله ولا يق بها ماله)).

[...] 1792- عن ابن عون قال: سألت مجاهداً عن الصدقة. فقال: حدثني [...] : ((أن رجلاً أتى ابن عمر بصدقة ماله، فقال: يا أبا عبد الرحمن، إن هذه الصدقة مالي، أين تأمرني أن أضعها؟ فقال: أدفعها إلى من بايعت، قال: ووصف ابن عون أنه صفق إحدى يديه بالأخرى. قال عبيد بن عمير، ورفع رأسه: لا أقسمها)).

1793- عن ابن عمر: أنه قال: ((أدفعها إلى السلطان، أو قال: إلى الأمراء، فقال عبيد بن عمير: لا، لكن ضعها حيث أمرك الله)).

[...] 1796- عن ابن عمر قال: ((ما أقاموا الصلاة فأدفعوها إليهم)).

1797- عن ابن عمر قال: ((أدفعوها إلى من ولاه الله أمركم. فمن بر فلنفسه، ومن أثم فعليها)).

1798- عن ابن عمر قال: ((أدفعوا الزكاة إلى الأمراء، فقال له رجل: إنهم لا يضعونها مواضعها فقال: وإن)).

[...] 1801- عن قتادة قال: ((سألت سعيد بن المسيب: إلى من أدفع زكاة مالي؟ فلم يجبني. وسألت الحسن فقال: إدفعها إلى السلطان)).

[...] 1812- عن ابن عمر: أنه رجع عن قوله في دفع الزكاة إلى السلطان وقال: ((ضعوها في مواضعها))²⁵³¹.

El sujeto pasivo de la *zakāt*, o limosna legal, ¿ha de entregar esta a las autoridades o las puede repartir entre sus beneficiarios que están determinados en *El Corán*? Abū 'Ubayd al-Qāsim dedica este capítulo a resolver la cuestión, del cual hemos extraídos algunos de los hadices que esgrime, pues realmente no decreta un régimen concreto, sino que ofrece las dos corrientes seguidas por los ulemas. En vida de Muḥammad y los *califas justos*, existía unanimidad en que se había que entregar a estos. Tras el asesinato de 'Uṭmān, unos juristas abogan por que sea el propio gravado quien la distribuya entre los beneficiarios y otros, por contra, consideran que es el emir, imán o el sultán quien la ha de recaudar y aplicarla según el mandato coránico. La primera opción es contrapuesta a la evolución que tuvo la limosna en el mundo cristiano, en el que el obispo fue progresivamente asumiendo más competencias, a veces de control, otras de recaudación y otras de ejecución sobre las limosnas de los fieles. Nos vemos en la obligación de recordar que para el cristiano no supone una obligación legal positiva. En el supuesto de los alfaquies que exigen la entrega a la autoridad designada por Dios, se da lugar al nacimiento de cierta burocracia administrativa del estado encargada de la gestión de la *ṣadaqa*, mas dentro del poder político, sin que surgiera un ente religioso autónomo, por más que en uno de los hadices se hable de que la autoridad competente sea quien guíe la oración.

^aبماذا يُسطاع السلطان.

ولا يُستطاع السلطان إلا بالوزراء والأعوان، ولا ينفع الوزراء إلا بالمودة والنصيحة، ولا المودة إلا مع الرأي والعفاف. وأعمال السلطان كثيرة، وقليل ما تُستجمع الخصال المحمود عند أحد، وإنما الوجه في ذلك والسبيل الذي به يستقيم العمل أن يكون صاحب السلطان عالماً بأمور من يريد الإستعانة به وما عند كل رجل من الرأي والغناء، وما فيه من العيوب، فإذا إستقر ذلك عنده عن علمهم علم من يأتين وجه لكل عمل من قد عرف أن عنده من الرأي والنجدة والأمانة ما يحتاج إليه فيه، وأن ما فيه من العيوب لا يضر بذلك، ويتحفظ من ان يوجه أحداً وجهاً لا يحتاج في إلى مروءة، إن كانت عنده، ولا يأمن عيوبه وما يكره منه. ثم على الملوك، بعد ذلك، تعاهد عمالهم وتفقد أمورهم، حتى لا يخفى عليهم إحسان محسن ولا إساءة مسيء²⁵³².

[...] 1812- De Ibn 'Umar: él se desdijo de su opinión sobre la entrega de la *zakāt* al sultán y dijo: «ponedla en sus destinatarios».

a De qué es capaz el sultán.

El sultán nada puede sin los ministros y colaboradores, y los ministros no son útiles más que con cariño y consejo, y no hay cariño sin opinión y honradez.

Los trabajos del sultán son muchos y pocas veces nadie aún las características loables. Únicamente, en esto y en lo que el trabajo toma el rumbo correcto, se requiere que el compañero del sultán conozca los asuntos de quienes quiere que sean sus colaboradores y lo que cada hombre tiene de opinión, riqueza y defectos. Si esto adquiere estabilidad en él, con el conocimiento de quien se ha de fiar, encarga cada trabajo a quien ha conocido que tiene opinión, valentía y la probidad que requiere, y cuyos defectos no son perjudiciales. Y se ha de guardar de encargar a alguien una función que no requiera virilidad, si la tuviera, y no estuviera seguro de sus defectos y lo que le resulta odioso de él.

Así, los reyes deben, después de esto, comprometer a sus funcionarios y controlar sus asuntos de tal manera que no se oculte a ellos la buena obra del virtuoso y la mala acción del injusto.

Cuando estudiábamos la posibilidad de que el derecho islámico reconociera personalidad jurídica a las ciudades y provincias que estaban bajo las órdenes del califa, nos servíamos de este fragmento de la obra de Ibn al-Muqaffa', el escriba persa iraquí del siglo VIII. Al igual que en la teoría del filósofo posterior, Ibn Jaldūn, el sultán, califa o rey asume como propias todas las competencias propias de un gobierno absoluto que abarca todos los ámbitos de la vida. El hecho de que se acompañe de ministros, funcionarios y demás colaboradores está motivado por un sentido práctico, ante la imposibilidad para una persona de llevar a cabo directamente todas las acciones. En puridad, se trata de consejeros, pues la decisión final siempre será del gobernante; así, en otras páginas de esta obra, los exonera de responsabilidad por sus propuestas²⁵³³. El ámbito religioso, unido ontológicamente al político, no desarrollará su propia organización de forma autónoma, de la misma forma que la Iglesia.

أرفق الوزير بنظره

أرفق بنظرائك من وزراء السلطان وأخلائه ودخلائه. وإتخذهم إخواناً، ولا تتخذهم أعداء. ولا تنافسهم في كلمة يتقربون بها، أو العمل يؤمرون به دونك. فإنما أنت في ذلك أحد رجلين. إما أن يكون عندك فضل على ما عند غيرك فسوف يبدو ذلك ويحتاج إليه ويُلتمس منك، وأنت مجمل. وإنما ألا يكون ذلك عندك، فما أنت مصيب من حاجتك عند وزراء السلطان بمقاربتك إياهم وملا ينتك، وما أنت واجد في موافقتك إياهم ولينك لهم من موافقتهم إياك ولينهم لك أفضل مما أنت مدرك بالمنافسة والمنافرة لهم. لا تجترئن على خلاف أصحابك عند الوالي، ثقة بإعترافهم لك ومعرفتهم بفضل رأيك، فإنما قد رأينا الناس يعترفون بفضل الرجل وينقادون له ويتعلمون منه، وهم أخلياء. فإذا حضروا السلطان، لم يرض احد منهم أ، يُقر له، ولا أن يكون له عليه في الرأي والعلم فضل، فأجترأوا عليه بالخلاف والنقض. فإن ناقضهم صار كأحدهم. وليس بواجد في كل حين سامعاً فهماً أو قاضياً عدلاً. وإن ترك مناقضتهم، كان مغلوب الرأي مردود القول²⁵³⁴.

Desde el punto de vista del funcionario que trabaja en la administración del sultán, Ibn al-Muqaffa' nos brinda unas relaciones entre los iguales, ministros por ejemplo, que distan bastante de tener la consistencia de un grupo estructurado con normas estables, ni siquiera alcanza a conseguir un sentimiento corporativo. La persona se ha de comportar de una determinada manera por causa de condicionantes morales o utilitarios, pero no por la idea de pertenencia a un ente diferente a la suma de todos los miembros.

El término Iglesia deriva del griego *ἐκκλησία* que pasó al latín *ecclesiā*, cuyo sentido original en ambos idiomas es asamblea (según el Diccionario de la Lengua Española). Su cabeza, el Papa de Roma, se considera, según el Catecismo de la Iglesia Católica en el número 882, *El Pontífice Romano, en efecto, tiene en la Iglesia, en virtud de su función de Vicario de Cristo y Pastor de toda la Iglesia, la potestad plena, suprema y universal, que puede ejercer siempre con entera libertad"* (LG 22; cf. CD 2. 9. Este título deriva de según el número 936 de que *El Señor hizo de san Pedro el fundamento visible de su Iglesia. Le dio las llaves de ella. El obispo de la Iglesia de Roma, sucesor de san Pedro, es la "cabeza del Colegio de los Obispos, Vicario de Cristo y Pastor de la Iglesia universal en la tierra"* (Código de la Iglesia Católica, can. 331). Este nombramiento se realizó según el Evangelio de Mateo de la siguiente manera: *Y yo te digo: Tú eres Pedro, y sobre esta piedra edificaré mi iglesia, y el poder de la Muerte no prevalecerá contra ella* (Mt. 16.18). Este vocablo, vicario, se refiere a una persona que tiene las veces, poder y facultades

a La amabilidad del ministro con sus colegas.

Sé amable con tus colegas ministros del sultán, sus amigos y allegados. Considéralos como hermanos y no como enemigos. No compitas con ellos por una palabra con la que aproximarse ni una acción que se te ordene. Tú, en esto, eres uno de estos dos hombres. O tienes una ventaja sobre los demás, lo que se hará patente y se te necesitará y se te pedirá por ser de confianza. O no la tienes, y tienes necesidad de los ministros del sultán, de estar próximos a ellos y ser amables con ellos. Que ellos vean tu cercanía y amabilidad es mejor que tú incites la competencia.

No incites la controversia entre tus compañeros ante el gobernante, con la confianza de que se te reconocerá tu saber y la supremacía de tu opinión, pues hemos visto como la gente reconoce la supremacía de un hombre y se hacen guiar por él y aprenden de él, siendo amistosos. Si se presentaran ante el sultán y no estuviera satisfecho con ninguno, ni tuviera en cuenta su opinión ni su mayor conocimiento, incitarían contra él controversias y contradicciones.-

Si lo contradijeran, sería uno más de ellos. No sería en cada momento escuchado, comprendido o tomado como juez justo. Si abandona la disputa, sería vencido por la opinión, rechazada su palabra.

de otra persona o la sustituye (Diccionario de la Lengua Española); este significado no es del todo ajeno a la palabra árabe *jalīfa* (califa), pues, la raíz *jlf*, entre otras acepciones, hace referencia al sucesor de alguien y que ocupa su lugar²⁵³⁵, aunque algún autor lo traduzca al árabe de esta manera, el título de vicario²⁵³⁶. Estas digresiones lingüísticas nos resultan adecuadas para enmarcar el análisis de los textos seleccionados; la organización religiosa católica se tiene a sí misma como una asamblea, reunión de un número indeterminado de personas que, por definición, está organizada y regida por unas reglas; no se corresponde exactamente con un agregado de creyentes, como la *umma*, que se emplea para indicar el conjunto de los musulmanes. El punto de partida es una Iglesia consciente de su propia personalidad regida por el sucesor de Pedro y vicario de Cristo. Por su parte, el Islam, sí está, o lo estaba hasta la desaparición del Califato, regido por el sucesor de Muḥammad, sin que exista una *asamblea* como organización, sujeto de derecho. No obstante, como nos demuestra uno de los fragmentos de Ibn Jaldūn²⁵³⁷, algunos pensadores musulmanes tenían conocimiento del funcionamiento colegiado de varias instituciones eclesiales, como los concilios, apostólicos o no.

El imán al-Šāfi'ī decreta la regla general: *dijo al- Šāfi'ī, y así se había escrito sobre sus sucesores y sus trabajadores y en esto existe consenso entre los musulmanes que el califa es uno, y el juez uno, y el imán uno, y el emir uno, así pusieron como su sucesor a Abū Bakr, Dios esté satisfecho de él, después sucedió a Abū Bakr 'Umar, Dios esté satisfecho de él, luego la gente del consejo fue encargada de nombrar como sucesor a uno y escogieron a 'Abd al-Raḥmān y escogieron a 'Abd al-Raḥmān b. 'Awf 'Uṭmān b. 'Afān, Dios esté satisfecho de ellos*²⁵³⁸. Según la *Šarī'a*, únicamente puede existir un califa, un juez, un imán y un emir. Desde el punto de vista puramente filosófico, Abū Naṣr al-Fārābī²⁵³⁹ pone al frente de su Ciudad Ideal a una sola persona, pero sin derivar esta unicidad en el gobierno explícitamente del *tawḥīd*. En un ámbito más histórico-político, representado por Ibn Jaldūn, la referencia a las principales magistraturas siempre se realiza en singular. En cualquier caso, ninguno de los textos que hemos recopilado, en estas y otras páginas de esta obra, apunta a la existencia de un colegio o cuerpo de los más allegados a Muḥammad. Con un punto de vista radicalmente opuesto, en virtud del magisterio de la Iglesia, Jesucristo instituyó un conjunto estructurado con entidad propia con sus apóstoles: *artículo 877 del catecismo de la Iglesia Católica. De igual modo es propio de la naturaleza sacramental del ministerio eclesial tener un carácter colegial. En efecto, desde el comienzo de su ministerio, el Señor Jesús instituyó a los Doce, "semilla del Nuevo Israel, a la vez que el origen de la jerarquía sagrada" (AG 5). Elegidos juntos, también fueron enviados juntos, y su unidad fraterna estará al servicio de la comunión fraterna de todos los fieles; será como un reflejo y un testimonio de la comunión de las Personas divinas (cf. Jn 17, 21-23). Por eso, todo obispo ejerce su ministerio en el seno del colegio episcopal, en comunión con el obispo de Roma, sucesor de san Pedro y cabeza del colegio; los presbíteros ejercen su ministerio en el seno del presbiterio de la diócesis, bajo la dirección de su obispo*²⁵⁴⁰. Es verdad que tanto al-Ṭabarī²⁵⁴¹ pone en boca de 'Umar b. Al-Jaṭṭāb un discurso en el que afirma que los musulmanes han de ser como el cuerpo, en el que uno sufra si el otro es herido; también al-Fārābī proclamaba: *La ciudad modelo se parece a un cuerpo perfecto y sano, cuyos miembros mutuamente se ayudan todos para hacer perfecta y conservar la vida del animal*²⁵⁴²; finalmente, al-Ṭurṭūšī sitúa al sultán como cabeza o alma del cuerpo compuesto por sus súbditos; no lo hace como órgano principal de un cuerpo compuesto por otros muchos con diversas funciones, sino como el que da vida a una masa informe. En cualquier caso, no hemos encontrado una trasposición jurídica a estas metáforas casi idénticas a la de San Pablo.

El pensador tunecino también nos recuerda que en el Islam no existe separación entre el poder político y religioso²⁵⁴³, característica con la cual la creación de un organismo independiente que se encargue de esa parcela de la vida social deviene completamente superflua, no obstante, sí es consciente de las diferentes cualidades necesarias para la política terrena y los asuntos religiosos.

En aquella priman más los intereses; en cualquier caso, en ella lo que se precisa es un distribuidor. La unidad es la nota predominante en cuanto al poder se refiere²⁵⁴⁴. Asimismo, el carácter absoluto de la autoridad del califa, aunque no necesariamente deba ser así, provoca que la jurisdicción de todos y cada uno de los cargos es reconducible a uno, este imán supremo²⁵⁴⁵; los jueces, cuyo papel comparábamos con el de los obispos en las fundaciones benéficas cristinas, también fundamentan sus competencias de la misma manera²⁵⁴⁶. Tenemos que aludir a los trabajos que al-Māwardī refería en el nombramiento de dos magistrados con las mismas competencias, decantándose por la preferencia de uno de ellos o la mancomunidad en el ejercicio²⁵⁴⁷. Incluso, en el pensamiento musulmán, el derecho de propiedad originario pertenece al uno, a Dios, y así lo subraya el ulema Al-Qarāfi²⁵⁴⁸. No obstante, al-Šāfi'ī sí evita confundir, en el ámbito de la responsabilidad derivada del delito, la esfera privada del califa del tesoro público, ya que la compensación económica la asume la *'āqila*, no la *bayt al-māl*. Esta visión privada del cargo aleja a un más al *fiqh* de la existencia de un ente que transforme a la *umma* en sujeto de derecho.

Por otra parte, al-Māwardī²⁵⁴⁹ ha puesto a nuestra disposición un caso de función electiva de los vecinos en la elección de quien los guía en la oración en aquellas mezquitas de barrio que no dependen de las autoridades. Se trata de una competencia puntual, pues, una vez ejercida, se desvanece, ya que no están capacitados para destituirlo, mientras conserve los rasgos que provocaron su elección. Tampoco supone la creación de una asamblea vecinal permanente, sino la participación de los fieles del lugar en la selección del imán detrás del cual rezarán. En cualquier caso, la colegialidad no exige siempre la presencia de una democracia, aunque sí, la facilita, ya que implica una participación plural, la intervención de voluntades individuales en la configuración de la voluntad del colegio. En este sentido, la independencia judicial, que de forma rudimentaria hemos visto en la obra de 'Umar b. 'Abd al-'Azīz de exégesis del libro de al-Jaṣṣāf sobre la actuación de los jueces²⁵⁵⁰, tampoco implica la existencia de un órgano de carácter asociativo que defienda sus intereses como grupo. Desde luego, es algo ajeno al *fiqh*, que conforma al cadí como órgano unipersonal. Abū 'Ubayd al-Qāsim²⁵⁵¹ plantea otro supuesto en el que los súbitos, por sí mismos, ejercen una potestad que, en principio, parecería pública: el reparto de la limosna legal de forma privada entre los beneficiarios coránicos, sin intervención de la autoridad. Más que constituir una fórmula de participación de las personas en el poder, supone que la necesidad de una organización compleja disminuya; asimismo, aunque tenga forma de impuesto, la *zakāt* tiene esencia de ejercicio de caridad, aunque sea obligada; su distribución por los fieles entraría dentro de esa lógica.

Esta unicidad de funciones y cargos en la Šarī'a no es óbice para que la sociedad musulmana reconozca la importancia de las clases, estamentos y la misma dignidad que corresponde a las personas que ejercen los mismos cargos; las narraciones de Ibn 'Idāri²⁵⁵² o Ibn Ḥayyān²⁵⁵³, en ambos textos que hemos presentado²⁵⁵⁴, nos hablan de clases sociales, jueces, emires, ulemas con una gran consideración en la sociedad en la que viven. La Sociología no siempre influye en el Derecho y estos grupos no son considerados por este como un sujeto autónomo. Incluso entre los ministros y demás grandes funcionarios cercanos al sultán, como se desprende de la obra de Ibn al-Muqaffa'²⁵⁵⁵, no se ha desarrollado un sentimiento corporativo.

Entre todos los argumentos que se han esgrimido, tal vez el mecanismo jurídico de los grupos indeterminados de personas como base para la continuidad del cargo más allá de la vida de la persona que lo nombra, o del ejercicio de quien lo ocupa, sea el más significativo en nuestro discurso. 'Umar b. 'Abd al-'Azīz, apodado al-Šadr al-Šahīr²⁵⁵⁶, en sus comentarios al libro de los jueces de al-Jaṣṣāf, esgrime que los magistrados son delegados de los musulmanes, grupo difuso que permanece al cesar el califa, con el fin de evitar su destitución cada vez que se produzca un cambio en la suprema magistratura. Esta técnica legal también la encontrábamos entre los seguidores de Abū Ḥanīfa, quienes, con la intención de conseguir la perpetuidad en la institución

del *waqf*, obligaban al fundador, so pena de nulidad, a establecer a los pobres como beneficiarios supletorios en el momento de la constitución del mismo. Se trata de una herramienta para preservar una institución de los avatares de las personas física menos depurada que la de la personalidad jurídica.

En definitiva, la Iglesia católica, como sujeto de derechos y obligaciones, no tiene un correlato en el Islam. Sin entrar a valorar la idoneidad teológica de ambas soluciones, sí hemos de concluir que en el Cristianismo ese camino condujo a la aparición, desarrollo y consolidación del concepto de personalidad jurídica, traspasando los límites del derecho canónico e influyendo en todos los ordenamientos occidentales; la opción islámica convierte esta institución en irrelevante, desde esta perspectiva meramente religiosa, en las sociedades musulmanas.

8.2.- El *tawhīd* como impedimento para el desarrollo de una teoría de la personalidad jurídica pública

El Islam, convencionalmente, se ha considerado como una de las tres religiones monoteístas junto al Judaísmo y el Cristianismo. A lo largo de esta obra hemos prestado atención a las conexiones entre el derecho inspirado por la Iglesia y el derecho islámico en lo relativo al ámbito de la persona jurídica. En este momento, tratamos de observar los posibles vínculos que se establecen, en el marco de nuestra materia, entre los principales dogmas de cada una de estas dos religiones tienen en esta institución jurídica. La fe en un Dios único, entendido como una unidad absoluta, es una de las señas de identidad de la predicación de Muḥammad; hasta tal punto es así que en *Historia del Islam de la Universidad de Cambridge* se afirma: “El radical monoteísmo, tal como es entendido por Muḥammad, ha establecido de forma irrevocable una línea de separación contra la Cristiandad trinitaria; al mismo tiempo ha definido, de la misma manera irrevocable, la naturaleza del parentesco entre las dos religiones”²⁵⁵⁷. Este epígrafe estará destinado a investigar si esta particular visión del monoteísmo se ve reflejada en la manera en la que el *fiqh* regula la pluralidad de personas como componentes de un sujeto de derecho distinto a cada uno de sus componentes.

Cuando al-Šāfi‘ī, en su *Risāla*,²⁵⁵⁸ proclama que el poder original reside en Dios y de ahí pasa a su profeta, el sucesor de este, que era uno, ha de ser uno y el juez uno, el emir, uno y así sucesivamente, está trasladando al plano político y a las distintas autoridades de los hombres, convirtiendo al *tawhīd* en un principio jurídico. En el mundo cristiano, por ejemplo, el monoteísmo también ha tenido su traslación al mundo político; de esta manera, se justificaba la creación del Sacro Imperio Romano-Germánico en la idea de que el Imperio es uno, como el Papa y la Iglesia²⁵⁵⁹. A pesar de eso, tuvimos la ocasión de comprobar que la Iglesia es un ente que trasciende, jurídica, social y teológicamente a sus miembros, el Papa es elegido por un colegio cardenalicio y el Emperador por los príncipes alemanes²⁵⁶⁰. En la misma proporción en que la Trinidad supone un grado mayor de complejidad frente al *tawhīd*, la traducción al ordenamiento jurídico de ambos dogmas ha de acusar esa diferencia. Demos la voz a los textos:

^aتهجمهم على ذات الله، و غضب الرسول، ص، لذلك

a Su ataque contra la esencia de Dios y la cólera del Enviado por ello.

Ibn Ishāq dijo: se me habló sobre Sa‘īd b. Yubayr que dijo: se presentó ante el Enviado de Dios un grupo de judíos y le dijeron: Muḥammad, este Dios creó la creación, pero, ¿quién creó a Dios? Dijo: el Enviado de Dios se enfadó tanto que cambió su color; después los combatió, montando en cólera por su Señor. Dijo: le llegó Gabriel, la paz sea con él, lo calmó y dijo: Guarda esto, Muḥammad, y le trajo de Dios esta respuesta a lo que le habían preguntado: *(Di: Él es Dios el Uno, Dios el Perpetuo, no ha nacido ni ha engendrado, nadie puede ser su igual)* [...]

[...] Lo que se reveló de Āl ‘Umrām sobre ellos.

Dios, el Altísimo, reveló, sobre ello, acerca de sus palabras para diferenciar de sus asuntos, el comienzo de la azora de Āl ‘Umrām, ochenta y pocas aleyas. Dijo: *(ALM, Dios, no hay más Dios que Él, el Vivo el Eterno)*. Abre la azora purificándose de los atributos humanos de los que habían hablado, con su *tawhīd* en la Creación; no tiene socio, contestándoles las herejías que habían inventado...

قال ابن إسحاق: وحدثت عن سعيد بن جبيرة أنه قال: أتى رهط من يهود إلى رسول الله، ص، فقالوا: يا محمد، هذا الله خلق الخلق، فمن خلق الله؟ قال: فغضب رسول الله، ص، حتى إنثقع لونه، ثم ساورهم غضباً لربه. قال فجاءه جبريل عليه السلام، فسكنه، فقال: حفص عليك يا محمد، وجاءه من الله جواب ما سأله عنه. * (قل هو الله أحد الله الصمد لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفواً أحد) * [...]

ما نزل من آل عمران فيهم

فأنزل الله تعالى في ذلك من قولهم، وإختلاف أمرهم كله، صدر سورة آل عمران إلى بضع وثمانين آية منها، فقال جل وعز: * (الم الله لا إله إلا هو الحي القيوم) * فأفتتح السورة بتنزيهه نفسه عما قالوا، وتوحيده إياها بالخلق، والأمر، لا شريك له فيه، رداً عليهم ما ابتدعوا من الكفر...²⁵⁶¹

‘Abd Mālik b. Hišām, cuya biografía de Muḥammad es de las más populares, nos relata en estas líneas algunas de las circunstancias en las que le fue revelado al Profeta varias de las aleyas coránicas relativas al *tawḥīd*: cuestiones planteadas por un grupo de judíos, en este caso. Es interesante destacar cómo en las extraídas de la azora *al-Ijlās* expresamente se enfatiza que Dios no ha nacido ni ha engendrado. La contradicción con el Credo de Nicea resulta evidente, pues se profesa que Jesucristo es *engendrado y no creado*.

الباب الثاني^a

القول في نفي الشريك عنه تعالى

وهو مبين بجوهره لكل ما سواه، لا يمكن أن يكون الوجود الذي له شيء آخر سواه، لأن كل ما وجوده هذا الوجود لا يمكن أن يكون بينه وبين شيء آخر له أيضاً هذا الوجود مباينة أصلاً، ولا تغاير أصلاً، فلا يكون إثتان، بل يكون هناك ذات واحد فقط؛ لأنه إن كانت بينهما مباينة كان الذي تباينا به غير الذي إشتراكا فيه، فيكون الشيء الذي باين كان واحد منهما الآخر جزءاً مما به قوام وجودهما، والذي إشتراكا فيه هو الجزء الآخر، فيكون كل واحد منهما منقسماً بالقول، ويكون كل واحد من جزئيه سبباً لقوام ذاته، فلا يكون أولاً، بل يكون هناك موجود آخر أقدم منه هو السبب لوجوده؛ وذلك محال.

وإن كان ذلك الآخر هو الذي فيه ما باين به هذا، ولم يكن في هذا الشيء بياين به ذلك إلا بعد الشيء الذي به باين ذلك، لزم أن يكون الشيء الذي به باين ذلك الآخر هذا، وهو الوجود الذي يخص ذلك. ووجود هذا المشترك لهما، فإذن ذلك الآخر وجوده مركب من شئين: من شيء يخصه، ومن شيء يشاركه به هذا. فليس إذن وجود ذلك هو وجود هذا، بل ذات هذا البسيط غير منقسم، وذات ذلك منقسم. فلذلك إذن جزآن بهما قوامه. فليس هو إذن من الوجود في الرتبة الأولى.

وأيضاً، فإنه لو كان مثل وجوده في النوع خارجاً منه بشيء آخر، لم يكن تام الوجود، لأن التام هو ما لا يمكن أن يوجد خارجاً منه وجود من نوع وجوده، وذلك في أي شيء كان؛ لأن التام في العظم هو ما لا يوجد عظم خارجاً منه، والتام في الجمال هو الذي لا يوجد جمال من نوع جماله خارجاً منه، وكذلك التام في الجوهر هو ما لا يوجد شيء من نوع جوهره خارجاً منه؛ وكذلك كل ما

a Capítulo II. El ser primero no tiene compañero semejante a él.

En sí mismo y por sí mismo se distingue de todos los demás seres. Imposible que la entidad que tiene pertenezca también a otro ser distinto a Él mismo. En el caso entre la entidad que tendría ese otro ser (B) y la que tiene aquel ser (A), no tendría absolutamente ninguna distinción ni diferencia. Ya no serían dos entidades sino una sola y misma esencia. Porque, si entre ambos hubiese alguna distinción, aquello en que se distinguen, será diferente de aquello en que convienen y aquello en que cada uno se distingue del otro, será parte constitutiva (exclusiva y propia) de cada uno, mientras que aquello en que convienen, será la parte común. Por consiguiente, cada uno de ellos sería distinto del otro en la definición y cada una de las dos partes sería causa constitutiva de la esencia. Por tanto, ya no se trataría del Primero sino que habría otro anterior a Él que sería causa de su ser. Y esto es absurdo.

Si en ese otro (B) hubiese algo por lo que se distingue de aquel (A), mientras que en aquel (A) no hubiera algo por lo que se distinguiese de ese otro (B), a no ser supuesto aquello por lo que aquel (A) se distinguía de ese otro (B) difiere de Él (A), se seguiría que aquello por lo que aquel (A) se distinguía de ese otro (B), sería entidad propia y exclusiva de ese otro (B), mientras que la entidad de aquel (A) sería común a ambos. Por consiguiente, la entidad de ese otro (B) sería compuesta de dos cosas: de algo propio y de algo común con aquel (A). Por tanto ya el ser de ese otro (B) no es tan solo el ser de aquel (A), sino que la esencia de aquel (A) es simple e indivisible, mientras que ese otro (B) sería divisible y constaría de dos partes constitutivas. Su entidad tendría causa y no se daría sin la entidad de aquel (A) y sería más imperfecto que Él (A) y por consiguiente no poseería la entidad en el grado primero.

Además, si un ser perteneciente a una especie se distinguiese de ella por algo distinto de la misma, ya ese ser no sería perfecto. Perfecto es aquello fuera del cual no puede existir otro ser de la misma especie. Y esto se entiende en todas las cosas: perfecto en magnitud es aquello que fuera del cual no hay magnitud; perfecto en belleza es aquello fuera del cual no se da belleza de la misma especie que la suya. Del propio modo, perfecto en substancia será aquello fuera del cual no se da ya una substancia de la misma especie que la suya. Así ocurre también en el cuerpo perfecto; ya no se da otro cuerpo de la misma especie distinto de él, v. gr. , el sol, la luna y cada uno de los demás astros. Si, pues, el Primero es entidad perfecta, no puede ya esta entidad pertenecer a cosa distinta de Él. Es, pues, singular y único en esa entidad. Y bajo este respecto es un sólo.

Esta traducción se puede consultar en la siguiente obra:

Abū Naṣr al-Fārābī. Página 83. Traducción de Manuel Alonso Alonso.

كان من الأجسام تماماً، لم يمكن أن يكون من نوعه شيء آخر غيره، مثل الشمس والقمر وكل واحد من الكواكب الأخر. إذا كان الأول تام الوجود لم يمكن أن يكون ذلك الوجود لشيء آخر غيره، فإذن هو منفرد الوجود وحده، فهو واحد من هذه الجهة²⁵⁶².

El filósofo turcomano, al-Farābī, ofrece su propia reflexión sobre la unicidad de Dios y la imposibilidad de que esté acompañado de un *socio*. En su planteamiento ontológico, la existencia perfecta así lo exige, ya que es incompatible con una causa de su ser, ni puede existir un ser de su clase fuera de él. El carácter metafísico de la obra motiva que no se extraigan conclusiones jurídicas de esta concepción. No obstante, el *tawhīd* sí se nos presenta como el eje principal del pensamiento islámico en todos sus niveles. Su idea de este dogma está ligada a su concepción sobre la *unidad del ser*²⁵⁶³.

^aالفصل العاشر. علم الكلام.

وهو علم يتضمن الحجاج عن العقائد الإيمانية، بالأدلة، والرد على المبتدعة المنحرفين في الإعتقادات عن المذاهب السلف وأهل السنة. وسر هذه العقائد الإيمانية هو التوحيد. فلنقدم هنا لطيفة في برهان عقلي يكشف لنا عن التوحيد على أقرب الطرق والمآخذ، ثم نرجع إلى تحقيق علم الكلام وفيما ينظر ونشير إلى حدوثه في الملة، وما دعا إلى وضعه فنقول: إعلم أن الحوادث في عالم الكائنات سواء كانت من الذوات أو من الأفعال البشرية أو الحيوانية فلا بد لها من أسباب متقدمة عليها بها تقع في مستقر العادة، وعنهما كونه. وكل واحد من تلك الأسباب حادث أيضاً، فلا بد له من أسباب أخرى. ولا تزال تلك الأسباب مرتقية حتى تنتهي إلى مسبب الأسباب وموجدها وخالقها، لا إله إلا هو سبحانه²⁵⁶⁴.

En esta parte de los Prolegómenos de Ibn Jaldūn, aborda la introducción al capítulo sobre la *Ciencia de la Palabra* o la Teología. Este saber se asienta, en el Islam, sobre el pilar del *tawhīd*, es decir la creencia en la unicidad de Dios, en la que según la sentencia que, a modo de epíteto, acompaña a la palabra *Allāh*, no hay más Dios que él (*lā ilāha ilā huwa*). La divinidad es la causa última de la esencia de cosas, animales y hombres y de los actos de estos dos. Este dogma de fe, con el que se combate el de la Trinidad cristiana, como comprobaremos, imprime un carácter individualista al derecho islámico, al menos en la concepción del poder y en cierta oposición a considerar a la unión de personas como sujeto independiente de los miembros.

^b[خطبة المؤلف] بسم الله الرحمن الرحيم وبه العون والقوة.

[...] خلق الخلق بقدرته، وأحكمهم بعلمه، وخصهم بمشيئته، ودبرهم بحكمته [...]

a Capítulo décimo. Ciencia de la Palabra (Teología).

Es la ciencia que contiene los argumentos sobre las creencias de fe, con sus pruebas racionales, y la refutación de las herejías de los desviados de las creencias de las escuelas precedentes y la gente de la *sunna*. La clave de estas creencias de fe se encuentra en el *tawhīd* (unidad de Dios). Presentemos aquí, de forma amable, la prueba lógica sobre el *tawhīd* de la manera más cercana y el método más próximo, después, volveremos sobre el análisis de la Ciencia de la Palabra e indicaremos como surge en la Religión y lo que llama a su estado; decimos: has de saber que los eventos en el mundo de los seres, tanto innatos como de los actos humanos o animales, precisan de causas precedentes que ocurren como costumbre asentada y así se completa su ser. Cualquiera de estos eventos tiene otras causas. Las causas continúan subiendo hasta terminar en un causante de las causas, su generador y creador, que no hay más Dios que él, Altísimo.

b [Discurso del autor]. En el nombre de Dios el Clemente y Misericordioso; en Él está el apoyo y la fuerza.

[...] Créo la creación con su poder, la gobernó con su conocimiento, los escogió con su voluntad, los dispuso con su sabiduría [...]

Si dijeras ¿por qué es? Pues es anterior a todas las propias causas; quien es causado [...] tiene otro que es su causa que lo precede en la existencia; Él antes de todas las cosas existe, es más, no tiene causa para sus actos; el poder de Dios el Altísimo está en todo sin mezcla; su creación de las cosas es sin manipulación y es la causa de todo lo que hace, sin que esto tenga causa.

Si dijeras ¿dónde está? Su existencia precede al lugar, así que quién es el dónde de los dónde [...] Su existencia no echa en falta el dónde; después de su creación del lugar se basta con sí mismo, como era antes de ella. ¿Cómo ocupa un sitio quien no tiene principio o vuelve a él y Él lo ha creado?!

Si dijeras ¿qué es?

Su existencia no tiene un qué, ni tiene lugar preguntar por su categoría; el Antiguo Altísimo no tiene categoría, porque la categoría está vinculada al sentido intrínseco del qué.

Si dijeras ¿cuánto es?

Es uno en sí mismo, uno en sus cualidades.

[...] Si dijeras ¿qué es? Pues la letra *ha'* y la *wāw* (las letras que hacen referencia a Él) son su creación; incluso, como dicen algunos jeques, ha impuesto todo el discurso; porque es previo a él; así lo que es un cuerpo es su apariencia [...] la anchura la ha obligado; lo que es útil, lo ha unido, su fuerza lo agarra, es quien ha creado el tiempo y separa el tiempo, quien impone otro. La necesidad la toca, consigue lo que está en la imaginación [...] la imagen se eleva a Él y a quien cobija; lo capta dónde y quien tiene categoría, lo exige cómo.

إن قلت: لم كان؟ فقد سبق العلل ذاته، ومن كان معلولاً [...] كان له غيره علة تسابقه في الوجود، وهو قبل جميع الأعيان موجود، بل لا علة لأفعاله، فقدره الله تعالى في الأشياء بلا مزاج، وصنعه للأشياء بلا علاج، وعلة كل شيء صنعه، ولا علة لصنعه. فإن قلت أين هو؟ فقد سبق المكان وجوده، فمن أين الأين [...] لم يفتر وجوده إلى أين، هو بعد خلق المكان غني بنفسه كما كان قبل خلق المكان، وكيف يحل فيما منه بدأ، أو يعود إليه ما هو أنشأ؟! وإن قلت: ما هو؟ فلا ماهية لوجوده، وما موضوعاً للسؤال عن الجنس، والقديم تعالى لا جنس له؛ لأن الجنس مخصوص بمعنى داخل تحت الماهية.

وإن قلت: كم هو؟ فهو أحدٌ في ذاته/ منفرد بصفاته.

[...] وإن قلت: ما هو؟ فالهاء والواو خلقه، بل ألزم الكل الحدث كما قال بعض الأشياخ؛ لأن القدم له، فالذي بالجسم ظهوره [...] فالعرض يلزمه، والذي بالأداة إجتماعه [...] فقواها تمسكه، والذي يولفه وقت [...] يفرقه وقت، والذي يقيمه غيره [...] فالضرورة تمسه، والذي الوهم يظفره به [...] فالتصوير يرتقي إليه، ومن أواه محل [...] أدركه (أين)، ومن كان له جنس [...] طالبه (كيف). وجوده إثباته، ومعرفة توحيدة، وتوحيده تمييز من خلقه، وما تصور في الأوهام، فهو بخلافه، لا تماثله العيون، ولا تخالطه الظنون، ولا تصور الأوهام، ولا تحيطه به الأفهام، ولا يقدر قدره الأنام، ولا يحويه مكان، ولا يقارنه زمان، ولا يحصره أمد، ولا يشفعه ولد، ولا يجمعه عدد، قربه كرامته، وبعده إهانتة، علوه من غير ترقل، ومجيئه من غير تنقل²⁵⁶⁵.

En el discurso inaugural de la obra de al-Ṭurṭūṣī, *El candil de los reyes*, el autor intenta definir a Dios, una pretensión acorde con el tono moral del libro. Asimismo, su condición de jurista no le resulta un obstáculo para abordar temas teológicos, pues la *Šarī'a* incluye el culto en su regulación. Algunos rasgos llaman poderosamente nuestra atención: su número (uno, en sí mismo, y uno en sus cualidades), que este *tawḥīd* es lo que lo diferencia de su creación y que no está acompañado de un hijo. Esta insistencia en el carácter único de la Divinidad, con especial énfasis en la inexistencia de un hijo de Ella, marca una frontera infranqueable con el Cristianismo y el dogma de la Santísima Trinidad. En el marco de los textos de un jurista, aunque no sea la obra de ese cariz, estas palabras nos señalan que es una creencia esencial, de las que se hace presente en todas las normas e instituciones.

^aالباب السابع. في بيان الحكمة في كون السلطان في الأرض.

أعلموا أرشدكم الله: أن في وجود السلطان في الأرض حكمة لله تعالى عظيمة، ونعمة على العباد جزيلة؛ لأن الله تعالى جبل الخلق على حب الإنصاف، وعدم الإنصاف، ومثلهم بلا سلطان مثل الحوت في الماء؛ ويتبع الكبير الصغير، فمتى لم يكن لهم سلطان قاهر [...] لم ينتظم لهم أمر، ولم يستقم لهم معاش، ولم يهنؤوا بالحياة؛ لهذا قال بعض القدماء: (لو رُفِعَ السلطان من الأرض [...]) ما كان لله في أهل الأرض من حاجة).

ومن الحكم التي في إقامة السلطان: أنه من حجج الله تعالى على وجوده سبحانه، ومن علاماته على توحيده؛ لأنه كما لا يمكن إنستقامة أمر العالم وإعتداله بغير مدير ينفرد بتدبيره [...] كذلك لا يتوهم وجوده وترتيبه وما فيه من الحكمة ودقائق الصنعة بغير خالق خلقه، وعالم أنفته، وحكيم دبره، وكما لا يستقيم سلطانان في بلد واحد [...] لا يستقيم إلهان للعالم، والعالم بأسره في سلطان الله كالبلد الواحد في يد سلطان الأرض.

Su existencia es su constatación, su conocimiento es su unicidad (*tawḥīd*), su unicidad es lo que lo distingue de su creación; su imagen no está en las visiones [...] es diferente, no se asemeja a los cosas, no se mezcla con las suposiciones, no lo imaginan las visiones, ni lo rodean las creencias, ni los sueños pueden con Él, no ocupa lugar, ni lo acompaña el tiempo, ni lo limita un plazo, ni está acompañado de un hijo, ni lo une un número, su cercanía es su generosidad, su lejanía su castigo, su altura es sin subir, y su venida sin moverse.

a Capítulo séptimo. Se muestra la sabiduría inmersa en que el sultán esté en la tierra.

Tenéis que saber, Dios os guíe: la existencia del sultán en la tierra es muestra de la magnífica sabiduría de Dios, el Altísimo, y un gran don hacia sus fieles, porque Dios el Altísimo es el culmen de la creación de amor por el remedio y no por la justicia; así, si estuvieran sin sultán sería como una ballena en el mar: el grande se tragaría al pequeño. Si no existiera un sultán dominante [...], los asuntos no se organizarían, ni se estabilizaría el modo de vida, ni esta sería exitosa. Por eso los antiguos decían: “si el sultán fuera quitado de la tierra [...], Dios no tendría necesidad de la gente de la tierra”.

El fundamento para erigir un sultán: es que es una de las pruebas de la existencia de Dios, bendito sea, y una de las evidencias de su unicidad, porque, así como no pueden estabilizarse los asuntos del mundo ni equilibrarse sin un promotor que tenga en exclusiva su promoción, tampoco se puede imaginar su existencia, ni su organización, ni su sabiduría y precisión sin un creador que lo cree, ni un experto que lo domine, ni un sabio que lo promueva. Al igual que no pueden prosperar dos sultanes en un solo país [...], tampoco dos dioses en un mundo; el mundo en su conjunto bajo la autoridad de Dios es como un país en manos del sultán de la tierra.

Por eso, 'Alī b. Abū Ṭālib, Dios esté satisfecho de él, dijo: “dos asuntos están claros, uno no es posible sin la exclusividad; otro no es posible más que con la participación. Ambos son la monarquía y la opinión. La monarquía no es posible con la partición de otro, [...] y la opinión no es posible con la exclusividad”.

ولهذا قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: (أمران جليلان لا يصلح أحدهما إلا بالتفرد، ولا يصلح الآخر إلا بمشاركة؛ وهما الملك، والرأي، فكما لا يستقيم الملك بالشركة [...] لا يستقيم الرأي بالتفرد به)²⁵⁶⁶.

El ulema de Tartus, en un alegato en favor de la monarquía absoluta de origen divino, afirma que esta es una muestra de la sabiduría divina. Dios, el Único, da un único sultán a cada país, para el bien de este. De ahí, en lógica deducción, concluye que al igual que el *tawhīd* es un atributo divino, un único sultán que gobierne un país determinado es una muestra del amor de Dios por su creación. En palabras de al-Ṭurṭūšī: “*Al igual que no pueden prosperar dos sultanes en un solo país, tampoco dos dioses en un mundo; el mundo en su conjunto bajo la autoridad de Dios es como un país en manos del sultán de la tierra*”. Esta naturaleza única, sin socio que la comparta, propia de la divinidad, se refleja en el gobierno de los hombres, donde la autoridad para ejercer esa soberanía ha de recaer en un único hombre. Este principio teológico, tiene un carácter tan esencial en la *Šarī‘a* que necesariamente se ha de filtrar en todas y cada una de sus normas; con una expresión actual, podemos afirmar que el *tawhīd* está impreso en el ADN del *fiqh*.

^aبسم الله الرحمن الرحيم.

الحمد لله الذي مهد آدم قبل أن يخلق بساط الأرض وجعلهم قوف ظهرها خلأف يخلف بعضهم فيها البعض ومكن لعباده المؤمنين في مشارق الأرض ومغاربها لإقامة ما شرعه من السنين والفرص وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له المتصرف في خلقه بالإبرام والنقض والعطاء والمنع والرفع والحفض وأشهد أن محمداً عبده ورسوله أشرف نبي حث على طاعة الله وحض وأفضل رسول ظهر دينه على الدين كله في طول البلاد والعرض وسلم تسليماً* (أما بعد)* فإن الله تعالى خلق الخلق كلهم لعبادته كما قال وما خلقت الجن والأنس إلا ليعبدون وأرسل الرسل كلهم للدعوة إلى توحيده وطاعته كما قال وما أرسلنا من رسول إلا يوحى إليه أنه لا إله إلا أنا...²⁵⁶⁷

Ibn Raḡab principia el prólogo a su obra sobre la institución del *jarāy* con este alegato sobre la unicidad de Dios. Primero da fe de que no hay más Dios que Dios, primera de las dos confesiones de fe de todo musulmán (la otra es que Muḡammad es Su Enviado). Culmina este párrafo que hemos seleccionado con una frase de *El Corán: no hemos enviado a ningún enviado sin revelarles que no hay más Dios que Yo*. Esta prédica en favor del *tawhīd* suele ser una forma habitual de empezar sus libros los *fuqahā’*.

a En el nombre de Dios el Clemente y Misericordioso.

Gracias a Dios que antes de crearlos dispuso para la estirpe de Adán toda la extensión de la tierra e hizo para ellos, sobre su corteza, sucesores que ocuparan su lugar, y posibilitó para sus fieles, los creyentes de Oriente y Occidente, el asentamiento todos los años; y dio testimonio de que no hay más Dios que Dios, el uno, que no tiene socio, quien actúa en su creación mediante el hacer o el anular, el dar y el prohibir, el levantar o hundir. Doy testimonio de que Muḡammad, su siervo, es su Enviado y el más noble profeta que invita a obedecer a Dios anima a ello, el mejor de los enviados que aparecieron, a lo largo y ancho del mundo. Dios el Altísimo creó la creación entera para que lo adore como dijo: y no creé al *ŷin* y al hombre más que para que adoren; y envió a todos sus enviados para que proclamaran su unicidad. Así dijo: no hemos enviado a ningún enviado más que para revelarles que no hay más Dios que yo.

^aالحمد لله الأول قبل كل أول، والآخر بعد كل آخر، [والدائم لا زوال]، والقائم على كل شيء بغير إنتقال، والخالق خلقه من غير أصل ولا مثال؛ فهو الفرد الواحد من غير عدد؛ وهو الباقي من غير أحد، إلى غير نهاية ولا أمد. له الكبرياء والعظمة، والبهاء والعزة، والسلطان والقدرة، تعالى عن أن يكون له شريك في سلطانه أو في وحدانيته نديد، أو في تدبيره معين أو ظهير، أو أن يكون له ولد، أو صابحة أو كفاء أحد، لا تحيط به الأوهام، ولا تحويه الأقطار، ولا تدركه الأبصار، [وهو يدرك الأبصار]، وهو لطيف الخبير.

أحمده على آلائه، وأشكر على نعمائه، حمد من أفرد الحمد، وشكر من رجا بالشكر منه المزيد، وأستهديه من القول والعمل لما يقربني منه ويرضيه، وأؤمن به إيمان مخلص له التوحيد، ومفرد له التمجيد. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له [...]. فإن قال قائل: فما تنكر أن تكون الأشياء التي ذكر من فعل قديمين؟ قيل: أنكرنا ذلك لوجودنا إتصال التدبير- وتامم الخلق، فقلنا: لو كان المدبر إثنين، لم يخلوا من إتفاق أو إختلاف؛ وإن كانا متفقين فمعناهما واحد، وإنما جعل الواحد إثنين من قال بالإثنين. وإن كانا مختلفين كان محالاً وجود الخلق على التمام والتدبير على الإتصال؛ لأن المختلفين، فعل كل واحد منهما خلاف فعل صاحبه؛ بأن أحدهما إذا أحيا أمات الآخر، وإذا أوجد أحدهما أفنى الآخر، فكان محالاً وجود شيء من الخلق على ما وُجد عليه من التمام والإتصال. وفي قول الله عز وجل ذكره. * (لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدنا فسبحان الله رب العرش عما يصفون)*، وقوله عز وجل: * (ما إتخذ الله من ولد وما كان معه من إله إذا ذهب كال إله بما خلق ولعلا بعضهم عل يبعض سبحانه الله عما يصفون)* عالم الغيب والشهادة فتعالى عما يُشركون)* أبلغ حجة، وأوجز بيان، وأدل على بطول ما قاله المبطلون من أهل الشرك بالله، وذلك أن السموات والأرض لو كان فيهما إله غير الله، لم يخل أمرهما مما وصفت من إتفاق وإختلاف. وفي القول بإتفاقهما فساد القول بالثنوية. وإقراره بالتوحيد، وإحالة في الكلام بأن قائله سمي الواحد إثنين. وفي القول بإختلافهما، القول بفساد السموات والأرض، كما قال ربنا جل وعز: * (لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدنا)* لأن أحدهما كان إذا أحدث شيئاً وخلقته كان من شأن الآخر إعدامه وإبطاله، وذلك أن كل مختلفين فأفعالهما مختلفة، كالنار التي تسخن، والتلج الذي يبرد ما أسخنه النار.

وأخرى، أن ذلك لو كان كما قاله المشركون بالله لم يخل كل واحد من الإثنين اللذين أثبتوها قديمين من أن يكونا قويين أو عاجزين، فإن كانا عاجزين العاجز مفقور وغير كائن إلهاً. وإن كانا قويين فإن كل واحد منهما بعجزه عن صاحبه عاجز، والعاجز لا يكون إلهاً. وإن كان كل واحد منهما قوياً على صاحبه؛ فهو بقوة صاحبه عاجز، تعالى ذكره عما يشرك المشركون! 2568

Al-Ṭabarī comienza su magna historia con la profesión de fe en la unicidad de Dios; algo bastante corriente entre los autores musulmanes. Unas páginas después, argumenta contra los que

a Alabado sea el señor el Primero anterior a todo primero, el Último después de todo último, el que permanece sin perecer, el Que se mantiene frente a todo sin mudarse, el Creador sin origen ni igual; Él es el Individuo Único sin número; el es Quien permanece después de todos, sin final ni plazo. De Él es la sublimidad y la majestad, el esplendor y la gloria, el poder y la fuerza, se aparta de Él el que tenga un socio en Su poder o en Su unicidad, un semejante, o en Su gobierno un ayudante o auxiliar, o que tenga un hijo, compañera o alguien igual; la imaginación no lo puede abarcar, ni los diámetros lo pueden encerrar, ni las vistas lo puede aprehender, y Él sí a las vistas, es Amable.

Lo alabo por Sus favores, le doy gracias por Sus dones; Único en ser alabado, a Quien dar Gracias. Me acerco al buen sendero, en hechos y palabras, cuando me acerca a Él y soy de Su agrado. Creo en Él con una fe fiel, tiene el *tawhīd*, y en exclusiva la gloria. Doy testimonio de que no hay más Dios que Dios, único, que no tiene socio [...]

Si alguien dijera: ¿en qué negarías que las cosas que has mencionado son obra de dos antiguos? Se diría: negamos eso por estar nuestra existencia unida a una disposición y a la perfección de la Creación; decimos: si quien lo hubiera dispuesto fueran dos, no cabría más que el acuerdo o la desavenencia. Si ambos estuvieran de acuerdo, el sentido de los dos sería uno, únicamente los haría dos quien dijera dos. Si los dos difirieran, sería imposible la existencia de la Creación en su conjunto y la disposición en unión. Porque los que son diferentes, la acción de cada uno es contraria a la acción de su compañero. Si uno hiciera resucitar, el otro mataría; si uno existiera, el otro desaparecería; no sería posible la existencia de algo creado en su perfección y unión. En palabras del Todopoderoso: “Si hubiera entre los dos un Dios que no es Dios, ambos se corromperían, sea alabado el Señor del Trono, a pesar de cómo lo describen”. Y en otro lugar: “Dios no ha tomado ningún hijo, ni ningún dios está con Él, si no, todo dios se iría con lo que ha creado, sea alabado a pesar de lo que de Él describen* conoce lo oculto y lo atestiguado, así que apartaos de los que le asocian un Dios”. Os doy un argumento y resumo un razonamiento, y doy prueba de la nulidad de lo que dicen los vanos de la gente del *širk* (asociar una divinidad) a Dios. Consisten en que los cielos y la tierra, sin hubiera un dios además de Dios, no cabría más que dos opciones, por lo que has descrito, el acuerdo o el disenso. En la del acuerdo de ambos se anularía la opinión de la dualidad, afirmándose el *tawhīd*, imposibilitando el argumento de quien llama al uno dos. En el caso del disenso, sería la opinión de la ruina de los cielos y la tierra, como dice nuestro Señor Todopoderoso: “si hubiera un dios además de Dios, ambos se corromperían”, porque uno de ellos si hiciera algo y lo creara sería para el otro un no ser y su anulación. Eso es así pues los actos de los diferentes serían diferentes, como el fuego que calienta y la nieve que enfría lo que calienta el fuego.

Otro sería que, si fuera como dicen *al-mušrikūn* (los que asocian una divinidad; politeistas) de Dios, no podría ser más que uno de los afirman que son dos: que fueran fuertes o impotentes. Si fueran impotentes, el impotente sería vencido y no podría ser un dios. Si fueran fuertes, cada uno de los dos, en su impotencia frente a su compañero, sería impotente y el impotente no es Dios. Si ambos fueran fuertes frente a su compañero, en la fuerza de su compañero frente a él sería impotente. Apartaos de mencionar lo que asocian *al-mušrikūn*.

asocian una divinidad a Dios, partiendo de una aleya coránica que afirma que si existiera otro dios además de Dios, ambos se corromperían. Como uno de los más famosos exégetas de *El Corán* razona lo que él considera prueba lógica del *tawhīd*: si existiera una dualidad de dioses, la creación no estaría ni conectada ni sería perfecta. En el hipotético caso de existir una pluralidad, únicamente admite dos posibilidades: un acuerdo entre ellos, en cuyo caso no existiría una dualidad real, más que en la mente de quien la tuviera por cierta; el otro supuesto sería el disenso, lo que provocaría que uno destruyera la obra del otro, siendo los dos débiles, hecho que los imposibilitaría ontológicamente para entrar en la categoría divina, o bien ambos fuertes, lo que no se sostendría lógicamente, pues la fortaleza de uno sería la debilidad de otro los que llevaría a no poder ser considerado Dios. Con independencia de la fortaleza teológica de estos argumentos, debemos destacar el razonamiento del historiador y exégeta ya que será el pilar sobre el que algunos ulemas pongan trabas al nombramiento conjunto de dos personas para algunos cargos y, en general, la preferencia cuando sí se permite por la mancomunidad frente a la solidaridad y, por supuesto, la colegialidad, como vemos a continuación.

الفصل: في أنه يجوز للخليفة أن يقلد

ويجوز للخليفة أن يقلد وزيره تنفيذ على إجماع وإنفراد، ولا يجوز أن يقلد وزيره تفويض على الإجماع لعموم ولايتهما، كما لا يجوز تقليد إمامين لأنهما ربما تعارضا في العقد والحل والعزل وقد قال الله تعالى: * (لو كان فيها إله إلا الله لفسدتا) * [الأنبياء: 22]. فإن قلد وزيره تفويض لم يخل تقليده من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يفوض إلى كل واحد منهما عموم النظر، فلا يصح لما قدمناه من دليل وتعليل وينظر في تقليدهما، فإنك إن في وقت واحد بطل تقليدهما معاً، وإن سبق أحدهما الآخر صح تقليد السابق وبطل تقليد المسبوق. والفرق بين فساد التقليد والعزل أن فساد التقليد يمنع من نفوذ ما تقدم من نظره، والعزل لا يمنع من نفوذ ما تقدم من نظره.

القسم الثاني: أن يشرك بينهما على إجماعهما فيه ولا يجعل إلى واحد منهما أن ينفرد به فهذا يصح وتكون الوزارة بينهما لا في واحد منهما، ولهما تنفيذ ما إتفق رأيهما عليه، وليس لهما تنفيذ ما اختلفا فيه ويكون موقوفاً على رأي الخليفة وخارجاً عن نظر

a Capítulo: sobre qué le es válido al califa nombrar.

Le es válido al califa nombrar dos ministros de ejecución en unión o por separado; no le es lícito nombrar a dos ministros de autorización en unión por la generalidad de su autoridad, al igual que no es válido nombrar dos imanes porque ambos se contradicen en el contrato, en la posición, el nombramiento y el cese. Dios el Altísimo había dicho: *(Si hubiera Dios además de Dios, se corromperían)* [Al-Anbyā': 22].

Si nombrara a dos ministros de autorización no sería efectivo más que en alguno de estos tres casos:

El primero, que el nombramiento de cada uno de los dos tendría una competencia general, que lo que no es correcto por las pruebas y argumentos que hemos adelantado. Se miraría el nombramiento de ambos. Si fuera al mismo tiempo, se anularía el nombramiento de los dos; si uno precedió al otro, sería válido el anterior y se anularía el posterior. La diferencia entre la nulidad del nombramiento y el cese radica en que la nulidad impide la ejecución de las competencias precedentes, mientras que el cese no impide la ejecución de las competencias precedentes.

El segundo caso: que compartan entre ambos la competencia en conjunción sin que ninguno tenga en exclusiva. Esto sería válido y el ministerio sería entre ambos, no de uno de ellos. Podrían ejecutar aquello en que sus opiniones estuvieran de acuerdo; no podrían ejecutar lo que difirieran, que quedaría pendiente de la opinión del califa, saliendo de la competencia de ambos ministros. Este ministerio estaría más limitado que el ministerio de autorización absoluto desde dos puntos de vista: uno de ellos: su unión en ejecutar lo que estuvieran de acuerdo. Segundo: desaparición de la competencia de ambos en lo que discreparan. Si llegaran a un acuerdo después de disentir, si fuera en una opinión conjunta sobre lo que es correcto después de las diferencias, recuperarían la competencia y sería correcta su ejecución, porque la diferencia precedente no impide la validez del acuerdo. Si uno de los dos continuara a pesar de mantenerse la oposición del otro, saldría de su competencia, porque no es válido al ministro ejecutar lo que opina que no es correcto.

El tercer caso: que no compartan entre ellos la competencia y cada uno tenga en exclusiva la competencia que no tiene el otro. Sería una de estas dos posibilidades: o cada uno está especializado en una actividad en la que tuviera competencia general y actuación particular como que a uno le correspondiera el ministerio de los países de Levante y al otro el de los países de Poniente; o que se asigne a cada uno de los dos una actuación general en una competencia particular, como que fuera nombrado uno de los dos para el ministerio de la guerra y el otro para el ministerio del *jarāy*. Este nombramiento sería válido en los dos casos; sin embargo ambos no serían ministros de autorización, sino encargados de labores diferentes, porque el ministerio de autorización no alcanza para que ambos lo ejerzan en toda actividad y competencia. El nombramiento de cada uno estaría limitado a lo que se le ha asignado, no habría oposición con el otro en su competencia y labor. El califa puede nombrar a dos ministros: uno de autorización y otro de ejecución; el de autorización podría actuar de forma absoluta y el de ejecución estaría limitado a ejecutar las órdenes que le hubiera dado el califa...

هذين الوزيرين، وتكون هذه الوزارة قاصرة عن الوزارة التفويضية المطلقة من وجهين: أحدهما إجتماعهما على تنفيذ ما إتفقا عليه. والثاني: زوال نظرهما عما إختلفا فيه، فإن إتفقا بعد الختلاف نظر، فإن كان عن رأي إجتماعي على صوابه بعد إختلافهما فيه دخل في نظرهما وصح تنفيذه منهما، لأن ما تقدم من الإختلاف لا يمنع من جواز الإتفاق، وإن كان من متابعة أحدهما لصاحبه مع بقائهما على الرأي المختلف فيه فهو على خروجه من نظرهما لأنه لا يصح من الوزير تنفيذ ما لا يراه صواب: القسم الثالث: أن لا يشرك بينهما في النظر ويفرد كل واحد منهما بما ليس فيه للأخر نظر، وهذا يكون على أحد الوجهين: إما أن يخص كل واحد منهما بعمل يكون فيه عام النظر خاص العمل مثل أن يرد إلى أحدهما وزارة بلاد المشرق وإلى الآخر وزارة بلاد المغرب، وإما أن يخص كل واحد منهما بنظر يكون فيه عام العمل خاص النظر مثل أن يستوزر أحدهما على الحرب والآخر على الخراج فيصح التقليد على كلا الوجهين، غير أنهما لا يكونان وزيرين تفويض ويكونا واليين على عمليين مختلفين، لأن وزارة التفويض ما عمت ونفذ أمر الوزيرين بها في كل عمل وكل نظر؛ ويكون تقليد كل واحد منهما مقصوراً على ما خص به، وليس له معارضة الآخر في نظره وعمله، ويجوز للخليفة أن يقلد وزيرين: وزير تفويض ووزير تنفيذ، فيكون وزير التفويض مطلق التصرف، ووزير التنفيذ مقصوراً على تنفيذ ما وردت به أوامر الخليفة...²⁵⁶⁹

Al-Māwardī, en este capítulo sobre los nombramientos válidos de ministros por parte del califa, traduce el principio del *tawhīd* al régimen jurídico de sus altos funcionarios; de hecho, acude en defensa de sus tesis a la misma aleya coránica con la que al-Ṭabarī reseña en su defensa jurídica del dogma de la unicidad divina. El *wazīr* de ejecución, aquel que únicamente cumple las órdenes y las lleva a la práctica, sí sería válido que compartiera el cargo con otro, de forma conjunta o con competencias exclusivas para cada uno; ahora bien, el ulema siempre habla de una designación doble (utilizando el número dual del sustantivo árabe, idioma en el que existe singular, dual y plural), aunque podría ser una forma de designar un nombramiento múltiple. Sin embargo, los ministerios de autorización, aquellos cuyas materias sobre las que ejercen competencia son generales y con posibilidad de tomar sus propias decisiones, no pueden recaer de forma conjunta en dos ministros, debido a lo general de su autoridad. En apoyo de esta norma, compara esta situación con la existencia de dos imanes y a su vez con una aleya coránica de la azora de los Profetas en la que se afirma que si hubiera un Dios además de Dios, ambos se corromperían y anularían. Es decir, la unicidad de la divinidad es el fundamento para la existencia de un único imán y un único ministro sobre la misma competencia. El alfaquí ejemplifica el régimen jurídico con tres posibles casos:

- Si ambos tuvieran una competencia general, el nombramiento de ambos sería nulo; prevaleciendo el primero en ser designado.
- Si fueran nombrados de forma que compartan el cargo (siempre que no fueran de autorización), sería válida la designación; la actuación se llevaría a cabo de forma mancomunada; ejecutarían las órdenes siempre y cuando estuvieran de acuerdo; en ausencia de consenso, perderían la competencia, la cual regresaría al califa; las diferencias podrían ser subsanadas con un acuerdo posterior.
- Si cada uno tuviera una materia o campo de actuación propio, sería válido y cada uno se ocuparía de las cuestiones que tuvieran asignadas, ya fuera por razón del territorio o de la materia. No obstante, en este caso no serían ministros, sino gobernadores sobre actuaciones diferentes.

Estas prevenciones contra la colegialidad las hemos observado en otros momentos (jueces²⁵⁷⁰ o administradores de un *waqf*²⁵⁷¹). El ejercicio plural de cargos se constriñe a casos muy particulares y siempre de forma mancomunada. Al-Māwardī expresamente justifica esta situación por el dogma del *tawhīd*.

60^a- كتاب دعوة المظلوم. 1- باب ما يُتقى من دعوة المظلوم. 1/1843- حدثني عن مالك عن زيد أسلم، عن أبيه أن عمر بن الخطاب إستعمل مولى له يُعدى هنياً على الحمى، فقال: يا هنى أضمم جناحك عن الناس وإتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مجابة وأدخل رب الصُريمة ورب الغنيمة وإيائي ونعم إبن عفان وإبن عوف فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى المدينة إلى زرع ونخل وإن رب الصُريمة والغنيمة إن تهلك ماشيته يأتني ببنيه فيقول يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا لا أبا لك فالماء والكلأ أيسر علي من الذهب والورق وإيم الله إنهم ليرون أني قد ظلمتهم إنها لبلادهم ومياههم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام والذي نفسي بيده لو لا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شيراً²⁵⁷².

Mālik b. Anas, en uno de los libros finales, incluido su obra más famosa, *al-Muwāṭa'*, mediante un hadiz, también recogido por al-Bujārī²⁵⁷³, nos presenta una embrionaria institución del *mazālim*. 'Umar b. al-Jaṭṭāb nombra a uno de los libertos como responsable de dirimir las demandas que le presenten aquellas personas que se sientan tratadas con injusticia en lo relativo a los perímetros de protección de los pozos para abrevar el ganado. Al-Māwardī dará carta de naturaleza jurídica a un *maylis-l-mazālim*. En el capítulo quinto analizamos este órgano desde el punto de vista de su posible adscripción a la categoría de la persona jurídica. En dicha sede, llegamos a una conclusión negativa. Retomaremos estos textos, mas desde la perspectiva del dogma del *tawhīd* y su influencia en la posible aparición de órganos colegiados, ya que la colegialidad allana el camino a la creación de sujetos jurídicos nacidos de la unión de personas físicas, pero no la supone necesariamente.

^bفصل: في ولاية المظالم

ونظر المظالم هو قود المتظالمين إلى التناصف بالرغبة، وزجر المنانزين عن التجاحد بالهيبة- فإن من شروط الناظر فيها أن يكون جليل القدر، نافذ الأمر، عظيم الهيبة، ظاهر العفة، قليل الطمع، كثير الورع لأنه يحتاج في نظره إلى سطوة الحماة، وثبت القضاة، فيحتاج إلى الجمع بين صفات الفريقين، وأن يكون بجلالة القدر نافذ الأمر في الجهتين. فإن كان ممن يملك الأمور العامة كالوزراء والأمراء لم يحتج النظر فيها إلى تقليد وكان له بعموم ولايته النظر فيها، وإن كان ممن لم يفوض إليه عموم النظر، إحتاج إلى تقليد وتولية إذا إجتمعت فيه الشروط المتقدمة، وهذا إنما يصح فيمن يجوز أن يختار لولاية العهد أو لوزارة التقويض أو لإمارة الأقاليم إذا كان نظره في المظالم عامة. فإن إقتصر به على تنفيذ ما عجز القضاة عن تنفيذه، وإمضاء ما قصرت يدهم عن إمضائه، جاز أن يكون دون هذه الرتبة في القدر والخطر، بعد أن لا تأخذه في الحق لومة لائم ولا يستشفه الطمع إلى رشوة²⁵⁷⁴.

Al-Māwardī y su tratado de derecho público, comienza el capítulo consagrado a las *mazālim*, las injusticias, con la descripción de las características que ha de reunir la persona, en singular, encargada de esta materia. Fundamentalmente, la competencia ha de recaer en ministros y emires, quienes podrían ejercerlas por sí mismos, sin nombramiento expreso, puesto esta entraría dentro de sus facultades ordinarias. Otros cargos, si han de asumir legítimamente el puesto, han de ser designados expresamente para ello por el imán o califa.

a 60- El libro sobre la demanda del oprimido. 1- Capítulo sobre lo que es piadoso en la demanda del oprimido.

1/1843- Se nos ha contado de Mālik de Zayd b. Aslam, de su padre que 'Umar b. al-Jaṭṭāb utilizó a uno de sus libertos, llamado Hunī en los temas del perímetro de los pozos de abrevaderos; le dijo: Hunī, abraza con tus alas a la gente y sé piadoso con la demanda de un oprimido, pues su demanda es atendida. Incluye al dueño al-Ṣurayma y al-Gunayma, a mí mismo, a Na'am Ibn 'Affān y Ibn 'Awf, pues ambos, si perecieran su ganado volverían a Medina a sembrar y cultivar palmeras; si el ganado del dueño de al-Ṣurayma y al-Gunayma pereciera, vendría con su hijo y me diría: Comendador de los Creyentes, pues déjanos a mí, no a tu padre, pues el agua y el pasto es más accesible para mí que el oro y el dinero; juro por Dios que veréis que les hice injusticias a su país y sus abrevaderos, por los que combatieron en la *Yāhiliyya* y se convirtieron al Islam dueños de ellos. Lo que tengo en mis manos, si no es por el dinero que llevo por el servicio de Dios, no impondría el perímetro a los pozos en contra de ellos.

b Capítulo: sobre la autoridad en las injusticias.

La competencia sobre las injusticias es el camino de los que las sufren para obtener compasión mediante el temor, y corregir a los litigantes por su rebeldía mediante el prestigio. De esta manera, los requisitos de quien ha de ver estos asuntos son que tenga una clara visión de futuro, ejecutivo, gran prestigio, de evidentes buenas maneras, poco ambicioso y de gran rectitud. Porque en el ejercicio de su función necesita de grandes dotes de defensor y el asiento de los jueces, pues precisa anar las características de ambos y tener la visión de futuro y dotes ejecutivas de ambas partes. Si fuera uno de los que tiene competencias generales, como los ministros y los emires, no precisaría para actuar en esto de nombramiento pues entre sus competencias se encontraría este asunto. Si fuera alguien que no se le hubiera encargado una competencia general, necesitaría ser nombrado, siempre que reuniera las características referidas. Únicamente sería válido el nombramiento de quien fuera elegido como heredero al trono o ministro delegado o emir de una región, si su competencia en las injusticias fuera general. Si se limitara a ejecutar lo que no es capaz de hacer el juez y hacer cumplir lo que no puede, sería válido el nombramiento de quien no fuera de ese rango, siempre que no fuera reprehensible ni amante de los sobornos.

^aفصل: في تحديد وقت للنظر في المظالم.

فإذا نظر في المظالم من إنتدب له جعل لنظره يوماً معروفاً يقصده في المتظلمين، وراجع فيه التنازعين، ليكون ما سواه من الأيام لما هو موكل إليه من السياسة والتدبير، إلا أن يكون من عمال المظالم المنفردين لها، فيكون مندوباً للنظر في جميع الأيام، وليكن سهل الحجاب نزه الأوصاب.

ويستكمل مجلس نظره بحضور خمسة أصناف لا يستغني عنهم، ولا ينتظم نظره إلا بهم:

أحدهم: الحماة والأعوان، لجذب القوى وتقويم الجرى.

والصنف الثاني: القضاة والحكام، لإستعلام ما يثبت عندهم من الحقوق ومعرفة ما يجري في مجالسهم بين الخصوم.

والصنف الثالث: الفقهاء، ليرجع إليهم فيما أشكل ويسألهم عما إشتبه وأعضل.

والصنف الرابع: الكتاب، ليثبتوا ما جرى بين الخصوم، وما توجب لهم أو عليهم من الحقوق.

والصنف الخامس: الشهود، ليشهدهم على ما أوجب من حق وأمضاه من حكم، فإذا إستكمل مجلس المظالم بمن ذكرنا من الأصناف الخمسة شرح عندئذ في نظرها.

والذي يختص بنظر المظالم بيشتمل على عشر أقسام:

القسم الأول: النظر في تعدي الولاية على الرعية [...] القسم الثاني: جور العمال فيما يحيونه من الأموال، فيرجع فيه إلى قوانين العادلة في دواوين الأئمة، فيحمل الناس عليها ويأخذ العمال بها، وينظر فيما إستزادوه، فإن رفعوه إلى بيت المال أمر برده، وإن أخذوه لأنفسهم إسترجعه لأربابه [...]. والقسم الثالث: كتاب الدواوين، لأنهم أمناء المسلمين على ثبوت أموالهم فيما يستوفونه له ويعرفون منه؛ فيتفصح أحوال ما وكل إليهم، فإن عدلوا بحق من دخل أو خرج إلى زيادة أو نقصان إلى قوانين وقابل على تجاوزه [...] والقسم الرابع: تظلم المسترزق من نقص أرزاقهم، أو تأخرها عنهم، وإجحاف النظر بهم، فيرجع إلى ديوانه في فرض العطاء

a Capítulo: sobre la determinación del tiempo para despachar las injusticias.

Quien estuviera encargado de ver las injusticias ha de reservar un día conocido en el que los oprimidos puedan acudir y puedan ser consultados los litigantes. De esta manera, el resto de días quedan para los asuntos políticos y de administración, salvo los funcionarios destinados a las injusticias, quienes se encargarían de ellas todos los días, siendo fácil aislarlos y apartarse de sus compañeros.

El consejo de las injusticias ejerce sus competencias en presencia de cinco clases que no pueden faltar, ni se organiza su sesión más que con ellas:

La primera: defensores y auxiliares para ejercer la fuerza y apaciguar a los insolentes.

La segunda clase: jueces y gobernadores, para conocer los derechos que se han probado ante ellos y saber los conflictos que han ocurrido en sus consejos.

La tercera clase: los alfaquíes, para consultarlos sobre las cuestiones y preguntarles por lo que esté confuso y sea difícil.

La cuarta clase: los escribas, para dar fe de lo que ocurre entre los contendientes y los derechos y obligaciones que corresponden a cada uno.

La quinta clase: los testigos, para dar testimonio de los derechos que son obligatorios y los fallos que deben aplicarse. Si el consejo de las injusticias se reuniera en presencia de las cinco clases de personas, sus debates pueden comenzar.

Lo que corresponde a las injusticias incluye diez apartados. El apartado primero: estudiar los abusos de las autoridades contra los gobernados [...] El apartado segundo: las injusticias de los funcionarios en lo relativo a los bienes, para ello se acude a normas justas en los divanes de los imanes, quienes responden ante la gente y se toma [la indemnización] de los funcionarios; se decide sobre lo que se ha cobrado de más, si se ha ingresado en el tesoro, se ordena devolverlo; y si los funcionarios se han apropiado de ello, se les restituye a sus dueños [...] El tercer apartado: los escribas de los dawāwīn (divanes), porque ellos son depositarios de los musulmanes en los bienes que custodian: con los que pagan y tienen conocimiento de ellos. De esa manera han de revisar lo que les está encargado, porque han de vigilar los ingresos y gastos que no superen en más o menos lo debido y responden por su extralimitación [...] El cuarto apartado: el trato injusto del asalariado por una minoración en sus ingresos, o retraso en el cobro o perjuicio a la hora de llevar su asunto; se acude a su dīwān sobre el pago que es justo; se investiga si ha sido recortado o impedido de antes. Si las autoridades lo hubieran tomado, se les ordenaría devolverlo a su costa, si no, se devolvería a costa del tesoro [...] El quinto apartado: devolver lo apropiado injustamente; puede ser de dos tipos. El primero, las requisas de los sultanes, realizadas por funcionarios arbitrarios a la hora de arrebatar propiedades a sus dueños [...] y el segundo: las apropiaciones realizadas por los de manos fuertes [...] El sexto apartado: el control de los awqāf, de dos tipos: públicos o privado. En cuanto a los públicos, se investigan incluso sin que exista ningún perjudicado, con el fin de velar por el cumplimiento de las estipulaciones del fundador [...] En cuanto a los privados, se investiga siempre que se produzca una injusticia contra sus beneficiarios, en un litigio determinado... El séptimo apartado: ejecutar aquellas sentencias que el juez ha paralizado por su debilidad a la hora de hacerlas cumplir e incapacidad para ir contra el culpable [...] La competencia de las injusticias es más fuerte y más ejecutiva, por lo que ejecuta el fallo contra quien va dirigido arrancándole lo que está en su mano o obligándolo a cumplir sobre su patrimonio. El octavo apartado: investigar aquello que no pueden los encargados de la hisba sobre los intereses generales [...] El noveno apartado: velar por los cultos públicos como el viernes, las fiestas, la peregrinación y la guerra santa, para que no se produzca negligencia en ellos ni se incumplan sus requisitos, pues los derechos de Dios tienen prioridad en su cumplimiento, y los deberes que impone son más dignos de cumplirse. Apartado décimo: dirimir la sentencia entre los litigantes ...

العادل، فيرجيهم عليه، وينظر فيما نقصوه أو منعه من قبل، فإن أخذه ولاية أمرهم إسترجعه منهم، وإن لم يأخذه قضاءه من بيت المال [...] والقسم الخامس: رد الغصوب، وهي ضربان؛ أحدهما: غصوب سلطانية قد تغلب عليهما ولاية الجور كالأحكام المقبوضة عن أربابها [...] والضرب الثاني: من الغصوب ما تغلب عليها ذوو الأيد القوية [...] والقسم السادس: مشارف الوقوف، وهي ضربان: عامة وخاصة. فأما العامة فيبدأ بتصفحها وإن لم يكن فيها متظلم ليحريها على سبيلها ويمضيها على شروط واقفها [...] وأما الوقوف الخاص فإن نظره فيها موقوف على تظلم أهلها عند التنازع فيه لوقفها على خصوم متعينين [...] والقسم السابع: تنفيذ ما وقف القضاة من أحكامها لضعفها عن إنفاذها، وعجزهم عن المحكوم عليه [...] فيكون ناظر المظالم أقوى يداً وأنفذ أمراً، فينفذ الحكم على من توجه إليه بانتزاع ما في يده، أو إلزامه الخروج مما في ذمته. والقسم الثامن: النظر فيما عجز عنه الناظرون من الحسبة في المصالح العامة [...] والقسم التاسع: مراعاة العبادات الظاهرة كالجمع والأعياد والحج والجهاد من تقصير فيها وإخلال بشروطها، فإن حقوق الله أولى أن تستوفي، وفروضة أحق أن تودي. والقسم العاشر النظر بين المتشاجرين والحكم...²⁵⁷⁵

Este fragmento regula el *maylis-l-mazālim* como un consejo que no puede funcionar sin la presencia de al menos una persona de los cinco tipos de miembros: auxiliares y personal de seguridad (si se permite la expresión), jueces y gobernadores, alfaquíes o jurisconsultos, escribas y testigos. Aunque la potestad radica en una única persona, quien toma todas las decisiones, el ulema exige un *quorum* para reunirse válidamente. Si bien los miembros del consejo no tienen capacidad de decisión, sí es preceptiva su consulta. Este alfaquí, el cual vivió entre los siglos X y XI, regula un órgano colegiado, con los miembros que lo han de componer y normas sobre su constitución legítima. A pesar de que sus funciones son meramente consultivas de la persona competente y que no existen reglas que reglamenten la marcha de los debates y la toma de decisiones, sí puede considerarse un protocolegio, que no viola el principio de unicidad, pues también Muḥammad solía pedir consejo a sus compañeros, aunque fuera únicamente él quien decidiera. Este mantener la potestad y soberanía en una única persona quizás explique cómo, aun de forma elemental y primaria, apenas hallamos ejemplos normativos de órganos pluripersonales. En el título de esta tesis hemos hecho hincapié en que la *Šarī'a*, en lo que respecta a la personalidad jurídica, posee una regulación inconclusa. Al igual que expresamos nuestra perplejidad porque los *fūqahā'* no hubieran desarrollado un propio concepto de ente que fuera un centro de imputación de derechos y obligaciones, nos resulta llamativo que, a la vista de este precedente y la tradición de las consultas efectuadas por Muḥammad a su círculo íntimo, no aparezcan más casos de asambleas con cierto amparo jurídico.

^aإقطاع السلطان مختص بما جاز فيه تصرفه ونفذت فيه أوامره، ولا يصح فيما تعين فيه مالكة و تميز مستحقه. وهو ضربان: إقطاع تمليك، و إقطاع إستغلال [...] [...] فصل: في أقسام العامر. وأما العامر فضربان: أحدهما ما تعيين مالكة فلا نظر للسلطان فيه إلا ما يتعلق بتلك الأرض من حقوق بيت المال، إذا كانت، إذا كانت في دار الإسلام، سواء كانت لمسلم أو ذمي، فإن كانت في دار الحرب التي لا يثبت للمسلمين عليها يد، فأراد الإمام أن يقطعها ليملكها المقطع عند الظفر بها جاز²⁵⁷⁶.

Al-Māwardī, en su tratado de derecho político (si admitimos el uso anacrónico de la expresión), defiende una concepción de poder casi idéntica al absolutismo de derecho divino; no obstante, el califa y su poder absoluto han de respetar la propiedad privada. La *Šarī'a* no faculta al gobernante para repartir tierras cuyo propietario sea conocido.

^bالفصل الثالث والأربعون في أن الظلم موذن بخراب العمران

a El reparto del sultán está limitado a aquello sobre lo que es lícito su disposición y sus órdenes son ejecutivas; no es válido cuando el propietario está determinado y especificado su derecho. Sería de dos tipos: reparto de la propiedad y reparto de explotación [...]

[...] Capítulo: sobre las clases de tierra habitada. En cuanto a la tierra habitada, se divide en dos tipos. Uno de ellos: aquellas en la que está determinada su propietario, el sultán no tendría más competencia que en aquello en que estuviera vinculado alguno de los derechos de la *bayt al-māl*, si estuviera en la *Casa del Islam*, tanto si fuera de un musulmán o un *ḍimmi*; si estuviera situada en la *Casa de la Guerra* que no está en manos de los musulmanes y el imán quisiera repartir para que fuera propiedad del beneficiario, sería válido...

b Capítulo cuarenta y tres. Sobre que la injusticia permite la ruina de la civilización.

Has de saber que el ataque contra la gente en sus bienes hace ir sus esperanzas de prosperar y adquirir, pues ven que el destino final es que se le arrebatase de sus manos. Si se van sus esperanzas de adquirir y prosperar, se apartan sus manos de la búsqueda de eso. En función de la fuerza del ataque y en su proporción, se producirán el retraimiento de los súbditos de buscar adquirir; si el ataque es grande y general en todas las vías para ganarse la vida, la contracción de las

أعلم أن العدوان على الناس في أموالهم ذاهب بآمالهم في تحصيلها وإكتسابها، لما يرون حينئذ من أن غايتها وصيرها إنتهابها من أيديهم. وإذا ذهبت آمالهم في إكتسابها وتحصيلها إنقبضت أيدهم عن السعي في ذلك. وعلى قدر الإعتداء ونسبته يكون إنقباض الرعايا عن السعي في الإكتساب، فإذا كان الإعتداء كثيراً عاماً في جميع أبواب المعاش كان القعود عن الكسب كذلك لذهابه بالآمال جملة بدخوله من جميع أبوابها. وإن كان الإعتداء يسيراً كان الإنقباض عن الكسب على نسبته. والعمران ووفوره ونفاق أسواقه إنما هو بالأعمال وسعي الناس في المصالح والمكاسب ذاهبين وجائين. فإذا قعد الناس عن المعاش وإنقبضت أيديهم عن المكاسب كسد أسواق العمران، وإنقبضت الأحوال وأبذعر الناس في الأفاق من غير تلك الإيالة في طلب الرزق فيما خرج عن نطاقها، فخف ساكن القطر، وختل دياره، وخربت أمصار، وإختل بإختلاله حال الدولة والسلطان؛ لما أنها صورة للعمران تفسد بفساد مادتها ضرورة.

[...] ولا تحسبن الظلم إنما هو أخذ المال أو الملك من يد مالكة من غير عوض ولا سبب ما هو المشهور، بل الظلم أعم من ذلك. وكل من أخذ ملك أحد أو غضبه في عمله أو طالبه بغير حق أو فرض عليه حقاً لم يفرضه الشرع فقد ظلمه. فجباة الأموال، والمعتدون عليها ظلمة، والمنتهبون لهم ظلمة، والمانعون لحقوق الناس ظلمة، وغصاب الأملاك على العموم ظلمة، ووبال ذلك كله عائد على الدولة بخراب العمران الذي هو مادتها لا ذهابه الآمال من أهله²⁵⁷⁷.

Este pensador tunecino, Ibn Jaldūn, da un paso más que al-Māwardī, pues conecta la injusticia del gobernante con la ruina de su estado. Fundamentalmente, la apropiación de las propiedades de la gente, lo cual provoca que las personas contraigan su actividad económica y la actividad de los mercados, arruinando el estado. También, la usurpación de derechos y bienes, la recaudación superior a lo debido, el impedimento del ejercicio de derechos legítimos y situaciones parecidas causan el mismo daño. En este capítulo realiza una loa evidente de libertad económica y de empresa, pues la prosperidad del país reside en que los habitantes sientan que pueden adquirir y prosperar sin temor a confiscaciones; en nuestros días a este fenómeno lo llamaríamos respeto por la iniciativa económica privada. El poder absoluto islámico y el Dios único son respetuosos con los derechos económicos individuales de los musulmanes. Ante líneas como estas, resulta muy extraño que algunos autores hayan visto en este filósofo de la Historia y en el Islam precedentes del pensamiento marxista²⁵⁷⁸.

^aالفصل السابع والأربعون في كيفية طروق الخلل للدولة

adquisiciones va en la misma proporción y se van las expectativas. Si el ataque es sencillo, la contracción en las adquisiciones va en la misma proporción. La civilización, su riqueza y el gasto de sus mercados únicamente se producen por la búsqueda de la gente de sus intereses y sus adquisiciones, yendo y viniendo. El apartarse la gente de la búsqueda del medio de vida y la contracción de la actividad de sus manos y de las adquisiciones contraen los mercados de la civilización, y se contraen sus estados y se dispersa la gente en los horizontes lejanos a ese país, demandando sus retribuciones fuera de él. La población del lugar decrece y se vacía, arruinándose las regiones, y se vacía a su vez el estado y el sultán, por la ruina de la civilización en la materia que le es necesaria.

[...] No se cuenta la injusticia únicamente en tomar bienes o propiedades de manos de sus propietarios sin contraprestación ni causa como es famoso, sino que la injusticia es más amplia que esto. Todo aquel que toma la propiedad de alguien o la usurpa de su trabajo o la exige sin derecho o impone a otro un derecho que no le ha otorgado la Ley, todo eso es injusticia. Así, la recaudación de bienes sin derecho es una injusticia, los que los atacan cometen una injusticia, los que la roban cometen una injusticia, los que impiden los derechos de la gente cometen una injusticia, los usurpadores de las propiedades en general cometen una injusticia. Todo esto es un daño que repercute en el estado con la ruina de la civilización que es su materia, no la pérdida de la esperanza de su gente.

a Capítulo cuarenta y siete sobre los caminos que conducen al estado a la ruina.

Has de saber que el edificio del reino se asienta sobre dos bases que son necesarias. La primera radica en las armas y la 'aşabiyyia que se alcanzan con el ejército; la segunda es el dinero, que es el sostén de este ejército, y desde donde se erige todo lo que necesita el reino. Si la ruina llega a esta, llega a través de estas dos vías. Mencionemos primero las armas y la 'aşabiyyia; después regresaremos a las vías del dinero y la recaudación.

[...] En cuanto a las ruinas que vienen por el camino del dinero, has de saber que el estado, en el origen, es beduino, como ha precedido; así que la cercanía al súbdito, el economizar gastos y alejamiento de los bienes provocan que se aparten del exceso en la recaudación, y la búsqueda incesante en reunir bienes y contratar trabajadores; no hace falta, entonces, derrochar en gastos, pues el estado no precisa mucho dinero. Después se produce las conquistas y su engrandecimiento y el apogeo del reino, el cual llama al lujo y el mucho gasto por su causa. Se engrandecen los gastos del sultán y la gente del estado en general, incluso se contagia eso entre los habitantes, causando un aumento de los salarios del ejército y las pagas de los funcionarios. Tras esto, se engrandece el lujo y aumenta el derroche en los gastos, extendiéndose entre los súbditos, porque la gente es de la condición de sus reyes y sus costumbres. El sultán necesita imponer tributos sobre los precios de las ventas en los zocos para hacer fluir la recaudación, según el lujo que ven en la ciudad debido al bienestar, y porque aumentan las necesidades de su sultán y las pagas de su ejército. Después aumentan las costumbres lujosas, por lo que no bastan los impuestos, habiendo alcanzado el estado su apogeo en

أعلم أن مبنى الملك على أساسين لا بد منهما. فالأول الشوكة والعصبية وهو معبر عنه بالجند؛ والثاني المال الذي هو قوام أولئك الجند، وإقامة ما يحتاج إليه الملك من الأحوال. والخلل إذا طرق الدولة طرقها في هذين الأساسين. فلنذكر أولاً طروق الخلل في الشوكة والعصبية؛ ثم نرجع إلى طروقه في المال والجباية.

[...] وأما الخلل الذي يتطرق من جهة المال، فأعلم أن الدولة في أولها تكون بدوية كما مر، فيكون خلق الرفق بالرعاية والتقصّد في النفقات والتعفف عن الأموال، فتنجافى عن الإمعان في الجباية، والتخلّق والكيس في جمع الأموال وحسبان العمال، ولا داعية حينئذ إلى الإسراف في النفقة، فلا تحتاج الدولة إلى كثرة المال. ثم يحصل الإستيلاء ويعظم، ويستفحل الملك، فيدعو إلى الترف، ويكثر الإنفاق بسببه؛ فيعظم نفقات السلطان وأهل الدولة على العموم، بل يتعدى ذلك إلى أهل المصر، ويدعو ذلك إلى الزيادة في أعطيات الجند وأرزاق أهل الدولة. ثم يعظم الترف فيكثر الإسراف في النفقات، وينتشر ذلك في الرعية، لأن الناس على دين ملوكها وعوائدها. ويحتاج السلطان إلى ضرب المكوس على أثمان البياعات في الأسواق لإدراج الجباية لما يراه من ترف المدينة الشاهد عليهم بالرفه، ولما يحتاج هو إليه من نفقات سلطانه وأرزاق جنده. ثم تزيد عوائد الترف فلا تفي بها المكوس، وتكون الدولة قد إستفحلت في الإستطالة والقهر لمن تحت يدها من الرعايا، فتمتد أيديهم إلى جمع المال من أموال الرعايا، من مكس أو تجارة أو نقد في بعض الأحوال، بشبهة أو بغير شبهة. ويكون الجند في ذلك طور قد تجاسر على الدولة بما لحقها من الفشل والهرم في العصبية فنتوقع ذلك منهم، وتداوى بسكينة العطايا وكثرة الإنفاق فيهم، ولا تجد عن ذلك وليجة. ويكون جباة الأموال في الدولة قد عظمت ثروتهم في الجباية، وتفشو السعاية فيهم بعضهم عن بعض لمنافسة والحقد، فتعتمهم النكبات والمصادرات واحداً واحداً إلى أن تذهب ثروتهم وتتلاشى أحوالهم، ويفقد ما كان للدولة من الأبهة والجمال بهم. فإذا إستطلت نعمتهم تجاوزتهم الدولة إلى أهل الثروة من الرعاية سواهم. ويكون الوهن في هذا الطور قد لحق الشوكة، وضعفت عن الإستطالة والقهر، فتتصرف سياسة صاحب الدولة حينئذ إلى مداراة الأمور ببذل المال، ويراه أرفع من السيف لقلّة غنائه. فتعظم حاجته إلى الأموال زيادة على نفقات وأرزاق الجند، ولا يعني فيما يريد. وعظم الهرم بالدولة ويتجاسر عليها أهل النواحي؛ والدولة تنحل عراها في كل طور من هذه، إلى أن تفضي إلى الهلاك وتعرض لإستيلاء الطلاب. فإن قصدتها طالب إنتزاعها من أيدي القائمين بها، وإلا بقيت وهي تتلاشى إلى أن تضمحل كالذئبال في السراج إذا فنى زيتة وطفء. والله مالك الأمور ومدير الأكوان، لا إله إلا هو²⁵⁷⁹.

Ibn Jaldūn culmina su razonamiento sobre la decadencia de los estados y la desaparición de los mismos, que sucede según un proceso vital de inicio, crecimiento, madurez y decadencia, explicado con motivos económicos. Al principio el estado no necesita muchos ingresos, con su expansión aumenta las necesidades y el gusto por el lujo de los gobernantes y habitantes, que provocan un exceso de gravámenes, aumentando los impuestos; esta política de gastos excesiva, financiada mediante un aumento de la presión fiscal, causa la pobreza de los habitantes. Este círculo vicioso desemboca en un creciente déficit que impide al estado mantener el ejército, siendo presa fácil de sus enemigos. Además de su vibrante actualidad, este texto demuestra que la monarquía absoluta fundamentada en la unicidad divina, en el pensamiento del tunecino, deber respetar la propiedad y la iniciativa económica individual de sus súbditos para subsistir.

كم الجزية^a

extensión y dominio de sus súbditos, alargando sus manos hacia el acopio del dinero de sus súbditos, mediante impuestos al comercio o su patrimonio, con excusa o sin ella. El ejército en esa etapa osa a enfrentarse al estado por el fracaso y la merma de la 'aşabiyyia que se espera de ellos; intenta calmarlo con el calmante de las pagas y el gasto excesivo en él. No hay freno a esta situación. Los recaudadores de bienes en el estado han magnificado sus riquezas, y han extendido su afán, compitiendo unos con otros y de forma odiosa; se generalizan las desgracias y las confiscaciones una a una hasta que desaparecen sus riquezas y menguan sus situaciones, perdiendo el estado lo que tenía de pompa y belleza. Si se desarraiga de sus dones, el estado sobrepasa a los ricos de entre sus súbditos y va a por los que no lo son. La decadencia alcanza a las armas en esta fase, debilitándose sus capacidades para conquistar y dominar. Entonces, la política del jefe del estado se aparta hacia lisonjear en los asuntos mediante el dinero, pues lo ve más elevado que la espada, por la disminución de esta. Por ello, se magnifica la necesidad de dinero, ante el aumento de los gastos y las pagas del ejército, no siendo suficiente para lo que quiere. Se engrandece la decadencia del estado y se apoderan de él los habitantes de las provincias exteriores, decayendo cada vez más en cada etapa, hasta que desaparece y es ocupado por los que están al acecho; si alguien lo exigiera, se lo arrancaría de las manos de sus gobernantes, salvo que permanezca, disminuyendo hasta su eclipse total, apagándose como la mecha del candil, mientras se acaba el aceite. Dios es el dueño de todos los asuntos y quien organiza los seres, no hay más Dios que él.

a ¿Cuánto es la *ÿzya*?

[...] Si se llegara a un acuerdo válido en pagar un dinar o más y quebrara uno de ellos sin poder pagar su *ÿzya*, el sultán sería uno más de sus acreedores, no tendría mejor derecho que los demás ni estos sobre él [...] (Al-Šāfi'ī ha dicho) Si se estuviera cobrando la *ÿzya* de uno de los obligados y deviniera pobre, el imán sería uno más de los acreedores y no podría gastar del dinero de Dios el Altísimo en un pobre de la gente de la *dimma*, porque los bienes de Dios el Altísimo son de tres tipos: las limosnas (incluye la *zakāt*) que son para su gente, que han sido designadas por Dios en la azora al-Barā', el *fa'y* cuyos beneficiarios están designados por Dios el Altísimo en la azora al-Ḥaşara y la *ganīma* que pertenece a quienes estuvieran presentes, y la gente del quinto, designados en la azora al-Anfāl. Todos ellos son musulmanes, así

[...] وإن صالحوه صلحاً جائزاً على دينار أو أكثر فأعسر واحداً منهم بجزية فالسلطان غريم من الغرماء ليس بأحق بماله من غرمائه ولا غرماؤه منه [...] (قال الشافعي) وإن أخذنا الجزية من أحد من أهلها فإفتقر كان الإمام غريماً من الغرماء ولم يكن له أن ينفق من مال الله عز وجل على فقير من أهل الذمة لأن مال الله عز وجل ثلاثة أصناف الصدقات فهي لأهلها الذين سمى الله عز وجل في سورة براءة والفيء فلاهله الذين سمى الله عز وجل في سورة الحشر والغنيمة فلاهلها الذين حضروها وأهل الخمس المسمين في الأنفال وكل هؤلاء مسلم فحرام على الإمام والله تعالى أعلم أن يأخذ من حق أحد من المسلمين فيعطيه مسلماً غيره فكيف بذي لم يجعل الله تبارك وتعالى فيما تطول به على المسلمين نصيباً؟ ألا ترى أن الذمي منهم يموت لا يكون له وارثاً فيكون ماله للمسلمين دون أهل الذمة لأن الله عز وجل أنعم على المسلمين بتحويلهم ما لم يكونوا يتحولون قبل تحويلهم بأموال المشركين فيناً و غنيمة²⁵⁸⁰.

Al-Šāfi'ī, en su *Kitāb al-Umm*, mediante estas líneas tomadas del capítulo dedicado a la *ẓizya*, del cual nos servimos en nuestro análisis del tesoro, afirma que, si un *ḍimmī* gravado con ese impuesto no lo abonara, el acreedor de esa deuda, en un plano de igualdad con los otros acreedores posibles, sería el imán, no la *bayt al-māl*. Esta asignación de la situación jurídica de titular de un crédito contra una persona, deudora del mismo, al gobernante por tan eminente ulema, nos indica hasta qué punto el Islam es refractario a la calificación como sujeto de derechos a la unión de personas, como podría ser la *umma*. El derecho romano cristiano admitió desde un principio a la Iglesia como sujeto jurídico. El *al-faqīh*, tenido como fundador de la ciencia jurídica islámica, en consonancia con su *Epístola*, en lo que a las funciones políticas, gubernativas y jurídicas se refiere, aplica el principio de la unidad radical de Dios hasta sus últimas consecuencias. En la parte final del texto, el *ḍimmī*, aquel no musulmán que vive bajo dominio islámico a cambio del abono de la *ẓizya* -principalmente judío o cristiano-, es calificado como *mušrik* -quien asocia una divinidad a Dios- lo que justifica un menor derecho que el musulmán sobre sus bienes.

تحديد الإمام ما يأخذ من أهل الذمة في الأمصار

(قال الشافعي) رحمه الله تعالى: وينبغي للإمام أن يحدد بينه وبين أهل الذمة جميع ما يعطيهم وأخذ منهم ويرى أنه ينوبه الناس منهم فيسمى الجزية وأن يؤديهما على ما وصفت ويسمى شهراً تؤخذ منهم فيه وعلى أن يجري عليهم حكم الإسلام إذا طلبهم به طالب أو أظهروا ظلماً لأحد على أن لا يذكروا رسول الله، ص، إلا بما هو أهله ولا يطعنوا في دين الإسلام ولا يعيبوا من حكمه شيئاً فإن فعلوا فلا ذمة لهم ويأخذوا عليهم أن لا يسمعوا المسلمين شركهم وقولهم في عزير وعيسى عليهما السلام وإن وجدوهم فعلوا بعد التقدم في عزير وعيسى عليهما السلام إليهم عاقتهم على ذلك عقوبة لا يبلغ بها حداً لأنهم قد أذن بإقرارهم على دينهم مع علم ما يقولون ولا يشتموا المسلمين وعلى أن لا يغشوا مسلماً وعلى أن لا يكونوا عيناً لعدوهم ولا يضروا بأحد من المسلمين في حال وعلى أن نقرهم على دينهم وأن لا يكرهوا أحداً على دينهم إذا لم يرده من أبنائهم ولا رقيقهم ولا غيرهم وعلى أن لا يحدثوا في مصر من أمصار المسلمين كنيسة ولا مجتمعاً لضلالتهم ولا صوت ناقوس ولا حمل خمر ولا إدخال خنزير ولا يعذبون بهيمة ولا

que está prohibido al imán, y Dios es más sabio, tomar el derecho de un musulmán y entregarlo a otro musulmán, cuánto más a un *ḍimmī* a quienes no ha dado Dios, el Bendito y Altísimo, porción sobre los musulmanes. Acaso no ves que si un *ḍimmī* muriera sin herederos, sus bienes serían para los musulmanes y no para la gente de la *ḍimma*, porque Dios el Altísimo ha otorgado a los musulmanes lo que no ha hecho con ellos sobre los bienes de los politeístas, *fay'* y *ganīma*.

a Delimitación por parte del imán de lo que se coge de la gente de la *ḍimma* en cada país.

(Ha dicho al-Šāfi'ī), Dios tenga misericordia de él: el imán debe fijar entre él y la gente de la *ḍimma* la totalidad de lo que dan y se coge de ellos que representan a esa gente; esto se llama *ẓizya* y se ha de cumplir según describiste; se ha de señalar un mes para cogerla de ellos. Se hace a condición de que sobre ellos rijan las reglas del Islam si alguien lo pidiera o se evidenciara una injusticia para alguno; a condición de que no mencionen al Enviado de Dios más que como corresponde, sin ofender el Islam ni menospreciar su gobierno en nada; si lo hicieran, no tendrían protección (*ḍimma*); se les obliga a que no escuchen los musulmanes su idolatría (*širkhim*, asociación a Dios de otra divinidad; el concepto contrario al *tawhīd*; a la Santísima Trinidad se le suele calificar de esta manera), ni sus dichos sobre Esdrás e 'Īsā (Jesús), sobre ellos sea la paz; si lo encontraran y lo hicieran anteponiendo a Esdrás e 'Īsā, serían castigados con un castigo que no tendrían límite, porque se les ha confirmado en su religión, sabiendo que lo que dicen y que no insulten a los musulmanes, ni defrauden a un musulmán; también a condición de que no apoyen a nuestros enemigos ni perjudiquen a ningún musulmán en nada; se les confirma en su religión siempre que no obliguen a nadie a abrazarla si alguno de sus hijos o siervos apostatará; a condición de que no erijan en ninguna región de los musulmanes iglesias ni reuniones para sus caminos de perdición, ni hagan sonar las campanas ni lleven bebidas alcohólicas, ni introduzcan cerdos, ni castiguen a las bestias, ni las maten sin degollarlas; a condición de que no levanten construcciones por encima de las de los musulmanes; a condición de que se distingan en sus vestidos de los musulmanes y en sus monturas; a condición de que ciñan cinturones, que será la mayor diferencia entre ellos y los musulmanes; a condición de que no entren en las mezquitas...

يقتلونها بغير الذبح ولا يحدثوا بناء يطيلونه على بناء المسلمين وأن يفرقوا بين هياتهم في اللباس والمركب وبين هيات المسلمين وأن يعقدوا الزنابير في أوساطهم فإنها من أبين فرق بينهم وبين هيات المسلمين ولا يدخلوا مسجداً...²⁵⁸¹

En otro capítulo del libro sobre la *ÿizya*, al-Šāfi'ī, delimita su función y condiciones: se trata de un impuesto que pagan los no musulmanes que viven bajo el gobierno islámico a cambio de conservar su religión. No obstante, se le imponen un régimen bastante duro y muy restrictivo en la práctica de sus ritos: no les está permitido erigir iglesias ni hacer sonar las campanas para llamar a la oración, construir edificios más altos que los de los musulmanes, entrar en las mezquitas y han de diferenciar su vestimenta. Otras exigencias son más lógicas, como la prohibición de insultar a los musulmanes. En este momento nos interesa un grupo de ellas, cuya finalidad es no hacer públicas aquellas creencias que choquen con los dogmas islámicos: se les prohíbe hacer llegar a los oídos de los musulmanes la preeminencia de Jesús y su asociación a Dios; se utiliza la expresión *širk*, es decir, asociar a Dios otra Divinidad, al modo de considerar a Jesucristo como Hijo único de Dios, Dios de Dios, y segunda persona de la Santísima Trinidad. Esta raíz árabe, presente en la palabra socio (*šarīk*) de un contrato de sociedad, es la más utilizada como antónimo de *tawhīd*, pues como dice la expresión, *lā šarīka lahu*, no tiene ningún socio o partícipe en su divinidad. Cualquier expresión de los cristianos frente a los musulmanes que insinúe algo distinto será castigada con un castigo que no tiene límite. Finalmente, las iglesias son tildadas de lugares de perdición. En esta regulación se muestra explícitamente que este principio teológico guía normas concretas; en otras instituciones será más complicado localizar su rastro, pero, dado su carácter esencial, nos posibilitará reconocer sus huellas en muchas ocasiones.

^a1745- أخبرنا أبو محمد بن الأكفاني [...] سمعت أبا عمرو وغيره من أشيخنا يذكرون مغازي رسول الله، ص، ويقولون: صدق الله وعده نبيه، ونصر عبده، وهزم الأحزاب وحده، ثم ساق الكلام إلى ذكر تنفيذ جيش أسامة، وبعث أبي بكر الجيوش لقتال أهل الردة. ثم قال: حتى أتته وفود العرب مقرة بما كانت أنكرت، راجعة إلى ما كانت خرجت منه، فلما رأى أبو بكر حسن خلافة ربه نبيه، ص، في تركته وجماعة أمته، ومنه عليهم بنصره على كل مصعب ومذنب، وكفايته مؤنته على كل مرتد ومرتاب، وقوته عليهم جميعاً، وإجتماع كلمتهم على إيمان الله، والإقرار بتوحيده، والعمل بفرائضه وشرائعه، ودعاهم إلى الجهاد قيصر وكسرى ومن يليهم من أهل ملكهما، وإقامة فريضة الله عليهم بذلك...²⁵⁸²

Al-Awza'ī menciona este hadiz, según el relato de Abū Muḥammad b. al-Akfānī, con el número 1745. En el mismo, se describe la arenga del califa Abū Bakr a sus ejércitos para que se mantengan prestos para la guerra santa contra persas y bizantinos, a los que, con la fe en Dios, la confirmación de su *tawhīd* y trabajando según sus mandatos y leyes, anima a imponerles la voluntad de Dios. La unicidad de Dios también resulta un elemento vital en la llamada a la guerra contra los que la niegan.

^bكتاب وجوه الفياء والخمس الغنائم

قال الله. * (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول والذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) *، وقال الله: * (وأعلموا أنما غنمت من شيء فإن لله خمس، وللرسول والذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) *.

a 1745- Nos ha informado Abū Muḥammad b. al-Akfānī [...] He escuchado a Abū 'Amr otros de nuestros jeques que recordaban las conquistas del Enviado de Dios mientras decían: Dios se fía de su prometido, su Profeta y la victoria de su siervo, que derrotó a todos los partidos él solo. Después, la conversación se dirigía a la mención de la preparación del ejército de Usāma y el envío por Abū Bakr de los ejércitos para combatir a los apóstatas. Después dijo: para que os lleguen los refuerzos de los árabes, confirmando lo que negué, regresando a donde yo salí. Cuando Abū Bakr vio la buena sucesión de su señor y profeta, dejándole su herencia y el conjunto de su *umma*, aliándose con ellos en las dificultades y sus engaños, siendo suficiente su apoyo contra todo apóstata y dubitativo, con su fuerza en ellos; uniendo sus palabras en la fe en Dios, la confirmación de su *tawhīd*, y el trabajo por sus mandatos y legislaciones, los convocó para la guerra santa contra el César y Kisrā y quien los siguen en sus reinos, imponiendo el mandato de Dios sobre ellos de esa forma...

b Libro sobre el destino del *fay'* y el quinto de la *ganīma*.

Dios ha dicho: * (lo que Dios ha dado a su Enviado como *fay'* de la gente de las aldeas es para Dios y su Enviado, los familiares, huérfanos, menesterosos y vagabundos)*. Dios ha dicho: * (Sabad que lo que consigáis como *ganīma* de Dios es el quinto, y para el Enviado, los familiares, huérfanos, menesterosos y vagabundos)*.

Abū Ŷa'far ha dicho: lo que Dios ha mencionado en la primera aleya se refiere a lo que los musulmanes han pactado sobre los bienes con la gente del *širk*, lo que toman de ellos como *ÿizya* de sus cuellos y lo que se asemeje.

قال أبو جعفر: فكان ما ذكر الله في الآية الأولى، هو فيما صالح عليه المسلمون أهل الشرك من الأموال، وفيما أخذوه منهم في جزية رقابهم، وما أشبه ذلك²⁵⁸³.

El alfaquí *ḥanaḥī* al-Ṭaḥāwī analiza los versículos coránicos que regulan los dos tipos de botín y su reparto. En lo que respecta al *fay'*, según Abū Yā'far (al-Ṭabarī, en su faceta como exégeta de *El Corán*), consiste en aquellos bienes que se toman de la gente del *širk*, para que obtengan protección, como por ejemplo la *ẓizya*. En su momento estudiamos tanto el *fay'* como la *ganīma*, pero en este lugar de nuestro estudio nos interesa la denominación que se le da a las personas que pactan con los musulmanes su protección a cambio de un impuesto de capitación. El texto menciona que son *la gente del širk*, cuando en principio únicamente pueden ser sujetos del tributo personal judíos, musulmanes y zoroástricos. Esta denominación es muy frecuente aplicarla a los politeístas árabes que se opusieron a la predicación de Muḥammad.

^aكتاب الجهاد.

والقول المحيط بأصول هذا الباب ينحصر في جملتين: الجملة الأولى: في معرفة أركان الحرب. الثانية: في أحكام أموال المحاربين إذا تملكها للمسلمين.

(والجملة الأولى) وفي هذه الجملة فصول سبعة: [...] والسابع: لماذا يحاربون [...] الفصل السابع: لماذا يحاربون؟

فأما لماذا يحاربون؟ فإتفق المسلمون على أن المقصود بالمحاربة لأهل الكتاب ماعدا أهل الكتاب من قريش ونصارى العرب هو أحد الأمرين: إما الدخول في الإسلام، وإما إعطاء الجزية لقوله تعالى ((قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون)) وكذلك إتفق عامة الفقهاء على أخذها من المجوس لقوله، ص، ((سنوا بهم سنة أهل الكتاب وإختلفوا فيما سوى أهل الكتاب من المشركين هل تقبل منهم الجزية أم لا؟ فقال قوم: تؤخذ الجزية من كل مشرك، وبه قال مالك²⁵⁸⁴).

Averroes describe el régimen jurídico de la *ẓihād* o guerra santa en este libro. En lo que a nosotros nos corresponde, nos interesamos por lo que establece acerca del combate contra la gente del Libro (judíos y cristianos). En primer lugar, cita la norma básica de *El Corán*: “*combatid a los que no creen en Dios, ni en el Día del Juicio, ni prohíben los que Dios y su Enviado han prohibido, ni tienen como religión la religión de la Verdad entre los que les ha sido dado el Libro, hasta que paguen la ẓizya de su mano, y ellos sean sumisos*”. De esta norma el consenso de los musulmanes extrae el régimen básico: se le hace la guerra para que o bien se conviertan al Islam o paguen la *ẓizya*. Hay que subrayar que el fin de este impuesto es su sumisión. Igualmente, el filósofo y jurista cordobés aclara que la gente del Libro son un grupo especial entre *al-mušrikīn*, o los que asocian una divinidad a Dios. Esta expresión es más lógica referida a los cristianos por el dogma de la Santísima Trinidad, pero más extraña resulta aplicada a los judíos. En definitiva, no creer en los dogmas del Islam, en especial el *tawḥīd* sirve como justificación para una guerra santa. *Al-mušrik* ha de estar en una posición de subordinación.

^bفي إظهار دين النبي، ص، على الأديان

a Libro sobre la *ẓihād*.

La expresión sobre las fuentes de este capítulo se limita a dos proposiciones; la primera sería la siguiente: sobre el conocimiento de los fundamentos de la guerra. La segunda: sobre el régimen jurídico de los bienes de los combatientes que son apropiados por los musulmanes.

(La proposición primera) tiene siete capítulos: [...] el capítulo séptimo: ¿por qué combaten? [...]

Capítulo séptimo. ¿Por qué combaten?

En cuanto a por qué combaten, los musulmanes coinciden que en el sentido de combatir a la gente del Libro, excepto a la gente del Libro de Qurayš y *los nazarenos árabes* es uno de estos dos: bien que entren en el Islam o que paguen la *ẓizya*, por lo que ha dicho el Altísimo: “*combatid a los que no creen en Dios, ni en el Día del Juicio, ni prohíben los que Dios y su Enviado han prohibido, ni tienen como religión la religión de la Verdad entre los que les ha sido dado el Libro, hasta que paguen la ẓizya de su mano, y ellos sean sumisos*”. Asimismo, coinciden la generalidad de los *fuqahā'* sobre tomarla de los zoroástricos, por su hadiz: “*haced con ellos como con la gente del Libro*”. Están divididos sobre el resto de *al-mušrikīn* que no son gente del Libro. ¿Se toma de ellos la *ẓizya* o no? Un grupo opina: se toma la *ẓizya* de todo *mušrik*. Esa es la opinión de Mālik.

b Sobre cómo sobresale la religión del profeta sobre las demás religiones.

(Ha dicho al-Šāfi'ī) Dios el Bendito y Altísimo ha dicho: “*Él es quien ha enviado a su Enviado con el buen camino y la religión verdadera para que sobresalga sobre todas las religiones, aunque la odien al-mušrikīn*” [...] (Ha dicho al-Šāfi'ī) Dios el altísimo ha hecho sobresalir su religión, por la que envió a su Enviado, sobre las religiones, demostrando a todo

(قال الشافعي) قال الله تبارك وتعالى ((هو الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشكرون)) [...] (قال الشافعي) فقد أظهر الله عز وجل دينه الذي بعثه به رسوله، ص، على الأديان بأن أبان لكل من سمعه أنه الحق وما خالفه من الأديان باطل وأظهره بأن جماع الشرك دينان دين أهل الكتاب ودين الأميين فقهر رسول الله، ص، الأميين حتى دانوا بالإسلام طوعاً وكرهاً وقتل من أهل الكتاب وسبى حتى دان بعضهم الإسلام وأعطى بعض الجزية صاغرين...²⁵⁸⁵

Al-Šāfi'ī confirma las palabras de Averroes; primero cita otra aleya coránica en la que se afirma la supremacía del Islam sobre las demás religiones. Posteriormente, desde nuestra perspectiva con una mayor trascendencia, divide a todo el que no cree en el *tawhīd*, es decir, el *širk* en dos tipos: la gente del libro y los que no tienen libro; a los primeros se les da a elegir entre convertirse, el pago de la *ŷizya*, o la muerte. Los segundos únicamente la conversión o la muerte. *Al-mušrikīn* son divididos en dos tipos: los que no tienen un libro revelado, un grado mayor de infidelidad, y los que siguen un libro, más cercanos a los musulmanes. A diferencia de los medinenses, este jurista no contempla el pago de la *ŷizya* a los fieles de religiones sin libro.

^a*(في تكفين الميت وإعطاء اليهودي والنصراني والعبد من الزكاة)*

* (قال) * وقال مالك بن أنس لا يجزئه أن يعطي من زكاته في كفن الميت لأن الصدقة إنما هي للفقراء والمساكين ومن سمي الله وليس للأموال ولا لبيان المساجد شيء * (قال) * وقال مالك لا يعطي من الزكات مجوسي ولا نصراني ولا يهودي ولا عبد وكما لا يعتق في الكفارات غير المؤمنين فكذلك لا يطعم منها غير المؤمنين وكما لا يعتق في الزكاة غير المؤمنين فكذلك لا يعطي منها غير المؤمني...²⁵⁸⁶

Mālik b. Anas excluye de ser beneficiario de la limosna legal a los cristianos, judíos y zoroastrianos; la razón esgrimida descansa en que no son considerados creyentes. En el mismo plano que estos fieles de otras religiones, coloca al esclavo.

^bوفيهما قبور كثيرة من قبور الأنبياء صلوات الله عليهم: كشعيب، وسليمان، ويهودا، وربيل، وابنة شعيب زوج كلیم موسى وغيرهم صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين، وجبل الطور منها قريب.

بين عكة وبيت المقدس ثلاثة أيام، وبين دمشق وبينه مقدار ثمانية أيام، وهو بين المغرب والقبلة من عكة إلى جهة الإسكندرية. والله يعيد إلى أيدي المسلمين، وطهره من أيدي المشركين، بعزته وقدرته²⁵⁸⁷.

En el momento histórico que la visitó Ibn Ŷubayr, Acre estaba gobernada por los cruzados. El viajero nos la describe como una zona en la que se encuentran las tumbas de varios profetas; algunos aparecen como tales en *El Corán*, aunque en la tradición bíblica no tengan tal consideración, como el suegro de Moisés. Al hilo de la calificación de *gente del širk*, este valenciano tilda a los cruzados de *mušrikīn*, es decir, los que asocian una Divinidad a Dios; los cristianos son calificados con estos adjetivos; no sería demasiado insensato relacionarlo con la creencia en el dogma de la Trinidad.

كنيسة الإنطاكي

el que lo oiga que es la verdad y las religiones que la contradigan son vanas. Y ha mostrado que todo el *širk* se compone de dos religiones: la religión del Libro y la religión de los que no tienen libro. El Enviado de Dios ha vencido a los que no tienen libro para que abracen el Islam, mediante la obediencia o la imposición; ha matado a la gente del Libro y hecho prisioneros para que se conviertan algunos al Islam y otros paguen la *ŷizya* como subordinados...

a *(Sobre el amortajamiento del muerto y el dar al judío, al nazareno y al esclavo algo de la *zakāt*)*.

(Dijo) ha dicho Mālik b. Anas que no es válido dar de la *zakāt* para amortajar al muerto, porque la *ṣadaqa* es para los pobres y menesterosos y los que ha establecido Dios y nada para los muertos ni para construir mezquitas. *(Dijo)* y ha dicho Mālik que no se da de la *zakāt* al zoroastriano ni al nazareno ni al judío ni al muerto; así como no se paga la manumisión en la *kafāra* a quien no sea creyente, tampoco se alimenta de ella a quien no sea creyente. Así como no se manumite con la *zakāt* al no creyente, tampoco se da de ella al no creyente...

b En ella se encuentran las tumbas de los profetas, las oraciones de Dios sean sobre ellos, como Ragüel, Salomón, Judá, Rubén, y la hija de Ragüel, esposa de Moisés y otros. La montaña de al-Ṭūr está cerca de ella.

Entre Acre y Jerusalén hay tres días, entre ella y Damasco, alrededor de ocho días. Está entre el Oriente y la qibla de Acre en dirección a Alejandría. Dios la devuelva a manos de los musulmanes y la purifique de las manos de los *mušrikīn*, con Su fuerza y Su poder.

c Iglesia al-Intākī.

Entre lo más admirable que observamos en ella, entre los asuntos de los infieles: la iglesia conocida como la Iglesia al-Intākī. La alcanzamos a ver el día de Navidad -un día de una fiesta mayor para ellos-, estaban celebrando hombres y mujeres. Nos encontramos entre sus edificios un visión que se es incapaz de describir; una parte de las más admirable artesanías decorativas del mundo: su muro interior era todo de oro, en ella había láminas de mármol de colores, como no se ha visto igual, todo brillante por los engastes de oro, decoradas con árboles verdes engastados; su parte superior

ومن أعجب ما شاهدنا بها من أمور الكفران: كنيسة تعرف بكنيسة الإنطاكي. أبصرناها يوم الميلاد -وهو يوم عيد لهم عظيم- وقد احتفلوا له رجالاً ونساءً، فأبصرنا من بنيانهم مرأى يعجز الوصف عنه، ويقع قطع بأنه أعجب مصانع الدنيا المزخرفة: جدرها الداخلة ذهب كلها، وفيها من ألواح الرخام الملون ما لم ير مثله، وقد رصعت كلها بفصوص الذهب، وكللت بأشجار الفصوص الخضر، ونظم أعلاها بالشمسيات المذهبات من الزجاج، فخطف الأبصار بساطع سعاها، وتحدثت في النفوس فتنة نعوذ بالله منها. وأعلمنا أن بانيها، الذي تنسب إليه، أنفق فيها قناطر من الذهب، وكان وزيراً لجد هذا الملك المشرك. ولهذا الكنيسة صومعة قد قامت على أعمدة سوار من الرخام ملونة، وعلت قبة على أخرى سوار كلها، فتعرف بصومعة السواري، وهي من أعجب ما يبصر من البنيان. وشرفها الله عن قريب بالأذان بلطفه وكريم صنعه²⁵⁸⁸.

Ibn Ūbayr, una vez que se ha trasladado a Sicilia, describe con admiración una iglesia en la ciudad de Tirma, de la cual se dice en el *Diccionario de los Países* que es una ciudad de Sicilia muy calurosa y llena de pulgas²⁵⁸⁹. En lo que nos atañe en estos momentos, el autor se refiere a los cristianos de la isla como *kufṛān*, infieles, y al rey como *mušrik*, ya que no creen en la unidad de Dios.

^aباب الحكومة على أهل الكفر

ذكر (حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي، ص، رجم يهودياً ويهودية) أو ورد صاحب الكتاب في هذا الباب أخباراً، منها هذا، ومنها حديث أبي هريرة ومنها حديث [...] كلها تدل على إيجاب الرجم على اليهودي واليهودية وهذا حجة للشافعي رحمه الله عليه علينا في تلك المسألة وتأويل هذه الأخبار عندنا أنه كان في بدء الأمر حين قدم المدينة، فإنه عليه السلام إنما رجم بحكم التوراة، لأنه لم يكن للزنا في شريعته حكم وإنما نزل قوله عز وجل الزانية والزاني بعد إنصرافه من خيبر بسبع فصار للزنا في شريعته حكم وهو جلد مائة، ثم ظهر بعد ذلك الزجم متى كان الزاني محصناً بحديث ما عزر رضي الله عنه، والكافر ليس بمحصن على ما قال [النبي]، ص، من أشرك بالله فليس بمحصن فيقي موجب زناه الجلد بظاهر الآية، ذكر (عن إبراهيم قال لا يقام على أهل الكتاب حد في شرب الخمر ولا زنا)، أما شرب الخمر فإننا نأخذ بهذا الحديث لأن الحدود إنما شرعت زاجرة عن ارتكاب أسبابها وحرمة الخمر لم تثبت في دينهم فلا يحدون على شربها وأما في الزنا قلنا نأخذ بذلك ونحدهم عليه لأنه حرام في دينهم أيضاً، ذكر (عن إبراهيم والشعبي قالوا إذا أتاك المشركون فحكموك فأحكم بحكم الإسلام ولا تعد إلى غيره أو أعرض عنهم وخلصهم وأهل دينهم...²⁵⁹⁰).

‘Umar b. ‘Abd al-‘Azīz, en sus comentarios sobre la obra acerca de la actuación de los jueces de al-Jaṣṣāf, aborda la aplicación de las normas islámicas a judíos y cristianos, *la gente del Libro*; denomina al capítulo el gobierno *a la gente de la infidelidad*. En concreto, este fragmento analiza la aplicación de los castigos establecidos por *El Corán* para diversos delitos. El autor plantea la posibilidad de azotar a los judíos y cristianos por el consumo de alcohol y su lapidación por adulterio. Aparte del interés por el estudio del conflicto de normas y el régimen de las comunidades no musulmanas en el mundo islámico, asuntos que exceden las pretensiones de esta tesis, tenemos que centrarnos en el motivo por el que se excluye la muerte por apedreamiento de un

estaba organizada con vidrieras doradas, lo que atrapaba la vista son el brillo de sus rayos, produciendo una convulsión en el espíritu ante el que nos refugiamos en Dios.

Supimos que su constructor, al que está dedicada, gastó enormes cantidades de oro; era ministro del abuelo de este rey *mušrik*. Esta iglesia tiene una capilla colocada sobre columnas de mármol de colores, coronada con una cúpula; es conocida como las capillas de los anillos. Es de lo más admirable que se ve entre los edificios. Dios le dé el honor pronto de la llamada a la oración con Su amabilidad y lo generoso de Su proceder.

a Capítulo sobre el gobierno de la gente infiel.

Menciona (el hadiz del hijo de ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, Dios está satisfecho de ambos, que el profeta lapidó a un judío y una judía) o así recoge el autor del libro algunas noticias en este capítulo, entre ellas el hadiz de Abū Hurayra y [...] todos indican que sucedió la lapidación del judío y la judía y este es el argumento de al-Šāfi‘ī, Dios tenga misericordia de él, en esta cuestión. La interpretación entre nosotros de estos episodios es que sucedió al principio de llegar a Medina, pues él, sobre él sea la Paz, lapidó por un mandato de la Torá, porque no había en su Legislación un precepto; la revelación del Todopoderoso sobre el adúltero y adúltera llegó tras abandonar Jaybar a los siete días. Así hubo para el adulterio en su legislación un precepto que es los cien latigazos; tras esto se reveló la lapidación para el casado (honesto), por el hadiz de Ma‘iz, Dios esté satisfecho de él, no siendo el infiel honesto por lo que ha dicho el Profeta: quien une a Dios un socio no es honesto, así que continúa siendo la pena los azotes, por la literalidad de la aleya. Se ha mencionado (de Ibrāhīm que dijo: no se ejecuta el castigo a *la gente del Libro* por beber bebidas alcohólicas, ni por el adulterio). En cuanto a las bebidas alcohólicas, seguimos este hadiz, porque los *ḥudūd* (castigos por delitos tipificados coránicamente) son un castigo derivado de la comisión de sus causas y la prohibición del alcohol no está atestiguada en su religión, así que no se les aplica estas penas por beberlo; por lo que al adulterio se refiere, dijimos que lo tomamos en cuenta y los castigamos por ello, porque también está prohibido en su religión. Se ha mencionado (de Ibrāhīm y al-Ša‘bī que dijeron que si te llegara los *mušrikīn*, debes juzgar según los preceptos del Islam, sin acudir a otros, ni dejarlos con la gente de su religión...).

no musulmán sorprendido en adulterio. La *Šarī'a* distingue dos tipos de castigos para las relaciones sexuales ilícitas: los latigazos para las personas que no están casadas y la lapidación para los casados (honestos, *muḥaṣṣanīn*); que el *kāfir*, infiel, no es *muḥaṣṣan*, honesto, situación que excluye la muerte a pedradas.

^aذكر محاربة زهير بن قيس البلوي مع كسيلة ابن لمزم البُرُنُسي.

لما رحل كسيلة عن القيروان، نزل عليها زهير بن قيس ثلاثة أيام، ولم يدخلها؛ وفي اليوم الرابع رحل عنها حتى أشرف على عسكر كسيلة في آخر النهار، فأمر الناس بالنزول. فلما أصبح وصلى، زحف إليه. وأقبل كسيلة ومن معه؛ فالتقى جمعان، والتحم القتال بين الفريقين؛ ونزل الضر وكثر القتل في الفريقين، حتى ينس الناس من الحياة. فلم يزالوا كذلك حتى إنهمز كسيلة وقُتل. ومضى الناس في طلب البربر والروم؛ فلحقوا كثيراً منهم، وقتلوهم، وجدوا في طلبهم إلى وادي ملوية بالغرب؛ ففي تلك الواقعة ذهب رجال الروم والبربر المشركين، وقُتل ملوكهم وأشرفهم وفرسانهم²⁵⁹¹.

Esta parte de los *Ajbār* de Ibn 'Idārī dan testimonio de las guerras de conquista de la provincia bizantina de África; en este ambiente bélico, se tilda de *mušrikīn* tanto a los bizantinos cristianos como a sus aliados bereberes.

^bولاية إبراهيم بن أحمد بن محمد بن الأغلب.

وصفة ولايته أن أبا الغرائيق كان عهد لابنه أبي عقاب، وإستحلف أخاه إبراهيم بن أحمد ألا يُنازعه في ملكه بخمسين يمينا، فلما مات أبو الغرائيق أتى أهل القيروان إلى إبراهيم بن أحمد، وهو إذذاك وال على القيروان. فقالوا له: «قم، فأدخل القصر؛ فأنت الأمير!» وكان إبراهيم قد أحسن السيرة فيهم، قال لهم: «قد علمتم أن أخي قد عقد البيعة لابنه، وإستحلفني خمسين يمينا ألا ينازع ولده ولا أدخل القصره.» فقالوا له: «تكون أميراً في دارك بالقصر القديم، ولا تنازع ولده! فنحن كارهون لولايته ومبايعون لك! وليس في أعناقنا له بيعة!» [...]]

وفي سنة 264، كمل بناء القصر المعروف بالفتح، وإنتقل إليه إبراهيم بن أحمد [...] وفيها فُتحت سرقوسة يوم الأربعاء لأربع عشرة ليلة خلت لرمضان، وقُتل فيها أكثر من أربع آلاف عالج؛ وأصيب فيه من الغنائم ما ليم يصب بمدينة من مدائن الشرك؛ ولم ينج من رجالها أحد²⁵⁹².

Ibn 'Idārī narra, más de cien años después, la manera en la que accedió al trono de Túnez Ibrahīm b. Aḥmad b. Muḥammad b. Al-Aglab, hermano de Muḥammad b. Aḥmad b. Muḥammad b. Al-Aglab, *El de las Grullas*, al que nos referimos como un ejemplo de disposición abusiva de los fondos de la *bayt al-māl*. A pesar de haber jurado fidelidad ante su hermano en favor de su sobrino, con quien había llevado a cabo su padre la *bay'a*, incitado por la población de la ciudad de Qayrawān, de la que era gobernador, arrebató el poder al sobrino. Este episodio es uno más entre los ejemplos históricos de la poca eficacia del contrato de *bay'a* como forma de suceder al monarca. Sin embargo, de esta *noticia* nos interesa el detalle de la toma de la ciudad siciliana de Siracusa. Se nos informa que su botín fue el mayor de entre todas las ciudades del mundo politeista. Este

a Mención del combate entre Zuhayr b. Qays al-Balawī con Kusayla b. Lamzam al-Burnusī.

Cuando Kusayla partió de Qayruwān, acampó allí Zuhayr b. Qays tres días, sin entrar en ella; el cuarto día partió de la ciudad hasta que alcanzó el campamento de Kusayla, la final del río; ordenó a la gente acampar. Cuando amaneció y tras orar, se arrastró hacia él alcanzando a Kusayla y los que estaban con él. Los dos ejércitos se encontraron y se desató el combate entre las dos tropas, con grandes pérdidas y bajas entre ellos, llegando la gente a desesperar de vivir. Permanecieron así hasta que Kusayla fue derrotado y muerto. La gente continuó en persecución de los bereberes y los romanos, alcanzando a muchos y dándoles muerte; se tomaron en serio la persecución hasta el Valle de Malawiyya, al oeste; en esa batalla se perdieron muchos hombres de los romanos y los bereberes *al-mušrikīn*. Fueron muertos sus reyes, nobles y caballeros.

b Reinado de Ibrahīm b. Aḥmad b. Muḥammad b. al-Aglab.

Su reinado se produjo porque *El de las Grullas* había prometido su sucesión a su hijo Abū 'Iqāl, haciendo jurar a su hermano Ibrahīm b. Aḥmad que no litigaría contra su reinado, cincuenta veces. Cuando *El de las Grullas* falleció, los habitantes de Qayruwān se presentaron ante Ibrahīm b. Aḥmad, que era por entonces gobernador de Qayruwān. Le dijeron: «levántate y entra al palacio; ¡tú eres el príncipe!», pues Ibrahīm tenía buena fama entre ellos. Le dijo: «sabéis que mi hermano ha concluido la *bay'a* con su hijo, y me hizo prometer cincuenta veces que no reclamaría a su hijo ni entraría en su palacio». Le contestaron: «eres el príncipe en su casa en el palacio antiguo, ¡no reclames a su hijo! ¡Nosotros odiamos su autoridad y concluimos la *bay'a* contigo, porque no pesa ninguna *bay'a* con él sobre nuestros cuellos!» [...]

En el año 264 se terminó la construcción del palacio conocido como al-Faṭḥ; a él se mudó Ibrahīm b. Aḥmad [...] En ese año se conquistó Siracusa, el miércoles, una vez pasado la noche catorce de ramadán; en ella se mataron más de cuatro mil bárbaros; se consiguió como botín lo que no se había conseguido en ninguna ciudad entre las ciudades del *širk*; no se salvó ninguno de sus hombres.

apelativo se aplica con profusión a los cristianos, junto con *la gente del libro*, en especial en contextos bélicos. Eso puede explicar que las tropas no fueran demasiado magnánimas con el enemigo, pues mataron a todos sus hombres.

^aذكر دخول المسلمين إلى الأندلس وإنتراعها من أيدي الكفار [...] ثم تحرك طارق إلى مضيق الجزيرة، ثم نهض إلى مدينة إستجة، فوجد فيها العسكر؛ فقاتلوه قتالاً شديداً، حتى كثر القتل والجراح في المسلمين؛ ثم نصرهم الله، وقطع دعوة العجمة، وقذف الله الرعب في قلوب المشركين، إذ تُفحم عليهم البلاد؛ فهرب أكثرهم إلى مدينة طليطلة، وتركوا مدائن الأندلس وراءهم قليلة الأهل²⁵⁹³.

Se narra la batalla decisiva entre de Ṭāriq b. Ziyād contra las tropas visigodas en la ciudad de Écija, la cual, según el Diccionario de los Países, es una zona entre la *qibla* de Córdoba y el oeste, es decir, el suroeste; se encuentra a orillas del *Río de Granada* (Genil)²⁵⁹⁴; región muy antigua. Estos datos nos remiten a la comarca de Écija. Además de esta descripción geográfica e histórica de las operaciones militares que llevaron a la conquista de al-Andalus, la *noticia* emplea una terminología que nos interesa en este momento: los hispano-visigodos, cristianos, son calificados como *kuffār*, infieles; pero al mismo tiempo son referidos como *mušrikīn*, o politeístas.

^bوفي سنة 192، خرج رذريق صاحب إفرنجة إلى جهة طرطوشة، فأغزى الحكم ابنه عبد الرحمن في جيش كثيف، وكتب إلى عمروس وعبدون عاملي الثغر بالجزو معه بجميع أهل الثغر. فتقدم عبد الرحمن بالجنود، وتوافت عليه الحشود، وحفت به المطوعة. فألفوا الطاغية خارجاً إلى بلاد المسلمين. ودارت بينهم حروب شديدة، ثبت الله فيها أقدام المسلمين. فانهزم المشركون؛ وكانت فيهم مقتلة عظيمة؛ ففنى أكثرهم.

وفي سنة 194، غزا الحكم إلى أرض الشرك. وكان السبب في هذه الغزاة أن عباس بن ناصح الشاعر كان بمدينة الفرج (وهي وادي الحجاره). وكان العدو، بسبب إشتغال الحكم بماردة وتوجيه الصوائف إليها مدة من سبعة أعوام، وقد عظمت شوكته، وقوى أمره. فشن الغارات في أطراف الثغور، يسبي ويقتل. وسمع عباس بن ناصح امرأة في ناحية وادي الحجاره، وهي تقول: >> وإغوثناه يا حكم! قد ضيعتنا وأسلمتنا وإشتغلت عنا، حتى أستاند العدو علينا!>> فلم وفد عباس على الحكم، رفع إليه شعراً يستصرخه فيه، ويذكر قول المرأة وإستصرخها به؛ وأنهى إليه عباس ما هو عليه الثغر من الوهن والنتياث الحال. فرثى الحكم للمسلمين، وحمى لنصر الدين، وأمر بالإستعداد للجهاد، وخرج غازياً إلى أرض الشرك؛ فأوغل في بلادهم، وإفتتح الحصون وهدم المنازل، وقتل كثيراً، وأسر كذلك، وقفل على الناحية التي كانت فيها المرأة؛ وأمر لأهل تلك الناحية بمال من الغنائم، يصلحون به أحوالهم ويفدون سباياهم...²⁵⁹⁵

Ibn 'Idārī avanza en la historia de al-Andalus; entre los años 192 y 194 de la hégira, el califa cordobés al-Ḥakam realiza diversas campañas militares contra los cristianos del norte de la Península. El término que utiliza para designar a Rodrigo es el jefe de los francos, pero las tropas de estos reinos son los *mušrikīn* derrotados y la zona controlada por estos es *la tierra del širk*. El cronista recoge que el califa causó grandes pérdidas entre sus ejércitos, destruyendo muchas casas y

a Mención de la entrada de los musulmanes en al-Andalus y cómo la arrebataron de las manos de los *kuffār*.

[...] Después se movió Ṭāriq hacia el estrecho de la Península; tras esto se levantó hacia la ciudad de Istiḡā. Encontró en ella al ejército, lo combatió en arduo combate, prolongándose y aumentando los heridos entre los musulmanes: después Dios se alió con ellos cortó las peticiones de lo extranjeros e insufló el pavor en los corazones de *al-mušrikīn*, pues fue invadido su país. La mayoría de ellos se refugiaron en la ciudad de Toledo, dejando las ciudades de al-Andalus con poca gente.

b En el año 192, Rodrigo, el jefe de los francos, partió hacia la región de Tortosa. Al-Ḥakam ordenó atacar a su hijo 'Abd-l-Raḥmān con su gran ejército. Escribió a 'Amrūs y 'Abdūn, encargados de la frontera, que atacaran con él junto a todos los hombres de la frontera. 'Abd-l-Raḥmān se adelantó con los soldados, uniéndose una multitud; se unieron voluntarios. Se encontraron con los rebeldes que partían hacia el país de los musulmanes. Tuvieron lugar entre ellos guerras feroces. Dios mantuvo firme los pies de los musulmanes. Fueron derrotados *al-mušrikīn*; entre ellos se produjo una gran mortandad, pereciendo la mayoría.

En el año 194, al-Ḥakam lanzó un ataque contra la tierra del širk. La causa de este ataque fue que 'Abbās b. Nāṣiḥ, el poeta, estaba en la ciudad de al-Faraḡ (que es Guadalajara). El enemigo, a causa de estar ocupado al-Ḥakam en Mérida y el haber dirigido las campañas de verano contra ella durante siete años, había ampliado sus armas y se había fortalecido. Así que atacaron en los extremos de las fronteras, robando y matando. 'Abbās b. Nāṣiḥ escuchó a una mujer de la zona de Guadalajara que decía: «¡nos habéis perdido, entregado y abandonado, hasta que el enemigo se ha envalentonado contra nosotros!». Cuando 'Abbās envió una misión a al-Ḥakam, le envió un poema en el que le pedía a gritos, mencionando a la mujer que gritaba. 'Abbās le expuso la situación de la frontera. Se compadeció al-Ḥakam de los musulmanes; se adentró en su país, conquistando fortalezas, destruyendo sus casas, matando a muchos y haciendo muchos prisioneros. Echó el cerrojo a la zona donde habitaba la mujer; ordenó que dieran a sus habitantes el dinero de los botines, por cuya virtud había llegado a un pacto con ellos y eran el pago de sus prisioneros...

conquistando fortalezas, e impuso el pago de grandes cantidades para obtener seguridad y liberar a los prisioneros.

^aوفي سنة 267 [...] ومن عجائب في هذا العام، ما ذكر الرازي وغيره قالوا: زُلزلت الأرض بقرطبة زلزلاً شديداً [...] وإهتزت لهذا الزلزال القصور والجبال، وهرب الناس إلى الصحارى، ضارعين إلى الله تعالى. وعم هذا الزلزال من البحر الشامي إلى آخر جوف وإلى آخر أرض الشرك، لم يختلف في ذلك مختلف²⁵⁹⁶.

En estas noticias también tiene su lugar el calificativo de *širk* para las tierras que no están en manos de los musulmanes, en un contexto que no es bélico, pues se recuerda un gran terremoto que asoló Córdoba en el año 267 de la hégira.

El *tawhīd* quizás sea el principal dogma del Islam; la profesión de fe que todo musulmán ha de afirmar, la *šahāda*, es traducible como *no hay más Dios que Dios y Muḥammad es el Enviado de Dios*. Dios es uno, sin que se le asocien otras deidades o hubiera engendrado un hijo; desde el punto de vista islámico, la Trinidad es inconcebible. Al-Šāfi‘ī, cuando en su *Risāla* afirma que el sucesor del profeta es uno y uno deben ser el imán y el juez, etc.²⁵⁹⁷, está convirtiendo una doctrina religiosa en un principio de derecho político que regula el nombramiento de los principales cargos del estado islámico. Si al-Ṭurṭūšī emplea el mismo argumento que sustenta la unicidad de Dios -*Al igual que no pueden prosperar dos sultanes en un solo país, tampoco dos dioses en un mundo; el mundo en su conjunto bajo la autoridad de Dios es como un país en manos del sultán de la tierra*²⁵⁹⁸-, del mismo modo transforma un pilar de la religión en norma jurídica. En definitiva, una doctrina religiosa se transforma en norma jurídica aplicable a diversos ámbitos de la realidad. La unicidad de Dios impone su lógica de forma nítida al menos en lo que a las principales magistraturas del estado se refiere. No ha de causar extrañeza este fenómeno, pues el *fiqh* es ante todo un ordenamiento confesional. Asimismo, la distinción religión, moral y derecho es ajena a la *Šarī‘a*. En otras ocasiones hemos calificado al Islam como un moral muy jurídica. Este *tawhīd* político nos lo confirma.

Esta creencia, piedra angular también de la filosofía islámica como nos muestra al-Farābī²⁵⁹⁹, la cual concuerda con sus postulados sobre la unidad del ser, implica el rechazo de la existencia de un Hijo de Dios, entrando en contradicción con el dogma de la Trinidad. Esta mención al hecho de no haber engendrado un vástago es habitual cada vez que se refiere al tema; así ‘Abd Mālik b. Hišām²⁶⁰⁰ nos pone en contexto sobre la revelación de las aleyas coránicas que hablan de la unicidad de Dios, al-Ṭurṭūšī²⁶⁰¹ también incide en negar la filiación de Dios. Ibn Jaldūn afirma que es la clave de la Teología²⁶⁰². Los argumentos con los que lo defienden arguyen que, en el caso de existir dos deidades, ambas de corromperían; así mismo, la fuerza de uno supondría la debilidad de la otra, no pudiendo ser considerada como auténtico Dios; por ejemplo, Al-Ṭabarī²⁶⁰³. Son los mismos que al-Māwardī utiliza para cargos unipersonales. Al-Māwardī²⁶⁰⁴, utiliza igual argumentación para prohibir el nombramiento de dos ministros con autoridad, incluso acudiendo a la misma aleya coránica; sostiene que ambos se corromperían y anularían. Caben pocas dudas acerca de la trasposición de este principio religioso al derecho positivo público. Las normas jurídicas que regulan el poder imponen un *tawhīd* político y administrativo.

En el mundo de la administración surge un órgano que, a primera vista, rompe ese reinado de la unidad: *maylis-l-mazālim*. Al-Māwardī afirma que, aunque la competencia decisoria recaiga sobre una única persona, esta se rodea de un consejo; las deliberaciones han de llevarse a cabo, para que sean válidas, en presencia de un número prefijado o *quorum* de los miembros²⁶⁰⁵. Este órgano se constituye como pluripersonal, si bien sus funciones son meramente consultivas. El ulema no da un paso más a fin de fijar normas sobre los debates, toma de decisiones, horarios, lugar, votaciones

a En el año 267 [...] Entre las cosas admirables de este año, lo que han mencionado al-Rāzī y otros; ha dicho: la tierra sufrió un terremoto fortísimo en Córdoba [...] Temblaron por este terremoto los palacios y las montañas. La gente huyó hacia las zonas desiertas, rogando a Dios, el Altísimo. Los temblores se extendieron desde el Mar Sirio en toda su amplitud, hasta la tierra del *širk*; nadie difiere en esto.

u otras circunstancias propias de los órganos colegiados. Por supuesto, ningún precepto alude, ni siquiera a modo de simple insinuación, a que este órgano sea centro de imputación de derechos u obligaciones, como pudiera ocurrir en el caso de tener responsabilidad patrimonial por sus resoluciones, poseer su propio presupuesto y funcionarios a cargo. Tal y como observamos en el caso de los habices, los ulemas se asoman al precipicio de la personalidad jurídica y frenan en seco. En el caso de las *mazālim*, ni se adentra en los terrenos de la mera colegialidad, propia de los órganos formados por una multiplicidad de personas.

Finalmente, tanto en las crónicas como en la regulación de la *yīzya*, las personas pertenecientes a otras comunidades, en especial cuando se producen conflictos bélicos, son tachados de *mušrikīn*. Es decir, los que asocian una divinidad a Dios, los cuales deben ser convertidos o sometidos a cambio de un impuesto que refleje la sumisión de estos. En el plano semántico este término es un derivado de la raíz trilitera *šaraka*, asociarse. La afirmación del *tawhīd* suele ir acompañada de alguna de estas expresiones: *lā ilāha ilā huwa*, no hay más Dios que Él, *lā šarika lahu*, no tiene compañero o socio, etc. Asimismo, aunque sea desde una perspectiva meramente teológica, la figura del socio tiene claros tintes negativos. Obviamente, esto no implica necesariamente una huida de la persona jurídica de tipo asociativo; tampoco existen pruebas mínimamente sólidas para afirmar que los alfaquíes islámicos prohíben este tipo de sujetos compuestos por una pluralidad de personas. No obstante, en el capítulo quinto de este libro comprobamos que la *Šarī'a* no reconoce ninguna figura o institución de esta clase como sujeto de derechos y obligaciones; teniendo en cuenta que en toda norma, con mayor o menor claridad, se vislumbra los grandes principios de una sociedad, el *tawhīd* puede jugar un papel en esta ausencia, si bien no tan principal como en el plano político y administrativo.

Como conclusión, este dogma implica que el Islam solo prevea un gobierno absoluto unipersonal; esta unipersonalidad se trasmite al resto de cargos, al menos aquellos con una competencia mayor. En los campos de la política y la administración el *tawhīd* supone la prohibición de sujetos compuesto por diferentes personas como centros de imputación jurídica distinta a la de sus miembros. En el campo del derecho patrimonial o civil, tal proscripción no se da expresamente, pero el hecho de la asociación no tiene una acogida demasiado cálida, como trataremos de probar al retomar los contratos asociativos.

8.3.- La concepción individualista del *fiqh* en la regulación de los contratos asociativos

Tanto en el capítulo tercero como en el quinto, nos hemos detenido en los diversos contratos sociales. En ambos casos, con relación a las figuras conocidas en la historia jurídica occidental de la comunidad de bienes y la sociedad. Concluimos que la *šarika* en el derecho islámico se situaba más cercana a aquella y, por tanto, más lejana al desarrollo de la persona jurídica. En este momento de la investigación, procuraremos discernir de la regulación normativa de estos negocios jurídicos el fundamento de la permanencia de los mismos en la esfera de la propiedad compartida sin que surgiera un interés social amparado por el derecho superior al de los intervinientes, induciendo, si fuera posible, algún principio jurídico que explique esta circunstancia.

(5)^a باب. إذا قال: أكنفي مؤونة النخل وغيره وتشركني في الثمر

a (5) Capítulo: Si dijera: me es suficiente con las provisiones de la palmera y demás y te asocias conmigo en los frutos. 2325- Nos habló [...] dijo: los aliados le dijeron al profeta: reparte entre nosotros y nuestros hermanos el palmeral. Dijo: “no”. Dijeron: nos conformamos con el abastecimiento y nos asociamos a vosotros en los frutos. Dijeron: hemos escuchado y obedecido.

[...] (8) La *muzāra'a* por la mitad y otras.

Ha dicho Qays b. Muslim de [...] 'Abd-l-Raḥmān b. Al-Aswad dijo: Estaba asociado con 'Abd-l-Raḥmān b. Yazīd en el cultivo. 'Umar trataba con la gente de la siguiente forma: si 'Umar aportara las semillas de su propiedad, para él sería la mitad; si la aportaran ellos, recibirían otro tanto. Al-Ḥasan dijo: no hay inconveniente en que la tierra sea de uno de

2325- حدثني [...] قالت الأنصار للنبي، ص، أقسم بينا وبين إخواننا النخيل، قال: ((لا))، فقالوا: تكفونا المؤونة ونشركم في الثمر، قالوا: سمعنا وأطعنا.

[...] باب المزارعة بالشطر ونحوه،

وقال قيس بن مسلم، عن [...] وقال عبد الرحمن بن الأسود: كنت أشارك عبد الرحمن بن يزيد في الزرع. وعامل عمر الناس على إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا. وقال الحسن: لا بأس أن تكون الأرض لأحدهما فينققان جميعاً فما خرج فهو بينهما. ورأى ذلك الزهري، وقال الحسن: لا بأس أن يُجتنى القطن على النصف. وقال إبراهيم وابن سريين وعطاء والحكم والزهري وقتادة: لا بأس أن يعطي الثوب بالثلث أو الربع ونحوه. وقال معمر: لا بأس أن تكرر المشاية على الثلث أو الربع إلى أجل مسمى.

2328- حدثنا [...] أن النبي، ص، عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، فكان يُعطي أزواجه مائة وسق، ثمانون وسق تمر، وعشرون وسق شعير، وقسم عمر خيبر فخير أزواج النبي، ص، أن يقطع لهن من الماء والأرض أو يمضي لهن، لمنهن من أختار الأرض، ومنهن من أختار الوسق، وكانت عائشة إختارت الأرض.

(9) باب. إذا لم يشترط السنين في المزارعة

2329- حدثنا [...] قال: عامل النبي، ص، خيبر بشطر ما يخرج منها من الثمر أو الزرع²⁶⁰⁶.

La recopilación de hadices de al-Bujārī, en estos números, menciona la tradición de la que emana la regulación de uno de los más polémicos contratos de sociedad regulados por la *Šarī'a*: la *muzāra'a*. Está muy ligado a la conquista de Jaybar, ya que en La Meca y alrededores la agricultura no tenía un territorio propicio. En el Diccionario de los Países se nos describe la zona del siguiente modo: “está en la parte a ocho *barīd* (algo más de dos kilómetros cada uno²⁶⁰⁷) de Medina para quien desee ir a Siria; ese nombre sobre la región, que incluye siete fortalezas, tierras de cultivo y muchos palmerales...”²⁶⁰⁸. *Grosso modo*, en este negocio una parte aporta bien la tierra o bien las semillas, la otra el trabajo repartiéndose los frutos o la cosecha en las partes que hubieran estipulado, ya sea una mitad, un cuarto, tercio o fracción similar. En su momento remarcábamos su relación con el arrendamiento y la aprehensión que el *fiqh* siente frente al riesgo, que será el tema central del próximo epígrafe. Ahora nos hemos de limitar a resaltar que se trata de una relación entre dos o varios socios donde cada parte tiene fijada su aportación, la remuneración consistente en un parte de los frutos y el plazo estipulado. Se deduce que es una colaboración puntual con obligaciones muy concretas que termina con el reparto del producto del cultivo; no existe ningún tipo de ánimo de continuidad.

^aقال أبو يوسف: حدثني مسلم [...] أن رسول الله، ص، دفع خيبر إلى اليهود مساقاة، وكان يبعث إليهم عبد الله بن رواحة فيحرص عليهم ثم يخبرهم أي النصفين شاءوا أو يقول لهم: أحرصوا أنتم وخيرون فيقولون: بهذا قامت السماوات والأرض. قال: وحدثني [...] أن رسول الله، ص، دفع إلى أهل خيبر بالنصف فكانت في أيدهم في حياة رسول الله، ص، وحياة أبي بكر وعامة ولأية عمر، ثم كان عمر هو الذي نزعها من أيدهم²⁶⁰⁹.

En su libro sobre el *jarāy*, Abū Yūsuf nos informa que otro tipo de contrato -similar a la *muzāra'a* pero en el que uno de los socios se encarga del cultivo con riego-, la *musāqā*, también encuentra la raíz de su regulación en los acuerdos que el profeta selló con los judíos de Jaybar; los

los dos y ambos asuman los costes y lo que produzca entre ambos. Al-Zuhrī tenía la misma opinión; Al-Ḥasan dijo: no hay inconveniente en recolectar el algodón por la mitad. Ibrahim, Ibn Sīrīn, 'Aṭā', al-Ḥakam, al-Zuhrī y Qatāda dijeron: no hay inconveniente en dar el vestido a cambio de un tercio, un cuarto o similar. Mu'ammār dijo: no hay inconveniente en arrendar el ganado por un tercio o un cuarto durante un plazo determinado.

2328- Nos habló [...] que el Profeta actuó con Jaybar partiendo lo que produjera de frutos y cosechas, les daba a sus esposas unos veinte mil litros, dieciséis mil de dátiles y cuatro mil de cebada. 'Umar repartió Jaybar y dio a elegir a las esposas del Profeta entre las tierras o el producto, entre ellas hubo quien escogió las tierras y otras escogieron el producto. 'A'īša escogió la tierra.

(9) Capítulo: si no se estipularan los años en la *muzāra'a*.

2329- Nos ha hablado [...] que dijo: el profeta trataba a Jaybar por la mitad de los frutos y cosechas que se produjeran. a Abū Yūsuf ha dicho: nos habló [...] que el Enviado de Dios entregó Jaybar a los judíos como *musāqā* por la mitad; les enviaba a 'Abd Allāh b. Rawāḥa para que estimara la cantidad de dátiles, luego les daba a elegir la mitad que quisieran o les decía: vosotros hacedme escoger diciendo que así se establecía los cielos y la tierra.

Dijo: me habló [...] que el Enviado de Dios entregó Jaybar a su gente a cambio de la mitad. Estaba en sus manos en vida del Enviado de Dios y de Abū Bakr y la mayoría del reinado de 'Umar; después, este de fue quien se la arrebató de sus manos.

mantuvo en sus tierras a cambio de la mitad de la producción. ‘Umar b. al-Jaṭṭāb, durante su califato, los terminó expulsando.

^aقال ابن إسحاق: وكانت خديجة بنت خويلد امرأة تاجرة ذات شرف، ومال، تستأجر الرجال في مالها، وتضاربهم إياه بشيء تجعله لهم، وكانت قريش قوماً تجاراً، فلما بلغها عن الرسول الله، ص، ما بلغها، من صدق حديثه [...] بعثت إليه، فعرضت عليه أن يخرج في مال لها إلى الشام تاجراً، وتعطيه أفضل مما كانت تعطي غيره من التجار، مع غلام لها يقال له: مسيرة، فقبله رسول الله منها، وخرج في مالها ذلك، وخرج معه غلامها مسيرة حتى قدم الشام²⁶¹⁰.

Ibn Hišām, en su biografía de Muḥammad, en este fragmento que utilizamos como prueba del contacto del Profeta con el Imperio Bizantino, describe que Jadīya, su primera mujer, se asoció con él en una comandita. Él tomó capital de su esposa y, en compañía del esclavo de su mujer, Maysara, utilizando sus artes comerciales para obtener los beneficios que repartirían entre ambos, comerció con la Siria romana. Este tipo de sociedad, en el que uno de los partícipes contribuye con el capital y el otro con su trabajo repartiéndose los beneficios según lo pactado, sí tuvo que ser bastante frecuente, como nos insinúa el texto, en la sociedad preislámica de La Meca, dedicada fundamentalmente al comercio. Tradicionalmente, se ha considerado que la *muḍāraba* se introdujo en la Europa Occidental, la comandita, desde el derecho islámico²⁶¹¹.

^bفلما كما مسلمة بن عبد الله بن مروان: توجه غازياً للروم من نحو الثغور الجزرية عسكر ببالس فأتاه أهلها وأهل بوبلس وقاصرين وعابدين وصفين، وهي قرى منسوبة إليها فأتاه أهل الحد الأعلى فسألوه جميعاً أن يحفر لهم نهراً من الفرات يسقى أرضهم على أن يجعلوا له الثلث من غلاتهم بعد عشر السلطان الذي كان يأخذه ففعل فحفر النهر المعروف بنهر مسلمة ووفوا له بالشرط [...]

ويقال: بل كان ابتداء الغرض من مسلمة وأنه دعاهم إلى هذه المعاملة فلما مات مسلمة صارت بالبس وقراها لورثته لم تنزل في أيدهم إلى أن جاءت الدولة المباركة وقبض عبد الله بن علي أموال بني أمية...²⁶¹²

El historiador al-Balāḍurī nos narra, en este fragmento de su obra sobre las conquistas musulmanas que utilizamos en el capítulo quinto sobre las *universitas personarum*, la actuación del caudillo Maslama b. ‘Abd Allāh b. Marwān al conquistar la población de Bālis, ribereña del río Éufrates. Esta anexión se realizó mediante un acuerdo en virtud del cual les excavó un canal por un tercio de las cosechas que produjera. Es decir, un tipo de sociedad muy parecida a la *muzāra‘a* o *musāqā*. Con el precedente de la actuación de Muḥammad en Jaybar, los jefes militares firmaron pactos similares con la población conquistada.

كتاب القراض

ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض، وأنه مما كان في الجاهلية فأقره الإسلام. وأجمعوا على أنه صفة الرجل الذي يملك المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال، أي جزء كان مما ينفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً،

a Ibn Ishāq dijo: Jadīya bint Jawylda era una mujer comerciante honorable y con dinero. Encargaba a unos hombres que comerciaran con sus bienes mediante *muḍāraba*, a cambio de parte de los beneficios. Qurayš era una tribu de comerciantes. Cuando le llegó la información sobre el Enviado de Dios y su honestidad [...] lo mandó llamar y le propuso salir a comerciar con sus bienes en Siria; le dio los mejores bienes de los que daba a otros comerciantes, con su esclavo al que llamaban Maysara; el Enviado de Dios aceptó y partió con ese capital, saliendo con el esclavo Maysara hasta llegar a Siria.

b Cuando Maslama b. ‘Abd Allāh b. Marwān: se dirigió para atacar a los bizantinos en la frontera de *al-Ŷazariyya* con un ejército en *Bālis* y repartió a la gente de *Būblis*, *Qāshayn*, *‘Ābidayn* y *Şafayn*, que son aldeas pertenecientes a *Bālis*, le dio a la gente de la parte superior y les exigió a todos que excavaran un canal desde el Éufrates para que regaran sus tierras a cambio de darles un tercio de sus cosechas. Tras el décimo sultán que tomó esta parte, excavaron el canal conocido como el canal de Maslama y cumplieron la condición impuesta [...]

Y se dice: este propósito comenzó con Maslama y él los invitó a esta sociedad. Al morir Maslama, *Bālis* y sus aldeas pasaron a sus herederos y permanecieron en sus manos hasta que llegó el *Estado Bendito* y ‘Abd Allāh b. ‘Alī se apropió de los bienes de los Omeyas...

c Libro de *al-qirāḍ*.

No hay discrepancia entre los musulmanes sobre la validez del contrato de *al-qirāḍ*; era algo que existía en la *Ŷāhiliyya* y el Islam lo confirmó. También llegan a un consenso sobre que consiste en que un hombre dé a otro un patrimonio para que comercie con él, a cambio de una parte determinada que el trabajador toma de los beneficios, es decir, una parte de lo que ha gastado para ello, un tercio, cuarto o mitad. Es una excepción a la prohibición del arrendamiento por renta desconocida. La autorización de esto se hace por condescendencia con la gente. El trabajador no responde por lo que se destruya del capital, salvo que abuse; discrepan sobre lo que es considerado abuso y lo que no.

También están en consenso sobre que no debe acompañar ninguna cláusula que aumente lo desconocido del beneficio o el riesgo que tiene, aunque discrepan cuáles son esas cláusulas.

وأن هذه مستثنى من الإجارة المجهول، وأن الرخصة في ذلك إنما هو لموضع الرفق للناس، وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعدء وإن كان إختلفوا فيما هو تعد مما ليس بتعد. وكذلك أجمعوا بالجملة على أنه لا يقترن به شرط يزيد في المجهول الربح أو في الغرر الذي فيه وإن كان إختلفوا فيما يقتضي ذلك من الشروط مما لا يقتضي²⁶¹³.

Averroes nos confirma que la *muḍāraba*, denominada por la escuela jurídica a la que pertenece el cordobés como *qirād*, es una institución preislámica, seguramente extendida en la Meca de la *Yāhiliyya* que, sin embargo, el Islam confirma. Asimismo, aunque sea una cuestión que dejaremos para el siguiente epígrafe, supone una pequeña brecha en la prohibición del riesgo y las obligaciones indeterminadas: en concreto, se exceptúa de la proscripción del arrendamiento a cambio de una renta indeterminada, como el tercio o la mitad de los beneficios. Esta sociedad consiste, según este pensador, en la entrega por un socio de un capital a otro que comercia con él, obteniendo una fracción de los posibles beneficios.

32^a- كتاب القراض

1- باب ما جاء في القراض

1/1378- حدثني عن مالك، عن [...] أنه قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرأً على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال: بلى ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتعان به متاعاً من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما. فقالا: وددنا ذلك. ففعل. وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعاً فأربحا فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالوا: لا. فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما؟ أديا المال وربحه. فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه. فقال عمر: أدياه. فسكت عبد الله ووراجعه عبيد الله. فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً فقال: عمر قد جعلته قراضاً فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه. وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال²⁶¹⁴.

Mālik narra una historia intemporal y universal acerca de un posible caso de tráfico de influencias o nepotismo en favor de los hijos del califa 'Umar b. al-Jaṭṭāb: el emir o jefe del ejército, al encontrarse con los vástagos de 'Umar les propone entregarles en préstamos parte del patrimonio público para que comercien con él, devuelvan el capital y se queden con los beneficios obtenidos. Esa suma se denomina el dinero de Dios, al igual que hacía al-Šāfi'²⁶¹⁵ o al-Ṭurṭūšī²⁶¹⁶; esta titularidad divina del tesoro público, tal y como razonábamos en el capítulo sobre la *bayt al-māl*, implica que, al contrario de lo pudiera suponer, se aleje su consideración como persona jurídica, pues Dios es una persona tan real como el ser humano en la *Šarī'a*. Otro tema de interés del fragmento radica en la gratuidad del préstamo de dinero o mutuo, pues únicamente nace la obligación para el prestatario de devolver la cantidad entregada. Al final se acude al subterfugio legal de la comandita para salvar la actuación de los descendientes del monarca; esta sería muy peculiar, ya que, según el tenor literal del texto, Dios sería el socio capitalista (o el tesoro público) y la prole del califa los socios que aportan su trabajo, repartiéndose ambos los beneficios por mitad.

5^b- باب ما لا يجوز من الشرط في القراض

a 32- Libro de *al-qirād*.

1- Capítulo sobre lo que se ha regulado acerca de *al-qirād*.

1/1378. Se me ha hablado sobre Mālik que dijo: 'Abd Allāh y 'Ubayd Allāh, hijos ambos de 'Umar b. al-Jaṭṭāb partieron con el ejército hacia Iraq; al pasar caminando junto a Abū Mūsā al-Aš'arī, que era el emir de Basora, les dio la bienvenida y los recibió diciéndoles: si tuviera oportunidad de hacer algo por vosotros, lo haría; luego añadió: claro que sí, aquí hay un dinero del patrimonio de Dios que quiero enviar al Comendador de los Creyentes, os lo entrego a préstamo, compráis con él alguna mercancía de las que hay en Iraq, la vendéis en Medina, devolvéis la cantidad la Comendador de los Creyentes y el beneficio es para vosotros dos. Dijeron: queremos esto y lo hizo. Escribió a 'Umar b. al-Jaṭṭāb que tomara de ellos dos la cantidad cuando y se quedaran con los beneficios. Cuando lo entregaron a 'Umar, este dijo: ¿ha prestado a todo el ejército como a vosotros dos? Dijeron: no. Contestó 'Umar b. al-Jaṭṭāb: ¿ha prestado los hijos del Comendador de los Creyentes? Devolved el dinero y sus beneficios. 'Abd Allāh guardó silencio pero 'Ubayd Allāh dijo: no debes hacer esto, Comendador de los Creyentes; si hubiera existido menoscabo en los bienes o se hubieran destruido, hubiéramos indemnizado. 'Umar dijo: devolvedlo. 'Abd Allāh guardó silencio y 'Ubayd Allāh se echó atrás. Uno de los hombres que estaba sentado en el *maḡlis* de 'Umar dijo: Comendador de los Creyentes, ¿y si lo convirtieras en una *qirād*? Contestó 'Umar: lo he convertido en una *qirād*; tomó el capital y la mitad de sus beneficios. 'Abd Allāh y 'Ubayd Allāh cogieron la mitad del beneficio de ese patrimonio.

b 5- Capítulo sobre las estipulaciones que no son válidas en la sociedad de *qirād*.

قال يحيى: قال مالك: لا ينبغي لصاحب المال أن يشترط لنفسه شيئاً من الربح خالصاً دون العامل ولا ينبغي للعامل أن يشترط لنفسه شيئاً من الربح خالصاً دون صاحبه ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه إلا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف إذا صح ذلك منهما ولا ينبغي للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شيء من الأشياء يزداده أحدهما على صاحبه. قال: فإن دخل القراض شيء من ذلك صار إجارة ولا تصلح الإجارة إلا بشيء ثابت معلوم ولا ينبغي للذي أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكافئ ولا يولي من سلخته أحداً ولا يتولى منها شيئاً لنفسه فإذا وفر المال وحصل عزل رأس المال ثم إقتسما الربح على شرطهما فإن لم يكن للمال ربحاً ودخلته وصيعة لم يلحق العامل من ذلك شيء لا مما أنفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال في ماله والقراض جائز على ما تراضى عليه رب المال والعامل من نصف الربح أو ثلث أو رבעه أو أقل من ذلك أو أكثر²⁶¹⁷.

Mālik b. Anas, en este capítulo de *al-Muwatta'*, expone las estipulaciones que considera válidas en este tipo de sociedad en comandita. Algunos tendremos que comentarlas en el siguiente epígrafe por su relación con el riesgo: la prohibición de incorporar otro contrato, como la compraventa o el arrendamiento; la nulidad de establecer un beneficio determinado unilateral para alguno de los socios, etc. Ahora tenemos que destacar que, antes de efectuar el reparto de los beneficios que se hubieran producido según lo acordado (a cada uno su porcentaje o fracción sobre el total), se ha de reunir el capital. No se produce una confusión de capital y beneficios; aquel no corresponde a la sociedad, sino que su propiedad permanece en el socio que lo aporta; la sociedad no tiene patrimonio propio. En las sociedades contemporáneas los participantes entregan determinados bienes, lo cuales sufren una mutación subjetiva: la titularidad del socio cede y se convierte en propiedad de la sociedad; el contrato islámico dista mucho de producir esta transformación. Cada socio tiene su propio derecho: el capitalista a la devolución de los bienes aportados y el socio trabajador a su parte en los beneficios. En cuanto a las obligaciones o pérdidas, todas recaen en la persona del socio capitalista; su compañero únicamente no cobraría los beneficios, ya que son inexistentes.

8^a- باب التعدي في القراض

Yaḥyā ha dicho: Mālik ha dicho: el dueño del capital no debe estipular para sí mismo un beneficio concreto solo para él y no para el trabajador; ni el trabajador debe imponer como condición para sí mismo un beneficio solo para él sin su socio; tampoco imponer como condición hacer junto a la *qirāḍ* una venta, ni arrendamiento, ni trabajo, ni préstamo, ni servidumbre estipulada por uno de los socios y no por el otro, salvo que uno de los dos determine a su socio, sin estipulación, según lo acostumbrado. Si es correcto de los dos, no deben los socios poner como condición a su socio un aumento ni en oro o plata ni de alimento, ni de nada en aumento de su parte frente a su socio. Dijo: Si se introdujera junto con la *qirāḍ* algo de esto, se convertiría en arrendamiento y no sería correcto un arrendamiento más que a cambio de algo seguro y determinado. Quien coge el capital no debe imponer como condición, junto a tomar el capital, recompensa ni delegar en nadie sobre su mercancía ni en sí mismo. Si se consiguiera algo de eso, se aislaría el capital inicial y después se repartirían el beneficio según lo estipulado. Si el capital no produjera ningún beneficio o produjera pérdidas, no afectaría nada al trabajador ni por lo que ha gastado para sí mismo. Las pérdidas serían para el socio capitalista. La *qirāḍ* sería válida según hubieran acordado el dueño del capital y el trabajador, en la mitad o el tercio, o el cuarto o más o menos de esto.

a 8- Capítulo: la transgresión en *al-qirāḍ*.

Yaḥyā ha dicho: Mālik ha dicho sobre un hombre que entregó a otro un capital como *qirāḍ*; este trabaja con ese bien y obtiene beneficio, después compra con este beneficio o con el total una esclava con la que se acuesta y embaraza y posteriormente hay un menoscabo en el capital.

Mālik ha dicho: si él tuviera bienes, se tomaría de ellos el valor de la esclava de forma forzosa; si sobrara algo después de satisfacer el valor, el bien sería para los dos según la *qirāḍ* primera. Si no fuera suficiente, se vendería la esclava hasta que se recuperara forzosamente con ese precio el capital.

Mālik ha dicho sobre un hombre que entrega a otro un bien como *qirāḍ* y este transgrede el contrato y compra con él una mercancía y aumenta el precio por sí mismo.

Mālik ha dicho: el dueño de ese capital puede elegir si vende la mercancía a ganancia o pérdida, o no lo vende y si lo desea toma la mercancía y con ella se cobra lo que ha prestado; si lo rechaza el socio obtiene una parte del precio tanto en lo sobrante como en lo que falte, en proporción a lo que hubiera aumentado del precio.

Mālik ha dicho sobre un hombre que toma de otro un capital como *qirāḍ* y después lo entrega a otro como parte de otra sociedad sin permiso de su socio. Responde por ese capital y sufriera menoscabo y si obtuviera beneficio, su socio estaría a lo pactado y para el socio trabajador lo pactado sobre lo que quedara.

Mālik ha dicho: sobre un hombre que transgrede y presta lo que tiene en su mano del capital comprando una mercancía para sí mismo.

قال يحيى: قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضاً فعمل فيه فربح ثم اشتري من ربح المال أو من جملته جارية فوطئها فحملت منه ثم نقص المال.
 قال مالك: إن كان له مال أخذت قيمة الجارية من ماله فُجبر به المال فإن كان فضل بعد وفاء المال فهو بينهما على القراض الأول وإن لم يكن له وفاء بيعت الجارية حتى يُجبر المال من ثمنها.
 قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضاً فتعدي فاشترى به سلعة وزاد في ثمنها من عنده.
 قال مالك: صاحب المال بالخيار إن بيعت السلعة بربح أو وضيعة أو لم تُبع إن شاء أن يأخذ السلعة أخذها وقضاه ما أسلفه فيها وإن أبي كان المقراض شريكاً له بحصته من الثمن في النماء والنقصان بحساب ما زاد العامل فيها من عنده.
 قال مالك في رجل أخذ من رجل مالا قراضاً ثم دفعه إلى رجل آخر فعمل فيه قراضاً بغير إذن صاحبه إنه ضامن للمال إن نقص فعليه النقصان وإن ربح فلصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذي عمل شرطه بما بقي من المال.
 قال مالك: في رجل تعدي فتسلف مما بيده من القراض مالا فابتاع به سلعة لنفسه.
 قال مالك: فإن ربح فالربح على شرطهما في القراض وإن نقص فهو ضامن للنقصان.
 قال مالك: في رجل دفع إلى رجل مالا قراضاً فاستسلف منه المدفوع إليه المال مالا واشترى به سلعة لنفسه إن صاحب المال بالخيار إن شاء شركه في السلعة على قراضها وإن شاء خلى بينه وبينها وأخذ منه رأس المال كله وكذلك يُفعل بكل من تعدي²⁶¹⁸.

Continúa *al-Muwatta'* con la parte dedicada a las transgresiones realizadas por el socio trabajador con el capital entregado por su socio (comercia con ellos sin seguir las instrucciones o los usos comerciales). La regla general es que este no puede comprar nada para sí mismo y que el socio capitalista debe recuperar los bienes entregados o su valor; de ahí que haya de responder por el menoscabo que se produzca. Los bienes que constituyen el capital no se transforman en patrimonio social; el régimen de responsabilidad del socio trabajador es más laxo que el del simple mandatario que responde por toda actuación que sobrepase las instrucciones del mandante; en el caso de la *muḍāraba*, la transgresión no es desoír las órdenes, sino adquirir para sí y no para beneficio de los socios. En realidad, esta sociedad supone un paso más en el simple mandato, tratando de eludir las limitaciones que la prohibición del riesgo impone al contrato, pues se amplía algo más la capacidad de acción del trabajador, aún más limitada en el mandato o la comisión, que ha de estar fijado de antemano su objeto. En la comandita, el socio trabajador puede comerciar según las costumbres propias de los comerciantes. Cada contratante conserva su propia entidad, que no se diluye en la social.

^aواختلفوا في العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض، فقال مالك: ذلك لا يجوز؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة: ذلك جائز، ويكون الربح بينهما على شرطهما وحجة مالك أنه كما لا يجوز أن يستدين على المقراض، وكذلك لا يجوز أن يأخذ ديناً فيها. واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين إذا لم يأمره به رب المال؟ فقال مالك: ليس له ذلك، فإن فعل ضمن، وبه قال الشافعي؛ وقال أبو حنيفة: له ذلك.

والجميع متفقون على أن العامل إنما يجب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالباً في أكثر الأحوال، فمن رأى أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الأغلب لم يجزه؛ ومن رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أجازته. واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال، فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالكا: هو تعد ويضمن؛ وقال مالك ليس بتعدي²⁶¹⁹.

Mālik ha dicho: si obtuviera beneficio, se repartiría según lo pactado y resultara con menoscabo debería indemnizar este.

Mālik ha dicho sobre un hombre que entrega a otro un capital como *qirād* y pide prestado otros bienes comprando una mercancía para sí mismo; el dueño del capital puede elegir si desea ser su socio en la mercancía como *qirād*; si lo desea rescinde la sociedad y toma todo su capital y así se actúa con todo el que transgrede la sociedad.

a Difieren sobre si el trabajador se endeuda con un bien con el que comercia junto al patrimonio de *al-qirād*. Mālik ha dicho: eso no es válido; al-Šāfi'ī y Abū Ḥanīfa han dicho: eso es válido, siendo los beneficios entre ellos según lo estipulado. El argumento de Mālik es que al igual que no se puede endeudar sobre el socio trabajador, tampoco es válido que tome una deuda por la sociedad. Difieren sobre si el trabajador puede vender a plazo sin que se le hubiera ordenado el socio capitalista. Mālik ha dicho: no le está permitido eso; si lo hiciera, debería indemnizar; así es la opinión de al-Šāfi'ī. Abū Ḥanīfa ha dicho: puede hacerlo.

Todos están de acuerdo en que el trabajador debe comportarse en el contrato de *qirād* según lo haría la mayoría de las personas con más frecuencia. Así, quien opina que actuar endeudándose está fuera de lo normal entre la gente, no lo da como válido. Y quien opina que sí, lo admite. Discrepa Mālik de al-Šāfi'ī, Abū Ḥanīfa y al-Layṭ sobre el trabajador que mezcla sus bienes con los de *al-qirād*, sin permiso del socio capitalista. Todos estos menos Mālik lo consideran una transgresión y debe indemnizar. Mālik no lo considera así.

El segundo de estos dos párrafos de la obra jurídica de Averroes fue objeto de estudio por nuestra parte al final del capítulo quinto de la tesis, donde tratábamos de dilucidar si el centro de imputación de derechos y obligaciones se había desplazado desde los socios a la sociedad. En esta ocasión, la postura de Mālik b. Anas es la más restrictiva en ese sentido: primero, no acepta que el socio trabajador adquiriera, endeudándose, bienes para aportar al capital social y negociar con la suma; segundo, sin permiso del socio capitalista, no puede vender con el precio aplazado; dicha autorización sería más propia del mandato que de dos socios comerciales; en este sentido, tampoco puede confundir en una comunidad de bienes su patrimonio con el capital social. Al-Šāfi'ī y Abū Ḥanīfa, por contra, no ponen trabas al endeudamiento, a la venta según el criterio del comerciante (con el precio aplazado o al contado) ni a la confusión de patrimonios. Este mayor ámbito de actuación y la posibilidad de confundir los patrimonios se alejan un tanto del carácter principalmente individualista de la sociedad islámica. El resultado de esa unión de los patrimonios se traduce en el surgimiento de una comunidad de bienes sobre el conjunto resultante; los bienes no dejan de pertenecer a los socios en favor de un nuevo sujeto. No obstante, es un avance frente a la separación radical de las cosas de cada uno.

a(فصل)* وأما بيان حكم المضاربة [...] (أما) الذي يرجع إلى حال المضارب في عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن تشتري المضارب شيئاً به أمانة في يده بمنزلة الوديعة لأنه قبضه بإذن المالك لا على وجه البذل والوثيقة فإذا اشتري به شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لأنه تصرف في مال الغير بأمره وهو معنى الوكيل شراؤه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء والبيع على إختلاف المعروف في الوكيل بالبيع المطلق ولو اشتري شراء فاسداً يملك إذا قبض لا يكون مخالفاً ويكون الشراء على المضاربة وكذلك إذا باع شيئاً من مال المضاربة بيعاً فاسداً لا يصير مخالفاً ولا يضمن لأن المضاربة توكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقاً يملك الصحيح والفاقد فلا يصير مخالفاً فإذا ظهر في المال ربح صار شريكاً فيه بقدر حصته من الربح لأنه ملك جزءاً من المال المشروط بعمله والباقي لرب المال لأنه نماء ما له فإذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الأجير لرب المال فإذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب ويصير المال مضموناً عليه ويكون ربح المال كله بعد ما صار مضموناً عليه له لأن الربح بالضمان لكنه لا يطيب له في قول أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له وهو على إختلافهما في الغاصب والمودع إذا تصرفا في المغصوب والوديعة وربحا ولو أراد رب المال

a *(Capítulo)* En cuanto al régimen jurídico de la *muḍāraba* [...] Por lo que respecta a lo que tiene que ver con el socio trabajador en el contrato de *muḍāraba*, resulta que el capital, antes de que compre este socio trabajador algo con él, tiene la consideración de *amāna* (responsabilidad propia del depositario) en sus manos, en la misma posición que el depósito, porque ha tomado posesión del mismo con permiso del propietario, no como contraprestación ni como garantía. Si comprara con él cualquier cosa, ocuparía el lugar del delegado para vender y comprar, porque dispone de un bien de un tercero, por orden de este, y ese es el significado del delegado, venderlo según lo acostumbrado; es decir, que sea similar a su valor o entre lo que la gente se acostumbra a subir o bajar el precio para una mercancía similar; como el delegado para comprar y vender, a diferencia de lo acostumbrado para el delegado absoluto de venta. Si comprara algo mediante una compra anulable, provocaría la adquisición de la propiedad si tomara posesión, no cometiendo infracción y recayendo la compra sobre la *muḍāraba*. También, si vendiera algo del capital de la *muḍāraba*, mediante una venta anulable, no se convertiría en infractor, ni respondería por ello, porque la *muḍāraba* es delegación y el delegado para vender y comprar de forma absoluta está facultado para lo válido y lo anulable, sin convertirse en infractor. Si se produjera en el capital beneficios, se convertiría en socio en proporción a su parte del beneficio, porque adquiriría un parte del bien, según lo estipulado por su trabajo; el resto sería para el socio capitalista, porque es un incremento que ha obtenido su propiedad. Si se anulara por cualquier causa, se colocaría en la posición del arrendador de servicios en favor del socio capitalista. Si contradijera alguna estipulación del socio capitalista, se colocaría en la posición del usurpador, y respondería por el bien y el beneficio que se hubiera producido en el bien, después de haber tenido que indemnizar, sería para él, porque el beneficio va unido a la responsabilidad por la indemnización. Pero eso no le es factible en opinión de Abū Ḥanīfa y Muḥammad, Dios se apiade de ellos; para Abū Yūsuf, Dios se apiade de él, sí le es factible, disintiendo de ellos dos, sobre el usurpador y el depósito, si el usurpador dispusiera de lo usurpado y el depositario del depósito, obteniendo beneficios. Si el socio capitalista quisiera hacer que el socio trabajador respondiera por el bien, la argucia legal consistiría en que diera en préstamo el capital al socio trabajador, con testimonio, entregarlo a él, después tomarlo como *muḍāraba* a cambio de la mitad o un tercio; después entregarlo al prestatario y apoyarse en él con el trabajo; de esa manera, si el bien se destruyera en sus manos, el préstamo recaería sobre él; si no se destruyera y se obtuvieran beneficios, sería para repartir entre los dos, según lo estipulado. Otra argucia legal radicaría en que el socio capitalista diera en préstamo todo el capital menos un solo *dirham*, se lo entregara con testigos, tras ello ambos lo compartirían como una sociedad de *'inān*, con la condición de que el capital entregado como préstamo, el *dirham* y el capital y trabajando juntos, estipulando que el beneficio sea entre ambos; posteriormente, el prestatario trabajaría en exclusiva con el capital; si se destruyera en sus manos, el préstamo continuaría vigente y si obtuviera beneficios sería entre ambos según lo estipulado.

أن يجعل المال مضموناً على المضارب فالحيلة في ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه إليه ثم يأخذ منه المضاربة بالنصف أو الثلث ثم يدفعه إلى المستقرض فيستعين به في العمل حتى لو هلك في يده كان القرض عليه وإذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط وحيلة أخرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب إلا درهماً واحداً ويسلمه إليه ويشهد على ذلك ثم أنهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس المال المقرض درهماً ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعملوا جميعاً وشرطاً أن يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فإن هلك المال في يده كان القرض على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط²⁶²⁰.

El seguidor de Abū Hanīfa, al-Kāshānī, explica las normas aplicables al socio trabajador en la sociedad de *muḍāraba*. Con relación al capital social, antes de comenzar la actividad pactada, ocuparía la posición de un depositario, respondería por lo que los ulemas denominan *amāna*: únicamente indemnizaría el menoscabo debido a una acción dolosa o con culpa grave, pues tomó posesión con permiso del propietario de los bienes. Una vez que con ese patrimonio procede a comprar y vender, se convertiría en delegado o mandatario del capital social, con la salvedad de que, en caso de beneficios, adquiriría el dominio de una cuota sobre los mismos. Esta regulación nos muestra que la propiedad de los bienes no se trasmite, se mantiene en la esfera jurídica del socio capitalista. El contrato de sociedad no implica que la titularidad de los bienes aportados se transmita desde el contratista hacia un dominio societario. Por tanto, todos los socios mantienen su individualidad, el capitalista sigue siendo dueño del capital social y de la parte de los beneficios, puesto que sería un incremento sobre sus bienes, que hubieran estipulado y el trabajador adquiere una cuota sobre los beneficios, por mor de su trabajo. El patrimonio aportado es una propiedad individual y los beneficios una comunidad de bienes.

Por otro lado, una vez que el socio trabajador ha comenzado a traficar con el capital, en caso de no respetar las indicaciones del socio capitalista, debe indemnizar el valor del perjuicio que se hubiera producido a su compañero. Esta regla, derivada del régimen de la delegación, implicaría un cambio radical en el contrato. Existe un precepto dictado por Muḥammad en virtud del cual, los beneficios corresponden a la persona que ha de responder e indemnizar el menoscabo que se irroge a los bienes de una persona. En consecuencia, dado que el socio trabajador sería ese sujeto, se convertiría en propietario en exclusiva de los beneficios, rompiendo la sociedad de *muḍāraba*, cuya regulación exige la creación de una comunidad de bienes sobre las ganancias. Para evitar esta consecuencia no deseada, el jurisconsulto propone dos argucias jurídicas, en las que se acude al contrato de préstamo cuyo objeto sería el capital social, en sustitución del de sociedad.

Finalmente, como queda patente en este fragmento y en la mayoría de los que hemos seleccionado, los *fuqahā'* reglamentan los distintos tipos de sociedad con relación a otros contratos. No establecen un marco jurídico propio de la misma, sino que en determinados aspectos la asimilan a la delegación, el arrendamiento de servicios, el préstamo, el depósito o la fianza.

المادة (1350) - (الشريكان أميناً بعضهما لبعض ومال الشركة في يد واحد منهما في حكم الوديعة، فإذا تلف مال الشركة

في يد أحدهما بلا تعد ولا تقصير فلا يضمن حصه شريكه)

الشريكان سواء في شركة المفوضة أو شركة العنان أميناً بعضهما لبعض (الطحطاوي)، وبتعبير آخر يد أحد الشريكين على مال الشركة يد أمانة لأن القاعدة أن مال المأخوذ بإذن صاحبه أمانة في يد الآخر كالوديعة والمستعار والمال المأجور والمال المرهون. أنظر المادة (771). (الزبلي والشبلي ومجمع الأنهر). ما لم يكن مقبوضاً على وجه البذل كالمقبوض على سوم الشراء والمقبوض على وجه الوثيقة كالمرهون²⁶²¹.

Según la norma que se extrae del texto anterior de al-Kāshānī, los socios, respecto al capital aportado por el otro contratante, ocupan la posición jurídica del depositario. Esta regla es asumida

a Artículo 1350: -(Los socios son *amīnan* unos de otros; los bienes de la sociedad en manos de cada uno se rigen por el régimen del depósito; si se destruyeran los bienes de la sociedad en manos de alguno de ellos sin mediar apropiación o negligencia, no respondería por la parte de su socio).

Los socios tanto en la sociedad de *mufāwaḍa*, como en la de *'inān* es *amīnan* respecto al socio (al-Ṭaḥṭāwī); con otra expresión: la mano de cada socio por los bienes de la sociedad es una mano de *amāna*, porque la regla es que el bien tomado con permiso de su propietario es *amāna* en manos del tomador, como en el depósito, el préstamo de uso, el bien arrendado o el bien dado en prenda. Véase el artículo (771). (al-Zil'ī, al-Šablī y Muḡam' al-Anhar). Mientras no se haya apoderado del mismo por una contraprestación, como sucede en la negociación de venta o en la garantía como la prenda.

por el derecho positivo, en el precepto 1350 de la *Mayalla*; esta prescripción se amplía a todo tipo de sociedad, más allá de la comandita, a la que se refiere el ulema medieval. Como vimos, la consecuencia jurídica de este régimen implica que la responsabilidad por la pérdida de esos bienes únicamente se produzca si existe dolo o culpa grave del socio. Una vez más, en un texto jurídico se utiliza la expresión bienes de la sociedad, sin que esto implique predicar la titularidad de los mismos de un ente que sobrepase a los socios. La propia exégesis del precepto nos aclara la cuestión: la responsabilidad por *amāna* se da en los supuestos de que una persona posea un bien con permiso de sus propietarios; en este caso, el otro socio.

^a(وأما) الذي يرجع إلى عمل رب المال مما له أن يعمل وما ليس له أن يعمل فقد قال أصحابنا إذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر جاز بيعه وإذا باع بأقل من قيمته لم يجز إلا أن يجيزه المضارب سواء باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه لأن جواز بيع رب المال من طريق الإعانة للمضارب وليس من الإعانة إدخال نقص عليه بل هو إستهلاك فلا يتحمل قل أو كثر [...] وقد قالوا في المضارب إذا اشترى جارية فليس لرب المال أن يطأها سواء كان فيه ربح أو لم يكن أما إذا كان فيه ربح فلا شك فيه لأن للمضارب فيه ملكاً ولا يجوز وطء الجارية المشتركة وإن لم يكن فيها ربح فللمضارب فيها حق يشبه الملك بدليل أن رب المال لا يملك من التصرف ولو مات كان للمضارب أن يبيعه فصار كالجارية المشتركة...²⁶²²

Continuando con las relaciones entre los socios de una *muḍāraba*, al-Kāshānī describe las acciones que el socio capitalista puede ejecutar con el capital social. Le está permitido venderlo por un precio igual a su valor o superior, pues su función únicamente consistiría en colaborar con el socio trabajador, por lo que no sería válida una venta a pérdida. La otra cuestión que plantea el párrafo que hemos seleccionado, a pesar de tratarse de un supuesto que hoy en día no se podría dar en la realidad, sí nos informa de una característica importante de la posición jurídica del socio trabajador. El caso gira en torno a la adquisición con el capital social de una esclava. Al dueño de ese patrimonio de la *muḍāraba* le estaría vedado mantener relaciones sexuales con ella. Cuando existen beneficios, el fundamento jurídico es que una cuota sobre el dominio de la sierva pertenece al socio trabajador en virtud del contrato de sociedad; si del comercio no se derivaran ganancias, el trabajador no sería copropietario de la misma, pero su posición sería parecida, ya que el capitalista no está facultado para impedirle venderla.

^b[...] ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وإن لم يكن في الضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة (وجه) قول زفر أن هذا البيع ما له بماله وشراء ماله بماله إذ المالان جميعاً لرب المال وهذه لا يجوز كالوكيل مع الموكل (ولنا) أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقية لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف كملك الأجنبي وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الأجنبي

a (En cuanto a) lo que se refiere al trabajo del socio capitalista se da lo que puede y lo que no puede hacer. Nuestros compañeros opinan que si el socio capitalista vendiera el capital de la *muḍāraba* por su valor o más, su venta sería válida; si vendiera por menos de su valor, no sería válida salvo que lo autorizara el socio trabajador, tanto si lo hubiera vendido por menos de su valor dentro de lo acostumbrado por la gente o no, porque la validez de la venta del socio capitalista se produce con el fin de colaborar con el socio trabajador, y no es una colaboración introducir un menoscabo en su acción, pues sería consumir algo que no ha de soportar, poco o mucho [...] Opinan que si el socio trabajador comprara una esclava, el socio capitalista no podría mantener relaciones sexuales con ella, tanto si hubiera beneficios como si no; en el caso de existir beneficios, no hay duda de que es porque el socio trabajador es propietario y no son válidas las relaciones sexuales con una esclava compartida; si no hubiera beneficio, porque el socio trabajador tendría un derecho parecido a la propiedad, en el sentido de que el socio capitalista no puede prohibirle la disposición y, si muriera, el socio trabajador podría venderla, convirtiéndose en una esclava compartida...

b [...] Es válida la compra por parte del socio capitalista de algo del socio trabajador y al revés, aunque no existiera en la *muḍāraba* beneficios; entre nuestros compañeros existen tres opiniones. La opinión de Zafar, Dios tenga misericordia de él, es que no es válida las compras entre ambos sobre el capital de la *muḍāraba*. (Inciso) La opinión de Zafar radica en que sería una venta de un bien de él a cambio de otro bien de él, pues ambos pertenecerían al socio capitalista y esto no sería válido como el delegante en lo delegado. (Para nosotros) el socio capitalista, sobre el capital social, es un propietario de su *raqaba*, no propietario de su disposición, y su dominio sobre ese capital en cuanto a su disposición es como la de un tercero. El socio trabajador posee la propiedad de disposición, no sobre la *raqaba*, así que en cuanto al derecho de propiedad sobre la *raqaba* sería como un tercero, pues el socio capitalista no podría impedirle disponer; siendo el capital de la *muḍāraba* en el derecho de cada uno como el bien de un tercero, sería válida la compra entre ellos...

حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الأجنبي لذلك جاز الشراء بينهما...²⁶²³

En cuanto a las operaciones entre los socios, están permitidas las compraventas entre ambos, En lo que se refiere al capital social, el ulema Zafar b. Huṭayl (originario de Isfahan, nacido en el año 728, seguidor de Abū Ḥanīfa; fue nombrado juez de Basora²⁶²⁴) no admite que pueda ser objeto de venta entre ellos, puesto que el socio capitalista es el único propietario y sería como una compraventa consigo mismo. Sin embargo, al-Kāšānī sí lo admite porque, según su teoría, el dominio sobre ese patrimonio quedaría dividido en dos, al igual que observamos en el *waqf*. El socio capitalista sería el propietario de la *raqaba*, *nuda* propiedad o dominio directo; su compañero adquiriría con la sociedad, el poder de disposición, usufructo o dominio útil. Siendo ambos titulares de un derecho de dominio, las operaciones entre ambos serían válidas. Nos topamos con otro ejemplo más de la forma en la partición del derecho de propiedad es la solución propuesta por el *fiqh*, distanciándose al mismo tiempo de otras como crear un tercer sujeto, la sociedad, que asumiera el derecho de propiedad sobre el capital social.

اكتاب الشركة

سؤال عن إشراك في سفينة عمل بها بعضهم:

جوابك -وفكك الله- في قوم بينهم إشراك في سفينة فسافر أحدهم وترك السفينة بين أصحابه فأخذوا ذهباً من الناس على وجه القراض وإشترى به قمحاً وسافروا به فأفاء الله عليهم بالسلامة والربح فقال لهم شريكهم الذي لم يعمل معهم: إقسموا الربح على الجميع واعطوني نصيبي وزعم أن ذلك عرف في البلد.
الجواب: ليس للغائب الذي لم يحضر معهم الشراء ولا شاركهم إلا كراء حصته. قال ابن عياض²⁶²⁵.

El hijo del juez mālikī, ‘Iyyāḍ b. Mūsā, nos ofrece su opinión jurídica sobre una cuestión muy interesante: la combinación en el mismo caso de una comunidad de bienes y una sociedad en comandita. El supuesto tiene el siguiente planteamiento: varias personas son propietarias en comunidad de bienes de un barco; uno de ellos se ausenta por viaje y los comuneros restantes toman como capital de oro de socios capitalistas de una *al-qirād*. Utilizando el barco, comercian con ese oro, empleándolo en la compraventa de trigo. Con estas operaciones, obtienen beneficios. El copropietario del barco les reclama su parte de los beneficios, amparándose en la costumbre local. El ulema, niega que tenga derecho a esos beneficios, aunque sí a la renta por el alquiler de su cuota sobre el barco. El socio trabajador de este tipo de contratos sociales ha de aportar su trabajo. En ningún caso el ser copropietario de una herramienta, aunque sea de tal magnitud como el barco mercante, le otorga la condición de socio. Esto es lógico porque, al estar ausente, tampoco fue parte en el negocio. Se deduce que, si bien no del todo nítida, alguna distinción entre sociedad y comunidad de bienes sí es tenida en cuenta por los *fuqahā*. Sin embargo, tanto el comunero como el socio son designados por el mismo término jurídico árabe: *šarīk*.

a Libro sobre la sociedad.

Pregunta sobre hacer partícipe en una embarcación con la que han trabajado alguno de ellos.

Su respuesta -Dios os dé éxito- sobre un grupo que tienen en común un barco. Uno de ellos se fue de viaje, dejando el barco a sus compañeros. Estos tomaron oro de la gente como *al-qirād*, comprando con el oro trigo y viajando. Dios les dio seguridad y beneficios. Su compañero, el que no había trabajado con ellos, les dijo: repartid los beneficios a todos y dadme mi parte, afirmando que esta era la costumbre del lugar.

La respuesta: el ausente que no ha estado en la compra ni ha participado con ellos no tiene derecho más que a la renta de su parte. Lo ha dicho Ibn ‘Iyyāḍ.

^a(وجه) رواية الحسن أن المضاربة نوع شركة لأن رب المال مع المضارب يشتركان في الربح هو لا يملك الشركة بإطلاق العقد لا يملك المضاربة (وجه) ظاهر الرواية أنه يملك أن يستأجر أجيراً يعمل في مال الشركة فلأن يملك الدفع مضاربة أولى لأن الأجير يستحق الأجر سواء حصل في الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيئاً بعمله إلا إذا كان في المضاربة ربح فلما ملك الإستئجار فلأن يملك الدفع مضاربة أولى والإستدلال بالشركة غير سديد لأن الشركة فوق المضاربة لأنها توجب الشركة في الأصل والفرع والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الأصل والشيء يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله ولهذا لا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد لأن المضارب مثل المضاربة ويملك التوكيل لأنه دون المضاربة والوكيل لا يملك أن يوكل غيره بإطلاق الوكالة لأن الوكالة مثل الوكالة وله أن يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمل في مال المضاربة وسنذكره في كتاب المضاربة إن شاء الله تعالى لأن تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه فما كان للمضارب أن يعمل فالشريك أولى وله أن يأخذ مالملاً مضاربة ويكون ربحه له خاصة لأن المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كما لو أجر نفسه وله أن يوكل بالبيع والشراء إستحساناً والقياس أى لا يجوز لأن شريكه رضي برأيه ولم يرض برأى غيره²⁶²⁶.

Al-Kāshānī, el gran compilador de la doctrina ḥanafī en el siglo XI, compara la *muḍāraba* con la sociedad general. Hemos traducido en este fragmento la palabra árabe *šarika* como sociedad. Por ejemplo, hemos trasladado al español estas dos frases de la siguiente manera:

1. La corriente de al-Ḥasan se fundamenta en que la *muḍāraba* es un tipo de sociedad (*šarika*) porque el socio capitalista y el socio trabajador comparten los beneficios, no teniendo derecho a la sociedad con la perfección del contrato.
2. La argumentación con la sociedad no es acertada, porque la sociedad está por encima de la *muḍāraba*, ya que aquella exige la sociedad en la raíz y en lo derivado, mientras que la *muḍāraba* exige la sociedad en lo derivado, pero no en la raíz.

Si trocáramos la palabra sociedad cada vez que aparece en las oraciones por comunidad de bienes, el sentido de lo que nos quiere transmitir el ulema estaría más claro. En la primera de las proposiciones, al-Kāshānī pretende darnos a entender que en la comunidad de bienes en comandita ambos socios son copropietarios de los beneficios, en caso de producirse; de ahí que pueda incardinarse entre los tipos de sociedad. En la segunda, marca las diferencias entre este tipo de comunidad de bienes y la de tipo general, donde los contratantes son comuneros tanto del capital como de los productos que se derivaran. El hecho diferencial en la sociedad islámica es que se dé una situación de propiedad en común. La diferencia entre esta institución y la comunidad de bienes, como pudimos observar, es más difusa que en la doctrina latina. Esta diferencia entre la *muḍāraba* y los otros tipos hace que no se pueda aplicar analógicamente el mismo régimen, porque según esta analogía, el socio trabajador no podría delegar, pero sí se admite por la necesidad del comercio, según el siguiente párrafo de la misma obra que utilizamos en el capítulo quinto de este libro:

a (Inciso) La corriente de al-Ḥasan se fundamenta en que la *muḍāraba* es un tipo de sociedad (*šarika*) porque el socio capitalista y el socio trabajador comparten los beneficios, no teniendo derecho a la sociedad con la perfección del contrato, pues no tiene derecho a la *muḍāraba*. (Inciso) Lo aparente de la corriente es que puede alquilar los servicios de una persona para que trabaje con el capital de la sociedad, pues el que pueda entregar como *muḍāraba* es algo previo, porque el arrendatario de su trabajo tiene derecho a la renta tanto si se producen en la sociedad beneficios como si no, mientras que el socio trabajador no merece nada por su trabajo salvo que la sociedad produjera beneficios. El poder alquilar los servicios de un trabajador se da porque el poder entregar los bienes como *muḍāraba* es anterior; la argumentación con la sociedad no es acertada, porque la sociedad está por encima de la *muḍāraba*, ya que aquella exige la sociedad en la raíz y en lo derivado, mientras que la *muḍāraba* exige la sociedad en lo derivado, pero no en la raíz. La cosa sigue lo que no es de ella y no lo que está por encima o es como ella. Por ello, el socio trabajador no puede entregar el capital como *muḍāraba* al perfeccionarse el contrato, pues la *muḍāraba* es como la *muḍāraba*; por contra sí puede delegar porque no es *muḍāraba* y el delegado no puede delegar en otro a la perfección de la delegación, ya que la delegación es como la delegación. Sí puede trabajar con el capital de la sociedad todo lo que el socio trabajador puede trabajar con el capital de la *muḍāraba*; mencionaremos todo esto en el libro de la *muḍāraba*, si Dios el Altísimo quiere, porque el poder de acción del socio es más fuerte que el de socio trabajador y más general que el de este. En todo lo que puede hacer el socio trabajador el socio está primero, y este puede tomar capital en *muḍāraba* y tiene su propio beneficio, porque el socio trabajador merece el beneficio por su trabajo y tiene su parte como si arrendara sus servicios a sí mismo, pudiendo delegar para vender y comprar, por la mejor opinión de los ulemas, pues la analogía concluye que no puede porque su socio acepta su opinión pero no la opinión de otro.

[...] الإستحسان أن الشركة تتعقد على عادة التجارة والتوكيل بالبيع والشراء من عاداتهم ولأنه من ضرورات التجارة لأن التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج إلى التوكيل [...] بخلاف الوكيل بالشراء لأنه لا يملك أن يوكل غيره لأنه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك إلا الشراء فيمكنه مباشرته بنفسه فلا ضرورة إلى أن يوكل غيره ولأن الشركة أعم من الوكالة...²⁶²⁷

Por conveniencia la sociedad se contrata sobre las costumbres de los mercaderes, y la representación para comprar y vender forma parte de sus costumbres, porque es una necesidad del comercio, ya que el comerciante no es capaz de realizar por sí mismo todas las transacciones, así que necesita de un representante, por lo que la representación es una necesidad del comercio, a diferencia del mero mandatario para comprar, ya que no está facultado para nombrar otro mandatario, pues no puede más que comprar, no todos los actos; ese es el motivo por el que puede realizarlo por sí mismo sin necesidad de representante, porque la sociedad es más amplia que la agencia.

*a (فصل) وأما بيان شرائط جوازها هذه الأنواع فلجوازها شرائط بعضها يعم الأنواع كلها وبعضها يخص البعض دون البعض (وأما) بيان شرائط جوازها [...] (أما) الشرائط العامة فأنواع (منها) أهلية الوكالة لأن الوكالة لازمة في الكل وهما أن يصير كل واحد منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الأعمال لأن كل واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع وتقبل الأعمال مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن إذن فيشترط فيها أهلية الوكالة لما علم في كتاب الوكالة (ومنها) أن يكون الربح معلوم القدر فإن كان مجهولاً تفسد الشركة لأن الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد كما في البيع والإجارة (ومنها) أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً فإن عيناً عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لأن العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة لجواز أن لا يحصل من القدر المعين لأحدهما فلا يتحقق الشركة في الربح²⁶²⁸.

'Alā'-l-Dīn al-Kāshānī, en esta su obra, *Bada'iu al-ṣanā'i*, donde condensó el *fiqh ḥanafī*, establece los dos requisitos generales de cualquier tipo la sociedad: la representación que cada uno otorga a su socio y la constitución de una comunidad de bienes sobre los beneficios. Esta relación nos sirvió en el capítulo tercero para argumentar sobre la mayor cercanía de la sociedad islámica a la comunidad de bienes que a la sociedad en la tradición romana seguida en el mundo occidental, en la que la puesta en común es el rasgo principal, pues no se pretende crear una copropiedad sobre los frutos de esa acción conjunta. De este modo, cada uno de los contratantes conserva su propio campo de acción y protagonismo, manteniendo el carácter individualista, aun en la cooperación con otros, sin que la actividad económica conjunta sea el objeto del negocio jurídico. Los efectos de los actos de uno despliegan su eficacia en el socio por medio de la mutua representación, mas el foco se limita a la comunidad de bienes sobre el beneficio. Por tanto, no sería válido que ninguno tuviera una cantidad líquida estipulada en el contrato, pues en el caso de no existir beneficio alguno no se cumpliría la finalidad del contrato de la copropiedad. Sin embargo, un tercio sobre esa misma ausencia, es decir, un treinta y tres por ciento de cero, no invalidaría el contrato.

b الباب السادس. في بيان شركة العقد ويحتوي على ستة فصول. الفصل الأول في بيان تعريف شركة العقد وتقسيمها.

a *(Capítulo)* En cuanto a mostrar los requisitos de validez de estos tipos, hay requisitos generales para todos los tipos y otros específicos para algunos y no para otros. (En cuanto) a los requisitos generales (entre ellos) la capacidad para representar, porque la representación es obligatoria en todas; cada uno de los dos se convierte en representante de su compañero para actuar comprando, vendiendo y aceptando trabajos, porque autorizar al compañero para comprar, vender o aceptar trabajos está exigido por el contrato de sociedad, pues el representante es quien actúa debido al permiso, así que se exige la capacidad para la representación, de los que se enseñan en el libro de la delegación. (Entre ellos) que el beneficio sea una cantidad conocida; si se ignorara, se anularía la sociedad, porque el beneficio es el objeto del contrato y su ignorancia anularía el contrato como en la venta y el arrendamiento. (Entre ellos) que el beneficio sea una comunidad de bienes en su totalidad, sin estar determinado, si se determinara en diez, cien o similar, la sociedad sería nula porque el contrato exige la consecución de una sociedad de bienes sobre el beneficio y la determinación la rompería, porque no se permite que se consiga con una cantidad determinada para cada uno; en ese caso, no se conseguiría la sociedad (copropiedad) en el beneficio.

b Libro sexto, donde se muestra la sociedad contractual; contiene seis capítulos. Capítulo primero: donde se muestra la definición de sociedad contractual y sus divisiones.

Artículo 1329: "La sociedad contractual es la expresión de un contrato de sociedad entre dos o más por el que comparten el capital y los beneficios".

(Comentario): al requerirse que tanto el capital como el beneficio sean compartidos, sale de la definición la *muḍāraba*, en la que el beneficio es compartido pero el capital social no; asimismo, sale la *biḍā'a*, en la que su beneficio no es común (al-Ṭaḥṭāwī).

المادة 1329- (شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين إثنين أو أكثر على كون رأس المال والربح مشتركاً بينهم).
وبما أنه قد شرط أن يكون رأس المال والربح مشتركاً فتخرج من التعريف المضاربة التي فيها الربح مشترك ورأس المال غير مشترك كما أنه تخرج البضاعة التي لم يكن ربحها مشتركاً ((الطحاوي))
ويتفرع على لزوم الإشتراك في رأس المال في شركة العقد المسألة الآتية وهي:
لو قال أحد لأخر: إقرضني ألف درهم حتى أبيع وأشتري والربح يكون مشترك بيننا وأقرضه الآخر على هذا الشرط فيكون كل الربح للمقرضين وليس للمقرض أن يأخذ شيئاً من الربح ((البحر))
وكان من اللازم حذف لفظ العقد من المعرف ولفظ الشركة من التعريف وأن يستعمل بدلاً من رأس المال تعبير الأصل حتى لا يلزم في التعريف دور باطل وحتى لا تخرج شركة الوجوه من التعريف والأعمال التي ليس لها رأس مال، فلذلك قد عرفت الشركة في مجمع الأنهر بالعبارة التالية "هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح"²⁶²⁹

El código de la *Mayalla* consagra, ya en el siglo XIX, que la sociedad, o comunidad de bienes contractual, exige compartir el capital social y los beneficios entre los socios. Es decir, ambos conjuntos de bienes devienen copropiedad de los mismos. La definición de este tipo de sociedad en el artículo 1329 de la compilación otomana, el cual nos ilustró en el capítulo quinto los distintos tipos de contratos asociativos en el derecho islámico, excluiría la *muḍāraḇa* -el capital sería de dominio exclusivo del socio capitalista- y la *biḍā'a* -la mercancía que alguien coloca a otro para que la venda sin que este reciba ningún pago por ello²⁶³⁰-, en la que el beneficio no sería compartido. De esta manera, el legislador turco decimonónico confirma que la esencia de toda sociedad descansa en el surgimiento de una comunidad de bienes. El eje del negocio jurídico queda fijado en la transformación que el contrato produce en los bienes, en mayor medida que en la posición de los intervinientes y, sobre todo en lo que nos atañe, evitando toda referencia a la aparición de un nuevo sujeto distinto de los socios. La tendencia objetiva en el *fiqh* aparece ante nuestros ojos una vez más, en detrimento de la regulación de un ente capaz de asumir la titularidad de derechos y obligaciones, una persona jurídica independiente de las personas contratantes. Aunque la sociedad en comandita sea excluida de esta definición legal, también crea una copropiedad, aunque restringida al beneficio, pues el capital permanece en la esfera jurídica de uno de los socios en exclusiva. Esta es la razón por la que el propio código le dedica un capítulo especial, separado del resto de los tipos sociales.

^aالمادة (1333) – (ينضمن كل قسم من شركة العقد الوكالة، وذلك إن كل واحد من الشركاء وكيل لأخر في تصرفه يعني في البيع والشراء وفي تقبل العمل من الغير بالأجرة فذلك كما أن العقل والتميز شرط في الوكالة فيشترط على العموم ممن في الشركة أن يكون الشركاء عاقلين ومميزين أيضاً).

De la obligatoriedad de compartir el capital en la sociedad de contrato, se derivan las siguientes cuestiones:

Si uno dijera a otro: préstame mil *dirhams* para que compre y venda, siendo el beneficio compartido entre nosotros; si se lo prestara con esa condición, todo el beneficio sería para el prestatario. El prestamista no tomaría nada de los beneficios "al-Baḥr".

Se hubiera debido quitar la palabra contrato de lo definido y la palabra sociedad de la definición. También, utilizar en lugar de capital, la conservación de la raíz, para no incluir en la definición algo nulo y que no quedara al margen la sociedad de *ūyūh* de la definición y los trabajos que no tienen capital. Por ello, se ha definido la sociedad en *Muḡama'a al-Anḥar* de la siguiente manera: "es una expresión de un contrato entre los que comparten la raíz y los beneficios".

Artículo 1330: "los requisitos de la sociedad contractual son la oferta y la aceptación, de palabra o por el sentido..."

(Comentario) Y entre los requisitos del contrato de sociedad se encuentra que el objeto del mismo sea susceptible de delegación.

Por ello, no es válida la sociedad sobre las cosas permitidas como la caza, el pasto y la recolección, porque en estas cosas la propiedad se adquiere con la realización de la causa de adquisición (*Faḥ al-Qadīr*) y vendrán los detalles en la exégesis del artículo 1333.

a Artículo 1333: Todos los tipos de sociedad contractual incluyen el contrato de representación; cada uno de los socios es representante del otro en su actuación, es decir, en la compra, en la venta y en la aceptación de un trabajo por el otro a cambio de una renta. Por ello, como la inteligencia y el discernimiento son requisitos de la representación, se requiere en general en la sociedad que los socios tengan la inteligencia y el discernimiento adecuado también.

Todas las clases, entre los seis tipos de sociedad contractual, incluyen la representación para la venta y compra, y no es válida ninguna sin la representación, porque, si no la incluyera para la compra, ninguno de los socios podría transmitir la propiedad de un bien al otro socio, por falta de autorización mutua, y de esta manera no se conseguiría lo pretendido con la sociedad en lo comprado y el bien comprado permanecería sin ser común, únicamente del comprador (al-Zil'ī).

يتضمن كل قسم من أقسام الشركة العقد السنة الوكالة بالبيع والشراء ولا يصح أي نوع من أنواع الشركة بدون وكالة لأنها إذا لم تتضمن الوكالة بالشراء، فلا يمكن لأحد الشريكين أن يدخل مالا إلى ملك الشريك الآخر لعدم ولاية أحدهما على الآخر وبذلك لا يحصل المقصود من الشركة في المشتري ويبقى المال غير مشترك ومختص بالمشتري (الزيلي) 2631.

El exégeta de la *Maḡalla* glosa este artículo 1333 con la obra del alfaquí somalí del siglo XIV, al-Zil'ī²⁶³², en la que reafirma que el propósito de la sociedad es que los bienes adquiridos durante la vigencia de la misma por uno de los socios incluyan a su compañero como propietario. Esta es la razón por la que nos servimos de este precepto con el fin de señalar el carácter de comunidad de bienes propio de la sociedad islámica. La obligatoriedad de la mutua representación entre los socios es la consecuencia lógica de lo prescrito en el artículo 1239, que hemos comentado anteriormente.

^a[...] والقياس أن لا يكون له ذلك لأن الإنفاق مال الغير لا يجوز إلا بإذنه نصاً (وجه) الأستحسان العرف والعادة لأن عادة التجار الإنفاق من مال الشركة والمعروف كالشروط ولأن الظاهر هو التراضي بذلك لأن الظاهر أن الإنسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لربح محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون لأنه إلتزام ضرر للحال لنفع يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان إقدامهما على عقد الشركة دليلاً على التراضي بالنفقة من مال الشركة ولأن كل واحد منهما في مال صاحبه كالمضارب لأن ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو مستحق نصف الربح شائعاً كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب إذا سافر بما نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك كذا هذا وقال محمد فإن ربحت حسبت النفقة من الربح وإن لم يربح كانت النفقة من رأس المال لأن النفقة جزء تألف من المال فإن كان هناك ربح فهو من الأصل كالمضارب وما إشتراه أحدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرنا أنه يصير مستديناً على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالإستدانة وليس لأحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شريكه لأن كل واحد منهما تبرع (أما) الهبة فلا شك فيها (وأما) القرض فلأنه لا عوض له في الحال فكان تبرعاً في الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال أعمل رأيك أو لم يقل إلا ينص عليه بعينه لأن قوله أعمل برأيه تفويض الرأي إليه فما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو إستقرض مالا لزمهما جميعاً لأنه تملك مال بالعقد فكان كالصرف فيثبت في حقه وحق شريكه ولأنه إن كان الإستقرض إستعارة في الحال فهو يملك الإستعارة وإن كان تملكاً يملكه أيضاً... 2633

Al-Kāšānī trata de establecer sobre quién o qué recae la obligación de hacerse cargo de los gastos necesarios (lo que conocemos por dietas hoy) en los viajes de uno de los socios para negociar con el patrimonio común, en el contrato de sociedad general; con tal fin, lo compara con la *muḡāraba*. En ambos casos, la manutención del socio que ha de viajar en interés de la sociedad ha de correr a cargo del capital de la sociedad (según la expresión literal del texto árabe), incluso se admite el endeudamiento por parte de ese contratante sobre esos mismos bienes *sociales*. Los términos en los que está redactado el pasaje invitan a pensar en una cierta personificación de la sociedad, que asume las obligaciones de alimentos de uno de los socios. Aunque profundizaremos

a [...] La analogía es que no puede hacerlo porque gastar el dinero de otro no es válido más que con su permiso. (Inciso) La mejor opinión en los usos y costumbres del comercio es que el gasto a costa del dinero de la sociedad se produce según lo acostumbrado como es lo estipulado. Lo evidente es que sea por mutuo acuerdo; es evidente que el ser humano no viaja con el dinero de la sociedad y gasta de sus propios bienes, a cambio de un beneficio que es posible que acaezca o es posible que no; el compromiso a un perjuicio presente por una utilidad que puede o no darse que han adelantado al propio contrato de sociedad es una prueba del mutuo acuerdo por los gastos a cargo de los bienes de la sociedad, ya que cada uno de los dos sobre el dinero del otro es como el socio trabajador de la *muḡāraba*, porque lo que se obtenga de beneficios es un derivado de todo el patrimonio y este tiene derecho a la mitad de los beneficios en comunidad de bienes, al igual que el socio trabajador de la *muḡāraba*, así los gastos serán de todo el patrimonio, como para el socio trabajador de la *muḡāraba*. De esta manera, si viajara con sus propios bienes con el patrimonio de la *muḡāraba*, sus gastos serían a cargo de la suma de todo eso y así este otro socio. Muḡammad ha dicho: si obtuviera beneficios, aplicaría los gastos a estos beneficios; si no obtuviera, los gastos serían a cargo del capital, porque los gastos es una parte que forma el patrimonio. Si hubiera ganancia, los gastos serían a cargo de esta; en caso contrario, serían a cargo de la raíz, como en la *muḡāraba*. Lo que cada uno compra con un dinero distinto al de la sociedad no obligaría a su socio, por lo que hemos mencionado acerca de que eso se convertiría en un endeudamiento sobre el patrimonio de la sociedad, no habiendo autorizado su compañero ese endeudamiento. Ninguno de los dos puede donar ni prestar obligando a su socio, pues ambos serían una liberalidad. (Así) en cuanto a la donación, no hay dudas (Y así) el préstamo porque no tiene contraprestación inmediata, siendo una liberalidad inmediata, y el socio no puede hacer liberalidades obligando a su compañero, tanto si hubiera dicho que actuaría según tu opinión o no lo hubiera hecho, salvo que hubieran estipulado eso en concreto, porque el decir actuó según tu opinión es una delegación, lo que formaría parte del comercio no siendo así. Si pidiera prestado un bien, obligaría a ambos porque tiene la propiedad del bien por el contrato, siendo como un cambio que se estaría firme contra él y contra su socio, porque si el pedir prestado dinero es como pedir prestado un bien de forma inmediata, puede pedir prestado un bien, aunque fuera adquirir la propiedad...

en un apartado posterior sobre la materia y como reseñamos en el capítulo dedicado al concepto de persona en el *fiqh* y la institución de la *dimma*, quizás fuera más cercano a la realidad hablar de cosificación de la responsabilidad, pues no es que la sociedad asuma obligaciones, sino que existen unas deudas que persiguen a unos bienes concretos, casi como una hipoteca, que son los que responderán, no una persona jurídica nacida de la sociedad con todo su patrimonio presente y futuro. Se trata de unos gastos muy limitados y sobre un patrimonio también delimitado; en definitiva, nos encontramos ante una responsabilidad excepcional a la de cada uno de los socios. No debemos abandonar este párrafo sin hacer notar una vez más que este ulema alcanza un punto en el que se podría haber regulado la situación de tal manera que hubiera considerado a la sociedad como un sujeto de derecho, pero tampoco se atreve a pasar este Rubicón. El sintagma preposicional *dinero de la sociedad* apunta más a una tendencia objetiva en el derecho islámico que a aplicar a la sociedad las normas que regulan el ser humano como centro de imputación de derechos y obligaciones.

^a(وَأَمَّا مَا فِيهِ النِّفْقَةُ فَالنِّفْقَةُ فِي مَالِ الْمُضَارَبَةِ وَلَهُ أَنْ يَنْفِقَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ مَا لَهُ أَنْ يَنْفِقَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ عَلَى نَفْسِهِ وَيَكُونُ دَيْنًا فِي الْمُضَارَبَةِ حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا لِأَنَّ الْإِنْفَاقَ مِنَ الْمَالِ وَتَدْبِيرَهُ إِلَيْهِ فَكَانَ لَهُ أَنْ يَنْفِقَ مِنْ مَالِهِ وَيَرْجِعَ بِهِ عَلَى مَالِ الْمُضَارَبَةِ كَالْوَصِيِّ إِذَا أَنْفَقَ عَلَى الصَّغِيرِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ أَنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِمَا أَنْفَقَ عَلَى مَالِ الصَّغِيرِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هَذَا لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِمَا أَنْفَقَ فِي مَالِ الْمُضَارَبَةِ لَكِنْ بِشَرَطِ بَقَاءِ الْمَالِ حَتَّى لَوْ هَلَكَ الْمَالُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى رَبِّ الْمَالِ بِشَيْءٍ كَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّ نِفْقَةَ الْمُضَارَبِ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ فَإِذَا هَلَكَ بِمَا فِيهِ الدَّيْنُ يَسْقُطُ بِهِ الْرَهْنُ وَالزَّكَاةُ تَسْقُطُ بِهِ الْتَصَابُ وَحُكْمُ الْجَنَائِيَةِ يَسْقُطُ بِهِ الْهَلَاكُ الْعَبْدِ الْجَانِي (وَأَمَّا) تَفْسِيرُ النِّفْقَةِ الَّتِي فِي مَالِ الْمُضَارَبَةِ فَالْكُسُوفُ وَالطَّعَامُ وَالْإِدَامُ وَالشَّرَابُ وَأَجْرُ الْأَجِيرِ وَفِرَاشُ يَنَامَ عَلَيْهِ وَعَلْفُ دَابَّتِهِ الَّتِي يَرْكَبُهَا فِي سَفَرِهِ وَيَتَصَرَّفُ عَلَيْهَا فِي جَوَائِحِهِ وَغَسْلُ ثِيَابِهِ وَدَهْنُ شِرَاجٍ وَالْحَطْبُ وَنَحْوُ ذَلِكَ وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَصْحَابِنَا فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ لِأَنَّ الْمُضَارَبَ لَا يَدُّ لَهُ مِنْهَا فَكَانَ الْإِذْنُ ثَابِتًا مِنْ رَبِّ الْمَالِ دَلَالَةً²⁶³⁴.

Este alfaquí, en páginas posteriores de su libro, trata el tema de la manutención del socio pero centrándose en el socio trabajador de la *muḍāraba*. Literalmente afirma que es una obligación del patrimonio de la sociedad y que, en el caso de que el socio haga frente a sus gastos, puede repetir contra esos bienes *sociales*. Compara la situación con la del tutor que gasta de su propio patrimonio en favor de su pupilo, tiene derecho a cobrarse la cantidad de los bienes de este. Incluso, califica ese derecho de repetición como deuda sobre los bienes de la sociedad. Ahora bien, esa deuda únicamente será efectiva si el patrimonio de la *muḍāraba* permanece, pues, si se destruyera, esa obligación de hacer frente a esos gastos decaería y el socio trabajador no podría exigirlos al socio capitalista a cargo de los bienes que este no hubiera aportado a la sociedad. Nos encontramos con unos bienes concretos y determinados que responden de esa obligación, a modo de prenda o hipoteca legal. Son los bienes los “sujetos” pasivos de estas deudas. Esta conclusión se confirma con la afirmación final en el apartado en el que relacionan a modo ejemplificativo los gastos a los que tiene derecho el socio trabajador: con el contrato, se entiende que el propietario de los bienes que constituyen el capital de la sociedad (el socio capitalista) otorga su consentimiento a que el socio trabajador los emplee en su manutención, de forma implícita.

a (Así) en cuanto a los gastos, estos se cargan al patrimonio de la *muḍāraba*. El socio trabajador puede gastar de su propio patrimonio, al igual que puede gastar del dinero de la *muḍāraba* en él, siendo una deuda sobre la *muḍāraba*, para que le sea posible repetir contra ella, puesto que el gasto es un bien y su planificación; así que puede gastar de su propio patrimonio y repetir contra el patrimonio de la *muḍāraba*, de la misma manera que el tutor del menor, si gastara para el menor de su propio patrimonio, podría repetir contra el patrimonio del menor. Si opinamos de esta manera en ese caso, puede repetir por lo que ha gastado contra el patrimonio de la *muḍāraba*, pero con la condición de que ese patrimonio permanezca; si se destruyera, no podría repetir contra el socio capitalista en nada. Así lo menciona Muḥammad sobre la *muḍāraba*, porque el gasto del socio trabajador forma parte del patrimonio de la *muḍāraba*, si se destruyera, se destruiría todo lo que está con él, como la deuda. Se pierde como la prenda con su destrucción; la *zakāt* se pierde con la destrucción del patrimonio mínimo gravado. La obligación por el delito decae con la muerte del esclavo que lo cometió. (Así) la exégesis de los gastos necesarios a cargo del patrimonio de la *muḍāraba* sería la vestimenta, la alimentación, la bebida, la renta del que arrienda sus servicios, la cama para dormir, el forraje para la montura sobre la que viaje; actúa con ella en caso de calamidad, para lavar su ropa, la grasa de los candiles, la leña y cosas similares; no hay diferencias entre nuestros compañeros sobre esta relación, porque el socio trabajador necesita de ello, por lo que el permiso se entiende consolidado por parte del dueño de ese patrimonio de forma implícita.

^a(وَأما) ما تحتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح أولاً إن كان في المال ربح فإن لم يكن فهي من رأس المال لأن النفقة جزء هالك من المال والأصل إن الهالك ينصرف إلى الربح ولأننا لو جعلناها من رأس المال خاصة أو في نصيب رب المال من الربح لأزداد نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال...²⁶³⁵

El jurista *ḥanafī* pone fin al régimen jurídico de la sociedad de *muḍāraba* con la regulación de los gastos necesarios y la designación del patrimonio que ha de verse mermado con la destrucción de parte del mismo. En el primer caso, la manutención del socio trabajador, al igual que en el resto de escuelas, ha de ser sufragada con cargo a los beneficios, si los hubiere; en el supuesto de no existir, correrían de cargo del capital social, pues formaría parte del mismo. La destrucción de un bien del capital social se ha de imputar a los beneficios, pues, si se hiciera recaer sobre el capital social o la parte de los beneficios del socio capitalista, supondría un aumento en la porción del socio trabajador injustificada. De esta reglamentación, se deriva una conclusión: las obligaciones siguen a determinados bienes, más que personas o sujetos jurídicos.

^b[...] والآن نبين الأحكام المختصة بالمفاوضة التي تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة عنان فنقول وبالله التوفيق يجوز إقرار أحد شريكي المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه ويطلب المقر له أيهما شاء لأن كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر فيلزم المقر بإقراره ويلزم شريكه بكفالاته وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كثمن المشتري في البيع الصحيح وقيمه في البيع الفاسد أجره المستأجر أو ما هو في معنى التجارة كالمغصوب والخلاف في الودائع والعواري والإيجارات والإستهلاكات كانت وصاحب الدين بالخيار إن شاء أخذ هذا بدينه وإن شاء أخذ شريكه بحق الكفالة أما دين التجارة فلأنه دين لزمه بسبب الشركة لأن البيع الصحيح إشتتل عليه عقد الشركة لأنه تجارة كل واحد مهما كفيلاً عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا إن البيئنة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعقد لأن الدين لزمه كما لزم شريكه لأنه كفيلاً عن شريكه والبيئنة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل أن الأمر بالبيع يتناول الصحيح والفساد وكذا الإجارة لأن الإجارة تجارة [...] (وأما) أروش الجنائيات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤخذ به شريكه لأنه ليس بضمان التجارة ولا في معنى الضمان التجارة أيضاً لإنعدام معنى معاوضة المال بالمال رأساً وروى عن أبي يوسف أن ضمان الغصب والإستهلاك لا يلزم إلا فاعله لأنه ضمان جنائية فأشبهه ضمان الجنائية على بني آدم والجواب ما ذكرنا أن ضمان الغصب وضمان الإلتلاف في غير بني آدم ضمان معاوضة لأنه ضمان يملك به الضمون عوضاً عنه بخلاف ضمان الجنائية على بني آدم لأنه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلاً ولو كفل أحدهما عن إنسان فإن كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أبي حنيفة وعندهما لا يلزم وإن كفل بنفس لا تؤخذ بذلك شريكه في قولهم جميعاً²⁶³⁶.

a (En cuanto a) la imputación de los gastos, los gastos se imputan al beneficio, en primer lugar, si el capital hubiera generado beneficios; si no, se imputaría al capital, porque los gastos son parte de él. La regla es que la destrucción se carga al beneficio, porque si lo cargáramos al capital en exclusiva o a la cuota de los beneficios correspondiente al socio capitalista, aumentaría la cuota del socio trabajador a expensas de la del socio capitalista...

b [...] Ahora mostramos el régimen propio de la *mufāwāḍa*, lo que le está permitido al socio y no le está permitido al socio de una sociedad de *'inān*; así decimos, y con Dios está el éxito, que le está permitido a uno de los socios de la *mufāwāḍa* reconocer una deuda en su contra y en contra de su socio; el beneficiario de ese reconocimiento puede exigirla de cualquiera de los dos, el que desee, por cada uno es fiador del otro. De esta manera, quien reconoce se obliga y obliga a su socio, en virtud de la fianza; también sucede eso con cualquier deuda de uno de los socios derivada del comercio, como el precio de lo comprado en una venta válida o su valor en una venta anulable, la renta del arrendatario o cualquiera que entre dentro del concepto de comercio, como lo apropiado indebidamente; existen diferencias sobre los depósitos, los comodatos, los arrendamientos y el consumo. El titular de la deuda puede elegir tomar su deuda de cualquiera de los socios, en virtud de la fianza o en virtud de ser una deuda del comercio, porque esa deuda le obliga por razón de la sociedad, ya que la venta válida incluye la sociedad, porque es comercio; cada uno de ellos es fiador de su compañero, por aquello a lo que está obligado en razón de la sociedad. Por eso dicen que la prueba se escucha en este caso contra el socio que no ha participado en el contrato, porque la deuda le obliga como obliga a su socio, porque es fiador del mismo, escuchándose la prueba contra el fiador, al igual que se escucha contra el fiado y así también en la venta anulable, con el argumento de que en la venta se incluye la válida y la anulable y también en la renta, porque el arrendamiento es comercio. [...] (En cuanto) a los precios de sangre por los delitos, la dote y los alimentos, la indemnización por el divorcio a instancia de la mujer y el acuerdo por el talión no se toman de su socio, porque no es una indemnización comercial, ni tiene ese sentido. También falta la contraprestación de un bien por otro bien igual. Se cuenta de Abū Yūsuf que la indemnización por la apropiación indebida o el consumo no obliga más que a quien lo comete, porque es la indemnización por un delito, así que se asemeja a la indemnización por delito contra un descendiente de Adán (ser humano); la respuesta es lo que hemos mencionado que la indemnización por apropiación y destrucción en lo que no sea un hijo de Adán es una indemnización en contraprestación, porque con ella el indemnizado adquiere una compensación, a diferencia de la indemnización por delito contra un descendiente de Adán, porque el indemnizado no adquiere, así que no se incluye en el sentido de contraprestación en ningún caso. Si uno de los dos diera fianza por un ser humano, lo fiaría con un bien que obligaría a su socio, para Abū Ḥanīfa; para ninguno de los dos no obligaría a su socio.

En otro momento del capítulo dedicado a la sociedad en general, el pequeño Abū Ḥanīfa, al-Kāshānī, contrasta dos tipos de sociedad que tuvimos ocasión de analizar en el capítulo tercero: *šarika al-mufāwada* (sociedad de negociación; en la que los socios comparten a partes iguales los bienes, la actuación y las deudas, siendo cada uno de ellos delegado y fiador del otro en todos los derechos²⁶³⁷) y *šarika al-'inān* (sociedad de riendas, contrato de sociedad que se permite con una diferencia en la aportación e igualdad en los beneficios, teniendo cada socio unos bienes diferenciados del otro²⁶³⁸). En lo que nos interesa, en la primera de ellas ambos socios responden solidariamente por todas las deudas derivadas de lo que se pueda entender como comercio: compraventa, arrendamientos, responsabilidad extracontractual no derivada de delitos, etc. Eso es así porque cada uno asume la posición de delegado y fiador del otro. Es decir, en las relaciones extrasociales, frente a terceros, ambos son deudores solidarios y este tercero puede reclamar a quien le plazca entre ellos por toda la cantidad de la deuda. Esta solidaridad no supone que la sociedad como tal ocupe la posición de deudor. La responsabilidad es individual y el socio que la abone puede repetir a su compañero por la parte que no le corresponda. Únicamente se añade una garantía más a aquellos comerciantes que negocien con cualquiera de los socios: el patrimonio del otro miembro de la sociedad, nunca esta de manera independiente.

^a ولأحدهما أن يرهن مال المضاربة بدين المفاوضة وبدين عليه خاصة بغير إذن شريكه لأن الرهن قضاء الدين حكماً وأحدهما يملك قضاء دين المفاوضة ودينه خاصة من مهر أو غيره بغير إذن شريكه كذا في محيط السرخسي* حتى لم يكن لشريكه أن يسترد من يد المرتهن كذا في المحيط* فإن كان الدين من شركتهما فلا ضمان عليه وإن كان الدين عليه خاصة يرجع شريكه عليه بنصف ذلك وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين فلا ضمان عليه في الزيادة كذا في المبسوط* [...] وله أن يدفع المال مضاربة كذا في البدائع* هذا رواية الأصل وهو الأصح كذا في النهر الفائق* وهكذا في الهداية* وكذا له أن يأخذ مالاً مضاربة ويكن ربحه له خاصة كذا في البدائع*²⁶³⁹

Extraemos de una recopilación de respuestas jurisprudenciales de ulemas *ḥanafīes*, denominada *Fetuas Hindúes*, algunas normas acerca de las relaciones internas entre los socios de una sociedad de *mufāwada*, que nos parecen muy interesantes en este epígrafe que consagramos al carácter individualista de la regulación del contrato de sociedad. Cada socio puede entregar como prenda, sin necesidad de autorización de su socio, cualquier bien del capital social, tanto en garantía de una deuda social, como particular. La razón esgrimida se centra en que cada uno de ellos está facultado para satisfacer, extinguiéndola, la deuda social y la privativa; la prenda, para el *fiqh*, es la satisfacción de la deuda, no materialmente, sino por mandato legal. El otro socio tendría vedado recuperar esa prenda de manos del acreedor pignoraticio; únicamente, podría reclamar la mitad de ese bien dado en prenda, en caso de tratarse de una deuda privativa. Otro precepto permite a cada uno tomar un bien como capital de una *muḍāraba*, el beneficio sería privativo del socio que lo recibe. También está capacitado para entregar un bien social a otro en tal condición. En ambas regulaciones no existe duda de la independencia de actuación de cada socio, que mantiene su propia personalidad sin que el tercero con el que contrata se vea afectado por su condición de miembro de una sociedad. La cuestión queda limitada a una relación interna entre ambos con el derecho a repetir del otro frente al que ha constituido como prenda un bien social. Finalmente, una vez más, la sintaxis y el léxico nos pueden confundir: en el texto aparecen expresiones del tipo *bien de la sociedad, deudas de la sociedad o privativas*, etc. No significa esto que la sociedad sea la titular del bien o la obligada, sino que se clasifican unos bienes, con el fin de conocer sobre qué bienes se ejecutarán determinadas obligaciones.

a Cada uno de ellos puede dar en prenda un bien de la *mufāwada*, por una deuda de esta o por una deuda de él con carácter privativo, sin permiso de su socio, porque la prenda es la satisfacción de la deuda por ministerio de del derecho; cada uno de ellos puede satisfacer la deuda de la *mufāwada* y su propia deuda, como la dote u otra sin permiso de su socio; así en *Muḥiṭ al-Sarjāsī**. De esta manera, su socio no puede recuperar de manos del acreedor pignoraticio, así en *al-Muḥiṭ**. Si la deuda fuera de la sociedad, de ambos, no tendría que responder; si la deuda fuera de él con carácter particular, su socio repetiría contra él por la mitad. Si el valor de la prenda fuera mayor que la de la deuda, no tendría que responder por este aumento, así en *al-Mabsūṭ** [...] Puede entregar el bien como *muḍāraba*, así en *al-Badā'i'**. Esta es la opinión original, siendo la correcta, así en *al-Nahar al-fā'iḳ**. De esta manera en *al-Hadāiyya**. Asimismo, puede tomar un bien en *muḍāraba*, siendo sus beneficios privativos de él, así en *al-Badā'i'**.

^a إذا باع أحد المتفاوضين شيئاً من متاع المفاوضة ثم إفترقا ولم يعلم المشتري إفتراقهما كان له أن يدفع جميع الثمن إلى أيهما شاء كذا في المحيط* وإذا كان علم بالفرقة لم يدفع إلى العاقد ولو دفع شريكه لا يبرأ عن نصيب العاقد وكذلك لو وجد به عيباً لا يخاصم إلا البائع كذا في محيط السرخسي²⁶⁴⁰

Estas *Fetus Hindúes* se ocupan de la posición del tercero que contrata con uno de los socios. Se plantea la situación del comprador de un bien social por parte de los socios. En la *mufāwada*, según su régimen esencial, cada socio es representante y fiador de su compañero, por lo que el pago del comprador se puede realizar a cualquiera de los socios. No obstante, estas líneas tratan de solucionar la cuestión de la extinción de la sociedad tras la perfección de la venta, pero antes del pago del precio. El comprador del bien social, si conociera la separación de los socios, únicamente podría abonar el pago, con carácter extintivo de su obligación, al socio que le vendió el bien. El pago al socio no le eximiría de la obligación de pagar la parte que correspondiera al socio vendedor; tampoco podría demandar al socio que no vendió por cualquier vicio de la cosa vendida. Si no tuviera noticia de la extinción de la sociedad, podría entregar el precio a cualquiera de los socios, satisfaciendo totalmente su deuda.

En el supuesto presentado, el tercero que contrata con cualquiera de los socios sí se ve afectado por la existencia de la sociedad, pero debido a la solidaridad activa de los socios respecto a esa deuda. El comprador se libera abonado el precio a cualquiera, siempre y cuando la sociedad esté en vigor o desconozca su extinción. Si fuera consciente de esta, la solidaridad que le asiste dejaría de actuar. Si la deuda por el precio correspondiera a la sociedad persona jurídica, el derecho a cobrar seguiría correspondiendo a la sociedad, en extinción en este caso, liberándose el comprador con el pago a cualquier persona que la representara, hasta la liquidación del capital social.

بكتاب القسم

سؤال عن قسمة أحد الشريكين دون صاحبه.

جوابك -وفكك الله- وسددك وأمدك بتقواه في رجل إشتري لنفسه ربع مائة من صوف، وقبضه من بائعه، ثم إن رجلاً إشتري منه نصف الصوف المذكور، وشاركه فيه، ثم قال المشتري للنصف أنا شريك معه في ذلك فسافر بجميعه وبعه وإشترى بالثمن قمحاً ويكون بيني وبينك وإن لم تشتري وفضل [ربح فهو] والثلث بيني وبينك، فلما وصل منصرفاً قال لشريكه: هال علي البحر ورميت في البحر من القمح الذي كان في المركب وقد وجب عليك في المركب عشر مثاقيل وهذا بقية ذهبك، قال له: وهذا القمح: قال: إشتريته لنفسي في نصيبي ولم أشتري لنفسك ولا بينة بينهما على شيء من ذلك فلك -أعزكم الله- الفضل المجاورة على هذا كله وما يجب فيه وما وجه الحكم في ذلك. لو قال هذا الرجل إن سفر الطعام قد سما في البلد الذي وصل إليه شريكه فلذلك خالفه في هذا القول والعمل.

الجواب: إذا كان الأمر على ما ذكرته لزمته الشركة في الجميع إذ ليس له المقاسمة والمفصلة بمغيب شريكه إلا أن يكون إنما إشتري هذا القمح لنفسه بمال آخر من غير مال الشركة، فالقول قوله في ذلك، وله الأجرة بقدر عمله في نصيب شريكه. قال ابن عياض²⁶⁴¹.

a Si uno de los socios vendiera alguna cosa de las mercancías de la *mufāwada* y se separaran, no conociéndolo el comprador esa separación, este podría entregar el precio a cualquiera de los socios que deseara, así en *al-Muḥīṭ**. Si conociera la separación, no pagaría más que al que contrató con él, si pagara al socio de este, no tendría carácter liberatorio por la parte del vendedor; de esta manera, si encontrara un vicio, no demandaría más que al vendedor, así en *Muḥīṭ al-Sarjastī**.

b Libro de la partición.

Pregunta sobre la partición de uno de los comuneros sin su compañero.

Danos tu respuesta -Dios te dé éxito y te recompense y alargue tus días con Su piedad-, sobre un hombre que compró para sí un cuarto de cien de lana, tomando posesión de ella del vendedor. Después un hombre compró de este la mitad de la lana mencionada, haciéndose copropietario de ella. Más tarde el que compró la mitad de la lana dijo: soy tu socio aportando la misma en esto; se marchó de viaje con todo y vendió la lana, comprando con su precio trigo. Esto es entre tú y yo, si no compras y se producen beneficios serán para ti y para mí. Cuando llegó, le dijo a su socio: el mar me ha espantado y arrojé al mar parte del trigo que estaba en la embarcación, del que tú debías diez *maṭāqil* (unidad de peso) y esto es lo que queda de tu oro. Le dijo: y este es el trigo. Dijo: compré para mí con mi parte y no he comprado para ti; no hay pruebas para ninguno de los dos. Así que sobre ti -Dios te fortalezca- recae dar respuesta a esto y dilucidar cuál ha de ser el fallo. Si este hombre hubiera nombrado el país al que fue, tendrías una respuesta diferente.

La respuesta: si el asunto es como has mencionado, debe haber comunidad de bienes en todo, pues no puede realizar la partición ni la separación de la comunidad en ausencia de su copropietario, salvo que hubiera comprado ese trigo con otro dinero que no fuera el de la comunidad. Se presumiría su palabra, y tendría derecho a la renta en proporción a su trabajo en la parte de su socio.

El mismo hijo de ‘Iyyād b. Mūsā hace frente, de manera nada extraña en este tipo de fetuas, a un planteamiento enrevesado, el cual abre el libro dedicado a la partición. Se trata de una persona que adquiere una cantidad de lana; otra mediante un precio le compra la mitad, convirtiéndose el tejido en una comunidad de bienes. Uno de ellos se marcha de viaje y comercia con todo el material, vendiendo la lana para adquirir trigo con su tráfico. En el viaje en barco acaecen pérdidas en el cereal. Más allá del caso concreto, esta respuesta nos ilustra la confusión que en el *fiqh* se produce entre sociedad y comunidad de bienes, fenómeno que ya nos ocupó en el capítulo tercero; ambas son designadas por el mismo término técnico-jurídico: *šarika*. Este hecho dificulta enormemente la traducción. Los hechos corresponden a una comunidad de bienes inicial sobre una cantidad de lana, pero luego parece transformarse en una sociedad, pues uno de los comuneros comercia con ese patrimonio en común con el fin de repartirse las ganancias. El ulema afirma que todo lo conseguido con el comercio de la lana es una *šarika* entre ambos, lo cual puede traducirse por una comunidad de bienes o una sociedad. Nos inclinamos por la comunidad, pues la regla general en la que fundamenta su respuesta es que uno de los comuneros no puede realizar la partición en ausencia de su copropietario. No obstante, otro precepto que extrae el hijo de ‘Iyyād es sumamente relevante: si el trigo lo hubiera adquirido con otros bienes que no hubieran sido el producto de la venta de la lana, sí serían privativos del socio comerciante, pero si se hubieran comprado con el patrimonio en común, la lana, esa adquisición ocuparía el lugar de la misma, siendo un condominio de ambos. Es una solución idéntica que nuestro Ordenamiento prescribe para calificar un bien como privativo de un cónyuge o común de la sociedad de gananciales. Así lo expresa el artículo 1346. 3º del Código Civil:

Son privativos de cada uno de los cónyuges:

- 1.º Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.
- 2.º Los que adquiriera después por título gratuito.
- 3.º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.
- 4.º Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.
- 5.º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*.

^a(قوله فإن أذن له سلعة معينة أي أذن له شرائها بالدين قوله وإلا فلا) أي وإلا تكن معين بأن قال له كل سلعة وجدتها وأعجبتك فإشترها بالدين لا يجوز* وحاصل ما ذكره الشارح أن الشريك إذا اشترى بالدين فإما أن تكون بإذن شريكه أولاً وفي كل أما أن تكون السلعة معينة أولاً فإن كان بغير إذن شريكه فالمنع كانت السلعة معينة أم لا وإن كان بإذنه جاز إن كانت السلعة معينة وإلا منع هذا وفي بن تبعاً لطفي أن ما ذكره المصنف من أنه لا يجوز لأحد الشريكين الشراء بالدين بغير إذن شريكه فهو خلاف المذهب والمذهب ما لإبن الحاجب وإبن شاس وإختاره إبن عرفة من جواز الشراء أحد الشريكين بالدين إذا لا بد للناس من ذلك حينئذ فلا فرق بين البيع بالدين والشراء خلافاً للمصنف تبعاً لإبن عبد السلام في تعقبه على إبن الحاجب وإنما شركة الذم المنهي عنها إذا لم يكن بين الشريكين رأس مال...²⁶⁴²

Al-Dasūqī, ya en el siglo XIX, nos trasmite la controversia entre los seguidores de Mālik b. Anas sobre la facultad del socio para comprar cualquier mercancía, adeudando el precio, sin

a (Su expresión *si le permite en una mercancía determinada*) Es decir, le permite comprarla a cambio de una deuda. (Su expresión *si no, pues no*) Es decir, si no está determinada, o sea, que le hubiera dicho que toda mercancía que se encuentre y le agrade que la compre a deuda, no es válido* El resultado de lo que ha mencionado el exégeta es que el socio, si comprara a deuda, o es con permiso de su socio previo para todo o para una mercancía determinada; si es sin permiso del socio, está prohibido, tanto si es una mercancía determinada como si no. Si fuera con permiso del socio, sería válido si es para una mercancía determinada, si no está prohibido. Es así siguiendo a Luṭfī, en lo que menciona en *al-Muṣannaf* sobre que no es válida para ninguno de los socios la compra a deuda sin permiso de su socio; contradice la escuela, que establece, con Ibn al-Ḥāyib e Ibn Šās, escogido también por Ibn ‘Arfa, que es válida la compra de uno de los socios a deuda, pues la gente tiene necesidad de ello. Entonces, no hay diferencia entre la venta a deuda y la compra, a diferencia de *al-Muṣannaf*, siguiendo a Ibn ‘Abd al-Salām en su continuación de Ibn al-Ḥāyib, pues la sociedad de *al-dimam* que está prohibida es aquellas en la que no hay entre los socios capital...

permiso de su compañero. Una corriente lo prohíbe, incluso con dicho permiso salvo que se trata de una autorización para un bien determinado; otro grupo únicamente exige ese permiso. Finalmente, una tercera postura lo admite con o sin ese requisito, pues la gente precisa de esas operaciones al comerciar. Las dos primeras posiciones, apenas distinguen la sociedad del mandato; esta última sí amplía el campo de acción de este contrato. Finalmente, este autor refiere que para su escuela la sociedad en la que los socios únicamente aporten su capacidad de endeudarse *-al-dimma-* sería nula, sin la existencia de un capital social activo; se trata de una materia que tiene más que ver con el siguiente epígrafe. Al-Dasūqī describe las diferentes soluciones: el socio transgresor del depósito siempre se apropia de los beneficios y asume la responsabilidad del depositario. Unos ulemas consideran que, si el socio conoce la operación y participa, comparte beneficio y responsabilidad. Otras consideran que para que asuma beneficio, pérdida y responsabilidad basta el conocimiento. En cualquier caso, quien realiza el depósito no tiene la garantía de un patrimonio social, sino la del patrimonio de uno de los socios o de los dos, si el otro actúa con conocimiento de la violación del depósito.

^a(قوله أو عنده غير المتجر بها) هذا يقتضي أنه لو أتجر بها من أودعت عنده إختص بالربح والخسر ولو علم الآخر بتعديده وهو بخلاف ظاهر المدونة ونصها وإن أودع رجل أحدهما وديعة فعمل فيها تعدياً فربح فأعلم شريكه بالتعدي ورضى بالتجارة بها بينهما فلهما الربح والضمان عليهما وإن لم يعلم فالربح للمتعدى وعليه الضمان خاصة فظاهرها أن رضا الشريك ينزل منزلة علمه معه* والحاصل أنه إذا علم شريكه بتعديده بالتجر في الوديعة التي عندهما أو عند أحدهما سواء كان هو المتجر أو غيره كان الربح بينهما والخسر عليهما وينزل علم الشريك ورضاه منزلة عمله معه وذكر بعضهم أنه إن رضى الشريك ومعه كان له أجر مثله فيما أعانه وعليه الضمان وإن رضى ولم يعمل معه فلا شيء له ولا ضمان عليه...²⁶⁴³

Si uno de los socios utiliza un depósito que tienen en común o en su poder para comerciar, el régimen de responsabilidad y de aplicación de los beneficios varía según su compañero conozca o no esta utilización ilícita de lo depositado y si colabora o no. Al-Dasūqī expone las diversas opiniones de los ulemas: el otro socio responde y participa de los beneficios si conoce la operación o si conoce y participa. En cualquier caso, la persona que realiza el depósito a uno de los socios no suma la garantía del capital social, sino que se conforma con la de uno de los socios o ambos, a título personal, según el grado de participación y la noticia que tenga de los hechos.

Pasemos a comprobar de qué manera estas normas implementadas por los alfaquíes musulmanes han tenido su repercusión en el derecho positivo promulgado en algunos estados islámicos.

^bالمادة (1374)- (يجوز لأي كان من الشريكين حال كون رأس مال الشركة في يده أن يشتري الأموال بالنقد وبالنسيئة. لكن إذا اشتري مالا بالغبن الفاحش فيكون المال الذي اشتراه له ولا يكون للشركة)

a (Su expresión *o con quien no comercia con él*) Esto implica que, si comercia con él quien tiene en su poder el depósito, se aplica en exclusiva el beneficio y la pérdida, aunque el otro conociera su transgresión; esto contradice lo evidente de la *Mudawana* y su literalidad. Si un hombre depositara en alguno de los dos un depósito y comerciara con él sobrepasando sus atribuciones y obtuviera beneficios, si conociera su socio la transgresión y aceptara el comercio entre los dos, de ambos sería el beneficio y la responsabilidad del depositario. Si no la conociera, el beneficio sería para el transgresor y de él la responsabilidad. Lo evidente es que la aceptación del socio ocupa el lugar del trabajo con él*. El resultado es que si el socio conociera su transgresión en el comercio con el depósito que tienen entre los dos o en poder de uno de ellos, tanto si fuera el objeto del comercio como si no, el beneficio sería de los dos y las pérdidas entre ambos; el conocimiento de su socio y su aceptación ocuparía el lugar del trabajo con él. Algunos mencionan que si el socio aceptara y conociera, tendría derecho a la renta acostumbrada en lo que colaboró con él y también debería responder. Si lo conociera y no trabajara con él, no tendría derecho a nada ni responsabilidad...

b Artículo 1374: está permitido a cada uno de los socios, en caso de que el capital de la sociedad esté en sus manos, comprar bienes al contado o con el precio aplazado. Pero, si comprara un bien con un gran fraude, el bien que hubiera comprado sería para él, no para la sociedad.

Está permitido a cada uno de los socios, en caso de que el capital de la sociedad esté en sus manos, comprar bienes al contado o con el precio aplazado, porque ello se encuentra entre las cosas que se derivan del comercio (*Mu'ayama' al-Anhar*). El bien comprado sería para la sociedad; si el socio hubiera abonado el precio de ese bien de su propio patrimonio, tendría derecho a repetir contra su socio por la parte de este, porque es un delegado de su socio y habría abonado el precio de lo comprado de su propio patrimonio.

يجوز لأي من الشريكين حال كون رأس مال الشركة في يده أن يشتري بالنقد والنسيئة لأن كل ذلك من توابع التجارة (مجمع الأنهر) ويكون المال المشتري للشركة وإذا أدى الشريك ثمن المال المشتري من ماله فله الرجوع على شريكه بحصته لأنه وكيل عن شريكه وقد أدى ثمن المال المشتري من ماله²⁶⁴⁴.

La *Mayalla*, al regular las actuaciones que le son lícitas al socio, en una sociedad de *'inān*, sobre el capital social, dispone en este artículo que le está permitido adquirir al contado y con el precio aplazado bienes a cambio del capital social que tenga en sus manos. Esta compra se haría para la sociedad, según el comentario que acompaña al precepto; que utiliza la siguiente frase: *el bien sería para la sociedad*. Lo que la gramática apunta, la persona jurídica, no es confirmado por el derecho. Se trata de una necesidad del comercio; si el bien se paga con un bien privativo del socio, tendría derecho a repetir contra el socio por la parte del precio que le correspondería, según el porcentaje del bien del que se convierte en copropietario. Más bien, el artículo se encuadraría dentro del principio que hemos observado en la sociedad, en comparación con la sociedad de gananciales matrimonial: si el bien común es comprado con un bien común tendría esa misma naturaleza. No obstante, si el pago estipulado por el socio adquiriente fuera excesivo según los usos del momento y lugar, la adquisición sería para él con un carácter particular.

المادة (1375)- (لا يجوز لأحد الشريكين إذا لم يكن في يده رأس مال الشركة أن يشتري مالا للشركة فإذا يشتري يكون

المال له)

[...] فإذا اشتري يكون ذلك المال المشتري له سواء اشتري نقداً أو نسيئة. هذا في العنان أما في المفاوضة فالشراء عليهما مطلقاً (رد المحتار)²⁶⁴⁵.

En el artículo siguiente, este código establece la misma norma, pero en forma negativa. Si en la sociedad de *'inān* el socio no tiene en su poder el capital social, no le está permitido adquirir para la misma. Sin embargo, en la de tipo *mufāwāḍa*, debido a que cada miembro ocupa la posición de fiador del otro, sí sería lícito. En cualquier caso, salvo autorización o contrato implícito de fianza o sustitución de un bien de la sociedad por otro, ninguno de los socios adquiere en comunidad de bienes con los demás.

المادة (1376)- (إذا اشتري أحد الشريكين بدراهم نفسه شيئاً ليس من جنس تجارتهم يكون ذلك المال له ولا يكون

لشريكه حصة فيه، أما إذا اشتري أحدهما مالا من جنس تجارتهم حال كون رأس مال الشركة في يده فيكون للشركة حتى لو اشتراه بماله نفسه، مثلاً إذا عقد إثنان الشركة على تجارة الأقمشة فاشتري أحدهما بماله حصاناً كان له وليس لشريكه حصة في ذلك الحصان، أما إذا اشتريت قماشاً فيكون للشركة حتى أنه لو أشهد حين شراء القماش بقوله: إنني اشتري هذا القماش لنفسي وليس لشريكي حصة فيه فلا يفيد ذلك ويكون ذلك القماش مشتركاً بينه وبين شريكه²⁶⁴⁶

Culminando esta cuestión, el artículo 1376 establece otro criterio adicional de la posesión del capital social por el socio comprador: la pertenencia o no del bien adquirido a la clase de comercio objeto de la sociedad. Si el bien coincide con este tipo (por ejemplo la compra de telas por un socio de una sociedad dedicada al comercio de tejidos), el bien, en el caso de que el comprador tenga en su poder el capital social, será una comunidad de bienes entre los socios siempre. Esta triada de preceptos nos confirma que los socios mantienen su propia esfera jurídica, únicamente, en los casos establecidos, provocan la constitución de una comunidad de bienes entre ellos. La personalidad jurídica hubiera simplificado la cuestión, puesto que todos actuarían en favor de la sociedad, que sería la titular de los derechos y obligaciones. El *fiqh* ha escogido otro camino.

11^c - باب الدين في القراض

a Artículo 1375: No es lícito para ninguno de los socios, si no tienen en sus manos el capital de la sociedad, comprar un bien para la sociedad; si lo comprara sería para él de forma privativa.

Sería para él el bien tanto si lo comprara al contado como si lo hiciera con el precio aplazado. Es así eso en la sociedad de *'inān*; en cuanto a la sociedad de *mufāwāḍa*, ambos responderían de lo comprado (*Rad al-Muhtār*).

b Artículo 1376: Si uno de los socios comprara con sus propios *dirhams* algo que no fuera del tipo del comercio por el que están asociados, el bien comprado sería para él y su socio no tendría parte en él. Si comprara uno de los dos un bien de la misma clase con la que comercian, estando el capital social en sus manos, sería para la sociedad, aunque lo comprara con sus propios bienes. Por ejemplo, si dos concluyeran un contrato de sociedad para comerciar con telas y uno de ellos comprara de su dinero un caballo, sería para él y su socio no tendría parte en el mismo. Pero, si comprara telas, sería para la sociedad aunque declare al comprarlas diciendo que él compra las telas para él y que su socio no tiene parte en ellas. Eso no le serviría, siendo las telas de propiedad común entre él y su socio.

c 11- Capítulo: la deuda en *al-qirād*.

قال يحيى: قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا في رجل دفع إلى رجل مالا قراضاً فأشترى به سلعة ثم باع السلعة بدين فربح في المال ثم هلك الذي أخذ المال قبل أن يقبض المال. قال: إن أراد ورثته أن يقبضوا ذلك المال وهم على ما شرط أبيهم من الربح فذلك لهم إذا كانوا أمناء على ذلك فإن كرهوا أن يقتضوه وخلوا بين صاحب المال وبينه لم يكفوا أن يقتضوه ولا شيء عليهم ولا شيء لهم إذا أسلموه إلى رب المال فإن اقتضوه فلهم فيه من الشرط والنفقة مثل ما كان لأبيهم في ذلك هم فيه بمنزلة أبيهم فإن لم يكونوا أمناء على ذلك فإن لهم أن يأتوا بأمين ثقة فيقتضي ذلك المال فإذا اقتضى جميع المال وجميع الربح كانوا في ذلك بمنزلة أبيهم. قال مالك، في رجل دفع إلى رجل مالا قراضاً على أنه يعمل فيه ما باع به من دين فهو ضامن له: إن ذلك لازم له إن باع بدين فقد ضمنه²⁶⁴⁷.

Mālik b. Anas, en otro capítulo de su obra más conocida, *al-Muwatta'*, establece un régimen acerca de la sucesión por muerte de la posición de socio trabajador que nos aporta una gran información sobre el carácter individualista de este contrato. El supuesto tratado es muy específico: el socio trabajador ha recibido el capital, comprando con él una mercancía con el pago aplazado, falleciendo antes de tomar posesión de lo adquirido. Sus herederos únicamente asumirían la posición de su causante, en la obligación de tomar posesión de lo comprado, si así lo desearan y fueran consideradas como personas de confianza, ocupando entonces esa posición jurídica en la relación con el socio capitalista y teniendo derecho a la parte de los beneficios que hubiera recibido el fallecido. En caso contrario, únicamente estarían obligados a devolver el capital. Es una constante en los diferentes tipos de sociedad el ser concluidos en razón de la persona, por lo que la sustitución de uno de los contratantes por otro no es automática, pues las personas se asocian normalmente por la confianza que les merece el socio. En cualquier caso, la sociedad de comandita no trasciende a los individuos partícipes, sino que, a modo del mandato, la muerte de uno de ellos pone fin al negocio jurídico. Eso sí, en *al-qirād* cierta continuidad se admite, permitiendo a los herederos concluir los negocios pendientes. No obstante, la sociedad no supera la vida de los socios.

[إذا مات رب المال القراض لم يجز للمقارض أن يتصرف إلا بإذن الورثة]^a

وسئل ابن مشكان عن مسألة تظهر من جوابه.

فأجابه: إذا كان القراض غير مقيد بمدة والعادة أن القراض لا يحمل على المرة الواحدة فالمقارض مطلق على التحريك بالمال غير متعد. لكن ذكرت أن رب المال مات فإن علم بذلك لا يجوز له التحريك به حينئذ إن نضاً إلا بإذن الورثة، وهو مصدق ما لم يتبين كذبه²⁶⁴⁸.

El norteafricano al-Wanšarīsī nos muestra esta fetua que aborda la misma problemática que Mālik b. Anas en el fragmento anterior. La respuesta está atribuida a Ibn Maškān. Según este alfaquí, hay que distinguir si la *qirād* está constreñida por un término final o no. En este último caso, que se hubiera concluido por tiempo indefinido, habría de comprobar si la costumbre del lugar establece que la misma, en caso de no fijarse el plazo, se extingue una vez realizada una operación o continúa en futuras transacciones. Cuando no existe plazo final y la costumbre no impone la extinción tras completar un único negocio, el socio trabajador podría disponer del capital, según lo

Yaḥyā ha dicho: Mālik ha dicho: el asunto en el que estamos de acuerdo entre nosotros es este: si un hombre entrega a otro un capital como *qirād*, comprando este una mercancía y vendiéndola a cambio de una deuda (precio aplazado), muriendo el que ha tomado el capital antes de tomar posesión de la mercancía, si sus herederos quisieran, tomarían posesión de ese bien, según las estipulaciones fijadas por su padre en cuanto a los beneficios; esto ha dicho Mālik. Puede hacerlo si son de confianza; si no quisieran exigir la entrega del bien y lo dejaran a instancias del socio capitalista, no se les podría reclamar que asumieran la toma de posesión, no deberían nada ni tendrían derecho a nada si se entregaran el capital al socio que lo aportó. Si exigieran la entrega de la mercancía, tendrían derecho a lo que se hubiera estipulado y a los gastos como si fuera su padre, pues ocuparían su lugar. Si no fueran de confianza, deberían aportar alguien de confianza que reclamara la entrega de esa mercancía. Si reclamaran todo el capital y los beneficios, ocuparían el lugar de su padre.

Mālik ha dicho sobre un hombre que entrega a otro un capital como *qirād*, con la condición de que se haga responsable por lo que venda con él a cambio de deuda, sería una condición obligatoria para él y, si vendiera a cambio de deuda, sería responsable.

a [Si muriera el socio capitalista de una *qirād*, no sería válido al socio trabajador actuar sin permiso de los herederos]

Se le preguntó a Ibn Maškān sobre la cuestión en la que aparece su respuesta:

Contestó: Si la *qirād* no está limitada por un plazo, la costumbre establece que esta no se realiza por una sola vez, el socio trabajador es libre de mover el capital siempre que no se lo apropie. Pero recuerdo que si el dueño del capital muere, conociéndolo el otro, no puede moverlo, entonces, aunque fuera líquido, sin permiso de los herederos; salvo prueba en contrario, se ha de creer lo que declare.

que se estima normal, si no conociera la muerte del dueño del capital. No obstante, una vez que tenga noticia del fallecimiento, toda actuación ha de contar con el permiso de sus herederos. Esta opinión es concordante con lo establecido por el ulema medinese que presta su nombre a la escuela, pues, cualquier operación ha de contar con la autorización de los herederos.

سئل القاضي أبو سالم إبراهيم الكلالي عن أخوين بقيا على الشركة في متخلف والدهما ولم يختص أحدهما بشيء دون الآخر، ثم غاب أحدهما للقراءة والحج، وأقام سنين ثم رجع ووجد أخاه زاد أملاكاً على ما ترك عنده وماشية وأثاث في الدار، فطلبه في القسمة فقال له: هذه الأملاك كلها لي، وكذا كل ما وجدته عندي زائداً على ما تعرفه فإنما إشتريته لنفسي، فهل يكون له كما زعم أو بينه وبين أخيه؟

فأجاب: إذا لم يكن لهما من المال إلا ما هما مشتركان فيه ولا إختصاص لأحدهما بشيء، فجميع مشترهما بينهما، والسلام. وأجاب غيره: إن كان الأمر كما ذكرتم، فما إشتراه الأخ في حضرة أخيه وغيبته هو بينهما على حسب شركتهما في متخلف والدهما؛ لأنه مفاوضة، ومعنى المفاوضة أن كل واحد منهما فوض لصاحبه أن كل ما جر من نفع إليهما، وسواء إجتمعا عليه أو انفرد أحدهما فيه²⁶⁴⁹.

El magrebí, Muḥammad b. al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī, menciona esta fetua de un juez del que no tenemos más datos, sobre la sociedad de participación por partes iguales o *mufāwāḍa*, cuyos partícipes son hermanos; esta respuesta la tomamos como ejemplo de este tipo de contratos en el capítulo quinto. Por ser un tipo de sociedad en el que tanto las aportaciones, la actuación, las deudas y beneficios se reparten de forma paritaria, el hecho de que uno de los hermanos hubiera estado ausente durante años, quedando el otro al cargo de todo, no modifica el reparto igualitario. El aspecto fundamental de esta regulación radica en que la sociedad en cuestión está vigente desde la época de sus padres. Parece que la familia mantiene vivo el contrato con el paso de las generaciones. Esta circunstancia supone un paso en la independencia de la sociedad respecto a los socios, aunque, al mantenerse en el ámbito familiar, se puede vincular a esta como ente sociológico más que al contrato jurídico en sí. Asimismo, de esta respuesta se concluye que, si el hermano que se ha mantenido en el domicilio familiar hubiera adquirido con bienes propios, en cuya propiedad no participaba el ausente, lo adquirido sería privativo del mismo. En este supuesto, hubiera tenido que denegarse la exigencia del hermano al regresar.

Este género de sociedad no está demasiado alejada de la regulada por nuestro Código Civil en su artículo 1464:

En la sociedad universal de todos los bienes presentes, pasan a ser propiedad común de los socios los bienes que pertenecían a cada uno, así como todas las ganancias que adquieran con ellos. Puede también pactarse en ella la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias; pero no pueden comprenderse los bienes que los socios adquieran posteriormente por herencia, legado o donación, aunque sí sus frutos.

Tanto en un ejemplo como en el otro, así como en la sociedad de gananciales matrimonial, los socios mantienen la propiedad individual sobre unos bienes que son privativos de él.

a El juez Abū Sālim Ibrāhīm al-Kilālī fue preguntado por dos hermanos que permanecieron en la sociedad que había dejado su padre, sin que ninguno de ellos tuviera como propio nada. Posteriormente, uno de los dos se ausentó para estudiar y realizar la peregrinación. Permaneció varios años y regresó, encontrando que su hermano había aumentado sus propiedades respecto a lo que había dejado, poseyendo ganado y muebles en la casa. Le reclamó la partición. Le contestó: estas propiedades son todas mías, lo que has encontrado de más respecto a lo que conocías lo he comprado para mí. ¿Se ha de estar a lo que ha dicho o repartir entre ambos?

Contestó: si no tienen más bienes que los que tenían en común sin que nada fuera propio de alguno, todo lo que se ha comprado ha de ser entre los dos. Y la paz.

Respondió otro: si el asunto es tal y como lo presentáis, lo que el hermano compró en presencia de su hermano y en su ausencia es de ambos, según la sociedad que tenían por haberla heredado de su padre. Porque es una *mufāwāḍa* y el significado de la *mufāwāḍa* es que cada uno de los dos encarga al otro que todo lo que obtenga sea de los dos, tanto si están juntos como no.

^a(الفصل الرابع فيما تبطل به المفاوضة ومال تبطل به) لو إستفاد أحد المفاوضين مما لا يجوز عليه عقد الشركة بإرث، أو هبة أو وصية أو نحو ذلك وصل إليه بطلت المفاوضة وصارت شركتهما عنانا كذا في السراجية*²⁶⁵⁰

No obstante lo anterior, según esta colección de fetuas realizada en la India Mogola y que compila las principales obras de los seguidores de Abū Ḥanīfa, si alguno de los socios adquiriera por herencia, legado o donación (los tres supuestos previstos por el precepto español), la consecuencia jurídica no sería la no inclusión en el capital social. En el *fiqh* de esta escuela, la sociedad de *mufāwada* se anularía para transformarse en otro tipo: *'inān*.

^b(الفصل الخامس في تصرف أحد المفاوضين في مال المفاوضة) قال محمد رحمه الله تعالى لكل واحد من المتفاوضين أن يشتري بجنس ما في يده مكيلاً أو موزوناً فإن اشتري بذلك الجنس جاز وإن اشتري بما ليس في يده من ذلك الجنس بأن اشتري بالدنانير أو الدراهم وليس في يده دراهم ولا دنانير كان المشتري خاصة للمشتري ولا يجوز شراؤه على الشركة*²⁶⁵¹

Otra respuesta de esta misma recopilación, la cual encabeza el capítulo quinto dedicado a la disposición de uno de los socios del capital de la sociedad, impone otra restricción más. Si uno de los dos comprara cualquier cosa, ha de utilizar como precio el tipo de bien social que tuviera en sus manos, fuere de los que se caracteriza por su medida (litros de aceite, por ejemplo, o por su peso, arrobas de trigo). En el supuesto que el socio tuviera en sus manos un capital social consistente en dinares o *dirhams*, ha de utilizarlos como precio, si la compra de la cosa se realizara a cambio de aceite o trigo, el contrato únicamente afectaría al socio, adquiriendo lo comprado como bien privativo, no como bien social, es decir, en copropiedad con su socio. Esto supone una cortapisa a la actuación de los contratantes y nos confirma que, más que una sociedad, centro de imputación de derechos y obligaciones, estamos ante una comunidad de bienes cuya disposición con el fin de comprar otros provoca una sustitución de las cosas tenidas en común, Según esta tendencia objetiva, la sociedad consistiría en que unos bienes regidos por las normas de la comunidad de bienes, son sustituidos por otros que ocupan la misma posición; en ningún caso, los juristas musulmanes regulan una entidad, la sociedad, con un capital vivo. Por eso, la compra a cambio de un bien privativo implica la adquisición de un bien privativo; si el precio fuera un bien social, el bien conseguido tendría la misma calificación. Se trata, como ya puntualizamos, de una reglamentación muy similar a la sociedad de gananciales conyugal.

^cوسئل سيدي عبد الرحمن الوغليسي عن عنده ولد يخدم معه في الحرث والبيع والشراء والرعاية مدة من الزمان، هل يكون شريكاً مع أبيه فيما بيده من المال أو إلا فيما خدم، وإن قلتم فيما خدمه وليس له رأس المال، هل له الأجرة أو يكون شريكاً معه؟

a (Capítulo cuarto: lo que anula la *mufāwada* y lo que no la anula) Si uno de los socios se beneficiara de lo que no está permitido en el contrato de sociedad, como por herencia, donación, legado o similar, y se hiciera con él, la *mufāwada* se anularía y la sociedad de ambos se convertiría en una de *'inān*; así se establece en *al-Sarāyiyā**.

b (Capítulo quinto: sobre la disposición de uno de los socios sobre el patrimonio de la *mufāwada*) Muḥammad, Dios el Altísimo esté satisfecho de él, ha dicho que cada socio puede comprar según el tipo de bien que tenga en sus manos, según medidas o peso; si comprara con esa clase de bien, la compra sería válida. Si comprara a cambio de un bien que no tuviera en su mano, a cambio de dinares o *dirhams*, sin que tuviera en sus manos ni dinares ni *dirhams*, lo comprado sería privativo del comprador, no sería válida su compra para la sociedad*.

c Sīdī 'Abd-l-Raḥmān al-Waglīsī fue preguntado por quien tiene un hijo que sirve con él en el arado, la venta, la compra y el pastoreo durante un período de tiempo. ¿Es socio de su padre en el patrimonio que tiene en sus manos o únicamente en lo que trabaja? Si dijerais en lo que trabaja y que no tiene capital, ¿tendría derecho a renta o sería socio con él?

Contestó: el hijo tendría derecho a la renta acostumbrada por todos sus servicios, salvo que entraran en sociedad por la labranza, en cuyo caso se estaría al contrato entre ellos. Están en las fetuas de *al-Māzūnī*. Y encontré de puño y letra de varias de ellos, recogiendo lo dicho por Sīdī 'Abd al-Karīm al-Yāzagī, lo que sigue:

Gracias a Dios, dado que el hijo mencionado está con su padre en un único sostén y mesa, a ambos se les aplica el régimen de la sociedad *mufāwada*, ninguna propiedad es en exclusiva de su padre.

En las fetuas de *al-Mi'yār* se establece que quien esté con su padre, su hijo, hermano o los hijos de su hermano, aunque fueran menores, con los gastos a su cargo, salvo que hubieran abandonado a su padre con su hermano en un único sostén, al darse el simple hecho de compartir la mesa, se les consolida el régimen de la sociedad *mufāwada*: ninguno, los mayores o los que estén bajo tutela, tienen nada para sí mismos, sin su padre, hermanos. Todos son socios en lo que tienen en sus manos.

فأجاب: إنما للولد أجره مثله في جميع خدمته إلا أن يدخل على الشركة في الحرث، فيعمل على ما دخلا عليه. من نوازل مازونة. ووجدت بخط بعضهم ناقلاً من خطة العلامة سيدي عبد الكريم اليازغي ما نصه: الحمد لله، حيث كان الولد المذكور مع أبيه على عولة واحدة ومائدة واحدة فهما على حكم شركة المفاوضة، فلا يختص أبوه عنه بشيء من الأملاك. ففي نوازل "المعيار" أن من كان مع والده أو ولده أو أخيه أو أولاد أخيه وإن كانوا محاجير تحت إنفاقه إلا أنهم تركهم والدهم مع أخيه على عولة واحدة، فبمجرد إشتراكهم في المائدة يثبت لهم حكم الشركة والمفاوضة، فلا يختص أكابرهم أم حاضنهم بشيء لنفسه دون أبيه أو إخوانه أو والدهم، والجميع شركاء فيما بأيدهم.²⁶⁵²

Sigue ocupándose al-Fāsī de este tipo de sociedad, *mufāwada*, en el ámbito familiar. El régimen general está fundamentado en una comunidad de bienes de los parientes directos que compartan los gastos de sustento normales; en el texto se habla de estar bajo el mismo sustento y en la misma mesa. En ese caso, el trabajo y todos los bienes pertenecen a todos los miembros de esa unidad por partes iguales. El régimen jurídico tiene similitud con una comunidad de bienes o, quizás en mayor medida, con la sociedad de gananciales matrimonial propia de nuestro ordenamiento. Nuestro Código Civil la define en el artículo 1344: *Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella.*

^aالقول في أحكام القراض.

[...] ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول: إنه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض، وإن لكل واحد منهما فسخه ما لم يشرع العامل في القراض.

وإختلفوا إذا شرع العامل، فقال مالك: هو لازم، وهو عقد يورث، فإن مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم، ولم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة: لكل واحد منهم الفسخ إذا شاء وليس هو عقد يورث. فمالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر، ورآه من العقود الموروثة. والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما بعد الشروع في العمل²⁶⁵³.

Averroes, siguiendo la doctrina de Mālik, explica que el contrato únicamente es obligatorio para las partes -dejan de tener la facultad de rescindirlo libremente- una vez que el socio trabajador ha comenzado su labor; esta posición del partícipe es transmisible *mortis causa* según el jurista de Medina. Este régimen favorece la independencia de la sociedad de los contratantes. Sin embargo, el resto de las escuelas no está de acuerdo con este posicionamiento, manteniendo que cualquiera de los socios puede poner fin al contrato sin obstáculos en cualquier momento: un planteamiento que refleja un individualismo que aboga por la disolución de la sociedad sin cortapisas.

^bالقول في شركة الوجوه

^a Sobre el régimen de la sociedad *al-qirāḍ*.

[...] Empezamos con las consecuencias del contrato y decimos: los ulemas son unánimes en que la obligatoriedad no es una de las consecuencias del contrato de *al-qirāḍ*, pues cada uno de los dos puede rescindirlo mientras no haya comenzado el trabajo en el mismo.

Difieren en el caso de que el socio trabajador hubiera empezado su labor. Mālik opina: sería obligatorio y un contrato que se transmite por herencia; si muriera y el socio trabajador tuviera hijos de fiar, permanecerían en la sociedad en el lugar de su padre. Si no fueran de fiar, podrían aportar personas de fiar. Al-Šāfi'ī y Abū Ḥanīfa han dicho: cada uno de ellos puede rescindir cuando lo desee, no siendo un contrato que se herede. Mālik lo hace obligatorio después del comienzo del trabajo por el perjuicio que se pudiera causar y lo considera entre los contratos que se heredan. La segunda diferencia es que asimila el comienzo del trabajo con el momento posterior al comienzo del mismo.

^b Las opiniones sobre la *šarika-l-ūyūh*.

[...]

Las opiniones sobre el régimen jurídico de la sociedad válida.

Es un contrato de los de tipo válido, no de los obligatorios; es decir, cada uno de los socios puede separarse de la sociedad cuando lo desee. Es un trato que no es heredable. Los gastos y vestidos de ambos se cubren a cargo del patrimonio de la sociedad, si la posición familiar de ambos es cercana y no se sale del gasto normal para ellos. Cada uno de los socios puede dar a otra mercancía para comerciar, entrar en una sociedad de comandita o realizar un depósito si fuera necesario. No es válida la donación de nada del patrimonio de la sociedad ni la actuación que no sea en beneficio de ambos.

En cuanto a la negligencia en algo o la extralimitación, debe indemnizar; por ejemplo entregar un bien del negocio sin testimonio y el que toma la posesión la niega, debe responder porque ha sido negligente al aportar testigos. Puede aceptar la cosa defectuosa en la compra; no es válida la confesión de uno de los socios frente a quien lo acuse, pero sí es válido que cese o nombre delegado. Por acuerdo, no responde por los bienes que se marchan del negocio. No es válido que el socio negociador se asocie en comandita con otro sin permiso de su socio. Cada uno asume la posición del otro

[...]

القول في أحكام الشركة الصحيحة

وهي من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة: أي لأحد الشريكين أن ينفصل من الشركة متى شاء، وهي عقد غير موروث، ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة إذا تقاربا في العيال ولم يخرجوا من نفقة مثلهما ويجوز لأحد الشريكين أن يبضع وأن يقارض وأن يودع إذا دعت إلى ذلك الضرورة، ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة، ولا أن يتصرف فيه إلا تصرفاً يرى أنه نظر لهما.

وأما من قصر في شيء أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالاً من التجارة فلا يشهد وينكره القابض، فإنه يضمن لأنه قصر إذ لم يشهد، وله أن يقبل الشيء المغيب في الشراء وإقرار أحد الشريكين في مال لمن يتهم عليه لا يجوز، وتجوز إقالته وتوليته، ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق، ولا يجوز للشريك المفاوض أن يقارض غيره إلا بإذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له عليه في مال التجارة، وفروع هذا الباب كثيرة²⁶⁵⁴.

Averroes termina el libro dedicado a la sociedad con el régimen jurídico del contrato válido. Hay que aclarar que bajo este epígrafe únicamente incluye las sociedades de *al-ʿīnān* (cada uno aporta un capital y comercia con ellos repartiéndose los beneficios según acuerden), *al-mufāwaḍa* (cada socio es delegado del otro y fiador), *al-ʿabdān* (cada socio aporta su trabajo) y *al-ūyūh* (compran en común bienes para comerciar). En el capítulo resulta muy llamativo que el filósofo literalmente utilice la expresión *capital de la sociedad* para referirse a las aportaciones de los socios. Si no hubiéramos contrastado con la regulación completa, este sintagma nos conduciría a dotar a la sociedad de personalidad jurídica. En primer lugar, hay que destacar que los contratantes pueden libremente, cuando lo deseen, abandonar la situación de sociedad (o, como vimos, de comunidad de bienes); esta facultad nos muestra que la situación jurídica derivada del contrato es muy inestable y cada participante, sin indemnización, está facultado para dejarla, sin más. La voluntad individual está privilegiada frente al interés común; así mismo, los herederos nunca ocuparían el lugar de su causante en la sociedad. Ahora bien, se permite a cada uno un margen de actuación bastante amplio, siempre en beneficio de ambos; la donación de los bienes sociales está prohibida. Otro hecho digno de mención sería que la responsabilidad no se exigiría únicamente por extralimitación en las instrucciones, como en la comandita, sino también en la simple negligencia según los usos comerciales.

^a(قوله إذن إلخ) أن يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في أن يتصرف للأذن ولنفسه في مال لا يتصرف للأذن وحده وإلا كان وكالة والمراد إذن كل منهما للأخر في التصرف ولو في ثاني حال أي بعد العقد وحينئذ فيشمل التعريف شركة المفاوضة وشركة الذمم [...] (قوله ولزمت بما يدل عليه عرفاً) أي سواء كان قولاً كما ذكر المصنف أو فعلاً كخبط المالين والتجر فيهما والحاصل أنها تلزم بكل ما يدل عليه عرفاً سواء كان قولان فقط أو فعلاً وأولى إذا اجتمعا وما ذكر المصنف من لزومها بالقول هو الذي لإبن يونس وعياض وفي التنبيهات الشركة عقد يلزم بالقول كسائر العقود والمعاضات وهذا مذهب إبن القاسم ومذهب غيره أنها لا تلزم إلا بخلط المالين إنضم لذلك قول أن لا ثم أنه الظاهر من قوله ولزمت بما يدل إلخ ولو كان تلك الشركة شركة زرع وهن أحد القولين والأخر لا تلزم إلا بالعمل والأول لسحنون والثاني لإبن القاسم²⁶⁵⁵.

Al-Dasūqī, el profesor decimonónico de la Universidad cairota de al-Azhar²⁶⁵⁶, en su glosa de una obra de la escuela *mālikī*, refleja una polémica dentro de la escuela. Comprobamos con el texto anterior que el contrato de sociedad no es obligatorio para las partes hasta la realización del

en las deudas por el patrimonio del negocio. Las derivaciones de esta materia son muchas.

a (Y su expresión *permiso*, etc.) Es decir, que cada uno de los socios autoriza a su compañero a que se actúe por el poderdante y por sí mismo con el patrimonio; no que procede por el poderdante únicamente, pues sería una delegación, cuando lo que se busca es la autorización de cada uno hacia el otro en la actuación, aunque fuera en un segundo caso, es decir, después del contrato. Entonces, la definición incluye la sociedad de *al-mufāwaḍa* y la sociedad de *al-ḡimam*[...] (Su expresión y se convierte en obligatorio según dicte la costumbre) Es decir, tanto si es oral como menciona *al-Muṣannaf* o fáctico, como la mezcla de las aportaciones y el comercio entre ellos. El resultado es que deviene obligatorio con cualquier cosa que lo indique, según la costumbre, tanto si es de carácter oral únicamente o únicamente fáctico y con más razón si se juntan ambos. Y lo que menciona *al-Muṣannaf* sobre la obligatoriedad de la palabra en la opinión de Ibn Yūnus e 'Iyyāḍ y en *al-Tanbīhāt*: la sociedad es un contrato obligatorio por las palabras expresadas, como el resto de los contratos y las contraprestaciones y esta es la corriente de Ibn al-Qāsim; la otra corriente es que no es obligatoria más que con la mezcla de las aportaciones, tanto se va unida a una expresión oral o no. Y es la literalidad de su expresión y se convierte en obligatorio con lo que indique, etc. Y si la sociedad fuera una sociedad de siembra, es una de las opiniones y la otra es que no es obligatorio más que con el trabajo; la primera es la opinión de Saḥnūn y la segunda de Ibn al-Qāsim.

trabajo en cuestión. En opinión de al-Dardīr, sería vinculante según dicte la costumbre: mediante una expresión oral o por los hechos como la mezcla de las aportaciones. No obstante, los seguidores de Mālik b. Anas están divididos y algunos admiten que una declaración suponga la vinculación de las partes con el contenido del negocio jurídico y otros únicamente lo entiende así con el comienzo de la actividad en que consista la sociedad. Asimismo, en las sociedades de *al-mufāwāḍa* y *al-ḍimam* ambas partes actúan en nombre y representación de sí mismas y de la otra; nunca en nombre la sociedad, cada individuo conserva su propia esfera jurídica.

[الخماس يعقد الشركة مع صاحب البقر ثم يغيب]^a

وسئل عن خماس عقد الشركة مع صاحب البقر ثم غاب قبل الشروع في العمل فحرث صاحب البقر أياماً فقدم الخماس فقال لا أحرث حتى تدخلني فيما حرثت بيدك وأنا غائب، وأدخله فيه حرث، فهل يجوز هذا أم لا؟
فأجاب: أما على القول بأن الشركة لا تلزم إلا بالشروع، وعليه العمل، فلا يجوز هذا، لأن العقد اليوم لزم، فكأنه عقد معه الشركة على أن أعطي خمس هذا المحروث المجهول، ولا يجوز. على القول بأنها تلزم بالعقد يجوز، لأنه مجرد طوع، فلو غاب بعد ما شرع لجاز أن يدخله فيه إتيافاً، لأنه هبة خمس من هذا الحرث، فلو حرثه آخر بعدما شرع الخماس لكان ذلك للخماس، بدليل مسألة المساقاة...²⁶⁵⁷

Esta fetua recogida en el *Mi'yār* plantea la misma cuestión acerca de cuándo el contrato de sociedad se considera vinculante para las partes, en concreto, en el caso de la sociedad de *jummās*. El autor de la respuesta señala que existen dos posturas en la escuela: la que hace coincidir ese momento con la perfección del contrato y la que, según él es la correcta, la retrasa hasta el comienzo del trabajo del socio.

a [El *jummās* contrata la sociedad con el dueño de las vacas y después se ausenta].

Se le preguntó sobre un *jummās* que contrata una sociedad con el dueño de las vacas; posteriormente se ausenta antes de comenzar a trabajar. El dueño de las vacas ara durante varios días. El *jummās* se presenta y le dice que no are hasta que lo incluya en lo que hubiera arado mientras estuvo ausente, incluyéndolo en ello. ¿Sería válido esto o no?

Contestó: para la opinión que afirma que la sociedad no es vinculante hasta que se comienza el trabajo, que es la que hay que aplicar, no sería válido, porque la sociedad en ese momento es vinculante. Sería como contratar con él una sociedad a cambio de darle el quinto de esto que está arado y es desconocido; eso no es válido. Para la opinión que afirma que es vinculante con el contrato, sería válido, porque sería una simple liberalidad. Si lo incluyera después de haber comenzado su labor, sería válido y todos están de acuerdo, porque sería una donación del quinto de lo arado; si lo arara otro después de que el *jummās* hubiera comenzado el trabajo, sería para este, en virtud de la cuestión en la *musāqā*...

a(فصل)* وأما صفة عقد الشركة فهي أنها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ إلا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه أي بعلمه لو فسخ بمحضر من صاحبه جاز الفسخ وكذا لو كان صاحبه غائباً وعلم بالفسخ وإن كان غائباً ولم يبلغه الفسخ ولم يجز الفسخ ولم يفسخ العقد لأن الفسخ من غير علم صاحبه إضرار بصاحبه ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع ما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا في الوكالة التي تضمنته الشركة وعلى هذا الأصل قال الحسن بن زياد إذا شارك أحد شريكي العنان رجلاً شركة مفوضة أنه إن كان بغير محضر من شريكه لم تكن مفوضة وإن كان بمحضر منه صحت المفوضة لأن المفوضة مع غيره تتضمن فسخ العنان وهو لا يملك الفسخ عند غيبته ويملك عند حضرته وهل يشترط أن يكون مال الشركة عيناً وقت الشركة لصحة الفسخ وهي أن يكون دراهم أو دنانير ذكر الطحاوي أنه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضاً وقت الفسخ لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة ولا رواية أصحابنا في الشركة وفي المضاربة رواية وهي إن رب المال إذا نهي المضارب عن التصرف فإنه ينظر إن كان مال المضاربة وقت النهي دراهم أو دنانير صح النهي لكن له أن يصرف الدارهم إلى دنانير والدنانير إلى دراهم لأنهما في الثمنية جنس واحد فكأنه لم تشتتر بها شيئاً وليس له أن يشتري بها عروضاً وإن كان رأس المال وقت النهي عروضاً فلا يصح نهيها لأنه يحتاج إلى بيعها ليظهر الربح فكان الفسخ إبطالاً لحقه في التصرف فجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وإن كان رأس المال عروضاً ولا يجوز فسخ المضاربة لأن مال الشركة في يد الشريكين جميعاً لهما جميعاً ولاية التصرف يملك كل واحد منهما نهي صاحبه عيناً كان المال أو عروضاً فأما مال المضاربة ففي يد المضارب وولاية التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيها بعد ما صار المال عروضاً²⁶⁵⁸.

En el capítulo dedicado a la calificación del contrato de sociedad entre los diferentes tipos en los que están clasificados, al-Kāshānī lo tipifica como contrato admitido y no vinculante. Cimentamos con esta clasificación nuestra teoría acerca del predominio de la comunidad de bienes en la regulación islámica de la sociedad. En este momento, analizamos también la razón argüida por el ulema para incluirlo entre los contratos no vinculantes y los límites que impone a la libre rescisión por las partes. En primer lugar, si cualquiera de los socios quisiera poner fin a la sociedad tendría que hacerlo en presencia de su socio o poniéndolo en conocimiento de este; mientras su compañero no supiera de la intención del otro, la rescisión no sería válida; este régimen resulta de la aplicación analógica del contrato de delegación, en el que el delegante ha de hacer saber al delegado su destitución, para que esta fuera efectiva. La sociedad incluye una mutua delegación entre los contratantes, por lo que esta regla también ha de regir en ella. En aplicación de esta norma, al-Ḥasan b. Ziyād -compañero de Abū Ḥanīfa que ocupó el cargo de juez de Kūfa en el año 194 de la hégira²⁶⁵⁹- prohíbe a uno de los socios de una sociedad de *'inān* asociarse con otro en una sociedad

a *(Capítulo)* En cuanto a la naturaleza del contrato de sociedad radica en que es un contrato válido no vinculante, de tal manera que cada socio puede rescindirle, pero se exige para la validez de la rescisión que se realice en presencia de su compañero, es decir, con su conocimiento; si lo rescindiera en presencia de su compañero, sería válida, también si estuviera ausente pero la conociera; si estuviera ausente y no le hubiera llegado noticia de la rescisión, esta no sería válida, ni se rescindiría el contrato, porque la rescisión sin conocimiento de su compañero irroga daños a él. Por eso no es válida la destitución del delegado sin su conocimiento. Dado que la sociedad incluye la delegación y el conocimiento del delegado de su destitución es una condición para la validez de la misma, así sucede en la delegación incluida en la sociedad. Con este origen, al-Ḥasan b. Ziyād dijo que, si uno de los socios de una sociedad de *'inān* se asociara con otro en una sociedad de *mufāwāḍa*, sin estar presente su ocio, no sería una sociedad de *mufāwāḍa*; pero si fuera en su presencia, sería válida, porque este tipo de sociedad con otro lleva implícita la rescisión de la sociedad de *'inān*; el socio no puede rescindirla sin la presencia de su compañero, pero sí en su presencia. ¿Es un requisito que el capital social sea un bien en el momento de la sociedad para la validez de la rescisión, siendo dinares o *dirhams*? Al-Ṭahāwī menciona que es un requisito, puesto que si fuera el patrimonio de la sociedad bienes muebles en el momento de la rescisión, esta no sería válida, ni se rescindiría la sociedad; no existe opinión de nuestros jeques para la sociedad y la *mufāwāḍa*. La opinión es que si el dueño del patrimonio negara al socio trabajador actuar con el patrimonio, se miraría si el patrimonio de la *muḍāraba* en el momento de negativa; si fueran dinares o *dirhams*, sería válido, pero podría cambiar los dinares por *dirhams* y viceversa porque ambos, como precios, son de la misma especie, pero no podrían comprar bienes no fungibles. Si en el momento de la negativa el capital fueran bienes no fungibles, no sería esta válida, porque necesitaría venderlos para obtener beneficios, siendo la rescisión la anulación de un derecho para actuar del socio trabajador. Al-Ṭahāwī pone a la sociedad en el lugar de la *muḍāraba*; algunos de nuestros jeques distinguen entre la sociedad y la *muḍāraba* diciendo: es válida la rescisión de la sociedad aunque fuera el capital bienes no fungibles pero no sería válida en la *muḍāraba*. Esto es así porque el capital de la sociedad está en manos de los dos socios y ambos tienen autoridad para disponer de él, así que tienen el derecho ambos a rescindirla, sea el capital dinero o bienes no fungibles. En cuanto al capital de la *muḍāraba*, está en manos del socio trabajador quien tiene el derecho a disponer de él, no el dueño del mismo; por eso el socio capitalista no puede rescindir la *muḍāraba* después haberse transformado los bienes en no fungibles.

de *mufāwada* sin la presencia de su compañero, pues esta implicaría la rescisión de aquella. Sin embargo, existe controversia sobre la posibilidad de la rescisión una vez que se hubiera transformado el capital social de bienes fungibles que realizan la función de bienes de cambio, dinares y *dirhams*, en bienes no fungibles, fundamentalmente bienes muebles con los que se comercia. Existe acuerdo en la escuela en negar validez a la misma en la *muḍāraba*; una vez que el socio trabajador ha convertido el dinero en bienes para traficar con ellos, el socio capitalista no puede negarle la capacidad de actuación, estando vinculado al contrato perfeccionado entre ellos. En el resto de sociedades, al-Ṭaḥāwī aplica el mismo criterio pero el resto de los miembros de la escuela consideran que cada socio mantiene la facultad de rescindir. Hay que hacer notar que entre los *ḥanafties* la pauta para convertir el contrato en obligatorio para las partes se fundamenta en la naturaleza del capital social, sea o no dinero o bienes comerciales. Para los *mālikīes*, como comprobamos en el texto anterior, la cuestión radicaría en el comienzo o no de la actividad a la que se dedican los socios.

5972^a- حدثنا [...]، أنه كان يكره أن يُكري الرجل الأرض من أخيه بالثلث والربع فأما وجه هذا الباب من طريق النظر فإن ذلك كما قد قال أهل المقالة الأولى: إن ذلك لا يجوز في المزارعة والمعاملة والمساقاة إلا بالdraهم والدنانير والعروض. وذلك أن الذين قد أجازوا المساقاة في ذلك زعموا أنهم قد شبهوها بالمضاربة وهي المال يدفعه الرجل إلى الرجل على أن يعمل به على النصف أو الثلث أو الربع فكل قد أجمع على جواز ذلك وقام ذلك مقام الإستئجار بالمال المعلوم. قالوا: فكذلك المساقاة تقوم النخل المدفوعة مقام رأس المال في المضاربة ويكون الحادث عنها من الثمر مثل الحادث عن المال من الربح. فكانت حجتنا عليهم في ذلك أن المضاربة إنما يثبت فيها الربح بعد سلامة رأس المال ووصوله إلى يدي رب المال ولم ير المزارعة ولا المساقاة فُعل ذلك فيهما. ألا ترى أ، المساقاة في قول من يجيزها لو أثمرت النخل فجر عنها الثمر ثم إحترقت النخل وسلم الثمر كان ذلك الثمر بين رب النخل والمساقى على ما إشتراط فيهما. ولم يمنع من ذلك عدم النخل المدفوعة كما يمنع عدم رأس المال في المضاربة من الربح. وكانت المساقاة والمزارعة إذا عُقدتا لا إلى وقت معلوم كانتا فاسدتين ولا تجوزان إلا إلى وقت معلوم.

a 5972- Nos habló [...] que él consideraba odioso -una acción que el *fiqh* prefiere que no se realice, pero que si una persona la llevara a cabo, sería válida jurídicamente- que un hombre alquilara la tierra de su hermano por un tercio y un cuarto. En cuanto al punto de vista de esto, es, como los autores de la primera opinión: esto no es válido en la *muzāra'a*, la *mu'amala* ni en la *musāqā*.

Eso es así, porque los que consideran válida la *musāqā* en este punto afirman que ellos la comparan con la *muḍāraba*, que consiste en que un hombre entrega un capital a otro con la condición de que trabaje con él a cambio de la mitad, un tercio o un cuarto. Todos están de acuerdo en la validez de esto y esto ocupa el lugar del arrendamiento a cambio de un dinero determinado.

Dijeron: también en la *musāqā* el palmeral ocupa el lugar del capital en la *muḍāraba*, siendo los dátiles que produzca como los beneficios que produce el capital.

Su razonamiento para ello estriba en que en la *muḍāraba* solo se asegura el beneficio después de asegurar el capital, con su llegada a manos del socio capitalista; mientras, no se ve que en la *muzāra'a* ni en la *musāqā* se haga esto.

¿Acaso no ves que la *musāqā*, en palabras de quien la considera válida, si el palmeral diera frutos, se hiciera acopio de los mismos y posteriormente se quemaran las palmeras salvándose los frutos, estos se repartirían entre el dueño del palmeral y el regante, según hubieran estipulado?

No impide este reparto la ausencia de las palmeras entregadas, como sí lo impide la ausencia de capital en la *muḍāraba*. La *musāqā* y la *muzāra'a*, si se perfeccionaran sus contratos, si no se estipula el plazo de las mismas, serían nulas, pues no serían válidas más que por un plazo conocido.

La *muḍāraba* es válida aunque no sea por un plazo determinado. El socio trabajador puede abandonar su labor después de haber tomado posesión del capital cuando le plazca y no se le puede obligar a continuar. El socio capitalista puede también tomar el capital de manos de su socio cuando guste, quiera este o no.

Ni en la *musāqā* ni en la *muzāra'a* se da esto, porque vemos que el regante, si se negara a trabajar después de perfeccionarse el contrato, sería obligado a ello; si el dueño de las palmeras quisiera recuperarlas y rescindir la *musāqā*, no podría hasta que terminara el plazo que estipularon. El contrato de la *muḍāraba* es un contrato que no es obligatoria su vinculación ni para el socio capitalista ni para el trabajador; el trabajador trabaja con el capital mientras ambos estén de acuerdo.

El regante es obligado a cumplir con lo que le exige el contrato, tanto a él como al dueño del palmeral.

La *muḍāraba* se asemeja a la sociedad en lo que hemos mencionado y la *musāqā* al arrendamiento en lo que hemos descrito.

وكانت المضاربة تجوز لا إلى وقت معلوم وكان المضارب له أن يتمتع بعد أخذ المال الضاربة من العمل بذلك متى أحب ولا يُجبر على ذلك وقد كان لرب المال أيضاً أن يأخذ المال من يده متى أحب شاء ذلك المضارب أو أبي. وليست المساقاة ولا المزارعة كذلك لأننا رأينا المساقى إذا أبقى العمل بعد وقوع عقد المساقاة أُجبر على ذلك وإن أراد رب النخل أخذها منه ونقض المساقاة لم يكن ذلك له حتى تنتضي المدة التي قد تعاقدا عليها. فكان عقد المضاربة عقداً لا يوجب إلزام واحد من رب المال ولا من المضارب وإنما يعمل المضارب بذلك المال ما كان هو ورب المال متفقين على ذلك. وكانت المساقى يُجبر على الوفاء بما يُوجبه عقدها كل واحد من رب المنخل ومن المساقى. وأشبهت المضاربة الشركة فيما ذكرنا وأشبهت المساقاة الإجارة فيما قد وصفنا²⁶⁶⁰.

El ulema *ḥanafī* al-Ṭahāwī en este texto compara tres tipos de contratos colaborativos: *muḍāraba*, *musāqā* y *muzāra'a*. Esta confrontación de sus respectivos regímenes jurídicos gira en torno al eje de la prohibición del arrendamiento a cambio de una renta indeterminada. En puridad, estos tres contratos son susceptibles de encuadrar como tipos de arrendamiento, pero, se incurriría en esta infracción del principio del riesgo proscrito. Esta cuestión se tratará en el próximo epígrafe. En este momento, nos llama la atención como la *muḍāraba*, o sociedad en comandita, en opinión de este jurista, es un negocio más cercano a la sociedad que los otros dos, pues los socios son libres de poner fin a la misma en cualquier momento en el que lo deseen. Las otras relaciones, de carácter agrícola y no mercantil, están sujetas a un plazo que se ha de fijar en el contrato, como sucede en el arrendamiento; por tanto, los socios han de cumplir con la prestación a la que se obligaron durante la vigencia del mismo. Se deduce de este razonamiento que en el *fiqh* la sociedad da lugar a una relación jurídica muy inestable, ya que el simple deseo de uno de los participantes la extingue. Cuanto más mudable sea la situación, más se aleja de la personalidad jurídica, que garantiza una mayor permanencia en el tiempo.

^aوإختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف، مثل أن يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع، أو تعيين جنس ما من البيع، أن تعيين موضع التجارة، أو تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس ما من السلع لا يجوز ذلك إلا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتاً ما من أوقات السنة؛ وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشتراط عليه، وإن تصرف في غير ما اشتراط عليه ضمن فمالك والشافعي رأيا أن هذا الإشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك؛ وأبو حنيفة إستخف الغرر الموجود في ذلك، كما لو إشتراط عليه أن لا يشتري جنساً ما من السلع لكان على شرطه في ذلك الإجماع²⁶⁶¹.

Averroes, a medio camino entre la aplicación de la regla sobre la prohibición del *garar* y la regulación de las relaciones entre los socios, nos comenta una interesante polémica entre las distintas escuelas jurídicas acerca de las estipulaciones que se le permite al socio capitalista incluir en el contrato de *muḍāraba*. En concreto, se trata de establecer si las limitaciones a la actuación del socio trabajador son válidas o no; entre ellas se encuentran las condiciones relacionadas con acotar el tipo de mercancía, el lugar o las personas con las que comerciar. Mālik y al-Šāfi'ī anulan la condición de determinar el tipo de mercancía, excepto si no fueran de temporada, por considerar que es excesiva y aumenta el riesgo en la sociedad. Por su parte, Abū Ḥanīfa no ve inconveniente en dicha estipulación. Los ulemas sí están de acuerdo en la validez de la cláusula de prohibición de comerciar con determinadas mercancías. En este debate subyace la cuestión de admitir una mayor libertad en los actos del socio comerciante o permitir que el socio capitalista constriña su actuación. Esta segunda opción lo acerca al mandato y la delegación, mientras que la segunda abre una puerta a una mayor autonomía para la acción social. Esta pseudo-independencia, unida a favorecer su continuidad *mortis causa*, como en algún ejemplo anterior, supondría un paso significativo en desprender la sociedad de la personalidad de los socios, mas los *fuqahā'* no terminan de tomar esa senda.

a Están en desacuerdo acerca de la estipulación del socio capitalista sobre el trabajador en la que le especifica su campo de actuación. Así, por ejemplo, si estipulara delimitar la clase de mercancías, o el tipo de venta, o determinar el lugar en el que ha de comerciar, o en la clase de personas con las que ha de comerciar. Mālik y al-Šāfi'ī opinan que estipular la clase de mercancía no es válido, salvo que esa clase sea de las que no cambian con las estaciones del año. Abū Ḥanīfa hace obligatoria para él lo que se hubiera estipulado; si actuara de distinta manera, debe indemnizar. Mālik y al-Šāfi'ī consideran que esta estipulación se encuadraría como una limitación excesiva del socio trabajador, aumentando el riesgo con ello. Abū Ḥanīfa rebaja la importancia del riesgo presente en ello, como si estipulara que no compre un tipo de mercancías, que se estaría a esa condición por consenso.

ولا خلاف بينهم أن المقارض إنما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال، وأنه إن خسر ثم أتجر ثم ربح جبر الخسران من الربح²⁶⁶².

La posición de ambos socios en la *qirād* está perfectamente delimitada, continúa el cordobés; el trabajador no puede liquidar la parte que le corresponde de los beneficios hasta que se haya restituido íntegramente el capital entregado por el socio capitalista. Este régimen, en el cual todas las escuelas coinciden, apunta también a este sesgo individualista del contrato de sociedad según el *fiqh*. Siempre permanece nítido el derecho e interés de los participantes, sin que se mezclen en una esfera jurídica ajena a los mismos.

^aوسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عن أخذ قراضات كثيرة وكان قادراً على العمل فيها وخطها كما هو جائز له عند ابن القاسم، وصار الأموال مالا واحداً وأتجر فيها وقبل النضوض من ذلك، وأعطى بعضها دون بعض. فأجاب: إنه ممنوع من ذلك. قال في الرسالة: ولا يقتسمان الربح حتى نض رأس المال. قال القلمشاني عليها: لأنهما إذا اقتسما قبل النضوض، ثم حصل في المال وضعية جبراً مما اقتسماه من الربح، فلم يكن للاقتسام معنى. قال ابن المواز: أخبرني بعض أصحاب مالك عنه: أنه لا يجوز أن يتفاضلا حتى يحضر جميع المال، ثم قبض رأس ماله، ثم يقتسمان الربح. وحكي ابن حبيب عن مالك وربيعة والليث وغيرهم أن العامل إذا أخبر رب المال بما نقص رأس المال فقال: أعمل بما بقي، فقد أسقط عنك ما ذهب، فهو قراض مؤتلف إذا بينه هكذا. قال ابن حبيب: وأما إذا كان العامل ذكر لرب المال على وجه الإختيار لا على وجه المفصلة أنه خسر في المال، فحكم القراض الأول باق، يعني فما حصل من ربح بعد ذلك، فإنه يجبر الضائع من رأس المال، وإختار الأشياخ قول ابن حبيب. ومفاده مفاد غيره محاصة كل غيره في نازلتنا، ولا يسند أحد بشيء من ربح ومال غيره ويدخله ما في الفس من قضاء بعض غرمانه دون بعض ومذهبنا الجواز مالم يفس. وقال ابن قاسم: لا يجوز، وورواه عن مالك²⁶⁶³.

La regulación enunciada por Averroes sobre la prohibición para el trabajador de tomar su parte de los beneficios, mientras el socio capitalista no haya recuperado y tomado posesión del capital que entregó, sigue vigente en el siglo XIX; así se recoge en esta respuesta jurisprudencial de Muḥammad b. al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī. Este ulema de Fez, a su vez se apoya en varios alfaquíes de su escuela. La necesidad de que el socio capitalista tome posesión física de su capital antes de repartir los beneficios lastra las relaciones sociales, ya que la división del beneficio es una operación muy rígida; es un régimen que dificulta la continuidad de la labor del partícipe comerciante, que para obtener su parte, debe previamente entregar físicamente el capital. Este régimen, por contra, quita las posibles trabas a la disolución de la sociedad.

Las disposiciones de los ulemas clásicos y postclásicos han inspirado la legislación de los países musulmanes y se han realizado intentos de codificar las misma según el modelo de los códigos civiles europeos. Uno de los más destacados se produjo a finales del Imperio Otomano.

a Abū Zayd Sīdī 'Abd-l-Raḥmān al-Ḥa'ik fue preguntado sobre quien tomó muchas *qirādāt*, siendo capaz de trabajar en todas ellas, mezclando sus capitales, lo cual permite Ibn al-Qāsim, de tal manera que se convierten en un único patrimonio. Este comerció con él y antes de liquidarlas, entrega algunas y otras no.

Contestó: eso está prohibido. Dijo en su *Risāla*: no se reparten el beneficio hasta que no se liquide el capital. Al-Qalṣānī dijo al respecto: porque ambos, si lo repartieran antes de liquidarlo y se produjera en el capital pérdidas, se tomaría del beneficio que se hubiera repartido, no teniendo la partición sentido. Ibn al-Mawāz dijo: algunos compañeros nos han informado de Mālik lo siguiente: no es válido que se repartan antes de que se haga presente todo el capital, después tome posesión del mismo y, finalmente, se repartan los beneficios. Ibn Ḥabīb ha relatado de Mālik, Rabī'a, al-Layṭ y otros que el trabajador, si informara al socio capitalista de que en el capital hay pérdida y este dijera que trabajara con lo que restara, decaería en su derecho sobre la pérdida, sería una *qirād* reanudada, si se demostrara eso. Ibn Ḥabīb dijo: si el trabajador hubiera mencionado al socio capitalista, de forma informativo y no para partir, que había tenido pérdidas en el capital, el régimen de la primera *qirād* se mantendría, es decir, los beneficios que hubiera conseguido después se aplicarían forzosamente a lo que se hubiera perdido del capital. Los jeques han preferido la opinión de Ibn Ḥabīb. Y lo útil de todo esto está en nuestra fetua; nadie se apoya en el beneficio y el dinero de otro para incluirlo en la quiebra, para pagar a unos acreedores y no a otros. Nuestra escuela es que se permite mientras no quiebre. Ibn al-Qāsim ha dicho: no es válido y lo sustenta en Mālik.

a المادة (1379)- (لكل واحد من الشريكين إيداع أو إبطاع مال الشركة وإعطاؤه مضاربة وله أن يعقد إيجاراً أي أن له أن يستأجر حانوتاً أو أجيراً لحفظ مال الشركة لكن ليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا أن يعقد شركة مع آخر بدون إذن شريكه فإذا فعل وضاع ما للشركة يكون ضامناً حصة شريكه)
 [...] وإن كان المقصود من الشركاء هنا الشركاء عناناً بناء على البحث الذي ورد قبيل المادة (1365) إلا أنه لما كان بعض أحكام هذه المادة جائزاً في شركة المفاوضة فتعميماً للفائدة قد جعلت المسألة شاملة للشريكين²⁶⁶⁴.

Este artículo de la *Mayalla*, en principio aplicable a la sociedad de *'inān* pero, como reconoce el comentarista del mismo extensible a la de *mufāwada*, además de permitir algunas actuaciones del socio sobre el capital social, contiene una prohibición muy significativa (salvo permiso de su compañero): no le está permitido mezclar sus bienes privativos con los sociales; si así lo hiciera y estos sufrieran cualquier menoscabo, habría de indemnizar por la parte que le corresponde a su socio, aun si la destrucción fuera por un hecho fortuito sin intervención de él. Esta norma deja patente el carácter individualista de la regulación de los contratos colaborativos en el derecho islámico. No obstante, el patrimonio que conforma el capital social sí se le dota de cierta individualidad: los socios tienen vedado mezclar sus bienes privativos con los comunes; artículo 1379 de la *Mayalla*.

b [من أخذ قراضاً قراريط هل يجوز أن يردها دنانير؟]
 وسئل عن رجل أخذ قراضاً بدينارين إثنين ذهباً ثمنيات وخرىبات، هل يجوز أن يعطي دينارين إثنين كبيرين الضرب؟ وكذا إن أخذ منه دراهم نصفها جديدة ونصفها قديمة قبضها على وجه القراض، هل يعيدها عليه من صنف واحد أم لا؟ وفيمن تسلف ديناراً قائماً فهل يقبضه ربيعات وثمانيات وخريريات مفترقات عن كرات؟
 فأجاب: يجوز في المسائل الثلاث ما ذكره السائل والله أعلم، ولا يصح أن يأخذ العامل من الربح قبل قبض رب المال رأس ماله ولو أذن له في ذلك رب المال، ويرد ما قبض ولا يفسد القراض.
 قيل وكذا وقع في الموطأ وغيره. وذكر ابن رشد عن ابن حبيب جواز ذلك قبل المفصلة، وإذا كان عندها وقعت وضعية رد ما أخذ حتى جبر رأس المال²⁶⁶⁵.

Esta fetua, tomada del *Mi 'yār*, confirma las tesis mantenidas por Averroes, según las cuales se prohíbe al socio trabajador cobrarse sus beneficios sin antes haber devuelto el capital al socio capitalista. También se hace eco de una corriente, más laxa, que sí permite esa toma de posesión mientras no se hubiera procedido a la partición. Asimismo, el ulema, cuyo nombre no es mencionado, sí permite que la devolución del capital se realice en otro tipo de monedas, no exactamente en la clase que entregó el socio capitalista para constituir la sociedad de *qirāḍ*. En el fragmento aparecen designadas varios tipos, con pesos y medidas diferentes. Ante la falta de espacio, no hemos considerado oportuno detenernos en el asunto. Si algún investigador estuviera atraído por este tema, podría comenzar su estudio con la tesis magisterial, del alumno de la Universidad argelina al-Ḥāy Lajḍar, Batna, Mas'ud Karbū', del año 2012, sobre las fetuas dinerarias, de medidas y pesos en *al-Mi 'yār*²⁶⁶⁶.

a Artículo 1379: cada uno de los socios puede depositar o dar a otro para que comercie el capital de la sociedad; también darlo como *muḍāraba*. Puede concluir un contrato de arrendamiento, por ejemplo, alquilando un local comercial o contratando a un trabajador para guardar el capital social. Sin embargo, no puede mezclar sus bienes con los de la sociedad, ni concluir una sociedad con otro sin el permiso de su socio; si lo hiciera y se perdiera el capital de la sociedad, debería indemnizar por la parte de su socio.

[...] A pesar de que lo que se entiende a aquí por socios es los socios de una sociedad de *'inān*, en virtud de lo establecido en el artículo 1365, algunos de los preceptos de este artículo son válidos para la sociedad de *mufāwada*. De ahí que se generalice lo dispuesto en este artículo, comprendiendo a los dos tipos de sociedad.

b [Quien toma como *qirāḍ qarārīṭ* (unidad de peso de oro y plata) ¿es válido devolverle dinares?].

Se le interrogó por un hombre que había tomado en concepto de *qirāḍ* dos dinares de oro como cambio o en moneda de *jarībūbāt*. ¿Es lícito que darle dos dinares de gran acuñación? Así, si tomara de él un *dirham*, mitad nuevo y mitad antiguo, toma posesión de ellos en concepto de *qirāḍ*. ¿Se le devuelve de una sola clase o no? Quien entrega un dinar de un tipo, lo toma de diferentes formas?

Contestó: Son válidos los tres supuestos referidos por quien pregunta; no es correcto que el trabajador tome su parte de los beneficios antes de que el socio capitalista tome posesión del capital, aunque le hubiera autorizado a ello; devolvería lo que hubiera tomado y no se anularía la *qirāḍ*.

Se dice, y así se recoge en *al-Muwatta'*, y otras obras. Ibn Ruṣd menciona de Ibn Ḥabīb su validez antes de repartir. Si ocurrieran pérdidas, devolvería lo que hubiera tomado para que de ese capital las asuma.

فصل. * (في إجارة الأرض البيضاء وذات النخل) *

وسألت يا أمير المؤمنين عن المزارعة في الأرض البيضاء بالنصف والثلث فإن أصحابنا من أهل الحجاز وأهل المدينة على كراهة ذلك وإفساده. ويقولون الأرض البيضاء مخالفة للنخل والشجر ولا يرون بأساً بالمساقاة في النخل والشجر بالثلث والربع وأقل وأكثر؛ وأما أصحابنا من أهل الكوفة فإختلفوا في ذلك، فمن أجاز المساقاة في النخل والشجر منهم أجاز المزارعة في الأرض البيضاء بالنصف والثلث. ومن كره المساقاة منهم في النخل والشجر كره المزارعة في الأرض البيضاء بالنصف والثلث. والفريقان جميعاً من أهل الكوفة يرونها سواء: من أفسد المساقاة أفسد الأرض، ومن أجاز المساقاة أجاز الأرض.

قال أبو يوسف: فأحسن ما سمعناه في ذلك والله أعلم أن ذلك كله جائز مستقيم صحيح، وهو عندي بمنزلة مال الضاربة قد يدفع الرجل إلى الرجل المال مضاربة بالنصف والثلث فيجوز وهذا مجهول لا يعلم ما ربحه ليس فيه إختلاف بين العلماء فيما علمت. وكذلك الأرض عندي هي بمنزلة المضاربة. الأرض البيضاء منها والنخل والشجر سواء²⁶⁶⁷.

Este fragmento de la obra de Abū Yūsuf acerca del *jarāy* resulta especialmente significativo sobre la problemática del régimen jurídico de estos contratos: el título habla de arrendamiento y en ambos párrafos se contraponen la *muzāra'a*, la *musāqā* y la *muḍāraba*, identificándolas las tres el autor con esta última. De la imposibilidad de realizar un contrato de arrendamiento nos referiremos en el próximo epígrafe, ya que subyace la cuestión de la prohibición del riesgo. Los otros tres negocios jurídicos consisten, en esencia, en lo mismo: una persona aporta capital y el otro su trabajo: regar u cultivar árboles frutales, sembrar y cosechar o comerciar.

[إذا زرع الخماس قطناً يبقى أصله في الأرض سنين، فهل ينقضى حقه بمرور عام؟]^b

وسئل سيدي مصباح عن شركة الخماس يزرع قمحاً وشعيراً وقطنية وقطناً فيهم ذلك كله ويأكل كل واحد حصته من الزرع ومن غلة القطن، فهل تنقضي الشركة بينهما في القطن بقسم غلته كالزرع ولا يكون للخماس حق في أصوله؟ أو تكون الشركة بينهما في

c Capítulo. *(sobre el arrendamiento de las tierras de siembra y las que tienen palmeras)*.

Comendador de los Creyentes, preguntaste por la *muzāra'a* en las tierras de siembra por la mitad y el tercio. Nuestros compañeros de al-Ḥiḡāz y de Medina lo consideran odioso y lo anulan. Dicen que la tierra de siembra es diferente a la que tiene palmeras y árboles, no viendo inconveniente en la *musāqā* en las palmeras y árboles, a cambio de un tercio y un cuarto, en más o en menos. En cuanto a nuestros compañeros de Kūfa, difieren sobre ello: quienes consideran válida la *musāqā* en las palmeras y los árboles consideran válida la *muzāra'a* en las tierras de siembra a cambio de la mitad o un tercio. Quienes consideran odiosa la *musāqā* en las palmeras y los árboles consideran también odiosa la *muzāra'a* en las tierras de siembra a cambio de la mitad o un tercio. Las dos corrientes, en su totalidad, lo ven de la misma forma: que anula la *musāqā* anula la tierra, y quien la valida valida la tierra.

Abū Yūsuf ha dicho: lo mejor que hemos escuchado sobre ello, y Dios es más sabio, es que todo ello es válido, recto y correcto; para mí ocupa el mismo lugar que los bienes de la *muḍāraba* que puede entregar un hombre a otro, a cambio de la mitad o el tercio. Es válido, siendo desconocido el beneficio y sin que ningún ulema discrepe en lo que conozco. También la tierra, en mi opinión, ocupa el mismo lugar que la *muḍāraba*: la tierra de siembra y la que tiene palmeras o árboles son iguales.

b [Si el *jummās* cultiva algodón cuya planta permanece en la tierra años, ¿su derecho se extingue con el paso de un año?].

Sīdī Miṣbāḡ fue preguntado por una sociedad de *jummās* que cultiva trigo, cebada, cotoneaster y algodón; cada uno de ellos come de su parte del cultivo y de la cosecha de algodón. ¿La sociedad se extingue entre ellos dos en lo relativo al algodón con el reparto de su cosecha como en los otros cultivos sin que el *jummās* tenga derecho sobre la planta? ¿O la sociedad permanece para ellos dos sobre el algodón que permanece mientras la planta lo haga? Los dueños de algodones han mencionado que su planta permanece ocho o diez años; si su cosecha se produce en el primer año y crece después, ¿se aplica el régimen de la sociedad sobre el algodón al igual que sobre los cultivos y se extingue con el reparto de la cosecha el primer año? ¿O permanece la sociedad entre ambos mientras la planta permanezca en la tierra? ¿O se aplican las normas de la *mugārasa* mientras permanezcan las plantas en la tierra, el plazo mencionado, siendo la sociedad nula en el cultivo y el algodón, o en el algodón y no en el sembrado, o se diferencia el lugar donde se cultiva cada año y no permanece su planta, aplicándose el régimen del cultivo, del lugar en el que permanece en la tierra el tiempo señalado u otro, llamándose lo normal entre ellos, aplicándose el régimen de la *mugārasa*, siendo considerada como ella? [...].

Contestó: sobre esta cuestión se han detenido nuestros jeques, Dios esté satisfechos de ellos. En cuanto al alfaquí Ibn 'Abd al-Karīm, dijo: primero, o el trabajo con el algodón mencionado continúa realizándose, manteniéndose la parte del *jummās*; o no le correspondería nada. Después dijo otras palabras: esta cuestión no tiene respuesta para mí.

En cuanto al alfaquí al-Qarawī, dijo: o acerca de la parte del *jummās* en el cultivo o en el algodón fuera la misma o diferente. Si fuera diferente, la sociedad sería nula, si fuera la misma, sería válida. La parte que le corresponde por el algodón podría ser de dos maneras: una de ellas es que sea según su costumbre que la tome hasta la extinción de la planta, después otro dijo sus palabras, 'Alī al-Kursī, que esta cuestión no conocemos su respuesta.

En cuanto al alfaquí al-Yaznāsī, dijo: al cuestión del algodón no conocemos la respuesta. Así también dijo Sīdī 'Abd al-Mu'min.

القطن قائمة مادام أصله قائماً؟ وقد ذكر أرباب القطن أن أصوله تقيم في الأرض الثمانية الأعوام والعشرة، وأن غلته تغل في العام الأول ويكثر بعد ذلك، فهل يجري حكم الشركة في القطن على حكم الشركة في الزرع وتنقضي بقسم غلته أول عام؟ أو تبقى الشركة بينهما مادام أصله قائماً بالأرض؟ أو يجري على حكم الغارسة لما كانت أصوله تقيم في الأرض، المدة المذكورة، وتكون شركة فاسدة في الزرعة والقطن، أو القطن دون الزرع، أو يفرق بين الموضع الذي يزرع فيه كل عام ولا يبقى أصله قائماً فيجري على حكم الزرع، وبين موضع الذي يقيم بالأرض المدة المذكورة أو دونها ويسمونه العادي عندعهم فيجري على حكم المغارسة ويعتبر فيه ما يعتبر في المغارسة أم لا؟ [...]]

فأجاب: هذه المسألة وقف فيها شيوخنا رضي الله عنهم. أما الفقيه ابن عبد الكريم فقال أولاً إما أن يكون العمل في القطن المذكور باقياً فتكون حصة الخماس باقية، وإلا فلا تكون له شيء. ثم قال آخر كلامه: هذه المسألة لا جواب له عندي. وأما الفقيه القروي فقال إما أن يكون نصيب الخماس في زرع والقطن على جزء متفق أو مختلف، فإن كان مختلفاً فالشركة فاسدة، وإن كان متفقاً فتجوز، ولا تخلو حصته من القطن من وجهين: أحدهما أن تكون عادتهم أنه يأخذ معه إلى إنقضاء الأصل، ثم قال آخر كلامه وهو علي الكرسي هذه المسألة لا نعرف الجواب فيها. وأما الفقيه اليزناسي فقال مسألة القطن هذه لا نعرف الجواب فيها. ومثله قال سيدي عبد المؤمن²⁶⁶⁸.

Esta fetua, atribuida al ulema Sīdī Miṣbāh por al-Wanṣārīsī, plantea una cuestión bastante polémica sobre la sociedad de *jummās* (al cual nos referimos en el capítulo quinto donde reseñamos el artículo de Robert Brunschvig²⁶⁶⁹). En realidad, es un contrato muy similar a la *muzāra'a*. El problema al que se enfrenta el jurista se centra en un tema práctico sobre la naturaleza de los diferentes cultivos. El socio agricultor siembra en la tierra trigo, cebada y algodón. Las plantas que dan el grano en los dos primeros se extinguen con cada cosecha, mientras que en el tercero la mata se mantiene durante unos ocho años. Los distintos ciclos agrarios de cada producto tienen sus consecuencias jurídicas. De tal manera, en lo referido a los cereales, la sociedad tiene una duración anual, extinguiéndose tras la cosecha. Se pretende obtener un dictamen sobre lo que ocurre en lo relativo al algodón. El texto, aun acudiendo a tres juristas diferentes, no da una respuesta clara, ni siquiera informa si nos encontramos ante una sociedad o tres diferentes; tampoco se contesta nada sobre la duración del contrato en cuanto a la plantación algodonera. A pesar de esta incertidumbre, estas líneas sí tienen importancia en nuestro estudio. Nos confirma que la sociedad islámica es una institución con una naturaleza temporal, la creación de una comunidad de bienes que se ha de repartir más pronto que tarde. Se crea una situación inestable, en la que cada socio, de forma eventual e interesada, se une a otro pero sin sacrificar su individualidad patrimonial y como sujeto de derechos y obligaciones. De ahí que la sociedad se crea para una siembra, se ha de romper con la cosecha. Es necesario incidir en que este contrato, en el derecho islámico, provoca la creación de una comunidad de bienes sobre los beneficios y, a veces, sobre las aportaciones; como tuvimos ocasión de comprobar, la copropiedad se estima como una situación antieconómica que se ha de disolver más pronto que tarde. En consecuencia, el *fiqh* siempre facilita los mecanismos para poner fin a la sociedad, normalmente con el negocio de la partición de los bienes tenidos en común. En concreto, en este supuesto, después de cada recolección se entiende que el contrato ha quedado extinto.

a(فصل)* وأما ما يرجع إلى الخارج من الزرع فواع (منها) أن يكون مذكوراً في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لأن المزارعة إستئجار والسكوت عن ذكر الأجرة يفسد الإجارة (منها) أن يكون لهما حتى لو شرطاً أن يكون الخارج لأحدهما يفسد العقد لأن معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطع للشركة يكون مفسد العقد (ومنها) أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرطاً أن يكون من غيره لا يصح العقد لأن المزارعة إستئجار ببعض الخارج تنفصل عن الإجارة المطلقة (ومنها) أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والتلث والرابع ونحوه لأن ترك التقدير يؤدي إلى الجهالة الفضية إلى المنازعة لهذا شرط بيان مقدار الأجرة في الإجازات كذا هذا (ومنها) أن يكون جزأ شائعاً من الجملة حتى لو شرط لأحدهما قفراً معلوماً لا يصح لأن المزارعة فيها معنى الإجارة والشركة تتعقد إجارة ثم تتم شركة (أما) معنى الإجارة لأن الإجارة تملك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لأن البذر إن كان من رب الأرض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض وهو نماء بذره وإن كان البذر من قبل العامل فرب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره فكانت المزارعة إستئجاراً أما للعامل وإما للإرض لكن بعض الخارج وأما معنى الشركة فلأن الخارج يكون مشترك بينهما على الشرط المذكور...²⁶⁷⁰

Al comentar las normas que regulan el reparto de la cosecha en la sociedad de tipo *muzāra'a* (de cultivo), al-Kāshānī acude al régimen del arrendamiento y la sociedad; no obstante, como venimos defendiendo, esta palabra árabe, *šarika*, se aplica tanto a este negocio jurídico como a la comunidad de bienes o propiedad en común. Entendemos que la traducción correcta en este fragmento se refiere a la comunidad de bienes. Del arrendamiento extrae la obligación de mencionar, como requisito de validez, la cuota que se adquiere de la cosecha obtenida; de la comunidad de bienes, la necesidad de que la misma se comparta entre los socios; cada uno tendrá el dominio según las fracciones estipuladas: una mitad, un cuarto y tres cuartos, etc. Nunca será una cantidad líquida, porque eso implicaría la disolución de la comunidad. Su definición de la *muzāra'a* resulta especialmente digna de destacar: *se contrata como arrendamiento y se perfecciona como comunidad de bienes*. La naturaleza del arrendamiento impone que tenga lugar una mutación demanial: el dominio se divide en dos, de la misma manera que hemos observado en otras ocasiones; el dominio útil de sí mismo es adquirido por el socio trabajador desde su titular, el dueño de la tierra, arrendatario de los servicios del agricultor; el propietario de la tierra adquiere ese mismo dominio del agricultor que lo había adquirido al arrendar la tierra. La comunidad de bienes se manifiesta en que la cosecha se convierte en una copropiedad entre ambos. Una vez más, comprobamos que la sociedad no tiene una regulación singularizada. En este caso, las normas que reglamentan la *muzāra'a* se resumen en una complicada combinación de una venta de utilidad (según la definición de arrendamiento que nos ha aparecido en otros momentos²⁶⁷¹), partición del dominio característico del mismo contrato, con sus respectivas transmisiones de propiedad, y una comunidad de bienes. Tal vez, la figura de la personalidad jurídica de la sociedad hubiera facilitado esta intrincada mezcla de preceptos. No obstante, cada ordenamiento impone sus propios principios.

a *(Capítulo)* En cuanto a lo que se refiere a la producción del cultivo, existen tipos. (Entre ellos) que esté mencionado en el contrato, puesto que si este lo obvia, el contrato se anula, porque la *muzāra'a* es un arrendamiento, y obviar la mención de la renta anula el arrendamiento. (Entre ellas) que sea para ambos, pues si estipularan que fuera para uno solo, se anularía el contrato, porque el sentido de la sociedad exige que en este contrato cualquier estipulación que rompa la sociedad anule el contrato. (Entre ellas) que la parte de cada socio se perfeccione después de la cosecha; si estipularan lo contrario no sería válido el contrato porque la *muzāra'a* es un arrendamiento a cambio de parte de la cosecha lo que lo separa del arrendamiento absoluto. (Entre ellas) que esa porción de la cosecha sea por una cantidad conocida, mitad, tercio, cuarto o similar; no fijar la cantidad conduce a un desconocimiento que conduce al conflicto. Es condición su fijación en el arrendamiento, así también aquí. (Entre ellas) que sea una cuota sobre el total en comunidad de bienes; si estipularan para uno de ellos una cantidad determinada líquida, el contrato no sería válido porque en ella se conjugan el concepto de arrendamiento y el de sociedad (comunidad de bienes, sería mejor traducir aquí); se contrata como arrendamiento y se perfecciona como comunidad de bienes. (En cuanto) al concepto de arrendamiento, porque este es una transmisión de la propiedad de la utilidad a cambio de contraprestación; en la *muzāra'a*, también, porque las semillas, si las pusiera el dueño de la tierra, el trabajador adquiriría la propiedad de la utilidad de sí mismo de parte del dueño de la tierra, a cambio de contraprestación, la producción de las semillas. Si las pusiera el trabajador, el dueño de la tierra adquiriría la utilidad de su tierra de parte del trabajador a cambio de contraprestación: la producción de sus semillas. De esta manera, la *muzāra'a* es un arrendamiento, tanto para el trabajador como para la tierra, a cambio de una porción de la cosecha. En cuanto al sentido de comunidad de bienes, puesto que la producción se tiene en común entre ambos según lo estipulado...

[أجرة حارس الزروع، هل هي بقدر الزروع أو عدد أصحاب الزروع]^b
 وسئل ابن لبابة عن القوم الأربع يستأجرون أجيراً يحرز زرعهم من الخنازير في القفار، ولأحدهم الزرع القليل وللآخر الكثير.
 فأجاب: فيه إختلاف، من الناس من يرى أن على كل واحد من الأجرة على قدر زرعه، وابن القاسم يقول على الذمم والجمام؛
 يقول ابن القاسم نأخذ.
 وسئل أبو صالح عن الشريكين يكون لهما الزرع فيريد أحدهما حرزه من الخنزير والأرنب يأبى شريكه.
 فأجاب: يحملان على ما عليه الأشراف²⁶⁷².

Esta respuesta jurisprudencial del ulema cordobés, Ibn Lubbāba, fallecido en el año 942 y que ocupó los cargos de juez de Elvira y consejero en Córdoba²⁶⁷³, e incluida en la compilación de al-Wanšarīsī, analiza el reparto de los gastos ocasionados por la contratación de un vigilante para las granjas de unos socios. Además de la curiosidad de que se críen cerdos, animal cuya carne está prohibida comer y comerciar para los musulmanes, nos informa de las dos corrientes dentro de la escuela de los seguidores de Mālik b. Anas. Unos creen que cada granjero ha de contribuir en función de su participación en las granjas; por su parte, otros se decantan por un reparto por cabeza -en el texto árabe se utiliza la expresión por *dimma*-, a partes iguales. En cualquier caso, en una sociedad de *muzāra'a* el gasto tiene naturaleza individual, es decir, es asumido por cada socio, bien en función de la cuota de participación o a partes iguales entre ellos; así es la fórmula típica de una comunidad de bienes. El pasivo no se imputa a un sujeto independiente de los componentes de esa sociedad.

Hemos venido reiterando, quizás demasiado, que la sociedad en el derecho islámico tiene más en común con la comunidad de bienes que con la sociedad tal y como la conocemos en nuestra cultura jurídica. Nuestro Ordenamiento tampoco es del todo ajeno a la conexión existente entre ambas instituciones. En este sentido, nuestro Código Civil dispone lo siguiente:

Artículo 1669

*No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros.
 Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.*

Para nuestro legislador, la clave de la regulación de la sociedad como sujeto de derechos y obligaciones independiente de los contratantes radica en la publicidad frente a los terceros; en las actuación de todos los socios con los demás ha de quedar patente que se negocia y trafica en nombre de la sociedad. Sin embargo, estamos comprobando que en el concepto islámico este espíritu está ausente: bien uno de los que la constituyen o todos ellos llevan a cabo negocios jurídicos en nombre propio o, todo lo más, como delegado, mandatario, de su socio, en nombre y representación de este. El tercero con el que se contrata puede conocer o no la situación; este conocimiento no es relevante. Únicamente, en determinados tipos, se produce una mutua fianza en beneficio del acreedor. La sanción, por así llamarla, impuesta por nuestro derecho por el pacto secreto sería aplicar el régimen jurídico de la comunidad de bienes. En el *fiqh*, el *quid* de la *šarika* se halla en la copropiedad sobre los beneficios.

^bالقول في شركة المفاوضة.

b [La renta del guardián de los cultivos. ¿Se atribuye en función de los cultivos o por el número de los dueños de los cultivos].

Ibn Lubbāba fue preguntado por un grupo de cuatro que arriendan los servicios de un trabajador que guarde sus granjas de cerdos en al-Qaffār, algunos con pocas granjas y otros con muchas.

Contestó: existe controversia, hay gente que opina que se mira para establecer la parte de la renta que le corresponde a las dimensiones de su granja. Ibn al-Qāsim opina que según sus *dimam* y cabezas. Nosotros tomamos la opinión de Ibn al-Qāsim.

Abū Šāliḥ fue preguntado por dos socios que tenían una granja; uno de ellos quería que se contratara la vigilancia de los cerdos y los conejos, negándose el otro.

Contestó: lo soportan en función de sus participaciones sociales.

b Sobre la *šarika-l-mufāwaḍa* (sociedad de negociación).

وإختلفوا في شركة المفاوضة؛ فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها، وإن كان إختلفوا في بعض شروطها؛ وقال الشافعي: لا يجوز. ومعنى شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره، وذلك واقع عندهم في جميع أنواع الممتلكات. وعمدة الشافعي أن إسم الشركة إنما ينطلق على إختلاط الأموال، فإن الأرباح فروع، لا يجوز أن تكون الفروع مشتركة إلا بإشترار أصولها؛ وأما إذا إشتراط كل واحد منهما ربحاً لصاحبه في ملك نفسه من الغرر ومما لا يجوز، وهذه صفة شركة المفاوضة²⁶⁷⁴.

Averroes confirma que la sociedad de *mufāwada* es válida tanto para la escuela de Mālik como la Abū Ḥanīfa. El juez cordobés la describe como aquella en la cual cada socio delega en su compañero la disposición de sus bienes, tanto si estuviera presente como ausente, en todo tipo de bienes. También nos informa de la razón por la cual al-Šāfi'ī se opone a su legalidad: no es válido que se compartan los beneficios, siendo estos derivados del capital social, sin haber mezclado las aportaciones de cada socio: no se puede compartir los frutos sin que previamente se haya compartido la raíz. Este último jurista insiste en la necesidad de constituirse una comunidad de bienes en el capital social y también en su producto.

^aالقول في شركة الأبدان.

وشركة الأبدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة، ومنع منها الشافعي. وعمدة الشافعية أن الشركة إنما تختص بالأموال لا بالأعمال، لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم، وإذا كان عمل كل واحد منهما مجهولاً عند صاحبه. وعمد المالكية إشتراك الغانمين في الغنيمة، وهم إنما إستحقوا ذلك بالعمل [...]

القول في شركة الوجوه.

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة؛ وقال أبو حنيفة: جائزة. وهذه الشركة هي الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال. وعمدة مالك والشافعي أن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل، وكلاهما معدومان في هذه المسئلة مع ما في ذلك من الغرر، لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص؛ وأبو حنيفة يعتمد أنه عمل من الأعمال فجاز أن تتعد عليه الشركة²⁶⁷⁵.

Averroes, en estas líneas a las que acudimos en el capítulo quinto con el fin de fundamentar nuestro rechazo a incluir la sociedad en la categoría de persona jurídica, describe dos tipos: *šarika-l-abdan* y *šarika-l-ūyūh*. La aportación de los contratantes en la primera consistiría en su trabajo (literalmente, los cuerpos); en la otra, su *dimma*, o capacidad para endeudarse. La clase *šarika-l-abdan* es admitida por todas las escuelas, menos por al-Šāfi'ī, que considera que el riesgo es demasiado alto. Este asunto lo reemprenderemos en el próximo epígrafe. El argumento de Mālik b. Anas sí nos resulta llamativo: su validez no depende en calificar el trabajo un bien aportable a la sociedad, sino en la aplicación analógica del régimen del botín. Los soldados se convierten en copropietarios del botín por su participación en las acciones bélicas; en lo que nos interesa, para el filósofo y jurista andalusí, los socios, con su actividad consiguen formar una comunidad de bienes. De la unión de ambos no nace un nuevo sujeto. Ambos conservan su individualidad. La *šarika-l-*

Discrepan sobre la *šarika-l-mufāwada* (sociedad de negociación); Mālik y Abū Ḥanīfa coinciden totalmente en su validez, si bien difieren en alguno de sus requisitos. Al-Šāfi'ī opina que no es válida. El significado de *šarika-l-mufāwada* es que cada uno de los socios delegue en su compañero la actuación sobre sus bienes, en su presencia y en su ausencia, y eso es así para ellos en todo tipo de propiedades. El argumento de al-Šāfi'ī se asienta en que el nombre de sociedad (*šarika*) únicamente se aplica a la confusión de bienes (comunidad de bienes). Los beneficios son derivados y no es válida la confusión de derivados sin que exista la de sus raíces. Y estipular cada uno en favor de sus compañeros los beneficios sobre bienes propios es un riesgo prohibido y que no es válido; esa sería la cualidad de la *šarika-l-mufāwada*.

a Sobre *al-šarika-l-abdān* (sociedad de cuerpos). *Šarika-l-abdān* para Abū Ḥanīfa y los *mālikīes* es totalmente válida. La prohíbe al-Šāfi'ī. El fundamento de los *šāfi'īes* se sustenta en que la sociedad sólo se especializa en bienes, no en trabajos, porque eso no es medible, representando un riesgo para ellos, pues el trabajo de cada uno es desconocido para su compañero. El fundamento de los *mālikīes* se basa en la participación de los soldados en el botín, pues su título para reclamarlo es el trabajo [...]

Sobre *al-šarika l-ūyūh*.

Šarika-l-ūyūh para Mālik y al-Šāfi'ī es nula; y Abū Ḥanīfa opina que es válida. Y esta sociedad se realiza sobre la *dimam*, sin industria ni bienes. El fundamento de Mālik y al-Šāfi'ī radica en que la sociedad sólo puede estar vinculada a bienes o trabajo, y ambos están ausentes en este tipo, con el riesgo que implica, porque cada uno de los dos compensa a su compañero por una adquisición indeterminada, sin industria o trabajo específico; Abū Ḥanīfa argumenta que es un trabajo como cualquiera, así que se puede contratar la sociedad.

ūyūh solo es calificada como válida por los *ḥanaftes*, para quienes la *ḍimma* es asimilable al trabajo. El rechazo a su legalidad por el resto de corrientes gira en torno a la prohibición del riesgo.

[شريكان بالأبدان مرض أحدهما وخدم الآخر]^a

وسئل الفقيه أبو بكر محمد بن مغيث الطليلي عن شريكان إشتراكاً بالأبدان يمرض أحدهما ويخدم الآخر. فأجاب: إن كان المرض يسيراً فهو متطوع له، وإن كان طويلاً فله الأجرة فيما عمل، وذلك إذا كان في العمل لشريكه رجحان يعود عليه منه، وإلا أن يكون الخدمة في اليسير فهي مسألة إنفردت عن سائرهما فلا أجرة له وإن طال لأنه متطوع، فليل لشريكه وقيل لرب البير²⁶⁷⁶.

La reiterada colección de fetuas que debemos al-Wanšārīsī nos presenta esta breve respuesta sobre la *šarika l-ʿabdan* (aquella en que los socios únicamente aportan su trabajo). El planteamiento es simple: ambos se han comprometido a realizar un servicio pero uno de ellos enferma, lo que le impide aportar sus habilidades; ¿cuál sería la retribución del otro socio que realiza la labor del enfermo? El jurista consultado, Abū Bakr b. Magīṭ al-Ṭulayṭalī, distingue dos supuestos: si la afección es leve y de corta duración, se entiende que ha realizado una liberalidad por su socio, recibiendo únicamente lo que le correspondiera según lo pactado. Si la misma se extendiera en el tiempo, sí tendría derecho a cobrar una renta por la prestación de los servicios prestados. El ulema no lo expone, pero el deudor de esa renta debería ser el socio convaleciente. Asimismo, tanto en una patología prolongada como de corta duración, si el servicio es de escasa entidad, también se calificaría como donación. En definitiva, cada socio mantiene su propia y particular posición y es titular de unos derechos que le son exclusivos, únicamente se produce una comunidad de bienes sobre los beneficios. En una situación de escasa entidad patrimonial, se asume que se ha producido una donación del socio sano al enfermo. Abū Bakr b. Muḡīṭ al-Ṭulayṭalī²⁶⁷⁷ es calificado por Ibn Baškuwāl, en su obra *al-Šila*²⁶⁷⁸, como *el más excelso de los fuqahāʾ, el mayor de los ulemas, adelantado en la consulta y de naturaleza inteligente*. Era originario de Toledo y falleció en el año 444 de la hégira.

^b(وَأما شركة الأعمال) فهي كالخياطين والصباغين أو أحدهما خياط والآخر صباغ أو إسكاف يشتركان من غير مال على أن يتقبلا الأعمال فيكون الكسب بينهما فيجوز ذلك كذا في المضمرات* [...] ولو شرطاً أكثر الربح لأدناهما عملاً فالأصح الجواز كذا في النهر الفائق وهكذا في الظهيرة* ولو إشتراكاً وإشترطوا الكسب بينهما أثلاثاً ولم يبينوا العمل فهو جائز ويكون التنصص على التفاضل بيناً للتفاضل في العمل كذا في المضمرات* فأما الوضعية فلا تكون بينهما إلا على قدر الضمان كذا في البدائع* فإن إشتراكاً أن ما تقبله من شيء فتلثان على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر والوضعية نصفان فالقبالة على ما شرطاً وإشتراطهما الوضعية باطل وهي على قدر ما شرط على كل واحد منهما من القبالة كذا في الشراج الوهاج*²⁶⁷⁹

Esta colección de respuestas jurisprudenciales realizada en el Subcontinente Indio establece qué régimen rige las ganancias y pérdidas en una sociedad de trabajos. El objeto de la misma radica en el acuerdo de dos artesanos para aceptar trabajos; el socio puede aceptar en nombre de su compañero. Respecto a los beneficios, sobre los que existe una comunidad de bienes, los socios pueden pactar la cuota que corresponde a cada uno como deseen. En cuanto a las pérdidas, han de estar vinculadas a las labores que hace cada uno, sobre las que responde personalmente. Cada uno

a [Dos socios de una sociedad de *abdān* en el que uno de ellos enferma y el otro realiza el servicio].

El alfaquí Abū Bakr b. Magīṭ al-Ṭulayṭalī fue interrogado sobre dos socios que compartían *al-ʿabdān* y uno de ellos enferma, realizando el servicio el otro.

Contestó: si la enfermedad fuera leve, lo haría como una liberalidad; si fuera de larga duración, tendría derecho a la renta por lo que trabajó. Sería así, si el trabajo de su socio estuviera en equilibrio con el de él, pudiendo volver contra él, salvo que el trabajo fuera sencillo, que sería una cuestión distinta de las demás y no tendría derecho a la renta aunque se alargara, porque sería una liberalidad. Se dice del socio y de quien encarga el trabajo.

b (En cuanto a la *šarika al-aʿmāl*) cuando los sastres y los tintoreros o uno de ellos sastre y el otro tintorero o zapatero que comparten, sin capital, de tal manera que aceptan los trabajos y las ganancias entre los dos, siendo eso válido, así en *al-Muḍammarāt** [...] *si estipularan un mayor beneficio para quien realice un menor trabajo, lo más correcto es su validez, así en *al-Nahar al-fāʾiq* y *al-Zahira** Si compartieran y estipularan las ganancias entre ambos por tercios y no hubieran aclarado el trabajo, sería válido y se entendería en función del que más trabajara, así en *al-Muḍammarāt** En cuanto a las pérdidas, no pueden repartirse más que en función de la responsabilidad, así en *al-Badā** Si hubieran estipulado aceptar los trabajos dos tercios para uno y un tercio para el otro y las pérdidas por mitades; la aceptación sería tal y como lo estipularon; pero su estipulación sobre las pérdidas sería nula, repartiéndose según las condiciones pactadas respecto a la aceptación, así en *al-Sarāyīyya* y *al-Wahāy**.

asumirá, en función de la actividad que tenga. En esta clase de sociedad, también queda nítidamente establecido que en la *Šarī'a* lo fundamental se encuentra en la copropiedad sobre los beneficios. Las relaciones unificadas con terceros a modo de un único sujeto carecen de relevancia, así como las actividades de cada uno.

*a (Fصل) * وأما حكم الشركة فـشركة الأملاك فـحكمها في النوعين جميعاً واحد وهو أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير إذن لأن مطلق التصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة...²⁶⁸⁰

Al-Kāšānī, discípulo de Abū Ḥanīfa, en este párrafo con el que comienza el régimen jurídico de la sociedad en general (parte del cual utilizamos para averiguar qué tipo de sociedad corresponde se aplica al conjunto de beneficiarios del *waqf*) establece cómo se ha de regular la comunidad de bienes, lo que él denomina la sociedad de bienes. Comunidad de bienes y sociedad son designadas bajo una misma categoría: *šarika*. En este tipo, una propiedad en común típica de derecho romano, cada uno de los socios (deberíamos traducir como comunero) es un tercero respecto a la parte de su copropietario. Es decir, cada uno ejerce el pleno dominio sobre su cuota, de manera totalmente independiente de los demás.

*b (المادة 1075) -كل واحد من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة الآخر ولا يعتبر أحد وكيلاً عن الآخر فلذلك لا يجوز تصرف أحدهما في حصة الآخر بدون إذنه، وأما في سكنى الدار المشتركة وفي الأحوال التي تعد من توابع السكنى كالدخول والخروج فيعتبر كل واحد من أصحاب الدار المشتركة صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال. مثلاً لو أعار أحد الشريكين البرذون المشترك أو أجره بدون إذن الآخر وتلف البرذون في يد المستعير أو المستأجر للآخر أن يضمه حصت [...] أما إذا سكن أحد صاحبي الدار المشتركة فيها بلا إذن الآخر مدة فيكون قد سكن في ملكه فلذلك لا يلزمه إعطاء أجره لأجل حصة شريكه وإذا احترقت الدار قضاء فلا يلزمه ضمانها) [...] ولا يعتبر أحدهما وكيلاً عن الآخر بعكس شركة العقد بل يكون الشريك في التصرف في نوبته في الملك المشترك مستودع لحصة الآخر. أنظر المادة (1087). تكملة رد المحتار في الودیعة²⁶⁸¹

El Código otomano, *Mayalla*, transcribe en este artículo, casi literalmente, la norma prevista por al-Kāšānī. Asimismo, declara cuál es la principal diferencia que separa la sociedad de propiedad de la de contrato: en la primera los socios no actúan en representación del otro, salvo autorización expresa, mientras que en el contrato de sociedad esta delegación forma parte de la naturaleza de la figura jurídica. Hemos de reseñar el especial régimen de la vivienda en común. En este caso cada socio puede habitarla como si fuera un propietario de la totalidad. En cierto sentido, está relacionado con el derecho de habitación de un beneficiario de un *waqf*.

Veamos cuál es la regulación que propone al-Kāšānī para la *sociedad de los contratos*:

a (Capítulo) El régimen de la *šarika* de propiedad, en sus dos modalidades, es el mismo: cualquiera de los dos copropietarios es un tercero respecto de la parte del otro y no puede disponer de ella sin su permiso, porque la disposición absoluta solo es por propiedad o representación y ninguno de los dos tiene sobre la parte del otro autoridad por representación o parentesco...

b *(Artículo 1075) -Cada uno de los socios en una sociedad de propiedad es un tercero respecto a la cuota del otro, ninguno se considera delegado del otro; por eso, no es válida la actuación de uno de ellos sobre la cuota del otro sin su permiso. En cuanto al derecho de habitación sobre una casa común y en los casos en los que se considere que deriva de este derecho, como la entrada y salida, se considera que cada uno es propietario de la casa en común, como propiedad especial de forma completa. Por ejemplo, si uno de ellos prestara la mula común o la alquilara si permiso del otro, dañándose la misma en manos del prestatario o arrendatario, el otro tiene derecho a que le indemnice por su parte [...] En cuanto a la habitación de uno de los propietarios de la casa común sin permiso del otro durante un tiempo, ha estado habitando en su propiedad, por eso no se obliga a indemnizar o pagar renta por la cuota de su socio. Si la casa se incendiara, no tendría que indemnizar).

[...] Ninguno de ellos se consideraría delegado del otro, al contrario que la sociedad de contrato, sino que cada uno, en el uso del bien tenido en común, sería un depositario de la cuota del otro. Véase el artículo 1087. *Takmila Rad al-Muhtār*.

^a(وَأما) شركة العقود فجملة الكلام فيها أنها لا تخلو من أن تكون فاسد أو صحيحة أما الصحيحة فأما الشركة بالأموال فنبين أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لأحد الشريكي العنان والمفاوضة أن يعمل في مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلأحد الشريكي العنان أن يبيع مال الشركة لأنهما بعقد الشركة إذن كمال واحد لصاحبه ببيع مال الشركة ولأن الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولأن غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة إلا البيع والشراء فكان إقدامهما على العقد إذناً من كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشراء دلالة وله أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة لأن الإذن بالبيع بمقتضى الشركة وجد مطلقاً ولأن الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقداً ونسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا إلا بمال يتغابن الناس في مثله لأن المقصود من العقد وهو الإسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وجعله على الإختلاف في الوكالة بالبيع مطلقاً أنه يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز ولو باع أحدهما وأجل الآخر ليجز تأجيله في نصيب شريكه بالإجماع وهل يجوز في نصيب نفسه فهو على خلاف الذي ذكرنا في الدين المشترك إذا أخر أحدهما نصيبه هذا إذا عقد أحدهما وأجل الآخر فإما إذا عقد أحدهما ثم أجل العاقد فلا خلاف في أنه يجوز تأجيله في نصيب نفسه لأنه مالك وعاقد وأما في نصيب شريكه فيجوز تأجيله في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على مسألة الوكيل بالبيع أنه يملك تأخير الثمن والإبراء عنه عندهما وعنده لا يملك²⁶⁸².

Este seguidor de Abū Ḥanīfa, seguidamente, estudia el régimen de la sociedad de 'inān, como primer ejemplo de *sociedad de contratos*. En esta clase, el socio está facultado para vender el patrimonio social (las palabras utilizadas apuntan en la dirección de la personificación); esta facultad está basada en una autorización implícita que cada socio otorga al otro en el momento de perfeccionarse el contrato de sociedad. Esta delegación tácita es propia de las costumbres de los comerciantes, que obtienen beneficios (el objetivo buscado con la sociedad por los contratantes) con el comercio: compraventa de bienes. Incluye la venta del capital social al contado y por precio aplazado, por un precio libre, mayor o menor, salvo que se incurra en fraude, según los usos de la gente.

Este régimen, propio de una economía de mercado basada en el intercambio de bienes y servicios, así como el sintagma *capital de la sociedad*, podría ser un indicador de que el titular de los bienes fuera la propia sociedad. Sin embargo, al centrarse en el caso de la posibilidad de que uno de los socios, al vender, pudiera, por sí solo, aplazar el precio posteriormente, esta impresión cambia. En la escuela existen discrepancias sobre el asunto entre sus *fuqahā'*. Todos lo consideran lícito si el que permite retrasar el pago es el socio contratante en la venta y si lo realiza por la parte que el corresponde de ese precio, ya que es contratante y propietario. Sin embargo, si se tratara de la cuota del precio que pertenece a su socio o el aplazamiento se realizara por el socio que no participó en la venta, algunos ulemas lo admiten y otros lo prohíben. En definitiva, el precio de los bienes sociales es una comunidad de bienes de los socios, cada uno es propietario de su cuota, no existe un

a (En cuanto a) la sociedad de contratos, todo lo que se puede decir sobre ella es que puede ser anulable o válida. En cuanto a la válida, en la sociedad con los bienes, aclaramos el régimen jurídico de la de 'inān y la de *mufāwāḍa*; lo que es válido a uno de los socios de ambos tipos realizar sobre el patrimonio de la sociedad y lo que no le es válido realizar. En cuanto a la sociedad de 'inān, cada socio puede vender el patrimonio de la sociedad porque ambos, por el contrato de sociedad, autorizaron a su compañero a vender el patrimonio de la sociedad, porque la sociedad incluye la delegación, convirtiéndose cada uno en delegado del otro, para vender; esto es así porque la finalidad de ambos con la sociedad es el beneficio, lo que se realiza con el comercio, que no es más que vender y comprar. Así que, con la intención de contratar, autorizan a su compañero a comprar y vender de forma implícita. Cada socio puede vender al contado y con precio aplazado, porque la autorización para vender en virtud de la sociedad existe de forma absoluta y porque la sociedad se perfecciona según la costumbre de los comerciantes; entre estas costumbres está la de vender el patrimonio social al contado y con el precio aplazado; puede venderlo por un precio alto o bajo, en virtud de lo que hemos dicho, salvo por un precio según el cual exista fraude conforme se entiende entre la gente. Es así, porque lo que se pretende con el contrato es obtener beneficio, que no se obtiene con eso, siendo una excepción del contrato implícita. El Juez, en su comentario sobre el compendio de al-Ṭaḥāwī, lo considera como una solución contraria a la delegación de venta absoluta. Eso sería válido para Abū Ḥanīfa, pero para los otros dos no es lícito. Si uno de los dos vendiera y el otro lo aplazara, no sería válido su aplazamiento en la parte de su socio, por consenso. ¿Sería válido en su propia parte? Estaríamos en las diferencias que hemos mencionado sobre la deuda en común, si uno aplazara su parte; así sería si uno contratara y el otro aplazara: si uno de ellos contratara y el contratante aplazara, no habría discrepancias en que sería válido su aplazamiento en su propia parte, porque es propietario y contratante. En cuanto a la parte de su socio, sería válido su aplazamiento en opinión de Abū Ḥanīfa y Muḥammad; pero para Abū Yūsuf no sería válido. La opinión sobre esto se fundamenta sobre la cuestión de la delegación de venta, que para los primeros el delegado puede aplazar el precio y condonarlo y para este último no podría.

beneficio de la sociedad; el precio ocupa la misma posición jurídica que el capital de la sociedad: una copropiedad sustituye a otra.

^a(وأما) الشركة بالأعمال فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لأن كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيه فيه كأنه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة لأنه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الأجرة إلي أيهما دفع صاحب العمل برئ لأنه دفع إلى من أمر بالدفع إليه وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جنابة يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به إستحساناً كذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم إن قال إذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعاً يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجه) والقياس ظاهر لأن هذه شركة عنان لا شركة المفاوضة وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر (وجه) الإستحسان أن هذه الشركة ضمان في حق وجوب العمل لأن العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الأجر به فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان وإن لم تكن مفاوضة حقيقة...²⁶⁸³

Continuando con la sociedad de *'inān*, este alfaquí describe las normas que reglamentan su funcionamiento y las relaciones entre los socios y entre estos con los terceros, cuando el objeto de la misma es la realización de trabajos y servicios. Cualquiera de los socios puede aceptar la realización de un trabajo, obligando a su socio. El arrendatario de los servicios, quien lo encarga, puede exigir el cumplimiento a quien desee de entre los socios. Asimismo, cualquiera de los compañeros de tarea, tiene el derecho a reclamar el pago de la renta por los servicios prestados al arrendatario, liberándose este con el pago de la misma a cualquiera de ellos. En conclusión, en las relaciones que se producen entre los contratantes de la sociedad existe una solidaridad activa (para reclamar el pago de la renta) y pasiva (cualquiera de ellos obliga a llevar a cabo la prestación al otro). Frente al tercero, también se produce esa solidaridad, pues tiene la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación completa a quien desee y se libera pagando a quien le plazca. La solidaridad añade una garantía al tercero que contrate con los socios, pero no implica que la sociedad, como ente autónomo, asuma la obligación, que sigue en la esfera jurídica de cada socio; únicamente, cada uno asume las obligaciones del otro, se coloca en la misma posición que su compañero para el cumplimiento de la obligación y para exigir la contraprestación por la misma.

^b(الفصل الثاني في شرط الربح والوضيعة وهلاك المال) لو كان المال منهما في شركة العنان والعمل على أحدهما إن شرط الربح على قدر رؤوس أموالهم جازا ويكون ربحه له ووضيعة عليه وإن شرط الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز على

a (En cuanto a) la sociedad por trabajos, si es del tipo de *'inān*, cada uno de los dos puede aceptar el trabajo, al aceptarlo, se convierte en una obligación para su socio, pues cada uno de ambos, por el contrato de sociedad, autoriza a su compañero a aceptar el trabajo en su nombre, convirtiéndose en delegado de él, como si aceptara el trabajo él mismo. Quien encarga el trabajo puede exigir su realización a cualquiera de los dos, por ser obligatorio para ambos. Cada uno de los socios puede exigir el pago de la totalidad de la renta por los servicios realizados a quien los encargó, porque está obligado a realizar el trabajo; por eso, cada uno puede exigir la totalidad de la renta. El que encargó el trabajo se liberaría de la deuda pagando a cualquiera de los socios, porque pagó a quien le ordenó la realización del trabajo. Cualquiera de los dos responde por las faltas que se hubieran producido por la mano de alguno de ellos, la responsabilidad sería para ambos, eligiendo quien encargó el trabajo cobrarla de cualquiera de ellos; la analogía no nos llevaría a esa solución. (Inciso) la analogía evidente es que es una sociedad de *'inān*, no una de *mufāwada*, y el régimen impuesto por la *Šarī'a* es que en la sociedad de *'inān* lo que obliga a cada uno por su contrato, no se exige del otro. (Inciso) la mejor opinión es que esta es una sociedad de responsabilidad por la que el deber de hacer el trabajo, porque el trabajo que ha aceptado uno de ellos obliga el otro, para que pueda merecer la renta. Si en esta sociedad se exige le trabaja a cada uno de ellos, se ha de exigir la responsabilidad por el trabajo, en el sentido de la *mufāwada*, aunque no sea en realidad una *mufāwada*...

b (Segundo capítulo sobre las estipulaciones acerca de las ganancias, las pérdidas y la pérdida del capital) si el capital fuera aportado por ambos en una sociedad de *'inān*, aportando uno el trabajo, si estipularan que el beneficio fuera en proporción a los capitales aportados, sería válido y el beneficio y la pérdida sería de él. Si estipularan que el beneficio fuera mayor que el capital aportado por el trabajador, sería válido pero el capital pagado sería en concepto de *muḍārabā*. Si estipularan que el beneficio pagado fuera mayor que el capital entregado, no sería válida la condición y el capital pagado sería para el trabajador como una *biḍā'a*; cada uno tendría el beneficio correspondiente a su capital, así en *al-Sarāyīyya** Si estipularan que el trabajo fuera a cargo de los dos juntos, sería válida la sociedad, aunque el capital aportado por uno fuera menor y mayor el del otro; si estipularan que el beneficio fuera para los dos a partes iguales o una parte mayor que otra, se estaría en el reparto del beneficio a lo estipulado. Las pérdidas se asignarían en proporción a los capitales aportados, así en *al-Sarāyīyya* y *al-Wahāyī**.

الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطاً الربح للدافع أكثر من رأس ماله لم يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة ولكل واحد منهما ربح ماله كذا في السراجية* ولو شرطاً العمل عليهما جميعاً صحت الشركة وإن قل رأس المال أحدهما وكثر رأس مال الآخر وإشترطاً الربح بينهما على السواء أو على التفاضل فإن الربح بينهما على الشرط والوضعية يداً على قدر رؤوس أموالهما كذا في السراج والوهاج*²⁶⁸⁴

La colección de fetuas realizadas en la India mogola, en el capítulo segundo del libro dedicado a la sociedad de *'inān*, presenta las opiniones vertidas en varias obras de la escuela sobre cómo se han de repartir pérdidas y ganancias entre los socios. Cuando se ha pactado que el capital sea aportado por todos los socios y que las pérdidas y ganancias se asignen en proporción a ese capital aportado, estas condiciones serían válidas. Nos encontramos ante el supuesto normal y deseable. En caso de que el trabajador recibiera una parte mayor, se admitiría pero considerando ese exceso entregado como el capital de una *muḍāraba*; si el beneficiario de ese aumento fuera el socio capitalista, la estipulación sería nula. Cuando la sociedad se ha constituido de tal forma que los dos socios aportan trabajo, sería válida; si el capital aportado por uno fuera superior al del otro con la estipulación de que los beneficios fueran a partes iguales o no, se aplicaría esa estipulación; las pérdidas habrían de guardar en función del capital entregado por cada uno. De esta manera, parece confirmarse una máxima en las sociedades islámicas, el beneficio puede derivarse del trabajo además del capital aportado, pero las pérdidas han de ser satisfechas con cargo al capital aportado.

^aالمادة 1369- (الضرر والخسارة التي تحصل بلا تعد ولا تقصير تقسم في كل حال بنسبة مقدار رؤوس الأموال، وإذا شرط خلاف ذلك فلا يعتبر)

الضرر والخسارة التي تحصل بلا تعد ولا تقصير تقسم في كل حال، أي أنه لو شرط خلاف ذلك سواء في الشركة الصحيحة أو الفاسدة، بنسبة مقدار رؤوس الأموال شرط إنقسامها على وجه آخر فلا يعتبر أي أن الشرط تقسيم الوضعية والخسارة على وجه آخر باطل حيث قد ورد الحديث الشريف (الربح على ما شرطاً والوضعية على قدر المالين) (مجمع الأنهر) من غير فصل بين التساوي والتفاضل (الدر المنتقى)²⁶⁸⁵.

Este artículo del código civil vigente en el Imperio Otomano desde finales del siglo XIX hasta la llegada de la república turca, que ya hemos comentado en el capítulo quinto, impone un criterio para el reparto de las pérdidas y menoscabos acaecidos entre los socios: en función del capital social aportado por cada uno. Esta norma se aplica a cualquier tipo de sociedad de contrato, aplicándose a las mismas, más allá del caso de la de *'inān* que hemos analizado en con el texto anterior. Obviamente, se refiere a pérdidas normales del comercio, no a las irrogadas por acciones intencionadas de los contratantes o por negligencia grave de los mismos. Si se hubiera optado por constituir una persona jurídica, las pérdidas serían asumidas por esta, de forma independiente a sus miembros. Al mantener la individualidad de cada socio, los quebrantos patrimoniales se transmiten a estos, en el mismo porcentaje de las aportaciones de cada uno. Como en otras ocasiones, parece que las pérdidas fueran unidas a los bienes que los socios han puesto en la sociedad, ocupando su lugar. El mantenimiento de la responsabilidad individual es tan radical que incluso se prohíbe cualquier estipulación en contrario.

a Artículo 1369: Los daños y las pérdidas que se produzcan sin dolo ni negligencia se reparten, en todo caso, en función del porcentaje de los capitales; si se estipulara en contra de esto, no se tendría en cuenta.

Los daños y las pérdidas que se produzcan sin dolo ni negligencia se reparte, en todo caso, es decir, incluso si se hubiera estipulado lo contrario, tanto en la sociedad válida como en la anulable, en función del porcentaje de capital social. Si hubieran estipulado repartirlas en función de otro criterio, no se tendría la condición como puesta; es decir, si se estipulara el reparto de las pérdidas de otra forma, sería nula, pues el hadiz honorable dice: “el beneficio según lo estipulado, y las pérdidas según los capitales”, *Muḡama‘-l-Anhar*, sin distinguir si las aportaciones son a partes iguales o uno aportara más (*al-Dār al-Muntaqā*).

^a إذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل أن يشتريا بطلت الشركة كذا في الهداية* وأي المالكين هلك قبل الشراء هلك على صاحبه هلك في يده أو يد صاحبه كذا في المحيط* وإذا جاء كل واحد منهما بألف درهم فاشتركا بها وخطاها كان ما هلك منها هالكاً منهما وما بقي بينهما إلا أن يعرف شيء من هالك أو الباقي من مال أحدهما بعينه فيكون ذلك له وعليه كذا المبسوط* وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر فالمشتري بينهما على ما شرط كذا في الجوهرة المنيرة* وإن يصرحا بالوكالة عند العقد كذا في المضمرة* ويرجع على صاحبه بحصته من الثمن كذا في الإختيار وشرح المختار* ثم هذه الشركة في المشتري شركة عقد عند محمد رحمه الله تعالى لكل منهما أن يتصرف فيه كذا في النهر الفائق* وهو الصحيح هكذا في محيط السرخسي* هذا إذا هلك أحد المالكين بعد شراء أحدهما فلو هلك قبل الشراء ثم اشترى الآخر بماله ينظر فإن كانا صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشتري مشترك بينهما بحكم الوكالة المفردة ويرجع عليه بحصته من الثمن وإن ذكرنا مجرد الشركة ولم يذكر في عقد الشركة الوكالة فالمشتري يكون للمشتري كذا في التبيين*²⁶⁸⁶

En cuanto a la destrucción del capital social, únicamente sería a cargo de todos los socios una vez completada su disposición en el objeto social (comprar para revender) o hubieran mezclado de tal manera los bienes aportados que no se conociera la procedencia de los mismos. Por lo tanto, el mero contrato de sociedad no provoca la constitución de una comunidad de bienes sobre el patrimonio social y los beneficios; en consecuencia, su pérdida no se atribuye en función del porcentaje pactado hasta que se hubiera empleado en los fines sociales.

^b وليس له أن يشارك غيره إذا لم يشترط في عقد الشركة أن يعلم كل واحد منهما برأيه هو الصحيح كذا في الذخيرة* ولو شارك أحدهما رجلاً شركة عنان فما اشتراه الشريك الثالث كان النصف للمشتري ونصف بين الشريكين الأولين وما اشترى الشريك الذي لم يشارك فهو بينه وبين شريكه نصفين ولا شيء منه للشريك الثالث كذا في فتاوى قاضيخان* وروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن أحد شريكي العنان إذا شارك غيره مفاوضة بمحضر من شريكه تصح المفاوضة وتبطل شركته مع الأول وإن كان بغير محضر من شريكه لم تصح كذا في الظهيرة*²⁶⁸⁷

Los socios de este tipo de contrato, en virtud de las obras de la escuela utilizadas como criterios de autoridad, salvo pacto en contrario, tienen vedado asociarse con otras personas en terceras sociedades. Si esta se llevara a cabo de forma legal, siendo una sociedad de *'inān*, se producirían los siguientes efectos: cuando el comprador fuera ese tercer socio, adquiriría la mitad del bien y la otra mitad sería una copropiedad de los socios originales; en el supuesto de que el comprador fuera alguno de estos dos, se repartirían el bien en comunidad, sin que el tercero participe con ninguna cuota. Si la nueva sociedad fuera del tipo *mufāwāḍa*, pondrían fin a la sociedad inicial, siempre y cuando se perfeccionara en presencia del socio original; si no fuera así, la *mufāwāḍa* sería nula. Estas normas sobre la actuación de los socios con terceros confirman la individualidad de cada uno de los participantes. En determinados casos esa nueva sociedad únicamente influye en el reparto de cuotas en la copropiedad resultante. No parece que se encuentre

a Si el capital de la sociedad se destruyera, o cualquiera de los dos capitales, antes de que hubieran comprado, la sociedad se anularía, así en *al-Hadāyyia** Cualquiera de los bienes que se destruyera antes de comprar, se destruiría para su dueño, tanto si sucediera en sus manos como en las de su compañero, así en *al-Muḥīṭ** Si cada uno de ellos dos aportara mil *dirhams*, constituyeran una comunidad de bienes y los mezclaran, lo que se destruyera sería para los dos y lo que se conservara también, salvo que se conociera de quién es lo perdido o lo restante, habiéndose perdido para él o conservado para él, así en *al-Mabsūt** Si alguno de los dos comprara con su dinero y se destruyera el capital del otro, lo comprado sería para los dos, según lo estipulado, así en *al-Ŷawhara al-Munīra** Aunque hubieran explicitado la delegación en el momento del contrato, así en *al-Muḍammarāt** Y repite contra su dueño por su cuota del precio, así en *al-Ijtiyār* y *Šarḥ al-Mujtār** Después, esta sociedad sobre lo comprado sería una sociedad de contrato, para Muḥammad, Dios el Altísimo tenga misericordia de él, cada uno puede disponer de él, así en *al-Nahar al-Fā'iq** Esto es lo correcto, así en *al-Muḥīṭ al-Sarjās** Esto sería si se destruyera alguno de los dos bienes después de que uno de ellos hubiera comprado; si se hubiera destruido antes de la compra y después el otro comprara con su dinero, se miraría si hubieran explicitado la delegación en el contrato de sociedad, lo comprado sería en común en virtud de la delegación, repitiendo por su parte del precio. Si únicamente hubieran mencionado la sociedad en el contrato, sin mencionar la delegación, lo comprado sería para el comprador, así en *al-Tabayyūn**

b No puede hacer participar a otro si no han estipulado en el contrato de sociedad que cada uno trabaje según su opinión; es lo correcto, así en *al-Dajira** Si asociara uno de los dos a un hombre en una sociedad de *'inān*, lo que comprara el tercer socio sería una mitad para el comprador y otra mitad para los socios primeros; lo que comprara el socio que no se asoció con este tercero sería para los socios originales por mitades y nada para el tercer socio, así en *Fatāwā al-Qāḍijān** Se cuenta de Abū Ḥanīfa, Dios el Altísimo tenga misericordia de él, que si uno de los socios de una sociedad de *'inān* se asociara con otro en una sociedad de *mufāwāḍa*, en presencia de su socio, sería válida esta y se anularía su sociedad con su anterior socio, si no fuera en presencia de él, no sería válida, así en *al-Zahira**

previsto la incorporación de un nuevo componente de la sociedad original; una persona jurídica pluripersonal suele tener menos impedimentos en incorporar nuevos miembros; la participación de un tercero en un contrato bilateral suele ser más dificultosa.

(الفصل الثالث في تصرف شريكي العنان في مال الشركة وفي عقد صاحبه وفيما وجب بعقد صاحبه وما يتصل بذلك) ^a
[...] فإن أذن ذلك كل واحد منهما صاحبه بالإستدانة عليه لزمه خاصة حتى كان للمقرض إن أخذ مه وليس له أن يرجع على شريكه وهو الصحيح كذا في المضمرة* وهكذا في المحيط وفتاوى قاضيخان* وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع على العاقد أي لو باع أحدهما لم يكن للأخر أن يقبض شيئاً من الثمن وكذلك كل دين لزم إنساناً بعقد وله أحدهما ليس للأخر قبضه وللمديون أن يمتنع من دفعه إليه كلاً مشتري من الوكيل بالبيع له أن يمتنع من دفع الثمن إلى الموكل فإن دفع إلى الشريك من غير توكيل برئ من حصته ولم يبرأ من حصة الدائن وهذا إستحساناً كذا في البدائع* ²⁶⁸⁸

Las fetuas hindúes analizan la posición del socio respecto de las operaciones y negocios de su compañero; aun cuando lo hubiera autorizado, ninguno de ellos puede endeudar a su socio; el socio que hubiera contratado es quien asume los derechos y obligaciones derivados de los contratos que concluya. En este tipo de sociedad queda más patente la naturaleza individualista de los distintos tipos de sociedades regulados por el *fiqh*. La propiedad común sobre los beneficios es la única consecuencia común. En la *mufāwda*, la mutua fianza añade una solidaridad pasiva en favor de los terceros; mas en la de tipo *'inān*, estos interactúan con los socios como si la sociedad no existiera.

Quizás hayamos pecado de cierta falta de sistemática a la hora de ir mostrando los textos de los ulemas; no obstante, nuestra intención nunca ha consistido en presentar una monografía sobre los distintos contratos societarios islámicos, sino, en su momento, dar una respuesta a la cuestión de su consideración o no como persona jurídica. Nuestra contestación fue negativa. En estos momentos intentaremos dar un paso más e intentar mostrar la existencia de algún tipo de principio jurídico que explique el porqué ninguno de los tipos de sociedad musulmana cristalizó en la aparición de un ente independiente de los socios.

Iniciamos este camino con aquellas instituciones más cercanas al arrendamiento que a la sociedad, pero que sí comparten ciertos rasgos con esta. Se trata de la *musāqāt* y la *muzāra'a*. Estos contratos, en las fuentes jurídicas árabes, aparecen ligados a los pactos sellados por Muḥammad con los judíos de Jaybar una vez conquistados estos oasis cercanos a Medina, así nos lo confirma al-Bujārī²⁶⁸⁹ y Abū Yūsuf²⁶⁹⁰; también fue una práctica común en otras actuaciones llevadas a cabo por los líderes militares en algunas zonas anexionadas, como Bālis²⁶⁹¹. A pesar de que los textos no nos aportan datos sobre usos similares en la Arabia Preislámica, no sería descartable que esos contratos se concluyeran en los escasos lugares de la Península Arábiga donde existiera cierta agricultura estable.

La *musāqā* se define como aquel negocio jurídico mediante el cual un hombre entrega a otro un árbol para que lo riegue y efectúe las operaciones precisas, a cambio de una cuota determinada de sus frutos²⁶⁹². Por su parte, la *muzār'a* es descrita de la siguiente manera: entrega de tierras a quien la cultive, con la condición de que lo sembrado sea de ambos²⁶⁹³. De las dos descripciones jurídicas, se desprende que el propietario de los terrenos o de los árboles contrata a un tercero que realice las labores agrícolas pertinentes, repartiéndose entre ellos los frutos según las cuotas que hubieran estipulado, un tercio, cuarto o similar. El alfaquí ḥanaḥī al-Ṭaḥāwī²⁶⁹⁴ lo vincula con la

a (Capítulo tercero sobre la disposición por un socio de una sociedad de *'inān* del capital de la sociedad y en el contrato de su compañero, lo que debe hacer en el contrato de su compañero y lo que esto lleva anexo).

[...] Aunque cada uno de ellos autoriza a su compañero a endeudarse a su costa, le obligaría particularmente; el prestamista puede cobrarse de él, sin poder acudir a su socio; esto es lo correcto y así en *al-Muḍammārāt** Así también en *al-Muḥīṭ* y *Fatāwā al-Qāḍījān** Los derechos derivados de los contratos concluidos por uno de ellos repercuten en el que contrata; de esta manera, si alguno de ellos vendiera, el otro no tendría facultad para recibir nada del precio; también cada deuda que obligue a una persona por un contrato que concluya alguno de los dos el otro no puede recibirla; el deudor puede impedir que se le pague a él, como el delegado para una venta puede impedir que se le pague el precio al delegante. Si entregara al otro socio sin autorización, se liberaría por su parte pero no por la parte del socio acreedor. Esto se establece por mejor opinión, y así en *al-Badā'i'**.

prohibición del arrendamiento mediante una renta consistente en una parte de los frutos. Esta cuestión la abordaremos con más detenimiento en el próximo epígrafe, consagrado a la proscripción del riesgo, como principio general del *fiqh*. Para este ulema, esta proximidad entre estos dos contratos y el arrendamiento posee una trascendencia jurídica que no podemos obviar: la aplicación analógica del régimen jurídico del arrendamiento implica que tanto la *musāqāt* como la *muzāra'a* sean contratos vinculantes entre las partes, quienes están obligados a cumplir sus obligaciones respectivas durante la vigencia del mismo; este plazo se ha de estipular en su conclusión. Este régimen lo refrenda el historiador y alfaquí al-Ṭabarī en su obra en la que se ocupa sobre aquellas materias en las que discrepan los *fuqahā'*; el autor relaciona las distintas opiniones de todas las escuelas, que coinciden en que ninguno de los socios en estos contratos agrícolas está facultado para abandonarlo libremente²⁶⁹⁵. Comprobaremos que la sociedad islámica es, salvo excepciones, libremente rescindible por las partes. Resulta paradójico que estas figuras, casi idénticas a la locación, sean más estables que la sociedad, al menos, durante el plazo pactado; ahora bien, en derecho islámico, el plazo permitido para un arrendamiento nunca es demasiado largo.

Otro negocio casi idéntico a la *muzāra'a*, *al-jummās*, plantea una problemática que los propios *fuqahā'* consideran irresoluble. Cuando coinciden varios cultivos en los que la planta que los produce tiene una vida útil mayor a la de una cosecha, el caso del algodón y los cereales, los alfaquíes no encuentran ninguna respuesta a la duración de la sociedad o comunidad, como nos demuestra la fetua del Sīdī Mišbāḥ que aparece en el *Mi'yar*. Esta laguna legislativa indica que este contrato híbrido entre la sociedad y el arrendamiento está pensado para un ciclo agrícola, descartando una colaboración duradera en la explotación de terrenos cultivables.

En cuanto a la naturaleza jurídica de estas figuras, al-Kāšānī²⁶⁹⁶ sea, tal vez, quien mejor la explicite: se contrata como un arrendamiento, pero se perfecciona como una sociedad. En este caso, si trocáramos el término sociedad por el sintagma comunidad de bienes, acertaríamos. Veamos por qué, en palabras del ulema: del contrato de arrendamiento se deriva la partición del dominio en dos: el socio trabajador adquiere el dominio útil o usufructo del socio capitalista y el arrendamiento impone que tenga lugar una mutación demanial: el dominio se divide, de la misma manera que hemos observado en otras ocasiones; el dominio útil de sí mismo es adquirido por el socio trabajador desde su titular, el dueño de la tierra y lo trasmite a este. La comunidad de bienes es el resultado de la conversión de la cosecha en una copropiedad entre ambos. En la visión del *fiqh*, la sociedad genera, ya que en esto radica su finalidad principal, una comunidad de bienes sobre los beneficios. Esta circunstancia, unida a la constante aplicación analógicas de normas pensadas para otros institutos, como el arrendamiento, en este caso, o la delegación y la fianza, en otros, complican sobremanera la institución. Sin embargo, no se plantea, ni como mera hipótesis, revestir a la sociedad de una personalidad independiente a la de los socios, quienes siempre mantienen su propia esfera jurídica inalterada. Esta conclusión viene avalada por la respuesta jurisprudencial del jurista cordobés Ibn Lubbāba²⁶⁹⁷. La responsabilidad por los gastos comunes que se desprenden de la vigilancia de las granjas se reparte según la cuota de cada uno o a partes iguales, pero sin menoscabar la individualidad de los comuneros. Este reparto no tiene por qué trascender a los terceros, sino que se trataría de pactos internos entre los socios; este secretismo, según nuestro Código Civil en el artículo 1669, provocaría, como una especie de sanción, la aplicación del régimen de la comunidad de bienes.

En segundo lugar, la *muḍāraba* o *al-qirād*, terminología preferida por los seguidores de Mālik b. Anas, es una institución extendida durante la *Yāhiliyya*; Ibn Hišām²⁶⁹⁸, en su biografía de Muḥammad, narra la comandita en la cual su primera mujer era la socia capitalista, mientras que él tomaba los bienes para comerciar con ellos en Siria. A pesar de su regulación preislámica, fue confirmada por el Islam²⁶⁹⁹. De forma esquemática, consiste en lo siguiente: contrato de sociedad en el que el capital viene de una parte y el trabajo de la otra; el beneficio es para ambos según hubieran estipulado, siendo las pérdidas para el dueño del capital²⁷⁰⁰. Este negocio debió de estar muy

extendido en La Meca de la época del Profeta y a él acudirían muchos de los primeros prosélitos de la nueva religión. Mālik menciona una anécdota en la que lo que parece un caso nepotismo con el botín de guerra en favor de los hijos de ‘Umar b. Al-Jaṭṭāb, en el cual se termina considerando a estos socios trabajadores de una comandita²⁷⁰¹. La redacción del episodio llama bastante la atención, pues el capital social sería un patrimonio de Dios, que figuraría como socio capitalista. Como veremos, la literalidad de las expresiones no siempre va en la dirección aparente.

Las particularidades de este tipo social que más claramente denotan el carácter individualista se podrían condensar en estas:

- El capital social se mantiene como propiedad privada del socio capitalista. No tiene lugar ninguna mutación subjetiva en favor de su compañero o, con más razón, de un nuevo sujeto no humano; ahí radica el argumento que justifica que las pérdidas recaigan en exclusiva sobre él; según la tesis de Mālik²⁷⁰². Otro jurista, al-Kāšānī, seguidor de Abū Ḥanīfa, da un giro más a la tuerca y expone una teoría, en virtud de la cual el socio capitalista sería propietario del dominio directo; al no tener facultad para impedir la disposición -pues el socio trabajador ha de comerciar con esos bienes para procurar obtener beneficios- su compañero sería titular de un dominio útil, que le permitiría vender ese patrimonio según el comercio que se trate. Tomando cualquiera de los dos argumentos, queda patente que el dominio útil no se trasmite a un sujeto distinto de los participantes en el contrato; en el caso de la escuela iraquí, ocurre una partición de la propiedad -un fenómeno nada extraño en el *fiqh*- entre los dos socios; ninguno de ellos pierde su propia individualidad.
- Este negocio jurídico cumple una función muy similar a la del mandato o delegación comercial. Una persona que dispone de fondos nombra a otro su representante para que comercie con ellos, estipulando las instrucciones que considere oportunas, a las cuales habría de ceñirse el mandatario. En su obra *al-Muwattaʿa*, Mālik b. Anas considera que la capacidad de acción del socio trabajador va más allá del cumplimiento estricto de unas directrices, dentro de los usos del comercio, posee una mayor libertad²⁷⁰³. No obstante, Averroes matiza la opinión de su maestro, quien no permite que el trabajador adquiera con el precio adeudado, mientras las otras escuelas no ven inconveniente en ello²⁷⁰⁴. De otro lado, la escuela medinesa, como contrapeso, no admite que el socio capitalista incluya demasiadas restricciones a la actuación de su compañero de negocio²⁷⁰⁵, al contrario que Abū Ḥanīfa; en esta corriente, se justifica la mayor libertad del socio frente al mandatario por las necesidades del comercio, así lo explicita al-Kāšānī²⁷⁰⁶. No queda resquicio de duda de que la *muḍāraba* implica un estadio más evolucionado en el mundo del comercio que el simple mandato. Sin embargo, el mayor o menor campo de acción del contratante que ejerce el comercio no significa ni se refleja en una menor o mayor independencia jurídica de ambos, pues cada uno, sin importar las facultades de las que esté investido, actúa en nombre propio o en nombre de cada uno de los socios. Íntimamente ligado a esta cuestión nos encontramos con el asunto de los gastos del socio trabajador en el ejercicio de su labor. Estos corren a cargo del capital social; al-Kāšānī aplica analógicamente las normas de la tutela: al igual que el tutor tiene derecho a repetir contra los bienes de su pupilo por los desembolsos realizados en favor de este. Ahora bien, todo indica que es el capital social, unos bienes concretos, los que responde por esos gastos; asimismo, el ulema afirma que el socio capitalista, con la perfección del contrato, otorga un consentimiento tácito para que sus bienes se empleen en la manutención del trabajador mientras actúa en beneficio de la sociedad²⁷⁰⁷. Este modelo lo exportará a los demás tipos de sociedad, en algunos de los cuales ambos socios viajan y precisan de dietas²⁷⁰⁸.
- El propósito de *al-qirād*, la finalidad jurídicamente protegida por la *Šarīʿa*, hunde sus raíces en la obtención de un beneficio. La propiedad del mismo será común, cada uno en función de la cuota pactada, entre los socios. El hijo del juez ceutí mālikī, ‘Iyyāḍ b. Mūsā²⁷⁰⁹, hace

depender la copropiedad del socio trabajador de la labor ejercida; ese fundamento también lo hallamos en el arrendador de servicios; también, quien arrendara una herramienta a la sociedad tendría derecho a la renta. El hecho diferencial en estos últimos casos estriba en que esa renta sería líquida, una cantidad determinada de dinero o algún bien fungible. Sin embargo, el socio trabajador de la comandita se convierte en propietario de una fracción de los beneficios junto al socio capitalista; hasta la partición de esa comunidad de bienes sería dueño de una cuota abstracta, un tercio, mitad, cuarto etc. La sociedad ocasiona una comunidad de bienes y de ahí su nombre en árabe: *šarika*. La escuela *ḥanaḥī* mantiene una postura totalmente coincidente. Así se desprende del libro de al-Kāšānī en el que se describe a esa comunidad de bienes como el eje sobre el que pivota la institución²⁷¹⁰. Resulta interesante comprobar en qué momento el socio trabajador podría poner fin a esa situación de comunidad y tomar la parte que le corresponde. Una fetua recogida por al-Wanšarīsī²⁷¹¹ nos recuerda que, hasta que el capitalista no hubiera recuperado todos los bienes aportados, la partición no se puede producir. Todavía en pleno siglo XIX, el alfaquí al-Wazzānī mantiene vigente dicha regla²⁷¹² conservada también por Averroes²⁷¹³. En cuanto a las pérdidas, siempre se imputan al capital, nunca al trabajador, el cual, en el peor de los casos, habría trabajado en balde²⁷¹⁴. Existe una colaboración con el fin de obtener beneficios, pero sin que este interés común suponga una superación de la personalidad de ambos: son propietarios privativos, el socio capitalista del capital y de una cuota de los beneficios y el socio trabajador únicamente de esto último. La sociedad no tiene patrimonio propio. Cada socio tiene su propio derecho: el capitalista a la devolución de los bienes aportados y el socio trabajador a su parte en los beneficios. Uno arriesga los bienes entregados y el otro su trabajo.

- Otra característica que podría servir de indicio de cierta estabilidad y prolongación de la vida de la sociedad más allá de la de sus constituyentes sería la trasmisión *mortis causa* de la posición jurídica del socio capitalista o del socio trabajador. Respecto a esta última, Mālik b. Anas²⁷¹⁵ admite, con carácter excepcional, la continuidad de los herederos como comerciante activo; para ello exige que lo soliciten y que la otra parte los consideren personas de confianza. En cuanto al socio capitalista, una respuesta jurisprudencial compilada por al-Wanšarīsī²⁷¹⁶ afirma que sus sucesores han de autorizar la continuidad. Como regla general, según esa misma fetua, la muerte extingue la *muḍāraba* o una vez concluida la actividad objeto de la misma. Comprobamos que su carácter indefinido no es la nota predominante. No obstante, el jurista deja un resquicio abierto, pues si la costumbre del lugar es contraria a la finalización con la terminación del negocio concreto, se estaría a ese uso. En definitiva, este negocio, de forma natural, tiende a ser personalísimo; es decir, se concluye en atención a una persona concreta con la que se considera oportuno asociarse, pero, si esta fuera sustituida por otra, quizás no fuera de la confianza necesaria para crear una sociedad. La identidad y personalidad de cada contratante es un pilar fundamental, hecho que no predispone a la institución a crear un sujeto jurídico independiente.
- La naturaleza y clasificación de los contratos en el *fiqh* escapan al objeto de esta tesis. Existe una amplia bibliografía sobre la materia; hemos citado en este trabajo la obra de al-Sanhūrī²⁷¹⁷ o Parviz Owsia²⁷¹⁸. En España, entre otros, Pedro Cano ha investigado sobre contratos específicos *mālikīes*²⁷¹⁹. A pesar de ello, nos interesa sobre manera en el desarrollo de la temática que venimos abordando la etiqueta que los ulemas colocan al contrato de sociedad como no vinculante, como Averroes²⁷²⁰, al-Dasūqī²⁷²¹ o al-Ṭaḥāwī²⁷²², si bien con distintas posiciones doctrinales. Esta categoría implica que cada uno de los socios es totalmente libre de rescindir el contrato sin necesidad de indemnizar por daños a su socio. Es verdad que los discípulos de Mālik mayoritariamente se decantan porque sí sea vinculante una vez que el socio ha comenzado su encargo; el planteamiento de la libre ruptura del vínculo social es en sí misma una prueba de la inseguridad e inestabilidad de la institución;

esta concepción del contrato, del cual no se asegura su perdurabilidad, no impulsa la búsqueda de una institución como la personalidad jurídica que pretende una mayor duración en el tiempo, pues la *Šarī'a* prima el interés individual de cada socio, en ningún caso el del supuesto ente resultante del negocio jurídico. El comentario del *ḥanafī* al-Ṭahāwī resulta bastante revelador de ello, pues *musāqāt* y *muzāra'a*, cuyos regímenes están más impregnados del arrendamiento, sí resultan obligatorios para las partes en todo momento sin que quepa la rescisión sin una compensación de parte de quien se desmarca del acuerdo.

- Finalizando, con la *muḍāraba*, tenemos que remarcar la brecha existente entre las expresiones de los alfaquies, del tipo *capital de la sociedad*, y la ausencia de una personificación de la misma. Los ulemas nunca afirman que exista una persona jurídica propietaria de unos bienes, que se mantienen bien en el dominio del socio capitalista o como comunidad de bienes entre los contratantes. Dedicaremos un apartado al asunto, pero nos inclinamos por señalar que este tipo de construcciones gramaticales apuntan a una tendencia objetiva, tratan de clasificar o etiquetar unos bienes sobre los que serán aquellos contra los que el titular de un derecho de crédito ejerza su derecho a obtener la prestación que corresponda. En cierto sentido, estaríamos hablando, como nos hemos referido en otras ocasiones, de una especie de obligación *propter rem* o, incluso, hipotecas legales. En su momento, sistematizaremos estas reflexiones.

En el tercer grupo reunimos a varios tipos bajo el epígrafe común de sociedad de contrato, en la terminología de la *Maḥalla*²⁷²³, de tradición *ḥanafī*. Obviamente, no nos corresponde analizar pormenorizadamente cada uno de ellos; nos limitaremos a destacar aquellas normas que las regulan, en su totalidad o en parte, y que evidencian la propensión individualista de los contratos colaborativos islámicos, los cuales, paradójicamente, representan la vía para la cooperación de las personas en la actividad económica.

- Los requisitos comunes prácticamente a todos los contratos concretos, tal y como lo expone el alfaquí al-Kāšānī²⁷²⁴ y el Código de Obligaciones otomano, en sus artículos 1329²⁷²⁵ y 1333²⁷²⁶, se resumen en la mutua representación y en la formación de una comunidad de bienes sobre las aportaciones y beneficios. El centro de gravedad de toda sociedad se sitúa en esta copropiedad; su plena efectividad, dado que no se transmiten los bienes a un sujeto social, requiere la mutua representación. Cada uno de los contratantes, desde el momento de la perfección del contrato, autoriza a su compañero a actuar en su nombre. Cada uno conserva su propia esfera jurídica, pero permite que su socio, a modo de su delegado, realice negocios jurídicos que le afecten. Los socios ceden poder de actuación pero no autonomía jurídica. En la comunidad de bienes simple, designada en árabe con la misma palabra que la sociedad, cada comunero respecto a la cuota o parte del otro está en la misma posición que un tercero; no puede disponer de ella en absoluto, como lo establece al-Kāšānī.²⁷²⁷ o la *Maḥalla*²⁷²⁸. En consecuencia, si la sociedad consiste en que se trafique con unos bienes para obtener otros con ganancias en copropiedad, es necesario un mecanismo jurídico que permita a cada socio realizar actos eficaces en la esfera del otro; esa herramienta es la mutua delegación. El expediente de la personalidad jurídica ofrecería otra alternativa, pues los bienes aportados y adquiridos serían de titularidad de la misma.
- Averroes²⁷²⁹ nos acerca la postura de al-Šāfi'ī sobre su negativa a dar validez a aquellas sociedades en las que no se produce una copropiedad (en árabe se hace referencia a la confusión de los bienes, mezcla, *jalt*) sobre los bienes aportados. Esgrime como justificación que, en el caso que la comunidad de bienes recaiga únicamente sobre los beneficios, que son un derivado, sin que previamente exista sobre los patrimonios de los que derivan, no se cumpliría la naturaleza de la sociedad. El ulema en cuya obra más claramente observamos la influencia en las reticencias a la creación de órganos pluripersonales con entidad jurídica

propia²⁷³⁰, es quien más estricto se muestra a la hora de imponer mayores exigencias a la constitución de sociedades. Otra dificultad con la que se topan estos juristas nace de la consideración del trabajo y la capacidad humana para endeudarse, *dimma*, como bienes aportables a la sociedad. El filósofo y jurista andalusí del siglo XII nos relaciona las distintas posturas de las diversas escuelas²⁷³¹. La escuela de Abū Ḥanīfa no ve inconveniente. De nuevo, al-Šāfi'ī rechaza esa posibilidad, pues infringiría la prohibición del riesgo en las obligaciones. Por su parte, los *mālikīes* niegan la legalidad de la sociedad basada en las deudas de los socios, pero comparten la opinión de los *ḥanaḥīes* respecto a la sociedad en la que los contratantes ponen en común su trabajo. La razón sobre la que basan su posición no consiste en que consideren el trabajo como un bien, sino que aplican analógicamente el régimen del botín; en el mismo, el derecho de los combatientes a su cuota como copropietarios del mismo surge de su participación en el combate. El derecho a la cuota sobre los beneficios se debe a su trabajo no a su condición de socio de una sociedad. Es la condición personal, no social, la relevante.

- Las relaciones entre los socios y de estos con los terceros también reflejan que los individuos no se despojan de su propia autonomía. La sociedad de *mufāwāḍa* sea tal vez la que produce una mayor integración de sus socios. En ella los participantes no son únicamente delegados de los demás, sino que se constituyen en sus fiadores tal y como lo establecen entre otros al-Kāšānī²⁷³². Esta regulación fue acogida por las normas positivas en el Imperio Otomano a finales del siglo XIX²⁷³³. Esta solidaridad pasiva no implica la supresión de la responsabilidad individual de cada socio respecto a los terceros, sino la suma de dos responsabilidades individuales en favor de estos. Cualquier persona que sea acreedor de cualquiera de los miembros de la sociedad podrá cobrar su deuda de cualquiera de ellos. Este planteamiento asegura la posición del tercero, pero, a diferencia de la personalidad jurídica y su limitación de responsabilidad al capital social, dejando a salvo el capital de los socios, no puede considerarse un acicate para la creación de sociedades. La solidaridad, que en la *mufāwāḍa* se da en la posición pasiva de los socios, deviene también activa en la sociedad de trabajo; así lo corroboran *al-Fatāwā al-hindiyya*²⁷³⁴. Esto quiere decir que el pago del servicio por la persona que encargue un trabajo a uno de los socios lo liberará de la deuda, entregando el dinero a cualquiera de ellos. De este régimen no se deduce tampoco que el derecho de crédito sea de la sociedad, sino de todos los socios en una porción proporcional a su trabajo. Únicamente, se facilita al tercero que no tenga que dividir la deuda entre todos y que haya de ir abonando su parte uno por uno. Serán los trabajadores asociados los que deban realizar la partición; del mismo modo, la solidaridad pasiva supera la complicación que supondría que el acreedor tuviera que perseguir a cada socio por la parte de la deuda de la que fuera responsable. En ningún momento supone pérdida de autonomía jurídica de cada uno.
- Otro elemento que se ha de tomar en cuenta radica en la regulación de los bienes que son aportados a la sociedad por los contratantes. En primer lugar, estos no cambian de propietario; únicamente se produce una comunidad de bienes. Ahora bien, este patrimonio social sí se dota de cierta individualidad, así, los socios tienen vedado mezclar sus bienes privativos con los sociales, según dispone el artículo 1379 de la *Maḥalla*²⁷³⁵; no es extraño al *fiqh*, la definición de ciertos patrimonios con regulación propia, con independencia de quiénes sean sus titulares, idea que retomaremos al analizar la tendencia objetiva del derecho islámico.
- Los bienes que los contratantes llevan a la sociedad sirven para negociar con ellos y obtener beneficios; normalmente, con ellos se compra para revender con ganancia. Asimismo, cada socio, como consecuencia de una sociedad, es titular, de forma plena, de sus bienes privativos, aquellos que no ha aportado a la sociedad; en cuanto al capital social, sería copropietario, en proporción a su aportación; los beneficios, que son la finalidad del

contrato, también se poseen en comunidad de bienes. En definitiva, en la relación de las personas intervinientes se generan dos tipos de bienes: privativos y comunes. La dinámica que acontece en los mismos no desvela elementos de juicio importantes sobre el predominio de lo individual sobre lo colectivo. El hijo de ‘Iyyād b. Mūsā²⁷³⁶, en esta fetua, nos expone cuál es la regla general: lo adquirido con bienes comunes son comunes, pues ocupan su lugar, y viceversa. Esta norma es la adoptada por nuestro Código Civil respecto a la sociedad de gananciales matrimonial (la cual no disfruta de la personalidad jurídica) en el artículo 1346; en el régimen económico de los cónyuges patrio, también se observa esa distinción entre bienes comunes y privativos. Con esta disposición es más comprensible la reticencia de la que nos habla el decimonónico al-Dasūqī²⁷³⁷ que la escuela expresa a que el socio adquiriera bienes adeudando el precio, ya que la que ocupa el lugar de un bien es una deuda. Como hemos visto, los medineses no aceptan la sociedad en la que sus integrantes únicamente ponen su capacidad para asumir obligaciones, ni bienes ni trabajo. Esta reglamentación no es exclusiva de esa escuela, los *ḥanafīes*, inspiradores de la compilación otomana, también aplican los mismos preceptos; sirva de ejemplo los artículos 1374, 1375 y 1376 de la *Maḥalla*. Existe un tipo de especial de sociedad, la *mufāwada*, pongamos el calificativo de familiar. Según al-Wazzānī²⁷³⁸, sería aquella en la que los hijos y padres, o los hermanos, *comparten mesa*. Pues bien, el precepto se aplica pero, al compartir todos los bienes, se han eliminado los privativos. En cualquier caso, en la recopilación de fetuas *ḥanafīes* realizada en la India Mogola²⁷³⁹, en el caso de que los socios compartan todos sus patrimonios, los bienes que adquieren por herencia, legado o donación serían privativos. Estos mismos supuestos y con la misma calificación se recogen en la regulación que nuestro Código Civil dispone para la sociedad de gananciales.

- Es posible predicar de estos tipos de sociedad la polémica sobre el carácter o no del contrato para las partes. Al-Kāshānī²⁷⁴⁰, como todos los seguidores de Abū Ḥanīfa, lo consideran no vinculante. Ya vimos la polémica entre los discípulos de Mālik b. Anas. El aspecto gramatical de los textos y su aparente reconocimiento de la personalidad de la sociedad también se observa en estos tipos de sociedad. A lo dicho con anterioridad nos remitimos.

Tras este examen instrumental de los distintos tipos societarios islámicos, sí nos interesa subrayar una serie de conclusiones que consideramos fundamentales acerca de la institución de la persona jurídica en el *fiqh*. En especial, nos detenemos en aquellos aspectos en los que se constata el carácter individualista en la regulación del contrato de sociedad musulmán.

Resulta especialmente llamativo observar que muchas veces las oraciones y el léxico empleados, capital de la sociedad, deudas de la sociedad, invitarían a pensar en la aparición de un nuevo sujeto de derecho autónomo respecto de los socios. Hemos comprobado que el contenido de los textos de los ulemas no se traduce en un contenido acorde con la personalidad jurídica. Esta situación se sitúa en una posición opuesta a la que nos encontramos al tratar los bienes habices. En especial, la fetua, en cualquiera de sus dos versiones, que considerábamos como el ejemplo más nítido de la personificación del *waqf*²⁷⁴¹, poseía un tenor literal que dotaba a la institución de titularidad de derechos y obligaciones. En este ejemplo, las construcciones gramaticales sí concordaban con el régimen jurídico porque no existía ningún otro sujeto al que imputar las relaciones jurídicas. En el marco del contrato de sociedad, hemos constatado que los socios continúan siendo los sujetos de los que se predica los bienes, derechos y obligaciones. El sintagma “capital de la sociedad” alude a los bienes aportados a la sociedad por cada socio y no a su propiedad; en el mismo sentido, “las deudas sociales” son aquellas en las que cada contratante está obligado a responder, en la cuota correspondiente a su participación, con los bienes aportados; la sociedad no está obligada por las mismas, sino los socios en proporción a los bienes aportados o al trabajo realizado.

El negocio jurídico, al menos en las sociedades para la explotación agrícola y en la *muḍāraba*, cumple la función de orillar el estricto marco legal del arrendamiento, cuya renta no puede consistir en una parte de la cosecha o de los beneficios que obtuviera el arrendador de servicios en el caso de la comandita. Por tanto, se trata de un contrato entre dos personas, en la que una presta un servicio a otra a cambio de ser copropietario de los beneficios obtenidos. Las posiciones de arrendador y arrendatario son todavía visibles, pues la función social de ambos contratos es casi idéntica, y ninguno de los contratantes cede parte de su esfera jurídica al otro y, aún en menor medida, de un ente independiente de ambos; no hay un fomento del asociacionismo, sino evitar que la colaboración que se encauza a través del arrendamiento se pierda debido a la prohibición del riesgo.

El único avance de la sociedad islámica respecto a la actuación de cada sujeto por separado, al menos en lo que al régimen jurídico se refiere, lo supone la constitución de una comunidad de bienes, al fin y al cabo, el término árabe *šarika* incluye ambos supuestos. En este condominio cada cotitular aparece con su propia identidad jurídica, en el que es dueño de una parte abstracta de unos bienes concretos, la cual, tras la partición, se traducirá en bienes específicos. En la sociedad islámica lo relevante es qué sucede al objeto de las relaciones jurídicas (en este caso que los beneficios y, a veces, las aportaciones se transformen en una propiedad en común), por encima de lo que ocurre a los sujetos intervinientes.

Es digno de destacar que muchas de las potestades de los socios con consecuencias en el ámbito jurídico de los demás se justifican como concesión del *fiqh* a las necesidades de la gente en el comercio. Se deduce de ese argumento que el derecho islámico prefiere la acción unipersonal, pero transige algo por las exigencias del tráfico de mercancías. La garantía del cumplimiento de las obligaciones surgidas en el tráfico jurídico se puede favorecer desde varios puntos de vista, bien mediante la promoción del nacimiento de empresas comerciales intentando evitar el miedo a la ruina de los comerciantes o estableciendo medios que fortalezca la confianza de los intervinientes en que sus derechos se verán satisfechos. Entre los segundos, se encuentran los contratos de fianza (al modo de la mutua fianza implícita en algunos tipos de sociedad musulmana), las hipotecas y otros de garantía. Entre las medidas tendentes a impulsar el nacimiento de empresas, dejando de lado las consecuencias ruinosas de una quiebra para las personas de los comerciantes, surgen las sociedades de responsabilidad limitada, en la que los acreedores no pueden atacar el patrimonio personal de los socios sino únicamente el de la persona jurídica de la sociedad. Estas medidas se implantan desde una perspectiva subjetiva, que busca soluciones a través de regímenes reguladores de los sujetos participantes en el comercio. Desde luego, no es lo que se observa en el derecho islámico. Otro tipo de medidas jurídicas se dirigen al objeto de las obligaciones: obligaciones de la sociedad que gravan bienes concretos (los aportados como capital social) o la limitación del patrimonio con el que responde el quebrado a los bienes presentes en el momento de la incapacitación²⁷⁴², manteniendo a salvo del problema a las adquisiciones futuras. Esta es la senda más común en la *Šarī'a*.

No queremos terminar estas conclusiones sin aludir a la posibilidad de que este individualismo en el ámbito jurídico-patrimonial sea un reflejo del *tawhīd* en el ámbito societario. Lo comentamos como una posible opción. En esta materia no tenemos ningún apoyo más o menos explícito entre las obras de los *fuqahā'* como sí ocurría en el campo de los cargos políticos. No obstante, este presupuesto teológico es de tal entidad en el Islam que lo inunda todo. Hemos de recordar que incluso al hablar de la *umma* y la *bayt al-māl*, autores musulmanes contemporáneos niegan que la *umma* sea, en su calidad de ente independiente, propietaria de los fondos del tesoro; en su lugar afirman que pertenecen a todos los musulmanes como dominio común compartido²⁷⁴³.

8.3.1.- Breve referencia al régimen económico del matrimonio musulmán.

En el transcurso de nuestro itinerario por los distintos tipos del contrato islámico de sociedad, han surgido alusiones a la sociedad de gananciales entre los esposos en nuestro Código Civil. Este apartado quedaría incompleto sin un breve comentario por nuestra parte del régimen económico del matrimonio musulmán, comparándolo con estos gananciales. No obstante, seremos muy lacónicos, pues entre los esposos, en el *fiqh*, no surge ningún patrimonio común. No obstante, relacionamos una bibliografía muy básica sobre esta materia para quien pretendiera iniciarse.

En la doctrina europea, la comunidad entre cónyuges no se encuadra dentro del tipo contractual societario²⁷⁴⁴. Comprobemos brevemente cuál es el régimen económico conyugal, si existiera, en la *Šarī'a*.

^aباب النفقة.

قال: وإذا خاصمت المرأة زوجها في النفقة، فإنه يفرض عليه من النفقة كل شهر ما يكفيها بالمعروف، ويفرض لها ما يصلحها من الكسوة للشتاء والصيف، فإن كان لها خادم فرض لخادمتها. فإن كان لها أكثر من ذلك من الخدم لم يفرض إلا لخادم واحد. وفريضة النفقة في ذلك على موسع قدره وعلى المقتر قدره، وعلى قدر غلاء السعر ورخصه، ويقوم ذلك قيمة المعروف فيفرض عليه²⁷⁴⁵.

Muḥammad b. al-Ḥasan al-Šaybānī, uno de los principales discípulos de Abū Ḥanīfa, nacido en el año 748²⁷⁴⁶, establece que los alimentos se configuran como un derecho de la esposa que impone una obligación simétrica en el marido. No es una institución bilateral.

^bالباب الرابع. في حقوق الزوجية.

وإتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى -و على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف- الآية. ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام ((ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)) ولقوله لهند ((خذني ما يكفيك وولدك بالمعروف)). أما النفقة فإتفقوا على وجوبها [...] [...] وأما حقوق الزوج على الزوجة بالضاع وخدمة البيت على إختلاف بينهم في ذلك...²⁷⁴⁷

Averroes, seguidor de Mālik b. Anas, confirma que el derecho de alimentos únicamente se predica de la mujer frente al marido, sin que exista ninguna comunidad económica matrimonial. El esposo ha de satisfacer las necesidades materiales de su mujer.

^cباب المهور.

وإذا تزوج الرجل المرأة بغير مهر مسمى واشهد شاهدين فالنكاح جائز، ولها مهر مثلها من نساؤها لا وكس ولا شطط إن دخل بها أو مات عنها.

a Capítulo de los alimentos.

Dijo: Si la mujer reclamara a su marido por los alimentos, se le exigirían a él los alimentos mensualmente en lo que necesite según lo acostumbrado. Se le dan los vestidos para el invierno y el verano; si tuviera un sirviente, también para este; si tuviera más de uno, no se exigiría más que para uno.

La obligación de los alimentos rige sobre el de estado desahogado y el de estado necesitado, con precios elevados o baratos; se determina según el valor acostumbrado y se le impone.

b Capítulo cuarto. Sobre los derechos conyugales.

Están de acuerdo en que los derechos de la esposa contra el marido son los alimentos y el vestido, por lo que ha dicho el Altísimo -por el nacido de él, se debe el sustento de ellas y su vestimenta por las buenas-. También por lo que se ha consolidado de los dichos del que sean sobre él las oraciones y la paz: "ellas tienen el derecho sobre vosotros a su sustento y su vestimenta por las buenas". Y por su dicho a Hind: "coge lo que necesites y tu hijo por las buenas". Por lo que respecta a los alimentos, están de acuerdo en su obligatoriedad [...]

[...] En cuanto a los derechos del esposo sobre su mujer, se encuentra el de amamentar al hijo y el servicio de la casa, con discrepancias sobre ello...

c Capítulo sobre las dotes.

Si el hombre se casara con una mujer sin estipular una dote, con la presencia de los testigos, el matrimonio sería válido, y ella tendría derecho a una dote similar a la de sus mujeres, ni menor ni mayor, si consumara el matrimonio con ella o muriera estando casado con ella.

[...] Si la desposara sin estipular una dote para ella, o sin obligarse a ello, o sin que esta la reclamara al juez y este la fijara, serían casos similares. Ella tendría derecho si hubiera consumado el matrimonio o fallecido estando vigente el matrimonio. Si la repudiara antes de la penetración, solo le correspondería el regalo acostumbrado, porque el fundamento de la obligación no está en el contrato de matrimonio.

[...] وإذا تزوجها بغير مهر ثم سمي لها مهراً أو فرض لها، أو رافعه إلى القاضي ففرض لها مهراً فهو سواء، وذلك لها إن دخل بها أو مات عنها. فإن طلقها قبل الدخول فإنما لها المتعة، لأن أصل الفريضة لم تكن في عقدة النكاح²⁷⁴⁸.

Otra de los deberes económicos del hombre para con su mujer, sería la dote, como establece al-Šaybānī. Es decir, una cantidad de dinero o bienes concretos, bien estipulado en el propio contrato de matrimonio o, en caso contrario, según lo acostumbrado para las mujeres de su familia paterna. En este caso, se debería únicamente en caso de consumarse el matrimonio o muerte del marido; en estos supuestos y en el de repudio antes de la consumación, el marido solo debería el regalo acostumbrado. El ulema afirma que esta obligación no deriva directamente del contrato de matrimonio.

^a(الموضع الثاني: في النظر في التقرر) وإتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت. أما وجوبه بالدخول فلقوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً- الآية. وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليل مسموعاً إلا إنعقاد الإجماع معلى ذلك²⁷⁴⁹.

Ibn Rušd nos informa de la dote en los mismos términos que el anterior alfaquí: la dote es obligatoria tras el mantenimiento de relaciones sexuales plenas entre los esposos o por la muerte del marido estando vigente el matrimonio. Se trata de una obligación dineraria del marido frente a la mujer, pero sin que se fundamente en el contrato de matrimonio.

Esta regulación, propia del *fiqh* clásico, se ha mantenido a lo largo de los siglos hasta desembocar en el derecho aplicable en muchos países árabes e islámicos.

Examinemos la situación en los textos legislativos contemporáneos, tomando como ejemplo el Reino de Marruecos, representante de una tradición *mālikī*, y el Reino Hachemita de Jordania, cuya legislación está marcada por el *fiqh ḥanafī*.

^bالفصل الثاني: النفقة الزوجية

المادة 59 أ - نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفتها على زوجها ولو كانت موسرة.
ب - نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم.
ج - يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره²⁷⁵⁰.

El Código del Estatuto Personal jordano, en estos tres primeros apartados de su artículo 59, sigue el régimen del derecho islámico clásico. La titularidad del derecho a los alimentos pertenece en exclusiva a la mujer, con independencia de la situación económica de esta; en correspondencia, supone una obligación para el marido. En ningún caso, esta relación jurídica se produce en sentido contrario. Es más, el precepto afirma que todo ser humano ha de sufragar sus necesidades a cargo de su propio patrimonio con la excepción de la esposa, cuyo marido ha de hacerse cargo de su alimentación, vestimenta, vivienda, atención médica e incluso personal de servicios, en los casos que el estatus de la mujer lo demande.

^cالنفقة الباب الأول. أحكام عامة.

a (Segundo asunto: sobre la consolidación). Los ulemas están de acuerdo en que la dote se debe completa con el acceso carnal o la muerte. En cuanto a su obligatoriedad con la consumación, esta se basa en el dicho del Altísimo: “Si quisierais cambiar el sitio de una esposa por otra y le hubierais a alguna de ellas un quintal, no le quitéis nada”. Aleya - al-Nisa’ 4. En cuanto a su obligatoriedad por la muerte, no conozco de oídas ningún fundamento más que el haberse producido el consenso sobre ello.

b Capítulo segundo: el derecho de alimentos matrimonial.

Artículo 59. a) los alimentos del ser humano se toman de su patrimonio, excepto los de la esposa, pues sus alimentos son una obligación del marido, aunque ella disfrutara de bienestar económico.

b) El derecho de alimentos de la esposa incluye la alimentación, la vestimenta, la vivienda y los cuidados médicos según lo acostumbrado, así como el servicio para aquel tipo de esposa que posea servicio.

c) Se obliga al esposo al pago de los alimentos a su esposa si se abstuviera de sufragarlos o se demostrara su insolvencia.

c Los alimentos. Capítulo primero. Preceptos generales.

Artículo 187: Los alimentos de todo ser humano se deben de su propio patrimonio, salvo los que exceptúa la ley. Las causas de la obligación de los alimentos sobre otro son: el matrimonio, el parentesco y la obligación.

[...] Capítulo segundo. Los alimentos de la esposa.

Artículo 194: Los alimentos de la esposa son debidos por el marido con la consumación; también si hubiera declarado que ha ocurrido después de haberse concluido el contrato.

المادة 187: نفقة كل إنسان في ماله، إلا ما إستثنى بمقتضى القانون. أسباب وجوب النفقة على الغير: الزوجية والقرابة والإلتزام. [...] الباب الثاني. نفقة الزوجة.

المادة 194. تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعت للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها²⁷⁵¹.

El Código de Familia marroquí también consagra la unilateralidad de la obligación del marido, ya que es un derecho de la esposa. Ahora bien, este derecho es vinculado por la norma a la realización de la cópula entre ambos.

^aالباب الثالث. آثار عقد الزواج الفصل الأول. المهر والجهاز

المادة 39: المهر نوعان مهر مسمى وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد قليلاً كان أو كثيراً، ومهر المثل وهو مهر مثل الزوجة وأقربائها من أقارب أبيها وإذ لم يوجد لها أمثال وأقران من جهة أبيها فمن مثيلاتها وأقربائها من أهل بلدها.

المادة 40: يجب للزوجة المهر المسمى بمجرد العقد الصحيح.

[...]

المادة 43: إذا سمي مهر في العقد الصحيح لزم أدائه كاملاً بوفاء أحد الزوجين ولو قبل الدخول أو الخلوة وبالطلاق بعد الخلوة الصحيحة.

المادة 44: إذا وقع الطلاق بعد العقد الصحيح وقبل الوطاء أو الخلوة الصحيحة لزم نصف المهر المسمى.

[...]

المادة 46: إلا لم يسم في العقد الصحيح أو تزوجها على أنه لا مهر لها أو سمي المهر وكانت التسمية فاسدة أو وقع خلاف في تسمية المهر ولم تثبت التسمية تطبق الأحكام التالية: -

أ- إذا تم الدخول أو الخلوة الصحيحة يلزم مهر المثل على أن لا يتجاوز المقدار الذي أدعته الزوجة ولا يقل عن المقدار الذي أدعاه الزوج.

ب- إذا لم يتم الدخول أو الخلوة الصحيحة ووقع الطلاق تستحق المطلقة نصف مهر المثل²⁷⁵².

Por lo que a la dote respecta, la Ley del Estatuto Personal de Jordania, regula la dote de forma parecida al régimen jurídico clásico dentro de la escuela *hanafī*. Supone una obligación del marido frente a la esposa que bien puede estar fijada en el contrato o no, en cuyo caso se toma una de referencia. El plazo de pago vence en todo caso con la muerte de cualquiera de los socios o con el repudio, siempre que hubiera existido una intimidad (*jalwa*) con los requisitos previstos por el *fiqh*, que provoca una presunción *iuris et de iure* de consumación. El pago de la dote completa o la mitad de la misma está supeditada a las relaciones sexuales o la *jalwa*.

^bباب الثاني. الصداق.

a Capítulo tercero: efectos del contrato de matrimonio. Sección primera: la dote y el ajuar.

Capítulo 39: La dote es de dos tipos: dote estipulada, la que señalan las partes en el momento del contrato mayor o menor, y la dote de referencias, que es la dote que se suele dar a una esposa entre sus iguales de las familiares por parte paterna. Si no tuviera mujeres de referencia de parte del padre, se tomarían entre sus iguales en la población.

Artículo 40: La dote estipulada se debe a la novia por el simple hecho del contrato válido.

[...]

Artículo 43: Si la dote se estipulara en el contrato válido, sería obligatoria abonarla completa por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, aunque sucediera antes de la consumación, la *jalwa* o el repudio después de la *jalwa* válida.

Artículo 44: Si el repudio ocurriera después de un contrato válido y antes de la consumación o la *jalwa* válida, se debería la mitad de la dote estipulada.

[...]

Artículo 46: Si no se hubiera estipulado la dote en el contrato válido o la hubiera desposado con la condición de que no tuviera dote, o se hubiera estipulado una dote pero con una estipulación nula, o hubiera discrepancias en cuanto a la estipulación de la dote sin que quedara fijada, se aplicarían las siguientes normas:

A.- Si se hubiera consumado o se hubiera producido la *jalwa* válida, sería obligatoria la dote de referencia, siempre que no superara la cantidad que demande la esposa ni fuera inferior a la reconocida por el marido.

B.- Si no se hubiera producido la consumación o la *jalwa* válida y tuviera lugar el repudio, la repudiada tendría derecho a la mitad de la dote de referencia.

b Capítulo segundo. La dote.

Artículo 26: La dote es lo que el marido presenta a su esposa en expresión de su deseo de concluir un contrato de matrimonio y crear una familia estable, asegurando los pilares del amor y la convivencia entre los esposos. Su fundamento legal radica en su valor moral y simbólico, no en su valor material.

Artículo 27: La dote se determina en el momento de concluir el contrato; en caso de que se omita su determinación, el contrato como matrimonio *tafuwīd*.

Si los esposos no se ponen de acuerdo, tras la consumación, sobre la cuantía de la dote en un matrimonio *tafuwīd*, el tribunal la determina en atención al medio social de los dos esposos.

المادة 26.

الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعاراً بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتشبيبت أسس المودة والعشرة بين الزوجين وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته المادية.

المادة 27.

يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زواج تفويض.

إذا لم يتراض الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض، فإن المحكمة تحدده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين.

المادة 28.

كل ما صح إلتزامه شرعاً، صلح أن يكون صداقاً، والمطلوب شرعاً تخفيف الصداق.

المادة 29.

الصداق ملك المرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره، مقابل الصداق الذي أصدقها إيها.

[...]

المادة 32.

تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله.

تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى إذا وقع الطلاق قبل البناء.

لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء؛

1- إذا وقع فسخ عقد الزواج؛

2- إذا وقع رد عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب عيب في الزوج؛

3- إذا حدث الطلاق في زواج التفويض²⁷⁵³.

El nuevo Código de Familia marroquí, del año 2004, sin desvirtuar la regulación tradicional -es decir, considerándola un derecho de la mujer en correspondencia con una obligación del marido, que le corresponde íntegra con la consumación o la muerte de uno de los esposos-, sí introduce algunas novedades. En primer lugar, dedica un artículo, el número 26, a su fundamentación jurídica como una muestra del amor del marido y de su deseo de formar una familia estable. Esta disposición se enmarca en la polémica que surge con su naturaleza, pues, según algunos textos de los ulemas, de los que en parte nos hemos hecho eco²⁷⁵⁴, cabría interpretar la dote como el precio de compra de las partes pudendas de la mujer. El precepto afirma que su importancia es más simbólica que material. No obstante, el objeto de este presente ha de ser algo que sea válido como objeto de una obligación según el ordenamiento magrebí, aunque se expresa el deseo de disminuir su cuantía; un *desideratum* más que un mandato. Es un derecho exclusivo de la mujer, una propiedad de ella. La misma tiene que estar estipulada en el contrato; su omisión no anula el matrimonio, pero lo convierte en uno del tipo *tafuwīd*: aquel en el que la mujer deja en manos del marido el asunto de la dote a cambio del derecho a repudiarlo²⁷⁵⁵.

Además de estas innovaciones, la legislación del país vecino conserva la importancia de la consumación, pues sin ella la mujer o bien tiene derecho a la mitad de la misma o no tiene derecho a la dote. Otro aspecto interesante de este fragmento se manifiesta en la traducción del término árabe *ṭalāq*; normalmente lo venimos traduciendo por repudio, pues en la inmensa mayoría de los casos es un derecho del marido que rompe el vínculo matrimonial unilateralmente, si bien en muchas ocasiones se ha trasladado a nuestro idioma como divorcio. Este nuevo código marroquí dispone un régimen judicial en el que ambos cónyuges están legitimados para solicitar del tribunal la ruptura del matrimonio (cfr. Los artículos 78 y ss.). Por eso, en este caso sí lo traducimos por divorcio.

Artículo 28: Todo lo que es válido como obligación se admite como dote. Lo que la Ley busca es hacer menos gravosa la dote.

Artículo 29: La dote es propiedad de la mujer, que dispone de la misma como desea. El marido no tiene derecho a exigirle muebles u otra cosa, como contraprestación por la dote.

[...] Artículo 32: La mujer tiene derecho a la dote íntegra con la consumación o la muerte antes de la misma.

La mujer tiene derecho a la mitad de la dote estipulada si el divorcio tiene lugar antes de la consumación.

La mujer no tiene derecho a la dote antes de la consumación si:

1-Se produce la nulidad del contrato.

2-Si se produce la rescisión del contrato de matrimonio por causa de un defecto en la esposa, o porque esta lo rescinda por un defecto en el marido.

3-Si se produce el divorcio en un matrimonio *tafuwīd*.

De este sucinto examen del régimen patrimonial del matrimonio islámico nos es posible sacar algunas conclusiones muy significativas en nuestro estudio.

- En primer lugar, el matrimonio no altera el patrimonio de los contrayentes, pues el mismo permanece inalterado tras la conclusión del contrato. Marido y mujer son libres (salvo algunas excepciones que se escapan a nuestro ámbito) de disponer de sus bienes de forma totalmente independiente uno de otro. Una reglamentación muy similar a la del régimen de separación de bienes.
- Únicamente surgen dos obligaciones sobre el marido: los alimentos y la dote, dos derechos de la esposa.

En razón del paralelismo que hemos mantenido entre las soluciones jurídicas romanas e islámicas, no resulta baladí subrayar como en el matrimonio en Roma, la dote era aportada por la mujer, al contrario que en el *fiqh*, cuya regulación ha sido denominada como el precio de la novia.²⁷⁵⁶

En definitiva, los cónyuges mantienen su plena individualidad en la gestión y disposición de sus respectivos patrimonios; en ningún caso ni tan siquiera surge, en virtud del matrimonio, una comunidad de bienes o bienes de los que sean copropietarios.

Obviamente, como en todas las culturas, este contrato es portador de una complejidad jurídica, social, personal y religiosa, cuyo estudio completo queda al margen de las posibilidades de esta tesis²⁷⁵⁷.

8.4.- La prohibición del riesgo en las transacciones como elemento que obstaculiza el desarrollo de las distintas instituciones jurídicas

En el transcurso de nuestro estudio, en especial en el epígrafe anterior, han aparecido varias menciones al problema del riesgo en el objeto del contrato y las obligaciones en general, es decir, el temor que surge en el *fiqh* a que este no llegue a ser real y existente. Esta cuestión va derivando en diferentes aspectos, en función del negocio jurídico que aborden los ulemas. Al regular la compraventa, Muḥammad dictó una norma que puede considerarse básica en este tema, al prohibir la venta de los frutos hasta que maduren²⁷⁵⁸. No obstante, pondremos el foco en el contrato de sociedad, por ser el destinado a encauzar la cooperación de las personas y que ha desembocado en la cultura jurídica occidental en el más extendido ejemplo de persona jurídica constituida por la unión de seres humanos como resultado del pacto entre ellos. La fundación no tiene carácter contractual, pero sería susceptible de verse afectada por este principio fundamental del derecho islámico pues cabría aplicarlo a los bienes que constituyen el patrimonio fundacional. No obstante, en este momento comprenderemos el porqué de que no actúe en el *waqf*, y en este sí se permita vincular cosechas, productos y frutos futuros.

(19)^a (باب كراء الأرض بالذهب والفضة)،

وقال ابن عباس: إن أمثل ما أنتم صانعون أن يستأجروا الأرض البيضاء من السنة إلى السنة. 2346، 2347. حدثنا [...] عن حنظلة بن قيس، عن رافع بن خديج قال: حدثني عمي أنهم كانوا يكرون الأرض على عهد النبي، ص، بما ينبت على الأربعاء أو بشيء يستثنيه صاحب الأرض، فنهى النبي، ص، عن ذلك، فقلت لرافع: كيف هي بالدينار

a (19) Capítulo sobre el arrendamiento de la tierra a cambio de oro y plata.

Ibn 'Abbās dijo: lo más ejemplar que tenéis que hacer es arrendar la tierra inculca de año en año.

2346, 2347- Nos habló [...] de Ḥanzala b, Qays, de Rāfi' b. Jadīy que dijo: mis tíos me hablaron que ellos arrendaban la tierra, en la época del Profeta, a cambio de lo que produjera los miércoles o una parcela que exceptuara el dueño del terreno; el Profeta lo prohibió. Dije a Rāfi': ¿cómo sería a cambio de dinares o *dirhams*? Rāfi' dijo: no hay inconveniente por dinares o *dirhams*. Al-Layṭ dijo: lo que suprimió es aquello en lo que los expertos en lo prohibido y permitido no admitan por lo que haya en ello de riesgo.

والدرهم؟ قال الرافع: ليس بها بأس بالدينار والدرهم. وقال الليث، وكان الذي نهى من ذلك ما لو نظر فيه ذوو الفهم بالحلال والحرام لم يجيزوه لما في ذلك من المخاطرة²⁷⁵⁹.

Al-Bujārī, en su famosa compilación de hadices a los que etiqueta como correctos o verdaderos, nos ofrece estos dos, difundidos por Ḥanzala b. Qays sobre lo que transmitió Rāfi' b. Jadīy -compañero de Muḥammad nacido en el año 611 y fallecido en Medina en el 693²⁷⁶⁰- acerca de la opinión del Profeta sobre el arrendamiento de tierras. Se admite sin discusión si se realiza a cambio de una renta en dinero; se prefiere por períodos anuales. Durante la *Yāhiliyya*, según una tradición que ese contemporáneo del Profeta nos relata, se solía entregar la tierra a quien la cultivaba a cambio de lo que produjera (un uso muy llamativo consistía en que el dueño de la tierra entregaba al agricultor los frutos que diera los miércoles o una parte concreta del terreno). Rāfi' afirma que todo ello fue prohibido por Muḥammad. La parte más interesante de este dicho se encuentra en la frase final: lo que está proscrito es aquello que los que entienden sobre lo prohibido y lo permitido no consideren válido porque contenga riesgo.

^a(12) باب ما يُكره من الشروط في المزارعة
2332- حدثنا [...] عن رافع رضي الله عنه قال: كنا أكثر أهل المدينة حقلاً وكان أحدنا يكري أرضه فيقول: هذه القطعة لي وهذا لك، فربما أخرجت ذه ولم تُخرج ذه، فنهاهم النبي، ص²⁷⁶¹.

Al-Bujārī, tomando de nuevo a Rāfi' b. Jadīy como fuente, nos explica que el Profeta proscibió el contrato de aparcería que solía concluir un familiar de Rāfi' en Medina: alquilar un terreno a cambio de ceder una parte del mismo, cuya producción era para el arrendatario, dejando otra para el arrendador. El fundamento de la prohibición radicaba en la posibilidad de que una de las parcelas produjera y la otra no.

^bالنهي عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها
1549- أخبرنا [...] حدثنا الأوزاعي [...] عن حنظلة بن قيس الأنصاري قال:
سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالدينار والورق فقال: لا بأس بذلك. إنما كان الناس على عهد رسول الله، ص، يؤاجرون على الماذيات وإقبال الجداول فيسلم هذا ويهلك هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، فلم يكن للناس كراء إلا هذا، فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به.
1550- أخبرنا [...] عن رافع بن خديج قال: كنا نكري الأرض فيستثنى صاحب الأرض ما على الماذيات وإقبال الجداول. فهلك هذا ويسلم هذا، فنهي رسول الله، ص، عن ذلك. فقال رافع: أما شيء مضمون معلوم فلا بأس به.
1551- أخبرنا [...] حدثنا الأوزاعي [...] عن نافع أنه قال: كان ابن عمر يكري أرضه ببعض ما يخرج منها فيبلغه أن رافع بن خديج يزجر عن ذلك. وقال: نهى رسول الله، ص، عن ذلك. قال: كنا نكري الأرض قيل أن نعرف رافع، ثم وجد في نفسه فوضع يده على منكبي حتى دفعنا إلى رافع فقال عبد الله: أسمعت النبي، ص، نهى عن كراء الأرض؟ فقال رافع: سمعت رسول الله، ص، يقول: لا تكروا الأرض بشيء²⁷⁶².

En este fragmento se acopian tres dichos del Profeta aceptados por al-Awza'ī, en los que se transmite la doctrina que niega la validez del arrendamiento de tierras a cambio de un porcentaje de su producción; se trata de otras versiones del que recopila al-Bujārī y que hemos recogido en el

a (12) Capítulo sobre aquello que es odioso entre las estipulaciones de la *muzāra'a*.

2332- Nos habló [...] que Rāfi', Dios esté satisfecho de él, dijo: éramos las personas que más campos tenían en Medina; uno de nosotros arrendaba su tierra y decía: esta parcela para mí y esta para ti; tal vez esta produzca y no aquella. El Profeta lo prohibió.

b Lo prohibición de arrendar la tierra a cambio de lo que produzca.

1549- Nos informó [...] que al-Awza'ī nos habló de [...] que Ḥanzala b. Qays al-Anṣārī dijo:

Pregunté a Rāfi' b. Jadīy sobre el arrendamiento de tierras a cambio de dinares y papel moneda y dijo: no hay inconveniente en ello. Sin embargo, en la época del Enviado de Dios, la gente arrendaba por las ramblas y los arroyos, siendo algunos aptos y otros no. La gente no arrendaba más que por esto y, por esa razón, se enfadó por ello; sin embargo, a cambio de algo seguro no habría inconveniente en ello.

1550- Nos informó [...] de Rāfi' b. Jadīy que dijo: arrendábamos la tierra y su dueño exceptuaba lo que estaba en las torrenteras y los arroyos, siendo aptas algunas y otras no. El Enviado de Dios lo prohibió. Rāfi' dijo: en cuanto a algo seguro y conocido no hay inconveniente.

1551- Nos informó [...] que al-Awza'ī dijo [...] sobre Nāfi' que él nos habló diciendo: el hijo de 'Umar arrendaba su tierra a cambio de una parte de lo que producía. Le llegó que Rāfi' b. Jadīy se enfadó por ello, diciéndole: el Enviado de Dios lo prohibió. Dijo: arrendábamos la tierra antes de conocer a Rāfi', después los encontré y puso su mano sobre las muñecas hasta que lo entregó a Rāfi' que 'Abd-l-Allāh le dijo: ¿caso no has escuchado al Profeta que prohibió el arrendamiento de tierras? Rāfi' dijo: escuché al Enviado de Dios decir: no arrendéis la tierra a cambio de algo.

texto anterior. Como en otras ocasiones, hemos omitido casi la totalidad de la cadena de transmisión, pues no somos especialistas en hadices, sino que únicamente nos resulta relevante que contengan normas aplicadas por los alfaquíes. Resulta curiosa la información que nos aportan estos números; según parece entre los usos preislámicos no solo se encontraba el arrendamiento a cambio de una renta consistente en una parte de los frutos, sino que se arrendaban terrenos situados en las ramblas y arroyos; esas ubicaciones tenían el riesgo de pérdida de cosechas (seguramente por avenidas pluviales) lo cual era considerado como un riesgo que el Islam, por boca de Muḥammad, prohibió.

175^a- عن الشعبي: أن عمر بعث عثمان بن حنيف، فمسح السواد، فوجده ستة وثلاثين ألف جريب، فوضع على كل جريب درهماً وفضيلاً.

قال أبو عبيد: فأرى حديث الشعبي هذا غير تلك الأحاديث. ألا ترى أن عمر رضي الله عنه إنما أوجب الخراج على الأرض بأجرة مسماة في حديث مجالد، وإنما مذهب الخراج مذهب الكراء، كأنه أكرى كل جريب بدرهم وفضيلاً في السنة، وألغى من ذلك النخل والشجر، فلم يجعل لها أجرة، وهذا حجة لمن قال: إن السواد فيء للمسلمين، وإنما أهلها فيها عمال لهم بكراء معلوم، يؤدونه، ويكون باقي ما تخرج الأرض لهم، وهذا لا يجوز إلا في الأرض البيضاء، ولا يكون في النخل والشجر، لأن قبالتها لا تطيب بشيء مسمى، فيكون بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه وقبل أن يخلق وهذا الذي كرهت الفقهاء من القبالة.

176- عن عبد الرحمن بن زياد قال: قلت لإبن عمر: إنا نتقبل الأرض، فنصيب من ثمارها - قال أبو عبيد: يعني الفضل - قال: ذلك الربا العجلان.

177- جاء رجل إلى ابن عباس فقال: أتقبل منك الإبل بمائة ألف؟ قال: فضره ابن عباس مائة وصلبه حياً.

178- [عن ابن عباس] قال: القبالات حرام.

179- عن جبلة بن سحيم قال: سمعت ابن عمر يقول: القبالات ربا. قال أبو عبيد: معنى هذه [القبالة] المكروهة المنهى عنها: أن يتقبل الرجل النخل والشجر والزرع النابت قبل أن يستحصد ويدرك، وهو مفسر في حديث يروى عن سعيد بن جبيرة.

a 175- De al-Ša‘abī: ‘Umar envió a ‘Utmān b. Ḥanīf, midiendo este al-Sawād, resultando treinta y seis millones de *ḡarīb*; gravó cada *ḡarīb* con un *dirham* y un *qafiz*.

Abū ‘Ubayd dijo: opino que este hadiz de al-Ša‘abī no es como los otros. ¿No ves que ‘Umar, Dios esté satisfecho de él, únicamente impuso el *jarāy* sobre la tierra privada a cambio de una renta estipulada en el hadiz de Muḡalid? El régimen del *jarāy* es el del arrendamiento, como si arrendara cada *ḡarīb* por un *dirham* y un *qafiz* al año. Apartó de ese régimen a los palmerales y los árboles, a los que no impuso ninguna renta. Este es el argumento de quien dice: al-Sawād es un botín *faḡ* de los musulmanes, sus habitantes son trabajadores a cambio de una renta estipulada, que pagan, quedándose el resto de la producción para ellos. Eso no es válido más que en las tierras que no tienen palmeras ni árboles, porque su *qabāla* (la fianza, es el sistema de explotación de tierras de labranza, en el que el contratista se obliga a la producción o su recaudación; el beneficio sería la diferencia entre la producción y lo que entrega a cambio de su obligación. Nota del editor).

176- De ‘Abd-l-Raḡmān b. Ziyād que dijo: le dije al hijo de ‘Umar: explotemos la tierra mediante una *qabāla*, a cambio de una parte de sus frutos. Dijo Abū ‘Ubayd: ¿lo que sobre? Dijo: eso es *ribā* por adelantado.

177- Llegó un hombre a Ibn ‘Abbās y le dijo: explotemos como *qabāla* al-Ubla por cien mil. Dijo: Ibn ‘Abbās le dio cien golpes y lo crucificó vivo.

178- [De Ibn ‘Abbās] que dijo: la *qabāla* está prohibida.

179- De Ÿabala b. Suḡaym que dijo: escuché a Ibn ‘Abbās que la *qabāla* es *ribā*.

Abū ‘Ubayd dijo: el significado de esta [*qabāla*] odiosa y prohibida es: que un hombre contrate las palmeras, los árboles y los cultivos antes de que sean cosechados y germinen, lo que está explicado en el hadiz que cuenta Sa‘īd b. Ÿubayr.

180- Pregunté a Sa‘īd b. Ÿubayr sobre un hombre que vino a la aldea, contratando una *qabāla* para las palmeras, los árboles y los asnos. Dijo, no contrates, no es ningún bien para ti.

Abū ‘Ubayd dijo: el origen de la mala consideración de este contrato es que supone la venta del fruto antes de que aparezca su madurez, aún no está creado, a cambio de algo determinado. En cuanto a las transacciones por un tercio o un cuarto, el arrendamiento de la tierra sin árboles ni palmeras, no se consideran *qabāla*, ni se incluyen en la misma, y a veces se admiten ambos tipos. No conocemos que los musulmanes discrepen sobre el rechazo a la *qabāla*.

[...] Esto es lo que he memorizado: ‘Umar únicamente les dio tierras sin árboles a cambio de un *jarāy* estipulado, como el hombre que arrienda su tierra por una renta determinada. Ese es también el significado del *jarāy* para los árabes: el arrendamiento y la cosecha. ¿Acaso no llaman a los frutos de la tierra y la casa y el esclavo *jarāy*? De ahí el hadiz del Profeta: “se ha establecido que el *jarāy* (la cosecha) es para quien es responsable”.

[...] 184- El Enviado de Dios dijo: “no vendáis el fruto hasta que aparezca su madurez”.

[...] 186- De [...] que dijo: “prohibió, nos prohibió, el Enviado de Dios vender el fruto hasta que no madure”.

187- Del hijo de ‘Umar que dijo: “el Enviado de Dios prohibió vender el fruto de la palmera hasta que no hubiera cogido color, la venta de las espigas hasta que no hubieran blanqueado y no existiera temor a un imprevisto; prohibió tanto al comprador como al vendedor”.

180- سألت سعيد بن جبيرة عن الرجل يأتي القرية، فيقبلها وفيها النخل والشجر والزرع والعلوج؟ فقال: لا يتقبلها، فإنه لا خير فيها.

قال أبو عبيد: وإنما أصل كراهة هذا أنه بيع ثمر لم يبد صلاحه، ولم يخلق بشيء معلوم فأما المعاملة على الثلث والربع، وكراء الأرض البيضاء فليستا من القبالات، ولا يدخلان فيها، وقد رخص في هذين، ولا نعلم المسلمين إختلفوا في كراهة القبالات. [...] فهذا هو المحفوظ عندي: أن عمر إنما أعطاهم الأرض البيضاء بخراج معلوم، كالرجال يكرى أرضه بأجرة مسمأة، وكذلك معنى الخراج في كلام العرب: إنما هو الكراء والغلة، ألا تراهم يسمون غلة الأرض والدار والمملوك خراجاً؟ ومنه حديث النبي، ص: ((أنه قضى أن الخراج بالضمن)).

[...] 184- قال رسول الله، ص، ((لا تتبعوا الثمر، حتى يبدو صلاحه)).

[...] 186- عن [...] قال: ((نهى رسول الله، ص، عن بيع الثمر حتى يطيب)).

187- عن ابن عمر قال: قال ((نهى رسول الله، ص، عن بيع ثمر النخل حتى يزهر، وهن يبيع السنبل حتى يبيض ويأمن من العاهة، ونهى البائع ونهى المشتري))²⁷⁶³.

Abū 'Ubayd al-Qāsim se hace eco de una serie de hadices de Muḥammad sobre la prohibición del arrendamiento a cambio de parte de la producción de las tierras arrendadas y, lo que es más trascendente, la condena de la venta de frutos futuros que no sean visibles y con cierta madurez en la planta. Otra cuestión muy interesante de estas líneas está representada por su relación con una institución que ya hemos estudiado: el *jarāy*. Al asimilarlo con el arrendamiento, le impone los mismos requisitos, pues sería la renta que las poblaciones conquistadas abonaban por continuar la explotación de sus tierras. El veto al riesgo también se relaciona con la usura, *ribā*, que la legislación musulmana repudia. De esta manera, el jurista se refiere a otro negocio jurídico que no es considerado válido, por incurrir en una violación de estas dos prohibiciones: *qabāla*. Mediante este contrato de explotación agrícola, a tenor de la nota aclaratoria del editor, una parte asumiría la obligación del pago de una renta, *jarāy*, o su recaudación; el beneficio estribaría en que hace suya la producción, que, si fuera mayor, sería su ganancia. Esta institución provoca tal rechazo -la cosecha de las tierras es totalmente desconocida y quizás sea mayor que el compromiso de pago adquirido, menor o incluso inexistente- que las consecuencias de su conclusión pueden alcanzar cotas de extrema gravedad; se narra como una persona que propone concluir un contrato de *qabāla* es golpeado y crucificado vivo.

1445^a - عن مالك بن أنس أنه قال مثل ذلك. قال: ((السنة أن لا يخرص من الثمر إلا النخل والعنب)).

قال وإنما يكون الخرص حين يبدو صلاح الثمر ويحل بيعه. وذلك لأنه قد يؤكل رطباً، فيخرص على أهله للتوسعة على الناس، ثم يخلى بينهم وبينه يأكلونه، ثم يؤدون منه الزكاة على ما خرص. [...]

وأما العربية فإنها تُفسر تفسيرين:

1459 - فكان مالك بن أنس يقول: هي نخلة يهب الرجل ثمرتها للمحتاج، يُعربها إياه، فيأتي المعري -وهو الموهوب له- إلى نخلته تلك ليحتنيها، فيشوق على المعري -وهو الواهب- دخول عليه، لمكان أهله في النخل، قال: فجاءت الرخصة: أن يشتري ثمرة تلك النخلة من الموهوب له: بخرصها ثمراً. فهذا قول مالك.

a 1445- De Mālik b. Anas quien dijo algo similar: “la *sunna* es que los frutos no se vendan sobre estimación salvo el dátil y la uva”.

Dijo: únicamente se puede dar la estimación una vez que el fruto aparezca maduro y sea lícita su venta. Eso es así porque se puede comer crudo, por lo que se estima a costa de sus dueños para repartirlo entre la gente, después se deja entre ellos y él que coman; posteriormente se abona la *zakāt* según lo estimado.

[...] En cuanto *al-‘ariyya*, se explica de dos formas:

1459- Mālik b. Anas decía que es la palmera cuyos frutos un hombre dona a los necesitados, desprendiéndose de la misma; el donatario llega a esa palmera y los recolecta, impidiendo al donante acceder a la misma. Se le permite al donante que compre los frutos de esa palmera del donatario, sobre una estimación de los mismos. Es la opinión de Mālik.

1460- La otra explicación sería que consiste en aquellas palmeras que un hombre excepciona de su huerto al vender sus frutos, no incluyéndolas en la venta, sino que las mantiene para él y su familia. Sobre esta excepción, no se realiza ninguna estimación, ya que él ha separado estas para que se comieran durante estos días. Se ha denominado de esta manera porque se apartan de la venta, o se estima para la *ṣadaqa*. El Profeta autoriza esto para los necesitados y menesterosos que no tienen dinero ni oro, pero pueden acceder a dátiles: comprar con sus dátiles estimados. Así actuó el Profeta de forma compasiva con la gente que no pueden acceder al fruto en crudo, para que compartan con los demás. No se les permite comprar con vistas al comercio o para almacenar.

1460- وأما التفسير الآخر: فهو أن العرايا هي النخلات يستثنيها الرجل من حائطه، إذا باع ثمرته، فلا يُدخلها في البيع، ولكنه يُبقيها لنفسه وعياله. فتلك الثنبا، لا تُحرص عليه. لأنه قد عُفي لهم عما يأكلون تلك الأيام، فهي العرايا، سُميت بذلك هذا التفسير لأنها أُعريت من أت ثباج، أو تُحرص في الصدقة، فأرخص النبي، ص، لأهل الحاجة والمسكنة الذين لا ورق لهم ولا ذهب، وهو يقدرون على التمر: أن يبتاعوا بتمرهم من ثمار هذا العرايا بخرصها، فعل ذلك به النبي، ص، ترفقاً بأهل الفاقة الذين لا يقدرون على الرطب ليُشاركوا الناس فيه، فيصيبوا منه معهم، ولم يرخص لهم أن يبتاعوا منه ما يكون لتجارة، ولا لإدخال²⁷⁶⁴.

Unas páginas más adelante, Abū 'Ubayd al-Qāsim describe dos instituciones relacionadas con la disposición de frutos mediante una estimación, sin que se conozca la cantidad exacta de los mismos. Aunque el ulema pretenda juzgar cuándo esas cosechas son objeto de *zakāt*, nos aporta datos muy útiles en nuestro estudio. En primer lugar, está permitida la venta por estimación de dátiles y uvas, pues se pueden comer crudos; no es necesario que se determine la cantidad (en unidad de medida o peso) exacta del objeto de la venta siempre y cuando el fruto haya alcanzado la madurez suficiente para poder ser vendido. La estimación que se realice determinará si sobrepasa el mínimo gravado con la limosna legal. El otro negocio, *al-'ariyya*, se define de dos maneras diferentes: bien la palmera cuyos frutos son donados a un tercero necesitado, o la que se exceptúa de una venta para alimentar a menesterosos. En cualquier caso, se trata de una institución cuyo objeto no está determinado. El hecho de que sean tratados como excepcionales, en aras de la compasión con personas sin medios económicos, reafirma la regla general de prohibición del riesgo.

^aالمزارعة والمساقاة. من إختلاف الفقهاء.

[...] (أجمع العلماء لا خلاف بينهم أن إستنجار الرجل من يقوم بسقي نخله والقيام بمصالح ثمره وزراعة ارضه البيضاء وحرثها ومصالحها بأجرة معلومة من الذهب والفضة والعورض والثمار غير ما يخرج من النخل والأرض المستأجر على القيام بها الأجير إلى مدة معلومة وغاية معروفة جائز²⁷⁶⁵).

El historiador y jurista especialista en hadices, al-Ṭabarī, en esta obra en la que describe las discrepancias de los alfaquíes sobre determinadas cuestiones, deja constancia de una norma sobre la que existe unanimidad: es válido el arrendamiento de los servicios de agricultores por parte de los propietarios de tierras a cambio de renta que no sea los frutos que se obtengan de ese cultivo. En las páginas siguientes relacionará las distintas posturas sobre las sociedades de *muzāra'a* y la *musāqā* de los principales ulemas de cada escuela. Por lo que aquí nos interesa, el consenso sobre la prohibición del riesgo en la renta, concretado en la indeterminación de la renta que supondría que esta fuera un porcentaje de los frutos, es total y, como hemos comprobado, marca de forma indeleble las sociedades de producción agrícolas.

^bكتاب المزارعة والمساقاة

5906- حدثنا [...] قال: سمعت ابن عمر يقول: سمعت رافع بن خديج يقول: نهى رسول الله، ص، عن المزارعة.

a La *muzāra'a* y la *musāqā* entre las diferencias de los *fuqahā'*.

[...] (Los ulemas están totalmente de acuerdo, sin que exista diferencia entre ellos) en que un hombre arriende los servicios de quien riegue sus palmeras, realice lo que precisen sus frutos y que cultive sus tierras, las are a cambio de una renta conocida de oro, plata, bienes o frutos distintos de los que produzcan las palmeras y la tierra, por un período fijado y un término conocido sería válido.

b Libro de la *muzāra'a* y la *musāqā*.

5906- Nos habló [...] que dijo: escuché al hijo de 'Umar que decía: escuché a Rāfi' b. Jadīy que decía: el Enviado de Dios prohibió la *muzāra'a*.

[...] 5915- Nos habló [...] de Rāfi' b. Jadīy que dijo: dijo el Enviado de Dios: "quien tenga tierras que las cultive o las cultive su hermano pero no las arriende por un tercio, un cuarto ni por algún alimento estipulado".

[...] Nos habló [...] de Rāfi' b. Jadīy que dijo: concluíamos contratos de *muḥāqala* en época del Enviado de Dios, siendo la *muḥāqala* lo siguiente: que un hombre dé en arrendamiento su tierra a cambio de un tercio, un cuarto o alimento estipulado. Se nos acercó un día algunos tíos que dijeron: el Enviado de Dios prohibió este asunto que nos era útil, pero la obediencia al Enviado de Dios es más útil. Dijo: "quien tenga tierras que se las ofrezca a su hermano pero no las arriende por un tercio, un cuarto ni por alimento estipulado".

Rāfi' nos muestra en este hadiz cómo cultivaban, y revisó el significado de su hadiz en el sentido del hadiz de Ŷābir, Dios está satisfecho de él, y constata que la prohibición en los dos hadices se produce solo porque los grupos, el de los dueños de las tierras y los cultivadores, se repartían una parcela de las tierras, de las que tomaban lo que producía, si había frutos eran para él y, si no, en su debe; esto es lo que se considera viciado por consenso.

Este es el significado del hadiz de Rāfi' sobre que la prohibición mencionada, en el sentido que hemos descrito, no del arrendamiento de la tierra por una parte de lo que produzca.

[...] 5915 حدثنا [...] عن رافع بن خديج قال: قال رسول الله، ص، ((من كانت له أرض فليزرعها أو يزرعها أخاه ولا يكرها بالثلث ولا بالربع ولا بطعام مسمى)).

[...] 5936- حدثنا [...] عن رافع ابن خديج، قال: كنا نحافل على عهد رسول الله، ص، والمحاكلة: أن يكرى الرجل أرضه بالثلث أو الربع أو طعام مسمى. فبينما أنا ذات يوم إذ أتاني بعض عمومتي فقال: نهي رسول الله، ص، عن أمر كان لنا نافعاً فطاعة رسول الله، ص، أنفع، قال: ((من كانت له أرض فليمنحها أخاه ولا يكرها بثلث ولا الربع ولا بطعام مسمى)).

فبين رافع في هذا الحديث كيف كانوا يزارعون فرجع معنى حديثه إلى معنى حديث جابر، رضي الله عنه، وثبت أن النهي في الحديثين جميعاً إنما كان لأن كل فريقين من أرباب الأرضين والمزارعين كان يختص بطائفة من الأرض فيكونه ما يخرج منها من زرع إن سلم له عطب فعليه وهذا مما أجمع على فساده.

فهذا قد خرج معنى حديث رافع على أن النهي المذكور فيه كان للمعنى الذي وصفنا لا لإجارة الأرض بجزء مما يخرج منها²⁷⁶⁶.

El jurista *ḥanafī* al-Ṭahāwī analiza, en su obra sobre la exégesis de las tradiciones, distintos relatos del hadiz atribuido a Rāfi' b. Jadīy. Este ulema egipcio, que vivió entre los siglos IX y X, se hace eco de algunas versiones cuya literalidad supondría la prohibición de las sociedades de la *muzāra'a* y la *musāqā*, al suponer un arrendamiento por una parte de los frutos o por alimentos. Sin embargo, llega a la conclusión que lo que se proscribía sería la costumbre preislámica del sistema de arrendamiento mediante el cual el dueño de la tierra permitía que otro cultivara una parcela, reservándose él otra, haciéndose cargo cada una de las cosechas que produzca o de las pérdidas que tuvieran lugar. Esta práctica se considera arriesgada.

^aالقول في جواز المساقاة.

فأما جوازها فعليها جمهور العلماء مالك والشافعي والثوري وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة، وهي عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق، ومن الإجارة المجهولة؛ وقال أبو حنيفة: لا تجوز المساقاة أصلاً.

وعمد الجمهور في إجازتها حديث ابن عمر الثابت ((أن رسول الله، ص، دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله، ص، شطر ثمرها)). وخرجه البخاري ومسلم [...] وما رواه مالك أيضاً من [...] والسبب أن رسول الله، ص، قال لليهود خيبر يوم إفتح خيبر ((أقركم الله على أن الثمر بيننا وبينكم)) [...]

[...] وأما أبو حنيفة ومن قال قوله فعلمهم مخالفة هذا الأثر للأصول مع أنه حكم مع اليهود، واليهود يحتمل أن يكونون أقرهم على أنهم عبيد، ويحتمل أن يكون أقرهم على أنهم ذمة، إلا أنا إذا أزلنا أنهم ذمة كان مخالفاً للأصول، لأنه يبيع مالم يخلق؛ وأيضاً أنه من المرابنة، وهو بيع التمر بالتمر متفاضلاً، لأن القسمة باخرص ببيع الخرص...²⁷⁶⁷.

El reconocimiento de la *musāqā* como contrato válido por parte de la *Šarī'a* resulta muy controvertido. Averroes en este capítulo del libro dedicado a esta sociedad, cuyo primer párrafo nos puso en contexto a la persona jurídica como creación del derecho o simple reconocimiento por parte de este de una realidad preexistente, nos informa de que la mayoría de los ulemas la admiten. Únicamente discrepa de este precepto Abū Ḥanīfa. Dejando de lado este hecho, nos hemos de hacer eco de los fundamentos de cada corriente, que nos reporta valiosos razonamientos jurídicos relativos al objeto de nuestro estudio. Este contrato de sociedad, según los principios generales del *fiqh*, resultaría nulo de pleno derecho, pues supondría una venta de lo todavía no creado (por ejemplo, las crías que pudiera tener un animal), o del arrendamiento por una renta desconocida. O sea, implica un riesgo que ha de ser evitado. No obstante, los dichos y la actuación del profeta al conquistar el oasis de Jaybar donde Muḥammad mantuvo a sus dueños, una comunidad de judíos, en la propiedad a cambio de la mitad de la producción agrícola, suponen una norma imperativa que

a (Opinión sobre la validez del contrato de riego)

En cuanto a su validez, la defienden el común de los ulemas: Mālik, al-Šāfi'ī, al-Zawrī y Abū Yūsūf y Muḥammad al-Ḥasan entre los compañeros de Abū Ḥanīfa. Para ellos es una excepción hecha por la *sunna*, de la venta de lo aún no generado, y del arrendamiento de lo desconocido; y Abū Ḥanīfa opina que es radicalmente inválida.

El pilar de la mayoría de los ulemas sobre su validez es el hadiz consolidado del hijo de 'Umar: "el Enviado de Dios entregó a los judíos de Jaybar los palmerales de Jaybar y sus tierras con la condición de que los trabajaran con sus bienes, siendo para el Enviado de Dios la mitad de sus frutos". Lo ha extraído al-Bujārī y Muslim [...] y lo que ha relatado Mālik [...] y la causa es que el Enviado de Dios les dijo a los judíos de Jaybar el día que la conquistó: "os mantengo según lo que Dios os mantiene, con la condición de que el fruto sea entre nosotros y vosotros" [...]

[...] En cuanto a Abū Ḥanīfa y quien opina como él, su actuación contradice esta tradición, ya que es un régimen con los judíos; los judíos, es posible que sean mantenidos en su condición de siervos, o en su condición de gente de la *ḍimma*. Si entendiéramos que son de la *ḍimma*, supondría contravenir la tradición, porque sería una venta de lo todavía no generado; también sería una *muzābana*, que es la venta de dátiles a cambio de una mayor cantidad de dátiles, porque la partición por estimación es una venta de estimación...

obliga a aceptar el contrato a pesar de las dudas sobre su legalidad. Es una norma del Profeta y como tal hay que acatarla, entendiendo que ha querido excepcionar esta sociedad de las prohibiciones que hemos visto. Por su parte, Abū Ḥanīfa no aplica esta ley porque se duda si los judíos son tratados como siervos o como gente de la *ḍimma*. En este último caso, nos encontraríamos ante un tipo de compraventa proscrito por el Islam: la permuta de dos cantidades de dátiles por estimación, sin conocer a ciencia cierta si una de las cantidades es mayor que la otra o menor. Por eso, el fundador de la escuela de Iraq considera el negocio nulo con una nulidad radical.

^aوسئل من يتسمى عمن بينه وبين غيره جنان مشترك أرباعاً، لأحدهما ربه وللآخر ما بقي، وأثره بياض عار على الأشجار، وقسموه استقلالاً في البياض، وأكرى صاحب الثلاثة الأرباع جميع نصيبه لشخص، وأعطى جميع أشجار الجنان المذكور لمكتري مساقاة، فأراد صاحب الربع أن ينضم تلك المساقاة التي وقعت في الأشجار ويأخذها لنفسه، فهل يكون له الضم؟ فأجاب: الحمد لله، الجواب، أنه ليس لصاحب الربع أن يضم، وله أن يرد ما فعله شريكه بالنسبة لنصيبه الذي هو الربع، فيعمل فيه بنفسه أن يعطيه لمن شاء؛ لأن المساقاة إجارة للعامل بجزء من الثمرة التي ستوجد. ولذا قالوا: إنها مستثناة من الإجارة بمجهول، وهذا الذي عول عليه ابن عرفة في تعريفها، إذ قال: عقد على عمل مؤونة النابت بقدره من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل. وإن قيل: إنها مستثناة من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فلا عبرة به هنا، والله أعلم...²⁷⁶⁸

Muḥammad b. al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī, en esta breve, mas densa respuesta, analiza la naturaleza de la sociedad de *musāqā*: es un arrendamiento en favor del trabajador a cambio de una parte de los frutos. Supone una excepción a la prohibición del arrendamiento a cambio de una renta indeterminada. Uno de los ulemas de la escuela, Ibn 'Arfa, define el contrato de la siguiente manera: *es un contrato sobre el trabajo por los gastos que surgen en su estimación sin sus frutos en los que no se emplea la expresión venta, arrendamiento ni precio del trabajo*. Este *al-faqīh* pone el acento en la ausencia de términos como venta, arrendamiento o renta del trabajo, pues, al estar indeterminado el pago, estos contratos serían nulos; asimismo, el objeto del pago no es el trabajo en sí, sino los gastos necesarios para realizarlos. Un giro lingüístico para superar la prohibición del riesgo. Otro aspecto que no debemos dejar pasar sería la cuestión de la comunidad de bienes y su tenue distinción en el *fiqh* de la sociedad: al-Fāsī tomó como ejemplo unos huertos tenidos en común entre dos personas, una con tres cuartos y otra con uno solo. Ambos serían *ṣarīk*, socio, del otro. Los comuneros y los socios son referidos en el derecho islámico con el mismo término jurídico.

القسم الثالث.

a Fue preguntado quien escribe sobre dos que tenían en común huertos por cuartos; a uno de ellos le correspondía su cuarto y al otro los restantes. En origen estaba sin plantar y libre de árboles. Lo dividieron para explotarlos. El dueño de los tres cuartos arrendó toda su parte a una persona y entregó todos los árboles de los huertos mencionados al arrendatario como *musāqāt*; el dueño del cuarto quiso incorporarse a esa *musāqāt* que recaía sobre los árboles, y tomarla para sí. ¿Tendría derecho a incorporarse?

Contestó gracias a Dios: el dueño del cuarto no tiene derecho a incorporarse; sí puede anular lo que ha hecho su socio respecto a la parte que le corresponde a él, trabajarla por sí mismo o darla a quien desee, porque la *musāqāt* es un arrendamiento en favor del trabajador a cambio de una parte de los frutos que producirá. Por eso dijeron: es un excepción del arrendamiento por renta desconocida; esa es la explicación de Ibn 'Arfa en su definición cuando dijo: es un contrato sobre el trabajo por los gastos que surgen en su estimación sin sus frutos en los que no se emplea la expresión venta, arrendamiento ni precio del trabajo. Si se dijera que es una excepción de la venta del fruto antes de que esté maduro, no hay aquí ningún ejemplo y Dios es más sabio...

b Apartado tercero.

Sobre la tierra no cultivada apta para su cultivo, la que se riega, impuso 'Umar, Dios esté satisfecho de él, el *jarāy*; los compañeros, Dios esté satisfecho de ellos, estuvieron de acuerdo, sin que se conozca que ninguno se opusiera. Sin embargo, entre los que siguieron, hubo quien consideraba odioso el arrendamiento de la tierra a cambio de oro o plata, como Ṭāws y no conocían su dicho sobre el *jarāy*, más que en diferenciar entre el trato con los musulmanes y la gente de la *ḍimma*. Se ha transmitido de al-Ḥasan al-Baṣrī, Dios tenga misericordia de él, que él consideraba odioso la *muzāra'a* a cambio de una parte indivisa en las tierras de *ṣadaqa* y diezmo, permitiéndola en las tierras de *jarāy*; quizás Ṭāws opinara lo mismo sobre su arrendamiento, pero Ṭāws no considera odioso la *muzāra'a* en sí misma, como si observara que la *muzāra'a* es una participación, siendo como la *muḍāraba*. En cuanto al arrendamiento de la tierra para su cultivo se parece a la venta del cultivo antes de que madure o exista, porque el cultivo forma parte del terreno y su tierra y su vuelo y su agua, no de la semilla que siembra el arrendatario, porque perece y Dios el Altísimo hace surgir de la tierra otro bien distinto. Por ello, 'Umar impuso a cada *ḡarīb* (unidad de medida) de cultivo un *qafīz* y un *dirham* y este es el arrendamiento de la tierra a cambio de lo que esta produzca; en este tema existe una famosa controversia entre

الأرض البيضاء القابلة للزرع وهي التي ما يسقيها فهذه ضرب عمر رضي الله عنه عليه الخراج ووافق الصحابه رضي الله عنهم على ذلك ولم يعلم عن أحد إنكاره ولكن من السلف من كان يكره إجارة الأرض بالذهب والفضة كطاوس ولا يعلم قوله في الخراج إلا أن يكون يفرق بين معاملة المسلمين وأهل الذمة وقد روى عن الحسن البصري رحمه الله أنه كره المزارعة بجزء مشاع في أرض الصدقة والعشرية وإجازها في أرض الخراج ولعل طاوساً يقول في الإجارة كذلك إلا أن طاوساً لم يكره المزارعة بحاله وكأنه لحظ أن المزارعة مشاركة فهي كالمضاربة وأما إجارة الأرض للزرع فتشبه بيع الزرع قبل صلاحه أو وجوده لأن الزرع منعقد من أجزاء الأرض ترابها وهوائها ومائها لا من البذر الذي يبذره المستأجر لأنه يستهلك وينشئ الله تعالى من الأرض عيناً أخرى وهذه أيضاً فإن عمر رضي الله عنه وضع على كل جريب من الزرع قفيزاً ودرهماً وهذه إجارة للأرض بجنس من يخرجها وفي ذلك خلاف مشهور بين الفقهاء²⁷⁶⁹.

Ibn Raḡab, en su libro sobre el *jarāy*, el cual analizamos en su momento, nos transmite la polémica sobre el arrendamiento de la tierra a cambio de parte de la producción de esta en las tierras de *jarāy*. No hay que olvidar que este tipo de terreno, que forma parte de un tipo de botín, se deja que sea explotada por la población conquistada a cambio de parte de su producto o el pago de una renta monetaria. Asimismo, nos muestra que el empleo de las figuras de la *muzāra'a* y la *musāqā* no es pacífica entre los juristas musulmanes, al igual que ocurre en otro tipo de territorios.

^aالشركة

(أخبرنا الربيع) قال أخبرنا الشافعي قال: شركة المفاوضة باطل ولا أعرف شيئاً من الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلاً إلا أن يكونا شريكين يعدان المفاوضة خلط المال والعمل فيه وإقتسام الربح فهذا لا بأس به وهذه الشركة يقول بعض المشركين لها شركة العنان وإذا اشتركا مفاوضة وتشارطا أن المفاوضة عندهما هذا المعنى فالشركة صحيحة وما رزق أحدهما من غير هذا المال الذي اشتركا فيه من التجارة أو إجارة أن كنز أو هبة أو غير ذلك فهو له دون صاحبه وإن زعما أن المفاوضة عندهما بأن يكونا شريكين في كل ما أفاد بوجه من الوجوه بسبب مال وغيره فالشركة بينهما فاسدة، ولا أعرف القمار إلا في هذا أو أقل منه أن يشترك الرجلان بمائتي درهم فيجد أحدهما كنزاً فيكون بينهما، أرايت لو تشارطا على هذا من غير أن يتخالطتا بمال أكان يجوز؟ أو رأيت رجلاً وهب له هبة أو أجر نفسه في عمل فأفاد مالا من عمل أو هبة أكون الآخر له فيه شريكاً؟ لقد أنكروا أقل من هذا²⁷⁷⁰.

Al-Šāfi'ī quizás sea el ulema, entre los principales *fuqahā'*, más estricto a la hora de considerar válido un contrato de sociedad. En este caso, considera nula la sociedad de *mufāwaḡa*. En su opinión, no puede compartirse el beneficio sin que se haya producido la confusión de los capitales aportados y únicamente en los que estos produzcan. Considera un juego de azar, (todos estos juegos están proscritos por la *Šarī'a*), que dos personas adquieran la propiedad en común por algo que se debe al trabajo o los bienes de uno solo de ellos. Averroes se refería a esta posición de al-Šāfi'ī²⁷⁷¹.

^bالشركة بعد وجوب السلم

1602- قال [...] عن الأوزاعي قال: لا بأس إن أنت إشتريت سلعة فسألك رجل أن تشركه فيها قبل أن تقبضها وبعده، فيكون عليك وعليه الوضعية والربح لأن الشركة معروف، ولو كانت الشركة ديناً لا يصلح أن تشركه حتى تقبضها²⁷⁷².

los *fuqahā'*.

a La sociedad.

(Nos ha informado al-Rabī'a) quien dijo que nos informó al-Šāfi'ī quien dijo: la sociedad de *mufāwaḡa* es nula; no conozco nada en este mundo que sea más nulo, si no es este tipo de sociedad. Salvo que los dos socios preparen la *mufāwaḡa* con la confusión del capital y el trabajo y el reparto del beneficio. De esta forma no hay inconveniente; esta sociedad es la que llaman algunos orientales sociedad de *'inān*. Si compartieran una *mufāwaḡa* estipulando que la misma para ellos dos tiene ese sentido, la sociedad sería válida. Lo que ganara cualquiera de ellos que no fuera por ese capital que comparten, mediante el comercio, el arrendamiento, tesoro, donación o similar, sería para él, no para su compañero. Si estipularan que la *mufāwaḡa* fuera para los dos socios, todo lo que consiguieran, tanto por el capital como por otra causa, la sociedad sería nula. No conozco azar mayor que dos hombres compartan doscientos *dirhams*, encontrándose uno de ellos un tesoro que comparten entre ellos. ¿Cómo ves que si hubieran estipulado esto sin mezclar sus capitales? ¿Sería válido o no? ¿O cuál es tu opinión sobre un hombre al que se le dona algo arrienda sus servicios para un trabajo y adquiere un bien por esta labor o por la donación, sería el otro socio en ello? Han prohibido menos que eso.

b La sociedad después de ser obligatoria la venta pagada por anticipado.

1602- Dijo [...] sobre el al-Awza'ī que dijo: no hay inconveniente si compraras una mercancía y un hombre te pidiera participar en ella antes de que tomes posesión de ella y después. Sobre él y sobre ti recaen tanto las pérdidas como el beneficio, porque la sociedad es conocida; si la sociedad fuera de una deuda, no sería correcto que te asociaras hasta que hubieras tomado posesión de ella.

Uno de los primeros ulemas de los que se derivó una escuela, hoy extinta, al-Awza'ī, establece que el objeto de una sociedad sí es lícito que sea una mercancía por la que se ha pagado el precio, pero la cual no ha sido entregada al comprador. Sin embargo, una deuda monetaria no puede ser aportada por el titular del derecho de crédito, sin antes haberla cobrado. En definitiva, el alfaquí limita las aportaciones a bienes cuya titularidad pertenezca al socio.

3^a- باب ما لا يجوز في القراض

قال مالك: إذا كان لرجل على رجل دين فسأله أن يقره عنده قراضاً ذلك يُكره حتى يقبض ماله ثم يفرضه بعد أو يمسك وإنما ذلك مخافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤخر ذلك على أن يزيده فيه. [...] قال مالك: لا يصلح القراض إلا في العين من الذهب أو الورق ولا يكون في شيء من العروض والسلع ومن يبيع ما يجوز إذا تفاوت أمره وتفاش رده فأما الربا فإنه لا يكون فيه إلا الرد أبدأً ولا يجوز منه قليل ولا كثير ولا يجوز فيه ما يجوز في غيره لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه: * (وإن تُبئتم فلکم رءوس أموالکم لا تظلمون ولا تُظلمون)*²⁷⁷³.

Mālik b. Anas en su obra, *al-Muwatta'*, ofrece una serie de ejemplos de bienes cuya entrega como capital de la sociedad de *muḍāraba* está prohibida: la deuda contra el otro socio, por temor a que se agrave la insolvencia del deudor, el bien que ha de ser devuelto hasta que la toma de posesión por su propietario se hubiera completado y las mercancías, bienes muebles; únicamente se admite el dinero papel o de oro y aquellas compraventas cuyo plazo no hubiera vencido.

لو سئل أيضاً عن عروض دفعت لرجل على أن يبيعه دون أجر ويجعل ثمنها تحت يده قراضاً.

فاجاب: إن الراجح في ذلك أنه لا يجوز؛ لأنه من القراض بالعروض والمذهب منعه، كما لإبن عرفة وغيره، وهو مذهب المدونة، قال فيها: ويفسخ ذلك، وإن بيع ما لم يعلم بالثمن. وقد قال اللخمي المنع بما إذا كان في بيعه كلفة، ولذلك أجرة لها خطب قال الحطاب: ولم يلتفت المصنف لتقييد اللخمي وجعله خلافاً. وقال المازري: لو قال خذ هذا العرض وأمض به إلى البلاد الفلاني، وأدفعه إلى فلان يبيعه ويقبض ثمنه لنفسه، فإذا قبض ثمنه فخذ منه، وأعمل به قراضاً بيني وبينك فإن ذلك جائز بلا خلاف. وفيما إذا استأجره على بيعه ثم يعمل به قراضاً خلاف أجازها ابن أبي زيد. ونقل عن القابسي المنع، كما في الرصاع وغيره...²⁷⁷⁴.

Muḥammad b. al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī selecciona las principales opiniones de su escuela sobre la admisión de los bienes muebles no fungibles como capital social de una sociedad de comandita. La opinión mayoritaria es la negativa, como el autor defiende en pleno siglo XIX. Igualmente, los ulemas no se muestran partidarios de dar por bueno el caso en el que el socio capitalista entregue esos bienes al socio trabajador para que los venda e imputar el precio al capital social. Tampoco se admite la componenda consistente en que el socio capitalista entregara al otras mercancías para que los vendiera e imputara el precio al capital de la sociedad. La única argucia aceptable sería que el socio trabajador, al recibir los bienes, los diera a un tercero para que disponga de ellos y le devuelva el producto de la venta que sí constituiría válidamente el patrimonio social.

a 3- Capítulo sobre lo que no es válido en *al-qirād*.

Mālik ha dicho: si un hombre tuviera una deuda en favor de otro y le pidiera que la dejara con él como parte de un contrato de *al-qirād*, eso sería odioso hasta que no hubiera tomado posesión de sus bienes y después darlo como capital de la sociedad, o la aprehendiera. Eso es así por miedo a que se convierta en más insolvente, queriendo aplazar el pago hasta que tuviera más.

[...] Mālik ha dicho: no es correcto el contrato de *al-qirād* más que con dinero de oro o papel; no con bienes inmuebles o mercancías; entre las ventas es válido si su plazo ha expirado o su rescisión. En cuanto al *ribā* (usura, préstamo a interés) no cabe más solución que su rescisión; no es válido ni poco ni mucho; no está permitido en el contrato lo que se permite en otros, porque Dios, el Altísimo y Bendito, ha dicho en Su libro: *(si os arrepintáis, tendréis vuestros bienes, no seáis injustos con los demás y no seréis tratados injustamente)*.

b Se le preguntó también sobre unos bienes que fueron entregados a un hombre para que los vendiera, sin recibir renta por los servicios, convirtiendo el precio que tuviera en su poder como *qirād*.

Contestó: lo preferible en esto es que no sea válido, porque es una *qirād* con bienes muebles y la escuela lo prohíbe, como Ibn 'Arfa y otros, y esa es la corriente que se sigue en *al-Mudawana*, donde se dice: esto se anula, pues sería una venta en la que se desconoce el precio. Al-Lajmī se decanta por la prohibición, pues en la venta se han producido gastos y por eso tiene un alquiler. Al-Ḥaṭṭāb ha dicho: y en *al-Muṣṣanaf* no se mira a las restricciones impuestas por al-Lajmī y lo contraviene. Al-Māziri dijo: si le hubiera dicho toma este bien y llévalo a tal país, entrégalo a fulano para que lo venda y hubiera tomado el precio para sí mismo, y si coges su precio toma de él, y trátalo como una *qirād* entre tú y yo, eso sería válido sin discusión. Si alquilara los servicios para venderlo, luego lo dispusiera como *qirād*, variaría; Ibn Abū Zayd lo considera válido. Se cuenta de al-Qābisī que lo prohíbe, como en la obra *al-Raṣṣād* y otras.

^a(قوله وجعل ثمنه قراضاً جاز) أي لأن جعل رأس المال قيمة العرض أو نفسه* والحاصل أن قوله إن تولى العامل بيعه في مفهومه تفصيل وذلك لأنه إذا تولى غير العامل بيعه فإن جعل رأس المال الثمن الذي يبيع به العرض جاز وإن جعل رأس المال قيمته الآن أو بعد المفاصلة أو نفس العرض منع²⁷⁷⁵.

Al-Dasūqī, en Egipto, confirma este otro elemento, referido por el marroquí al-Fāsī, que nos indica la rigidez que impone al tráfico jurídico la doctrina del riesgo. En este sentido, se prohíbe la aportación por el socio capitalista de bienes muebles no fungibles (ni dinerarios) como capital social. Sí se admite que se venda y el precio se constituya como capital; esa venta se ha de realizar por un tercero, no por el socio trabajador.

^b(أما) الشركة بالأموال فلها شروط (منها) أن يكون رأس المال من الأثمان المطلق وهي التي لا تتعين بالتعيين في المفاوضات على كل حال وهي الدراهم والدنانير عناناً كانت الشركة أو مفاوضة عند عامة العلماء فلا تصح الشركة في العروض وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الشركة في العروض والصحيح قول العامة لأن معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التي يتضمن الشركة لا تصح في العروض وتصح في الدراهم والدنانير فإن من قال لغيره بع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز وإذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات الشركة لم تجز الشركة ولو قال له إشتتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما إشتريته بيننا جاز ولأن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة الربح عند القسمة لأن رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لأنها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولاً فيؤدي إلى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير لأن رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها فلا يؤدي إلى جهالة الربح ولأن النبي، ص، نهى عن ربح مالم يضمن والشركة في العروض تؤدي إلى ربح مالم يضمن لأن العروض غير مضمونة بالهلاك فإن من إشتري شيئاً بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيئاً آخر لأن العروض تتعين بالتعيين فيبطل البيع فإذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها تؤدي ربح مالم يضمن وإنه منهي بخلاف الدراهم والدنانير فإنها مضمونة بالهلاك لأنها لا تتعين بالتعيين فالشركة فيها لا تؤدي إلى ربح مالم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة في جواز الشركة في العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف ما صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل الشركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز بلا خلاف ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر عروض فالحيلة في جوازه أن يبيع صاحب العروض نصف

a (Su expresión y convierte su precio en *qirād* sería válido) Es decir, por el convertir en capital el valor del bien o ese bien mismo. *La conclusión es que su expresión es que si el trabajador se encargara de vender, según lo que se entiende de los detalles; eso es así porque si se encargara cualquier otro que no fuera el socio trabajador de venderlo y convertirlo en capital social el precio de venta del bien, sería válido porque convirtió en capital el valor del bien. Si convirtiera en capital su valor en el momento o después de separarse o el bien en sí, se prohibiría.

b (En cuanto) a la sociedad sobre bienes, tiene sus requisitos. (Entre ellos) el que el capital sea un bien de los que sirven como precio de forma absoluta, los que no se determinan con una determinación (permanecen fungibles) en las transacciones, en ningún caso; son los *dirhams* y los dinares, tanto si la sociedad fuera de *'inān* como de *mufāwāḍa*; esto es así para la generalidad de los ulemas. Por eso no es válida la sociedad sobre bienes muebles no fungibles. Mālik opinaba que este no era un requisito y que era válida la sociedad sobre estos bienes. La correcta es la postura de la mayoría, porque el concepto de la delegación es de aplicación a la sociedad, siendo que la delegación, que incluye a la sociedad, no es válida sobre bienes muebles no fungibles, pero sí sobre *dirhams* y *dinares*. Si alguno dijera a otro vende tu bien con la condición de que su precio sea para nosotros dos, no sería válido, pues la delegación, uno de los pilares de la sociedad, no lo admite, con lo que no sería válida la sociedad. Si le dijera: compra por mil *dirhams* de Mālik con la condición de que lo que compres sea entre nosotros dos, sería válido; porque la sociedad sobre bienes muebles fungibles provoca desconocimiento sobre los beneficios en el momento de la partición, porque el capital sería el valor de los bienes muebles no fungibles, no los bienes en sí, siendo el valor desconocido, porque únicamente se conoce por estimación y el cálculo, convirtiéndose su valor en desconocido; esto provoca el conflicto en el momento de la partición; esta cuestión no se produce con los *dirhams* y los dinares, ya que el capital con ellos está determinado en la partición, lo que no conduce al desconocimiento del beneficio. Porque el profeta prohibió el beneficio sobre lo que no se es responsable, siendo la sociedad sobre bienes no fungibles conduce a un beneficio sobre lo que no se responde, porque los bienes no fungibles no están garantizados por su destrucción. Si alguien comprara algo a cambio de un bien en sí mismo y se destruyera ese bien antes de entregarse, no respondería por nada más porque los bienes no fungibles se determinan con la determinación, anulándose la venta, si no está garantizada. Por ello, la sociedad en este caso conduciría a un beneficio sobre algo que no está garantizado; es lo que está prohibido, a diferencia de *dirhams* y los dinares, que sí estarían garantizados por su destrucción, porque no se determinan con ninguna determinación; por eso, en este caso la sociedad no conduciría a un beneficio sobre lo que no se responde, sino que el beneficio estaría garantizado. La argucia legal para validar la sociedad sobre bienes no fungibles y todo lo que se ha de determinar por un acto es que cada uno venda la mitad de sus bienes por la mitad de los de su socio, para que todo el capital sean dos mitades, consiguiéndose la propiedad en común, después se perfeccionaría el contrato de sociedad, siendo válida sin discrepancias. Si uno tuviera *dirhams* y el otro bienes no fungibles, la argucia consistiría en que el dueño de los bienes no fungibles diera la mitad de los mismos por la mitad de los *dirhams*, entregándose mutuamente los bienes y mezclándolos para que ambos sean de dominio común, después realizarían el contrato de sociedad y sería válido...

عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخلطاً جميعاً حتى تصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز...²⁷⁷⁶

Al-Kāšānī esclarece la razón por la que los bienes muebles no fungibles, es decir aquellos que no se consumen con su uso y, por tanto, tienen entidad en sí mismos (una mesa tiene una calidad *per se* y seguramente no sea exactamente sustituible por otra) no se pueden considerar como objetos de una sociedad; pero al contrario, aquellos bienes fungibles que sirven para fijar el precio, aquellos que se usan como valor de cambio, el dinero, aquí representado por los *dirhams* y los dinares, en lo cuales no importaría que fueran unas monedas determinadas y concretas, serían los únicos válidos para constituir el capital de una sociedad. Esgrime varias razones: la primera es de orden jurídico, ya que la sociedad aplica las normas de la delegación y en este contrato se establece así; la segunda está relacionada con una cuestión práctica que nos interesa sobremanera en este momento, la cual consiste en que, si nos encontráramos ante un bien no fungible, no se conoce su valor real, a diferencia de la moneda, lo que acarrearía conflictos en el momento de la partición; finalmente, la aplicación de una norma impuesta por Muḥammad, cuyo tenor dice algo así como que no sería válido un beneficio sobre un bien del que no se responde. En el caso de un bien no fungible o sustituible que el vendedor utilizara como precio, su destrucción no obligaría a este a indemnizar la pérdida. El ulema termina dando un consejo para eludir esta prohibición, que uno comprara con dinero la mitad de bienes del otro antes de la perfección del contrato de sociedad, constituyendo una comunidad de bienes previa.

الشرط في القراض^a
(قال الشافعي) رحمه الله: لا يجوز أن أقارضك بالشيء جزافاً لا أعرفه ولا تعرفه فلما كان هكذا لم يجز أن أقارضك إلى مدة من الممدد²⁷⁷⁷.

Por su parte, al-Šāfi'ī acude a otro concepto para evitar el riesgo en el objeto de la sociedad en comandita. Se proscribe que el capital lo constituya algo *yāzāf*. Según el diccionario de la lengua de los *fuqahā*²⁷⁷⁸, este concepto se definiría de esta manera: *suposición y estimación en la venta y la compra, persa arabizado... Venta de yāzāf: venta de algo y su compra sin medida ni peso ni enumeración*. Es decir, los bienes aportados a la sociedad han de estar perfectamente determinados por sus características, peso, medida o enumeración.

بولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور، وأجازه أبو حنيفة إلا أن يتفاسخ؛ فمن لم يجزه رأى أن في ذلك تضيقاً على العامل يدخل عليه مزيد غرر، لأنه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه في ذلك غرر؛ ومن أجاز الأجل شبه القراض بالإجارة²⁷⁷⁹.

El filósofo y también jurista de Córdoba, Averroes, estudia la validez de la *muḍāraba* hasta un plazo determinado. La mayoría de los *fuqahā*, salvo la opinión de la escuela de los seguidores de Abū Ḥanīfa, no admiten el término final en este contrato. La razón argüida se asienta en la prohibición del riesgo, *garar*, pues en la opinión de los ulemas, se presionaría de forma excesiva al trabajador quien, antes del vencimiento del plazo, se vería compelido a vender la mercancía a cualquier precio, aunque el mercado no fuera favorable. Esto provocaría pérdidas no deseadas. Los iraquíes, al establecer el régimen jurídico de la sociedad por analogía con el arrendamiento, admiten el término, al igual que en este contrato. La postura de la mayoría, a pesar de estar cimentada en la prohibición del riesgo, al defender la duración indeterminada, proveen de una mayor estabilidad, la cual sería un buen caldo de cultivo para su separación de las personas contratantes; no obstante, los juristas musulmanes no sacan mayores conclusiones de esta cuestión.

a (La estipulación en la sociedad de *qirāḍ*)

(Al-Šāfi'ī ha dicho) Dios tenga misericordia de él: no es válido que me asocie en una *qirāḍ* contigo con algo de cantidad y calidad indeterminada, que ni yo ni tú conocemos. Si se hiciera de esta manera, no sería válida nuestra asociación por ningún plazo.

b No es válida *al-qirāḍ* aplazada, para la mayoría, permitiéndola Abū Ḥanīfa. Quien no la admite opina que en ello hay una presión excesiva para el trabajador que se incluiría en un mayor riesgo, porque se ha podido quedar sin colocar mercancías y se vería obligado a venderlas con el término del plazo, irrogándole un perjuicio. Quien la considera válida compara la comandita con el arrendamiento.

^aقال مالك: إذا كانت النفقة كلها والمنونة على رب الحائط ولم يكن على الداخل في المال شيء إلا أنه يعمل بيده إنما هو أجبر ببعض الثمر فإن ذلك لا يصلح لأنه لا يدري كم إجارته إذا لم يُسم له شيئاً يعرفه ويعمل عليه لا يدري أ يقل ذلك أم يكثر. [...] قال مالك: ولا ينبغي أن تساقى الأرض البيضاء وذلك أنه يحل لصاحب كراؤها بالدنانير والدرهم وما أشبه ذلك من الأثمان المتلومة²⁷⁸⁰.

Mālik b. Anas, en este fragmento de su principal obra, *al-Muwaṭā'* del que nos servimos al abordar los distintos tipos de contratos asociativos, señala las fronteras entre un arrendamiento y un contrato de sociedad del tipo *musāqāt*, similar a la *muzāra'a*: en estos últimos contratos, el socio trabajador ha de aportar algo más que su trabajo, pues, de lo contrario, estaría alquilando sus servicios por una renta indeterminada. Esto está tajantemente denostado por el *fiqh*. Este mismo recelo frente a la indeterminación provoca la prohibición de que se lleve a cabo la sociedad sobre tierras incultas.

^b*(فصل)*وأما الذي يرجع إلى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوماً بأن يزرع لأن حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد في الأرض ورب زرع ينقصها وقد يقل النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه إلا إذا قال له أزرع فيها ما شئت فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الأمر إليه فقد رضى بالضرر إلا أنه لا يملك الغرس لأن الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس. *(فصل)*وأما الذي يرجع إلى المزروع فهو أن يكون قابلاً لعمل الزراعة وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرد العادة لأن ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضاً فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يجز كذا قالوا لأن الزرع إذا استحصد لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلاً لعمل الزراعة.

[...] *(فصل)*وأما الذي يرجع إلى المزروع فيه وهو الأرض فأنواع (منها) ان تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة أو نزة لا يجوز العقد لأن المزارعة عقد إستنجار لكن ببعض الخارج والأرض السبخة والنزة لا تجوز إجارته فلا تجوز مزارعتها [...] (ومنها) أن تكون معلومة فإن كانت مجهولة لا تصح المزارعة لأنها تؤدي إلى منازعة ولو دفع الأرض مزارعة عل أن يزرع حنطة فكذا وما يزرع فيها شعيراً فكذا يفسد العقد لأن المزروع فيه مجهول...²⁷⁸¹

Este seguidor de Abū Ḥanīfa, al-Kāshānī, enuncia los requisitos que se exigen al tipo de cultivo y las tierras de labor para que se entienda que no produce un riesgo que provoque el conflicto entre las partes. El tipo de cultivo ha de ser señalado excepto cuando el dueño de las tierras permite expresamente que siembre lo que estime oportuno; ahora bien, se excluye la plantación, el contrato de *muzāra'a* no admite la plantación de especies vegetales que no se siembren, sino que se planten. Asimismo, debe ser de tipos que para su explotación se requiera la actividad humana; los cultivos espontáneos de forma natural no son susceptibles de ser objeto del negocio jurídico. Como resulta obvio, las tierras han de ser aptas para producir cosechas y estar determinadas. Si en el contrato se desconoce su ubicación, el contrato sería nulo. Finalmente, tenemos que observar que este alfaquí no siente rubor en calificar el contrato como un

a Mālik dijo: si todos los gastos y los aperos recayeran a cargo del dueño del huerto y nada sobre el otro socio, el cual únicamente trabajara con sus manos, sería un arrendador a cambio de parte de los frutos; eso no sería válido porque no sabría cuál sería su renta, pues no se ha designado nada que conozca por lo que trabaje, ni sabe si será poco o mucho.

[...] Mālik dijo: no debe ser objeto de la *musāqāt* las tierras sin cultivar, que sin embargo sí pueden ser dadas en arrendamiento a cambio de dinares o dirhams y demás precios conocidos.

b *(Capítulo)* En cuanto a lo que se refiere al cultivo, una única cuestión: que sea determinado, que muestre lo que va a cultivar, ya que el estado del cultivo varía según lo que se cultive, aumentando o disminuyendo. Uno lo aumenta y otro lo disminuye; la disminución puede ser mayor, lo que provoca que deba determinarse para que sea obligatorio el daño que se une a su compromiso; sin embargo, si le dijera que siembre lo que desee, podría sembrar lo que quisiera, porque le encargó algo aceptando el daño; no obstante, no podría plantar porque lo que está incluido en el contrato es la siembra, no la plantación. *(Capítulo)* En cuanto a lo que se refiere a lo sembrado, ha de ser susceptible de labor agrícola, es decir, que influya la labor en aumentar la producción, según lo acostumbrado; porque cuando no aumenta la producción, usualmente, es porque no se realiza la labor agrícola, por lo que si entregara una tierra que se cosecha sola como *muzāra'a*, no sería válida, porque el cultivo que no precisa labor para aumentar la producción no es susceptible de labor agrícola.

[...] *(Capítulo)* En cuanto a lo que se refiere a la tierra, hay clases. Entre ellas que sea cultivable, que no sea salobre ni pantanosa, porque no es válido el contrato, pues la *muzāra'a* es un contrato de arrendamiento pero a cambio de parte del producto; al no ser válido el arrendamiento de tierras salobres y pantanosas, no es válida la *muzāra'a* [...] (Entre ellas) que esté determinada, pues si es desconocida no sería válida la *muzāra'a* porque donde se cultiva es desconocido provocando conflictos. Si entregara una tierra como *muzāra'a* a condición de que se siembre cebada, siendo lo sembrado realmente trigo, se anularía el contrato...

arrendamiento cuya renta se fija en un porcentaje de la producción. A veces, los ulemas fijan la validez o nulidad de un negocio por su denominación, más que en virtud del verdadero régimen jurídico que los regula; lo formal prima sobre lo material.

^aالمادة (1431)- (الزراعة نوع شركة على كون الأراضي من طرف والعمل من طرف آخر أي أن تزرع الأراضي

وتقسم الحاصلات بينهما)

أركان المزارعة أربع: أولها الأرض، ثانيها البذر، ثالثها العمل، رابعها البقر. (الدر المختار) وعلى ذلك فتقسم المزارعة بالتقسيم العقلي إلى سبعة أقسام. ثلاثة من هذه الأقسام صحيحة وباقيها فاسد. وقد رتبنا جدولاً إجمالياً أدرجنا فيه تلك الأقسام وأشرنا إلى الصحيح والفاقد منها.

وكونها سبعة أقسام هو بإعتبار أن بعض الأركان الأربعة من أحد الطرفين وباقيها من الطرف الآخر. أما إذا إعتبر أن بعضها من طرف وباقيها من الطرفين فنزيد الأقسام عن سبعة كما هو مذكور في شرح الدر المختار والأصل فيها أن صاحب البذر وهو المستأجر وتخرج المسائل على هذا (رد المحتار).

| من طرف | من طرف الآخر. |
|--------------|----------------------|
| 1- أرض وبذر | عمل وبقر |
| 2- العمل فقط | أرض وبقر وبذر |
| 3- أرض فقط | عمل وبقر وبذر |
| أرض وبقر | عمل وبقر |
| أرض وعمل | بقر وبذر |
| بقر فقط | أرض وبذر |
| بذر فقط | أرض وعمل وبقر |
| | فاسد |
| | فاسد |
| | فاسد |
| | فاسد ²⁷⁸² |

Este artículo y su comentario nos demuestra la extrema meticulosidad por evitar el arrendamiento a cambio de una renta consistente en una parte de los frutos, algo que se tilda de desconocido y, en consecuencia, que provoca un riesgo inadmisibile. Así, el precepto contenido en el artículo 1431 establece que uno de los socios ha de aportar la tierra y el otro el trabajo. El comentarista va más allá, basándose en obras de discípulos de Abū Ḥanīfa, elabora un esquema pormenorizado de la validez o no de la sociedad en función de quien aporte alguno de estos elementos esenciales: tierra, trabajo, semilla y yunta de arado. Las diversas combinaciones posibles se clasifican en función de su admisibilidad o no.

^bوسئلت عن مسألتين.

a Artículo 1431: La *muzāra'a* es un tipo de sociedad en la que las tierras se aportan de una parte y el trabajo de otra, es decir, cultiva las tierras y se reparten la producción entre ellos.

Los requisitos de la *muzāra'a* son cuatro: el primero, la tierra; el segundo, la semilla; el tercero, el trabajo, el cuarto, la yunta. (*Al-Dar al-Mujtār*). Sobre esto se divide la *muzāra'a* en una partición racional de siete grupos. Tres de los mismos son válidos y los demás, nulos. Hemos compuesto un esquema que los engloba, en el que hemos incluido los grupos, anotando si son válidos o nulos.

Son de siete tipos al ser alguno de los cuatro requisitos de una de las partes y el resto de las otra. Si se considerara uno de ellas es de una parte y las otras de ambas partes, aumentaría el número de partes a más de siete, como se menciona en la exégesis de *al-Dar al-Mujtār* y en su origen que el dueño de la semilla es el arrendatario y se sobrepasarían las cuestiones estas (*Rad al-Muhtār*).

| De una parte. | De la otra parte. | |
|--------------------------|---------------------------------------|--------|
| La tierra y las semillas | el trabajo y la yunta. | Valido |
| El trabajo solo. | La tierra, la yunta y las semillas. | Válido |
| La tierra solo. | El trabajo, la yunta y las semillas. | Válido |
| La tierra y la yunta. | El trabajo y las semillas. | Nulo |
| La tierra y el trabajo. | La yunta y las semillas. | Nulo |
| La yunta solo. | La tierra, las semillas y el trabajo. | Nulo |
| Las semillas solo. | La tierra, el trabajo y la yunta. | Nulo |

b Se me preguntó por dos cuestiones:

La primera: lo que ocurre en las zonas desérticas, donde un hombre entrega sus ovejas a quien las vigile y se ocupe de ellas, a cambio de que se quede con el cuarto de las crías y alrededor de un tercio de la grasa. ¿Es válido esto por la necesidad, dado que ninguno es capaz de ocuparse directamente de su ganado por sí mismo? ¿O no es válido por lo que implica de indeterminación pues no se sabe si tendrán crías o no?

الأولى: ما يقع في البداية من أن الرجل يدفع غنمه لمن يحرسها ويقوم بجميع أمورها عل بأن يكون له الربع مثلاً من نسلها ونحو ثلث من سمنها، هل يجوز ذلك للضرورة إذا ليس كل واحد يقدر على مباشرة غنمه بنفسه أو لا يجوز ذلك لما فيه من الجهل، إذا لا يدري هل يكون نسل أو لا؟

[...] فأجبت بتوفيق الله سبحانه: أما الصور الأولى فجانزة إن دعت لذلك ضرورة على مقتضى ما قاله الزرقاني عند قول المختصر: (وأعمل عن دابتي فما حصل لك النصف)، ونصه: ومحل المنع في غير الضرورة والإيجار. وقد سئل أصبغ عن رجل يستأجر الأجير على أن يعمل له في كرمه على بالنصف مما يخرج الكرم، أو الثلث أو جزء منه معين. فأجاب بآءه لا بأس به في جميع ما يضطر إليه، وكذا أجاب أبو القاسم ابن سراج عن إعطاء السفن بجزء مما يتحصل إذا لم يوجد كراؤها إلى على الوجه بجوازه للضرورة. ومثله للشيخ التاودي في شرح "التحفة"، ونصه: وعن ابن سراج أنه أفتى بجواز إعطاء السفينة بالجزء إذا اضطر لذلك، ومثله الجباح بجزء من عسله، والزرع بجزء منه لمن يخدمه، ومذهب أحمد وجماعة من السلف جواز الإجارة بالجزء، قياساً على القراض والمساقاة، وعليه يخرج علم الناس، قف عليه بقول جواز الإجارة بالجزء أي بجزء مما يحصل كالغلة والنسل وهي مسألة تتنا والله أعلم²⁷⁸³.

Al-Fāsī, de la misma manera que la *Maḡalla*, ambos en el siglo XIX, se aferra a la prohibición del arrendamiento a cambio de una renta concretada en una parte de lo que produzca el bien arrendado. Ahora bien, modula esta postura, al admitir alguna excepción basada en la necesidad: la imposibilidad de explotar el bien (tierras, barcos, colmenas, etc) mediante un arrendamiento válido, en cuyo caso se tolera que se obtenga frutos de estas cosas mediante su entrega a quien las ponga a producir, recibiendo en compensación una parte de los frutos producidos. Menciona al alfaquí Aḡmad, quien admite en todo caso que la renta del arrendamiento sea una fracción de lo producido por el bien, según una tradición que el propio Muḡammad b. al-Maḡdī al-Wazzānī al-Fāsī fija como nacida entre los ulemas de al-Andalus²⁷⁸⁴. A esta polémica entre los *fuqahā'* norteafricanos y andalusíes nos hemos referido en alguna ocasión precedente, a falta de un estudio pormenorizado, tal vez los alfaquíes peninsulares tuvieran un contacto más cercano con del derecho romano visigodo que les precedió. El fundamento de este recelo radica en el riesgo que el bien arrendado al final no produzca nada. El derecho islámico se mantiene en esa posición sin avanzar nada desde la época clásica hasta la moderna y contemporánea. Este párrafo aparece en nuestro estudio en el momento que analizábamos los contratos de sociedad como posible fuente de la creación de personas jurídicas formada por la unión de personas físicas.

^aالمساقاة.

[...] (قال الشافعي) والمساقاة جائزة في النخل والكرم لأن رسول الله، ص، أخذ فيهما بالخرص وساقى على النخل وثمرها مجتمع لا حائل دونه ليس هكذا شيء من الثمر كله دونه حائل وهو مفترق غير مجتمع ولا تجوز المساقاة في شيء غير النخل والكرم...²⁷⁸⁵

Quizás el más restrictivo entre los ulemas en este sentido, al-Šāfi'ī, únicamente admite la *musāqā* en dos tipos de cultivos: palmeras y parras. Aplica de manera estricta la tradición de Muḡammad al conquistar Jaybar. Puesto que es una excepción expresamente permitida por el Profeta, no se puede regular de forma extensiva, tan solo a los casos que él hizo.

[...] Contesté, siendo el éxito de Dios alabado sea, en cuanto a la primera cuestión, es válido si así lo exige la necesidad, en virtud de lo que opina al-Zarqānī en su comentario aparecido en *al-Muḡtaṣar*: "ocúpate de mi montura y de lo que produzca, para ti será la mitad". Y en su texto: lo prohibido es lo no necesario y el arrendamiento.

Aṣḡbag fue preguntado sobre un hombre que arrendó los servicios de otro para que trabajara para él en sus parras, a cambio de la mitad de lo que produjeran, el tercio o una parte determinada.

Contestó que no veía inconveniente en ello en todo lo que fuera obligado. Así también contestó Abū al-Qāsim Ibn Sirāy sobre la entrega de barcas a cambio de una parte de lo que se consiga, si no hubiera quien lo arrendara, mas según lo que exija la necesidad. Del mismo modo, opina al jeque al-Tāwdī en sus comentarios a "*al-Tuḡfa*", donde dijo que Ibn Sirāy dictó una fetua sobre la validez de dar un barco a cambio de una parte si se viera obligado a ello, al igual que la colmena a cambio de una parte de la miel; y el cultivo a cambio de una parte para quien lo realizara. La escuela de Aḡmad y un grupo de antecesores considera válido el arrendamiento a cambio de un parte, en analogía con la *qirāḡ* y la *musāqā*. Así son los usos de la gente. Detente en su opinión sobre la validez del arrendamiento a cambio de una parte, una parte de lo que produzca, como la cosecha, las crías, esa es nuestra cuestión, y Dios es más sabio.

a *Al musāqā*.

[...] La sociedad de riego, *musāqā*, es válida con respecto a palmeras y parras, porque el Enviado de Dios las tomó de estas dos por estimación y riego sobre la palmera y sus frutos, uniéndolas no separándolas; no es así en todos los frutos sin que tengan separación; es diferenciador, no unificador; no es válida la *musāqā* en ningún otro cultivo que no sea las palmeras y las parras.

^a(قوله لإجتمع الصرف والشركة) فالشركة من جهة بيع كل منهما بعض ماله ببعض مال الآخر بقطع النظر عن كون أحد المالكين ذهباً والآخر فضة والصرف من جهة بيع أحدهما ماله بمال آخر منظوراً فيه لخصوص كون أحد المالكين ذهباً والآخر فضة فالأمر إلى أن يبيع الذهب بالفضة هو الشركة والصرف لكنهما مختلفان بالإعتبار فإعتبار بيع أحدهما ماله بقض مال الآخر شركة وإعتبار كون البيع ذهباً بفضة والعكس صرف قرره شيخنا العدوى قال ابن عبد السلام إحتجابه في المدونة على المنع بهذا التعليل غير بين لأن العقود المنضمة للشركة إنما يمنع من صحتها إن كانت تلك العقود خارجة عن الشركة فإن كانت غير خارجة عنها لم تكن مانعة لها وقد نص على معنى هذا في المدونة* وأجيب بأن هذا في العقود المغايرة للصرف وأما الصرف متى إنضم إلى الشركة إقتضى منعها سواء كان خارجاً عنها أو لا لأجل ضيق الصرف وشدته²⁷⁸⁶.

Este profesor de al-Azhar, al-Dasūqī, si bien se hace eco de ciertas dudas doctrinales, señala que el contrato de sociedad no admite que vaya incluido uno de cambio, es decir, que los socios cambien monedas de oro por otras de plata o viceversa. Este hecho está prohibido. El cambio, por su íntima relación con la usura, tiene un régimen muy estricto y su unión al contrato de sociedad está prohibida; la rigidez del *fiqh* en cuanto al objeto de los negocios jurídicos impone una limitación a su desarrollo, anclándolos en un estadio primario.

^b(قوله والإطلاق محمول على الإجارة عند ابن القاسم) أي تكون ممنوعة لأنها إجارة بجزء مجهول القدر وحمله سحنون على الشركة فأجازها والنقل عن ابن القاسم وعن سحنون على هذا الوجه هو الصواب كما قال ابن عرفة وتبعه ابن غازي وغيره وعكسه ابن عبد السلام وتبعه الأبى في شرح مسلم والمواق وإعترضه غبن عرفة ونص للموافق ابن عبد السلام هذه مسألة الخماس ببلدنا وقال فيها ابن رشد إن عقداها بلفظ الشركة جاز إتفاقاً وإن عقداها بلفظ الإجازة لم تجز إتفاقاً وإن عرى العقد عن اللفظين فأجاز ذلك ابن القاسم ومنعه سحنون. ابن عرفة ما نقله ابن عبد السلام عن ابن رشد من أن ابن القاسم أجازها ومنعه سحنون وهم لأن لفظ ابن رشد ما نصه حمله أي الإطلاق ابن القاسم على الإجارة فلم يجزه وإليه ذهب ابن حبيب وحمله سحنون على الشركة فأجازها...²⁷⁸⁷

El profesor cairota procede a relatar la polémica sobre el contrato *jummās*, en el que el arrendatario de la tierra recibe como pago un quinto de la cosecha (según el significado de la palabra). Como anotamos en el capítulo quinto, se puede consultar el artículo del arabista Robert Brunschvig²⁷⁸⁸. Este debate no es más que una derivación sobre la prohibición del arrendamiento a cambio de una renta no determinada en una cantidad líquida. Algunos ulemas prohíben este negocio por esta razón, otros lo validan, pero asimilándolo a una sociedad. El aspecto principal de este fragmento radica en la explicación de Ibn Rušd, (no tenemos certeza de que se trate de Averroes o su abuelo): sería válido en el supuesto de que las partes utilizaran la palabra sociedad y nulo si emplearan el término arrendamiento. Con esta postura se puede apreciar la tendencia objetiva de la *Šarī'a*, dado que el contrato se perfeccionaría con el mero uso de una palabra y no se llegaría a completar con otra. Este simple presupuesto fáctico marca la corrección o no de un negocio jurídico, con independencia de la voluntad real de los contratantes.

a (Su expresión *por reunirse cambio y sociedad*) pues la sociedad es, de una parte, venta de cada uno de parte de sus bienes a cambio de los bienes de otro, sin importar que uno de los bienes sea oro y el del otro plata; mientras, el cambio es la venta por uno de ellos de sus bienes a cambio de los de otro, en atención especial a que uno sea de oro y el otro de plata. El asunto torna en que es una venta de oro a cambio de plata y es una sociedad y un cambio; pero ambos son distintos en su consideración; la venta del bien de uno a cambio del bien del otro se considera una sociedad; y si el objeto de la venta es oro a cambio de plata o al contrario, se considera cambio. Esto lo ha certificado nuestro jeque al-'Adawī. Ha dicho 'Abd al-Salām, argumentando con la *Mudawana*, que está prohibido. El argumento no es claro porque los contratos que se añaden a la sociedad solo se prohíben si son externos a la sociedad; si no fueran externos a la misma, no existiría impedimento. Y se ha establecido en la *Mudawana* en este sentido*. Fue contestado que esto es así en los contratos sustitutivos del cambio; en cuanto al cambio cuando se incluye en la sociedad se exige su prohibición, tanto si es externa a la misma como si no, debido a la rigidez y la fuerza del cambio.

b (Su expresión *el comienzo se deriva sobre al arrendamiento según Ibn al-Qāsim*) Es decir, está prohibido porque sería un arrendamiento por una parte desconocida en su cantidad. Saḥnūn lo deriva hacia la sociedad, validándola; se cuenta de Ibn al-Qāsim y de Saḥnūn que dan esta solución, que es la correcta, como ha dicho Ibn 'Arfa y lo ha seguido Ibn Gāzī y otros; lo contradice Ibn 'Abd al-Salām, seguido por Alābī, en su comentario de Muslim y al-Mawāq; se opone Ibn 'Arfa y establece su acuerdo Ibn 'Abd al-Salām. Esta es la cuestión del *jummās* en nuestro país. Sobre ello ha dicho Ibn Rušd que si se contratan utilizando la palabra sociedad es válido, por consenso; si se contrataran con la palabra arrendamiento, no sería válido, también por consenso. Si el contrato estuviera desnudo de cualquiera de las dos palabras, sería válido eso para Ibn al-Qāsim y lo prohibiría Saḥnūn; Ibn 'Arfa, según lo ha transmitido Ibn 'Abd al-Salām de Ibn Rušd, es que Ibn al-Qāsim lo asocia al arrendamiento, no considerándolo válido. Así opinan Ibn Ḥabīb y lo deriva Saḥnūn a la sociedad, validándolo...

a(باب في القراض)

(قوله ونوع شركة) عطف على قسم أي ولإن فيه نوع شركة قبل قسم الربح (قوله من القراض) أي بفتح القاف (قوله بجزء من الربح) أي والعامل قطع لرب المال جزءاً من الربح الحاصل بسعيه [...] (قوله توكيل إلخ) * هذا يقتضي أنه لا بد من لفظ ولا تكفي في إنعقاده المعاطاة لأن التوكيل لا بد من لفظ ويفيد ذلك أيضاً قوله بجزء لأن جعل الجزء للعامل إنما يكون باللفظ لكن مقتضى قول ابن الحاجب القراض إجارة على التجر في مال بجزء من ربحه أنه يكفي فيه المعاطاة لأن الإجارة يكفي فيها المعاطاة كالبيع إذا وجدت القرينة²⁷⁸⁹.

Al-Dasūqī, al abordar la descripción de la sociedad de comandita o *al-qirāḍ*, nos informa que la perfección de este contrato exige una declaración expresa que se refiera al mismo; no basta una mera actuación que exponga una voluntad implícita. Argumenta con dos razones: una, que este tipo de sociedad presupone la representación y esta no es eficaz sin esa declaración expresa; la otra es de orden lógico, pues debe quedar fijado el porcentaje de los beneficios que le corresponde al socio trabajador. Sin embargo, un alfaquí, Ibn al-Ḥāyib, al asimilar este negocio con el arrendamiento, sí admite la voluntad interna que pueda conocerse por indicios externos. El aspecto objetivo prevalece. En otro orden de cosas, como muestra de lo preponderante en la regulación de los contratos societarios y su consideración como algo temporal cuya disolución se facilita, el autor afirma que únicamente es sociedad antes del reparto del beneficio. Es decir, cada vez que el socio trabajador devuelva el capital y reciba su parte de las ganancias, se disuelve la misma. Quizás, se asemeje más a una comunidad de bienes que a una sociedad como ente que supera a los socios, al igual que defendíamos en el capítulo tercero. Es necesario remarcar que el jurista escribe sus comentarios en una época muy posterior a la clásica: el siglo XIX.

a *(Capítulo sobre *al-qirāḍ*)*.

(Su expresión y es un tipo de sociedad) está unido al reparto, porque es un tipo de sociedad antes de repartir los beneficios. (Su expresión del *qaraḍ*) es decir con *fathā al-qāf*. (Su expresión a cambio de una parte de los beneficios) Es decir, el trabajador aparta para el socio capitalista una parte de los beneficios obtenidos por su labor [...] (Su expresión *delegación*, etc.) Esto implica que sea necesario en *al-qirāḍ* la expresión; no es suficiente para perfeccionar el contrato la mutua entrega, porque la representación exige una expresión. Esto se ve confirmado por su expresión a cambio de una parte, porque la parte del trabajador solo puede ser por una expresión. No obstante, la opinión de Ibn al-Ḥāyib sobre que *al-qirāḍ* es un arrendamiento por comerciar con bienes a cambio de una parte de los beneficios implica que baste la mutua entrega, pues en el arrendamiento basta eso, al igual que en la compraventa, si se encuentra algún indicio de ello.

^a(ومنها) أن يكون رأس مال الشركة عيناً حاضراً لا ديناً ولا مالاً غائباً فإن كان لا تجوز عناناً كانت أو مفاوضة لأن المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود وإنما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لأن عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتى لو دفع إلى رجل ألف درهم فقال له إخرج مثلها واشترى بهما وبع فما ربحت يكون بيننا فأقام المأمور البينة أنه فعل ذلك جاز وإن لم يكن المال حاضراً من الجانبين عند العقد لما كان حاضراً عند الشراء وهل يشترط خلط المالين وهو خلط الدراهم وبالدينانير أو الدينانير بالدراهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط وبه أخذ الشافعي رحمه الله وعلى هذا الأصل بينى ما إذا كان المالان من جنسين بأن كان لأحدهما دراهم والآخر دينانير إن الشركة جائزة عندنا خلافاً لهما وكذلك إذ كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصالح مع المكسر أو كانت دراهم أحدهما بيبضاء والآخر سوداء وعلّة ذلك في شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروى عن زفر أن الخلط شرط في المفاوضة لا في العنان ولكن الطحاوي ذكر أنه شرط فيهما عند زفر (وجه) قوله إن الشركة تنبئ عن الإختلاط والإختلاط لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة. ولأن من أحكام الشركة أن الهالك يكون من المالين وما هلك قبل الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة (ولنا) أن الشركة تشتمل على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط كذا الشركة (وأما) قوله الشركة تنبئ عن الإختلاط فمسلم لكن على إختلاط رأسي المال أو على إختلاط الربح فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز أن يكون تسميته شركة لإختلاط الربح لا لإختلاط رأس المال وإختلاط الربح يوجد وإن اشتري كل واحد منهما بمال نفسه على حدة لأن الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة (وأما) ما هلك من أحد المالين قبل الخلط فإنما كان من نصيب صاحبه خاصة لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة لا يعتبر حتى لو هلك بعد الشراء بأحدهما كان الهالك من المالين جميعاً لأنه هلك بعد تمام العقد (وأما تسليم رأس المال كل واحد منهما إلى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه ليس بشرط في العنان والمفاوضة جميعاً وإنه شرط لصحة المضاربة و الفرق بينهما يذكر في كتاب المضاربة²⁷⁹⁰.

'Alā'-l-Dīn al-Kāshānī establece los requisitos que han de cumplir los bienes que los socios en las sociedades de *'inān* y *mufāwāḍa* aportan a las mismas. Estos bienes han de estar presentes y no consistir en una deuda. Es decir, el socio no puede entregar un bien situado en otro lugar ni un derecho de crédito del que sea titular frente a un tercero. El prurito por evitar el riesgo provoca que se prohíba que un contratante aporte un bien o derecho en el que asome el más mínimo riesgo de hacer la entrega efectiva. Una cuestión de la que el jurista se hace eco gira en torno a la obligación

a (Entre ellas) que el capital de la sociedad sea un bien presente, ni una deuda ni un bien ausente. No es válida, tanto si se trata de una *'inān* como de una *mufāwāḍa*, porque lo que se pretende con la sociedad es el beneficio y ello por medio de la acción; no es posible con la deuda y un bien ausente, así que no se consigue el objetivo, por lo que se exige la presencia a la hora de comprar, no en el momento del contrato, ya que el contrato de sociedad se perfecciona con la compra, por lo que se considera que ha de estar presente en ese momento, incluso si un hombre entregara a otro mil *dirhams* y le dijera que pusiera otros tantos comprando con la suma y vendiendo, lo que ganes será entre nosotros y el mandatario presentara una prueba de que lo hizo así, sería válido, aunque no estuviera presente por las dos partes en el momento del contrato, pues está presente en el momento de la compra. ¿Se exigiría la confusión de los dos bienes, con la mezcla de los dinares y los *dirhams* o viceversa? Nuestros tres compañeros no lo exigen. Zafar opina que se exige y de ahí lo toma al-Sāfi'ī, Dios tenga misericordia de él, y de este fundamento construye la teoría de si los dos bienes tienen que ser de especies diferentes, como si uno aportara dinares y otro *dirhams*, la sociedad sería válida para nosotros, al contrario que ellos dos. De la misma manera sucedería si fueran de la misma clase pero de características diferentes, como si unos fueran legítimos y otros de menor calidad, unos blancos y otros negros. La razón para ello se da en la sociedad de *'inān*, donde se produce esa polémica. Se cuenta de Zafar que la confusión es una condición en la *mufāwāḍa*, no en la de *'inān*; pero al-Ṭahāwī menciona que es condición en ambas según Zafar. (Inciso) y su opinión de que la sociedad se desvía de la confusión de los dos bienes y esta confusión no se consigue con la distinción de ambos bienes, no consiguiéndose el sentido de la sociedad, porque dentro del régimen jurídico de la sociedad se contempla que si se destruyera uno de los dos bienes antes de la confusión, se destruiría como bien particular de su dueño, lo que no cumpliría con la exigencia de la sociedad. (Para nosotros) la sociedad comprende la delegación, así que lo que es válido en esta sería válido en la sociedad; la delegación es válida antes de la confusión, así también en la sociedad. (En cuanto) a su opinión sobre que la sociedad se aparta de la confusión es correcta, pero en lo que respecta a la confusión de los capitales y a la confusión del beneficio. Esto no se opone a la expresión sociedad, así que es válido nombrar sociedad a la confusión de los beneficios, no a la confusión de los capitales; la confusión de beneficios se produce aunque cada uno de ellos comprara con sus propios bienes por separado, porque el aumento, es decir, los beneficios, se conseguirían estando vigente la sociedad. (En cuanto) a la destrucción de uno de los dos bienes antes de la confusión, sería de la parte particular de su propietario, porque la sociedad no se perfecciona más que con la compra, siendo lo que se destruyera antes de la perfección de la sociedad, lo que no se tendría en cuenta más que si se produjera después de la venta, cuando la destrucción sería del conjunto de todos los bienes, porque se destruiría después de la perfección del contrato. (En cuanto) a la entrega del capital de cada uno a su socio, la puesta a disposición, no es una condición para la sociedad de *'inān* ni la de *mufāwāḍa*; sí lo es para la sociedad de *muḍāraba*, y la diferencia la mencionaremos en el libro de la *muḍāraba*.

de efectuar la confusión de los bienes aportados. Al-Kāshānī no ve necesidad en ello, porque basta con la confusión (es decir, la propiedad en común) de los beneficios, no del capital social. El fundamento jurídico sobre el que construye su opinión nos reafirma en la volatilidad de la sociedad en el derecho islámico: la sociedad no se perfecciona más que con la realización de la actividad común, en este caso, la compra de bienes para revenderlos. Mientras este hecho no se produzca, aunque se haya concluido el contrato, el mismo no deviene en vinculante para las partes.

^a(الفصل الثالث فيما يصلح أن يكون رأس المال وما لا يصلح) الشركة إذا كان بالمال لا تجوز عناناً كانت أو مفاوضة إلا إذا كان رأس مالهما من الأثمان التي لا تتعين في عقود المبادلات نحو الدراهم والدنانير فأما ما يتعين في عقود المبادلات نحو العروض والحيوان فلا تصح الشركة بهما سواء كان ذلك رأس مالهما أو رأس أحدهما كذا في المحيط* ويشترط حضوره عند العقد أو عند الشراء كذا في خزانة المفتين* كذا في فتاوى قاضيخان²⁷⁹¹.

Estas fetuas recopiladas en la India dominada por los Mogoles confirman las prescripciones de al-Kāshānī: el capital social ha de configurarse con bienes que puedan realizar la función del dinero, ni bienes muebles no fungibles ni animales. Asimismo, estos deben estar presente en el momento de constituirse la sociedad o de que se realice la primera venta con ellos.

^bالمادة (1338)- (يشترط أن يكون رأس المال من قبيل النقود).
فذلك لا يصح عقد الشركة على الأموال التي هي من العروض والعقار والمكيل والموزون والعدديات المتقاربة التي لا تعد نقوداً كما جاء في المادة (1324) ز (البحر)²⁷⁹².

La *Maḡalla*, convirtiendo en derecho positivo la norma expresada por al-Kāshānī y en las fetuas recopiladas en la India Mogola, se muestra tajante a la hora de limitar el tipo de bienes que pueden ser considerados como capital social: únicamente los de carácter dinerario. No se admiten muebles, inmuebles o cualquier tipo de bien, incluso los fungibles señalados por su peso, medida, número, etc.

^cالمادة (1341)- (يشترط أن يكون رأس مال الشركة عيناً ولا يكون ديناً، أي لا يكون المطلوب من ذمم الناس رأس مال للشركة. مثلاً ليس لإثنين أن يتخذا دينهما الذي في ذمة آخر رأس مال للشركة فيعقدا عليه الشركة، وإذا كان رأس مال أحدهما عيناً والأخر ديناً فلا تصح الشركة أيضاً).

يشترط أن يكون رأس مال لشركة عيناً أو غير دين أن لا يكون مالياً غائباً فلذلك لا يكون الدين أي المطلوب من ذمم الناس رأس مال لشركة مفاوضة أو العنان لأنه لا يمكن بالدين شراء المال وبيعه والربح من ذلك أي لا يمكن إجراء مقتضى الشركة لأن الدين لا ملك لغير من عليه الدين فلا يمكن أن يشتري ما من عمرو مقابل الدين المطلوب من زيد مثلاً.

a (Capítulo tercero sobre lo que es apto para ser capital y lo que no). La sociedad, si es de bienes, tanto en las de tipo *'inān* como de *mufāwada*, no es válida salvo que los bienes que aportan no sean de los que sirven de precio, que no son objeto de contratos de intercambio, como los dinares o los *dirhams*. Si fueran objetos de contratos de intercambio, como los bienes muebles no fungibles y los animales, la sociedad no sería válida, tanto si es la aportación de un socio como de los dos, así en *al-Muḡīṭ** Se exige que esté presente en el momento de contratar o en el de comprar; así en *Hazāna al-Muḡtiyyin* y *Fatāwā al-Qāḏijān**.

b Artículo 1338: Es requisito del capital que sea de tipo dinerario.

Por ello, no es válido el contrato de sociedad con bienes que sean muebles, inmuebles, determinados por medidas, peso o números similares, los cuales no sean dinero, como aparece en el artículo 1342. (*al-Bahr*).

c Artículo 1341: Es requisito que el capital social de la sociedad sea un bien, no una deuda, es decir, lo exigible de la *ḡimma* de las personas no es capital social de la sociedad. Por ejemplo, dos no pueden tomar sus deudas de las que sean titulares frente a la *ḡimma* de otros para capital y con ellas constituir la sociedad. Si el capital de uno fuera un bien y el aportado por el otro fuera una deuda, tampoco sería válida la sociedad.

Es requisito que el capital de la sociedad será un bien, no deuda, que no sea un bien ausente, por eso la deuda exigible de la *ḡimma* de las personas no es capital de la sociedad de *mufāwada* ni de *'inān*, porque con ella no se puede comprar bienes y venderlos, no pudiendo cumplirse el fin de la sociedad con ello, pues la deuda no es propiedad más que del deudor, así que no se puede comprar un bien de 'Umar a cambio de la deuda exigible de Zayd, por ejemplo.

Por ejemplo, ninguno de los dos puede tomar una deuda de ambos sobre la *ḡimma* de otro como capital de la sociedad y concluir con él la sociedad. Si el capital aportado por uno de los dos fuera un bien y el del otro una deuda, tampoco sería válida la sociedad. También es requisito que el capital social, en el momento de concluirse la compra, esté presente, es decir, no ausente; no se exige que esté presente en el momento de concluirse el contrato de sociedad, si el capital estuviera ausente del lugar de celebración y se indicara el mismo, sería válida la sociedad. Así, si uno diera al otro mil *dirhams* y le dijera que pusiera sobre esa cantidad otras mil y vendiera y comprara con la condición de que los beneficios se repartan por la mitades, si el bien del otro no estuviera presente en el momento de constituirse la sociedad pero sí en otro lugar distinto al de constitución o en el momento de la compra, la sociedad se perfeccionaría. (*Rad al-Muḡtār* y *al-Bahr*).

مثلاً ليس لإثنين أن يتخذا دينهما الذي في ذمة آخر رأس مال للشركة فيعقدا عليه الشركة. وإذا كان رأس مال أحدهما عيناً والآخر ديناً فلا تصح الشركة أيضاً. وكذلك يشترط أن يكون رأس المال حين عقد الشراء حاضراً أي غير غائباً ولا يشترط حضوره عند عقد الشركة وإذا كان رأس المال غائباً عن المجلس وكان مشاراً إليه تصح الشركة وذلك لو أعطى أحد الآخر ألف درهم وقال له: ضع فوق هذا المبلغ الف درهم وبيع وإشتر على أن يكون الربح بيننا مناصفة فإن لم يكن حاضراً مال الآخر وقت الشركة وكان ذلك المال موجوداً في غير مجلس العقد وأحضره وقت الشراء فتتم الشركة (رد المحتار والبحر)²⁷⁹³.

En otro artículo, el Código de Obligaciones otomano aún limita más los requisitos que han de cumplir los bienes para que conformen válidamente el capital social: no puede consistir en una deuda de la que el socio sea acreedor y ha de estar presente no en el momento de constituirse la sociedad, pero sí en el de su venta para comenzar a realizar la actividad. La sociedad, en el caso de que el bien no se encontrara en el lugar de constitución de la misma, se contrataría válidamente, pero no se perfeccionaría totalmente hasta que se llevara a cabo su venta para realizar la actividad comercial de compraventa; ahora bien, es necesario que ese capital aportado, ausente en su momento, se haga presente a la hora de venderlo. El argumento jurídico esgrimido por el comentarista del precepto, para prohibir que una deuda sea aportada como capital social también indica el especial celo del *fiqh* en evitar el riesgo: la deuda únicamente pertenece a quien la debe, así que con ella no se puede adquirir ningún bien, por lo que sería imposible conseguir la finalidad de toda sociedad que no es más que la de crear una comunidad de bienes sobre los beneficios, como hemos estudiado.

^aالمادة (1342) - (لم يصح عقد الشركة على الأموال التي ليست معدودة من النقود كالعروض والعقار، أي لا يجوز إذا أراد إثنان إتخاذ أموالهما التي لم تكن من قبيل النقود رأس مال للشركة فيبعد أن يحصل إشتراكهما ببيع كل واحد منهما نصف ماله للأخر فلهما عقد الشركة على مالهما المشتركة هذا، وكذلك لو خلط إثنان مالهما الذي هو من المثليات ومن نوع واحد كمقدارين من الحنط مثلاً ببعضه فحصلت شركة الملك أن يتخذا هذا المال المخلوط رأس مال للشركة ويعقدا عليه الشركة) لا يصح عقد شركة المفاوضات أو العنان على الأموال ليست معدودة من النقود كالعروض والعقار. أنظر المادة (1338) لأن الشركة في هذا الحال ربح مالم يضمن. وبتعبير آخر ربح بدون مقابل وهذا مهني عنه من طرف صاحب الشريعة النبي الكريم، ص²⁷⁹⁴.

Finalmente, el artículo 1342 da una vuelta más de tuerca. Existe una artimaña con el fin de esquivar esta prohibición de aportar bienes no dinerarios al capital social: constituir los socios, previamente a la sociedad, una comunidad de bienes sobre los bienes, muebles o inmuebles, que pretenda su constitución como capital de la sociedad; esta comunidad se puede realizar bien con la venta mutua de la mitad de los mismo por el otro, bien, tratándose de bienes fungibles de la misma especie, mezclándolos y confundiéndolos. El exégeta del artículo nos expone el fundamento último de esta restricción: si se admitiera aportar bienes no dinerarios, el beneficio de cada socio se produciría sin que estos respondieran por la pérdida de esas cosas constituidas como capital social, pues serían terceros respecto a los que hubiera entregado su compañero. Se conculcaría una regla jurídico-moral impuesta por Muḥammad: no se admite beneficio sin responsabilidad. Este planteamiento tan rígido, dificulta que los comerciantes concluyan sociedades en época de poca liquidez; de ahí la argucia legal de este artículo.

بكتاب الوكالة

a Artículo 1342: No es válido el contrato de sociedad sobre bienes que no se cuentan entre el dinero, muebles e inmuebles, es decir, no se permiten como capital de la sociedad. Mas, si dos quisieran tomar sus bienes, que no se consideran dinero, como capital para la sociedad, después de que cada uno hubiera vendido la mitad de los mismos al otro se concluiría la sociedad con estos bienes compartidos. Igualmente, si confundieran sus bienes fungibles de las mismas clases, como dos cantidades de cebada, por ejemplo, se completaría una comunidad de bienes sobre los mismos y ese bien común sería el capital del contrato de sociedad.

No es válido el contrato de sociedad de *mufāwāḍa* ni de *inān* sobre bienes que no sean considerados como dinero, como los muebles y los inmuebles. Véase el artículo 13338. Porque la sociedad en este caso conseguiría un beneficio que no está garantizado. Utilizando otra expresión, sería un beneficio a cambio de nada, lo cual está prohibido por el dueño de la *Šarī'a*, el Profeta.

b Libro de la delegación.

En él hay tres capítulos: el primer capítulo, sobre sus requisitos, en lo que respecta a quien delega y al delegado; el segundo, sobre el régimen jurídico de la delegación; y el tercero sobre las diferencias entre el que delega y el delegado. Capítulo primero: requisitos.

وفيها ثلاثة أبواب: الباب الأول: في أركانها، وهي النظر فيما فيه التوكيل، وفي الموكل والثاني في أحكام الوكالة والثالث في مخالفة الموكل والوكيل.

الباب الأول في أركانها

[...] (الركن الرابع) وأما الوكالة فهي عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود، وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله في أحكام هذا العقد. وهي ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لا يسمى فيه شيء دون شيء، وذلك أنه إن سمي عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض؛ وقال الشافعي: لا يجوز الوكالة بالتعميم وهي غرر، وإنما يجوز منها ما سمي وحدد ونص عليه، وهو الأقيس إذا كان الأصل المنع، إلا ما وقع عليه الإجماع²⁷⁹⁵.

Averroes nos muestra cómo el contrato de delegación, del cual el de sociedad toma gran parte de su régimen, tiene como requisito no ser vinculante para las partes; estas pueden poner fin al mismo en cualquier momento a su antojo, al igual que la sociedad. Asimismo, nos aporta un dato muy interesante: en principio, aplicando la analogía, se prohibirían las delegaciones genéricas por causar un riesgo prohibido y así lo decreta al-Šāfi'ī. No obstante, por consenso de los ulemas, se admite, y así opina Mālik. El *fiqh* tiene muy enraizada la necesidad de no dejar las cosas indeterminadas. Únicamente se rompe la norma en casos muy concretos.

^aوكذلك يجب أن يكون المعقود عليه في الشركة أي الشيء الذي عقدت الشركة عليه مما يصح التوكيل فيه سواء كانت الشركة عنان أو كانت الشركة مفاوضة، فذلك لا يصح التوكيل في إحرار الأشياء المباحة كالإحتطاب والإحتشاش وإجتناء الأثمار من الجبال المباحة والإصطياد وإستيفاء التكدى وإخراج المعادن وتحري الكنر المجهول وأعمال اللين من الطين المباح ونقل التراب من الأرض المباحة ونقل الثلج فلا يصح أيضاً عقد الشركة على بيع ذلك لأن الوكيل يابى للموكل وهو عبارة عن إثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل قبل التوكيل وبما أن الوكيل يملك أخذ هذه المباحات بدون أمر الموكل كما جاء في المادتين (1254 و 1255) فلا يكون الوكيل صالحاً لأن يكون نائباً عن موكله وعليه فالمباشرة لسبب ذلك في هذه المباحات يكون مالكا لها (الفتح والزليعي والبحر ورد المختار والدرر والطحطاوي والشبلي) ولا يملكه الموكل.

وإذا عقدت الشركة في هذه الأشياء على تلك الصورة فكل ما يحصله أحد الشريكين منها بدون إنضمام عمل الآخر يكون له خاصة ولا يشترك فيه الآخر، فإذا حصله أحدهما وأعانه الآخر فيكون المال لمن حصله والآخر حق أخذ أجر المثل [...].

[...] سؤال- يلزم في الوكالة أن يكون الموكل به معلوماً كما جاء في المادتين (1459 و 1468) فلا يصح التوكيل بشراء ثوب مثلاً وبما أن الموكل به في الأشياء غير معلوم فالوكالة فيها غير صحيحة ويجب أن لا تصح الشركة فيه لتضمنها وكالة غير صحيحة؟

[...] (Requisito cuarto). La delegación es un contrato que se perfecciona con la oferta y la aceptación, como el resto de contratos; no es un contrato vinculante, sino válido según diremos al hablar del régimen jurídico. Es de dos clases, según Mālik: general y especial. El general es el que versa sobre una delegación general que no está estipulada en torno a algo. Si se estipulara, en su opinión, no sería general. Al-Šāfi'ī opina que no es válida la delegación de forma genérica, pues significa riesgo; únicamente se admite la que está estipulada, determinada y fijada. Así sería por analogía, dado que en origen rige la prohibición, salvo lo que el consenso ha admitido.

a Así también el objeto de la sociedad, o sea, la cosa sobre la que se contrata la sociedad, debe ser de lo que se permite en la delegación, tanto si es una sociedad de *'inān* como de *mufāwada*. Por ello, al igual que no es válida la delegación sobre el aprovechamiento de las cosas de uso común, como la leña, el pasto, la recolección de frutos de las montañas, la caza, la limosna, la explotación de minerales, la búsqueda de tesoros desconocidos, los trabajos para extraer el jugo de los higos permitidos, el transporte de tierras permitidas y el transporte de la nieve, no sería válida la sociedad para vender esas cosas, porque la delegación está firme para quien delega; es la expresión de la firmeza de la autorización que no tenía el delegado antes de la delegación. Así como el delegado está facultado para estas cosas de aprovechamiento común sin orden de quien delega, como se establece en los artículos 1254 y 1255, el delegado no es apto para ser representante de que lo ha delegado para ello; su actuación se realiza por su propiedad sobre esas cosas, de las que es propietario (*al-Fath*, *al-Zil'ī*, *al-Bahr*, *Rad al-Muhtār*, *al-Darar*, *al-Ṭaḥṭāwī* y *al-Šablī*) y no lo hace propietario quien delega.

Si se concluyera la sociedad sobre estas cosas, según lo descrito, todo lo que consiguiera uno de los socios de ellas, sin que el otro aporte trabajo, sería para él en exclusiva, y el otro no participaría. Si uno adquiriera estas cosas y el otro le prestara ayuda, el bien sería para quien lo adquiriera y el otro tendría derecho a la renta de referencia [...]

[...] Pregunta- Se exige en la delegación que el objeto sea conocido, como prescriben los artículos 1459 y 1468, así que no es válida la delegación para comprar un vestido, por ejemplo. Si el objeto fuera sobre cosas indeterminadas, la delegación no sería válida, ¿no debería ser invalidada la sociedad que incluyera delegaciones nulas?

La respuesta- Si en la realidad y en la delegación sobre lo indeterminado no sería válida, si se hace a conciencia de esa indeterminación, sería válida de forma implícita, siendo válida la sociedad. Así, el contrato de *muḍāraba* incluye la delegación en algo indeterminado, así la delegación para comprar algo indeterminado se incluye en el contrato de *muḍāraba*. Así es, al incluirse la delegación por algo indeterminado en la *muḍāraba* de forma implícita, sería válido. Véase el artículo 54.

Otra respuesta- En verdad, la indeterminación que anula el contrato es aquella que conduce al conflicto; no llevando esta indeterminación al conflicto, sería válida (*al-Zil'ī*, *Rad al-Muhtār*, *al-Darar* y *al-Ṭaḥṭāwī*).

الجواب وإن يكن في الحقيقة أو الوكالة في المجهول غير جائزة قصداً إلا أنها جائزة ضمناً فتصح الشركة كما أن عقد المضاربة يتضمن الوكالة بالمجهول لأنها توكيل في شراء مجهول أي ضمن عقد مضاربة فكذا هذا ولكن لما كانت الوكالة بالمجهول في المضاربة ضمنية فقد جازت. أنظر المادة (54).
 جواب آخر - إن الجهالة مفسدة للعقد فيما إذا كانت موجبة للمنازعة وبما أن الجهالة هنا غير مفضية للمنازعة فقد جازت (الزليعي ورد المحتار والدرر والطحاوي).²⁷⁹⁶

‘Alī Ḥaydar, el magistrado del Tribunal Supremo del Imperio Otomano, en sus comentarios sobre el artículo 1333, el que establece que el contrato de sociedad incluye la mutua delegación de los socios, nos presenta unas interesantes reflexiones, para nuestra tesis, sobre la indeterminación en el objeto del contrato de delegación. En primer lugar, aplicando la lógica del propio precepto, afirma que los requisitos de validez del objeto de la delegación se han de extender a la sociedad. Así, sería nula la sociedad cuyo fin fuera la venta de bienes de uso común (leño, pasto, frutos de montaña, etc.), pues el socio no podría convertir a su compañero en propietario. El fundamento consiste en que, al ser estas cosas accesibles a todos, la apropiación de estas no se realiza en virtud de la mutua delegación, sino de la simple toma de posesión de las mismas. Es palpable que la sociedad islámica busca una comunidad de bienes, no un interés común en explotar esas cosas en común. Desde nuestro punto de vista, desde el derecho europeo tributario del romano, esta cuestión de la propiedad no supondría ninguna traba para que dos personas se asociaran con el fin de explotar frutos del monte. Otro pensamiento digno de mención es la solución que ofrece para admitir cierta indeterminación en el objeto de la sociedad, aunque ese desconocimiento sí anulara la delegación incluida en dicho contrato. Por un lado, la aplicación del principio general del derecho explicitado en el artículo 54 de la *Maḥalla: se dispensa en los derivados lo que no se dispensa en otros*. Es decir, la sociedad, que deriva de la delegación e incluye a la misma, estaría exenta de las prohibiciones que afectan a esta. Otro razonamiento, trata de minimizar los efectos negativos de una negación de la indeterminación demasiado estricta: solo anularía los contratos cuando es de tal magnitud que provocara conflictos.

a كتاب الأكرية

سؤال عن إكتراء الدواب بتأخير النقد.

جوابك -وفقك الله- في المكثري الدواب على النقد في البلد الذي إليه منتهي السفر وهو معلوم والكراء بالعين هل يدخله شيء؟ وهل الكراء خلاف البيع للعرف باستعجال الخروج في الكراء وإيجاب الحكم بذلك.
 الجواب. تصفحت سؤالك هذا وإكتراء الدواب على أن ينقد الكراء في البلد الذي إكتريت إليه جائز ولا غرر في ذلك، لأن الركوب حال كما ذكرت، وسواء كان الركوب معيناً أو مضموناً، وإنما جاز ذلك مضموناً وإن كان يدخله الدين بالدين للضرورة لذلك وهو خوف عدم المكاري. وقد قال مالك -رحمه الله- في ذلك كم [...] قد هرب وترك أصحابه. وقد قيل إنه يدخل في العين ما يدخله في المضمون، لأن الركوب لا يقتضي [...] شيئاً إلا أنه أجزى أيضاً للضرورة خوف غدر الأكرياء، فعلى هذا لا يجوز أيضاً كراء

a Libro de los arrendamientos.

Pregunta sobre el arrendamiento de una montura con aplazamiento de la renta.

Tu respuesta -Dios te dé éxito- sobre el arrendamiento de una montura con el pago de la renta en la población que se tiene como destino, siendo conocida y si el arrendamiento a cambio de un bien mueble entraría en ello. ¿El arrendamiento es diferente a la venta por costumbre con la prisa en la salida del arrendamiento? Muéstranos el precepto sobre esto.

La respuesta: he hojeado esta tu pregunta. El arrendamiento de una montura con la renta abonada en la población que se pretende ir con el animal arrendado es válido y no hay riesgo en él, porque la montura es una situación como hemos mencionado, tanto si el recorrido está determinado como si está garantizado. Únicamente es válido sobre lo garantizado. Si se incluyera en la venta de deuda por deuda, sería por una necesidad y sería por temor a la ausencia de arrendador. Mālik -Dios tenga misericordia de él- dijo sobre ello, cuánto [...] había huido y abandonado a sus compañeros. Se ha dicho que se incluiría en el bien lo que está garantizado, porque la montura no la exige [...] nada más que lo considero válido también por la necesidad temiendo por el fraude en los arrendamientos. Según esto, no es válido tampoco el arrendamiento de la casa por una deuda. En el libro de Muḥammad b. Al-Mawāz se encuentro lo que prueba eso. La opinión mayoritaria es que es válido. Si el arrendamiento fuera por un bien no fungible en sí mismo, no sería válido. En cuanto a la venta de una mercancía con la toma de posesión del precio en otra población siendo este dinares o *dirhams*, sin que medie plazo, la mayoría es que eso no es válido salvo que sea determinado el momento de salida hacia aquella población y siendo el tiempo de camino conocido, convirtiéndose el tiempo de camino en una especie de plazo otorgado, que si vence se cobra el derecho donde acontezca. Se dice que eso es válido por depender del vencimiento. Con Dios está el éxito. Así lo dice Muḥammad b. Ruṣd.

الدار بدين، وقد وقع في كتاب محمد بن المواز ما يدل على ذلك، والمشهور أن ذلك جائز، ولو كان الكراء على هذا بسلعة بعينها لم يحز بالإتفاق، وأما بيع السلعة على أن يقبض ثمنها ببلد آخر وهو دنانير ودراهيم، ولا ضرب لذلك أجلاً، فالمشهور أن ذلك لا يجوز إلا أن يسمى وقت الخروج إلى ذلك البلد ويكون قدر المسير إليه معروفاً فيكون ذلك كالأجل المضروب فإذا حل أخذ منه حقه حيث وجده وقيل إن ذلك يجوز بحمله على الحلول بالله التوفيق. قاله محمد بن رشد²⁷⁹⁷.

‘Iyyāḍ b. Mūsā, desde Ceuta, sirviéndose de la doctrina de su escuela, entre ellos del abuelo de Averroes, trata de responder a la cuestión sobre el pago aplazado de la renta por una montura, hasta llegar al destino que se pretende con el alquiler del animal. Pone en relación con este tema la venta con el precio que se entrega en otra población, el arrendamiento de vivienda a cambio de un bien mueble no fungible o la cuestión de la compra de una deuda por otra. En un texto con varias lagunas, la fetua de este ulema admite esta cuestión por la necesidad que se tiene de acudir a este remedio jurídico, aunque pueda parecer el pago de una deuda con otra, prohibida. Asimismo, en el caso de la venta quedaría vedado salvo que la duración del viaje fuera conocido y, una vez vencido ese plazo, se satisficiera el precio en el lugar donde esto ocurriera. Se observa como la determinación del precio por algo que no sea considerado dinero, o con plazos o lugares de pago que no sean el lugar del contrato, despierta el recelo del *fiqh*.

باب: شراء الشيء الغائب

7319- حدثنا [...] عن أنس بن مالك، رضي الله عنه، قال: ((نهى رسول الله، ص، عن الملامسة والمنايذة)).
[...] قال أبو جعفر: ذهب قوم إلى أن الرجل إذا ابتاع مالم يره لم يجز إبتياعه إياه، وذهبوا في ذلك إلى تأويل تأولوه في هذا الحديث.

فقال: الملامسة ما لمسه مشتريه بيده، من غير أن ينظر إليه بعينه.
فقالوا والمنايذة هي: من هذا المعنى أيضاً وهو قول الرجل لرجل إنبذ إليّ ثوبك وأنبذ إليك على أن كل واحد منهما مبيع لصاحبه من غير نظر من كل واحد من المشتريين إلى صاحبه.
وممن ذهب إلى هذا التأويل، مالك بن أنس رحمه الله.
وخالفهم في ذلك آخرون، فقالوا: من أشتري شيئاً غائباً عنه، فالبيع جائز، وله فيه خيار الرؤية، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه وذهبوا في تأويل الحديث.

[...] فلما جاز بيع الحب المغيب في السنبل، الذي لم يبيع، دل هذا على جواز بيع ما لا يراه المتبايعان، إذا كانا يرجعان معه إلى معلوم، كما يرجعان من الحنطة المبيعة المغيبة في السنبل إلى حنطة معلومة²⁷⁹⁸.

Nos hemos centrado, conminados por el tema de la tesis, en la cuestión del riesgo en cuanto a un freno al desarrollo del asociacionismo en el *fiqh*. Al-Ṭahāwī nos recuerda que es una cuestión que comprende la inmensa mayoría de los negocios jurídicos. En este caso, se examina la venta de una cosa que no está a la vista del comprador. Se ilustra el asunto con dos contratos preislámicos, la *mulāmasa* y la *munābaḍa*, en los que el vendedor se arriesgaba a comprar un objeto por el tacto y no por la vista; en el segundo se arrojaban mutuamente sus vestidos sin que el otro tuviera una visión de los mismos. Ambas figuras están catalogadas como transacciones aleatorias²⁷⁹⁹. Muḥammad anula dichas instituciones. De este hadiz, los *fuqahā*, divididos en tres posturas, infieren las siguientes reglas: Mālik b. Anas prohíbe la venta de aquello que el comprador no tiene a la vista; otros validan la venta, pero otorgan al comprador la posibilidad de rescindir la compraventa en el momento de ver la mercancía; lo tercera opinión se inclina por admitirla siempre y cuando de

a Capítulo: la compra de la cosa ausente.

7319- Nos habló [...] de Anas b. Mālik, Dios esté satisfecho de él, que dijo: “el Enviado de Dios prohibió la *mulāmasa* y la *munābaḍa*”.

[...] Abū Ŷa‘far dijo: un grupo opina que si el hombre compra lo que no ve, no sería válida la compra. A esta conclusión llegan al interpretar este hadiz.

Dicen: la *mulāmasa* consiste en lo que toca su comprador con su mano sin mirar al bien.

Dicen: la *munābaḍa* sería: en este sentido también, que un hombre diga a otro lánzame tu vestido y te lanzo el mío, siendo cada uno el objeto de la compra del otro sin mirar cada comprador al vestido del otro.

Entre los que han llegado a esa interpretación, está Mālik b. Anas, Dios se apiade de él.

Otros no la comparten y dicen: quien compra algo que no está presente, la venta es válida, y él sería titular de la elección de la vista, si lo desea, lo toma y, si no, lo deja; así interpretan el hadiz.

[...] En tanto que la venta del grano oculto en la espiga es válida, la cual no se vende, eso prueba la validez de la venta de lo que no ven los que realizan la compraventa, si se vincula con lo conocido, como lo dirigen cuando el objeto de la venta es la cebada oculta en la espiga a venta de cebada conocida.

la descripción de los objetos sea suficiente para que quede determinada. El proceso es muy similar a lo que observamos al estudiar la prohibición del arrendamiento por una parte de los frutos. La aparente veda de esta venta se reconduce a la proscripción de instituciones de la *Yāhiliyya*.

a (كتاب القسمة الأول)

* (ما جاء في بيع الميراث)*

* (قال سحنون)* قلت لعبد الرحمن بن القاسم أرأيت لو أني بعث مورثي من هذه الدار ولم أسم ما هو أ خمس أو ربع أو عشر أو نصف أ يجوز هذا البيع (قال) لا خير في هذا البيع عند مالك * (قلت)* فإن تصدق بميراثه من هذه الدار أو وهبه ولم يخبر ما هو أ ثلث أو ربع أ يجوز هذا (قال) نعم ذلك جائز عند مالك * (قلت)* أرأيت أن ورثنا دارين ونحن أشراك كثير فبعت نصيبي من هذه الدار من أحد الورثة بنصيبه من الدار الأخرى ولم أسم عند البيع ما نصيبي ولا سماه هو لي أيضاً إلا أن كل واحد منا قد عرف نصيبه ما هو وعرف نصيب صاحبه أ يجوز هذا في قول مالك أم لا (قال) نعم وكذلك إن ورثت في دار سدساً أو ربعاً أو خمساً فبعت مورثي من الدار من رجل ولم أسم عند عقدة البيع أن ذلك ربع ولا خمس ولا سدس وقد عرف البائع والمشتري ما ميراث البائع من الدار (قال) ذلك جائز عند مالك * (قلت)* أرأيت إن عرف المشتري ما مورث البائع ولم يعرف البائع ما مورثه من الدار (قال) قال مالك إذا جهل أحدهما كم ذلك من الدار فلا خير في ذلك البيع²⁸⁰⁰.

Mālik b. Anas, según cuenta su discípulo Saḥnūn, al menos en lo que a la venta de la herencia se refiere, tiene una concepción de la indeterminación del objeto de la transacción, que implica una transgresión de la prohibición del riesgo, nada formalista. No hace falta que el vendedor especifique la parte que le corresponde en la sucesión si ambos la conocen, sea por el medio que sea; el conflicto se evitaría. Es digno de que destaquemos que, si el contrato fuera gratuito y no oneroso (donación, limosna) no sería necesario señalar cuál es la cuota sobre el caudal relicto que le corresponde al donante. El contrato sería válido a pesar de la ignorancia sobre ese elemento.

b (ما جاء في قسمة الثمار)

* (قلت)* أرأيت إن كانت أرض وشجر ونخل وفي الشجر والنخل ثمار فأرادوا أن يقتسموا الأرض والنخل والثمار (قال) قال مالك لا تقسم الثمار مع الأصل وكذلك الزرع لا يقسم مع الأرض ولكن تقسم الأرض والشجر وتقر الثمرة والزرع حتى يحل بيعهما فإذا حل بيعهما فإن أحبوا أن يبيع الثمرة والزرع ثم يقتسموا الثمن على فرائض الله تعالى فذلك لهم ولا يقسمون الزرع فدادين ولا مزارعة ولا قتا ولا تقسم الأكيل. وأما الثمرة من النخل والعنب فإن مالكا قال فيه إذا طاب وحل بيعه وإحتاج أهله إلى قسمته (قال)

a *(Primer libro de la partición)*

(De lo que se refiere a la venta de la herencia)

(Ha dicho Saḥnūn) Le dije a 'Abd -l-Rahmān b. al-Qāsim: ¿qué opinas si vendiera mi herencia de esta casa y no especificara cuánto es, si un quinto, un cuarto, un décimo o la mitad? ¿Sería válida esta venta? (Dijo) ningún bien hay en esta venta para Mālik *(Dije)* Si lo diera como limosna o donación y no informara si es un tercio o un cuarto, ¿sería válido esto? (Dijo) sí, esto es válido para Mālik *(Dije)* ¿Qué opinas si heredáramos dos casas, siendo muchos los partícipes, vendiera mi parte de la casa a uno de los herederos a cambio de su parte de la otra casa, sin que determinara al vender cuál es mi parte ni él tampoco lo hiciera, pero ambos conociéramos qué parte nos corresponde a uno y otro, ¿sería válido esto en opinión de Mālik o no? (Dijo) sí *(Dije)* ¿También si hubiera heredado un sexto, un cuarto o un quinto de la casa y vendiera mi herencia a un hombre sin determinar en el momento del contrato de venta que mi parte es un cuarto, un quinto o un sexto, conociendo el vendedor y el comprador cuál es la herencia del vendedor de la casa? (Dijo) Eso también sería válido para Mālik *(Dije)* ¿Qué opinas si el comprador conociera cuál es la herencia del vendedor y este no conociera qué había heredado? (Dijo) Mālik ha dicho que si cualquiera de ellos ignorara qué parte de la casa, no habría ningún bien en esa venta.

b *(Lo que se refiere a la partición de los frutos)*

(Dije) ¿Qué opinas si hubiera tierras, árboles, palmeras y tanto en los árboles como en las palmeras se encontraran frutos y quisieran repartirse la tierra, los árboles, la palmera y los frutos? (Dijo) Mālik ha dicho que no partáis los frutos con su raíz, ni tampoco el cultivo se parte con la tierra; pero sí repartid la tierra y el árbol y asegurad el fruto y el cultivo hasta que sea válida su venta. Si su venta fuera válida y quisierais vender el fruto y el cultivo y después repartir el precio según lo dispuesto por Dios el Altísimo, podríais hacerlo. No repartáis el cultivo por superficies. En cuanto a los dátiles y las uvas, Mālik lo permite si está maduro, es válida su venta y sus propietarios necesitan partirlo. (Mālik ha dicho) si quisieran esperar todos, no veo que se deba partir, tampoco si todos quisieran comerlos crudos o venderlos crudos, no veo que se parta. Tampoco si algunos quisieran venderlos, otros secarlos y otros comerlos, siendo diferentes sus necesidades o quisieran unos venderlos y otros secarlos, opino que se partan entre ellos según una estimación si encontraran gente experta en ello. *(Dije)* ¿Qué hay de la fruta, la granada y el melocotón? (Dijo) no se parten por estimación aunque sus propietarios tuvieran necesidad, porque son de la clase que la gente no admite estimación, la cual solo se permite en el dátil y la uva *(Dijo Ibn al-Qāsim) Eso es así porque algunos de nuestros compañeros han mencionado que Mālik habría permitido la partición de la fruta por estimación. Le preguntamos y dijo que no creía eso (Dijo) Le he preguntado varias veces y en todas rechazó permitírmelo.

مالك) إن كانوا يريدون ان يجدوا كلهم فلا أرى أن يقتسموه وإن كانوا يريدون ان يأكلوه رطباً كلهم أو يبيعوه رطباً كلهم فلا أرى أيضاً أن يقتسموه كذلك وإن كان بعضهم يريد أن يبيع وبعضهم يريد أن يأكل فإختلفت حوائجهم أو أراد بعضهم أن يبيع وبعضهم أن يأكل فإختلفت حوائجهم أو أراد فالفاكهة والرمان والفرسك وما أشبهه (قال) لا يقسم بالخرص وإن أحتاج أهله إليه لأن هذا مما ليس فيه الخرص من عمل الناس وإنما مضى الخرص في النخل والعنب* (قال ابن القاسم)* وذلك أنه ذكر بعض أصحابنا أن مالكا أرخص في قسم الفواكه بالخرص فسألناه عنه فقال لا أرى ذلك (قال) ولقد سألته عنه غير مرة فأبى أن يرخص لي فيه²⁸⁰¹.

Sahnūn prosigue su explicación sobre la que su maestro, Mālik, dispone acerca de la partición de los frutos. Su postura es tajante, el fruto no se puede repartir, al igual que se prohíbe su venta, hasta que no se halle maduro en el árbol; la misma regla se aplica con el cultivo en las tierras de labor. Ni tan siquiera se permite si se dispone de los mismos junto a los frutales que los producen o los terrenos donde se cultivan. Tampoco se puede realizar la partición del cultivo por unidades de superficie. La partición se ha de llevar a cabo cuando los frutos estén perfectamente pesados, contados o medidos. Como vimos, la única excepción, en caso de necesidad, se concreta en el dátil y la uva cuya venta y partición, si sus propietarios se vieran forzados a ello, se podría realizar mediante estimación de peritos.

a (ما جاء في قسمة اللبن في الضروع والصوف على ظهور الغنم)

* (قلت) فهل يجوز أن يقسم اللبن في ضروع الماشية مثل غنم بيني وبين شريكي نقتسم الحلب وأحلب (قال) لا يجوز هذا لأن هذا من المخاطرة وقد كره مالك القسمة على المخاطرة* (قلت)* أرايت إن فضل أحدهما صاحبه حتى يتبين ذلك (قال) إذا كان ذلك منه على وجه المعروف وكانا إن هلكت الغنم التي في يد أحدهما رجع على صاحبه فيما بقي في يديه فلا بأس بذلك لأن هذا رجل ترك فضلاً لصاحبه على غير وجه المقاسمة* (قال سحنون)* لا خير في هذا القسم لأنه الطعام بالطعام* (قلت)* هل يقسم الصوف على ظهور الغنم بين الشركاء (قال) نعم لا بأس بذلك إذا كانا يجزانه بحضرتهما أو إلى أيام قريبة يجوز أن يشتريه إليها فإن تباعد ذلك لم يكن فيه خير²⁸⁰².

Otro aspecto que Sahnūn destaca en su obra sobre las enseñanzas de Mālik b. Anas con relación a la aplicación de la norma acerca de la prohibición del riesgo en las diversas particiones, se centra en vedar el reparto de la leche contenida en las ubres del ganado o la lana sin esquila de las ovejas. Su mentor, Mālik, hace una concesión a la venta de la leche, si los socios, una vez realizado el reparto compensaran a quien hubiera obtenido menos cantidad, en el ordeño siguiente. Sahnūn tampoco admite esta excepción pues sería un trueque de alimentos por alimentos, que la *Šarī'a* no permite. En cuanto a la lana, únicamente sería válida la partición si se esquilara en presencia de los copropietarios o en días próximos al reparto.

*b [قسمة الغلة في الأرحى]

وسئل بعضهم عن قسم الغلة في الأرحى.

a *(Lo relativo a la partición de la leche en las ubres y la lana en el lomo de las ovejas)*

* (Dije) ¿Es válida la partición de la leche en las ubres del ganado, como las ovejas, entre mi socio y yo, repartiéndonos la leche y después ordeñando? (Dijo) Esto no es válido porque se considera un riesgo y Mālik tiene por odioso la partición con riesgo* (Dije) ¿Qué opinas si a uno de ellos le correspondiera una mayor cantidad y se mostrara eso? (Dijo) Si esto fuera según lo acostumbrado y hubiera muerto la oveja que estaba en poder de uno de ellos y repitiera contra su socio por lo que queda en sus manos, no habría inconveniente en ello, porque este hombre habría dejado el excedente a su socio, sin que se tratara de una partición* (Ha dicho Sahnūn)* No habría ningún bien en esta partición, porque sería un trueque de alimento por alimento* (Dije) ¿Se reparte la lana que está sobre los lomos de las ovejas entre los socios? (Dijo) Sí, no hay inconveniente en ello; si la esquilan en presencia de ambos o en días próximos, se podría comprar; pero si el esquila fuera en días lejanos, no habría ningún bien en ello.

b [Partición de la cosecha en el molino]

Se le preguntó por la partición de la cosecha en el molino.

Contestó: es válida hasta un día o dos, por el poco riesgo que existe, porque esta partición es una compraventa en la que se vela por el riesgo, que es poco en un día o similar, por la proximidad desde la cosecha; en esto existe diferencia si es en viernes.

Si se dijera: no se debe arrendar un molino a cambio de otro, por el riesgo existente.

Se contestaría: el arrendamiento por un mes o similar, en el que no se considera el riesgo, pues unos días compensan a otros. Por el contrario el contrato de *salam* sobre la leche de una única cabra determinada no es válido, al contrario del de varias cabras, porque unas compensan a las otras: si una produjera menos, la otra más, al contrario que el viernes, pues cambia el trabajo y la producción. En cuanto al producto de un esclavo, siempre es similar, no hay riesgo en ello.

فاجاب: تجوز في اليوم اليومي لقلعة الغرر في ذلك، لأن هذه القسمة مبايعة يراعي فيها الغرر وهو قليل في اليوم ونحوه لقرب الغلة، في ذلك بخلاف الجمعة.

إن قيل: يجب على هذا أن لا تكري أرحى بأرحى لمكان الغرر.

قيل: كراء الشهر ونحوه لا يعتبر فيه الغرر إذا بعض الأيام يحمل على بعض. ونظيره السلم في لبن شاة معينة لا يجوز بخلاف شياه لأن بعضها يحمل عن البعض، إن نقصت هذه زادت هذه، بخلاف الجمعة، إذ قد يتغير فيها العمل والغلة. وأما خراج العبد فهو متقارب لا غرر فيه²⁸⁰³.

Al-Wanšārīsī incluye en su compilación esta fetua, en la que se nos pone ante los ojos otros ejemplos de actos relativos a la producción agrícola, que serían nulos por el gran riesgo que incorporan. El primero sería la venta de la cosecha en el molino una vez pasado más de unos pocos días desde su recolección. Asimismo, no se admite arrendar un molino a cambio del uso de otro, en un día concreto; si se hiciera por meses, se permitiría porque la producción estaría compensada, ya que un día se produce más que otros, pero la media sería más constante; esa es la lógica para prohibir el contrato de *salam* -tipo de venta en la que se compra una mercancía señalada por sus características con entrega aplazada a cambio de un precio abonado en el acto²⁸⁰⁴- de la leche de una cabra pues, si fueran varias, la producción de todas estaría ponderada. En la opinión del jurisconsulto, al producto derivado de un esclavo no se le aplicaría esta norma. También llama la atención que no se tenga en cuenta el viernes para evaluar la media.

^a[قسمة جباح النحل]

وسئل ابن لبابة عن جباح تكون بين رجلين، هل تجوز قسمتها فإنه يخشى عليها أن يكون في جبح الواحد أكثر، فيدخله عسل بعسل متفاضلاً فيصير سبيله سبيل الزرع قيل أن يحصد، وفي حرقه، كيف إن أخذ كل غلتها بعد القسم ثم ضاعت كلها أو ضاع بعضها؟ فأجاب: لا تقسم وفيها عسل حتى يستخرج العسل ولا يبقى فيها شيء، إلا أن يكون يترك للنحل شيء لا يقدر على إخراجها ولا ينتفع به فيكون كمن لا عسل فيه فتقسم بقيمتها.

[الشريكة في أصول جباح النحل جائزة بخلاف عسلها وحده]

وسئل عن الرجل تكون عنده خمسون جبحاً فيقول رجل آخر أجعل أنت خمسين جبحاً وتشارك فيها وخط. فأجاب: إن كانت هذه الشركة على أن الأصول بينهما ولم يكن فيها عسل إلا ما لا غنى للنحل عنه لمالكها مما لا يعد عسلاً فلا بأس به، وإن كان إنما يشتركان على قيمة العسل والأصول لأصحابها كما فلا يحل، وما إغتل كل واحد منها في حياته فهو له، وما أخذ من جباح صاحبه رده أو مكبلته إن كان أنفقته²⁸⁰⁵.

En estas dos respuestas, atribuidas por al-Wanšārīsī a Ibn Labbāba, comprobamos la aplicación práctica de otra regla relacionada con el riesgo: no se puede permutar alimentos por otros salvo en cantidades idénticas y en el acto. En el caso concreto, la miel de las abejas. En virtud de esta norma, no se puede constituir sociedades (comunidades de bienes) sobre colmenas salvo que estén vacías de miel o con la cantidad mínima que se entiende que se deja a las abejas. Tampoco se puede realizar la partición de otras colmenas tenidas en común, sin que antes se dejen sin su producción.

^bفي حكم الحناطين.

a [La partición de la colmena de abejas]

Ibn Labbāba fue preguntado por las colmenas en comunidad de bienes entre dos hombres. ¿Es válida su partición pues se teme que en una de ellas haya más, incurriendo en la venta de miel por miel que no son iguales en medida, discurriendo por el mismo camino que el cultivo antes de cosecharse? Y si se incendiaria, ¿cómo se tomaría toda su producción después de la partición y luego se pierde toda o parte?

Contestó: no se parte mientras exista miel en ella, hasta que se extraiga toda la miel y no quede nada más que lo que se deja a las abejas, que no se extrae ni aprovecha, siendo como la que no tiene miel y se parte según su valor.

[La sociedad sobre las colmenas de abejas es válida al contrario que sobre la miel únicamente]

Y se le preguntó sobre un hombre que tenía cincuenta colmenas y le dijo a otro: aporta otras cincuenta, las tenemos en común y formamos una sociedad.

Contestó: si esta sociedad fuera sobre la raíz entre ellos y no hubiera en ellas miel más que la suficiente para las abejas y para sus propietarios no cuenta como miel, no habría inconveniente en ella. Si compartieran el valor de la miel y la raíz y para sus propietarios de esa manera, no sería válida. Todo lo que produjera cada colmena durante su vida sería para él, y lo que tomara de la colmena de su compañero lo devolvería o su equivalente si hubiera gastado en ello.

b Sobre el régimen de los vendedores de grano.

Pregunté a Yaḥyā b. 'Umar por los vendedores de grano. ¿No deben vender el trigo, la cebada, las alubias, los garbanzos y las plantas alodoneras hasta que no se criben?

Me dijo Yaḥyā b. 'Umar:

سألت يحيى بن عمر، عن الحناطين: هل يجب عليهم أن لا يبيعوا القمح والشعير والبقول والعدس والحمص وجميع القطاني حتى يغربلوها؟

فقال لي يحيى بن عمر:

قال مالك: لا يبيعوا كل ما ذكرت إلا بعد أن يغربلوها.

أخبرني بذلك الحارث بن مسكين قال: أخبرني عبد الله بن وهب، عن مالك²⁸⁰⁶.

Zakariyya b. 'Umar b. Yūsuf al-Kinānī al-Andalusī -aunque nacido en la Península, emigró a Túnez donde aprendió de Saḥnūn, estableciéndose en la ciudad costera tunecina de Susa²⁸⁰⁷-, en su libro sobre el régimen jurídico del zoco, establece otra ley transmitida por Mālik b. Anas, en virtud de la cual no se puede vender en el mercado una serie de granos hasta que no se hayan cribado. Se mencionan el trigo, la cebada, garbanzos, lentejas, entre otros. El riesgo en esta actividad estribaría en la posibilidad de introducir entre las mismas impurezas que aumentarían el peso; con ello se pretende poner coto al dolo en las transacciones del zoco.

^aالفصل الرابع. (في محل العقد وفائدته وقصد شرعيته)

(المادة 302) لا بد لك عقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه ويصح أن يكون محل العقد مالاً عيناً كان أو ديناً أو منفعة أو عملاً.

(المادة 303) يلزم لصحة عقد المعاوضات المالية من جانبين أن يكون كل من البديلين معيناً تعيناً نافعاً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان وصفه مع بيان مقدار له إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكفي بذكر الجنس عن القدر والوصف.

(المادة 304) لا يصح أن يكون الشيء المعدوم الذي سيوجد في المستقبل محلاً لعقد المتقدم ذكره إلا في السلم بشرائطه²⁸⁰⁸.

Estos tres artículos extraídos del proyecto de legislación, al que nos hemos referido con anterioridad, *Muršid-l-ḥīrān I'lā ma'arifa aḥwal al-insān -Guía del perplejo hacia el conocimiento de los estados del ser humano-* regulan los requisitos del objeto de cualquier contrato. En primer lugar, el objeto es un requisito esencial de todo contrato, que no puede existir sin él. En principio, todo bien, deuda, utilidad (dominio directo) o trabajo puede constituir el objeto de un negocio jurídico. Se exige que esté determinado de tal manera que no se produzca un desconocimiento (riesgo) excesivo, bien con su señalamiento, bien con la descripción de sus características y medidas, no bastaría únicamente con la especie. La condición más estricta estriba en que no se admite bienes inexistentes en el momento de la perfección, vetándose las cosas futuras; la única excepción sería el contrato de *salam*, a la que nos hemos referido, que en realidad consiste en una compraventa con el pago en el acto, pero con la entrega diferida, no necesariamente que no exista.

^bالفصل الثالث. (في العقود التي يصح إضافته إلى وقت المستقبل والتي لا يصح إضافته إليه).

Mālik dijo: no vendáis todo esto que se ha mencionado hasta que no se criebe.

Me informó de ello al-Ḥārīt b. Maskīn quien dijo: Me ha informado 'Abd Allāh b. Wahab de Mālik.

a Capítulo cuarto. Sobre el objeto del contrato, su utilidad y la intención legítima.

Artículo 302: es necesario que todo contrato tenga un objeto al que se refiere, capaz de admitir sus efectos; puede ser objeto del contrato cualquier bien, dinero, bien no fungible, deuda, utilidad o trabajo.

Artículo 303: se requiere para la validez del contrato sinalagmático que cada una de las obligaciones recíprocas esté determinada de tal manera que evite un desconocimiento excesivo, tanto si su determinación es por señalamiento de la misma, del lugar donde se encuentre si estuviera presente en el momento del contrato, o describiendo sus características y con la exposición de su cantidad, si fuera mensurable, o de forma similar, de tal manera que impida la ignorancia excesiva; no basta con nombrar su género para su medición o descripción.

Artículo 304: no es válido algo inexistente que surgirá en el futuro como objeto del contrato previamente referido, salvo en el contrato de *salam* con sus requisitos.

b Capítulo tercero. Sobre los contratos en los que es válido adicionarlos a un tiempo futuro y en los que no.

Artículo 327: lo que no es posible adquirir en el momento, las renunciaciones, las liberaciones y los compromisos son adicionales al futuro. Por ejemplo: el arrendamiento, su rescisión, la *muzāra'a*, la *musāqā*, la *muḍārabā*, la delegación, la fianza, el albaceazgo, el legado, la jurisdicción, el principado, el repudio, la manumisión, el *waqf*, el comodato, el permiso al menor para comerciar, etc.

Artículo 328: todo lo que se adquiere en el acto no se puede adicionar a un tiempo futuro; por ejemplo: la compraventa, su autorización y rescisión, la partición, la sociedad, la donación, el contrato de matrimonio, el arbitraje sobre una cantidad de dinero, la condonación de deuda.

(المادة 327) مالا يمكن تملكه في الحال وما كان من الإسقاطات والإطلاقات والإلتزامات يصح إضافته إلى الزمان المستقبل وذلك كالإجارة وفسخها والمزارعة والمساقاة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتاق والوقف والعارية والإذن في التجارة للصبي ونحوه.
(المادة 328) كل ما كان تملكه في الحال فلا تصح إضافته إلى زمان المستقبل وذلك كالبيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة وعقد النكاح والصلح عن مال والإبراء عن الدين²⁸⁰⁹.

Otro aspecto en el que el riesgo muestra su capacidad para limitar el desarrollo de las obligaciones en general tiene su base en la admisión de contratos, cuyos efectos jurídicos se produzcan en un tiempo futuro. Según estos preceptos de este modelo de código de obligaciones de finales del siglo XIX, se permiten en un determinado tipo de contratos, que serían aquellos en los que la adquisición de la cosa no es posible en el momento, como el alquiler y algún otro tipo de sociedad: la *muzāra'a*, la *musāqā*, la *muḍāraba*. En este sentido, se consideran contratos las renunciaciones, liberaciones, el repudio o el *waqf*. Tuvimos ocasión de pronunciarnos sobre su concepto en el derecho islámico y retomaremos el tema al analizar la tendencia objetiva del *fiqh*. Por contra, en aquellos negocios donde la adquisición es inmediata, como la compraventa y la donación, queda prohibido instituir un término inicial futuro.

Algunos estudiosos modernos han analizado esta cuestión mediante el estudio de las fuentes clásicas y sus conclusiones nos pueden ser de gran valor.

^aمبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي:

بقي السؤال الثاني وهو الأهم: هل العقود في الفقه الإسلامي مذكورة على سبيل الحصر؟ يبدو لأول وهلة أنها كذلك. ففي كتب الفقه لا نجد نظرية عامة للعقد، بل نجد على النقيض من ذلك عقوداً مسماة تأتي عقداً بعد عقد على ترتيب غير منطقي. ويختلف هذا الترتيب في كتاب عنه في كتاب آخر. حتى ليظن الباحث أن الفقه الإسلامي لا يعرف إلا هذه العقود المسماة، وأن أي إتفاق لا يدخل تحت عقد من هذه العقود لا يكون مشروعاً. ولكن هذه النظرة إلى الفقه الإسلامي نظرة سطحية. فإن الباحث يلمح خلال الأحكام التي يقرها الفقهاء في صدد هذه العقود المسماة أنهم يسلمون بإمكان أن يمتزج عقدان أو أكثر من هذه العقود في عقد واحد، يجمع بين خصائص العقود التي إمتزجت فيه. بل يلمح أن هناك قاعدة فقهية مسلمة، وهي أن المسلمين عند شروطهم، وأن كل إتفاق تتوافر فيه الشروط التي يقرها الفقه الإسلامي يكون عقد مشروعاً.

[...]

على أن دائرة النظام العام في الفقه الإسلامي أوسع منها في الفقه الغربي. فتحريم العقود الربوية وتحريم عقود الغرر يوسعان كثيراً من هذه الدائرة في الفقه الإسلامي. كذلك نظرية الشرط المقترن بالعقد يزيد في توسيع الدائرة إلى حد بعيد. فالأصل إذن في الفقه الإسلامي هو حرية التعاقد في حدود النظام العام، إلا أن كثرة القواعد التي تعتبر من النظام العام تضيق من هذه الحرية²⁸¹⁰.

En nuestro camino de análisis de los textos de los *fuqahā'* tratando de inferir conclusiones apropiadas para nuestro estudio, nos viene acompañando el estudioso egipcio, al-Sanhūrī, y su obra sobre las fuentes del derecho subjetivo en el *fiqh*.

a El principio de la libertad de contratación en el derecho islámico.

Queda una segunda pregunta y más importante: ¿los contratos en el derecho islámico están señalados a modo de relación cerrada?

En un primer momento, parecería que es así, pues en los libros de *fiqh* no existe una teoría general del contrato, sino que encontramos, por el contrario, contratos nominados que son referidos uno tras otro sin una clasificación lógica. Esta organización varía de un libro a otro, de tal manera que el investigador creería que el derecho islámico no conoce más que los contratos nominados y que cualquier acuerdo que no se incluyera en uno de estos contratos no sería legal.

Pero esta visión sobre el derecho islámico es superficial. El investigador observa, a través de los regímenes que los alfaquíes establecen en cada uno de estos contratos nominados, que pueden unir dos contratos o más en uno solo, juntando las especificaciones de los contratos que se confunde en él. Es más, observa que existe una regla jurídica correcta que es que los musulmanes están sujetos a sus condiciones, todo acuerdo que contenga los requisitos establecidos por el derecho islámico es un contrato legal.

[...]

Sin embargo, el ámbito del orden público en el derecho islámico es más amplio que en el derecho occidental. Así, la prohibición de los contratos de usura y la prohibición de los contratos de riesgo amplían enormemente su influencia en el derecho islámico. También, la teoría sobre la condición unida al contrato aumenta su campo de actuación hasta un nivel muy alto. La norma general, entonces, en el derecho islámico es la libertad de contratación dentro de los límites del orden público, pero la gran cantidad de normas que se consideran de orden público constriñe bastante esa libertad.

En este primer fragmento, en el que el jurista defiende que también el derecho islámico conoce el principio de libertad contractual, confirma que el riesgo, la prohibición de los contratos donde este prevalece, es uno de los elementos que restringen la libertad de los contratantes. Lo relaciona con el orden público, es decir, aquellas normas que toda sociedad considera vinculantes y que no se pueden contravenir y, por tanto, limita el campo de actuación de las personas cuando se obligan entre ellas. En nuestro estudio, la cuestión de que el listado de contratos nominados por los juristas musulmanes sea una lista cerrada o abierta, en la que se admitan nuevas figuras creadas por los contratantes en el ejercicio de su libertad, se escapa de nuestras posibilidades y del espacio que disponemos. Sin embargo, en la institución de la personalidad jurídica, la cual precisa cierta indeterminación temporal, subjetiva y objetiva, la teoría del riesgo islámica no es un elemento favorecedor.

^aالمبحث الثاني. وجود المحل أو إمكانه في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول. المحل موجود.

يشترط وجود المحل فعلاً وقت التعاقد:

يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون المحل موجوداً فعلاً وقت التعاقد. فإن لم يكن موجوداً فالفقد باطل، حتى لو كان المحل محتمل الوجود، بل حتى لو كان محقق الوجود في المستقبل.

جاء في البدائع (جزء 5 ص 138-139) فهذا الصدد ما يأتي: ((وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع: منها أن يكون موجوداً، فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم، كبيع نتاج النخيل بأن قال بعث ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل...)).

[...]

السبب في هذا التشدد هو خشية الغرر:

ويبدو أن الفقه الإسلامي يجعل بيع المعدوم باطلاً على هذا النحو البالغ من التشدد إمعاناً في الخشية من الغرر. هناك أمور ثلاثة يعتبرها الفقه الإسلامي غير مشروعة ويمتنع في تجنبها، وهي الغرر والربا وتعدد الصفقة في العقد الواحد²⁸¹¹.

La investigación del jurista egipcio comienza con la descripción de la prohibición, por el derecho islámico, de la venta de lo que no existe. Se apoya, y nosotros hemos seguido sus pasos, en varios textos de ulemas de las distintas escuelas. En este caso, extrae un fragmento de la obra de al-Kāshānī, en la que se exige que el objeto del contrato exista en el momento de la perfección, por lo que se considera nula la venta del hijo de la camella y negocios similares. Explica al-Sanhūrī lo que él llama extremismo por el miedo al riesgo.

^bالنهي عن بيع المعدوم إنما هو للغرر لا للعدم:

a Sección segunda. La existencia del objeto o su posibilidad en el derecho islámico. Primer apartado: el objeto existente. Se requiere la existencia del objeto realmente en el momento de la conclusión del contrato:

El derecho islámico requiere que el objeto exista realmente en el momento de la conclusión del contrato. Si no existiera, el contrato sería nulo, aunque existiera la posibilidad de que llegara a existir e incluso si su existencia futura fuera cierta.

En *al-Badā'i* (parte quinta, páginas 138-139) se dice en este sentido: “en cuanto lo que se refiere al objeto, existen clases: entre ellas que exista, pues no se concluye el contrato de venta de lo inexistente por lo que tiene de riesgo de inexistencia, como la venta del producto del producto, que sería que le dijera que te vendo la cría de la camella o también la venta de la que está preñada”.

[...]

La causa de este extremismo es el temor al riesgo:

Parece que el derecho islámico lleva a la venta de lo inexistente hasta este extremo centrándose en el temor al riesgo. Hay tres elementos que el derecho islámico considera ilegales, y pretende evitarlos: el riesgo, la usura y la pluralidad de pactos en un único contrato.

b La prohibición de la venta de lo inexistente únicamente se produce por el riesgo, no por la inexistencia.

No vemos una solución al asunto de la venta de lo inexistente más que a través de este mismo principio. Hemos visto que las excepciones que han establecido los alfaquíes no son suficientes para solucionarlo. Lo correcto, en nuestra opinión, es que la legislación islámica no ha prohibido la venta de lo inexistente más que por lo que esta incluye de riesgo; así, la venta de lo inexistente es nula por el riesgo, no por la inexistencia. La raíz, entonces, es el riesgo: si es alto, la venta será nula, tanto si el objeto de la venta existe o no; si el riesgo es leve, la venta será válida, tanto si el objeto existe o no. La conclusión no es por la intervención de lo inexistente, sino la inclusión y la intervención del riesgo extremo.

[...]

Queda claro de los textos precedentes que existe una diferencia entre el riesgo y venta de lo desconocido. Así, la venta de riesgo es aquella que no se conoce si se producirá o no, como la venta del pájaro en el aire o el pez en el agua. En

ولسنا نرى علاج الأمر في بيع المعدوم إلا من ناحية المبدأ ذاته. فقد رأينا أن الإستثناءات التي أقرها الفقهاء لا تكفي في هذا العلاج. والصحيح في رأينا، أن الشرع الإسلامي لم يحرم بيع المعدوم إلا بقدر ما ينطوي عليه من الغرر، فبيع المعدوم باطل للغرر لا للعدم. فالأصل إذن هو الغرر، فإن كان فاحشاً كان البيع باطلاً وجد المبيع أو إنعدم، وإن كان الغرر يسيراً كان البيع صحيحاً وجد المبيع أو إنعدم. فالعبرة ليست بالتعامل في معدوم، بل هي إنطواء التعامل على غرر فاحش.

[...]

ويتبين من النصوص المتقدمة أن هناك فرقاً بين الغرر وبيع المجهول. فبيع الغرر هو الذي لا يعلم هل يحصل أم لا، كبيع الطير في الهواء والسماك في الماء. وأما بيع ما علم حصوله وجهات صفته فهو بيع المجهول، كبيع ما في كعبه. على أن الفقهاء كثيراً ما يخلطون ما بين بيع الغرر وبيع المجهول، فيستعملون الواحد موضع الآخر.

والغرر يوجد من جهة الجهل على أوجه: فالجهل بوجود المعقود عليه، أو بحصوله إن وجد، أو جنسه، أو بنوعه، أو بصفته، أو بمقداره، أو بتعيينه، أو بقاءه، أو بالأجل المضروب له، كال هذا جهل يوجب الغرر.

ثم إن الغرر ينقسم، من حيث تأثيره في صحة العقد، إلى قسمين: غرر مؤثر وغرر غير مؤثر. فالغرر المؤثر هو ما يفسد العقد، والغرر غير مؤثر هو ما لا يؤثر في صحة العقد بل يبقى العقد معه صحيحاً.

وفي المعاوضات، يكون الغرر مؤثر -أي مفسداً للعقد- إذا كان غرراً كثيراً لا تدعو له الضرورة. وأما إذا كان الغرر يسيراً، أو كان كثيراً لكن تدعو له الضرورة، فلا تأثير له في صحة العقد. وهناك غرر ما بين الكثير واليسير، فلا ارتفاعه عن اليسير يلحقه بعض الفقهاء بالكثير، ولإنحطاطه عن الكثير يلحقه بعض الفقهاء باليسير.

أما في التبرعات، فلا يكون الغرر، مهما كان كثيراً، مؤثراً في صحتها. وذلك أنه لا ضرر من الغرر، ولو كان كثيراً، على من يتلقى التبرع، لأنه لم يبذل شيئاً يخشى ضياعه من جراء الغرر.

وعقد الزواج -وهو ليس معاوضة صرفاً أو تبرعاً صرفاً بل بين بين- يغتفر فيه من الغرر أكثر مما يغتفر في المعاوضات وأيسر مما يغتفر في التبرعات، للتوسط بين هذين الطرفين.

على أن معايير -الغرر الكثير والغرر المتوسط والغرر الذي تدعو له الضرور- تختلف في تطبيقاتها في بيئة عن بيئة، وفي عصر عن عصر. بل تختلف الأنظار أيضاً في البيئة الواحد العصر الواحد. فبيع الغائب على الصفة لا يجوز عند الشافعي، لأنه يرى أن الغرر فيه كثير. ويجوز عند أبي حنيفة مع خيار الرؤية، ويجوز عند مالك لازماً من غير خيار إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته.

[...]

cuanto a la venta de lo que se sabe que se va a producir pero se desconoce sus características se llama venta de lo desconocido, como la venta de lo que se produce en una cantidad. No obstante, muchos *fuqahā'* mezclan entre la venta del riesgo y de lo desconocido, utilizando una en el lugar de otra.

El riesgo se encuentra por el desconocimiento de diferentes modos: la ignorancia de la existencia del objeto o su producción si se diera, su especie, clase, característica, medidas, determinación, permanencia o el plazo estipulado. Todos estos desconocimientos provocan riesgo.

Posteriormente, el riesgo se divide por su incidencia en la validez del contrato en dos tipos: riesgo que influye y riesgo que no. Aquel que influye es aquel que anula el contrato; el que no influye es el que no afecta a la validez del contrato, sino que este se mantiene a pesar del mismo válido.

En los contratos con contraprestación el riesgo que influye -el que anula el contrato- es el que es de gran entidad y no lo justifica la necesidad. Si el riesgo fuera pequeño o, siendo grande, lo justificara la necesidad, no influiría en la validez del contrato. Existe un riesgo que está entre el gran riesgo y el pequeño, por ser un poco mayor y por ellos algunos alfaquíes los unen al gran riesgo y otros lo unen al pequeño.

En cuanto a las liberalidades, no habría riesgo, por muy grande que fuera, que influyera en su validez. Eso es así porque no hay daño en el riesgo, aunque fuera un gran riesgo, para quien recibe la liberalidad, porque no ofrece contraprestación que tema que se pierda por motivo del riesgo.

El contrato de matrimonio -el cual ni tiene contraprestación ni consiste en una liberalidad sino que se encuentra entre ambos- se excusa el riesgo más que en las contraprestaciones y menos que en las liberalidades, por situarse en medio de ambas.

Los criterios sobre el riesgo -mayor, menor, intermedio o el que está exigido por la necesidad- varían en su aplicación de un ambiente a otro, de una época a otra. También varían las opiniones sobre los mismos dentro de un único ambiente o única época. En este sentido, la venta de lo ausente por su descripción no es válida para al-Šāfi'ī, porque considera que existe mucho riesgo; es válida para Abū Ḥanifa si se acompaña de la condición de la vista y es válida para Mālik b. Anas, vinculante sin necesidad de condición, si la ausencia es de tal modo que se verá cambiada su descripción.

[...]

No hay duda de que el cambio de ambiente y el desarrollo de la civilización tienen una gran influencia en los criterios que rigen el riesgo. En nuestra época, nuestra mirada hacia el riesgo debe incluir cierta tolerancia, de tal manera que el riesgo que no era excusable en las épocas pasadas ahora, con el desarrollo del sistema económico, hoy debe ser excusado.

ولا شك في أن لتغير البيئة العصر ولتطور الحضارة تأثيراً كبيراً في تطبيق معايير الغرر. وفي عصرنا هذا ينبغي أن يكون نظرنا إلى الغرر ينطوي على شيء من التسامح، فما كان غرراً لا يغتفر في العصور الماضية يصبح الآن بعد تطور النظم الاقتصادية من الغرر اليسير الذي يغتفر²⁸¹².

Al-Sanhūrī pone el colofón a sus reflexiones sobre el riesgo señalando como los ulemas confunden desconocimiento y riesgo y clasificándolo entre el que provoca la nulidad del contrato y el que no. Según los textos de los que se sirve, cuando el riesgo es grande o no lo exige la necesidad, el contrato deviene nulo. También vuelve a insistir que el hecho que anula el contrato es el riesgo, no la inexistencia del objeto. Asimismo, limita su campo de acción a los contratos con causa onerosa, pero no a los de causa gratuita. Hace un llamamiento a realizar en la época actual una interpretación restrictiva del riesgo invalidante de los negocios jurídicos. Finalmente, reflexiona sobre la forma en la que el mismo concepto de riesgo varía de una época a otra y de un medioambiente a otro. Nos llama la atención cómo, entre juristas islámicos de una misma época más o menos, esta noción difiere de unos a otros: al-Šāfi'ī considera que es demasiado alto en la venta de un objeto que no esté presente, Abū Ḥanīfa establece que este riesgo no invalida la compraventa siempre y cuando el comprador tenga la opción de desistir una vez que vea el producto; por último, Mālik no ve impedimento si la venta se acompaña de una descripción suficiente de la cosa. Al-Sanhūrī cierra la cuestión y aboga por que en nuestros días se haga una interpretación mucho más comedida de la teoría del riesgo.

¿Qué nos dicen todas estas fuentes sobre la teoría del riesgo acerca de los frenos que pone al desarrollo de las diversas instituciones jurídicas islámicas? ¿Cuáles son las consecuencias de este afán por disminuir el riesgo en las transacciones económicas en la generación de una concepción privativa del *fiqh* sobre la personalidad jurídica?

Esta cuestión está íntimamente asociada a la problemática de la usura, ambas, en palabras de al-Sanhūrī, conforman parte del orden público en la *Šarī'a*²⁸¹³. De esta manera, en la cosmovisión propia del derecho islámico, la compraventa (tomada en su sentido de prototipo de contrato) de una cosa de la que no existe plena certeza de que llegará a existir realmente ha de ser anulada.

La Península Arábiga, en la actualidad, durante el nacimiento del Islam y con anterioridad, nunca ha destacado por la fertilidad de sus tierras ni la abundancia de terrenos aptos para el cultivo. No disponemos de datos fidedignos ni tampoco esta tesis es el lugar adecuado para realizar este estudio. En cualquier caso, la posibilidad de que se produjeran episodios de conflictos como consecuencia de escasas cosechas no se ha de tildar de desdeñable. Sin embargo, sí nos es posible destacar un hecho objetivo derivado de los textos escogidos, entre otras obras: el *fiqh* ha configurado la doctrina del riesgo como un principio general transversal en todos los negocios jurídicos patrimoniales -al menos en los onerosos, según puntualizaremos-. Nosotros pondremos a los contratos asociativos o colaborativos en el centro de nuestra investigación, ya que son los principales mecanismos de creación de entes de base personal, que en Occidente ha derivado en tipos propios de personas jurídicas. No obstante, también nos detendremos en otras figuras; al fin y al cabo, los ulemas colocan a la compraventa como germen de cualquier contrato, acto o negocio jurídicos. Con el cimiento de varios hadices de Muḥammad que tratan de hacer tabla rasa con las prácticas de la *Yāhiliyya*, se crea una serie de normas que se van adaptando a cada situación concreta pero que, como elemento común a todas ellas, constriñen la libertad de los contratantes, mediante el juego de prohibiciones, en las que la mayoría se circunscriben al objeto de las transacciones. Repasemos con mayor atención la información contenida en los textos.

El arrendamiento de tierras en la época preislámica, según nos cuenta al-Bujārī²⁸¹⁴, tenía lugar a cambio de lo que produjera los miércoles o una parcela concreta del terreno que el dueño escogiera. Esta práctica fue tajantemente vedada por el Profeta, quien prefería locaciones con pago de renta dineraria y durante períodos cortos de tiempo (el texto se refiere a años). En este sentido, al-Awza'ī, en los dichos que considera dignos para fundar sobre ellos su doctrina²⁸¹⁵, Muḥammad

reprende y veta que se arrienden tierras situadas en ramblas y a orillas de arroyos. Abū ‘Ubayd al-Qāsim²⁸¹⁶ hace hincapié en la interdicción de la venta de los frutos futuros como objeto de la reforma jurídica islámica frente a la tradición anterior. Asimismo, nos refiere una institución contra la que la nueva religión siente una especial animadversión: la *qabāla*, cuya esencia estriba en que las partes asumen las consecuencias de la incertidumbre de la cantidad de la siguiente cosecha, lo cual redundará en beneficio de uno u otro en función de circunstancias incontrolables por las mismas. Se considera de tal injusticia que en el episodio que hemos transcrito se llega a crucificar vivo a una persona por proponer la conclusión de este contrato. El mismo alfaquí, en siguientes páginas de su misma obra²⁸¹⁷ (en los apartados dedicados al *jarāy* y la *zakāt*), se refiere a otras transacciones que contienen cierta inseguridad, como la *al-‘ariyya* y la venta por estimación de dátiles y uvas. Sin embargo, no se va más allá de meras excepciones toleradas por compasión hacia personas necesitadas.

Este combate contra los usos especulativos de la *Yāhiliyya* motivó el rechazo del arrendamiento de la tierra si el pago de la renta consiste en una parte de sus frutos. Este estado de cosas, llevado a su extremo, impediría el cultivo de grandes superficies de tierras y el acceso de muchos campesinos a la explotación de parcelas, en especial, una vez que las conquistas musulmanas provocan la incorporación de países que, a diferencia de la Península Arábiga, sí cuentan con un número incalculable de hectáreas dedicadas a la agricultura. En este contexto, encuentran su papel las dos sociedades agrícolas que hemos estudiado: la *muzāra‘a* y la *musāqā*. Averroes²⁸¹⁸ nos las presenta como excepciones explícitas de Muḥammad a esta norma prohibitiva y al-Ṭabarī²⁸¹⁹, en su libro titulado *La diferencia de los fuqahā’*, tras describir la unanimidad de los alfaquíes sobre la validez del arrendamiento por una renta dineraria u otros bienes o, hasta frutos de otros terrenos, dedica un capítulo a las diferencias entre ellos sobre estas dos instituciones. Al-Bujārī describe, al recopilar los hadices transmitidos por Rāfi‘ b. Jadīy²⁸²⁰, la forma en la que estos dos contratos no se ven afectados por la prohibición original del arrendamiento a cambio de parte de la cosecha, pues no se encuentran entre las prácticas que el Enviado de Dios quería que se abandonaran.

Ya adentrados en pleno siglo XIX, Muḥammad b. al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī²⁸²¹, subraya esta definición de otro seguidor anterior a él de Mālik b. Anas de la *musāqā*: *es un contrato sobre el trabajo por los gastos que surgen en su estimación sin sus frutos en los que no se emplea la expresión venta, arrendamiento ni precio del trabajo*. De su literalidad parece extraerse que la única diferencia entre este negocio y un arrendamiento normal con pago en especie sería la inclusión en su perfeccionamiento de la palabra sociedad. De repente, el uso de un léxico convierte un régimen jurídico nulo en otro válido. Comprobaremos que no es así. Al-Fāsī²⁸²² y la *Maḡalla*²⁸²³ mantienen en la época contemporánea la prohibición de la que hemos hablado. No obstante, el norteafricano sí permite ciertas excepciones justificadas por la necesidad de poner en explotación tierras u otros bienes ante la ausencia de arrendatarios.

En el epígrafe anterior y en el capítulo quinto hemos comprobado que ni la *muzāra‘a* ni la *musāqā* alcanzan la categoría ni han sido un instrumento a través del cual se pueda llegar a la persona jurídica del tipo asociación. Resulta paradójico que estas dos instituciones, cuya razón de ser y su función principal fue la de superar una aplicación práctica de la teoría del riesgo en el arrendamiento, por su carácter de excepción, se han anquilosado como meros subterfugios legales, sin convertirse en instrumentos con los que desarrollar nuevas instituciones. Eso es así porque toda norma que tiene carácter excepcional no puede aplicarse de forma extensiva, sino únicamente para el caso particular al que sirve. Un dato que apuntala esta reflexión se localiza en la estricta reglamentación del trabajo del socio agricultor. Así, Mālik en uno de los párrafos de *al-Muwattā’*²⁸²⁴ que hemos escogido, afirma que ha de aportar algo más que las acciones propias del cultivo; al-Kāṣānī,²⁸²⁵ exige que se especifique qué planta se va a sembrar o que se le permita expresamente que el aparcerero elija; este afán controlador llega a su culminación en el artículo 1431

del Código de Obligaciones otomano²⁸²⁶, en el que el comentarista detalla las combinaciones válidas y nulas de trabajo, tierras, semillas y yuntas que cada socio lleva a la sociedad.

El caso de *al-jummās*²⁸²⁷, comentado por Dasūqī, nos llama la atención sobremanera: la validez del negocio jurídico únicamente depende de que las partes no utilicen la expresión arrendamiento o prestación de servicios.

No debemos abandonar el mundo de las sociedades agrícolas sin hacer una breve referencia a una polémica de gran viveza en la escuela *mālikī* entre los ulemas andalusíes y los magrebíes. Al-Fāsī la menciona en el fragmento que acabamos de citar; también ha aparecido en otras páginas de nuestra tesis. Estas dos doctrinas de la escuela medinesa se resumen en función de su postura frente al arrendamiento cuya renta queda fijada en un porcentaje de los frutos de la tierra arrendada: los norteafricanos, fieles a la tradición islámica, lo prohíben mientras que los alfaquíes de la Península Ibérica lo consideran válido. Ante la falta de estudios específicos y monográficos acerca de la materia, no está de más proponer un camino que explique esa permisividad andalusí frente a una norma meridianamente clara del Profeta. El territorio de la Península Ibérica estuvo fuertemente romanizado y el derecho no quedó fuera de esa influencia que llega hasta nuestros días. En el derecho romano, la renta usualmente se fijaba en una cantidad de dinero, pero no se imponía ninguna restricción a que quedara determinada por una proporción de los frutos²⁸²⁸; es más, en el ámbito de los arrendamientos rústicos, primaba *pactar una renta en especie sobre los mismos frutos agrícolas que produjese el fundo arrendado*²⁸²⁹. En el derecho visigodo, por ejemplo, en el *Fuero Juzgo* o *Liber Iudiciorum*, no se incluye ninguna prohibición al modo musulmán²⁸³⁰. Sin embargo, en la Baja Edad Media, en las Partidas del Rey Alfonso X el Sabio promulgadas en el siglo XIII, se dice al respecto:

Título VIII. Ley I. Qué cosa es loguero et arrendamiento.

*Loguero propiamente es quando un home loga á otro que ha de facer por su persona, ó otorgar un home á otro de usar su cosa et de servirse de ella por cierto prescio quel ha de pagar en dinero contados; ca si otra cosa recibiese que non fuese dineros contados, no serie loguero, mas serie contrato inominato...*²⁸³¹

Alfonso X el Sabio considera que el verdadero arrendamiento es aquel que se paga en una cantidad de dinero cierta, pero sí se permite otro tipo de rentas, aunque como contrato innominado, atípico pero válido.

Quizás los andalusíes asumieron lo que estaba permitido en su territorio para los no musulmanes, pero, no tenemos suficientes datos para afirmarlo con rotundidad.

Es indudable que el riesgo nace muy ligado al mundo agrícola y la venta o arrendamientos (al fin y al cabo, los juristas islámicos consideran a este como una compraventa de utilidad) relativos a las cosechas y frutos. No obstante, se ha convertido en un principio general del derecho que inunda todo el ordenamiento. Nos incumbe en nuestra investigación el contrato de sociedad en sus diferentes versiones, por su aptitud, a priori, para generar un titular de derechos y obligaciones independiente de los socios. Por lo tanto, hemos de sistematizar las principales implicaciones de este principio en el contrato de sociedad musulmán.

En cuanto a las aportaciones de los socios, esta doctrina se traduce en el rechazo a aquellas que no sean dinerarias. Esta limitación, según cada *al-faqīh*, se presenta de una manera más o menos estricta y va acompañada de razonamientos diversos. El título de ulema menos permisivo tal vez lo ostente al-Šāfi'ī. Este, además, exige que los bienes entregados por cada contratante se confundan antes de iniciar la actividad²⁸³², pues de lo contrario la operación se tildaría de *qimār*, juego de azar, proscrito de forma absoluta por el Islam. En el mismo sentido, tampoco acepta ningún bien que no esté perfectamente determinado, bien por su medida, peso o numeración, sin admitir lo que se conoce por *yazāf*²⁸³³.

Otro ulema, cuya escuela se extinguió de manera temprana, al-Awza'ī, descarta la deuda de un socio contra otro²⁸³⁴, opinión que comparte con Mālik b. Anas²⁸³⁵, quien sólo admite el dinero,

en papel moneda u oro o plata. Este ulema cita una aleya coránica: *si os arrepentís, tendréis vuestros bienes, no seáis injustos con los demás y no seréis tratados injustamente*. Al-Kāshānī²⁸³⁶ exige que sean bienes con valor de cambio, relegando a los bienes muebles no fungibles, por derivación del contrato de delegación contenido en el de sociedad y ante el desconocimiento de su valor real.

Estos pocos ejemplos por lo que se refiere al período clásico del *fiqh*, pero en el siglo XIX la cuestión había evolucionado poco. Muḥammad b. al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī²⁸³⁷ mantiene la prohibición de los bienes muebles no fungibles. Asimismo, en la *muḍāraba* no admite que el socio capitalista entregue un bien al trabajador para que este lo venda y aplique el precio al capital social. Esa *operación* la tendría que realizar un tercero, en virtud de lo afirmado por un colega de escuela y contemporáneo, al-Dasūqī²⁸³⁸. La *Maḡalla* otomana en su artículo 1338 exige una aportación dineraria²⁸³⁹ prohibiendo en el número 1341 las deudas²⁸⁴⁰.

Finalmente, otras cuestiones reseñables serían la prohibición de incluir un contrato de cambio (por la alta posibilidad de producirse usura) en el contrato de sociedad, como lo afirma al-Dasūqī²⁸⁴¹, quien además explicita algo que ya señalamos en su momento: la sociedad en comandita se disuelve cada vez que se reparten los beneficios. La delegación -anexa a toda sociedad-, cuando es genérica, por analogía, sería nula, pero Averroes y la mayoría de los alfaquíes no la anulan como excepción ante las exigencias del comercio²⁸⁴²; el cordobés comenta que al-Šāfi'ī está totalmente opuesto a la misma.

El recelo por las aportaciones no dinerarias no es exclusivo del *fiqh*, en Occidente también se halla. Como es natural, esta tesis no está pensada para abarcar también esta materia, pero no está de más alguna referencia a la legislación vigente en España sobre la materia. Los artículos 38 y 39 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre, disponen:

Art. 38. Aportaciones no dinerarias. Informe pericial.-

1. Las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por unos o varios expertos independientes designados por Registrador Mercantil conforme al procedimiento que reglamentariamente se disponga.

2. El informe de los expertos contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales, en su caso, así como los criterios de valoración adoptados, con indicación de si los valores a que éstos conducen corresponden al número y valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida.

3. El informe se incorporará como anexo a la escritura de constitución de la Sociedad o a la de ejecución del aumento del capital social, depositándose una copia autenticada en el Registro Mercantil al presentar a Inscripción dicha escritura.

Art. 39. Aportaciones no dinerarias. Responsabilidad.-

1. Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en punto a la transmisión de riesgos.

2. Si la aportación consistiere en un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor.

3. Si se aportase una empresa o establecimiento, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación.

Procederá también el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.

Se ha buscado una fórmula intermedia entre la prohibición total y su admisión. El legislador de nuestro país, consciente del peligro que entraña este tipo de aportaciones y, a su vez, de la

posibilidad de dificultar el acceso a la condición de socios de personas con poca liquidez, introduce una serie de medidas que garanticen el valor de los bienes entregados: un informe independiente sobre los mismos y una serie de responsabilidades de parte del aportante.

Quizás esta vía es la que defiende al-Sanhūrī²⁸⁴³ instando a restringir el campo de actuación de la prohibición del riesgo en el derecho islámico.

Así como en la comandita, los requisitos que afectan al capital social son muy restrictivos, en cuanto al plazo de su constitución va encaminado en otra dirección. Averroes²⁸⁴⁴ rechaza que se pueda crear una sociedad de *muḍāraba* por un plazo determinado, al contrario que los seguidores de Abū Ḥanīfa, que lo admiten. Es una paradoja que el filósofo justifique esta norma con el razonamiento de que la fijación de un término concreto aumentaría el riesgo que soporta el socio comanditario. La determinación y no la indeterminación es la causante de ese peligro. No obstante, esta regulación sí consolidaría la sociedad como un ente llamado a perdurar. Desgraciadamente, como comprobamos en el anterior epígrafe, los ulemas no se muestran muy interesados por esta cuestión.

También el *fiqh* adopta mecanismos para suavizar la aplicación literal de este principio. En este sentido se encuadra el artículo 1342²⁸⁴⁵ de la *Maýalla*, la cual permite que los socios constituyan una comunidad de bienes sobre los bienes muebles que quieren aportar a la comunidad, tras realizar este acto, esos mismos bienes ya pueden constituir el capital social. El presidente del Tribunal Supremo turco y comentarista de este código, ‘Alī Ḥaydar, al glosar este precepto, opina que se ha de aplicar el artículo 54 del mismo texto legal, que dispensaría de aplicar los límites en el contrato original de la sociedad (la delegación) en su derivado con el fin de minimizar la rigidez producida por la prohibición del riesgo. También se hace eco de una máxima de su escuela, la *ḥanafī*, según la cual solo está vedado el gran riesgo.

Otros elementos de los contratos afectados por la cuestión serían el precio que ha de estar determinado, el plazo, que no puede ser desconocido y el lugar del pago, que ha de ser preferiblemente el de perfeccionamiento del negocio, según el ceutí ‘Iyyād b. Mūsā²⁸⁴⁶. Al-Taḥāwī²⁸⁴⁷ se refiere a la cosa ausente, pero existente, algunos alfaquíes lo prohíben, otros exigen la condición resolutive para el comprador cuando finalmente la tenga a la vista, y algunos condicionan la validez a una descripción adecuada del producto. Una vez más, detrás de este temor se encuentran dos instituciones preislámicas, la *mulāmasa* y la *munābaḍa*, las cuales, como las definimos, están muy cercanas al juego de azar. Finalmente, tampoco se admite la venta de la lana que todavía cubre a la oveja (salvo que se esquile inmediatamente), la leche en la ubre del animal²⁸⁴⁸, ni la participación de los frutos que no hayan madurado lo suficiente²⁸⁴⁹; se limita la disposición de las cosechas en el molino²⁸⁵⁰, o el reparto de las colmenas que todavía contengan miel en su interior²⁸⁵¹. No conviene alargarse más en la relación de los ejemplos, cosa que sería interminable.

Los *fuqahā’* modernos no han abandonado ni siquiera transformado esa doctrina, quizás han introducido alguna excepción que releja el régimen. En el proyecto de código civil decimonónico, *Muršid-l-ḥīrān i’lā ma’arifa aḥwal al-insān*, al regular el objeto de los contratos, exigen la existencia de la cosa en el momento de cerrarse el contrato y que el desconocimiento sea leve²⁸⁵² y tampoco ve con buenos ojos que los negocios jurídicos desplieguen sus efectos en el futuro, al menos en la compraventa y la donación, donde el comprador y el donatario adquieren de inmediato, no así en el arrendamiento y en algún tipo de sociedad o el *waqf*²⁸⁵³.

En los ordenamientos jurídicos latinos, esta teoría está dotada de una menor influencia. Si bien el derecho romano, en sus comienzos, era receloso de la venta de la cosa futura, por las

necesidades comerciales fueron surgiendo figuras que las admitían: *emptio rei speratae*, que llevaba incorporada la condición suspensiva de que la cosa existiera realmente; la *emptio spei*, consistía en que el objeto de la venta, más que la cosa futura, era la probabilidad de producción de la misma²⁸⁵⁴. Desde este punto de partida, los derechos continentales han ido admitiendo una mayor indeterminación.

El jurista egipcio especializado en un estudio comparativo entre el *fiqh* y el derecho occidental, al-Sanhūrī, aun defendiendo cierta libertad contractual en la *Šarī'a*, reconoce que esta se encuentra más constreñida en el derecho islámico por algunos de los principios que componen el orden público musulmán: el riesgo, la usura y la condición anexa al contrato²⁸⁵⁵. Asimismo, señala que en el *fiqh* la clave no se encuentra en la inexistencia, sino en el riesgo²⁸⁵⁶. Su propuesta se resume en realizar una interpretación muy restrictiva de las prohibiciones que tienen su causa en él. Por último, nos aporta una información valiosísima. Este principio general del derecho islámico únicamente opera en los negocios onerosos. El *waqf*, según comprobamos, es una donación, por lo que no se vería afectado. Esta circunstancia explica que los habices sí se conviertan en persona jurídicas y las sociedades no, pues el desarrollo de las mismas se encuentra frenado por el riesgo inherente a muchos aspectos de la misma. Esta es la conexión entre la prohibición del riesgo y la personalidad jurídica en la *Šarī'a*, ya que, en principio, en este tipo de contrato, afecta fundamentalmente al elemento objetivo del capital social, aunque no únicamente, mientras que la personalidad jurídica, por definición, se incluye en el ámbito subjetivo del derecho. Además, el surgimiento de un sujeto jurídico diferente a los integrantes de una persona de carácter asociativo requiere una flexibilidad de conceptos que chocan frontalmente con la teoría del riesgo, pues la misma está pensada para sobrevivir a los socios y separarse de ellos, generando un patrimonio cambiante vinculado a vicisitudes imprevistas y diferentes a la de los hombres que la integran. En cualquier caso, en el siguiente apartado estudiaremos cómo el posicionamiento en el lado objetivo del derecho propio del *fiqh* juega un papel principal también en el poco desarrollo de la institución de la personalidad jurídica en el derecho islámico.

8.4.1- Una excepción a la prohibición del riesgo y de la usura como elementos integrantes del orden público islámico. El *waqf* monetario

En el capítulo anterior, un estudio particular sobre los habices, tuvimos la ocasión de resaltar las diferentes posturas entre los seguidores de Abū Ḥanīfa y los de Mālik b. Anas sobre los bienes que pueden constituirse en *waqf*. Los primeros se muestran más estrictos, al admitir como regla general solo los inmuebles y sus accesorios, mientras que los segundos no veían demasiados inconvenientes en los muebles siempre y cuando no se consumieran con su uso. Entre los medineses nos hicimos eco de algunos ejemplos acerca de las cosas que se constituían como fundación. Saḥnūn recoge una tradición de principios de la época islámica en la que una persona destinaba una cantidad de dichas monedas con el fin piadoso de acercarse a Dios²⁸⁵⁷; asimismo, a la hora de regular la sujeción de los *aḥbās* a la limosna legal enumera algunos cuyo capital consiste en una cantidad de dinero²⁸⁵⁸. Al-Wanšārīsī recoge una fetua en la que el dictamen versa sobre un *waqf* en el que el fundador aporta unas monedas con la intención de redimir presos²⁸⁵⁹.

Sobre esta base, siempre teniendo presente que las obras jurídicas, en una inmensa mayoría, ilustran sus disposiciones con tierras de labranza, casas, locales de artesanos o mezquitas, en el siglo XVI, dentro de las fronteras del Imperio Otomano, se desarrolla un tipo en el que una suma de dinero se constituye como bien habiz, invirtiéndose en sociedades comerciales de tipo comanditario o, incluso, en préstamos a comerciantes. Esta forma novedosa de poner en circulación capitales monetarios impulsa una economía más dinámica y, por consiguiente, que asume más riesgos que el mero arrendamiento de tierras u otros bienes inmuebles.

تطور وقف النقود في بلاد البلقان.

a Desarrollo del *waqf* de dinero en la región de Los Balcanes.

يعد الوقف النقدي أو وقف النقود من الظواهر المميزة للعصر العثماني إذ تطور فيه على المستوى العملي والفقهى موقف جدير بالإهتمام في مجتمع مسلم جديد؛ فقد كان الوقف حتى ذلك الحين يعتمد في مصادر تمويله على تأجير الأراضي والدور والدكاكين لتغطية نفقات المنشآت الخيرية التي أنشئ لأجلها (جوامع، مدارس، مكتبات، إلخ): أما في العصر العثماني فقد برز شكل جديد للوقف يقوم على وقف مبالغ كبيرة تُقدم بفائدة محدد للتجار وأصحاب الحرف، بحيث يضمن الوقف بهذا الشكل مصدراً ثابتاً لتغطية نفقات مشاريعه الخيرية. وبهذا الشكل تحول إلى مؤسسة مالية مصغرة تمول مشاريع التجار وأصحاب الحرف بقروض ذات فائدة تتراوح في العادة بين 10% إلى 11%. هكذا فقد أصبح الوقف يقوم بدور جديد في تنشيط الحياة التجارية والحرفية في المدن، كما يوفر لنفسه من الفوائد التي حصل عليها مصدراً ثابتاً لتغطية نفقات الخدمات المجانية التي يقدمها للمجتمع المحلي. وقد تطور مع هذا الموقف الجديد على الأرض موقف فقهي نجح في تمرير أو "تشريع" هذا التطور الجديد، بحيث لا يبدو متعارضاً مع الشريعة الإسلامية²⁸⁶⁰.

El profesor del Departamento de Historia de la Universidad Āl al-Bayt, Mafrāq, Jordania, Muḥammad Muwafiq al-Arnāu'wt, es el autor de esta monografía sobre los bienes habices titulada *El waqf en el mundo islámico entre el pasado y el presente*. En el primer capítulo nos presenta un tipo de *hubs* nacido en el siglo XV dentro del Imperio Otomano bastante sorprendente, en especial para la escuela de los seguidores de Abū Ḥanīfa hegemónica entre los turcos. El mismo consiste en que el bien constituido como *hubs* es un bien inmueble, en concreto una cantidad de dinero, que se entrega a comerciantes o artesanos a préstamo; los intereses de estos son entregados a los beneficiarios de la misma manera que las rentas o cosechas de tierras. El historiador habla de un interés, variable según la costumbre, entre el diez y el once por ciento. El primer aspecto que desentona lo representa el hecho de admitir bienes muebles, en concreto dinero, como objeto de la fundación. Ya comprobamos en el capítulo anterior que los seguidores de Mālik b. Anas admitían con naturalidad, a diferencia de los iraquíes, este tipo de bienes: una vaca²⁸⁶¹, un caballo²⁸⁶², monedas de oro para entregarlos en préstamo²⁸⁶³, libros, armas, esclavos²⁸⁶⁴, Ibn al-Faraḍī, el historiador cordobés, traza la biografía de varios ulemas que dejaron sus libros como habices²⁸⁶⁵ y un largo etc. Hilāl b. Yaḥyā, seguidor de Abū Ḥanīfa establece cuál es la norma general de la escuela sobre el objeto de las fundaciones: únicamente los edificios y las tierras, así como las armaduras y armas para la guerra santa; prohíbe expresamente los animales, muebles y trajes²⁸⁶⁶. Hemos de analizar el mecanismo a través del cual los alfaquíes otomanos llegan a autorizar este tipo de fundación que no solo se aparta de la norma sobre el objeto del *waqf*, sino que bordea el límite de la legalidad al romper la prohibición del riesgo y más aún, la prohibición de la usura, pues la cantidad monetaria se presta con interés.

^a دلالات ظهور وقف النقود في القدس خلال الحكم العثماني.

شهد الوقف في بلاد الشام تطوراً فقهياً وتاريخياً ملحوظاً مع الدولة الزنكية، ووريثتها الدولة الأيوبية، بعد أن أفتى الإمام ابن أبي عسرون (توفي 585/1190م) بجواز وقف السلاطين بإعتباره إرصاد لبعض بيت مال المسلمين على مصالحهم. وقد تمخض عن

Aparece el *waqf* dinerario o el *waqf* de dinero como uno de los más destacados fenómenos de la época otomana, pues en ella se desarrolló en el ámbito práctico y jurídico una postura digna de atención en una sociedad musulmana nueva; el *waqf*, hasta ese momento, se asentaba a la hora de financiarse sobre el arrendamiento de tierras, casas y locales comerciales para cubrir los gastos de sus instalaciones benéficas para las que se instituye: mezquitas, escuelas, bibliotecas, etc. Sin embargo, en la época otomana surgió una nueva forma de *waqf*, fundamentadas mediante la constitución como tal de cantidades de dinero que se entregan a un interés determinado a comerciantes y artesanos, de tal manera que el *waqf* incluye una fuente sólida para cubrir los gastos de sus proyectos benéficos. De esta forma, el *waqf* se transforma en una pequeña institución financiera que apoya los proyectos de los comerciantes y los artesanos a través de préstamos a un interés que oscila según la costumbre entre el 10 y el 11 por ciento. Así, el bien habiz jugaba un papel nuevo dinamizando la actividad de la vida comercial y artesanal en las ciudades, a la par que consigue para sí mismo con los intereses que gana una fuente sólida para cubrir los gastos de los servicios gratuitos que presta a la sociedad local. Con este nuevo *waqf* se desarrolló sobre el terreno una nueva postura jurídica que triunfó en sacar adelante o proyectar este nuevo desarrollo, de tal forma que no parece contradecir la *Šarī'a* islámica.

a Prueba de la aparición del *waqf* dinerario en Jerusalén a lo largo del gobierno otomano.

El *waqf* en Oriente Medio fue testigo de un palpable desarrollo jurídico e histórico con el estado *al-zankī*, y su heredero, el estado *ayyūbī*. Después de que el imán Ibn Abū 'Aṣṣūr (fallecido en el año 585 de la hégira, 1190 de nuestra era) declarando lícito la fundación de *waqf* por los sultanes considerándolos como una inversión de parte de la *bayt al-māl* de los musulmanes en beneficios de sus intereses. Esto cristalizó en la obra de los sultanes Nūr-l-Dīn al-Zankī (fallecido en el año 569 h/1174 d.C.) y Ṣalāḥ-l-Dīn al-Ayyūbī (fallecido en el año 588 h/1192 d.C.) y otros, construyendo escuelas y hospitales en Alepo, Damasco, El Cairo, etc.

ذلك قيام السلاطين نور الدين الزنكي (توفي 569/1174م) وصلاح الدين الأيوبي (توفي 588/1192م) وغيرهم بإنشاء من المدارس والمارستانات في حلب ودمشق والقاهرة إلخ²⁸⁶⁷.

El punto de partida de esta evolución histórica de las fundaciones islámicas, según el autor del libro, parece situarse con la fetua del ulema Ibn Abū ‘Aṣrūn, alfaquí seguidor de al-Sāfi‘ī nacido en Mosul que ocupó el cargo de juez en Damasco²⁸⁶⁸, que declaró válida la constitución de *ahbās* por parte de los sultanes a cargo del tesoro público, según comprobamos en el apartado sobre la *bayt al-māl*. La escuela de Medina aceptaba esta posibilidad sin rubor²⁸⁶⁹, siempre y cuando la finalidad del mismo fuera compatible con el interés público.

^aويلاحظ هذا التطور الجديد للوقف بشكل خاص مع فتح القسطنطينية (1453م) وانتقال العاصمة من البلقان (ادرنة) [...] فقد سُجل أول وقف نقدي في إستنبول في 1464، أي بعد حوالي عشر سنوات من فتح المدينة، ولكن هذا النوع من الوقف أخذ يتزايد بسرعة حتى (1500م) حتى إن هذا النوع يتجاوز الوقف العادي سنة (1505م).

[...] ولكن مع إنتقال إزدهار هذا النوع من الوقف في العاصمة الجديدة، لدينا إنتقال آخر مهم في هذا المجال، ألا وهو الإنتقال من الجانب العملي إلى الجانب الفقهي، فبعد إنتشار هذا الوقف في بلاد البلقان وإزدهاره في إستنبول، حيث أصبح ((شيخ الإسلام)) يمثل هناك الآن المرجعية العليا في الحكم على ما ينسجم مع الشريعة الإسلامية، وما لا ينسجم معها، لم يعد من الممكن تجاهل هذا التطور المهم للوقف النقدي. ويلاحظ هنا أن هذا الأمر قد شق الفقهاء إلى القسمين: إلى أغلبية مرنة ومتنوعة أقرت هذا الوقف، وأقلية محافظة رفضت هذا الوقف. وقد بدأ هذا الأمر يتبلور على أعلى المستوى حين بادر الملا خسرو نفسه، شيخ الإسلام خلال (1460-1480) إلى تبرير هذا الوقف في كتابه المعروف ((درر الحكام في شرح غرر الأحكام))، الذي بقي مرجعاً أساسياً للفقهاء الحنفي في الدولة العثمانية لعدة قرون. وقد تأصل هذا الموقف مع كتاب تلميذه ابن جنيد (الخيرة العقبى)، وخاصة مع مؤلفات شيخ الإسلام اللاحق أبي السعود افندي ك(رسالة في صحة وفق الدراهم والدنانير) وغير ذلك. ومن ناحية أخرى فقد برز مقابل هؤلاء من ممثلي الأقلية المحافظة قاضي العسكر في الروملي جوى زاده الذي أصدر فتوى ضد هذا الوقف، والعالم محمد البرغوي الذي رفض هذا الوقف في مؤلفاته المعروفة...²⁸⁷⁰.

Muḥammad Muwafiq al-Arnāu‘uṭ fija el momento de inflexión del auge de este tipo de habices tras la caída de Constantinopla a manos de los otomanos, quienes fijaron en ella su capital trasladándola desde Edirne en el año 1453. Según la estimación del autor, en el año 1505 la constitución de *awqāf* dinerarios superaba ya a los tradicionales. El historiador jordano muestra la polémica doctrinal entre los ulemas tradicionales, opuestos, y aquellos que califica de mayoría flexible e ilustrada, favorables al nuevo tipo. Entre esta corriente, destaca el *Jeque del Islam*, al-Mulā Jasarū, -jurista seguidor de Abū Ḥanīfa, cuya familia era origen cristiano bizantino, convirtiéndose su padre al Islam, quien fue nombrado como juez de Constantinopla, y muftí de los sultanes²⁸⁷¹- y su obra *Durr al-ḥukām fī šarḥ garar al-aḥkām*. Este alfaquí afirma lo siguiente en el libro dedicado al *waqf*:

a Se observa este desarrollo del nuevo *waqf* de forma especial con la conquista de Constantinopla (año 1453) y el cambio de capital desde los Balcanes, Edirne [...] Se registró el primer *waqf* monetario en Estambul en el año 1464, es decir, después de diez años desde de la conquista, pero este tipo comenzó a aumentar con rapidez hasta el año 1500, y en el año 1505 superó al tipo tradicional.

[...] Pero este traslado y el florecimiento de esta clase de *waqf* en la nueva capital, tenemos otro traslado importante en este campo, desde la parte práctica a la jurídica; después de extenderse este *waqf* en los países balcánicos y su florecimiento en Estambul, donde el “Jeque del Islam” representaba la más alta referencia gubernamental respecto a lo que se armoniza con la *Šarī‘a*, y lo que no. Ya no es posible ignorar este desarrollo tan importante del *waqf* monetario. Se observa que este asunto abre una grieta entre los *fuqahā’* dividiéndolos en dos grupos: una mayoría flexible que confirma esta *waqf* y una minoría conservadora que lo rechaza. Esta cuestión empieza a cristalizar a alto nivel cuando al-Mulā Jasarū tomó la iniciativa, el propio “Jeque del Islam” (1460-1480), de justificar este *waqf* en su libro *Durr al-ḥukām fī šarḥ garar al-aḥkām*, que permaneció como la referencia fundamental del *fiḥq ḥanaḥī* en el estado otomano durante siglos. Esta postura enraizó con el libro de su discípulo, Ibn Ūnayd *al-Jayr al-‘aqabī*, y especialmente con las obras del siguiente “Jeque del Islam” Abū al-Su‘ud, como la *epístola sobre la validez del waqf de dirhams y dinares* y otras. Por otro lado, destaca, en la postura opuesta, este representante de la minoría conservadora, el juez del campamento militar de Rumeli Ūwā Zādu, quien emitió una fetua contra este *waqf*. También el intelectual Muḥammad al-Barguwī quien rechazó este *waqf* en sus obras más conocidas...

^a(صح وقف العقار بفره اكرئه) وهم عبيده (وسائر الآلات الحراثة) تبعاً للعقار لا المنقول لأنه لا يتأبد وعن محمد صحته في المتعارف وفقه كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنابة وثيابها والقدور والمراجل إذا وقف مصحاً على أهل مسجد لقراءة القرآن إن كانوا يحصون جاز وإن وقف على مسجد جاز ويقرأ فيه ولا يكون مقصوراً عليه وإما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقهاء أبو حعفر يجيزه وبه يأخذ كذا في الخلاصة وعن الأنصاري وكان من أصحاب زفر فيمن وفق الدراهم أو الطعام أو ما يكال أم ما يوزن ويجوز لك فقال نعم قيل كيف قال يدفع ثمنه مضاربة ثم يتصدق بفضلها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع فيدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة كالدراهم فعلى هذا الكر من الحنطة كذا في الخلاصة²⁸⁷².

En realidad, al-Mulā Jasarū más bien parece recoger una corriente de juristas que estiman válido el dinero como objeto de la fundación, que el hecho de establecer su legalidad de forma contundente. No obstante, el profesor de la Universidad de Mafrāq detalla una serie de ulemas que van siguiendo esta tendencia hasta que uno de ellos, Abū al-Su‘ud -nacido en el año 1493 y fallecido en 1574, juez en Bursa y Constantinopla, convirtiéndose en muftí del Imperio Otomano en el año 1545²⁸⁷³-, escribe una carta, con el inequívoco título de *la epístola sobre la validez del waqf de dirhams y dinares*. Es cierto que esta institución novedosa supone una vía de financiación de la actividad económica, aunque siempre con riesgo de incurrir en el préstamo con interés prohibido por el Islam. En el ámbito del derecho común europeo, también fue problemático conseguir una herramienta eficaz de crédito para artesanos, comerciantes y otros agentes económicos sin incurrir en la usura. En esa disyuntiva se expandió la figura jurídica de los censos, presentes en el derecho romano justinianeo y con anterioridad, pero que a finales de la Edad Media y principios de la Edad Moderna fue objeto de constituciones y bulas papales. Los mismos se pueden definir de la siguiente manera: *El censo es un contrato por el que una persona adquiere el derecho a percibir una pensión anual por la entrega que hace a otra de una prestación fundamental a perpetuidad o por un período muy largo de tiempo, quedando el pago de la pensión asegurado por la vinculación de unos bienes inmuebles o raíces del censatario*²⁸⁷⁴. El propietario de un bien ve gravado el mismo en virtud de una cantidad de dinero que recibe del censatario, el cual está facultado para exigir prestaciones periódicas (canon o pensión)²⁸⁷⁵. Llama la atención cómo al mismo tiempo que los sumos pontífices romanos (siglos XV y XVI) dedicaban su producción normativa con el fin de reglamentar este contrato como forma de obtener financiación a cambio de vincular bienes y el pago de censos periódicos de forma perpetua o a muy largo plazo, los otomanos reformaban la institución del *waqf*, convirtiéndola en una forma de estímulo dinerario a la actividad económica. Tampoco debemos de olvidar que a partir de la Edad Media, con el apoyo dogmático de los escolásticos, especialmente Santo Tomás de Aquino, el derecho canónico prohibió de forma general la usura y los intereses, consecuentemente. No han faltado estudiosos del derecho que han tratado de establecer un paralelismo entre esta situación y la postura del *fiqh*; en nuestro país, cabe destacar el artículo sobre la materia de Francisco Javier Jiménez Muñoz, “El tratamiento de los intereses en el derecho canónico y el derecho islámico”²⁸⁷⁶.

a (Es válido el *waqf* de inmuebles, sus vacas y enseres) que son los siervos (y el resto de instrumentos de labranza) que están vinculados al inmueble (no los muebles) porque no tienden a la eternidad Muḥammad lo considera válido en aquello que se acostumbra a constituir como *waqf*, como el hacha, el cuarzo, la azada, la sierra, los ataúdes, sus vestiduras, las ollas y calderos. Si se constituyera en *waqf* un ejemplar de *El Corán* en favor de los fieles de una mezquita para leerlo, si lo comparten, sería válido. Si se constituyera en favor de la mezquita sería válido y lo leerían; no se limitan a este los *aḥbās* de libros, así Muḥammad b. Salma no los considera válidos, pero Nuṣayr b. Yaḥyā sí los valida y constituyó como *habiz* sus libros. El alfaquí Abū Ŷa‘far lo considera válido y de él lo ha tomado *al-Julāṣa*; de al-Anṣārī, uno de los discípulos de Zafar, está quien constituye como *waqf* los *dirhams*, el alimento, lo que se mide o pesa y lo valida para ti. Dijo: sí, y si se preguntara lo que se mide y pesa, se vendería y con su precio se entregaría como una *muḍāraba* o *baḍā‘*, al igual que los *dirhams*. De igual modo, la parte de cebada, así en *al-Julāṣa*.

^a إن هذا يقودنا بطبيعة الحال إلى النقطة الجوهرية في هذا النوع من الوقف، وبالتحديد قضية الفائدة، ويلاحظ هنا أن هنا الفائدة السنوية للمبالغ الموقوفة تتراوح (بين 10% و 15%) كحد أقصى، مع أنه في العادة كانت تتراوح بين (10% و 11%). ومن الملاحظ هنا أن الوثائق الوقفية لا تذكر الفائد بإسم أو بنسبة مئوية (%) وإنما تُذكر في السياق (بشرط أن يُحصل من عشرة دراهم واحدة) كما يتضح على سبيل المثال من وقفية إسحاق بك 1508م المكتوبة في اللغة العربية: ((وقف المزبور أدامه الله بالفرح والسرور أيضاً ثلاثة مئة ألف درهم جيد جديد، وأفرزها من أموال الخالصة بالفراز المرضي الشرع عند أهل الحق والقضاء، وأخرجها من أمواله الصافية بالإخراج المقبول المرعي عند أهل الحكم والإمضاء، وسلمها إلى المتولي المسطور في ذيل الكتاب تسليماً مسلماً عند أهل الشريعة البيضاء، وشرط أن يعطي المتولي المزبور المبلغ المذكور إلى الأغنياء في بلدة مناسيتير المحروسة الساكنين في دار البزارين المسماة بنزستان، بشرط أن يُحصل من عشرة دراهم منها درهم واحدة في عمل بالمعاملة الشرعية والكفالة المرعية حتى لا يضيع شيئاً من المبلغ المشار إليه، وإلا صار على المتولي المومي إليه جريمة بها يستحق بها العزل...))²⁸⁷⁷.

Al-Arnāu'ut afirma que la cuestión del préstamo con interés se superaba porque los documentos de constitución se obviaban y se acudía a expresiones que eludían el porcentaje, utilizándose expresiones del tipo: de cada diez *dirhams* que produzca uno. Como ejemplo transcribe un documento mediante el cual Ishāq Bey fundaba un habiz en la ciudad de Monastir. En el mismo este personaje entregaba al administrador tres mil *dirhams* para que este se lo diera a personas ricas, comerciantes en telas, a condición que se aportara como capital de una sociedad de trabajo, de las que hemos visto con anterioridad, *mu'āmala*. El autor, dada su condición de historiador, interpreta que la cantidad se ha entregado como un préstamo, pero en realidad, el negocio jurídico consiste en que ese dinero se da como capital social a los socios; en este sentido, queda salvada la prohibición de la usura. La exigencia de la entrega de un rendimiento de un diez por ciento queda asegurada con una fianza. *Stricto sensu*, no se ha perfeccionado un contrato de préstamo dinerario con la obligación de devolver un capital y sus intereses. El resultado o la función social puede resultar casi idéntico, pero jurídicamente no es así, sino que se ha constituido una sociedad en la que el socio trabajador ha de asegurar una cantidad fijada de antemano; lo cual, como tuvimos ocasión de comprobar tampoco es legal en la comandita u otros tipos sociales. Se introduce una fianza sobre el administrador del *waqf*, no sobre el socio, para el hipotético caso que no se alcance ese montante. En el caso del censo la obtención de una renta fija se consigue con la vinculación de bienes y en este tipo de habiz con la entrega de un capital social dinerario. En ambos casos, se financia una actividad a cambio de una renta periódica.

a Esto nos conduce, de forma natural, al punto esencial en este tipo de *waqf*, en concreto, la cuestión del interés; aquí se observa que el interés general anual de las cantidades constituidas en *waqf* oscilan en el 10% y el 15%, como límite superior, aunque era costumbre que oscilara entre el 10% y el 11%. Se ha de observar aquí que los documentos de constitución de bienes habices no mencionan el interés por su nombre o por un porcentaje sobre cien, sino que son mencionados en el contexto de esta manera: con la condición de que se consiga de cada diez *dirhams* uno. Se ve claro, por ejemplo, en el documento de Ishāq Bey (año 1508 de nuestra era) redactado en árabe: “el *waqf* copiado, Dios alargue su felicidad y alegría también, es de tres mil *dirhams* de calidad de los nuevos, que extrajo de su patrimonio líquido con el visto bueno legal de los juristas y jueces, y lo sacó de entre sus bienes líquidos de forma aceptada por los especialistas en normas y ejecución; los entregó al administrador cuyo nombre está escrito al final del documento, mediante una entrega correcta según la gente de la *Šarī'a*. Se le ha puesto como condición al administrador señalado que dé la cantidad estipulada a los ricos de la ciudad de Monastir al-Mahrūsa, que viven en la *Casa de los vendedores de Tejidos*, llamada *Bizistān*, a condición que se consiga de cada diez *dirhams* uno en su uso en una *mu'āmala* legal con un fianza preventiva a fin de que no se pierda nada de la cantidad señalada; de lo contrario, sobre el administrador referido quien se cargará con un crimen que merece su cese.

^aولكن بعض الوثائق الأخرى تفضل استعمال تعبير آخر ك(الربح) أو (المرابحة) وحتى (الإسترباح) لتبعد عن نفسها أي شبهة بالرياء، ولذلك فهي تضيف عادة ((حسب الشريعة)) أو ((بالمعاملة الشرعية)) ألخ. إلا أن المرابحة الصحيحة التي تستند إلى الشريعة الإسلامية بعيدة عن ذلك. فالمرابحة في الأصل تتعلق بأمور البيع كأن يشتري التاجر السلعة بمئة درهم، ثم يبيعها ثانية للمشتري بقوله: ((بعثك بما اشتريت وربح درهم لكل عشرة)). ومع ذلك فقد أصبحت ((المرابحة)) تغطية شرعية للفائدة في مناطق أخرى، كما في شمال إفريقيا.

وهكذا يتضح أن وقف النقود لا يقوم على المرابحة ولا حتى على المضاربة، التي تقوم على الربح والخسارة، ولذلك لا تتفق مع مصلحة الوقف، وإنما على تقديم القروض بفائدة محدد ليضمن بهذا دخلاً ثابتاً لمشاريعه الخيرة. في هذه الحالة، كما هو معروف، يكون تشغيل المال مرتبطاً بالخوف من المخاطر المحتمل أو المتوقع، ولذلك فقد كان الواقف يلجأ عادة إلى إتخاذ بعض الإجراءات، أو اشتراط بعض الشروط، لكي يضمن عدم خسارة أو تبيد رأس المال الموقوف لأن الأمر يهدد في هذه الحالة الوقف نفسه²⁸⁷⁸.

Este historiador, Muḥammad Muwafiq, enumera otros negocios con los que subvertir el estricto régimen del préstamo islámico, como la venta con beneficio u otras fórmulas similares. El autor insiste en calificar el acto jurídico en el que se apoya el habiz como préstamo, pues, según su razonamiento, evita las eventuales pérdidas que se derivan del comercio con el capital fundacional, que perjudicaría los fines piadosos buscados con el mismo. El préstamo también está sujeto al riesgo de insolvencia del prestamista, por lo que en nada lo diferencia de cualquier tipo de asociación comercial. Asimismo, los ulemas no tienen una razón de peso para cometer una ilegalidad tan flagrante. Nos inclinamos por considerar que este tipo *awqāf* hace uso de cualquier tipo de sociedad, incluyendo alguna garantía como en el ejemplo anterior en el que el administrador se constituía en fiador del beneficio estipulado. En cualquier caso, esta forma de pensar del autor nos confirma que el miedo al riesgo supone un freno al desarrollo de nuevos tipos contractuales y negociales. No obstante, esta clase de habices sí muestran que existe un pensamiento jurídico islámico dispuesto a buscar herramientas legales para crear formas de financiación que subrepticamente rodean la prohibición de la usura. En nuestro ordenamiento, el artículo 6.4 del Código Civil afirma: *Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*. En el mundo del *fiqh* una figura similar al fraude de ley sería el *sadd al-darī'a*, o proscripción de todo lo que conduzca a lo prohibido²⁸⁷⁹. Los alfaquíes se encuentran entre la disyuntiva de admitir estos vericuetos (*hiyal*) o aplicar ese principio de la *prohibición del pretexto*. Una introducción a la cuestión se puede encontrar, entre otras, en la obra de Coulson²⁸⁸⁰; más recientemente, y con especial determinación por la práctica bancaria actual y muy relacionada con la *murābaḥa* citada en el fragmento que estamos analizando, se puede consultar este artículo publicado por un investigador de la Qaboos University del Sultanato de Omán²⁸⁸¹. Se trata de evitar que con medios legales se alcancen fines no queridos por el derecho. Serán los jueces y juristas quienes determinen en qué caso se actualiza este efecto.

Muḥammad Muwafiq al-Arnāu'ut enumera una serie de ejemplos en los que, según su opinión, la cantidad de dinero constituida en *waqf* se entrega a una persona utilizando el contrato de préstamo. Así cita la fundación de Muḥammad Bāšā Dūkāyīn en Alepo en el año 1550²⁸⁸² y Furūj

a Pero algunos otros documentos prefieren utilizar otras expresiones como *beneficio*, *venta con beneficio*, o, incluso, *búsqueda de beneficio*, con el fin de alejar de ellos cualquier sospecha de hipocresía; por ello, se le añade, como costumbre, “según la *Šarī'a*” o “según transacción legal”, etc. Sin embargo, la venta con beneficio válida en la que se apoya la *Šarī'a* islámica está lejos de esto. La venta con beneficio en origen está vinculada con la compraventa, como cuando el comerciante compra una mercancía por cien *dirhams*, después lo vende una segunda vez al comprador diciéndole: “te he vendido lo que he comprado y mi ganancia es de un *dirham* de cada diez”. A pesar de ello, la “venta con ganancia” ha sido la cobertura legal del interés en otras regiones, como en el Norte de África.

De esta manera queda claro que el *waqf* monetario no se fundamenta sobre la venta con ganancia ni incluso sobre la *muḍāraḥa*, que tienen como pilares el beneficio y la pérdida, con lo cual no cuadra con el interés del *waqf*. Únicamente se trata de unos préstamos con interés determinado para asegurar un ingreso estable para sus proyectos piadosos. En este caso, como es conocido, el dinero se invierte, por el temor a los peligros previstos y posibles, y por eso el fundador se refugia, normalmente, en la toma de medidas, o con la imposición de condiciones, que garanticen que no habrá pérdidas o se dilapide el capital constituido en *waqf*, porque de esa manera se amenaza el propio *waqf*.

Bey en Jerusalén en el año 1556²⁸⁸³. No obstante, las referencias jurídicas de las que se hace eco no corroboran esa opinión:

^a وفي ذلك الوقت كانت الدولة العثمانية تتمدد نحو الجنوب وتضم إليها بلاد الشام في 1547/هـ 923 ومصر في 1511/هـ 924 م بعد القضاء على الدولة المملوكية. ويلاحظ أنه في تلك السنة بالذات (1516/هـ 923 م) توفي العالم المعروف بالطرابلسي صاحب ((الإسعاف في أحكام الأوقاف)) الذي أصبح مرجعاً للفقهاء الحنفي في هذا المجال. وقد أبرز الطرابلسي في هذا الكتاب موقف السلف من وقف النقود، وبالتحديد موقف محمد بن عبد الله الأنصاري من أصحاب الإمام زفر القائل بجواز وقف النقود بشرط أن تدفع للمضاربة وأن يتم التصديق بالفضل منها. ولكن يبدو أن شروط المضاربة كانت غير مناسبة ولذلك لم يتطور هنا وقف النقود على المضاربة، كما هو معروف، عقد شراكة بين من يملك المال وبين من يعمل على تشغيله وتنميته مع تقاسم الربح، بينما في حالة الخسارة لا يوجد تقاسم وإنما يتحملها فقد صاحب المال أو الوقف في هذه الحالة. ونظراً إلى أن الوقف الخيري بطبيعته يقوم على وجود دخل ثابت حتى يستطيع تقديم خدماته للمحتاجين فإن الإعتماد في تشغيل أصل مال الوقف على المضاربة يحمل في طبيعته المخاطرة برأس المال الموقوف مما يهدد استمرار الوقف²⁸⁸⁴.

El autor acoge la opinión del ulema Ibrāhīm b. Mūsā al-Ṭarābulṣī, en su libro *al-Is'āf li aḥkām al-awqāf, Socorro para el régimen de los awqāf*²⁸⁸⁵. Este libro, en palabras de al-Arnāu'ut, representa la obra de referencia dentro del *fiqh ḥanafī* en materia de habices. A pesar de que al-Ṭarābulṣī expresamente solo admite que la cantidad de dinero se entregue como capital de una comandita, persiste en que esta solución provoca un gran riesgo de irrogar pérdidas en el capital del *waqf*, constituyendo una grave amenaza para su continuidad, pues en el comercio no siempre se obtienen beneficios. El temor al riesgo en las operaciones comerciales es bastante más alto, si bien, por contra, no se cae ese recelo frente a la contingencia de impago del préstamo realizado al mismo comerciante. Veamos cuáles son las prescripciones de al-Ṭarābulṣī:

^b [...] (1) وقف الدراهم والطعام والمكيل والموزون فليل له وكيف يصنع بالدرهم قال يدفعها مضاربة ويتصدق بالفضل، وكذا يبيع المكيل والموزون بالدراهم والدنانير ويدفع مضاربة ويتصدق بالفضل وقيل على هذا ينبغي أن يجوز إذا قال وقفت هذا الكر على أن يقرض لمن لا بذر له من الفقراء فيدفع إليهم ويبدونه فإذا حصدوا يؤخذ ويقرض لغيرهم وهكذا دائماً ولو رقف رب المال ضيعة من مال المضاربة يصح عند أبي يوسف مطلقاً وعند محمد لا يصح إن كان في المال ربح بناء على جواز وقف المشاع وعدمه والله أعلم²⁸⁸⁶.

Ibrāhīm b. Mūsā al-Ṭarābulṣī permite que el dinero se aporte como capital social de una sociedad en comandita, constituyéndose el beneficio como *waqf*. De la misma manera, los bienes fungibles, entre los que se encuentran los alimentos, pueden venderse y con el precio obtenido se ha de proceder de la misma manera. En consecuencia, la moneda corriente es un objeto apropiado para constituir un habiz siempre y cuando se entregue como capital social de una *muḍāraba*. En este capítulo, el ulema no menciona el préstamo en ningún momento.

a En aquel tiempo el estado otomano se expandía hacia el sur, incorporando la zona siria en el año 923 de la hégira, 1516 de nuestra era y Egipto en 924 de la hégira, 1517 de nuestra era, después de acabar con el estado mameluco. Se observa que ese año en concreto, 923 de la hégira y 1516 de nuestra era, falleció el ulema conocido como al-Ṭarābulṣī, autor de "*al-Is'āf li aḥkām al-awqāf*", que se convirtió en la referencia del *fiqh ḥanafī* en esta materia. Al-Ṭarābulṣī destacó en este libro la postura precedente sobre el *waqf dinerario*, en concreto, la postura de Muḥammad b. 'Abd -l-Allāh al-Anṣārī, entre los compañeros del imán Zafar que opina a favor de la validez del *waqf* monetario a condición de que se entregue como *muḍāraba* y que se perfeccione la fundación con el beneficio de la misma. Pero parece que las condiciones de la *muḍāraba* no son adecuadas, y por ello no se ha desarrollado el *waqf dinerario* sustentado sobre la *muḍāraba*, pues esta, como es conocido, es un contrato de asociación entre quien es propietario del capital y quien trabaja para ponerlo en acción y aumentarlo con el reparto de los beneficios, mientras que, en el caso de pérdidas, no hay reparto, sino que la soporta únicamente el dueño del capital o el *waqf*, en este supuesto. Mirando al *waqf* benéfico el cual, dada su naturaleza, se fundamenta en unos ingresos estables para poder dar sus servicios a los necesitados, si se erigiera sobre la puesta en circulación de la raíz del capital a modo de *muḍāraba*, portaría en su interior el riesgo del capital constituido en *waqf* lo que amenaza la continuidad del mismo.

b [...] (1) El *waqf* de *dirhams*, alimentos, bienes que se miden o pesan, se le ha dicho: ¿cómo se ha de actuar con los *dirhams*? Dijo: se entregan como *muḍāraba* y se constituye el *waqf* con el sobrante. Así se ha de vender los bienes que se miden o pesan a cambio de *dirhams* y dinares, que se entregan como *muḍāraba* y se constituye el *waqf* con el sobrante. Se ha dicho: ¿sobre esto se ha de validar si dijera que constituyo como *waqf* este kurr (*unidad de medida equivalente a 2420,280 kilogramos de trigo; según el diccionario del idioma de los fuqahā*) a condición de que le preste a quien no tenga semillas entre los pobres y se los entregue para que siembren; si cosecha se toma y se presta a otros y así por siempre? Si el propietario del capital social de una *muḍāraba* constituyera en *waqf* parte del mismo, sería válido para Abū Yūsuf de forma incondicional, para Muḥammad no sería válido si el capital produjera beneficio, sobre el fundamento de la validez de las comunidades de bienes y su ausencia. Dios es más sabio.

Es hora de que comprobemos algunas de las principales tesis de Abū al-Su‘ud en la recurrente *Epistola sobre la validez del waqf dinerario*.

10^a - وقد نسب القول بصحة وقف الدنانير إلى ابن شهاب الزهري فيما نقله الإمام محمد بن إسماعيل البخاري في ((الصحيحة)) حيث قال: وقال الزهري: فيمن جعل ألف دينار في سبيل الله، ودفعا إلى غلام له تاجر، فيتجر وجعل ربحه صدقة للمسكين والأقربين. هل للرجل أن يأكل من ربح تلك الألف، وإن لم يكن جعل [ربحها] صدقة للمسكين، قال ليس له [أن يأكل منها]. إنتهى.

[...] 33- وقال في ((الفتاوى العتبية)): ((وقف بقرة على رباط يشرب من لبنها أبناء السبيل، قال: لا يجوز لأنه غير متعارف حتى لو كان في موضع تعارفوا ذلك يفتى بالجواز، وقيل: كيف؟ قال: الدراهم تقرض للفقراء وتدفع مضاربة ويتصدق بالربح. والحنطة تقرض للفقراء ثم تؤخذ منها والثياب والأكسية تعطي الفقراء ليلبسوها عند الحاجة ثم تؤخذ)).

[...] 36- كيف لا؟ وقد صرح بذلك صاحب ((المحيط)) حيث نقل عنه الإمام الأشروشني في ((فصوله)) بأنه سئل عن قال: وقفت عشرين ديناراً على مسجد كذا؟ قال: لا يصح، لأنه وقف منقول، ووقف المنقول لا يصح إلا فيما تعارفوا استحساناً.

[...] 38- قلت: نزل بقاء أمثاله منزلة بقاء أعيانها بذلك تم صدق التعريف وترتب الأحكام عليها، إليه أشار بقوله: ((الدراهم تقرض للفقراء أو تدفع مضاربة ويتصدق بالربح؛ والحنطة تقرض للفقراء ثم تؤخذ منهم))، فقد جعل بقاء ما في ذمة المستقرض أو يد المضارب بمنزلة بقاء العين، فكأنه يشير بصورة الإقراض إلى إنتفاع الفقير بعين الوقف، وبصورة المضاربة إلى إنتفاع بخلته.

39- وتحقيقه أنهم جعلوا القرض إعارَةً (1/5) وأقاموا رد المثل في ذلك مقام رد العين المأخوذة -قال في كتاب المدائيات من ((الذخيرة)) في أثناء تحرير قول محمد -رحمه الله تعالى عليه-: ((لأن رد المثل قائم مقام رد العين حكماً- ولهذا جاز إستقرض الفضة ولو كان صرف بنسئة وذلك لا يجوز فيكون أمثال النقود بمنزلة حبس أعيانها وبقاء أمثاله في أثناء الإستعمال في حكم بقاء أعيانها إذ لا فرق بينهما فيما يرجع إلى المقصود²⁸⁸⁷.

Abū al-Su‘ud repasa las principales opiniones de los distintos alfaquíes, con especial atención a los discípulos de Abū Ḥanīfa, acerca de la validez de constituir bienes muebles como habices. Analizamos esta polémica en el epígrafe correspondiente del artículo dedicado al *waqf*. El jurista otomano, partiendo de un hadiz calificado como verdadero por al al-Bujārī, en el que una persona constituye una cantidad de dinares como *hubs*, se muestra partidario de ese tipo. Nos interesa sobremanera el argumento al que se acoge para revertir las reticencias de su escuela (al

a 10- La expresión de la validez del *waqf* de dinares se atribuye a Ibn Šihāb al-Zaharī, según nos transmite el imán Muḥammad b. Isma‘il al-Bujārī en su “*al-Šaḥīḥa*”, donde al-Zaharī dijo: sobre quien puso mil dinares en favor de Dios, y lo entregó a un siervo de él comerciante; traficó con ellos y el beneficio lo dio como *šadaqa* a los pobres y los familiares. ¿Ese hombre puede consumir el beneficio de esos mil? Incluso si no hubiera constituido esos beneficios como *šadaqa* para los menesterosos, no podría consumirlo. Fin.

[...] 33- Ha dicho en “*al-Fatāwā al-‘Atābiyya*”: “el *waqf* de una vaca en favor de un *ribāṭ* para que beban su leche los viajeros, según dijo, no es válido porque no es acostumbrado; si fuera algo a lo que se estuviera acostumbrado emitiría una fetua dando validez. Si se dijera ¿cómo? Dijo: los *dirhams* se prestan a los pobres y se entregan como *muḍāraba* y se constituye en *waqf* los beneficios. La cebada se presta a los pobres después se toma de ellos, los vestidos y las ropas se dan a los pobres para que las vistan cuando la necesiten y luego se cogen”.

[...] 36- ¿Cómo no? El autor de *al-Muḥīṭ* lo ha explicitado cuando ha transmitido de él al-Aštrūšnī en sus *Fuṣūl* que fue preguntado sobre quien dijo “¿he constituido como *waqf* veinte dinares en favor de tal mezquita?” Contestó: “no es válido, porque es un *waqf* de un bien mueble, y este tipo no es válido más que en lo que se está acostumbrado como mejor opinión”.

[...] 38- Dije: se ha puesto la permanencia de su equivalente en el lugar de lo permanencia del propio bien, por eso se ha validado la definición y se ha organizado sus preceptos sobre ello. A esto apunta al decir: “Los *dirhams* se prestan a los pobres y se entregan como *muḍāraba* y se constituye en *waqf* los beneficios. La cebada se presta a los pobres después se toma de ellos”. Ha convertido la permanencia de lo que resta en la *ḍimma* del prestatario o en posesión del socio trabajador en el lugar de la permanencia del bien, como si con la imagen del préstamo apuntara al aprovechamiento del pobre del bien constituido en *waqf*, y con la imagen de la *muḍāraba* al aprovechamiento de sus frutos.

39- Lo que se concluye es que ha convertido el mutuo en comodato y ha situado la devolución del equivalente en el lugar de la devolución del bien tomado. Ha dicho en el libro sobre las insolvencias del *al-Dajira* al publicar la opinión de Muḥammad, Dios el Altísimo tenga misericordia de Él: “porque la devolución del equivalente está situada en el mismo lugar que la devolución del bien, por ministerio de la ley, por ello es válido el préstamo de la plata, aunque fuera con aplazamiento, no siendo eso válido, pues el equivalente del dinero ocupa el lugar del *hubs* de bienes no fungibles y la permanencia durante su uso por ministerio de la ley ocupa el lugar de la permanencia de los propios bienes; entonces no hay diferencia entre los dos si miramos a la intención.

contrario que los medineses más partidarios del mismo) frente a este tipo de habices monetarios: en esto, la devolución del préstamo o los beneficios en una sociedad ocupan la misma posición que el bien en sí mismo constituido como *waqf*. La entrega de una misma cantidad de la misma especie y calidad equivale al mantenimiento de los propios dinares. Es decir, el montante de dinero que se constituye en *waqf* puede ser dado en préstamo o como capital social de una comandita. Esta solución, en un primer momento, se ajusta a lo defendido por Muḥammad Muwafiq. Sin embargo, Abū al-Suʿūd menciona la devolución del equivalente (misma cantidad, especie y calidad), no valida un préstamo con interés, aunque sí un contrato de cambio de plata con aplazamiento. En resumen, es admisible que el dinero, como bien habiz, se preste, aunque el interés continúe considerándose como usura. Finalmente, habría que parapetarse en algunas de las fórmulas jurídicas que el *fiqh* valida para conseguir la misma finalidad sin emplear el préstamo con interés simple. De todos modos, la legalidad del *waqf* monetario queda fuera de toda duda.

En cualquier caso, comprobamos que los *awqāf* monetarios tuvieron gran aceptación en el Imperio Otomano tal y como nos demuestra el libro de Muḥammad Muwafiq al-Arnāuʿūt. Se han iniciado algunos proyectos sobre unos estudios cuantitativos de las escrituras en el ámbito otomano, aunque todavía no han dado frutos en esta materia²⁸⁸⁸. En nuestros días, con la aparición de una economía financiera hipertrofiada acompañada de un desarrollo desmesurado de contratos y negocios jurídicos en los que se traduce, este tipo de fundación islámica ha encontrado un lugar destacado, en especial en las economías del Golfo, donde la producción petrolera ha generado grandes sumas que se han de invertir, preferentemente desde una perspectiva islámica, lo más próxima posible a los principios generales de la *Šarīʿa*. En este campo jurídico-económico, los bancos acomodan esta figura del *waqf* monetario o, en inglés, *cash waqf*, como instrumento de crédito personal salvaguardando las normas del *fiqh* sobre la usura²⁸⁸⁹. Aún alcanza una posición de mayor relevancia, convirtiéndose en la forma jurídica de la que se revisten numerosos fondos de inversión islámicos²⁸⁹⁰.

Esta evolución de los *awqāf* supone una ruptura con la tradición de la escuela *ḥanafī* clásica más apegada a los bienes inmuebles como cosas susceptibles de ser constituidas en bienes habices y la realización de fundaciones públicas, frente a la más flexible, en estos aspectos, *mālikī*. Asimismo, también canaliza ciertas aspiraciones de ruptura frente a la rigidez de las prohibiciones del riesgo y la usura. No cabe duda de que este tipo de bienes presenta una menor estabilidad y, por tanto, mayor riesgo de no cumplir el afán de eternidad de la institución. El razonamiento jurídico de Abū al-Suʿūd, en virtud del cual la restitución de un bien de la misma especie y calidad de lo prestado o del capital social de la comandita se sitúa en el mismo nivel que la continuidad de ese mismo bien²⁸⁹¹, implica la superación de la limitación de los *aḥbās* sobre tierra o edificios explotados a través de contratos de arrendamientos como única fuente financiación de la finalidad piadosa; si bien esta visión abre un camino para crear novedosos negocios jurídicos, no debemos olvidar que la validez de estos habices tiene como pilar la conservación de los bienes que los sustentan, no porque se entienda como inversión económicamente rentable. Sin embargo, la postura de Muḥammad Muwafiq, temeroso de que la sociedad se vea aquejada de pérdidas, la espinosa cuestión de los intereses y las diferentes herramientas que el *fiqh* utiliza para conseguir la misma función económica y social nos revelan que la usura y el riesgo se mantienen como principios de orden público islámico que constriñen el desarrollo de nuevas instituciones. Esta reflexión la tenemos que realizar siempre a salvo de un estudio más profundo respecto de las nuevas prácticas bancarias y sobre los fondos de inversión que actualmente se vinculan al *waqf* y que esta tesis no puede asumir.

Por último, hemos de remarcar cómo los ulemas, una vez que han convertido en socio capitalista de una *muḍāraba* al *waqf*, de facto, no se plantean la cuestión teórico-jurídica de la personalidad de estas instituciones, que no son personas naturales. No es la primera vez que nos interrogamos de esta manera. Tampoco tenemos que abandonar este apartado sin destacar las implicaciones que del hecho de convertir al administrador del habiz en fiador de la consecución de

beneficios²⁸⁹² en la comandita se derivan. Este ve aumentada considerablemente sus funciones y, en consecuencia, su responsabilidad. Ya no se limita a ser un mero ejecutor de la voluntad del fundador arrendando los bienes, cobrando las rentas y repartiendo a cada beneficiario su parte. Con este nuevo tipo monetario, se ve compelido a seleccionar muy bien al socio comercial del *waqf*, tanto mediante una comandita o un préstamo, pues ha de asegurar unos beneficios con su propio patrimonio. De esta manera, la figura se aproxima a la de gerente de una sociedad anónima.

8.5- Tendencia objetiva del derecho patrimonial islámico, más centrado en el objeto que en los sujetos del derecho

A lo largo y ancho de esta investigación hemos ido apuntando que el *fiqh* regula preferentemente el objeto de las obligaciones y contratos, mostrando cierta indiferencia hacia los sujetos intervinientes. De confirmarse este hecho, hallaríamos uno de los principales argumentos que aclaren el porqué de la exigua presencia de la institución de la persona jurídica en la *Šarī'a*, tanto en las normas aplicables como en la reflexión jurídica de los ulemas. Este epígrafe pretende sistematizar las diversas alusiones que han jalonado la tesis y exponer los resultados finales sobre esta cuestión. Como siempre, el primer paso parte de lo que los *fūqahā'* tienen que decirnos.

(14) باب أوقاف أصحاب النبي، ص، وأرض الخراج ومزارعتهم ومعالمهم. وقال النبي، ص، لعمر: ((تصدق بأصله، لا يباع ولكن يُنْفَق ثمره)) فتصدق به. 2334- حدثنا [...] قال عمر رضي الله عنه: لولا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبي، ص، خبير²⁸⁹³.

Recuperamos estos dos hadices que al-Bujārī agrupa en este capítulo de su magna obra de dichos fidedignos del Profeta. El primero sirve de pilar al régimen jurídico de los bienes habices - haz una *šadaqa* con su raíz, que no se venda, pero que se gasten sus frutos- y el otro de la regulación de las tierras de *jarāy* - 'Umar, Dios esté satisfecho de él, dijo que si no fuera por el último musulmán, ninguna aldea que conquistara se quedaría sin repartirse entre sus gentes, como repartió el Profeta Jaybar-. En ambos, un determinado patrimonio queda sujeto a unas normas que rigen las relaciones jurídicas que les afectan, de una manera en la que los bienes quedan abstraídos de su titularidad, la cual queda relegada a un segundo plano. La norma que dicta Muḥammad, en el primer caso, está redactada en forma pasiva, la cual sitúa en primer plano al objeto; en el otro, el segundo califa resalta la tierra, que no será repartida.

837- عن أبي العالية قال: ((كان رسول الله، ص، يؤتى بالغنيمة، فيضرب بيده، فما وقع فيها من شيء جعله للكعبة، وهو سهم بيت الله، ثم يقسم ما بقي على خمس، فيكون للنبي، ص، سهم، ولذي القربى سهم، وللإيتام سهم، وللأساكين سهم، ولإبن السبيل سهم. قال والذي جعله للكعبة فهو سهم الله)). قال أبو عبيد: يعني قوله: * (وأعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه)*²⁸⁹⁴.

Abū 'Ubayd al-Qāsim explica la aleya coránica “sabad que del botín que obtengáis, un quinto es para Dios” con la costumbre que tenía Muḥammad de destinar la primicia que tomaba del botín a la Ka'ba, como casa de Dios. Es decir, el ulema identifica el quinto que el Profeta dedicaba al lugar de Dios en La Meca, con el que corresponde al propio Allāh. Venimos defendiendo que la divinidad es una persona para el derecho islámico, no al modo de persona ficticia, sino plenamente

a (14) Capítulo sobre los *awqāf* de los compañeros del Profeta, las tierras de *jarāy*, sus *muzāra'a* y sus *mu'āmalā*.

El Profeta le dijo a 'Umar: “haz una *šadaqa* con su raíz, que no se venda, pero que se gasten sus frutos”.

2334- Nos habló [...] 'Umar, Dios esté satisfecho de él, dijo que si no fuera por el último musulmán, ninguna aldea que conquistara se quedaría sin repartirse entre sus gentes, como repartió el Profeta Jaybar.

b 837- De Abū al-'Āliyya que dijo: “el Enviado de Dios llegaba con el botín y lo repartía con su mano. Lo que caía en ella lo dedicaba a la Ka'ba, y era la parte de la casa de Dios; después repartía lo que restaba por quintos: una parte para el Profeta, una para los familiares, para los huérfanos una, para los menesterosos otra y para los vagabundos la otra. Dijo: lo que destinaba a la Ka'ba es la parte de Dios.

Abū 'Ubayd al-Qāsim dijo: es el significado de lo que ha dicho: *(sabad que del botín que obtengáis, un quinto es para Dios)*.

real, trascendente, pero con la misma existencia que el ser humano. Lo digno de resaltar de este fragmento es que parece que en un comienzo, seguramente antes de la Revelación coránica, el templo de la Ka'ba era considerado como un copartícipe más en el botín. Este pasaje nos conecta con el relato del biógrafo del Profeta, 'Abd Mālik b. Hišām, en el que nos refería los tesoros de la Ka'ba²⁸⁹⁵.

838^a- عن قيس بن مسلم قال: [سألت الحسن بن محمد الحنفية عن قوله] * (وأعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه)؟! فقال: هذا مفتاح كلام: لله الدنيا والآخرة. ثم اختلف الناس في هذين السهمين بعد رسول الله، ص²⁸⁹⁶.

Continuando su examen sobre las normas coránicas del reparto del botín, Abū 'Ubayd al-Qāsim acude a la opinión de Al-Ḥasan b. Muḥammad b. Al-Ḥanafīyya. Este personaje estima que la clave para entender la aleya radica en considerar que tanto este como el otro mundo pertenecen a Dios. Teológicamente, la propiedad y los demás derechos derivan de un único titular, la divinidad, en la cual encuentran su origen y fundamento.

841^b- ومما يقرب أحدهما إلى صاحبه: أن الله تبارك وتعالى ذكر أولهما بلفظ واحد، فقال: في الخمس. * (وأعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه) * فأستفتح الكلام بأن نسبه إلى نفسه، ثم ذكر أهله بعد، وكذلك قال في الفء * (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى لله) * فنسبه جل ثناؤه إلى نفسه. ثم اقتصر ذكر أهله، فصار فيهما الخيار إلى الإمام في كل شيء يُراد الله به، فكان أقرب إليه. ثم ذكر الصدقة فقال: * (إنما الصدقات للفقراء والمساكين) * ولم يقل: لله، ولكذا. فأوجبها لهم، ولم يجعل لأحد فيها خيار: أن يصرفها عن أهلها إلى من سواهم. ومع هذا أن الصدقة إنما هي من أموال المسلمين خاصة، فيحكمها أن تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم، فلا يجوز منها نفل ولا عطاء. فهذه من أموال المسلمين، وذلك من أموال أهل الكفر، فإفترق حكم الخمس والصدقة لما ذكرنا.

842- وقد كان سفيان بن عيينة -مع هذا، فيما حُكي عنه- يقول: إن الله تبارك وتعالى إنما إستفتح الكلام في الفء والخمس بذكر نفسه، لأنهما أشرف الكسب، وإنما يُنسب إليه كل شيء يُشرف ويُعظم، قال: ولم ينسب الصدقة إلى نفسه، لأنها أوساخ الناس²⁸⁹⁷.

Seguidamente, 'Ubayd al-Qāsim compara el reparto de los dos tipos de botín y el de las limosnas, *ṣadaqāt*. La principal diferencia entre ambas instituciones radica en que Dios se reserva una parte para sí de los bienes tomados de los infieles. Se trata de una personificación de la divinidad de la misma manera que las primeras fundaciones cristianas se realizaban en favor de Cristo o los santos²⁸⁹⁸, como primer escalón antes de dotar a las mismas de personalidad jurídica. Esta percepción de Dios como persona sujeto de derechos implica cierta superación del ser humano como centro de imputación de derechos y obligaciones; además, nos confirma una característica que hemos ido observando en el *fiqh*: la clasificación de los bienes creando conjuntos patrimoniales con regímenes propios.

الفصل الثاني والأربعون في أن العلماء من بين البشر أبعد عن السياسة ومذاهبها.

a 838- D Qays b. Muslim que dijo: [pregunté a Al-Ḥasan b. Muḥammad b. Al-Ḥanafīyya sobre lo que Él dijo: * (sabed que del botín que obtengáis, un quinto es para Dios) *. Dijo: esta es la clave de Sus palabras: de Dios es este mundo y el otro. Después la gente discrepó sobre estas dos partes tras el Enviado de Dios.

b 841- Lo que se acerca uno de otro: Dios, Bendito y Altísimo, se refirió a los dos con una sola expresión y dijo sobre el quinto: * (sabed que del botín que obtengáis, un quinto es para Dios) *, comenzando el discurso con la referencia a Sí mismo, después mencionó a los beneficiarios. De la misma manera dijo sobre el *ḥaq*: * (de aquello que Dios entrega como botín a su Enviado, para Dios) *, lo refirió, Excelso sea Su nombre, a Sí mismo. Luego mencionó a sus beneficiarios, trasladándose la elección al imán acerca de lo que se refiere a Dios, pues es el más cercano a Él. Posteriormente, nombró a la *ṣadaqa* y dijo: * (las *ṣadaqāt* son para los pobres y menesterosos) * y no ha dicho: para Dios y para este y aquel. Las hizo debidas para ellos, sin que nadie tuviera la potestad de elegir para no entregarlas a algunos de sus beneficiarios. De esta manera, la *ṣadaqa* forma parte de los bienes de los musulmanes privados y su régimen es que se tome de los ricos entre ellos para entregárselos a sus pobres; no se permite ni la mejora ni no entregarlos. Si estos son de los bienes de los musulmanes, aquellos son de los infieles, por lo que el régimen del quinto y la *ṣadaqa* difieren de lo que hemos mencionado.

842- Sufyān b. 'Uyyīna -en lo que se cuenta de él- dice: Dios, el Altísimo y Bendito, abre su discurso sobre el *ḥaq* y el quinto con la mención de Sí mismo, porque ambas son la ganancia más noble, y a Él se refiere todo lo que hace noble y engrandece, mientras que no refiere la *ṣadaqa* a sí mismo porque es lo más sucio de la gente.

c Capítulo cuarenta y dos sobre que los sabios entre los hombres están más lejanos de la política y sus escuelas. La causa de ello está en que están acostumbrados a la mirada intelectual y en sumergirse en los significados, apartándolas de lo sensible y abstrayéndolas en la mente como asuntos completos y generales, para juzgarlas en general,

والسبب في ذلك أنهم معاندون النظر الفكري والغوص على المعاني، وإنتراعها من المحسوسات وتجريدها في الذهن، وأموراً كلية عامة؛ ليحكم عليها بأمر على العموم، لا بخصوص مادة ولا شخص ولا جيل ولا أمة ولا صنف من الناس. ويطبقون من بعد ذلك الكلي على الخارجيات. وأيضاً يقيسون الأمور على أشباهها وأمثالها، بما إعتادوه من القياس الفقهي. فلا تزال أحكامهم وأنظارتهم كلها في الذهن، ولا تصير إلى مطابقة إلا بعد الفراغ من البحث والنظر. أو لا تصير بالجملة إلى مطابقة، وإنما يتفرع ما في الخارج عما في الذهن من ذلك؛ كالأحكام الشرعية، فإنها فروع عما في المحفوظ من الأدلة الكتاب والسنة، فتطلب مطابقة ما في الخارج لها، عكس الأنظار في العلوم العقلية، التي يُطلب في صحتها مطابقتها لما في الخارج. فهم متعودون في سائر أنظارتهم الأمور الذهنية والأنظار الفكرية لا يعرفون سواها. والسياسة يحتاج صاحبها إلى مراعاة ما في الخارج وما يلحقها من الأحوال ويتبعها، فإنها خفية. ولعل أن يكون فيها ما يمنع من إلحاقها بشبه أو مثال، وينافي الكلي الذي يحاول تطبيقه عليها²⁸⁹⁹.

Ibn Jaldūn, en sus *Prolegómenos*, tiene como objeto de estudio el nacimiento y extinción de los estados y naciones, por lo que las ciencias a las que acude principalmente a la Historia y la Política. Con este fragmento comienza el capítulo sobre la comparativa entre la Política y sus estudiosos con otras ciencias y sus sabios. En general, entiende que la Ciencia humana es aquella que extrae lo absoluto de su observación y una vez generados, se aplica a lo externo a la mente para acomodar este absoluto a las realidades exteriores. La Política necesita velar por lo que ocurre en el exterior para evitar que ocurran, si se puede, hechos no deseados. En nuestro estudio, esta reflexión del pensador tunecino nos aporta el marco en el que se encuadran los preceptos de la *Šarī'a*. En concreto, afirma que estos exigen que lo exterior a ella concuerde con los mandatos contenidos en *El Corán* y la *Sunna*. De esta manera, comprobamos que, desde un punto de vista, si se desea, ontológico, el *fiqh* pretende modificar la realidad externa con el fin de ajustarla a los mandatos divinos. El análisis de los sujetos de derecho, sin descartarse, es un fin secundario, subordinado a esta finalidad primordial.

^aسؤال ثالث على فصل من هذه القضية أيضاً:

[...] في رجل أدخل طريقاً من طرق المسلمين في جنته وحازها وغرسها وقطع المرور عليها فأغتلها مد ثم بعد ذلك قامت فيها البيئة وحيزت ولزم إخراجها للمسلمين. ماذا لزم في ذلك وما ترى فيما يغتل مما غرسه فيها [...] الجواب على هذا السؤال الثالث: [...] ويلزم الذي إقتطع المحجة وأدخلها في جنته وقطع منافع الناس بالمرور عليها وهو عالم بذلك غير جاهل به مستحق بإرتكاب المحذور فيه الأدب على ذلك مع طرح الشهادة. لا يجب عليه في ما إغتلته مما إغترسه فيها شيء يحكم به عليه إذا ليس الطرق لمعين، فيحكم له بحقه فيما إغتل منه على ما في علمك من الإختلاف في ذلك، وإنما هن حق لجماعة المسلمين في المرور عليها وهو أحدهم.²⁹⁰⁰

Este fragmento, escogido de entre algunas de las fetuas de 'Iyyād b. Mūsā que abordan la cuestión de la recuperación por vía judicial de la propiedad (acción reivindicatoria, *istiḥqāq*, en árabe), ya lo analizamos en el capítulo quinto, mientras nos interrogábamos sobre la posibilidad de que la *umma*, conjunto de musulmanes, alcanzara la condición de persona jurídica. Respondimos negativamente. Sin embargo, las construcciones gramaticales utilizadas, al igual que nos ocurría

no por sus especialidades materiales, personales, o naciones de la gente. Aplican después de eso lo global a lo externo. También calibran los asuntos con otros parecidos, según lo acostumbrado en la analogía del *fiqh*. Permanecen estos juicios y sus miradas en sus mentes; llegan a concordar más que tras finalizar la investigación y el estudio. O no concuerda completamente, sino que se deriva lo que está en el exterior con lo que está en la mente de ello. Así los preceptos legales, únicamente son derivados de las pruebas guardadas en el Libro y la Sunna, que exigen que lo externo concuerde con ellos, al contrario que los los estudios en las ciencias intelectuales, que exigen para su validez su concordancia con lo que está en el exterior. Ellos están acostumbrados en el resto de asuntos a los asuntos intelectuales y los estudios sobre ideas y no conocen otros. La política exige a su titular velar por lo que está en el exterior y las situaciones que se incluyen y seguirlas, pues están ocultas. Quizás hallen aquello que impida que elementos similares se incluyan y excluyan el absoluto que se intenta aplicar a ello.

a Tercera pregunta sobre un apartado de esta cuestión:

[...] Sobre un hombre que incluyó uno de los caminos de los musulmanes en su huerto, lo poseyó, plantó y cortó el paso, cosechando durante un tiempo. Después se levantaron pruebas contra él, se tomó posesión y se le obligó a abandonarlo en favor de los musulmanes. A qué está obligado y qué opinas de lo que cultivó y cosechó [...]

Respuesta a esta tercera pregunta: [...] está obligado al camino que ha sido cortado y agregado a su huerto, impidiendo el disfrute de la gente mediante el paso, con pleno conocimiento, sin que lo ignorara, por eso se le quita, al haber cometido una acción prohibida, con el aporte de testimonio. No está obligado a nada de lo que ha cosechado ni se le condena por ello; pues no es un camino propiedad de una persona determinada, por lo que el fallo es a su favor en cuanto a lo que ha cosechado, conociendo tú las diferencias que se producen en este asunto. Es un derecho de la comunidad de los musulmanes al paso por él, siendo él uno de ellos.

frecuentemente con el contrato de sociedad, a veces apuntan, en apariencia, en otra dirección. En el texto, el camino apropiado por un vecino pertenece según el tenor literal de la frase a los musulmanes. En realidad, estaríamos ante una forma de expresar que es una vía de uso público. La clave nos la aporta el mismo 'Iyyāḍ unas líneas más adelante: *No está obligado a nada de lo que ha cosechado ni se le condena por ello; pues no es un camino propiedad de una persona determinada, por lo que el fallo es a su favor en cuanto a lo que ha cosechado*. Es decir, lo que sembró en el terreno perteneciente a la vereda le corresponde al usurpador, aunque deba restituir el camino, pues el verdadero propietario no es alguien determinado, sino un grupo difuso. Esto nos remite a la cuestión de la expectativa de derecho del que es titular cada uno de los miembros de esos conjuntos. Resulta muy significativo que, a pesar de no constituir un derecho pleno, sí sea eficaz la reivindicatoria con el fin de recuperar la propiedad pública. No se nos informa acerca de quién interpone la acción judicial. Toda esta respuesta judicial indica que la pregunta sobre quién es el titular es menos relevante que la de qué acontece al objeto del derecho.

^aسؤال عن إقتطع محجة وفيها حق لحبس. جوابك -رضي الله عنك- في نازلة نزلت وذلك قائماً إحتساب على رجل بنى حماماً وأثبت شهادات أدخل فيها طريقاً لدار فيها جزء حبس على مسجد وأدخل مع الطريق رحبة فيها مرتفق للمسلمين، فقبل القاضي شهادات وهدم من الحمام طائفة حتى أخرج الرحبة التي فيها من حقوق المسلمين تم تراخي الأمر وصرف ذلك الحاكم رجاء النظر بعد إلى غيره وقد مات الشهود قبل أن يحدوا مقدار الطريق التي للدار المحبس بعضها الباقي إخراجها. فما ترى في ذلك كما يخرج من هذا البناء للطريق إلى الدار المذكورة وكيف إن فشركاء المسجد في الدار: نحن نحد الطريق وكيف إن كان إدخالها من فعل من باع منه القاعة، وكيف إن دعا إلى الصلح على تطيبيل حق المسجد من داره سنين معلومة بقدر ما يلزمه نفسه وشهد أن هذا أنفع للمسجد من إخراج الطريق لداره وإدخالها طريقاً آخر ومنفعة السجد بكراء هذه الطريق ظاهرة والمسجد له محتاج ولا منفعة له بإخراج الطريق. فهل ترى أن تطيبيلها على هذا الوجه جائز أو لا يجوز إدخالها في جملة الملك وإستحواده عليها وأنه تغيير للحبس. بين لنا ذلك مأجوراً والسلام.

الجواب: تصفحت السؤال ووقفت عليه، وإن كانت الدار محتاجة إلى الطريق لوجه منفعة لها فيها وجب هدم البناء منها وردها إلى حالها وإن لم يكن للدار فيها منفعة لا إستغناء بها عنها بسواها فلا أرى أن يهدم على باني الحمام من بناء في الطريق ويشهد عليه بها أن إحتياج يوماً ما لإستحقاق الطريق الأخرى أو بما سوى ذلك، وإن إلتزم الكراء فيها شهد عليه بذلك تحصيناً للأمر وبالله التوفيق. قال محمد بن رشد²⁹⁰¹.

Esta nueva cuestión planteada al ulema ceutí, que en la recopilación que venimos utilizando sigue inmediatamente a la anterior (y que comentamos en el capítulo séptimo), plantea el mismo problema que en la precedente, pero en este caso, la acción reivindicatoria se ejercita en favor de un *hubs*, o una mezquita en atención a la literalidad del fragmento. En este supuesto, no incide en el hecho de que el sujeto sea indeterminado o no. Asimismo, se da una doble solución: si el camino es necesario, se ha de restituir, si no, se puede alquilar y que el bien habiz, la mezquita, se quede con la renta. En este caso, entendemos que el *waqf* sí posee las características de la persona jurídica, de tal modo que las construcciones gramaticales que lo atestiguan nos llaman menos la atención. No

a Pregunta sobre quien corta un camino en el que existe el derecho de un *hubs*.

Tu respuesta, Dios esté satisfecho de ti, en una fetua sobre un demandante que alegó que un hombre había construido unos baños, aportando varios testimonios de que había introducido un camino a la casa, parte de la cual era un *hubs* en favor de una mezquita y se había introducido en un patio amplio que era una servidumbre de los musulmanes. El juez admitió los testimonios y derribó la parte de los baños que había invadido el patio, que era un derecho en favor de los musulmanes. El asunto se apaciguó y ese juez derivó la vista sobre el tema a otro, habiendo fallecido los testigos, antes de delimitar la parte del camino que había de sacar de la casa constituida en *waqf*. ¿Qué opinas si se saca de esta construcción el camino hacia la casa mencionado y si los comuneros de la mezquita dijeran sobre la casa que ellos fijan el camino y prestamos juramento si el constructor no lo hace? ¿Se ha de obligar al constructor a reconocer la medida del camino? ¿Cómo se introduce por la acción de quien ha vendido la sala? ¿Cómo, si se invita a una conciliación para transigir con el derecho de la mezquita frente a la casa durante años determinados, en la cuantía que se le obligue, pues es más útil para la mezquita que sacar el camino a su casa y crear otro camino pues el provecho para la mezquita es alquilar el camino, pues precisa de él y no obtiene ningún beneficio sacando el camino? ¿Opinas que transigir de esa manera es válido o no se permite introducir el camino en la totalidad de la propiedad y apropiarse de él pues supone una modificación del *hubs*? Ilumínanos este tema de forma profesional y la Paz.

La respuesta: he ojeado la pregunta y me he detenido en ella. Si la casa necesitara el camino para su provecho, se debe derribar la construcción y devolverlo a su estado. Si la casa no tuviera provecho de él y pudiera prescindir de él por otro, no creo que se deba derruir por el constructor y que sirva de testimonio si lo necesitara recuperar algún día. Si la renta fuera obligatoria, fallo en contra, en defensa del asunto. En Dios está el éxito, ha dicho Muḥammad b. Ruṣḍ.

obstante, si partimos de la premisa de que los alfaquíes intentan dan respuesta a lo que se ha de hacer según los postulados de la *Šarī'a*, con independencia de quién sea el dueño o que este no exista, pasa más desapercibida la forma de redactar. No resulta sencillo encontrar referencias a categorías de sujetos de derecho, como análisis independiente, en los libros de *fiqh*. En cualquier caso, la cuestión lingüística no motivó nuestra inclusión de los habices como personas jurídicas.

[...] ^a (مسألة فلو كان المدعي وارثاً أدعى أن أباه مات وهو وارثه أو كان أخاه مات وهو وارثه وأن للميت على هذا الف درهم وأراد كفيلاً من الرجل حتى يثبت ذلك عليه فإن القاضي يأخذ له منه كفيلاً ثلاثة أيام حتى يثبت وفاة أبيه ونسبه منه والدين له فرق بينهما أو بين الوصي والوكيل أنه لا يؤخذ لهما كفيلاً ما لم يثبت الوصاية والوكالة والفرق بينهما أن الوارث يدعي الحقوق لنفسه لأن بالموت ينتقل الحق من الميت إليه وكل من يدعي حقاً لنفسه فهو خصم على كل حال ولا كذلك الوصي والوكيل فإنهما لا يدعيان الحق لأنفسهما إنما يدعيان ذلك للميت والموكل لكن حتى ثبت ذلك للميت كان الوصي نائباً عنه فلما لم تثبت النيابة لا يكون خصماً ونظر الوارث...²⁹⁰²

En la glosa de 'Umar b. 'Abd al-'Azīz, sobre la obra de al-Jaṣṣāf dedicada a los jueces, en el capítulo sobre las actuaciones procesales en las que se precisa la constitución de fianza a cualquiera de las partes, descubrimos aspectos de la reglamentación de los demandantes y demandados muy valiosos en nuestro estudio. En concreto, el autor del siglo XI analiza si el juez ha de pedir fianza al heredero que reclama una herencia, mientras prueba el fallecimiento de su causante. El jurista distingue entre el heredero, quien interpone la demanda en defensa de un derecho propio, con lo que ha de ser considerado parte y se le puede exigir la constitución de la garantía, y el albacea del fallecido, quien acude al juez en defensa del derecho del fallecido; nunca sería parte si no demuestra su condición de representante del muerto. Nos encontramos ante una peculiaridad más de la sucesión islámica. El derecho islámico no encuentra reparo en calificar de esa manera al ejecutor de la voluntad del causante, cuya personalidad se habría extinguido por la muerte; nuestro Código Civil, en los artículos 892 y siguientes, no llega a tal extremo.

^bباب الرجل يوصي إلى من لا تجوز إليه الوصية.

(قال ولو مسلماً أوصى إلى ذمي لم تجز الوصية [إليه]، وأخرجه القاضي من الوصاية وجعل وصياً مكانه)، يريد بقوله لم تجز الوصية أنه لا يقر عليها ويخرجه القاضي منها، فإنه قال في الكتاب وأخرج القاضي من الوصاية، والإخراج إنما يكون للدخل، وكذا قال [في الأصلين] في كتاب القسمة، إذا كان في التركة خمر فقسما الوصي الذمي صح، لكن القاضي يخرجه من الوصاية لأنه بعقد الوصية تثبت له ولاية على المسلم وهم الورثة والميت والتركة وذلك غير جائز...²⁹⁰³

Continúa con el apartado de las personas cuyo nombramiento como albacea no sería válido. El primer ejemplo que aparece sería el de un no musulmán que vive por el pacto de *dimma* en un estado islámico quien no podría ostentar el cargo si el causante fuera musulmán. Con independencia del carácter subordinado de estas comunidades y la discriminación que supone que estas personas tuvieran vedado el ejercicio de cualquier tipo de autoridad sobre un creyente islámico, aunque fuera meramente civil como el albaceazgo, hay que resaltar que se considera musulmán, en palabras del

a [...] (Cuestión: si el demandante fuera un heredero y reclamara que su padre hubiera muerto o su hermano, siendo él el heredero, y que el fallecido fuera titular de un derecho contra él de mil *dirhams* y quisiera -imponerle- una fianza hasta que demuestre esto, el juez impondría una fianza durante tres días hasta que probara la muerte de su padre, la filiación y la deuda de la que fuera acreedor) la diferencia entre este y el albacea o delegado sería que de estos dos no tomaría fianza mientras no probaran el albaceazgo o la delegación; la diferencia sería que el heredero demanda por unos derechos propios, porque, con la muerte, el derecho del muerto se trasmite a él y todo aquel que interponga una demanda por un derecho propio, sería la contraparte en cualquier caso; no ocurre así con el albacea ni el delegado, pues estos dos no demandan por un derecho propio, sino que lo hacen en favor del muerto y el delegado, pero, al probarse el derecho del muerto, el albacea sería un delegado de él; mientras no se pruebe la delegación, no sería una contraparte del heredero...

b Capítulo sobre el hombre que nombra albacea a alguien sobre quien no es válido el nombramiento de albaceazgo. (Dijo: si un musulmán hubiera nombrado a un *dimmi*, no sería válido el albaceazgo y el juez lo expulsaría del cargo, colocando a otro en su lugar). Con esta expresión quiere decir que no es válido ni se confirma el nombramiento y que lo expulsa el juez del albaceazgo. En el libro ha dicho: “y lo expulsa del albaceazgo”, pues la expulsión solo se da en quien ya está dentro. Ha dicho en el libro sobre la partición: si hubiera en la herencia bebidas alcohólicas, y las repartiera el albacea *dimmi*, sería válida. Pero el juez lo expulsará del albaceazgo porque con el contrato de albacea se ha confirmado la autoridad sobre el musulmán que está representado por los herederos, el fallecido y la herencia y eso no es válido...

autor, tanto a los herederos, como al causante y la herencia: el fallecido se califica de persona situada bajo el poder del albacea y, en la literalidad del texto, también la herencia.

^a(قال وإن كان للميت أوصى بشيء كان للأب أن ينفذ وصاياه، ولو مات وعليه ديون كثيرة وله ورثة صغار وترك متاعاً وعقاراً لم يكن للأب أن يبيع شيئاً من تركته الميت)، والفرق بينهما وهو أن تنفيذ الوصية إنما كان لحق الميت وهو نائب عنه والبيع إنما كان لحق الغرماء و [هو] ليس بنائب عنهم وإليه أشار في الكتاب فقال (لأن ذلك للغرماء) فرق بين الجد وبين وصي الأب [فإن وصي الأب] يملك بيع التركة لقضاء الديون وتنفيذ الوصايا والأب لا يملك البيع لذلك، وينبغي أن يحفظ [هذا] من صاحب الكتاب، لأن محمداً رحمه الله لم يذكره في المبسوط على هذا البيان، فإنه أقام مقام الأب، لأنه قال إذا ترك وصياً وأباً فالوصي أولى فإن لم يكن فالأب أولى فإن لم يكن فهكذا وهكذا إلى أن قال فوصي الجد ثم وصي القاضي وصاحب الكتاب بين ذلك، (قال ولو أن رجلاً له ابن لم يدرك أذن له في التجارة فأستدان ديناً ومات الإبن وترك متاعاً وعقاراً والدين يحيط بما تركه لم يكن لأبيه أن يبيع شيئاً مما تركه) لأنه مشغول بحق الغرماء فلا يملك البيع إلا برضى الغرماء،...²⁹⁰⁴

‘Umar b. ‘Abd al-‘Azīz, en un par de páginas posteriores al párrafo anterior, las cuales sirvieron de referencia en el estudio del caudal hereditario como posible persona jurídica hasta su liquidación en el capítulo sexto, vuelve a incidir en la tipificación del albacea como agente del causante, no de los posibles acreedores del fallecido; por eso, en la mayoría de las ocasiones no está capacitado para vender bienes de la herencia con los que hacer frente a las obligaciones de la misma. En cierto sentido, en estas líneas, al igual que ocurre en otras obras, se tiene la sensación de que el muerto continúa siendo considerado como sujeto de derechos y obligaciones.

^b(فإن أثبت الغرماء حقوقهم بمحضر من هذا الوصي وسألوا القاضي أن يأمره بدفعه إليهم من مال الميت فينبغي للقاضي أن يستحلف كل واحد منهم قبل أن يدفع إليهم شيئاً بالله ما قبضت شيئاً من هذا المال الذي ثبت لك من فلان ولا من أحد أداه إليك عنه ولا قبض ذلك قابض بأمرك ولا أبرأته منه ولا من شيء منه ولا أحال ذلك ولا شيء منه فلان الميت ولا إرتهنت بذلك ولا بشيء منه رهناً من فلان، وإن لم يدع الوصي ذلك) لأن الميت عاجز عن النظر لنفسه بدعوى أحد هذه الأشياء محتاج إلى من ينظر له والوصي نائب عنه لكن النائب قد يقصر ولا يبالغ النظر فلا ينبغي للقاضي أن يدع النظر فيحلفه وإن كان الوصي لم يدع ذلك ولا الوارث...²⁹⁰⁵

En sus notas sobre la obra de al-Jaṣṣāf, *Adab al-Qāḍī*, que hemos transcrito, trata de establecer los requisitos para probar judicialmente los derechos de los acreedores frente al muerto. El título del epígrafe en sí supone un nuevo pilar en la idea de que la personalidad del causante, hasta la definitiva liquidación de su patrimonio, no se extingue definitivamente. Asimismo, una vez constatados procesalmente, el juez, si el albacea o algún heredero no lo exige, ha de pedir un juramento a los acreedores sobre las deudas antes de exigir al albacea que proceda al pago de las mismos a cargo del patrimonio del fallecido. El argumento esgrimido es que el fallecido,

a (Dijo: y si el muerto hubiera legado alguna cosa, el padre debe ejecutarlo; si muriera teniendo muchas deudas y con herederos menores, dejando bienes muebles e inmuebles, el padre no podría vender nada de la herencia del muerto). La diferencia entre ambos es que la ejecución del legado únicamente se realiza en favor del derecho del muerto y es un delegado del mismo, mientras que la venta se realiza en defensa de los acreedores, no siendo él su representante. A esto apunto en el libro diciendo porque eso es de los acreedores. La diferencia entre el abuelo y el albacea del padre radica en que este último puede vender la herencia para abonar las deudas y ejecutar los legados, mientras que el padre no puede vender para ella. Hay que guardar esto del autor del libro, porque Muḥammad no lo ha nombrado en el *Mabsūt*. Si el abuelo ocupa la posición del padre, porque si ha dejado un padre y un albacea, este está primero, si no, el padre, el abuelo, el albacea nombrado por el abuelo y por último el nombrado por el juez; el autor del libro ha dejado claro esto. (Dijo: si un hombre tuviera un hijo, sin que lo hubiera autorizado para el comercio, y este se endeudara, muriendo con muebles e inmuebles y la deuda que supera el haber de su herencia, su padre no podría vender nada de la misma) porque estaría vinculada al derecho de los acreedores, y no podría hacerlo más que con el consentimiento de estos. (Dijo: asimismo el esclavo autorizado para comerciar. Si endeudara y fuera declarado en quiebra o falleciera, su patrón no tendría autoridad sobre nada para venderlo) porque estaría vinculado al derecho de los acreedores, el único que podría hacerlo sería el juez, y Dios es conocedor de lo correcto.

b (Si los acreedores dieran constancia de sus derechos en presencia de este albacea y solicitaran del juez que le ordenara que los pagaran del dinero del muerto, el juez debería pedir a cada uno de ellos juramento antes de que se les pagara nada, juramento por Dios de que no hubiera tomado posesión de nada de estos bienes que se han constatado de fulano ni que nadie le hubiera satisfecho, y si hubiera tomado posesión alguien por orden suya, que no lo hubiera liberado, ni nada de ello, ni que hubiera transmitido eso ni nada al fallecido, ni hubiera asegurado con prenda eso, ni fuera nada con nadie, si el albacea no lo hubiera hecho). Porque el muerto es incapaz de velar por sí mismo, con las demandas de alguna de estas cosas; precisa de alguien que vele por él, siendo el albacea su representante, pero el representante quizás sea negligente en su función y no llegue a velar por los asuntos como debe. Por ello, el juez no debe solicitar la administración y ha de pedir el juramento, aunque no lo hubieran solicitado ni el albacea ni el heredero.

obviamente, no puede administrar esos asuntos y precisa de quien se encargue de ellos. En definitiva, tanto el juez como el albacea actúan como representantes del causante.

^a(قال ولو أن رجلاً مات وعليه دين وترك ألف درهم وترك ابناً فقال الابن هذه الألف وديعة كانت عند أبي فلان وجاء فلان ويدعي ذلك فصدقه غرماء الميت في ذلك وقالوا الألف لفلان أو كذبه وقالوا الألف للميت، أو لم يصدقوه ولم يكذبوه وقالوا لا ندري لمن هي، فإن القاضي يقضي للغرماء بألف عن الميت ولا يجعلها المدعي الوديعة) لأن إقرار الورثة وتصديق الغرماء لم يصح، أما إقرار الورثة فلأن إحاطة الدين بالتركة تمنع ملك الورثة فكان إقرار الورثة [إقرار] في ملك الغير فلم يصح وأما تصديق الغرماء لوجهين أحدهما أن الترك لم تصر مملوكة لهم، إنما لهما حق إستيفاء الدين من التركة فكان هذا إقراراً في ملك الغير وهو الميت، والثاني ما أشار إليه صاحب الكتاب (أن القاضي لا يصدقهم على الميت أن يتركوه مرتين بالدين)...²⁹⁰⁶

‘Umar b. ‘Abd al-‘Azīz aporta nuevas reglas sobre la confirmación de las deudas frente al causante. En esta escuela, la de los seguidores de Abū Hanīfa, si el activo de la herencia es inferior a su pasivo, los bienes del caudal hereditario se mantienen bajo el dominio del fallecido. Por ello, el reconocimiento de deuda por parte de los herederos o el resto de los acreedores es nulo, ya que se produce sobre una propiedad ajena, la del muerto. Sea por una cuestión práctica o de otra índole -no parece que los alfaquíes deriven una teoría de la personalidad a raíz de la titularidad de derechos en favor de personas que ya no existen-, la conclusión es que la esfera jurídica del ser humano no descansa hasta la liquidación definitiva de todo su patrimonio.

En este momento, conviene recopilar la opinión de las distintas escuelas ortodoxas, según la expone el jurista egipcio al-Sanhūrī, sobre la transmisión de la propiedad de los bienes de la herencia a los herederos. La regla general consiste en que las deudas del causante no pasan a los herederos²⁹⁰⁷. Los miembros de la escuela *mālikī* mantienen los bienes dentro del dominio del difunto hasta el abono total de sus deudas²⁹⁰⁸; esta postura es consecuente con su posición sobre la propiedad del dominio directo de los bienes habices cuya titularidad corresponde al fundador, aun después de su muerte. Los *šāfi‘īes*, sí consideran que, en el momento del fallecimiento del *de cuius*, los herederos adquieren la propiedad de los bienes hereditarios. No obstante, surge la prohibición para estos de disponer de los bienes del caudal, aunque las deudas no superen su montante, debido a la constitución de una hipoteca o prenda legal en favor de los acreedores, siendo nula para esta escuela la transmisión de los bienes sujetos a prenda o hipoteca. Otros seguidores, no ven inconveniente en estas disposiciones puesto que los acreedores del fallecido están facultados para rescindirlos. En este orden de cosas, los discípulos de Ibn Ḥanbal conceptúan la deuda a modo de vínculo entre un acreedor y un bien, no entre dos personas: acreedor y deudor²⁹⁰⁹. Finalmente, los *ḥanafīes* diferencian las herencias cuyo pasivo es superior al activo, en las que la propiedad se mantiene en el causante, de aquellas en las que el activo supera al pasivo, completándose en ese caso el traspaso patrimonial a los herederos, aunque estos no pueden disponer de los bienes hasta el cumplimiento de las obligaciones²⁹¹⁰. Si para la *Šarī‘a* la sucesión supone la liquidación de un patrimonio y el reparto del posible excedente, la cuestión de la herencia vacante, resulta más complicada que la cuestión de la herencia yacente, (aquella en la que el heredero todavía no la ha aceptado) suponga un replanteamiento de la existencia de sujetos de derecho distintos a la persona humana²⁹¹¹. Los ulemas musulmanes no se sienten interrogados ni extrañados en este sentido por el hecho de que unas obligaciones y la propiedad de unos bienes sean de titularidad de una persona ya fallecida. Actúan como si la muerte fuera una especie de quiebra. No obstante, llama la atención

a (Dijo: si un hombre muriera teniendo una deuda frente otro, hubiera dejado mil *dirhams* y tuviera un hijo que dijera que esos mil eran un depósito del que su padre era depositario en favor de fulano, este llegara y lo reclamara, los acreedores del muerto lo creyeran y dijeran que esos mil eran de fulano, lo desmintieran diciendo que pertenecen al muerto, o no lo creyeran ni lo desmintieran y dijeran que no saben de quién son, el juez fallaría en favor de los acreedores por mil sobre el muerto y no al que reclamara el depósito). Esto es así, porque el reconocimiento de los herederos y la confirmación de los acreedores no son válidos. En lo que respecta a los herederos, se debe a que, al cubrir la deuda la herencia, se impide la propiedad de los herederos, convirtiéndose el reconocimiento de los mismos en un reconocimiento sobre la propiedad de un tercero, lo que no es válido. En cuanto a la confirmación de los acreedores, por dos motivos: el primero se refiere a que la herencia no se ha convertido en su propiedad, sino que únicamente son titulares de un derecho que su deuda sea satisfecha a cargo de la herencia, siendo la confirmación sobre una propiedad ajena, que es la del muerto. La segunda se refiere a lo que apunta el autor del libro: el juez no confirma su derecho frente al muerto, sino que lo dejan como acreedores pignoraticios por la deuda...

cómo, en los casos que hemos repasado, los alfaquíes no analizan esta situación desde el punto de vista de los interrogantes que de ella se derivan respecto a la personalidad como uno de los temas centrales del derecho. Una de las posibles explicaciones para esta laguna podría hallarse en la tendencia objetiva del *fiqh*, pues otro tipo de consideraciones nos conducirían a la negligencia o una técnica jurídica más rudimentaria.

^aالقاعدة الخامسة والثمانون: الحقوق خمسة أنواع.

أحدها: حق ملك. [...] والثاني: حق تملك، كحق الأب في مال ولده وحق القابل للعقد إذا وجب له [...] النوع الثالث: حق الإنتفاع ويدخل فيه صور [...] النوع الرابع: حق الإختصاص وهو عبارة عما يختص مستحقه بالإنتفاع به ولا يملك أحد مزاحمته فيه وهو غير قابل للشمول والمعاضات.

[...] والنوع الخامس: حق التعلق لإستيفاء الحق وله صور:

منها: تعلق حق المرتهن بالرهن ومعناه أن جميع أجزاء الرهن محبوس بكل جزؤ من الدين حتى يستوفي جميعه.

ومنها: تعلق حق الجناية بالجاني ومعناه أن حقه إنحصر في ماليته وله المطالبة بالإستيفاء منه، ويتعلق الحق بمجموع الرقبة لا بقدر الأرش على ظاهر كلام الأصحاب، ويباع جميعه في الجناية ويستوفي منه حق ويرد الفضل على السيد [...]

[...] ومنها: تعلق حق الغرماء بالتركة هل يمنع إنتقالها بالإرث على روايتين، وهل هو كتعلق الجناية أو الرهن؟ إختلف كلام الأصحاب في ذلك وصرح الأكثرون بأنه كتعلق الرهن ويفسر بثلاثة أشياء: أحدها: أن تعلق الدين بالترك وبكل جزء من أجزائها فلا ينفك منها شيء حتى يوفي الدين كله [...]

[...] الثاني: أن الدين في الذمة ويتعلق بالتركة وهل هو في ذمة الميت أو الورثة؟ على وجهين سبق ذكرهما. والثالث: أنه يمنع صحة التصرف [...]

[...] وقال الشيخ تقي الدين: وهي بدل على أن الغرماء لا يتعلق حقهم بالمال إلا بعد الموت؛ لأن حقهم في الحياة في ذمته والورثة لا يتعلق حقهم بالمال مع الدين فيبقى الثلث الذي ملكه الشارع التصرف فيه لا مانع له من التصرف فيه فينفذ تصرفه فيه منجزاً لا معلقاً بالموت بخلاف الزائد على الثلث إذا لم يكن عليه دين، فإن حق الورثة يتعلق به في مرضه إذ لا حق لهم في ذمته.

[...] ومنها تعلق الزكاة بالنصاب هل هو تعلق شركة أو إرتهان أو تعلق الإستيفاء كالجناية إضطرب كلام الأصحاب في ذلك إضطراباً كثيراً. ويتحصل منه ثلاثة أوجه: أحدها، أنه يتعلق شركة وصرح به القاضي في موضع من شرح المذهب وظاهر كلام

a Regla ochenta y cinco: los derechos son de cinco tipos.

Uno de ellos: el derecho de propiedad. [...] El segundo: derecho a adquirir la propiedad, como el derecho del padre sobre el bien de su hijo, el derecho de quien acepta el contrato si se le debe [...] El tercer tipo: el derecho al aprovechamiento y en él se encuadran varios [...] El cuarto tipo: el derecho a la exclusividad, que es la expresión sobre lo que es exclusivo de su titular para su aprovechamiento, donde nadie está facultado para competir en ello, sin que admita supervisión ni compensación.

[...] El quinto tipo: derecho a vincularse para satisfacer un derecho y hay varios ejemplos:

Entre ellos: la vinculación del derecho del acreedor pignoraticio, en el sentido que todas las partes de la prenda son retenidas por cada parte de la deuda hasta que se satisfaga por completo.

Entre ellos: la vinculación por el derecho derivado del delito, llevado a cabo por un esclavo, con quien lo comete; es decir, este derecho se limita a su patrimonio y faculta para exigir su cumplimiento; se vincula el derecho con toda la persona del siervo, no con la cuantía de la indemnización según la literalidad de lo que dicen los compañeros. Se vende la totalidad del esclavo para pagar la cuantía total y se devuelve el excedente al señor [...]

[...] Entre ellos: la vinculación del derecho de los acreedores a la herencia, ¿impiden la transmisión sucesoria? Existen dos opiniones. ¿Es similar a la vinculación propia del delito o de la prenda? Los compañeros discrepan sobre esto; la mayoría afirma que es similar a la prenda y lo explican con tres casos: el primero se refiere a que la deuda se vincula a la herencia en cada parte de la misma y no se fracciona hasta que se satisfaga la totalidad de la deuda...

[...] La segunda: la deuda que está en la *dimma*, y se vincula a la herencia, ¿se sitúa en la *dimma* del muerto o de los herederos? Hay dos tesis, como ha precedido su mención. La tercera es que impide la validez de la disposición [...]

[...] El jeque Taqī al-Dīn ha dicho: es una prueba de que los acreedores no vinculan su derecho con los bienes más que tras la muerte, porque su derecho en vida se sitúa sobre su *dimma*, los herederos no vinculan su derecho con los bienes si existen deudas; queda el tercio que el Legislador le faculta para disponer de él, sin impedimento, se ejecuta su disposición de forma completa, no suspendida hasta la muerte, a diferencia de lo que supere ese tercio, si no hubiera deudas, pues el derecho de los herederos se vincula al mismo en caso de enfermedad, pues no tienen ningún derecho sobre su *dimma*.

[...] Entre ellos: la vinculación de la *zakāt* con el mínimo gravado, ¿es una vinculación de comunidad de bienes o de acreedor prendario o vinculación para satisfacer el derecho como en el delito? La opinión de los compañeros no es estable, y oscila mucho. De ello se derivan tres corrientes. Una de ellas es que se produce una vinculación como en la comunidad de bienes, y así lo explicita el Juez en un lugar de su exégesis de la escuela y así es la literalidad de la opinión de Abū Bakr que se fundamenta en esto y lo ha mostrado en otro lugar. La segunda: es una vinculación para satisfacer un derecho y así lo establece el Juez y otros más. Después, otros lo asimilan a la vinculación del delito y algunos con la vinculación de la deuda con la herencia. Otros afirman que es una prenda.

أبي بكر يدل عليه وقد بينته في موضع آخر. والثاني: تعلق إستيفاء وصرح به غير واحد منهم القاضي، ثم منهم من يشبه بتعلق الجناية ومنهم من يشبهه بتعلق الدين بالتركة. والثالث: أنه تعلق رهن...²⁹¹²

El *ḥanbalī* Ibn Raḡab, en sus *Reglas de fiqh*, expone su teoría sobre los tipos de derechos que existen. Los divide en cinco clases: el derecho de propiedad, el derecho a obtener la propiedad, el derecho a usar y disfrutar, el derecho de exclusividad y, el quinto, el derecho a vincular para que se satisfaga un derecho. Nos centramos en este último tipo; el mismo se caracteriza por el surgimiento de un nexo entre una obligación y un bien o conjunto de bienes concretos. Dentro de esta clase, el ulema incluye los que en el ámbito español se denominan derechos reales de garantía, como la prenda o la hipoteca. Sin embargo, también lo componen otros menos trasladables a nuestro ámbito: la responsabilidad derivada de delito, el nexo entre los acreedores del causante y su herencia y el vínculo entre la limosna legal y el patrimonio gravado. Este género de derechos tiene como punto en común, a grandes rasgos, que la relación entre la parte activa y la pasiva no tiene como sujetos a dos personas; el acreedor persigue bienes concretos formen parte o no el patrimonio de un deudor individualizado. En su momento, observamos la distinción entre derechos (que afectan a bienes) y deudas, de las que responde la *ḍimma* del deudor. Otro aspecto muy interesante radica en que algunas opiniones de la escuela se decantan por mantener esa *ḍimma* de la persona más allá de su fallecimiento. Asimismo, este vínculo entre el derecho y los conjuntos patrimoniales se asimila a varias situaciones: se trata de una copropiedad sobre los mismos, un derecho real de garantía o una especie de hipoteca legal.

Algunos investigadores musulmanes contemporáneos han analizado estas cuestiones a la luz de los escritos de los ulemas, con el fin de desarrollar un concepto islámico de derecho subjetivo. Si bien no forma parte del objeto de nuestra tesis, su análisis sí nos permite ahondar en la tendencia objetiva de la ley islámica, la cual repercute a su vez en la concepción de la persona jurídica musulmana, complicando su desarrollo al descuidar un tanto el aspecto subjetivo de los derechos.

^aالمطلب الأول. تعريف الحق في الشريعة الإسلامية.

a Primer epígrafe. Definición del derecho en la *Šarī‘a* islámica.

54- Los *fuqahā’* han utilizado mucho la expresión derecho, en situaciones diversas y significados numerosos, pero cercanos, por haber tomado como punto de partida el significado lingüístico de derecho. El derecho en la lengua es el infinitivo del verbo *ḥaqq* (tener derecho) a algo, y se tiene derecho cuando es firme y se debe.

[...] 55- Muchos alfaquíes modernos han repetido que la *Šarī‘a* islámica no ha establecido una definición completa de derecho, en sentido general; sí se han aportado varias definiciones, no consiguen delimitar su significado de forma precisa. Lo explican porque los *fuqahā’* han opinado que la idea de derecho es conocida y no necesita ser definida, contentándose con la claridad de su significado idiomático. Por ello, encontramos que varios de ellos lo han definido diciendo que es lo que existe sin ninguna duda. Otros lo han definido como lo que está firme y que no es posible negar.

56- El jeque ‘Abd-l-Ḥalīm al-Maknawī ha definido el derecho (subjetivo) en su glosa “*Qamar al-aqmār ‘alā nūr al-anuwār al-manār*” de la siguiente manera: “el derecho es lo que existe, y lo que se pretende con ello aquí es un efecto legal que es firme”. Esta definición se ha criticado porque no tiene sustento, porque en la terminología de los estudios de las fuentes el efecto legal o mandato es el discurso del Legislador.

El derecho no es el discurso, sino el efecto de ese discurso, si quisiera el mandato según la terminología de los estudiosos de las fuentes, es decir, el discurso, la definición no estaría limitada, ya que el efecto del mismo no se detiene en lo que el Legislador ha establecido como firme y obligatorio, sino que incluiría también lo que ha creado como permitido y los preceptos positivos. La definición sería demasiado general, pues todo derecho sería un precepto, pero no todo precepto sería un derecho. De esta manera, la expresión como precepto sería confusa, pues no aclararía la verdad del derecho ni sus características, las cuales debe descubrir su definición.

Al-Qarāfi ha definido el derecho de Dios como su orden y su prohibición, es decir, su propio discurso. Posteriormente ha comentado su definición: “lo que ha precedido de que el derecho es la orden de Dios el Altísimo y su prohibición se confunde con el hadiz verdadero del Enviado de Dios quien dijo: “el derecho de Dios el Altísimo sobre sus siervos es que sean sus siervos y que no asocien a Él nada”. Así que decreta que el derecho de Dios el Altísimo sobre sus siervos es el propio hacer, no su orden, en contradicción con lo que dijo antes.

[...] 57- He encontrado durante mi investigación una definición de derecho en el libro *El camino de las diferencias entre los šāfi‘es y los ḥanafīes* del juez Ḥusayn. En el mismo se dice: el significado de derecho es: “la exclusividad en favor de uno manifestada en lo que se pretende para él legalmente”. Esta definición posee equilibrio y un valor científico desde diversos puntos de vista.

54- إستعمل الفقهاء لفظ الحق كثيراً، في مواضع مختلفة، ومعان عديدة؛ لكنها متقاربة، لإنطلاقها من المعنى اللغوي للحق؛ فالحق في اللغة مصدر حق الشيء يحق إذا تثب ووجب. [...]

55- وردد كثير من الباحثين المحدثين في الشريعة الإسلامية أن فقهاء الشريعة لم يضعوا تعريفاً كاملاً للحق بمعناه العام، وأنه إذا وردت بعض التعاريف له؛ فإنها قاصرة عن تحديد معناه تحديداً دقيقاً، وبيّنوا أن ذلك قد يعود إلى أن الفقهاء قد رأوا أن فكرة الحق معروفة لا تحتاج إلى تعريف، مكتفين بوضوح معناه اللغوي، لذلك نجد بعضهم قد عرفه بأنه الموجود من كل وجه وجوداً لا شك فيه، وعرفه آخرون بأنه الثابت الذي لا يسوغ إنكاره.

56- وعرف الشيخ عبد الحلیم اللكنوي الحق في حاشيته ((قمر الأقيمار على نور الأنوار شرح المنار)) قائلاً: ((الحق الموجود، والمراد به هنا حكم يثبت)). وابتعد هذا التعريف بأنه غير قويم؛ لأن الحكم في اصطلاح الأصوليين هو خطاب الشارع. والحق ليس الخطاب، إنما هو أثر الخطاب. وإن أريد الحكم فإصطلاح الفقهاء، أي أثر الخطاب، فالتعريف غير مانع لأن الأثر لا يقتصر على ما جعله الشارع ثابتاً ولازماً، بل يشمل أيضاً ما جعله الشارع مباحاً، ويشمل أيضاً الأحكام الوضعية، فيكون التعريف بالأعم، لأن كل حق حكم، وليس كل حكم حقاً؛ فعلى ذلك يكون التعبير بلفظ الحكم مبهماً لا يبين حقيقة الحق وميزاته التي يجب أن يكشف عنها التعريف.

هذا وقد عرف القرافي ((الفروق)) حق الله بأنه أمره ونهيه، أي الخطاب نفسه. ثم علق على ذلك بقوله: ((ما قدم من أن حق الله تعالى أمره ونهيه مشكل بما في الحديث الصحيح عن رسول الله، ص، أنه قال: ((حق الله تعالى على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً)) فيقضي أن حق الله تعالى على العباد نفس الفعل لا الأمر به، وهو خلاف ما نقلته قبل هذا. [...]

57- وقد وجدت في أثناء البحث تعريفاً للحق في كتاب طريقة الخلاف بين الشافعية والحنفية للقاضي حسين. وقد جاء فيه: والمعنى بالحق: إختصاص مُظهر فيما يُقصد له شرعاً. وهذا التعريف له وزنه وقيمه العلمية من عدة نواح:

الأولى: أنه عرف الحق بأنه إختصاص، وهو تعريف يبرز ماهية الحق بشكل يميزه عن غيره من الحقائق الشرعية. [...]

الإتجاه الأولى: تعريف الحق بأنه مصلحة:

فسر أصحاب هذه التعاريف وأمثالها المصلحة بالمنفعة ذاتها. والواقع أن المصلحة هي هدف الحق وغايته؛ فهي شيء آخر غير الحق، وكان أصحاب هذه الإتجاه قد نظروا إلى ما يبتغي بالحق من المصلحة فعرفوه بها. ويبدو أن تعريف الحق بالمصلحة قد

Primero: define el derecho como exclusividad; esta definición muestra la esencia del derecho de manera que lo distingue de otras realidades jurídicas.

[...] La primera tendencia: definición del derecho como interés.

Los defensores de estas definiciones y similares explican el interés como la misma utilidad. La realidad es que el interés es el objetivo del derecho y su finalidad, pero es otra cosa distinta del derecho. Es como si los partidarios de esta definición miraran a lo que se busca con el derecho y lo definieran de esa manera. Parece que esta definición del derecho como interés se ha introducido entre los *fuqahā'* modernos desde el derecho positivo; a esta manera de definirlo han llegado varios juristas; el primero que lo hizo fue el alemán Ihering. El doctor al-Sanhūrī ha seguido esta línea en su libro "las fuentes del derecho", donde lo define como "el propio interés con valor patrimonial amparado por la ley".

[...] 61- La segunda tendencia: definición del derecho como exclusividad:

El jeque al-Zarqā en la exégesis de su definición menciona que no existe una idea de derecho más que con la idea de exclusividad, que conforma su pilar y su realidad, pues la relación que ha establecido el ordenamiento precisa, para que sea verdadero, que sea exclusivo de una persona determinada. El derecho no tiene sentido más que cuando lo imaginamos como una característica de la que se dota a su titular y que está prohibida a los demás.

63- La tercera tendencia: definición del derecho subjetivo desde su significado lingüístico:

El profesor Abū Sunna ha mencionado en la exégesis de su definición que lo que se quiere decir con "lo que", es decir, la cosa, es que incluye el dominio el bien, el dominio de su utilidad, la deuda, los derechos sobre las ideas, el trabajo, la abstención de la acción dañosa, las circunstancias de la transacción, los derechos innatos. No hay diferencia entre que lo firme sea en exclusividad, que es lo más conocido en la propiedad, o que sea compartido como lo que ocurre con lo que está permitido a todos.

[...] Lo que se quiere decir con la expresión del ser humano o de Dios el Altísimo es la generalidad del derecho, pues incluye los derechos del ser humano la propiedad de sus bienes, por ejemplo y el derecho de Dios el Altísimo a que le rindan culto la gente y establezcan su religión. El significado de esto es que los derechos no se afianzan para nadie más que para estos dos y no para otros como los animales y los inanimados. Después se dio cuenta y dijo: sí se afianzan los derechos en la persona jurídica, como la *bayt al-māl* y el beneficiario del *waqf*, porque la *Šarī'a* la ha hecho capaz de ser titulares y le ha dado el régimen de la persona real. Se puede decir en la definición que es lo que se ha afianzado a la persona y se corregiría la definición, pues la persona es más genérica que ser verdadera o jurídica.

[...] Sobre esto el derecho sería: lo afirmado o vinculante en el ordenamiento para Dios o el ser humano que exige un poder o una obligación sobre otro. Lo afirmado en la realidad no es más que una relación entre el titular del derecho y la cosa que es su objeto. De esta manera, se puede definir el derecho: es una relación legal que exige un poder o una obligación en favor de Dios sobre sus siervos o de una persona sobre otra.

Esta relación no es sino la exclusividad del titular del derecho sobre el objeto del derecho, una exclusividad que exige la afirmación de una autoridad u obligación; el derecho es una exclusividad firme en el ordenamiento, mediante una autoridad u obligación, en favor de Dios sobre sus siervos o en favor de una persona sobre otra.

تسرب إلى الفقهاء المحدثين من الفقه الوضعي، وذلك أنه قد جرى على تعريفه بذلك عدد من القانونيين، وأول من قال به الفقيه الألماني ((أهرنج)). وقد سار في هذه الإتجاه الدكتور السنهوري في كتابه ((مصادر الحق)) فعرفه بأنه ((مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون)). [...]

61- الإتجاه الثاني: تعريف الحق بأنه إختصاص:

ذكر الشيخ الزرقا في شرحه لتعريفه أنه لا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الإختصاص، الذي هو قوامها وحقيقتها، فالعلاقة التي قررها الشرع لا بد لكي تكون حقاً أن تختص بشخص معين؛ إذ لا معنى للحق إلا عندما يتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه، وممنوعة عن غيره.

63- الإتجاه الثالث: تعريف الحق إنطلاقاً من معناه اللغوي:

ذكر الأستاذ الشيخ أبو سنة في شرح تعريفه أن المقصود ب ((ما)): أي شيء، وهي شاملة لملك العين، وملك المنفعة، وللمدين، وللحقوق الفكرية، وللعمل، والإمتناع عن الفعل الضار، وللوصف، وللحقوق الفطرية؛ لا فرق بين أن يكون الثابت على وجه الإختصاص، وهو المعروف بالملك، أو على وجه الإشتراك كما في الإباحة العامة. [...]

والمقصود بقوله للإنسان أو لله تعالى: تعميم الحق؛ فيشمل حق الإنسان في ملكه لملكه مثلاً، وحق الله تعالى في أن يعبدته الناس ويقيموا دينه. ومعنى هذا أنه لا تثبت حقوق لغيرهما، كالحايوان والجماد، ثم إستدرك قائلاً: نعم تثبت الحقوق للشخص الحكمي، كبيت المال وجهة الوقف، لأن الشريعة أهلتها للإستحقاق، وأعطته حكم الشخص الحقيقي. ويمكن أن يقال في التعريف ما ثبت لشخص، فيستقيم التعريف، لأن الشخص أعم من أن يكون حقيقياً أو حكماً. [...]

وعليه فالحق: ثابت أو لازم في الشرع لله أو للإنسان يقتضي سلطة أو تكليف على الغير. وليس الثابت في الواقع إلا علاقة بين صاحب الحق، والشئ محل الحق. وعليه فيمكن تعريفه بأنه علاقة شرعية تقتضي سلطة أو تكليفاً لله على عباده أو لشخص على غيره.

وهذه العلاقة ليست إلا إختصاص صاحب الحق بمحل الحق إختصاصاً يقتضي ثبوت السلطة أو التكليف، فالحق: إختصاص ثابت في الشرع سلطة أو تكليفاً لله على عباده أو لشخص على غيره²⁹¹³.

'Abd-l-Salām Dawūd al-'Abbādī. el doctor de la universidad egipcia de al-Azhar, trata de encontrar una definición islámica de derecho subjetivo, como paso previo a analizar el derecho de propiedad según el *fiqh*, objeto de su tesis doctoral. En nuestro estudio, esta cuestión no es primordial, pues nos interesa en mayor medida el titular del mismo, no hallar una definición. Este planteamiento es tremendamente controvertido en nuestra doctrina occidental. A modo de ejemplo, podemos comentar que la entrada "derecho subjetivo" encuentra más de dos mil quinientos resultados en el portal Dialnet de investigación²⁹¹⁴. Como curiosidad, este ulema lo define de la siguiente manera: *el derecho es una exclusividad firme en el ordenamiento, mediante una autoridad u obligación, en favor de Dios sobre sus siervos o en favor de una persona sobre otra*. El concepto clave radicaría en el concepto de exclusividad, que toma del juez Ḥusayn, alfaquí del siglo XI, que según se cuenta tenía opiniones extrañas entre los seguidores de al-Šāfi'ī²⁹¹⁵. Entre los aspectos que analiza, destaca el hecho de que Dios es titular de un derecho subjetivo y este derecho subjetivo tiene su correspondencia en una obligación por parte del creyente. Asimismo, añade que un derecho de Dios sobre su siervo es que no asocie nada a Él, con lo que la unicidad radical de Dios se convierte en derecho subjetivo de Este. También hemos de dar importancia a que este doctor de al-Azhar se hace eco del carácter de persona jurídica del tesoro público y la finalidad o beneficiario de un *waqf*, para algunos alfaquíes; nosotros creemos que la institución del habiz en sí, en su conjunto, constituye una persona jurídica, no solo el beneficiario, como argumentamos en el capítulo anterior. El fundamento de esta calificación se encuentra en que la *Šarī'a* los dota de la potestad de reclamar un derecho (*istiḥqāq*). No obstante, en su definición de derecho, únicamente habla de persona, ser humano. Al final, este doctor defiende una visión del derecho subjetivo íntimamente unida a una persona (al hablar de que es exclusivo de un ser humano determinado); en castellano se añade al concepto derecho el epíteto subjetivo; en el texto árabe se utiliza únicamente la palabra derecho; en nuestra traducción, para trasladarlo al español, preferimos la expresión *derecho subjetivo* mucho más común en nuestra doctrina jurídica. Al-'Abbādī considera como sujeto de derecho a la persona humana y a Dios -nos vemos en la obligación de recordar que, para un ordenamiento confesional como el islámico, no se utiliza a modo de ficción jurídica, sino que la considera tan real como a la persona física-. Sin embargo, no es tan tajante ni tan claro, pues emplea la expresión persona jurídica al referirse a la opinión de otro ulema, a la hora de calificar a entes distintos de estas dos categorías como centros de imputación de derechos. El abstenerse de incluir expresamente, aunque

se circunscribiera al beneficiario del *waqf* o a la *bayt al māl*, a entes distintos a Dios y su criatura en su definición, denota cierta prevención contra el concepto de persona jurídica en el autor de esta tesis doctoral.

^aالمطلب الأولى. أنواع الحقوق في الشريعة الإسلامية وموقع حق الملك بينها.

72- إهتم الفقهاء بدراسة الحقوق من الناحية التفصيلية؛ فعنوا بدراسة أحاد الحقوق. وبينوا أحكامها؛ لذلك إنتشرت أحكام حقوق الإنسان وواجباته؛ فيما يتعلق بجميع المعاملات وتصرفات، في كتب الفقه المختلفة. أما الأصوليون؛ فإنهم عندما ترضوا لدراسة الحق، كرزوا إهتمامهم على أقسام الحق بإعتبار مستحقه (الله أو العبد)، وعلى أهليته وجوب الحق وأدائه؛ فهم لم يهتموا بصياغة نظرية للحق يتحدثون فيها عن كل ما يتعلق بالحق. يقول الأستاذ أبو سنة: ((لكن علماء الأصول، حين وضعوا الأصل لهذه النظرية لم يكملوا مباحثات، ولم يبرزوا معالمها مع أنها قاعدة الكبرى لعلم الفقه التي يتفرع عنها جميع نظرياتها وأحكامها)).

73- وفرق الأصوليون والفقهاء بين نوعين من أنواع الحق، وهما حق الله وحق العبد. وبينوا أن معيار التفريق بينهما هو: أن حق العبد عبارة عما يسقط بإسقاط العبد، كضمان المتلفات. وحق الله ما لا يسقط بإسقاط العبد كالصلاة والصوم. قال ابن القيم: ((والحقوق نوعان، حق الله وحق الأدمي، فحق الله لا مدخل لصلح فيه كالحدود والزكوات والكفارات ونحوها. وأما حقوق الأدميين فهي التي تقبل الصلح والإسقاط والمعوضة عليها))²⁹¹⁶.

‘Abd-l-Salām Dawūd, una vez definido el derecho subjetivo, desea situar el objeto de su tesis, la propiedad islámica, entre sus diversos tipos. Acude a la tradición de los especialistas en los principios del *fiqh* (*uṣūliyyūn*), además de los *fuqahā’*, para clasificar los diversos tipos de derechos subjetivos. Cita la obra del principal discípulo de Ibn Taymiyya, Ibn al-Qayyim -nacido en Damasco en el año 1292; él fue quien sistematizó y extendió la obra de su maestro²⁹¹⁷-. La primera y fundamental división está fundamentada en el criterio de quien puede exigirlo (*al-mustaḥiqq*); según el mismo, los derechos se dividen entre los de Dios y los de los siervos o descendientes de Adán. En los primeros no cabe transigir, renunciar ni aplicar la compensación, mientras que en los segundos sí. Obviamente, en este tipo de ordenamientos, Dios como sujeto de derecho se admite con naturalidad. Insiste en un concepto que nos facilitará comprender la visión musulmana de los derechos: *al-istiḥqāq*; Este término, en la jerga de los alfaquíes se refiere al mérito, a la firmeza del derecho y/o la acción de recuperación de un derecho, en especial, de la propiedad²⁹¹⁸, que en castellano sería la reivindicatoria, desarrollada por los juristas romanos. Ese punto de partida, la persona que está legitimada para exigir el derecho, es claramente subjetivo y con un sentido procesal: un recurso que la *Šarī’a* pone a disposición de los sujetos de derechos. Sin embargo, ha de ponerse en relación con su sentido de firmeza del derecho, que convierte a su titular en merecedor del mismo; esta referencia al propio derecho, mitiga este subjetivismo. En cualquier caso, este esquema que divide los centros de imputación de forma dual, Dios y sus siervos, convierte en casi nulo el papel de una personalidad jurídica, la cual será difícil que rinda culto a Dios por sí misma. Finalmente, debemos señalar que hoy en día esta clasificación forma parte de la materia que se enseña a los estudiantes de *Uṣūl al-fiqh*²⁹¹⁹, según los manuales universitarios actuales.

a Sección primera. Los tipos de derechos en la *Šarī’a* islámica y el lugar de la propiedad entre ellos.

72- Los *fuqahā’* se ha interesado por los derechos de forma detallada. Se han preocupado por cada uno de ellos, han mostrado sus regímenes. Por ello se han extendido los derechos del ser humano y sus deberes, en lo que respecta todas las transacciones, actos, en los diversos libros de *fiqh*.

En cuanto a los especialistas en fuentes, cuando se enfrentan al estudio del derecho, centran su atención en la clasificación de los derechos según quien puede reclamarlos (*mustaḥiqq*), Dios o el siervo, y sobre la capacidad para ser obligatorio y su ejercicio. No han elaborado una teoría del derecho subjetivo con la que hablar sobre todo lo que le está relacionado. El profesor, el jeque Abū Sunna, dice: “pero los conocedores de las fuentes, al poner el fundamento a esta teoría, no han completado sus investigaciones, ni han destacado sus elementos a pesar de que es la gran regla de la ciencia del *fiqh*, de la que derivan todas sus teorías y sus regímenes”.

73- Los especialistas en las fuentes y los *fuqahā’* dividen en dos clases los diversos tipos de derechos; son los derechos de Dios y los derechos del siervo. Han mostrado que el criterio para distinguirlos es el siguiente: el derecho del siervo es la expresión de lo que decae con la renuncia del siervo, como la garantía por los daños. El derecho de Dios es lo que no decae con la renuncia del siervo, como la oración y el ayuno. Ibn al-Qayyim ha dicho: “los derechos son de dos clases: el derecho de Dios y el derecho del hijo de Adán; el derecho de Dios no admite transacción como las penas de *ḥudūd*, la *zakāt*, la *kafāra* y demás. En cuanto a los derechos de los descendientes de Adán son aquellos que admiten que se transija, la renuncia y la compensación por ellos”.

^bالفرع الأول. الملك حكم شرعي، وهل هو من خطاب الوضع أو التكليف؟

[...]

96- إتضح من هذا المبحث الأصولي الطريف أن الملك من الأحكام الشرعية يثبت بإثبات الشارع له، وتقريره لأسبابه. والحقوق كلها تثبت في الشرعية الإسلامية بإثبات الشارع وتقريره، ويقول أبو زيد الدبوسي: ((فإن الله تعالى لما خلق الإنسان يحمل أمانته أكرمه بالعقل والذمة، حتى صار بها أهلاً لوجوب الحقوق له وعليه، فثبت له حق العصمة والحرية والمالكية، بأن حمل حقوقه، وثبت عليه حقوق الله تعالى التي سماها أمانة [...] والأدعي لا يخلق إلا وله هذا العهد والذمة، ولا يخلق إلا وهو أهل لوجوب حقوق الشرع عليه، كما لا يخلق إلا وهو مالك لحقوق))²⁹²⁰.

Prosigue al-‘Abbādī su tesis con el propósito de definir el derecho de propiedad. Nos interesa menos el resultado de esta investigación, mas, por el contrario, sí nos incumbe la naturaleza que posee todo derecho subjetivo en la *Šarī‘a*: es una determinación del Legislador (Dios) quien los afirma en el ser humano -al que se alude muchas veces como descendiente de Adán-. En su trabajo, se apoya en la obra de Abū Zayd al-Dabūsī, ulema especialista en las fuentes del *fiqh*, creador de la ciencia sobre las diferencias entre alfaquíes, nacido entre Bujara y Samarcanda, en Asia Central a finales del siglo X²⁹²¹. Este autor, seguidor de Abū Hanīfa, afirma que Dios creó al hombre con capacidad para ser titular de obligaciones frente a su creador y de derechos a su favor, *ḍimma*. Esta creación se entiende como una especie de pacto, pues Dios se compromete a protegerlo y lo crea con inviolabilidad (cualquier ataque a la misma ha de ser castigado), libertad y propietario. En definitiva, el derecho subjetivo es un precepto divino, algo que *Allāh*, único legislador, entrega al ser humano descendiente de Adán, expresión que difícilmente incluye otra persona que no sea la física.

^bالمبحث الأول. أنواع الملك باعتبار محله.

[...]الطلب الأول. عين ومنفعة.

185- الأصل في الملك الأعيان أن يكون شاملاً لرقبته ومنفعتيها؛ فإذا ملك الإنسان عيناً، بسبب من أسباب الملك المقررة، فإن يكون مالكا لمنفعتيها أيضاً. وقد إتضح، مما سبق، أن المقصود من شرع الملك هو الإنتفاع بالأشياء على وجه الإختصاص، فملك العين ما شرع إلا الحصول الإنسان على منفعتها بشكل كامل. ولذلك وجدنا بعض الفقهاء يقررون بهذا الصدد أن الملك الحقيقي للأشياء هو لله سبحانه، وأنه ليس للناس إلا الإنتفاع بها على وجه الذي أذنت به الشريعة. والواقع أن الملك الحقيقي للأعيان ومنافعها لله سبحانه وتعالى، وأن ملكية الإنسان للعين والمنفعة كائنة بإستخلاف منه؛ كما سيأتي بيانه في الفصل السادس من هذا الباب²⁹²².

Este fragmento de la tesis sobre el derecho de propiedad contiene una idea que nos es de gran utilidad, además de la ya repetida partición del derecho de propiedad entre dominio directo y útil: Dios es el propietario original de todo bien, además de su usufructo, de este señorío procede el derecho del ser humano, a modo de aprovechamiento, según el permiso que la *Šarī‘a* le otorga. Este

b Sección primera. La propiedad es un precepto legal. ¿Es un mandato a modo de causa o una obligación?

[...] 96- Queda claro en esta interesante sección sobre las fuentes del *fiqh* que la propiedad forma parte de los preceptos legales que se afirman por una disposición del Legislador y por Su confirmación de sus causas.

Todos los derechos en la *Šarī‘a* son afirmados por el Legislador y determinados por Él. Abū Zayd al-Dabūsī ha dicho: “Dios el Altísimo, al crear al ser humano lo carga con su *amāna* y lo dota de inteligencia y de *ḍimma*, para que con ellas se convierta en un ser capaz de ser titular de derechos en su favor y en su contra. Le afirma el derecho de inviolabilidad, libertad y propiedad; le hace portador de sus derechos y le afirma como deudor de los derechos de Dios el Altísimo sobre él a los que llamó su *amāna* [...] El descendiente de Adán no fue creado más que para este pacto y esta *ḍimma*; no fue creado más que para ser capaz de soportar los derechos del ordenamiento sobre él, como no fue creado más que libre, propietario de sus derechos”.

b Sección primera. Los tipos de propiedad en función de su objeto.

[...] Epígrafe primero. Propiedad de la *raqaba* y la *manfa‘a*.

185- En origen, la propiedad sobre los bienes incluye la *raqaba* y la *manfa‘a*; si el ser humano tiene el dominio de un bien, por cualquiera de las causas de adquisición de la propiedad, también sería propietario de su *manfa‘a*. De lo que precede, queda claro que el propósito del ordenamiento con la propiedad es el aprovechamiento de las cosas de forma exclusiva; así, la propiedad de un bien no se regula más que para que el ser humano consiga su utilidad de forma completa. Por ello hemos encontrado que algunos han establecido en este sentido que la verdadera propiedad de las cosas es de Dios, alabado sea. No corresponde a la gente más que su aprovechamiento según lo ha permitido la *Šarī‘a*. La realidad es que la verdadera propiedad de los bienes y sus utilidades corresponden a Dios el Altísimo, alabado sea; la propiedad del ser humano sobre los bienes y su utilidad se deriva de él, como se mostrará en el capítulo sexto de esta parte.

aspecto, trasladado al objeto de nuestra tesis, tiene el sentido que Dios permite al ser humano, no a otros seres, ser titulares del dominio sobre las cosas; además, todo aprovechamiento de la Creación es un permiso o autorización de Dios, del que emana.

^aالفرع الأول. الملك عندما يثبت يخول صاحبه وحده كل أنواع الإنتفاع والتصرف المشروعة، في كل نوع من أنواع الملك بحسبه.

318- هذه الخاصية هي لب الملك، وفائدته، وموضوعه؛ فالملك يثبت من أجل الحصول على جميع الفوائد المشروعة التي يمكن الحصول عليها من الأشياء المملوكة بحسب أنواعها. وتعدد صور الإنتفاع بالأشياء المملوكة، ويمكن تقسيمها إلى: أ- تصرفات مادية من إستهلاك الشيء، كما في الأكل والشرب، وإستعمال الشيء بالإنتفاع بعينه، كإستعمال الألبسة والسيارات مثلاً. ب- تصرفات إعتبارية؛ أي أن أثارها إنما كانت بإعتبار الشارع، وذلك بنقل ملكية الأعيان، أو منافعها، بعوض أو بغير عوض، وغير ذلك.

قال ابن الشاط في حاشيته على الفروق: ((وأما عين الموقوف فلا ملك عليها، ولا للواقف ولا لغيره على الصحيح، لأنه لا يتمكن أحد من الإنتفاع بتلك العين، ولا من التصرف فيها، ولا من أخذ العوض عنها، وإذا لم يكن شيء من ذلك فلا ملك؛ إذا لا معنى للملك إلا التمكن من الإنتفاع، من أخذ العوض، أو من الإنتفاع الخاصة))²⁹²³.

Este doctor por al-Azhar prosigue con la expresión de las peculiaridades que adornan el derecho de propiedad en la *Šarī'a*. En primer lugar, cuando se afirma en favor de alguien, lo faculta para obtener todo tipo de aprovechamientos lícitos de la cosa que se tiene en dominio, tanto materiales como dictados por el ordenamiento. En consecuencia, lo esencial y *puro* de este derecho subjetivo viene dado por el conjunto de facultades que otorga a su titular. Este contenido es tan vital que al-'Abbādī cita a un ulema ceutí del siglo XIV, Ibn al-Šāṭ – alfaquí *mālikī* nacido en esa ciudad norteafricana el año 1245 y muerte también allí en el 1323²⁹²⁴-, quien considera que en los bienes habices no existe propiedad, ni del fundador, ni de nadie más, porque ninguna persona puede conseguir aprovecharse de los mismos. Esta teoría también la comentamos al abordar la propiedad de los bienes constituidos como *waqf*, pero con un matiz muy interesante. El alfaquí no afirma que existe un derecho sin titular, como ya vimos que defendían algunos *fuqahā'*, sino que niega la existencia del derecho subjetivo en sí, pues su contenido está vaciado de facultades. Es decir, lo importante del dominio lo conformaría el conjunto de las facultades, su contenido, el objeto del mismo, no la titularidad. La existencia de derecho sin sujeto dentro de cuya esfera jurídica se sitúe, ya de por sí, es un signo de una tendencia objetiva, pero afirmar su inexistencia no por carecer de sujeto del mismo, sino de contenido, todavía lo reafirma con mayor fuerza.

^bالفرع الأول. حقوق الميت في ماله بعد الوفاة.

a Sección primera. La propiedad, cuando se afirma, permite a su titular, en exclusiva, toda clase de aprovechamiento y disposición legal, en función de cada clase de propiedad.

318- Esta peculiaridad es lo adecuado de la propiedad, su utilidad y su objeto; la propiedad se afirma con el fin de conseguir todas las utilidades que legalmente se puede obtener de las cosas apropiadas, según sus tipos. Los tipos de aprovechamientos de las cosas son diversos, se pueden dividir de la siguiente manera:

A- Las disposiciones materiales que consumen la cosa, como el comer o el beber, su uso para aprovechar el bien, como el uso de los vestidos o el coche, por ejemplo.

B- Las disposiciones simbólicas, es decir, sus efectos solo se producen por una disposición del Legislador; ello, por la transmisión de la propiedad de los bienes, o sus utilidades, con contraprestación o no, y otros.

Ibn al-Šāṭ, en sus comentarios sobre *al-Furūq*: “el bien constituido como *waqf* no tiene una propiedad sobre él, ni en favor del fundador ni de ningún otro, según la opinión correcta, porque nadie está capacitado para aprovechar ese bien ni disponer de él ni de obtener contraprestación por él. Si no es posible nada de eso, no hay propiedad, pues no tiene sentido la propiedad más que por el aprovechamiento, por la obtención de contraprestación, o de cualquier otro aprovechamiento privado”.

b Sección primera. Los derechos del fallecido sobre sus bienes después de su muerte.

514- El muerto mantiene el derecho a su mortaja y preparación al entierro a cargo de sus bienes. Todo lo que se gaste desde el momento de su fallecimiento hasta que se deposite en su tumba, sin derroche, cicatería ni conculcando los deberes legales, se toma de su herencia, teniendo preferencia sobre cualquier otro derecho relacionado con ella.

La prelación del derecho del muerto a la preparación del sepelio a cargo de los bienes relictos sobre los derechos de los acreedores, tanto los que están vinculados a bienes concretos del caudal, por un derecho de prenda o similar, o no están vinculados con bienes concretos, es lo defendido por la escuela *hanbalī*, una opinión dentro de la escuela *hanafī* y es la solución adoptada por las leyes de estatuto personal en Egipto y Siria.

Por lo que a la mayoría de los ulemas se refiere, opinan que las deudas vinculadas a bienes de la herencia tienen preferencia sobre la mortaja y preparación al entierro, argumentando que estas deudas extraen estos bienes del caudal

514- يظل للميت الحق في تكفينه وتجهيزه من ماله، فكل ما ينفق عليه من لحظة وفاته إلى أن يوارى قبره، من غير سرف ولا تقدير ولا مخالفة للواجب شرعاً؛ يؤخذ من تركته، ويقدم على جميع الحقوق المتعلقة بها. وتقديم حق الميت في تجهيزه من تركته على حقوق الدائنين، سواء أكانت متعلقة بأعيان التركة؛ كما في الديون الموثقة برهن من أعيان التركة، أم كانت غير متعلقة بأعيان التركة؛ هو مذهب الحنابلة، ورواية عند الحنفية، وهو الذي أخذت به قوانين الأحوال الشخصية في مصر وسوريا.

أما الجمهور فقد ذهب إلى أن الديون المتعلقة بأعيان التركة مقدمة على التجهيز والتكفين، محتجين بأن الديون المتعلقة بأعيان التركة قد أخرجت هذه الأعيان من أن تكون من التركة، وأما الديون الأخرى غير متعلقة بأعيان التركة فيقدم التجهيز والتكفين عليها.

ولكن حرمة الميت وحقه الأصلي فيما جمع من المال يوجب أن يقدم تجهيزه وتكفينه من ماله على الحقوق الأخرى كافة. ويقول ابن رجب في قواعده: ((حق المالك لم ينقطع عن ميراثه بالكلية، بل آثاره باقية؛ ولذلك تقضي ديونه وتنفذ وصايا من التركة، وهي ملكة على قوله -قول الإمام أحمد- إلى أن تقضي ديونه. وهو كان يملك التصرف في ماله على التأبيد بوقف عقاره والوصية به))²⁹²⁵.

En otros momentos de nuestra investigación, nos hemos detenido en la concepción islámica de la sucesión *mortis causa*, según la cual, los herederos no tendrían derecho a nada hasta el abono de los gastos del sepelio y el pago de las deudas del finado. ‘Abd-l-Salām Dawūd afirma que los desembolsos necesarios para el entierro de la persona son un derecho de esta sobre los bienes de la herencia. De esta manera, con independencia de la titularidad del caudal relicto -comprobamos que, según algunas escuelas, el causante mantenía la propiedad del mismo hasta el momento del abono de todas las deudas, como señala la escuela a la que pertenece Ibn Raḡab, citado por al-‘Abbādī, la *hanbalī*- una persona fallecida continúa siendo un centro de imputación de derechos y obligaciones para la mayoría de los alfaquíes. La personalidad jurídica no se extingue con la muerte, como lo establece el artículo 31 de nuestro Código Civil. Por su parte, el artículo 1894.2 dispone: *Los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle*. El remedio jurídico a esta problemática tiene un planteamiento opuesto en la tradición latina.

^aالفرع الثاني. حقوق الدائنين-

515- قررت الشريعة الإسلامية من أجل حماية حقوق الدائنين المتعلقة بتركة الميت أن حقوقهم يقدم إستيفاؤها على حقوق الورثة والموصي لهم. فبعد إستيفاء حقوقهم يقسم ما بقي من التركة وفق القواعد المقررة.

ويتعرض الفقهاء لبيان حكم ديون الله التي تثبت للفقراء؛ لا مطالبية لهما من العباد، كالزكاة. فالشافعية يقدمونها في السداد على ديون العباد، والحنفية لا يوجبون سدادها إلا إذا أوصى بها الميت؛ وعند ذلك تسدد في حدود الثلث الباقي من التركة بعد نفقات التجهيز وسداد ديون العباد.

relicto. En cuanto a las demás deudas no vinculadas a bienes, no tienen esa preferencia.

Sin embargo, la inmunidad del fallecido y su derecho original sobre los bienes que ha acaparado obligan a que la mortaja y preparación al entierro tengan preferencia sobre la totalidad de los demás derechos.

Ibn Raḡab, en sus *reglas* ha dicho: “el derecho del propietario no se desvincula de su herencia totalmente, sino que sus efectos continúan. Por ello, se abonan sus deudas y sus legados de la herencia -siendo propiedad del fallecido en su opinión, opinión del imām Aḡmad, hasta que se paguen sus deudas. Además tiene el derecho de disponer de sus bienes de forma eterna mediante el *waqf* de sus inmuebles y el legado de los mismos”.

a Sección segunda. Derechos de los acreedores.

515- La *Šarī‘a* ha establecido, al objeto de velar por los derechos de los acreedores vinculados al caudal hereditario del fallecido, que la satisfacción de sus derechos preceda a la de los herederos y legatarios. Una vez satisfechos los mismos, se reparte lo que quede de la herencia según las reglas establecidas.

Los alfaquíes discrepan sobre las deudas de Dios que son firmes para los pobres, que los siervos no pueden reclamar, como la *zakāt*. Los discípulos de al-Šāfi‘ī las colocan delante del pago de las deudas de los siervos, los *ḡanafi‘es* no obligan a su pago, excepto si el fallecido las lega; en ese caso se abonan dentro del tercio restante de la herencia después de los gastos del sepelio y del pago de las deudas de los siervos.

La *Šarī‘a* sigue el principio de separación de la *ḡimma* del heredero de la del causante. Las obligaciones que recaían sobre el causante se satisfacen de su herencia. Si la herencia no es suficiente, es decir, no alcanza para pagar las deudas, el heredero no está obligado a nada. Varios derechos antiguos y modernos siguen el principio de mezcla de la *ḡimma* del causante con la del heredero, de tal modo que los herederos pagan las deudas del causante en caso de aceptar su herencia, aunque sea con sus propios bienes, siempre y cuando acepten la herencia. Así, los derechos y obligaciones se transmiten a los mismos desde su causante.

وتأخذ الشريعة الإسلامية بمبدأ انفصال ذمة الوارث عن ذمة المورث؛ فما يجب على المورث من الإلتزامات يوفي من تركته. وإذا كانت التركة مستغرقة بالديون، بمعنى أنها لا تكفي لسدادها، فإن الوارث لا يلزم بشيء من ذلك. ويذهب القوانين القديمة والحديثة إلى مبدأ إختلاط ذمة المورث بذمة وارثه، فيلزمه الورثة بدفع ديون المورث في حالة قبولهم للتركة، ولو من مالهم الخاص ما داموا قد قبلوا التركة، فهي تنتقل إليهم بحقوق وِإلتزامات المورث²⁹²⁶.

Este pasaje, que se sitúa inmediatamente después del anterior en la tesis doctoral que estamos comentando, nos confirma varios aspectos que venimos afirmando: la radical diferencia entre el concepto de la sucesión islámica, diseñada como la liquidación del patrimonio del fallecido y el reparto de los excedentes, frente a la de los derechos latinos, entre otros, en los que se trata de que el heredero ocupe el mismo lugar que el causante, la continuidad en el tiempo de un conjunto patrimonial; la calificación de Dios como titular de derechos que ocupan un orden de prelación en la liquidación de la herencia. Asimismo, vuelve a aparecer la doble división de los tipos de sujetos derechos: la divinidad y sus siervos, clasificación en la que el encaje de otros entes resulta complicado. ‘Abd-l-Salām Dawūd parece identificar la *ḍimma* con la personalidad del causante y los herederos, al afirmar que la *Šarī‘a* distingue entre la *ḍimma* de ambos, al no asumir estos las deudas de aquel en ningún caso, mientras que otros ordenamientos las mezclan. Tendremos que estudiar esta materia al final del epígrafe porque no compartimos esta identidad. Asimismo, tampoco estamos de acuerdo en que en los derechos latinos se produzca una confusión entre las personalidades de los sucesores y el fallecido, sino que aquellos pasan a situarse en la misma situación jurídica que la de este, cuya personalidad se ha extinguido por completo. El objetivo es facilitar la continuidad, sin llegar a liquidar el patrimonio.

^aالمبحث السادس. الإنفاق في سبيل الله (الوقف، والوصايا، الهبات، النذور، صدقات التطوع).

[...] المطلب الأول. (أ) من أساليب الشريعة الإسلامية في الحث على الإنفاق في سبيل الله. 744- الدارس للآليات القرآنية والأحاديث النبوية التي تحث على الإنفاق في سبيل الله يلاحظ أن أهم أساليب الحث على الإنفاق في سبيل الله في الشريعة الإسلامية هي:

- 1- الإنسان لا ينفق من ماله إنما من مال الله الذي إستخلفه فيه، قال تعالى: *(آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه، فالذين آمنوا منكم وأنفقوا لهم أجر كبير)* [الحديد: 7].
- 2- ما ينفقه الإنسان سيخلفه الله سبحانه وتعالى عليه ويعوضه عنه، فالإنفاق إقراض لله سبحانه وتعالى، سيرده الله أضعافاً مضاعفة، قال تعالى: *(منذا الذي يقرضه الله قرصاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة والله يقبض ويبسط وإليه ترجعون)* [البقرة: 245]. وقال سبحانه: *(ولا ينفقون نفقة صغيرة ولا كبيرة ولا يقطعون وادياً إلا كُتِبَ لهم جزئهم الله أحسن ما كانوا يعملون)* [التوبة: 121]²⁹²⁷.

Finalmente, en cuanto a lo que nos interesa, ‘Abd-l-Salām Dawūd al-‘Abbādī se dedica a estudiar las medidas que la *Šarī‘a* dispone con el fin de promocionar los actos patrimoniales piadosos. El doctor pone ante nuestra vista una idea que ha surgido en nuestra investigación: la propiedad original pertenece a Dios, de tal forma que el propietario humano se convierte en una especie de delegado de Él. Con esta forma de entender la relación, se comprende que la titularidad humana es secundaria y resulta más trascendente la forma en que se ejerce, trasladándose el foco desde el sujeto hacia el objeto. Una segunda concepción sí lleva consigo cierta novedad: los gastos piadosos de los fieles son un préstamo a Dios quien devolverá, con creces, el capital multiplicado. Aunque lo parezca, no es una metáfora, pues Dios es sujeto de Derecho como estamos comprobando. También en los Evangelios aparece que Dios dará mucho más de lo que el fiel

a Capítulo sexto. El gasto en favor de Dios (el *waqf*, los legados, las donaciones, los votos, las *ṣadaqāt* voluntarias).

[...] Sección primera. A.- los mecanismos de la *Šarī‘a* para fomentar los gastos en favor de Dios.

744- El estudioso de las aleyas coránicas y los hadices del Profeta que fomentan el gasto en favor de Dios observa que los principales mecanismos para fomentar este gasto dentro de la *Šarī‘a* son:

1- El ser humano no gasta de sus bienes, sino de los de Dios en los que le sucede. El Altísimo ha dicho: “Creed en Dios y en su Enviado y gastad de lo que os ha hecho sucesores, pues los que crean de entre vosotros y gasten para ellos tendrán una gran recompensa”. [al-Ḥadīd: 7].

2- Lo que el ser humano gasta en lo que Dios, el Loado y Altísimo, lo ha convertido en sucesor lo compensará, pues ese gasto es un préstamo a Dios, el Loado y Altísimo, y este lo devolverá multiplicado. El Altísimo ha dicho: “Aquel que presta a Dios un préstamo virtuoso Dios lo multiplicará con creces, pues Dios retiene y deja ir y Él volveréis”. [al-Baqara: 245]. Y el Alabado dijo: “no gastáis, mucho o poco, ni atravesáis un valle sin que esté escrito para vosotros y Dios os recompense lo mejor que conocéis”. [al-Tūba: 121].

entrega (Mc. 10, 28-31 o Mt. 19, 23-30). No obstante, la recompensa divina se dirige a sus fieles, a sus siervos, categoría que una persona jurídica difícilmente puede alcanzar.

^aالفصل الخامس في حكم ما إفتح المسلمون من الأرض عنوة.

وإختلفوا فيما إفتح المسلمون من الأرض عنوة فقال مالك: لا تقسم الأرض وتكون وقفاً يصرف خراجها في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبل الخير إلا أن يرى الإمام في وقت من الأوقات أن مصلحة تقتضي القسمة، فإن له أن يقسم الأرض. وقال الشافعي: الأرضون المفتحة تقسم كما الغنائم: يعني خمسة أقسام. وقال أبو حنيفة: الإمام مخير بين أن يقسمها على المسلمين أو يضرب على أهله الكفارة فيها الخراج ويقرها بأيديهم²⁹²⁸.

Averroes explica las distintas posturas sobre las tierras conquistadas *manu militari*. Esta cuestión la abordamos en el capítulo segundo al estudiar la institución del *jarāy*. En este momento deseamos destacar la postura de su escuela, la de los discípulos de Mālik b. Anas: estos terrenos se convierten, por obra de la ley, en una fundación, *waqf*, cuyos frutos, el pago del *jarāy*, se ha de invertir en promover los intereses generales, ejemplificados por el cordobés, entre otros, en el pago de las soldadas y la construcción de puentes y mezquitas. En definitiva, se separa un patrimonio inmobiliario afectándolo a una finalidad pública.

^bوفي سنة 353، كانت بقرطبة مجاعة عظيمة؛ فتكفل الحكم بضعفائها ومساكينها بما نقيم أرماعهم، وأجى نفقاته عليهم بكل ريبض من أرباض قرطبة وبالزهرراء.

[...] وفيها، كان إزدحام الناس بالمسجد الجامع بقرطبة وتضاعفهم حتى كادت النفوس تتلف؛ فأمر المستنصر بالله بتوسعته والزيادة فيه، فأتى القاضي منذر ابن سعيد إلى المسجد الجامع، ومعه صاحب الأحباس والفقهاء والعدول بما إجتمع قبله من أموال الأحباس؛ فنظروا في الزيادة فيه²⁹²⁹.

Ibn 'Idārī, en sus *noticias* sobre al-Andalus y el Norte de África, hace la crónica de lo ocurrido en el año 353 de la hégira en Córdoba. En primer lugar, nos habla de la hambruna acaecida y la intervención del Califa al-Ḥakam, al-Muntaṣir bi-l-Allāh, en favor de los menesterosos. Sin embargo, nos ocupa más el siguiente suceso: la aglomeración producida en la Mezquita Aljama con peligro para las vidas de los fieles, por lo que el gobernante ordena la ampliación de la misma. Con tal fin, no asume los gastos de su propio patrimonio, sino que encarga al juez principal, Munḍir Ibn Sa'īd, que se ocupe de los asuntos. Este convoca al responsable de los bienes habices, a los ulemas y notarios y deciden entre todos utilizar el patrimonio de los *aḥbās* para acometer las obras. Este episodio nos evoca la polémica sobre si este patrimonio forma parte del tesoro o no, de la que nos hicimos eco y dimos nuestra opinión. Ahora queremos subrayar que existen patrimonios con una identidad propia separados tanto del tesoro público como del patrimonio personal del califa.

a Capítulo quinto. Sobre el régimen de las tierras que los musulmanes conquistan por la fuerza.

Han discrepado sobre las tierras que los musulmanes han conquistado mediante la fuerza. Mālik ha dicho: no se reparte la tierra, sino que se convierte en un *waqf*, cuyo *jarāy* se invierte en los intereses de los musulmanes, como las pagas de los combatientes, la construcción de puentes y mezquitas u otros piadosos, salvo que el imán considere oportuno, en cualquier momento, que el interés exige su reparto, pues está facultado para repartir. Por su parte, al-Šāfi'ī ha dicho: las tierras conquistadas se reparten al igual que los botines, es decir, en cinco partes. Abū Ḥanīfa opina: el imán ha de elegir entre repartirlas entre los musulmanes o dejarlas a sus propietarios, infieles, imponiéndoles el *jarāy* para confirmarlas en sus manos.

b En el año 353, hubo una gran hambruna en Córdoba, al-Ḥakam salió como fiador de los más débiles y sus menesterosos por su situación de necesidad. Se hizo cargo de sus gastos en todos los arrabales de Córdoba y de al-Zahra'.

[...] En ese año, se produjo una aglomeración de gente en la Mezquita Aljama de Córdoba y se apretujaban de tal manera que casi se pierden almas. Al-Muntaṣir bi-l-Allāh ordenó ampliarla y extenderla. Llegó el juez Munḍir Ibn Sa'īd a la Mezquita Aljama, con él, el responsable de los *aḥbās*, los *fuqahā'* y los notarios por los bienes que habían reunido del patrimonio de los *aḥbās* y estudiaron su ampliación.

^aباب الخامس في بيان النفقات المشتركة (ويحتوي على فصلين). ومعنى نفقات الأموال المشتركة فقد حذف المضاف في العبارة).

الفصل الأول. (في بيان تعميم الأموال المشتركة وبعض مصروفاتها الأخرى).

المادة (1308)- (إذا إحتاج الملك المشترك للتعمير والترميم فيعمره أصحابه بالإشتراك بنسبة حصصهم) إذا إحتاج الملك المشترك للتعمير والترميم فيعمره أصحابه بالإشتراك بنسبة حصصهم سواء كان الملك مشتركاً بين أكثر من مالك واحد أو مشتركاً بين مالك ووقف أو كان قابلاً للقسمة كالدائر الكبيرة أو غير قابل للقسم كالحمام والبئر فإذا كان الوقف شريكاً في ملك فيدفع متولى الوقف حصة الوقف في المصروف بنسبة حصته.

الملك هنا أعم من ملك الرقبة وملك المنفعة. أنظر شرح المادة (1197).

الخلاصة: إن نفقات الأموال المشتركة تعود على الشركاء بنسبة حصصهم في تلك الأموال حين إن الغرم بالغنم كما جاء في المادة 38. ويتفرع عن ذلك المسائل الآتية:

[...] 4- إذا كان مال الوقف مشتركاً بين وقف وبين أحد فتدفع نفقات تعمييره من الوقف ومن المالك. وذلك لو كانت بالوعة مشتركة بين مسجد وجماعة معلومة محتاجة للترميم وكان في ترميمها منفعة للمسجد فتدفع نفقات ترميمها من وقف المسجد ومن تلك الجماعة (الخيرية)²⁹³⁰.

El Código otomano de obligaciones, en su artículo 1308, establece la regla general sobre el reparto de los gastos en la comunidad de bienes: los comuneros sufragan los mismos en función de la cuota que posea cada uno. El exégeta de la *Maḡalla*, 'Alī Ḥaydar, magistrado del Tribunal Supremo del Imperio Otomano, incluye entre los posibles copropietarios de estos bienes, obligados por tanto a abonar las reparaciones necesarias, a los bienes habices. El *waqf*, según su comentario, a través de su administrador, abona estas inversiones. Se trata de un reconocimiento, no legal, pero sí doctrinal de la personalidad jurídica de los *aḥbās*. Sin embargo, llama poderosamente la atención cómo el jurista se cuida mucho de utilizar el término propietario al referirse al *hubs*, al que se refiere como quien comparte el bien; la palabra propietario, por dos ocasiones, queda reservada a la persona que es comunera con el habiz del bien. Los ulemas musulmanes se muestran más cómodos siguiendo una tendencia objetiva, qué ocurre con los gastos en las comunidades de bienes, que en calificar de persona jurídica a entes no humanos. Nos es preciso mencionar, en este sentido, que este código de obligaciones otomano carece de algún artículo que regule la personalidad jurídica.

^b(مادة 992) – (ينفق على السفية المحجور على من لزمته نفقته من ماله).

a Sección quinta. Sobre la exposición de los gastos comunes. (Contiene dos capítulos). El significado de los gastos comunes es los gastos de los bienes comunes, pues se ha omitido el sintagma en la expresión.

Capítulo primero. (Sobre la exposición de la reconstrucción de los bienes comunes y otros gastos).

Artículo 1308: Si la propiedad común necesitara reconstrucción y reparación, la reconstruirían sus propietarios en función de sus cuotas.

Si la propiedad común necesitara reconstrucción y reparación, la reconstruirían sus dueños copropietarios en función de sus cuotas, tanto si es una copropiedad de más de un comunero o es una copropiedad de un propietario y un *waqf*; también si es susceptible de partición, como una gran casa o no es susceptible como unos baños o un pozo. Si el socio fuera un *waqf*, el administrador del *waqf* pagaría la parte del bien habiz que le corresponde a su parte.

La propiedad aquí es más amplia que la propiedad de la *raqaba* o de la *manfa'a*. Véase la exégesis del artículo 1197.

Conclusión: los gastos de los bienes comunes se cargan a los copropietarios en función de sus cuotas sobre esos bienes, pues *el gasto va en función del ganado*, como se establece en el artículo 38. De esto, se derivan las siguientes cuestiones:

[...] 4- Si el bien del *waqf* está compartido entre uno y el *waqf*, los gastos de su reparación serían del *waqf* y del propietario. Si el desgüe fuera común entre una mezquita y una comunidad conocida y necesitara reparación que beneficiara a la mezquita, se pagarían los gastos de la reparación del *waqf* de la mezquita y de esa comunidad (benéfica).

b (Artículo 992) (La manutención de quien sea acreedor de la misma se ha de abonar del patrimonio del pródigo).

El pródigo es igual a aquel que no lo es en cuanto a lo que se constata como deber divino, o aquello que se constata como derecho en favor de la gente. Porque él es el receptor de ese discurso (divino). Lo que es un deber impuesto por Dios sería la *zakāt*, la peregrinación o similar. Y en cuanto a lo que es debido por ser un derecho de la gente sería los alimentos en favor de los familiares.

En cuanto al abono de la *zakāt* del incapacitado: es un deber de este y el juez lo extrae de su patrimonio, es decir, el patrimonio del incapacitado, y se lo entrega a este para que lo asigne a los beneficiarios de la *zakāt*, porque la *zakāt* es una forma de culto que exige la presencia de intención (del libro *Rad al-Muḥtār*), y envió a un oficial con él para que no dedique la cuantía a otro fin.

السفيه مساو لغير السفيه في الشيء الذي يثبت بإيجاب إلهي، أو الذي يثبت أنه حق للناس، لأنه مخاطب فالذي يجب بإيجاب إلهي هو الزكاة وحجة الإسلام وما يماثل ذلك، أما ما يجب على أنه حق للناس فهو كنفق ذوي الأرحام [...] صورة أداء زكاة المحجور: إن زكاة الواجبة على المحجور بفرزها القاضي من ماله، أي مال المحجور، ويسلمها إليه ليعطيه المحجور إلى صرف الزكاة، لأن الزكاة من العبادات التي تلزم فيها النية (رد المحتار) ورسل معه أمينه حتى لا يصرف في مكان آخر [...]

صورة حجة المحجور: إذا أراد السفيه أن يحج حجة الإسلام فلا يمنع القاضي النفقات التي يحتاجها السفيه أي حاج ثقة أمين تصرف عن يديه حتى لا يبذرها ويسرف فيها.

وقف المحجور بالسفه: إذا وقف السفيه مالا كان باطلاً أما إذا وقف بإذن القاضي فعند الإمام البلخي يصح، بخلاف الإمام أبي القاسم فعنده لا يصح أيضاً رد المحتار، والهنديّة في باب الثاني²⁹³¹.

Este artículo de la *Maḡalla* nos sirvió de ilustración acerca del concepto de persona y capacidad de obrar propio del *fiqh*, en el capítulo cuarto. En este punto de nuestra investigación constata que el derecho islámico pone el foco sobre las realidades que regula, en este caso los alimentos y los deberes para con Dios, que se han de abonar a cargo del patrimonio del pródigo, quien por sí mismo, si está incapacitado judicialmente, no tendría la facultad de disponer para tales fines, pero el juez ha de suplir esa capacidad al objeto de que los alimentos y la limosna legal sean atendidos.

^aومن مناقب نور الدين، رحمه الله تعالى، أنه كان عين للمغاربة الغرباء، والملتزمين زاوية المالكية بالمسجد الجامع المبارك، أوقاف كثيرة: منها طاحونتان، وسبعة بساتين، وأرض بيضاء، وحمام، ودكاكين بالقطارين. وأخبرني أحد المغاربة الذين كانوا ينظرون فيه -وهو أبو الحسن بن سردال الجيباني، المعروف بالأسود- أن هذا الوقف المغربي يعني، إذا كان النظر فيه جيداً، خمسمائة دينار في العام²⁹³².

El cronista, Ibn Ḳubayr, comentando los innumerables bienes habices que describe en cada ciudad que va visitando, nos detalla uno de los cientos situados en Damasco y fundado por el sultán Nūr al-Dīn, de quien elogia sus obras piadosas. Este párrafo, en concreto, nos informa que el gobernante destinó a los forasteros magrebíes hospedados en la *zāwiyya mālikī* anexa a la Gran Mezquita Omeya. Los bienes constituidos en *waqf*, cuyas rentas se destinan a tal fin, se enumeran del siguiente modo: dos molinos, siete huertas, tierras de labranza, unos baños y dos locales en el zoco de los perfumistas. A lo largo de esta investigación hemos ido intercalando estos cuadros elaborados con la pluma de los grandes viajeros árabes medievales, pues nos confrontan las normas jurídicas con la realidad contemplada por ellos. En este momento de la tesis, el fragmento nos recuerda la gran cantidad de patrimonios sujetos a un régimen independiente por su afección a un fin.

^bويذكر أن أحد الملوك السالفين توفي أيضاً، وأوصى بأن يجعل قبره في قبلة الجامع المكرم بحيث لا يظهر، وعين أوقافاً عظيمة تغل نحو الألف دينار وأربعمائة دينار في السنة، وزائداً للقراء سبع القرآن كل يوم. وموضع الإجتماع القراءة هذا السبع المبارك، كل يوم أثر صلاة الصبح، بالجهة الشرقية من مقصورة الصحابة رضي الله عنه²⁹³³.

El viajero valenciano, también en Damasco, cita la tumba de uno de los reyes anteriores, ubicada en la Gran Mezquita, y un enorme patrimonio de habices que rentaban más de mil

En cuanto a la peregrinación del incapacitado: si quisiera el pródigo realizar la peregrinación propia del Islam, el juez no le negaría los gastos normales de cualquier peregrino. Se haría mediante un oficial de confianza para que no se excediera.

Waqf del pródigo: si un pródigo constituyera un *waqf* sobre cualquier bien, sería nulo. Pero si lo hiciera con autorización del juez sería válido para el imán al-Baljī. Al contrario que la opinión del imán Abū al-Qāsim, para quien en este caso también sería nulo (*Rad al-Muḡtār, al-Hindiyya, en su capítulo II*).

a Entre las buenas obras de Nūr al-Dīn, Dios el Altísimo tenga misericordia de él, está que destinó a los magrebíes forasteros que se hospedaban en la *zāwiyya mālikī* en la bendita Mezquita Aljama muchos *awqāf*, entre ellos: dos molinos, siete huertas, tierra de cultivo, unos baños y dos locales en el zoco de los perfumistas. Uno de los magrebíes que estaban mirando -llamado Abū al-Ḥasan 'Alī b. Sardāl al-Ųayyānī- me informó que este *waqf* magrebí, es decir, si se administrara bien, producía quinientos dinares al año.

b Se recuerda que uno de los reyes precedentes también, al morir, dispuso que su tumba se situara la quibla de la noble Mezquita Aljama, en un lugar que no fuera visible; constituyó enormes *awqāf* que rentan alrededor de mil cuatrocientos dinares al año y más para que se leyera las siete lecturas de *El Corán* cada día. El sitio de la reunión de estas siete lecturas benditas, cada día tras la oración de la mañana, está en la parte oriental de la *macsura* de los compañeros del Profeta, Dios esté satisfecho de ellos.

cuatrocientos dinares anuales cuyo nexo de unión consistía en sufragar las siete lecturas ortodoxas de *El Corán* en la zona oriental, junto a la macsura de los compañeros de Muḥammad, cada día en su honor.

^aومسجد عمرو بن العاص مسجد شريف، كبير القدر، شهير الذكر، تقام فيه الجمعة. والطريق يعترضه من الشرق إلى الغرب. وبشرقه الزواية حيث كان يدرس الإمام أبو عبد الله الشافعي. وأما المدارس بمصر لا يحيط أحد بحصرها لكثرتها. وأما المارستان الذي بين القصرين عند تربة الملك المنصور قلاوون، فيعجز الواصف عن محاسنه وقد أعد فيه المرافق والأدوية ما لا يحصر، ويذكر أن مجباه ألف دينار كل يوم²⁹³⁴.

Ibn Baṭṭūṭa, en esta descripción del hospital situado en la calle cairota de Bayna al-Qaṣrayn, ya empleada por nosotros en el capítulo dedicado al *waqf*, afirma que esta institución recaudaba mil dinares diarios. No sabemos qué título jurídico justificaba esos desmesurados ingresos ni qué persona era la titular; lo que sí estamos en condiciones de asegurar era que para este viajero, sí merecía una cierta autonomía como para atribuirle esa cantidad sin referirse a posibles habices, limosnas o donaciones.

^b5-من اللاذقية إلى دمشق.

ثم سافرت إلى مدينة اللاذقية. وهي مدينة عتيقة على ساحل البحر. يزعمون أنها مدينة الملك الذي كان يأخذ كل سفينة غصباً. وكنت إنما قصدتها لزيارة الولي الصالح عبد المحسن الإسكندري. فلما وصلتها وجدته غائباً بالحجاز الشريف. فلقيت من أصحابه الشيخين الصالحين سعيد البجائي ويحيى السلاوي، وهما بمسجد علاء الدين البهاء أحد فضلاء الشام وكبرائها، صاحب الصدقات والمكارم. وكان قد عمر لهما زاوية بقرب المسجد وجعل لها الطعام للوارد والصادر²⁹³⁵.

El tangerino siempre señala las principales obras de caridad que se realizan en cada población que visita; a veces en forma de *waqf*, otras sin especificar. En el caso que nos ocupa, en la ciudad de la costa siria de Lataquia, se trata de una institución recurrente en los textos que venimos seleccionando: la *zāwiyya*, edificio donde se hospedan los viajeros y donde se ponen a la disposición de estos comida y habitación. Según se desprende del relato, este hospedaje fue construido por un noble sirio y en el mismo se ofrece alimento a los que llegan y parten de la ciudad. Sin especificar la procedencia de los fondos, sí se deduce que se trata de una institución con cierta autonomía, al menos, que trasciende a su creador.

^cورحلنا مع هذا العذار ثلاث مراحل. ثم وصلنا مدينة الواسط، وهي حسنة الأقطار، كثيرة البساتين والأشجار، وبها أعلام يدهي الخير شاهدهم وتهدى الإعتبار مشاهدهم. وأهلها من خيار أهل العراق، بل هم خيرهم على الإطلاق، أكثرهم يحفظون القرآن الكريم ويجيدون تجويده بالقراءة الصحيحة، وإليها يأتي أهل بلاد العراق برسوم تعلم ذلك. وكان في القافلة التي وصلنا فيها جماعة من الناس أتوا برسوم تجويد القرآن على من بها من الشيخ. وبها مدرسة عظيمة حافلة فيه نحو ثلاثمائة خلوة ينزلها الغرباء القادمون لتعلم القرآن، وعمرها الشيخ تقي الدين عبد المحسن الواسطي، وهو من كبار أهلها وفقهائها، ويعطي لكل متعلم بها كسوة في السنة ويجري له نفقته كل يوم...²⁹³⁶

a Y la mezquita de 'Amr b. al-ʿĀṣ es una mezquita honorable, de gran estima, famosa por su mención y donde se celebra el viernes. Está orientada de este a oeste. En su parte oriental se encuentra una *zāwiyya* donde enseñaba el imán Abū 'Abd Allāh al-Šāfi'ī. Por lo que respecta a las madrazas en Egipto, nadie puede contarlas debido a su gran número. En cuanto al hospital que se encuentra entre los dos palacios ante la tumba del rey al-Manṣūr Qalāwwun, quien describe se siente incapaz de hacerlo por sus numerosas virtudes. Posee servicios y medicamentos sin límites; se cuenta que recauda mil dinares todos los días.

b 5- Desde Lataquia hasta Damasco.

Después viajé hasta la ciudad de Lataquia; es una ciudad con historia en la costa del mar. Afirman que es la población del rey que tomaba todos los barcos por la fuerza. Únicamente tenía la intención al ir hacia allí de visita al gobernador virtuoso, 'Abd al-Muḥsin al-Iskandarī. Al llegar, encontré que estaba ausente en el honorable Ḥiḥyāz. Me entrevisté con dos de sus compañeros, los virtuosos jeques Sa'īd al-Baḡāṭī y Yaḥyā al-Salāwī. Ambos se encontraban en la mezquita de 'Alā' al-Dīn al-Bahā', uno de los nobles de Siria y de sus principales, dador de limosnas y dádivas. Les construyó a los dos una *zāwiyya* cerca de la mezquita, en la que los viajeros que llegaban o partían tenían comida.

c Partimos por ese sendero tres etapas hasta llegar a la ciudad de Wāsiṭ, con hermosos alrededores y muchos jardines y árboles. En ella se encuentran monumentos que hacen bien a su observador y atraen la mirada del mismo. Sus habitantes son de lo mejor de Iraq, es más, son los mejores de Iraq completamente. La mayoría de ellos conocen de memoria *El Corán* y dominan su correcta lectura. Vienen de muchas partes de Iraq para aprenderlo. En la caravana con la que llegamos, se encontraba un grupo de personas que venían con el fin de aprender *El Corán* con los jeques de la ciudad. Hay en la misma una gran escuela con más de trescientas celdas donde se hospedan los forasteros que vienen a aprender *El Corán*, la construyó el jeque Taqī al-Dīn 'Abd al-Muḥsin al-Wāsiṭī, uno de los más grandes entre sus habitantes y de sus mejores alfaquies, quien da a cada estudiante un vestido al año y corre con sus gastos de cada día...

Ibn Baṭṭūṭa nos pone un ejemplo de escuela en una ciudad iraquí, para aprender la lectura correcta del Alcorán. Su fundador, Taqī al-Dīn ‘Abd al-Muḥsin al-Wāsiṭī, es quien corre con los gastos de los estudiantes.

[إعطاء أرض الحبس مغارسة]^a

وسئل ابن الحاج عن الأرض المحبسة هل يجوز أن تعطى مغارسة أم لا؟ فأجاب: الأرض المحبسة لا يجوز أن تعطى مغارسة لأنه يؤدي ذلك إلى بيع حظها. فإن نزل ودفع أرض محبسة على مسجد مغارسة، فإن كان للمسجد غلة يعطى منها من غرس قيمة غرسه أعطيها وخُلص الغرس للأرض للمسجد حبساً عليه، وإن لم يكن له غلة شارك فيها الغارس بقيمة غرسه، تقوم الأرض غير مغروسة ثم تقوم بغرسها، ولا يرجع الخيار إلى الغارس، فيقال له أعط قيمة الأرض هذا أحوط للحبس لا سيما على مذهب ابن الماجشون الذي يرى ذلك في المطلق إذا إستحق بملكه. وقد رأيت لسحنون في الأرض إذا إستحقت بحبس وفيها بنيان أنه يقال للمستحق إذا أبى المحبس عليهم أن يعطوا قيمة البنيان أعط قيمة الأرض ويتباع بها أرض أخرى تكون حبساً في السبيل التي كانت فيها الأولى، ولو إستعملت فيها أيضاً رواية ابن الفرغ في جواز بيع الربع إذا خرب لقليل إن إعطاء أرض الحبس إذا كانت مشعرة ولم يُعر منه شيء جاز²⁹³⁷.

Al-Wanšārīsī incluye esta fetua de Ibn al-Ḥāy sobre la posibilidad de explotar las tierras constituidas como *waqf* mediante una sociedad de *mugārasa* -entrega de la tierra a quien la siembre, por una cuota estipulada de los frutos de esa siembra²⁹³⁸-. La problemática de este tipo de sociedades agrarias ya la hemos estudiado anteriormente. De esta respuesta jurídica nos llama la atención la forma en la que el jurista atribuye la posición del socio que aporta los terrenos al *ḥubs* o a la mezquita beneficiaria del mismo. Esta asignación de una situación jurídica la completa sin que le llame la atención que, de facto, coloque una institución jurídica (el habiz) o su beneficiario (la mezquita) en una relación jurídica de la misma manera que si fuera un ser humano. Esta falta de extrañeza nos es posible justificarla con la tendencia objetiva propia de los *fukahā*. Están más preocupados por el qué que por el quién.

الباب الثالث.

a [Dar la tierra de *ḥubs* como *mugārasa*].

Se le preguntó a Ibn al-Ḥāy sobre una tierra constituida como *ḥubs*, ¿es lícito entregarla a una *mugārasa* o no? Contestó: la tierra constituida como *ḥubs* no es lícito entregarla a una *mugārasa*, porque ello conduce a la venta de su parte. Si ocurriera y se diera la tierra constituida como habiz a favor de una mezquita a una *mugārasa*, si la mezquita obtuviera una cosecha, de ella le entregaría al socio cultivador el valor de su siembra, con la entrega se liquidaría la sociedad y la tierra sería de la mezquita como *ḥubs*. Si no hubiera cosecha, participaría en la tierra el socio sembrador por el valor de su siembra, primera se pondría la tierra no sembrada y después la sembrada, y la elección no sería del sembrador; si se le dijera: entrega el valor de la tierra, eso sería más beneficioso para el *ḥubs*, en especial, según la opinión de Ibn al-Māyīšūn, quien defiende esa postura de forma absoluta, en caso de que alguien recuperara la propiedad. Se atribuye a la opinión a Saḥnūn sobre la tierra, en el caso de que alguien ganara judicialmente su propiedad frente a un *ḥubs* y en ella se hubiera erigido alguna edificación, se le diría a quien hubiera ganado la propiedad, si los beneficiarios del *waqf* se negaran a dar el valor de lo edificado, da el valor de la tierra y compra con ella otra tierra que sea un *ḥubs* en favor de los mismos a los que estaba destinada la primera. Si se utilizara también la solución de Ibn al-Faraḥy sobre la validez de la venta del cuarto si se dañara, se diría que entregara la tierra como *ḥubs*, si se hubiera mezclado y no saliera nada de ella; eso sería válido.

b Capítulo tercero.

Sobre la mención de todas sus labores, el detalle de sus límites, el análisis de los nombres de sus poblaciones, aldeas, islas y puertos y todo lo que tiene nombre en los divanes; se llama la atención sobre lo que forma un grupo y lo que no, según la costumbre. Se clasifican según las letras del alifato, colocándose bajo cada letra los lugares de cada labor, en función de la más alta costumbre de los divanes, expresando cada labor con cada letra. Al ser estas labores, sus lugares y extensiones secretos de estado, de los que no es válido su difusión ni se puede dar a conocer, no lo sobrepasa para que no sea acusado de deslealtad. Estos serían:

[...] Al-Ajmīmiyya.

Las tierras de los monasterios de al-Bayḍ; Itfā y lo que está con ella. La ciudad que es Ajmīm; al-Murāgāt; al-Ḥarāyīyya; al-Ḥamīdiyya; al-Ŷazīra conocida como Albāhā; la Colina de al-‘Aqabān; la Colina de Gīlān; la Colina de al-Ḍaba; la Colina de al-Baqar de las aldeas de Naqāna orientales; la Colina de al-Ḥawr de sus aldeas; la Colina de al-Gazalān de sus aldeas.

[...] Al-Asiyūṭiyya.

Iglesia de Ṭāhir.

[...] Al-Ŷīziyya.

Dahšūr; Monasterio de al-Šama’, Muniyya al-Šammāš; Damūh y sus zonas fangosas; Monasterio de al-Fajjār, sus reformas y huertos; las tierras del Monasterio de Abū Manšūr; el Monasterio de Ša‘rān.

في ذكر جملة أعمالها، وتفصيل نواحيها، وتحقيق أسماء ضياعها، وكفورها، وجزائرها، ومناها، وكل ما يقع عليه إسم في الديوان منها، والتنبيه على ما يرد مجموعاً مع غيره لما جرت به العادة فيه، وترتيب ذلك على حروف المعجم بحيث يؤول بكل حرف، ويورد تحته كل ما يجيء عليه من نواحي كل عمل، ولأعلى عادة الدواوين في إيراد كل عمل مقفلاً بكل حرف، ولما كانت هذه الأعمال وعبرتها ومسائرها من أسرار الدولة التي لا يجوز إشاعتها، ولا يمكن إذاعتها، تجاوزات عنها، ولم أتعرض لمئ منها؛ وهي النواحي:

[...] الأخممية.

أراضي الديارات البيضاء؛ إتفا وما معها؛ المدينة وهي أخميم؛ المراغات؛ الحراجية؛ الحميدية؛ الجزيرة المعروفة بالبيها؛ كوم العقبان؛ كوم غيلان؛ كوم الضبع؛ كوم البقر من كفور نقانة الغربية؛ كوم الحور من كفورها؛ كوم الغزلان من كفورها.

[...] الأسيوطية

كنيسة طاهر.

[...] الجزيرة.

دهشور؛ دير الشمع وهو منية الشماش؛ دموه والطين بها؛ دير الفخار ومحدثها وبستانها؛ أراضي دير أبو منصور؛ دير شعران.

[...] البحيرة

كنيسة الغيظ؛ كنيسة عبد الملك.

حوف رمسيس.

كنيسة مبارك؛ كوم شريك؛ كيما شراس

[...] النساوية

كفر بلا؛ كنيسة بوهيمية الفدن؛ كوم سنابل.²⁹³⁹

Al-Mamātī, el ministro egipcio en su libro *las leyes de los divanes*, con un marcado sentido práctico e impositivo, relaciona cada lugar registrado en el *diwān* oficial, según una clasificación basada en el alifato, con la labor registral y recaudatoria. No nos interesa tanto la enumeración de estos sitios, sin menospreciar su valor histórico, social y jurídico, sino el hecho de comprobar que el autor ordena las tierras asignándolas a iglesias y monasterios concretos, en lo que parece un reconocimiento implícito de la propiedad de estas instituciones religiosas. Conviene que recordemos que las haciendas públicas, con la finalidad de favorecer una mayor recaudación no suelen ser muy pulcras con las calificaciones jurídicas de los sujetos. Sin embargo, estos fragmentos dejan claro que los juristas musulmanes, como hemos visto en otras ocasiones, no vacilan a la hora de utilizar expresiones que semánticamente implican titularidad sobre bienes a cosas, edificios o, incluso, sociedades, sin que por ello reconsideren sus propias concepciones de la personalidad.

^aوالأصل أن الحق نوعاً: حق الله وحق العبد.

فحق الله ما يتعلق به النفع من غير إختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه. وحقوق الله ثمانية: عبادات خالصة كالإيمان وعقوبات خالصة كالحدود، وعقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث، وحقوق دائرة بين الأمرين كالكفارات، وعبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفكر، ومؤونة فيها معنى العبادة كالعشر، ومؤونة فيها شبهة العقوبة كالخراج، وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم.²⁹⁴⁰

El jurista egipcio, ‘Abd al-Razzāq al-Sanhūrī -nacido en el año 1895 y fallecido en el año 1975, fue uno de los principales juristas civilistas de Egipto, siendo nombrado varias veces como ministro de Instrucción²⁹⁴¹- al estudiar las fuentes islámicas, afirma que los derechos se clasifican según su titular: Dios o los fieles, enumerando los de aquel. Este texto, al que ya hicimos referencia a la hora de confrontar las *venerabiles domus* bizantinas con las instituciones islámicas en el

[...] Al-Buḥayra.

Iglesia de al-Gīz; Iglesia de ‘Abd -l-Mālik.

Ḥawf Ramsīs.

Iglesia Mubārak; la Colina de Šarīk; Kīmā Šarās.

[...] Al-Bahansāwiyya.

Aldea de Balā; Iglesia de Būhumayna al-Fadan; la Colina de Sanābil.

a Y en origen, el derecho tiene dos tipos: derecho de Dios y derecho de los fieles.

El derecho de Dios es aquel que no está en beneficio de nadie en concreto, así que se asigna a Dios el Altísimo, por su gran importancia y la generalidad de su utilidad. Los derechos de Dios son ocho: de culto exclusivamente, como la fe, y castigos exclusivamente, como los *hudūd*, y castigos limitados como la prohibición de heredar, derechos entre ambas esferas como la *kaḫāra*, y cultos con un cierto sentido de carga como el diezmo, y cargas que son parecidas a castigos como el *jarāy*, y derecho impuesto en sí mismo como el quinto del botín.

capítulo segundo, enmarca su teoría de la tendencia objetivo del derecho islámico, que nosotros seguimos en sus aspectos principales.

^aالقسم الأول. التصرف القانوني في الفقه الإسلامي.

تمهيداً تعريف العقد تقسيماته. 1 تعريف العقد.

أمور ثلاثة تستخلص من التعريف: قدمنا أن صاحب مرشد الحيران عرف العقد في المادة 262 على الوجه الآتي: ((العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)). ويستخلص هذا التعريف أمور ثلاثة:

[...] أولاً: العقد يدخل في عموم التصرف القانوني: التصرف القانوني إرادة محضة أو تعبير عن الإرادة كما قدمنا. وكذلك العقد الذي هو فرع عن التصرف القانوني. ولا يختلظ العقد، وهو إرادة محضة، بعمل مادي، إلا إذا كان هذا العمل هو الشكل الواجب في بعض العقود، أو ما يقترن به من القبض في عقود أخرى، أو المظهر المادي للتعبير عن الإرادة في جميع العقود [...] وكل هذا يتفق مع نظرية التصرف القانوني في الفقه الحديث.

ثانياً: العقد إرادتان متطابقتان لا إرادة منفردة: العقد بحسب التعريف المتقدم يرتباط إيجاب بقبول. فهو إذن إرادتان مترابطتان وليس إرادة واحد. ويتخلص لنا من ذلك نتيجتان منطقيتان: 1- أن كل إرادتين متطابقتين عقد. 2- وأن الإرادة المنفردة ليست بعقد. على أن هاتين النتيجتان لم يخلصا في الفقه الإسلامي إلا بعد جهد، بل إن النتيجة الثانية لم تخلص خلوها تماماً.

a Primer apartado. El acto jurídico en el *fiqh* islámico.

Introducción. Definición de contrato y sus divisiones. 1 Definición del contrato.

Tres asuntos se extraen de la definición: hemos adelantado que el autor de *Muršid-l-ḥīrān* ha definido el contrato en el artículo 262 de la siguiente manera: “el contrato es la expresión de la vinculación de la oferta que parte de uno de los contratantes con la aceptación del otro, de tal manera que se afirman sus efectos en el objeto del mismo”.

Se extraen de esta definición tres asuntos:

[...] Primero: el contrato se incluye en la generalidad del acto jurídico: el acto jurídico es una voluntad pura o la expresión de una voluntad como hemos presentado; también el contrato es una derivación del acto jurídico. No se confunde el contrato, que es una voluntad pura, con el acto material, salvo que dicho acto fuera la forma debida en algunos contratos, con que lo acompaña como la toma de posesión en otros contratos, o la apariencia material de la expresión de la voluntad en la totalidad de los contratos [...] Todo esto está de acuerdo con la teoría del acto jurídico en el derecho moderno.

Segundo: el contrato es dos voluntades concordes, no una voluntad unilateral. El contrato, según la definición mencionada anteriormente, es el vínculo de la oferta con la aceptación. Por tanto, son dos voluntades mutuamente vinculadas y no una sola voluntad. De esto, se deduce para nosotros dos conclusiones lógicas: 1-dos voluntades concordes forman un contrato. 2- La voluntad unilateral no es un contrato. Estas dos conclusiones no se extraen del *fiqh* islámico más que con esfuerzo; es más, a la segunda no se llega de forma completa.

[...] En cuanto a que la voluntad unilateral no es un contrato, esta regla no ha tenido la suerte de la primera, como ha precedido. Existe, realmente, un grupo de *fuqahā'* que la siguen con gran precisión. Así, al-Dasūqī, uno de los alfaquíes *mālikīes* dice: “los contratos son los que consisten en la oferta y la aceptación; por lo que respecta a lo que no son, como el repudio y otros, son cancelaciones que no consisten en oferta y aceptación”. Al-Naḥāfī, uno de los *fuqahā' šī'ies*, dice: “el contrato, jurídicamente, es la expresión de uno de los contratantes, y el acto de otro donde el Legislador ha organizado los efectos queridos por Él. Y la definición primera (de contrato) comprende la oferta y la aceptación o la conformidad de las dos partes, o incluye la intención de ambas. La segunda definición (las proyecciones) son las que se emiten de una sola parte o su conformidad”. En la exégesis de al-Lūsī se incluye: “la raíz del contrato es la conformidad regulada, después se valida con el contrato afirmado. Al-Ṭūsī distingue entre el contrato y el pacto, en el sentido de que el contrato tiene la acepción de solicitud de pacto y no se produce más que entre dos, mientras que el pacto puede ser unilateral”. Pero esta investigación sobre la distinción entre el contrato y la voluntad individual no ha impedido a la generalidad de los *fuqahā'* aplicar el término contrato a las dos realidades sin diferenciarlas. Usan comúnmente la expresión que incluye todos los actos, tanto si uno lo controla como si participa más de uno. Hablan del contrato de legado, debaten sobre los contratos de donación, comodato, préstamo, fianza, prenda que se perfecciona con la oferta y aceptación únicamente. Cuando se enfrentan a mostrar qué suspende válidamente los contratos y lo que no, los condiciones que anulan y las que no, toman los actos sin distinguir entre un contrato y una voluntad individual; así, mencionan el repudio, la manumisión, la liberación de deuda, el *waqf*, de la misma manera que mencionan la compraventa, el arrendamiento, la partición, el matrimonio y el divorcio consensual.

[...] Tercero: la definición de contrato manifiesta la tendencia objetiva que rige el *fiqh* islámico:

La definición de contrato manifiesta la tendencia objetiva que rige el *fiqh* islámico frente a la tendencia subjetiva. El contrato es un vínculo entre la oferta y la aceptación, no porque cree una obligación personal entre las partes contratantes, que sería el significado en la tendencia subjetiva, sino porque afirma sus efectos en el objeto del contrato, es decir, lo transforma de un estado a otro, que es lo que se destaca en la tendencia objetiva a la que hemos apuntado. Veremos que esa tendencia objetiva que rige en el derecho islámico tiene efectos en sus principios fundamentales y en los detalles de sus regímenes y es la que provoca que tome en consideración la voluntad aparente frente a la interna.

[...] وأما أن الإرادة المنفردة ليست بقدر، فهذه قاعدة لم يكن من التحرير حظ القاعدة الأولى كما أسلفنا القول. يوجد حقاً فريق من الفقهاء يلتزمها في كثير من الدقة، من ذلك ما يقوله الدسوقي أحد فقهاء المالكية: ((العقود هي ما يتوقف على إيجاب وقبول، وأما غيرها من الطلاق وما بعده فهي إخراجات ولا تتوقف إيجاب وقبول)). ويقول النجفي أحد الفقهاء الشيعة: ((العقد شرعاً قول من المتعاقدين أو قول من أحدهما، وفعل من الآخر رتب الشارع الأثر المقصود عليه. وتعريف الأولى (العقد) بأنها المشتملة على الإيجاب والقبول أو بأنها المشتملة على رضا الطرفين أو بأنها المتضمنة لقصد الجانبين، وتعريف الثاني (الإيقاعات) بأنها إجابات أو بأنها قصد من جانب واحد أو بأنها رضا)). وجاء في تفسير الألوسي: ((أصل العقد الرضا محكماً، ثم تجوز به من العقد الموثقة. وفرق الطوسي بين العقد والعهد بأن العقد فيه معنى الإستيثاق والشد ولا يكون إلا بين إثنين، والعهد قد يفرد به واحد)). ولكن هذا التحرى في تمييز العقد عن الإرادة المنفردة لم يمنع عامة الفقهاء من إطلاق لفظ العقد على كل من الإثنين دون تمييز بينهما، ويعمومون اللفظ ليشمل كل تصرف (استبد به واحد أو اشترك فيه أكثر من واحد)). فيتكلمون في عقد الوصية، ويناقشون هل العقود الهبة والعارية والقرض والكفالة والرهن تنعقد بإيجاب وقبول أو تنعقد بالإيجاب وحده. وعندما يعرضون لبيان ما يصح تعليقه من العقود وما لا يصح، وما يبطله الشروط الفاسدة وما لا تبطله، ويتناولون كل التصرفات دون تمييز بين عقد وإرادة منفردة، فيذكرون الطلاق والعتق والإبراء والوقف كما يذكرون البيع والإجارة والقسمة والنكاح والخلع.

[...] ثالثاً: تعريف العقد ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي: تعريف العقد الذي نقلناه عن مرشد الحيران ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي دون النزعة الذاتية. فالعقد هو ارتباط بالإيجاب بالقبول، لا من حيث إنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين وهذا وهو المعنى البارز في النزعة الذاتية، بل من حيث إنه يثبت أثره في المعقود عليه أي يغير المحل من حالة إلى حالة، وهنا تبرز النزعة الموضوعية التي أشرنا إليها. وسنرى أن هذه النزعة الموضوعية التي سادت الفقه الإسلامي لها أثر كبير في مبادئه الأساسية وفي تفصيلات أحكامه، وهي التي جعلته يأخذ بالإدارة الظاهرة دون الإدارة الباطنة²⁹⁴².

‘Abd al-Razzāq al-Sanhūrī aborda una comparativa entre el derecho de obligaciones occidental, dividido entre los ordenamientos latinos, germánicos y anglosajones, y el *fiqh*. En este contexto toma la definición de contrato contenida en el proyecto de código de obligaciones *Muršid-l-ḥīrān*, concretamente en el artículo 262: “el contrato es la expresión de la vinculación de la oferta que parte de uno de los contratantes con la aceptación del otro, de tal manera que se afirma sus efectos en el objeto del mismo”. Sobre esta base, extrae dos conclusiones: el contrato consiste en dos voluntades que concuerdan y que la voluntad unilateral no es un contrato. El autor afirma que la primera premisa se produce en el derecho islámico y se puede demostrar con esfuerzo, mientras que la segunda es más dudosa que sea reconocida por los ulemas musulmanes, quienes, como reconoce al-Sanhūrī, denominan contrato a cualquier negocio jurídico, confluyan en él dos voluntades o una sola. Esta visión particular del derecho contractual en el *fiqh* ya lo analizamos en el capítulo tercero. Sin embargo, concluye a partir de esta definición que el derecho islámico tiene una tendencia objetiva porque el vínculo entre la oferta y la aceptación de los contratantes posee gran relevancia no en cuanto genera un vínculo obligacional entre dos personas, sino porque transforma el objeto del contrato de un estado a otro. Esta tendencia, según el jurista, se refleja en todos los ámbitos del *fiqh*, aunque dado la finalidad de su libro, se centra en la preferencia de la voluntad aparente frente a la interna; para nuestro trabajo, esta peculiaridad deviene esencial. Sin embargo, no cree que la confusión de los ulemas entre acto jurídico y contrato se deba a esta característica. Estamos convencidos de que es así, porque los *fuqahā* centran su interés en los efectos de los negocios sobre la realidad a la que afectan, no en los nexos que se crean entre los intervinientes.

^aالفرق التاسع والمائتان

بين قاعدة ما مصلحته من العقود في اللزوم، وبين قاعدة ما مصلحته عدم اللزوم. أعلم أن الأصل في العقد اللزوم؛ لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المقعود به أو المعقود عليه ودفح الحاجات، فيناسب ذلك اللزوم دفعاً للحاجة وتحصيلاً للمقصود، غير أن مع هذا الأصل إنقسمت العقود قسمتين: أحدهما، كذلك كالبيع والإجارة

a La diferencia doscientos nueve

Esta regla evidencia cuando interesa en los contratos su obligatoriedad y cuando no es de interés su obligatoriedad. Hay que saber que la regla general en los contratos es su obligatoriedad; porque el contrato ha sido instituido para conseguir lo pretendido de su objeto y satisfacer necesidades, por lo que es adecuada su obligatoriedad, en atención a la necesidad que satisface y la consecución de lo pretendido. Si embargo, esa raíz divide a los contratos en dos tipos: uno de ellos, como la venta, el arrendamiento, el matrimonio, la donación, la dote y los contratos de tutela, donde la actividad pretendida con el contrato se produce tras el mismo. Y el otro tipo: su interés no está en su obligatoriedad, sino con su validez y falta de obligatoriedad; son cinco contratos: la recompensa, la sociedad en comandita, la siembra, la representación y el arbitraje siempre que no sea del gobernante.

والنكاح والهبة والصدقة و عقود الولايات؛ فإن التصرف المقصود بالعقد يحصل عقيب العقد. والقسم الآخر لا يستلزم مصلحته مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم، وهي خمسة عقود: الجعالة والقراض والمغارسة والوكالة وتحكيم الحاكم ما لم يشرعاً في الحكومة²⁹⁴³.

El ulema al-Suyyūfī utiliza en este fragmento que seleccionamos en el capítulo tercero una expresión sobre la materia que refrenda las tesis de al-Sanhūrī: *el contrato se ha establecido para conseguir el propósito del objeto del mismo, su finalidad, y satisfacer las necesidades*. Se pone el acento sobre la cosa, sobre lo que se contrata, mientras que quienes lo perfeccionan permanecen en un segundo plano. Esta visión provoca que los alfaquíes tengan más en cuenta la voluntad expresada que la interna o real de las partes²⁹⁴⁴.

En nuestra tesis hemos ido señalando ejemplos de este fenómeno, que recordaremos por exigencias de la lógica de nuestro estudio. Antes de exponer las conclusiones que hemos extraído de estos textos jurídicos, convendría recapitular las principales reflexiones que sobre este asunto nos han venido acompañando a lo largo de esta tesis y, en algunos casos, actualizarlas a la luz de lo que aquí hemos observado en las obras de los *fuqahā*.

Al estudiar los posibles antecedentes romanos, constatamos que la visión de la sucesión estaba fundamentada en una visión contrapuesta. En Roma primaba la sucesión en el lugar y derecho del difunto²⁹⁴⁵, una continuidad jurídica de una persona a su sucesora. Por el contrario, el *fiqh* resuelve la cuestión incidiendo en la liquidación del patrimonio del fallecido; en el supuesto de que quedara un remanente, este sería para los herederos (por supuesto que se producen excepciones en las que el sucesor ocupa la misma posición contractual, por ejemplo; sin embargo, la regla general no es esa). Las deudas no se transmiten a los herederos e, incluso, la propiedad de los bienes no se adquiere por estos hasta el abono total del pasivo hereditario según muchas escuelas jurídicas y, las que lo permiten establecen mecanismos en favor de los acreedores con el fin de que no se disponga del patrimonio en su perjuicio. ¿Cuál es la incidencia de esta peculiaridad islámica para nuestra investigación? La teoría jurídica romana, en el caso de que las herencias yacentes, aquellas en las que el heredero todavía no las hubiera aceptado, se vio interpelada y obligada a reflexionar sobre la propiedad de ese patrimonio durante ese período de tiempo. Este planteamiento coadyuvó a desarrollar teorías sobre la personalidad jurídica distintas a la de la persona natural²⁹⁴⁶. En el caso de la *Šarī'a*, preocupada por convertir el patrimonio en un caudal relicto líquido que repartir según las cuotas coránicas entre los herederos, precisa en menor medida de una teoría que justifique una titularidad ajena a la persona física. Es más, no tiene reparos en mantener la misma en el causante; su principal afán consiste en definir el destino de las cosas que componen la herencia, con independencia de su propiedad.

El ulema 'Umar b. 'Abd al-'Azīz, al glosar la obra sobre la labor de los jueces de al-Jaṣṣāf, nos presenta al ejecutor testamentario, albacea, como un representante del causante, ya fallecido²⁹⁴⁷. Esta función sobrepasa la mera ejecución de las disposiciones de un testamento, que es la opción que nuestro ordenamiento escoge -artículos 892 y siguientes del Código Civil-. Asimismo, tanto la persona del fallecido, cuya *dimma* no se extingue con la muerte, como la herencia está bajo el poder de este sujeto²⁹⁴⁸. La solución no implica una mera metáfora donde se llama representante a la persona que lleva a cabo las últimas voluntades, sino que se asume que el muerto continúa siendo centro de imputación de derechos y obligaciones²⁹⁴⁹, y los órganos judiciales siguen un procedimiento prefijado para confirmar las deudas contra él, ya que los herederos o los acreedores reconocerían una propiedad ajena a ellos²⁹⁵⁰. Por supuesto, el albacea actúa en cualquier proceso judicial en defensa de los derechos del causante y, el juez, si aquel fuera negligente, asumiría esa función²⁹⁵¹. En este sentido, 'Abd al-Salām Dawūd afirma que el sepelio de la persona es un derecho de esta frente a su herencia²⁹⁵²; no queda claro que la extinción de la personalidad de cualquier ser humano se produzca con su muerte, más bien con la liquidación de su patrimonio y la satisfacción de sus deudas.

Esta figura jurídica del ejecutor hereditario y la duda sobre el momento de la desaparición definitiva de la *ḍimma* del hombre reafirma lo que venimos exponiendo sobre el desinterés de los ulemas por formular una teoría jurídica aglutinadora del régimen de la personalidad. No van más allá de la regulación de la liquidación patrimonial. Nos es posible dar una explicación de esta circunstancia apoyándonos en dos causas: una tendencia objetiva o una deficiente técnica jurídica, principalmente. El *fiqh* es proclive a centrarse en los objetos del derecho más que en los sujetos en otras materias jurídicas, según veremos, por lo que el objetivismo supone una respuesta convincente. No obstante, tampoco podemos soslayar que el derecho islámico sufrió una especie de esclerosis a partir de la Baja Edad Media.

En cualquier caso, no compartimos la tesis de ‘Abd al-Salām Dawūd, en virtud de la cual afirma que la *Šarī‘a* mantiene la separación entre la *ḍimma* del causante frente a la de sus herederos; otros ordenamientos, entre los que se encontrarían los de tradición latina, las confundirían y mezclarían²⁹⁵³. No se produce ni una mezcla de personalidad ni mucho menos una confusión, sino que el heredero continúa la personalidad jurídico-patrimonial, pues se produce una *·successio in locum et ius*. La *ḍimma*, por mantener la terminología islámica, de la persona se extingue en el momento de la muerte; una nueva se coloca en la misma posición jurídica, pero posee su propia virtualidad, porque, además de las posibles deudas que asuma del *de cuius*, porta sus propias obligaciones y derechos. La función del derecho hereditario es dar continuidad frente a la liquidación del conjunto de bienes y derechos. Los artículos 659, 660 y 661, entre otros, de nuestro Código Civil, son fieles a este concepto de continuidad romano.

Otro aspecto de los grandes contenidos del derecho civil en el que nos hemos topado con esta tendencia, a lo largo de estas páginas, se encuentra en la responsabilidad extracontractual y por daños. En la cultura jurídica española, continuando la tradición romana, rige la norma de la exigencia de culpa o negligencia para que surja la obligación de indemnizar; así lo establece el artículo 1902 del Código Civil. Por su parte, la *Maḡalla* otomana, de inspiración *ḡanaḡī*, únicamente requiere un nexo causal entre el daño y la acción de la persona²⁹⁵⁴. Esta norma ha pasado al código civil jordano vigente²⁹⁵⁵.

Asimismo, en el ámbito de la responsabilidad por deudas o contractual, también encontramos que la deuda no siempre se define como un vínculo entre acreedor y deudor, sino que, en muchas ocasiones, ese nexo une al acreedor con un bien concreto. La *Mudawana* de *Saḡnūn*, nos muestra un caso de limitación de responsabilidad sobre un capital, de la que disfrutaban las sociedades actuales y demás personas jurídicas, mas en ausencia de un ente separado de los humanos participantes. Si una persona entregara un capital a un menor o un esclavo, incapaces ambos, con el fin de que comerciaran con él, las obligaciones dimanantes se dirigirían contra ese capital entregado, los bienes concretos, nunca sobre la *ḍimma* de la persona de los incapaces ni de quien realizó la entrega²⁹⁵⁶.

Los seguidores de Abū ḡanīfa, en el caso de declaración de quiebra, limitan la responsabilidad a los bienes presentes en el momento de la decisión judicial, no a los que adquiera con posterioridad²⁹⁵⁷. Los *mālikies*, por contra, establecen que los bienes futuros del pródigo incapacitado también han de responder por las deudas anteriores a la incapacitación. Ahora bien, Saḡnūn afirma literalmente que la incapacitación se dirige a bienes²⁹⁵⁸.

El discípulo de al-Šāfi‘ī, al-Suyyūḡī, trata de establecer la prelación de los créditos contra el causante, o la herencia -esta opinión ha sido retomada por el ulema hindú nacido en 1890, Šidīq ḡasan Jān²⁹⁵⁹-; para ello, divide estas obligaciones en función de dos criterios: si nos encontramos ante acreedores hijos de Adán o el propio Dios, por un lado, y, de otro, si se califican de personales, vinculadas a la *ḍimma* del causante, o siguen a un bien concreto (lo que en nuestra tradición se denomina *propter rem*)²⁹⁶⁰. La frecuencia con la que el derecho islámico trata la obligación como

una atadura de un bien con la persona del titular del crédito tiene su razón de ser en la tendencia objetiva del mismo.

Otro asunto que repetidamente es compañero en nuestro camino se refiere a los miembros de grupos indeterminados de personas. En estos casos, cuando un derecho corresponde en común a uno de estos conjuntos de sujetos, realmente no son titulares en plenitud de un derecho sino lo que venimos denominando expectativa de derecho. Así ocurre con los beneficiarios de la limosna legal²⁹⁶¹ o los beneficiarios de los habices²⁹⁶². En lugar de dotar a esta comunidad de cierta autonomía legal, el *fiqh*, centrado en lo que sucede al patrimonio, hasta el momento del reparto, considera que el pobre, en abstracto, por ejemplo, como destinatario de la recaudación de la *zakāt*, es el titular del derecho pero sin poder reclamarlo; únicamente el destinatario final, fijado por los mecanismos jurídicos pertinentes, se convertirá en auténtico propietario. Algo parecido sucede si los pobres fueran los beneficiarios de un *waqf*. Esta situación de derecho en espera indica que el dueño de los bienes sujetos a la limosna ha dejado de tener el dominio, mas el destinatario final todavía no lo posee en plenitud. La interinidad de la situación de los bienes no se traduce en la generación de una teoría sobre la titularidad, como la propiedad fiduciaria romana; se pretende mantener la integridad de las cosas hasta su entrega al propietario que se determine, sin detallar el sujeto titular de las mismas. Un ejemplo bastante significativo de esta realidad se nos presente en un texto de al-Jaṣṣāf²⁹⁶³. En el mismo aborda la cuestión de la explotación de las tierras de los *awqāf* mediante una sociedad de *mu'āmalā* o de *muzāra'a*; si los terrenos tuvieran la calificación de tierras de *jarāy* o de diezmo, estos tributos gravarían la parte de los beneficiarios. Por consiguiente, si estos fueran indeterminados, se restaría de la cantidad que les corresponde sin que los mismos estuvieran facultados para intervenir y, posteriormente el administrador designaría a las personas concretas a las que repartir el líquido restante. El sujeto pasivo de los tributos serían personas indeterminadas, que no dispondrían de la titularidad de los bienes sobre los que recaen esos impuestos; es decir la personalidad no aglutina el patrimonio, sino que los bienes que lo componen son tratados de forma autónoma en virtud de su sujeción a la obligación tributaria, no por estar incorporados a la esfera jurídica de nadie. La falta de una auténtica titularidad jurídica sobre cualquier derecho por parte de estos grupos de pobres y menesterosos también se traslada al conjunto de los musulmanes. La fetua de 'Iyyād b. Mūsā que hemos incluido en este epígrafe²⁹⁶⁴, la cual aborda la acción reivindicatoria (*istiḥqāq*) interpuesta contra un usurpador que se apropia de un camino público de todos los musulmanes es claramente reveladora de ese concepto típicamente musulmán. Esta persona, que utilizó el camino para cultivar y del que obtuvo beneficios en forma de cosecha, únicamente se ve compelida a devolver las tierras sobre las que se situaba el camino público, *pues no es un camino propiedad de una persona determinada, por lo que el fallo es a su favor en cuanto a lo que ha cosechado*. Esta respuesta jurisprudencial nos enseña dos cosas, principalmente: el *fiqh* no es favorable a dotar de autonomía según el derecho a la unión de personas, lo cual hubiera obligado a quien se apropió sin título legítimo a indemnizar al tesoro público; en segundo lugar, el derecho subjetivo únicamente pertenece a personas concretas. Del mismo modo, parece que interrogarse sobre quién tenga el derecho es menos relevante que reglamentar qué le ocurre al objeto de ese derecho. Sin embargo, para este mismo ulema, cuando las tierras pertenecen a un *waqf* o una mezquita²⁹⁶⁵, el régimen varía; ya no se trata de un grupo difuso de seres humanos. En consecuencia, hay dos opciones, bien se restituye (el caso calla sobre posibles indemnizaciones por el lucro obtenido) a la mezquita, bien esta puede alquilar las tierras si el camino no le fuera imprescindible, obteniendo así unos ingresos extras.

Averroes nos muestra como en la recaudación de la *zakāt* también prima el nexo entre la obligación y la cosa. Por eso si el bien que ha quedado grabado con la limosna legal se ha vendido antes de ser entregado, se rescinde la compraventa y entregando la cosa como limosna legal, según la opinión mayoritaria, resarciéndose el comprador con el valor de la cosa vendida²⁹⁶⁶.

El propio *fiqh*, como ciencia jurídica, en palabras de Ibn Jaldūn²⁹⁶⁷, al extraer normas de las fuentes originarias, *El Corán* y los hadices del Profeta, tiene como misión primordial que la realidad se ajuste a las mismas; es decir, se busca transformar la realidad con el fin de que se acomode a los mandatos divinos. Como veremos, el contrato islámico hará suya esta visión. Por ello, además de las disciplinas jurídicas que hemos comentado, la tendencia jurídica se ve reflejada en otros aspectos que no han aparecido con anterioridad en nuestra investigación.

Tal vez no pase de ser una mera anécdota, pero el hadiz de Muḥammad sobre el que se sustenta la estructura jurídica de los *aḥbās* está formulado en pasiva, según la recopilación de al-Bujārī²⁹⁶⁸. Los habices no se han de vender; esta voz, a diferencia de la activa, enfoca la acción del verbo sobre el objeto, abstrayéndolo del sujeto actor. En cualquier caso, tanto este dicho como el relativo al *jarāy* representan de forma paradigmática la forma en la que ciertos conjuntos de bienes son unificados mediante un régimen jurídico que les es propio y exclusivo. En ambos casos, esa reglamentación no varía sea cual sea el titular de los mismos que cada escuela considere. En cierto modo, aun de forma provisional, el botín se incluiría entre este tipo de patrimonios. Además, de la regulación que Abū ‘Ubayd al-Qāsim expone en su obra sobre los bienes se extraen una serie de consideraciones apropiadas para nuestro estudio: una parte del mismo corresponde a Dios, al principio, concretada en la que se entregaba a la Ka‘ba²⁹⁶⁹. A fin de cuentas, teológicamente, toda propiedad pertenece originariamente a la Divinidad, mientras que el dominio humano deriva de aquel²⁹⁷⁰.

La propia concepción islámica de derecho subjetivo está embebida de una noción dirigida con preferencia hacia las cosas sobre las que se ejerce, frente al adjetivo que en la doctrina occidental acompaña al término derecho: subjetivo. La reflexión sistemática sobre este concepto jurídico fundamental ha sido relativamente reciente, tanto en la doctrina occidental como en la musulmana; obviamente, en los trabajos de muchos juristas, en todos los tiempos, han existido aportaciones más o menos conscientes sobre el tema.

El ulema *ḥanbalī*, Ibn Raḥab, en su obra en la que intenta estructurar las principales reglas jurídicas del *fiqh*, analiza una de ellas, en las que enumera cinco tipos de derechos²⁹⁷¹. Se acerca de una manera más descriptiva que analítica, aunque contiene aportaciones valiosas. Estas clases serían: la propiedad, la obtención de la misma, el uso y disfrute, el derecho de exclusividad y el de vinculación al objeto de satisfacer un derecho previo. La relación se asemeja bastante a cualquier listado de derechos reales de los que se estudian en las facultades de Derecho. A la vista de este catálogo, queda claro que el nexo de una persona con una cosa u objeto predomina; mientras que los vínculos personales brillan por su ausencia. Los tres primeros consisten en el dominio de alguien sobre algo, o la expectativa de que así se produzca; el cuarto, ese poder, pero en exclusiva. Del quinto número se coligen una serie de conclusiones muy oportunas en nuestra tesis.

El derecho a vincular con el fin de pedir la satisfacción de un derecho incluye los siguientes: los derechos reales de garantía propios de nuestro ordenamiento: prenda e hipoteca -no se refiere a la garantía personal, fianza, presente también en la *Šarī‘a-*, la responsabilidad derivada del delito, la conexión entre los acreedores del causante y la herencia o de las *ṣadaqāt* con el patrimonio gravado. No es necesario profundizar en esta subdivisión para comprobar la preponderancia de lo objetivo sobre lo subjetivo. También en el texto se señala de nuevo que la *ḍimma* de todo ser humano sobrevive a su propio fallecimiento. Desde nuestro punto de vista, nos interesa conocer cuál es la técnica jurídica que explica esta concreta relación entre el hombre y la cosa; Ibn Raḥab nos informa que, en su escuela, los ulemas hablan de tres situaciones: una copropiedad sobre el bien, una garantía real como la prenda o la hipoteca, o una especie de hipoteca surgida por ministerio de la ley. En las tres teorías se confirma el carácter objetivo de ese derecho.

En la época moderna y contemporánea algunos autores han acometido la tarea de conceptualizar el derecho subjetivo desde una perspectiva islámica. ‘Abd al-Salām Dawūd al-‘Abbādī, a partir de una definición de un ulema del siglo XI, como paso previo a delimitar teóricamente el derecho de propiedad, aporta la suya: *el derecho es una exclusividad firme en el ordenamiento, mediante una autoridad u obligación, en favor de Dios sobre sus siervos o en favor de una persona sobre otra*²⁹⁷². Dos notas son dignas de destacar de esta definición: la exclusividad a favor de su titular y la autoridad u obligación que otorga a Dios sobre sus fieles o de uno de estos sobre otro. Obviamente, este concepto, al contrario que el de Ibn Raḡab, posee un fuerte sesgo subjetivo, pues remarca que el mismo consiste en una autoridad en exclusiva de una persona frente a otra. Además de conceder ese poder a Dios, -lo cual no sorprende-, sí califica como derecho de Dios al *tawḥīd*, quien puede exigirlo de los hombres. De esta manera, la unicidad de Dios no solo dificulta el desarrollo de la colegialidad, al menos en lo que a los órganos de gobierno público se refiere, sino que además impone una obligación a la humanidad. Por otro lado, el autor de la tesis sobre la propiedad islámica, cita, en virtud de la acción para reclamar un derecho -fundamentalmente el de propiedad-, *istiḥqāq*, que algunos autores conceden la titularidad de derechos subjetivos al tesoro público y al beneficiario de un *waqf*. Sin embargo, al-‘Abbādī los excluye de su definición. En esta misma dirección, recogiendo las tesis del alfaquí Ibn al-Qayyim, trata de clasificar los mismos, a través del criterio de la persona legitimada para reclamarlo: *al-mustaḥiqq* -literalmente el que pide el derecho-²⁹⁷³. Esta legitimación, según los especialistas en los principios del *fiqh* (*uṣūliyyūn*), únicamente recae en Dios y en sus siervos o descendientes de Adán. Dificilmente, una sociedad o fundación da culto a Dios o desciende del primer hombre. Si el subjetivismo está implícito en el trabajo de este miembro de al-Azhar, también queda patente en su concepción que la propiedad, como otro derecho subjetivo, existe por voluntad del Legislador²⁹⁷⁴, quien lo creó con *ḍimma*, capacidad para ser titular -en el original árabe se utiliza el término dueño, propietario- de derechos y obligaciones; esta surge de un pacto originario en virtud del cual esta asunción de responsabilidad del hombre tiene sus correspondencia en la protección e inviolabilidad con lo que lo corona Dios. Allāh, como legislador único, da al descendiente de Adán derechos; este sintagma no es fácil de aplicar a una persona jurídica. A pesar de esta teoría marcadamente subjetiva sobre el derecho subjetivo, al seguir su estudio sobre la propiedad, ‘Abd al-Salām Dawūd al-‘Abbādī afirma que lo que distingue al dominio es el conjunto de facultades del propietario. De esta manera, se hace eco del *al-faqīh* ceutí que vivió entre los siglos XIII y XIV, Ibn al-Šāṭ, quien niega la existencia de derecho subjetivo alguno cuando estas faltan, como sucede en los bienes habices²⁹⁷⁵; debemos recordar que para los seguidores de Mālik b. Anas -entre los que se encuentra este ulema norteafricano- el fundador conservaría la titularidad del dominio directo de los bienes constituidos en *waqf*, pero, al no poder disponer de los mismos, no existiría tal dominio en palabras de Ibn al-Šāṭ.

En conclusión, ‘Abd al-Salām Dawūd al-‘Abbādī parte de una definición de derecho subjetivo de marcada tendencia subjetiva, mas, a la hora de significar el derecho de propiedad, se fundamenta en su contenido y finalidad perseguida por el ordenamiento con el mismo. En Roma resultaba inconcebible la existencia de derechos sin sujeto, (como vimos sí se admite precisamente en el *waqf* por algunas escuelas); en opinión de estos juristas musulmanes, la falta de contenido es lo inadmisibile.

Otro estudioso del derecho, también egipcio, pero cuya profesión lo ha puesto en un mayor contacto con la legislación positiva que el doctor por al-Azhar, al-Sanhūrī, se acerca a esta materia, pero desde la perspectiva del contrato. Al-‘Abbādī intenta estudiar el derecho de propiedad desde el *fiqh*, mientras que el ministro egipcio compara el derecho de obligaciones islámico con las distintas escuelas occidentales. En la tesis de al-Sanhūrī el contrato islámico, en mayor medida que un mecanismo jurídico de creación de vínculos obligacionales entre sujetos, se caracteriza por ser una herramienta para transformar el objeto del mismo²⁹⁷⁶; asimismo, como estudiamos en el capítulo

tercero, considera que los ulemas musulmanes aplican la categoría de contrato a declaraciones unilaterales de voluntad, hecho que no justifica con la tendencia objetiva, mientras que nosotros estimamos que es su causa principal. El interés que esta teoría adquiere en nuestra tesis descansa en la preferencia que los *fuqahā'* dan a los efectos de los negocios y actos jurídicos sobre la realidad sensible, soslayando un estudio con más profundidad en los intervinientes; de esta forma, el análisis de la personalidad, como objeto de investigación jurídica, queda relegado a un segundo plano, lo que desemboca en una mayor dificultad para la generación de un teoría islámica de la personalidad jurídica; es más, estos especialistas musulmanes en derecho ni siquiera presentan un rechazo frontal a la existencia de derechos sin sujeto, como ocurría en Roma. A veces transmiten la impresión, sin que esta sea totalmente constatada por las obras de los ulemas, que la titularidad de derechos, obligaciones o bienes se ha convertido en un mero expediente teórico con el que dar unidad a determinados conjuntos patrimoniales, sin una especulación teórica subsiguiente.

De forma paralela a la investigación centrada en los aspectos doctrinales, venimos incorporando algunos ejemplos concretos de la realidad, extraídos de los testimonios de viajeros musulmanes, fetuas, manuales de gestión de los divanes egipcios o, incluso, preceptos incluidos en códigos legales que estuvieron vigentes en algún período histórico.

Averroes califica al *jarāy* como un patrimonio afecto a un interés público²⁹⁷⁷, Ibn 'Idārī nos informa de la forma de financiación de la ampliación de la Gran Mezquita de Córdoba²⁹⁷⁸ a cargo de los fondos de los *aḥbās* piadosos, el artículo 1308 de la trata se refiere a un *waqf* como posible comunero de una comunidad de bienes a la hora de atribuirle la obligación de participar en los gastos comunes²⁹⁷⁹, aunque el comentarista evita llamarlo propietario, tanto Ibn 'Yubayr como Ibn Battūṭa nos describen varias instituciones y edificaciones que cuentan con fondos propios, al-Wanṣarīsī²⁹⁸⁰ trata a un habiz como socio capitalista de una *mugārasa* y al-Mamāṭī²⁹⁸¹ registra en el libro del *diwān* tierras a nombre de iglesias y monasterios. Esta pequeña muestra nos confirma que el *fiqh* conoce el concepto de patrimonio afecto a un fin, fundamental para entender las fundaciones y el dominio público; también demuestra que, si bien tímidamente, algunas normas positivas de inspiración islámica reconocen con cierta contención la personalidad del *waqf* y que los muftíes, también sin mucha claridad, se atreven a asignarles posiciones jurídicas propias de las personas físicas. Los viajeros confirman que no se extrañan a la hora de reflejar patrimonios actuando en espacios y tiempos concretos sin que les resulte llamativa la falta de un titular, ser humano.

En definitiva, la mayor prueba que podemos exponer de la virtualidad de esta tendencia objetiva la encontramos en los dos ejemplos de personas jurídicas que los alfaquíes regulan como tales: el tesoro público y el *waqf*. ¿Qué característica comparten ambas figuras? La de consistir en un conjunto de bienes regidos por un determinado régimen jurídico, cuyas normas no se ven alteradas por la atribución de estos patrimonios a personas físicas determinadas. Son dos representantes paradigmáticos de lo que la doctrina denomina personas jurídicas de base patrimonial. Ninguna de las dos se constituye por la decisión y acuerdo entre hombres o mujeres: uno por la atribución que el derecho realiza de unas ingresos y gastos con el fin de atender las necesidades del estado y otro por la declaración unilateral del fundador. La *Šarī'a* no reconoce las asociaciones, sociedades u otras corporaciones personales.

8.6.- La partición del dominio en el *fiqh* entre el dominio directo y el dominio útil

En muchas partes de nuestra investigación hemos ido mencionando una división de la propiedad entre dominio directo y dominio útil, la cual, entre los arabistas de nuestro país, suele traducirse por *nuda* propiedad y usufructo respectivamente. En la mayoría de la literatura científica

de introducción al derecho islámico no es una cuestión que se considere relevante a la hora de analizar la propiedad islámica. Es cierto que la distinción entre ambos derechos reales es sutil y más propia de juristas que de orientalistas. Sin embargo, no es menos evidente que la configuración de los mismos de una manera u otra lleva implícitas consecuencias relevantes tanto teóricas como prácticas y reconducen la evolución de la propiedad por sus propios senderos, con implicaciones sociales y económicas. Consideramos que, en el marco de nuestra investigación, distinguir el dominio útil del usufructo o el directo de la nuda propiedad es de vital importancia, pues marca y condiciona la presencia del fenómeno jurídico de la personalidad jurídica en la *Šarī'a* con una intensidad nada despreciable, aunque quizás sea menos decisiva y con una incidencia menos directa que otros presupuestos teológicos o jurídicos que hemos estudiado.

Así, sin intención por nuestra parte de exhaustividad, vemos como tratan algunos autores la cuestión de la propiedad. En su *An Introduction to Islamic Law*, Joseph Schacht traduce el término *manfa'a* como usufructo, si bien afirma que, en cierta medida, esta utilidad es tratada como una cosa, como propiedad de usufructo, no como un derecho sobre una cosa ajena (*ius in re aliena*)²⁹⁸². Con esta explicación, quizás el término latino de usufructo no sea el más indicado. Otros especialistas como Noel Coulson²⁹⁸³ o, más recientemente, Wael Hallaq²⁹⁸⁴ abordan la *Šarī'a* con una visión más generalista; sin entrar en los pormenores de los distintos tipos de bienes, la propiedad y demás derechos reales. En nuestro país, Pedro Cano se ha interesado por los contratos que, en el ámbito andalusí y en la escuela *mālikī*, transmiten el usufructo²⁹⁸⁵. Juan Martos Quesada²⁹⁸⁶ tampoco se detiene en esta cuestión. No obstante, también es cierto que, aun de modo tangencial, la distinción entre *raqaba* y *manfa'a* siempre vuelve a salir a la superficie en innumerables obras y artículos sobre temas diversos. Nos es posible únicamente mencionar algunos, dado que nuestra tesis no pretende convertirse en un estudio sobre la mejor traducción y clasificación jurídica de estos términos propiamente islámicos a culturas jurídicas tan distintas como la nuestra, de honda reminiscencia latina. En este sentido, dentro del marco de la responsabilidad civil del usurpador, Hiroyuki Yanagihashi²⁹⁸⁷ afirma que estamos tentados a traducir la utilidad por usufructo, sin bien, para muchos ulemas se refiere al uso. Irfana Hashmi, en el ámbito del contrato de arrendamiento y el desarrollo de su régimen jurídico en la Universidad de al-Azhar, hace una traducción al inglés de ambos términos bastante convencional: *ownership* y *usufruct*²⁹⁸⁸. Por su parte, Nadav Solomonovich y Ruth Kark, en su artículo sobre la privatización de tierras en la Palestina Otomana, se refieren a una *absolute ownership* y *usufruct rights (tasarruf)* en lugar de *manfa'a*²⁹⁸⁹. Poniendo punto y final a este brevísimo recorrido, Raymond Charles²⁹⁹⁰, menciona los contratos de venta del goce (*contrats de vente de la jouissance*) a través de los cuales algunos beneficiarios de los bienes habices pueden disponer de su derecho de propiedad útil (*droit de propriété utile*), frente a otros, quienes únicamente son titulares de un derecho de propiedad eminente concretado en la percepción de una renta (*droit de propriété éminent*). Este autor, aunque limitado a los *aḥbās*, sí acude, a la hora de llevar estos términos jurídicos árabes al francés, a una terminología más relacionada con la enfiteusis y la distinción entre dominio directo y útil, que es la que nos parece más acertada.

En cualquier caso, en nuestro estudio esta materia trasciende la mera traducción de vocablos técnicos; la mayor posibilidad de tráfico jurídico del dominio útil por su titular, frente al usufructo, abre mayores posibilidades de explotación que, correlativamente, hacen menos atractiva la idea de la persona jurídica; en otro orden de cosas, supone otra muestra de la querencia del derecho islámico por las soluciones que impliquen al objeto de derecho frente a los sujetos.

Comprobemos, a través de los textos de los ulemas, cuál es el sentido de esta distinción en el *fiqh* y, lo que más nos incumbe, qué consecuencias se derivan de la misma en las personas jurídicas islámicas.

^aالقاعدة السادسة والثمانون: الملك أربع أنواع: ملك عين ومنفعة، وملك عين بلا منفعة، وملك منفعة بلا عين، وملك الإنتفاع من غير ملك المنفعة.

أما النوع الأول فهو عامة الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالأسباب المقتضية لها من بيع وهبة وإرث وغير ذلك. وأعلم أن ابن عقيل ذكر في الواضح في أصول الفقه إجماع الفقهاء على أن العباد لا يملكون الأعيان وإنما مالك الأعيان خالقها سبحانه وتعالى، وأن العباد لا يملكون سوى الإنتفاع بها على وجه المأذون فيه شرعاً فمن كان مالكا لعموم الإنتفاع فهو مالك المطلق، ومن كان مالكا لنوع منه ملكه مقيد ويختص بإسم خاص يمتاز به كالمستأجر والمستعير وغير ذلك.

[...] النوع الثاني: ملك العين بدون منفعة وقد أثبتته الأصحاب في الوصية بالمنافع لواحد وبالرقبة لأخر، أو تركها للورثة، وقد قال أحمد في رواية فيمن أوصى بخدمة عبد أو ظهر دابة تركب أو بدار تسكن. فقال: الدار لا بأس بها وأكره العبد والدابة؛ لأنهما يموتان قال أبو بكر: والذي أقول به أن الوصية تصح في جميع ذلك؛ لأن الدار تخرب أيضاً، وحمل القاضي كلام أحمد على الكراهة دون إبطال الوصية.

[...] النوع الثالث: ملك المنفعة بدون عين وهو ثابت بالإتفاق وهو ضربان: أحدهما: ملك مؤبد ويندرج تحته صور: منها وصية بالمنافع كما سبق ويشمل جميع أنواعها إلا منفعة البضع فإن في دخولها بالوصية وجهين.

ومنها: الوقف فإن منافعه وثمراته مملوكة للموقوف عليه وفي ملكه لرقبته وجهان معروفان لهما فوائد متعددة. ومنها: الأرض الخراجية المقررة في يد من هي في يده بالخراج يملك منافعتها على التأييد. والضرب الثاني: ملك غير مؤبد فمنه الإجارة ومنافع المبيع المستثناه في العقد مدة معلومة، ومنها ما هو غير موقت لكنه غير لازم كالعارية على وجه وإقطاع الإستغلال.

النوع الرابع: ملك الإنتفاع المجرد وله صور متعددة: منها ملك المستعير فإنه يملك الإنتفاع لا المنفعة إلا على رواية ابن منصور عن أحمد أن العارية المؤقتة يلزم.

[...] ومنها: عقد النكاح، وترددت عبارات الأصحاب في مورده هل هو ملك أو إستباحة؟ فمن قائل: هو ملك. ثم تردوا هل هو ملك منفعة البضع أو ملك الإنتفاع بها؟ وقيل: بل هو الحل لا الملك ولهذا يقع الإستمتاع من جهة الزوجة مع أنه لا ملك لها، وقيل: بل المعقود عليه إزدواج كالمشاركة لهذا فرق الله سبحانه بين الإزدواج وملك اليمين، وإليه ميل الشيخ تقي الدين فيكون من باب المشاركات دون المعاوضات²⁹⁹¹

a La regla ochenta y seis: la propiedad es de cuatro tipos: propiedad del bien y su provecho, propiedad del bien sin su provecho, propiedad del provecho sin el bien, y la propiedad de uso y disfrute sin tener la propiedad del provecho.

En cuanto al primero, se trata de la generalidad de las propiedades que se han mencionado sobre los bienes cuya propiedad se adquiere por las causas exigidas para ello, como la venta, la donación, la sucesión o similar. Has de saber que Ibn 'Aqīl ha mencionado, en *al-Wāḍiḥ* sobre *las fuentes del fiqh*, que los *fuqahā'* son unánimes en que los creyentes no tienen la propiedad de los bienes, pues su propietario es su Creador, Bendito y Altísimo, y los fieles solo son propietarios del uso de los mismos, según la forma para el autorizado legalmente. Quien es propietario de la generalidad de usos es el propietario absoluto; quien es propietario de alguna clase, su propiedad está limitada y se le aplica un nombre especial, con el que distinguirlo, como arrendatario, comodatario o similar.

[...] El segundo: la propiedad del bien sin la utilidad. Los compañeros la consideran asentada en el legado de utilidades para uno y *raqaba* para otro, o para los herederos. Aḥmad ha dicho sobre quien lega el servicio de un esclavo, la espalda de un animal para montar o la casa para habitarla: en cuanto a la casa, no hay inconveniente, y considera odioso lo del esclavo y la montura, porque estos mueren. Abū Bakr ha dicho: lo que opino es que el legado es válido en todo ello, porque la casa también se estropea. El Juez apoya la opinión de Aḥmad de considerarlo odioso, sin anularlo.

[...] El tercer tipo: la propiedad del provecho sin el bien está convencionalmente reconocida, la hay de dos clases: una de ellas es la propiedad perpetua que se clasifica en diversas formas: entre ellas, el legado de la utilidad, como antecede, que incluye todas sus clases, excepto la utilidad de las mercancías, pues en su inclusión dentro del legado hay dos corrientes.

Y entre ellas: el *waqf*, donde sus provechos y frutos son titularidad de los beneficiarios y en cuanto a la propiedad del bien en sí, existen dos corrientes famosas que tienen reglas diversas.

Entre ellas, las tierras de *jarāy*, que se han entregado en manos de los que la poseían a cambio del *jarāy*; estos son propietarios de sus utilidades a perpetuidad. El segundo grupo: propiedad no perpetua, entre las que está el arrendamiento y las utilidades de lo vendido con reserva en el contrato por un período conocido; también las propiedades no perpetuas y que no son vinculantes como el comodato, de una parte, y la concesión de explotación.

El cuarto tipo: la propiedad del simple uso, en el que existen numerosos ejemplos: entre ellos, la propiedad del comodatario, pues es propietario del uso, no de la utilidad, salvo en opinión de Ibn Manṣūr, tomada de Aḥmad, que considera que el comodato es vinculante.

[...] Entre ellos, el contrato de matrimonio. Las expresiones varían entre los compañeros, ¿es una propiedad o una tolerancia? Hay quien dice que es una propiedad. Posteriormente, duda si es la propiedad de la utilidad de la vulva o la propiedad de uso de la misma. Se dice: al contrario la solución es que no es una propiedad y por ello el goce recae sobre la esposa sin que se posea a la misma. Se dice: por el contrario, el objeto del contrato es el vínculo matrimonial como sociedad y por eso Dios, el Bendito, diferencia entre el vínculo y la propiedad del derecho del esposo. Por ello se inclina el jeque Taqī al-Dīn, que lo sitúa en el apartado de las sociedades y no en el de las contraprestaciones.

Adelantamos parte de este texto en el capítulo quinto, mientras intentábamos averiguar si el conjunto de beneficiarios de un bien habiz podría ser considerado como una persona jurídica. En esta ocasión añadimos el texto casi íntegro de esta regla del alfaquí *hanbalī* Ibn Raḡab. Describe y enumera los distintos tipos de propiedad que reconoce el *fiqh*: propiedad del bien y su utilidad, propiedad del bien sin su utilidad, de la utilidad sin el bien y de su uso sin la utilidad. En nuestra tradición jurídica, la propiedad, en puridad se limitaría a la primera clase; en los demás casos, se hablaría de titularidad de derechos reales limitados de goce²⁹⁹². Sin embargo, los alfaquíes musulmanes consideran que las personas que son titulares de la utilidad (dominio útil o usufructo) de un bien, como el legatario de una casa cuya habitación se constituye en favor de otra o de un animal cuya montura es el derecho de otro, los beneficiarios de un *waqf* o concesionarios de las tierras de *jarāy*, incluso quien únicamente tiene la facultad de usar un bien, como el comodatario, son verdaderos propietarios. Asimismo, desde el punto de vista teológico, íntimamente unida al jurídico, se afirma que, en realidad, la verdadera propiedad pertenece a Dios, mientras que su criatura no pasa de ser un mero autorizado al uso de los bienes creados. Entre los seguidores de Mālik hemos encontrado este concepto en al-Qarāfī²⁹⁹³; también, en la actualidad, en las tesis del doctor de al-Azhar²⁹⁹⁴, al-‘Abbādī. El carácter tan extensivo de la propiedad islámica lleva incluso a que algunos juristas consideren que el marido sea propietario del uso o de la utilidad sexual de la mujer; sin embargo, otros abordan este contrato desde un punto de vista de la sociedad, no de los contratos sinalagmáticos, en los que la dote sería la contraprestación de ese derecho sobre el uso o dominio útil.

La terminología de propiedad tal vez debamos considerarla como una mera cuestión lingüística y traducir *titular* cuando los alfaquíes utilicen el término propietario de un usufructo, uso o dominio útil, pero, como veremos en los siguientes textos, la cuestión tiene un mayor calado.

^aالقاعدة الثانية والثلاثون: ويصح عندنا إستثناء منفعة العين المنتقل ملكها من ناقلا مدة معلومة.

وتخرج على ذلك مسائل منها: المبيع إذا إستثناء البائع منفعة مدة معلومة صح، وحكى فيه رواية أخرى بعدم الصحة. ومنها: الوقف، يصح أن يقف ويستثنى منفعة مدة معلومة أو مدة حياته؛ لأن جهالة المدة هنا لا تؤثر فإنها لا تزيد على جهالة مدة كل بطن بالنسبة إلى من بعده.

ومنها: العتق، ويصح أن يعتق عبده ويستثنى نفعه مدة معلومة، ونص عليه لحديث سفينة، وكذا لو إستثنى خدمته مدة حياته، وعلى ما هذا يتخرج أن يعتق أمته يجعل عتقها صداقها؛ لأن إستثنى الإنفاع بالبضع ويملكه بعقد النكاح وجعل العتق عوضاً عنه فإنعقد في أن واحد.

ومنها: إذا كاتب أمته وإستثنى منفعة الوطء فإنه يصح على المذهب المنصوص، فإنه إنما نقل بالكتابة عن ملكه منافعتها دون رقبته.

ومنها: الوصية فيصح أن يوصي برقبته عين لشخص بنفعها الآخر مطلقاً أو مدة معلومة أو نفعها للورثة.

ومنها الهبة يصح أن يهبه شيئاً ويستثنى نفعه مدة معلومة، وبذلك أجاب الشيخ موفق الدين رحمه الله. [...] ²⁹⁹⁵.

a Regla treinta y dos: es válida para nosotros la excepción de la utilidad de un bien cuya propiedad se ha transmitido en favor de su transmitente durante un período conocido.

De esto se extraen diversas cuestiones, entre ellas: el objeto de la compraventa, si el vendedor excepciona su dominio útil durante un período determinado, es válido; se cuenta de otra opinión que la considera nula.

Entre ellas, el *waqf*; es válido que constituya uno y excepcione el dominio útil durante un período determinado o de forma vitalicia, porque la ignorancia del período aquí no influye, pues no aumenta la ignorancia del período de cada generación respecto a la que la sigue.

Entre ellas: la manumisión; es válido manumitir a su esclavo, exceptuando su dominio útil durante un período de tiempo determinado. Se ha establecido así por el hadiz de Safīna. También es así, si exceptuara su servicio durante su vida. De esto se extrae que manumite a la madre de su hijo y convierte esa manumisión en su dote, porque exceptúa la utilidad de la mercancía y adquiere su propiedad por el contrato de matrimonio, convirtiendo la manumisión en una contraprestación por ella, contratándose en un mismo momento.

Entre ellas: si manumitiera por contrato a la madre de su hijo, exceptuando la utilidad de yacer con ella, sería válido según la escuela establecida, pues por el contrato de manumisión ha transmitido su propiedad sobre sus utilidades, no sobre su *raqaba*.

Entre ellas: en el legado es válido que legue la *raqaba* del bien a una persona y su utilidad a otro de forma absoluta o por un período determinado o su utilidad a los herederos.

Entre ellas: en la donación es válido exceptuar su utilidad durante un período determinado, y así ha respondido el jeque Muwafaq al-Dīn, Dios tenga misericordia de él.

Ibn Raḡab, el ulema *hanbalī*, en su obra sobre las *Reglas de fiqh*, aborda la cuestión de la reserva del usufructo o dominio útil de un bien por parte de quien lo transmite, sea por el título que sea. Se trata de una cláusula admitida en su escuela. Es decir, una persona se desprende de la propiedad sobre el dominio directo o *nuda* propiedad, pero con la condición de continuar con su uso y disfrute por un período de tiempo determinado o de forma vitalicia. El jurista enumera una serie de ejemplos: la venta con reserva de usufructo, la constitución de un *waqf* en la que el fundador se reserva el dominio del bien hasta un término o hasta su muerte, la manumisión en la que el dueño del esclavo conserva el dominio útil del mismo y este solo consigue su propio dominio directo, la liberación de la esclava madre de su hijo con la misma condición en la que esa manumisión del dominio directo se convierte en dote de matrimonio, el legado de usufructo a una persona y *nuda* propiedad a otra, o la donación con reserva de usufructo. En primer lugar, hemos utilizado indistintamente los términos usufructo o dominio útil, en principio con el único criterio de la existencia en nuestro ordenamiento de instituciones análogas, como la venta, donación o legado con reserva de usufructo, frecuentes en nuestro derecho. Conforme avancemos en la obra de este alfaquí, iremos afinando la terminología. En esta primera aproximación, nos interesa destacar que, en el tráfico jurídico patrimonial de los bienes, el *fiqh*, como regla general, permite la transmisión independiente del bien en sí y la utilidad que de él se derive.

^aالقاعدة الثالثة والثلاثون: الإستثناء الحكمي هل هو كالإستثناء اللفظي أم تغتفر فيه الجهالة بخلاف اللفظي؟

فيه وجهان، والصحيح عند صاحب الغني الصحة، وهو قياس المذهب، خلافاً للقاضي، ويخرج على ذلك المسائل: [...] ومهما: بيع الدار المؤجرة تصح وسواء علم المشتري بالإجارة أو لم يعلم. نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد. وقال في رواية الميموني: ليس له أن يبيعه حتى يتبين، فقد يكون مأخذه إشتراط العلم بالمستثنى من المنافع في العقد، وقيل: لأن البيع المطلق يتناول المنافع وهي الآن ملك لغيره فيشبهه تفريق الصفة، ولكن أحمد إنما أوجب بيان ذلك لأن تركه تدليس وتغيير، ولم يتعرض للصحة والبطالان، وسواء علم بمقدار مدة الإجارة أو لم يعلم، هذا قياس المذهب، وقد ذكروا أنه لو إشتري صبرة من الطعام فبان تحتها دكة فإن علم بذلك فلا خيار له وإلا فله الخيار، وعلمه بها يفضي إلى دخوله على جهالة مقدار الصبرة، ولو إستثنى بلفظه مقدار ذلك لم يصح²⁹⁹⁶.

Esta explotación económica autónoma de la utilidad de los bienes se ve reforzada con la siguiente norma que describe Ibn Raḡab; en virtud de esta regla, la excepción de la venta del dominio útil de un bien también puede deberse al propio derecho y no a estipulaciones introducidas en el contrato, como el caso anterior. Entonces, se pregunta si en este caso, al producirse por la ley y no por la voluntad de las partes, se permite un mayor desconocimiento del período de tiempo en el que va a estar la propiedad dividida en dominio directo de una persona y útil de otra. El ulema afirma, sobre la autoridad de Ibn-Qudāma -nacido en el año 1146, cerca de Nablus y fallecido en Damasco en 1223, autor de la magna obra en la que condensa el *fiqh hanbalī*, al-Mugannī²⁹⁹⁷- la admisión de ese desconocimiento. Esta norma la ejemplifica con un contrato cuyo régimen en la *Šarī'a* nos viene llamando la atención a lo largo de esta tesis: el arrendamiento. El arrendador puede vender la casa que tiene alquilada tanto si el comprador conociera la existencia de ese contrato como si lo ignorara. El arrendatario se mantendría en el disfrute de su derecho frente al nuevo propietario de la *nuda* propiedad o dominio directo. No obstante, algunos alfaquíes de la escuela

a Regla treinta y tres: ¿la excepción por ministerio de la ley es igual a la excepción pactada o en ella se disculpa la indeterminación al contrario que la consensual?

En esto existen dos corrientes; la correcta para el autor de *al-Mugannī* es que es válido, y de ahí toda la analogía en la escuela, al contrario que el Juez; de esto se derivan varias cuestiones:

[...] Entre ellas: la venta de la casa arrendada; es válida tanto si el comprador conoce el arrendamiento como si no lo conoce. Aḡmad ha decretado esto siguiendo a Ÿa'far b. Muḡammad. Atendiendo a la corriente de al-Maymūnī: no puede venderla hasta que no se lo haga saber, pues exige la condición del conocimiento en la excepción de las utilidades dentro del contrato. Se dice: porque la venta incondicionada incluye las utilidades y, en este caso, estas son propiedad de un tercero, así que se asemeja a la partición del contrato. Sin embargo, Aḡmad únicamente exige darlo a conocer porque en caso contrario existiría dolo y lo expondría al riesgo, pero no se vería afectada su validez por la nulidad, tanto si conociera el período del arrendamiento como si no. Esa es la analogía de la escuela. Han mencionado el caso de que comprara un montón de alimento y bajo el mismo se hallara un triturador, si lo conociera, no cabría elección, pero, si no, sí la tendría. El conocimiento del mismo lleva a incluirla por el desconocimiento de la cantidad exacta del montón. Si al contratar expresara la intención de exceptuar la cantidad de ello, no sería válido.

ponen la condición de que el vendedor haga saber al comprador la vigencia del arrendamiento; esta prevención de publicidad únicamente se fundamenta para evitar el dolo y el riesgo en las transacciones, no porque se extinga el alquiler. Esta regulación reafirma nuestra tesis de que el contrato de arrendamiento se constituye en el derecho islámico como generador de relaciones de carácter real, frente a todos (lo que se conoce jurídicamente como eficacia *erga omnes*), es más, fracciona una propiedad absoluta, compuesta por el bien y su uso y disfrute, en dos un dominio directo (nuda propiedad, que es, en ocasiones una traducción correcta) y domino directo (o usufructo), perfectamente negociables por separado.

^aالقاعدة الخامسة والثلاثون: من ملك منفعة بعقد ثم ملك العين بسبب آخر هل ينفسخ العقد الأول أو لا؟

هنا صورتان: إحداهما: أن يكون العقد الذي ملك به المنفعة عقداً مؤبداً، فإن لم يكن عقد معاوضة فلا معنى لإفساخه كالموصى له بمنافع الأمة إذا اشتراها فإنه يجتمع له ملكها بالعقدين ولا ضرر في ذلك، فهو كما لو كان ملكه للمنفعة بغير عقد كملك الورثة لمنافع العين الموصى برقيبتها إذا اشتروها من الموصى له، فإن كان عقد معاوضة وهو النكاح إنفسح بملك الرقبة، لأنه ملك ضعيف ومختلف في مورده هل هو المنفعة أو الإنتفاع؟ ويختص بمنفعة البضع ويملك به الإستمتاع بنفسه دون المعاوضة عليه فلا يجتمع مع الملك القوي، وهو ملك الرقبة، بل يندفع به ولا نقول: إنه يدخل ملكه في ملك الرقبة؛ لأن مالك الرقبة لم يكن مالكا له فكيف يتضمن عقده على الرقبة بملكه، بل نقول قد إجتمع له ملك الرقبة بجميع منافعها بجهة وملك البضع ملكاً بجهة أخرى ضعيفة،

a Regla treinta y cinco: quien es propietario de la utilidad de un bien a causa de un contrato y luego adquiere la propiedad del bien por otra causa, ¿el primer contrato se resuelve o no?

Existen dos visiones. Una de ellas es la siguiente: que el contrato por el que adquirió la propiedad de la utilidad fuera perpetuo; si no ha sido un contrato oneroso, no tiene sentido la resolución; así como en el legado de las utilidades de la esclava, si la comprara, se reúne en él la propiedad por dos contratos sin que exista perjuicio en ello. Eso es igual que si hubiera sido su propiedad de la utilidad por causa distinta a un contrato, como la propiedad de los herederos de las utilidades del bien del legatario de su *raqaba*, si lo comprara de este legatario. Si el contrato hubiera sido oneroso, como el matrimonio, se resolvería con la adquisición de la propiedad de la *raqaba*, porque su propiedad es débil y diferente en su fuente, ¿la propiedad débil es la utilidad o el uso? Tiene en exclusiva la utilidad de la vulva y con ello es propietario del disfrute por sí mismo sin contraprestación, no reuniéndose con la propiedad fuerte, pues es propietario de la *raqaba*, es más, se ve empujado a ello y no decimos: introduce su propiedad en la propiedad de la *raqaba*, ya que el propietario de la *raqaba*, no es propietario de ello, ¿cómo se incluye su contrato sobre la *raqaba* a su propiedad; por el contrario, decimos se ha reunido en él la propiedad de la *raqaba* con todas sus utilidades de una parte y su propiedad de la vulva por otra vía es débil; así se anula las exclusividades de la vía débil por haberse convertido en un propietario de la propiedad plena y eso es válido. No es posible después de esa propiedad que se diga: es propietario del uso de la vulva sin su utilidad, ni es propietario de su uso por sí mismo sin la contraprestación por ello, así que se anularían las características propias del contrato de matrimonio.

La segunda visión sería: que el contrato por el que se adquiere la utilidad no sea perpetuo como el arrendamiento, si se convirtiera en propietario del bien después de eso, ¿se resolvería? Existen dos posturas y se incluyen bajo esta visión otras. Entre ellas, si el arrendatario comprara el bien arrendado de su arrendador, sobre la resolución del arrendamiento existen dos posturas, que las han relatado los compañeros y tal vez se han contado dos opiniones: se resuelve por la adquisición de la propiedad de la *raqaba* anula la propiedad de la utilidad, como si comprara su esposa; la segunda es que no se resuelve y esta es la postura correcta y por la que ha optado El Juez e Ibn 'Aqīl y la mayoría, porque las utilidades las ha adquirido primero a través del arrendamiento, saliendo de la propiedad del arrendador, recayendo la venta posterior sobre lo que es propietario el vendedor que es el bien desvestido de sus utilidades. Sería como si comprara el bien cuyas utilidades han sido legadas de los herederos y arrienda las utilidades de su propietario en un contrato o dos. El arrendamiento no se resuelve, sin discusión y no existe contradicción entre la afirmación por la compra o por el arrendamiento, al contrario que el matrimonio. También, la propiedad aquí es más fuerte que la propiedad en el matrimonio, porque adquiere la propiedad del uso y la contraprestación, y con eso la generalidad de las utilidades, por lo que no se resuelve con la adquisición de la propiedad de la *raqaba*. Si se dijera: si no se resolviera el arrendamiento, volvería las utilidades después de la extinción de su plazo al arrendador, porque no se habrían incluido en el contrato de venta, únicamente se ha arrendado por un período de tiempo al contrario que el matrimonio, porque la propiedad de las utilidades es una propiedad eterna, la respuesta sería que el vendedor vendió lo que era propietario del bien y sus utilidades a los que tiene derecho tras la expiración del plazo del arrendamiento. Puede contratar sobre las utilidades que siguen al contrato que se han retrasado por el arrendamiento, para nosotros es la primera venta. Si el arrendamiento fuera por otra persona distinta del vendedor, si fuera propietario de las utilidades de forma perpetua, el arrendamiento permanece y vuelven a él después de la expiración del plazo sin duda alguna. Si el arrendatario adquiriera el bien por donación, sería igual que si lo adquiere por compra. De esta manera lo ha explicitado al jeque Ma'ūd al-Dīn en su borrador sobre *al-Hadā'iyya*. Si donara el bien dado en comodato al comodatario, esto anularía el comodato, así lo ha mencionado el Juez e Ibn 'Aqīl, pues es un contrato no vinculante.

فبطلت خصوصيات الجهة الضعيفة كلها لمصيره مالكا للجميع ملكاً تاماً، وهذا صحيح، فإنه لا يمكن بعد هذا الملك أن يقال: إنه يملك الإنتفاع بالبيع دون منفعته، ولا أنه يملك الإنتفاع به بنفسه دون المعاوضة عليه، فتعين إلغاء خصوصيات عقد النكاح كلها. والصورة الثانية: أن يكون العقد المملوك به النفعة غير مؤبد كالإجارة، فإذا ملك العين بعد ذلك فهل يفسخ؟ فيه وجهان: ويندرج تحت ذلك صور: منها: لو اشترى المستأجر العين المستأجرة من مؤجرها ففي إنفاسخ الإجارة وجهان حكاهما الأصحاب وربما حكى روايتان: أحدهما: يفسخ لأنه ملك الرقبة فبطل ملك المنفعة كما لو اشترى زوجته. والثاني: لا يفسخ وهو الصحيح وهو إختيار القاضي وإن عقيل والكثيرين؛ لأن المنافع ملكها أولاً بجهة الإجارة وخرجت عن ملك المؤجر، والبيع بعد ذلك يقع على ما يملكه البائع وهو العين المسلوقة النفع فصار كما لو اشترى العين الموصى بمنافعها من الورثة وإستأجر المنافع من مالكةا في عقد أو عقدين، فإن الإجارة لا تنفسخ بغير خلاف، ولا منافاة بين ثبوت البيع والإجارة بخلاف النكاح، وأيضاً فالملك ههنا أقوى من ملك النكاح لأنه يملك الإنتفاع والمعاوضة، ويملك به عموم المنافع، فلا تنفسخ بملك الرقبة، فإن قيل: لو لم تنفسخ الإجارة لعادت المنافع بعد إنقضاء مدتها إلى المؤجر لأنه لم يدخل في عقد البيع، وإنما إستأجرها مدة مؤقتة بخلاف الزوج، لأن ملك المنفعة ملك مؤبد، فالجواب أن البائع باع ما يملكه من العين ومنافعها التي يستحقها بعد إنقضاء مدة الإجارة، فإنه يملك العقد على المنافع التي تلي العقد والتي تتأخر عنه بالإجارة عندنا فالبيع الأولي، أما إن كان لإستئجار من غير البائع وإن كان مالكا المنافع المؤبدة فالإجارة باقية وتعود إليه بعد إنقضاء المدة بغير تردد، ولو ملك المستأجر العين هبة فهو كما لو ملكها بشراء، وصرح به الشيخ مجد الدين في مسودته على الهداية، فأما إن وهب العين المستعارة من المستعير فإنه تبطل العارية، وذكر القاضي وابن عقيل، لأنه عقد غير لازم²⁹⁹⁸.

Finalmente, en esta regla trigésima quinta, el jurisconsulto confirma esa independencia de ambos tipos de dominio. Hasta tal punto se reconoce la autonomía jurídica de esa propiedad desdoblada que, si el propietario del dominio útil adquiriera el directo, tanto por contrato de tipo perpetuo (legado de uso y disfrute) como temporal (arrendamiento) ese negocio no se resolvería. Únicamente queda en entredicho esa norma mayoritaria entre los ulemas de la escuela si se tratara de un legatario del dominio útil de una esclava y posteriormente se casara con ella. Este caso es más complicado y nos obligaría a analizar la naturaleza del matrimonio islámico; en el caso de este jurista parece que se trata de un contrato mediante el cual el hombre puede disfrutar de la mujer mediante contraprestación, siendo ese disfrute un mero derecho de uso, no una propiedad sobre el dominio útil de la esposa. En definitiva, de la concatenación de normas expuestas por Ibn Raḡab, se concluye que esa división sobre la propiedad del bien en sí y sus utilidades va más allá que lo que conocemos entre nuda propiedad y usufructo en el ámbito latino. Así, en Roma, dado su carácter personalísimo, se excluía la transmisibilidad del usufructo²⁹⁹⁹. Nuestro ordenamiento, en el artículo 480 del Código Civil, faculta al usufructuario para enajenar su derecho. No obstante, el artículo 498 establece que este será responsable por el menoscabo que sufra la cosa por culpa o negligencia de quien lo sustituya; esta disposición unida a que los contratos realizados por el mismo se extinguen con el fin del usufructo, ha llevado a la doctrina a concluir que lo que se permite es la transmisión del ejercicio del derecho y no el derecho en sí³⁰⁰⁰. En consecuencia, el concepto islámico de uso y disfrute sobrepasa el de usufructo de tradición romana, si bien no alcance la plenitud de facultades de la plena propiedad. El propio Ibn Raḡab nos lo confirma explícitamente:

^aالقاعدة السابعة والثمانون: فيما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأموال.

أما الأملاك التامة فقابلية للنقل وال عوض وغيره في الجملة، أما ملك المنافع فإن كان بعقد لازم ملك فيه نقل الملك بمثل العقد الذي ملك به أو دونه ما هو أعلى منه يملك المعاوضة عليه أيضاً صرح به القاضي في خلافه، ويندرج تحت هذا صور: منها إجارة المستأجرة جائزة على المذهب الصحيحة بمثل الأجرة وأكثر وأقل. ومنها: إجارة الوقف. ومنها: إجارة المنافع الموصى بها، وصرح بها القاضي في خلافه. ومنها إجارة المنافع المستثناة في عقد البيع. ومنها: إجارة أرض العنوة الخراجية، والمذهب

a Regla septuagésima octava: sobre lo que admite transmisión y contraprestación entre los derechos y las propiedades: En cuanto a las propiedades plenas, admiten en conjunto su transmisión mediante contraprestación y demás. En cuanto a la propiedad de las utilidades, si provienen de un contrato vinculante, están facultados para transmitir las mediante un contrato similar al que les sirvió para adquirirlas u otros que no sean superiores al mismo, teniendo la facultad de obtener contraprestación por ello también. Así lo explicita el Juez en su *Jilāf*. Bajo este epígrafe se incluye lo siguiente: el arrendamiento por parte del arrendador es válido, según la opinión correcta de la escuela, tanto por la misma renta, mayor o menor; el arrendamiento del *waqf*; el arrendamiento de las utilidades de lo legado, lo explicita el Juez en su *Jilāf*; arrendamiento de las utilidades que se han exceptuado en el contrato de compraventa; el arrendamiento de las tierras de *jarāy*, pues la opinión correcta de la escuela lo considera válido, pero se prefiere la *muzāra'a* al arrendamiento, pero el Juez e Ibn 'Aqīl mencionan otra opinión que lo prohíbe [...] el préstamo de uso de un comodato temporal, si se considera vinculante y que transmite la propiedad de la utilidad, sería válido, pero no se permite su arrendamiento, porque es un contrato superior.

الصحيح صحتها وهو نص أحمد ولكن إستحب المزارعة فيها على الإستئجار، وحكى القاضي وابن عقيل رواية أخرى بالمنع [...] ومنها: إغارة العارية المؤقتة إذا قيل بلزومها وملك المنفعة فإنه يجوز ولا تجوز الإجارة لأنها أعلى...³⁰⁰¹

La norma general es que la propiedad plena se puede transmitir mediante contraprestación; también los otros tipos de propiedad, pero siempre y cuando se lleve a cabo esa transmisión mediante un contrato del mismo nivel mediante el cual se adquirió, no superior. Es decir, el arrendatario puede arrendar (que según la definición que manejamos no es más que una venta de utilidad) su derecho, pero no venderlo.

^a[القول في الملك] وفيه مسائل. الأولى: في تفسيره. قال السبكي: هو حكم شرعي يُقدر في عين أو منفعة، يقتضي تمكن من يُنسب إليه من إنتفاعه والعيوض عنه من حيث هو كذلك. فقولنا: (حكم شرعي)؛ لأنه يتبع الأسباب الشرعية. وقولنا: (يُقدر)؛ لأنه يرجع إلى تعلق إذن الشرع، والتعلق عديمي، ليس وصفاً حقيقياً، بل يُقدر في العين والمنفعة، عند تحقق الأسباب المفيدة للملك. وقولنا: (في العين أو منفعة)؛ لأن المنافع تُملك كالأعيان. وقولنا (يقتضي إنتفاعه) يخرج تصرفه القضاة والأوصياء، فإنه في أعيان، أو منافع لا يقتضي إنتفاعهم، ولأنهم لا يتصرفون لإنتفاع أنفسهم، بل لإنتفاع المالكين. وقولنا: (والعيوض عنه)، يُخرج الإباحات في الضيافات، فإن الضيافة مأذون فيها، ولا تُملك. ويُخرج أيضاً: الإختصاص بالمساجد، والربط؛ ومقاعد الأسواق؛ إذ لا ملك فيها مع التمكن من التصرف.

[...] [ثانية]: قال في (الكفاية): أسباب التملك ثمانية: المعاوضات، والميراث، والهبات، والوصايا، والوقف، والغنيمة، والإحياء، والصدقات. قال ابن السبكي: وبقيت أسباب أخرى: ومنها: تملك اللقطة بشرطه. ومنها: دية القتل، يملكها أولاً، ثم تُنقلها لورثته، على الأصح. ومنها: الجنين، الأصح: أنه يملك الغرة³⁰⁰².

El colega de escuela de Ibn Raḡab, al-Suyyūfī, en este fragmento que, por su importancia, solemos traer a colación, define el derecho de propiedad siguiendo al ulema al-Subkī, juez principal de Damasco en el siglo XIV³⁰⁰³. El elemento básico en la misma consistiría en ser una creación, permiso, del Legislador, obra del derecho. Nos interesa destacar que todo lo que predica de la propiedad se aplica tanto al dominio directo o *nuda* propiedad y al dominio útil o usufructo por separado o unidos. En consecuencia, ambos admiten el poder de disposición, la obtención de contraprestación por el mismo y su disfrute. No queremos dejar escapar la ocasión para destacar algunas de las causas de adquisición de esta propiedad, bien dividida o completa. Primero relaciona las principales: los negocios sinalagmáticos, la herencia, las donaciones, los legados, el *waqf*, el botín, la puesta en explotación de tierras baldías y las limosnas. Sin embargo, otras merecen un comentario especial: la indemnización debida por el homicidio, que es adquirida por la víctima fallecida y la que corresponde por el daño infligido al mismo, cuya propiedad se asigna al propio *nasciturus*. De nuevo nos encontramos a una persona muerta que es sujeto de derecho y una protección especial del no nacido, que también es titular de derechos.

^bالمبحث الأول. أنواع الملك باعتبار محله.

a (Sobre la propiedad), se dan diversas cuestiones. Primera, su exégesis.

Ibn al-Subkī ha dicho: es un precepto legal decretado sobre el bien y su utilidad, en virtud del cual de quien se predica puede usarlo y obtener contraprestación por él. Y si decimos (un precepto legal) es porque sigue causas legales. Y si decimos (decretado) es porque está vinculado a un permiso legal, y el permiso no existe como una cualidad real, sino que es un mandato sobre el bien o su utilidad, cuando se verifica las causas de adquisición de la propiedad. Si decimos (sobre el bien o la utilidad) es porque las utilidades son objeto de la propiedad como los bienes en sí. Si decimos (incluye forzosamente su disfrute), es porque se excluye la disposición de jueces y tutores, pues en los bienes y las utilidades, no tiene su disfrute, porque ellos no disponen para sí mismos, sino para el provecho de los propietarios. Si decimos (y obtenemos contraprestación por ello), se excluye lo que es de uso común en las hospitalidades, en los que se está autorizado, no se es propietario. También se excluye: los reservados en las mezquitas y rābidas, los asientos en los zocos, pues no hay propiedad sobre ellos, aunque se permita su uso.

[...] (Y segunda): Dijo en *al-Kifāyya*: las causas de adquisición de la propiedad son ocho: los negocios sinalagmáticos, la herencia, las donaciones, los legados, el *waqf*, el botín, la puesta en explotación de tierras baldías y las limosnas. Ibn al-Subkī ha dicho: y quedan otras causas. Entre ellas, la adquisición del tesoro con sus requisitos; la *diyya* de la víctima de homicidio, que la adquiere antes y luego la transmite a los herederos, según la opinión más correcta; el feto, que según la opinión más correcta adquiere la *diyya*.

b Sección primera: Los tipos de propiedad según su objeto.

Epígrafe primero. La propiedad comprende el bien y la utilidad. 185- En origen, la propiedad de los bienes es que comprenda su *raqaba* y su utilidad. Si un ser humano adquiriera la propiedad de un bien, por alguna de las causas establecidas, sería también propietario de su utilidad. De lo que ha precedido, queda claro que la intención de la legislación sobre la propiedad es el aprovechamiento de las cosas de forma exclusiva. La propiedad del bien no se

المطلب الأول. ملك عين ومنفعة. 185- الأصل في ملك الأعيان أن يكون شاملاً لرقبتها ومنفعتها؛ فإذا ملك الإنسان عيناً، بسبب من أسباب الملك المقررة، فإن يكون مالكا لمنفعتها أيضاً. وقد إتضح، مما سبق، أن المقصود من شرع الملك هو الإنتفاع بالأشياء على وجه الإختصاص، فملك العين ما شرع إلا لحصول الإنسان على منفعتها بشكل كامل. ولذلك وجدنا بعض الفقهاء يقررون بهذا الصدد أن الملك الحقيقي للأشياء هو لله سبحانه، وأن ليس للناس إلا الإنتفاع بها على وجه الذي أذنت به الشريعة.

[...] المطلب الثاني. ملك العين بلا منفعة. 188- الأصل أن ملك العين يستتبعه ملك المنفعة، لأن الملك ما شرع إلا من أجل الإنتفاع بالعين إنتفاعاً مشروعاً، على وجه الإختصاص. لكن أجازت الشريعة في حالات معينة، أن تمتلك الربقة دون منفعتها. وذلك عن طريق الوصية في صورتين...

[...] المطلب الثالث. ملك المنفع بلا عين. 190- أن ملك المنفعة فيكسب بعدة أسباب منها: 1- الإجارة: قد إتفق الفقهاء على أن المستأجر مالك لمنفعة العين المؤجرة خلال مدة الإجارة. 2- الإعارة وقد عرفها صاحب تنوير الأبصار بأنها: (تمليك المنافع مجاناً) [...]. 3- الوصية بالمنفعة: وذلك، كما سبق إيضاحه في المطلب الثاني. 4- الوقف- كما إذا وقف شخص عيناً معينة على شخص أو مجموعة أشخاص، فإن هؤلاء يملكون المنفعة دون العين.

[...] 191- وقد تعرض الفقهاء لبيان أحكام ملك المنفعة، فبينوا أن ملك المنفعة يقبل التقييد بصفة وزماناً ومكاناً، فإن لملك العين أن يقيد إمتلاك منفعة هذا العين عندما تنتقل إلى غيره بالأسباب المشروعة، وذلك بالقيود التي يرغب ضمن ما هو مقرر شرعاً. وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الملك المنفعة ينتقل بالميراث، وخالف الحنفية في ذلك.

[...] المطلب الرابع. ملك الإنتفاع. 193- فرق جمهور الفقهاء، من مالكية وشافعية وحنبلية، بين ملك المنفعة وملك الإنتفاع. وبينوا أن من ملك المنفعة ملك الإنتفاع والمعوضة. ومن ملك الإنتفاع لم يملك المعوضة³⁰⁰⁴.

‘Abd al-Salām Dawūd al ‘Abbādī, en la utilidad, mantiene la clasificación de los tipos de propiedad de los ulemas anteriores: propiedad del bien y la utilidad, del bien sin la utilidad, de la utilidad sin el bien y propiedad del uso. Sin embargo, su postura se acerca más a la occidental pues afirma que este derecho en origen incluye el uso y disfrute plenos de los bienes en exclusividad por el propietario; esa es la intención de la *Šarī‘a* al regularlo. También defiende que, teológicamente, el dueño original de todo es Dios, mientras que el ser humano es un simple autorizado en el uso de la Creación. Es interesante destacar la distinción entre uso y utilidad que tres escuelas ortodoxas establecen: esta último incluye la posibilidad de obtener contraprestación por la misma, lo cual implica la posibilidad de disponer de la misma; esto no ocurre con el simple uso.

^aالمطلب الثاني. أقسام الأراضي في القوانين العثمانية وفي الأردن وسوريا ومصر.

legisló más que para que el ser humano obtuviera su utilidad de forma completa. Por ello, encontramos que algunos alfaquíes establecen en este sentido que la verdadera propiedad de las cosas es de Dios, Bendito sea, y que la gente no tiene más que el uso, según lo que la *Šarī‘a* permite.

[...] Sección segunda. La propiedad del bien sin su utilidad. 188- El origen es que la propiedad del bien se haga seguir por la de la utilidad porque la propiedad no se ha legislado más que para el legítimo aprovechamiento del bien, de forma exclusiva. Sin embargo, la *Šarī‘a* ha permitido en determinados casos que se tenga la propiedad de la *raqaba* sin su utilidad. Ello se produce a través del legado en dos clases [...]

[...] Sección tercera. La propiedad de la utilidad sin el bien. 190- La propiedad de la utilidad se adquiere a través de varias causas: 1- el arrendamiento, los *fuqahā’* están de acuerdo en que el arrendatario es propietario de la utilidad del bien arrendado durante el período del contrato; 2- el comodato, el autor de *Tanwīr al-Abṣār* lo define como la transmisión de las utilidades gratuitamente; 3- el legado de utilidad, tal y como se ha aclarado en la sección segunda; 4- el *waqf*, si una persona constituyera un determinado bien como *waqf*, en favor de otra persona o un grupo de ellas, estas serían propietarias de la utilidad y no del bien.

[...] 191- Los alfaquíes se han visto obligados a mostrar el régimen de la propiedad de la utilidad; han mostrado que la propiedad de la utilidad admite limitación en sus características, en el tiempo y en el espacio. El propietario del bien puede limitar la propiedad de la utilidad de ese bien, al transmitirla a otro por causas legales, según los límites de la ley. La mayoría de los ulemas opinan que la propiedad de la utilidad se transmite por sucesión, estando en desacuerdo con ello los seguidores de Abū Ḥanīfa.

[...] Sección cuarta. La propiedad del uso. 193- La mayoría de los *fuqahā’*, entre los *mālikīes*, *šāfi‘ies* y *hanbalīes*, distingue entre la propiedad de la utilidad y el uso. Muestran que la propiedad de la utilidad incluye la utilidad y la capacidad para obtener contraprestación, mientras que la propiedad del uso no contiene esta capacidad.

a Sección segunda. Los tipos de tierras en las leyes otomanas, de Jordania, Siria y Egipto.

272- El artículo primero de la Ley de Tierras otomana, promulgada en el año 1274 de la hégira (1858), establece que las tierras de las Reinos del Alto Estado son de cinco tipos: tierras de propiedad, tierras *amīriyya* o tierras del Reino, tierras constituidas en *waqf*, tierras abandonadas y tierras de *mawāt*.

[...] El primer tipo: las tierras de propiedad 273- Las tierras de propiedad son las que tienen en propiedad sus dueños la *raqaba* y la utilidad [...] El artículo segundo de esta ley menciona las tierras que son de propiedad (privada). Estas son: los predios ubicados en las aldeas y colinas y demás circunscripciones, terrenos de más de medio *dūnun* que sea útil para habitar; las tierras que se extraen de las tierras *amīriyya* y se adquieran de forma válida según lo establecido

272- نصت المادة الأولى من قانون الأراضي العثماني، الصادر في سنة 1274 هـ، على أن الأراضي في ممالك الدولة العلية خمسة أقسام وهي: الأول: الأراضي المملوكة. الثاني: الأراضي الأميرية، أو أراضي المملكة. الثالثة: الأراضي الموقوفة. الرابع: الأراضي المتروكة. الخامس: الأراضي الموات.

[...] القسم الأول: الأراضي المملوكة: 273- الأراضي المملوكة هي: التي يمتلكها أصحابها رقبية ومنفعة. [...] وقد ذكرت المادة الثانية من هذا القانون الأراضي المملوكة، وهي: أول: العرصات الواقعة داخل القرى والقصبات وما في دائرها من الأراضي لغاية نصف دونم مما يعتبر تنمة للسكن. النوع الثاني: الأراضي التي أفرزت من الأراضي الأميرية ومُلكت تملكاً صحيحاً بناءً على المسوّغ الشرعي على أن يحصل التصرف بها بأنواع أوجه الملكية. النوع الثالث: الأراضي العشرية النوع الرابع: الأراضي الخراجية

[...] -والأراضي المملوكة إذا عجز أصحابها عن زراعتها، وأداء ضريبتها الخراجية، وتركوها للدولة لتكون منافعها جبراً لما عليها من الضريبة؛ فإنها تسمى أراضي الحوز [...] وهي تبقى ملكاً لأربابها، فلا يجوز للسلطان بيعها، ولا وقفها إنما إستغلها لقاء خراجها، مادامت لم تنتقل ملكيتها إلى بيت المال، بسبب من الأسباب.

القسم الثاني: الأراضي الأميرية، أو أراضي المملكة. 276- الأراضي الأميرية هو الأراضي التي تكون رقبته لبيت المال. [...] 277 -والتصرف في هذه الأراضي يعود إلى الإمام، يتصرف فيها وقف المصلحة العام. وقد صرح أبو السعود أن الأراضي الأميرية رقبته ملك لبيت المال، والرعاية يتصرفون فيها بطريقة العارية، فلا ملك لهم في الرقبه، فهم لا يملكون بيعها، ولا وقفها، ولا رهنها، ولا سائر التصرفات الشرعية فيها، ولا تكون ميراثاً عنهم [...] وإذا لم يملكها السلطان لأحد لا تملك، بل تظل على ملك بيت المال.

[...] وعليه، فهذه الأراضي تعطي للناس لينتفعوا بها، مقابل أجر معين. وقد قرر متأخرو الفقهاء أنها لا تنزع منهم ما داموا يؤدون ما عليها، وأجازوا لهؤلاء المتصرفين أن ينقلوا حقوقهم لغيرهم، لقاء عوض أو مجاناً، ولكن بإذن السلطان، لأن رقبته لبيت المال. فالتصرف فيه إعتبر كالمشتأجر لها مدى الحياة، وفراغه لغيره إجارة لمدة أوسع، فأشترط إذن السلطان³⁰⁰⁵.

Al 'Abbādī nos muestra, a través del análisis de una ley sobre las tierras promulgada a mediados del siglo XIX en el Imperio Otomano³⁰⁰⁶, que la distinción entre dominio directo y útil, casi unánime entre los ulemas, se traduce en derecho positivo. Así, las propiedades privadas serían aquellas en las que ambos dominios corresponden a un súbdito. Si este no pudiera explotarlas o no pagara los impuestos, el tesoro primero expropiaría el dominio útil, no el directo, que se mantendría en su dueño original. La definición de tierras públicas, o *amīriyya*, serían aquellas cuyo dominio directo pertenece a la *bayt al-māl*. No importa que el útil sea de titularidad de una persona privada. Asimismo, esta partición de la propiedad abre la puerta con mayor facilidad para entregar las tierras de dominio público en concesión a los particulares. Como vemos, además de diversificar la explotación de las fincas, esta concepción islámica de la propiedad consigue cierta limitación de la responsabilidad de las personas físicas por el pago de los impuestos, algo que se consigue también con el mecanismo de la personalidad jurídica; esta circunstancia provoca que uno de los fines por los que los ciudadanos acudan a las sociedades se vea satisfecho por otra vía. Este autor, unas páginas más adelante, insiste en que, en origen, la propiedad tiende a incluir ambos dominios, pero justifica que esto no suceda, de forma perpetua, en las tierras públicas, donde el dominio directo permanece en el tesoro y el útil en el concesionario, porque la *bayt al-māl* es un destino permanente que obtiene contraprestación por la utilidad con los impuestos que impone³⁰⁰⁷.

legalmente, siempre y cuando se produzca la disposición que provoca la transmisión de la propiedad; tercera, las tierras de diezmo; cuarto, las tierras de *jarāy*.

[...] Las tierras de propiedad (privada), si sus dueños son incapaces de labrarlas, o pagar los impuestos de *jarāy*, dejarían al estado sus utilidades de forma forzosa por las deudas tributarias; se denominan tierras de posesión [...] permanecen en propiedad de sus dueños, no pudiendo el sultán venderlas, ni constituir las en *waqf*, únicamente podría explotarlas a cambio de su *jarāy*, mientras no se transmitiera su propiedad a la *bayt al-māl*, por alguna causa.

276- Las tierras *amīriyya* o tierras del Reino. [...] 277- La disposición de estas tierras corresponden al imán, actuando en ellas según el interés general. Abū-l-Su'ūd ha afirmado que la propiedad de la *raqaba* de estas tierras es de la *bayt al-māl*; los súbditos actúan en ellas como si fuera un comodato, no serían propietarios de la *raqaba*, no pudiendo venderlas, ni constituir las en *waqf*, hipotecarlas ni cualquier otra disposición sobre ellas; no serían parte de su herencia [...] Si el sultán no transmite la propiedad de las mismas, no se adquieren, sino que permanecen como propiedad de la *bayt al-māl*.

[...] En virtud de ello, estas tierras se dan a la gente para que las aprovechen, a cambio de una renta determinada. Los ulemas más recientes han establecido que no se les quita eso siempre y cuando sigan pagando la renta; les permiten a estos concesionarios transmitir sus derechos a terceros, a cambio de contraprestación o gratuitamente, pero con permiso del sultán, porque su *raqaba* pertenece a la *bayt al-māl*. El concesionario se considera como un arrendatario vitalicio, y su transmisión otro arrendamiento por un período más amplio, pero hace falta autorización del sultán.

والجعل هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها، مثل مشاركة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الأبق. وقد اختلف العلماء في منعه وجوازه؛ فقال مالك: يجوز ذلك في اليسير بشرطين: أحدهما أن لا يضرب لذلك أجلاً. والثاني أن يكون الثمن معلوماً؛ وقال أبو حنيفة: لا يجوز؛ وللشافعي قولان وعمد من أجازته قوله تعالى -ولمن جاء به حمل بعير وأن به زعيم- وإجماع الجمهور على جوازه في الإباق والسؤال. وما جاء في الأثر من أخذ الثمن على الرقية بأمر القرآن. وقد تقدم ذلك. وعمد من منعه الغرر الذي فيه قياساً على سائر الإجازات، ولا خلاف في مذهب مالك إن الجعل لا يستحق شيء منه إلا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم...³⁰⁰⁸.

Averroes analiza el contrato de *al-ŷu'l*, al cual define como el arrendamiento de una utilidad cuya consecución resulta dudosa. Varias escuelas lo consideran nulo, por el riesgo que lleva implícito, lo que nos remite al epígrafe sobre este principio general del derecho islámico. El hecho de que la única escuela que lo admite claramente, la de Mālik b. Anas en la que se incardina el cordobés, imponga la condición de que sea sobre utilidades pequeñas y sin plazo establecido, así como que el derecho del arrendador no nace hasta completar el servicio y que se trate de un contrato no vinculante para las partes, reafirma este recelo del *fiqh* frente al *garar*. Sin embargo, también nos aporta información sobre la distinción entre dominio directo y útil o *nuda* propiedad y usufructo, pues en este segundo el riesgo presente es mayor en algún tipo de utilidad, por lo que el desarrollo de negocios jurídicos sobre el mismo, a pesar de considerarse una propiedad plena, se verá limitado. Estas restricciones estarán relacionadas siempre con la prohibición del riesgo, no con la facultad de su propietario de disponer del mismo.

^bفصل. فإن ادعى على رجل إجارة ضيعة أو حانوت أو شيء مما يؤاجر أو ادعى مزارعة أرض أو معاملة في شجر أو نخل أو رطاب أو غير ذلك مما يقع عليه المعاملة أحلفه بالله ما بينك وبينه إجارة في هذا الذي ادعى قائمة تامة لازمة اليوم ولا له قبلك فيها حق الإجارة التي وصف ذكر التحليف على الحاصل وهذا جواب ظاهر الرواية ولم يذكر قول أبي يوسف في هذا فيحتمل أن يكون قوله أن يحلف على السبب كما في غيره من المواضع فيحلف بالله ما أجرته هذه الضيعة إلا أن يعرض المدعى عليه بشيء فيحلفه على الحاصل ويحتمل أن يكون المذكور ها هنا قول الكل فيحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين الإجارة وبين البيع وما أشبهه والفرق أن التحليف على السبب في الإجارة لا يفيد لأن المنافع لا تتقوم بأنفسها إنما تتقوم بالعقد فإذا حلف على العقد أنتفى العقد فلم تصير المنافع متقومة فلا يمكنه الرجوع بشيء وليس كذلك في الإعيان فإنها متقومة بأنفسها لا تفتقر إلى عقد في التقويم فإذا إنتفى العقد والعين في يد المشتري قائمة يرجع بها البائع وإن كانت هالكة يرجع بقيمتها وإن كانت إستهلكت في يد البائع يرجع بقيمتها على مستهلكها بخلاف المنافع³⁰⁰⁹.

a El libro de *al-ŷu'l*.

Al-ŷu'l es el arrendamiento de una utilidad cuya consecución es dudosa, como la estipulación al médico de la curación, la del profesor sobre su excelencia y la del buscador del esclavo huido. Los ulemas discrepan sobre su prohibición o su aceptación. Mālik opina: eso es válido con dos condiciones: una de ellas es que no se establezca plazo para ello; la segunda es que el precio esté determinado. Abū Ḥanifa opina: no es válido. En la escuela de al-Šāfi'ī existen las dos opiniones. El argumento de quien lo considera válido es lo que dice el Altísimo: "para quien viene con la carga de un burro yo soy con él jefe". Los alfaquíes son unánimes en considerarlo válido para la búsqueda de los esclavos huidos. En cuanto a la tradición acerca de tomar un salario por recitar *El Corán* sobre el enfermo, ya ha sido tratado.

El argumento de quien lo prohíbe es el riesgo que posee, en analogía con el resto de arrendamientos. No existe discrepancia en la escuela de Mālik sobre que en el *al-ŷu'l* no se tiene derecho a nada hasta que no se complete el trabajo y que no es un contrato vinculante...

b Capítulo. Si uno demandara a otro hombre el arrendamiento de un huerto, local o algo de lo que se arrienda o demandara la celebración de la *muzāra'a* de una tierra o una *mu'āmala* sobre un árbol o palmera, dátiles o cualquier cosa sobre la que puede recaer una *mu'āmala*, se le exige juramento por Dios sobre que existe entre él y el otro el arrendamiento que demanda, que está vigente, perfeccionado y obligatorio a día de hoy, y que no existe antes de él un derecho de arrendamiento. La mención del juramento sobre el que lo hace es la respuesta evidente en la escuela, pero no ha mencionado que la opinión de Abū Yūsuf sobre esto posibilita que su opinión sea que pida el juramento sobre la causa o sobre otra circunstancia; así le pide el juramento por Dios que no arrendó ese huerto, salvo que el demandado muestre alguna prueba, en cuyo caso se le pide juramento sobre lo acaecido; puede ser que lo mencionado aquí sea lo que dicen todos, por lo que Abū Yūsuf necesitaría distinguir entre el arrendamiento y la compraventa y similar. La diferencia estriba en que el juramento sobre la causa en el arrendamiento no es provechoso, porque las utilidades no tienen valor por sí mismas, únicamente incluidas en el contrato. Si le pidiera juramento sobre el contrato, este se anularía, así que no llegarían las utilidades a tener valor, no pudiendo repetir nada; eso no ocurre en los bienes, pues tiene valor por sí mismos, no precisan de ningún contrato para tener valor. Si el contrato se anulara estando el bien en manos del comprador, el vendedor lo recuperaría; si se hubiera destruido, recuperaría su valor; si se hubiera consumido en manos del vendedor, recuperaría su valor frente a quien lo consumió, al contrario que las utilidades.

‘Umar b. ‘Abd al-‘Azīz, discípulo de Abū Ḥanīfa comenta libro de al-Jaṣṣāf, uno de los principales maestros de la escuela, sobre la actuación de los jueces; en este caso, aborda la cuestión de la petición de juramento al demandante en un proceso en el que se alega la celebración de un arrendamiento o alguna sociedad agrícola. El régimen procesal se escapa algo de nuestro estudio, sin embargo, sí que nos presenta un planteamiento muy interesante sobre la partición del dominio en el derecho islámico. Venimos defendiendo que el *fiqh* aplica el mismo concepto de propiedad tanto al dominio directo y al útil -también la conjunción de ambos en la misma persona- y así lo entendemos. Este ulema nos pone sobre la mesa una pequeña distinción entre ambos. En la terminología de los ulemas para que un bien o servicio pueda ser objeto de cualquier transacción se exige que sea *mutaqwan*, es decir, con valor, bien económico, pero también jurídico, pues para la *Ṣarī‘a*, el alcohol no puede tener valor³⁰¹⁰. En este sentido, ‘Umar b. ‘Abd al-‘Azīz establece que el bien, la cosa en sí, el dominio directo, sí tiene valor originario, mas su utilidad, usufructo o dominio útil no, únicamente lo adquiere con un contrato como el arrendamiento.

^aالباب الأول. في أنواع القسمة.

والنظر في القسمة ينقسم أولاً إلى قسمين: قسمة رقاب الأموال. والثاني: منافع الرقاب. (القسم الأول من هذا الباب) فأما قسمة الرقاب التي لا تكال ولا توزن، فتنقسم بالجملة إلى ثلاثة أقسام: قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل و قسمة مرضاة بعد تقويم وتعديل. و قسمة مرضاة بغير مرضاة بغير تقويم ولا تعديل. وأما ما يكال أو يوزن فبالمكيل والوزن. (القسمة الثاني) وأما الرقاب، فإنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام: وما لا ينقل ولا يحول، وهي الرباع والأصول. وما ينقل ويحول، وهذان قسمان: إما غير مكيل ولا موزون، وهو الحيوان والعروض؛ وإما مكيل أو موزون [...] [...] القول في القسم الثاني وهو قسم المنافع.

فأما قسمة المنافع، فإنها لا تجوز بالسهمه على مذهب ابن قاسم، ولا يجبر عليها من أباه، ولا تكون القرعة على قسمة المنافع. وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجبر على قسمة المنافع، و قسمة المنافع هي عند الجميع بالمهاياة، وذلك إما بالأزمان وإما

a Primer capítulo. Las clases de particiones.

El estudio de la partición se divide en dos grupos: el grupo de la partición de la *raqaba* de los bienes (dominio directo) y el segundo es el de las *manāfi‘* de la *raqaba* (las utilidades, el dominio útil).

(El primer grupo de este capítulo) Por lo que se refiere a la partición de la *raqaba* que no se miden ni se pesan, esta se divide en tres tipos: partición de sorteo después de su valoración y sustitución, partición por mutuo acuerdo después de su valoración y sustitución y partición por consenso sin valoración ni sustitución. En cuanto a lo que se pesa y mide, pues por la medida y el peso.

(La segunda parte) Las *riqāb* (plural de *raqaba*) se dividen en tres clases: lo que no se transporta ni se transforma que son las residencias y las raíces. Lo que se transporta y transforma son de dos tipos: no se miden ni pesan, como los animales y los bienes muebles, y los que se miden y pesan.

[...] Lo que se ha de decir sobre el segundo tipo, que es el de las *manāfi‘*.

En cuanto a la partición de las *manāfi‘*, no es válido que se realice por cuotas, según la corriente de Ibn al-Qāsim, ni se obliga a quien la rechace; el sorteo no se da para partir las *manāfi‘*. Abū Ḥanīfa y sus compañeros opinan que sí se obliga a la partición de las *manāfi‘*; para la mayoría de los ulemas la partición de las *manāfi‘* se lleva a cabo mediante uso sucesivo, tanto en el tiempo o por bienes. En cuanto al uso sucesivo en el tiempo se refiere a que cada uno se aproveche del bien durante un período igual que al de su colega. En cuanto al uso sucesivo de bienes, se refiere a que se repartan las *riqāb*, de tal modo que cada uno las aproveche por un período determinado, permaneciendo las *riqāb* en la comunidad de bienes original.

En la escuela existe divergencia sobre el período de uso sucesivo de las *manāfi‘* que se considera válido para un tipo u otro de las mismas, para recolectar o aprovechar, como el uso de un esclavo, la montura de una bestia o la siembra de una tierra; también en lo que se transporta y se transforma o ni se transporta ni se transforma. En cuanto a lo que se transporta y transforma, para Mālik y sus compañeros no es válido por período largos y sí en cortos, tanto en la recolección como en el aprovechamiento; en lo que se refiere a lo que no se transporta ni transforma, sí se permiten por a largo plazo, tanto en la recolección como en el aprovechamiento. Difieren sobre la recolección y el aprovechamiento por períodos cortos de tiempo en lo que se transporta y transforma; en la recolección se habla de un día o similar. Y se dice que no se permite en la montura y el esclavo.

En cuanto al uso, se opina que es válido sobre unos cinco días, o un mes o un poco más. Por lo que respecta al uso sucesivo de los bienes consiste en que utilice una casa durante un período de tiempo y el otro el mismo período. Se opina que es válido para la habitación de una casa y el cultivo de las tierras, pero no es válido para la recolección ni el arrendamiento, salvo por cortos períodos de tiempo. Se opina que no es válido por analogía con el uso sucesivo en el tiempo. También en la opinión sobre el uso del esclavo y las monturas se aplica la opinión sobre las diferencias en la partición por períodos de tiempo.

بالأعيان. أما قسمة المنافع بالأزمان فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة إنتفاع صاحبه. أما قسم الأعيان بأن يقسما الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة. وفي المذهب في قسمة المافع بالأزمان إختلاف في تحديد المدة التي تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون البعض للإغتلال أو الإنتفاع مثل إستخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الأرض، وذلك أيضاً فيما ينقل ويحول، أو لا ينقل ولا يحول. فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة، وذلك في الإغتلال والإنتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول، فيجوز في المدة البعيدة والأجل البعيد، وذلك في الإغتلال والإنتفاع وإختلفاً في المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول في الإغتلال فقبل اليوم لواحد ونحو، وقيل لا يجوز ذلك في الدابة والعبد. وأما الإستخدام فقيل يجوز في مثل الخمسة أيام، وقيل في الشهر وأكثر من الشهر قليلاً. وأما التهايو في الأعيان بأن يستعمل هذا داراً مدة من الزمان، وهذا داراً تلك المدة بعينها، فقيل يجوز في سكنى الدار وزراعة الأرضين، ولا يجوز ذلك في الغلة والكراء إلا في زمان اليسير، وقيل يجوز على قياس التهايو بالأزمان، وكذلك القول في إستخدام العبد والدواب بحري القول فيه على إختلاف في قسمة بالأزمان³⁰¹¹.

El filósofo y jurista andalusí, Averroes, describe el régimen jurídico y tipos de partición de la cosa común. En primer lugar, este negocio jurídico se divide en dos tipos según se trate de dividir una comunidad de bienes sobre los que los juristas musulmanes denominan *raqaba* (la raíz del bien, dominio directo o nuda propiedad, términos con los que se puede traducir según el contexto) o *manfa'a* (utilidad del bien, dominio útil o usufructo). En cada uno de los tipos, en función de los tipos de bienes, cada escuela permite o prohíbe alguno de los modos de realizarse: uso sucesivo en el tiempo, por bienes, valoración y sustitución, sorteo, mutuo acuerdo, etc. En consecuencia, el *fiqh*, aparte de algunas diferencias prácticas según el tipo de bien (mueble, inmueble, fungible o no) considera en un plano de igualdad las propiedades en común de dominios directos o útiles. ^aالقاعدة السادسة والسبعون: الشريكان في عين مال أو منفعة إذا كانا محتاجين إلى رفع مضرة أو إبقاء منفعة أُجبر أحدهما على موافقة الآخر في الصحيح من المذهب.

[...] ومنها: قسمة المنافع بالمهابة هل تجب الإجابة إليها أم لا؟ المشهور عدم الوجوب ولم يذكر القاضي وأصحابه في المذهب سواء، وفرقوا بين المهابة والقسمة بأن القسمة إفرار أحد الملكين من الآخر والمهابة معاوضة حيث كانت إستيفاءً للمنفعة من مثلها في زمن آخر، وفيها تأخير أحدهما عن إستيفاء حقه فلا يلزم بخلاف قسمة الأعيان، ونص أحمد في رواية صالح وحنبل وأبي طالب في العبد المشترك إذا أعتق أحد الشريكين نصفه أو كاتبه فإنه يكون يوماً لنفسه ويوماً لسيدته الباقي، وتأوله القاضي على التراخي وهو بعيد، وحكى أبو بكر في التنبية فيه روايتين، إحداهما: يكون يوماً لنفسه ويوماً لسيدته، والأخرى أن كسبه بينهما وهذا يدل على وقوع المهابة حكماً من غير طلب، وفي المسألة وجه آخر أنه تجب المهابة بالمكان دون الزمان لإنتفاء تأخر إستيفاء أحدهما لحقه في المهابة بالأمكنة فهو كقسمة الأعيان، وإختاره صاحب المحرر³⁰¹².

Ibn Raḡab, autor en cuyas reflexiones sigue al ulema *hanbalī* conocido como el Juez - Muḡammad b. Al-Ḥusayn Abū Ya'ī, nacido en el año 990 en Bagdad, quien fue nombrado como juez del Califato³⁰¹³ - analiza la partición de las utilidades mediante el uso sucesivo. En la escuela predomina la tesis de que no se impone al comunero, sino que ha de ser consensual. No obstante, distinguen los seguidores de Ibn Ḥanbal entre la naturaleza de este uso sucesivo y la división de la cosa común. Esta última es un negocio jurídico de la partición que puede ser consensual o venir impuesta por el juez a petición de un copropietario. El uso sucesivo o *muhāyā'*, en árabe, consistiría

a Regla septuagésima sexta: los comuneros de un bien o una utilidad, si necesitaran evitar un daño o mantener la utilidad, pueden obligar al otro a aceptarla en la opinión correcta de la escuela.

[...] Entre ellas, ¿la partición de las utilidades mediante el uso sucesivo puede imponerse al otro o no? La más común de las opiniones es que no es obligatoria, ni el Juez ni sus compañeros han mencionado otra cosa que no sea esa; distinguen entre el uso sucesivo y la partición: la partición consiste en separar cada propiedad de la del otro, mientras que el uso sucesivo es una contraprestación, de tal manera que es la satisfacción de la utilidad por la misma en otro momento. En la misma se produce un retraso de uno de ellos en la satisfacción de su derecho, por lo que no es obligatorio, a diferencia de la partición de bienes. Aḡmad ha establecido la opinión de Ṣāliḡ, Ḥanbal y Abū Ṭālib sobre el esclavo en comunidad de bienes, en el caso de que uno de los comuneros lo manumitiera en su mitad o le diera la libertad a cambio de una contraprestación; un día ese siervo sería para sí mismo y el otro para el señor que le queda. El Juez lo interpreta por el mutuo acuerdo y eso está lejos. Abū Bakr cuenta en su *al-Tanbīh* que existen dos opiniones. Una de ellas consiste en que sea para sí mismo un día y el otro para su señor; la otra es que lo han adquirido entre los dos y eso demuestra un uso sucesivo por imperativo de la ley, sin que lo reclamen. En esta cuestión existe otro aspecto que es que el uso sucesivo es debido cuando es por el lugar y no por tiempo, para distanciarse del retraso de uno en la satisfacción de su derecho que se da en el uso sucesivo; si es por lugar, se trataría de una partición de bienes. Es la opción del autor de *al-Muḡarrar*.

en una contraprestación, en la que uno retrasa la satisfacción de su derecho, por lo que no cabría su obligatoriedad. Otra cuestión importante presente en este párrafo se cristaliza en una de las opiniones recogida por Abū Bakr, según la cual, cuando se posee un siervo en común, se crea *ex lege* una situación de uso sucesivo.

^aووقع السؤال عن وصي على محجورتين مشتركتين معه في أصول ثم إنه عمد إليها وقسمها، فخرج لنفسه ولأشقائه من أخوته بأصول لها بال، وللمحجورتين المذكورتين: أختيه للأب بنصف دار. هل تنقض القسمة لظهور المحاباة؟ [...] ووقع الجواب عن إقتسما داراً محبسة قسمة منفعة على أن يسكنها هذا عاماً وهذا مثله بما نصه. الحمد لله، قسمة المهاييات المشهود بها أعلاه صحيحة لازمة لكل من المتقاسمين المذكورين، لا يجوز لأحدهما الخروج عما شرطه الآخر عليه. ففي المختصر: القسمة تهايب في زمن كخدمة عبد في شهر أو سكنى دار سنين كالإجارة أى في اللزوم وتعيين المدة. قال الحطاب: ويشمل كلامه ما إذا كان المقسوم متحداً بأخذه كل واحد مدة معينة. ابن رشد: وأما التهايب في الدور والأرضين فيجوز فيها السنين المعلومة والأجال البعيدة ككرائها. قال ابن القاسم. ابن عرفة: قسمة المهاييات بالنون والياء هي إختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمناً معيناً من متحد أو متعدد، وتجاوز في نفس منفعتة لا في غلته. وفي "التوضيح" عن عياض: وهي قسمة المنافع بالمراضاة لا بإجبار. وذكر ابن رشد وعياض: أن قسمة المهاييات ضربان إلى أن قال: والضرب الثاني أن تكون المهايية في عين واحد بالأرمنة، كدار يسكنها هذا شهراً، وهذا شهراً. قال في "المقدمات" بعد كلام: ولا قيام لواحد منهم فيها على صاحبه بالغين؛ لأنه لم يأخذ ما أخذ على قيمة مقدمة. وفي الجزيري: وإختلف في قسم الحبس للإغتلال فكرهه قوم وأجازه آخرون لما غب الإشاعة من التعطيل له والتضييع. ومثله في المتيطية. وزاد: وقد جرى العمل بإقتسامه. قال الباجي في وثائقه بريد قسمة الغلة والمنفعة لا قسم الأصول. نقله القاضي أبو علي الحسن ابن عطية الونشريسي حسبما في "المعيار"، وممن نقل هذا العمل صاحب "اللباب"، وابن عات في "الطرر"، وولد ابن فرحون في "المسائل الملقوطة"، والمكناسي في "مجالسه"، والله الموفق³⁰¹⁴.

En el capítulo tercero tomamos la primera parte de la respuesta a esta pregunta con el afán de estudiar la actuación del tutor de los menores. La fetua, en la continuación que ahora transcribimos, al regular la división de la cosa tenida en común, nos muestra que la partición varía en función del objeto de la misma: el dominio directo o el útil, o bien la nuda propiedad o el usufructo. Muḥammad b. al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī, en el siglo XIX recorre las opiniones de algunos de los miembros de su escuela, andalusíes y magrebíes, sobre la cuestión. Una comunidad de bienes de cualquier tipo, incluyendo la que se produce entre los beneficiarios de los bienes habices, se puede disolver mediante un uso sucesivo de la cosa tenida en común. Sería algo muy similar a la multipropiedad actual³⁰¹⁵.

a Y la pregunta recae sobre el tutor de dos incapacitadas que comparten la propiedad con él de unos bienes raíces; el tutor los pretende y realiza el reparto, y se adjudica él y sus hermanos una parte significativa: a las dos incapacitadas, hermanas del tutor por parte de padre les adjudica la mitad de la casa. ¿Se ha de anular el reparto por la aparición de nepotismo?

[...] La respuesta recayó sobre quienes se reparten una casa constituida como *ḥubs* mediante una partición de utilidad (*manfa'a*); según la misma uno la habitará un año y el otro como él en virtud de lo que prescribió: gracias a Dios, la partición de uso sucesivo que se observa en lo precedente es válida, obligatoria para cada uno de los que parten mencionados. Ninguno puede salir de lo estipulado con el otro. Así, en *al-Mujtaṣar* se dice: la partición de uso sucesivo en el tiempo, como el servicio de un esclavo durante un mes o la habitación de una casa por años es como el arrendamiento, es decir, en cuanto a su obligatoriedad y determinación del período. Al-Ḥaṭṭāb ha dicho: y sus palabras incluyen tanto si lo que se parte estuviera unido y cada uno tomara un período determinado. Ibn Ruṣd ha dicho: en cuanto a la partición de uso sucesivo sobre las casas y las tierras, sería válida por años conocidos y a largo plazo como los arrendamientos, según la opinión de Ibn al-Qāsim. Ibn 'Arfa ha dicho: la partición por usos sucesivo consiste en que cada comunero tome en exclusiva un tiempo determinado de algo simple o compuesto; se permite en la misma utilidad, no en sus frutos.

En *al-Tawḍīḥ* siguiendo a 'Iyyāḍ, se dice: es la partición de las utilidades mediante mutuo acuerdo, sin imposición. Ibn Ruṣd e 'Iyyāḍ han mencionado que la partición por uso sucesivo es de dos tipos; el segundo tipo consiste en un uso sucesivo de un único bien en el tiempo, como la casa que uno habita este mes y el otro mes.

Ha dicho en *al-Muqaddimāt* después de estas palabras: que ninguno de ellos cometa fraude contra su compañero porque ninguno de ellos ha tomado su parte por su valor precedente. En *al-Ŷazirī* se dice: discrepan sobre la partición del *ḥubs* por recolecciones; un grupo lo considera odioso y otro lo autoriza, pues en la comunidad de bienes existe riesgo de negligencia y pérdida. Como esto se dice en *al-Matīyya* y se añade: la partición es el uso que se sigue. Al-Bāyī lo ha dicho en sus *Waṭā'iq* queriendo repartir los frutos y la utilidad no partiendo la raíz. Ha transmitido este uso el juez Abū 'Alī al-Ḥasan Ibn 'Atīyya al-Wanṣarīsī en su *Mi'yār*, entre los que se ha basado en esta costumbre está el autor de *al-Labbāb* e Ibn 'Āt en *al-Ṭarar*, y Walad Ibn Farḥūn en *al-Masā'il al-Malqūṭa*, y al-Maknāsī en *al-Mayālis* y Dios es quien tiene éxito.

^aوسئلت عن معصرة مشتركة بين رجلين أحدهما يملك التسع فيها، والآخر يملك الباقي، فأراد أحدهما قسمة الأيام بأن يأخذ صاحب التسع يومه يكرهه أو يفعل به ما بدا له ولا كلام له فيها في ثمانية أيام، ويأخذ الآخر في ثمانية أيام، ولا كلام له فيها في يوم، وأبى من ذلك صاحب التسع، وقال: إنما يأخذ التسع في كل ما تحصل من دوران الرحي، والسلام. فأجبت: الحمد لله، لا يجبر صاحب التسع على القسم بالأيام لما تقرر قسمة المنافع لا يجبر عليها من أباه. قال الزرقاني على قول المختصر: كخدمة عبد شهراً أو سكنى دار سنين كالإجارة، ما نصه: فهم من التشبيه أن المهائيات إنما تكون بتراضٍ، وهو كذلك؛ لأن الإجارة كالبيع، فلا يجبر عليها من أتاها³⁰¹⁶.

Prosigue al-Fāsī analizando su estudio sobre este tipo de reparto por uso sucesivo, y establece que la partición de este tipo únicamente se produce por el mutuo acuerdo de los comuneros. Uno de ellos, ni tampoco acudiendo a un juez, puede imponerla a otro. El jurista de Fez basa su respuesta en la obra de al-Zarqānī -miembro de la Universidad de al-Azhar en el Cairo, donde nació en el año 1645³⁰¹⁷- quien, a su vez, tomo fundamento de esa regulación la comparación que Ibn 'Arfa realiza entre esta partición y el arrendamiento, que, como tipo de venta, solo se da por mutuo acuerdo.

* b (باب في القسمة)*

[...] (قوله كالإجارة) يفهم من التشبيه أن المهاية إنما تكون بتراضي وهو كذلك لأن الإجارة كالبيع فلا يجبر عليها من أباه ولا ينافي ذلك جعل المصنف قسمة المراضاة قسماً لها لأن جعله قسماً لها بإعتبار تعلق ذلك بملك الذات والمهاية متعلقة بملك المنافع مع بقاء الذات بينهما وهذا لا ينافي أنه لا بد من رضاهما معاً في كل من القسمين [...] (قوله الأرض المأمونة) أي إذا كانت ملكاً وأما الحبس فأعلم أنه لا يجوز قسم رقابه إتفاقاً وأما قسمه للإعتلال بأن يأخذ هذا كراءه شهراً مثلاً والآخر كذلك فليل يقسم ويجبر من أبى لمن طلب وينفذ بينهم إلى أن يحصل ما يوجب تغيير القسم بزيادة أو نقص يوجب التغيير وقيل لا يقسم بحال وهو ما يفيد كلام الإمام في المدونة وقيل يقسم قسم الإعتلال بتراضيهما فإن أبى أحدهم القسم فلا يجبر عليه فغاير القول الأول وإستظهر القول الثالث سواء على ما إستظهره قسم إعتلال أو قسمة إنتفاع بأن ينتفع كل واحد بالسكنى بنفسه أو بالزراعة بنفسه مدة وإن كانت الأقوال الثلاثة إن هي في قسمة الإعتلال [...] (قوله لا في غلة) عطف على مقدر تقديره وهي أي قسمة للمهاية جائزة في منافع لا في غلة...³⁰¹⁸

El ulema decimonónico, al-Dasūqī, sintetiza los tipos de partición de la propiedad en común, tanto del dominio directo como en el útil. En este último se admite el uso sucesivo, manteniéndose el dominio directo en común; además, únicamente se puede decidir de mutuo acuerdo, sin que ninguno de los comuneros esté facultado para obligar al otro. La distingue de la división pactada, contrato que sirve en ambos tipos de propiedad. Asimismo, describe las diferencias entre los

a Se me preguntó sobre una almazara tenida en común por dos hombres, uno de ellos era propietario de una novena parte y el otro poseía el resto. Uno de ellos quería dividirla por días, de tal manera que el propietario del noveno la tomara un día para alquilarla o hacer lo que le placiera sin que tuviera voz en los otros ocho días; el otro la tomaría ocho días sin que el otro tuviera voz en el noveno día. El dueño del noveno rechazó eso y dijo: únicamente toma la novena parte de todo lo que produzca el molino. La Paz.

Contesté, gracias a Dios: no se obliga al dueño de la novena parte a la partición por días, porque se ha consolidado que la partición por uso sucesivo no se impone a quien la rechaza. Al-Zarqānī ha opinado a lo expuesto en *al-Mujtaṣar como el servicio de un esclavo un mes o la habitación de una casa años como el arrendamiento* lo que sigue: la comprensión de esta comparación radica en que la partición por uso sucesivo únicamente se da por mutuo acuerdo, y es así porque el arrendamiento es como la venta, así que no se impone a quien se le da.

b *(Capítulo sobre la partición)*

[...] (En su expresión *como el arrendamiento*) De esta comparación se entiende que el reparto por uso sucesivo sólo se da por mutuo acuerdo y es así, porque el arrendamiento es como la venta y no se se obliga a la misma a quien la rechaza; esto no se contradice con establecer la partición consensual como categoría, pues eso se hace porque se vincula al bien en sí, mientras que el uso sucesivo se vincula con las utilidades, con el mantenimiento del bien en sí en común entre ellos. Eso no se contradice con que se exija acuerdo en ambos tipos. [...] (En su expresión *la tierra asegurada*) Es decir, si es de su propiedad, pues en cuanto al *hubs* has de saber que no se permite la partición de las *riqāb*, por consenso. En cuanto a la partición de explotación, de tal manera que uno tome su renta un mes y otro el siguiente, también. Se dice que se reparte y se obliga a quien se niegue, ejecutándose entre ellos hasta que ocurra algo que haga cambiar la partición en más o menos y se obligue al cambio. Y se dice que no se reparte inmediatamente y es lo que concuerda con la opinión del Imán en *al-Mudawwana*. Se dice que se reparte partición de explotación por consenso de ambos y, si alguno se negara, no se le obligaría, oponiéndose a la primera opinión y recupera la tercera opinión tanto sobre la partición de explotación como de uso, pues el uso de cada uno en la habitación de una casa por sí mismo o en el cultivo por sí mismo durante un tiempo, en la tercera opinión es una partición de explotación. [...] (En su expresión *no en la explotación*) La copulativa, según su estimación, quiere decir que el uso sucesivo es válido en las utilidades, no en la explotación...

miembros de la escuela sobre cuándo es válida la partición que denomina de explotación, es decir aquella que permite a cada comunero arrendar o explotar por sí mismo el bien, de forma sucesiva; es decir se alternan en la plena propiedad del bien, dominio directo e útil a la vez. Esta definición excluye el uso sucesivo que únicamente afecta al útil.

^aالفصل التاسع. في بيان المهايأة.

[...] دليلها -الكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول، أي أنه ثبت جواز المهايأة بهذه الأدلة (الدرر والشرنبلالي ونتائج الأفكار). إلا أنها مخالفة للقياس لأن الهايأة تتضمن مبادلة منفعة بمنفعة من عين جنسها فيجب أن لا تجوز كما وضع في شرح المادة (463) لأن كل شريك في نوبة إنتفاعه ينتفع بملك شريكه وإنتفاعه هذا عوض عن إنتفاع شريكه الآخر بملكه (العناية). الكتاب -*(لها ولكم شرب يوم معلوم)* الآية الكريمة أي أن الإنتفاع بين قوم صالح وبين الناقة بالمناوبة، وإذا لم تنتسخ شريعة الأولين فهي شريعة لنا. النسبة -إن الرسول، ص، قد قسم كل يعير لثلاثة رجال فركبوا الجمال بالمهايأة والمناوبة (أبو السعود). (إجماع الأمة) قد أجمعت الأئمة على جواز المهايأة. (المعقول) إذا لم تجوز المهايأة يلزم تعطيل بعض الأموال التي خلقت لنفع البشر أو الأموال الغير قابلة للقسمة وإسقاطها من الإنتفاع لأنه لا يتفق الشركاء على الإنتفاع بعضاً فيكون نسخاً للآية الكريمة*(هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً)*.

[...] المادة (1174) (المهايأة عبارة عن قسمة المنافع).

ويفهم من ذلك أن المهايأة مبادلة معنى ليست إفران من كل وجه لأن المهايأة لا تجري المثليان كالكيل والموزون (الطوري)³⁰¹⁹.

'Alī Ḥaydar, el magistrado del Tribunal Supremo otomano, antes de comentar los artículos dedicados a la *muhāyā*', o uso sucesivo de la cosa en común, analiza sus fundamentos jurídicos en la *Šarī'a*. Todas las fuentes del *fiqh*, *El Corán*, los hadices de Muḥammad y el consenso de los ulemas la permiten. No obstante, considera que la analogía con el arrendamiento llevaría a su prohibición, pues la contraprestación por ese uso de cada socio es exactamente la misma que la que recibe del otro. Se trata de una validez expresamente permitida; además, desde el punto de vista lógico, su admisión viene dada porque facilita la explotación de los bienes, creados por Dios para provecho humano, cuando los copropietarios no se ponen de acuerdo. En definitiva, es una opción que conculca los principios del derecho patrimonial islámico, pero que expresamente el Legislador la permite. Esta es una solución, otra, totalmente ajena al *fiqh*, podría ser que la explotación del bien se realizara por una persona jurídica que agrupe a las personas implicadas en la propiedad; esta vía no se contempla. Finalmente, el artículo 1173 confirma en el derecho positivo los textos que hemos extraídos de algunas obras clásicas y no tan clásicas: el uso sucesivo es una forma de partir el dominio útil, no el directo, de las cosas tenidas en comunidad de bienes.

a Capítulo noveno, sobre la *muhāyā*'.

[...] Su fundamento: el Libro, la *sunna*, el consenso de la *umma* y la lógica; es decir se basa su validez en estas pruebas (*al-Durar*, *al-Šaranbalālī* y *Natā'iy al-Afkār*). Sin embargo, es contraria a la analogía, porque la *muhāyā*' incluye la contraprestación de la utilidad del bien a cambio de la utilidad del bien de su género, por lo que no debería ser válida, como aclara el artículo (463), porque cada comunero, en el turno de uso, usa la propiedad de su socio y este uso es la contraprestación al otro por su propiedad (*al-'Ināiyya*). El Libro -*(Para ella y vosotros el abrevadero un día determinado)*. La aleya noble quiere decir que el uso de la tribu de Šāliḥ y la camella se realiza por turnos. Si no se ha anulado esta ley para los que nos precedieron, es ley para nosotros. La *sunna*- el Enviado de Dios repartió las monturas entre tres hombres que montaron los camellos sucesivamente, por turnos (Abū-l-Su'ūd). (El consenso de la *umma*) los imanes son unánimes en la validez de la *muhāyā*'. (La lógica) Si no fuera válida la *muhāyā*', se anularían algunos bienes creados para el uso por la humanidad, es decir los bienes que no admitieran división, decayendo en su utilidad porque los copropietarios no se ponen de acuerdo en su uso, anulando la aleya noble *(ha creado para vosotros todo lo que está en la Tierra)*.

[...] Artículo 1174: la *muhāyā*' es la expresión de la partición de las utilidades.

Se entiende de esto que la *muhāyā*' es una contraprestación, es decir, no es una separación, porque la *muhāyā*' no se aplica a los bienes fungibles como los que se miden o pesan.

^aووقع السؤال: عما جرت به العادة من إعطاء دراهم لمن يبيع الصفقة زيادة على حقه أجرة على تطوفه على الشركاء، وإجائهم إلى إتمام البيع للمشتري أو ضم المبيع من يده، بأن يكتب في الرسم البيع بمائة ريال مثلاً لجميع المشتري وزيادة عشرين ريالاً أخرى هي للبائع على جميع بقية الشركاء للضم أو تسليم الصفقة للمشتري، فهل ما يأخذ البائع المذكور جائز له أو لا؟ وهل يلزم المشتري أو الذي ضم من يده هذا الزائد أو لا؟
والجواب أنه جائز له أخذه ويلزم من ضم الصفقة دفعه ولا شيء فيه؛ لأنه من إجتماع البيع والإجارة في عقد واحد وهو جائز؛ لأنه لا منافاة بينهما إذا البيع هو العقد على الرقاب والإجارة هي العقد على المنافع، فكلاهما بيع في الحقيقة، وإنما اختلفا بالإصطلاح لا غير...³⁰²⁰

El jurista marroquí, al-Wazzānī, dictamina que es lícito que en una venta el vendedor incluya una cláusula por la cual tiene derecho a un aumento en el precio si consigue que todos los comuneros vendan su parte. Un hadiz de Muḥammad afirma que están prohibidas dos ventas incluidas en la misma. Mālik b. Anas lo recoge en su *al-Muwatta'*³⁰²¹, justo antes del capítulo dedicado a la prohibición de la venta de riesgo. En virtud de esta norma los ulemas siempre tienen cierta prevención a que se incluyan en un mismo pacto contratos diferentes. No obstante, al-Fāsī sí admite el pacto por el que es interrogado, según el cual el vendedor se compromete realizar gestiones con el resto de comuneros para vender la cosa tenida en común de una vez. El fundamento que esgrime es que la compraventa unida al arrendamiento de servicios propuestos no es incompatible, porque ambos negocios son, en realidad, sendas compraventas: la primera sobre el bien en sí mismo (*raqaba*) y el otro sobre su utilidad. En su momento comprobamos que los alfaquies tienden a reducir cualquier contrato a la compraventa; en este supuesto por causa de la partición del dominio propio del *fiqh*.

^bالقاعدة السابعة والسبعون: من إتصل ملكه بملك غيره متميزاً عنه وهو تابع له ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه، وفي إبقائه على الشركة ضرر لم يفصله مالكة فلمالك الأصل أن يتملكه بالقيمة من مالكة يجبر المالك على القبول، وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل فالمشهور أنه ليس له تملكه قهراً لزوال ضرره بالفصل.
وتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة: منها غراس المستأجر وبنائه بعد إنقضاء المدة إذا لم يقلعه المالك فللمؤجر تملكه بالقيمة لأنه لا يملك قلعه بدون ضمان نقصه، وفيه ضرر عليه ذكر ذلك القاضي وابن عقيل والأكثر، ولم يشترط أبو الخطاب أن لا يقلعه المالك فلعله جعل الخيرة لمالك الأرض دون مالك الغراس والبناء.

Ibn Raḡab, ejemplifica esta regla un tanto farragosa con un caso en el que se nos muestra que el *fiqh* coloca al arrendatario en una posición de carácter real, frente a todos (*erga omnes*) incluso frente a su arrendador. Si durante la vigencia del contrato aquel planta o construye algo sobre la tierra arrendada, al finalizar el plazo, el arrendador no puede arrancarla únicamente puede obligar a que se le venda lo plantado o construido, que es propiedad del arrendatario, a cambio de pagar su valor de mercado.

a Y recayó la pregunta sobre la costumbre que rige de dar *dirhams* a quien vende en el acto con ganancia sobre su derecho, a modo de renta por sus visitas a los comuneros y que perfeccionen la venta con el comprador o incorporen lo vendido de su mano; por ejemplo, que incluya en el precio de una venta de cien reales para todo lo comprado y un aumento de veinte reales para el vendedor a todos los demás comuneros, al incluirlos en el pacto. ¿Lo que gana el vendedor mencionado es válido o no? ¿El comprador o quien incorpore de su mano está obligado a ese incremento o no?

La respuesta es que es válida lo que ha ganado y quien lo incorpora al pacto ha de pagarlo, porque la unión de una compraventa y un arrendamiento en un mismo contrato es válida; es así porque no son contradictorios entre ellos, ya que la venta es un contrato sobre el bien en sí y el arrendamiento sobre las utilidades, ambos en verdad son una compraventa, simplemente se diferencian en el término empleado, en nada más.

b Regla septuagésima séptima: quien une su propiedad con la propiedad de otro pero que se pueden distinguir que le sigue, no pudiendo separarla sin irrogar daño, cuando el mantenimiento de la situación de copropiedad es perjudicial, si su dueño no la separa, el dueño de la raíz puede adquirir la propiedad de su dueño a cambio de su valor y este debe aceptarlo. Si fuera posible separarlos sin daño para el dueño de la raíz, la opinión más extendida es que no puede apropiarse de la misma de forma obligatoria para evitar el daño de la división.

De esta se extraen varias cuestiones, entre ellas se encuentra: la plantación realizada por el arrendatario y su construcción después de expirar el plazo; si no la arrancara su dueño, el arrendador podría apropiársela a cambio de su valor, porque el no está facultado para arrancarla sin garantizar la merma en la misma, existiendo perjuicio para él. Eso lo han mencionado el Juez, Ibn 'Aqīl y la mayoría. Abū al-Jattāb no exige que no lo arranque el dueño; tal vez otorga la elección al dueño de la tierra y no al propietario de la siembra y la edificación.

وسئل بعض المتأخرين عن شجرة التين ما حریمها؟

فأجاب: بأن حریمها ما يقوله أهل المعرفة، كما أفصح بذلك الإمام الحفار في جواب له نقله ابن طرطاك وغيره ونصه: من له شجرة ثابتة في ملك الغير فإنه يملك موضع الشجرة وحریمها وهو مقدار من الأرض يدور بالشجر ويسقى الشجرة إذا إنجاب الماء في الحریم المذكور...³⁰²²

En esta otra fetua, al-Wazzānī, el ulema norteafricano analiza la situación jurídica de unas tierras propiedad de alguien y los árboles plantados en ella cuyo dominio corresponde a otro. En principio es una situación excepcional que los *fuqahā'* ven con naturalidad. El dueño del árbol además poseería el *ḥarīm* del mismo, que lo define como la medida de tierra que lo rodea y en cuyo perímetro el agua que cayera lo regaría. En el *diccionario del idioma de los alfaquíes* lo define de la siguiente manera: lo que rodea a la cosa y la sigue, por ello se prohíbe en él las servidumbres³⁰²³. La construcción o plantación en terreno ajeno es una situación que en los derechos derivados del romano no se ha admitido pacíficamente. En Roma existía un principio, *superficies solo cedit*, en virtud del cual resultaba imposible constituir relaciones jurídicas reales (como la propiedad del árbol) separadamente del suelo, únicamente cabría un arrendamiento de superficie³⁰²⁴. En nuestro ordenamiento el reconocimiento de estas situaciones reales ha sido tardío. El principio general en nuestro derecho se encuentra en el artículo 353: *La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente*. Este se complementa con los siguientes preceptos del mismo texto legal:

Artículo 354

Pertenecen al propietario:

- 1.º Los frutos naturales.
- 2.º Los frutos industriales.
- 3.º Los frutos civiles.

Artículo 355

- *Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales.*
- *Son frutos industriales los que producen los predios de cualquiera especie a beneficio del cultivo o del trabajo.*
- *Son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas.*

Como resultado de este régimen, los árboles plantados pertenecerían al dueño del suelo sobre el que se encuentran, por lo que en pleno siglo XIX sigue vigente la norma *superficies solo cedit* (la superficie cede ante el suelo) latina. No obstante, la facultad de plantar y ser dueño de lo plantado otorgada por el propietario del terreno, así como en lo relativo a las edificaciones, se ha ido desarrollando en nuestro derecho, no sin dificultades doctrinales³⁰²⁵. En la actualidad este derecho, en el ámbito del suelo urbano, está regulado por los artículos 53 y siguientes del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de

c Se les preguntó a varios juristas postclásicos sobre cuál es el *ḥarīm* de la higuera.

Respondieron: su *ḥarīm* es el que digan los peritos, como ha aclarado el imán al-Ḥaffār en la respuesta que ha transmitido Ibn al-Ṭarṭāk y otros y cuyo contenido es: quien es propietario de un árbol plantado en la propiedad de otro tiene el dominio del lugar donde se halla este y su *ḥarīm* que es la medida de tierra que lo circunda y donde se riega al árbol si se vierte en él agua en ese *ḥarīm* mencionado...

Suelo y Rehabilitación Urbana. Observamos que el derecho islámico admitió con mayor naturalidad el derecho de superficie que los derivados del romano, entre los que se encuentra el nuestro; además lo califica como auténtica propiedad y no como un derecho real limitado de goce, por lo que su virtualidad es bastante mayor. Algo parecido comprobamos que se producía con el arrendamiento que en el *fiqh* tiene naturaleza real frente a la personal latina.

Este concepto omnicomprendido de la propiedad en la *Šarī'a* implica que la misma prácticamente desconozca una diversidad de derechos reales, distinguiendo exclusivamente el dominio directo, el útil o ambos conjuntamente. En definitiva, reconoce un único derecho de propiedad sobre objetos diferentes.

اوسئل أيضاً عن قسم أصول الحبس المعقب والتقارر عليه من الموجودين.

فأجاب: إن قسم أصول الحبس لا يجوز، وإنما تقسم منافع الحبس، وإنما تقسم منافع الحبس، وأما الأصول فحق ممن يأتي باقي فيها، وإستظهره ابن هلال في دره في نقل عن المتطي ما نصه: وإختلف في قسم الحبس قسم إغتلال وإنتفاع فكرهه قوم وأجازه آخرون، وقد جرى العمل بقسمته لما في الإشاعة من التعطيل والتضييع³⁰²⁶.

Muḥammad b. al-Mahdī al-Wazzānī al-Fāsī recuerda la prohibición de repartir el dominio directo de los *awqāf* familiares, únicamente los beneficiarios pueden repartirse el dominio útil o más bien los frutos. Se pregunta si esa partición puede ser de uso sucesivo o de las cosechas que produzcan; los ulemas no se ponen de acuerdo, autorizándolo la primera y prohibiéndola otros. Es una cuestión que vimos en el capítulo sobre el *ḥubs* y el derecho de los beneficiarios. Nos resulta especialmente importante la reflexión final del muftí, donde afirma que siempre es mejor el reparto pues la comunidad de bienes provoca una pérdida de rendimiento y pérdidas. El jurista tiene una concepción negativa de las propiedades en común y aboga por poner fin a la copropiedad siempre que sea posible. Como comprobamos en su momento, es una prevención que también se produce en el mundo jurídico occidental, pero en el islámico va unida a la falta de incentivos para formar personas jurídicas mediante la unión de seres humanos, sin alternativa a la comunidad de bienes mediante entes de base personal que asuman la condición de propietario.

وبالجملة فلا خلاف في مذهبه أن البائع أحق بما في يديه في الموت والفس، وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده في الفس دون الموت، وأنه أسوة الغرماء في سلته إذا فانت، وعندما يشبه حال الأجير عند أصحاب مالك. وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة، فمرة يشبهون المنفعة التي عمل بالسلعة التي لم يقبضها المشتري فيقولون: هو أحق بها في الموت والفس، ومرة يشبهون بالتالي خرجت من يده ولم يمت فيقولون: هو أحق بها في الفس دون الموت، ومرة يشبهون ذلك بالموت الذي فانت فيه فيقولون: هو أسوة الغرماء³⁰²⁷.

Defendemos que el fenómeno de la sucesión en el derecho islámico está más relacionado con una quiebra en la que hay que liquidar y repartir el sobrante entre los herederos del mismo modo que se produce con los acreedores del quebrado. En este párrafo, incorporado en la obra jurídica de Averroes en el libro sobre la quiebra, se mantiene este paralelismo. No obstante, nos interesa en este momento la comparación que algunos miembros de la escuela del cordobés realizan entre las utilidades, el caso de quien arrienda sus servicios, con la mercancía que continúa en poder

a Se le preguntó también sobre el reparto de las raíces de los bienes constituidos en un *ḥubs* familiar, afianzándolos entre los presentes.

Contestó: el reparto de la raíz de los bienes constituidos como un *waqf* no es válido, únicamente se reparten sus utilidades. Ello lo estableció Abū al-Ḥasan en su respuesta, de la forma siguiente: únicamente se reparten las utilidades del habiz; en cuanto a sus raíces, es un derecho de quien permanece en él. Así lo ha conservado Ibn Hilāl en su *Darr*, recogiendo lo dicho por al-Matīṭī, según su texto: han tenido divergencias sobre si repartir los bienes habices según un reparto de explotación o de aprovechamiento; unos lo consideran odioso y otros lo autorizan. El uso que se aplica es el de repartir, porque en la comunidad de bienes se produce negligencia y pérdida.

b En resumidas cuentas, no existen diferencias en su escuela sobre que el vendedor tiene mejor derecho sobre lo que está en sus manos en caso de muerte o quiebra, y tiene mejor derecho sobre su mercancía que ha salido de su mano en caso de quiebra pero no en caso de muerte, en el que es uno más entre los acreedores sobre su mercancía si se ha destruido. Es así cuando compara este caso con el del arrendador de servicios para los seguidores de Mālik. Resumiendo, el vendedor de la *manfa'a* por el vendedor de la *raqaba*; así unas veces lo comparan con la utilidad con la que se hace con la mercancía que no se ha entregado al comprador y dicen: tiene mejor derecho tanto en caso de muerte como en el de quiebra; otras lo comparan con la que ha salido de manos del vendedor sin que haya muerto y dicen: tiene mejor derecho en caso de quiebra pero no de muerte; otras lo comparan con la muerte que en la que desaparece y dicen: es uno más entre los acreedores.

del vendedor, sobre la cual este tiene mejor derecho que el resto de los acreedores o de los herederos. La distinción entre dominio útil y directo se mantiene en este ámbito jurídico y ambos, en la opinión más corriente, tienen el mismo tratamiento jurídico en caso de quiebra o muerte.

^aكتاب العارية.

والنظر في العارية في أركانها وأحكامها وأركانها خمسة: الإعارة، والمعير والمستعير، والمعار، الصيغة أما الإعارة فهي فعل خير ومنسوب إليه، وقد شدد فيها قوم من السلف الأول. وروى عن عبد الله بن عباس وعبد الله ابن مسعود أنهما قالوا في قوله تعالى - ويمنعون الماعون- أنه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الفأس والدلو والحبل والقدر وما أشبه ذلك. وأما المعير فلا يعتبر فيه إلا كونه مالكا للعارية إما لرقتها وإما لمنفعتيها، والأظهر أنها لا تصلح من الممستعير أعني أن يعيرها. وأما العارية فتكون في الدور والأرضين والحيوان، وجميع ما يعرف بعينه إذا كانت منفعتيها مباحة الإستعمال، ولذلك لا تجوز إباحتها الجوار للإستمتاع ويكره الإستخدام إلا أن تكون ذا محرم³⁰²⁸.

Averroes estudia, entre otros, el contrato de *'āriyya* (transmisión de la propiedad de las utilidades sin contraprestación³⁰²⁹). El cordobés lo califica de una acción que la religión la recomienda encarecidamente. En español se traduciría por comodato (DRAE: *Contrato por el cual se da o recibe prestada una cosa de las que pueden usarse sin destruirse, con la obligación de restituirla*). En nuestro derecho el acento se coloca sobre el uso de la cosa, sin destruirla, con obligación de restituir. Ibn Rušd afirma que lo importante es que el prestamista ha de ser propietario bien del bien en sí o de su utilidad. El artículo 1741 de nuestro Código Civil dispone: *El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato*. En el derecho romano, el comodante era propietario o, al menos, titular de un derecho que lo autorice para ceder ese uso³⁰³⁰. Según lo que recoge Averroes y la definición que del contrato realiza el *fiqh*, en el derecho islámico lo importante es que el comodatario adquiere la propiedad del dominio útil o utilidad del bien, no del dominio directo.

^bالباب الرابع. في العارية. وهي تمليك منافع العين بغير عوض وهي مندوب إليها وفيها فصلان:

الفصل الأول في أركانها: وهي أربعة، الأول: المعير ولا يعتبر فيه إلا كونه مالكا للمنفعة غير محجوز قترض من مالك الرقبة ومكتريها ومستعيرها...³⁰³¹

Ibn al-Āwzī, con un estilo más directo que Averroes y mostrando una finalidad didáctica para juristas, describe el contrato de la *'āriyya* y lo define como la transmisión de la propiedad de las utilidades de un bien sin contraprestación, por lo que tiene causa gratuita y es mirada con buenos ojos desde el punto de vista religioso. Como requisito esencial del mismo se exige, entre otros, que el comodante o persona que presta sea propietario de la utilidad que transmite, no incapacitado. Es digno de destacar que el arrendatario, como propietario del dominio útil de la cosa arrendada, lo transmite mediante este negocio jurídico de forma válida; incluso el propio comodatario puede prestar en comodato la utilidad que tiene en préstamo. La capacidad de disposición del titular del dominio útil es bastante amplia. Nuestro Código Civil únicamente prevé la transmisión *mortis causa* de las posiciones de comodante y comodatario en el artículo 1742.

a El libro de *al-'āriyya*.

El estudio sobre *al-'āriyya* se basa en sus requisitos esenciales y en su régimen. Sus requisitos son cinco: *al-i'āra* (acción de constituir el contrato), *al-mu'ir* (comodante), *al-musta'ir* (comodatario), *al-mu'ār* (lo prestado) y la fórmula de constitución. Por lo que respecta a la acción de prestar, se trata de un bien cuya acción se recomienda. Los primeros seguidores insistían con fuerza. Se cuenta de 'Abd-Allāh b. 'Abbās y 'Abd Allāh Ibn Mas'ūd que dijeron sobre lo que ha dicho el Altísimo -prohíben los útiles de casa- que son las cosas de la casa que la gente comparte entre ellos, como el hacha, el cubo del pozo, cuerdas, ollas y similares. En cuanto a quien presta, no se le tiene en cuenta más que sea propietario de la *'āriyya* bien de su *raqaba* o de su *manfa'a*; lo más claro es que no se permita del comodante, es decir que no puede prestarlo a su vez.

En cuanto a *al-'āriyya*, se da en las casas, las tierras y los animales; todo lo que se conozca por sí mismo siempre que el uso de su utilidad esté permitido. Por eso no es aceptable validar la vecindad para el goce y resulta odioso si está prohibida.

b Capítulo cuarto, sobre *al-'āriyya*. Consiste en la transmisión de la propiedad de las utilidades del bien sin contraprestación; es recomendable y tiene dos capítulos.

El capítulo primero. Sus requisitos esenciales que son cuatro: el comodante de quien no se tiene en cuenta más que sea propietario de la utilidad y que no esté incapacitado; se permite del propietario de la *raqaba* y del arrendatario y comodante.

77*^a قال يحيى: قال الحسن: ما كان من ضرب الإسلام فهو بمنزلة الضالة واللقطة، إن وجد من يعرفها وإلا تصدق بها* قال يحيى: قال الحسن: وأربعة أخماس الركاك لمن وجده، ولا ينظر إلى صاحب الأرض التي وجد فيها. وقال غيره: صاحب الملك لرقبة الأرض أحق به، قال: وإن كان المعدن في ملك رجل مسلم أو معاهد فليس فيه خمس ولا غيره³⁰³².

El seguidor de Abū Ḥanīfa, Yaḥyā b. Ādam a la hora de regular el régimen de lo encontrado, los tesoros y los minerales, recoge varias opiniones. En lo que a nosotros nos interesa, los tesoros para él y algún otro ulema pertenecen a quien lo encuentre sin importar la propiedad del terreno donde se halló. Otra corriente afirma que el propietario del dominio directo tiene mejor derecho que quien lo encontró, no quien es titular del dominio útil.

^b [...] ولكن وقف المنافع مما لا يجوز عند الأصحاب وقال أحمد في رواية المروزي في رجل وقف غلته على المساكين أو على أم ولده قال الغلة لا توقف أنما توقف الأرض فما أخرج منها فهي عليهم وهذا يدل على أن الثمرة لا توقف إنما يوقف الأصلها ولكن الوقف في منافع الأرض الخراجية ليس وارداً على عين ما يخرج من ثمر وزرع بل على منفعة الأرض المملوكة بالخراج التي يستحق بها الزرع والغراس في الأرض وأرض العنوة إنما هي فيء المسلمين ليست وقفاً على معنى الوقف الخاص كما تقدم تقريره وذكر القاضي وابن عقيل فيمن وقف ضيعة قال تكون الغلة بعد عمارتها وحق السلطان إلى جهة عينها أنه يصح وهذا يدل على صحة الأرض الخراجية كما ذكرناه فإن منعتها مملوكة لمن هي في يده بعقد لازم من جهة الإمام وهي تورث عنه ويده ثابتة على رقبتهما فهي كأملكه المحضة³⁰³³.

Ibn Raḡab, discípulo de Aḥmad b. Ḥanbal, en este fragmento de su libro acerca del *jarāy* que ya empleamos al analizar el *waqf*, además de servirnos para diferenciar ambas instituciones nos es útil para nuestro fin de acercarnos a la visión islámica del dominio. Para esta escuela, no serían válidos los bienes habices sobre las utilidades de las cosas, con la excepción de las tierras de *jarāy*, en las que, al ser una propiedad pública de todos los musulmanes, quienes las explotan únicamente son titulares de un dominio útil o, en la terminología de derecho público actual, de una concesión, pero sí pueden constituir un *hubs* sobre el mismo. Por una parte, el dominio útil otorga a su titular, en opinión de los *hanbalīes*, menos facultades que al dueño del dominio directo, quien tiene la potestad de constituir una fundación con dicho dominio.

^c [...] من أسلم على أرض خراج إن شاء أقام وإن شاء ترك أرضه للمسلمين ولو أراد أدهم الخروج وله ماء أو غراس في الأرض فهل يُقال للإمام أن يملكه للمسلمين من مال الفيء إذا رآه أصلح كما يملك الناظر للوقف ما غرس فيها أو بنى بالأجرة بعد إنقضاء المدة لا يبعد أن يجوز ذلك بل هو أولى بذلك من ناظر الوقف لوقوع الإختلاف في ملك الموقوف عليهم لرقبة الوقف و أما المسلمون فإنهم يملكون رقبة أرض العنوة³⁰³⁴.

Repasamos estas líneas de Ibn Raḡab que nos ilustraron nuestras disquisiciones con relación a la figura del administrador del *waqf*. Este gestor está capacitado para incorporar al bien habiz aquellas construcciones que el arrendatario hubiera dejado una vez expirado el contrato de

a 77* Yaḥyā ha dicho: al-Ḥasan ha dicho: lo que ha conseguido el Islam ocuparía la posición de lo perdido o lo encontrado, si se encuentra y se conociera o para él, si no se daría como limosna* Yaḥyā ha dicho: al-Ḥasan ha dicho: cuatro quintos del tesoro es para quien lo encuentra, sin mirar al dueño de la tierra en la que se ha encontrado. Otros han dicho: el titular de la propiedad del dominio directo (*al-raḡaba*) tiene mejor derecho. Ha dicho: si los minerales se encuentran en la propiedad de un hombre musulmán o de uno de una comunidad de pacto, no habría quinto ni nada.

b [...] Pero el *waqf* sobre las utilidades no es válido para los compañeros y Aḥmad ha dicho, según el relato de *al-Marūzī*, sobre un hombre que constituye en *waqf* su cosecha en favor de los pobres o en favor de la esclava madre de su hijo, que la cosecha no se puede constituir en *waqf*; únicamente se constituye la tierra; en cuanto a lo que produce es para él. Esto demuestra que los frutos no se constituyen en *waqf*, únicamente el bien raíz. Pero el *waqf* de las utilidades de las tierras de *jarāy* no están incluidas en el bien que produce el fruto y la cosecha, sino en la utilidad de la tierra poseída por el *jarāy* de la que se es propietario de sus cosechas y plantaciones. Las tierras conquistadas mediante la fuerza son *fay*' de todos los musulmanes, no un *waqf* con el sentido específico, como se ha constatado. El Juez e Ibn 'Aqīl han recordado que el *waqf* sobre una aldea diciendo: la cosecha después de su explotación y el derecho del sultán es válido para quien lo hubiera nombrado. Esto demuestra la validez del *waqf* de las tierras de *jarāy* como hemos reiterado, pues su utilidad es propiedad de quien la tenga en sus manos por un contrato obligatorio por parte del imán y se hereda y su posición es tan firme como la del propietario del bien raíz, siendo una propiedad absoluta.

c [...] Quien recibiera alguna tierra del *jarāy*, si lo desea, se asienta en ella, y si lo desea, deja su tierra en favor de los musulmanes. Si alguno de ellos (quienes explotan las tierras de *jarāy*) quisiera abandonarla y tuviera riego o plantación en la tierra, ¿podría el imán apropiársela en favor de los musulmanes como botín si lo considerara de interés al igual que hace el administrador del *waqf* con lo plantado o construido durante el arrendamiento una vez que termina el plazo de este? No es descartable la validez, sino todo lo contrario, pues tiene preeminencia sobre el administrador del *waqf*, por la existencia de divergencias sobre la propiedad de los beneficiarios del *waqf* sobre el bien raíz, mientras que los musulmanes sí son propietarios del dominio eminente de las tierras conquistadas a la fuerza.

arrendamiento, mediante el cual adquiriría con carácter temporal el dominio útil de los bienes. A pesar de que la titularidad sobre el dominio directo en la fundación no está atribuida pacíficamente a una persona concreta, pues cada escuela ha creado su propia teoría como vimos, este tercero, respecto a la propiedad de los habices está investido de esa autoridad. El ulema considera que, si esto es así, el imán, con mayor razón, podrá realizar la misma operación respecto a los que explotan las tierras de *jarāy*, ya que sin duda alguna el dominio directo sí pertenece a los musulmanes y el califa es su representante. En definitiva, esta concepción de la división de la propiedad entre dominio directo y útil, además de impregnar el arrendamiento islámico de un carácter real, permite poner en uso las tierras públicas mediante la cesión del dominio útil a determinadas personas a cambio de una renta.

^a(الباب العاشر) في حكم مال الخراج ومصارفه والتصرف فيه وفيه مسائل الأولى أن الخراج على من هو عليه حكمه حكم الديون واجب في ذمته لأجل أرضه فهو موضوع على رقبة الأرض كما توضع الجزية على رقاب الأدميين. هذا نص أحمد وإسحاق وروى عن عمر بن عبد العزيز وهو قول مالك والشافعي والأكثرين من العلماء الذين يقولون يجتمع وجوب الخراج والعشر لأن الخراج أجرة الأرض واجبة في الذمة والعشر واجب في الزرع فهو كما لو إستأجر أرضاً أو إستتراها بثمن في ذمته وزرعها وخالف في ذلك أبو حنيفة وطائفة من الكوفيين وروى عن عكرمة وغيره وقالوا لا عشر مع الخراج وجعلوا الخراج متعلقاً بنفس الثمرة والزرع...³⁰³⁵

Ibn Raḡab se ocupa en este párrafo del régimen jurídico de la deuda derivada del impuesto en que se traduce el *jarāy*. En primer lugar, se trata de un tributo que grava la *raqaba* o dominio directo de la tierra, por lo que se convierte en una deuda sobre la *ḡimma* de la persona, al igual que la *ḡizya* es una carga sobre la *raqaba* de los no musulmanes; esta afirmación entra en contradicción con lo afirmado en párrafos anteriores en los que se asignaba el dominio directo de las tierras en comunidad de bienes a todos los musulmanes. En cualquier caso, esta diferenciación entre ambos dominios afecta a la imposición fiscal de musulmanes y no musulmanes. Sin embargo, el diezmo, que únicamente pagan los musulmanes, se vincula a la cosecha; no se crea una obligación interpersonal, sino un nexo entre una deuda y unos bienes concretos a modo de obligación *propter rem*, pues el bien gravado es el dominio útil. Este esquema es defendido por todas las escuelas salvo la de Abū Ḥanīfa, en la que el *jarāy* es regido por las mismas normas que el diezmo, pues los iraquíes no permiten que nada ni nadie sean gravados a la vez por el *jarāy* y la limosna legal. Comprobamos como la división del dominio posibilita que dos tipos de impuestos convivan, uno sobre el dominio directo y otro sobre el útil.

^b250- قال: في ذمي إستأجر مسلم أرض عشر قال: ولا شيء على المسلم في أرضه، لأن الزرع لغيره ولا شيء على الذمي، ولا عشرة ولا خراج، لأن الأرض ليست له. قال أبو عبيد: وقول مالك، والحسن بن صالح، وشريك في هذا عندي أشبه بالصواب. لأن الخراج يسقط عن الذمي إذا كان يملك رقبة الأرض، وإنما يجب الخراج على من كان في أرض غيره، كما أعلمت أن الخراج بمنزلة الغلة والكراء. وسقط عنه العشر، لأن لا صدقة على الكافر في ماشية، ولا صامت. فكذاك أرضه إنما هو مال من ماله. وهو يروي مفسراً -أو كالمفسر- عن الحسن وإبراهيم³⁰³⁶.

a (Capítulo décimo) Sobre el régimen del bien de *jarāy*, sus gastos, su disposición; en ellos hay que ver diversas cuestiones. La primera es que el *jarāy* tiene el régimen para quien está sometido al mismo de las deudas que son obligaciones en su *ḡimma*, por causa de su tierra, pues grava la *raqaba* de la tierra, al igual que la *ḡizya* grava las *riqāb* de los hijos de Adán. Esto es lo que establece Aḡmad, Ishāq, y se cuenta de 'Umar b. 'Abd-l-'Azīz y es la opinión de Mālik y al-Šāfi'ī y la mayoría de los ulemas que opinan que la obligación del *jarāy* y el diezmo se pueden reunir, porque el *jarāy* es la renta de la tierra que se debe de la *ḡimma* y el diezmo se debe de la cosecha, como si se arrendara una tierra o se comprara mediante un precio que se debe en la *ḡimma* y su cosecha. En esto discrepa Abū Ḥanīfa y parte de los de su escuela y también se cuenta de 'Akrama y otros. Opinan que no puede existir el diezmo junto al *jarāy*; hacen que este esté vinculado a los frutos y a la cosecha...

b 250- Dijo sobre un *ḡimmī* que tomó en arriendo de un musulmán unas tierras de diezmo: no se grava nada al musulmán por su tierra, porque el cultivo es de otro, ni tampoco al *ḡimmī*, ni diezmo ni *jarāy*, pues la tierra no es suya. Abū 'Ubayd ha dicho: la opinión de Mālik, de al-Ḥasan b. Šāliḡ y Šarīk es lo más cercano a lo correcto para mí, ya que el *jarāy* decae del *ḡimmī* si adquiere la propiedad de la *raqaba* de la tierra; únicamente el *jarāy* es obligación de quien está en la tierra de otro, pues, como te enseñé, el *jarāy* está en la misma situación que la cosecha y la renta. Decae de él el diezmo, porque no hay *ṣadaqa* sobre un infiel que grave su ganado, ni oro o plata. Asimismo, la tierra es un bien de su patrimonio; así se narra, como exégeta, del mismo modo, de al-Ḥasan e Ibrāhīm.

Otro ejemplo de cómo esta visión desdoblada de la propiedad influye en los tributos genuinamente islámicos lo encontramos en este párrafo de Abū 'Ubayd al-Qāsim. Así, el dominio útil es el gravado por el diezmo o limosna legal, con lo que, su transmisión por un musulmán a un no musulmán, lo libera del pago; este *ḍimmī*, por su calidad de infiel, tampoco estaría sujeto al mismo. De otro lado, el *jarāy* tiene como sujeto pasivo al no musulmán propietario únicamente del dominio útil; si esta persona adquiriera también el dominio directo, quedaría exento de su pago.

^aبلاد أهل الصلح.

(أخبرنا الربيع) (قال الشافعي) رحمه الله تعالى فإذا غزا الإمام قوماً فلم يظهر عليهم حتى عرضوا عليه الصلح على شيء من أرضهم أو شيء يؤدونه عن أرضهم فيه ما أكثر من الجزية أو مثل الجزية فإن كانوا ممن يؤخذ منهم الجزية وأعطوه ذلك على أن يحري عليهم الحكم فعليه أن يقبله منهم وليس له قبول منهم إلا أن يحري عليهم الحكم وإذا قبله كتب بينه وبينهم كتاباً بالشرط بينهم واضحاً يعمل به من جاء بعده وهذا الأرض مملوكة لأهلها الذين صالحوا عليها على ما صالحوا على أن يؤدون عنها شيئاً فهي مملوكة لهم على ذلك وإن هو صالحوه على المسلمين من رقبة الأرض شيئاً فإن المسلمين شركاؤهم في رقاب أرضهم بما صالحوه عليه وإن صالحوا على أن الأرض لهم وعليهم أن يؤدون كذا من الحنطة أو يؤدون من كل ما يزرعون في الأرض كذا من الحنطة لم يجز حتى يستبين فيه ما وصفت فيمن صالح على صدقة ماله وإذا صالحوه على أن الأرض كلها للمشركين فلا بأس أن يصلحهم على ذلك ويجعلوا عليهم خراجاً معلوماً إما شيء مسمى يضمونه في أموالهم كالجزية وإما شيء مسمى يؤدون عن كل زرع من الأرض كذا من الحنطة أو غيرها...³⁰³⁷

El ulema nacido en Gaza, al-Šāfi'ī, enumera los posibles pactos que se pueden establecer con aquellos pueblos que solicitan un acuerdo antes de que sean atacados por el imán. Entre las cláusulas admisibles se encuentra aquella que estipula que los conquistados entreguen parte del dominio directo de sus tierras *-raqaba-* creándose una comunidad de bienes entre los musulmanes y esa comunidad. Es decir, observamos la división de la propiedad también en las relaciones con las comunidades sometidas. Otro aspecto en el que es necesario que nos detengamos mínimamente lo representa la diferente naturaleza que el jurista otorga al *jarāy* y a la *ḡizya*. Esta última es una deuda de la que responden cada obligado con sus bienes y el primero un tributo sobre una cosecha concreta de la que hay que pagar un porcentaje fijado en el tratado.

^b(قال الشافعي) فلما قال رسول الله، ص: إن مال العبد إذا بيع لسيده دل هذا على أن العبد لا يملك شيئاً، وإن إسم ماله إنما إضافة المال إليه، كما يجوز في كلام العرب أن يقول الرجل الأجير في غنمه وداره وأرضه هذا أرضك وهذا غنمك على الإضافة لا الملك، فإن قال قائل: ما دل على أن هذا معناه وهو يحتمل أن يكون المال ملكاً له؟ قيل له قضاء رسول الله، ص، بأن ماله للبايع دلالة على أن ملك المال لملك الرقبة وأن المملوك لا يملك شيئاً...³⁰³⁸

En el libro dedicado a los herederos, al-Šāfi'ī nos deja esta argumentación de unas pocas líneas que ilumina nuestro estudio en diferentes materias. El alfaquí acude a un dicho del Profeta para establecer que el esclavo no es propietario de ningún bien, sino que el dueño de la *raqaba* del

a (Nos ha informado al-Rabī') que dijo (ha dicho al-Šāfi'ī), Dios el Altísimo tenga misericordia de él. Si el imán ataca una nación y, sin que haya aparecido ante ellos, estos le ofrecen un pacto a cambio de algo de sus tierras o algo que pagar por sus tierras en una cantidad mayor que la *ḡizya* o como esta, si son de los que se toma de ellos la *ḡizya* o lo dan a cambio de que se les aplique ese régimen, debe aceptarlo de ellos. No debe aceptarlo más que a cambio de que se les aplique el régimen. Si lo aceptara, se escribiría un documento entre él y ellos con las condiciones de forma clara para que el que venga después actúe de la misma manera. La tierra sería propiedad de la gente que ha pactado, según lo acordado, a cambio que paguen algo, pues es de su propiedad con esa condición. Si hubiera pactado con ellos que los musulmanes tuvieran la propiedad de parte de la *raqaba* de la tierra, los musulmanes serían sus comuneros sobre la *raqaba* de sus tierras, según lo pactado. Si hubiera estipulado con ellos que tierra fuera de ellos y que, a cambio, deben pagar tanto de cebada o un tanto de todo lo que cultiven, no sería válido hasta que no quedara claro lo que he descrito sobre quien pacta a condición de la *ṣadaqa* de sus bienes. Si hubiera pactado con ellos que todas las tierras fueran de los *mušrikīn*, no habría inconveniente en pactar con ellos eso, imponiéndoles un *jarāy* determinado, bien una cantidad determinada que garanticen con sus bienes como la *ḡizya*, bien una cantidad determinada que paguen de la cebada que cultiven u otros cultivos...

b (Ha dicho al-Šāfi'ī) El Enviado de Dios dijo: los bienes del esclavo, si se vendieran, serían para su señor; esto es una prueba de que el esclavo no es propietario de nada. La expresión "sus bienes" es un sintagma por el que se une el bien a él, como es posible que un hombre diga en la lengua de los árabes a su asalariado para cuidar su ganado, su casa y sus tierras que esta es tu casa y este es tu ganado, sería una cuestión lingüística, no de propiedad. Si alguien dijera: ¿qué prueba tienes que este es su sentido, pudiendo significar que el bien es de su propiedad? Se le contestaría que eso decretó el Enviado de Dios, al decir que el bien es del vendedor, lo que prueba que la propiedad del bien es del propietario de la *raqaba* y que el esclavo no es propietario de nada.

mismo es el titular, es decir, su señor. Este precepto se extrae de la norma impuesta por Muḥammad, en virtud de la cual, los bienes del siervo, cuando su dueño lo vende, pertenecen al vendedor. La expresión *los bienes del siervo* no es más que una cuestión lingüística, no jurídica de asignación de la propiedad. En árabe ese sintagma que traducimos con la preposición de, la cual une a una persona y unos bienes, se denomina *Idāfa*; literalmente, añadir a algo. Esta exégesis del fundador de la ciencia jurídica islámica refuerza nuestras conclusiones cuando al analizar el contrato de sociedad interpretábamos la expresión *capital de la sociedad*, concluyendo que la misma no implicaba la titularidad jurídica de ese patrimonio social. En este momento de nuestra investigación, comprobamos que, en el caso del siervo, su señor, como propietario de su dominio directo, es a su vez titular de lo que aquel consiga. Lo normal es que el propietario del esclavo también posea su dominio útil, pero puede disponer de este conjuntamente con el directo o de forma separada. Asimismo, del fragmento se desprende que un esclavo en derecho islámico no tiene capacidad para ser titular de derechos, al menos en opinión de este jurista.

^aالقاعدة السادسة والثمانون: الملك أربع أنواع: ملك عين ومنفعة، وملك عين بلا منفعة، وملك منفعة بلا عين، وملك

الإنتفاع من غير ملك المنفعة.

[...] النوع الثالث: ملك المنفعة بدون عين وهو ثابت بالإتفاق وهو ضربان: أحدهما: ملك مؤبد ويندرج تحته صور: منها وصية بالمنافع كما سبق ويشمل جميع أنواعها إلا منفعة البضع فإن في دخولها بالوصية وجهين.

ومنها: الوقف فإن منافعه وثمراته مملوكة للموقوف عليه وفي ملكه لرقبته وجهان معروفان لهما قوائد متعددة...³⁰³⁹

Estas líneas, extractadas de un fragmento mayor que nos ilustró la diferencia entre el *waqf* y el *jarāy*, Ibn Raḡab aclara cuál es la naturaleza del derecho de los beneficiarios de un *waqf*: la propiedad sobre la *manfa'a* de un bien o su utilidad, sin incluir la *raqaba* del mismo; es decir, son *propietarios* de un dominio útil.

^bالكتاب الثامن. في الهبات والأحباس وما شاكلها. وفيه خمسة أبواب.

الباب الأول. في الهبة.

[...] الفصل الثاني: في أنواع الهبات، وهي على قسمين: هبة رقبية، وهبة منفعة، فهبة المنفعة كالعارية والعمرى، وهبة الرقبة على ثلاثة أنواع: الأول: لوجه الله تعالى وتسمى صدقة فلا رجوع فيها أصلاً ولا إعتصاراً [...] الثاني: هبة تودد والمحبة فلا رجوع

فيها إلا فيما وهبه الوالد لولده [...] الثالث: هبة الثواب على أن يكافئه الموهوب له وهي جائزة خلافاً للشافعي...³⁰⁴⁰

Ibn al-Ŷawzī, en su estudio sobre el contrato de donación, también clasifica el negocio en función de que lo donado fuera el dominio directo o útil. Igualmente, de forma desinteresada se puede disponer de cada uno de los dos tipos de propiedad.

a La regla ochenta y seis: la propiedad es de cuatro tipos: propiedad del bien y su provecho, propiedad del bien sin su provecho, propiedad del provecho sin el bien, y la propiedad de uso y disfrute sin tener la propiedad del provecho.

[...] El tercer tipo: la propiedad del provecho sin el bien está convencionalmente reconocida, la hay de dos clases: una de ellas es la propiedad perpetua que se clasifica en diversas formas: entre ellas, el legado de la utilidad, como antecede que incluye todas sus clases, excepto la utilidad de las mercancías, pues en su inclusión dentro del legado hay dos corrientes.

Y entre ellas: el *waqf*, donde sus provechos y frutos son titularidad de los beneficiarios y en cuanto a la propiedad del bien en sí, existen dos corrientes famosas que tienen reglas diversas.

b Libro Octavo. Sobre las donaciones, los *aḥbās* y lo que tiene su forma. Consta de cinco capítulos.

Capítulo primero, sobre las donaciones.

[...] Epígrafe segundo, sobre los tipos de donación que se dividen en dos: donación de la *raqaba* y la donación de las utilidades; la donación de la utilidad es el comodato y la *'umrā*; la donación de la *raqaba* es de tres tipos: piadosa en favor de Dios, se denomina limosna, en la que no cabe la revocación ni al principio ni con posterioridad [...] Segundo: la donación por amistad y amor, en la que no hay revocación más que en la del padre al hijo [...] Tercer tipo: la donación remuneratoria, para premiar al donatario, que es válida al contrario de lo que opina al-Šāfi'ī.

المادة (1432) * - (ركن المزارعة الإيجاب والقبول فعليه إذا قال صاحب الأرض للعامل أو المزارع: أعطيتك هذه الأرض مزارعة على أن تأخذ من الحاصلات كذا حصة وقال المزارع: قبلت أو رضيت أو قال قولاً يدل على الرضاء أو قال لصاحب الأرض: أعطيني أرضك على وجه المزارعة لأعمل فيها ورضي الآخر تنقعد المزارعة).
[...] حكم المزارعة، للمزارعة حكمان: الحكم الأول- الحكم حالاً وهو عبارة عن ملك المنفعة أو أن المزارع يملك منفعة الأرض وصاحب الأرض يملك منفعة العامل.

الخلاصة: توجد ثلاث صور في نفقة الزرع:

الصورة الأولى – المنفعة التي تكون قبل الإدراك وفي مدة المزارعة وهذه تجب على العامل. أنظر شرح المادة (1431). الصورة الثانية – المنفعة التي تلزم قبل الإدراك وبعد إنقضاء مدة المزارعة وهذه النفقة تؤدي بنسبة الإشتراك في الحاصلات. أنظر المادة (88). الصورة الثالثة- النفقة بعد الإدراك وهذه النفقة تؤدي من صاحب الأرض والعامل بنسبة حصة كل واحد منهما من الحاصلات كمصرف الحصاد والدراس. أنظر شرح المادة (1431) (رد المحتار)³⁰⁴¹.

Esta división del dominio entre directo y útil posee una capacidad extensiva en el *fiqh*, de ahí que en el comentario sobre la cualidad de la *muzāra'a* como contrato consensual, 'Alī Ḥaydar reduce la naturaleza del mismo a compartir el dominio útil: quien cultiva la tierra es propietario del dominio útil de la tierra y el dueño del terreno lo es de ese dominio sobre el trabajador agrícola. La sociedad no únicamente se asienta sobre la consecución de una comunidad de bienes sobre los beneficios, sino que tiene como pilar la transmisión mutua de los dominios útiles. De esta manera, se confirma la tendencia objetiva, pero además abre una vía que aleja la posibilidad de que nazca un ente autónomo de los socios, sujeto de derechos y obligaciones.

[إذا مرض الخماس أو سافر إلى موضع بعيد أثناء الحرث]^b

a Artículo 1432: el requisito de la *muzāra'a* consiste en la oferta y en la aceptación. De esta manera, si el dueño de la tierra dijera al trabajador, es decir, al cultivador: te he entregado esta tierra como *muzāra'a*, con la condición de que tomes de sus cosechas este porcentaje; este contesta: acepté o di mi conformidad o dijera cualquier expresión que signifique aceptación; o si dijera al dueño de la tierra: dame tu tierra en calidad de *muzāra'a*, para que la trabaje y el otro acepte. En todos esos casos se perfecciona la *muzāra'a*.

[...] El régimen jurídico de la *muzāra'a* se divide en dos.

El primero: de inmediato, es la expresión de la propiedad de la utilidad, es decir, el cultivador adquiere el dominio de la utilidad de la tierra y el dueño de esta la del dominio de la utilidad del trabajador.

[...] En resumen, existen tres clases de gastos de cultivo:

El primero: la utilidad que se produce antes de la germinación y durante el período; corre a cuenta del trabajador; véase el comentario del artículo 1431. La segunda: la utilidad que se debe antes de la germinación y después de vencer el período de la *muzāra'a*; estos gastos se abonan en función del porcentaje de las cosechas. Artículo 88. La tercera: el gasto que se da después de la germinación se abona por parte del dueño de la tierra y el trabajador en función de la cuota de cada uno de ellos sobre las cosechas, como la trilla y los gastos de la recolección. Véase el comentario del artículo 1431 (*Rad al-Muhtār*).

b [Si el *jummās* enfermara o viajara a un lugar lejano durante el arado].

Se le preguntó a Sīdī Mišbāḥ sobre un *jummās* que enfermó o viajó a un lugar lejano, ello durante el arado; el dueño de la yunta tomó otro *jummās* a modo de sociedad, o arrendó sus servicios de su dinero para completar el resto del arado. Su intención era quedarse en exclusiva la siembra sin el ausente o enfermo. Se recuperó el enfermo o se presentó el ausente y demandó su inclusión en el resto del arado y que se le abonara al trabajador el valor de su labor. ¿Tiene preferencia el derecho del primero en virtud de la opinión de que la sociedad es vinculante desde el contrato al igual que el arrendamiento? ¿O es mejor el derecho del segundo, sobre el fundamento de que la sociedad no es vinculante con el contrato, salvo en lo sembrado y no en lo no sembrado?

[...] Contestó: Dios el Altísimo te dignifique. Si el asunto es tal cual lo has mencionado, lo que ha arado el propietario de la yunta durante la enfermedad de su *jummās*, o su ausencia, es para él. También, si hubiera tomado otro que hubiera arado durante la enfermedad del primero o su ausencia, el primero no tendría derecho a nada, siendo el quinto para el segundo, según la opinión de Ibn al-Qāsim según la cual la sociedad no es vinculante con el contrato, pudiendo cada uno de los socios rescindir la sociedad mientras no se hubiera sembrado. Así se cuenta de Ašbag. Ibn Rušd ha dicho: es el sentido de lo que viene en la *Mudawwana*, salvo que el *jummās* que enfermó o se ausentó tuviera parte de la tierra, alguna porción que le perteneciera. Entonces, si fuera válido en el ínterin o a su vuelta y se fallaría junto a su socio por la siembra, según el precepto que rige a quien siembra en tierra ajena, si lo hiciera después, no tendría derecho más que a la renta. De la misma manera se juzga en la opinión de Saḥnūn y quien sigue su corriente de que la sociedad es vinculante con el contrato; estos distinguen entre que siembre durante o después de su vuelta, pues en la sociedad tiene más fuerza el régimen del arrendamiento que incluye. Para él, el *jummās* es propietario del quinto de las utilidades de la tierra, el quinto de las utilidades de los bueyes y el quinto de las utilidades de la siembra, como has indicado; con Dios está el éxito. Así lo ha escrito Mišbāḥ 'Abd Allāh al-Yālšūtī. La paz de Dios, su misericordia y bendiciones sea con vosotros.

وسئل سيدي مصباح عن الخماس يمرض أو يسافر إلى موضع بعيد، وذلك أثناء الحرث فأخذ رب الزوج خماساً آخر على وجه الشركة أو يستأجر من ماله لتمام بقية الحرث ونيتة أن يختص ببقية الحرث دون الغائب والمريض، فيصح المريض أو يقدم الغائب فيطلب الدخول في بقية الحرث ويدفع للعامل قيمة عمله. هل يغلب حق الأول بناء على القول بأن الشركة تلزم بالعقد كالإجارة؟ أو يغلب حق الثاني ويكون الزرع له بناء على القول بأن الشركة لا تلزم بالعقد إلا فيما بذر، ولا تلزم فيما لم يبذر؟

[...] فأجاب: أكرمك الله تعالى. إذا كان الأمر على ما ذكرتموه فما حرث رب الزوج في مرض خماسه أو غيبته لنفسه هو له. وكذلك إن أخذ خماساً آخر فحرث في مرض الأول أو غيبته فلا شيء للأول، وخمسه للثاني على مذهب ابن القاسم أن الشركة لا تلزم بالعقد، وأن لكل واحد من الشريكين أن ينزع عن الشركة ما لم يبذر. كذا روى عنه أصبغ. قال ابن رشد: وهو معنى ما في المدونة إلا أن يكون الخماس الذي مرض أو غاب له جزء في الأرض بأن يكون عليه جزء ملازمه، فهذا هنا إن صح في الإبان أو قدم فيه وتحاكم مع شريكه في الإبان حكم له بالزرع على حكم من عدا على أرض غيره فرزها، فإن قام بعد الإبان فليس له إلا الكراء. كذلك يأتي على مذهب سحنون ومن قال بقوله أن الشركة تلزم بالعقد، يفصل بين أن يكون قيامه في الإبان أو بعده، لأنه غلب على الشركة الحرث ما إشمطت عليه من الإجارة، وكان الخماس عنده ملك خمس منافع الأرض وخمس منافع البقر وخمس منافع الزرع كما أشرت إليه، وبالله التوفيق. وكتب مصباح بن عبد الله البياصوتي. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته³⁰⁴².

En la compilación de al-Wanšarīsī, encontramos esta fetua de Miṣbāḥ ‘Abd Allāh al-Yālšūtī sobre la sociedad de *al-jummās*, a la que nos hemos referido en varias ocasiones. Los temas principales que aborda el muftí van referidos al carácter vinculante del contrato de sociedad y la prevalencia del arrendamiento o la sociedad-comunidad de bienes en su régimen jurídico. Entre los seguidores de Mālik b. Anas son mayoría quienes permiten a cada socio disolver la sociedad libremente hasta el momento de empezar a ejecutarse la actividad. En epígrafes anteriores analizamos las implicaciones de esa solución para nuestro estudio. En este momento, nos interesa destacar la opinión de Saḥnūn: *Para él, el jummās es propietario del quinto de las utilidades de la tierra, el quinto de las utilidades de los bueyes y el quinto de las utilidades de la siembra*. Comprobamos que en la sociedad islámica el rasgo distintivo es la creación de una comunidad de bienes, en este caso, la adquisición de un quinto del dominio útil de los elementos materiales intervinientes en esta sociedad agrícola.

^a[الخماس بجزء مسمى مما يخرج من الزرع]

وسئل الفقيه القاضي أبو عبد الله ابن شعيب بن عمر الهنتاتي الهسكوري -رحمه الله- عن مسألة الخماس بجزء مسمى مما يخرج من الزرع هل يجوز أم لا؟ وهل ينتهض عنراً في إباحة هذه الرخص تعذر من يدخل على هذه الأجرة أم لا؟

فأجاب: الإجارة بيع من البيوع يحلها ما يحل البيع ويحرمها ما يحرم البيع، وحقيقتها ترجع إلى بيع منافع إلى مدة، والبيع رجوع إلى بيع منافع على جهة التأييد، والمبيع في الصورتين المنافع، والمنافع هي محله لا تختلف في شيء من ذلك، فكما لا يجوز بيع الزرع قبل أن يخلق فكذلك لا تجوز الإجارة به، ولا فرق إلا وقوع أحدهما ثمناً والأخر مثمون () والفوائد ما ذكرتموه من عدم المساعد على ما يجوز على فسادهم، فإن حاجة الضعيف للقوي أشد، وإهمال الشريعة لا تنتهض عنراً في إباحة المحرم، وإرتكاب الكبيرة لا يناسب التخفيف، فرفع عن التكليف. قال الله العظيم: فلنسالن الذين أرسل إليهم ولنسالن المرسلين فلنقصن عليهم بعلم وما كنا غائبين، والوزن يومئذ الحق. والله ولي الهداية والتوفيق.³⁰⁴³

En esta nueva fetua de la colección, atribuida al alfaquí Abū ‘Abd Allāh Ibn Šu‘ayb b. ‘Umar al-Ḥiṭāṭī, encontramos argumentos para nuestro estudio sobre los sujetos peculiares titulares del derecho de propiedad en el capítulo y fue uno de los primeros anuncios en nuestra tesis sobre la cuestión de la dualidad del dominio en el *fiqh*. Como el texto anterior, el protagonista de la respuesta jurisprudencial es el *jummās*; esta institución, a fin de sortear la prohibición del

a [El *jummās* a cambio de una parte de lo que el cultivo produzca].

Se le preguntó al alfaquí Abū ‘Abd Allāh Ibn Šu‘ayb bin ‘Umar al-Ḥiṭāṭī al-Haskūrī -Dios tenga misericordia de él- sobre la cuestión del *jummās* a cambio de una parte de lo que el cultivo produzca. ¿Es válido o no? ¿Se puede levantar un eximente para permitir esta autorización que excuse su inclusión en este tipo de renta o no?

Contestó: el arrendamiento es una venta entre las ventas, le es lícito lo que es lícito vender y está prohibido lo que está prohibido vender. Su esencia radica en ser una venta de utilidad por tiempo determinado, mientras que en la compraventa esa venta es por la eternidad. El objeto en ambos casos es la utilidad y en las utilidades no se diferencian su objeto de eso. Así, como no es lícita la venta de una cosecha hasta que exista, no se puede arrendar. Y no hay más diferencia que en una es el precio y en el otro, su contraprestación (). En cuanto a los beneficios de lo que ha mencionado de que no existe colaboración sobre lo que es válido en favor de su nulidad, la necesidad es débil para algo más fuerte. La negligencia con la *Šarī‘a* no cabe que levante un eximente para permitir lo prohibido; cometer lo mayor no supone una atenuación que levante una prohibición. Dios Todopoderoso ha dicho: “pediremos cuentas a los que os hemos enviado a vosotros y a los enviados para juzgarlos con la ciencia y no estaremos ausentes; la medida será el derecho”. Dios es el dueño de los regalos y el éxito.

arrendamiento a cambio de una renta consistente en un porcentaje de la producción, se reconduce a través de un tipo de sociedad agrícola, aunque parte de su régimen jurídico se tome del arrendamiento; en opinión del jurista, la necesidad de las personas no sería una excusa suficiente para levantar este precepto. Nos interesa el argumento empleado con el fin de justificar la proscripción. El arrendamiento es una venta de utilidad por tiempo determinado, mientras que la compraventa esa transmisión del dominio útil se produce, junto a la bien en sí, de forma eterna. Es decir, el dominio útil se transmite de la misma manera que la plena propiedad o el dominio directo, por lo que rigen los mismos requisitos del contrato de compraventa, entre ellos que el objeto sea existente y determinado.

^a(ولنا) أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقية لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف كملك الأجنبي وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الأجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الأجنبي لذلك جاز الشراء بينهما...³⁰⁴⁴

Estas líneas de al-Kāshānī, que ya utilizamos para fundamentar el carácter individualista del derecho de sociedades islámico, nos muestra la forma que la partición del dominio es evidente en la sociedad de comandita; el socio capitalista, al entregar los bienes que conforman el capital social, pierde el dominio útil de los mismos en favor del socio trabajador.

^bإختلف الفقهاء حول إنتهاء عقد الإجارة للوقف حالة الوفاة: هل ينتهي العقد بموت المؤجر أو موت المستأجر أو بموتهما؟ رأي الحنفية: قالوا: إن عقد الإجارة للوقف لا ينتهي ولا يفسخ بموت المؤجر (الناظر أو القاضي) كما هو الحال في عقد الإجارة للملك، فإذا توفي المؤجر للوقف تبقى الإجارة قائمة حتي تنتهي المدة المضروبة. أما إذا توفي المستأجر فإن عقد الإجارة ينتهي.

والسبب في ذلك: أن العقد لا ينتهي بموت المؤجر لأن المؤجر في عقد إجارة الوقف ليس مالكا للعين كما ليس مالكا لمنفعته لذا فإن موته لا يغير الحكم فتبقى الإجارة مستمرة، وكذا لا يبطل عقد الإجارة بموت الوكيل في الإجارة.

أما المستأجر فالعقد وقع له وأجر ملزم من ماله، فلو إقترضنا أن العقد بقي مستمرا بعد موته لإستحققت الأجر من مال غيره – وهم الورثة – وهذا مخالف لطبيعة عقد الإجارة.

رأي المالكية والشافعية: إن عقد الإجارة في ملك لا يفسخ بموت أحد العاقدين أو كليهما بل تبقى الإجارة سارية المفعول إلى أن تنتهي المدة المضروبة لأن عقد الإجارة هو عقد لازم لا يفسخ بالموت، وأن ورثة المؤجر يستوفون الأجرة بعد وفاة المؤجر، كما أن ورثة المستأجر يخلفون المستأجر في إستيفاء المنفعة بعد وفاته، ومثل ذلك عقد إجارة الوقف، إلا أن المالكية والشافعية قد إستنتوا حالة واحدة وهي إذا كان الناظر من ضمن المستحقين في الوقف فإن عقد الإجارة يفسخ بوفاته، لأن المنفعة بعد الموت هي حق لغيره لا ينفذ عقده عليها من غير إذن ولا ولاية³⁰⁴⁵.

a (Para nosotros) el socio capitalista, sobre el capital social, es un propietario de su *raqaba*, no propietario de su disposición, y su dominio sobre ese capital en cuanto a su disposición es como la de un tercero. El socio trabajador posee la propiedad de disposición, no sobre la *raqaba*, así que en cuanto al derecho de propiedad sobre la *raqaba* sería como un tercero, pues el socio capitalista no podría impedirle disponer; siendo el capital de la *muḍāraba* en el derecho de cada uno como el bien de un tercero, sería válida la compra entre ellos...

b Los jurisconsultos están divididos sobre el contrato de arrendamiento de un *waqf* en caso de fallecimiento. ¿Se extingue el contrato con la muerte del arrendador o la muerte del arrendatario o de los dos?

Los *hanafīes* opinan: el contrato de arrendamiento de un *waqf* no se extingue y no se rescinde por la muerte del arrendador (administrador o juez) como sería el caso de un arrendamiento concluido por el propietario. Si el arrendatario del *waqf* falleciera, el contrato se mantendría vigente hasta que venciera el plazo fijado. Pero si muriera el arrendatario, el contrato de arrendamiento se extinguiría.

La causa de ello: el contrato no se extinguiría con la muerte del arrendador, porque en el contrato de arrendamiento del *waqf* el arrendador no es propietario del bien, como tampoco es propietario de su utilidad, por ello, su muerte no cambia el régimen y el contrato continúa; tampoco se anula el contrato de arrendamiento con la muerte del representante en el contrato de arrendamiento.

En cuanto al arrendatario, el contrato se efectuó para él y la renta se exige de sus bienes, si conjeturáramos con la posibilidad de mantener el contrato tras su muerte, se exigiría la renta de un dinero que no es suyo – los herederos – lo que iría contra la naturaleza del contrato de arrendamiento.

Los *mālikīes* y los *šāfi‘īes* opinan: el contrato de arrendamiento sobre la propiedad no se rescinde por la muerte de cualquiera de los contratantes o ambos, sino que permanece vigente hasta el vencimiento del plazo estipulado, porque el contrato de arrendamiento es un contrato obligatorio que no se extingue con la muerte. Los herederos del arrendador cobrarían la renta después de su muerte, como los herederos del arrendatario lo sucederían en el disfrute de la utilidad mediante el pago tras el fallecimiento; así ocurriría en el arrendamiento del *waqf*. Los *mālikīes* y los *šāfi‘īes* exceptúan un supuesto: si el administrador estuviera incluido entre los beneficiarios del *waqf*, el contrato se extinguiría con su muerte, porque las utilidades tras su muerte pertenecerían a otro, y el contrato no se le aplicaría sin autorización o tutela.

Retomamos este fragmento de la monografía sobre el *waqf* del profesor jordano 'Ikrama Sa'īd Ṣabrī. En el capítulo tercero, nos ilustra sobre el carácter del cargo de administrador de los bienes habices; en este momento nos muestra que, al menos para las escuelas *mālikī* y *šāfi'ī*, el contrato de arrendamiento no se extingue con la muerte de ninguno de los contratantes. Su carácter real, frente a todos, consistente en la partición de una propiedad plena en un dominio directo del arrendador y útil para el arrendatario, hace posible que ambas propiedades se transmitan por sucesión. En este caso, la continuidad de una situación jurídica más allá de la muerte de los titulares se realiza a través del objeto del contrato, que es la transmisión de la propiedad sobre el dominio útil.

^aالمبحث الثاني. دور التعاقد في تقييد حق الملكية (قيود حق الملكية قيود الإرادة العقدية)

[...] المطلب الأول. تقييد الملكية عندما يكون موضوع للتعاقد.

529- يكون تقييد الملكية موضوعاً للتعاقد في جملة من الحالات منها: 1- حالة بيع منفعة العيد المملوكة لفترة معين، فيتقيد ملك المالك لهذه العين في تلك الفترة بما يقتضي كون منفعة العين في خلالها مملوكة لغيره، كما في الإجارة. [...] 3- ويكون تقييد الملكية موضوعاً للإتفاق في حالة إنشاء حقوق إرتفاق جديدة على الأملاك.

[...] كما أن هذه الحقوق منافع، والمنافع عندهم ليست بمال، فلا يجوز إفرادها بالعقد؛ ذلك أن المنافع لا يجوز إفرادها بالعقد إلا في الحالات التي جاء بها النص، كما في الإجارة.

ب- وذهب المالكية والشافعية إلى أن هذه الحقوق يمكن أن تنشأ بعقود المعاوضات إستقلالاً، وأن هذه الحقوق ليست محصورة في عدد معين لا يجوز إستحداث غيره.

فهؤلاء الفقهاء يعتبرون المنافع أموالاً، وهو الراجح كما سبق بياناً، لذلك جاز إفرادها بالعقد وجاز الإتفاق عل باثبات حقوق جديدة³⁰⁴⁶.

'Abd-l-Salām Dawūd al-'Abbādī, en su tesis sobre el derecho de propiedad en la *Šarī'a* islámica, trata el tema de los límites contractuales (por voluntad de las partes) al derecho de propiedad. Destaca una polémica entre las escuelas. Todas están de acuerdo en que los derechos reales de servidumbre tienen la calificación de utilidades, que venimos traduciendo por dominio útil. Sin embargo, por lo que aquí nos interesa, los *ḥanafīes* no permiten que ninguna utilidad sea objeto independiente de contrato salvo cuando el propio negocio jurídico así lo admite, como ocurre en el arrendamiento, ya que no le otorgan la naturaleza de bien patrimonial, es decir, apto para entrar en el tráfico jurídico. En el polo opuesto, *mālikīes* y *šāfi'īes* califican al dominio útil (usufructo y servidumbres) de bien susceptible de ser objeto de contratación por sí mismo. Esta tesis mayoritaria prueba que la propiedad islámica se divide entre un dominio directo y otro útil, independientes en la vida económica jurídica de las personas, quienes pueden incluirlos en sus transacciones de forma autónoma, lo que facilita la explotación y, además, acentúa el carácter objetivo del *fiqh*.

Comprobemos la manera en la que esta concepción propia del derecho islámico se ha visto reflejada en este proyecto de codificación de derecho patrimonial en el mundo árabe.

a Sección segunda. El papel de la contratación en la limitación del derecho de propiedad (límites a la voluntad contractual).

[...] Epígrafe segundo. La limitación del derecho de propiedad cuando es objeto de la contratación.

529- La limitación del derecho de propiedad se produce cuando es objeto de contrato en la totalidad de los casos, entre ellos: 1- El caso de la venta de utilidad del bien del que se es propietario por un período determinado, durante el cual el derecho de propiedad del propietario queda limitado por la exigencia de que la utilidad sea propiedad de otro, así sucede en el arrendamiento. [...] 3- La limitación de la propiedad es objeto del acuerdo de contratación en caso de que cree derechos de servidumbres nuevos sobre las propiedades.

[...] Como esos derechos son utilidades, y las utilidades para ellos (seguidores de Abū Ḥanīfa) no son bienes patrimoniales, no es válido individualizarlos mediante contrato; eso es así, porque las utilidades no pueden individualizarse por contrato más que cuando lo disponga una norma, como ocurre en el arrendamiento.

B- Los seguidores de Mālik b. Anas y los de al-Šāfi'ī opinan que estos derechos se pueden crear mediante contratos sinalagmáticos de forma independiente, y no están constreñidos por un número determinado ni está prohibido crear nuevos.

Estos *fuqahā'* consideran que las utilidades son bienes patrimoniales, lo que es preferible según lo que ha precedido, por lo que es válido individualizarlas en un contrato y es válido el pacto para establecer nuevos derechos.

^aالكتاب الأول- في الأموال. الباب الأول- في أنواع الأموال.

(مادة 1). المال ما يمكن إخراجه لوقت الحاجة وهو نوعان عقار ومنقول. [...] (مادة 4). الحقوق التي بها يكون التصرف والإنتفاع بالأعيان على ثلاثة أنواع. الأول- حق ملك رقبية العين ومنفعتها. الثاني حق ملك الإنتفاع بالعين دون الرقبة. الثالث- حق الشرب والمسيل والمرور والعلي ونحو ذلك من الحقوق. (مادة 5). الأعيان المملوكة الرقبة والمنفعة هو ما كان ملاكها حق التصرف فيها عيناً ومنفعة ومنها الأراضي العشرية فتباع وتؤخر وتعار وتوهب وتوقف وترهن وتورث.

(مادة 6). أراضي خراجية مملوكة في الأصل لأربابها وما آل منها إلى بيت المال بسبب موت ملاكه مثلاً بلا وارث فرقبته مملوكة لبيت المال وللإمام أن يجعل منفعته إلى المزارعين في نظير إعطاء الخراج. [...] (مادة 8) العقارات الموقوفة سواء كان وفقاً أهلياً ابتداءً أو على جهة بر لا تنقطع لا تملك رقبته ولا تملك فلا تباع ولا توهب ولا ترهن ولا تورث تصرف منفعتها وغلتها إلى الجهات الموقوفة عليها مع مراعاة شروط الواقفين³⁰⁴⁷.

El proyecto codificador decimonónico, *Muršid-l-ḥīrān i'lā ma'arifa aḥwal al-insān -Guía del perplejo hacia el conocimiento de los estados del ser humano-* inicia el articulado con la definición de bien, desde el punto de vista del *fiqh*. De una forma quizás demasiado escueta, cualquier cosa, para ser considerada como bien jurídicamente hablando, ha de ser algo que se pueda guardar para el tiempo de necesidad. Más que comentar esta consideración, preferimos detenernos en los derechos que tienen a esos bienes como objeto. El artículo 4 los divide en tres tipos: derecho de propiedad sobre la *raqaba* y la utilidad, derecho de propiedad sobre la utilidad sin la *raqaba* y las servidumbres. Con una regulación muy similar a la que observamos en la Ley Otomana de Tierras, este código establece que las tierras de diezmo son aquellas en las que los dos dominios corresponden a su titular quien estaría facultado para donar, vender, alquilar prestar, hipotecar, constituir en *waqf* y transmitir por herencia. Las tierras públicas serían aquellas en las que la *raqaba* corresponde a la *bayt al-māl*, pudiendo el estado conceder su utilidad a quien la explote, a cambio del *jarāy*. Por otro lado, en los inmuebles calificados como *waqf*, su *raqaba* no se tiene en propiedad, ni dispone de ella por ningún medio, mientras que sí cabe cualquier negocio jurídico con la utilidad, siempre que se respete las estipulaciones de los fundadores.

De esta regulación debemos destacar que la división dual de la propiedad entre dominio directo y útil impregna la doctrina jurídica islámica hasta nuestros días. Asimismo, en lo que a los bienes habices se refiere, nos refuerza en nuestra convicción de que los pocos ejemplos de persona jurídica en el *fiqh* están mucho más relacionados con los bienes que con los sujetos. La esencia del bien habiz, al que hemos calificado como sujeto de derecho, radica en la división de la propiedad de los bienes entre un dominio directo (*raqaba*) y útil (utilidad); de un modo muy parecido se resuelve la explotación de las tierras públicas. La tendencia objetiva y esta cualidad del dominio en el *fiqh* tienen un papel decisivo en nuestra investigación.

^bالباب الثالث- في ملك المنفعة وحق الإنتفاع.

(مادة 13) الإنتفاع الجائز هو حق المنتفع في إستعمال العين وإستغلالها ما دامت قائمة حالها وإن لم تكن رقبته مملوكة.

a Primer libro. Sobre los bienes. Primer capítulo. Sobre los tipos de bienes.

Artículo 1: El bien es lo que puede almacenarse para un tiempo de necesidad; es de dos tipos: inmueble y mueble.

[...] Artículo 4: Los derechos que se tienen sobre ellos son la disposición y el uso de los bienes; de tres tipos: Primero- Derecho de propiedad sobre la *raqaba* de los bienes y su utilidad. Segundo- Derecho de uso del bien sin la *raqaba*. Tercero; el derecho de abrevar, de desagüe, paso, construir en la parte superior y otros derechos.

Artículo 5: Los bienes con propiedad de la *raqaba* y la utilidad dan derecho a sus propietarios a disponer de ellos, sobre el bien en sí y sobre su utilidad; entre los mismos se encuentran las tierras de diezmo, que se venden, arriendan, dan en préstamo de uso, se donan, se constituyen en *waqf*, se hipotecan y se transmiten por sucesión.

Artículo 6: Las tierras de Egipto de *jarāy* son propiedad, en origen, de sus dueños y se han transmitido a la *bayt al-māl*, por causa de la muerte de sus propietarios sin herederos; su *raqaba* es propiedad de la *bayt al-māl*, y el imán puede transmitir su utilidad a los cultivadores a cambio del pago del *jarāy*.

[...] Artículo 8: La propiedad de la *raqaba* de los inmuebles constituidos en *waqf*, tanto si fueran familiares en origen, o en favor de un bien piadoso que no se extingue, no pertenece a nadie ni se puede disponer de ella; no se vende, ni se dona, ni se hipoteca, ni se transmite por sucesión. Por el contrario, su utilidad y frutos son para la finalidad en favor de la cual se han constituido, respetando las estipulaciones de los fundadores.

b Capítulo tercero. Sobre la propiedad de la utilidad y el derecho de uso.

Artículo 13: El uso válido es el derecho del usuario para utilizar el bien y explotarlo mientras que este permanezca en su estado, aunque no se sea propietario de la *raqaba*.

(مادة 14) يصح أن تملك منافع الأعيان دون رقيبتها سواء كانت عقاراً أو منقولاً.

(مادة 15) قد تملك المنفعة بعوض وبغير عوض.

(مادة 16) يصح أن يكون تملك المنفعة قاصراً على الإستغلال أو على السكنى أو شاملاً لهما معاً³⁰⁴⁸.

El código confirma lo que apunta al inicio, con la regulación particular de la utilidad, cuya adquisición y explotación económica resulta totalmente independiente de la *raqaba*. Es una de las razones de más peso por la que optamos por traducir como dominio útil frente a usufructo, más común en nuestra cultura jurídica pero menos preciso y equivalente.

^aكتاب الإجار. الباب الأول. (في عقد الإجارة). الفصل الأول. (في عقد الأجارة وشرائط صحتها وبيان مدتها)

(مادة 577) عقد الإجارة هو تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظر عقلاء بعوض يصلح أجرة.

[...] كتاب العارية.

(مادة 773) الإعارة هي تملك المستعير منفعة العين المستعارة بلا عوض³⁰⁴⁹.

Finalmente, esta norma de *lege ferenda* define dos tipos de contrato, el arrendamiento y el comodato, como transmisión de la propiedad del dominio útil: el primero mediante contraprestación y el segundo de forma gratuita. Se trata de una naturaleza casi en las antípodas de la concepción latina tradicional en nuestro derecho, en el que ambos contratos crean vínculos obligacionales entre las partes, no un nexo entre una y un objeto, en este caso, el dominio útil.

Los *fuqahā'* nos muestran que el concepto abstracto de propiedad incluye un dominio pleno, sobre el bien en sí y su utilidad de forma simultánea, pero también otros sobre ambos elementos por separado o, incluso, sobre el simple uso del bien. No es superfluo que recordemos que esta tesis no versa sobre la propiedad islámica, más allá de lo que condicione la personalidad jurídica en el *fiqh*. Simplificando hasta el máximo sin caer en la caricatura, nos es posible afirmar que, en la tradición latina, de la que somos tributarios en España, existe un único derecho de propiedad, pues en los demás casos existiría titularidad sobre derechos reales bien de goce, bien de garantía o servidumbres. No obstante, desde un punto de vista teológico, los ulemas sí mantienen una postura más cercana a la nuestra; Dios es el único propietario de toda la Creación, como corresponde al Creador, y permite al ser humano un derecho más limitado de uso y disfrute de la misma ajustándose a las normas que Él ha dictado.

Podríamos plantearnos adaptar, en la traducción, las tesis islámicas y trasladar al español *raqaba* como *nuda* propiedad y *manfa'a* como usufructo; es la solución más común entre los arabistas. En muchos supuestos respetaría el sentido original con total fidelidad jurídica. Sin embargo, en muchos otros esto no tendría el mismo resultado. En la *Šarī'a*, la utilidad o *manfa'a* implica una posición en derecho mucho más sólida y apta para su explotación económica. Su titular puede disponer de ella de manera independiente, en muchas ocasiones se transmite *mortis causa*; en el usufructo romano y su derivado nacional está más limitada su disposición y suele tener carácter vitalicio, extinguiéndose con la muerte de su titular. Esta es la causa que nos lleva a utilizar expresiones más propias de los censos enfitéuticos como son el dominio directo y el dominio útil.

Artículo 14: Es válido que se adquiera la propiedad de las utilidades de los bienes sin su *raqaba*, tanto si son inmuebles como muebles.

Artículo 15: Se puede adquirir la utilidad mediante contraprestación o sin ella.

Artículo 16: Es válido que la adquisición de la propiedad de la utilidad limitada a su explotación o la habitación o contenga ambas conjuntamente.

a Libro del arrendamiento. Sobre el contrato de arrendamiento. Capítulo primero: sobre el contrato de arrendamiento y sus requisitos de validez y donde se muestra su plazo.

Artículo 577: El contrato de arrendamiento es aquel mediante el cual el arrendador transmite al arrendatario la propiedad de la utilidad del bien arrendado buscada por la ley y las personas capaces, mediante contraprestación que sea válida para ser renta.

[...] Libro sobre el comodato.

Artículo 773: el comodato es la transmisión por el comodante de la utilidad del bien al comodatario sin contraprestación.

Esta disquisición no resulta baladí ni puede calificarse de discusión bizantina, incluso si pretendiéramos clarificar la sutil distinción del dominio útil del mero uso, tal y como lo plantean los alfaquíes. El concepto específico que el *fiqh* posee de la propiedad se ve reflejado en numerosas materias jurídicas:

- Distingue los tipos de contratos. Si el derecho de obligaciones islámico se construye sobre el pilar de la compraventa, el arrendamiento se diferencia de aquel por consistir en la transmisión del dominio útil de la cosa, sin disponer de la propiedad de ese bien en sí, mediante una contraprestación (la renta), pero sería igualmente una venta. El comodato únicamente añade al alquiler su carácter gratuito. Asimismo, en las sociedades, los socios adquieren ese dominio útil de su compañero.
- En caso de quiebra y muerte afecta a la prelación de créditos.
- Los regímenes de la *zakāt* y el *jarāy* se construyen teniendo en cuenta quiénes son los titulares del dominio directo y quiénes los del dominio útil.
- En los pactos con las poblaciones conquistadas, el imán puede dejar a estas bien la propiedad plena, bien únicamente el dominio útil de sus tierras.
- En algunos casos, la posición tan estable del propietario del dominio útil, además de otorgar un carácter real *erga omnes* al arrendatario, facilita la continuidad en el tiempo de la relación jurídica más allá de la muerte de los contratantes. Este efecto se consigue en nuestra cultura jurídica con la institución de la personalidad jurídica.
- La concesión de tierras públicas se ve favorecida, pues, el tesoro público cede el dominio útil, manteniendo la propiedad del dominio directo; en la otra parte de la relación, el concesionario, además de explotar los terrenos, puede negociar y disponer de su propiedad. También, en el caso de expropiación, se puede limitar esta al dominio útil, respetando el dominio directo del expropiado.

Obviamente, esta lista abierta muestra la importancia de esta materia. Hemos comprobado que la *Šarī'a* únicamente regula dos figuras que se ajusten a nuestra definición de persona jurídica: *Despojada de complicaciones teóricas, se emplea usualmente para designar y justificar, al lado del hombre, unos entes con capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección jurídica igual (salvo alguna especial excepción) a la atribuida a la persona natural. Se acepta como algo evidente, como un hecho, respecto al que como tal no importa que se discuta su naturaleza que ésta quede inexplicada o se considere inexplicable*³⁰⁵⁰. Estas dos instituciones son el *waqf* y la *bayt al-māl*. En el primero los ulemas explicitan que se produce una partición del dominio: el directo permanece en el fundador, se queda sin titular, se transmite a Dios o incluso a los beneficiarios; el útil es propiedad de los beneficiarios y de forma diferenciada al directo para los juristas que también consideran que son titulares de este. En el tesoro público, la propiedad final sobre su patrimonio pertenece a todos los musulmanes en comunidad de bienes y se dispone y se puede transmitir el dominio útil. En definitiva, es necesario poner en relación la cuestión del dominio dividido con la tendencia objetiva del *fiqh*. Las personas jurídicas admitidas por el derecho islámico tienen en común que se sustentan sobre un conjunto de bienes (*universitas bonorum*) y en ellas se aprecia nítidamente una distinción entre propiedad del bien en sí mismo considerado y su aprovechamiento. En definitiva, cualquier estudio sobre la materia ha de tener en cuenta estos dos factores.

9 CONCLUSIONES

En un primer momento, hemos tratado de confrontar el itinerario histórico que esta figura ha recorrido desde Roma (con algunos precedentes anteriores) hasta nuestros días -obviamente, de una manera muy esquemática- con los distintos negocios jurídicos regulados por la ley islámica en los que se observa cierta similitud, en su regulación o en la finalidad social pretendida con los mismos. En este camino, hemos analizado diversas instituciones jurídicas. Al objeto de facilitar su estudio de una forma sistemática, las clasificamos en dos grandes bloques: aquellas cuyo fundamento radica en la unión de personas físicas y las que poseen una base patrimonial; en cada uno de estos dos grupos, se han catalogado en función de su carácter público, ligado al poder político, o privado, nacidas de la libertad contractual de los individuos.

Hemos constatado, dentro de los límites en los que se ha movido nuestra investigación, que los ulemas clásicos e, incluso, juristas musulmanes modernos y contemporáneos, no han elaborado sus propios estudios sobre lo que en nuestro derecho se entiende por persona jurídica; es más, no le prestan mayor atención. Por otro lado, también ha quedado patente que el *fiqh* regula algunas instituciones de forma casi idéntica a esta categoría de sujeto del derecho.

Cuando decidimos añadir a nuestra tesis el subtítulo *una resolución inconclusa*, nos referíamos a este fenómeno consistente en la regulación de entidades con características propias de la personalidad jurídica sin el desarrollo en paralelo de un modelo o arquetipo propio de la misma por parte de la *Šarī'a*.

En el campo del derecho comparado, la contraposición de dos ordenamientos jurídicos se suele enfocar desde el punto de vista de la influencia de uno de los elementos de la comparación sobre otro. En muchas ocasiones esta perspectiva ha desembocado en un mayor grado de polémica. En alguna ocasión, hemos opinado que lo jurídico está íntimamente ligado a la soberanía política de una sociedad determinada; la afirmación acerca del posible ascendiente de una legislación sobre otra lleva implícita cierta minusvaloración de esta. Históricamente, como un tema recurrente y un tópico, se ha desollado el lugar común de la posible influencia del derecho romano sobre el *fiqh*. Normalmente, este ha provocado una encendida polémica. Asimismo, esta materia se ha constituido en una línea de investigación independiente, desde al menos principios del siglo XX (entre los arabistas que han abordado el tema señalemos a Carlo Alfonso Nalino o Fitzgerald³⁰⁵¹) hasta nuestros días³⁰⁵². En el objeto de nuestra tesis, cierta similitud se produce entre una de las instituciones que responde a las cualidades que se predicán de la persona jurídica, los habices, y las fundaciones benéficas romano-bizantinas. El tangerino Ibn Baṭṭūṭa sin vacilar aplica el término árabe a los entes que se constituyen en beneficio de monasterios³⁰⁵³; posteriormente, Šams-l-Dīn Muḥammad b. Abū 'Abbās Aḥmad b. Ḥamza, siglo XVI, reconoce que los *aḥbās* son anteriores al Profeta³⁰⁵⁴. No obstante, el alcance de la influencia latina en el *waqf* no está totalmente fijado; esta cuestión se escapa al objeto de esta investigación.

En este marco, desde la introducción a nuestra investigación, llamamos la atención hacia el fenómeno de un estudio comparativo desde un punto de vista global, entre la ley islámica y el derecho occidental, en general, y el romano en particular. Nos sirve como modelo un artículo reciente en el que el autor se cuestiona las razones que han llevado a las instituciones islámicas medievales a ser tan diferentes de las occidentales³⁰⁵⁵. El enfoque es similar al que hemos utilizado a lo largo de esta investigación, si bien no aborda la cuestión de la personalidad jurídica, ni la menciona. Sin embargo, parte de un planteamiento de conjunto, con la intención de aportar causas que expliquen las diferencias entre los ordenamientos. Nuestro camino sigue una dirección opuesta: el punto de partida se sitúa en una institución concreta, la personalidad jurídica. Una vez completado el análisis en profundidad de la contraposición entre el concepto occidental de esta y las

instituciones musulmanas que responden al mismo concepto, nos hemos dispuesto deducir los principios teológicos, jurídicos, sociales o de cualquier otra índole que justifican las divergencias.

Nuestro trabajo investigador, por razones metodológicas ante la ausencia de fuentes islámicas concretas y expresas sobre la materia, realiza un paralelismo entre las instituciones romanas a partir de las cuales surgió el debate teórico sobre la institución y estas mismas según su regulación por la *Šarī'a*. Hemos huido de valoraciones y clasificaciones. No pretendemos concluir sobre qué tradición jurídica es más acertada en este caso. La personalidad jurídica soluciona problemas a veces y crea otros, ha sido alabada y reprobada por la doctrina occidental. Asimismo, no es la única vía jurídica para dar respuesta a los desafíos que la realidad plantea. Como anécdota, refiramos algunos pros y contras de la misma respecto a las sociedades en el comercio. Por un lado, un artesano que se escude bajo el amparo de una sociedad limitada verá disminuido el riesgo que los posibles contratiempos del negocio tengan sobre su patrimonio personal ante una quiebra, que afectará a la persona jurídica societaria. Sin embargo, los potenciales acreedores, ante ello, reclamarán más garantías de pago. Este pequeño empresario verá complicada desde un punto jurídico su labor, teniendo que contratar profesionales que le gestionen la sociedad, por no hablar del reproche moral que desde algunos ámbitos se realiza por utilizar una figura jurídica como velo que oculte su propia persona. Otros efectos están íntimamente relacionados con la perdurabilidad de la institución: la falta de reconocimiento jurídico provoca la disolución de la sociedad si uno de los socios sufriera locura o muriera³⁰⁵⁶.

En definitiva, como casi todo en derecho, las interpretaciones son incontables; cualquier juicio, sea penal o civil, nos pone ante los ojos las diferentes conclusiones que las partes en litigio extraen de las mismas normas; casi siempre serán contrarias. En derecho, en la mayoría de las ocasiones, se encuentran argumentos en beneficio de las personas que acuden a él, más o menos fundamentados, pero siempre en defensa de sus intereses.

Algunas ausencias entre los entes que han alcanzado la categoría de sujetos de derecho en un plano casi de igualdad con el ser humano no dejan de llamar nuestra atención. Entre ellas, aparece con especial extrañeza la falta de reconocimiento legal de la tribu como centro de imputación de derechos y obligaciones en la ley islámica, teniendo en cuenta el contexto en que surgió. Hemos tratado de argumentar las causas de por qué se relega de esa categoría a la unión de personas físicas, contractuales, como la sociedad, o sociológicas, como los clanes. Esta solución produce consecuencias que, en función del momento o las circunstancias, pueden ser positivas o negativas para los actores afectados. Si ilustramos esta reflexión con un ejemplo histórico, quizás sea más comprensible. En el siglo XIX el gobernante egipcio Muḥammad 'Alī conquistó Siria. Una de las medidas políticas, económicas y jurídicas que implementó fue la de inscribir tierras tribales en favor de los jefes de las mismas³⁰⁵⁷; con lo que además de conseguir su adhesión, impulsaba la sedentarización de estos grupos³⁰⁵⁸. Resulta evidente que un reconocimiento legal por el *fiqh*, firme, claro y con tradición secular de la personalidad independiente de la tribu hubiera dificultado enormemente este tipo de maniobras políticas.

En esta dirección, también extraña la ausencia de asambleas al modo de las medievales en Europa, cuando tanto el Profeta como los líderes tribales y los califas solían rodearse de un círculo consultivo amplio. Hemos analizado el *maylis* en sus diferentes ámbitos: como segunda instancia judicial -*maylis-l-mazālim*-, consejos tribales, los distintos *mayālis* de los califas, etc. En nuestro análisis hemos descubierto cómo, salvo cuestiones incidentales tales como el *quorum* en los escritos de al-Māwardī³⁰⁵⁹, su regulación jurídica es casi inexistente; por supuesto, de la potestad estatutaria^a de los mismos, presente en bastantes agrupaciones de base personal o asociativa en el derecho europeo³⁰⁶⁰, o alguna figura análoga, no existe ningún tipo de rastro. Tampoco nos hemos topado

a Capacidad de la organización de dotarse de sus propias normas de funcionamiento.

con instituciones eclesiásticas de la misma naturaleza que los concilios³⁰⁶¹ o, en el campo de la política, las cortes³⁰⁶² que derivaron a los parlamentos actuales³⁰⁶³. En el medio político y religioso, íntimamente ligados en el Islam, rige el dogma del *tawhīd*, al cual dedicamos un epígrafe en el capítulo anterior. En este caso, este pilar del sistema de creencias islámico reconduce estas situaciones de una manera diferente al proceso histórico occidental. Esta situación no es incompatible con la posible importancia de estos grupos desde el punto de vista social y político de una determinada región en momentos concretos de su historia. Tangencialmente nos hemos referido a lo que en Marruecos se denomina *majzan*, una institución no definida con nitidez pero que se refiere a un ente complejo de personas con una influencia decisiva en el estado y que implica a la organización tribal también³⁰⁶⁴. Si bien en alguna ocasión la metáfora corporal ha sido utilizada, excepcionalmente, por autores musulmanes, nunca ha desembocado en la teoría corporativa de la personalidad jurídica. Es decir, el conjunto de los miembros con su propia identidad forma un cuerpo independiente. Se utiliza con la intención de remarcar el carácter instrumental de los funcionarios respecto al único competente para gobernar: el califa en su condición de sucesor de Muḥammad. Un ejemplo de ello, lo encontramos en la conocida epístola de ‘Abd-l-Ḥamīd al-Kātib a los escribas³⁰⁶⁵.

Tuvimos ocasión de reflexionar sobre la trascendencia de la creencia en la unicidad radical de Dios en el Islam, en general, y en nuestro trabajo sobre la persona jurídica, en particular, sobre todo, a raíz de las palabras del imán al-Šāfi‘ī en su epístola sobre las fuentes del *fiqh*³⁰⁶⁶. Este ulema cuestiona la calificación de la *bayt al-māl* como sujeto de derecho³⁰⁶⁷, pues algunos de los ingresos del tesoro, como el botín o la *yīzya*, los tilda de *dinero de Dios*, quien sería el titular; la reclamación de estas obligaciones, en la práctica, corresponde al califa. La obra jurídica de este alfaquí, cuya *risāla fī uṣūl al-fiqh* se sitúa como la piedra angular de la ciencia jurídica islámica, quizás por ser uno de los máximos exponentes del *tawhīd* político-jurídico, si se nos permite la expresión, supondría un freno significativo al tratamiento del tesoro público como centro de imputación de derechos y obligaciones. En el mundo cristiano, algunos autores defendían tesis casi idénticas a este alfaquí: Eusebio de Cesarea afirmaba igualmente que a un solo Dios correspondería un solo emperador (cesaropapismo bizantino)³⁰⁶⁸; en tiempos tempranos del pensamiento cristiano, San Ambrosio y San Agustín ya distinguían los ámbitos políticos y religiosos (sobre la base del mandato evangélico de dar al César lo que es del César). Este último construyó su teoría sobre las dos ciudades en *De civitate Dei* (siglo V), una celestial representada por la Iglesia en este mundo, y terrenal encarnada en el estado³⁰⁶⁹; algunos autores islámicos, llegan a tildar de *kufṛān*, infieles, y *mušrik* a los cristinos por su creencia en la Santísima Trinidad³⁰⁷⁰. Otros autores, con libros sobre derecho más reconocidos históricamente, sin titubeos, regulan la *bayt al-māl* como auténtico ente independiente reconocido por la ley. Este proceso culmina con el texto de al-Māwardī, discípulo de la escuela de al-Šāfi‘ī, incluido en su *Aḥkām al-sultāniyya*³⁰⁷¹, abstrayendo lo que originariamente era un almacén de los bienes apropiados con las conquistas en un sujeto pleno de derecho. Si el seguidor no hubiera superado las tesis de su maestro, tal vez esta institución no hubiera alcanzado la categoría que la hace subsumible en la definición de De Castro.

A pesar de la audacia jurídica de al-Māwardī, sobre el tesoro público, por su condición de instrumento indispensable para el poder político y el estado, siempre ha sobrevolado la duda de su excepcionalidad jurídica. Esta característica se ha traducido en una interpretación extensiva, según su conveniencia, de las categorías jurídicas civiles. En nuestro caso, en el ordenamiento español, algunos contratos como la sociedad civil o situaciones como la comunidad de bienes -que no disfrutaban del privilegio de la personalidad jurídica artículos 1669 y 1670 y 392 y siguientes respectivamente del Código Civil- son consideradas como sujetos pasivos tributarios (artículo 25.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), aunque expresamente el precepto las califica de carentes de la personalidad jurídica. En consecuencia, si la *bayt al-māl* hubiera sido el único ejemplo que hubiéramos hallado en la *Šarī‘a*, afirmar que el *fiqh* conoció entidades diferentes

del ser humano *con capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección jurídica igual* hubiera sido más complicado, ya que esta atribución podría haber sido tachada de prerrogativa del tesoro. No es de extrañar, entonces, que de las pocas muestras que hemos hallado, en la que un ulema musulmán establece la organización de un elemento humano desde el punto de vista jurídico, se refiera al *diwān* encargado de recaudar y gestionar los diversos impuestos: al-Mamāṭī y sus reglas sobre el *diwān*³⁰⁷². En su tratado, enumera uno por uno los diversos cargos que trabajan en el diván y las competencias y funciones, de manera pormenorizada, que poseen cada uno de ellos. Asimismo, señala la dependencia jerárquica de cada uno de estos funcionarios.

A lo largo de nuestra investigación, en cada una de las figuras reglamentadas por el derecho islámico en las que nos hemos detenido, de forma reiterada hemos expresado nuestro asombro porque los ulemas no hacían referencia al sujeto del derecho. Este desconcierto se acrecentaba al traducir y comentar los textos de los *fuqahā'* que abordaban el *waqf* y la *bayt al-māl*. Los escritos otorgaban a estas dos figuras prerrogativas de la persona humana como sujeto de derecho: capacidad jurídica y de obrar protegidas jurídicamente: titularidad de derechos y obligaciones, aptitud^a para entablar acciones a través de los administradores o el imán supremo o para ser demandados. Sin embargo, y de ahí nuestra queja, los ulemas no explicitan, ni siquiera insinúan, la cualidad de sujeto en estos supuestos. Siempre nos queda un pequeño poso de incertidumbre cuando hemos clasificado estas instituciones como auténticas personas jurídicas, pues nos encontramos ante dos ejemplos cuya base es claramente patrimonial -lo que venimos denominando *universitas bonorum*-; en contraposición a su calificación como sujeto autónomo de derecho, los juristas musulmanes no muestran interés en presentárnoslas como sujetos de derecho, lo que incrementa la inseguridad sobre su asignación definitiva a esta categoría. En el caso del tesoro, la propiedad última sobre ese patrimonio pertenece, en comunidad de bienes, a todos los musulmanes; en los habices, la nitidez de la partición del dominio entre dominio directo (que permanece en el fundador, se trasmite a Dios o se queda sin titular) y el útil (propiedad de los beneficiarios) invita a situarlos entre las propiedades especiales; al final, la persona del administrador, quien vela por el interés independiente de los *aḥbās*, decanta la balanza en favor de la autonomía como sujeto de derecho. Asimismo, la presencia de beneficiarios no humanos, como mezquitas, hospitales y un largo etcétera de establecimientos, supone, en cierta manera, una personificación de los mismos. Si acudiéramos a un símil contemporáneo nos aclararía la cuestión; por supuesto, no habría que tomar la metáfora de forma demasiado literal. Se podría afirmar que tanto cada musulmán individualmente considerado, como cada persona en favor de la cual se constituye la fundación islámica, ocuparía el lugar de los socios de una sociedad anónima: poseen cuotas sobre la misma que les hacen acreedores de una parte sobre los beneficios (rentas del *waqf* o inversiones estatales), su capacidad de organización está limitada por la existencia de un administrador como el gestor de la sociedad y, casi anulada, por el califa. Esta perplejidad se incrementa al estudiar los libros de juristas musulmanes contemporáneos: cuando 'Ikrima Sa'īd Ṣabrī habla de que el administrador debe interponer las demandas pertinentes para defender los derechos del *waqf*, teniendo formación suficiente como para conocer la teoría occidental de la persona jurídica y de la legislación de su país, Jordania, que sitúa al habiz entre las personas jurídicas, no hace ninguna referencia a esta categoría, aunque fuera como un elemento con el que comparar la figura jurídica islámica. Además de la tendencia objetiva que caracteriza a la *Ṣarī'a* y que hemos analizado en el anterior capítulo, podemos justificar esta omisión en la tradición de los juristas islámicos a la hora de estructurar sus libros; lo anunciamos en el capítulo segundo: ninguna sigue la clásica clasificación en la ciencia jurídica propia de occidente y que proviene del jurisconsulto romano Gaio: personas, cosas y acciones. Los alfaquíes estudian los actos de culto y los negocios jurídicos patrimoniales; en estos últimos, toman como modelo la compraventa y, a partir de su regulación, mencionan las

a Hemos preferido emplear el término aptitud en sustitución de la más técnica de legitimación activa o pasiva, porque consideramos que, dado el carácter objetivo del *fiqh* no sería un léxico totalmente equivalente.

especificidades de los demás. Obviamente, la paralización que la investigación jurídica islámica sufrió a partir del siglo XII es un factor que no se ha de desdeñar.

En la historia jurídica de la personalidad jurídica, el derecho romano-cristiano, con la institución de heredero de Jesús o los Santos singularizaba un patrimonio y se trascendía la vida humana, ya que se mantenía esa institución de forma indefinida, al contrario de lo que ocurriría si fuera una persona física, digamos terrenal³⁰⁷³. Era uno de los instrumentos más primarios y, si se quiere, algo tosco desde el punto de vista técnico, con los que se obtenía la perpetuidad de las disposiciones piadosas. Esta función, en el *fiqh*, se lograba con otro expediente jurídico: los grupos indeterminados; y no solo en el campo de las fundaciones caritativas, sino en otros ámbitos donde esa estabilidad y perdurabilidad superiores a la vida del hombre eran requeridas. Este método consiste, *grosso modo*, en asignar un derecho a un conjunto de personas identificadas por algún tipo de cualidad o que comparten una característica común: pobres, menesterosos, musulmanes, descendientes de fulano, etc. Ahora bien, no se identifican individuos concretos de esa colectividad en un primer momento; esa identidad individual requiere de un acto o negocio jurídico posteriores: partición, contractual o no, o decisión de la autoridad u órgano competente, por ejemplo, la construcción de un puente con fondos del tesoro que beneficiará a los musulmanes concretos que transiten por él, o la entrega por el administrador o el juez de los fondos a los beneficiarios con nombre y apellidos de las rentas de los habices constituidos en favor de los necesitados, o el reparto de la limosna legal, *zakāt*, a pobres determinados. Los miembros de conjuntos caracterizados por un rasgo común no serían titulares de un derecho subjetivo *stricto sensu*, sino de una expectativa de derecho. Así, si fueran beneficiarios de un *waqf*, no estarían capacitados para renunciar al mismo³⁰⁷⁴, pues su derecho no nacería hasta la realización del reparto³⁰⁷⁵; esta misma solución se produce con los beneficiarios de la limosna legal, hasta que no se le entregue la parte correspondiente, como señala Mālik b. Anas³⁰⁷⁶. De ahí que los seguidores de Abū Ḥanīfa exijan una cláusula residual en la estipulación de los favorecidos por estas fundaciones en favor de los pobres u otro grupo indeterminado similar, el cual se entiende que no va a extinguirse³⁰⁷⁷; con esa condición, se asegura la eternidad de la institución, fundamentada en la del grupo cuyos componentes no se mantienen en un anonimato. Según la tradición a la que hemos hecho referencia en innumerables ocasiones en esta tesis, ‘Umar b. al-Jattāb no repartió las tierras conquistadas en al-Sawād para preservar lo que correspondería a las nuevas generaciones de fieles del Islam que llegarían en el futuro³⁰⁷⁸; esta actuación será uno de los pilares del régimen jurídico que hemos estudiado en el *jarāy*; esta institución, atendiendo a algunos textos, tendría raíces sasánidas³⁰⁷⁹. Esta misma lógica rige el impuesto de capitación sobre los no musulmanes que viven bajo el imperio de un estado islámico: es una fuente de ingresos garantizada para los musulmanes futuros; no obstante, la pervivencia de la comunidad está íntimamente ligada a la de los musulmanes³⁰⁸⁰: no existe *umma* sin que permanezca con vida algún musulmán. En este mismo sentido se pronuncia Ibn Yūsuf, quien justifica el pago de la *ḡizya* por parte de los no musulmanes conquistados, como alternativa a que sean repartidos entre los soldados a modo de siervos, con la salvaguarda de los derechos de las siguientes generaciones de fieles del Islam; esta religión se mantendrá mientras quede uno con vida; en caso de extinción de estos, los *ḡimmīes* se librarían del pago del impuesto³⁰⁸¹. Entre los juristas occidentales, como Sinibaldo di Fieschi, la posibilidad de que el ente sobreviviera a sus miembros se contemplaba³⁰⁸²; para él, la Iglesia no se extinguiría aunque lo hicieran todos sus miembros.

Hemos introducido en nuestra investigación numerosas aplicaciones prácticas de este procedimiento jurídico. El propio al-Māwardī, en el texto al que nos hemos referido como culmen del proceso de personificación de la *bayt al-māl*³⁰⁸³, se refiere que los gastos del tesoro se han de realizar en interés de los musulmanes; la propiedad de esa *casa del dinero* pertenece a todos los fieles en comunidad de bienes³⁰⁸⁴.

En los *aḥbās*, además de garantizar la eternidad de la fundación, el parapetarse tras estas colectividades difusas consigue justificar jurídicamente la utilización de las rentas de los mismos en

primer lugar para su mantenimiento; así lo establece, entre otros, Hilāl b. Yaḥyā³⁰⁸⁵. Los pobres no alcanzan la situación de titulares de un derecho, por lo que no sería justa que asumieran los gastos de conservación. Por lo tanto, los alfaquíes hacen responder de estas obligaciones a las propias rentas de la fundación. Es decir, la doctrina de los grupos indeterminados provoca que las deudas sigan a bienes concretos, sin considerar como posibilidad la persona jurídica. Esta corriente está en consonancia con la tendencia objetiva del *fiqh*, aunque haya supuesto un obstáculo que hemos tenido que superar a la hora de incluir al *waqf* entre los centros de imputación de derechos y obligaciones. Una vez más, el aspecto objetivo de la norma jurídica es el protagonista, frente al subjetivo.

El presupuesto teológico del *tawḥīd* interviene decisivamente en la teocracia islámica que impone la presencia de órganos unipersonales en las magistraturas supremas islámicas. Un único califa que nombra a ministros, jueces, etc. Frente a esta autocracia, la postura jurisprudencial sobre los conjuntos indeterminados de personas introduce un cierto contrapeso. ‘Umar b. ‘Abd al-‘Azīz, apodado al-Ṣadr al-Šahīr, al comentar el libro de los jueces de al-Jaṣṣāf, facilita la continuidad de los jueces nombrados por el sumo imán una vez que este ha cesado por cualquier caso: al ser los cadíes delegados del conjunto difuso de los musulmanes, continúan en el cargo tras la muerte o cese de quien los nombró³⁰⁸⁶.

A veces tenemos la impresión de que la institución de los grupos indeterminados ha ocupado el lugar en el *fiqh* que la personalidad jurídica tiene en el derecho romano y occidental. Como no se le puede aplicar la etiqueta de presupuesto teológico o jurídico propio de la ley islámica, no lo hemos insertado en nuestro capítulo octavo. A pesar de ello, se trata de una técnica jurídica a la que nos hemos referido con bastante frecuencia en nuestra investigación y que juega un papel destacado, lo cual ha quedado demostrado, en el *fiqh*, de forma que en el mismo la aparición y desarrollo de la personalidad jurídica se vea entorpecida. Quizás esta teoría trabaje en favor de la tendencia objetiva; la *Šarī‘a* se ocupa primordialmente de los objetos y de la forma en la que los actos y negocios jurídicos modifican la realidad sensible, manteniendo en un rol muy secundario a los intervinientes en este tráfico. Ante situaciones en las que existe un derecho subjetivo, o incluso una obligación, donde no existe una persona determinada a la que atribuir su titularidad, el *fiqh* acude a la expectativa de derecho en favor de una colectividad con características comunes, en abstracto y de forma eventual. No se plantea la cuestión de sujetos diferentes al ser humano. De esta manera, estas situaciones se encuentran, de manera provisional, en un limbo jurídico a la espera de un acto posterior que clarifique la situación. En cualquier caso, no es menos cierto que este expediente de derecho soluciona la cuestión del sujeto del derecho en determinados casos sin tener que acudir a ningún ente no humano; es posible tildarla de ser algo rudimentaria, pues posibilita un estado de confusión, ya que un pobre, posible beneficiario de las rentas de un habiz, no está legitimado para exigir su parte; tampoco se dilucida si, una vez realizada la partición, en el caso de quedar excluido, tiene acción judicial para impugnar el reparto. Lo mismo ocurre con los destinatarios de la *zakāt*. En definitiva, demasiados cabos sueltos que ponen en entredicho la seguridad jurídica que toda sociedad demanda de su ordenamiento jurídico.

En su momento, distinguíamos dos grandes posiciones a la hora de asomarse al fenómeno de la personalidad jurídica: la que aboga por derivarla de la norma, pues sería una creación de la misma, y la que le otorga la cualidad de realidad social reconocida por el derecho. En la primera postura, las fundaciones, asociaciones, sociedades y demás entes serían tomados en cuenta por el derecho mediante una ficción jurídica que les asignaría la misma regulación que a la persona humana. También comprobamos que en el *fiqh* las ficciones eran infrecuentes. Una de ellas, la hallábamos entre los *mālikīes*, quienes establecen que la titularidad del dominio directo sobre los bienes de los *awqāf* pertenece al fundador durante su vida de forma natural y de manera *ficta*, después de muerto, tanto en palabras de al-Muqarrabi³⁰⁸⁷, como en las de Abū al-Mahdī al-

Mawāsī³⁰⁸⁸, según su fetua compilada por al-Wanšārīsī. Sin embargo, esta solución de los seguidores de Mālik b. Anas no implica que estos defiendan un concepto de persona jurídica como producto de la voluntad del legislador, atribuyéndole un régimen jurídico análogo al del hombre, por voluntad e imperio legales. Por el contrario, si atendiéramos únicamente a la literalidad de estas disposiciones, nos veríamos obligados a desistir de etiquetar a los bienes habices como entidad a la que se imputan derechos y obligaciones. El *waqf* lleva aparejado una partición del dominio: la propiedad del útil correspondería a los beneficiarios y la del directo se mantendría en quien lo constituye, mientras se mantenga con vida de forma normal y, una vez fallecido, mediante una disposición jurídica que alarga, de manera artificial y únicamente como titular de un dominio, la personalidad de ese ser humano. En ningún caso, esta solución lleva implícita la creación de un ente diferente e independiente del hombre. Esta teoría de los medineses sí añade un argumento más que afirma la prevalencia del objeto de derecho frente al sujeto en la *Šarī'a*. Ante el desafío que supone la disparidad entre la duración de la vida humana y el anhelo de eternidad inherente a los *aḥbās*, los ulemas *mālikīes* optan por una respuesta simple: el fundador mantiene la titularidad del dominio directo de los habices después de muerto virtualmente -que sería la traducción más común del término árabe empleado en los dos textos escogidos *taqdīran*; consúltese el diccionario de Federico Corriente, por ejemplo-. Los juristas son conscientes de la extinción de la personalidad de la persona natural, mas, al igual que en algunos planteamientos referidos al causante de la sucesión, se prolonga la misma contra natura por la conveniencia de justificar una situación un tanto absurda de que un bien permanezca sin titular. Los *ḥanafīes* ante este trance establecen que con la constitución del habiz el fundador se despoja de esa propiedad en favor de Dios³⁰⁸⁹; la coherencia entre propiedad y eternidad queda así resuelta sin necesidad de ninguna argucia jurídica.

El hecho que más llama la atención de estos remedios jurídicos no es que no se extinga totalmente la personalidad de un fallecido o que Dios sea tenido en cuenta como auténtico sujeto de derecho. Lo realmente extraño estriba en que durante más de diez siglos estas disposiciones no hayan servido de resorte o catalizador en el replanteamiento del concepto islámico de la persona. En realidad, a nuestro capítulo cuarto nos remitimos, los alfaquíes no están atraídos más que por aquellos aspectos imprescindibles para que los actos, negocios y contratos se realicen de manera eficaz: la capacidad de obrar primordialmente -que varía en función del negocio jurídico que se esté realizando- y, de forma más limitada, la capacidad jurídica. Una teoría o regulación de los sujetos de derechos parece algo ajeno a sus pretensiones. Un fundamento más sobre el que construir la teoría de la tendencia objetiva del *fiqh*.

Hemos dedicado bastantes páginas de nuestra tesis a la relación entre el *waqf* y el *jarāy*. Aunque muchos ulemas los consideran similares, nosotros hemos intentado marcar diferencias. En realidad, también se hubiera podido enfocar a este último como persona, siguiendo el esquema de primero. En el capítulo segundo, incluimos las tierras conquistadas militarmente en la categoría de propiedad pública. Así lo mantenemos, pues en su favor expusimos las tesis más sólidas extraídas de los textos de los ulemas. No obstante, se podría haber optado por un esquema similar al de los bienes habices. En derecho las recetas simples y las etiquetas perfectamente perfiladas son una *rara avis*. El dominio directo de los terrenos anexionados *manu militari* correspondería a todos los musulmanes-el fundador, los beneficiarios, Dios o nadie en el *waqf*- en comunidad de bienes, el dominio útil a los concesionarios de la explotación de esas tierras -beneficiarios de los habices- y todo ello gestionado por el califa -administrador en los *aḥbās*-. No hemos localizado ninguna obra de ningún alfaquí que defienda esta teoría. Es más, nosotros la presentamos a modo de suposición. Es una posibilidad que los juristas pudieran haber propuesto, pero no es así. Los ulemas identifican ambas figuras desde la perspectiva de su indisponibilidad. En este caso, no planteamos este escenario como la reglamentación escogida por la ley islámica. En primer lugar porque quien administra los fondos públicos sí representa a los verdaderos propietarios, aunque sea de una propiedad limitada al dominio útil; el califa actúa en nombre y representación de los musulmanes.

Asimismo, también defiende un interés coincidente con estos; no existe un interés independiente propio del *jarāy*, sino el del conjunto de los fieles. Esa es la razón por la que el imán está facultado para disponer de esos terrenos sin cortapisas, pues es él quien, en definitiva, concreta la política pública que entiende beneficiosa para la *umma*. Es decir, se produce un triángulo de relaciones entre tres actores semejantes en ambas instituciones. Sin embargo, el *fiqh* no entiende las tierras de *jarāy* de la misma manera que la definición de persona jurídica: *unos entes con capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección jurídica igual (salvo alguna especial excepción) a la atribuida a la persona natural. Se acepta como algo evidente, como un hecho, respecto al que como tal no importa que se discuta su naturaleza que ésta quede inexplicada o se considere inexplicable*³⁰⁹⁰. Estas no tienen capacidad de obrar, pues quien actúa en nombre propio o de todos los musulmanes es el califa, ni capacidad jurídica, pues los derechos y obligaciones pasan a forma parte de la *bayt al-māl*. Consecuentemente, no precisa de una protección por parte del derecho igual a la de las personas intervinientes. Esta disquisición, no alterando nuestras conclusiones, nos permite expresar de una forma muy gráfica la escala de grises que en toda institución jurídica está presente y manifestar fehacientemente las dificultades que entraña trasladar una figura propia de un ordenamiento a otro. Del mismo modo, pone ante nuestros ojos que la lógica de los *fuqahā'* no tiene por qué coincidir con la de los juristas occidentales, romanos, medievales, modernos o contemporáneos.

La propia naturaleza de esta investigación impone sus peajes. La inmensa mayoría de las fuentes jurídicas sobre los que trabajamos están escritas en árabe, por el carácter que le imprime a esa lengua el ser el idioma de la revelación que provoca que los ulemas, la tengan o no como materna, la empleen en sus obras. Esta circunstancia tiene dos problemas inherentes: la propia gramática árabe y la traducción a una lengua, la española, cuya tradición jurídica bebe de Roma y del latín. Hemos incidido en la cuestión cuando pensábamos que la traslación más frecuente al castellano de algún término de *fiqh* no siempre era la más acertada. Palabras como *raqaba* o *manfa'a* son arquetípicas de esta dificultad. Normalmente la primera correspondería a *nuda* propiedad y la segunda a usufructo. Hemos sostenido que en la mayoría de las ocasiones la correlación más acertada sería la de dominio directo y dominio útil, sin denostar la tradicional, muy ajustada en determinados contextos. Asimismo, en el caso del arrendamiento, también debemos andar con precaución. En la mayoría de los ordenamientos derivados del romano, este contrato genera relaciones personales entre arrendador y arrendatario que no vinculan a terceros ajenos al mismo. Sin embargo, en la ley islámica crea vínculos reales oponibles a todos; el arrendatario es auténtico propietario del dominio útil y está capacitado para defender su posición jurídica *erga omnes*; el arrendatario romano o español, precisa de la intervención del auténtico dueño, el arrendador y únicamente tiene derecho a obligarlo a respetar las obligaciones adquiridas con él. Este escollo, sin ser menor, se sortea fácilmente; basta conocer la institución jurídica musulmana y la española más próxima, según la finalidad y el régimen jurídico, y, en función del contexto utilizar el término más adecuado. En general, no ha supuesto mayores quebraderos de cabeza en esta tesis.

A la hora de esclarecer las titularidades de derechos y obligaciones, nos hemos tropezado con la construcción gramatical árabe de la *idāfa*. En los textos que hemos escogido, ha aparecido con asiduidad la *idāfa māl al-šarika* -patrimonio de la sociedad, literalmente-. Locuciones parecidas también son usuales en los bienes habices. Al igual que hacíamos en el capítulo octavo, de este *māl al-šarika* derivaríamos la personalidad jurídica de la sociedad, la cual es la titular de un patrimonio propio, según la estructura gramatical tal y como se traduce. Nada más lejos de la realidad. Las normas establecidas por los juristas árabes, tal y como demostramos en su momento, no atribuyen los bienes a un sujeto diferente y autónomo respecto a los socios. Estos se mantienen en la propiedad del patrimonio aportado, en algunos casos se produce una comunidad de bienes, pero siempre con titularidades separadas. En este caso, la *idāfa* tiene la acepción de bien aportado con motivo del contrato, nunca la de propiedad. Esto es así porque los socios responden personalmente

de las deudas, son dueños de los bienes o cuotas sobre los mismos; en algunos tipos societarios rige la solidaridad activa o pasiva de los participantes, pero sin dar ningún paso más allá, ya que ninguno es privado de su propia e intransferible esfera jurídica. Quizás, lo único que hace surgir alguna duda es la dinámica entre bienes tenidos en común y los privativos de los contratantes, y la responsabilidad de estos; hemos mostrado que, en función del tipo de deuda ante la que nos hallemos, la obligación vincula a un acreedor con bienes concretos. En ese caso, el sintagma *māl al-šarika* cobra un valor nuevo, pues, así es en el caso de la *muḍāraba*, esos *bienes de la sociedad* aportados por el socio capitalista serán sobre los que el socio trabajador costee la manutención durante la realización de su labor. Estas reflexiones, que hemos expresado en varias partes de nuestra investigación, nos conducen a una importante conclusión: la traducción literal de las oraciones de los alfaquíes no ha sido determinante a la hora de atribuir personalidad jurídica del *waqf* y, en sentido contrario, a pesar de ella, determinamos que la sociedad islámica, o sociedades, no se ajusta al concepto que hemos fijado para esta figura. Es decir, la traslación de términos técnicos-jurídicos de un ordenamiento a otro, entre los que existe una divergencia importante de naturaleza y también de lengua en la que se expresan suponen un importante reto. En definitiva, la correspondencia de léxico e instituciones jurídicas nunca es automática y cualquier analogía o divergencia ha de ser correspondientemente fundamentada.

Un principio que pone trabas a la hora de la evolución desde una sociedad simple a otra con personalidad jurídica y, por tanto, limitación de la responsabilidad de los socios, es el temor al riesgo propio del *fiqh*, como analizamos en su lugar. La sociedad regulada por el derecho romano carecía por completo de eficacia frente a terceros pues las estipulaciones propias del contrato se mantenían entre las partes, sin que trascendiera a los demás³⁰⁹¹; las personas que se relacionaban en el tráfico jurídico con cualquiera de los socios generaban derecho y obligaciones con estos como individuos autónomos, no con una sociedad con su personalidad independiente. Tal vez, nuestro legislador tuviera en mente esta peculiaridad cuando establece en el artículo 1669: *No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.* La sociedad musulmana en determinados aspectos suele traspasar los límites de las partes intervinientes: la mutua representación y, a veces, la solidaridad activa y pasiva que permiten al tercero mantener relaciones jurídicas con el socio con el que no han contratado directamente. Sí tienen en común que ninguno de los dos tipos interpone un ente entre las personas ajenas al contrato y los socios. Son estos, en su individualidad, los que son titulares de derechos y obligaciones con los demás. Este escollo resulta más decisivo en el *fiqh* que en el derecho romano. En Roma, desde la Ley de las XII Tablas se reconocía el derecho de asociación³⁰⁹² cuyo funcionamiento estaba basado en principios democráticos³⁰⁹³. No existe, al menos en los escritos a los que hemos tenido ocasión de consultar, nada parecido en el *fiqh*. No afirmamos que en los estados musulmanes no se observen fenómenos de asociacionismo libre entre individuos; las cofradías sufíes y los gremios de artesanos entre otros nos demuestran lo erróneo de esta postura. Sí creemos y mantenemos que la *Šarī'a* no ha dotado a estos conjuntos de personas de un régimen jurídico. Los mismos se ubican en el ámbito sociológico-cultural sin que el derecho intervenga en su reglamentación. Hemos escogido un texto muy interesante de Ibn Baṭṭūta³⁰⁹⁴, en el que parecen darse cita los elementos fundamentales de una asociación con la forma de una cofradía sufi de miembros de un gremio de artesanos: no obstante, no existen textos jurídicos que reglamente esta unión de personas. La amistad es un fenómeno social de suma importancia, pero los amigos, si uno de ellos no acepta una invitación, no están facultados para exigir la misma ante un juez; entre ellos se producirá un conflicto de mayor o menor intensidad, mas ajeno a la ley. Asimismo, la excesiva especialización del derecho societario musulmán tampoco coopera en la evolución de un concepto que alcance la categoría de persona jurídica. El apego a la tradición de Muḥammad, especialmente en lo referido a las sociedades

agrícolas, juega su papel, pero entre los *fuqahā'* no se aprecia una intención unificadora, que no se observa ni en la compilación otomana de la *Maḡalla*. Por estas razones, al contrario que el *waqf*, las sociedades que tienen reconocida la personalidad jurídica están reguladas por leyes inspiradas en las occidentales, sin que se produzca, como veremos más adelante que sucede en los habices, la extensión de la personalidad jurídica a las sociedades islámicas clásicas.

Otro resultado destacado de nuestro estudio viene representado por la laxitud con la que los ulemas musulmanes abordan toda cuestión relativa a los sujetos de derecho, en especial, si la confrontamos con lo estricto que se muestran en cuanto a los requisitos y condiciones de los objetos de los actos, negocios y contratos. En puridad, la tendencia objetiva que predicamos del *fiqh* invita a cierto descuido de la parte subjetiva. En el derecho romano y, por derivación, en los ordenamientos latinos, el reconocimiento de derechos sin sujeto deviene una misión casi imposible³⁰⁹⁵, aunque no del todo, pues existe una regulación específica en nuestro derecho sobre las *res nullius*, artículos 610 y ss. del Código Civil que reglamentan su adquisición por ocupación. En el derecho islámico, incluso en la codificación producida en el Imperio Otomano, la *Maḡalla*, en su artículo 1321 cataloga los grandes ríos como el Nilo como propiedad de nadie³⁰⁹⁶; estos, en Occidente se califican como propiedad pública. Al-Jaṣṣāf opina que el bien habiz sale de la propiedad del fundador a la de nadie³⁰⁹⁷, opinión que comparte con Ibn al-Šāṭ, el alfaquí *mālikī* nacido en la ciudad norteafricana de Ceuta el año 1245³⁰⁹⁸. En otro orden de cosas, en ocasiones, lo que no es de nadie se atribuye a Dios, pues los derechos de Este serían aquellos cuya utilidad no corresponde a nadie en concreto³⁰⁹⁹. En todos los asuntos en los que resulta imposible atribuir un determinado derechos u obligación a nadie en concreto, algo muy frecuente en la ley islámica (por ejemplo, los grupos indeterminados), los ulemas permanecen impasibles. Si Ibn Ḳawzī afirma *-En cuanto al beneficiario, es válido que sea un ser humano u otro como las mezquitas y escuelas; también es válido tanto para existentes o no, determinados como indeterminados, musulmán o ḡimmī, pariente o no-*, no se activa ningún resorte que le exhorte a interrogarse sobre cuál es la razón que estos no humanos sean calificados jurídicamente como sujetos. En otras muchas páginas hemos dejado la huella de nuestra perplejidad ante esa impasibilidad. Hemos dictaminado que la *Šarī'a* sí reconoce instituciones subsumibles en la definición de De Castro y así hemos tratado de demostrarlo con fundamentos jurídicos. Sin embargo, este dictamen lo realizamos sin declaraciones expresas de los alfaquíes, para los que la materia de la personalidad o los sujetos de derecho no merecen una reflexión profunda. A lo largo de todas estas páginas hemos justificado esta actitud por la tendencia objetiva o una menos refinada técnica jurídica; también podemos aludir a la naturaleza de las fuentes en las que *El Corán* y *la Sunna*, como normas jurídicas primarias no contienen la menor referencia a esta institución, la derivación mediante analogía o la creación *ex novo* de una reglamentación sobre la persona jurídica a través del consenso de los ulemas sin una tradición consolidada de Muḡammad no es nada sencilla. En cualquier caso, esto nos lleva a concluir que la presencia de personas jurídicas en el derecho islámico se produce de una forma no únicamente inconclusa, sino en una fase embrionaria todavía.

Desde el Código de Hammurabi al menos, hemos documentado algunos preceptos que, por mínimamente que sea, predicen de los templos la titularidad de ciertos bienes³¹⁰⁰. Historiadores refieren que algunos son grandes propietarios en el mundo helenístico³¹⁰¹. Nos remitimos al capítulo de nuestra tesis en el que trazábamos un escueto periplo histórico sobre los antecedentes de la institución. En cuanto a los árabes y La Meca, donde vivía Muḡammad, el historiador 'Abd Mālik b. Hišām nos relata diversos hechos que insinúan que la Ka'ba poseía bienes³¹⁰² y tesoros³¹⁰³. En la actualidad, algunos estudiosos, el caso de 'Ikrima Sa'īd Šabrī, relacionan ese lugar sagrado preislámico con el *waqf*³¹⁰⁴, remontando esta figura a tiempos de Abraham e Ismael. Algunos viajeros medievales, así Ibn Ḳubayr, atribuyen a la Mezquita Omeya de Damasco un patrimonio propio³¹⁰⁵. Innumerables casos de bienes habices cuyos beneficiarios eran estos edificios de

oración³¹⁰⁶; este reconocimiento en sí convierte a un bien inmueble en sujeto en cuyo favor se constituye un derecho, un dominio útil o usufructo más concretamente.

Estos lugares disfrutaban de la *ḥurma*, una sacralidad³¹⁰⁷, que garantiza su inviolabilidad; este estatus jurídico es compartido con otros sitios, como los cementerios³¹⁰⁸ o la propia ciudad de La Meca³¹⁰⁹. Se extiende a todas las mezquitas, según el alfuquí 'Iyyād b. Mūsā³¹¹⁰, quien afirma que las mismas disfrutaban de un perímetro en el que está prohibido edificar y disponer de lo que se halle en su interior; además, según sus palabras: *porque no se permite en las mezquitas habitarlas, el coito y la presencia de mujeres con el periodo, ni impuros, etc.*

Con estos antecedentes históricos y estos hitos que indicamos brevemente, no encontramos pruebas determinantes de que el *fiqh* haya considerado a la mezquita de forma análoga a una persona física. No obstante, no es menos cierto que comparte con muchos templos en el devenir de los siglos un régimen jurídico especial. El fenómeno religioso es una constante en toda cultura humana y provoca el desarrollo de normas específicas de culto que incluyen emplazamientos concretos protegidos jurídicamente. En este sentido, es posible seguir un hilo conductor desde los templos mesopotámicos, transitando por los períodos helenístico, romano, bizantino o sasánida, hasta la mezquita. Recordemos que en acadio la palabra que designaba al templo tenía el sentido de casa de Dios. En árabe, incluso hoy en día, con la expresión *Bayt Allāh -casa de Dios-* se emplea en relación con la *Ka'ba* en La Meca.

Los *fuqahā'* no han sido ajenos a este común de toda sociedad, incluso las más primitivas, pero tampoco ha tomado la mezquita como punto de partida de una teoría propia de entes con capacidad jurídica y de obrar. Establecen la titularidad de derechos en favor de mezquitas y numerosos y variados preceptos aplicables solo a ellas. Al final, permanecen en esa indefinición y falta de interés por el aspecto subjetivo de las normas; se centran en resultados prácticos sobre el objeto del derecho. En ningún caso afirman, dentro de los límites que hemos podido abarcar, que la mezquita sea un centro de imputación de derechos y obligaciones en pie de igualdad con los seres humanos. No obstante, el hecho de que una mezquita o cualquier otra cosa sea apta para tener derechos (en el contexto de un *waqf*), como explicita Ibn Ŷawzī, no la coloca bajo el amparo de la definición de De Castro, pues significaría que se le reconoce capacidad jurídica, careciendo todavía de capacidad de obrar. Desde luego, nos encontramos ante un paso importante, pero, al igual que todas las instituciones musulmanas en este campo, queda interrumpido e inconcluso.

Una de las materias de derecho civil, desde la época romana, en las que la doctrina jurídica más ha indagado y de cuyos resultados más se ha desarrollado la personalidad jurídica, interrogándose sobre las dudas que acerca de sujeto se planteaba, ha sido la de la herencia yacente; el lapso de tiempo que transcurre entre la muerte del causante y la aceptación del heredero, cuando este es voluntario. Entre las diversas teorías que surgieron para asignar la titularidad de los bienes durante ese período, se encontraba la de considerarlos como una persona jurídica³¹¹¹. Desde la perspectiva islámica, la existencia de esta figura de la herencia yacente sería discutible, ya que la sucesión musulmana se identifica, incluso por los propios alfaquíes, con la quiebra; así las equipara Averroes³¹¹². No obstante, sí tratan de dar respuesta al interrogante de la propiedad de los bienes relictos: ¿se transmite el dominio a los herederos desde el mismo momento de la muerte del causante? Una respuesta negativa, debería contestar a la cuestión de quién ostenta esa condición hasta la definitiva adquisición por aquellos. Los seguidores de Mālik b. Anas establecen que la propiedad de los bienes permanece en el difunto hasta el pago de las deudas³¹¹³. Otras escuelas sí aceptan esa novación subjetiva desde el instante de la defunción, aunque estableciendo cortapisas a las disposiciones de los herederos en aras de proteger los intereses de los acreedores del causante hasta la satisfacción de las deudas. Los *šāfi'īs*³¹¹⁴ optan por imponer una hipoteca legal sobre los bienes que impiden a los herederos venderlos, aunque el activo de la sucesión sea superior al pasivo. Entre los que tienen a Ibn Ḥanbal como maestro, se dan dos corrientes, una en la que la validez jurídica de los negocios está condicionada al pago efectivo de las obligaciones y otra que

coincide con la de los *mālikīes*³¹¹⁵. Finalmente, los *ḥanafīes* distinguen entre herencias con más deudas que capital; si el pasivo es mayor, la propiedad se mantiene en el difunto; en caso contrario pasaría a los herederos³¹¹⁶. Realizamos un estudio minucioso de la materia en el capítulo tercero. Los ulemas musulmanes están resolviendo una especie de quiebra mediante la liquidación del patrimonio del causante, mientras que los juristas romanos abordaban la continuidad entre la personalidad de los individuos. Esta limitación al aspecto puramente patrimonial, de manera descarnada, nos la expresó al-Qarāfī: *El secreto en la diferencia es que los herederos heredan el patrimonio y lo que se le relaciona y depende de él, y no heredan su inteligencia, ni deseos, ni persona; así que no heredan lo que esté relacionado con ello*³¹¹⁷. Los ulemas no titubean a la hora de prescindir de toda prolongación de la personalidad del causante en el heredero.

Tanto el derecho romano como el islámico, en la sucesión entre individuos, se plantean un problema relacionado con el sujeto de un derecho de forma transitoria: en occidente, mientras se produce la aceptación y, en el *fiqh*, hasta el abono definitivo de las deudas del causante. En el derecho occidental, en el que se aborda la continuidad entre la personalidad del fallecido y su sucesor, la cuestión supuso un paso adelante en la consolidación de la institución de la personalidad jurídica. Los ulemas, preocupados por los derechos de los acreedores del difunto al igual que en una quiebra, desarrollan un régimen cuya finalidad en última instancia sería impedir disposiciones de bienes en perjuicio de los mismos. La titularidad del causante aun después de morir tiene ese efecto, porque este no podrá donar, ni vender a pérdida sus bienes. Los que admiten estas disposiciones imponen de forma preventiva limitaciones y cortapisas en las que los titulares de los derechos juegan un papel importante. En cualquier caso, ningún jurista se replantea el marco de la persona en el derecho islámico. En otro orden de cosas, ambos derechos crearon subterfugios con el fin de transmitir bienes *mortis causa* a personas que jurídicamente no obtendrían la calificación de herederos: el fideicomiso³¹¹⁸ y el *waqf*³¹¹⁹. De esta manera, aunque circunscrito a la escuela *mālikī*, hemos estudiado una institución con un cierto paralelismo con el fideicomiso: la *'umrā*, una especie de habiz temporal. Este tema lo tratamos en el capítulo segundo en profundidad. Esta figura romana ha sido también relacionada con el origen de los bienes habices junto a la *foundation for the soul* sasánida³¹²⁰. Sin embargo, nosotros observamos más similitud entre esta institución persa con los fideicomisos, pues el administrador ostenta la condición de propietario de las tierras, pero en interés de los beneficiarios, no en el propio de él³¹²¹; de ahí que se pueda hablar de propiedad fiduciaria en la regulación sasánida, pero no en el *waqf* islámico, donde quien lo gestiona es un tercero ajeno al dominio sobre los bienes. Aunque sea una línea de investigación todavía casi virgen, los nestorianos, al ser expulsados de Bizancio hacia Persia, pudieron llevar consigo esta y otras instituciones jurídicas³¹²²; no hacemos más que lanzar una mera hipótesis. Asimismo, algunos historiadores del derecho afirman que los sasánidas absorbieron los elementos de la legislación helenística³¹²³. En cualquier caso, la relación entre los bizantinos, sasánidas y musulmanes tuvo un gran impacto en el Imperio Romano de Oriente y el Imperio Islámico, desapareciendo la dinastía gobernante persa³¹²⁴.

Otra cuestión, también analizada, en concreto en el capítulo tres, que no debemos soslayar, la encontramos en la representación, la actuación en nombre de otro, sobre el que incidirán los efectos jurídicos de esos actos. La encontramos en el derecho, principalmente, de dos clases: convencional (contrato entre particulares) y forzosa (por incapacidad o por necesidad práctica en el caso de las personas jurídicas). En este sentido, algunos alfaquíes asimilan al califa con el tutor de los huérfanos. Al-Suyūfī afirma: *el cargo de imán de la grey es idéntico al del tutor del huérfano*³¹²⁵. Es un representante de los musulmanes³¹²⁶, entendidos como grupo indeterminado, en el sentido que hemos estudiado, nunca como miembros de un ente autónomo, la *umma*. Para Ibn Jaldūn³¹²⁷ también actúa en nombre y por cuenta del Legislador, Dios. De todas maneras, como mandatario, ha de regir su labor por la consecución del interés del representado³¹²⁸; incluso Avicena acude a la metáfora del pastor³¹²⁹ que guía a su grey, tan frecuente en los Evangelios. En cualquier

caso, la realización de actos jurídicos con incidencia en la esfera jurídica de un tercero del imán supremo no va referidos a seres distintos de las personas físicas; el caso de Dios es un ser, asimilable a las mismas, aunque de carácter divino. Con el fin de no repetir el análisis efectuado en las páginas oportunas de nuestra tesis, concluiremos con el rol de los representantes de los dos tipos de personas jurídicas islámicas; nos saltará a la vista sus peculiaridades, que los diferencia de los ordenamientos occidentales.

En cuanto a la *bayt al-māl*, según la tesis con más predicamento entre los *fuqahā'*, la titularidad final corresponde a todos y cada uno de los musulmanes en una comunidad de bienes abstracta, pues, como grupo indeterminado, no se asigna una cuota concreta a cada uno hasta un hipotético reparto. Es la solución que se desprende del texto de al-Māwardī que sustenta, en gran parte, nuestra consideración del tesoro como persona jurídica³¹³⁰; en esta misma dirección, el juez 'Iyyād falla en una fetua que el usurpador de un camino de la comunidad de los musulmanes no debe indemnizar por los beneficios obtenidos al cultivar esa tierra, *pues no es un camino propiedad de una persona determinada*³¹³¹. Como la finalidad de sus gastos e ingresos es el interés de los musulmanes, la titularidad se predica de la *bayt al-māl*. Al ser el califa el representante de los mismos, será este quien actúe. No obstante, algún autor como Ibn Jaldūn parece asignar la propiedad de estos bienes al imán supremo³¹³², pues usa el posesivo *su dinero* refiriéndose al tesoro que le pertenece. No obstante, hemos visto otros ejemplos en los que la literalidad gramatical no implica verdadero dominio o posesión. Al-Šāfi'ī emplea una construcción sintáctica idéntica pero el posesivo apunta a Dios³¹³³. En cualquier caso, sí encontramos que en cuanto al tesoro realiza los actos en beneficio de otros, todos los musulmanes. En este caso, formaría parte de ese aglomerado un tanto informe compuesto por todos los individuos que profesan la fe en el Islam siendo el administrador del patrimonio. No es comparable, la situación del socio administrador de una sociedad, porque la *bayt al-māl* no es un ente compuesto de miembros, sino un sujeto de base material, un conjunto patrimonial jurídicamente independiente, que surge en sustitución de la personificación de la *umma*. Como prueba de la carencia de personalidad de la *umma*, citamos el texto de 'Alī al-Jafīf -uno de los juristas islámicos, nacido a finales del siglo XIX, 1891, falleciendo en el año 1978, y considerado como uno de los renovadores de *fiqh*³¹³⁴-, a su vez recogido por 'Abd-l-Salām Dawūd al 'Abbādī³¹³⁵: *Así les advertía de que cuidaran bien sobre la base de que el dinero fuera de la colectividad o de Dios, sin observar el derecho de cada individuo a él. Y esto es lo que significa la propiedad colectiva en la concepción del Islam, y es que es de los individuos socios, no del ente en su condición de persona jurídica que es propietaria y tiene derechos*. Estas palabras suponen un argumento más en nuestra postura sobre la negación de personalidad jurídica por parte de la ley islámica a las *universitas personarum*. El hecho de que esta constatación provenga de un autor del siglo XX quizás nos esté indicando que ese rechazo no se debe tanto a una falta de evolución del *fiqh*, sino a una cuestión interna de este, principios esenciales que conducen a la misma solución por otros derroteros.

Por lo que al *waqf* se refiere, el administrador es un cargo ajeno a la propiedad de los bienes³¹³⁶, y su labor se limita a explotar el bien y repartir sus rentas entre los beneficiarios con una capacidad de obrar constreñida a las instrucciones del fundador. En definitiva, defiende el interés de los habices y, en cierta medida, es el representante del constituyente durante su vida o después de ella, al modo del mandato *post mortem*³¹³⁷ romano que se encuentra en la raíz del fideicomiso³¹³⁸. Esta figura del representante de un fallecido no es nueva en el *fiqh*. El albacea, palabra que a veces designa al gestor de los *ahbās*, actúa en nombre y representación del causante³¹³⁹. Su papel es casi idéntico al del califa en el caso de la *bayt al-māl*. Sin embargo, no representa a un grupo cuya indeterminación impide asumir la titularidad del patrimonio, sino a una persona, cuya voluntad ha constituido en persona jurídica un conjunto de bienes y derechos a los que, con su declaración, dota de un interés propio que defiende el administrador.

Al determinar la personalidad jurídica de los bienes habices, acudíamos al símil de la fotografía; el propósito de los ulemas estribaba en mantener un conjunto patrimonial en el mismo estado en que se encontraba en el momento de su fundación. Tan solo ante la imposibilidad fáctica de ello, se creaban herramientas excepcionales, como la venta del objeto para su sustitución por algo de la misma naturaleza. El administrador emplea los fondos en el mantenimiento, no en invertir para mejorar la productividad del *waqf*. Esta imagen se contrapone a la realidad dinámica de la persona jurídica, la cual, de la misma manera que el ser humano, pasa por muchas vicisitudes vitales, en este caso, jurídicas: nacimiento, ganancias y pérdidas patrimoniales, cambios, conflictos judiciales y un largo etc. Sin embargo, la inmutabilidad que la caracteriza es un factor tendente a fijar un *statu quo* con una mirada negativa a las transformaciones³¹⁴⁰. Asimismo, es probable que la diferente gestión de los cambios que se ha producido en los ordenamientos latinos y los islámicos hunda su raíz en la distinta forma en que ambos se desarrollaron: los primeros compilando soluciones jurídicas empíricas a casos concretos y el segundo a partir de un sistema filosófico-religioso³¹⁴¹. El Cristianismo inspiró y guio un derecho que ya estaba asentado. En nuestra tesis nos hemos referidos a otro ordenamiento monoteísta, pero sobre el que poseemos muchísimo menos datos que romano y cristiano que desembocaron en el derecho común europeo, madre de los derechos europeos; se trata del persa sasánida³¹⁴².

Todas estas ideas que hemos expuesto a modo de conclusiones no se limitan a ser una construcción teórica o meras divagaciones. Además de las incidencias que hemos constatado en la regulación del *fiqh* sobre las instituciones que concuerdan con la definición de De Castro de personas jurídica, sus consecuencias pueden ser apreciadas en la actualidad. El *waqf*, como *universitas bonorum*, es aceptado como sujeto independiente de derecho, con capacidad jurídica y de obrar, sin modificar esencialmente la regulación tradicional islámica. Por contra, para las sociedades se adoptan normas inspiradas en leyes occidentales.

Un breve repaso a la legislación aplicable en Jordania y Marruecos sobre la materia objeto de nuestro estudio (con algún aporte más a modo meramente ejemplificativo) nos contextualiza las conclusiones que se extraen de toda esta investigación:

2^a-الأشخاص الحكيمة:

المادة 50: الأشخاص الحكيمة هو: 1- الدولة والبلديات بالشروط التي يحددها القانون والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية حكيمة. 2- الهيئات والطوائف الدينية التي تعترفها لها الدولة بشخصية الحكيمة. 3- الوقف. 4- الشركات التجارية والمدنية. 5- الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام القانون. 6- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الحكيمة بمقتضى نص في القانون.

المادة 51- 1- الشخص الحكيمة يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون. 2- فيكون له: أ- ذمة مالية مستقلة. ب- أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقرها القانون. ج- حق التقاضي. د- موطن مستقل. ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. [...] 3- ويكون له من يمثله في التعبير عن إرادته. المادة 52: الأشخاص الحكيمة تخضع لأحكام القوانين الخاصة بها³¹⁴³.

Tuvimos ocasión de hacer una breve referencia a estas disposiciones en el capítulo tercero. Estos tres artículos suponen el régimen general de las personas jurídicas en Jordania. En primer

a 2- Las personas jurídicas:

Artículo 50: las personas jurídicas son: el estado y los municipios según las condiciones que establece la ley, los organismos públicos y otras entidades a las que la ley otorgue la personalidad jurídica. 2- Las organizaciones y religiones cuyas personalidades jurídicas estén reconocidas por el estado. 3- El *waqf*. 4- Las sociedades mercantiles y civiles. 5- Las asociaciones e instituciones creadas de acuerdo con los preceptos de la ley. 6- Toda agrupación de personas o bienes en las que se constata la personalidad jurídica en virtud de algún texto legal.

Artículo 51: la persona jurídica disfruta de todos los derechos salvo los que estén íntimamente ligados a la condición humana natural; ello dentro de los límites que determine la ley. 2- Poseen: a) *Dimma* patrimonial independiente. b) Capacidad dentro de los límites que concrete el título de su creación o que determine la ley. c) Legitimación procesal activa y pasiva. d) Nacionalidad independiente. Se considera la nacionalidad en la que se encuentre la sede de su administración [...] 3- Tiene quien la represente en la expresión de su voluntad.

Artículo 52: Las personas jurídicas están sujetas a las disposiciones de sus leyes especiales.

lugar, reiteramos que el léxico árabe escogido por el legislador hachemita *-šajšiyya hikmiyya-* sugiere que la personalidad jurídica es una concesión del derecho. El esquema es casi idéntico al de nuestro Código Civil, como comprobaremos seguidamente: enumeración de los entes a los que se considera como personas jurídicas, regulación de sus potestades, derechos, obligaciones y representación para terminar con una remisión a leyes especiales. Entre las instituciones dotadas de personalidad jurídica, el Código jordano incluye con total naturalidad al *waqf*. También menciona a las sociedades civiles y mercantiles, a las que dedica los artículos 582 y siguientes. En ellos realiza un marco general y luego regula las especificidades de la sociedad de trabajo, de *uḡūh* y la *muḡāraba*; tipos clásicos del derecho islámico. Sobre la personalidad jurídica el precepto contenido en el artículo 583 dispone:

المادة 583: 1- تعتبر الشركة شخصاً حكماً بمجرد تكوينها. 2- ولا يحتج هذه الشخصية على الغير إلا بعد إستيفاء إجراءات تسجيل والنشر التي يقررها القانون. 3- ولكن الغير أن يتمسك بهذه الشخصية رغم عدم إستيفاء الإجراءات المشار إليه.³¹⁴⁴

El legislador hachemí ha querido dotar del privilegio de la personalidad jurídica a estos tipos sociales musulmanes; desde el momento de la constitución, aunque con efectos contra terceros únicamente después del registro y publicación salvo que estos aleguen la misma en su beneficio. A pesar de esta determinación legal, en parte similar a la establecida para el *waqf*, no se remite al régimen tradicional *hanafī*, sino que promulga uno propio. Asimismo, los contratos colaborativos agrarios, como la *musāqā*, la *muzāra'a* y la *mugārāsa* se consideran como tipos de arrendamientos en virtud de los artículos 658 a 749. Por otro parte, las sociedades tomadas de los ordenamientos occidentales, como las cooperativas, las sociedades de comandita simple y por acciones (en claro conflicto de leyes con la *muḡāraba*), las de responsabilidad limitada y sociedad por acciones privada y pública, disponen de una ley especial, Ley 22 de 1997³¹⁴⁵.

Nuestro Código Civil dispone:

Artículo 35.

Son personas jurídicas:

1. *Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.*

Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

Artículo 36.

Las asociaciones a que se refiere el número 2 del artículo anterior se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste.

Artículo 37.

La capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos, y la de las fundaciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario.

Artículo 38.

Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución.

a Artículo 583: 1- La sociedad se considera persona jurídica con su simple constitución. 2- No se puede invocar esta personalidad contra un tercero salvo después de cumplimentar los trámites de registro y publicación que establece la ley. 3- Sin embargo, el tercero puede alegar esta personalidad a pesar de no haberse cumplimentado los trámites indicados.

La Iglesia se registrará en este punto por lo concordado entre ambas potestades, y los establecimientos de instrucción y beneficencia por lo que dispongan las leyes especiales.

Artículo 39.

Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas.

El grado de similitud es muy alto. Nuestro legislador no incluye al estado ni a los municipios; teniendo en cuenta la fecha de promulgación, con más razón quedan excluidas las autonomías. En cuanto al estado en su globalidad, existe una polémica entre los juristas patrios sobre si el ordenamiento la reconoce o no que nos limitamos a referir³¹⁴⁶. Por lo que respecta a los municipios, la misma está reconocida en el artículo 140 de la Constitución Española de 1978. En cualquier caso, se comprueba que el régimen jurídico es muy parecido entre ambas legislaciones y entre estas con la persona física, de la que únicamente se distinguen por cuestiones inherentes a estas. No existe ninguna peculiaridad islámica en Jordania, lo que podríamos calificarla de natural, toda vez que el artículo 2.2 de ese cuerpo legal remite al *fiqh* y a la *Šarī'a* como derecho subsidiario. Quizás, en función de la tendencia objetiva del derecho islámico y que este reconoce únicamente personalidad a agrupaciones patrimoniales, la inclusión de las agrupaciones de bienes en el listado de personas jurídicas del artículo 50 dota al precepto de una coherencia lógica con su tradición jurídica islámica, a la que ha querido añadir algunas sociedades tradicionales musulmanas.

^a الكتاب الأول. الإلتزامات بوجه عام. القسم الأول: مصادر الإلتزامات. الباب الأول: الإلتزامات التي تنشأ عن الإلتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة.
[...] الفرع الأول: الأهلية. الفصل 3. الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية. وكل شخص أهل للإلتزام والإلتزام مالم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك³¹⁴⁷.

Por su parte, el Reino de Marruecos acude a una sistemática diferente. No ha promulgado un código civil como se entiende en Europa. Por una parte, el artículo transcrito y traducido forma parte de lo que se denomina *Ley de Obligaciones y Contratos*. Esta norma únicamente regula, tangencialmente, la capacidad civil, capacidad legal y de obrar, de las personas físicas, remitiéndola a la Ley del Estatuto Personal. La única cuestión que reglamenta es la presunción de capacidad, salvo disposición en contrario. Comprobemos lo establecido en ese cuerpo legal:

^b الكتاب الرابع. الأهلية والنيابة الشرعية. القسم الأول. الأهلية وأسباب الحجر وتصرفات الحجر. الباب الأول. الأهلية.
المادة 206: الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء.
المادة 207: أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها.
المادة 208: أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط إكتسابها وأسباب نقصانها أو إنعدامها³¹⁴⁸.

a Libro primero. Las obligaciones en general. Sección primera: las fuentes de las obligaciones. Capítulo primero. Las obligaciones que nacen de los acuerdos y otras declaraciones que expresan la voluntad.

Primera parte. La capacidad. Artículo 3: la capacidad civil del individuo se rige por la ley de su estatuto personal. Toda persona posee capacidad para obligar y obligarse mientras no establezca su ley de estatuto personal lo contrario.

b El libro cuarto. La capacidad y la representación legal. Sección primera. La capacidad y las causas de incapacitación y los actos del incapaz. Capítulo primero. La capacidad.

Artículo 206: la capacidad es de dos clases: capacidad de obligación y capacidad de cumplimiento.

Artículo 207: la capacidad de obligación es la aptitud de la persona para adquirir derechos y soportar los deberes que determine la ley; la acompaña a lo largo de su vida y no puede ser privada de ella.

Artículo 208: la capacidad de cumplimiento es la aptitud de la persona para ejercer sus derechos personales y patrimoniales y ejecutar sus actos. La ley determina las condiciones de su adquisición y las causas de su limitación o ausencia.

El Código de Familia marroquí únicamente se refiere a la capacidad legal y de obrar, no a la personalidad; además, tan solo predica estas capacidades de la persona física, sin mencionar a otros entes. Esta fórmula se ajusta a cierta tradición de los ulemas, según la cual hemos comprobado que prestan atención a la idoneidad para realizar actos jurídicos válidos, sin teorizar sobre la personalidad. Parece coherente con la usanza islámica y está en armonía con ella.

Ante esta laguna, carece de lógica cualquier referencia al *waqf*. No obstante, el país norteafricano ha promulgado un código especial sobre los bienes habices.

^aالباب الثاني: الوقف العام. الفصل الأول: أحكام العامة.

المادة 50: الوقف العام هو كل وقف خصصت منفعته إبتداءً أو مالاً لوجوه البر والإحسان وتحقيق منفعة عامة [...] [...] يتمتع الوقف العام بالشخصية الاعتبارية منذ إنشائه، ويتولى إدارة الأوقاف تدبير شؤونه وفقاً لأحكام هذه المدونة، وتعتبر ممثله القانوني³¹⁴⁹.

La legislación alauí dota al *waqf* cuya finalidad sea pública de personalidad jurídica, algo que no hace con el tipo familiar, privado o de llamamiento sucesivo, regulado en los artículos 108 y siguientes; esta característica nos retrotrae a la distinción del derecho justiniano entre las fundaciones en favor de establecimientos benéficos, que sí disfrutaban de este privilegio, frente a las que se dedicaban a los grupos de menesterosos o similares³¹⁵⁰. En el ordenamiento de nuestros vecinos del sur, no hay una definición general de la personalidad jurídica; se encuentran referencias dispersas y parciales. Por ejemplo, la ley reguladora de las sociedades cooperativas, de comandita simple, comandita por acciones, de responsabilidad limitada y de participación, en su artículo 2 establece que adquirirán la personalidad jurídica tras la inscripción en el registro mercantil³¹⁵¹. Se trata de un precepto que se repite en el artículo 7 de la ley de sociedades anónimas³¹⁵². El escaso interés por esta figura jurídica se confirma.

Algunos países árabes, cuya legislación hemos consultado, se decantan por el modelo jordano. El Código Civil argelino, en los artículos 49 a 52, reproduce un esquema similar al hachemí, incluyendo al *waqf* en la relación de personas jurídicas junto al estado, las provincias y los municipios entre otras, así como a las agrupaciones de bienes, las sociedades civiles y mercantiles, así como las instituciones³¹⁵³; también concede la personalidad jurídica a las sociedades desde su constitución -el artículo 417 es una copia del 583 jordano-, aunque sin distinguir tipos concretos. Los artículos 47 y ss. del Código Civil iraquí tiene un contenido casi idéntico, aunque desglosa algo más los diferentes tipos, entre los que se encuentran los habices³¹⁵⁴. En Egipto esta regulación se encuentra a partir del artículo 52³¹⁵⁵. A todos estos ejemplos se les pueden aplicar los comentarios que hemos realizado respecto al Código Civil jordano, incluido los referidos a los patrimonios personificados.

En otros países, los *ahbās* han sido dotados de personalidad jurídica por leyes especiales. En el Sultanato de Omán en el artículo 2 de Ley de los *awqāf*³¹⁵⁶, o en el artículo 4 de la ley de fundaciones turca (*vaqf* en turco) de 27 de febrero de 2008, fecha de publicación en el Boletín Oficial (Official Gazzete). No obstante, a pesar de ser promulgado por iniciativa de un partido con raíces islámicas, su estructura y contenido se acerca más a legislaciones europeas como la española que a la tradición *hanafī* propia del Imperio Otomano.

De modo patente, legisladores árabes y musulmanes contemporáneos se inspiran en el mundo jurídico occidental a la hora de regular y definir esta institución sin referencias a sus fuentes propias. No obstante, estas nunca pueden ser obviadas completamente; con esta reflexión, resulta más armoniosa la incorporación del *waqf* entre las personas jurídicas y, en especial, la referencia a los grupos patrimoniales, lo que nos da un espaldarazo en nuestra defensa, recurrentemente presente en la tesis, de la singularización de patrimonios que el *fiqh* realiza de grupos de bienes unidos por

a Capítulo segundo: el *waqf* público. Capítulo primero: normas generales.

Artículo 50: el *waqf* público es aquel que dedica su *manfa'a*, desde un principio o monetariamente, a una finalidad piadosa y de virtud o a conseguir una utilidad pública [...]

[...] El *waqf* público disfruta desde su constitución de personalidad jurídica, la gestión de sus asuntos recae en la Administración de los *Awqāf*, quien es considerada como su representante legal.

una regulación propia. El derecho islámico sí regula instituciones encuadrables en la definición de persona jurídica, pero sin que cristalizara en un concepto o conjunto de ellos propios, por lo que el adjetivo de nuestra tesis, inconcluso, está perfectamente justificado. El modelo jordano, calcado en su mayoría por el argelino, que predica la personalidad jurídica de algunos tipos de sociedad se ha visto obligado alterar el régimen de las mismas y modernizarlo; en el caso del *waqf*, mantiene casi íntegra la regulación con algunas pequeñas pinceladas. Estas legislaciones árabes actuales han consumado la personificación de las sociedades, algo a lo que el *fiqh* nunca se acercó, superando a nuestro legislador que no ha reconocido la personalidad a todas las sociedades.

Antes de terminar, repasemos, al igual que realizamos en el capítulo tercero, las principales corrientes teóricas que han indagado sobre la naturaleza de las personas jurídicas, las cuales han ido surgiendo a lo largo de los siglos con el fin de, por contraste, determinar qué postura es la que se observa en el *fiqh*. Una parte de la doctrina califica a las mismas como entes con espíritu propio; el derecho se limita a reconocer esa realidad social preexistente a su inclusión en el mundo jurídico³¹⁵⁷. Otra concepción, denominémosla nominalista, habla de persona *ficta*, creada por la ley mediante la ficción jurídica de aplicarles, en todo lo posible, el régimen de la persona física³¹⁵⁸. Desde otra perspectiva, nos encontramos con entidades nacidas de la unión de personas físicas, o de base personal, y otras que consisten en conjuntos patrimoniales con autonomía jurídica propia.

Estas son las principales líneas sobre la institución que los juristas han ido recorriendo durante siglos, a priori, con carácter previo a su funcionamiento real. Una vez que su vida jurídica ha echado a andar, De Castro³¹⁵⁹ también nos ofrece las principales perspectivas desde las que los estudiosos han observado la institución:

- En cuanto a su condición de sujeto de derecho portador de una voluntad, expone tres opciones: una independiente de los miembros, una voluntad colectiva o un interés de los beneficiarios protegido (socios, los hombres en favor de los que se constituye, al modo de las fundaciones o el propio *waqf*).
- Estos entes ha de actuar en el tráfico jurídico a través de seres humanos y muchos de ellos están formados por un grupo de personas físicas. Entre los tipos de hombres que concurren en su actividad, señala a los socios, que participan en su creación y los administradores o gestores; ambas cualidades pueden coincidir en un mismo individuo.
- Los bienes de los que son titulares se entienden que los ostentan a título de propiedad colectiva, distribuida entre las personas que los componen (por cuotas) o como patrimonio sin sujeto.
- En cuanto a la toma de decisiones, se ha de estudiar su estructura orgánica y la potestad de dictar sus propias normas de funcionamiento.

Aplicando esta lógica, ¿a qué tipo de persona jurídica corresponde cada una de las dos clases de centros de imputación de derechos y obligaciones distintos al ser humano propias del *fiqh*? Comencemos según el orden de aparición en nuestra tesis:

En cuanto a la *bayt al-māl*, no cabe duda de su pertenencia al tipo fundacional de las personas jurídicas. Su naturaleza dimana directamente de ser un patrimonio compuesto por un conjunto de bienes, derechos y obligaciones; ningún rol tienen las personas que intervienen en su funcionamiento o los destinatarios finales de su actuación en la tipificación del tesoro como sujeto de derecho.

En otro orden de cosas, ¿se trata de una creación de la *Šarī'a*, o, por el contrario, lo trascendente radicaría en ser un reconocimiento por la misma de una realidad que la precede? Quizás esta dicotomía sea ajena a la ley islámica. No obstante, si tenemos en cuenta la naturaleza

del derecho subjetivo para el *fiqh*, como todo el ordenamiento musulmán, los derechos y todos los preceptos legales tiene su origen en mandatos divinos, por lo que, aquello que Dios no establece, no existe para el derecho³¹⁶⁰. Allāh es el único legislador. Según Hallaq, cita que hemos referido en varias ocasiones, la *Šarī'a* se caracterizaría por lo siguiente: *consiste en un sistema hermenéutico, conceptual, teórico, práctico, educativo e institucional, que hemos venido en llamar Ley islámica. Es un proyecto colosal para edificar un imperio moral-legal cuyo impulso estructural y fundacional se resume en un continuo intento por descubrir la voluntad moral de Dios*³¹⁶¹. Es decir, la voluntad divina es previa y el derecho trata de hallarla. Por eso, la regulación de los ulemas de la *bayt al-māl* materializa los preceptos de la divinidad sobre la misma, mas sería difícil afirmar que se trata de una realidad anterior que es reconocida por el derecho al normalizarla. Dios es quien «promulga» la norma -el Islam cree que es el Creador de todo, instituciones jurídicas incluidas- y el alfaquí accede a ella, bien por revelación directa en *El Corán*, o bien en los hadices del Profeta, o por uso de mecanismos legales como la analogía. En este caso, todos los preceptos que fijan el régimen jurídico del tesoro se encuadrarían dentro de la *iytihād* de los ulemas, ya que son casi inexistentes las aleyas coránicas o dichos del profeta directamente aplicables.

En el ámbito de su funcionamiento, hemos de hacer las siguientes puntualizaciones:

- La voluntad que porta la *bayt al-māl* como sujeto de derecho, sin estar explicitada, sí es fácilmente identificable. En principio, el tesoro ha de sufragar los intereses de los musulmanes³¹⁶², en virtud de las fetuas del cadí 'Iyyāḍ, y sus fondos destinarse a los mismos, en palabras de al-Māwardī³¹⁶³. En una sociedad teocrática como la islámica, la competencia para definir este interés corresponde al califa o imán supremo. Nombra a sus funcionarios³¹⁶⁴, valora los gastos y obligaciones contra el tesoro y efectúa los pagos en los plazos establecidos³¹⁶⁵. En definitiva, todos los actos, negocios, contratos que afecten a esta institución se llevan a cabo, con eficacia jurídica, por el imán o su delegado. Interés protegido y competencia nos sirven de indicios sobre cuál es la voluntad propia de esta persona jurídica. En una autocracia de derecho divino, la decisión parte de una persona y, mediante sucesivas encomiendas, va descendiendo hasta llegar al funcionario que ejecuta³¹⁶⁶. En conclusión, será la voluntad califal la que rijan esta institución, si bien, se supone que modulada por el interés de la comunidad de los creyentes, la *umma*, todos los musulmanes.
- ¿Qué tipo de seres humanos son los que actúan en nombre del tesoro? Esta pregunta se responde directamente con la reflexión incluida en el párrafo anterior. La autoridad competente, el califa, cumplimentará aquellos actos necesarios en la actuación del tesoro. No obstante, es posible delegar esta intervención en el empleado que estime oportuno, cambiarla o removerla libremente. Nos encontramos ante un poder absoluto, que, sin entrar en consideraciones morales o políticas, simplifica esta problemática al máximo. El califa ingresa los bienes y derechos de la *bayt al-māl*, nombra y organiza los funcionarios encargados de la administración de la misma, contrae las obligaciones y efectúa los pagos. Es necesario recordar que, en función del régimen jurídico de la delegación, los efectos jurídicos de los actos del delegado se entienden que afectan a la esfera del delegante.
- ¿Cuál es el título de propiedad sobre los bienes del tesoro? A esta cuestión le dedicamos un apartado especial en el epígrafe sobre la *bayt al-māl*. En aquel momento señalábamos tres posibilidades: el califa, el propio tesoro y la *umma*. La primera es la preferida por Ibn Jaldūn³¹⁶⁷, la segunda no está refrendada en ningún texto al que hayamos accedido. Finalmente, creemos, como ya hemos afirmado en numerosas ocasiones, que el conjunto patrimonial que configura la *casa del dinero* pertenece a todos y cada uno de los musulmanes considerados como una comunidad de bienes y un grupo indeterminado. Es decir, no poseen una cuota concreta, aunque se pueda presuponer que es una parte alícuota, hasta que se produjera un hipotético reparto.

- El mecanismo por el que se elige qué y cómo hacer, ejercer derechos y cumplir obligaciones, tampoco presenta dificultad y, como otros interrogantes, ya le hemos dado una respuesta. Es el imán supremo quien decide o señala la persona en la que delega tal decisión. En ningún supuesto los ulemas han planteado otorgar a la entidad una potestad estatutaria de manera análoga a las iglesias particulares u otras entidades de base personal³¹⁶⁸. El tesoro no está capacitado para autorregularse.

Por lo que al *waqf* se refiere, es verdad que se han recopilado hadices de Muḥammad que fijan el marco jurídico básico de esta figura. El pilar sobre el que asienta su régimen lo representa el famoso dicho: “*si lo deseas, retén la raíz sin venderla ni donarla*”³¹⁶⁹ en la versión recogida por al-Taḥāwī. También, entre otras muchas, nos hemos basado en la más famosa, compilada en su obra por al-Bujārī: “*si lo deseas, retén la raíz y da la tierra como ṣadaqa*”³¹⁷⁰. Por supuesto, su pertenencia al grupo de las personas jurídicas fundacionales, *universitas bonorum*, es indiscutible. A pesar de los precedentes preislámicos señalados en el capítulo séptimo y el reconocimiento de la preexistencia de fundaciones cristianas, en atención a la naturaleza de la *Šarī'a*, es posible afirmar, sin desviarnos mucho de la realidad, que se trata de una creación del *fiqh*, a través de una norma promulgada, si se permite el neologismo, por el propio Muḥammad. Sin embargo, la verdadera esencia de sujeto autónomo de derecho resulta ser una creación de los *fuqahā'* a largo de los siglos, desarrollando este precepto del Profeta y construyendo una reglamentación mucho más compleja y completa. El hadiz, sin que cambie su esencia por cada compilación, diferente en sus términos, realizada por los especialistas en dichos del Enviado de Dios, provocaría que se encuadrara con mayor facilidad dentro del ámbito del derecho de propiedad que en el campo de la personalidad. Permite que, por voluntad del propietario constituyente, el dominio de un bien se divida en dos: un dominio directo indisponible y una propiedad útil que se explota económicamente en beneficio de terceros, personas o cosas. La evolución es indudable.

Por supuesto, su pertenencia al grupo de las personas jurídicas fundacionales, *universitas bonorum*, es indiscutible. Este conjunto patrimonial ha de hacer frente a obligaciones (por ejemplo, los gastos de mantenimiento), obtiene ingresos que se han de destinar a las finalidades definidas por el fundador; para ello goza de una capacidad de obrar, amparada junto con la jurídica, por el derecho en un plano de igualdad con los seres humanos.

Cuando la institución está funcionando y se halla activa en el tráfico jurídico, es posible condensar los aspectos más destacados del *waqf* de la siguiente forma:

- La voluntad de la institución la define el fundador en el acto de constitución; la misma crea un interés independiente de las personas intervinientes correspondiendo al administrador velar por su cumplimiento³¹⁷¹. Hasta tal punto, esto es así que alguna fetua afirma: *Porque las palabras del fundador son como las palabras del Legislador, que deben aplicarse, en su sentido, atendiendo a los textos y sus explicitaciones...*³¹⁷². Además de establecer un paralelismo con la máxima del derecho común europeo según la cual la voluntad de las partes es la ley del contrato, hemos de destacar que el acto de institución del *hubs* genera una reglamentación *ex novo* e irreformable y con una intención de eternidad. Nace un nuevo sujeto de derecho de duración indefinida. Estas disposiciones iniciales, al mismo tiempo, también designan unos beneficiarios cuyos intereses han de ser protegidos. En este caso, por la propia naturaleza del negocio jurídico, esta materia no está afectada por ningún tipo de ambigüedad o falta de claridad. Además, la costumbre de llevar a cabo las fundaciones por escrito facilita la consulta de los términos y estipulaciones establecidas.
- En cuanto al segundo aspecto que hay que comentar, su actividad, igualmente queda clara la persona que acomete todas las acciones relativas a la misma. Hay un cargo cuya presencia es requisito *sine qua non* sería válido el habiz: el administrador. Realmente no se trata de un requisito de constitución del negocio jurídico, pues si el fundador no ha estipulado nada al respecto, el acto no deviene nulo, sino que existen herramientas jurídicas subsidiarias. Ahora

- bien, su libertad para realizar sus funciones está bastante más constreñida que la del califa a la hora de disponer de los bienes y derechos del tesoro. El cargo supone la explotación del dominio directo al objeto de que los beneficiarios reciban el dominio útil, usufructo o rentas; ha de velar por conservar el patrimonio y mantenerlo en condiciones óptimas de explotación. Es imprescindible subrayar que, salvo de forma excepcional por algunas escuelas, en cuanto al nombramiento del propio fundador o los beneficiarios, esta persona no es propietaria de ninguno de los dos dominios. Esta es la clave de que coloquemos a los habices entre las personas jurídicas y no entre las propiedades especiales de tipo fiduciario.
- Los *awqāf* se significan por una segmentación de la propiedad en dos dominios derivados de aquella y con bastante independencia jurídica, que los dota de una carta de naturaleza propia de cada uno. A riesgo de reiterarnos, el derecho inicial se descompone en un dominio directo -o en ocasiones *nuda* propiedad- y otro útil -usufructo en determinadas circunstancias, o incluso mero uso-. A pesar de que cada escuela aporta su propia teoría -incluso a veces existen varias corrientes conviviendo en ellas- sobre la titularidad de estos dominios (en realidad sobre la del dominio directo, pues el útil, por unanimidad, la asignan a los beneficiarios), se conoce con claridad y sin atisbo de duda quién es el propietario del dominio directo; únicamente hay que conocer si se aplica el *fiqh ḥanbalī*, el *šāfi'ī*, el *ḥanafī* o el *mālikī*. Hemos de poner el acento en que en ningún caso el dominio directo del patrimonio pasa a ser titular del propio habiz, entendido como ente independiente. Ahora bien, es perfectamente admisible que la cualidad de beneficiario, por tanto dueño del dominio útil, recaiga sobre un edificio o establecimiento: mezquita, escuelas, hospitales y un largo etcétera.
 - Qué, cuándo y cómo se ha de hacer está determinado por la voluntad del fundador, quien establece una administración y reglas de funcionamiento muy detalladas. En todo lo que esté decidido en el acto de constitución del habiz, el administrador no pasa de ser un mero ejecutor de las instrucciones dadas. En todas aquellas medidas que se tuvieran que tomar sin que exista una estipulación expresa de quien instituyó el *waqf*, la norma básica sería la de velar por el interés del *hubs*, separado del de los beneficiarios; en especial, la intención es su mantenimiento en el mejor estado de producción posible. En cualquier caso, se hace imprescindible referirnos a un sistema de control perfectamente definido y establecido por los alfaquíes, el juez. Los *cadīs* musulmanes nombran administradores en caso de lapsus por parte del fundador, controlan la actividad de aquellos, los remueven del cargo en caso de no cumplir las disposiciones fijadas en el acto fundacional y también están facultados para autorizar la venta de los bienes, en casos tasados, con la finalidad de adquirir otros con el precio y asegurar la consecución de la finalidad fijada.

Hemos venido manejando una definición de persona jurídica de ámbito general, válida para cualquier tipo, en cualquier lugar y momento histórico. El mismo jurista que nos la ha proporcionado, nos regala otra centrada en una clase especial de ente jurídico autónomo: la fundación. En muchas ocasiones, hemos acudido a este término, junto al de habiz, a la hora de traducir los árabes *waqf*, *hubs*, o *šadaqa muḥarrama*. Ha llegado el momento de exponer los motivos que nos ha llevado a ello. Según de Castro, el concepto de fundación sería el siguiente: “*la personificación de la organización, instituida y reglada por el fundador, para realizar el fin benéfico al que destina una masa de bienes*”³¹⁷³. En el habiz, quien realiza el negocio jurídico crea e instituye una organización, básica, pero organización al fin y al cabo, en la que un administrador, con unas reglas claras, explota unos bienes para entregar su producto a unos beneficiarios. Este conjunto es considerado por el derecho como una persona jurídica en virtud de los argumentos que expusimos en su momento. ¿Cuál es la aportación de los ulemas musulmanes a esta definición que se ajusta al modelo que han creado? La respuesta la encontramos en la partición del dominio: los habices son figuras jurídicas fundacionales en las que el elemento más significativo radica en que la

propiedad sobre los bienes que sirven de base al *waqf* se divide en dos como hemos comprobado. Si redujéramos los *aḥbās* a una fórmula, esta sería algo así como *waqf*=fundación+división del dominio.

Hemos aplicado un concepto jurídico propio del derecho occidental al *fiqh* a fin de localizar instituciones que respondan a los requisitos básicos del mismo. Hemos hallado dos: la *bayt al-māl* y el *waqf*. Si la tesis se hubiera limitado a esto, tendría un valor insuficiente; más trascendente que este resultado resulta hollar la misma senda que en los derechos latinos ha transitado la institución, los desafíos sociales a los que ha dado respuesta y las diferentes concepciones de la misma. En paralelo, hemos tratado de trazar el mismo sendero en la ley islámica. En este itinerario histórico-jurídico, hemos realizado importantes descubrimientos que coadyuvan a comprender ciertos detalles y globalmente el *fiqh*, sus premisas existenciales, su lógica y sus respuestas a los mismos interrogantes que los juriconsultos y estudiosos del derecho en nuestra cultura se han planteado a lo largo del tiempo.

¿Cuáles son las ideas básicas que desearíamos que quedaran en la mente de la persona que se acerca a esta humilde aportación al conocimiento del derecho islámico? En primer lugar, los alfaquíes islámicos han tenido ante sí menos estímulos que los incentivarán a acudir a este expediente: el *tawḥīd* los aleja del corporativismo como explicación a los entes personales, en especial los políticos, así como les hace innecesario explicar la separación de la Iglesia (no existe siquiera nada comparable a la misma) y del Estado; la continuidad en el tiempo queda garantizada con el expediente de los grupos indeterminados, los cuales, si bien adolecen de menor seguridad jurídica, como herramienta sí cumplen su misión; la lógica interna del derecho islámico los centra sobre los objetos y la transformación que los negocios jurídicos producen sobre la realidad sensible, quedando en un segundo plano (normalmente el de la eficacia de los actos) los sujetos de derecho; la continuidad sucesoria entre sujetos no es tal, pues se liquida un patrimonio para entregar un remanente a los herederos.

En la *Šarī'a*, *stricto sensu*, no se produce una legislación *ex novo*, sino que se ha de averiguar la voluntad del Legislador, siempre previa, y aplicarla a cada circunstancia novedosa. Este hecho produce cierta sensación de estatismo, de ahí nuestra metáfora de la fotografía, poco propensa para un ente dinámico como la persona jurídica. Asimismo, tradicionalmente se ha observado una esclerosis en la ciencia jurídica islámica desde la Baja Edad Media. Ante esta circunstancia, brevemente, hemos expuesto la resolución ofrecida por algunas legislaciones actuales. Es destacable la propuesta jordana. Adopta las premisas occidentales, sin desechar la herencia *ḥanaḥī*. Establece una noción de persona jurídica casi idéntica a la occidental, pero incluye en ella a la institución de derecho civil musulmán más próxima: los bienes habices; también se refiere a los grupos de bienes. Esta inclusión se realiza sin cambiar en nada el régimen jurídico clásico de los seguidores de Abū Ḥanīfa. Por otro lado, modifica y depura los tipos societarios islámicos de tal manera que aquellos que considera más cercanos se vean protegidos por el paraguas de la personalidad islámica, dejando los otros dentro de la categoría de arrendamiento. El tesoro público, al igual que ha ocurrido históricamente, sigue sus propios derroteros.

Finalizamos esta investigación confiando en que el estudioso del derecho islámico y cualquier lector, que se aproximen a la misma, descubran como nosotros que la personalidad jurídica no es una institución ajena al *fiqh*, aunque sí con su propia sistemática y coherencia interna, las cuales, a veces, ante la falta de profundización sobre quién es el sujeto de derecho en algunas situaciones y relaciones jurídicas, nos cause perplejidad. Ahora bien, todo el desarrollo de estas figuras jurídicas musulmanas estudiadas quedó inconcluso. Algunas codificaciones árabes han intentado cohonestar su tradición con una regulación actual de la personalidad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA.

MONOGRAFÍAS

- Abdelkefi, Mohamed. *La mujer musulmana (a través del matrimonio)*. 1998. Madrid. Vulcano.
- Abellán Velasco, Manuel. *Los fideicomisos a través de la literatura específica de los juristas romanos*. 1982. Madrid. Departamento de Derecho romano. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.
- Aguirre Sádaba, Francisco Javier. *El Kitab al-Muqni fi ilm al surut: de Abu Ya'far Ahmad Ibn Mugit al-Tulaytuli, edición crítica de la obra y traducción de los contratos de compraventa, cartas de manumisión, denuncias y alegaciones*. 1998. Granada. Universidad de Granada.
- Akar, Tuba. *The Role of Waqf in Shaping and Preservin Urban Areas: The Historical Commercial Center o Adana. Held in Trust. Waqf in the Islamic World*, ed. Ghazaleh, Pascale. 2011. El Cairo. The American University in Cairo Press.
- Aparicio Pérez, Antonio. *Las grandes reformas fiscales del Imperio Romano (reformas de Octavio Augusto, Diocleciano y Constantino)*. 2006. Oviedo. Universidad de Oviedo.
- Archi, Gian Gualberto. *Teodosio II e la sua Codificazione*. 1976. Nápoles. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Ayala Martínez, Carlos de. *Sacerdocio y reino en la España Altomedieval*. 2008. Madrid. Silex.
- Aziz, S. Atiya. *A History of Eastern Chistianity*. London. Methuen & Co. Ltd
- Aznar, Antonio Domingo. *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. 1999. Barcelona. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Baer, Gabriel. *Population and Society in the Arab East*. 1963. Londres. Routledge.
- Barceló, Miquel. *El sol que salió por occidente*. 2010. Valencia Universidat de València.
- Blanch Nougés, José María. *Régimen jurídico de las fundaciones en el Derecho romano*. Dykinson.
- Binns, John. *Las Iglesias Cristianas Ortodoxas*. 2009. Tres Cantos. Akal.
- De Boni, Luis Alberto. "El Pontificado de Bonifacio VIII". Iglesia y Estado. *Teorías políticas y relaciones de poder en tiempo de Bonifacio VIII (1294-1303) y Juan XXII (1316 -1334)*. Bayona Aznar, Bernardo y de Camargo Rodrigues de Souza, José Antonio Editores. 2016. Zaragoza. Universidad de Zaragoza.
- Bowersock, G. W. *Roman Arabia*. 1983. London. Cambridge University Press.
- Brunshvig, Robert. "Contribution à l'histoire du contrat de khamessat en Afrique du Nord". *Études sur l'Islam classique et l'Afrique du Nord*. 1986. London. Galliard Printer Ltd.
- Buckhardt, Titus. *El arte en el islam. Lenguaje y significado*. 1988. Palma de Mallorca. José de Olañeta.
- Carballeira Debasa, Ana María. *Legados píos fundaciones familiares en Al-Andalus. (Siglos IV/X y VI/XII)*. 2002. Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Cahen, Claude. *El Islam. I desde los orígenes hasta el comienzo del Imperio otomano*. Paracuellos del Jarama. 1992. Siglo XXI Editores España.
- Calvo Ortega, R., & Calvo Végez, J. *Curso de derecho financiero. I, Derecho tributario. Parte general y parte especial. II, Derecho presupuestario* (23ª edición). Pamplona 2019. Civitas-Thomson Reuters.
- Cano Ávila, Pedro. *El contrato de obra o servicio según los malikíes*. 1997. Madrid s.n

- Cano Ávila, Pedro. *Sobre la transmisión del usufructo en el Derecho Maliki Andalusi*. 1994. Madrid. Madrid.s.n.
- Castellanos, Santiago. *Constantino. Crear un emperador*. 2010. Madrid. Sílex Ediciones, S.L.
- De Castro y Bravo, Federico. *La Persona Jurídica*. 1981. Madrid. Editorial Civitas, S.A.
- Castro Sáenz, Antonio. *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*. 1998. Sevilla. Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones.
- Chalmeta, Pedro. *Invasión e islamización: la sumisión de Hispania y la formación de al Andalus*. 2003. Jaén. Universidad de Jaén.
- Chalmeta Gendrán, Pedro. *El señor del zoco: edades media y moderna, contribución al estudio de la historia del mercado*. 1973. Madrid. Instituto de Estudios Árabes.
- Charles, Raymond. *Le droit musulman*. 1965. Paris. Presses Universitaires de France.
- Clavero, Bartolomé. *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla 1369-1836*. Siglo XXI Ediciones.
- Clemente Meoro, Mario Enrique “El usufructo I: concepto, estructura y contenido”. *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Editores: López y López, Ángel M.^a y Montés Penedés. 1994. Valencia. Tirant lo Blanch libros. Páginas 589 yss.
- Cohen, Mark R. *Maimonides and the Merchants Jewish Law and society in the Medieval Islamic World*. 2017 Philadelphia. University of Pennsylvania Press.
- Collinet, Paul. *Histoire de l'école de droit de Beyrouth*. París 1925. Société Anonyme de Recueil Sirey.
- Contreras Peláez, Francisco J. *Liberalismo, catolicismo y ley natural*. 2013. Madrid. Ediciones Encuentro, S.A.
- Coulson, Noel. J. *A History of Islamic Law*. 1964. Edingburg. Edingburgh University Press.
- Cosialls Ubach, Andrés Miguel. “Concepto, Constitución y Funcionamiento de la Comunidad de Bienes”. *Comunidad de Bienes y Sociedad Civil*. Dir. M.^a Ángeles Parra Lucán. Cood. Isaac Tena Piazuelo. 2017. Valencia. Tirant lo Blanch libros.
- Cruz Hernández. *Abu-l-Walid Ibn Rusd (Averroes): vida, obra, pensamiento, influencia*. 1997. Córdoba. Cajasur, Obra Social y Cultural
- Cruz Hernández, Miguel. *El Islam de Al-Ándalus*. 1996. Madrid. Instituto de Cooperación con el Mundo Árabe.
- Cuenca Boy, Francisco. *El fideicomiso de residuo en el Derecho romano y en la tradición romanística hasta los Códigos Civiles*. 2004. Universidad de Cantabria.
- Dagron, Gilbert. *Emperador y Sacerdote: Estudio sobre el cesaropapismo bizantino*. Granada 2007.
- Dignas, Beate and Winter, Engelbert. *Rome and Persia in late Antiquity. Neighbours and rivalls*. 2007. Cambridge. Cambridge University.
- D'Emilia, Antonio y Castro, Francesco. *Scritti di diritto islamico*. 1976. Roma. Istituto per l'Oriente.
- Espinar Moreno, Manuel. *Bienes habices del reina de Granada: las alquerías de las Gabias*. 2009. Tuusula: Profesor Heikki Palv. Páginas 26 y 27.
- Estévez Brasa, Teresa M. *Derecho civil musulmán*. 1981. Buenos Aires. Ediciones Depalma.
- Fédou, René. *El estado en la edad media*. 1997. Madrid. EDAF, Ediciones.distribuciones, S.A.
- Feenstra, Robert. “Foundations in Continental Law since the 12th Century: The legal Person Concept and Trust like devices”. *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*. ed. Richard Helmholz y Reinhard Zimmermann. Berlin. Duncker & Humblot
- Fernández Barreiro, Alejandrino y Paricio, Javier. *Fundamentos de Derecho privado romano*. 1993. Madrid. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

- Fernández Huerta, Antonio. “El principio de unidad de caja en la Seguridad Social”. *El sistema de pensiones en España*. Cood. Antonio Millán García. Madrid. 2019. Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- Ferrara, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Granada 2006. Editorial Comares.
- Ferrini, Contardo. *Teoria generale dei legati et dei fedecommissi secondo il diritto romano*. 1976. Roma. L’Erma di Brestschneider.
- Finkelstein, Israel y Silberman, Neil Asher. *The Bible Unearthed. Archeology’s New Vision of Anciant Israel and the Origin of Its Sacred Texts*. 2002. New York. Touchtone.
- Fortea Pérez, José Ignacio. “La sociedad estamental”. *Historia de Europa*. Barcelona. 2007. Espasa Calpe. Páginas 589-680.
- Fuentes Ganzo, Eduardo. Coord. *De las cortes históricas a los parlamentos democráticos. Castilla y León, s XII*. 2003. Madrid. Dykinson XXI.
- Galgano, Francesca. *Attività Normative e Resistenze delle Pratica Nell’Oriente Provinciale Romano. Successioni ereidtarie e rapporti familiari in una lettura del manoscritto Londinese del cd. Liber Syro-romanus*. 2017. Nápoles. Editoriale Scientifica.
- García de Cortázar, José Ángel. *Historia de España. 2. La época medieval*. Dirigida por Miguel Artola. 1988. Madrid. Alianza editorial.
- García-Pelayo, Manuel. *El reino de Dios, arquetipo político (estudio de las reformas políticas de la Edad Media)*. Madrid. Revista de Occidente.
- García Sanjuán, Alejandro. “La formación de la teoría *mālikī* sobre los lugares de culto de los *ḍimmīes*”. *The Legal Status of Ḍimmī-s in the Islamic West. (second/eighth-nineth/fifteenth centuries)*. Ed. Maribel Fierro and John Toland. Turhond. Brepols. 2013. Páginas 131-156:
- García Sanjuán, Alejandro. *Hasta que Dios Herede la tierra*. Huelva. 2002. Universidad de Huelva.
- García Sanjuán, Alejandro. *Yihad: la regulación de la guerra santa en la doctrina islámica clásica*. Madrid. 2020. Marcial Pons; Historia.
- Gayo. *Instituciones*. Coordinación general y prólogo de Francisco Hernández-Tejero. 1985. Madrid. Editorial Civitas, S.A.
- Ghazaleh, Pascale. Ed. *Held in Trust. Waqf in the Islamic World*. El Cairo. The American University in Cairo Press.
- Gierke, Otto Friedich Von. *Teorías políticas en la Edad Media*. 1995. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- Gierke, Otto Friedich von. *Función social del Derecho privado y otros estudios*. 2015. Albolote. Comares.
- Goldziher, Ignác. *Le dogme et la loi de l’Islam. Histoire du développement dogmatique et juridique de la religion musulman*. 1973. Paris. Librerie Orientaliste Paul Geuthner. S.A.
- Glick, Thomas F. *Cristianos y musulmanes en la España Medieval (711-1250)*. 1993. Madrid Alianza Editorial.
- Goldstein, Mateo. *Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud*. 1947. Buenos Aires. Atalaya.
- Hallaq, Wael B. *An Introdution to Islamic Law*. 2009. Cambridge. Cambridge Univeristy Press.
- Hallaq, Wael B. *The Imposible State. Islam, Politics, and Modernity’s Moral Predicament*. 2013. New York. Columbia University Press.
- Hammond, Philip C. *The Nabateans: their history, culture and archaeology*. Göteborg Paul Astroms, 1973.

- Hanna, Nelly. "Guild Waqf: Between Religious Law and Common Law". *Held in Trust. Waqf in the Islamic World*, ed. Ghazaleh, Pascale. El Cairo. The American University in Cairo Press. 2011. Páginas 135-153.
- Healey, John F. *The Religion of the Nabateans*. 2001. Leiden. Brill.
- Helmholz, Richard and Zimmermann, Reinhard. *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*. Berlin. Duncker & Humblot.
- Hennigan, Peter C. *The Birth of a Legal Institution. The Formation of the Waqf in Third-Century. A Hanafī Legal Discourse*. Boston. 2004. Brill Leiden.
- Homo, Leon. *Las instituciones políticas romanas. De la ciudad al estado*. Ciudad de México. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- Ibrahim, Nasi. "The Sadir al-Fuqaha' wa-l-Fuqara' Endowment (Salah al-Din al-Ayyubi) in Alexandria during the Eighteenth Century". *Held in Trust. Waqf in the Islamic World*, ed. Ghazaleh, Pascale. 2011. El Cairo. The American University in Cairo Press.
- Von Ihering, Rudolph. *El fin en el Derecho*. 2011. Granada. Comares.
- Johansen, Baber. *The Islamic Law On Tax and Rent. The Peasants' Loss of Property Rights as Interpreted in the Hanafite Legal Literature of the Mamluk and Ottoman Periods*. 1998. New York. Croom Helm.
- Johnston, David. *The Roman Law of Trust*. 1988. Oxford. Clarendon Press.
- Kepel, Gilles. *La yihad: expansión y declive del islamismo*. Barcelona. 2001. Península.
- Köprülü, Mehmed Fuad. *Some Observations on the Influence of Byzantine Institutions on Ottoman Institutions*. 1999. Ankara. Türk Tarih Kurumu Basemievi.
- Lambton, Ann K. S. *State and Government in Medieval Islam. An Introduction to the Study of Islamic Political Theory: The Jurists*. 2006. London. Routledge Curzon Taylor & Francis Group.
- Lara Peinado, Federico. *Código de Hammurabi*. Madrid. Editorial Tecnos. 3ª Edición. 1997.
- Lagardere, Vincent. *Les Almoravides. Le Djihad Andalou (1106-1143)*. 1998. Paris. Éditions L'Harmattan.
- Lagardère, Vincent. *Histoire et société en occident musulman au Moyen Age : analyse du Mi'yad'al-Wansarisi*. 1995. Madrid. Casa Velázquez.
- Lecker, Michel. *Jews and arabs in preislamic and early islamic Arabia*. 1998. Aldershot. Brookfield, Vt : Ashgate/Variorum.
- Lévi-Provençal, Évariste. *L'Espagne Musulmane au X^{ème} Siècle. Institutions et Vie Social*. 1932. Paris. Larose.
- Linehan, Peter. *The Processes of Politics and the Rule of Law: Studies on the Iberian kingdoms and Papal Rome in the Middle Ages*. 2002. Aldershot : Ashgate.
- López y López, Ángel M^a. y Montés Penedés. *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. 1994. Valencia. Tirant lo Blanch libros.
- Lozano, Arminda. "Imperium Romanun and the Religious Centres of Asia Minor. The Intervention of Roman Political Power on the Temples of Asia Minor". *Ruling the Greek World. Approaches to the Roman Empire in the East*. ed. Juan Manuel Cortés Copete, Elena Muñiz Grijalvo and Fernando Lozano Gómez.
- Maldonado y Fernández del Torco, José. *Herencias en favor del alma en el derecho español*. 1944. Madrid. Revista de Derecho Privado.
- Martín Rodríguez, José Luis. *Las cortes medievales*. 2006. Madrid. Alba Libros.
- Martínez Giner, L., & Aliaga Agulló, E. *Manual de derecho presupuestario y de los gastos públicos (3ª edición)*. Valencia. 2018. Tirant lo Blanch.
- McCall, Brian. *La corporación como sociedad imperfecta*. 2015. Madrid. Marcial Pons.
- Meiksins Wood, Ellen. *De ciudadanos a señores feudales. Historia social del pensamiento político de la Antigüedad a la Edad Media*. Barcelona. Buenos Aires. México.

- Melchor Gil, Enrique. *El Mecenazgo cívico en la Bética: la contribución de los evergetas al desarrollo de la vida municipal*. 1994. Córdoba. Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones.
- Meouak, Mohamed. *Pouvoir souverain, administration centrale et élites politiques dans l'Espagne Umayyade : (IIe-IVe, VIIIe-Xe siècles)*. 1999. Helsinki. Academia Scientiarum Fennica.
- Monnier, Henry. *Etudes de droit byzantin*. 1974. London. Variourum Reprints.
- Morán, Gloria M.^a. *Comunidad política y religiosa : claves de la cultura jurídica europea*. 2008. Oleiros (La Coruña). Netbiblo, D.L.
- Mora Alarcón, José Antonio. *Comunidad de Bienes*. Tarragona. 1991. Edita el autor.
- Murga, José Luis. *Donaciones y Testamentos-in bonum animae en el Derecho Romano Tardío*. Pamplona 1968. Ediciones Universidad de Navarra, S.A.
- Nallino, Carlo Alfonso. *Raccolta di Scritti Editi e Inediti, Vol. IV. Diritto Musulmano. Diritti Orientali Christiani*. 1942. Roma. Instituto per l'Oriente.
- Nasr, Seyyed Hossein. *Ideals and Realities of Islam*. 2001. Chicago. New rev. ed.
- Nicolet, Claude. *Tributum: recherches sur la fiscalité directe sous la République romaine*. 1976. Bonn. Habelt.
- Owsia, Parviz, *Formation of Contract. A Comparative Study under English, French, Islamic and Iranian Law*. 1994. London. Graham & Trotman Limited.
- Ostrogorsky, George. *Historia del Estado Bizantino*. 1983. Madrid. Akal.
- Panizo Orallo, Santiago. *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinebaldo de Fieschi (Inocencio IV)*. 1975. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra, S.A.
- Paricio, Javier. *Historia y Fuentes del Derecho Romano*. 1992. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Perikhanian, Anahit. *The Book of a Thousand Judgements (a sasanian law-book)*. 1980. Costa Mesa. California. Mazda Publishers.
- Potter, David. *Constantino el Grande*. 2013. Barcelona. Editorial Planeta.
- Pourshariati, Parvaneh. *Decline and fall of the Sasanian empire: the Sasanian-Parthian confederacy and the Arab conquest of Iran*. 2008. London. I.B. Tauris in association with the Iran Heritage Foundation.
- Powers, David Stephan. *Law, society, and culture in the Maghrib, 1300-1500*. 2002. Cambridge, New York. Cambridge University Press.
- Prats Albentosa, Luis “El derecho de superficie”. *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Editores: López y López, Ángel M.^a y Montés Penedés. 1994. Valencia. Tirant lo Blanch libros. Páginas 589 yss.
- Quesada Martos, Juan. *El mundo jurídico de Al Andalus*. 2004. Madrid. Delta.
- Rahne, Hugo. *L'Église et L'État dans le Christianisme Primitif*. 1964. Paris. Les Editions du Cerf
- Ramírez del Río. José. *La orientalización de al-Andalus. Los Días de los Árabes en la Península Ibérica*. 2002. Sevilla. Secretariado de publicaciones Universidad de Sevilla.
- Ramírez del Río, José. *El libro de las batallas de los árabes*. 2002. Madrid. Boreal.
- Ramón Guerrero, Rafael. “Algazel: Crisis del califato abasí y teoría del Poder”. *Historia del análisis político*. Ed. Pablo Sánchez Garrido. 2011. Madrid. Tecnos.
- Ribas Alba, José María. *Constitucionalismo Romano. Los límites jurídicos del Poder en la antigua Roma*. 2019. Madrid. Editorial Tecnos. Páginas 87 y ss.
- Ribas Alba, José María. *De la donación al contrato*. 2016. Madrid. Editorial Tecnos
- Ribas Alba, José María. *Génesis del Derecho en Roma. Prolegómenos al estudio del Derecho romano arcaico*. 2015. Madrid. Editorial Tecnos.
- Ribas Alba, José María. *Prehistoria del Derecho*. 2015. Granada. Editorial Almuzara.

- De Robertis, Francesco M. *Storia delle corporazioni e del rigimine associativo nel mondo romano*. Bari. Adriatica Editrice.
- Roldán Castro, Fátima. *La mujer musulmana en la historia*. 2007. Huelva. Universidad de Huelva.
- Roser Nebot, Nicolás. *Religión y Política: la concepción islámica*. 2002. Madrid. Fundación Sapere Aude.
- Roth Clausing, Ph. D. *The Roman Colonate. The Theories of its Origin*. 1963. Roma. “L’Erma” di Brestschneider.
- Roux, Georges. *Mesopotamia, Historia política, Económica y Cultural*. 1998. Tres Cantos. Madrid. Akal.
- Rubio Rodríguez, Juan José. *Las fundaciones benéfico-religiosas en el derecho común y español. (Estudio histórico-jurídico)*. 1985. Córdoba. Ediciones el Almendro
- Ruiz Figueroa, Manuel. *Mercaderes, dioses y beduinos (el sistema de autoridad en la Arabia preislámica)*. 1975. Ciudad de México. El Colegio de México.
- Saleh Alkhalifa, Waleed. *Amor, sexualidad y matrimonio en el Islam*. 2010. Sevilla. Fundación Tres Culturas.
- Sartre, Maurice. *El Oriente Romano*. 1994. Tres Cantos. Madrid. Akal Universitaria. Traducción de Marco V. García Quintela y Marie-Piere Bouyssou.
- Schacht, Joseph. *The Origins of Muammadian Jurisprudence*. 1979. Oxford. Oxford University Press
- Schacht, Joseph. *An introduction to Islamic Law*. 1979. Oxford. Oxford Clarendon Press
- Schwentzel, Christian Georges. *Juifs et Nabatéens: les monarchies ethniques du Proche-Orient hellénistique et romain*. 2013. Rennes. Presses universitaires de Rennes.
- Serrano Ruano, Delfina. *Maḍāhib al-ḥukkām fi nawāzil al-aḥkām. La actuación de los jueces en los procesos judiciales*. 1988. Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Shaltut, Mahmud. *La yihad en el islam medieval y moderno*. 1998. Sevilla. Universidad de Sevilla.
- Smith, Adam. *La Riqueza de las Naciones*. Edición a cargo de Carlos Rodríguez Braun. 2015. Epud Libre.
- Sobel, Julia. *La sociedad y la economía en al-Andalus*. 2020. Munich. Editorial GRIN Verlag.
- Soto Chica. *Bizantinos, sasánidas y musulmanes. El fin del Mundo Antiguo y el inicio de la Edad Media en Oriente. 565-642*. 2012. Granada. Universidad de Granada.
- Steiner Verlag, Franz. *Ruling The Greek World. Approaches to the Roman Empiere in the East*. Edited by Juan Manuel Cortés Copete, Elena Muñiz Grijalvo and Fernando Lozano Gómez
- Strayer, Joseph R. *Sobre los orígenes medievales del estado moderno*. 1981. Barcelona. Ariel.
- Tamayo Errazquin, José Ángel. *Libertis libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesto y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*. 2007. Vitoria. Universidad del País Vasco. Servicio de Publicaciones.
- Tito Livio. *Ab Urbe Condita*. Traducción de Sebastián Mariner Vigorra. Madrid. 1985. Editorial Gredos.
- Tomás y Valiente, Francisco. *El Marco Político de la Desamortización en España*. 1989. Barcelona. Editorial Ariel. S.A.
- Torrent, Armando. *Fideicommissum Familiae Relictum*. Oviedo. Universidad de Oviedo. Servicio de Publicaciones.

- Torres Mateos, Miguel Ángel. *Comunidad de Bienes*. Pamplona. 2007. Editorial Aranzadi, S.A.
- Torres Mateos, Miguel Ángel. *Multipropiedad*. 2007. Madrid. Aranzadi Thompson Reuters
- Tsafir, Nurit. *Collective Liability in Islam. The 'Āqila and Blood-Money Payments*. 2020. Cambridge. Cambridge University Press.
- Valpuesta Bermúdez, Macario. “El *cives* frente al proceso criminal romano. Una reflexión sobre las garantías procesales en la *cognitio extra ordinem*”. *Derecho, persona y ciudadanía: una experiencia jurídica comparada*. Cood. Bernardo Perrián Gómez. 2010. Universidad Pablo de Olavide. Marcial Pons
- Valpuesta Fernández, María Rosario. Coordinadora. *Derecho de obligaciones y contratos*. 1995. Valencia. Tirant lo Blanch libros.
- Viguera Molins, María Jesús. *Crónica del Califa Abderramán III An-Násir entre los años 912 y 942 = (Al-Muqtabis V)*. 1981. Zaragoza. Editorial Anubar.
- Vikør, Knut S. *Between God and the Sultan. A History of Islamic Law*. 2005. New York.
- Watt, William Montgomery. *Mahoma, profeta y hombre de estado*. 1967. Barcelona. Barcelona Labor.
- Weber, Max. *Sociología del Derecho*. 2001. Granada. Comares.
- Yildirim, Riza.”Dervishes, Waafs, and Conquest: Notes on Early Ottoman Expansion in Thrace”. *Held in Trust. Waqf in the Islamic World*, ed. Ghazaleh, Pascale. 2011. El Cairo. The American University in Cairo Press.
- Zahran, Yasmine. *The Lakhmids of Hira. Sons of the Water of Heaven*. 2009. UAE. Stacy International.
- Zomeño Rodríguez, Amalia. *Dote y matrimonio en Al-Andalus y el norte de África: estudio sobre la jurisprudencia islámica medieval*. 2000. Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

ARTÍCULOS.

- Aguilera Pleguezuelo, José. “El Derecho Romano y el Derecho islámico”. *E-Slegal History Review*: 9 (2010). Páginas 1-102.
- Arabi, Oussama. “Intention and Method in Sanhūrī’s Fiqh: Cause as Ulterior Motive”. *Islamic Law and Society, Vol. 4, No. 2* (1997) : Páginas 200-223.
- Arranz Guzmán, Ana. “Clero y cortes castellanas. (Participación y diferencias estamentales)”. *En la España medieval. N. 2.* (1982): 49-58.
- Ávila, María Luisa. “Ibn al-Faraḍī”. *The Encyclopaedia of Islam. THREE* (5): 118-121 (2016).
- Ayoub, Sami. “Sharia, and the Ottoman State: Fashioning and Refashioning of Islamic Law in the Nineteenth and Twentieth CenturiesLaw and Legality in the Ottoman Empire and Republic of Turkey”. *Law and Legality in the Ottoman Empire and Republic of Turkey*. Edit. Shcull, Kent F. Indiana University Press. 2016. Páginas 369-406.
- Ballester Martínez, Adolfo. “Los censos: concepto y naturaleza”. *Espacio, Tiempo y Forma, Serie IV, Historia Moderna, t. 18-19* (2005-2006): 35-50.
- Bencherifa. “Al-Bunnahi, lā al-Nubahī”. *RAM* (1998): 71-89.
- Bergolte, Michael. “Foundations for the Salvation of the Soul an Exception in World History?”. *Medieval Worlds*. 1 (2015).

- Bunschvig, Roberte. “Herméneutique normative dan le Judaïsme et dans l’Islam”. *Etudes sur l’islam classique et l’Afrique du nord* de. Turki Abdel-Magid. 1986. London. Variorum Reprints.
- Cahen, Claude. "Réflexions sur le *waqf* ancien", en *Studia Islamica* 14 (1961).
- Cano Ávila, Pedro. “Prosopografía de tres notables juristas sevillanos”. *Philologia Hispalensis* 14 (2000): 139-146.
- Cano Ávila, Pedro. “El jurista sevillano Ibn al-Makwi (s.X-XI)”. *Philologia Hispalensis* 7 (1993): 123-140.
- Cano Ávila, Pedro. “Dictámenes jurídicos de Ibn Al-Makwi. II”. *Boletín de la Asociación Española de Orientalistas Año* 36 (2000): 39-51.
- Cano Ávila, Pedro. “Prosopografía de tres notables juristas sevillanos”. *Philologia Hispalensis* 14 (2000): 139-146.
- Carrasco García, García. “Public trust/Commons: ¿Palingenias de una categoría jurídica romana?”. *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law*. 48 (2020): 283-306.
- Clavero Salvador, Bartolomé. “«Beati Dictum»: Derecho de linaje. Economía de Familia y Cultura de Orden”. *Anuario de Historia del Derecho Español 1993-1994*. (1994).
- Cuenca Boy, Francisco. “Para una comparación histórico-jurídica de las *piae causae* del Derecho Romano Justiniano con el *waqf* del Derecho Islámico”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (2002): 273-312.
- García Gómez, Emilio. “A propósito de Ibn Ḥayyān”. *Al-Andalus. Revista de Estudios Árabes de Madrid y Granada. Vol. 11. N.º 2. 1946*. Páginas 395-424.
- Garden, Kenneth, “Ibn Ḥamdīn”, in: *Encyclopaedia of Islam, Three*, Edited by: Kate Fleet, Gudrun Krämer, Denis Matringe, John Nawas, Everett Rowson. Consulted online on 23 August 2021 <http://dx.doi.org/10.1163/1573-3912_ei3_COM_32137> First published online: 2019
- Gariano Maritan, Grisel. “Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho”. *Derecho y Cambio Social* 31. (2013): 1-12.
- Gaudiosi, Mónica The influence of the islamic law of waqf on the development of the trust in England: the case of Merton College. *In University of Pennsylvania Law Review* Vo. 136. N.º 4. Apr. 1988. https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista%20Judicial%20110/index.html.
- Gabrielli, Enrico. “Causa, tipo y teoría del contrato”. *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*. Año 15, N.º. 11 (2013). Páginas. 5-34.
- Gutiérrez Lima, Beatriz. “La renta en el arrendamiento rústico”. *Alcalibe: Revista Centro Asociado a la UNED Ciudad de la Cerámica, ISSN 1579-9875, ISSN-e 2660-5481, N.º. 18, 2018*, págs. 226-268.
- Hasmi, Irfana. “The Development of a Locker System at al-Azhar”. *Islamic Law and Society*, Número 25 (2018), Páginas 11-36.
- Jiménez Muñoz, Francisco Javier. “El tratamiento de los intereses en el derecho canónico y el derecho islámico”. *Revista de Derecho UNED. Núm 3* (2008): 71-100.
- Kahf, Monzer and Nabee Mohamed, Amiirah. “Cash Waqf: An Innovative Instrument of Personal Finance in Islamic Banking”. *Journal of Islamic Economics, Banking and Finance, Vol-13, No. 3* (2017): 13-29.
- Lapiedra Gutiérrez, Eva. “La epístola sobre la caída de Barbastro de Abū Muhammad Ibn ‘Abd al-Barr al-Namari, secretario de ‘Ali Ibn Muḥāhid”. *Dénia. Poder i el mar en el segle XI: El regne taifa dels Banu Mugahid Dénia. Poder y el mar en el siglo XI: El reino taifa de los Banu Muyaḥid*. Coord. Francisco Franco-Sánchez. 2019. Alicante. Universidad de Sevilla.

- Manzano, Eduardo. “Why Did Islamic Medieval Institutions Become so Different from Western Medieval Institutions?”. 2015. *medieval worlds*. N°1. 118-137.
- Marín, Manuela. “Nómina de sabios de al-Andalus (93-350/711-961)”. En *Estudios onomástico-biográficos de al-Andalus I*, editados por Manuela Marín. Madrid, CSIC, Dpto. de Estudios Árabes, 1988, p. 23-182. EOBA I (1989).
- Marín Guzmán, Roberto. “Las políticas económicas de Muḥammad ‘Alī y el inicio de la integración de Egipto a la economía mundial”. *Miscelánea de estudios árabes y hebreos. Sección Árabe-Islam*. Vol. 41-42 (1991-1992) Páginas 173-204
- Martos Quesada, Juan. “La labor historiográfica de Ibn Idari”. *Anaquel de Estudios Árabes* n°20 (2009):117-130.
- Masum Billah, Muhammad. “The Prohibition of *Ribā* and the Use of *Ḥiyāl* by Islamic Banks to Overcome the Prohibition”. *Arab Law Quarterly* vol. 28.4 (2014). 398-408.
- Melchert, Christopher. “How Ḥanafism Came to Originate in Kufa and Traditionalism in Medina”. *Islamic Law and Society*, Vol. 6, No. 3 (1999), Páginas 318-347.
- Melich Orsini, José. “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”. *Anuario de derecho civil*. Vol. 37, N° 1 (1984). Páginas 3-62
- Molina, Luis. “Familias andalusíes: los datos del Ta’rij ‘ulama’ al-Andalus de Ibn al-Faradi (y III)”. En *Estudios onomástico-biográficos de al-Andalus IV*, editados por Luis Molina. Granada, CSIC, Escuela de Estudios Árabes, 1990, 13-40. Edición Luis Molina. EOBA IV (1990).
- Moncayo Rodríguez, Socorro. “El contrato de sociedad en el derecho romano”. *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad de Veracruz. Méjico. Número 20. 2009. 233-247.*
- Owen Hughes, Diane. “Del precio de la novia a la dote en la Europa Mediterránea”. Trad. Javier García Martín. Interpretado: revista de historia del derecho. N°6. 1998. Páginas 125-182.
- Pantoja Murillo, Carlos German. “La fundación o *waqf* en el Derecho Islámico”. *Revista Judicial*. Corte Suprema Costa Rica. 2013. 175-190.
- Porras Arboledas, Pedro A. “Aportación al estudio del mayorazgo. Tres ejemplos giennenses de los siglos XIV, XV y XVI”. *Boletín de Estudios Giennenses* 139 (1989): 63-100.
- Presedo Velo, Francisco Javier. “Derecho sasánida”. *Anuario de historia del Derecho Español*. N.º 18. 1947. Páginas 691-705.
- Ramírez del Río, José. “Córdoba en el Muqtabis II 2 de Ibn Ḥayyān”. *Al-Mulk: anuario de estudios arabistas*. N°13. 2013. Córdoba. Páginas 61-74.
- Ramírez del Río, Jose. “Diccionarios Bibliográficos de la Antigüedad al mundo cristiano y al islámico”. *Hispania Sacra*. LXVIII, 2016, enero-julio. 127-143.
- Ramírez del Río, José. “La descripción del sayyid árabe en una fuente levantina del siglo XI y el sobrenombre del Cid”. *Sharq al-Andalus: Estudios mudéjares y moriscos* (2011) 20: 21-40.
- Reina Aguilar, Angel. “Aproximación a una comparativa jurídica entre el *waqf* y el mayorazgo castellano: El *waqf* de al-Šāfi‘ī, *al-waṭā’iq* de Abū Ishāq al-Ġarnāṭī y tres ejemplos jienenses de los siglos XIV, XV y XVI”. *eHumanista/IVITRA* 19 (2021): 541-555
- Ribas Alba, José María. “La participación política en la <<Lex Irnitana>>: el principio democrático en un municipio latino”. *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law*. 45 (2017): 72-90.
- Ribas Alba, José María. “Mandatum Post Mortem”. *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*. XIV (2002). 57-100.

- Richter, Sebastian T. “The Law of Coptic Documents”. *Law and Legal Practice in Egypt from Alexander to the Arab Conquest* editor Keenan, James G; Manning, J.C. and Yiftach-Firanko, Uri. Cambridge University Press.
- Roded, Ruth. “Quantitative Analysis of Waqf Endowment Deeds: a Pilot Project”. *The Journal of Ottomans Studies IX* (1989): 51-76.
- Serrano Ruano, Delfina. “Dos fetuas sobre la expulsión de los mozárabes al Magreb en 1126”, *Anaquel de Estudios Árabes n°2* (1991): 163-182.
- Serrano Ruano, Delfina. J. Lirola Delgado (dir. y ed.) “*Iyad b. Mūsà*”, *Biblioteca de al-Andalus*, vol. VI. Fundación Ibn Tufayl de Estudios Árabes, 35 p. (2009).
- Solomonovich, Nadav y Kark, Ruth. “Land Privatization in Nineteenth-century Ottoman Palestine”. *Islamic Law and Society*, Número 22 (2015), Páginas 221-252.
- Soto Chica, José. “Los efectivos del último ejército de la persia sasánida (572-642). Una solución desde las fuentes”, *Revista Gladius Vol. 35* (2015). Páginas 61-75.
- Turpin, William. “Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem”. *Revue Internationale des droits de l’Antiquité. No. 46* (1999).
- Unquera B., María Jesús. “Las Fundaciones”. *Publicaciones de la Institución Tello Téllez de Meneses*. 61 (1990): 637-704.
- Vidal Castro, Francisco. “El mufti y la fetua en el derecho islámico. Notas para un estudio institucional”, *Al-Andalus Magreb: Estudios árabes e islámicos n.º 6* (1998): 289-322.
- Vidal-Castro, F. “El tratamiento de la infancia y los derechos del niño en el sistema legal de al-Andalus y el derecho mālīkī”. *Anaquel De Estudios Árabes* (2015), 27, 201-238
- Viguera Molins, María José. “Extremadura y al-Andalus”. *Actas de la I Jornada de historia de Llerena* (2000): 19-44.
- Viguera Molins, María José. “El Reino de Badajoz en el “Mugrib” de Ibn Sa’īd”. *Bataliús II: nuevos estudios sobre el reino Taifa de Badajoz. Fernando Díaz Esteban* (1999): 225-248.
- Viguera Molins, María José. “Los reinos de taifas y el reino aftasí”. *Estudios sobre el reino aftasí. Jornadas. Badajoz* (2014):25-42.
- Yanagihashi, Hiroyuki. “The Judicial Functions of the Sultān in Civil Cases According to the Mālīkīs up to the Sixth/Twelfth Century”. *Islamic Law and Society*, Vol. 3, No. 1 (1996), Páginas 318-347.
- Viguera Molins, María Jesús. “Referencia a una fecha en que se escribe Ibn Ḥayyān”. *Al-qantara: Revista de estudios árabes. Vol. 4. Fasc. 1-2. 1983*. Páginas. 429-432.
- Zakharia, Katia. “ Le secrétaire et le pouvoir: ‘Abd al-Hamīd Ibn Yahyā al-Kātīb ” . *Annales Islamologiques, Institut Français d’Archéologie Orientale, 1999, Annales islamologiques, numéro spécial* (Sanagustin F. (édité par) Les Intellectuels et le Pouvoir dans le Monde musulman classique (*journées du GREMMO - Maison de l’Orient*), XVII, pp.77-93. Hal-01270255.
- *Les Syriaques transmetteurs de civilisation: l’expérience du Bilād El-Shām à l’époque omeyyade / Patrimoine syriaque*, Actes du colloque IX 2005. Antélias. Centre d’Études et de Recherches Orientales.
- Yanagihashi, Hiroyuki. “Quelques Considérations sur la Responsabilité Civil en Matière de Vente et d’Usurpation Chez Les Premiers Ḥanafīs”. *Islamic Law and Society*, Vol. 1, No. 1 (1994), Páginas 2-28.

BIBLIOGRAFÍA ÁRABE

- بعض المؤلفين. هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي؟ 1993. بيروت. دار البحوث العلمية.

- محمد م. الأرنؤوط. الوقف الإسلامي في العالم الإسلامي ما بين الماضي والحاضر. 2011. بيروت. جداول للنشر والتوزيع.
- الطيب بياض. المخزن والضريبة والإستعمار. ضريبة الترتيب. 1880-1915. 2011. دار البيضاء. إفريقيا الشرق.
- محمد جادور. مؤسسة المخزن في تاريخ المغرب. 2011. دار البيضاء. مؤسسة الملك عبد العزيز.
- علي حيدر. درر الحكام شرح المجلة الأحكام. 1991. بيروت دار الجيل
- حسين الحاج حسن. حضارة العرب في عصر الجاهلية. 1997. بيروت. المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع.
- زينب محمود الخضيرى. فلسفة التاريخ عند ابن خلدون. 1985. بيروت دار التنوير للطباعة والنشر.
- عارف خليل أبو عيد. الوجيز في لميراث. 1992. عمان. دار النفائس.
- الدكتور عبد الكريم زيدان. الوجيز في أصول الفقه. 1994. بيروت. مؤسسة الرسالة.
- عبد الكريم زيدان. المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية. 1995. بيروت. مؤسسة الرسالة.
- عبد الرزاق السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. بيروت. إحياء التراث العربي.
- سعيد صبري، عكرمة. الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق. 2008. عمان. درا النفائس.
- عبد السلام داود العبادي. الملكية في الشريعة الإسلامية. بيروت. دار البشير.
- عبد الحي العمراني وكتاب آخرين. مفهوم المخزن. 2019. فاس. جامعة سيدي محمد بن عبد الله.
- عبد القادر عودة. التشريع الجنائي الإسلامي، مقارناً بالقانون الوضعي. 1994. بيروت.
- محمد عثمان شبير. الشيخ علي الخفيف 1309-1398. 1891-1978. الفقيه المجدد. 2002. دمشق. دار القلم.
- محمد قدري باشا. كتاب مرشد الحيران إلى معرف الأحوال الإنسان. 1985. عمان.
- مسعود كربوع. نوازل النقود والمكاييل و الموازين في كتاب المعيار للنشرينسي -جمعاً ودراسة وتحليلاً- مذكرة مقدم لنيل شهادة الماجستير في التاريخ الوسيط. جامعة الحاج لخضر باتنة. 2012.
- محفوظ، نجيب. أولاد حارتنا. ب. 1991. بيروت. دار الأداب.
- القاضي الشرعي أحمد محمد علي داود. الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون. 1982. عمان. منشورات وزارة الأوقاف والشؤون المقدسات الإسلامية.
- محمد وحيد الدين سوار. الإتجاهات العامة في القانون المدني الأردني. دراسة موازنة بالفقه الإسلامي و المدونات المدنية العربي. 1996. عمان. مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع.

FUENTES ÁRABES

- محمد بن يحيى بن باجة. تدبير المتوحد. 1994. تنس. سراس للنشر.
- الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. الفتاوى الكبرى. 1986. بيروت. دار الكتب العلمية.
- الإمام أبي الحسن البلاذري. فتوح البلدان. بيروت 1991. دار الكتب العلمية.
- أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزي. القوانين الفقهية. القاهرة. دار الحديث. 2005
- الإمام أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. أحكام الأوقاف. 1999. بيروت. دار الكتب العلمية.
- الإمام محمد بن الحسن الحسين الشيباني. الأصول. 2012. بيروت. دار ابن حزم. طبعة خاصة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة قطر.
- ابن خلدون. مقدمة. بيروت. المكتبة العصرية. 1995.
- الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على شرح الكبير. دار إحياء الكتب العربية.
- أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي المالكي. كتاب الأموال. 2008. بيروت. دار الكتب العلمية.
- الإمام أبي زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي. تقويم الأدلة في أصول الفقه. 2001. بيروت. دار الكتب العلمية.
- الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج لأحكام الخراج. 1302 هـ. بيروت. دار المعرفة لطباعة والنشر.
- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. 1192. بيروت. دار إحياء التراث العربي.
- إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ على الطرابلسي الحنفي. الإسعاف في أحكام الأوقاف. 1981. بيروت. دار الرائد العربي. ص. 26.
- الإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية. القاهرة 2013. دار الحديث.
- الإمام محمد بن الحسن الشيباني. الأصول. 2012. بيروت. دار ابن حزم. طبعة خاصة بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية دولة قطر.

- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. بيروت. دار الكتب العلمي.
- الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامو بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. شرح معاني الآثار.
- إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ على الطرابلسي الحنفي. الإسعاف في أحكام الأوقاف. 1981. بيروت. دار الرائد العربي.
- ابو جعفر محمد بن جرير الطبري. القاهرة. دار المعارف بمصر.
- السيد محمد أمين أفندي، الشهير بابن العابدين. رسائل ابن عابدين. 1971. بيروت. دار الكتب العلمية.
- ابن عذاري المراكشي. البيان المغرب في أخبار الأندلس والمغرب. 1971. بيروت. دار الكتاب العلمية.
- أبو السعود محمد بن محمّد بن مصطفى العمادي الأفندي الحنفي. رسالة في جواز وقف النقود. 1997. بيروت. دار ابن جزم.
- الإمام عمر بن عبر العزيز. شرح أدب القاضي للإمام أبي بكر أحمد بن عمر الخصاف. بيروت. دار الكتب العلمية.
- أبي بكر محمد بن الوليد بن محمد الطرطوشي. سراج الملوك. 2016. جدة. دار المنهاج.
- عبيد القاسم بن سلام. كتاب الأموال. بيروت. دار الشروق.
- الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي. الفروق. 2011. بيروت المكتبة العصرية.
- أبو السعود محمد بن محمّد بن مصطفى العمادي الأفندي الحنفي. رسالة في جواز وقف النقود. 1997. بيروت. دار ابن جزم.
- ابن أبي زيد القيرواني. فتاوى. 2004. بيروت. دار الغرب الإسلامي.
- الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. 1986. بيروت. دار المكتبة العلمي. المجلد السادس.
- أبي زكريا يحيى بن عمر بن يوسف الكناني الأندلسي. أحكام السوق. النظر والأحكام في جميع أحوال السوق. 2012. ليدن. جلال علي الجهاني.
- القاضي عياض وولده محمد. مذاهب الحكام في نوازل الأحكام. 1990. بيروت. دار الغرب الإسلامي.
- أبي نصر الفرابي. آراء أهل المدينة الفاضلة و مضاداتها. 1995. بيروت. دار و مكتبة الهلال.
- أبو محمد عبد الملك بن هشام. السيرة النبوية. 2013. القاهرة. دار ابن الجوزي.
- أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. المقتبس في أخبار بلد الأندلس. بيروت/صيدا. 2006. المكتبة العصرية.
- مالك بن أنس. الموطأ. القاهرة. مكتبة الصفا.
- مالك بن أنس. المدونة الكبرى. بيروت. دار الصبر.
- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. كتاب الأحكام السلطانية والولايات الدينية. 2013. صيدا/بيروت.
- ابن مقفع. الأدب الصغير و الأدب الكبير. 1999. بيروت. دار الكتاب العربي.
- أسعد بن ممتي. قوانين الدواوين. 1991. القاهرة. مكتبة محبوبي.
- أبو الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي الأندلسي. تاريخ قضاة الأندلس. بيروت. دار الأفاق الجديدة.
- الإمام الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري. صحيح مسلم. 2006. الرياض. دار طيبة للنشر والتوزيع. المجلد الأول
- إسحاق بن إبراهيم بن هانئ النيسابوري. مسائل الإمام أحمد بن حنبل. 1400 هـ. بيروت. المكتبة الإسلامي.
- محمد بن عبد الله المزركشي. إعلام المساجد بأحكام المساجد. 1996. القاهرة.
- أبي الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف الأزوي الحافظ. تاريخ علماء الأندلس. 2008. القاهرة. الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المقرئ. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. 1995. بيروت. الطبع الأول. دار الكتب العلمية.
- أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المعيار المعرب الجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب. 1981. الرباط. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المملكة المغربية.
- يحيى بن آدم القرشي. كتاب الخراج. بيروت. دار المعرفة للطباعة و النشر.
- القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم. كتاب الخراج. بيروت. دار المعرفة.

ARTÍCULOS.

- مالك أبو تايه. مستشارية شؤون العشائر بين الواقع المأمول .
- والإقصاء المدروس خلف محمد محمد. "وقف النقود أثره في التكافل الإجتماعي". المؤتمر العلمي العالمي الخامس. الوقف الإسلامي: التحديات وإستشراف المستقبل. 2017. الخرطوم. 1-20.
- Sīra Alām Nubalā'. https://islamweb.net/ar/library/index.php?page=bookcontents&ID=3797&idfrom=3938&idto=3938&flag=0&bk_no=60&ayano=0&surano=0&bookhad=0.
- <https://www.sarayanews.com/article/48818>
- هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي؟ مجموعة دراسات لخمس علماء مختصين. مكتبة القانون الإسلامي. 1972. دار البحوث العلمية.

OBRAS DE REFERENCIA.

- Bu Mushaf-i Şerif. 1992. Istanbul. Tenvir Nesriyat. S. 4. A. 59.
- أبو القاسم خلف بن عبد المالك ابن بشكوال. كتاب الصلة. 2014. القاهرة. مكتبة النجاح.
- أبو القاسم خلف بن عبد الملك بن مسعود بن موسى ابن بشكوال الخزرجي الأنصاري. الصلة. 2008. بيروت.
- محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- أبو عبد الله محمد بن أبي نصر فتوح بن عبد الله الأزدي الحميدي. جذوة المقتبس في ذكر ولاية الأندلس. 2008. القاهرة. الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- خير الدين الزركلي. الأعلام. قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب و المستعربين و المستشرقين. بيروت. دار العلم للملايين.
- الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- Historia de la Iglesia Católica. Tomo I. 1964. Madrid.
- Index Islamicus.
- Encyclopedie de L'Islam.
- Biblioteca de al-Andalus. Fundación Ibn Tufayl.

- 1 Cahen, Claude. *El Islam. I desde los orígenes hasta el comienzo del Imperio otomano*. Paracuellos del Jarama. 1992. Siglo XXI Editores España. Página 8.
- 2 Paricio, Javier. *Historia y fuentes del derecho romano*. Madrid. 1992. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Página 199 y ss.
- 3 Paricio. Página 142.
- 4 De Castro. Página 212.
- 5 Ayoub, Sami. "Sharia, and the Ottoman State: Fashioning and Refashioning of Islamic Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries Law and Legality in the Ottoman Empire and Republic of Turkey". *Law and Legality in the Ottoman Empire and Republic of Turkey*. Edit. Shcull, Kent F. Indiana University Press. 2016. Páginas 369-406.
- 6 Goldziher, Ignác. *Le dogme et la loi de l'Islam. Histoire du développement dogmatique et juridique de la religion musulman*. 1973. Paris. Librerie Orientaliste Paul Geuthner. S.A. Página 34
- 7 Charles, Raymond. *Le droit musulman*. 1965. Paris. Presses Universitaires de France. Página. 12.
- 8 Ribas Alba, José María. *Prehistoria del Derecho*. 2015. Granada. Editorial Almuzara. Páginas 201 y 202.
- 9 Strayer, Joseph R. *Sobre los orígenes medievales del estado moderno*. 1981. Barcelona. Ariel. Página 11 (no existe definición de estado, sólo existe si el pueblo lo decide así).
- 10 Ruiz Figueroa, Manuel. *Mercaderes, dioses y beduinos (el sistema de autoridad en la Arabia preislámica)*. 1975. Ciudad de México. El Colegio de México. Página 40. El jefe es un primus inter pares.
- 11 حسين الحاج حسن. حضارة العرب في عصر الجاهلية. 1997. بيروت. المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع. ص 74
- 12 Schwentzel, Christian Georges. *Juifs et Nabatéens: les monarchies ethniques du Proche-Orient hellénistique et romain*. 2013. Rennes. Presses universitaires de Rennes. Páginas 189-190.
- 13 Hammond, Philip C. *The Nabateans: their history, culture and archaeology*. Göteborg Paul Astroms, 1973. Página 106.
- 14 Ramírez del Río. José. *La orientalización de al-Andalus. Los Días de los Árabes en la Península Ibérica*. 2002. Sevilla. Secretariado de publicaciones Universidad de Sevilla.
- 15 Ruiz Figueroa, Página 48
- 16 Nallino, Carlo Alfonso. *Raccolta di Scritti Editi e Inediti, Vol. IV. Diritto Musulmano. Diritti Orientali Christiani*. 1942. Roma. Instituto per l'Oriente. Página 107. Considera a Babilonia como el Derecho primitivo semita que forma parte de la Antigüedad árabe.
- 17 Hallaq, Wael B. *An introduction to Islamic Law*. 2009. Cambridge. Cambridge Univeristy Press.
- 18 Lara Peinado, Federico. *Código de Hammurabi*. Madrid. Editorial Tecnos. 3ª Edición. 1997. Páginas C y CI. Seguimos la descripción del contenido obligacional de la relación efectuada por el profesor Lara Peinado.
- 19 Podemos ver la regulación de este negocio jurídico en las siguientes fuentes:
الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. 1986. بيروت. دار المكتبة العلمية. المجلد السادس. ص 79 وما بعدها.
- مالك بن أنس. المدونة الكبرى. بيروت. دار الصبر. المجلد الخامس، صفحة م 5 ص 86 وما بعدها
- 20 علي حيدر. درر الحكام شرح المجلة الأحكام. 1991. بيروت دار الجيل. م 3. ص 6. شرح المادة 104.
- 21 Coulson. Noel. J. *A History of Islamic Law*. 1964. Edingburg; Edingbrough University Press. Página 152:
- 22 Noticias Jurídicas. Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/ccom.l2t1.html#s3>. (Consulta:28 diciembre 2017).
- 23 Bowersock, G. W. *Roman Arabia*. 1983. London. Cambridge University Press. Página 16. Y también Hammond. Páginas 9, 17 y 28.
- 24 Chalmeta Gendrán, Pedro. *El señor del zoco: edades media y moderna, contribución al estudio de la historia del mercado*. 1973. Madrid. Instituto de Estudios Árabes. Pagina 271
- 25 Lara Peinado. Página XCII.
- 26 Glick, Thomas F. *Cristianos y musulmanes en la España Medieval (711-1250)*. 1993. Madrid Alianza Editorial. Página 215.
- 27 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. كتاب الأم. بيروت. دار الفكر. الجزء الثامن. ص. 354 و 355.
- 28 Ruiz Figueroa. Página. 34.
- 29 Coulson. Páginas 32-43.
- 30 Ruiz Figueroa. Página 32. Véase también Chalmeta. Paginas 7 y 9, .
- 31 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. المقتبس في أخبار بلد الأندلس. بيروت/صيدا. 2006. المكتبة العصرية. ص. 81.
- 32 Ruiz Figueroa, Página 44.
- 33 Aunque la clasificación geográfica y racial de las escuelas ortodoxas está siendo puestas en entredicho. Melchert, Christopher. "How Ḥanafism Came to Originate in Kufa and Traditionalism in Medina". *Islamic Law and Society*, Vol. 6, No. 3 (1999), Páginas 318-347.

- 34 Quesada Martos, Juan. *El mundo jurídico de Al Andalus*. 2004. Madrid. Delta. Página 40.
- 35 Schacht, Joseph. *An introduction to Islamic Law*. 1979. Oxford. Oxford Clarendon Press. Página 17.
- 36 Este capítulo de la biografía del profeta es elocuente sobre la importancia del linaje para los árabes.
 أبو محمد عبد الملك بن هشام. السيرة النبوية. 2013. القاهرة. دار ابن الجوزي. ص 45.
- 37 El presente artículo es ejemplificativo.
<https://www.sarayanews.com/article/488186>
- 38 Morán, Gloria M.ª. *Comunidad política y religiosa : claves de la cultura jurídica europea*. 2008. Oleiros (La Coruña). Netbiblo, D.L.. Página 173.
- 39 Morán. Página 173.
- 40 Morán. Página 173.
- 41 Chalmeta. Páginas 7, 279, 114-115.
- 42 *Ibíd.* nota anterior.
- 43 Roux, Georges. *Mesopotamia, Historia política, Económica y Cultural*. 1998. Tres Cantos. Madrid. Akal. Páginas 237-238.
- 44 Lara Peinado. Página LIX.
- 45 Steinsaltz. Página 66.
- 46 Bunschvig, Roberte. “Herméneutique normative dan le Judaïsme et dans le Islam”. *Etudes sur l’islam classique et l’Afrique du nord* de Turki Abdel-Magid. 1986. London. Variorum Reprints. Página. 248.
- 47 Steinsaltz. Página 159.
- 48 Cohen, Mark R. *Maimonides and the Merchants Jewish Law and society in the Medieval islamic World*. 2017 Philadelphia. University of Pennsylvania Press. Página 55.
- 49 Goldstein, Mateo. *Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud*. 1947. Buenos Aires. Atalaya. Página 328.
- 50 García-Pelayo, Manuel. *El reino de Dios, arquetipo político (estudio de las reformas políticas de la Edad Media)*. Madrid. Revista de Occidente. Páginas 6 y 7.
- 51 Algunos autores musulmanes consideran que el número 96 de la azora *al-‘Umrān*, al hablar de *bayt*, casa, se refiere a la primera mezquita.
 محمد بن عبد الله المزركشي. إعلام المساجد بأحكام المساجد. 1996. القاهرة. ص 29.
 إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِي بِبَكَّةَ مُبَارَكًا وَهُدًى لِّلْعَالَمِينَ
- 52 Finkelstein, Israel y Silberman, Neil Asher. *The Bible Unearthed. Archeology’s New Vision of Ancient Israel and the Origin of Its Sacred Texts*. 2002. New York. Touchtone. Páginas 267 y ss. Véase también. Lecker, Michel. *Jews and arabs in preislamic and early islamic Arabia*. 1998. Aldershot. Brookfield, Vt : Ashgate/Variorum . Páginas 263-272 .
- 53 Según algunas versiones, Herodes era de familia árabe. Schwentzel, Páginas 101 y ss..
- 54 De esta manera se explica que, en todo el mundo musulmán, fueran los árabes quienes se mostraran más apegados a la sunna que el resto de pueblos islamizados. Glick. Página 215.
- 55 También Schwentzel, Página, 23.
- 56 Sartre, Maurice. *El Oriente Romano*. 1994. Tres Cantos. Madrid. Akal Universitaria. Traducción de Marco V. García Quintela y Marie-Piere Bouyssou. Páginas 25 y 26.
- 57 Hammond. Páginas 9, 17, 75-76.
- 58 Hammond. Páginas 65-66.
- 59 Healey, John F. *The Religion of the Nabateans*. 2001. Leiden. Brill. Páginas 14-15.
- 60 Chalmeta. Página 279.
- 61 Chalmeta. Páginas 7, 279, 281.
- 62 Lara Peinado. Página 11.
- 63 Morán. Página 149, 164 y 165. En el Código de Hammurabi, según la autora, la legitimidad del rey se debía a una decisión divina a la que se sumaba una aclamación popular.
- 64 Steiner Verlag, Franz. *Ruling The Greek World. Approaches to the Roman Empire in the East*. Edited by Juan Manuel Cortés Copete, Elena Muñoz Grijalvo and Fernando Lozano Gómez. Página 69.
- 65 Morán. Página 147.
- 66 Roux. Página 228.
- 67 Nallino. Página 107. Considera a Babilonia como el Derecho primitivo semita que forma parte de la Antigüedad árabe.
- 68 Roux. Página 226
- 69 Lara Peinado. Página LXXXIV.
- 70 Lara Peinado. Páginas XCI y XCII.
- 71 Sartre. Página 349.
- 72 Hammond. Páginas 75-76.
- 73 Morán. Página 161.
- 74 Roux. Páginas 231-233.

75 Para un acercamiento a la cuestión, Ribas Alba, José María. *Prehistoria del Derecho*. 2015. Granada. Editorial Almuzara. En especial, con el fin de entender la evolución hacia la teocracia, caldo de cultivo ideal para la consolidación del templo. Véase las páginas 196 y ss.

76 سعيد صبري، عكرمة. الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق. 2008. عمان. درا النفائس. ص. 14.

77 شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. بيروت. دار الكتب العلمي الجزء الخامس. ص 359.

78 Dignas, Beate and Winter, Engelbert. *Rome and Persia in late Antiquity. Neighbours and rivalls*. 2007. Cambridge. Cambridge University. Páginas 100-101 y 110-111.

79 Dignas. Página 33

80 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص 366, 369.

Entre muchos ejemplos, se toma nota durante todo el libro de la presencia persa y bizantina en la Arabia en el momento del nacimiento del islam.

81 Cruz Hernández, Miguel. *El Islam de Al-Ándalus*. 1996. Madrid. Instituto de Cooperación con el Mundo Árabe. Página 96.

82 Healey. Páginas 192-193.

83 هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي؟ مجموعة دراسات لخمسة علماء مختصين. مكتبة القانون الإسلامي. 1972. دار البحوث العلمية.

84 Schacht. Páginas 20-21. Se relaciona influencias helenísticas en la Ley islámica.

85 Coulson. Páginas 28-43

86 Goldziher, 39

87 Quesada Martos. Página 51

88 Aguilera Pleguezuelo, José. "El Derecho Romano y el Derecho islámico". *E-Slegal History Review*: 9 (2010). Páginas 1-102.

89 Melchert. Páginas. 318-347

90 Richter, Sebastian T. "The law of Coptic documents". *Law and legal practice in Egypt from Alexander to the arab conquest editor Keenan, James G; Manning, J.C. and Yiftach-Firanko, Uri. Cambridge University Press. Página 28.*

91 Ostrogorsky, George. *Historia del Estado Bizantino*. 1983. Madrid. Akal. Página 42. Para las fuentes árabes

أبي الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف الأزوي الحافظ. تاريخ علماء الأندلس. 2008. القاهرة. الهيئة المصرية العامة للكتاب. ص 536.

92 Coulson. Páginas 32-43.

93 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. كتاب الأحكام السلطانية والولايات الدينية. 2013. صسد/بيروت. ص 223.

94 Weber, Max. *Sociología del Derecho*. 2001. Granada. Comares. Página 151

95 Köprülü, Mehmed Fuad. *Some Observations on the Influence of Byzantine Institutions on Ottoman Institutions*. 1999. Ankara. Türk Tarih Kurumu Basemievî.

96 Ostrogorsky. Páginas-145-147

97 Monnier, Henry. *Etudes de droit byzantin*. 1974. London. Variourum Reprints. Página 128.

98 Ostrogorsky. Página 145

99 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج لأحكام الخراج. 1302 هـ. بيروت. دار المعرفة لطباعة والنشر. ص 77 وما بعدها..

El autor recopila las diversas tesis defendidas por las distintas escuelas y autores.

100 Por ejemplo:

أبي بكر محمد بن الوليد بن محمد الطرطوشي. سراج الملوك. 2016. جدة. دار المنهاج. ص 438 وما بعدها.

101 Véase artículo 609, segundo párrafo, Código civil vigente en España: *La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.*

102 López y López, Ángel M.^a y Montés Penedés. *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. 1994. Valencia. Tirant lo Blanch libros. Páginas 91 y ss.

103 عبد الرزاق السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. بيروت. ار إحياء التراث العربي. الجزء السادس. ص. 53.

104 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الرابع. ص 153.

105 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. 1192. بيروت. دار إحياء التراث العربي. الجزء الثاني. ص 423.

106 Cohen. Página 116.

107 Ostrogorsky. Páginas 195-196.

108 Monnier. Páginas 127-128. Las fundaciones piadosas pagan la *kapnikon*. Página 69 y se confiscan tierras eclesiásticas. Página 70.

- 109 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد. الجزء الأول. ص 304 وما بعد.
- 110 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد. الجزء الأول. ص 304 و305.
- 111 Buckhardt, Titus. *El arte en el islam. Lenguaje y significado*. 1988. Palma de Mallorca. José de Olañeta. Página 21.
- 112 Ramírez del Río. José. *La orientalización de al-Andalus*.
- 113 Fernández Barreiro, Alejandrino y Paricio, Javier. *Fundamentos de Derecho privado romano*. 1993. Madrid. Centro de estudios Ramón Areces, S.A. Página 440.
- 114 مالك بن أنس. المجلد الخامس. صفحة 236.
- 115 الإمام عمر بن عبد العزيز. شرح أدب القاضي للإمام أبي بكر أحمد بن عمر الخفاف. بيروت. دار الكتب العلمية. ص. 457.
- 116 Ribas Alba, José María. *Génesis del Derecho en Roma. Prolegómenos al estudio del Derecho romano arcaico*. 2015. Madrid. Editorial Tecnos. Páginas 93-97.
- 117 Fernández Barreiro y Paricio. Página 441.
- 118 Cuenca Boy, Francisco. *El fideicomiso de residuo en el Derecho romano y en la tradición romanística hasta los Códigos Civiles*. 2004. Universidad de Cantabria. Página 26.
- 119 Von Ihering, Rudolph. *El fin en el Derecho*. 2011. Granada. Comares. Páginas 473-474.
- 120 Ferrara, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Granada 2006. Editorial Comares. Página 30.
- 121 Ferrara. Página 398
- 122 Chalmeta. Pagina 287.
- 123 Aparicio Pérez, Antonio. *Las grandes reformas fiscales del Imperio Romano (reformas de Octavio Augusto, Diocleciano y Constantino)*. 2006. Oviedo. Universidad de Oviedo. Página 37.
- 124 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 215 و216.
- 125 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسني. المعيار المعرب الجامع المغرب عن فتاوى اهل إفريقيا والأندلس والمغرب. 1981. الرباط. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المملكة المغربية. مجلد 8. 197.
- 126 علي حيدر. م 3. ص 6. شرح المادة 104.
- 127 De Robertis, Francesco M. *Storia delle corporazioni e del rigimine associativo nel mondo romano*. Bari. Adriatica Editrice. Página 106.
- 128 ابن بطوطة. رحلة ابن بطوطة. بيروت. 1971. دار الكتاب العلمية. ص. 46.
- 129 Johnston, David. *The roman law of trust*. 1988. Oxford. Clarendon Press. Página. 113
- 130 Johnston. Página 168.
- 131 Johnston. Página 160.
- 132 Podemos citar a modo de ejemplo:
- أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص 19 و 31 .
- إبن خلدون. مقدمة. بيروت. المكتبة العصرية. 1995. ص 224.
- أبي القاسم محمد بن أحمد، إبن جزى. القوانين الفقهية. القاهرة. دار الحديث. 2005. ص 335.
- أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. القاهرة. دار المعارف بمصر. م 3. ص 322 و355. راجع.
- إبن الفرضي أبو الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف أزوي الحافظ. تاريخ علماء الأندلس. 2008. الهيئة المصرية العامة للكتاب. ص 536.
- Aunque el autor se refiere a las cristinos habitantes del Norte de la Península Ibérica, se les considera sucesores de los romanos, aun en lo que a su denominación se refiere.
- 133 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. صحيح البخاري. الرياض. مكتبة دار السلام. 1999. ص 517.
- 134 Von Gierke, Otto. *Teorías políticas en la Edad Media*. 1995. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. Página 28. El autor distingue en el Derecho romano tardío una inclinación absolutista en el *ius publicum* y otra individualista en el *ius privatum*; ambas ramas estarían radicalmente separadas. Por su puesto, es una cuestión polémica, cuyo estudio sobrepasa los límites de esta investigación.
- 135 Dagron, Gilbert. *Emperador y Sacerdote: Estudio sobre el cesaropapismo bizantino*. Granada 2007. Páginas 206 y 263.
- 136 Dagron. Página 34 y 57.
- 137 Dagron. Página 75.
- 138 Dagron. Página 335.
- 139 Dagron. Páginas 159-160.
- 140 Morán. Página 428.
- 141 García-Pelayo. Página 20.
- 142 García-Pelayo. Página 30.
- 143 <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%AE%D9%84%D9%8A%D9%81%D8%A9/>.

- 144 Meiksins Wood, Ellen. *De ciudadanos a señores feudales. Historia social del pensamiento político de la Antigüedad a la Edad Media*. Barcelona. Buenos Aires. México. Paidós Página 183.
- 145 Ferrara. Página 17.
- 146 Homo, Leon. *Las instituciones políticas romanas. De la ciudad al estado*. Ciudad de México. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. Página 190
- 147 Homo. Página 197.
- 148 Homo. Página 286.
- 149 Barceló, Miquel. *El sol que salió por occidente*. 2010. Valencia Universitat de València. Página. 153.
- 150 Ayala Martínez, Carlos de. *Sacerdocio y reino en la España Altomedieval*. 2008. Madrid. Silex. Página 23.
- 151 Ayala. Página 26.
- 152 Dagron. Páginas 335, 344 y 345.
- 153 Morán. Página 12.
- 154 De Castro y Bravo, Federico. *La Persona Jurídica*. 1981. Madrid. Editorial Civitas, S.A. Página 142.
- 155 Johnston. Páginas. 254-255.
- 156 Véase. De Castro, Federico. *La Persona Jurídica*. 1981. Madrid. Editorial Civitas, S.A, Johnston, David. *The roman law of trust*. 1988. Oxford. Clarendon Press. Ferrara, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Granada 2006. Editorial Comares, Panizo Orallo, Santiago. *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinebaldo de Fieschi (Inocencio IV)*. 1975. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Una relación meramente ejemplificativa.
- 157 Morán. Página 427.
- 158 هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي؟ مجموعة دراسات لخمس علماء مختصين. مكتبة القانون الإسلامي. 1972. دار البحوث العلمية.
- 159 الشيخ مروان محمد السعار. سنن الأوزاعي أحاديث وأثار وفتاوى. 1193. بيروت. دار النفائس. ص 5.
- 160 Collinet, Paul. *Histoire de l'école de droit de Beyrouth*. París 1925. Société Anonyme de Recueil Sirey. Página 18.
- 161 Gierke, Otto Friedrich von. *Función social del Derecho privado y otros estudios*. 2015. Albolote. Comares. Página 8.
- 162 Collinet. Página 208.
- 163 Collinet. Página 230 y 232.
- 164 Collinet. Páginas 29-30.
- 165 Les Syriques transmetteurs de civilisation: l'expérience du Bilâd El-Shâm à l'époque omeyyade / Patrimoine syriaque, Actes du colloque IX 2005. Antélias. Centre d'Études et de Recherches Orientales. Página 38.
- 166 Ostrogorsky. 324.
- 167 Charles. Página. 34
- 168 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 223.
- 169 Murga, José Luis. *Donaciones y Testamentos in bonum animae en el Derecho Romano Tardío*. Pamplona 1968. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Páginas 201 y 202.
- 170 Collinet. Página 216.
- 171 Hennigan, Peter C. *THE BIRTH OF A LEGAL INSTITUTION. The Formation of the Waqf in Third-Century. A.Hanafî Legal Discourse*. Boston. 2004. Brill Leiden. Página 55 y ss. También Torrent, Armando. *Fideicommissum Familiae Relictum*. Oviedo. Universidad de Oviedo. Servicio de Publicaciones. Página 130. Pues permitía la vinculación perpetua de bienes. Caballeira Debasa, Ana María. *Legados píos fundaciones familiares en Al-Andalus. (Siglos IV/X y VI/XII)*. 2002. Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Página 21.
- 172 Aznar, Antonio Domingo. *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. 1999. Barcelona. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Página 11.
- 173 Abellán Velasco, Manuel. *Los fideicomisos a través de la literatura específica de los juristas romanos*. 1982. Madrid. Departamento de Derecho romano. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Página 33.
- 174 Abellán. Página 63.
- 175 Abellán. Página 77. Véase también. Cuenca Boy, Francisco. *El fideicomiso de residuo en el Derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*. Santander. Universidad de Cantabria. Página 25.
- 176 Abellán. Página 84.
- 177 Tamayo Errazquin, José Ángel. *Libertis libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesto y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*. 2007. Vitoria. Universidad del País Vasco. Servicio de Publicaciones. Página 84.
- 178 Aznar. Páginas 19 y 27.
- 179 مالك بن أنس. الموطأ. 2001. القاهرة. مكتبة الصفا. ص. 440 و441.
- 180 محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 66.
- 181 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامو بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. شرح معاني الآثار. الجزء الرابع. 2012. القاهرة شركة القدس. مجلد رابع، ص 137 و ما بعدها.
- الشيخ مروان محمد السعار. ص 355.

228. أبي العباس أحمد بن يحيى الونشرينسي. مجلد 7. ص 103

229 Murga. Página. 238.

230 Ferrara. Páginas 458-59.

231 Clavero. Página 140.

232 García Sanjuán, Alejandro. *Hasta que Dios Herede la tierra*. Huelva. 2002. Universidad de Huelva. Página. 99

233 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. كتاب احكام الأوقاف. القاهرة. 1954. ديوان عموم الأوقاف المصرية. ص 32. راجع أيضاً هلال بن يحيى بن مسلم البصري. كتاب أحكام الوقف. حيدر آباد. 1355 هـ. مجلس دائرة المعارف العثمانية. ص 6 و ما بعد.

234 Blanch. Página 299.

235 Blanch. Pagina 299 in fine y 300.

236 Ferrara. Página 27.

237 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص 108.

238 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشرينسي. مجلد 7 ص 163.

239 Collinet. Página 155.

240 Caballeira. Página 21.

241 Nallino. Página 116.

242 محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الثاني. ص. 90.

243 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 68.

244 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 26.

245 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.

246 الشيخ مروان محمد السعار. ص 362.

247 Cuena. *El fideicomiso de residuo*. Página 149.

248 Helmholtz, Richard and Zimmermann, Reinhard. *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*. Berlin. Duncker & Humblot. Página 207.

249 ابو الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي الأندلسي. ص 5 و 6.

250 Torrent. Página 9.

251 Hennigan. Página. 55.

252 Ribas Alba. Génesis del Derecho en Roma. Página 119

253 Nicolet, Claude. *Tributum: recherches sur la fiscalité directe sous la République romaine*. 1976. Bonn. Habelt. Página 58.

254 Nicolet. Página 1.

255 Nicolet. Páginas 20, 64 y 65.

256 Aparicio. Página 31

257 مالك بن أنس. المواطأ. ص 170. "...إنما وُضعت على أهل الكتاب صغاراً لهم..."

258 Aparicio. Página 30.

259 Fernández y Paricio. Página 36.

260 Aparicio. Página 42.

261 Aparicio. Páginas 35.

262 Aparicio. Se estudian las principales reformas.

263 خير الدين الزركلي. الأعلام. قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب و المستعربين و المستشرقين. بيروت. دار العلم للملايين. الجزء الثالث. ص. 87.

264 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. م 4 ص 45.

265 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 233.

266 Aparicio. Páginas 61 y 66.

267 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. م 1 ص 568 572 573 575 576 577. أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. رحلة ابن جبير. القاهرة. دار المعرفة. 81 110 .

268 Nicolet. Páginas 27 y siguientes.

269 Homo. Página 32.

270 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 223.

271 محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 166.

272 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 234 و 235.

273 Aparicio. Páginas 31 y 337.

274 Nicolet. Página 52.

275 Aparicio. Página 37.

276 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 215.

277 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 215.

278 Aparicio. 88.

279 Ostrogorsky. Páginas-145-147.

280 Ostrogorsky. Página 195.

281 Ostrogorsky Página 196.

282 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. ص 86.

283 Ostrogorsky. Página 365.

284 Ferrara. Páginas 22 y 23.

285 Blanch. Páginas 44 a 47.

286 Aparicio. Página 42.

287 Morán. Páginas. 232-234.

288 Meiksins. Páginas 47 y 48.

289 Meiksins. Página 49.

290 Meiksins. Página 50.

291 Meiksins. Página 86.

292 Meiksins. Página 94.

293 Meiksins. Página 129.

294 Meiksins. Página 133.

295 Meiksins. Nota 208. Página 234.

296 Meiksins. Página 236

297 Meiksins. Página 285.

298 Paricio, Javier. *Historia y Fuentes del Derecho Romano*. 1992. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Página 75:

299 Ribas Alba, José María. "La participación política en la <<Lex Irnitana>>: el principio democrático en un municipio latino". *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law*. 45 (2017): 72-90.

300 Panizo Orallo, Santiago. *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinebaldo de Fieschi (Inocencio IV)*. 1975. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Páginas 158 y 159.

301 Chalmeta. Pagina 87.

302 أبي نصر الفرابي. أراء أهل المدينة الفاضلة و مضاداتها. 1995. بيروت. دار و مكتبة الهلال. ص. 113.

303 Holt, P.M. Editor. *The Cambridge History of Islam. Volume 2. The further islamic lands, islamic society and civilization*. Cambridge. 1970. At The University Press. Páginas 455, 520 y 563.

304 Blanch. Páginas 119 a 140, 156-17 y 164.

305 Ferrara. Página 28.

306 Ferrara. 30.

307 ابو الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي الأندلسي. ص 5 و 6.

308 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 128

309 محمد م. الأرنؤوط. الوقف الإسلامي في العالم الإسلامي ما بين الماضي و الحاضر. 2011. بيروت. جداول للنشر والتوزيع. ص 15.

310 De Castro. Páginas 142 y 143.

311 Panizo. Páginas 158 y 159.

312 Ferrara. Página 22.

313 Castro Sáenz, Antonio. *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*. 1998. Sevilla. Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones. Páginas 210 y 211.

314 ابن خلدون.

315 De Castro. Página 278.

316 Para un estudio más pormenorizado: Blanch. Páginas 78 a 95.

317 القاضي عياض وولده محمد. مذاهب الحكام في نوازل الأحكام. 1990. بيروت. دار الغرب الإسلامي. ص. 174

318 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشرينسي. مجلد7. ص 33، 35، 103، 150، 204، 234، 329.436 و 469..

319 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشرينسي. مجلد7. ص 150.

320 Collinet. Páginas 95-104.

321 De Robertis. Páginas 7 a 38.

322 De Robertis. Páginas 103 y ss.

323 Chalmeta. Paginas 287, 399 y otras.

324 Meiksins. Página 251.

325 Chalmeta. Páginas 201 y 205.

326 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 103.

327 ابن بطوطة. ص. 247.

328 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 48.

329 Holt. Página 528.

330 De Robertis. Página 235

331 De Robertis. Páginas 238 y ss.

332 Roth Clausing, Ph. D. *The roman colonate. The Theories of its Origin*. 1963. Roma. "L'Erma" di Brestschneider. Páginas 42, 210 y 218.

333 Feenstra, Robert. "Foundations in Continental Law since the 12th Century: The legal Person Concept and Trust like devices". *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*. ed. Richard Helmholz y Reinhard Zimmermann. Berlin. Duncker & Humblot. Página 308.

334 Rubio. Página 41.

335 Lozano, Arminda. "Imperium Romanun and the Religious Centres of Asia Minor. The Intervention of Roman Political Power on the Temples of Asia Minor". *Ruling the Greek World. Approaches to the Roman Empire in the East*. ed. Juan Manuel Cortés Copete, Elena Muñiz Grijalvo and Fernando Lozano Gómez. Páginas 67-90.

336 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص 145.

337 عبيد القاسم بن سلام. كتاب الأموال. بيروت. دار الشروق. ص. 421.

338 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. م1 ص 567.

339 ابن بطوطة. ص. 570

340 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. م1 ص 508.

341 Dignas. Página 111.

342 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص 175

343 Hammond, Phillip C. Páginas 95 y 96.

344 Dignas. Página 19.

345 Dignas. Página 32 y ss.

346 Dignas. Página 55.

347 Soto Chica, José. "Los efectivos del último ejército de la persia sasánida (572-642). Una solución desde las fuentes", *Revista Gladius* Vol. 35 (2015). Páginas 61-75.

348 Soto Chica. Páginas 100 y 107.

349 Cruz Hernández. Página 96.

350 Dignas. Página 119.

351 Dignas. Página 152.

352 Ramírez del Río. Páginas 157 y ss.

353 Ostrogorsky. Página 90. Sobre las distintas corrientes cristianas, véase. Aziz, S. Atiya. *A History of Eastern Chistianity*. London. Methuen & Co. Ltd.

354 Glick. Página 28. Nota 6.

355 Buckhardt. Página 36.

356 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص 8.

357 Pourshariati, Parvaneh. *Decline and fall of the Sasanian empire: the Sasanian-Parthian confederacy and the Arab conquest of Iran*. 2008. London. I.B. Tauris in association with the Iran Heritage Foundation. Página 26.

358 Lambton, Ann K. S. *State and Government in Medieval Islam. An Introduction to the Study of Islamic Political Theory: The Jurists*. 2006. London. RoutledgeCurzon Taylor & Francis Group. Páginas 41 y 64.

359 Morán. Páginas 206-208.

360 Homo. Página 257.

361 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. م1 ص 454 و455..

362 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. م2 ص 59.

363 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. م2 ص 81.

364 ابن خلدون. ص 263.

365 Bergolte, Michael. "Foundations <for the Salvation of the Soul> an Exception in World History?". *Medieval Worlds*. 1 (2015). Páginas 86-105.

366 Perikhanian, Anahit. *The Book of a Thousand Judgements (a sasanian law-book)*. 1980. Costa Mesa. California. Mazda Publishers. Página 97.

367 Hennigan. Página 59 y ss.

368 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 371.

369 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. 2011. ص. 128

370 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 145

371 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث ص 453.

372 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 63.

373 *Historia de la Iglesia Católica*. Tomo I. 1964. Madrid. Páginas 48 y 51.

- 374 Von Gierke. *Teorías Políticas*. Página 215.
- 375 Meiksins. Página 266.
- 376 García-Pelayo. Páginas 13 y ss.
- 377 Panizo. Página 72.
- 378 Lambton. Páginas. XV y 1.
- 379 Meiksins. Página 267.
- 380 Hallaq, Wael B. *The Impossible State. Islam, Politics, and Modernity's Moral Predicament*. 2013. New York. Columbia University Press. Página 42.
- 381 *Historia de la Iglesia Católica. Tomo I*. Páginas 830 y 831.
- 382 Coulson. Páginas 55 y ss.
- 383 أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس المطلبى الشافعى. الرسالة في علم أصول الفقه. 2013. جدة. دار المنهاج للنشر والتوزيع. ص 18.
- 384 Bu Mushaf-i Şerif. 1992. Istanbul. Tenvir Nesriyat. S. 4. A. 59.
- 385 Para una mayor comprensión de los diversos momentos históricos, teorías y formas de relación entre Iglesia y poder, véase, entre otros muchos: Von Gierke, Otto. *Teorías Políticas*. También, García-Pelayo. O Fédou, René, *el estado en la edad media*. 1997. Madrid. EDAF, Ediciones.distribuciones, S.A.
- 386 Nasr, Seyyed Hossein. *Ideals and Realitis of Islam*. 2001. Chicago. New rev. ed. Página 59.
- 387 ابن خلدون. ص. 213.
- 388 Murga. Página 143.
- 389 Schacht. Páginas 6 y 7.
- 390 Binns, John. *Las Iglesias Cristianas Ortodoxas*. 2009. Tres Cantos. Akal. Página 174.
- 391 Aziz. Página 148.
- 392 De Vries, Guillermo. *Oriente Cristiano Ayer. Visión de conjunto sobre la historia de las iglesias orientales*. 1953. Madrid. Sociedad de Educación Atenas. Página 55.
- 393 Binns. Página 175.
- 394 Aziz. Página 181.
- 395 Aziz. Página 259.
- 396 Zahran, Yasmine. *The Lakhmids of Hira. Sons of the Water of Heaven*. 2009. UAE. Stacy International. Páginas 29, 51, 61, 68, y 71.
- 397 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص. 15.
- 398 Nayran es una provincia de Yemen, fronteriza si se accede desde Meca.
- الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 399 الإمام أبي الحسن البلاذري. فتوح البلدان. 1991. بيروت. دار الكتب العلمية. ص 77.
- 400 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص 529. حديث رقم 3174.
- 401 ابن خلدون. ص. 215.
- 402 أبي بكر محمد بن الوليد بن محمد الطرطوشي. ص. 467.
- 403 Charles. Página 21.
- 404 Schacht. Páginas 6 y 7.
- 405 شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة. الجزء الأول. ص. 120.
- 406 خير الدين الزركلي. الجزء الخامس. ص. 50.
- 407 Blanc. Páginas 194 y 195.
- 408 Galgano, Francesca. *Attività Normative e Resistenze delle Pratica Nell'Oriente Provinciale Romano. Successioni ereditarie e rapporti familiari in una lettura del manoscritto Londinese del cd. Liber Syro-romanus*. 2017. Napoles. Editoriale Scientifica.
- 409 Para un estudio sobre el paso desde la persecución religiosa a la tolerancia durante el reinado de Constantino, es posible consultar:
- Potter, David. *Constantino el Grande*. 2013. Barcelona. Editorial Planeta. Páginas 183 y ss.
- Castellanos, Santiago. *Constantino. Crear un emperador*. 2010. Madrid. Sílex Ediciones, S.L. Páginas 161 y ss.
- 410 Murga. Página 100.
- 411 Murga. Páginas 108 y 141.
- 412 Murga. Páginas 142 y 143.
- 413 Murga. Páginas 255 y 256. También véase Panizo. Página 47.
- 414 Murga. Página 264, 265 y 266.
- 415 Panizo. Página 54.
- 416 Panizo. páginas 111 y 112.
- 417 Murga. Página 33.
- 418 Panizo. Páginas 108 y 109.

- 419 Rubio. Páginas 23-33.
- 420 Rubio. páginas 75 y ss.
- 421 Véase, por ejemplo: Jhering, Rudolph von. *El fin en el Derecho*. 2011. Granada. Comares. Este autor recoge, en la página 141, la importancia que la incitación a la caridad y la benevolencia tuvo en el desarrollo de numerosos actos jurídicos.
- 422 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. الفتاوى الكبرى. 1986. بيروت. دار الكتب العلمية. م 4. ص 240.
- 423 الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي. الفروق 2011. بيروت المكتبة العصرية. الجزء الثاني. ص. 209.
- 424 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بابن العابدين. رسائل ابن عابدين. 1971. بيروت. دار الكتب العلمية. م 2. ص 200.
- 425 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الرابع. ص. 7 وما بعدها.
- Se puede consultar un análisis crítico sobre las tesis sobre este tema de este autor egipcio en el siguiente artículo:
Arabi, Oussama. "Intention and Method in Sanhūrī's Fiqh: Cause as Ulterior Motive". *Islamic Law and Society*, Vol. 4, No. 2 (1997), Páginas 200-223.
- 426 Panizo. Página 168.
- 427 Panizo. Página 113.
- 428 Blanch. Páginas 195 y 196.
- 429 Aparicio. Página 91.
- 430 Aparicio. Página 91.
- 431 *Historia de la Iglesia Católica. Tomo I*. Página 460.
- 432 Archi, Gian Gualberto. *Teodosio II e la sua Codificazione*. 1976. Napoles. Edizioni Scientifiche Italiane. Página 154.
- 433 Blanch. Página 195.
- 434 Panizo. Página 128.
- 435 Panizo. Página 130.
- 436 Ferrara. Página 43.
- 437 Panizo. Página 129.
- 438 Panizo. Página 178.
- 439 Panizo. Páginas 190 y ss.
- 440 De Castro. Página 143. Véase también: Ribas Alba, José María. *Persona: Desde El Derecho Romano A La Teología Cristiana* (2ª Edición). 2012. Granada. Editorial Comares.
- 441 Lambton. Página 14.
- 442 Hallaq. *The imposible State*. Página 42.
- 443 Bu Mushaf-i Şerif. 128.
- 444 Bu Mushaf-i Şerif. 110.
- 445 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. م 3 ص 481.
- 446 أبي نصر الفرابي. ص. 114.
- 447 ابو جعفر محمد بن جرير الطبري. م 5. ص 304.
- 448 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص. 433.
- 449 القاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم. كتاب الخراج. بيروت. دار المعرفة. ص. 97.
- 450 Panizo. Página 103 y ss.
- 451 Panizo. Página 130.
- 452 Panizo. Páginas 258 y 259.
- 453 *Historia de la Iglesia Católica. Tomo II*. Páginas 606 y 607.
- 454 Ferrara. Página 46.
- 455 Von Gierke, Otto. *Teorías Políticas*. Página 72.
- 456 Von Gierke, Otto. *Teorías Políticas*. página 121.
- 457 Von Gierke, Otto. *Teorías Políticas*. página 127.
- 458 De Castro. Página 149.
- 459 Von Gierke. Páginas 74 y ss.
- 460 García-Pelayo. Página 53.
- 461 Holt. *Volume 2*. Páginas 636 y 637.
- 462 Vikør, Knut S. *Between God and the Sultan. A History of Islamic Law*. 2005. New York. Página 3.
- 463 Vikør. Páginas 79 y ss.
- 464 Roser Nebot, Nicolás. *Religión y Política: la concepción islámica*. 2002. Madrid. Fundación Sapere Aude. Página 201.
- 465 يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ

Oh los que creéis, no consumáis vuestros bienes en vano, salvo que se trate de un negocio de mutuo acuerdo entre vosotros.

Bu Mushaf-i Şerif. 299.
466 Roser. Página 186.
467 Roser. Página 193.

468 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص 2.
469 الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي. الجزء الثالث. ص. 190.
470 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية. القاهرة 2013. دار الحديث. ص. 241.
471 عبد السلام داود العبادي. الملكية في الشريعة الإسلامية. بيروت. دار البشير. م. 1. ص. 161.
472 سعيد صبري، عكرمة. ص. 32.
473 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص 493.
474 شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة. الجزء الخامس. ص 392.
475 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول. ص. 33.
476 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 29.

477 De Robertis. Página 68.
478 De Robertis. Páginas 7 a 38.
479 De Robertis. Páginas 70 y 71.
480 De Robertis. Páginas 73 y ss.
481 De Robertis. Página 84.
482 Panizo. Páginas 52 y 53.
483 Panizo. Página 112.
484 Panizo. Página 129.
485 Panizo. Página 130.
486 Panizo. Páginas 130 y 175.
487 Von Gierke. Páginas 204 y 205.

488 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ر. ص 226.
489 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 230.
490 ابن بطوطة. ص. 302 و 303.
491 ابن بطوطة. ص. 309.
492 خير الدين الزركلي. الجزء الخامس. ص. 219 و 220.

493 Cahen, Claude. *El Islam. I desde los orígenes hasta el comienzo del Imperio otomano*. Paracuellos del Jarama. 1992. Siglo XXI Editores España. Páginas 212 y 213.
494 Cahen. páginas 162 y ss.
495 García-Pelayo. Página 93.
496 *Historia de la Iglesia Católica. Tomo I*. Páginas 49 y ss. .
497 *Historia de la Iglesia Católica. Tomo I*. Páginas 76 y ss.
498 *Historia de la Iglesia Católica. Tomo I*. Página 787 y ss.
499 Ayala. Páginas 26 y 27.
500 Ayala. página 247.
501 Ayala. páginas 784 y 786.
502 Panizo. Página 190.
503 Panizo. Página 191.
504 Panizo. Páginas 193 y ss.
505 Lambton. Página 75.
506 Lambton. página 78.
507 Lambton. página 96.
508 Camarero Suárez, Matita y González del Valle, José M.^a Coordinadores. Código de Derecho Canónico. Madrid. 1992 Conferencia Episcopal.
509 García-Pelayo. Página 193.
510 Hallaq. *The imposible State*. Página 42.

511 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 17.
512 بي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 25 و 26.
513 بي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 15.
514 ابن خلدون. ص. 178.

515 De Boni, Luis Alberto. "El Pontificado de Bonifacio VIII". Iglesia y Estado. *Teorías políticas y relaciones de poder en tiempo de Bonifacio VIII (1294-1303) y Juan XXII (1316 -1334)*. Bayona Aznar, Bernardo y de Camargo Rodrigues

de Souza, José Antonio editores. 2016. Zaragoza. Universidad de Zaragoza. Páginas 27 a 77.

516 Fédou. Página 90.

517 Ayala. Páginas 20 y ss.

518 *Historia de la Iglesia Católica. Tomo II*. Páginas 625 y 626.

519 Fédou. Páginas 124 y 125.

520 Strayer. Páginas 33 a 35.

521 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص. 436.

522 أبو علي ابن سينا. كتاب السياسة. 2007. سوريا. بدايات للطباعة والنشر. ص. 59.

523 Rubio. Página 68.

524 Murga. Página 380.

525 Blanch. Páginas 186 a 188.

526 Murga. Página 18.

527 Murga. Páginas 380 y 381.

528 Blanch. Páginas 174 y ss.

529 Blanch. Página 304.

530 Rubio. Página 93.

531 Cuenca Boy, Francisco. "Para una comparación histórico-jurídica de las *piae causae* del Derecho Romano Justiniano con el *waqf* del Derecho Islámico". Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (2002): 273-312.

532 Rubio. Página 52.

533 Murga. Páginas 32 y 33.

534 Blanch. Página 253. Véase también Cuenca Boy, Francisco. "Para una comparación histórico-jurídica de las *piae causae* del Derecho Romano Justiniano con el *waqf* del Derecho Islámico".

535 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.

536 Bu Mushaf-i Şerif. 89.

537 Bu Mushaf-i Şerif. 95.

538 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء السابع. ص. 70.

539 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص. 513.

540 Maldonado y Fernández del Torco, José. *Herencias en favor del alma en el derecho español*. 1944. Madrid. *Revista de Derecho Privado*. Página 28. Véase también Rubio. Página 35.

541 Murga. Página 41.

542 Murga. página 140.

543 Cuenca Boy, Francisco. "Para una comparación histórico-jurídica de las *piae causae* del Derecho Romano Justiniano con el *waqf* del Derecho Islámico".

544 Rubio. Páginas 72 y ss.

545 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.

546 Bu Mushaf-i Şerif. 43.

547 Bu Mushaf-i Şerif. 60.

548 Bu Mushaf-i Şerif. 215.

549 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. م 1 ص 296.

550 مالك بن أنس. المواظ. د. محمود بن الجميل. دار البيان الحديثة. القاهرة (2001). ص 164.

551 القاضي أبي يوسف يعقوب بن إياهم. ص. 87.

552 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص 116 و 117.

553 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص. 90.

554 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 84.

555 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 53.

556 Cahen, Claude, "Réflexions sur le *waqf ancien*", en *Studia Islamica* 14 (1961).

557 Blanch. Página 187.

558 Blanch. Página 173.

559 Blanch. Página 245. Véase también Panizo. Página 40.

560 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص. 43.

561 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص 188.

562 ابن بطوطة. ص. 84.

563 ابن بطوطة. ص. 640.

564 ابن عذاري المراكشس. البيان المغرب في أخبار الأندلس والمغرب. 1971. بيروت. دار الكتاب العلمية. الجزء الثاني. ص.

234.

- 565 Murga. Páginas 238 y 239. Véase también Rubio. Páginas 45 y ss. Cuenca Boy, Francisco. “Para una comparación histórico-jurídica de las *piae causae* del Derecho Romano Justiniano con el *waqf* del Derecho Islámico”.
- 566 أبو الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي الأندلسي. ص 7 و 8.
- 567 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 588.
- 568 De Castro. Página 97.
- 569 Blanch. Página 245.
- 570 Blanch. páginas 245 y ss.
- 571 Blanch. páginas 202 y 203.
- 572 Panizo. Páginas 122, 123 y 194.
- 573 De Castro. Página 212.
- 574 De Castro. Página 97.
- 575 عبد السلام داود العبادي. م. 1. ص. 127 و 128.
- 576 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول. ص. 47.
- 577 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 297 و 298.
- 578 العلامة الغمام مولانا الشيخ نظام. م. 2 ص 442.
- 579 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد السادس، صفحة 107 و 108.
- 580 الإمام أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 19.
- 581 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص 131.
- 582 Hallaq, Wael B. *An Introduction to*. Página 47 y ss.
- 583 Barceló. Página. 51.
- 584 Por ejemplo, consúltese: García Sanjuán, Alejandro. *Hasta que Dios Herede la tierra*. Huelva. 2002. Universidad de Huelva.
- 585 Roth Clausing. Páginas 285 y ss.
- 586 Aparicio. Página 31.
- 587 Gayo. *Instituciones*. Coordinación general y prólogo de Francisco Hernández-Tejero. 1985. Madrid. Editorial Civitas, S.A.
- 588 Aparicio. Página 66.
- 589 Chalmeta, Pedro. *Invasión e islamización: la sumisión de Hispania y la formación de al Andalus*. 2003. Jaén. Universidad de Jaén. Página 212.
- 590 Zahran. Página 39.
- 591 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. م 1. ص 538.
- 592 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 85.
- 593 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 122.
- 594 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 181.
- 595 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص 4 و 5.
- 596 الشيخ مروان محمد السعار. ص 404 و 405.
- 597 القاضي أبي يوسف يعقوب بن إباهيم. ص. 35.
- 598 القاضي أبي يوسف يعقوب بن إباهيم. ص. 63.
- 599 أسعد بن ممتي. قوانين الدواوين. 1991. القاهرة. مكتبة محبوبي. ص. 77.
- 600 أسعد بن ممتي. ص. 76.
- 601 Véase Barceló, Miquel. *El sol que salió por occidente*. 2010.
- 602 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص 15 و 16.
- 603 Para un introducción al tema de las relaciones entre los conquistadores musulmanes y las población no musulmana conquistada, así como los impuestos con los que eran gravados y el régimen del *jarāy*, véase, entre otros: Lambton. Páginas 201 a 2018.
- 604 Chalmeta. Pagina 137.
- 605 Charles. Pagina. 67
- 606 García Sanjuán. Página. 274
- 607 García Sanjuán. Página 337.
- 608 Carballeira Debasa. Página 14.
- 609 Johansen, Baber. *The Islamic Law On Tax and Rent. The Peasants' Loss of Property Rights as Interpreted in the Hanafite Legal Literature of the Mamluk and Ottoman Periods*. 1998. New York. Croom Helm. Páginas 7 y ss.
- 610 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 217 إلى 223.
- 611 يحيى بن آدم القرشي. كتاب الخراج. بيروت. دار المعرفة للطباعة و النشر. ص 18 و 19.
- 612 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الأولى، صفحة 283 و 290.

- 613 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 84.
- 614 أسعد بن مماتي. ص. 329.
- 615 أسعد بن مماتي. ص. 122.
- 616 الإمام العلامة شهاب الدين أبي عباس الصنهاجي المشهور بالقرافي. الجزء الرابع. ص. 5.
- 617 الإمام العلامة شهاب الدين أبي عباس الصنهاجي المشهور بالقرافي. الجزء الثالث. ص 7.
- 618 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 168 و 69..
- 619 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص 82.
- 620 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص. 89.
- 621 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص. 92
- 622 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص. 96.
- 623 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص. 97.
- 624 الإمام العلامة شهاب الدين أبي عباس الصنهاجي المشهور بالقرافي. الجزء الرابع. من صفحة 5 إلى 8
- 625 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشرينسي. مجلد7. 152.
- 626 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشرينسي. الجزء الرابع. ص. 457.
- 627 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشرينسي. الجزء الرابع. ص. 213.
- 628 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشرينسي. الجزء الرابع. ص. 216.
- 629 أسعد بن مماتي. ص. 339.
- 630 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 206.
- 631 القاضي عياض. ص. 207.
- 632 الإمام عمر بن عبر العزيز. شرح أدب القاضي ص. 49.
- 633 عبيد القاسم بن سلام. ص. 386.
- 634 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 6. المادة 1045.
- 635 اعلي حيدر. درر الحكام. ص. 249 و ما بعدها.
- 636 علي حيدر. درر الحكام. ص. 263.
- 637 Yildirim, Riza. "Dervishes, Waafs, and Conquest: Notes on Early Ottoman Expansion in Thrace". *Held in Trust. Waqf in the Islamic World*, ed. Ghazaleh, Pascale. 2011. El Cairo. The American University in Cairo Press. Páginas 23-40. Véase también: Akar, Tuba. The Role of Waqf in Shaping and Preservin Urban Areas: The Historical Commercial Center o Adana. *Held in Trust. Waqf in the Islamic World*, ed. Ghazaleh, Pascale. 2011. El Cairo. The American University in Cairo Press. Páginas 197-208.
- 638 Ibrahim, Nasi. "The Sadir al-Fuqaha' wa-l-Fuqara' Endowment (Salah al-Din al-Ayyubi) in Alexandria during the Eighteenth Century".. *Held in Trust. Waqf in the Islamic World*, ed. Ghazaleh, Pascale. 2011. El Cairo. The American University in Cairo Press. Páginas 73-102.
- 639 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الننبلي. القواعد الفقهية. 2011. ص. 128
- 640 Carballeira . Página 297. Véase también. García Sanjuán. Página 271.
- 641 Cahen, Claude. "Réflexions sur le waqf ancien", en *Studia Islamica* 14 (1961).
- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة. الجزء الخامس. ص 359.
- 642 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 54.
- 643 أسعد بن مماتي. ص. 138، 173، 174، 228، 182، 190، 357 356
- 644 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول. ص. 47.
- 645 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. 1999. ص 375..
- 646 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 767.
- 647 عبيد القاسم بن سلام. ص. 371..
- 648 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص 88.
- 649 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامو بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. مجلد الثالث، ص 394 و 395.
- 650 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 51.
- 651 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 211-219.
- 652 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 292.
- 653 أسعد بن مماتي. ص. 259.
- 654 أسعد بن مماتي. ص 366 و 367.
- 655 أسعد بن مماتي. ص 369.

- 656 García de Cortázar, José Ángel. *Historia de España. 2. La época medieval*. Dirigida por Miguel Artola. 1988. Madrid. Alianza editorial. Páginas 159 y ss.
- 657 Ribas Alba, José María. *Persona*.
- 658 De Castro. Página 212.
- 659 Panizo. Página 154.
- 660 Blanch. Página 304.
- 661 De Castro . Página 173. Véase también Blanch. Página 58.
- 662 Von Gierke, Otto. *Teorías políticas*. Página 42.
- 663 Von Gierke, Otto. *Teorías políticas*. Páginas 49 y ss.
- 664 Castro Sáenz. Página 147.
- 665 Camarero Suárez y González del Valle.
- 666 Se puede consultar el texto íntegro en la siguiente dirección url del Gobierno jordano:
<http://www.sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/PDFs/AR/AppliedLegislations/a7walsha5seye.pdf>
- 667 الأستاذ الدكتور محمود على السرطاوي. شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني. القسم الأول. عقد الزواج و آثاره. 1996. عمان. دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع. ص. 178.
- 668 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني.. المجلد الثالث. ص 281.
- 669 Coulson. Página 92. Para una traducción al español, puede consultarse: Coulson. Noel. J. *Historia del Derecho Islámico*. Traducción de María Eugenia Eyras. 1998. Barcelona. Ediciones Bellaterra.
- 670 Oxford Islamic Studies on Line. *The Oxford Dictionary of Islam. Istishab*. URL:<<http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e1138>>. Consulta 30 de noviembre de 2018.
- 671 أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المقربي. مجلد 7. ص. 636 و 638.
- 672 Panizo. Página 142.
- 673 De Castro. Página 147.
- 674 De Castro. Páginas 158 y 172.
- 675 De Castro. Página 391.
- 676 Castro Sáenz. Página 161.
- 677 Rubio. Página 33.
- 678 Rubio. Página 72.
- 679 De Castro. Página 160.
- 680 De Castro. Página 166.
- 681 De Castro. Páginas 266 y ss.
- 682 De Castro. Páginas 86 y 293.
- 683 Para un análisis en profundidad de la cuestión de la usura y su influencia en el Derecho patrimonial islámico, véase:
 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الثالث. ص. 177 و ما بعدها.
 684 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص 79
 685 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص.82.
 686 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد. الجزء الثاني. ص 313.
 687 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد. الجزء الثاني. ص. 327 و 328.
- 688 D'Emilia, Antonio y Castro, Francesco. *Scritti di diritto islamico*. 1976. Roma. Istituto per l'Oriente. Página 257.
- 689 D'Emilia y Castro Páginas 258 y ss.
- 690 Estévez Brasa, Teresa M. *Derecho civil musulmán*. 1981. Buenos Aires. Ediciones Depalma. Página 279.
- 691 Murga. Página 330.
- 692 Murga. Página 331.
- 693 Murga. Página 73.
- 694 Murga. Páginas 364 y ss.
- 695 Panizo. Página 52.
- 696 Panizo Página 176. Véase también Blanch. Página 63.
- 697 Panizo. Páginas 212 y ss..
- 698 Panizo. Página 222. Véase también Blanch. Página 63.
- 699 Panizo. Páginas 250 y ss.
- 700 Panizo. Página 262.
- 701 Von Gierke. *Teorías políticas*. Páginas 54 y ss.
- 702 Ferrara. Página 496.
- 703 Entre otros, Panizo. Página 128.
- 704 D'Emilia y Castro. Páginas 260 y 261
- 705 Meiksins. Páginas 268 y 269.
- 706 Panizo. Página 128.

707 Carlos German Pantoja Murillo, en su artículo La fundación o waqf en el Derecho Islámico, cita a el artículo. Mónica Gaudiosi The influence of the islamic law of waqf on the development of the trust in England: the case of Merton College. In University of Pennsylvania Law Review Vo. 136. N.º 4. Apr. 1988. https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/.../01_presentacion.pdf

708 Feenstra. Páginas, 95, 96 y 211.

709 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على شرح الكبير. دار إحياء الكتب العربية. الجزء الثالث. ص. 499.

710 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص 347.

711 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى. المجلد الرابع ص 52.

712 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى. المجلد الرابع. ص. 146.

713 بي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى. المجلد الرابع. ص. 251 و 52.

714 أبي العباس أحمد بن يحيى الوئشريسسي. مجلد 8. 149.

715 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول. ص. 9 و ما بعدها.

716 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص 101.

717 لإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي.. الجلد السادس. ص. 177 و 178.

718 عبد السلام داود العبادي. م. 3. ص. 107.

719 الشيخ مروان محمد السعار. ص 367.

720 مالك بن أنس. الموطأ. ص. 589 و ما بعدها.

721 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي.

722 علي حيدر. درر الحكام.

En Jordania, en 1994, se publicó una edición para su estudio en las facultades del país, ya que muchos de sus preceptos se mantuvieron en el nuevo código civil que sustituyó a este texto vigente en el estado hasta principios de la década de los setenta.

723 Fernández Barreiro y Paricio. Página 199 y ss.

724 Fernández Barreiro y Paricio. Página 271. También López y López. Páginas 449y ss.

725 López y López. Páginas 253 y ss.

726 Schacht. Página 134.

727 Hallaq. *An introduction*. Página 16.

728 Fernández Barreiro y Paricio. Página 362.

729 Paricio. Páginas 142 y 143.

730 Von Ihering. Páginas 473-474.

731 Rubio. Página 41. Véase también Maldonado. Página 24.

732 Rubio. Páginas 42, 43, 101 y 114.

733 Rubio. Página 115.

734 Maldonado. Páginas 48, 188 y 206.

735 Castro Sáenz. Página 58.

736 Castro Sáenz. Página 245.

737 Von Ihering. Páginas 475 y 476.

738 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 297 و 298.

739 مالك بن أنس. الموطأ. ص. 263 و 264.

740 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 203، 204 و 205.

741 سعيد صبري، عكرمة. ص. 32 و 33

742 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الثالث. ص. 61 و 62.

743 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. 2011. بيروت. المكتبة العصرية. ص. 344.

744 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص 301 و 302..

745 علي حيدر. درر الحكام. م 2. ص 671 و 670. شرح المادة 960.

746 علي حيدر. درر الحكام. م 2. ص 711. شرح المادة 992.

747 الدكتور عبد الكريم زيدان. الوجيز في أصول الفقه. 1994. بيروت. مؤسسة الرسالة. ص. 23.

748 محمد قدرى باشا. كتاب مرشد الجيران إلى معرف الأحوال الإنسان. 1985. عمان. ص. 74.

749 محمد وحيد الدين سوار. الإتجاهات العامة في القانون المدني الأردني. دراسة موازنة بالفقه الإسلامي و المدونات

المدنية العربي. 1996. عمان. مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع. ص. 67.

750 قانون العقود والإلتزامات المملكة المغربية. ظهيرة 9 من رمضان 1331. (12 أغسطس 1913). صيغة محينة بتاريخ 18

فبراير 2016.

Se puede consultar el texto en la siguiente página web del gobierno marroquí:

- 751 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول. ص 77.
- 752 أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي المالكي. كتاب الأموال. 2008. بيروت. دار الكتب العلمية. ص. 58.
- 753 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الخامس. ص. 77 و 78.
- 754 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الخامس، ص 81.
- 755 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الخامس، ص 83.
- 756 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الخامس، ص 84.
- 757 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الخامس، ص 85.
- 758 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. 1999. 1161.
- 759 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الثالث. ص. 213.
- 760 الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقراف. الجزء الثالث. ص. 231.
- 761 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص 395.
- 762 لإمام عمر بن عبر العزيز. ص 410 و 411.
- 763 لإمام عمر بن عبر العزيز. ص 422.
- 764 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. ص. 348 و 349 و 350 و 351.
- 765 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزي. ص 311.
- 766 عبید القاسم بن سلام. ص. 612 و 613.
- 767 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص 367.
- 768 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص 370.
- 769 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الأول. ص 208 و 209.
- 770 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص 236.
- 771 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص 482.
- 772 محمد م. الأرنؤوط. ص. 123.
- 773 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. بيروت. دار الصبر. المجلد الخامس. ص 40.
- 774 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. بيروت. دار الصبر. المجلد الخامس. ص 296.
- 775 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. بيروت. دار الصبر. المجلد الخامس. ص. 289.
- 776 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. بيروت. دار الصبر. المجلد الخامس. ص. 295.
- 777 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. بيروت. دار الصبر. المجلد الخامس. ص. 335.
- 778 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. بيروت. دار الصبر. المجلد الخامس. ص. 245.
- 779 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الثاني، ص 113.
- 780 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد الثاني. ص 35 و 68.
- 781 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج لأحكام الخراج. ص 115 و 116.
- 782 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. كتاب احكام الأوقاف. ص 34.
- 783 المراجعة نفسها. ص. 291.
- 784 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص 28.
- 785 بي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 40.
- 786 بي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 44.
- 787 بي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 106.
- 788 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 514 و 515.
- 789 Véase, Cano Ávila, Pedro. *Sobre la transmisión del usufructo en el Derecho Maliki Andalusí*. 1994. Madrid. Madrid.s.n.
- 790 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني.. المجلد الرابع. ص 493.
- 791 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م. 2 ص 379
- 792 أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المقربي.. مجلد 7. ص. 669 و 670.
- 793 ابن أبي زيد القيرواني. فتاوى. 2004. بيروت. دار الغرب الإسلامي. ص. 241.

- 795 Murga. Página 60.
796 Ribas Alba. *Génesis del Derecho en Roma*. Página 132.
797 Owsia, Parviz, *Formation of Contract. A Comparative Study under English, French, Islamic and Iranian Law*. 1994. London. Graham & Trotman Limited. Página 128.
798 Carballeira. Páginas 17 y 18.
799 Estévez. Página 279.
800 Schacht. Página. 155.
801 *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*. ed. Richard Helmholz y Reinhard Zimmermann. Berlin. Duncker & Humblot. Páginas 306 y 307.
802 Caballeira. Página 16.
803 García Sanjuán. Páginas 95 y ss.
804 Schacht. Páginas. 78, 144 y 151.
805 Owsia. Páginas 155 a 158.
806 Owsia. Página 157.
807 Blanch. Página 244.
808 Ferrara. Páginas 104 y 503.
809 Rubio. Página 197.
810 Panizo. Página 272.
811 Ferrara. Página 509.
812 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 286 و 287 و 288 و 289.
813 أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المقرئ. مجلد 7. ص. 668.
814 إسحاق بن إبراهيم بن هانئ النيسابوري. مسائل الإمام أحمد بن حنبل. 1400 هـ. بيروت. المكتب الإسلامي. مجلد 4. ص 193.
815 Caballeira. Página 19.
816 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني.. المجلد الثالث. ص 290.
817 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامو بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. مجلد رابع، ص 146 و 147.
818 الشيخ شمش الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الثالث. ص. 5 و 6.
819 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 452 و 453..
820 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 24.
821 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني.. المجلد الرابع. ص 532..
822 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. ص. 13.
823 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. ص. 60.
824 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 51، 59 و 60.
825 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 452 و 453.
826 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 473.
827 الإمام العلامة شهاب الدين أبي عباس الصنهاجي المشهور بالقرافي. الجزء الثالث. ص. 165.
828 الإمام العلامة شهاب الدين أبي عباس الصنهاجي المشهور بالقرافي. الجزء الرابع ص. 15.
829 الإمام العلامة شهاب الدين أبي عباس الصنهاجي المشهور بالقرافي. الجزء الثالث ص. 13.
830 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 129.
831 قاضي عياض و ولده محمد. ص. 139.
832 قاضي عياض و ولده محمد. ص. 178.
833 قاضي عياض و ولده محمد. ص. 193.
834 قاضي عياض و ولده محمد. ص. 210.
835 أبي الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف الأزوي الحافظ. ص 163.
836 أبي الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف الأزوي الحافظ. ص. 187.
837 Schacht. Páginas 42 y 82.
838 أبو إسحاق الغرناطي. الوثائق المختصرة. 1988. الرباط. مركز إحياء التراث المغربي. ص. 17.
839 بو إسحاق الغرناطي. ص. 22.
840 بو إسحاق الغرناطي. ص. 33.
841 بو إسحاق الغرناطي. ص. 39.
842 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزي. ص 201.
843 بي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزي. ص. 220.

844 بي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزي. 221.
845 بي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزي. ص. 295.
846 ظهيرة شريف رقم 22.04.1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424. (3 فبراير 2004*) بتنفيذ القانون رقم 03.70. بمثابة مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية عدد 5184. ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004). ص. 444
847 ظهيرة شريف رقم 22.04.1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424. (3 فبراير 2004*) بتنفيذ القانون رقم 03.70. بمثابة مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية عدد 5184. ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004). ص. 444.
848 ظهيرة شريف رقم 22.04.1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424. (3 فبراير 2004*) بتنفيذ القانون رقم 03.70. بمثابة مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية عدد 5184. ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004). ص. 445.
849 قانون العقود و الإلتزامات المملكة المغربية. ظهيرة 9 من رمضان 1331. (12 أغسطس 1913). صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016.

Se puede consultar el texto en la siguiente página web del gobierno marroquí:

<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/>

<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%84%D8%AA>

<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/%D8%B2%D8%A7%D9%85%D8%A7%D8%AA>

<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/%20%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF%20.pdf>

850 لسان العرب.

<http://www.lesanarab.com/kalima/%D8%B9%D9%82%D8%AF>. Consulta el día 19 de febrero de 2019. 18:52 horas.

851 Valpuesta Fernández, María Rosario. Coordinadora. *Derecho de obligaciones y contratos*. 1995. Valencia. Tirant lo Blanch libros. Página 49.

852 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار الفنائس.

853 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص. 284 و 285..

854 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني.. المجلد الرابع. ص 6.

855 ي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني.. المجلد الرابع. ص. 143 و 144.

856 ي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 159.

857 الدكتور عبد الكريم زيدان.

858 الإمام العلامة شهاب الدين أبي عباس الصنهاجي المشهور بالقرافي. الجزء الثالث. ص. 5.

859 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص 258 و 259..

860 Coulson. Página 141.

861 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. بيروت. دار الصبر. المجلد السادس. ص 102.

862 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد 7. ص. 343 و 345.

863 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد 7. ص. 399 و 400 و 404..

864 Puede consultarse el contenido íntegro del Código en el siguiente enlace de la página oficial del Ministerio de Justicia marroquí:

<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/%D9%85%D8%AF>

<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/%D9%88%D9%86%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%88%D9%82%D8%A7%D9%81.pdf>

865 Véase el artículo 951 de dicha legislación, la cual puede consultarse en el siguiente enlace:

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=53F2255C2B66CCAA9A4780908AAAE09A.tplgfr27s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150545&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20190225

Para una aproximación a la cuestión de la evolución de esta institución desde su origen en Roma hasta las codificaciones contemporáneas, además de otras obras, se puede acudir a Francisco Cuenca Boy. *El fideicomiso de residuo*.

866 لإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص 47.

867 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 53.

868 López y López, Ángel María. Valpuesta. Página 319.

869 Roca i Trias, Encarnación. Valpuesta. Página 602.

870 Ribas Alba, José María. *De la donación al contrato*. 2016. Madrid. Editorial Tecnos. Especialmente, páginas 121 y ss. y 182 y ss.

871 Pantoja Murillo. https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista%20Judicial%20110/index.html.

872 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. بيروت. دار الصبر. المجلد الخامس، ص 107-109.

873 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص. 433.

874 بي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص 443.

875 بي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص 453.

876 Roca i Trias, Encarnación. Valpuesta. Página 602 y ss.

- 877 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص 20.
- 878 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص 18.
- 879 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص 6 و 7.
- 880 مدونة الأوقاف. ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 من ربيع الأول 1431. (23 من فبراير 2010).
- 881 Pantoja Murillo. https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista%20Judicial%20110/index.html.
- 882 Clavero. Páginas 273 y ss.
- 883 Murga. Página 60.
- 884 Jhering. Página. 110.
- 885 Panizo. Página 288.
- 886 Hallaq. *The imposible State*. . Página 51.
- 887 Hallaq. *The imposible State*. Página 61.
- 888 Holt. Páginas 491 y 557.
- 889 Yanagihashi, Hiroyuki. "The Judicial Functions of the Sultān in Civil Cases According to the Mālikīs up to the Sixth/Twelfth Century". *Islamic Law and Society*, Vol. 3, No. 1 (1996), Páginas 318-347.
- 890 Dagron. Páginas 76 y 77.
- 891 Meouak, Mohamed. *Pouvoir souverain, administration centrale et élites politiques dans l'Espagne Umayyade : (IIe-IVe, VIIIe-Xe siècles)*. 1999. Helsinki. Academia Scientiarum Fennica. Página 22 y ss.
- 892 Ruiz Figueroa. Páginas 47 y 48.
- 893 Lambton. Páginas 307 y 308.
- 894 Lambton. 309.
- 895 Chalmeta. *El señor*. Pagina 292.
- 896 Homo. Páginas 216 y 217.
- 897 Homo. Páginas 281 y ss.
- 898 García-Pelayo. Página 50.
- 899 Según las fuentes, la primera vez que se produjo este acto, fue en una Mezquita de Meca que recibe el nombre de Mezquita del *bī'at*. Se puede consultar el dato en los relatos de viaje de Ibn Yubayr.
أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. . ص 138.
- 900 García-Pelayo. Página 51.
- 901 García-Pelayo. Páginas 102 y ss.
- 902 Linehan, Peter. *The Processes of Politics and the Rule of Law: Studies on the Iberian kingdoms and Papal Rome in the Middle Ages*. 2002. Aldershot : Ashgate. Páginas 313 y 411.
- 903 Von Gierke. *Teorías políticas*. Páginas 198 y 199.
- 904 Johnston. Páginas 22 y 28.
- 905 Aznar. Página 27.
- 906 Ribas Alba, José María. "Mandatum Post Mortem". *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*. XIV (2002). 57-100.
- 907 Murga. Páginas 56 y 57.
- 908 Murga. 170.
- 909 Murga. 358.
- 910 De Castro. Página 173. Véase también Blanch. Página 25.
- 911 De Robertis. Página 332.
- 912 Panizo. Página 238.
- 913 Panizo. Página 286.
- 914 McCall, Brian. *La corporación como sociedad imperfecta*. 2015. Madrid. Marcial Pons. Páginas 22 y 23.
- 915 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 916 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الخامس. ص. 81.
- 917 ير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الخامس. الجزء الرابع. ص. 73.
- 918 سعيد صبري، عكرمة. ص. 307.
- 919 ابن خلدون. ص 202.
- 920 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الثالث. ص. 330.
- 921 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 1230.
- 922 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 17.
- 923 القاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم. كتاب الخراج. بيرو. دار المعرفة. ص. 5.
- 924 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 240 و 241.
- 925 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الأول. ص. 188 و 189 و 190.
- 926 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. مجلد الرابع. ص 208.

- 927 ابن مقفع. الأدب الصغير و الأدب الكبير. 1999. بيروت. دار الكتاب العربي. ص. 80.
- 928 أبو علي ابن سينا. ص. 59 و 62.
- 929 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 31 و 32.
- 930 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 33.
- 931 الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقراف. الجزء الرابع. ص. 41.
- 932 أبو مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 68.
- 933 أبو مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 83.
- 934 أبو مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 138.
- 935 ابن عذاري المراكشي. الجزء الأول. ص. 23.
- 936 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 127 و 128.
- 937 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 290.
- 938 لإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 317.
- 939 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 22 و 23.
- 940 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 371.
- 941 أبو الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي الأندلسي. تاريخ قضاة الأندلس. بيروت. دار الأفاق الجديدة. ص 7 و 8.
- 942 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 87 و 88.
- 943 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزي. ص. 237.
- 944 ابن خلدون. ص. 203 و 204.
- 945 أبي بكر محمد بن الوليد بن محمد الطرطوشي المالكي. ص. 165.
- 946 ابن بطوطة. ص. 69.
- 947 ابن بطوطة. ص. 96.
- 948 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 138.
- 949 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. 2011. ص. 145.
- 950 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 39.
- 951 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 80 و 81.
- 952 لإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 278.
- 953 لإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 325.
- 954 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد 7. ص. 91.
- 955 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 114.
- 956 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 6. المادة 1045. 347 و 348.
- 957 الزركلي. الأعلام. الجزء الرابع. ص. 147.
- 958 شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة. الجزء الخامس. ص. 392.
- 959 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بابن عابدين. الجزء الثاني. ص. 219 و 220.
- 960 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزي. ص. 298 و 299.
- 961 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 269.
- 962 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد 7. ص. 134 و 35.
- 963 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 262.
- 964 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 102 و 103 و 104.
- 965 العلامة الغمام مولانا الشيخ نظام. م. 2. ص. 406.
- 966 العلامة الغمام مولانا الشيخ نظام. م. 2. ص. 408.
- 967 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد 7. ص. 93.
- 968 بي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد 7. ص. 129.
- 969 سعيد صبري، عكرمة. ص. 19 و 20.
- 971 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 284 و 285.
- 972 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الأول. ص. 144.
- 973 سعيد صبري، عكرمة. ص. 280.
- 974 أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المقربي. مجلد 7. ص. 655.

- 975 سعيد صبري، عكرمة. ص. 283.
- 976 سعيد صبري، عكرمة. ص. 301 و 302.
- 977 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخفاف. ص 174 و 175.
- 978 سعيد صبري، عكرمة. ص. 308.
- 979 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد 7. ص. 145.
- 980 عبد السلام داود العبادي. م. 3. ص. 118 و 19.
- 981 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 371.
- 982 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي.. مجلد 7. ص. 13.
- 983 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي.. مجلد 7. ص. 123.
- 984 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي.. مجلد 7. ص. 184.
- 985 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر. المجلد الأول. ص. 484.
- 986 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد 7. ص. 460.
- 987 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م. 2 ص 410.
- 988 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص 271.
- 989 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 275.
- 990 محمد قدرى باش. كتاب مرشد الحيران إلى معرف الأحوال الإنسان. 1985. عمان. ص. 166 و 170..
- 991 القانون المدني الأردني. رقم (43) لسنة 1976. موسوع الجيب للتشريع و القضاء و الفقه. 1991. عمان.
- 992 مدونة الأوقاف. ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 من ربيع الأول 1431. (23 من فبراير 2010).
- 993 مدونة الأوقاف. ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 من ربيع الأول 1431. (23 من فبراير 2010).
- 994 مدونة الأوقاف. ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 من ربيع الأول 1431. (23 من فبراير 2010).
- 995 محفوظ، نجيب. أولاد حارتنا. ب1991. بيروت. دار الأداب. ص. 5.
- 996 Mora Alarcón, José Antonio. *Comunidad de Bienes*. Tarragona. 1991. Edita el autor. Páginas 13-15:
- 997 Mora Alarcón. Páginas 17 y 18
- 998 Mora Alarcón. Página 19.
- 999 Torres Mateos, Miguel Ángel. *Comunidad de Bienes*. Pamplona. 2007. Editorial Aranzadi, S.A. Página 18.
- 1000 Torres Mateo. Página 26.
- 1001 Cossials Ubach, Andrés Miguel. “*Concepto, Constitución y Funcionamiento de la Comunidad de Bienes*”. *Comunidad de Bienes y Sociedad Civil*. Dir. M.^a Ángeles Parra Lucán. Cood. Isaac Tena Piazuelo. 2017. Valencia. Tirant lo Blanch libros. Páginas 41 y 42.
- 1002 Torres Mateos, Miguel Ángel. *Comunidad de Bienes*. Pamplona. 2007. Editorial Aranzadi, S.A. Página 18
- 1003 Cossials. Páginas 46 y 47.
- 1004 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص 293.
- 1005 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 1006 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 6. المادة 1045.
- 1007 أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس المطلبي الشافعي. الرسالة. ص 106.
- 1008 القاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم. ص. 43.
- 1009 القاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم. ص. 80.
- 1010 القاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم. ص. 97.
- 1011 يحيى بن آدم القرشي. ص 17 و 18.
- 1012 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 374.
- 1013 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 440.
- 1014 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 202.
- 1015 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص 301 و 302.
- 1016 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. 303.
- 1017 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص. 304.
- 1018 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص. 338 و 339.
- 1019 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص. 483 و 484.
- 1020 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص. 493.
- 1021 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الثالث. ص. 61 و 62.
- 1022 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الثالث. ص. 207.

- 1023 عبيد القاسم بن سلام. ص. 86.
- 1024 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 153.
- 1025 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامو بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. مجلد الثالث، ص 380 و 381.
- 1026 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامو بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. مجلد الثالث، ص. 418 و 419.
- 1027 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 102.
- 1028 الإمام عمر بن عبر العزير. ص. 645 و 657.
- 1029 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 25 , 26. المادة 1072.
- 1030 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 28. المادة 1075.
- 1031 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 310. المادة 1308.
- 1032 محمد قدرى باش. كتاب مرشد الحيران إلى معرف الأحوال الإنسان. 1985. عمان. ص. 180
- 1033 أسعد بن مماتي. ص. 108 و 109.
- 1034 أسعد بن مماتي. ص. 343
- 1035 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. م 1 ص 325.
- 1036 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص 363 و 364.
- 1037 عبد السلام داود العبادي. م 2. ص. 234.
- 1038 عبد السلام داود العبادي. م 1. ص. 303.
- 1039 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص 350 و 351.
- 1040 Gariano Maritan, Grisel. "Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho". *Derecho y Cambio Social* 31. (2013): 1-12.
- 1041 Ribas Alba, José María. *Persona*.
- 1042 خير الدين الزركلي.. الجزء السابع. ص. 137.
- 1043 محمد بن يحيى بن باجة. تدبير المتوحد. 1994. تنس. سراس للنشر. ص. 19.
- 1044 ابن خلدون. ص 46.
- 1045 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 109.
- 1046 عبد السلام داود العبادي. م 1. ص. 107 و 108.
- 1047 الإمام أبي زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي. تقويم الأدلة في أصول الفقه. 2001. بيروت. دار الكتب العلمية. ص. 417 و 418 و 420.
- 1048 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول. ص. 20 و ما بعدها.
- 1049 الدكتور عبد الكريم زيدان. ص. 91 و ما بعدها.
- 1050 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. 223.
- 1051 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص 358 و 359.
- 1052 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 386 و 387.
- 1053 علي حيدر. درر. م 2. ص 649.
- 1054 علي حيدر. درر. م 2. ص. 652 و 653.
- 1055 علي حيدر. درر. م 2. ص. 654.
- 1056 علي حيدر. درر. م 2. ص. 657.
- 1057 علي حيدر. درر. م 2. ص. 667 و 668 و 669.
- 1058 علي حيدر. درر. م 2. ص. 671 و 670. شرح المادة 960.
- 1059 علي حيدر. درر. م 2. ص. 675:
- 1060 علي حيدر. درر. م 2. ص 676 و 677.
- 1061 علي حيدر. درر. م 2. ص. 700.
- 1062 علي حيدر. درر. م 2. ص. 709.
- 1063 علي حيدر. درر. م 2. ص. 710 و 711.
- 1064 علي حيدر. درر. م 2. ص. 711. شرح المادة 992.
- 1065 علي حيدر. درر. م 2. ص. 717 و 719 و 720.
- 1066 علي حيدر. درر. م 2. ص. 724.
- 1067 خير الدين الزركلي. الجزء السابع. ص. 10.
- 1068 محمد قدرى باش. عمان. ص. 73 و 74.

1069 مدونة الأسرة المغربية. ظهير شريك رقم 01.22.04 صادر في 12 من ذي حجة 1424 (3 فبراير 2004). الجريدة الرسمية 5 من فبراير 2004. ص. 418 و ما بعدز

Se puede consultar el texto completo en el siguiente enlace:

http://adala.justice.gov.ma/AR/Legislation/textesjuridiques_famille.aspx

1070 Schacht. *An introduction*. Página 124.

1071 Charles. Página. 63.

1072 Charles. Página 42.

1073 قانون العقود و الإلتزامات المملكة المغربية. ظهير 9 من رمضان 1331. (12 أغسطس 1913). صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016.

Se puede consultar el texto en la siguiente página web del gobierno marroquí:

<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/>

%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%84%D8%AA

%D8%B2%D8%A7%D9%85%D8%A7%D8%AA

%20%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF%20.pdf

1074 القانون رقم 36 لعام 2010. قانون الأحوال الشخصية الأردني.

Se puede consultar el texto en la siguiente página del Juez Supremo.

<http://sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/PDFs/AR/AppliedLegislations/a7walsha5seye.pdf>

1075 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 142 و 143.

1076 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 362.

1077 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. كتاب الأم. الجزء الثالث. ص. 220.

1078 ابن أبي زيد القيرواني. ص 234 و 235.

1079 بن أبي زيد القيرواني. ص. 232.

1080 الإمام عمر بن عبد العزيز. ص. 148.

1081 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الأول. ص 249 و 250.

1082 مالك بن أنس. المجلد الخامس. ص 223

1083 عبيد القاسم بن سلام. كتاب الأموال. بيروت. دار الشروق. ص. 555.

1084 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص 301 و 302.

1085 أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي المالكي. كتاب الأموال. 2008. بيروت. دار الكتب العلمية. ص. 161.

1086 الإمام عمر بن عبد العزيز. ص. 241.

1087 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 241.

1088 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 366 و 367.

1089 ابن أبي زيد القيرواني. ص 274.

1090 الإمام عمر بن عبد العزيز. ص. 232.

1091 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص. 221.

1092 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص. 206.

1093 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 36 و 37.

1094 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد

الثالث، ص 9 و 10 و 11.

1095 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد

الرابع، ص 577 و 578.

1096 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص 222.

1097 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. كتاب الأم. الجزء الأول. ص. 191.

1098 الإمام عمر بن عبد العزيز. ص. 317.

1099 لإمام عمر بن عبد العزيز. ص. 242.

1100 عبد السلام داود العبادي. م. 2 ص. 184 و 185 و 189.

1101 الإمام عمر بن عبد العزيز. ص. 237.

1102 لإمام عمر بن عبد العزيز. ص. 248.

1103 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. كتاب الأم. الجزء الثالث. ص. 76

1104 الإمام عمر بن عبد العزيز. ص. 419.

1105 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص 67.

1106 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الأول. ص 284.

1107 أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي المالكي. ص. 161 و 162.

- 1108 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. كتاب الأمر. الجزء الرابع. ص. 117.
- 1109 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. كتاب الأمر. الجزء السادس. ص. 93.
- 1110 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الثالث، ص. 322 و 323.
- 1111 عارف خليل أبو عيد. الوجيز في لميراث. 1992. عمان. دار النفائس. ص. 39.
- 1112 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 235 و 240
- 1113 Fernández Barreiro y Paricio. Página 366.
- 1114 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الثالث، ص 131.
- 1115 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. كتاب الأمر. الجزء السادس. ص 178 و 179 و 182.
- 1116 عارف خليل أبو عيد. ص. 40.
- 1117 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص. 234، 239 و 240.
- 1118 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الثاني. ص. 22 و 23.
- 1119 عبيد القاسم بن سلام. ص. 559.
- 1120 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الثالث، ص. 424.
- 1121 الشيخ مروان محمد السعار. ص 473.
- 1122 الشيخ مروان محمد السعار. ص 505.
- 1123 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. كتاب الأمر. بيروت. دار الفكر. الجزء الأول. ص 192 و 193.
- 1124 ابن أبي زيد القيرواني. ص 252.
- 1125 عبد السلام داود العبادي. م. 2 ص. 194.
- 1126 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص. 209.
- 1127 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الثالث. ص. 348.
- 1128 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء السادس. ص. 17.
- 1129 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الأول. ص. 244.
- 1130 علي حيدر. درر. م 3. ص 122 و 123. المادة 1128.
- 1131 علي حيدر. درر. م 3. ص. 343.
- 1132 علي حيدر. درر. م 3. ص. 347 و 348.
- 1133 علي حيدر. درر. م 3. ص. 367 و 368.
- 1134 علي حيدر. درر. م 3. ص. 431.
- 1135 علي حيدر. درر. م 3. ص. 468.
- 1136 علي حيدر. درر. م 3. ص. 481.
- 1137 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 266.
- 1138 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 344.
- 1139 عبيد القاسم بن سلام. ص. 421.
- 1140 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص. 206.
- 1141 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. 2011. ص. 348 و 350.
- 1142 Schacht. Página 124.
- 1143 Charles. Página. 63.
- 1144 Charles. Página 41.
- 1145 Caballeira. Página 340.
- 1146 Schacht. Página 125.
- 1147 García Sanjuán, Alejandro. "La formación de la teoría *mālikī* sobre los lugares de culto de los *ḍimmīes*". *The legal status of ḍimmī-s in the islamic west. (second/eighth-nineth/fifteenth centuries)*. Ed. Maribel Fierro and John Toland. Turhond. Brepols. 2013. Páginas 131-156:
- 1148 De Castro. Página 175.
- 1149 De Castro. Página 41.
- 1150 Blanch. Páginas 19 a 21.
- 1151 Ribas Alba, José María. *Constitucionalismo Romano. Los límites jurídicos del Poder en la antigua Roma*. 2019. Madrid. Editorial Tecnos. Páginas 87 y ss.
- 1152 Charles. z Páginas 41 a 65.
- 1153 Schach. Páginas 124 a 130.

- 1154 Espinar Moreno, Manuel. *Bienes habices del reina de Granada: las alquerías de las Gabias*. 2009. Tuusula : Profesor Heikki Palv. Páginas 26 y 27.
- 1155 Caballeira. Página 340.
- 1156 García Sanjuán. *Hasta que*. Páginas 101 a 106.
- 1157 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 287 و 288.
- 1158 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشرينسي. مجلد السابع. ص. 65 و 438.
- 1159 Panizo. Página 343.
- 1160 Ferrara. Página 298. Véase también: Panizo. Página 158.
- 1161 De Castro. Páginas 22 y 23.
- 1162 Von Ihering. Página 48.
- 1163 Morán. Página 33.
- 1164 McCall. Páginas 50 y 51.
- 1165 De Robertis. Página 332.
- 1166 Ferrara. Páginas 25 y 298.
- 1167 Blanch. Página 38.
- 1168 De Castro. Página 212.
- 1169 Ramón Guerrero, Rafael. "Algazel: Crisis del califato abasí y teoría del Poder". *Historia del análisis político*. Ed. Pablo Sánchez Garrido. 2011. Madrid. Tecnos.
- 1170 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء السابع. ص. 22.
- 1171 Estévez. Página 279.
- 1172 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الرابع. ص. 42.
- 1173 عبد القادر عودة. التشريع الجنائي الإسلامي، مفاظاً بالقانون الوضعي. 1994. بيروت الجزء الأول. ص. 393.
- 1174 Ruiz Figueroa. Página 5.
- 1175 Holt, P.M. Editor. *The Cambridge History of Islam. Volume 2*. Página 463.
- 1176 Holt, P.M. Editor. *The Cambridge History of Islam. Volume 2*. Páginas 491 y 492.
- 1177 Barceló. Página 151.
- 1178 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 22 و 23.
- 1179 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص 192 وما بعدها.
- 1180 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الثاني. ص. 70.
- 1181 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 249 المادة 1234.
- 1182 مالك بن أنس. الموطأ. ص. 265.
- 1183 الك بن أنس. الموطأ. ص. 272 و 273.
- 1184 القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم. ص. 86.
- 1185 القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم. ص. 141.
- 1186 Ferrara. Página 54.
- 1187 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج لأحكام الخراج. ص. 12، 15 و 16.
- 1188 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج لأحكام الخراج. ص. 58 و 59 و 60.
- 1189 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج لأحكام الخراج. ص. 73 و 74.
- 1190 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج لأحكام الخراج. ص. 77.
- 1191 عبيد القاسم بن سلام. ص. 302 و 303.
- 1192 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد. الجزء الأول. ص 498 و 499.
- 1193 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 192.
- 1194 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 433.
- 1195 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 86.
- 1196 إبن عذارى المراكشس. الجزء الرابع. ص. 511 و 512.
- 1197 القاضي عياض وولده محمد. ص. 173 و 174.
- 1198 عبد السلام داود العبادي. م. 1. ص. 292 و 293 و 294.
- 1199 عبد السلام داود العبادي. م. 1. ص. 298، 299، 301 و 302.
- 1200 Blanch. Página 245.
- 1201 عبد السلام داود العبادي. م. 2. ص. 234 و 235.
- 1202 عبد السلام داود العبادي. م. 1. ص. 303.
- 1203 إبن خلدون. ص 222 و 223.
- 1204 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الثالث. ص. 330.

- 1205 Watt, William Montgomery. *Mahoma, profeta y hombre de estado*. 1967. Barcelona. Barcelona Labor. Página 50.
También: Ruiz Figueroa. Página 34. Por último: Quesada. Página 40.
- 1206 Watt. Página 50
- 1207 Ruiz Figueroa. Página 34
- 1208 Quesada. Página 40.
- 1209 Morán. Página 166.
- 1210 Schwentzel. Véase también Hammond. Páginas 106.
- 1211 Zahran.
- 1212 Schacht. Páginas 8 y 9.
- 1213 Ribas Alba. *Prehistoria*. Páginas 192 y siguientes.
- 1214 Ramírez del Río. Páginas 27 y ss. Véase también Ruiz Figueroa. Páginas 34 y ss.
- 1215 Ruiz Figueroa. Página 32
- 1216 Chalmeta. *El señor del zoco*. Pagina 9.

- 1217 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الأول. ص. 206..
- 1218 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الثالث. ص 474.
- 1219 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الثالث. ص. 482.
- 1220 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص. 25.
- 1221 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص. 301 و302.
- 1222 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 1223 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص. 613.
- 1224 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الثالث. ص. 201..
- 1225 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص. 687 و688.
- 1226 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص. 116 و117.
- 1227 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. 224 و225 و226.
- 1228 القاضي أبي يوسف يعقوب بن إياهم. ص. 42 وما بعدها.
- 1229 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. . الجزء الثالث. ص. 166.
- 1230 ابن خلدون. ص 124.
- 1231 بن خلدون. ص. 148.
- 1232 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 81.
- 1233 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 154 و155.

1234 Se puede consultar la página oficial de la institución real jordana.

<https://rhc.jo/ar/rhc-search/results?query=%D9%85%D8%B3%D8%AA%D8%B4%D8%A7%D8%B1%20%D8%AC%D9%84%D8%A7%D9%84%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%84%D9%83%20%D9%84%D8%B4%D8%A4%D9%88%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B4%D8%A7%D8%A6%D8%B1>.

1235 En la página electrónica dedicadas a estas entidades se puede tener acceso a toda la legislación aplicable.

<http://www.terrescollectives.ma/Pages/ar/cadre-juridique.cshtml>

- 1236 حسين الحاج حسن. ص 70.
- 1237 أسعد بن مماتي. ص. 84 و109.
- 1238 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الأول. ص. 302.
- 1239 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. القاهرة. مجلد الثالث ص 129.
- 1240 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. مجلد الخامس ص 14.

1241 Schacht. Página 6.

- 1242 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص 532 و533.
- 1243 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء السادس. ص. 125 و126.
- 1244 الإمام محمد بن الحسن الحسين الشيباني. الأصل. 2012. بيروت. دار ابن حزم. طبعة خاصة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة قطر. ص. 547 و556 و558.
- 1245 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء السادس. ص. 80.
- 1246 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السابع. ص. 322.
- 1247 عبد السلام داود العبادي. م. 3 ص. 41 و42.
- 1248 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بابن عابدين. الجزء الثاني. ص. 298.

- 1249 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء السادس. ص. 42.
- 1250 القاضي الشرعي أحمد محمد علي داود. الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون. 1982. عمان. منشورات وزارة الأوقاف والشؤون المقدسات الإسلامية. ص. 390.
- 1251 القاضي الشرعي أحمد محمد علي داود. ص. 414 وما بعدها.
- 1252 Tsafir, Nurit. *Collective Liability in Islam. The 'Aqila and Blood-Money Payments*. 2020. Cambridge. Cambridge University Press.
- 1253 Holt, P.M. Editor. *Volume 2. The Further Islamic Lands, Islamic Society and Civilization*. Página 563. Véase también Chalmeta. Páginas 7, 279, 114-115.
- 1254 Glick, Página 158. También la monografía de Chalmeta.
- 1255 Morán. Páginas. 232-234.
- 1256 Homo. Páginas 148 y 149.
- 1257 Ribas Alba. "La participación política en la <<Lex Irnitana>>: el principio democrático en un municipio latino".
- 1258 Panizo. Página 48.
- 1259 Chalmeta. Páginas 351 y 398.
- 1260 Lévi-Provençal, Évariste. *L'Espagne Musulmane au X^{ème} Siècle. Institutions et Vie Social*. 1932. Paris. Larose. Página 62.
- 1261 Tito Livio. *Ab Urbe Condita*. Traducción de Sebastián Mariner Vigorra. Madrid. 1985. Editorial Gredos. Libro I 42-43:
- 1262 Homo. Página 32.
- 1263 Aparicio. Página 43.
- 1264 Lévi-Provençal. Página 80.
- 1265 Barceló. Página. 49.
- 1266 ابن مقفع. ص. 31.
- 1267 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الرابع. ص. 140.
- 1268 أبي بكر محمد بن الوليد بن محمد الطرطوشي . ص. 474 و475.
- 1269 Ramón Guerrero.
- 1270 ابن خلدون. ص 203 و204.
- 1271 ابن خلدون. ص 208 و209.
- 1272 ابن خلدون. . ص 230 و31.
- 1273 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 31 و32.
- 1274 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 39.
- 1275 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 90.
- 1276 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 41 و42 و44.
- 1277 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 260.
- 1278 Consúltese Chalmeta.
- 1279 الشيخ مروان محمد السعار. ص 634.
- 1280 عبيد القاسم بن سلام. ص. 718.
- 1281 الإمام عمر بن عبر العزیز. ص. 290.
- 1282 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الثالث. ص. 161.
- 1283 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. مجلد الثالث. ص 427 و428.
- 1284 ابن عذاري المراكشي. الجزء الأول. ص. 21.
- 1285 ابن عذاري المراكشي. الجزء الأول. ص. 222.
- 1286 ابن عذاري المراكشي. الجزء الثاني. ص. 47 و48.
- 1287 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 77.
- 1288 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 1289 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 116.
- 1290 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبیر. ص. 156.
- 1291 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الخامس. ص. 319.
- 1292 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبیر. ص. 192، 193 و194.
- 1293 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبیر. ص. 196 و197.
- 1294 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر. المجلد الثاني. ص. 478.

- 1295 ابن بطوطة. ص. 33.
- 1296 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء السادس. ص. 235 و236.
- 1297 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 1298 ابن بطوطة. ص. 43 و44.
- 1299 ابن بطوطة. ص. 46.
- 1300 ابن بطوطة. ص. 143 و168.
- 1301 ابن بطوطة. ص. 195 و196.
- 1302 ابن بطوطة. ص. 246.
- 1303 ابن بطوطة. ص. 266.
- 1304 الشيخ مروان محمد السغار. ص 412.
- 1305 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الثالث. ص. 320.
- 1306 ابن خلدون. ص 222 و225.
- 1307 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 220 و21.
- 1308 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 222 و223.
- 1309 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 223.
- 1310 ابن خلدون. ص 224.
- 1311 ابن خلدون. ص 227 و228.
- 1312 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الثالث. ص. 289, 290:
- 1313 Zakharia, Katia. " Le secrétaire et le pouvoir: 'Abd al-Hamîd Ibn Yahyâ al-Kâtib " . *Annales Islamologiques, Institut Français d'Archéologie Orientale, 1999, Annales islamologiques, numéro spécial* (Sanagustin F. (édité par) Les Intellectuels et le Pouvoir dans le Monde musulman classique (*jours du GREMMO - Maison de l'Orient*), XVII, pp.77-93. hal-01270255
- 1314 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 223 و224.
- 1315 ابن خلدون. ص 226.
- 1316 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 229 و230 و231 و232.
- 1317 الإمام عمر بن عبر العزير. ص. 37 و38.
- 1318 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. بيروت. دار الصبر. المجلد الثاني. ص. 42 و43.
- 1319 أسعد بن مماتي. ص. 232 و233.
- 1320 أسعد بن مماتي. ص. 307 و308.
- 1321 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 158.
- 1322 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الأول. ص. 267.
- 1323 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 293.
- 1324 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 425 و426.
- 1325 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء السابع. ص. 133.
- 1326 أبي بكر محمد بن الوليد بن محمد الطرطوشي المالكي. ص. 458.
- 1327 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. م 4. ص 209.
- 1328 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. م 1. ص 538.
- 1329 ابن عذاري المراكشي. الجزء الثاني. ص. 40.
- 1330 ابن عذاري المراكشي. الجزء الأول. ص. 136.
- 1331 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 51.
- 1332 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 186.
- 1333 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 240.
- 1334 ابن بطوطة. ص. 257.
- 1335 ابن خلدون. ص 227 و228.
- 1336 Homo. Páginas 280 y 283.
- 1337 Panizo. Páginas 183 y 186.
- 1338 Strayer. Páginas 198 y 199.
- 1339 Quesada. Página 46.
- 1340 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 1341 حسين الحاج حسن. ص. 74.

1342 Ramírez del Río. Página 30.

1343 الإمام عمر بن عبد العزيز. ص. 72 و73
1344 الإمام عمر بن عبد العزيز. ص. 75 و76 و77.
1345 القاضي عياض وولده محمد. ص. 299.

1346 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الخامس. ص. 99.
1347 Serrano Ruano, Delfina. J. Lirola Delgado (dir. y ed.) "Iyad b. Musà", *Biblioteca de al-Andalus*, vol. VI. Fundación Ibn Tufayl de Estudios Árabes, 35 p. (2009).

1348 ابن مقفع. ص. 43.

1349 ابن مقفع. ص. 133.

1350 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 55 و56.

1351 عبيد القاسم بن سلام. ص. 71.

1352 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 35 و36.

1353 Barceló.

1354 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 56 و57.

1355 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 171 و172.

1356 ابن بطوطة. ص. 272 و273.

1357 ابن عذارى المراكشس. الجزء الثالث. ص. 9.

1358 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الثالث. ص. 163.

1359 ابن عذارى المراكشس. الجزء الثالث. ص. 105.

1360 ابن عذارى المراكشس. الجزء الرابع. ص. 135.

1361 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.

1362 Morán. Página 170.

1363 Vikør. Página 191.

1364 Hallaq. *An introduction*. Página 74 y 77.

1365 Vikør. Página 191.

1366 Vikør. Página 198 y 199.

1367 Coulson. Página 122.

1368 Yanagihashi. "The Judicial Functions of the Sultān.

1369 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 94.

1370 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 94 و95.

1371 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 97 و98 و99 و100.

1372 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 100 و101.

1373 عبيد القاسم بن سلام. ص. 533.

1374 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الخامس. ص. 50.

1375 ابن بطوطة. ص. 62 و63 و669.

1376 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الخامس. ص. 127.

1377 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 64.

1378 ابن عذارى المراكشس. الجزء الأول. ص. 111.

1379 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الرابع. ص. 5.

1380 ابن عذارى المراكشس. الجزء الثالث. ص. 122.

1381 Fernández y Paricio. Páginas 121 y ss.

Para un análisis más específico y amplio sobre la evolución desde el sistema formulario a través de la actuación de los emperadores, se puede consultar:

Turpin, William. "Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem". *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*. No. 46 (1999). Páginas 499-576.

En lo referente a las garantías del ciudadano frente a este proceso:

Valpuesta Bermúdez, Macario. "El *cives* frente al proceso criminal romano. Una reflexión sobre las garantías procesales en la *cognitio extra ordinem*". *Derecho, persona y ciudadanía: una experiencia jurídica comparada*. Cood. Bernardo Periñán Gómez. 2010. Universidad Pablo de Olavide. Marcial Pons.

1382 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص 27 و28.

1383 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص 36.

- 1384 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص 57 و58.
- 1385 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزي. ص 300.
- 1386 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص 240.
- 1387 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص 460.
- 1388 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص 502.
- 1389 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجز الرابع. ص 184.
- 1390 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص 514 و515.
- 1391 الإمام علاء الدين أبوبكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص 56 و65.
- 1392 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص 351.
- 1393 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الأول. ص 144.
- 1394 شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة. الجزء الخامس. ص 392.
- 1395 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء السادس. ص 7.
- 1396 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص 62.
- 1397 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص 62 و63.
- 1398 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م 2 ص 379
- 1399 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص 324 و325.
- 1400 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الثالث. ص 301.
- 1401 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص 131.
- 1402 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزي. ص 297 و298.
- 1403 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص 54، 126 و130.
- 1404 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص 452 و456.
- 1405 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص 23.
- 1406 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص 101.
- 1407 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص 153 و154.
- 1408 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص 159.
- 1409 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص 493 و494.
- 1410 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. 2011. بيروت. المكتبة العصرية. ص 50.
- 1411 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. 2011. بيروت. المكتبة العصرية. ص 54 و55.
- 1412 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الثالث. ص 295.
- 1413 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص 89 و94.
- 1414 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص 103 و106.
- 1415 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص 168 و172 و173.
- 1416 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص 197 و203.
- 1417 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص 217 و219.
- 1418 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص 282.
- 1419 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء السادس. ص 99 و100.
- 1420 الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقراف. الجزء الأول. ص 205 و206.
- 1421 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الأول. ص 94 و95.
- 1422 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص 27.
- 1423 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الثامن. ص 92.
- 1424 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص 58.
- 1425 Clavero.
- 1426 الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقراف. الجزء الثاني. من الصفحة الـ195 إلى الصفحة 195.
- 1427 القاضي عياض وولده محمد. ص 197 و198.
- 1428 القاضي عياض وولده محمد. ص 199 و200.
- 1429 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بإبن عابدين. الجزء الثاني. ص 4.
- 1430 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بإبن عابدين. الجزء الثاني. ص 208 و209.

- 1431 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 221.
- 1432 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الخامس. ص. 325.
- 1433 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 226.
- 1434 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. . دار الحديث. ص. 288.
- 1435 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 295 و 296.
- 1436 الإمام الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص. 92 و 93
- 1437 الإمام الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص. 75 و 76
- 1438 ابن أبي زيد القيرواني. ص. 241.
- 1439 مالك بن أنس. المدونة. المجلد الأول. ص. 343.
- 1440 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص 304.
- 1441 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول. ص 32 و 33.
- 1442 القانون المدني الأردني. رقم (43) لسنة 1976. موسوع الجيب للتشريع والقضاء والفقهاء. 1991. عمان.
- 1443 مدونة الأوقاف. ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 من ربيع الأول 1431. (23 من فبراير 2010).
- 1444 Clavero.
- 1445 عبد الرزاق السنهوري. الجزء السادس. ص 68.
- 1446 القانون المدني الأردني. رقم (43) لسنة 1976. موسوع الجيب للتشريع والقضاء والفقهاء. 1991. عمان.
- 1447 مدونة الأوقاف. ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 من ربيع الأول 1431. (23 من فبراير 2010).
- 1448 محمد قدرى باش. ص. 14، 15 و 16.
- 1449 Charles.
- 1450 Charles. Página. 83 y 84.
- 1451 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. دار الحديث. ص. 502.
- 1452 Chalmeta. Pagina 117.
- 1453 Chalmeta. Pagina 204.
- 1454 Chalmeta. Paginas 203, 204 y 205.
- 1455 Hanna, Nelly. "Guild Waqf: Between Religious Law and Common Law". *Held in Trust. Waqf in the Islamic World*, ed. Ghazaleh, Pascale. El Cairo. The American University in Cairo Press. 2011. Páginas 135-153.
- 1456 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. 1999. ص. 373.
- 1457 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 374.
- 1458 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. مجلد الثالث. ص 15.
- 1459 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 1460 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 155 و 156.
- 1461 مالك بن أنس. الموطأ. ص. 410.
- 1462 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء السابع. ص. 224.
- 1463 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 1464 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى. 1971. بيروت. دار الكتب العلمية. المجلد الثالث. ص 294.
- 1465 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى. 1971. بيروت. دار الكتب العلمية. المجلد الثالث. ص 302.
- 1466 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى. 1971. بيروت. دار الكتب العلمية. المجلد الثالث. ص 306.
- 1467 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى. 1971. بيروت. دار الكتب العلمية. المجلد الثالث. ص 307.
- 1468 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى. 1971. بيروت. دار الكتب العلمية. المجلد الثالث. ص 320.
- 1469 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى. 1971. بيروت. دار الكتب العلمية. المجلد الثالث. ص 323.
- 1470 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الثالث. ص. 348 و 351.
- 1471 Fernández y Paricio. Páginas 369 y ss.
- 1472 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الثالث. ص. 351.

- 1473 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد. الجزء الثاني. ص 326.
- 1474 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد. الجزء الثاني. ص 327 و328.
- 1475 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 340 و342. المادة 1329 و1330.
- 1476 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء السادس. ص 297.
- 1477 الإمام علاء الدين أبوبكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص 58 و159.
- 1478 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص 137 و138.
- 1479 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص 69.
- 1480 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 342 المادة 1331.
- 1481 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م 2 ص 331 و346.
- 1482 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م 2 ص 341.
- 1483 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 347 و348. المادة 1333.
- 1484 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الرابع. ص 147.
- 1485 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 349 و350. المادة 1334 و1335.
- 1486 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م 2 ص 335.
- 1487 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد الثامن. ص 179.
- 1488 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد الثامن. ص 196 و197.
- 1489 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء السادس. ص 212.
- 1490 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الثالث. ص 323.
- 1491 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 352. المادة 1337.
- 1492 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 363 و364. المادة 1348 و1349.
- 1493 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 364 و365. المادة 1350.
- 1494 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 366. المادة 1351.
- 1495 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 370. المادة 1353.
- 1496 الإمام علاء الدين أبوبكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص 77.
- 1497 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 379. المادة 1358.
- 1498 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 385 و387 و389. المادة 1365 و1367 و1369.
- 1499 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 394 و395 و396. المادة 1374 و1375.
- 1500 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 404. المادة 1380.
- 1501 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 406. المادة 1381.
- 1502 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 411 و413 و414 و415 و417. المادة 1385 و1387 و1388 و1390 و1393.
- 1503 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 425. المادة 1404.
- 1504 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 438 و449 و459 و460. المادة 1385 و1387 و1388 و1390 و1393.
- 1505 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 464 و467. المادة 1431 وما بعدها.
- 1506 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 467. المادة 1441.
- 1507 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الثالث. ص 372.
- 1508 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 1509 مالك بن أنس. الموطأ. 2001. ص 411 و412.
- 1510 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص 400 و401 و406.
- 1511 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء الخامس. ص 248.
- 1512 القاضي عياض وولده محمد. ص 234.
- 1513 الشيخ مروان محمد السعار. ص 469.
- 1514 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. م 2. الجزء الرابع. ص 12 و13.
- 1515 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الرابع. ص 182.
- 1516 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص 409.
- 1517 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد الثامن. ص 150 و154.
- 1518 Brunschvig, Robert. "Contibution à l'histoire du contrat de khamessat en Afrique du Nord". *Études sur l'Islam classique et l'Afrique du Nord*. 1986. London. Galliard Printer Ltd.
- 1519 خير الدين الزركلي. الأعلام. الجزء السابع. ص 136.
- 1520 Johansen. Páginas 51 y ss.

- 1566 خير الدين الزركلي الجزء الخامس. ص. 228.
- 1567 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 1568 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 450.
- 1569 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 220.
- 1570 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي.. ص 223 و 224.
- 1571 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص . 235، 236 و237..
- 1572 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. 51، 52 و53.
- 1573 ابن بطوطة. ص. 46.
- 1574 ابن خلدون. ص. 222، 223 و225.
- 1575 ابن خلدون. ص 227 و228.

1576 Zakharia. pp.77-93. hal-01270255.

- 1577 أسعد بن مماتي. ص. 307 و308.
- 1578 أسعد بن مماتي. ص. 319.
- 1579 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 24، 25 و26.
- 1580 خير الدين الزركلي الجزء الرابع. ص.327.
- 1581 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 47 و48.
- 1582 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 69، 70 و71.
- 1583 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 97، 98 و99.
- 1584 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 211 و212.
- 1585 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 233.
- 1586 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 233 و234.
- 1587 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 234 و235.
- 1588 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. ص 296.
- 1589 عبيد القاسم بن سلام. كتاب الأموال. بيروت. دار الشروق. ص. 526 و533.
- 1590 خير الدين الزركلي الجزء السابع. ص.342.
- 1591 عبد السلام داود العبادي. م. 3. ص. 71 و73.

1592 Sobre esta materia, se puede consultar cualquier manual sobre Derecho presupuestario o fiscal. Entre otros:

Calvo Ortega, R., & Calvo Vérguez, J. *Curso de derecho financiero. I, Derecho tributario. Parte general y parte especial. II, Derecho presupuestario* (23ª edición). Pamplona 2019. Civitas-Thomson Reuters.

Martínez Giner, L., & Aliaga Agulló, E. *Manual de derecho presupuestario y de los gastos públicos* (3ª edición). Valencia. 2018. Tirant lo Blanch.

Al ser un principio con gran presencia en el sistema de la Seguridad Social, es recomendable consultar

Fernández Huerta, Antonio. "El principio de unidad de caja en la Seguridad Social". *El sistema de pensiones en España*. Cood. Antonio Millán García. Madrid. 2019. Instituto Nacional de la Seguridad Social. Páginas 95-102.

1593 Ponemos como modelo *ṣundūq al-zakāt* (caja de la *zakāt*) del Gobierno jordano, el cual la ha dotado de personalidad jurídica y le asigna la competencia para recaudar y entregar a sus beneficiarios. Se puede consultar tanto su actividad como su regulación en la dirección electrónica oficial del ente:

<http://www.zakatfund.org/Default.aspx?Lng=1&p=h>

- 1594 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الثاني، 27 و 28 و29.
- 1595 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص493.
- 1596 أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي. ص. 79.
- 1597 أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي المالكي. ص. 79 و80.
- 1598 أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي المالكي. ص. 80 و81.
- 1599 أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي المالكي. ص. 84 و85.
- 1600 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 154 و155.
- 1601 عبيد القاسم بن سلام. ص. 299 و301 و303 و306.
- 1602 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 1603 خير الدين الزركلي الجزء الخامس. ص.176.
- 1604 عبيد القاسم بن سلام. ص. 331 و333.
- 1605 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 189 و190.

- 1607 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد الثاني. ص 68 و69.
- 1608 عبد السلام داود العبادي. م. 2. ص. 299.
- 1609 عبد السلام داود العبادي. م. 2. ص. 343 وما بعدها.
- 1610 خير الدين الزركلي الجزء الأول. ص. 206.
- 1611 خير الدين الزركلي. الجزء الثالث. ص. 125.
- 1612 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 21.
- 1613 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء السابع. ص 22.
- 1614 أسعد بن مماتي. ص. 326.
- 1615 أسعد بن مماتي. ص. 232 و233.
- 1616 عبيد القاسم بن سلام. ص. 350 و351.
- 1617 خير الدين الزركلي الجزء الخامس. ص. 50.
- 1618 خير الدين الزركلي الجزء الثالث. ص. 43.
- 1619 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص 102 و104.
- 1620 خير الدين الزركلي الجزء الأول. ص. 75.
- 1621 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الثالث، ص. 424.
- 1622 خير الدين الزركلي الجزء الأول. ص. 206.
- 1623 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 230 و231.
- 1624 القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم.. ص 60 و61.
- 1625 القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم. ص 80.
- 1626 يحيى بن آدم القرشي. ص 22.
- 1627 خير الدين الزركلي الجزء الثامن. ص. 133.
- 1628 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص. 13.
- 1629 أسعد بن مماتي. ص. 264 و267.
- 1630 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد. ص. 127.
- 1631 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء السادس. ص. 93 و94.
- 1632 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 80 ، 81 و82.
- 1633 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 278.
- 1634 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس، ص 518.
- 1635 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الأول. ص 379 و380.
- 1636 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 325.
- 1637 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الثالث. ص. 504.
- 1638 أسعد بن مماتي. ص. 327، 333، 334، 341، 342، 343، 344، 347، 348 و350.
- 1639 أسعد بن مماتي. ص. 235، 236، 237 و238.
- 1640 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 454.
- 1641 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد. ص. 263 و264.
- 1642 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الأول. ص 379.
- 1643 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 41.
- 1644 عبد السلام داود العبادي. م. 2. ص. 218، 220، 221 و222.
- 1645 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 184.
- 1646 عبد السلام داود العبادي. م. 2. ص. 234 و235.
- 1647 ابن خلدون. ص. 356.
- 1648 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 203، 204 و205.
- 1649 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي.. الجزء الرابع. ص. 142.
- 1650 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 26.
- 1651 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 61.
- 1652 ابن بطوطة. ص. 452.
- 1653 عبد السلام داود العبادي. م. 2. ص. 280، 290، 291 و292.
- 1654 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزي. ص 237.

- 1655 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 260.
 1656 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 331 المادة 1321.
 1657 محمد م. الأرنؤوط. ص. 37.
 1658 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 124.
 1659 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسني. مجلد 7. ص. 213.
 1660 أسعد بن مماتي. ص. 356 و 357.

1661 Panizo. Página 272.

- 1662 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 233.
 1663 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي الجزء الرابع. ص. 189 و 190.
 1664 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 189 و 190
 1665 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد الثاني. ص 68 و 69.
 1666 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد الثاني. ص 68 و 69.
 1667 القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم. ص 60 و 61.
 1668 يحيى بن آدم الفرشي. ص 22.
 1669 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 203، 204 و 205.
 1670 عبد السلام داود العبادي. م. 3. ص. 71 و 73.
 1671 أسعد بن مماتي. ص. 232 و 233.

1672 En esta obra existe un capítulo dedicado a esta figura: Sartre, Maurice. *El Oriente Romano*. 1994. Tres Cantos. Madrid. Akal Universitaria. Traducción de Marco V. García Quintela y Marie-Piere Bouyssou. Entre las monografías sobre esta institución, se puede consultar:

Melchor Gil, Enrique. *El Mecenazgo cívico en la Bética: la contribución de los evergetas al desarrollo de la vida municipal*. 1994. Córdoba. Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones.

- 1673 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء السابع. ص 22.
 1674 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص 102 و 104.
 1675 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الثالث، ص. 424.

1676 Entre los últimos avances en los estudios dedicados a esta figura destacada del derecho islámico tenemos el coloquio internacional la Facultad de Teología Universidad Abdelmalik as-Sa'di- Tetuán los días 15 y 16 de noviembre de 2022.

- 1677 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 230 و 231.
 1678 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 395.
 1679 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد. ص. 263 و 264.
 1680 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى. 1971. بيروت. دار الكتب العلمية. المجلد الأول. ص 379.
 1681 عبد السلام داود العبادي. م. 2. ص. 234 و 235
 1682 أسعد بن مماتي. ص. 319.
 1683 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 234 و 235.
 1684 عبيد القاسم بن سلام. ص. 526 و 533.
 1685 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد. ص. 127.
 1686 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء السادس. ص. 93 و 94.
 1687 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 80 ، 81 و 82.
 1688 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس، ص 518.
 1689 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الأول. ص 379 و 380.
 1690 ابن خلدون. ص. 356.
 1691 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 325.
 1692 أسعد بن مماتي. ص. 327، 333، 334، 341، 342، 343، 344، 347، 348 و 350.
 1693 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي.. الجزء الرابع. ص. 142.
 1694 ابن بطوطة. ص. 452.
 1695 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 237.
 1696 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 260.
 1697 القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم. ص 60 و 61.

1698 يحيى بن آدم الفرشني. ص 22.

1699 محمد م. الأرنؤوط. ص. 37.

1700 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 233.

1701 ابن خلدون. ص. 356.

1702 De Castro. Página 212.

1703 Charles. Página 67.

1704 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. صحيح البخاري. الرياض. مكتبة دار السلام. 1999. ص 375..

1705 القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم. ص 18 و42.

1706 يحيى بن آدم الفرشني. ص 17.

1707 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص 301 و302 و303.

1708 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص 478، 479، 481، 482، 483 و484.

1709 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية.

القااهرة 2013. دار الحديث. ص. 513.

1710 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 147.

1711 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 110 و111.

1712 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 267.

1713 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت.

دار الصادر.

1714 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 435، 436 و437.

1715 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص 56، 58 و91.

1716 سعيد صبري، عكرمة. ص. 14، 15 و16.

1717 شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة. الجزء الخامس. ص 359.

1718 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 120.

1719 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 217، 218 و219.

1720 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 240 و241.

1721 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. المجلد الثالث. ص 469.

1722 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت.

دار الصادر.

1723 علي حيدر. درر الحكام. م 2. ص. 724.

1724 Castro. Página 13

1725 Castro Página 48.

1726 Castro. Página 71.

1727 Castro. Página 92.

1728 Castro. Página 146.

1729 Castro. Página 198.

1730 Castro. Página 235.

1731 Castro. Página 251.

1732 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. 1161.

1733 Schacht. Página 19.

1734 أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس المطلبي الشافعي. الرسالة. ص 24.

1735 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الثالث. ص. 213 و214.

1736 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الثالث. ص. 216.

1737 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 142 و143.

1738 الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقراف. الجزء الثالث.

ص. 231.

1739 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 94.

1740 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 525.

1741 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 167.

1742 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بإبن عابدين. الجزء الثاني. ص. 269، 270 و271..

1743 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص 483، 484 و532.

1744 خير الدين الزركلي. الجزء السابع. ص. 114.

- 1745 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الخامس. ص. 94 و96.
- 1746 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 55 المادة 1092.
- 1747 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 323.
- 1748 خير الدين الزركلي. الجزء الخامس. ص. 325.
- 1749 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب النبلبي. القواعد. ص. 180.
- 1750 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص 307.
- 1751 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 37
- 1752 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص 367..
- 1753 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص 370.
- 1754 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب النبلبي. القواعد. ص. 348 و 349 و 350 و 351.
- 1755 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 227 و 228.
- 1756 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 395.
- 1757 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 410 و 411.
- 1758 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 422.
- 1759 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 452 و 453..
- 1760 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الأول، ص 324، 325 و 326.
- 1761 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس، صفحة م 1 ص 208 و 209.
- 1762 مالك بن أنس. المدونة الكبرى.. المجلد الخامس، صفحة م 1 ص. 226 و 236
- 1763 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس، صفحة م 1 ص. 482 و 485
- 1764 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص 67.
- 1765 خير الدين الزركلي. الجزء الثاني. ص. 70.
- 1766 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المعيار المغرب الجامع المغرب عن فتاوى اهل إفريقيا و الأندلس و المغرب. 1981. الرباط. وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية المملكة المغربية. مجلد 8. ص. 203 و 204.
- 1767 أبو القاسم خلف بن عبد المالك ابن بشكوال. كتاب الصلة. 2014. القاهرة. مكتبة النجاحي. الجزء الثاني. ص. 217 و 218.
- 1768 سعيد صبري، عكرمة. ص. 301 و 302.
- 1769 عارف خليل أبو عيد. الوجيز في لميرات. 1992. عمان. دار النفائس. ص. 9، 10، 11، 26، 29، 37 و 38.
- 1770 Castro. Página 171.
- 1771 Hennigan. Página 55 y ss.
- 1772 Cuena Boy, Francisco. "Para una comparación".
- 1773 De Castro. Página 97.
- 1774 Panizo. Página 275.
- 1775 Murga. Página 104.
- 1776 Holt. *The Cambridge History of Islam. Volume 2*. Página 561.
- 1777 Hammond. Página 106.
- 1778 Healey. Páginas 14-15.
- 1779 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 1049.
- 1780 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 269.
- 1781 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 1782 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 1165.
- 1783 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 1784 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص. 38، 43 و 44.
- 1785 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 54.
- 1786 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. المجلد الثالث. ص. 302 و 303.
- 1787 خير الدين الزركلي. الجزء الخامس. ص. 79.
- 1788 خير الدين الزركلي. الجزء السابع. ص. 293 و 294.
- 1789 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الرابع. ص. 75.
- 1790 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 17.
- 1791 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 204.
- 1792 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 234.
- 1793 أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس المطلبي الشافعي. الرسالة. ص 43.

- 1794 Schacht, Joseph. *The Origins of Muhammadian Jurisprudence*. 1979. Oxford. Oxford University Press. Página 1.
- 1795 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد السادس. ص. 98، 99 و101.
- 1796 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 163 و165.
- 1797 خير الدين الزركلي. الجزء الثاني. ص. 315.
- 1798 الإمام الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري. صحيح مسلم. 2006. الرياض. دار طيبة للنشر والتوزيع. المجلد الأول. ص. 775.
- 1799 خير الدين الزركلي. الجزء السابع. ص. 221.
- 1800 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 133.
- 1801 الشيخ مروان محمد السعار. سنن الأوزاعي أحاديث و آثار و فتاوى. 1193. بيروت. دار النفائس. ص 263.
- 1802 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 424.
- 1803 الشيخ مروان محمد السعار. ص 355.
- 1804 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الرابع، ص 119، 120، 122 و125.
- 1805 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الرابع، ص 144 و145.
- 1806 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الرابع، ص 146 و147.
- 1807 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 23.
- 1808 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 1809 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 43 و44.
- 1810 يحيى بن آدم القرشي. ص. 36، 37 و38.
- 1811 خير الدين الزركلي. الجزء الثامن. ص. 123 و124.
- 1812 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص. 301، 304 و305.
- 1813 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص 211.
- 1814 خير الدين الزركلي. الجزء الخامس. ص. 140.
- 1815 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 154 و155.
- 1816 أبو القاسم خلف بن عبد الملك ابن بشكوال. كتاب الصلة. 2014. القاهرة. مكتبة النجاحي. الجزء الثاني. ص. 186 و187.
- 1817 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بابن عابدين. الجزء الثاني. ص. 25، 26 و 28.
- 1818 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 236 و237.
- 1819 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص. 15، 17، 21، 301 و302.
- 1820 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص. 27، 31، 66، 86 و89.
- 1821 خير الدين الزركلي. الجزء الثالث. ص. 149.
- 1822 ابن بطوطة. ص. 364.
- 1823 شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة. الجزء الخامس. ص 359.
- 1824 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 114 و115.
- 1825 Ramírez del Río.
- 1826 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص. 226، 525 و579.
- 1827 أبي الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف الأزوي الحافظ. ص. 1 و2.
- 1828 Entre una extensa bibliografía sobre el autor y la obra publicada, se puede consultar las siguientes:
 Ávila, María Luisa. "Ibn al-Faraḍī". *The Encyclopaedia of Islam. THREE* (5): 118-121 (2016).
 Molina, Luis. "Familias andalusíes: los datos del Ta'rij 'ulama' al-Andalus de Ibn al-Faradi (y III)". *En Estudios onomástico-biográficos de al-Andalus IV*, editados por Luis Molina. Granada, CSIC, Escuela de Estudios Árabes, 1990, 13-40. Edición Luis Molina. EOBA IV (1990).
 MARÍN, Manuela. "Nómina de sabios de al-Andalus (93-350/711-961)". *En Estudios onomástico-biográficos de al-Andalus I*, editados por Manuela Marín. Madrid, CSIC, Dpto. de Estudios Árabes, 1988, p. 23-182. EOBA I (1989).
- 1829 ابن خلدون. ص 122، 123، 126، 172 و173.
- 1830 ابن خلدون. ص 216.
- 1831 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 774 و775.

- 1832 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 1833 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 210.
- 1834 ابن خلدون. ص 379.
- 1835 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. المجلد الأول ص: 566, 567.
- 1836 ابن بطوطة. ص. 421 و صفحات أخرى.
- 1837 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 72, 73 و75.
- 1838 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 5, 6 و7.
- 1839 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 1840 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 9.
- 1841 Cahen, Claude "Réflexions".
- 1842 Carrasco García, García. "Public trust/Commons: ¿Palingenesias de una categoría jurídica romana?". *Index. Quaderni camerti di studi romanixtici. International Survey of Roman Law*. 48 (2020): 283-306.
- 1843 Hennigan. Página 55 y ss.
- 1844 Blanch. Página 245.
- 1845 Ferrara. Páginas 144 y 503.
- 1846 Von Gierke. *La función social del Derecho privado*. Página 58.
- 1847 Owsia. Página 157.
- 1848 Blanch. Página 210.
- 1849 Blanch. 273.
- 1850 Ribas Alba. *De la donación al contrato*. 2016. Páginas 121 y ss.
- 1851 Rubio. Página 197.
- 1852 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 18.
- 1853 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 241.
- 1854 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 52 و53.
- 1855 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 71.
- 1856 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 80.
- 1857 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الزواني. المجلد الرابع. ص. 210 و211 و533.
- 1858 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 142.
- 1859 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 297.
- 1860 القانون المدني الأردني. رقم (43) لسنة 1976. موسوع الجيب للتشريع و القضاء و الفقه. 1991. عمان.
- 1861 مدونة الأوقاف. ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 من ربيع الأول 1431. (23 من فبراير 2010).
- 1862 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص. 152.
- 1863 Lagardère, Vincent. *Histoire et société en occident musulman au Moyen Age : analyse du Mi'yard'al-Wansarisi*. 1995. Madrid. Casa Velázquez.
- 1864 Vidal Castro, Francisco. "El mufti y la fetua en el derecho islámico. Notas para un estudio institucional", *Al-Andalus Magreb: Estudios árabes e islámicos n.º 6* (1998): 289-322.
- 1865 Vidal-Castro, F.. "El tratamiento de la infancia y los derechos del niño en el sistema legal de al-Andalus y el derecho mālīkī". *Anaquel De Estudios Árabes* (2015), 27, 201-238
- 1866 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص. 457 و458.
- 1867 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص. 295.
- 1868 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 334.
- 1869 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 248, 249 و258 و259.
- 1870 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الرابع. ص. 7 و ما بعدها.
- 1871 Arabi.
- 1872 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 144:
- 1873 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 438 و439.
- 1874 خير الدين الزركلي. الجزء الثالث. ص. 327.
- 1875 Blanch. Página 173.
- 1876 Ferrara. Página 144.
- 1877 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 53.
- 1878 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس، ص 107-109.

- 1879 أبي القاسم محمد بن أحمد، إبن جزي. ص 201.
- 1880 أبي القاسم محمد بن أحمد، إبن جزي. ص. 298.
- 1881 الإمام العلامة شهاب الدين أبي عباس الصنهاجي المشهور بالقرافي.. الجزء الرابع ص. 15.
- 1882 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. مجلد السابع. ص. 58.
- 1883 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 105.
- 1884 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 115.
- 1885 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 1886 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. مجلد السابع. ص 443.
- 1887 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. مجلد السابع. ص. 101 و102.
- 1888 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 75.
- 1889 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 95.
- 1890 خير الدين الزركلي الجزء السادس. ص. 80.
- 1891 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 20.
- 1892 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 197.
- 1893 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 123 و124.
- 1894 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 284 و 285.
- 1895 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 227 و228.
- 1896 محمد أبو الأحفان. فتاوى قاضي الجماعة أبي القاسم بن سراج الأندلسي. 206. بيروت. دار إبن حزم.
- 1897 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 340.
- 1898 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 326.
- 1899 عبد الرزاق السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. بيروت. دار إحياء التراث العربي. الجزء الأول. ص. 75.
- 1900 Blanch. Página 197.
- 1901 Murga. Páginas 75,75, 356 y 357.
- 1902 Johnston. Páginas 76 y ss.
- 1903 الشيخ مروان محمد السعار. ص 403 و404.
- 1904 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 171.
- 1905 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 554 و555.
- 1906 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 236.
- 1907 خير الدين الزركلي. الجزء السابع. ص. 37.
- 1908 أبي القاسم محمد بن أحمد، إبن جزي. ص. 298.
- 1909 إبن خلدون. ص. 411 و412.
- 1910 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 1911 إبن خلدون. ص. 415.
- 1912 إبن خلدون. ص. 420، 427 و428.
- 1913 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 443.
- 1914 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 205.
- 1915 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 483 و484.
- 1916 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 61.
- 1917 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 163 و164.
- 1918 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 459.
- 1919 Hennigan.
- 1920 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 4.
- 1921 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 7 و11.
- 1922 أبي القاسم محمد بن أحمد، إبن جزي. ص. 298.
- 1923 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. الجزء الثاني. ص. 152 و153.
- 1924 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 474، 475 و481.
- 1925 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 81.
- 1926 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 5 و6.

- 1927 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 11.
- 1928 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 491 و 492.
- 1929 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 551.
- 1930 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 60.
- 1931 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بإبن عابدين. الجزء الأول. ص. 278.
- 1932 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 162.
- 1933 أبي الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف الأزوي الحافظ. ص 455.
- 1934 Blanch. Página 245.
- 1935 Ribas Alba. *De la donación al contrato*. Página 121.
- 1936 Schacht. *An introduction*. Página 116 y ss.
- 1937 Powers, David Stephan. *Law, society, and culture in the Maghrib, 1300-1500*. 2002. Cambridge, New York. Cambridge University Press. Páginas 141 y ss.
- 1938 الإمام العلامة شهاب الدين أبي عباس الصنهاجي المشهور بالقرافي. الجزء الثالث. ص. 5 و 6.
- 1939 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 94.
- 1940 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 210 و 216.
- 1941 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص. 284 و 285.
- 1942 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص 258 و 259.
- 1943 Coulson. Página 141.
- 1944 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص 244.
- 1945 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص 109 و 110.
- 1946 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص 54.
- 1947 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 20 و 21.
- 1948 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 97 و 98.
- 1949 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 256.
- 1950 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 257 و 259.
- 1951 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص. 320 و 321.
- 1952 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص. 175.
- 1953 المراجعة نفسها. ص. 216.
- 1954 خير الدين الزركلي. الجزء الثالث. ص. 101.
- 1955 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 65 و 66.
- 1956 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 288.
- 1957 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 290.
- 1958 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 291.
- 1959 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 292.
- 1960 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 390.
- 1961 شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة. الجزء الخامس. ص. 366.
- 1962 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 302, 303.
- 1963 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 73, 74 و 75.
- 1964 Serrano Ruano, Delfina. *Maḍāhib al-hukkām fi nawāzil al-aḥkām. La actuación de los jueces en los procesos judiciales*. 1988. Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- 1965 Serrano Ruano, Delfina. "Dos fetus sobre la expulsión de los mozárabes al Magreb en 1126", *Anaquel de Estudios Árabes* n°2 (1991): 163-182.
- 1966 Schacht. *An introduction*. Página 19.
- 1967 Goldziher. Página 122 y 123.
- 1968 Carballeira. Página 24.
- 1969 Torrent. Página 130.
- 1970 Rubio.
- 1971 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 130.
- 1972 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 91 و 92.
- 1973 أبو الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف الأزدي. ص. 166 و 167.
- 1974 أبو الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف الأزدي. ص. 382.
- 1975 أبو الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف الأزدي. ص. 269-272.

- 1976 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 1977 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 91 و 92.
- 1978 أبو القاسم خلف بن عبد الملك ابن بشكوال. ص. 180 و 181.
- 1979 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 139.
- 1980 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 290 و 291.
- 1981 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 238.
- 1982 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 57 و 58.
- 1983 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 128.
- 1984 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص. 290.
- 1985 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 230.
- 1986 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 20 و 21.
- 1987 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 421 و 422.
- 1988 أبي بكر محمد بن الوليد بن محمد الطرطوشي المالكي. ص. 445.
- 1989 خير الدين الزركلي. الجزء الثاني. ص. 202.
- 1990 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج لأحكام الخراج. ص. 111.
- 1991 ابن بطوطة. ص. 330.
- 1992 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 220.
- 1993 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بابن عابدين. الجزء الأول. ص. 245، 268 و 277.
- 1994 Arabi.
- 1995 Valpuesta Fernández, María Rosario. Coordinadora. *Derecho de obligaciones y contratos*. 1995. Valencia. Tirant lo Blanch libros. Página 49. Para una mayor profundización en la temática, se puede consultar, entre otras, las siguientes obras:
- Grabielli, Enrico. "Causa, tipo y teoría del contrato". *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*. Año 15, N°. 11 (2013). Páginas. 5-34.
- Melich Orsini, José. "La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones". *Anuario de derecho civil*. Vol. 37, N° 1 (1984). Páginas 3-62
- 1996 De Castro.
- 1997 Smith, Adam. *La Riqueza de las Naciones*. Edición a cargo de Carlos Rodríguez Braun. 2015. Epud Libre. Páginas 399 y ss.
- 1998 Porras Arboledas, Pedro A. "Aportación al estudio del mayorazgo. Tres ejemplos giennenses de los siglos XIV, XV y XVI". *Boletín de Estudios Giennenses* 139 (1989): 63-100.
- 1999 Clavero Salvador, Bartolomé. "«Beati Dictum»: Derecho de linaje. Economía de Familia y Cultura de Orden". *Anuario de Historia del Derecho Español 1993-1994*. (1994).
- 2000 De Castro. Páginas 86 y 293.
- 2001 Cuena Boy, Francisco. "Para una comparación"
- 2002 Reina Aguilar, Angel. "Aproximación a una comparativa jurídica entre el *waqf* y el mayorazgo castellano: El *waqf* de al-Šāfi'ī, *al-waṭā'iq* de Abū Ishāq al-Ġarnāṭī y tres ejemplos jienenses de los siglos XIV, XV y XVI". *eHumanista/IVITRA* 19 (2021): 541-555
- 2003 García Sanjuán. Página 118 y ss.
- 2004 Carballeira. Páginas 150 y 151.
- 2005 الشيخ مروان محمد السعار. ص 473.
- 2006 خير الدين الزركلي. الجزء الخامس. ص. 79.
- 2007 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 2008 García Sanjuán. Página 101.
- 2009 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الثالث. ص. 13 و 14.
- 2010 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفيز كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. 1986. بيروت. دار المكتبة العلمي. المجلد الخامس. ص. 138.
- 2011 Fernández y Paricio. Páginas 351 y 352.
- 2012 الإمام العلامة شهاب الدين أبي عباس الصنهاجي المشهور بالقرافي. الجزء الثالث. ص. 204.
- 2013 الإمام العلامة شهاب الدين أبي عباس الصنهاجي المشهور بالقرافي. الجزء الرابع. ص. 5.
- 2014 الإمام العلامة شهاب الدين أبي عباس الصنهاجي المشهور بالقرافي. الجزء الرابع. ص. 18.
- 2015 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 238.
- 2016 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 426.

- 2017 خير الدين الزركلي. الجزء الثالث. ص. 56 و57.
- 2018 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الأول. 343 و344.
- 2019 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 105.
- 2020 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 58.
- 2021 Puede consultarse, entre otras muchas, la siguiente bibliografía sobre la *yihād*:
Kepel, Gilles. *La yihad: expansión y declive del islamismo*. Barcelona. 2001. Península.
- García Sanjuán, Alejandro. *Yihad: la regulación de la guerra santa en la doctrina islámica clásica*. Madrid. 2020. Marcial Pons; Historia.
- Shaltut, Mahmud. *La yihad en el islam medieval y moderno*. 1998. Sevilla. Universidad de Sevilla.
- 2022 Clavero.
- 2023 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 181 و182.
- 2024 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 218.
- 2025 أبو القاسم خلف بن عبد المالك ابن بشكوال. الجزء الثاني. ص. 108 و109.
- 2026 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص. 297.
- 2027 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 161.
- 2028 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 36 و37.
- 2029 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 144.
- 2030 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بابن عابدين. الجزء الثاني. ص. 97.
- 2031 القاضي عياض وولده محمد. ص. 198 و199.
- 2032 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 220.
- 2033 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 100 و101.
- 2034 أبي الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف الأزوى الحافظ. ص. 364، 367، 442 و547.
- 2035 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 37.
- 2036 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 293.
- 2037 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 197.
- 2038 سعيد صبري، عكرمة. ص. 447.
- 2039 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 343 و345.
- 2040 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 16، 17 و82.
- 2041 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 31.
- 2042 Clavero. Página 56 y ss.
- 2043 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج لأحكام الخراج. ص. 97 و98.
- 2044 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 99 و100.
- 2045 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 236 و237.
- 2046 Cahen, "Réflexions".
- 2047 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص. 455 و456.
- 2048 Yildirim.
- 2049 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 155 و156.
- 2050 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 139 و140.
- 2051 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 203.
- 2052 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 205.
- 2053 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 310.
- 2054 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بابن عابدين. الجزء الثاني. ص. 206، 207، 208 و209.
- 2055 خير الدين الزركلي. الجزء الثاني. ص. 247.
- 2056 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 202 و203.
- 2057 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 43.
- 2058 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 166 و167.
- 2059 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 286، 287 و288.
- 2060 الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقراف. الجزء الأول. ص. 205 و206.
- 2061 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص. 455 و456.
- 2062 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص. 455 و456.

- 2063 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 139 و140.
- 2064 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بإبن عابدين. الجزء الثاني. ص. 206، 207، 208 و209.
- 2065 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخفاف. ص. 202 و203.
- 2066 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 43.
- 2067 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 166 و167.
- 2068 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 286، 287 و288.
- 2069 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزي. ص. 297.
- 2070 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخفاف. ص. 36.
- 2071 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 493 و494.
- 2072 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 174 و175.
- 2073 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 205، 206 و207.
- 2074 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 51.
- 2075 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 127.
- 2076 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 133.
- 2077 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 236 و237.
- 2078 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 237.
- 2079 خير الدين الزركلي. الجزء الثالث. ص. 101.
- 2080 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 139، 242:
- 2081 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 259.
- 2082 خير الدين الزركلي. الجزء الخامس. ص. 140.
- 2083 أبو محمد عبد الملك بن هشام. السيرة النبوية. 2013. ص. 56.
- 2084 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص. 71.
- 2085 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 97 و100.
- 2086 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 119.
- 2087 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص. 363.
- 2088 ابن عذاري المراكشس. الجزء الثاني. ص. 234.
- 2089 أبي عبد الله محمد بن أبي نصر فتوح بن عبد الله الأزدي. جذوة المقتبس في ذكر ولاية الأندلس. 2008. القاهرة. الهيئة المصرية العامة للكتابة. ص. 13.
- 2090 ابن عذاري المراكشس. الجزء الثاني. ص. 248 و249.
- 2091 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 188.
- 2092 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 214.
- 2093 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 217.
- 2094 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 222.
- 2095 ابن بطوطة. ص. 56.
- 2096 خير الدين الزركلي. الجزء الخامس. ص. 79.
- 2097 ابن بطوطة. ص. 122.
- 2098 ابن بطوطة. ص. 206.
- 2099 ابن بطوطة. ص. 209 و210.
- 2100 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر. المجلد الثاني. ص. 29.
- 2101 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر. المجلد الأول. ص. 288.
- 2102 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر. المجلد الأول. ص. 342 و343.
- 2103 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر. المجلد الأول. ص. 382.
- 2104 سعيد صبري، عكرمة. ص. 81.
- 2105 سعيد صبري، عكرمة. ص. 431 و432.
- 2106 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزي. ص. 297.
- 2107 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الثالث. ص. 13 و14.

- 2108 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص 36.
- 2109 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص 493 و494.
- 2110 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص 71.
- 2111 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص 56.
- 2112 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 205، 206 و207.
- 2113 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 119.
- 2114 ابن عذاري المراكشس. الجزء الثاني. ص. 234.
- 2115 سعيد صبري، عكرمة. ص. 431 و432.
- 2116 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 119.
- 2117 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 237.
- 2118 سعيد صبري، عكرمة. ص. 81.
- 2119 ابن بطوطة. ص. 209 و210.
- 2120 ابن بطوطة. ص. 206.
- 2121 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر. المجلد الأول. ص. 382.
- 2122 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 188.
- 2123 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 217.
- 2124 ابن عذاري المراكشس. الجزء الثاني. ص. 248 و249.
- 2125 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 236 و237.
- 2126 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 363.
- 2127 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 222.
- 2128 ابن بطوطة. ص. 122.
- 2129 *Held in Trust. Waqf in the Islamic World*, ed. Ghazaleh, Pascale. El Cairo. The American University in Cairo Press.
- 2130 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 97 و100.
- 2131 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 139، 242:
- 2132 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 133.
- 2133 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 259.
- 2134 Blanch. Página 245.
- 2135 García Sanjuán.
- 2136 Carballeira.
- 2137 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 297.
- 2138 Clavero. «Beati Dictum».
- 2139 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 459.
- 2140 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 230.
- 2141 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 202 و203.
- 2142 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. لجزء الثاني. ص. 251، 253 و254.
- 2143 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 302.
- 2144 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 193، 194، 195 و 196.
- 2145 مدونة الأوقاف. ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 من ربيع الأول 1431. (23 من فبراير 2010).
- 2146 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 197.
- 2147 أبي الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف الأزوي الحافظ. ص. 472.
- 2148 حيدر لخم. فتاوى ابن زرب. 211. القاهرة. دار الطائف.
- 2149 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 197 و198.
- 2150 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بابن عابدين. الجزء الثاني. ص. 4، 5، 8 و11.
- 2151 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 66.
- 2152 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 281، 282 و283.
- 2153 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 421 و422.
- 2154 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 277.
- 2155 خير الدين الزركلي. الجزء الثالث. ص. 125.
- 2156 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 399 و400.

2157 Garden, Kenneth, "Ibn Ḥamdīn", in: *Encyclopaedia of Islam*, Three, Edited by: Kate Fleet, Gudrun Krämer, Denis Matringe, John Nawas, Everett Rowson. Consulted online on 23 August 2021 <http://dx.doi.org/10.1163/1573-3912_ei3_COM_32137> First published online: 2019

- 2158 أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المقرئ. مجلد 7. ص. 668.
2159 خير الدين الزركلي. الجزء السابع. ص. 58.
2160 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامو بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. مجلد رابع، ص 146 و 147.
2161 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 206.
2162 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامو بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. مجلد رابع، ص 146 و 150.
2163 خير الدين الزركلي. الجزء الثالث. ص. 295.
2164 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 438.
2165 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 59.
2166 أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المقرئ. مجلد 7. ص. 636 و 668.
2167 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشيري. المجلد الخامس. 296.
2168 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص 290.
2169 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 146.
2170 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 163 و 165.
2171 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 162.
2172 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشيري. المجلد السابع. ص. 134.
2173 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشيري. المجلد السابع. ص. 296.

2174 Clavero.

- 2175 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 452 و 453.
2176 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بابن عابدين. الجزء الثاني. ص. 244.
2177 يحيى بن آدم القرشي. ص. 165.
2178 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى ص 221.
2179 الإمام الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج لأحكام الخراج. ص. 75 و 76
2180 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص 101.
2181 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 206-211.
2182 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 80.
2183 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 211-215.
2184 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص 174 و 175.
2185 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشيري. المجلد السابع. ص. 105، 106 و 107.
2186 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشيري. المجلد السابع. ص. 437.
2187 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.

2188 Sobre la ciudad de Badajoz durante el período andalusí puede consultarse, sin que se trate de un relación de *numerus clausus*, la siguiente bibliografía:

- Viguera Molins, María José. "Extremadura y al-Andalus". *Actas de la I Jornada de historia de Llerena* (2000): 19-44.
Viguera Molins, María José. "El Reino de Bajadoz en el "Mugrib" de Ibn Sa'īd". *Bataliús II: nuevos estudios sobre el reino Taifa de Badajoz*. Fernando Díaz Esteban (1999): 225-248.
Viguera Molins, María José. "Los reinos de taifas y el reino aftasí". *Estudios sobre el reino aftasí*. Jornadas. Badajoz (2014):25-42.

- 2189 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشيري. المجلد السابع. ص. 144.
2190 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشيري. المجلد السابع. ص. 156، 157 و 158.
2191 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
2192 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشيري. المجلد السابع. ص. 183 و 184.
2193 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
2194 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشيري. المجلد السابع. ص. 129.

2195 Carballeira.

2196 Blanch. Páginas 101 y 121.

2197 Murga. Páginas 238 y 239.

2198 Blanch. Páginas 216, 217 y 218.
2199 Blanch. Páginas 236-239.
2200 Rubio. Páginas 45 y 46.
2201 Rubio. Páginas 160-163.
2202 Panizo. Página 131.

2203 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج لأحكام الخراج. ص. 95 و 96.

2204 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 127 و 128.

2205 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 262.

2206 ابن بطوطة. ص. 302 و 303 و 309.

2207 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 357.

2208 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 265.

2209 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 301.

2210 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 168.

2211 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 104.

2212 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 168.

2213 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 107.

2214 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 101 و 102.

2215 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 103.

2216 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 270.

2217 العلامة الغمام مولانا الشيخ نظام. الفتاوى الهندية. م 2 ص 408.

2218 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 17 و 90.

2219 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 169.

2220 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 103 و 107.

2221 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 92 و 93.

2222 Con el fin de tener un semblante sobre este polifacético autor, jurista y literato, se puede confrontar:

Ramírez del Río. Páginas 79 y ss.

Ramírez del Río. "La descripción del sayyid árabe".

Lapiedra Gutiérrez, Eva. "La epístola sobre la caída de Barbastro de Abū Muhammad Ibn 'Abd al-Barr al-Namari, secretario de 'Ali Ibn Muḡāhid". *Dénia. Poder i el mar en el segle XI: El regne taifa dels Banu Mugahid Dénia. Poder y el mar en el siglo XI: El reino taifa de los Banu Mughahid*. Coord. Francisco Franco-Sánchez. 2019. Alicante. Universidad de Sevilla.

2223 خير الدين الزركلي. الجزء الثاني. ص. 311.

2224 أبو القاسم خلف بن عبد الملك بن مسعود بن موسى ابن بشكوال الخزرجي الأنصاري. الصلة. المجلد الثاني. ص.

276 و 277.

2225 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 134.

2226 Carballeira. Página 284.

2227 أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المقريبي. مجلد 7. ص. 654 و 655.

2228 خير الدين الزركلي. الجزء السابع. ص. 58.

2229 خير الدين الزركلي. الجزء السابع. ص. 43.

2230 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 105.

2231 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 275.

2232 المراجعة نفسها. ص. 123.

2233 خير الدين الزركلي. الجزء السابع. ص. 108.

2234 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 207، 208 و 209.

2235 الإمام عمر بن عبر العزيز. شرح أدب القاضي للإمام أبي بكر أحمد بن عمر الخصاف. بيروت. دار الكتب العلمية. ص.

278.

2236 أبو الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي الأندلسي. تاريخ قضاة الأندلس. بيروت. دار الأفاق الجديدة. ص

7 و 8.

2237 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 306.

2238 Bencherifa. "Al-Bunnahi, lā al-Nubahī". RAM (1998): 71-89.

2239 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 87 و 88.

2240 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 237.

- 2241 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 299.
- 2242 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 160.
- 2243 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص 151 و152.
- 2244 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 41.
- 2245 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. كتاب الأحكام السلطانية والولايات الدينية. 2013.. صيدا/بيروت. ص. 100.
- 2246 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بإبن عابدين. الجزء الثاني. ص. 220.
- 2247 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 76.
- 2248 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 91.
- 2249 خير الدين الزركلي. الجزء الخامس. ص. 140.
- 2250 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 170.
- 2251 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 169.
- 2252 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 102.
- 2253 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 109.
- 2254 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 145.
- 2255 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 2256 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 199 و200.
- 2257 Unquera B., María Jesús. "Las Fundaciones". *Publicaciones de la Institución Tello Téllez de Meneses* . 61 (1990): 637-704.
- 2258 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 360:
- 2259 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 432.
- 2260 Sira Alām Nubalā'. https://islamweb.net/ar/library/index.php?page=bookcontents&ID=3797&idfrom=3938&idto=3938&flag=0&bk_no=60&ayano=0&surano=0&bookhad=0. 08 de enero de 2021.
- 2261 Cano Ávila, Pedro. "Prosopografía de tres notables juristas sevillanos". *Philologia Hispalensis* 14 (2000): 139-146.
- Cano Ávila, Pedro. "Dictámenes jurídicos de Ibn Al-Makwi. II". *Boletín de la Asociación Española de Orientalistas Año* 36 (2000): 39-51.
- Cano Ávila, Pedro. "El jurista sevillano Ibn al-Makwi (s.X-XI)". *Philologia Hispalensis* 7 (1993): 123-140.
- 2262 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 269.
- 2263 ابن بطوطة. ص. 69.
- 2264 ابن بطوطة. ص. 169.
- 2265 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج لأحكام الخراج. ص. 95 و96.
- 2266 Feenstra. Páginas, 95, 96 y 211.
- 2267 Perikhanian. Página 97.
- 2268 Clavero.
- 2269 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 92 و93.
- 2270 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 104.
- 2271 Ruiz Figueroa. Página 48.
- 2272 Schacht. *An introduction*. Páginas 23 y ss.
- 2273 Carballeira. Páginas 290 y ss.
- 2274 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 87 و 88.
- 2275 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 237.
- 2276 ابن بطوطة. ص. 69.
- 2277 سعيد صبري، عكرمة. ص. 19، 20، 21 و22.
- 2278 أبو الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي الأندلسي. تاريخ قضاة الأندلس. بيروت. دار الأفاق الجديدة. ص 7 و 8.
- 2279 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص 101.
- 2280 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بإبن عابدين. الجزء الثاني. ص. 220.
- 2281 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 269.

2282 De Castro. Página 99.
2283 Tomás y Valiente, Francisco. *El Marco Político de la Desamortización en España*. 1989. Barcelona. Editorial Ariel. S.A.
2284 Johansen Páginas 81y ss.
2285 Blanch. Página 245.
2286 Johnston. Páginas 233 y 234.

2287 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 283، 284 و285.
2288 مدونة الأوقاف. ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 من ربيع الأول 1431. (23 من فبراير 2010).
2289 سعيد صبري، عكرمة. ص. 19، 20، 21 و22.
2290 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الأول. ص 491.
2291 Cruz Hernández. *Abu-I-Walid Ibn Rusd (Averroes): vida, obra, pensamiento, influencia*. 1997. Córdoba. Cajasur, Obra Social y Cultural.
2292 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص 304.
2293 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 174.
2294 ابن عذارى المراكشس. الجزء الثالث. ص. 103 و104.
2295 Martos Quesada, Juan. "La labor historiográfica de Ibn Idari". *Anaquel de Estudios Árabes n°20* (2009):117-130.

2296 ابن عذارى المراكشس. الجزء الثالث. ص. 97 و98.
2297 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 58.
2298 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 237.
2299 خير الدين الزركلي. الجزء الثالث. ص. 101.
2300 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 22 و24.
2301 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 294 و295.
2302 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 157.
2303 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 197.
2304 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 298 و299.
2305 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 127.
2306 خير الدين الزركلي. الجزء الخامس. ص. 176.

2307 De Castro. Página 97.

2308 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 283، 284 و285.
2309 سعيد صبري، عكرمة. ص. 19، 20، 21 و22.
2310 مدونة الأوقاف. ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 من ربيع الأول 1431. (23 من فبراير 2010).
2311 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 58.
2312 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 197.
2313 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 145.
2314 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 363.
2315 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 237.
2316 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 22 و24.
2317 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 294 و295.

2318 Johnston. Páginas 233 y 234.

2319 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 298 و299.
2320 ابن عذارى المراكشس. الجزء الثاني. ص. 103 و104.
2321 ابن عذارى المراكشس. الجزء الثالث. ص. 97 و98.
2322 الإمام عمر بن عبر العزيز. شرح أدب القاضي للإمام أبي بكر أحمد بن عمر الخصاف. بيروت. دار الكتب العلمية. ص. 415.
2323 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 92.
2324 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 206-211.
2325 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. كتاب احكام الأوقاف. بيروت. 199. دار الكتب العلمية. ص. 130.
2326 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 19 و20.
2327 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 21.
2328 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 28 و29.
2329 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 12، 13 و14.

- 2330 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 297 و298.
- 2331 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 170، 171 و172.
- 2332 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 232.
- 2333 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بإبن عابدين. الجزء الثاني. ص. 251 و252.
- 2334 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 22 وما بعدها.
- 2335 علي حيدر. درر الحكام شرح المجلة الأحكام. 1991. بيروت دار الجيل. م 2. ص. 724.
- 2336 علي حيدر. درر الحكام شرح المجلة الأحكام. 1991. بيروت دار الجيل. م 2. ص. 724.
- 2337 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص. 226.
- 2338 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد إبن رشد. الجزء الثاني. ص. 366، 367، 368 و370..
- 2339 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بإبن عابدين. الجزء الثاني. ص. 251 و252.
- 2340 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 88.
- 2341 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 260.
- 2342 إبن بطوطة. ص. 364.
- 2343 إبن بطوطة. ص. 118.
- 2344 سعيد صبري، عكرمة. ص. 337 و338.
- 2345 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 6.
- 2346 سعيد صبري، عكرمة. ص. 338، 339 و340.
- 2347 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 206-211.
- 2348 سعيد صبري، عكرمة. ص. 340 و341.
- 2349 سعيد صبري، عكرمة. ص. 341 و342.
- 2350 سعيد صبري، عكرمة. ص. 345 و346.
- 2351 خير الدين الزركلي. الجزء السابع. ص. 307.
- 2352 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 17.
- 2353 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الرابع. ص. 88 و89.
- 2354 سعيد صبري، عكرمة. ص. 347.
- 2355 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص. 290.
- 2356 سعيد صبري، عكرمة. ص. 347 و348.
- 2357 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 371.
- 2358 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 460.
- 2359 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 24.
- 2360 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 369، 378 و379.
- 2361 خير الدين الزركلي. الجزء الخامس. ص. 327.
- 2362 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 379، 380 و381.
- 2363 سعيد صبري، عكرمة. ص. 348 و349.
- 2364 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 371.
- 2365 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 459.
- 2366 سعيد صبري، عكرمة. ص. 350 و351.
- 2367 سعيد صبري، عكرمة. ص. 351.
- 2368 أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المقربي. مجلد 7. ص. 658.
- 2369 خير الدين الزركلي. الجزء السابع. ص. 43.
- 2370 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 327.
- 2371 خير الدين الزركلي. الجزء الثالث. ص. 327.
- 2372 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 197.
- 2373 خير الدين الزركلي. الجزء الثالث. ص. 282.
- 2374 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الرابع. ص. 88.
- 2375 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 379، 380 و381.
- 2376 سعيد صبري، عكرمة. ص. 351..
- 2377 شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة. الجزء الخامس. ص. 401.
- 2378 خير الدين الزركلي. الجزء الخامس. ص. 32.
- 2379 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 120.

2380 سعيد صبري، عكرمة. ص. 351 و352.
2381 سعيد صبري، عكرمة. ص. 352.
2382 سعيد صبري، عكرمة. ص. 352 و353.
2383 الإمام عمر بن عبر العزيز. شرح أدب القاضي للإمام أبي بكر أحمد بن عمر الخصاف. بيروت. دار الكتب العلمية. ص. 415.

2384 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 206-211.
2385 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 92.
2386 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 19 و20.
2387 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 12، 13 و14.
2388 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 297 و298.
2389 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 170، 171 و172.
2390 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 232.
2391 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 28 و29.
2392 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بإبن عابدين. الجزء الثاني. ص. 251 و252.
2393 علي حيدر. درر الحكام شرح المجلة الأحكام. 1991. بيروت دار الجيل. م 2. ص. 724.
2394 علي حيدر. درر الحكام شرح المجلة الأحكام. 1991. بيروت دار الجيل. م 2. ص. 724.
2395 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص. 226.
2396 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد. الجزء الثاني. ص. 366، 367، 368 و370.
2397 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 88.
2398 إبن بطوطة. ص. 118.
2399 سعيد صبري، عكرمة. ص. 337 و ما بعدها

2400 Arabi.

2401 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 17.
2402 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 460.
2403 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 371.
2404 أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المقربي. مجلد 7. ص. 658.
2405 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 379، 380 و381.
2406 سعيد صبري، عكرمة. ص. 372-426.

2407 Cuenca Boy, Francisco. "Para una comparación".

2408 García Sanjuán. Página 118 y ss.

2409 Schacht. *An introduction*. Página 19.

2410 Goldziher. Página 122 y 123.

2411 Carballeira. Página 24.

2412 Johansen. Páginas 81y ss.

2413 Porras.

2414 Clavero.

2415 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 363.
2416 أبي القاسم محمد بن أحمد، إبن جزى. ص 297.
2417 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص 36.
2418 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص 493 و494.
2419 سعيد صبري، عكرمة. ص. 81.
2420 إبن بطوطة. ص. 122.
2421 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 259.

2422 Clavero. «Beati Dictum».

2423 Blanch. Página 245.

2424 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 9.

2425 Blanch. Páginas 101 y 121.

2426 Blanch. Páginas 236-239.

2427 Rubio. Páginas 160-163.

2428 الإمام العلامة تقي الدين إبن تيمية. م 4. ص. 357.
2429 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 265.
2430 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. المجلد السابع. ص. 92 و93.

- 2431 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 207، 208 و209.
- 2432 Carballeira. Páginas 290 y ss.
- 2433 *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*. ed. Richard Helmholz y Reinhard Zimmermann. Berlin. Duncker & Humblot. Páginas 306 y 307.
- 2434 Perikhanian. Página 97.
- 2435 Clavero.
- 2436 Johnston. Páginas 233 y 234.
- 2437 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 283، 284 و285.
- 2438 سعيد صبري، عكرمة. ص. 19، 20، 21 و22..
- 2439 مدونة الأوقاف. ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 من ربيع الأول 1431. (23 من فبراير 2010).
- 2440 ابن عذاري المراكشس. الجزء الثاني. ص. 103 و104.
- 2441 ابن عذاري المراكشس. الجزء الثالث. ص. 97 و98.
- 2442 الإمام عمر بن عبر العزيز. شرح أدب القاضي للإمام أبي بكر أحمد بن عمر الخصاف. بيروت. دار الكتب العلمية. ص. 415.
- 2443 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 12، 13 و14.
- 2444 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 297 و298.
- 2445 السيد محمد أمين أفندي، الشهير بابن عابدين. الجزء الثاني. ص. 251 و252.
- 2446 علي حيدر. درر الحكام شرح المجلة الأحكام. 1991. بيروت دار الجيل. م 2. ص. 724.
- 2447 علي حيدر. درر الحكام شرح المجلة الأحكام. 1991. بيروت دار الجيل. م 2. ص. 724.
- 2448 أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المقربي. مجلد 7. ص. 658.
- 2449 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 379، 380 و381.
- 2450 الإمام عمر بن عبر العزيز. شرح أدب القاضي للإمام أبي بكر أحمد بن عمر الخصاف. بيروت. دار الكتب العلمية. ص. 415.
- 2451 De Castro. Página 212.
- 2452 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 12، 13 و14.
- 2453 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. المجلد السابع. ص. 297 و298.
- 2454 Hallaq, Wael B. *The imposible State*. Página 42.
- 2455 Vikør. Página 14 y 16.
- 2456 Schacht. Páginas 24 y 25.
- 2457 Schacht. Páginas 199-211.
- 2458 Goldziher. Página. 59.
- 2459 Charles. Página. 12.
- 2460 Hallaq. *An introduction to Islamic Law..* Páginas 7, 8, 15 y 16.
- 2461 Hallaq. *The imposible State*. Página 28.
- 2462 Hallaq, Wael B. *The imposible State*. Páginas 48 y 49.
- 2463 Hallaq, Wael B. *The imposible State*. Páginas 51.
- 2464 Contreras Peláez, Francisco J. *Liberalismo, catolicismo y ley natural*. 2013. Madrid. Ediciones Encuentro, S.A. Página 171.
- 2465 Von Gierke. Página 215.
- 2466 Meiksins. Página 266.
- 2467 Cahen, Claude. *Historia Universal Siglo XXI. Volumen 15. El Islam. II Desde la caída de Constantinopla hasta nuestros días*. 1992. Madrid. Siglo XXI Editores, S.A. Pagina 327.
- 2468 عبد الكريم زيدان. المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية. 1995. بيروت. مؤسسة الرسالة. ص. 49.
- 2469 Se puede consultar una pequeña biografía en su página oficial en internet.
<https://www.drzedan.com/content.php?id=24>
- 2470 De Castro. Páginas 148 y 149.
- 2471 Panizo. Páginas 104-109.
- 2472 Ferrara. Páginas 43 y 44.
- 2473 Panizo. Páginas 82.
- 2474 De Castro. Página 148.
- 2475 Panizo. Páginas 97 y 98.
- 2476 Ribas. *Constitucionalismo Romano*. Páginas 87 y ss.
- 2477 Feenstra. Página 101.
- 2478 Panizo. Páginas 95.
- 2479 Panizo. Páginas 102, 103, 111, 112 y 113.
- 2480 أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس المطلبي الشافعي. الرسالة في علم أصول الفقه. 2013. ص. 26 و27.

- 2481 أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس المطلبى الشافعى. الرسالة في علم أصول. ص 106.
- 2482 أبي نصر الفراءى. ص. 122, 124.
- 2483 خير الدين الزركلى. الجزء السابع. ص. 20.
- 2484 ابن خلدون. ص. 202 و 203.
- 2485 *Historia de la Iglesia Católica. Tomo I.* 1964. Madrid. Páginas 76 y ss.
- 2486 ابن خلدون. ص. 209
- 2487 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلى. الإستخراج. ص. 20.
- 2488 الإمام أبي الحسن البلاذرى. ص. 435 و 436.
- 2489 ابن خلدون. ص. 213.
- 2490 ابن خلدون. ص. 213, 214 و 215.
- 2491 La lista histórica de todos los que han sido sumos pontífices se puede consultar en la página oficial de El Vaticano en internet: <http://www.vatican.va/content/vatican/es.html>.
- Esta página electrónica bebe de una obra denominado *Liber Pontificalis*. Para un estudio sobre los diccionarios biobigráficos en el mundo antiguo, cristiano y musulmán, se puede consultar: Ramírez del Río, José. "Diccionarios Biobigráficos de la Antigüedad al mundo cristiano y al islámico". *Hispania Sacra. LXVIII, 2016, enero-julio.* 127-143.
- 2492 Rahne, Hugo. *L'Église et L'État dans le Christianisme Primitif.* 1964. Paris. Les Editions du Cerf. Página 48.
- 2493 ابن خلدون. ص. 216 و 217.
- 2494 الإمام عمر بن عبر العزىز. ص. 290.
- 2495 خير الدين الزركلى. الجزء السادس. ص. 154.
- 2496 خير الدين الزركلى. الجزء الثالث. ص. 161.
- 2497 ابن خلدون. ص. 277 و 288.
- 2498 Hallaq, Wael B. *The Impossible State.* Página 42.
- 2499 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعى. كتاب الأمر. الجزء السادس. ص. 93 و 94.
- 2500 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبىر. ص. 186.
- 2501 Cahen, Claude. *Historia Universal Siglo XXI. Volumen 14. El Islam. I Desde el Origen hasta el comienzo del Imperio otomano.* 1992. Madrid. Siglo XXI Editores, S.A. Pagina 294.
- 2502 Cahen, Claude. *Historia Universal Siglo XXI.* Pagina 127.
- 2503 أبي الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى الماوردى. ص. 120, 121 و 122.
- 2504 الإمام عمر بن عبر العزىز. ص. 317 و 318.
- 2505 خير الدين الزركلى. الجزء الخامس. ص. 51.
- 2506 عبد السلام داود العبادى. ص. 292 و 293 و 294.
- 2507 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيبانى المعروف بالخصاف. ص. 163 و 164.
- 2508 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيبانى المعروف بالخصاف. ص. 370 و 371.
- 2509 القاضى عىاض وولده محمد. ص. 35 و 36.
- 2510 خير الدين الزركلى. الجزء الثالث. ص. 125.
- 2511 الشيخ الإمام شهاب الدين أبى عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموى الرومى البغدادى. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 2512 خير الدين الزركلى. الجزء السادس. ص. 228.
- 2513 Quesada. Página 51 y ss.
- 2514 الإمام العلامة شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المشهور بالقراف. الجزء الثانى. ص. 195.
- 2515 خير الدين الزركلى. الأعلام. الجزء الأول. ص. 94 و 95.
- 2516 خير الدين الزركلى. الجزء السادس. ص. 277.
- 2517 أبى مروان حىان بن خلف بن حىان الأندلسى. ص. 30 و 34.
- 2518 Sobre el autor y su obra existe una extensa bibliografía, entre la que cabría destacar:
Viguera Molins, María Jesús. *Crónica del Califa Abderramán III An-Násir entre los años 912 y 942 = (Al-Muqtabis V).* 1981. Zaragoza. Editorial Anubar.
Viguera Molins, María Jesús. "Referencia a una fecha en que se escribe Ibn Ḥayyān". *Al-qantara: Revista de estudios árabes. Vol. 4. Fasc. 1-2.* 1983. Páginas. 429-432.
Ramírez del Río, José. "Córdoba en el Muqtabis II 2 de Ibn Ḥayyān". *Al-Mulk: anuario de estudios arabistas. N°13.* 2013. Córdoba. Páginas 61-74.
García Gómez, Emilio. "A propósito de Ibn Ḥayyān". *Al-Andalus. Revista de Estudios Árabes de Madrid y Granada. Vol. 11. N.º 2.* 1946. Páginas 395-424.

- 2519 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 90 و91.
- 2520 أبو القاسم خلف بن عبد المالك ابن بشكوال. كتاب الصلة. 2014. القاهرة. مكتبة النجاحي. الجزء الأول. ص. 157 و158.
- 2521 ابن عذاري المراكشس. البيان المغرب في أخبار الأندلس و المغرب. 1971. بيروت. دار الكتاب العلمية. الجزء الرابع. ص. 450 و452.
- 2522 Cahen, Claude. *Historia Universal Siglo XXI. Volumen 14. El Islam. I.* Pagina 297 y 319.
- 2523 Fortea Pérez, José Ignacio. "La sociedad estamental". *Historia de Europa*. Barcelona. 2007. Espasa Calpe. Páginas 589-680:
- 2524 Arranz Guzmán, Ana. "Clero y cortes castellanas. (Participación y diferencias estamentales)". *En la España medieval. N. 2.* (1982): 49-58.
- 2525 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. القاهرة. دار المعارف بمصر. م 3 ص 481.
- 2526 1 Co 12,12-30.
- 2527 خير الدين الزركلي. الجزء السابع. ص. 20.
- 2528 أبي نصر الفراءبي. ص. 114.
- 2529 *Abū Naṣr al-Fārābī*.
- 2530 أبي بكر محمد بن الوليد بن محمد الطروشني المالكي. ص. 230 و231.
- 2531 عبيد القاسم بن سلام. ص. 675-680.
- 2532 ابن مقفع. الأدب الصغير والأدب الكبير. 1999. بيروت. دار الكتاب العربي. ص. 31.
- 2533 ابن مقفع. الأدب الصغير والأدب الكبير. 1999. بيروت. دار الكتاب العربي. ص. 133.
- 2534 ابن مقفع. الأدب الصغير والأدب الكبير. 1999. بيروت. دار الكتاب العربي. ص. 94 و95.
- 2535 معجم المعاني.
- <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%AE%D9%84%D9%8A%D9%81%D8%A9/>. Consulta el día 19 de abril de 2021.
- 2536 ابن خلدون. ص 213، 214 و215.
- 2537 ابن خلدون. ص 213، 214 و215.
- 2538 أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس المطلبي الشافعي. الرسالة. ص 106.
- 2539 أبي نصر الفراءبي. ص. 122، 124.
- 2540 Se puede consultar el Catecismo de la Iglesia Católica en este enlace de la página oficial del Vaticano.
https://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p123a9p4_sp.html
- 2541 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. القاهرة. دار المعارف بمصر. م 3 ص 481.
- 2542 أبي نصر الفراءبي. ص. 114.
- 2543 ابن خلدون. ص. 216 و217.
- 2544 ابن خلدون. ص. 277 و288.
- 2545 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 290.
- 2546 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 290.
- 2547 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 90.
- 2548 الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقراف. الجزء الثاني. من الصفحة ال195 إلى الصفحة 195.
- 2549 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 120، 121 و122.
- 2550 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخفاف. ص. 370 و371.
- 2551 عبيد القاسم بن سلام. ص. 675-680.
- 2552 ابن عذاري المراكشس. الجزء الرابع. ص. 450 و452.
- 2553 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 30 و34.
- 2554 أبي مروان حيان بن خلف بن حيان الأندلسي. ص. 90 و91.
- 2555 ابن مقفع. ص. 94 و95.
- 2556 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 317 و318.
- 2557 Holt. *The Cambridge History of Islam. Volume 2.* Página 475.
- 2558 أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس المطلبي الشافعي. الرسالة. ص 106.
- 2559 Fédou. Página 124.
- 2560 Fédou. Página 124.
- 2561 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص 301 و303.
- 2562 أبي نصر الفراءبي. ص. 27، 28 و29.

- 2564 ابن خلدون. ص. 429.
- 2565 أبي بكر محمد بن الوليد بن محمد الطرطوشي المالكي. ص. 61، 62 و63.
- 2566 أبي بكر محمد بن الوليد بن محمد الطرطوشي المالكي. ص. 185.
- 2567 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. ص. 2.
- 2568 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. المجلد الأول. ص. 3، 29 و30.
- 2569 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 38 و39.
- 2570 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 90.
- 2571 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخفاف. ص. 169.
- 2572 مالك بن أنس. الموطأ. 587.
- 2573 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. صحيح البخاري. الرياض. مكتبة دار السلام. 1999. ص 506.
- 2574 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 94.
- 2575 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 97 و98 و99 و100.
- 2576 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 211 و212.
- 2577 ابن خلدون. ص. 262 و263.
- 2578 زينب محمود الخضيرى. فلسفة التاريخ عند ابن خلدون. 1985. بيروت دار التنوير للطباعة والنشر. ص. 129 وما بعدها.
- 2579 ابن خلدون. ص. 269، 270 و271.
- 2580 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 189 و190.
- 2581 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس. الجزء الرابع. ص. 218.
- 2582 الشيخ مروان محمد السعار. ص. 536.
- 2583 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الثالث، ص. 443.
- 2584 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الأول. ص. 466 و476.
- 2585 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس. الجزء الرابع. ص. 180.
- 2586 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. بيروت. دار الصبر. المجلد الأول، ص. 299 و300.
- 2587 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 245.
- 2588 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 262.
- 2589 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 2590 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 317 و318.
- 2591 ابن عذاري المراكشس. الجزء الأول. ص. 32.
- 2592 ابن عذاري المراكشس. الجزء الأول. ص. 116 و117.
- 2593 ابن عذاري المراكشس. الجزء الثاني. ص. 4 و8.
- 2594 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.
- 2595 ابن عذاري المراكشس. الجزء الثاني. ص. 72 و73.
- 2596 ابن عذاري المراكشس. الجزء الثاني. ص. 104 و105.
- 2597 أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس المطلبي الشافعي. الرسالة. ص 106.
- 2598 أبي بكر محمد بن الوليد بن محمد الطرطوشي المالكي. ص. 185.
- 2599 أبي نصر الفرابي. ص. 27، 28 و29.
- 2600 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص 301 و303.
- 2601 أبي بكر محمد بن الوليد بن محمد الطرطوشي المالكي. ص. 61، 62 و63.
- 2602 ابن خلدون. ص. 429.
- 2603 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. المجلد الأول. ص. 3، 29 و30.
- 2604 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 38 و39.
- 2605 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 97 و98 و99 و100.
- 2606 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 373 و374.
- 2607 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 2608 الشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي. معجم البلدان. 1957. بيروت. دار الصادر.

- 2609 القاضي أبي يوسف يعقوب بن إباهم. ص. 50.
- 2610 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص. 89.
- 2611 Holt *The Cambridge History of Islam, Volume 2*. Página 562.
- 2612 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص 155 و156.
- 2613 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 303.
- 2614 مالك بن أنس. الموطأ. 2001. القاهرة. مكتبة الصفا. ص. 400.
- 2615 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس. الجزء الرابع. ص. 189 و190.
- 2616 أبي بكر محمد بن الوليد بن محمد الطرطوشي المالكي.. ص. 448، 450 و454.
- 2617 مالك بن أنس. الموطأ. 2001. القاهرة. مكتبة الصفا. ص. 402.
- 2618 مالك بن أنس. الموطأ. 2001. القاهرة. مكتبة الصفا. ص. 404 و405.
- 2619 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص 310.
- 2620 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص 86 و87.
- 2621 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 364 و365. المادة 1350.
- 2622 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 100 و101.
- 2623 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 101.
- 2624 خير الدين الزركلي. الجزء الثالث. ص. 45.
- 2625 القاضي عياض وولده محمد. مذاهب الحكام في نوازل الأحكام. 1990. بيروت. دار الغرب الإسلامي. ص. 35 و36.
- 2626 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص 69.
- 2627 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص 69.
- 2628 الإمام علاء الدين أبوبكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص 58 و59.
- 2629 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 339 و340. المادة 1329.
- 2630 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 2631 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 347 و348. المادة 1333.
- 2632 خير الدين الزركلي. الأعلام. قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين. بيروت. دار العلم للملايين. الجزء الرابع. ص. 147.
- 2633 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 72.
- 2634 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 106.
- 2635 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 107.
- 2636 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 72 و73.
- 2637 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 2638 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 2639 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م. 2 ص. 335.
- 2640 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م. 2 ص. 337 و338.
- 2641 القاضي عياض وولده محمد. ص. 240 و241.
- 2642 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الرابع. ص. 352 و353.
- 2643 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الرابع. ص. 354.
- 2644 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 394 و395. المادة 1374.
- 2645 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 396. المادة 1375.
- 2646 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 397. المادة 1376.
- 2647 مالك بن أنس. الموطأ. ص. 406.
- 2648 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشيري. مجلد 8. ص. 201.
- 2649 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى. 1971. بيروت. دار الكتب العلمية. المجلد الثالث. ص 323.
- 2650 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م. 2 ص 334.
- 2651 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م. 2 ص. 334.
- 2652 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى. 1971. بيروت. دار الكتب العلمية. المجلد الثالث. ص 322.
- 2653 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 306 و307.
- 2654 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص 327 و328.
- 2655 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الرابع. ص. 348.

- 2656 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 17.
- 2657 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشترينسي. مجلد 8. ص. 157.
- 2658 الإمام علاء الدين أبوبكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 77.
- 2659 خير الدين الزركلي. الجزء الثاني. ص. 191.
- 2660 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامو بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الثالث. ص. 182 و 183.
- 2661 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 306.
- 2662 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 308.
- 2663 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 65.
- 2664 علي حيدر. درر الحكام. مجلد 3. ص. 400. المادة 1379.
- 2665 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشترينسي. مجلد 8. ص. 201.
- 2666 مسعود كربوع. نوازل النقود والمكاييل و الموازين في كتاب المعيار للونشترينسي - جمعاً ودراسة وتحليلاً- مذكرة مقدم لنيل شهادة الماجستير في التاريخ الوسيط. جامعة الحاج لخضر باتنة. 2012.
- Se puede consultar en la siguiente dirección url:
<https://down.ketabpedia.com/files/bkb/bkb-hi04321-ketabpedia.com.pdf>
- 2667 القاضي أبي يوسف يعقوب بن إباهيم. ص. 88.
- 2668 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشترينسي. مجلد 8. 145 و 146.
- 2669 Brunschvig.
- 2670 الإمام علاء الدين أبوبكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 177 و 178.
- 2671 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشترينسي. مجلد 8. 149.
- 2672 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشترينسي. مجلد 8. ص. 200.
- 2673 خير الدين الزركلي. الجزء السابع. ص. 136.
- 2674 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 326.
- 2675 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 327 و 328.
- 2676 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشترينسي. مجلد 8. ص. 191.
- 2677 Entre otras, podemos destacar la siguiente bibliografía sobre el ulema andalusí:
Aguirre Sádaba, Francisco Javier. *El Kitab al-Muqni fi ilm al surut: de Abu Ya far Ahmad Ibn Mugit al-Tulaytuli, edición crítica de la obra y traducción de los contratos de compraventa, cartas de manumisión, denuncias y alegaciones*. 1998. Granada. Universidad de Granada.
- 2678 أبو القاسم خلف بن عبد المالك ابن بشكوال. كتاب الصلة. 2014. القاهرة. مكتبة النجاحي. الجزء الثاني. ص. 130.
- 2679 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م. 2. ص. 348 و 349.
- 2680 الإمام علاء الدين أبوبكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 65.
- 2681 علي حيدر. درر الحكام. م. 3. ص. 28. المادة 1075.
- 2682 الإمام علاء الدين أبوبكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 68.
- 2683 الإمام علاء الدين أبوبكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 76.
- 2684 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م. 2. ص. 342.
- 2685 علي حيدر. درر الحكام. م. 3. ص. 389. المادة 1369.
- 2686 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م. 2. ص. 343.
- 2687 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م. 2. ص. 344.
- 2688 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م. 2. ص. 345 و 346.
- 2689 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 373 و 374.
- 2690 القاضي أبي يوسف يعقوب بن إباهيم. ص. 50.
- 2691 الإمام أبي الحسن البلاذري. ص. 155 و 156.
- 2692 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 2693 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 2694 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامو بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الثالث. ص. 182 و 183.
- 2695 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. إختلاف الفقهاء. 199. بيروت. دار الكتب العلمية. ص. 165 وما بعدها.
- 2696 الإمام علاء الدين أبوبكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 177 و 178.
- 2697 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشترينسي. مجلد 8. ص. 200.
- 2698 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص. 89.

2746 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 80.

2747 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 66 و 69.

2748 الإمام محمد بن الحسن الشيباني. الأصل. المجلد العاشر. ص. 227 .

2749 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 27.

2750 القانون رقم 15 لسنة 2019. قانون الأحوال الشخصية.

Se puede descargar en formato pdf oficial en la siguiente dirección electrónica del Gobierno jordano:

https://www.sjd.gov.jo/DetailsPage/SJD_AR/ProjectsDetailsAr.aspx?ID=40

2751 ظهيرة شريف رقم 22.04.1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424. (3 فبراير 2004*) بتنفيذ القانون رقم 03.70.

بمناخ مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية عدد 5184. ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004). ص. 444

2752 القانون رقم 15 لسنة 2019. قانون الأحوال الشخصية.

Se puede descargar en formato pdf oficial en la siguiente dirección electrónica del Gobierno jordano:

https://www.sjd.gov.jo/DetailsPage/SJD_AR/ProjectsDetailsAr.aspx?ID=40

2753 ظهيرة شريف رقم 22.04.1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424. (3 فبراير 2004*) بتنفيذ القانون رقم 03.70.

بمناخ مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية عدد 5184. ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004). ص. 444

2754 للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية.

القااهرة 2013. دار الحديث. ص. 452 و 453.

2755 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.

2756 Como introducción a esta interesante materia, se puede consultar:

Owen Hughes, Diane. "Del precio de la novia a la dote en la Europa Mediterránea". Trad. Javier García Martín.

Interpretatio: revista de historia del derecho. N°6. 1998. Páginas 125-182.

2757 Se puede citar, y sentimos caer en olvidos imperdonables, entre una casi inabarcable bibliografía sobre la materia, la siguiente:

Abdelkefi, Mohamed. *La mujer musulmana (a través del matrimonio)*. 1998. Madrid. Vulcano.

Saleh Alkhalifa, Waleed. *Amor, sexualidad y matrimonio en el Islam*. 2010. Sevilla. Fundación Tres Culturas.

Zomeño Rodríguez, Amalia. *Dote y matrimonio en Al-Andalus y el norte de África: estudio sobre la jurisprudencia islámica medieval*. 2000. Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Roldán Castro, Fátima. *La mujer musulmana en la historia*. 2007. Huelva. Universidad de Huelva.

2758 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص 350.

2759 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص 377.

2760 خير الدين الزركلي. الجزء الثالث. ص. 12.

2761 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. صحيح البخاري. الرياض. مكتبة دار السلام. 1999. ص 374.

2762 الشيخ مروان محمد السعار. ص. 474 و 475.

2763 عبيد القاسم بن سلام. ص. 148، 149، 152 و 154.

2764 عبيد القاسم بن سلام. ص. 587 و 590.

2765 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. إختلاف الفقهاء. 199. بيروت. دار الكتب العلمية. ص. 141.

2766 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد

الثالث، ص. 165، 166، 172، 167.

2767 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص 313 و 314.

2768 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص. 415.

2769 الإمام الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص. 53 و 54.

2770 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الثالث. ص. 236.

2771 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص 326.

2772 الشيخ مروان محمد السعار. ص. 491.

2773 مالك بن أنس. الموطأ. ص. 401.

2774 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 65 و 66.

2775 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الرابع. ص. 519.

2776 الإمام علاء الدين أبوبكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 59.

2777 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس. الجزء الرابع. ص. 8.

2778 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.

2779 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص 306.

2780 مالك بن أنس. الموطأ. ص. 411 و 412.

2781 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص 177 و 178.

- 2782 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 464 و465. المادة 1431.
- 2783 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص 314 و315.
- 2784 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص 409.
- 2785 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس. الجزء الرابع. ص. 10 و11.
- 2786 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الرابع. ص. 351.
- 2787 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الرابع. ص. 375.
- 2788 Brunschwig.
- 2789 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الرابع. ص. 517.
- 2790 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 60.
- 2791 العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام. م. 2. ص. 330.
- 2792 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 353. المادة 1338.
- 2793 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 354 و355. المادة 1341.
- 2794 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 355. ص. 1342.
- 2795 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 386 و387.
- 2796 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 348 و349.
- 2797 القاضي عياض وولده محمد. ص. 252 و253.
- 2798 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الرابع، ص. 165، 166، 167، 172.
- 2799 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 2800 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص. 462.
- 2801 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص. 466 و467.
- 2802 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص. 372 و373.
- 2803 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. مجلد الثامن. ص. 120.
- 2804 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 2805 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسسي. مجلد الثامن. ص. 194.
- 2806 أبي زكريا يحيى بن عمر بن يوسف الكنانى الأندلسي. أحكام السوق. النظر والأحكام في جميع أحوال السوق. 2012. ليدن. جلال علي الجهاني. ص. 36.
- 2807 أبي الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف الأزوى الحافظ. ص. 562.
- 2808 محمد قدرى باش. كتاب مرشد الحيران إلى معرف الأحوال الإنسان. 1985. عمان. ص. 82.
- 2809 محمد قدرى باش. كتاب مرشد الحيران إلى معرف الأحوال الإنسان. 1985. عمان. ص. 88.
- 2810 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول. ص. 80 و81.
- 2811 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الثالث. ص. 13 و14.
- 2812 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الثالث. ص. 40، 42، 49، 50 و51.
- 2813 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول. ص. 80 و81.
- 2814 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص 377.
- 2815 الشيخ مروان محمد السعار. ص. 474 و475.
- 2816 عبيد القاسم بن سلام. ص. 148، 149، 152 و154.
- 2817 عبيد القاسم بن سلام. ص. 587 و590.
- 2818 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. بداية المجتهد و نهاية المقتصد. 1192. بيروت. دار إحياء التراث العربي. الجزء الثاني. ص 313 و314.
- 2819 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. إختلاف الفقهاء. 199. بيروت. دار الكتب العلمية. ص. 141.
- 2820 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص 377.
- 2821 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص. 415.
- 2822 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الثالث. ص 314 و315.
- 2823 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 464 و465. المادة 1431.
- 2824 مالك بن أنس. الموطأ. ص. 411 و412.
- 2825 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص 177 و178.
- 2826 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 464 و465. المادة 1431.
- 2827 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الرابع. ص. 375.

- 2829 Gutiérrez Lima, Beatriz. "La renta en el arrendamiento rústico". *Alcalibe: Revista Centro Asociado a la UNED Ciudad de la Cerámica*, ISSN 1579-9875, ISSN-e 2660-5481, Nº. 18, 2018, págs. 226-268
- 2830 Real Academia Española. *El Fuero Juzgo en Latín y Castellano cotejado con los más antiguos y precisos códices*. Madrid. 1815. Ibarra, impresor de cámara de Su Majestad. Se puede acceder en la página <http://books.google.com/>
- 2831 *Las Siete Partidas del Rey don Alfonso*. Se puede consultar en la biblioteca virtual del Instituto Cervantes: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/01fb8a30-82b2-11df-acc7-002185ce6064_230.htm
- 2832 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الثالث. ص. 236.
- 2833 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 8.
- 2834 الشيخ مروان محمد السعار. ص. 491.
- 2835 مالك بن أنس. الموطأ. ص. 401.
- 2836 الإمام علاء الدين أبوبكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 59.
- 2837 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 65 و 66.
- 2838 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الرابع. ص. 519.
- 2839 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 353. المادة 1338.
- 2840 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 354 و 355. المادة 1341.
- 2841 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الرابع. ص. 351.
- 2842 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 386 و 387.
- 2843 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الثالث. ص. 40، 42، 49، 50 و 51.
- 2844 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 306.
- 2845 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 355. ص. 1342.
- 2846 القاضي عياض وولده محمد. ص. 252 و 253.
- 2847 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الرابع، ص. 165، 166، 167، 172.
- 2848 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص. 372 و 373.
- 2849 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص. 466 و 467.
- 2850 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد الثامن. ص. 120.
- 2851 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد الثامن. ص. 194.
- 2852 محمد قدرى باش. ص. 82.
- 2853 محمد قدرى باش. ص. 88.
- 2854 Fernández y Paricio. Páginas 351 y 352.
- 2855 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول. ص. 80 و 81.
- 2856 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الثالث. ص. 40، 42، 49، 50 و 51.
- 2857 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الأول. ص. 343 و 344.
- 2858 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الأول. ص. 343 و 344.
- 2859 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص. 161.
- 2860 محمد م. الأرنؤوط. ص. 15.
- 2861 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص. 105.
- 2862 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص. 218.
- 2863 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص. 161.
- 2864 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 144.
- 2865 أبي الوليد عبد الله بن محمد بن يوسف الأزوى الحافظ. ص. 364، 367، 442 و 547.
- 2866 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 16، 17 و 82.
- 2867 محمد م. الأرنؤوط. ص. 37.
- 2868 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 124.
- 2869 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد 7. ص. 213.
- 2870 محمد م. الأرنؤوط. ص. 19 و 20.
- 2871 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 328.
- 2872 القاضي ملا خسروالحنفي. درر الحكام في شرح غرر الأحكام. كراشي. الجزء الثاني. ص. 137 و 138.
- 2873 خير الدين الزركلي. الجزء السابع. ص. 59.

- 2874 Ballester Martínez, Adolfo. "Los censos: concepto y naturaleza". *Espacio, Tiempo y Forma, Serie IV, Historia Moderna*, t. 18-19 (2005-2006): 35-50.
- 2875 López y López. Páginas 555.
- 2876 Jiménez Muñoz, Francisco Javier. "El tratamiento de los intereses en el derecho canónico y el derecho islámico". *Revista de Derecho UNED*. Núm 3 (2008): 71-100.
- 2877 محمد م. الأرنؤوط. ص. 23 و24.
- 2878 محمد م. الأرنؤوط. ص. 24 و25.
- 2879 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 2880 Coulson. Página 141.
- 2881 Masum Billah, Muhammad. "The Prohibition of *Ribā* and the Use of *Hiyāl* by Islamic Banks to Overcome the Prohibition". *Arab Law Quarterly* vol. 28.4 (2014). 398-408.
- 2882 محمد م. الأرنؤوط. ص. 42.
- 2883 محمد م. الأرنؤوط. ص. 44 و45.
- 2884 محمد م. الأرنؤوط. ص. 41 و42.
- 2885 خير الدين الزركلي. الجزء الأول. ص. 76.
- 2886 إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ على الطرابلسي الحنفي. الإسعاف في أحكام الأوقاف. 1981. بيروت. دار الرائد العربي. ص. 26.
- 2887 أبو السعود محمد بن محمدم بن مصطفى العمادي الأفندي الحنفي. رسالة في جواز وقف النقود. 1997. بيروت. دار ابن جزم. ص. 20، 21، 29، 30 و31.
- 2888 Roded, Ruth. "Quantitative Analysis of Waqf Endowment Deeds: a Pilot Project". *The Journal of Ottomans Studies IX* (1989): 51-76.
- 2889 Kahf, Monzer and Nabee Mohamed, Amiirah. "Cash Waqf: An Innovative Instrument of Personal Finance in Islamic Banking". *Journal of Islamic Economics, Banking and Finance, Vol-13, No. 3* (2017): 13-29.
- 2890 خلف محمد المحمد. "وقف النقود أثره في التكافل الإجتماعي". المؤتمر العلمي العالمي الخامس. الوقف الإسلامي: التحديات وإستشراف المستقبل. 2017. الخرطوم. 1-20.
- 2891 أبو السعود محمد بن محمدم بن مصطفى العمادي الأفندي الحنفي. ص. 20، 21، 29، 30 و31.
- 2892 محمد م. الأرنؤوط. ص. 23 و24.
- 2893 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 375.
- 2894 عبيد القاسم بن سلام. ص. 421.
- 2895 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص. 56، 58 و91.
- 2896 عبيد القاسم بن سلام. ص. 421.
- 2897 عبيد القاسم بن سلام. ص. 423.
- 2898 Rubio. Página 33.
- 2899 ابن خلدون. ص. 540.
- 2900 القاضي عياض وولده محمد. ص. 173 و174.
- 2901 القاضي عياض وولده محمد. ص. 174 و175.
- 2902 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 193، 194.
- 2903 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 193، 194.
- 2904 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 422.
- 2905 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 453 و454.
- 2906 الإمام عمر بن عبر العزيز. ص. 457.
- 2907 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الخامس. ص. 77 و78.
- 2908 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الخامس. ص. 81.
- 2909 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الخامس. ص. 83.
- 2910 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الخامس. ص. 85.
- 2911 Castro. Páginas 210 y 211.
- 2912 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. 2011. ص. 209، 212، 213، 214، 215 و216.
- 2913 عبد السلام داود العبادي. م. 1. ص. 110 و ما بعدها.
- 2914 Con fecha 03 de mayo de 2022, en en dicho portal (https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=derecho+subjeto) aparecen 3.236 documentos.
- 2915 خير الدين الزركلي. الجزء الثاني. ص. 254.

- 2916 عبد السلام داود العبادي. م.1. ص. 127 و128.
 2917 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 56.
 2918 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
 2919 عبد الكريم زيدان. ص. 82-86.
 2920 عبد السلام داود العبادي. م.1. ص. 157, 158.
 2921 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 109.
 2922 عبد السلام داود العبادي. م.1. ص. 274 و275.
 2923 عبد السلام داود العبادي. م.1. ص. 453.
 2924 خير الدين الزركلي. الجزء الخامس. ص. 177.
 2925 عبد السلام داود العبادي. م.2. ص. 216 و217.
 2926 عبد السلام داود العبادي. م.2. ص. 217 و218.
 2927 عبد السلام داود العبادي. م.3. ص. 106 و107.
 2928 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد. الجزء الأول. ص. 491.
 2929 ابن عذارى المراكشس. الجزء الثاني. ص. 236.
 2930 علي حيدر. درر الحكام. م.3. ص. 310 و311. المادة 1308.
 2931 المراجعة نفسها. ص. 711. شرح المادة 992.
 2932 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 227.
 2933 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 231.
 2934 ابن بطوطة. ص. 56.
 2935 ابن بطوطة. ص. 100.
 2936 ابن بطوطة. ص. 200.
 2937 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشرينسي. مجلد8. ص. 171 و172.
 2938 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
 2939 أسعد بن ممتي. ص. 84، 107، 138، 173 و174.
 2940 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول. ص. 47.
 2941 خير الدين الزركلي. الجزء الثالث. ص. 350.
 2942 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول. ص. 73، 74، 75 و77.
 2943 الإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. الجزء الرابع. ص. 15.
 2944 الإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. الجزء الثاني. ص. 152 و153.

2945 Fernández y Paricio. Página 441.

2946 Castro.

- 2947 الإمام عمر بن عبر العزیز. ص. 193، 194.
 2948 الإمام عمر بن عبر العزیز. ص. 193، 194.
 2949 الإمام عمر بن عبر العزیز. ص. 422.
 2950 الإمام عمر بن عبر العزیز. ص. 457.
 2951 الإمام عمر بن عبر العزیز. ص. 453 و454.
 2952 عبد السلام داود العبادي. م.2. ص. 216 و217.
 2953 عبد السلام داود العبادي. م.2. ص. 217 و218.
 2954 علي حيدر. درر الحكام. م.2. ص. 671 و670. شرح المادة 960.
 2955 محمد وحيد الدين سوار. ص. 67.
 2956 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. 223.
 2957 المراجعة نفسها. ص. 724.
 2958 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس. ص. 221.
 2959 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 167.
 2960 الإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 525.
 2961 مالك بن أنس. المدونة الكبرى. المجلد الخامس، ص. 296.
 2962 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 36.
 2963 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 174.
 2964 القاضي عياض وولده محمد. ص. 173 و174.
 2965 القاضي عياض وولده محمد. ص. 174 و175.

- 2966 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد. الجزء الأول. ص 307.
- 2967 ابن خلدون. ص. 540.
- 2968 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 375.
- 2969 عبيد القاسم بن سلام. ص. 421.
- 2970 عبيد القاسم بن سلام. ص. 421.
- 2971 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 209، 212، 213، 214، 215 و216.
- 2972 عبد السلام داود العبادي. م.1. ص. 110 و ما بعدها.
- 2973 عبد السلام داود العبادي. م.1. ص. 127 و128.
- 2974 عبد السلام داود العبادي. م.1. ص. 157، 158.
- 2975 عبد السلام داود العبادي. م.1. ص. 453.
- 2976 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول. ص. 73، 74، 75 و77.
- 2977 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد. الجزء الأول. ص. 491.
- 2978 ابن عذاري المراكشس. الجزء الثاني. ص. 236.
- 2979 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 310 و311. المادة 1308.
- 2980 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد8. ص. 171 و172.
- 2981 أسعد بن ممتي. ص. 84، 107، 138، 173 و174.
- 2982 Schacht. Página 134.
- 2983 Coulson. Página 141.
- 2984 Hallaq. *An introduction to Islamic Law*. Páginas 7, 8, 15 y 16.
- 2985 Cano . *Sobre la transmisión del usufructo en el Derecho Maliki Andalusi*. 1994.
- 2986 Quesada. Página 40.
- 2987 Yanagihashi, Hiroyuki. "Quelques Considérations sur la Responsabilité Civil en Matière de Vente et d'Usurpation Chez Les Premiers Hanafis". *Islamic Law and Society*, Vol. 1, No. 1 (1994), Páginas 2-28.
- 2988 Hasmi, Irfana. "The Development of a Locker System at al-Azhar". *Islamic Law and Society*, Número 25 (2018), Páginas 11-36.
- 2989 Solomonovich, Nadav y Kark, Ruth. "Land Privatization in Nineteenth-century Ottoman Palestine". *Islamic Law and Society*, Número 22 (2015), Páginas 221-252.
- 2990 Charles. Página 84.
- 2991 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 217، 218 و219.
- 2992 López y López. Páginas 555.
- 2993 الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقراف. الجزء الثاني. ص. 195.
- 2994 عبد السلام داود العبادي. م.1. ص. 157، 158.
- 2995 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 50.
- 2996 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 50 و51.
- 2997 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 67.
- 2998 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. 2011. بيروت. المكتبة العصرية. ص. 52 و 53.
- 2999 Fernández y Paricio, Página 272.
- 3000 Clemente Meoro, Mario Enrique "El usufructo I: concepto, estructura y contenido". *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Editores: López y López, Ángel M.^a y Montés Penedés. 1994. Valencia. Tirant lo Blanch libros. Páginas 589 yss.
- 3001 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 52 و53.
- 3002 الإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. ص. 502.
- 3003 خير الدين الزركلي. الجزء الرابع. ص. 184.
- 3004 عبد السلام داود العبادي. م.1. ص. 274، 279، 281، 282، 283 و284.
- 3005 عبد السلام داود العبادي. م.1. ص. 406، 407، 408، 409 و410.
- 3006 Se puede consultar esta norma, traducida al árabe, en la página electrónica *Maqām* sobre legislación y jurisprudencia en Palestina: <https://maqam.najah.edu/legislation/169/>
- 3007 عبد السلام داود العبادي. م.1. ص. 454 و454.
- 3008 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد. الجزء الثاني. ص. 301 و302.
- 3009 الإمام عمر بن عبر العزير. ص. 117.
- 3010 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.

- 3011 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 340 و346.
- 3012 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 157 و162.
- 3013 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 99 و100.
- 3014 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 22، 23 و24.
- 3015 Entre otras bibliografías sobre el tema, se puede consultar:
Torres Mateos, Miguel Ángel. *Multipropiedad*. 2007. Madrid. Aranzadi Thompson Reuters.
- 3016 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 28 و29.
- 3017 خير الدين الزركلي. الجزء السادس. ص. 184.
- 3018 الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي. الجزء الثالث. ص. 498 و499.
- 3019 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص 182 و 185. المادة 1174.
- 3020 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 51 و52.
- 3021 مالك بن أنس. الموطأ. ص. 386.
- 3022 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 118.
- 3023 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 3024 Fernández y Paricio. Páginas 279 y 280.
- 3025 Para una aproximación a esta figura:
Prats Albentosa, Luis “El derecho de superficie”. *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Editores: López y López, Ángel M.^a y Montés Penedés. 1994. Valencia. Tirant lo Blanch libros. Páginas 589 yss.
- 3026 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. المجلد الرابع. ص. 163.
- 3027 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 372.
- 3028 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص. 401 و402.
- 3029 محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. 1996. بيروت. دار النفائس.
- 3030 Fernández y Paricio. Página 340.
- 3031 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 295 و296.
- 3032 يحيى بن آدم الفرشبي. ص. 33.
- 3033 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص. 97 و98.
- 3034 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص. 95 و96.
- 3035 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج. ص. 112.
- 3036 عبيد القاسم بن سلام. ص. 173.
- 3037 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس. الجزء الرابع. ص. 192.
- 3038 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس. الجزء الرابع. ص. 76.
- 3039 الإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. ص. 217 و219.
- 3040 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزى. ص 295 و296.
- 3041 علي حيدر. درر الحكام. المجلد الثالث. ص. 466 و 475.
- 3042 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد 8. ص. 144 و145.
- 3043 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد 8. ص. 149.
- 3044 الإمام علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاشاني الحنفي. المجلد السادس. ص. 101.
- 3045 سعيد صبري، عكرمة. ص. 301 و 302.
- 3046 عبد السلام داود العبادي. م. 2. ص. 242، 244 و245.
- 3047 محمد قدرى باش. ص. 9 و10.
- 3048 محمد قدرى باش. ص. 12.
- 3049 محمد قدرى باش. ص. 142 و186.
- 3050 De Castro. Página 212.
- 3051 بعض المؤلفين. هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي؟ 1993. بيروت. دار البحوث العلمية.
- 3052 Aguilera Pleguezuelo.
- 3053 ابن بطوطة. ص. 364.
- 3054 شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة. الجزء الخامس. ص 359.
- 3055 Manzano, Eduardo. “Why Did Islamic Medieval Institutions Become so Different from Western Medieval Institutions?”. 2015. *medieval worlds*. N°1. 118-137.
- 3056 لمراجعة نفسها. ص. 367 و 368.
- 3057 Baer, Gabriel. *Population and Society in the Arab East*. 1963. Londres. Routledge. Páginas 135-146.

3058 Marín Guzmán, Roberto. "Las políticas económicas de Muḥammad 'Alī y el inicio de la integración de Egipto a la economía mundial". *Miscelánea de estudios árabes y hebraicos. Sección Árabe-Islam*. Vol. 41-42 (1991-1992) Páginas 173-204.

3059 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص. 97 و 98 و 99 و 100.

3060 Panizo. Página 272.

3061 *Historia de la Iglesia Católica. Tomo I*. Páginas 76 y ss.

3062 Martín Rodríguez, José Luis. *Las cortes medievales*. 2006. Madrid. Alba Libros.

3063 Fuentes Ganzo, Eduardo. Coord. De las cortes históricas a los parlamentos democráticos. Castilla y León, s XII-2003. Madrid. Dykinson XXI.

3064 محمد جادور. مؤسسة المخزن في تاريخ المغرب. 2011. دار البيضاء. مؤسسة الملك عبد العزيز.

الطيب بياض. المخزن والضريبة والإستعمار. ضريبة الترتيب. 1915-1880. 2011. دار البيضاء. إفريقيا الشرق.

3065 ابن خلدون. ص 227 و 228.

3066 أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس المظلي الشافعي. الرسالة في علم أصول. ص 106.

3067 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 189 و 190

3068 Dagron. Páginas 159-160.

3069 Fédou. Página 90.

3070 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 262.

3071 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 233.

3072 أسعد بن مماتي. ص. 84 و 109.

3073 Murga. Páginas 142 y 143.

3074 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص 131.

3075 القاضي عياض وولده محمد. ص. 197 و 198.

3076 مالك بن أنس. الملونة الكبرى. المجلد الخامس. ص 296.

3077 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 18.

3078 القاضي أبي يوسف يعقوب بن إياهم. ص. 35.

3079 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. م 1 ص 454 و 455.

3080 القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم. ص. 141.

3081 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج لأحكام الخراج. ص. 12، 15 و 16.

3082 Panizo. Página 129.

3083 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 233.

3084 عبد السلام داود العبادي. م 1. 303.

3085 هلال بن يحيى بن مسلم البصري. ص. 19 و 20.

3086 الإمام عمر بن عبد العزيز. ص. 317 و 318.

3087 أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي. مجلد 7. ص. 636 و 668.

3088 أبي العباس أحمد بن يحيى الوشيري. المجلد السابع. ص. 343 و 345.

3089 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد الرابع، ص 146 و 150.

3090 De Castro. Página 212.

3091 Moncayo Rodríguez, Socorro. "El contrato de sociedad en el derecho romano". *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad de Veracruz. Méjico. Número 20. 2009. 233-247.*

3092 Johnston. Páginas. 254-255.

3093 De Robertis. Página 106.

3094 ابن بطوطة. ص. 302 و 303.

3095 Von Ihering. Páginas 473-474.

3096 علي حيدر. درر الحكام. م 3. ص. 331 المادة 1321.

3097 أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف. ص. 20 و ص. 197.

3098 عبد السلام داود العبادي. م. 1. ص. 453.

3099 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الأول. ص. 47.

3100 Lara Peinado. Página 11.

3101 Steiner. Página 69.

3102 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص 56، 58 و 91..

3103 أبو محمد عبد الملك بن هشام. ص 71.

3104 سعيد صبري، عكرمة. ص. 14، 15 و 16

- 3105 أبي الحسين محمد بن أحمد بن جبير. ص. 214.
- 3106 أبي القاسم محمد بن أحمد، ابن جزي. ص 297.
- 3107 معجم لغة الفقهاء.
- 3108 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص. 457 و 458.
- 3109 أبو محمد عبد الملك بن هشام. السيرة النبوية. 2013. ص 56.
- 3110 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 205، 206 و 207.
- 3111 Castro. Página 58.
- 3112 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد. الجزء الثاني. ص 367..
- 3113 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الخامس. ص. 81.
- 3114 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الخامس. ص. 83.
- 3115 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الخامس. ص. 84.
- 3116 عبد الرزاق السنهوري. الجزء الخامس. ص. 85.
- 3117 الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقراف. الجزء الثالث. ص. 231.
- 3118 Johnston. Página 9.
- 3119 Schacht. *An introduction*. Página 19.
- 3120 Hennigan. Página 59 y ss.
- 3121 Perikhanian. Página 97.
- 3122 De Vries. Página 49 y ss.
- 3123 Presedo Velo, Francisco Javier. "Derecho sasánida". *Anuario de historia del Derecho Español*. N.º 18. 1947. Páginas 691-705.
- 3124 Soto Chica. *Bizantinos, sasánidas y musulmanes. El fin del Mundo Antiguo y el inicio de la Edad Media en Oriente*. 565-642. 2012. Granada. Universidad de Granada.
- 3125 الإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي. *الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية*. القاهرة 2013. دار الحديث. ص. 240 و 241.
- 3126 المراجعة نفسها. ص. 317.
- 3127 ابن خلدون. ص 202.
- 3128 أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني. التوازل الصغرى. المجلد الرابع. ص 22 و 23.
- 3129 إيو علي ابن سينا. ص. 59 و 62.
- 3130 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 233.
- 3131 القاضي عياض وولده محمد. ص. 173 و 174.
- 3132 ابن خلدون. ص. 356.
- 3133 الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الجزء الرابع. ص. 189 و 190.
- 3134 محمد عثمان شبير. الشيخ علي الخفيف 1309-1398. 1891-1978. الفقيه المجدد. 2002. دمشق. دار القلم.
- 3135 عبد السلام داود العبادي. م. 1 ص. 303.
- 3136 الإمام الحافظ إبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي. الإستخراج لأحكام الخراج. ص. 95 و 96.
- 3137 Ribas Alba, José María. "Mandatum Post Mortem".
- 3138 Aznar Página 27.
- 3139 الإمام عمر بن عبر الغزير. ص. 193, 194.
- 3140 Hallaq, Wael B. *The imposible State*. Página 42.
- 3141 Charles.
- 3142 Pourshariati.
- 3143 القانون المدني الأردني. رقم (43) لسنة 1976. موسوع الجيب للتشريع و القضاء و الفقه. 1991. عمان.
- 3144 القانون المدني الأردني. رقم (43) لسنة 1976. موسوع الجيب للتشريع و القضاء و الفقه. 1991. عمان.
- 3145 Se puede consultar la misma en la siguiente dirección url. Consulta de fecha 16 de junio de 2022.
<https://jordanlaws.org/2010/07/08/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%B1%D9%83%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B1%D8%AF%D9%86%D9%8A-%D8%B1%D9%82%D9%85-22-%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9-1997/>
- 3146 López Rodó, Laureano. "La personalidad jurídica del estado". *B.O.E. Anuario de Derecho*. 1981. Páginas 341-355. Se puede consultar en el siguiente enlace de la sede electrónica del Boletín Oficial del Estado:
- 3147 قانون العقود والالتزامات المملكة المغربية. ظهيرة 9 من رمضان 1331. (12 أغسطس 1913). صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016.
- Se puede consultar el texto en la siguiente página web del gobierno marroquí:

<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/>

%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%84%D8%AA
%D8%B2%D8%A7%D9%85%D8%A7%D8%AA
%20%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF%20.pdf

3148 ظهيرة شريف رقم 22.04.1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424. (3 فبراير 2004*) بتنفيذ القانون رقم 03.70.
بمشاركة مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية عدد 5184. ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004). ص. 444.

3149 مدونة الأوقاف. ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 من ربيع الأول 1431. (23 من فبراير 2010).
3150 Blanch. Página 245.

3151 الظهيرة الشريف رقم 49.97.1 الصادر في 5 شوال 1417 (13 فبراير 1997) بتنفيذ القانون رقم 96.5 المتعلق
بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة.
3152 ظهير شريف رقم 124.96.1 صادر في 14 من ربيع الآخر 1417 (30 أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 95.17
المتعلق بشركات المساهمة.

3153 Se puede consultar el texto completo en el siguiente enlace, consultado el día 16 de mayo de 2022:

<https://www.joradp.dz/trv/acivil.pdf>

3154 En cuanto a Iraq:

<https://iraqid.hjc.iq/LoadLawBook.aspx?SC=120120013721926> Consultado el mismo día que el anterior.

3155 Egipto (consulta el día 17 de mayo de 2022):

<https://lawyeregypt.net/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%83%D8%AA%D8%A8%D8%A9->

%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A

%D8%A9/%D9%86%D8%B5%D9%88%D8%B5-

%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF

%D9%86%D9%89-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B5%D8%B1%D9%89-%D8%B1%D9%82%D9%85-131-

%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9-1948/

3156 مرسوم سلطاني رقم 65/2000 بإصدار قانون الأوقاف.

3157 De Castro. Página 160.

3158 De Castro. Página 166.

3159 De Castro. Páginas 266 y ss.

3160 عبد السلام داود العبادي. م. 1. ص. 157, 158.

3161 Hallaq, Wael B. *The imposible State*. Páginas 51.

3162 القاضي عياض و ولده محمد. ص. 230 و 231.

3163 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 233.

3164 أبو محمد عبد الملك بن هشام. السيرة النبوية. القاهرة. دار ابن الجوزي. 2013. ص 179.

3165 أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي. ص 24، 25 و 26.

3166 أبو علي ابن سينا. كتاب السياسة. 2007. سوريا. بدايات للطباعة والنشر. ص. 59.

3167 ابن خلدون. ص. 356.

3168 Panizo. Página 272.

3169 الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الزدي الحجري المصري الطحاوي. المجلد
الرابع، ص 146 و 147.

3170 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. ص. 459.

3171 الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية. م 4. ص. 357.

3172 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مجلد السابع. ص. 284 و 285.

3173 De Castro. Página 293.