

Es necesario por ello referir el relato de Ibn al-Qāsim, quien dijo que se preguntó a Mālik sobre el caso de la persona que prestó testimonio en su sano juicio diciendo: "Yo, ciertamente vendí mi casa tal a mi mujer o a mi hijo o a mi heredero, por una importante cantidad de dinero", sin que ningún testigo viera el importe, pero continuó en posesión del vendedor hasta su misma muerte. Entonces respondió Mālik que eso no era lícito porque no era una venta, sino que se trataba de una donación del tipo tawliḥ, de un engaño o de una manda o legado (wasiyya) al heredero, y esto se señala en la Nāzila (34). Si se demuestra que eso es una donación del tipo tawliḥ mediante testigos, también se debe anular por acuerdo de los juristas.

El método o procedimiento para confirmar la donación del tipo tawliḥ es que pronuncien los testigos (35) la fórmula: "Participé o fui mediador en el contrato" y una vez que ambos estuvierân de acuerdo previamente en que, lo que se refería a la compraventa (bayʿ) y a la donación en pago de deuda (tasyīr) era algo oído pero que no es verdad; o que digan: "El comprador nos reconoció tal cosa" después de la compraventa. Si los testigos emitieran su testimonio diciendo: "Nosotros declaramos que eso era un contrato tawliḥ" y no dijeran nada en relación con las otras dos formas citadas, habría discrepancias en el asunto y cabría preguntarse si ese testimonio era correcto o no. La opinión de la mayoría es que ese testimonio es nulo (bātil). Ibn Zarb dijo: "Tal testimonio (ṣahāda) es perfecto, porque el testigo justo (ʿadl) es responsable de ello y garantiza la ver-

dad mientras no se demuestre lo contrario.

En virtud de eso se escribiría, ateniéndose a la manera acordada, un Contrato:

"Los testigos conocen a Fulano y Mengano y declaran - que estaban presentes con ellos dos en el momento de la celebración (in'iqād) de la compraventa efectuada entre ambos, en tal sitio, que los dos se pusieron de acuerdo en que la compraventa realmente no existiera, sino que se tratara de un contrato de donación tawliŷ, por lo que no se entregaban parte alguna del precio y están al corriente de todo hasta este mismo momento, - haciendo constar en relación con ello sus testimonios en tal - fecha". O bien: "Los testigos conocen a Fulano, el comprador - mencionado, /en tal sitio, quien manifiesta, después de la compra- p.194
praventa, que su padre le vendió tal cosa, tratándose de un contrato de donación tawliŷ, sin que le entregara parte alguna del importe. Han escuchado esto de él y hacen constar, en relación con ello, sus testimonios en tal fecha".

Comentario (bayān): Si se demostrara que en la compraventa de tipo tawliŷ o la muhābāt el comprador se había quedado con la propiedad vendida, gozando el vendedor de perfecta salud, según el modo de la usucapión (hiyāza), ¿sería correcto que él hiciera eso, considerándose como donación (hiba), o se anularía porque no se parece en nada a la donación? Sobre el particular existen dos opiniones : Si no se demuestra la existencia de la venta por beneficio (muhābāt), ni la donación tawliŷ, es lícito por acuerdo de los juristas, tanto si goza de perfecta salud -

como si está enfermo. En caso contrario, al caer enfermo, los testigos tienen la obligación de comprobar el importe de la compra, y si no lo hacen sería una venta imperfecta.

En los Masā'il de Ibn al-Hāyî existe un caso semejante (36): "Un hombre murió y, como consecuencia, su mujer y los hijos de otra mujer heredaron sus bienes. Este hombre, estando enfermo había vendido un sirviente (jādim) a su mujer, entonces el albacea de los hijos bloqueó la venta diciendo que se trataba de una donación del tipo tawliyy y no de una adquisición (širā'), porque en el contrato de compraventa no se incluía el visito bueno (mu'āyana) o comprobación de los testigos en lo referente a la toma de posesión del precio".

Ibn 'Attāb emitió un dictamen jurídico anulando la compraventa, reincorporándolo como parte de la herencia y lo mismo dictaminó Ibn al-Hāyî. Sin embargo, tanto Ibn Rušd como Ašbag b. Muḥammad(37) dictaminaron que esa compraventa debía entrar en vigor y que la esposa se quedara con el sirviente. Por su parte, el cadí Ibn Hamdīn intervino en el asunto para intentar solucionarlo, mediando un arreglo amistoso (islāh), diciendo que la mitad del sirviente fuera para la mujer y la otra mitad para la herencia. Por mi parte, creo que ésta es la opinión que se debe escoger(38).

Si se demostrara que el vendedor tenía predilección por el comprador, se escribiría, en virtud de ello, un Contrato como sigue textualmente:

"Los testigos concen a Fulano y saben que tiene pre-

dilección por su hijo Mengano, por el que siente un gran cariño, siendo su preferido, e ignora a los demás hijos, de los que se aleja. Los testigos no tienen noticia de que este estado de cosas haya cambiado hasta su muerte, ni tampoco hasta el momento presente y hacen constar, en relación con este caso, sus testimonios en tal fecha".

Si esto se demostrara, el comprador debería jurar que había realizado una compra legítima y entregado el precio según lo mencionado en el contrato, tanto si gozara de perfecto estado de salud como si estuviera enfermo. Además, debe jurar que era firme el contrato, de tal forma que si jurara la firmeza de la compraventa, ésta no sería anulada, excepto en el caso en que se demostrara que se trataba de un contrato de donación tawliy o de una muhābāt, a tenor de lo que ya hemos tratado.

Tanto la venta como la compra del enfermo(39) es lícita si no existe ninguna demostración de afecto, pero se reduce a un tercio para el que no es heredero, a no ser que los herederos (warata) le permitan una cantidad superior, por lo cual se convierte en una donación (hiba) a la que le falta la prescripción adquisitiva (hiyāza).

Se considera como enfermedad (mard) la dolencia que se teme pueda llevar a la muerte(40). Si/fuera una enfermedad crónica o larga como la lepra (ʿyudām), la parálisis (jadar), la tartamudez (ʿaqad) o alguna otra parecida, todas las personas afectadas por estas enfermedades tendrían capacidad jurídica para obrar lícitamente por acuerdo de los juristas, pero es

necesario observar las acciones del enfermo en relación con la venta por beneficio (muḥābāt) en el día en que se lleve a cabo, no en el día de la sentencia. Esto lo refirió Ibn Yūnus(41) e - Ibn Muḡīṭ(42), sin embargo en la Wādiha se emite una opinión al go diferente.

Tanto la venta como la compra del ciego (a'ḡma) son - lícitas, en opinión de Mālik, con la condición de que el ciego conozca la cosa objeto del contrato de compraventa, ya por el - tacto, por su descripción o por otros detalles, pero hay quien opina que no es lícito que compre, excepto si hubiera conocido el objeto antes de que le sobreviniera su desgracia. Por lo que se refiere al que nació ciego, no se le permite que compre ni - venda nada.

Las mismas normas rigen la compraventa del sordo (as-amm) y la del mudo (abkam), quienes tienen capacidad jurídica para comprar o vender lícitamente, si comprenden y aseguran los tes- tigos que aquellos tienen pleno conocimiento del contrato y ex- presan su voluntad de comprar por señas. Se escribiría, en vir- tud de ello, lo que sigue textualmente:

"Los testigos dan testimonio de Fulano y de Mengano, - al que entienden por sus gestos", en relación con lo que hemos mencionado, si fuera mudo, y "en tal fecha".

Si fuera sordo, mudo y ciego(43) no sería lícita ven- ta (mubāya'a) ni transacción comercial (mu'āmalā) alguna. Tam- po podría casarse ni hacer ninguna otra cosa, por acuerdo de los juristas (bi-ittifāq).

= NOTAS AL CAPITULO DE LA CESION EN PAGO DE DEUDA =

- 1.- La cesión en pago de deuda (tasyīr) corresponde al concepto romano de la datio in solutum. Entre los musulmanes está considerada como un contrato de compraventa y, por lo tanto, sujeta a sus mismas reglas. El objeto del contrato es un crédito y por esta razón debe atenderse a las reglas que impiden la existencia de la usura (ribā). En este contrato el vendedor es precisamente el deudor, que al pagar hace desaparecer el crédito de la otra parte contratante. SANTILLANA, Ist., I, "introd" VI; II, 86, 102, 207-209; JALĪL, II, 201-202.
- 2.- En el Derecho musulmán está totalmente prohibido pagar un crédito con otro crédito por la facilidad que ofrece este contrato a las operaciones usurarias, de las que se deriva el perjuicio de cualquiera de las dos partes contratantes. SANTILLANA, Ist., II, 208.
- 3.- En caso de nulidad del matrimonio, de divorcio o de fallecimiento del marido, la mujer queda sometida a un periodo de retiro legal de tres meses. En el caso de la esclava el periodo es de un mes. Se pretende con este retiro legal de mostrar la vacuidad de la matriz o la paternidad del feto. LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 161-162; SANTILLANA, Ist., I, 199-200; II, 361.

- 4.- Cuando uno de los objetos de una transacción comercial no está presente, generalmente el que se vende, el comprador tiene el derecho de opción (jiyār) a rescindir el contrato cuando haya visto el objeto. Mudawwana, 39-40, 45, n^{os} 1334-1335, 1340; JALĪL, II, 185.
- 5.- Puede ser Muḥammad b. Jalaf (m. 519 ó 520/1125 ó 1126), - más conocido por Ibn Faṭḥūn, miembro de una familia levantina de cadíes.
- 6.- Se trata de una parte de la dote (mahr) cuyo pago ha sido retrasado a un plazo impuesto por el marido, que oscila, según la costumbre local, de seis a veinte años a partir de la conclusión del matrimonio. Hay juristas que declaran lícito un plazo de cincuenta años. MILLIOT, Introd., 305.
- 7.- La opinión de este jurista se aparta de la opinión mayoritaria de la escuela malikí.
- 8.- En este caso, la jurisprudencia malikí del reino nazarí - sigue la tendencia general de la escuela basándose en Ibn al-Qāsim, cuya opinión se opone a la de Muṭarrif y es diferente a la de Aṣḥab.
- 9.- Las discrepancias de los juristas malikíes giran en torno a la cesión del usufructo de un bien jurídico como pago de la deuda existente. La cuestión sigue siendo debatida incluso en este siglo XX. La prohibición de tal hecho se basa en la incertidumbre existente en el contrato, lo que daría lugar a un negocio usurario y aleatorio. SANTILLANA,

Ist., II, 208.

- 10.- Ibn al-Mawwāz (m. 269/883), jurista malikí egipcio autor de una obra fundamental para la escuela malikí, conocida por al-Mawwāziyya. En este caso se aparta de la opinión mayoritaria representada por Ibn al-Qāsim.
- 11.- Consiste en una liquidación de cuentas por compensación de las deudas que ambos contratantes tenían recíprocamente, es decir, que los dos renuncian a sus créditos respectivos. Presentamos la traducción del capítulo de la muqassa más adelante. Sobre este tipo de contrato véase: SANTILLANA, Ist., II, 103-104, 192-196.
- 12.- El tutor o ejecutor testamentario, además de ejercitar la tutela sobre los hijos menores del de cuius, se encarga de pagar sus deudas, restituir los depósitos y entregar los legados. SANTILLANA, Ist., II, 549-550.
- 13.- El concepto y bibliografía que recoge este término técnico han sido expuestos en la nota nº 2 del capítulo del derecho de riego. Además, puede verse el glosario adjunto.
- 14.- Se considera como usucapión en el Derecho musulmán la posesión prolongada de un bien que es propiedad de otra persona. Esta da lugar a determinados derechos a favor del poseedor. Véase el glosario y MILLIOT, Introd., 625, ss.
- 15.- Opinión expresada por Ibn Salmūn.
- 16.- El hayr o incapacidad jurídica para disponer del patrimonio.

nio no sólo se aplica al pupilo, sino que recae en otras personas como el demente, el pródigo, etc. MILLIOT, Introd., 412, ss. ; JALĪL, II, 323-333; EI², III, 52 SCHACHT.

17.- Como regla general, cuando el donador está enfermo su capacidad jurídica se ve reducida, por lo que sólo se le permite donar como máximo el tercio de su hacienda. Este caso supone una excepción a la regla anterior. SANTILLANA, Ist. II, 399.

18.- El reconocimiento de deuda puede ser judicial o extrajudicial. Forma parte de los contratos que transmiten la propiedad del bien entregado y se ajusta a las reglas generales de la compraventa. En determinadas ocasiones la donación realizada por el padre o uno de sus hijos necesita el consenso de los demás herederos, como en el caso en que exista un afecto especial por ese hijo. SCHACHT, Introduction, 129; SANTILLANA, Ist., II, 220-222, 535-536; EI², - III, 1105-1108, LINANT DE BELLEFONDS.

19.- Sobre la insolvencia véase SCHACHT, Introduction, 108, 163; JALĪL, II, 305, 322; SANTILLANA, Ist., I, 106; Mudawwana, XIII, 76-91, n^os. 2021-2038.

20.- El mismo caso se encuentra mencionado en SANTILLANA, Ist., II, 222.

21.- Obra también citada por Ibn Salmūn como al-Šarh. Se trata del Kitāb al-Bayān wa l-tahsīl, extenso comentario que Ibn Rušd realizó a la Mustajraġa de al-‘Utbī.

Véase el nº 22 de la "Relación de obras".

- 22.- La kalāla representa un caso especial dentro de la herencia. Consiste en el derecho a herencia que tienen los hermanos uterinos y los parientes lejanos del fallecido cuando éste no haya dejado ascendientes ni descendientes. La parte que les corresponde es un sexto del total. SANTILLANA, Ist., II, 511; Corán 4: 15,175.
- 23.- Los ‘asaba (pl. de ‘āsib). Son los agnados, grupo constituido por los parientes varones de línea masculina directa o colateral. En la época preislámica eran los únicos parientes que tenían derecho a la herencia del difunto. Con la llegada del Islam sólo tienen derecho a la herencia cuando falten los herederos de cuota fija o legítima, o bien cuando éstos hayan recibido su cuota y aún sobre una parte de la herencia. Los ‘asaba se dividen en tres categorías: 1.- Los que tienen derecho a herencia por sí mismos; 2.- Los que concurren a la herencia por causa de otro heredero, y 3.- Los que reciben parte de la herencia con otro. Los grupos mencionados se subdividen en numerosos apartados ordenados según complicadas normas. Las reglas fundamentales de la herencia están recogidas en el Corán 4: 8,12,15,175; véase también SANTILLANA, Ist., II, 495-496, 514-516.
- 24.- Estos mismos casos están recogidos en JALĪL, II, 396; Mudawwana, XIII, 54-91, nºs. 1979-2038.

- 25.- Consiste la muhābāt en vender a un heredero o a otra persona algún bien mediante una tercera persona ficticia. Con ella se pretende beneficiar particularmente al supuesto comprador bajo unas condiciones muy favorables que resultan perjudiciales para los demás herederos o interesados en dicho bien. Los juristas prohíben esta venta ficticia por considerarla contraria a la ley. SANTILLANA, Ist., II, 224.
- 26.- Aunque no aparece en el texto, quien refiere la pregunta realizada a Mālik es Ibn Rušd.
- 27.- Lo que debe autorizar el padre es la entrega del importe pequeño, no del superior.
- 28.- No pudo ser discípulo directo de Mālik, pero sí de Ibn al-Qāsim, de quien recoge el caso que expone Ibn Salmūn. En este caso, como en los que a continuación se presentan, lo más importante es demostrar si la venta es real o ficticia; para ello los juristas se basan en el hecho de que el comprador continúe o no en posesión del bien supuestamente vendido.
- 29.- Se trata de la esclava que ha concebido y dado a luz un hijo de su dueño. A partir de ese momento la ley le otorga algunos derechos, como el de ser manumitida a la muerte del dueño. Mudawwana, 23-54; Muwatta', 446-447, 455; EI¹, IV, 1066-1069 SCHACHT.

- 30.- Se trata de Abū Muḥammad Ibn ʿAttāb (433/1041-520/1126), hijo del célebre muftí y cadí Abū ʿAbd Allāh Muḥammad b. ʿAttab (m. 462/1069). Véase el nº 29 de la "Relación de - personas".
- 31.- La verdadera intención del vendedor era donar la casa al supuesto comprador para perjudicar los derechos de otros herederos. La razón por la que se rescinde el contrato es que el vendedor siga en posesión del objeto vendido. Sobre la usucapión o prescripción adquisitiva (hiyāza) véase: - NIDO, Der. mus., 230-231; MILLIOT, Introd., 623-637; QUIROS, Instituciones, 60; SANTILLANA, Ist., I, 262.
- 32.- Son palabras intercaladas en el texto por Ibn Salmūn, quien se considera discípulo de Ibn ʿAttāb y añade las opiniones de Aṣḥab e Ibn Ruḥd.
- 33.- El tawliḥ es una compraventa simulada que el Derecho musulmán prohíbe por ser contraria a la ley. En realidad, se trata de una donación que el padre realiza a su hijo generalmente, aunque también puede ser beneficiada su mujer. En este contrato interviene una tercera persona, que es la supuesta compradora. SANTILLANA, Ist., II, 40, 224.
- 34.- Ignoramos de qué obra se trata.
- 35.- Una de las cualidades fundamentales del testigo es su honorabilidad, que es investigada por el juez para que el testimonio de aquéllos dado en juicio no sea recusado. - SCHACHT, Introduction, 160-161; MILLIOT, Introd., 732-742;

Mudawwana, XIII, 2-27, n.ºs. 1899-1941.

- 36.- El caso recogido por Ibn al-Ḥāȳ es citado por Milliot exponiendo, también, las opiniones de todos los juristas - aquí citados por Ibn Salmūn y algunos más. La solución - que se estima más correcta es la de la transacción propuesta por Ibn Ḥamdīn.
- 37.- Asbag b. Muḥammad (m. 505/1111). Fue uno de los más destacados muftíes cordobeses. Experto en la redacción de actas notariales.
- 38.- Opinión expresada por Ibn Salmūn, con la que se suma al parecer de Ibn Ḥamdīn.
- 39.- La capacidad jurídica del enfermo, en relación con la compra-venta está sujeta a reglas especiales que pueden observarse en SANTILLANA, Ist., I, 102-105; II, 221-222; JALĪL, 395-396.
- 40.- SANTILLANA, Ist., I, 102, 103; JALĪL, II, 331; MILLIOT, Introd., 242-243; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 138.
- 41.- Puede ser cualquiera de los juristas que presentamos con el n.º 61 de la "Relación de personas".
- 42.- Aḥmad b. Muḥammad (m. 459/1066-1067), conocido por Ibn Muḡī. Muftí y experto en la redacción de instrumentos públicos. Autor de un formulario notarial conocido por al-Muḡni y utilizado por Ibn Salmūn.
- 43.- Esta cuestión está recogida en SANTILLANA, Ist., I, 103.

CAPITULO DE LA COMPRAVENTA (BAY^c) DE LA CASA NO PRESENTE (GĀ³IBA)(1)

p.195

Es lícito vender la casa no presente (gā³iba) y cualquier propiedad (milk) cuya descripción (sifa) sea facilitada por persona distinta del vendedor (bā³i) (2) o a tenor de una visión precedente, sin que haya sufrido después ninguna modificación, y en virtud de esto se escribiría el siguiente Contrato (‘aqd):

"Fulano compra (ištara) a Mengano toda la casa o la propiedad situada en tal lugar, cuyos límites (hudūd) son tales, por tal precio", y sigues como se ha expuesto anteriormente. Luego dices: "Después de que el comprador (ḥ ḥtā^c) hubiera tenido una visión anterior de la misma, sin que haya sufrido cambio alguno", o: "Después de que la viera una persona de su confianza, bajo su responsabilidad, conocedora de lo comprado, quien se la ha descrito detalladamente y ha ocupado su puesto para ver dicha propiedad, por lo que queda al corriente de todo según lo que ha oído y ha visto. El comprador queda satisfecho y se obliga a respetar lo acordado en el contrato. En virtud de ello, se requiere el correspondiente testimonio contra ambas partes en tal fecha".

Comentario (bayān): Esta compraventa se puede realizar según las dos formas precitadas.

Si no se impone como condición el hecho de volver a verla de nuevo, el contrato entra en vigor (lāzim)(3), como sucede en las demás compraventas (buyū^c).

El pago en efectivo (naqd) impuesto como condición - (ṣart) es lícito(4), según la opinión mayoritaria (maṣhūr), - siendo la garantía (darān) debida en el contrato por cuenta - del comprador, como opina Mālik y sus discípulos(5).

Si se entablara una disputa (tanāza^a) entre ambos, en relación con la descripción de lo que habían visto, se tendr^a en cuenta la opinión (qawl) del vendedor(6).

Si la compraventa tuviera lugar conforme a la descripción del vendedor o sobre o sobre una visión posterior sería - lícita. Si la descripción correspondiera a la realidad el contrato entraría en vigor (iazama), en caso contrario no sería - lícito. No es lícito el pago en efectivo en este caso bajo condición y la garantía recaería sobre el vendedor, aunque hay - quien opina que debería recaer sobre el comprador, y se escribi^a ría, en virtud de esto, un Contrato:

p.196

"Fulano compra/a Mengano toda la casa situada en tal sitio, con tales límites (hudūd), cuya descripción fue aportada por el vendedor. La casa tiene una longitud tal y una anchura - tal, y ha sido construida con yeso de tales características, - con techo de madera". Y debes mencionar las diferentes características o detalles de la citada medera, puesto que redundan en el precio, y a continuación dices: "Adquisición (iṣtirā²) legít^a ma valorada en tal precio que se entrega en el momento y, en - virtud de esto, se transmite al comprador el dominio (tamalluk) de la misma, según lo previsto en la Ley para semejante caso".

Si correspondiera la descripción a la realidad del -

objeto comprado, quedaría obligado al contrato y, en consecuencia, le entregaría el importe y se terminaría así: "Y en virtud de esto, se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha". En caso contrario, no existiría vínculo alguno.

Una de las condiciones (šurūt) de la compraventa de la propiedad no presente es la que exige que ésta no se encuentre tan lejos como Ifrīqiyya de Jurāsān(7), ni tan cerca que se pueda ver sin ningún esfuerzo(8), según la opinión mayoritaria. En cambio, sería lícito si hubiera que esforzarse para poderla observar.

= NOTAS AL CAPITULO DE LA COMPRAVENTA DE LA CASA

NO PRESENTE =

- 1.- Para la validez de una compraventa se requiere que el objeto sea útil, determinado y lícito. Entre los objetos cuya venta no se considera lícita se encuentran las cosas no presentes, como regla general, sin embargo su venta puede ser legítima cuando el comprador se reserve el derecho a rescindir el contrato a la vista del bien adquirido. JALĪL, II, 185; Mudawwana, X, 39-40, nº 1333; 45, nº 1337; XI, 179, nº 1688; SANTILLANA, Ist., II, 117-118.
- 2.- Si el comprador no se ha reservado la facultad de resolver el contrato cuando vea la cosa comprada (jiyār al-ru'yā), también puede comprar el objeto no presente descrito por una persona distinta del vendedor. Mudawwana, X, 45, 138, nº 1337 y 1446. Hay algunos juristas que admiten la compraventa de objetos no presentes aceptando la descripción del vendedor; en cambio, otros no la permiten, porque se trata de una parte interesada y puede ofrecer una descripción no exacta que dé lugar a un fraude. Según Santillana, la opinión mayoritaria la admite. JALĪL, II, 185, nota nº 116.
- 3.- Si no se describiera el objeto comprado, ni se hubiera visto con anterioridad, sería necesario incluir una cláusula por la que se exigiría la resolución del contrato, en caso

de que no quede satisfecho cuando lo vea. En caso contrario, es decir, si no se incluyera esta cláusula, el contrato sería aleatorio y, por consiguiente, tendría que ser anulado.

4.- Tanto los muebles como los inmuebles se pueden vender por un precio pagado en efectivo cuando el contrato se ha realizado sobre la base de la descripción ya mencionada o de su visión anterior, con la condición de que el pago sea espontáneo y no estipulado. Mudawwana, X, 138, nº 1446; - XI, 179, nº 1688. Si se condiciona el pago en efectivo en la compraventa de bienes inmuebles no presentes, el contrato no puede llevar la cláusula de resolución impuesta hasta el momento en que el comprador vea el objeto y le agrade. JALIL, II, 185.

5.- La garantía recae en el comprador siempre que no exista en el contrato la cláusula resolutoria. Además, la compraventa debe realizarse mediante la descripción de tercera persona o visión anterior del propio comprador.

6.- En la compraventa de inmuebles, el comprador se hace cargo de los riesgos del objeto comprado desde el momento del contrato, salvo que surjan discrepancias entre ambos contratantes en relación con las condiciones del inmueble, - caso en el que la garantía debe estar a cargo del vendedor obligatoriamente, por mediar incertidumbre.

7.- Se impone esta condición para evitar que el objeto comprado sufra transformaciones o, incluso, se deteriore dada la gran distancia existente entre ambas regiones. JALĪL, II, 185, nota nº 117.

8.- En este caso no es suficiente la descripción ni la visión anterior del comprador; es necesario que éste se reserve - el derecho de resolución (jiyār) para evitar cualquier elemento aleatorio. Mudawwana, X, 46, nº 1337.

/ - - - - - /

CAPITULO DE LA COMPRAVENTA CON DERECHO DE
OPCION (BAY' AL-JIYAR) (1)

p.196

La venta con derecho de opción o rescisión (jiyār) es lícita. Si se refiere a los bienes inmuebles (usūl) el plazo se limita a un mes, pero también hay quien opina que a dos meses. Si se refiere a los esclavos (raqīq), sería una semana aproximadamente, y si se establece en relación con otras cosas serían tres días (2). En cambio, si se acordara sin plazo (āyāl), sería necesario fijar uno semejante a los citados anteriormente.

En esta compraventa no es lícito el dinero en metálico (naqd) impuesto bajo condición (šart). En consecuencia, ¿debería anularse la misma si concurriera esta circunstancia, o no? En esta cuestión se han de tener en cuenta dos opiniones.

La garantía (daman) del contrato recae sobre el vendedor (3) y los frutos (galla) son para él cuando se impone con la garantía. El derecho de opción en la compraventa no existe, a no ser que se estipule como condición (4), y ésta es la opinión de los alfaquíes en su totalidad.

Ibn Ḥabīb dijo que el derecho de opción puede ser usado por los dos contratantes (mutabāyi'ayn) mientras ambos estén aún reunidos (fī l-ma'ālis) (5).

Si alguien compra siguiendo el consejo de Fulano o bien según su gusto o su elección, habrá actuado con arbitrariedad, pero hay quien opina lo contrario.

Se considera lícita la compraventa con el derecho de opción de los dos contratantes o el de sólo uno de ellos, y, en virtud de ello, se escribiría un Contrato (caqd):

"Fulano compra (ištarā) a Mengano tal cosa en su totalidad. Adquisición (ištirā') legítima, cuyo alcance jurídico aprecian ambas partes, según compraventa con derecho de opción establecido durante tanto tiempo, o con derecho de opción que sólo puede ejercer el vendedor, o el comprador, durante tanto tiempo, cuyo precio es tal, del que toma posesión (qabada) el vendedor inmediatamente, por voluntad del comprador, sin condición (šart) alguna en lo acordado por ambos. El vendedor libera al comprador de su obligación y le transmite el dominio (tama-lluk) sobre los bienes comprados, por lo cual pasa a ocupar en ellos el lugar correspondiente al dueño en su propiedad (milk), según lo previsto en la Ley respecto a la compraventa que incluye la cláusula del derecho de opción, después de haberlos visto, examinado y teniendo conocimiento de todos sus defectos (ʿuyūb). En virtud de esto, se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

Si se agotara el plazo del derecho de opción quedaría confirmada la compraventa (6) y lo mismo sucedería si ambos contratantes prefirieran confirmarla (imdā') antes de agotar dicho plazo y, en virtud de ello, se escribiría un Contrato:

"Fulano y Mengano requieren testimonio invocable contra sí mismos de que/han confirmado la compraventa, celebrada entre ambos en tal fecha, en cuyo contrato se incluía la cláusula del

p.197

derecho de opción sobre la misma; y deciden terminarla renunciando (asqatā) a la cláusula del derecho de opción o a las condiciones impuestas por el vendedor o el comprador sobre la opción. Renuncia que es total, dándose cumplimiento, por tanto, a la compraventa según lo dispuesto. El comprador presenta el importe acordado y se lo entrega al vendedor, quien toma posesión (qabada) de él liberándolo de su obligación. Así pues, el comprador se hace cargo del bien (mabīc) objeto de la transacción y lo libera de la evicción de la entrega de dominio (inzāl). En virtud de ello, se requiere testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

Si, por el contrario, prefirieron rescindir (fasj) la compraventa se escribiría, en virtud de esto, un Contrato (7):

"Los dos contratantes, Fulano y Mengano, requieren testimonio invocable contra sí mismos de que resolvieron (hallā) la compraventa citada en tal sitio", o bien "Fulano, uno de los dos contratantes, se desvincula del compromiso adquirido en el contrato, puesto que éste conllevaba como condición la cláusula del derecho de opción. Disolución que es total, por lo que la propiedad vendida queda en poder del vendedor, siendo exonerado el comprador de la responsabilidad (dimma) que tenía con respecto al precio a pagar, sin que, por causa de esto, quedara vínculo alguno. En virtud de lo cual, se requiere testimonio invocable contra ambos en tal fecha".

= NOTAS AL CAPITULO DE LA VENTA CON DERECHO
DE OPCION =

- 1.- Los elementos y características de la compraventa que incluye esta cláusula pueden verse en SCHACHT, Introduction, 130, passim; SURDON, Précis, 121; ABDUR RAHIM, Principles, 286, 297; SANTILLANA, Ist., II, 162-166, passim; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 205; JALĪL, II, 216-222; QUIROS, Instituciones, 87-88; MILLIOT, Introd., 379, 655, 656; PELTIER, Ventes, 70-79; E.I.², V, 26, DELCAMBRE.
- 2.- El plazo concedido será de tres días para bestias y muebles y de una hora para la fruta, según QUIROS, Instituciones, 88.
- 3.- SANTILLANA, Ist., II, 163; Mudawwana, X, 17, 18, 88, n^{os} - 1317 y 1387.
- 4.- MILLIOT, Introd., 655.
- 5.- Jīyār al-māyilis tiene el significado de que cualquiera de los dos contratantes, hasta el momento en que se separen al concluir el contrato de compraventa, tiene derecho a rescindir el contrato.
- 6.- Mudawwana, X, 30, 31, n^o 1328; SANTILLANA, Ist., II, 164.
- 7.- JALĪL, II, 221-222; Mudawwana, X, 15-19, n^{os} 1315-1318.

/ - - - - - /

CAPITULO DE LA COMPRAVENTA CON DERECHO DE
RECUPERACION (TUNYĀ) (1)

p.197

La compraventa con cláusula (ṣart) de derecho de recuperación (tunyā) es ilícita(2) y si la llevarán a cabo tendrían que rescindirla (fasaja) antes de que pasara determinado tiempo, pero podría corregirse mediante la entrega de una determinada - cantidad, siendo los frutos (galla) producidos para el comprador(3). Ibn Ruṣd dijo que este asunto es controvertido.

Si llegara a tener lugar la compraventa, algunos opinan, como lo hace Ibn al-Qāsim, que está viciada (fāsid) porque, a la vez, es una compraventa (bayʿ) y un contrato de préstamo - (salaf)(4), por lo que debe rescindirse antes de que pase el - plazo convenido en esa compraventa viciada, además, los frutos pertenecerían al comprador con la garantía (damān) correspondiente. Otros piensan que sólo es un préstamo que lleva consigo una contrapartida o ganancia (naḥʿ), como expuso Saḥnūn en la Mudawwana, siendo ésta la opinión de Ibn al-Māʿīṣūn, entre otros. - Según esta última opinión, los frutos se deben entregar al vendedor y no al comprador, porque ése sería el importe del préstamo realizado, pero eso está prohibido (ḥarām).

Por su parte, Ibn ʿAbd al-Gafūr(5) dijo en el Istignāʿ: Algunos dicen que la compraventa con derecho de recuperación está viciada y se debe rechazar (mardūd) siempre, tanto si pasara el plazo como si no, porque está prohibida al ser considerada - como una de las ramas de la usura (ribāʿ), que resulta incompa-

tible con las mercancías destinadas a la venta (biyā'āt), con las limosnas legales (sadaqāt) y con los bienes instituidos como legados pios (ahbās), pero otros opinan que si se llegara al plazo se convertiría en un arrendamiento (kirā'), pues sería como la prenda que se da como depósito (rahn) (6), y si se llevara a cabo sin agotar el plazo no habría arrendamiento en ello, siendo ésta la opinión de la mayoría de los sabios. Sin embargo, tanto Mālik como Ibn al-Qāsim piensan que no sería arrendamiento, se agotara o no el plazo, porque eso es una compraventa viciada y conforme a esto actúa la jurisprudencia (ʿamal) (7).

En los Watā'iq (8) de Ibn Mugīṭ existen opiniones discrepantes acerca de la compraventa con la cláusula de recuperación. Abū l-Ḥasan al-Qābisī (9) dijo que se debía considerar el asunto antes de que se terminara el plazo del derecho de recuperación, que está incluido en el régimen legal (hukm) de las compraventas legítimas y, de este modo, los frutos pertenecerían al vendedor porque es como una prenda dada en depósito, ya que si prescribiera el plazo/sería como una compraventa ilícita por estar viciada (fāsida). p.198

Alguien dijo que debería ser anulada antes de que pasara el plazo y podría corregirse mediante la entrega de una determinada cantidad, porque es igual a la compraventa unida al préstamo, ya que el paso del tiempo en todos los artículos vendidos también afecta a los inmuebles y otros bienes cambiando su naturaleza y modificando el objetivo pretendido, como construir, destruir, plantar algo y modificaciones parecidas, cuando

el traspaso de dominio, por medio de una venta lícita, está relacionado con los derechos de los demás, como la prenda dada en depósito y el alquiler. En cuanto al traspaso de deudas, es decir la subrogación (hawāla), realizado en los mercados, se trata de la prescripción del plazo en los animales y las mercaderías (ʿurūd), pero no en los inmuebles. Mālik y sus partidarios son favorables a esta opinión, pero Aṣḥab, al igual que hiciera Asbag, dijo que los inmuebles son iguales a los demás bienes en este aspecto y la subrogación (hawāla) realizada en los mercados tiene una prescripción del plazo.

Si realizan la compraventa en el momento, es lícita y si se acuerda voluntariamente el sometimiento a la cláusula del derecho de recuperación, después de realizar la compraventa, también se declararía lícito(10), y se escribiría, en virtud de esto, el siguiente Contrato (ʿaqd):

"Fulano requiere testimonio invocable contra sí mismo de que él acepta voluntariamente las instrucciones de Mengano, después de celebrar la compraventa entre ambos, en tal fecha y se llega a la conclusión del trato (safqa) según la legitimidad vigente. Así pues, cuando traiga el importe le entregará el bien comprado a la terminación del plazo estipulado, o se lo entregará sin que haya plazo alguno. Esto es lo acordado para la conclusión del trato, en consecuencia, el objeto comprado se devolvería ateniéndose a las características que tuviera antes de la compraventa, de forma voluntaria, conociendo el alcance jurídico de este documento, y se obliga a sí mismo a la resolución toma-

da. En virtud de lo cual requiere testimonio contra sí mismo en tal fecha".

Este acto voluntario es lícito acompañado de un plazo determinado, o sin él(11). Si existiera plazo no sería lícito para el comprador que dejara pasar el referido plazo de la compraventa, de la donación (hiba) o de otros asuntos, de tal forma que si se dejara pasar se rescindiría el contrato celebrado.

Si trajera el montante dentro del plazo o muy poco tiempo después, se podría disolver la compraventa, teniendo en cuenta que se considera como tiempo cercano al plazo un día más o menos. Si se acabara el plazo y no hubiera aportado el precio, prescribiría el derecho de recuperación. En cambio, si no existiera plazo alguno, cuando el vendedor trajera el montante el comprador tendría que devolver el objeto vendido, tanto si hubiera transcurrido poco tiempo desde la fecha de la venta, como si hubiera pasado mucho y, por su parte, el comprador podría disponer de ello para venderlo o hacer cualquier otra cosa, además el vendedor no podría reclamar nada, a no ser que le hubiera presentado el dinero cuando se lo requiriera el comprador por la compra ya pasada, caso en que el comprador negaría dicha compra, con lo que quedaría obligado a disolverla(12). Este acto voluntario se escribiría en un documento independiente del contrato establecido con anterioridad, pues así será mucho mejor.

Si uno de ellos reclamara diciendo que este tratado tenía por origen una condición existente en la misma compraventa

y el otro dijera que constituía un acto totalmente voluntario, en los Watā'iq (13) de Ibn al-Atṭār se dice que la razón sería de quien hubiera dicho que se había realizado voluntariamente, teniendo además que jurarlo, pero hay quien opina que el juramento debe ir acompañado de pruebas concluyentes (bayyina), las cuales demostrarían la voluntariedad del acto. Además, dijo Sahnūn ^{p.199} que si/hubiera sospecha en un asunto como éste, tendría que jurar. En caso contrario, no sería obligatorio el juramento. En el Kitāb al-Istignā' dijo un consejero: El que reclamara (idda'a) diciendo que eso era una condición del mismo acuerdo, debería jurar y, en consecuencia, se anularía la compraventa, como ocurre habitualmente entre la gente y, en virtud de esto, se han dictaminado nuestras fetuas(14).

= NOTAS AL CAPITULO DE LA COMPRAVENTA CON DERECHO DE
RECUPERACION =

- 1.- Se la conoce también por el nombre de retroventa. El concepto y elementos expuestos en este capítulo se recogen también en SANTILLANA, Ist., II, 158-162; JALĪL, II, 203; SURDON, Précis, 121; QUIROS, Instituciones, 88.
- 2.- Los malikíes consideran ilícita tal venta de forma general, pero la admiten cuando adquiere un carácter pignoraticio; en este sentido se igualan las doctrinas jurídicas malikíes y hanafíes. Con el paso del tiempo este tipo de compraventa es admitido, pero la cláusula de recuperación debe ser acordada al término del contrato, es decir, en un acto posterior. SANTILLANA, Ist., II, 159.
- 3.- Los malikíes no se ponen de acuerdo al tratar la cuestión de los frutos producidos por el objeto comprado. Ibn 'Āṣim afirma que los frutos corresponden al comprador, porque él debe responder ante los riesgos que sufra dicho bien, pero otros juristas opinan que deben corresponder al vendedor, porque dicho contrato tiene un carácter pignoraticio y, en este caso, los riesgos corren a cargo del vendedor. Mālik era partidario de la primera opinión y a él se suman Ibn Ruṣd e Ibn Salmūn. SANTILLANA; Ist., II, 161-162.
- 4.- El contrato llamado salaf es el de préstamo de consumo. El objeto de este contrato es generalmente dinero, pero pueden ser otros bienes, la única excepción son los inmuebles porque éstos constituyen una res certa, individualizada, mien-

tras que el objeto de este contrato debe ser genérico. El contrato salaf a veces es identificado con el salam. EI¹, IV, 92, JUYNBOLL.

- 5.- Creemos que se trata de Jalaf b. Maslama (m. aprox. 440/ - 1048-1049), conocido por Ibn 'Abd al-Gafūr, autor del Kitāb al-istignā'.
- 6.- Estos juristas aluden al carácter pignoraticio de este contrato, por el que se consideraba válido y lícito. Como en el depósito (rahn), los frutos que se hayan producido en ese periodo de tiempo pertenecen al vendedor. En este caso esos frutos son el precio del arrendamiento, siempre en opinión de esos juristas.
- 7.- Se trata de la jurisprudencia granadina del s. XIV, que también en este caso sigue la opinión de Mālik.
- 8.- Se refiere al prestigioso formulario notarial titulado al-Muqni', obra del s. XI con decisiva influencia en siglos posteriores, como los siglos XV y XVI. HOENERBACH, El notariado, 119.
- 9.- 'Alī b. Muḥammad (m. 403/1012-1013), conocido por Abū l-Ḥasan al-Qābisī. Fue el director de la escuela malikí de Qayrawān a la muerte de Ibn Abī Zayd (m. 386/996). Véase el nº 73 de la "Relación de personajes".
- 10.- Esta fórmula representa la última etapa de la evolución que ha tenido el contrato de compraventa con cláusula de recuperación. El uso de este contrato es muy frecuente en todo el mundo musulmán. SANTILLANA, Ist., II, 160; QUIROS,

Instituciones, 88.

- 11.- Cuando el plazo no haya sido determinado, la propiedad del objeto vendido queda en suspenso, pero el comprador tiene derecho a venderlo, aunque con las mismas condiciones que él lo compró. SANTILLANA, Ist., II, 160.
- 12.- El antiguo propietario puede recuperar el objeto que vendió bajo estas condiciones hasta el mismo momento en que el comprador haga pública su intención de venderlo. Si el primer propietario no ejerce su derecho de recuperación, la nueva venta queda firme y el objeto pertenece irrevocablemente al nuevo comprador. SANTILLANA, Ist., II, 161.
- 13.- Se refiere al formulario notarial de ese autor terminado de componer a su vuelta de Oriente, es decir, después del año 383/993. En él se basó, entre otros, Ibn Mugīt.
- 14.- Son palabras que, a imitación de una nota aclaratoria, introduce en el texto Ibn Salmūn. Se observa la evolución - la evolución de la jurisprudencia relativa a este caso. - El Istignā', posterior al formulario de Ibn al-‘Atṭār, adopta una resolución diferente a la de éste, y en ella se basa Ibn Salmūn.

/ - - - - - /

CAPITULO DE LA RESCISION DEL CONTRATO POR
MUTUO ACUERDO (IQĀLA) (1)

p.199

La rescisión del contrato por mutuo acuerdo (iqāla) - es lícita en los inmuebles (usūl) y en otros bienes y se considera como uno de los diferentes tipos de contratos que integran el conjunto de las compraventas (buyū). Se puede realizar con el precio primero u original, con uno menor o con otro mayor - (2). Saḥnūn dijo que si se realizara con el primer precio se - consideraría como una anulación de compraventa (3). En virtud - de ello, se escribiría un Contrato:

"Fulano rescinde (aqāla) el contrato a Mengano, por - mutuo acuerdo, de toda la casa o los bienes que le adquirió, si - tuados en tal lugar. Rescisión perfecta por un precio igual al - que se había estipulado con anterioridad, que viene a ser de - tal cantidad, o tanto y tanto, que se lo entrega y queda libera - do de esa obligación, transmitiéndole el dominio (tamalluk) del - objeto vendido. El susodicho pasa a ocupar el lugar del propie - tario en sus bienes, según lo dispuesto en la Ley para semejan - te caso, con el derecho de evicción y saneamiento (al-marý bi-l - darak) y, en virtud de esto, retorna a su propiedad según las - condiciones que tenía antes de la compraventa, o habiendo suce - dido tal modificación. Queda satisfecho y se responsabiliza de - ello. Por lo que se requiere el correspondiente testimonio invo - cable contra ambas partes, en tal fecha".

Comentario (bayān): Si se encontrara en el objeto -
vendido un defecto ('ayb) nuevo (hadīṭ) tras su compraventa, se
podría devolver, pero si fuera antiguo o existiera antes de la
compraventa, y no lo supiera alguna de las dos partes, no se -
podría devolver a no ser que se llevara a cabo una iqāla a la -
que se añadiría una compensación (ziyāda). Por consiguiente, -
podría devolverse con ese incremento después de jurar que él no
conocía el defecto encontrado (4).

Ibn 'Aṣṣūn (5) dijo en el Kitāb al-Istignā' que quien
rescinde un contrato por mutuo acuerdo con otra persona, bien -
sea de venta (bay') o bien de adquisición (ibtiyā') y encuentra
que el objeto de la transacción había aumentado, disminuido o -
estaba pasado, sin tener conocimiento de ello, no tiene ninguna
obligación en dicha rescisión, a no ser que se tratara de comes-
tibles (ṭa'ām) o todo lo que sea semejante a éstos, en cuyo ca-
so sí se le podría exigir una responsabilidad.

Dijo un consejero jurídico (mušāwar) que no sería lí-
cita la rescisión de un trabajo que modifique la materia prima
entregada, como puede ser la confección de ropa, la curtiduría
de las pieles, o trabajos parecidos; por consiguiente se anula-
ría dicha rescisión, a no ser que dijera el revocante: "Te voy
a rescindir el acuerdo a condición de que me entregues por mi -
confección, mi curtiduría o mi trabajo, tanta y tanta cantidad
de dinero", y con esto quedara satisfecho el otro. Si no es así,
no se llevaría a cabo (6).

Se preguntó a Ibn Rušd acerca del caso del hombre que vendía su mercancía (silca) en el bazar de otro comerciante y cuando tomó posesión del precio de los artículos dijo: "Quiero que me vendas esto a un plazo y por ello te daré una parte del precio", pero no llegó a dársela.

Y dijo: "Si hubiera comprado eso por el simple deseo (niyya) que le surgió de comprarlo, después de haberlo vendido y haber cobrado el precio en metálico, dándose cuenta de que no quería venderlo, sería lícito. En cambio, si no fuera por ese deseo o buena voluntad, no estaría permitido.

También se le preguntó por el caso de un hombre que vendió su casa por cien monedas al contado y cuando las recibió le dijo al comprador: "Véndemela por doscientos dinares en un plazo de un año". ¿Sería lícito esto? p.200

Dijo: "La respuesta es igual que en el caso anterior. La rescisión (iqāla) no es lícita en la venta de algo a un plazo, dentro de ese periodo de tiempo, o habiendo transcurrido poco tiempo, por un precio menor en metálico, ni tampoco por un precio muy superior al primero habiendo pasado mucho tiempo desde el término del plazo. Pero, sería lícito en cualquier caso, si se mantuviera el primer precio. Si le dijera el vendedor al comprador: "Retén tu acémila y yo te daré un dinar", sería lícito porque se consideraría como un depósito (wadīca), que tiene derecho a realizar (7).

Si el comprador impone como condición al vendedor, por lo que se refiere a la rescisión, que en el caso de vender la -

propiedad en cuestión a otro comprador después de dicha rescisión, él podría volverla a comprar por el primer precio. Esto, está permitido según la opinión de Ibn al-Qāsim (8). Por su lado, Ibn Fathūn había presentado en sus Wata'iq, acerca de este asunto, un contrato diciendo que si se vende a otro comprador se anula esa compraventa e iría a parar, la propiedad en cuestión, al primer comprador o revocante (muqīl) por el precio primero, a no ser que se vendiera después de largo tiempo y no se pudiera interponer ninguna acusación (tuhma).

Si reclama (idda'a) uno de los dos contratantes (mutabāyi'in) contra el otro, diciendo que existía una rescisión sin tener prueba (bayyina) alguna, ¿sería necesario que éste jurara contra el que niega la existencia de la rescisión, o no?. Sobre el particular existen dos opiniones.

Ibn Rušd dijo que constituía un caso de demanda (da'wā) de algo conocido (al-marūf). Cierta šayj dice que cuando sucede respecto a las materias primas (ummahāt) no existen discrepancias y que la idea de este asunto es que si esta cosa estuviera en poder del demandante o éste tuviera algún derecho sobre ella, tendría que jurar, pero si no tuviera ningún derecho no estaría obligado a ello y esto es una buena aclaración, pero se tiene que revisar y observar las distintas opiniones por la necesidad de emitir una sentencia (hukm).

Por su lado, Ibn 'Attāb e Ibn al-Qaṭṭān (9) habían dicho que no era necesario que jurara el demandante (mudda'i) - en relación con la iqāla, sino que presentara argumentos o prue

bas que consolidaran su demanda. Así pues, el proceso que se -
sigue en este caso es el de no jurar, porque la gente puede men-
tir en este asunto si se les pide eso a cambio de dinero, y lo
consideran como uno de los capítulos del litigio o disputa (la-
dad).

Si la reclamación parte de una persona de quien se -
piensa que se le ha pedido mentir (bātil) cabría sospechar de -
ella. Por el contrario, si partiera de una persona considerada
como sincera en su demanda (da^cwā), por su honorabilidad o impar-
cialidad (taⁿazzuh), puede jurar sin tener que aportar prueba -
alguna. Se considera que el juramento de más valor en las rela-
ciones (mu^camala) anteriores es el de la persona que desde el -
primer momento se da cuenta de estos acuerdos confusos.

En las Masā'il de Ibn al-Hāy^ā se dice que no es lici-
ta la rescisión cuando se trata de comestibles (ta^cam)(10) para
devolverlos cuando falta una parte de ellos, tampoco en el caso
de que se haya recibido una parte, quedando el resto por entre-
gar, ni/en el caso de que al entregar este resto no exista lo an-
teriormente recibido, habiéndose realizado o no el intercambio
del precio por los comestibles en todo este asunto. Esta opinión
la expresó Ibn Rušd, que también dijo: Si hacen una rescisión -
en los comestibles después de haber sido transportados, lo más
justo es que el que devuelva los comestibles a la casa del ven-
dedor ~~sea~~ el propio vendedor, porque el comprador se encargó de
llevárselos en el momento de la compraventa, por tanto, el ven-
dedor se debe hacer cargo del transporte en el momento de la -

rescisión. Y hay otro asunto que da lugar a nuevas discrepancias en torno a la rescisión: ¿Esto es una venta o una anulación de venta?(11).

Sobre la legitimidad (yawāz) de la rescisión que recae en los bienes que dan beneficios hay dos opiniones. Una de ellas defiende que **no es lícito** porque se considera como una condición (šart) integrada en el mismo contrato de compraventa, aunque se declare desligado después de la rescisión con el conocimiento del vendedor, siendo lo contrario de la adquisición. La segunda defiende su legitimidad y con arreglo a eso se actúa (‘āmal)(12) y así opina la mayoría de los alfaquíes y los consejeros (mušāwarīn). Sin embargo, algunos de ellos prefieren atenerse a la opinión que prohíbe tal cosa y, por tanto, la compraventa debería ser anulada por ambas partes, si fuera su principio anulado por la condición del beneficio obtenido (wazīf) de los bienes en cuestión. En el contrato es necesario distinguir el contenido del continente.

= NOTAS AL CAPITULO DE LA "IQALA" =

- 1.- Los elementos y particularidades de este contrato se encuentran en las siguientes fuentes y bibliografía: Mudawwana, IX, 69, ss; XI, 145, n° 1641; XII, 14, n° 1740; Muwatta', 364-365; JALĪL, II, 247-248; MILLIOT, Introd., 655; SANTILLANA, Ist., II, 107-108, 196-199; SCHACHT, Introduction, 126, 131; QUIROS, Instituciones, 87; EI², III, 1082-1083, s.v. Ikala, LINANT.
- 2.- Esta particularidad está recogida también en QUIROS, Instituciones, 87.
- 3.- La opinión mayoritaria de la escuela malikí considera que la iqāla es un nuevo contrato: la reventa de los objetos de un contrato anterior. Las condiciones deben ser las mismas del anterior. EI², III, 1083, LINANT.
- 4.- Véase SANTILLANA, Ist., II, 198.
- 5.- Ibn 'Ayšūn (m. 341/952). Alfaquí y tradicionista toledano de gran celebridad en su ciudad natal. Autor de varias obras jurídico-religiosas.
- 6.- La regla general en este tipo de contratos es que se devuelve el mismo objeto del contrato anterior, por lo que estamos ante un caso especial que se resuelve entregando una compensación económica a cambio del mayor valor adquirido por el objeto, tras su manipulación artesanal. SANTILLANA, Ist., II, 197-198.
- 7.- El depósito es un contrato benéfico al que todo musulmán es-

tá obligado por las reglas de mutua asistencia fraterna. Este contrato no impide la posterior resolución del contrato de compraventa objeto de la iqāla.

- 8.- Esta condición impuesta por el comprador es prácticamente igual al derecho de prelación o antelación, por el que el antiguo propietario de un bien puede volver a comprarlo cuando el nuevo propietario decida venderlo a una tercera persona. Este derecho está admitido generalmente en la escuela malikí, aunque algunos doctores lo consideran nulo, como Ibn Rušd. En el Muwatta' se considera ma-krūh. SANTILLANA, Ist., II, 158: JALĪL, II, 203, nota 303.
- 9.- Ahmad b. Muḥammad (m. 460/1068), alfaquí célebre por su pericia en la redacción de instrumentos públicos y por sus profundos conocimientos en lo que se refiere a las masā'il.
- 10.- Recordamos que los productos comestibles están considerados por el Derecho musulmán como uno de los bienes usurarios, es decir, que pueden dar lugar fácilmente a la usura de alguna de las dos partes contratantes.
- 11.- El mismo texto situado al principio de este capítulo deja claro que se trata de un nuevo contrato de compraventa, - eso sí, con las mismas condiciones que tiene el que se quiere rescindir. Recuértese lo dicho en la nota 3 de este capítulo.
- 12.- Se expone aquí la jurisprudencia en vigor en la Granada - del s. XIV a través de Ibn Salmūn.

/ - - - - - /

CAPITULO DE LA VENTA DEL PADRE (BAY^c AL-AB) (1)

p.201

La compraventa (bay^c) que realiza el padre en representación de los hijos menores (sigār) o mayores de edad (kibār) que estén bajo su tutela (hayr) es lícita(2) y se escribiría, en virtud de ello, un Contrato.

"Fulano compra (ištara) a Mengano, el vendedor, en representación de su hijo menor que está bajo su tutela, llamado Fulano, o de su hijo mayor de edad que se encuentra bajo su tutela, por confirmación (taḏdīd) de la misma, en un momento que exige realizar esta compraventa, toda la casa o los bienes situados en tal sitio" y continúa el contrato según se ha expuesto con anterioridad.

El padre puede vender los bienes de su hijo que se encuentra bajo su tutela porque tenga necesidad de ello o por otro motivo, siempre que quiera beneficiar a su propio hijo, realizando esta compraventa con la máxima corrección, hasta que se demuestre lo contrario, y entonces el hijo podría reclamar (qiyām) contra la venta realizada por su padre, si pudiera demostrar que la intención de su padre no era la de beneficiarle y que dicha compraventa constituía un perjuicio (gabn) evidente para él (3), pero si el perjuicio fuera inevitable no podría reclamar.

El padre también puede conceder bienes de su hijo en donación (hiba) onerosa(4), hecho que no puede realizar el tutor testamentario (wasī).

Si el padre comprara algunos bienes de su hijo para sí

no se le podría impedir que lo realizara, ya sean tierras (ʿaqār) u otras propiedades (milk) que se le parezcan, a menos que se demuestre su mala intención y resulte un perjuicio grave (fāhiṣ) como hemos mencionad^o anteriormente.

En el Kitāb al-Istignā' se dice que si un hombre quisiera desplazarse de su patria, vender los bienes (māl) de su hijo menor de edad (sagīr) y llevarse con él su importe, / sería lícito que lo hiciera. También puede vender los bienes de su hijo menor para aprovecharse personalmente de la operación, siempre que tuviera necesidad de ello, y se escribiría, en relación con la compraventa que realiza el padre de los bienes de su hijo para aprovecharse personalmente de ello, lo que sigue textualmente:

"Fulano vende (bāʿa) bienes de su hijo menor que está bajo su tutela, llamado Mengano, y compra para sí mismo la propiedad (milk) situada en tal sitio por tal precio, on la intención de pagar a su requerimiento (bi-rasm al-hulūl). Obligación que contrae bajo su propia responsabilidad (dimma) y sus bienes hasta que se libere de ello con lo que corresponda. Se el transmite al padre el derecho de propiedad (tamalluk) de los bienes citados y pasa a ocupar el lugar correspondiente al del propietario legítimo en su propiedad, según la ley que regula este tipo de contratos, con derecho de evicción y saneamiento (al-marḥ bi-l-darak). En virtud de ello se requiere el correspondiente testimonio en tal fecha".

Si se incluyera en el contrato que "el precio se ajusta al que se exige en contratos similares" sería correcto, pero

en otro caso se consideraría como una venta aceptable cuya única intención era la de beneficiar a su hijo, salvo que se demuestre que resultaba fraudulenta o perjudicial y, en consecuencia, el hijo podría anular la mencionada compraventa.

Si vendiera los bienes de su hijo sin mencionar que lo hacía en nombre de éste, la compraventa se consideraría lícita y se consideraría en nombre de su hijo, aunque no hubiera mencionado su nombre en el documento (watīqa), porque él era responsable de los asuntos de su hijo y, a la vez, quien debía salvaguardarlos.

Lo mismo sucede con el alquiler (kirā³), en el caso - de que se dijera "yo alquilo" y no dijera "en nombre de mi hijo".

= NOTAS AL CAPITULO DE LA VENTA DEL PADRE =

- 1.- El Derecho musulmán hace recaer sobre el padre la tutela - (wilāya) de sus hijos, lo que nosotros conocemos con el - nombre de patria potestad. La tradición musulmana otorga a la tutela un significado muy amplio por el que el padre se ve investido de amplios poderes sobre sus hijos, ya en el orden patrimonial, ya en el puramente personal. Para las - reglas generales y las particularidades de las relaciones entre padres e hijos, véase: LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 171; SCHACHT, Introduction, 142; QUIROS, Instituciones, 34-35; ABDUR RAHIM, Principles, 240-243, 345; NIDC, Der. mus., - 104, 134; SANTILLANA, Ist., I, 193; MILLIOT, Introd., 399-401; JALĪL, II, 169, 326; Mudawwana, XV, 132, nº 2587; - SURDON, Précis, 84-85; y los documentos referidos a esta - venta que se encuentran en SECO DE LUCENA, Documentos, "in-
trod." XIII, XIV, doc. nºs 16 c, 25, 26 c, 35, 65 b, 66 b, 69 b, 73 b, 73 c, 76 b, 79, 79 a, 82.
- 2.- Respecto a los bienes del hijo, el padre es considerado por el Derecho musulmán como un dominus y, como tal, posee plena libertad para enajenar a título oneroso, alquilar, pignorar, comprar para sí los bienes de su hijo o realizar una división de éstos sin estar sometido a la autorización del cadí, ni al rendimiento de cuentas. Sin embargo, estos amplios poderes, a veces propios de un jefe militar, se van reduciendo con el paso del tiempo (sobre todo en este siglo XX).

- 3.- Este caso especial también se encuentra comentado en MILLIOT, Introd., 427, ss.; SANTILLANA, Ist., I, 237; JALĪL, II, 326; AMAR, Fétwas, XIII, 10.
- 4.- Este tipo de donación onerosa se equipara a la compraventa si la contraprestación estipulada tiene un valor aproximado al de la cosa donada. El padre puede realizar esta donación, pero no el walī, ni el tutor. SANTILLANA, Ist., II, 410; Mudawwana, XV, 79, 84, 129, n^{os} 2506, 2511, 2584; JALĪL, II, 577-579; PESLE, Donation, 166-173; EI², III, 362, LINANT.

/ - - - - - /

CAPITULO DE LA COMPRA DEL PADRE (ŠIRĀʿ)
O DEL ALBACEA (WASĪ) (1)

p.207

En relación con la compra (širāʿ) del padre o del albacea (wasī) a favor de los menores de edad (sigār) se escribiría un Contrato:

"Fulano compra (ištarā) a favor de sus hijos menores, que están bajo su tutela, Fulano, Fulano y Fulana, a partes iguales", o "Fulano, el albacea, compra a favor de los tutelados (mahāyir) Fulano y Mengano, a partes iguales o en tal proporción (nisba) y paga el precio con fondos procedentes de los bienes y propiedades de ellos, que él reconoce tener en posesión, obtenidos de la herencia (mīrāt) de su madre Fulana, o del producto (gallāt) de los bienes de los tutelados ubicados en tal sitio, o de los bienes que les ha donado, por Dios elevado (intuitu Dei), (compra) a Fulano toda tal cosa que está ubicada en tal sitio" y se continúa como se ha expuesto anteriormente (2).

Comentario (bayān): El caso por el que el padre compra a favor de su hijo, tomando lo necesario de la hacienda (māl) de su hijo, exige que se concrete el origen o procedencia de esos bienes (māl), siendo obligatoria su inclusión en el documento (ʿaqd), pero, por el contrario, no sería necesario determinarlo en la compra del albacea, porque no se le puede/acusar (tuhma) de nada. Por lo que se haría constar en el contrato este requisito antes de la fecha, a tenor de lo que sigue textualmente:

p.208

"Se sabe que el hijo mencionado recibió en concepto - de la parte de la herencia de su madre ya mencionada, determina dos bienes que el padre reconoce (istagarra) que los posee, cuyo valor no es elevado", o bien: "que el padre reconoce que los posee y que proceden de los frutos (gallāt) obtenidos de sus bienes", o simplemente: "que son beneficios (fawā'id)", "lo cual equivale aproximadamente al precio (taman) mencionado de tal cosa".

Si no se redactase según el texto anterior y en su lugar se dijera que "se ha comprado tomándolo de los bienes de su hijo", sin que se supiera que el hijo tuviera bienes, en este caso se dividen en dos las opiniones:

Una de ellas mantiene que este contrato es lícito y de él emanarían los efectos correspondientes a favor del hijo, siendo ésta la opinión de Mālik -Dios elevado tenga misericordia de él- así como la de la escuela (madhab) de Ibn al-Qāsim. Se dice en el Istignā' que si el padre realiza una concesión vitalicia (i'tamara) de los bienes, como el caso de una casa, y luego la habita, es correcto y con arreglo a ello se actúa(3).

La segunda opinión considera que no es correcta y, además, dice que no tendría efectos sobre el hijo, ya que se considera como un contrato tawli'î(4), siendo ésta la opinión de la escuela (madhab) de Aşbag.

Si en la compra del padre o del albacea se dice: "tomándolo de los bienes del tutelado (mahyūr) sin añadir nada más, es necesario mencionar la parte que correspondería a cada tute-

lado en caso de que se tratara de un grupo, por temor a que -
muera sin conocerse la proporción que corresponde a cada uno de
ellos, lo cual constituye una obligación del albacea (wasī) si
aún no lo hubiera mencionado, a tenor de la proporción de la -
herencia (mīrāt) de cada uno. Asbag dijo que si se hubiera rea-
lizado la compraventa (širā) pagando todo con los bienes de -
los tutelados sería lícito.

Por otro lado, si pagara con parte de esos bienes de-
bería ser el precio en partes iguales y, en el caso en que el -
padre no especificara la parte tomada de los bienes de sus hi-
jos, ni la parte que él les había donado y no figurara nada de
eso en el contrato, debería ajustarse al siguiente contrato (5):

Sería lícito que el padre comprara a favor de su hijo
con bienes de éste y con otros que le había donado, aunque no -
se conociera la donación (hiba) antes del contrato, así pues, -
éste entregaría el precio al vendedor y aquello constituiría -
una usucapión (hiyāza) perfecta, y a esto se atiene la justicia
(qadā) (6).

A pesar de ello hay quien opina que ese hecho no se -
considera como usucapión hasta que el dinero salga de la mano -
del padre y se lo entregue a su hijo y luego vaya a comprar con
ese dinero, o bien, que el que ha recibido el dinero donado, o
sea, el hijo, lo entregue al vendedor para que se realice la -
compraventa.

Se le preguntó a Ibn al-Hāy^â sobre el caso de un hom-
bre que compra a favor de su hijo una casa, por un precio equi-

valente a la suma que él había donado a su hijo, pero con la condición de que entregaría el precio en un plazo de tres años, en el transcurso de los cuales fallece el comprador.

Y dijo que no se anularía la compraventa (bay^c), por lo que el vendedor podría recibir el dinero de la herencia (tir-ka) del fallecido, siendo entregado dicho precio (taman) inmediatamente y, como consecuencia, la casa pasaría a ser parte de la herencia del padre, a la que tendrían derecho los herederos.

Si esa persona hubiera comprado la casa a favor de un extraño o tercera persona, éste estaría obligado a cumplir con su responsabilidad (uhda) y ello sería lícito. En virtud de esto se escribiría lo que sigue textualmente:

"Fulano compra (istara) toda tal propiedad a favor de Mengano, tomando lo necesario de los bienes y la hacienda del último, el cual tiene que responder bajo su propia responsabilidad (uhda) ante Fulano", y se continúa el contrato a tenor de lo que ya se ha adelantado al respecto. Luego dice, antes de presentar los testimonios: "El vendedor no reconoce lo que le había mencionado el comprador en relación a que había hecho la compra en favor de otro, pero tampoco niega lo que había vendido, por lo que dicha tercera persona tiene que cumplir los términos del contrato bajo su responsabilidad (uhda), aceptar los vicios (uyub) del mismo y comprometerse a pagar el precio (taman). En virtud de lo cual, se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

= NOTAS AL CAPITULO DE LA COMPRAVENTA DEL PADRE

O DEL ALBACEA =

- 1.- La bibliografía recogida sobre este capítulo es básicamente la misma que la del capítulo anteriormente traducido, - es decir, MILLIOT, Introd., 412-431; SANTILLANA, Ist., I, 232-241; NIDO, Der. mus., 128-138; SURDON, Précis, 82-91; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 141-144; QUIROS, Instituciones, 34-35; JALİL, II, 811-816; EI¹, IV, 1192-1194, s.v. wasiya, - J. SCHACHT; ABDUR RAHIM, Principles, 240-243, 310-315, 345.
- 2.- Ibn Salmūn quiere decir que se han de incluir las cláusulas generales ya expuestas en el contrato de compraventa.
- 3.- Se refiere Ibn Salmūn a una de las normas que están en vigor en la Granada nazarí del s. XIV, y a ella se atiende la jurisprudencia en estos casos particulares.
- 4.- Sobre el contrato de compraventa tawliḥ véase la nota 33 - del capítulo dedicado al tasyir y SANTILLANA, Ist., II, 224.
- 5.- Creemos que se refiere al caso que inmediatamente expone, - aunque no presenta ningún contrato.
- 6.- De nuevo señala Ibn Salmūn una de las normas a las que se atiende la jurisprudencia de su época.

/ - - - - - /

CAPITULO DE LA COMPRAVENTA DE FRUTOS (TIMĀR) Y COSECHAS (GALLĀT) (1)

p.248

El cuarto tipo está constituido por los frutos (timār) y productos de la tierra (gallāt) (2).

Se considera lícita la venta de los frutos, los pepinos(3), las verduras y todo tipo de cosechas si los frutos han comenzado a madurar (salāh) (4), pero si no ha aparecido la maduración no está permitida su venta sino cuando llegue la época de cortarlos.

Si no se pusiera como condición el hecho de cortarlos, existen dos opiniones al respecto: La opinión mayoritaria (maš-hūr) es la que señala que el fruto se debe vincular a la cantidad del mismo que aún permanezca en el árbol. El contrato se anularía si se hubieran caído al suelo. Si han comenzado a madurar y es manifiesto su buen estado o sazón, sería lícita su venta tanto si permanece en el árbol como si no.

Y se escribiría, en virtud de aquéllo, un Contrato:

"Fulano compra a Mengano todo el mosto de su viñedo o los frutos de su huerto situado en tal sitio, cuyos límites (hūdūd) son tales, después de que hubieran empezado a madurar y se manifestaran en sazón. Adquisición legítima que aprecian ambas partes por un precio (taman) de tal cantidad, del que toma posesión (qabada) el vendedor, inmediatamente o a tal plazo (āval). Por su parte, el comprador recibe los frutos comprados y se hace cargo de tal producto después de examinarlo, verlo y quedar satisfecho. En virtud de lo cual, se requiere el correspondiente

testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

Comentario (bayān): Se entiende por comienzo de la -
maduración en los frutos el crecimiento, su plena constitución
y la posibilidad real de sacar provecho (intifā') de los mismos. .

Si comenzara la maduración de un solo árbol en el -
huerto o sazónara cierta variedad de uva en la viña, sería líci
ta su venta. Si la madurez llega a un único género, de tal for-
ma que este fruto del huerto fuera temprano y los demás géneros
tardíos, entonces deben ser separados en la venta, ya que no se
puede vender el fruto del invierno mezclado con el de verano(5).

Ibn Rušd dijo que había discrepancias en el límite -
que establece la legalidad en la venta de los frutos del huerto,
y que se recogen en cuatro corrientes de opinión:

La primera de ellas no permite su venta hasta que se
generalice el desarrollo de los mencionados frutos.

La segunda permite su venta aunque no se hubiera exten
dido dicho desarrollo, en el caso de que se desarrollaran parte
de los frutos, estando el crecimiento de los demás próximo y -
consecutivo.

La tercera opinión es partidaria de su venta siempre
que una parte de los frutos se desarrolle, aunque no fuera pró-
ximo el desarrollo de los demás, si continúa el proceso de sazo
namiento, de tal forma que no se cortara el primer género hasta
que no empezara la madurez del segundo.

Por último, la cuarta opinión permite su venta, aunque
no se manifieste en los frutos su desarrollo. Y si se manifiesta

en los huertos de alrededor, sin que haya riesgo de calamidades o pérdidas involuntarias del producto y, sin embargo, los frutos no siguieran su proceso de maduración por un accidente, como la aparición de una enfermedad en la fruta que le impidiera desarrollarse, o algo parecido, no hay duda de que no debe permitirse la venta del producto de ese huerto.

p.249

Mālik dijo que no había impedimento en la compraventa de todo lo que se críe en el interior de la tierra, como el pepino o similar, en el caso de que haya aparecido el proceso de maduración de las tempranas y las plantas continuaran creciendo. Por lo que se refiere a si crecen hasta un punto en el que se detuviera su desarrollo, para luego continuar el proceso, pues no está bien y el comprador tiene total libertad (istiqlāl) para esperar hasta que maduren.

En el caso de que ambos inicien un litigio en torno al momento de arrancar los frutos, se tienen que ajustar a los dictados de la costumbre local (‘āda). Por otra parte, no sería lícito fijar un plazo en la venta de esos frutos, excepto si se tratara de frutos cuyo desarrollo no se interrumpe, como es el caso del plátano, cuya producción se prolonga durante varios años sin interrupción, siendo necesario, por tanto, la fijación de un plazo concreto en este caso, por acuerdo (bi-ittifāq) de los juristas(6).

La venta de los productos enterrados (gā’ib) en la tierra es lícita, como el caso del nabo, la cebolla y productos similares; si llegan a madurar, se puede obtener provecho

(intifā') de ellos y se conoce su estado. El riego de estos - frutos y de las verduras, de los alcaceles (qaṣīl) y los frutos que se les parezcan, está a cargo del vendedor hasta que acabe su maduración, aunque Saḥnūn disintió de esto, y se actúa según la primera opinión(7).

Al-Tūnisi(8) dijo que en lo que se refiere al alcacel, el vendedor tiene la obligación de regarlo y, si no procura el aumento de su producción, porque en realidad pretendía - dejar su riego, se anularía el contrato pues el riego es una - obligación suya.

Se le preguntó a uno de los alfaquíes contemporáneos acerca de un hombre que vende alcacel por oro o comestibles, de tal forma que el comprador lo recolecta, pero luego llueve abundantemente y brotan nuevos tallos, ¿para quién serían los nuevos brotes?

Y dijo: El comprador sólo tiene derecho a la primera cosecha; por tanto, los nuevos brotes pertenecen al vendedor, - salvo que el comprador lo hubiera concertado bajo condición. Es to se mencionó en los Masā'il de Ibn al-Ḥarīrī(9) y de otros - autores.

Por otra parte, se le permite al vendedor de la fruta o de cualquiera de los frutos anteriormente mencionados, poder excluir la cantidad que quiera de dicha fruta, sea la cuarta - parte, la mitad o más aún, de tal forma que la venta se podría realizar sobre el resto, y debes decir en el Contrato: "Del - mencionado fruto, vende la mitad, que está junto a la otra -

mitad, o la cuarta parte que tiene el vendedor con el resto". -

Ibn Fathūn dijo en sus Waṭā'iq que 'Abd al-Malik(10) era partidario de que sólo le estuviera permitido al vendedor - excluir la mitad o menos y también sería lícito que excluyera - un peso (wazn) determinado o una medida (kayl) determinada del producto en cuestión, con la condición de que representara el - tercio o menos del producto. En consecuencia, no sería lícito - excluir más del tercio de la fruta o del producto vendido.

En virtud de ello, se escribiría lo que sigue textual mente:

"El vendedor excluye tanto y cuanto, que representa - la cuarta parte de las uvas, o tal cantidad de granadas o higos, que equivale a tal parte de la totalidad o de una parte de la - misma, por lo cual el comprador queda obligado (iltazama) a entregar esa parte como se ha mencionado, que debe corresponder a menos del tercio de lo vendido".

Si hubiera, / en los artículos vendidos, diferentes gé-
neros de fruta sería lícito excluir el tercio de cada uno de -
los géneros existentes o menos; pero, si se excluyera más canti-
dad de la correspondiente en determinados géneros, de tal forma
que constituyera la parte excluida menos del tercio de la totali-
dad, ¿es lícito realizarlo o no? Sobre el particular existen -
dos corrientes de opinión transmitidas a partir de Mālik -que
Dios elevado tenga en su Santa Gloria-. Tanto Ibn al-Qāsim como
Aṣhab se mostraron contrarios a ello.

Si alguna calamidad (ḡā'iḡa) (11) ocasionara pérdidas

en la fruta, se tomaría la cantidad equivalente de la parte de fruta excluida, pero hay quienes opinan lo contrario y afirman que no se debe poner nada de la parte excluida. Si las pérdidas no alcanzaran el tercio del total no se recurriría a lo excluido para reponerlas, por acuerdo de los juristas (bi-ittifāq).

En el caso de que se excluya una clase concreta de frutos, se consideraría la acción como ajustada a la Ley, por acuerdo de los juristas, y no se podría considerar en este caso la particularidad del tercio del fruto ni otra cantidad cualquiera, pues el fruto vendido es totalmente diferente al excluido; y si no se especificara este punto, incluyendo la cláusula del derecho de opción (šart al-jiyār) de forma concreta(12), sería lícito, según Mālik -que Dios elevado tenga en su Gloria-, si se trata del tercio o menos, pero no sería lícito si sólo el comprador tuviera el derecho de opción.

Por su parte, Ibn al-Qāsim equipara al vendedor con el comprador y piensa que tampoco sería lícito que tuviera el derecho de opción ni que pudiera excluir nada; y él cree que se puede vender algo, pero sólo se le permitiría al vendedor que vendiera la cantidad de un tercio o menos, por lo que este precio habría que compensarlo con el primero, salvo que hubiera cobrado en metálico dicho precio y, en ese caso, podría vender parte de ello con dinero contante, entregado en el acto o en un plazo, a menos que fueran los dos frutos de la misma naturaleza (13). Así pues, quien vende el mosto de su viña por oro no puede legalmente tomar por su precio trigo, ni cebada, ni clase alguna

de productos comestibles.

Se le preguntó a uno de los alfaquíes contemporáneos acerca del hombre que vende el mosto de su viña por oro y al caducar el plazo no tiene con qué pagar, por lo que le dijo al vendedor: ".....te doy a cambio del precio la cantidad equivalente en uvas pasas".

Y dijo el alfaquí: Eso está totalmente prohibido, - porque es usura (ribā)(14) propiamente dicha. Pero está permitido a quien dé un fruto concreto a un hombre que se lo compre a cambio de cierta cantidad del mismo género de fruto y pague - aquéllo en el momento que lo corte, con la condición de que se realice después de que se haya desarrollado el fruto y se imponga como condición que sean cinco cargas (wasq)(15) o menos, de tal forma que si se sobrepasa no sería lícito, pues se consideraría como la venta del fruto del árbol (‘ariyya)(16), lo cual está recogido por la Sunna, que lo aprueba incluyendo la cláusula citada(17).

=NOTAS AL CAPITULO DE LA COMPRAVENTA DE FRUTOS Y COSECHAS =

- 1.- Las fuentes y bibliografía básicas para anotar dicho texto son las siguientes: SANTILLANA, Ist., I, 252-253; II, - 133-135; JALĪL, II, 253-257; PELTIER, Ventes, 102-103, 160-163, 167-175; Mudawwana, XI, 176-177, nº 1684; Muwatta', 330-332; NIDO, Der. mus., 148-149, 353-354; LOPEZ ORTIZ, Der. - Mus., 176; QUIROS, Instituciones, 82; MILLIOT, Introd., - 603; ARIN, Oper. Usur., 91-96.
- 2.- Ibn Salmūn divide, como otros juristas musulmanes, los bienes objeto de comercio en varias clases, que son: los inmuebles, los muebles y los semovientes. Dejando aparte los inmuebles y los semovientes, nos detenemos en los bienes muebles porque a este grupo pertenecen los bienes que integran este capítulo. Dicho grupo lo conforman -según Ibn Salmūn- cuatro categorías (sinf) de bienes, a saber: 1ª, - los productos comestibles; 2ª, las joyas, monedas y bienes similares; 3ª, la ropa, mercancías y el resto de los muebles (ʿurūd), y 4ª, los frutos y los productos de la tierra (ga-llāt).
- 3.- Representan a la cucurbitáceas en general.
- 4.- JALĪL, II, 253 y nota 816.
- 5.- Este caso, junto al anterior, está también recogido en JA-

LĪL, II, 256 y nota 841. Se exceptúa esta regla cuando se trate de cereales porque se requiere que toda la cosecha debe estar madura, ya que son comestibles de primera necesidad.

- 6.- JALĪL, II, 256.
- 7.- Es la norma que se sigue en al-Andalus en el siglo XIV y se aparta de la opinión de Saḥnūn.
- 8.- Abū Ishāq al-Tūnisī (m. 443/1051). Personaje polifacético destacado en los estudios jurídicos. Desarrolló su labor jurídico en Qayrawān.
- 9.- Ibn al-Ḥarīrī es un personaje del que desconocemos su iden ti dad.
- 10.- Creemos que se trata de Ibn Ḥabīb (m. entre 238/853 y 239/854), discípulo de los clásicos maestros orientales de la escuela malikí y renovador de las ciencias jurídicas en al-Andalus.
- 11.- Sobre las calamidades agrícolas (ŷā'iḥa) véase la nota 17 del capítulo de la venta de inmuebles rústicos y, concretamente, JALĪL, II, 259-262 y Mudawwana, XII, 25-39, nº - 1756-1774.
- 12.- En páginas anteriores hemos presentado la correspondiente traducción del capítulo de la compraventa con cláusula de opción, a la que se acompaña fuentes y bibliografía perti nentes.

- 13.- SANTILLANA, Ist., II, 181-182.
- 14.- Sobre la usura, véase, además de los manuales que utilizamos frecuentemente, EI¹, III, 1227, ss., s.v. ribā, J. - SCHACHT.
- 15.- Especialmente en SANTILLANA, Ist., II, 184, en relación con la condición de las cinco cargas. La medida árabe de capacidad wasq equivale a 240 almudes del Profeta y, además, a 320 libras de a 16 onzas, véase VALLVE, Metrología-capacidad, 121.
- 16.- Mudawwana, X, 90-101, nºs. 1338-1403, en particular la página 94, nº 1393; PELTIER, Ventes, 142-144, 151-159, - donde se recoge exactamente este caso particular. Véase, además, EI², I, 654 JUYNBOLL-SCHACHT.
- 17.- ARIN, Oper. usur., 96-103, con referencias a la obra de Peltier, que tanto nos ha servido en nuestra Tesis, dedicada al estudio de las tradiciones proféticas en cuanto se refiere al libro de las ventas de al-Bujārī.

/ - - - - - /

CAPITULO DE LA COMPRAVENTA CON ANTICIPACION DE PRECIO (SALAM) (1)

F.255

La compraventa con anticipación de precio (salam) se considera lícita(2), excepto en los bienes inmuebles (uṣūl) y reúne siete condiciones (ṣurūṭ) indispensables. La primera la constituye la garantía personal (ḍimma), para que no se trate de cosas concretas; la segunda consiste en que se conozca su cantidad; la tercera, que la descripción sea exacta; la cuarta, que se fije un plazo; la quinta, que la mayor parte de la cantidad se encuentre dada al cumplirse el plazo establecido; la sexta, que haya capital (rās al-māl) cuya entrega (taslīm) sea lícita, y la séptima, que se realice cuanto antes la toma de posesión efectiva (qabḍ) del capital.

En virtud de esto se escribiría un contrato:

"Fulano se hace responsable y se obliga para con Mengano en los bienes (māl) de éste, por lo que presenta como garantía personal (ḍimma) tantos aqḍāh(3) de trigo de tal género, maduro y limpio y se lo entrega en su casa que se encuentra en tal ciudad, pudiendo medirlos en el tiempo de la trilla del verano siguiente, en tal fecha o con tal plazo.

Compraventa con anticipación de precio, que es legítima y perfectamente ajustada a derecho. El precio que se ha entregado, tomándolo de su capital, constituye tal cantidad y se atiene a lo previsto por la ley para semejante caso. En virtud de lo cual, se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

Comentario (bayān): Ciertamente, este tipo de compraventa no es lícito realizarlo con los inmuebles, porque las personas pueden cambiar de opinión sobre los temas y tener diferentes intenciones o deseos.

Queremos decir en la primera condición que es necesaria la existencia de una garantía personal, para que no haya una venta de algo concreto a un plazo (ayāl) (4).

Nuestra opinión sobre la segunda condición es que se debe precisar la cantidad(5), o sea, lo que acostumbramos a hacer por medio de la medida, el peso, el número, la longitud u otras cosas semejantes. Si el comprador (muslam) impusiera como condición una medida de su propiedad u otra desusada, una vasija o cualquier recipiente, no sería lícita la compraventa salam, según la opinión de Ibn al-Qāsim, que había tomado a su vez de Mālik al referirse a la compraventa, /porque la compraventa salam es más ajustada o firme(6). p.256

Ibn Ruḥd dijo que si el walī fija una medida de extensión, la gente tiene que ajustarse a ella(7), por lo que no sería lícito imponer como condición la medida de un codo (dirāʿ) (8) de un hombre concreto, como tampoco sería lícito dejar o rechazar la medida conocida y de uso habitual por otra desconocida, aunque la gente no tuviera la medida de un codo fijo. Hay quienes dicen que el codo medio vendría a ser como el codo fijo, pero no es lícita la compraventa salam usando como medida el codo de un hombre concreto; en cambio, sí sería lícito el contrato salam usando un codo medio o un codo sin ser mencionado, y -

en esta disyuntiva se elegiría un codo medio, siendo ésta la opinión de Ibn Ḥabīb.

Hay quien dice que no es igual el codo medio al codo fijo o establecido, y que sería lícito el contrato salam midiendo con el codo de un hombre concreto, o con el codo medio, como es lícita la adquisición (širā') de productos comestibles con una medida desconocida, en las aldeas o entre lo nómadas cuando no tengan una medida fija con la que realizar las compraventas; y ésta es la opinión de Ibn al-Qāsim, recogida en la Mudawwana (9). Si no mencionara nada, se tomaría la medida de un codo medio.

Queremos decir con la descripción exacta(10), que es la tercera condición, que la descripción del género puede influir en el valor (qīma) y esa diferencia establecida puede afectar o rebajar el auténtico valor del producto y en este caso habría que atenerse a las costumbres locales. Así pues, debes describir, en los animales, su color, sus características y señalar también si es macho o hembra. En cuanto a los comestibles, debes especificar el tipo; en la ropa, la suavidad y la aspereza o características similares.

Ibn Fatḥūn dijo que si no se menciona el tipo de comida, en el caso de una población con comida variada, la compraventa salam está viciada (fāsid) y se debe anular si hubiera entrado en vigor. Si ocurriera en una población con un solo tipo de comida(11), también tendría la obligación de mencionarlo. Esta opinión la tomó de Mālik -Dios elevado esté satisfecho de él-

según dos relatos diferentes. Si no lo hubiera mencionado, dijo Ibn 'Abd al-Ḥakam, se rescindiría, aunque Aṣbag pensaba lo contrario.

Respecto a la cuarta condición, que trata del plazo (12), nuestra opinión es que se fije a un tiempo determinado, que puede variar en los diferentes mercados (aswāq), y si no, se rescindiría el contrato, siendo el plazo mínimo de quince días(13). Ibn Wahb(14) dijo que era lícito fijarlo en dos o tres días, Por su parte, Ibn 'Abd al-Ḥakam dijo que también era lícito en un solo día.

Si se impone como condición la toma de posesión (qabd) en otra población (balad), también es lícito, pero con el acuerdo de ambos y siempre que fuera cercana, pues los distintos mercados son diferentes entre sí(15).

Dijo Ibn Fatḥūn que si fuera acordado por los dos en un día aproximadamente, deberían fijar un plazo y, además, si uno de ellos dice, refiriéndose al plazo, que se prolongara hasta un mes, tiene que completarse treinta días. Si dice hasta tal mes, terminaría con el primer día del mes siguiente, pero también puede ocurrir que diga hasta el mes tal, y se cumpla con el último día del mes.

Hay quien opina que, si transcurre la mayor parte del mes, debe terminarlo (qadā'). Por su parte, Ibn al-'Aṭṭār(16) dijo que podía entregarlo desde el principio del mes, hasta que acabe. También se dice que, si hubiera un plazo que pudiera ser un mes completo, pagaría a finales del mismo lo que faltara.

Respecto a la quinta condición, que trata de la capacidad de entregarlo en el plazo(17), nuestra opinión es que la cosa vendida exista realmente para que no se convierta, bien en un préstamo (salaf) o bien en una venta. Si fuera imposible encontrarlo o tenerlo en plazo, por determinadas y contrarias circunstancias, y no se pudiera cumplir el contrato, el acreedor (sāhib al-dayn)(18) puede optar por anularlo o esperar al año siguiente.

Si hubiera tomado posesión (qabada) de parte de la cosa vendida, habría seis opiniones diferentes que resolverían así el caso(19):

La primera de ellas es que es necesario esperar o retrasarlo, salvo que lleguen a un acuerdo en sus cálculos, y ésta es la opinión de Ibn al-Qāsim.

La segunda es lo contrario de la opinión anterior y es la que mantiene Aṣbag.

La tercera es partidaria de retrasar el plazo.

La cuarta mantiene que tienen que liquidar las cuentas.

La quinta propugna que el comprador (muṣṭarī) tenga la posibilidad de hacer lo que más le convenga.

La sexta consiste en que, si hubiese tomado posesión de la mayoría, sería lícito el retraso, y si no es así, sería necesario liquidar cuentas.

Esto no sería lícito realizarlo en las crías de animales concretos, ni en los frutos de un huerto concreto, a no ser que hayan fecundado y entonces se convertiría en una venta(20).

En el caso del fruto de una aldea determinada, sería lícito si fuera una de las aldeas grandes que diera seguridad de que sus frutos no cesan, pero si se trata de una aldea pequeña, en la que sus frutos no estuvieran seguros en el momento en que se deseara cogerlos, surge la controversia entre los juristas(21). El šayj Abū 'Imrān(22) dijo que no era conveniente, según los principios (asl) de la Mudawwana(23), declarar lícita una compraventa con anticipación de precio en el caso anterior, a no ser que el vendedor (muslam 'alay-hi) tuviera allí frutos que recoger, de tal forma que si no fuera así sería considerada como el caso en el que alguien vende el fruto de otro, imponiendo como condición que le pagaran, y eso no sería lícito. Así opina también Faḍl b. Salama(24).

Por lo que se refiere a la sexta condición(25), queremos decir con que haya capital cuya entrega (taslīm) sea lícita, que no se trate de dos productos comestibles a intercambiar, ni de dos cantidades de dinero, ni nada cuyo valor fuera superior a lo vendido, porque se convertiría en un préstamo (ḡalaf) susceptible de producir beneficios. Tampoco puede ser de valor inferior pues podría convertirse en una caución (damān) unida a un contrato tipo ḡu'1(26), ni tampoco la mejor o la peor calidad con gran diferencia, a no ser que se diferencien en sus utilidades (manāfi'), como sucede con la diferencia de calidad que hay entre los propios caballos, porque entonces serían tipos (asnāf) diferentes(27). En el caso de los caballos existe, según los malikíes, una escala de valores dividida en tres partes.

La primera está representada por el tipo de los pequeños o jóvenes, la segunda abarca el de los adultos o mayores, machos y hembras, y, la tercera, el pura sangre (ḡawād), conocido por el de buena raza, incluyendo a machos y hembras(28). Los burros, según Ibn al-Qāsim, también se clasifican en tres tipos: los jóvenes, que son una clase, y los adultos que constituyen dos clases y son: el burro egipcio, que se destina al transporte, y los beduinos o nómadas, /destinados al trabajo. p.258

Los mulos y los burros, según Ibn al-Qāsim(29), pertenecen al mismo tipo, aunque, según Ibn Ḥabīb, constituyen dos tipos diferentes. Por su parte, Ibn Rušd dijo que no existían diferencias entre ellos y que se consideraban como el caso de las aves que dan huevos y polluelos, como sucede con la gallina, el pato y la paloma, siendo cada género un tipo aparte, en el que se diferencian los jóvenes de los adultos y los machos de las hembras, por lo que no sería lícito utilizarlos como objeto de compraventa salam salvo que se diferencien los géneros, y así, el que no da huevos se considera como el que sirve para carne, según la opinión de Ibn al-Qāsim, pero Aḡhab sólo distingue si está viva o no y, según él, se clasifica en el mismo género y puede ser objeto de compraventa salam.

Los esclavos (raqīq), para Ibn al-Qāsim, son de un solo tipo, hombres, mujeres, jóvenes, adultos, aunque se diferencien en sus razas, en su color y en su belleza o cualidades, y si se diferencian en sus profesiones sería lícito utilizarlos como objeto de compraventa salam. Ibn Ḥabīb piensa que saber -

leer y escribir constituye una diferencia importante y, sin embargo, este aspecto no lo había observado Ibn al-Qāsim.

Por lo que respecta a la séptima condición, queremos decir que se realice cuanto antes la toma de posesión del capital (rā's al-māl) para que no llegue a constituir deuda (dayn) por deuda(30). Ibn Fathūn dijo que lo mejor es que se realice o acuerde esto en la reunión (maylis) antes de que ambos se separen. Si se retrasara uno o dos días sería lícito, pero si se añadiera alguna condición (ṣart) se consideraría viciado (fāsada) el contrato salam. Otros dijeron que era lícito retrasarlo hasta tres días, y si se retrasara sin condiciones hasta que se cumpliera el plazo. Ya se había expresado en la Mudawwana (31) que eso no era lícito porque se consideraba como una deuda por otra deuda. Muḥammad(32) había relatado, sobre el particular, que se volviera a la legitimidad sin que hubiera retraso alguno ni condiciones, siendo Aṣhab de la misma opinión.

Si se tratara el capital de bienes muebles (ʿard), sería lícito retrasar su entrega para concretarlos, sin que llegara a constituir una deuda por otra y tendría la obligación de entregarlo donde se hubiera condicionado. En cambio, si no se hubiera condicionado un lugar concreto, debería pagar en la ciudad donde se hubiera celebrado el contrato, o dondequiera que se hubiera designado(33).

Ibn al-Qāsim lo permitió, a no ser que el perceptor o comprador (muslam) tuviera una tienda en el zoco, por lo que se lo entregaría en ella. Por su parte, Saḥnūn dijo que debería -

entregarlo en la casa del acreedor (sāhib al-dayn), tuviera o no alguna tienda en el zoco.

Si le pidiera entregárselo en otra ciudad que no fuera la del contrato y no tuviera gastos para llevarlo, las opiniones se reparten en dos grupos, pero si la entrega acarrearía gastos no iría hasta ella, según opinan todos los juristas (bi-ittifāq). No sería lícito que lo tomara y le entregara el alquiler de servicios, porque estos dos serían como dos plazos.

Si el deudor (garīm) quiere entregar el objeto antes del plazo, negándose a ello el acreedor, prevalecería la palabra del último. Así pues, el tiempo pendiente quedaría bajo la responsabilidad (dimma) personal de aquél, a no ser que para cumplirse el plazo faltaran uno o dos días y, en este caso, tendría que recibirlo(34).

p.259

Sería lícito/comprar una medida conocida de un fruto concreto que haya empezado a madurar, o leche de ovejas concretas que estén dando leche por un precio entregado inmediatamente o con posterioridad, en un plazo señalado, pudiendo recoger lo comprado, diariamente o todo de una vez. Así pues, podría empezar a recogerlo. Lo mismo sucede con cualquier cosa presente y en poder del vendedor, después de haberla visto el comprador, lo cual no se considera como contrato salam, sino como compraventa(35), y en virtud de ello se escribiría un Contrato:

"Fulano compra a Mengano tal y tal cosa, equivalente a un cuarto de la fruta de su huerto, situado en tal sitio, o de uvas de su viñedo ubicado en tal sitio, para que se empiece

a recoger lo vendido a partir de este momento, por tantos y -
cuantos dinares, aplazados a tal fecha o pagados inmediatamente,
todo ello después de ver el fruto. Ambos conocen el alcance ju-
rídico de lo que han contratado al estar presentes y quedar in-
formados del mismo. Y, en virtud de esto, se requiere el corres-
pondiente testimonio invocable contra ambos en tal fecha".

= NOTAS AL CAPITULO DE LA COMPRAVENTA CON
ANTICIPACION DE PRECIO =

- 1.- Hemos consultado, en relación con este tipo de compraventa, las siguientes fuentes y bibliografía: ARIN, Oper. usur., 52-59; PELTIER, Ventes, 215-230; Mudawwana, IX, 2-116, n^os. 1165-1267; SURDON, Précis, 124; MILLIOT, Introd., 651; JALLIL, II, 267; 280; SANTILLANA, Ist., II, 168-177; ABDUR RAHIM, Principles, 290-293; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 205-206, 211; QUIROS, Instituciones, 78; NIDO, Der. mus., 359-360; - AMAR, Fétwas, XII, 184-487; IBN AL-‘ATTĀR, Formulario, 42-54; EI¹, IV, 92, s.v. salaf y salam JUYNBOLL.
- 2.- El salam está considerado como una compraventa. Ibn ‘Arafa la define así: "El salam es un contrato conmutativo (‘aqd mu‘āwada) que constituye, a cargo de uno de los contratantes, la obligación de entregar una prestación que no consista en numerario o el usufructo de una cosa que debe ser diferente a la prestación recibida", apud, SANTILLANA, Ist. II, 168; por decirlo de otra manera, este contrato consiste en la entrega anticipada de una suma de dinero u otros valores por parte de uno de los contratantes a cambio de la entrega, dentro de un plazo convenido, de una cantidad equivalente, determinada en calidad y cantidad (mawsūf), de productos comestibles u otros bienes muebles. Se trata de

una institución preislámica y se basa en el Corán, 2: 282, según MILLIOT, Introd., 651, entre otros.

- 3.- Aqdān, es una medida de capacidad y peso que en al-Andalus, siglo XIII, equivalía a 6 almudes grandes y 32 libras de peso. Véase, VALLVE, Metrología-capacidad, 119.
- 4.- Quiere decir que el deudor, en este caso el vendedor, debe responder ante la acción que pueda emprender el acreedor, con su responsabilidad o garantía personal y, por lo tanto, genérica. El salam no puede dar lugar a una acción que persiga la entrega de un bien determinado (res certa) a un plazo, porque sería un contrato usurario. JALĪL, II, 273-274 y nota 68; Mudawwana, IX, 10, 27-28.
- 5.- JALĪL, II, 271; PELTIRR, Ventes, 218, 228-229.
- 6.- El texto árabe ha sido copiado del manuscrito existente en la Escuela de Estudios Arabes de Granada, ya que faltaba en el texto editado.
- 7.- En cambio, se podría utilizar el codo de una persona determinada en caso de necesidad y con la condición de que no hubiera ninguna medida establecida por la autoridad. JALĪL, II, 272 y nota 51.
- 8.- Dirā'. El codo raššāšī era el oficial de la España musulmana, tenía 32 dedos y equivalía a 0,5572 m. Véase VALLVE, El codo, 352.
- 9.- Mudawwana, IX, 67-68.

- 10.- JALĪL, II, 272-273; PELTIER, Ventes, 228-229.
- 11.- Se trata de determinado tipo de productos comestibles que abundan en el lugar y que le den carácter. JALĪL, II, 273.
- 12.- PELTIER, Ventes, 219-221; Mudawwana, IX, 9,29-30.
- 13.- También se puede entregar el objeto debido antes del plazo acordado, siempre que no represente incomodidad y no se se trate de productos comestibles. JALĪL, II, 278-279; - SANTILLANA, Ist., II, 175; Mudawwana, IX, 88; IBN AL-‘ATTĀR, Formulario, 43.
- 14.- Ibn Wahb (m. 197/813), tradicionista malikí egipcio, discípulo directo de Mālik durante muchos años y transmisor de su obra.
- 15.- Respecto al lugar de la entrega del objeto debido, ninguno de los dos contratantes están obligados a entregarlo o recibirlo en un lugar diferente al acordado, pero podrían ponerse de acuerdo al respecto y realizar la toma de posesión en un lugar distinto. SANTILLANA, Ist., II, 175-176; JALĪL, II, 278,280; Mudawwana, IX, 46,96-97.
- 16.- IBN AL-‘ATTĀR, Formulario, 43.
- 17.- JALĪL, II, 274; Mudawwana, IX, 6.
- 18.- El acreedor recibe varias denominaciones en el contrato - salam, como son: sāhib al-dayn, rabb al-māl, rabb al-salam. No hace falta decir que se trata del comprador.

- 19.- JALĪL, II, 275-276.
- 20.- JALĪL, II, 274; SANTILLANA, Ist., II, 173; ARIN, Oper. - usur., 53. Recordamos que el objeto de este contrato no puede ser una cosa individualmente determinada.
- 21.- PELTIER, Ventes, 223-226, 228-229.
- 22.- Abū 'Imrān al-Fāsī (m. 430/1039). Jurista malikí que siguió fielmente las enseñanzas de Saḥnūn. Véase el nº 3 de la "Relación de personas".
- 23.- Mudawwana, IX, 8-9.
- 24.- Fadl b. Salama (m. 319/931). Destacado jurista conocido, sobre todo, por sus compendios de la Mudawwana y la Wāḍiḥa.
- 25.- JALĪL, II, 269-270; PELTIER, Ventes, 219-223, 228-229; - Mudawwana, IX, 9, 25-27; SANTILLANA, Ist., II, 171.
- 26.- Recordamos que ofreceremos la traducción del texto árabe correspondiente al capítulo del ŷu'ī más adelante. Sin embargo, adelantamos que el ŷu'ī consiste en el alquiler de servicios por trabajo realizado, concepto muy cercano al del destajo, con el que también se identifica.
- 27.- SANTILLANA, Ist., II, 171-172; JALĪL, II, 269-270.
- 28.- Mudawwana, IX, 2-5, 21, 22.
- 29.- Recordamos que los esclavos son considerados como bienes semovientes equiparados a los animales. MILLIOT, Introd., 240-242; SANTILLANA, Ist., I, 113-116, 249.

- 30.- Se puede retrasar la entrega del capital hasta tres días, según Jalīl, pero no se puede establecer como condición. JALĪL, II, 267,269.
- 31.- Mudawwana, IX, 38,39.
- 32.- Puede tratarse de uno de los dos personajes que presentamos en el nº 68 de la "Relación de personas", tal vez Ibn al-Mawwāz.
- 33.- SANTILLANA, Ist., II, 175; Mudawwana, IX, 88; JALĪL, II, 278, 280.
- 34.- JALĪL, II, 280.
- 35.- A primera vista, el contrato salam puede considerarse como una compraventa a un plazo, pero en ésta el contrato se perfecciona con el simple consentimiento de las partes, - mientras que en el salam es necesario que el comprador en tregue su prestación. Tampoco es un préstamo de consumo - (qard), porque en este contrato el prestatario se compromete a devolver una cantidad de bienes similares en calidad y cantidad a la que ha recibido, y en el salam el vendedor tiene que entregar bienes diferentes a los que ha recibido. SANTILLANA, Ist., II, 168-169.

/ - - - - - /

CAPITULO DEL PRESTAMO (QARD) (1)

p.259

El préstamo de consumo es lícito y es un hecho calificado como bueno (2), siendo lícito en todas las cosas excepto - en las esclavas (yawāri) (3).

No hay obligación de devolver el préstamo antes del - plazo acordado y, si no hubiera ningún plazo, habría que atenerse a la costumbre local (‘āda) (4), y en virtud de eso se escribiría, cuando ambos fuesen a redactar el certificado (iṣhād), - un Contrato:

"Fulano queda obligado para con Mengano en tantos y - cuantos dinares de oro o de plata, o tanta y cuanta cantidad de trigo, con el objeto de devolvérselo a su requerimiento (hulūi) o con tales características, con lo que le ayuda en sus necesidades, a tal plazo. Préstamo legítimo y lícito del que ha tomado posesión en mano. Por lo que se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas parte en tal fecha".

Comentario (bayān): El préstamo tiene las siguientes condiciones: que no haya beneficio para el que presta (muqrīd); que no se impide su ejecución; que el prestamista no reciba ningún regalo (hadiyya) y que el convenio (mubāya‘a) debe ser voluntario, en lo que se suscitan dos opiniones: la legitimidad - (yawāz) de ello y su reprobación (karāha) (5).

Si el préstamo consiste en comestibles, éstos deben - estar ya preparados para poderlos comer cualquiera que los necesite y deben estar en perfectas condiciones, o sea, que conserven

todos sus valores nutritivos. Respecto a ello existen dos opiniones: los buñuelos (isfāny) (6) están prohibidos, según la opinión mayoritaria (māshūr); sin embargo otros dicen que sólo están reprobados, aunque hay quien opina que es lícito.

Se le preguntó a Ibn Ruṣd sobre la persona que presta cierta cantidad de agua para devolverla otro día, cuando le toque regar, o, en todo caso, comprarla para devolvérsela.

Y dijo: Este hecho es lícito, siendo la devolución próxima o lejana, salvo que se la preste en una estación en la que no hubiera necesidad, como por ejemplo el invierno, con la condición de devolvérsela en el verano, época de mucha necesidad; por tanto, esto es ilícito porque sería un préstamo que pudiera conllevar beneficios.

Si se tomara prestado algo con la condición de devolverlo a requerimiento (hulūl) del que presta, sería totalmente lícito, teniéndolo que devolver cuando se lo pidiese, de tal forma que si le pidiese el agua y el prestatario (7) no encuentra para devolvérsela, podría pagar su valor, según el que tuviera en el día del préstamo (8). Hay otra opinión que mantiene la licitud del préstamo con la condición de que se devuelva el agua en el verano o en el invierno y es la opinión que mantiene Aṣḥab. Pero la primera opinión es/la más correcta (9). p.260

En el Kitāb al-Istignā' dijo un consejero (muṣāwar): la persona que presta a un hombre en una ciudad en guerra, de la que se marchan sus habitantes por la sublevación (fitna) surgida en ella o por una catástrofe causada por la sequía, y quie

re que se lo devuelva en otra ciudad, debe esperar, y si no tiene esperanza de volver a dicha ciudad en mucho tiempo, en este caso debería devolverlo por el valor de los comestibles que tenía en el lugar del préstamo (10). En el caso de que tenga esperanza de regresar en breve plazo, no se devolvería hasta regresar a aquella ciudad.

Si se tratara de un contrato salam se podría elegir una de las dos siguientes opciones: esperar hasta que se lo entregara en el lugar del préstamo, o bien tomar el capital (rā's al-māl) si no tiene la esperanza de regresar a aquella ciudad abandonada y, en caso de comestibles, no tendría derecho a aquel valor para que no se convirtiera en venta de comida antes de su toma de posesión (qabd). Otro jurista dijo, sobre el préstamo de comestibles, que si se ponen de acuerdo los dos en que le devuelva el valor de éstos, es lícito, aunque esta última opinión no es lícita en el contrato salam.

Si el prestatario quisiera adelantarse en el plazo, el otro estaría obligado a aceptarlo, ya fuera el plazo próximo o lejano (11), excepto en el contrato salam.

= NOTAS AL CAPITULO DEL PRESTAMO DE CONSUMO =

- 1.- Las fuentes y bibliografía que recogen este tipo de contrato son las siguientes: QUIROS, Instituciones, 92-93; LOPEZ ORTIZ, Der.mus., 198, 210-211; NIDO, Der. mus., 395-398, - AMAR, Fétwas, XIII, 150-154; MILLIOT, Introd., 651; SANTI-LLANA, Ist., II, 384-397; JALĪL, II, 193, 281-283; EI¹, IV, 92 s.v. salaf JUYNBOLL; Mudawwana, IX, 134-136; Muwatta', 367-368; CORAN, 2: 246, 5: 15.

En los tiempos más antiguos de la época preislámica, el préstamo (qard, salaf) se confundía frecuentemente con el contrato salam, pero poco antes de la llegada del Islam ambos contratos se distinguían perfectamente.

- 2.- Se trata del contrato por el que una parte transmite a la otra, a título gratuito, la propiedad de ciertos valores patrimoniales, que el receptor se obliga a restituir tras el plazo establecido, mediante bienes de la misma naturaleza, iguales tanto en cantidad como en calidad. Este tipo de actos está recomendado a los musulmanes por el beneficio que se hace al prójimo.

Esta enajenación de propiedad necesita el consenso de las partes, que deben tener capacidad legal suficiente para llevarlo a cabo, y está sujeto a las estrictas normas de la usura.

3.- JALĪL, II, 281 y nota 3; SANTILLANA, Ist., II, 386.

Todos los bienes que pueden ser objeto del contrato salam también lo son del préstamo. Referente a la esclava, sólo se permite ser dada en préstamo cuando es pariente - del prestatario en grado prohibido. Véase, además, Mudawwana, IX, 24, 138.

4.- JALĪL, II, 283, nota 22; Mudawwana, IX, 43; NIDO, Der. mus. 397.

5.- JALĪL, II, 281 y notas 5 y 6; NIDO, Der. mus., 396; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 211.

6.- Sobre los buñuelos (isfanŷ), especie de rosquillas que, una vez fritas, se metían en miel. Véase GARCIA SANCHEZ, E., Urŷuza, 154 y bibliografía dada en nota.

7.- Conocido técnicamente en el Derecho como mutasallaf. Tiene la obligación de devolver el préstamo a tenor de una de las tres condiciones siguientes: 1.- En la fecha establecida - en el contrato; 2.- En el plazo que imponga la costumbre, y 3.- A requerimiento del que le dio en préstamo los bienes recibidos. SANTILLANA, Ist., II, 387.

8.- Ibidem, 387.

9.- Esta frase representa la postura personal de Ibn Salmŷn ante este caso, que concuerda con la que mantuvo Ibn Rušd y discrepa de las de Ašbag. Hay que recordar que uno de los elementos más importantes de este contrato consiste en la voluntad de beneficiar al prestatario. Tal vez la postura

del autor del formulario fuera la seguida en Granada.

10.- JALĪL, II, 283; Mudawwana, IX, 96-97.

11.- Este concepto está recogido en SANTILLANA, Ist., II, 387;
Mudawwana, XIII, 67, nº 2006.

/ - - - - - /

CAPITULO DE LA COMPRAVENTA DE UN CREDITO (BAY⁶ AL-DAYN) (1)

p.260

La venta de un crédito es lícita, tanto si se trata de un bien determinado (‘ayn) como de un bien mueble (‘ard) cuya venta es legítima.

Si el deudor, o persona sobre la que recae el derecho en cuestión, está presente y la reconoce, se escribiría en virtud de ello un Contrato (‘aqd):

"Fulano compra a Mengano todos los arreldes (artāl) - (2) de seda, o las piezas de lino por los que ha contraído una obligación Zutano, quien los tiene en su poder, mercancías que suponen tal cantidad, por tantos y tantos dinares, que recibe de él al contado para llevar a término el contrato, por lo cual queda liberado de su obligación. En virtud de esto transmite la cosa vendida, que pasa a ser uno de los bienes de Fulano y una de sus propiedades, en presencia del deudor, es decir, de la persona sobre la que recae el derecho existente, quien da su reconocimiento a la validez del acto, lo acepta y lo mantiene hasta el momento presente. En virtud de lo cual se requiere el correspondiente testimonio invocable contra las tres personas citadas, en tal fecha".

Si se tratara de la deuda de un bien concreto (‘ayn) se escribiría, en virtud de ello, lo que sigue textualmente:

"Fulano da (‘awwada) a Mengano tal cosa a cambio de tal cantidad de dinares a la que está obligado Zutano, quien además posee lo que compró, como una falda de paño, o tal canti

dad de comestibles, o de seda, de la que toma posesión, por lo que éste queda liberado de ello y se le transmiten tantos dinares, por lo que pasa a ser uno de los bienes y de las propiedades de Fulano, en presencia de la persona sobre la que recae el derecho en cuestión", y luego continúa según lo que hemos expuesto con anterioridad.

Comentario (bayān): El precio (taman) estipulado se debe entregar cuanto antes, para que el contrato no se convierta en una deuda por otra (dayn)(3).

Si la cosa vendida (mabīʿ) fuera un producto comestible (taʿam) no sería lícito venderlo antes de tomar posesión del mismo(4), salvo que se tratara de un préstamo (qard) o algo parecido, como ya hemos mencionado en el apartado de la venta de unos comestibles por otros(5).

Si el derecho creado recayera sobre una persona ausente (gāʾib)(6) y no hubiera ninguna prueba concluyente (bayyina)(7), este contrato de venta no sería lícito por acuerdo de los juristas, porque conlleva riesgo (garar)(8), pero si hubiera algo concluyente, surgen diferentes opiniones. En la Mudawwana (9) se expresa que esta venta no es lícita, /a no ser que el deudor esté presente y, sobre el particular, se añade en el Kitāb al-sulh(10) que éste debe reconocer esa transacción. Por otra parte, en la ʿUtbiyya, que lo toma de los Nawāzil de Aṣḥab (11), quien cita un relato de Mūsā(12) y que éste, a su vez, tomó de Ibn al-Qāsim, se dice que es lícito si se hubiera ausentado recientemente y se supiera su aprobación o su rechazo. p.261

= NOTAS AL CAPITULO DE LA COMPRAVENTA DE UN CREDITO =

- 1.- Vid. SCHACHT, Introduction, 115,123,124; ANTILLANA, Ist., I, 246,247; II, 1-12; MILLIOT, Introd., 206; ABDUR RAHIM, Principles, 269; BRUNSCHVIG, R., Corps certain, 83, ss.; - EI², V, 206-207, s.v. dayn DELCAMBRE y EI², II, 238, s.v. dhimma, CHEHATA; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 191-196.

Nos parece conveniente explicar el significado de las tres palabras claves de este capítulo, que son: dayn, ʿayn y dimma. Con ellas entramos en el campo de las obligaciones del Derecho musulmán, en el que se distinguen los derechos personales (huqūq šajsiyya), surgidos de las relaciones de unas personas con otras, de los derechos patrimoniales (huqūq māliyya), cuya materia viene a estar constituida por las relaciones de las personas con las cosas que la ley considera como bienes (māl). Recuérdese que en el capítulo de la compraventa hemos hablado de los bienes y de las particularidades que deben reunir para que la ley los considere como tales, por lo que allí remitimos. Ahora sólo vamos a decir que tanto las cosas (ʿayn) individualmente determinadas, como los créditos (dayn), están considerados como bienes patrimoniales y, por lo tanto, pueden ser objeto de transacciones comerciales. De las relaciones existentes entre las personas y las cosas surgen los derechos rea

les (haqq fī l-‘ayn) y éstos son diferentes de los derechos de crédito (haqq muta‘alliq bi-l-dimma) que consisten en la prestación debida a una persona por parte de otra capaz de obligarse ante los demás mediante su personalidad, llamada dimma.

Esta puede significar, por un lado, la capacidad jurídica de la persona que pueda contraer una obligación activa o pasivamente y, por otro, la fides o vínculo que une al deudor con el acreedor y representa un deber moral y jurídico al mismo tiempo.

La dimma es el equivalente de lo que se ha llamado, en Derecho moderno, el patrimonio del deudor, y constituye el receptáculo donde se integra el dayn.

El dayn es cada obligación que origina una acción de crédito o un derecho personal, y se opone al derecho real (haqq fī l-‘ayn).

Por su parte, el ‘ayn es la cosa (species) individualmente determinada que da lugar a los derechos reales y, - por su propia naturaleza, permanece fuera del ámbito de la dimma. Los juristas musulmanes distinguen el dayn fī l-‘ayn del dayn fī l-dimma: el primero es la obligación personal que tiene por objeto una cosa determinada, y el segundo representa la obligación que tiene por objeto una cosa genérica y da lugar a una acción de crédito (dayn) que va a cargo de la dimma del deudor.

Las fuentes de la obligación se pueden dividir en -

dos: 1ª, por declaración de voluntad, ya unilateral, ya bilateral o sinalagmática y 2ª, por un hecho perjudicial e ilícito a título de reparación o indemnización.

Hay que añadir que con el término dayn se refiere el jurista tanto al crédito como a la deuda, según vaya en relación con el acreedor (la-hu dayn) o con el deudor ('alay-hi dayn).

- 2.- Ritl, pl. artāl. VALLVE, Metrología-capacidad, 120. Unidad de peso equivalente a libras de 16 y 18 onzas. En un determinado momento equivalen al almud de Profeta, que es una medida de áridos.
- 3.- En el derecho musulmán está totalmente prohibido establecer un contrato por el que ambas prestaciones se intercambien a un plazo, igual o desigual, por ser aleatorio. A este contrato ilícito se refiere Ibn Salmūn en muchas ocasiones a lo largo de los capítulos traducidos por nosotros.
- 4.- Véanse los capítulos anteriores y SANTILLANA, Ist., II, 62, 129, 178-184; PELTIER, Ventes, 98-102; JALĪL, II, 173, 214, 245.
- 5.- Se refiere al capítulo, no traducido por nosotros, relativo a los productos comestibles que constituyen, en la clasificación presentada por Ibn Salmūn, la primera categoría de los bienes muebles. Véase 'Iqd, 233, ss.
- 6.- El gā'ib es la persona que no se encuentra en el lugar del contrato, pero se conoce su paradero, que suele ser próximo,

y se distingue del ausente (mafqud) o persona cuyo paradero se desconoce y de la que no se poseen noticias. Véase SANTILLANA, Ist., I, 127-131.

- 7.- Sobre la bayyina o prueba concluyente presentada en un litigio por cualquiera de las dos partes. Véase EI², I, - 1185-1186 BRUNSCHVIG; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 86-87; SANTILLANA, Ist., II, 593, ss.

La mejor prueba en derecho musulmán es la testimonial o testificai y de ella deriva la prueba documental, que alcanzó un gran desarrollo en al-Andalus.

- 8.- Lo mismo sucede en otros contratos de compraventa, según hemos podido observar en capítulos anteriores.

- 9.- Véase el libro dedicado al deudor, XIII, 54,ss., donde no hemos podido encontrar dicho caso.

- 10.- Mudawwana, XI, 2-28, n° 1485-1521, en concreto puede referirse a XI, 21 n° 1509, aunque no hemos podido encontrar la referencia exacta.

- 11.- Las Nawāzil de Aşbag (m. 225/840) es una obra perteneciente a los furūc, también citada en los capítulos traducidos por López Ortiz de este mismo formulario notarial.

- 12.- No hemos podido identificar a este personaje.

/ - - - - - /

CAPITULO DEL PAGO (IQTIDĀ) DE DEUDAS (DUYŪN) (1)

p.261

El pago de las deudas puede realizarse de diferentes maneras(2).

Si se realizara con anterioridad al cumplimiento del plazo (ayal) sería lícito tomarlo, excepto si es similar a lo prestado en cuanto al género, calidad y cantidad(3). No se pueden tomar dinares a cambio de dirhemes o al contrario(4), según la opinión mayoritaria (mashūr), tampoco un tipo de comestibles por otro tipo, ni pueden ser mejor o peor que el otro en su calidad, ni menor ni mayor en su cantidad, ya sea la deuda (dayn) surgida de un préstamo (qard), ya de una compraventa con anticipación de precio (salam), ya de cualquier otro tipo de contrato, porque todos están sujetos a esta norma, y se escribiría en virtud de esto un Contrato:

"Fulano entrega a Mengano tal cantidad de dinares o tantos aqdāh(5) de trigo, que le adeudaba, a un plazo de tanto tiempo, o de inmediato de forma voluntaria. El acreedor toma posesión efectiva (qabada) de ello y se le transmite la propiedad en su totalidad, por lo que el deudor queda liberado de su obligación. En virtud de esto se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha, después de que el deudor hubiera visto personalmente que está en poder del acreedor".

Si hubiera acabado el plazo, en el caso de que fuera una cosa concreta (ayn), podría tomar cualquier otra a cambio

de la primera, en contra de la opinión de Ašhab. Es decir se - podría tomar dirhemes a cambio de dinares y viceversa. También podría haber diferencia en cuanto a cantidad, calidad, características o lo que quisiera, si es de forma inmediata y se paga en efectivo, se trate de un préstamo (qard) o de otro contrato.

Los miembros de la escuela malikí permitieron añadir cierta cantidad en el peso si se hubiera ajustado el trato sobre el número de unidades, y también se podría aumentar la calidad, hecho que consideraron lícito todos los juristas sin controversia alguna.

Si el trato se ajustara sobre el peso, podría aumentarse el mismo peso, y si el trato se atuviera al número de unidades se añadirían algunas unidades, y con respecto a esto surgen tres opiniones (aqwāl) diferentes:

La primera de ellas mantiene que no es lícito, salvo en una cantidad insignificante.

La segunda mantiene que no es lícito, salvo en una - cantidad equivalente a dos o tres dinares cada cien, o algo semejante que no exceda en mucho de esta cantidad.

La tercera mantiene que es lícito sin controversia alguna, como en el caso del aumento de calidad, siendo ésta la opinión de Ibn Ḥabīb.

En la Mudawwana (6) se dice que no se puede decidir - sobre la totalidad en lugar del inventario y de cada cosa por - separado, sino que se decidirá bien sobre el inventario en lugar del conjunto y de cada cosa por separado, o bien sobre cada

cosa por separado en lugar del inventario, pues el conjunto es una apreciación ambigua y aproximada en más o en menos. El inventario es bueno que aumente cuando recoge el conjunto, y las cosas por separado es bueno que mengüen un poco. p.262

Si se prefiere hacerlo bajo condición (sart) o ateniéndose a la costumbre ('āda) o, incluso, sometiéndose a ambas, estaría totalmente prohibido por acuerdo de los juristas (bi-itṭifāq). Por lo que se refiere a la ceca o moneda y a la orfebrería o joyería, la justicia tiene en cuenta su calidad o valor (7).

Si no fuera una cosa concreta ('ayn) (8), puede tratarse de un préstamo (qard) o de una compraventa con anticipación de precio (salam) (9). En el caso de que fuera préstamo, podría tomar lo que quisiera, como comestibles, bienes muebles, dinares, dirhemes o cosas parecidas, si fuera de inmediato y pagara en efectivo. En el caso de que el préstamo consistiera en comestibles, podría tomar maíz a cambio de trigo o al contrario, trigo a cambio de maíz, o pasas, o lo que quisiera, tuviera mejor o peor calidad y todo sería lícito si fuera de inmediato, como hemos mencionado anteriormente.

Ibn Faṭḥūn dijo que aquél tiene que tener en cuenta el transporte y el lugar donde se van a entregar los bienes, sin perjuicio de tomar el resto a la mañana siguiente, en el caso de que fuera abundante la cantidad, si ya había empezado a recibirlo (qabada).

En el caso de que se tratara de una compraventa con -

precio por adelantado (salam) sería lícito tolerarle alguna falta de calidad, por lo que podría tomar trigo moreno a cambio de otro tipo aceptable y viceversa. También podría tomar centeno y cebada de buena calidad a cambio de trigo tipo hintā y al contrario; la carne de camello por la de ganado vacuno o parecida, si no se saliera del género que tiene en cuestión, ni de la medida empleada. En cambio, no se puede tomar maíz por trigo del tipo hintā ni por otro género que no sea el que tiene.

Algunos alfaquíes contemporáneos dijeron que no era lícito recibir, cuando se trate de un contrato salam, un producto de otro género salvo cuando cumpliera tres condiciones (šurūt): la primera es que sea lícito vender la cosa a entregar (muslam fi-hi) antes de tomar posesión de ella (qabd), sin que pudiera tratarse de comestibles; la segunda, que lo que se ha entregado sea una de las cosas cuya entrega inmediata sea lícita y pueda considerarse como capital (rā's al-māl) sin que pudiera tomarse comestibles. El capital tampoco podría ser comestibles, ni oro por monedas o viceversa, ni bienes muebles en sus distintas calidades o clases; la tercera, que lo que se ha entregado pueda ser vendido lícitamente por el objeto a entregar (muslam fi-hi) mediante una entrega de mano a mano, sin que se pudiera tomar la carne por el animal mismo, ni viceversa(10). Y dijeron que se añadía a ello una cuarta condición, si fuera antes del plazo (āyāl), que consiste en que lo que se ha entregado se pueda vender por el objeto a entregar (muslam fi-hi), a cierto plazo, sin que el género de la cosa a entregar (muslam

fi-hi) pudiera ser de calidad superior o inferior. Y, en virtud de ello y después del plazo, se escribiría un Contrato:

"Fulano recibe de Mengano tantos y tantos dinares por la deuda que éste tenía con él, o tal y tal cantidad de trigo - que le adeudaba, le transmite su posesión y queda liberado de - ello, por lo que se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas parte en tal fecha".

Dijo Ibn al-Ḥāyḡ, en sus Masā'il, que si le entrega - dirhemes entre los que hay alguno falso y el otro reclama después de recibirlos, el que entregó las monedas tiene que jurar, diciendo: "Juro que, según mi entender, sólo te he dado monedas de buena calidad", de tal forma que si el que reclama las devolviera por ser defectuosas o pequeñas, el que las había entregado tendría que demostrar su juramento de forma definitiva, y diría:

"Sólo te he entregado monedas de buena calidad y de justo peso" .

Si/fuera lícita la entrega de un género diferente al adeudado(11), se escribiría en virtud de ello un Contrato:

p.263

"Fulano se libera de la deuda que tenía con Mengano, derivada de tal y tal asunto. Éste ha recibido por ella tal cosa y se le transmite la propiedad de la misma, quedando satisfecho de ella según lo mencionado, por lo que no queda ningún vínculo entre ambos ya que este contrato lo disuelve. En virtud de ello se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambos en tal fecha".

En el Kitāb al-Istignā' dijeron algunos muftíes(12) - que la persona que reclama una deuda (dayn) a un hombre, con un

documento (watīqa) en el que se incluye la fecha del acuerdo, y, a su vez, el demandado (mudda‘ā ‘alay-hi) (13) presenta una prueba (bayyina) por la que demuestra que había reconocido ante los muftíes, después de la fecha de ese documento contractual (watīqa), que no quedaba ningún tipo de vínculo ni derecho alguno sobre el demandado (mudda‘ā ‘alay-hi) por ningún concepto. Si lo hubiera entregado ante testigos sería válida la opinión del demandado, en caso contrario prescribiría su derecho. Éste es el relato u opinión de Abū Zayd(14), que había tomado de Ibn al-Qāsim y se recoge en la ‘Utbiyya.

Ibn al-Mawwāz(15) dijo que la prueba (bayyina) de la deuda (dayn) es lo principal para demostrar la liberación de la misma, porque podría estar liberado de ella antes del negocio que la ha producido, a no ser que dijera que había reconocido (16) que a él no le restaba ningún derecho sobre el deudor o que "no me quedaba ningún derecho sobre él", o que "ya no había ningún vínculo entre ambos", y prescribiría, por tanto, la demanda del acreedor.

Por lo que se refiere a si todos ellos habían testificado que éste no tenía ningún derecho sobre el otro, sin detallar nada más, sería entonces la prueba (bayyina) de la deuda lo más importante, a no ser que hubieran dado testimonio de que el otro se había liberado de todo derecho, como hemos mencionado anteriormente.

Dijo Ibn al-Mawwāz que si le entregara cincuenta dinares o escribiera que éste constituía su último derecho sobre el

deudor, pero luego interpusiera una reclamación basándose en - que la deuda en cuestión había surgido después de esa liberación, y dijera el deudor que era anterior, no se podría emitir una sentencia al respecto, por lo que tendría que jurar el liberado que había quedado libre y, en consecuencia, sería declarado libre. Así mismo, si el demandado mencionara(17) su liberación desde tal fecha y el otro un documento sin fecha, la liberación es más justa, pero si en uno de los dos documentos hubiera fecha expresa, la sentencia sería favorable al documento fechado y sería nulo (batala) el que no tuviera fecha.

= NOTAS AL CAPITULO DEL PAGO DE DEUDAS =

1.- Para el presente capítulo pueden verse las siguientes fuentes y bibliografía: SCHACHT, Introduction, 125-126; SANTILLANA, Ist., II, 83-94, 102-103; JALĪL, II, 193-194; MILLIOT, Introd., 205-207; NIDO, Der. musu., 328-331; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 191-196; ABDUR RAHIM, Principles, 208-209.

Para un deudor el cumplimiento de su obligación significa llevar a cabo el compromiso que le vincula al acreedor, es decir, pagar lo que debe. Mediante el pago de la deuda queda totalmente liberado de su compromiso asumido.

2.- En general, debe cumplir su obligación a tenor de los términos establecidos en el contrato, pero también puede disolver el vínculo existente con el acreedor de otras formas, que son consideradas como contratos propiamente dichos. Como muestra citaremos la muqāssa; el tasyīr, etc. Si no hubiera convención o contrato, la obligación cesaría, atendiendo el deudor a la costumbre local.

3.- SANTILLANA, Ist., II, 92-93; JALĪL, II, 271, nota 39, 283; Mudawwana, IX, 77-80

4.- La razón de prohibir, tanto el caso de los dinares como los siguientes, es la usura. Puede verse, entre otros capítulos traducidos del ‘Iqd, el relativo a la permuta y las notas

correspondientes.

- 5.- VALLVE, Metrologia-capacidad, 119. El qadah, pl. aqdāh, es una medida de capacidad y peso. Según Ibn 'Abdūn, en el siglo XII pesaba 27 libras. En Córdoba debería pesar 32 libras. En cuanto a su capacidad, diremos que equivalía a 6 almudes grandes y 32 libras de peso.
- 6.- En la Mudawwana no aparece el texto que Ibn Salmūn cita, pero desarrolla la cuestión presente en las páginas 136-138 del libro VIII.
- 7.- Por regla general, la obligación que consista en dinero en dinero en efectivo debe ser pagada en el tipo de moneda -de oro o de plata- indicado en el contrato, aunque podría pagarse con monedas de plata si la deuda consistiera en monedas de oro, pero debería satisfacerse la diferencia entre ambas monedas a tenor del día del pago de la deuda. SANTI LLANA, Ist., II, 87; Mudawwana, VIII, 125.
- 8.- Recuérdese lo mencionado en el capítulo anterior sobre el ʿayn, el dayn y la dimma. Aquí se refiere el texto al dayn u obligación que origina una acción de crédito personal, -es decir, un derecho que recae sobre la persona.
- 9.- Remitimos a los capítulos correspondientes, cuya traducción ya hemos presentado y, además, a Mudawwana, IV, 68; VII, 83; JALĪL, II, 39-40, 272-273, 281, 804; SANTI LLANA, Ist., II, 86, donde se trata de las obligaciones cuyo objeto ha sido indicado genéricamente.

- 10.- Estos alfaquíes se basan, entre otras obras, en el Muwatta' 342-352.
- 11.- SANTILLANA, Ist., II, 86; NIDO, Der. mus., 328; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 195.
- 12.- Los mufties son los especialistas de la ley musulmana que ofrecen una opinión autorizada, llamada dictamen jurídico (fatwà). TYAN, Organisation, 219-228.
- 13.- Sobre la demanda y el proceso judicial véase, entre otros, MILLIOT, Introd., 720, ss.; SANTILLANA, Ist., II, 580, ss; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 80, ss.; SCHACHT, Introduction, - 147-164.
- 14.- Abū Zayd 'Abd al-Rahmān b. Ibrāhīm (m. 258 ó 259/872-873), jurista cordobés autor de al-Tamāniyya, obra dedicada a los furūc. Véase el nº 9 de la "Relación de personas".
- 15.- Ibn al-Mawwāz (m. 269/883), jurista egipcio, autor de la Mawwāziyya, como se le conoce popularmente, obra fundamental para los malikíes.
- 16.- El reconocimiento (iqrār) es el mejor medio de prueba. En este caso se trata del reconocimiento de extinción de deuda. Véase SANTILLANA, Ist., II, 102, 107, 589-593.
- 17.- Se pone de relieve aquí la importancia del testimonio, superior incluso al documento escrito. Véase SANTILLANA, - Ist., II, 594.

/ - - - - - /

CAPITULO DE LA COMPENSACION DE DEUDAS (MUQĀSSA) (1)

p.263

La compensación de deudas (muqāssa) consiste en que, cuando cada uno de los dos contratantes tiene algún derecho (haqq) sobre el otro, del mismo género, ambos intercambien algún objeto para saldar las deudas de uno para con el otro (2).

La compensación es lícita cuando reúna los requisitos necesarios: se trata de dos deudas (dayn), ya sean de un objeto concreto (ʿayn), ya de un bien mueble (ʿard) que no pertenezca al grupo de los comestibles, ya de productos comestibles (3).

Si se tratara de un objeto (ʿayn) concreto, en el caso que una deuda estuviera constituida por dinares y la otra por dirhemes no sería lícita la compensación, a no ser que fueran intercambiadas las dos a la vez e inmediatamente, y entonces se consideraría como un cambio (sarf) basado en la responsabilidad (dimma) que cada uno tenía ante el otro, pero en el caso de que ambas fueran atrasadas o postergadas, o sólo una de ellas, la compensación no sería lícita, por acuerdo de los juristas (bi-ittifāq) (4).

Si los dos bienes adeudados fueran dinares o dirhemes, en el caso de que se realizara la operación inmediatamente, sería lícita la compensación (muqassa)/sin que hubiera discrepancias entre los juristas, pero si ambas deudas fueran postergadas a dos plazos (āyāl), con las mismas o diferentes fechas, o sólo una de ellas, sería lícito según la opinión de Ibn al-Qāsim, aunque Aṣḥab lo consideró prohibido (5).

p.264

Si los dos bienes muebles (‘ard) adeudados fueran diferentes, no siendo comestibles, la compensación sería lícita, ya sean las deudas inmediatas ya postergadas a un plazo con la misma fecha(6). En el caso de que sean a dos plazos diferentes la compensación no sería lícita, ya se basaran estas deudas en un préstamo (qard) ya en una venta (bay‘) del préstamo y la cosa concreta (‘ayn), porque el régimen jurídico (hukm) para todos estos casos es el mismo(7).

Si la dos deudas (dayn) estuvieran constituidas por productos comestibles, pueden surgir de un préstamo o de una venta, o bien una de ellas de un préstamo y la otra de una venta. En el caso de que ambas surgieran de préstamos del mismo o parecido género, por ejemplo, si la deuda de uno es una medida de trigo (hintā) moreno y la otra fuera un tipo parecido, la compensación sería lícita, ya fueran inmediatas o a plazo. También sería lícita si sólo una de ellas fuera inmediata o a plazo(8). Si una de ellas consistiera en trigo moreno y la otra de otro tipo aceptable, no se declararía legítima la compensación, salvo que las dos fueran pagadas inmediatamente y, en este caso, podrían ser intercambiadas. Si no fuera así no sería lícita, aunque ambas deudas surgieran de una venta (9).

En el caso de ser diferentes, bien que el capital de cada uno fuera diferente al del otro, bien que fueran las dos postergadas a plazos con fechas diferentes, la compensación no sería lícita, salvo que los dos plazos estuvieran fijados en fechas aproximadas. Ibn al-Qāsim lo prohibió, pero Aṣḥab lo

aceptó como una solución legítima(10).

Si hubieran surgido de un lado de una venta y de otro de un préstamo, en el caso de que no fueran diferentes y se pagaran inmediatamente, la compensación sería lícita, pero si se diferenciaban no sería lícita(11). Si las dos fueran postergadas, o sólo una de ellas, habría tres opiniones sobre el particular: La primera lo prohíbe y está representada por Ibn al-Qāsim, la segunda lo considera lícito, opinión que mantiene Aṣḥab, y la tercera considera que si se tratara de un contrato salam inmediato, sería lícito. Si no fuera así, no podría ser lícito. Se escribiría, en relación con la compensación, cuando ambos se dirijan a los testigos, un Contrato:

"Fulano queda liberado ante Mengano de tal cantidad de dinares de oro que le adeudaba. La compensación se realiza mediante bienes cuya cantidad y calidad son equivalentes a las de los bienes que adeudaba. Compensación legítima por la que queda liberada la responsabilidad personal (ḍimma) de cada uno de los dos respecto al otro, sin que quedara nada que reclamar entre ambos, ni vínculo alguno por parte de uno de ellos respecto al otro, en relación con las citadas deudas. Por lo cual se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

= NOTAS AL CAPITULO DE LA COMPENSACION DE DEUDAS =

- 1.- El concepto y elementos de la muqāssa están recogidos en - las siguientes fuentes y bibliografía: NIDO, Der. mus., - 328-331; SANTILLANA, Ist., II, 103-104, 192-196; SECO DE LU CENA, Documentos, "introd", XVI, doc. n^os 14b, 15b; JALĪL, II, 283-284; Mudawwana, IX, 141-144; LOPEZ ORTIZ, Der. mus. 195; SURDON, Précis, 115-116; QUIROS, Instituciones, 98; - SCHACHT, Introduction, 125-126; ABDUR RAHIM, Principles, - 208, 210; MILLIOT, Introd., 205-211, 264-267.

La muqāssa es uno de los medios para extinguir las - obligaciones surgidas de un contrato y está considerada en Derecho musulmán como una compraventa o permuta, por lo que está sujeta también a las reglas generales de ésta. La prohibición de cualquier especie de interés y el temor a que, bajo formas simuladas, se realicen operaciones usurarias, - entre cuyos objetos están los productos comestibles y las monedas, impone estrechos límites a la compensación. La - compensación sólo puede tener lugar entre las partes que - son deudoras y acreedoras a un tiempo.

- 2.- Santillana ofrece las definiciones que sobre la muqāssa han establecido varios juristas musulmanes, como son Mayyāra, al-Dardīr y al-Tāwudī, que coinciden con la ofrecida por - Ibn Salmūn. Véase, Ist., II, 103-104, 192 y, además, NIDO, Der. mus., 330.

- 3.- SURDON, Précis, 116.
- 4.- JALĪL, II, 186, 284; SANTILLANA, Ist., 194.
- 5.- La opinión de Ibn al-Qāsim está recogida en la Mudawwana, IX, 117, 141.
- 6.- SANTILLANA, Ist. II, 196; DEL NIDO, Der. mus., 330.
- 7.- JALĪL, II, 284.
- 8.- SANTILLANA, Ist., II, 194.
- 9.- JALĪL, II, 284; QUIROS, Instituciones, 98.
- 10.- Mudawwana, IX, 141-142. Ibn al-Qāsim lo prohíbe porque cada uno de los contratantes permutaría con el otro productos comestibles que no posee ni ha tomado posesión de ellos, hecho que está totalmente prohibido en el derecho musulmán. Véase JALĪL, II, 245.
- 11.- SANTILLANA, Ist., II, 195.

/ - - - - - /

CAPITULO DE LA SUBROGACION (HAWĀLA) DE CREDITO (1)

p.264

Es lícito realizar la subrogación (hawāla) de un crédito (dayn) (2) exigible (hāl) (3), pero no la de un crédito - aplazado (mu'ajjar) y no se puede imponer como condición en el crédito o deuda extinguida por la subrogación (muhāl fī-hi).

La subrogación es lícita cuando la deuda que recae en el deudor delegado (muhāl 'alay-hi) es inmediata o aplazada, - pero hay que establecer como condición la extinción (hulūl) de la deuda que recae en el acreedor delegante (muhāl)/de forma - particular(4). p.265

La persona que tiene un crédito (dayn) de un alquiler (kirā') contra un hombre, no puede transferir o subrogar dicho crédito, a no ser que fuera inmediato y se basara en una condición (sart) o en la costumbre local ('āda) y, además, no lo podría subrogar a no ser que fuera del mismo género que la deuda extinguida por la subrogación (muhāl bi-hi). Y se escribiría, - en virtud de ello, un Contrato:

"Fulano subroga a Mengano el crédito que tenía contra tal persona, que supone tantos y cuantos dinares de plata y de oro, por el que estaba vinculado a la mencionada persona, para que tome posesión de ellos (qabada) según su misma calidad y - número. El acreedor (muhāl) está vinculado al acreedor delegante mediante un crédito pagadero a su requerimiento (bi-rasm al-hulūl) pero esta subrogación resuelve dicho crédito y, por tanto, el acreedor (muhāl) se hace cargo del nuevo crédito y lo -

acepta bajo la responsabilidad personal (dimma) del deudor delegado (muhāl 'alay-hi) a cambio de la responsabilidad que recaería en el acreedor delegante (muhīl), en presencia del deudor delegado (muhāl 'alay-hi), que está de acuerdo con dicha operación, quien contrae la obligación de entregar esa cantidad sin interponer ninguna excusa ('udr) ni disputa (nizā'). En virtud de lo cual se requiere el correspondiente testimonio invocable contra las tres personas intervinientes, en tal fecha".

Comentario (bayān): No se impondría como condición la aprobación del deudor delegado (muhāl 'alay-hi), según opinan todos los ulemas. Tampoco se puede condicionar su presencia, ni el hecho de mantenerlo informado, según la opinión mayoritaria (mashūr) (5).

En el Kitāb al-Istignā' se dice que no es lícito realizar la subrogación sobre la persona ausente, de tal forma que si sucediera sería anulada (fasaja), aún en el caso de que existiera una prueba (bayyina), pues puede ocurrir que el ausente no estuviera enterado de la operación. En el Muštamal (6) se dice que no es lícita la subrogación (hawāla) sino en su presencia y con su reconocimiento.

La subrogación en los comestibles no sería lícita salvo que ambas deudas se basaran en contratos de préstamo (qard). Por su parte, Ibn Rušd dijo que si las dos fueran contratos salam (7) no sería lícita la subrogación, habiendo o no venido el plazo (āyāl), porque se convertiría en venta de comestibles antes de tomar posesión de ellos, y ésta es la opinión de Ibn al-

Qāsim(8). Sin embargo, Aḥab dijo que si los dos capitales fueran iguales sería lícito realizarlo y se consideraría, por consiguiente, como una tawliyya o cesión por el mismo precio(9). También dijo que si uno de ellos se basara en un préstamo (qard) y el otro en un contrato salam no sería lícita la subrogación, según la doctrina (madhab) de Ibn al-Qāsim, hasta que resolvieran la cuestión y los dos contratos fueran iguales.

Ibn Ḥabīb relató en su Wādiḥa la opinión de un grupo de compañeros (ashāb) de Mālik acerca de que los dos fueran iguales, y si ambos fueran contratos de préstamo (salaf)(10) sería lícita la subrogación de uno por el otro, en el caso de que se extinga la deuda transferida (muhāl bi-hi), pero no se podría subrogar oro por plata o al contrario, a no ser que fueran inmediatas o exigibles y tomaran posesión de ellos antes de que se separaran los contratantes(11).

Si el deudor delegado (muhāl alay-hi) se declarara insolvente (afḥas) antes de la entrada en vigor de la subrogación, sin que estuviera informado de ello el acreedor (muhāl), éste podría reclamar al acreedor delegante (muhāl) y la subrogación no daría lugar a ningún vínculo(12). Si se hubiera celebrado el contrato después de informar al acreedor (muhāl) en público de la existencia del deudor delegado (muhāl alay-hi) y su situación económica, el acreedor no podría reclamar bajo ningún concepto, aunque le sobreviniera la insolvencia (ifḥas) después de haber aceptado la subrogación (ihāla). Así pues, no podría reclamar en absoluto el acreedor (muhāl)(13)./ Si lo subroga

por un precio (taman) igual a la de la venta y después se devuelve la cosa vendida (mabīʿ) por encontrar un vicio redhibitorio (ʿayb) o por una reivindicación planteada (istiḥqāq), en este caso la subrogación sería anulada según la opinión de Aḥab y de la mayoría de los juristas (aʿimma). Sin embargo, Ibn al-Qāsim piensa que no se debe anular, sino que es válida y se puede continuar con el proceso y, en todo caso, que reclamara el comprador al vendedor de acuerdo con lo que se conoce sobre el particular, como sucede con la compraventa(14).

Se le preguntó a Ibn Ruṣd sobre el caso de un hombre que vende su parte de viñedo y se realiza una subrogación por el precio (taman), pero otro hombre demuestra que había comprado con anterioridad esa misma parte al acreedor delegante (muhāl) y, en consecuencia, presenta una reivindicación (istiḥqāq) de la mencionada parte y, en este caso, se rescinde (fasaḥa) la primera venta, es decir la del dueño.

Y dijo: "Si el asunto (amr) se ajustara a lo que has descrito se rescindiría la subrogación (ihāla), por lo que el acreedor (muhāl) se quedaría con la deuda de lo que se ha subrogado y no podría reclamar nada al deudor delegado (muhāl alay-hi), por la anulación de la subrogación del precio, al existir la reivindicación (istiḥqāq) de la mencionada parte. Esta cuestión, en mi opinión, no produce ninguna controversia por la reivindicación surgida referente al acreedor delegante (muhāl), salvo que no estuviera relacionada con él.

Si se subroga algo a una persona que no tiene crédito

sobre otra, estando de acuerdo el deudor delegado (muḥāl ^{alay-}hi), la doctrina (madhab) de Ibn al-Qāsim lo considera como una caución simple (ḥamāla) (15) y no como una subrogación (hawāla), de tal forma que se puede reclamar al acreedor delegante (muḥīl). Pero la doctrina (madhab) de Ibn al-Māyisūn considera que se trata de una subrogación legítima (sahīha), aunque se supiera que no tenía ningún crédito contra el deudor delegado (muḥāl ^{alay-}hi) (16).

Si el acreedor delegante (muḥīl) condicionara su liberación ante cualquier reclamación (mutālaba), estaría liberado de ella según la doctrina de Ibn al-Qāsim, y la opinión de otros, por lo que el acreedor (muḥāl) no podría reclamar al acreedor delegante (muḥīl) bajo ningún concepto (17).

Dijo Ibn Ḥarīṭ (18) que, en relación con este capítulo, surge la controversia en el caso de la persona que se encarga de pagar la dote (ṣidāq) de su hijo después de contratar el matrimonio (nikāh). Este contrato sería considerado nulo (bāṭil) según la doctrina de Ibn al-Qāsim, en el caso de que el padre falleciera o se declarara insolvente (fallasa), aunque la doctrina de Ibn al-Māyisūn considera que no debe declararse nulo.

Se le preguntó a Ibn Zarb sobre la liberación que se entrega respecto a la ruptura con alguno de los deudos de la familia o de la servidumbre, de tal forma que el documento se entrega a un hombre para que éste lo entregue al propio interesado, delarando el que lo entregó que, efectivamente, lo había entregado, pero el otro lo niega.

Y dijo: "Si el que ha concedido la liberación encuentra a la persona interesada, sobre la que recae la liberación, y resulta que el documento lo tenía el interesado o liberado mismo (maqtū^c ilay-hi), al que lo había entregado el propio liberador, o bien su mandatario (wakīl)(19), o su enviado, con el fin de entregarle el documento, la opinión válida (qawl) sería la del que tiene en su poder el documento de liberación, pero debe prestar juramento (yamīn) sobre el particular. Este caso es igual al depósito (rahn) (20). Si el concedente hubiera ya entregado el documento a un intermediario, como puede ser un policía, para que se lo entregara al interesado (maqtū^c ilay-hi), pudiendo ser también los porteros o los mandatarios, con el fin ^{p.267} de entregárselo a un hombre/cuyo nombre figura en el documento de liberación y resulta que el concedente afirma que lo había entregado al interesado, cuyo nombre figura en el citado documento y en cuyo poder está, y, sin embargo, éste confiesa que lo tiene pero dice que no se lo había entregado el propio concedente sino un policía, en consecuencia, el concedente estaría obligado a presentar una prueba (bayyina) de la entrega. En caso contrario, sería sancionado, después de que hubiera jurado el interesado o afectado de la liberación, diciendo que no le había hecho llegar nada y que no le había entregado nada, por lo que podría ejercer su derecho (haqq) contra el que pretendía haberse lo entregado, salvo que éste hubiera presentado una prueba (bayyina) de su entrega, como hemos visto con anterioridad.

= NOTAS AL CAPITULO DE LA SUBROGACION DE CREDITO =

1.- En las fuentes y bibliografía que a continuación presentamos, se recogen el concepto y elementos de este tipo de contrato: NIDO, Der. mus., 331; SCHACHT, Introduction, 126; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 195; QUIROS, Instituciones, 98-99; SURDON, Précis, 115; MILLIOT, Introd., 649; SANTI-LLANA, Ist., II, 106, 200-207, 351-352; Mudawwana, XIII, 138-144, n.ºs. 2115-2123; JALĪL, II, 345-348; EI², III, 292 DIETRICH; ABDUR RAHIM, Principles, 289-321.

La hawāla ha sido muy discutida entre los hanafíes porque algunos piensan que no se puede subrogar la obligación personal (dayn), que está integrada en el patrimonio (dimma) de una determinada persona, y añaden que lo único que se puede subrogar es la acción que pueda realizar la persona subrogada, distinguiendo, por tanto, esta acción (naql al-mutālabā) de la obligación personal (dayn).

Se la conoce también por novación y está considerada como una compraventa. Se la considera, además de una subrogación de un crédito, un mandato, dado a tercera persona, de pagar una deuda.

2.- Recordamos aquí que este capítulo está estrechamente vinculado, como todos lo que de alguna manera suponen una extinción de deuda, con el capítulo de las ventas de crédito, cuya traducción ya hemos presentado y anotado anteriormente.

- 3.- NIDO, Der. mus., 331. Se quiere decir con "exigible", que el plazo del crédito haya vencido y, por tanto, pueda cobrarse inmediatamente.
- 4.- SCHACHT, Introduction, 126.
- 5.- Jalīl es partidario de la doctrina que aquí expone Ibn Saīmūn, es decir, que no es requisito necesario la intervención del deudor delegado. Véase JALĪL, II, 345. La otra opinión exige su aprobación y se acerca más al concepto romano de este contrato, al que considera como una novación.
- 6.- El Muštamal es un tratado notarial compuesto por Ibn Abī Zamanīn (m. 399/1008).
- 7.- El concepto y los elementos necesarios de los contratos de préstamo y salam pueden verse en los capítulos presentados con anterioridad.
- 8.- Muwatta', 344-349; Mudawwana, XV, 82, nº 2508.
- 9.- Sobre la tawliyya, o cesión de venta por el mismo precio, véase el capítulo correspondiente en las páginas anteriores.
- 10.- El contrato salaf es igual al qard, es decir, un préstamo de consumo que una persona da a otra para que ésta, a su vez, le devuelva bienes similares a los que ha recibido. Véase el capítulo correspondiente, presentado con anterioridad.
- 11.- SANTILLANA, Ist., II, 203.
- 12.- JALĪL, II, 347; Mudawwana, XIII, 138, nº 2115.

- 13.- SANTILLANA, Ist., 205, 207.
- 14.- Mudawwana, XIII, 141-142, nº 2119-2123; JALĪL, II, 347, no-
tas 20 y 21; SANTILLANA, Ist. II, 206-207. La opinión con-
traria a la expresada por Ibn al-Qāsim está representada
por Ašhab, Ibn al-Mawwāz y al-Lajmīque, según Santillana,
es la mayoritaria en la escuela malikí.
- 15.- La opinión mayoritaria está representada por Ibn al-Māyī-
šūn. JALĪL, II, 348; Mudawwana, XIII, 75.
- 16.- SANTILLANA, Ist. II, 205.
- 17.- Ibidem, 205.
- 18.- Ibn Hāriṭ (m. 361/971 ó 371/981), conocido también por al-
Jušanī, autor de la Historia de los jueces de Córdoba.
- 19.- Sobre el mandato wakāla, o wikāla, véase, entre otros, SAN-
TILLANA, Ist., II, 335-351.
- 20.- Para el concepto del pignus véase, entre otros, LOPEZ ORTIZ
Der. mus., 212; NIDO, Der. mus., 398-400; QUIROS, Institu-
ciones, 95-96.

/ - - - - - /

CAPITULO DE LOS ARRENDAMIENTOS (AKRIYA) DE LAS VIVIENDAS, DE LAS TIERRAS Y OTROS INMUEBLES. DIVERSOS TIPOS DE ALQUILER DE SERVICIOS (IYARĀT). EL ALQUILER DE SERVICIOS POR OBRA TERMINADA (YU'L) (1).

p.267

El arrendamiento (kirā') de las viviendas y de otros inmuebles con techo (ribā') es lícito durante un tiempo determinado, por un alquiler determinado (2). En virtud de ello se escribiría un Contrato:

"Fulano arrienda (iktarā) a Mengano toda la casa situada en tal sitio, cuyos límites (hudūd) son tales, con todos sus derechos (huqūq) y dependencias (hurum) y con la totalidad de sus aprovechamientos (marāfiq). Arrendamiento (iktirā') legítimo por una duración de un año completo, contado a partir de este momento, siendo el inicio tal día, y suponiendo, en concepto de arrendamiento (kirā') por el año mencionado, la cantidad de tanto, que hará efectiva cuando acabe el año o a lo largo del mismo. El arrendatario (muktarī) toma posesión (nazala) de lo arrendado para usarlo y sacar provecho de sus utilidades, después de haberlo visto y quedar perfectamente informado de todo. En virtud de lo cual, se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

Comentario (bayān): Este arrendamiento (kirā') acordado por un tiempo determinado obliga a las dos partes y ninguna de las dos puede anularlo, ni liberarse de sus obligaciones,

sino con el consentimiento del otro, hasta que acabe el periodo de tiempo acordado, como sucede con la compraventa (bayʿ), porque es igual a ella(3). En todos los inmuebles urbanos (ribāʿ) es lícito contratar un arrendamiento (kirāʿ) mensual o anual (4) de modo diferente al primero, y se escribiría, en virtud de ello, lo que sigue textualmente:

"Fulano arrienda (iktarā) a Mengano la casa situada en tal lugar, o la tienda ubicada en tal sitio, con todos sus derechos (huqūq) y utilidades (manāfiʿ) desde este momento. Este contrato se acuerda mensual o anualmente por tal cantidad al mes o al año, que hará efectiva obligatoriamente al finalizar cada mes, a lo largo del año o a finales del mismo. El arrendatario (muqtarī) toma posesión de lo arrendado", y sigue hasta completar el contrato como anteriormente se ha expuesto.

Cada uno de los dos puede anular este arrendamiento (kirāʿ) cuando quiera, en caso de que no se hubiera especificado un tiempo determinado(5), como sucede en el caso de que el arrendatario hubiera terminado el tiempo calculado de permanencia en lo arrendado.

A veces surgen discrepancias en el primer mes o en el primer año, por lo que surge la siguiente cuestión: ¿Había obligación de pagar ese periodo parcial, o no?(6). Sobre el particular existen dos corrientes de opinión. La primera de ellas mantiene que no hay obligación, en el caso de que no se hubiera mencionado de forma concreta el mes en cuestión, siendo ésta la postura de Ibn al-Qāsim, que se basó en Mālik. La segunda opinión

propugna la obligación del pago del arrendamiento, siendo mantenida por Mutarrif e Ibn al-Māyīšūn, que se basa en el anterior.

En el caso de que el arrendatario (muktarī) pagara parte del/arrendamiento (kirā'), tendría que obligarse al arrendamiento por ese tiempo, punto en el que coinciden los juristas y lo mismo sucede si el dueño de la casa impusiera como condición que, si aquél se asienta un sólo día, tiene que pagar todo el mes y, como último recurso, se atendería a la costumbre local ('urf), que sería como si se llegara a contratar con esa condición (šart) (7). Si ninguno de los dos determinara el comienzo del arrendamiento (kirā') se tomaría como fecha de partida la del contrato ('aqd), a no ser que se hubiera fijado una fecha concreta (8).

Si en el contrato no se expresara nada sobre la toma de posesión (nazl) de la casa y hubiera terminado el plazo, momento en el que alega (idda'a) el arrendatario (muktarī) que él no había tomado posesión (qabada) de la casa, ni se había establecido en ella, se tomaría en cuenta su opinión (qawl). Si no tuviera ninguna prueba documental (bayyina) debería prestar juramento y no estaría obligado a pagar parte alguna del arrendamiento (kirā'), salvo que se demostrara que la había ocupado (nazala) (9).

Ibn al-Māyīšūn se refirió a la casa, al baño, al molino y a edificios semejantes a éstos, contando el caso del arrendatario que, después de un año, reclama diciendo que no había tomado posesión de ello ni lo había usado, por lo que dijo que

la opinión a tener en cuenta sobre el particular sería la del - dueño (rabb), si demostrara su arrendamiento. Sobre este caso la jurisprudencia (qadā) se atiene a la primera opinión(10).

Si hubiera vencido el plazo de tiempo y el arrendatario (muktarī) prolongara su estancia y siguiera usando el edificio, surge la siguiente cuestión: ¿Habría que considerar esto - como una prolongación del contrato anterior, respetando todas - sus características y cláusulas, o se tomaría el correspondiente arrendamiento (kirā' al-milt)?(11). Sobre el particular hay dos posturas. La primera está defendida por Ibn al-Qāsim, según nos transmite 'Īsā, y cree que se debe tomar el arrendamiento - correspondiente (kirā' al-milt), a no ser que disminuya respecto al primer arrendamiento y en este caso se consideraría como prolongación del arrendamiento primero, pero si aumenta debería prestar juramento su dueño, expresando no estar satisfecho del primer arrendamiento y se impondría un precio actualizado o - nuevo.

Ibn al-Māyīṣūn dijo que todo tipo de casas, tiendas o edificios semejantes a éstos, que tuvieran llaves y se pudieran cerrar, no pueden cambiar en relación con el arrendatario (muktarī), es decir, tienen que respetar lo ya establecido. Así pues, éste sólo tendría que pagar a tenor del arrendamiento primero. Esta opinión no se aplicaría en el caso de la tierra ni de los inmuebles integrados en su grupo.

Si en la casa hubiera fruto y lo impusiera bajo condición (iṣṭarata) el arrendatario (muktarī), habiendo comenzado a

madurar, sería lícito hacerlo, ya fuera mucha o poca la cantidad de fruto. Por otra parte, si no hubiera empezado a madurar, siendo su valor, después de descontar el precio del riego y de las labores necesarias, una cantidad equivalente al tercio del precio del arrendamiento del plazo de tiempo contratado, o menos - aún, y hubiera llegado a madurar antes de completar el plazo, - también sería lícito imponerlo como condición. Ahora bien, si no se ajustara a estas condiciones no sería lícito(12). Por el contrario, si hubiera llegado a madurar después de agotarse el plazo, no sería lícito imponerlo como condición(13).

Tampoco se permitiría imponer bajo condición parte del fruto, fuera poco o mucho, según Ibn al-Qāsim, como no se podría condicionar ningún adorno de la espada (14), en el caso de que fuera dependiente, porque es una parte del fruto y no cesa el perjuicio (darar) con la condición de que sea sólo una parte de él, pero si quisiera, podría comprarlo. En cambio, Aṣḥab lo considera lícito tanto el fruto como el adorno de la espada, diciendo que si se le permite/imponer bajo condición la totalidad de ella, con mayor razón se puede condicionar parte de la misma. - Por su parte, Abū l-Ḥasan al-Jamsī(15) dijo que si el arrendamiento (kirā') fuera por varios años, siendo la mayoría (del fruto) dependiente sólo en algunos años, es decir, sin serlo en todos los años, no se permitiría imponerlo bajo condición aunque se hubieran acercado los años, alternando unos con otros. p.269

Si la casa tuviera un palomar o unas colmenas de abejas y el arrendatario (muktarī) quisiera condicionarlo, no po-

dría hacerlo(16) aunque hubiera pocas unidades, como el caso - del árbol, porque eso no se considera como de la misma casa y - el resultado o beneficio de ambos es desconocido. Así pues, - aquello quedaría fuera del objeto de la compraventa (bayʿ), por - que lo que se compra es la cosa o nuda propiedad (raqāba) en - aquel contrato, en cambio, en éste serían los frutos (gallāt).

El arrendamiento (kirāʾ) de la casa que conlleve la - condición de la toma de posesión (qabd) del arrendatario después de un año de la fecha del arrendamiento, es lícito aunque pague al contado el arrendamiento(17). Dijeron algunos juristas - que si se impusiera la condición por una duración superior a un año no sería lícito. En cambio, Ibn Ḥabīb defendía su legitimidad por varios años aunque pagara al contado el arrendamiento.

Por su parte, el arrendatario (muktarī) podría introducir en la casa los animales que quisiera(18), podría construir un horno de pan y realizar otras actividades diferentes, salvo que las molestias ocasionadas a los vecinos fueran insoportables o se lo condicionara el propietario (sāhib), por lo que ya no podría hacerlo, pero si a pesar de ello se empeñara en realizar lo prohibido, sería responsable (damman) de los perjuicios ocasionados(19). Entre los derechos del arrendatario - también se encuentran el que le permite llevar a la casa a las personas que él quiera para que habiten en la misma, y el que le permite subarrendar la casa a quien quiera, siempre que no se derivara de ello un perjuicio evidente(20).

Por su parte, el dueño tendría que encargarse de los

desperfectos que sufriera el edificio(21) y también tendría que preocuparse por la cuidadosa limpieza del tejado, entre otras obligaciones semejantes(22). Ibn al-Qāsim se contradijo en lo que se refiere a la limpieza del servicio, porque en una ocasión se mostró favorable a que esa obligación recayera sobre el dueño de la casa (rabb al-dār), pero en otra ocasión dijo que era una obligación del arrendatario (muktarī). Algunos juristas dijeron que era posible que su opinión no fuera contradictoria, sino que se tratara de que el dueño limpiara la basura que hubiera en la casa antes del arrendamiento, y no existiría desacuerdo en que recayera en el dueño de la misma en este caso y, por lo que se refiere al arrendatario, se tratara de que éste fuera responsable de ello durante el tiempo del arrendamiento (kirā'). Por otra parte, tanto Muṭarrif como Ibn al-Māyisūn dijeron que los dos contratantes se atuvieran a la tradición local (sunnat al-balad).

Sería lícita la rescisión, por mutuo acuerdo (iqāla), del arrendamiento si éste no se hubiera pagado al contado(23). En el caso de que se hubiera pagado la parte obligatoria del periodo de tiempo, quedando otra parte sin pagar, sería lícito rescindirlo por el tiempo que aún no se había pagado, exceptuando el periodo que se había pagado ya. Si se pagara todo el periodo de tiempo obligatorio, habitando el edificio sólo parte de ese tiempo, no sería lícita la rescisión del contrato según Mālik, dijo Ibn al-Qāsim(24), porque aquello se considera como la venta (bay') de las mercancías, por lo que cabe preguntarse:

¿Se pone a la venta sólo una parte de las mismas?. Ibn Ḥabīb - dijo que aquello era un arrendamiento y un préstamo (salaf) y - no era lícito tampoco contratarlo por una deuda (dayn), pues se convertiría en una deuda por otra(25).

Si se pagara en efectivo parte del arrendamiento (ki-
rā'), sin que se señalara si era/desde el primer mes o desde -
otro, y luego ambos litigaran (tanāza'ā) por ese motivo, se re-
solvería pagando todo el año, aunque no se pusieran de acuerdo
en la fecha del pago del arrendamiento.

Si la cuestión estuviera en el límite del comienzo -
(hulūl) del segundo plazo (na'īm), la opinión (qawl) válida se-
ría la del dueño de la casa, pero tendría que añadir a ello su
juramento (yamīn) y tomaría el correspondiente arrendamiento -
del arrendatario, tanto si el pago fuera a principios de mes, -
a finales, al cabo de dos meses, de tres o al final del año, ya
que se aplica la misma norma (hukm) para todos ellos.

En el caso de que el propietario eludiera su cumpli-
miento, la opinión válida sería la del arrendatario o inquilino,
pero tendría que prestar juramento(26) y quedaría liberado, a -
no ser que se incluyera en el contrato una cláusula por la que
él no quedaría liberado del arrendamiento sino por la presenta-
ción de una prueba documental (bayān) y no por la conclusión
del plazo y la entrada en vigor de otro, por lo que se haría -
necesaria la prueba documental (bayyina). En caso contrario, se
ría merecedor de una sanción (gurm).

Quien arrienda (iktarā) una casa mensual o anualmen-
te y paga el alquiler de un mes determinado o de un determinado
año, obtiene la exoneración porque se ha recibido el pago del -
mismo.

Si no se señalara en el contrato ('aqd) el momento -
del pago y ambos discreparan sobre el mismo, diciendo el dueño
de la casa que correspondía a principios del mes y el inquilino
(sākin) que a finales del mismo, ambos tendrían que atenerse
a la tradición local ('urf al-balad) en lo que se refiere al -
arrendamiento (kirā'), y si no hubiera tradición, tendría que -
pagar calculando un día tras otro, aunque el arrendamiento fue-
ra mensual o anual, y entonces la opinión (qawl) válida sería -
la del arrendatario (muktarī) sobre el tiempo transcurrido, sal-
vo en el último mes o en el último año, en el que se tendría en
cuenta la opinión del dueño de la casa (sāhib al-dār) siempre -
que se llevara a cabo en el segundo límite o plazo del mismo.

Ibn Ḥabīb dijo que si se prolongara la estancia apro-
ximadamente hasta un mes en un contrato mensual y hasta un año
en un contrato renovado anualmente, el arrendatario estaría pro-
tegido por la Ley con su juramento (yamīn).

Si hubiera desacuerdo en la cantidad del arrendamien-
to, estando en vigor éste, ambos tendrían que jurar y lo anula-
rían.

En el caso de que hubiera vivido en el edificio parte
del año, ambos podrían anular el resto tras haber jurado, te-
niendo que pagar en concepto de arrendamiento la cantidad pro-

porcional a lo que se reconociera que no había pagado(27). Si sucediera tras haberse completado el año, sin que se hubiera pagado, la opinión a tener en cuenta sería la del arrendatario con su juramento, si fuera verosímil. Si hubiera desacuerdo en el periodo de tiempo y el dueño hubiera cobrado en metálico el arrendamiento, la razón la tendría el arrendador (mukrī) o dueño de la casa, con su juramento, se hubiera o no establecido el arrendatario. En el caso de que no hubiera pagado al contado el arrendatario, estando en vigor el arrendamiento, ambos tendrían que prestar juramento y lo anularían (28).

Si uno de ellos retrocediera en sus pretenciones, la opinión válida sería la del otro, después de prestar juramento sobre el particular. Si sucediera después de haber residido parte del año, podrían anularlo por el resto, después de que ambos juraran, y se pagaría en proporción al tiempo que había transcurrido a tenor de lo que con anterioridad se había jurado sobre el caso.

Si/ambos discreparan en la finalización del periodo, la opinión válida sería la del arrendatario (muktarī), en lo que se refiere a la cantidad de tiempo que restara, pero también tendría que prestar juramento.

Si discreparan sobre los objetos de madera o algo parecido que hubiera en la casa, los bienes inmuebles (tābit) serían para el dueño de la casa y los muebles para el arrendatario(29).

Si se desploma parte de la casa arrendada durante el

periodo de disfrute del inquilino, el dueño no la tendría que restaurar, pero se debería interesar por el suceso y, en el caso de que el mencionado derrumbamiento no hubiera perjudicado al arrendatario ni hubieran disminuido las prestaciones del arrendamiento (kirā'), no podría reclamar (lā maqāl la-hu). Ahora bien, si hubieran disminuido en algo las prestaciones de la casa arrendada, sin que llegaran a impedir su residencia en ella, tendría que rebajarse el precio del mismo en proporción a la disminución de sus prestaciones y, a ello, no puede negarse el dueño (30). Si se hubiera derrumbado gran parte del edificio e impidiera la residencia en él, el arrendatario (muktarī) podría optar, con total libertad, por seguir en el edificio, reduciendo de su arrendamiento la cantidad proporcional al perjuicio recibido, o bien por abandonar el edificio sin tener obligación alguna respecto al arrendamiento (31).

En los Masā'il de Ibn al-Hayy^â se plantea un caso sobre la persona que arrienda (iktarà) una casa y, después de cumplir se el periodo de arrendamiento, el arrendatario (muktarī) reclama (idda'â) diciendo que la casa había estado derrumbada durante dos meses antes de terminar el periodo, sin que pudiera aprovecharse de ella; y, además, el caso del que, por el mismo motivo, después de transcurrido parte del periodo de tiempo, estando el arrendamiento en vigor, y se dice que los dos supuestos son iguales y que la opinión válida en el asunto sería la del dueño de la casa, o del molino, con su juramento, a no ser que el arrendatario presentara una prueba documental (bayyina). Esto

es lo manifestado en la Mudawwana (32), pero, por su parte, Ibn Ḥabīb pensaba que la opinión válida era la del morador (sākin). Otros dicen que la opinión de Ibn Ḥabīb no está en contra de lo anterior, porque él habla de un año no determinado. En cambio, Ibn al-Qāsim se refiere, en la Mudawwana, a un año concreto.

Se le preguntó a Ibn Ruṣd sobre la persona que arrienda una casa durante varios años concretos, a plazos (nuḡūm), - pero muere o se declara en quiebra (fallasa) y por ello surge - la siguiente cuestión: ¿ Serían ineludibles los plazos (nuḡūm) restantes hasta completar el contrato o, por el contrario, sólo se pagarían los correspondientes al tiempo en que estuvo residien- do en la casa ?(33).

Y dijo: Sobre esta pregunta hay dos corrientes de opi- nión en la Escuela Malikí (madhab). La más correcta de ambas es la que considera que los plazos deben ser anulados por su muer- te o por su declarada insolvencia (fallīs). Así pues, se anula- rían y no podría reclamar el dueño el pago del alquiler corres- pondiente al tiempo restante, porque él no había dado nada a - cambio, y éste es el fundamento (as1) de Ibn al-Qāsim, quien no juzga que la toma de posesión (qabd) de una casa, para ser habi- tada, sea una toma de posesión para residir en ella por todo el periodo, aunque la casa fuera segura o estuviera en buenas con- diciones, y está de acuerdo con la Escuela en que el arrendamien- to fuera anulado por su muerte, pero los herederos (warata) to- marían posesión de ello, en su lugar, como nuevos inquilinos(34), salvo que el dueño de la casa dijera que no aceptaba la respon-

sabilidad (dimma) que ellos le ofrecían y, por tanto, podría rescindir el arrendamiento (kirā') y tomar su casa, siguiendo la opinión de los malikíes respecto a la insolvencia (taflīs), sin que tuviera que entregarla ni hacer cuentas con los deudores (guramā').

En la opinión de Ibn al-Qāsim hay confusión porque está de acuerdo con un fundamento (asl) diferente al suyo, que es el de la doctrina de Aṣḥab, porque Aṣḥab considera que la toma de posesión (qabd) del primer arrendamiento (35) se considera como una toma de posesión para todo el periodo. p.272

Se le preguntó también a Ibn Ruṣd(36) acerca de la persona que arrienda (iktarā) una casa o una tierra y muere antes del término del arrendamiento. En este caso, ¿se debe cobrar la deuda dejada tomándola de la herencia (tirka)?

Y dijo: No está permitido que se pague al arrendador (mukrī) tomando lo que corresponda de la herencia del fallecido, en concepto de los años que queden pendientes de pago en la tierra, en la que no es lícito pagar con dinero al contado, por lo que se cumpliría la sentencia que dispone que los herederos (warata), si quisieran, podrían vincularse al arrendamiento con sus bienes, o bien alquilar a su vez dicha tierra por el resto del periodo pendiente, de tal forma que, si no llegan con sus bienes a cubrir el precio del arrendamiento, que había contratado el fallecido, se tomaría de la herencia el montante que faltara para completar el arrendamiento y le darían al arrendador (mukrī) la cantidad correspondiente al arrendamiento, cuando llegara el

momento, año tras año(37).

Esta norma (hukm) también recae en la casa, de acuerdo con las opiniones que se consideran correctas, y es la misma norma a la que se atiene la doctrina (madhab) de Ašhab. Sin embargo, creo que algunos sabios (šuyūj) consideran que se debe pagar al contado todo el valor del arrendamiento al dueño del inmueble, aunque sea tomándolo de la herencia (tirka) del arrendatario, porque creen que es una obligación ineludible a pesar de su muerte, como ocurre con las deudas (duyūn) a plazos, pero yo pienso que esto no es legítimo, porque sólo es ineludible aquello que se toma (qabada) a cambio de otra cosa y, en consecuencia, no se debe pagar algo que aún no se ha recibido a cambio de ese precio, porque son utilidades (manāfi') recibidas poco a poco(38).

Si el dueño vende la casa arrendada después de haberla arrendado, habría que tener en cuenta si la vende al propio arrendatario (muktarī) o a otra persona.

En el caso de que la vendiera a otra persona (aynabī), y ésta no estuviera informada del arrendamiento existente, adolecería de vicio ('ayb) y, en consecuencia, podría optar por devolverla o por conservarla. pero si estuviera informado de ello no podría devolverla y le correspondería el arrendamiento (kirā') que recibía el vendedor, quien no tendría ningún derecho (haqq) sobre el particular, salvo que anteriormente lo hubiera impuesto bajo condición. En el caso de que lo hubiera condicionado, sería necesario pagar el arrendamiento al vendedor, en su totalidad o

parcialmente, por el resto del tiempo que faltase, o una parte del mismo, y hay unanimidad en que no puede recibir ese arrendamiento salvo que este pago suponga menos de un dinar, siendo el precio (taman) en oro, según lo que hemos expuesto anteriormente en el capítulo de las ventas (buyū^c). Si no se tuviera - que pagar parte alguna del arrendamiento al vendedor, porque - hubiera transcurrido todo el tiempo, o bien si lo condicionara el vendedor, surgirían discrepancias recogidas en dos opiniones. Por un lado, Ibn Rizq(39) y otros sabios (šuyūj) lo declaran lícito y, por otro, se argumenta que no se debía pagar el arrendamiento al vendedor después de la venta, porque el arrendatario residía en la casa ya propiedad (milk) del comprador y se consideraría como si el vendedor, al vender la casa, hubiera liberado al arrendatario de contrato (‘aqd) que existía entre ambos. Ibn Rušd dijo/ que esta opinión era la más correcta y la mejor, ^{p.273} en cuanto a argumentación se refiere, aunque hay quien no está de acuerdo con él, siendo ésta la opinión de Ibn al-Qāsim, recogida en la Dimiyātiyya(40), en la que se dice que eso no era lícito.

Algunos sabios (šuyūj) dijeron que el comprador podía establecerlo bajo condición o no, y dijo Ibn Rušd, continuando el comentario sobre este asunto, que había discrepancias en el caso de la persona que arrienda una casa por todo el año y más tarde la vende, antes de finalizar el plazo; algunos dicen que la venta de la casa se había realizado un día después de lo que ambos habían contratado, y que el comprador se haría cargo de -

la obligación contraída desde entonces, teniendo que pagar el -
valor del arrendamiento por el resto del año. Otros dicen que -
la venta está viciada (fāsīd), salvo que el vendedor hubiera -
excluido el resto del periodo de tiempo. También hay quien opi-
na que no podría ocupar la casa sino después de cumplir el pe-
riodo del arrendamiento, sin que pudiera obtener nada del arren-
damiento (kirā'), salvo que lo hubiera condicionado. Respecto a
esto hay quien dice que era lícito, pero otros opinan que la -
venta estaría viciada (fāsīd) si el comprador tuviera conocimien-
to del arrendamiento y, además, aunque no lo supiera el compra-
dor, existiría vicio ('ayb). En consecuencia, o bien podría per-
manecer en la casa, con la condición de no obtener ninguna parte
del arrendamiento, o bien podría devolverla.

En el caso de que vendiera la casa al arrendatario, -
dijeron Abū Bakr b. 'Abd al-Rahmān(41) y Abū 'Imrān al-Fāsī que
se rescindiría el contrato, porque aún no había terminado el pe-
riodo del arrendamiento. Por su parte, dijo Ibn Sahl que la opi-
nión de Abū Bakr se acercaba más a la verdad. Además, dijeron -
Ibn Dahhūn, Ibn al-Šaqqāq(42) y al-Šāriqī(43) que si la compra-
ra a condición de que el arrendamiento fuera reducido, no sería
lícito, pero añadió Ibn Dahhūn, salvo que prescribiera el arren-
damiento después de realizada la venta, sin que esto estuviera
en el cuerpo del contrato, caso en el que sería lícito. Por su
parte, dijo al-Šāriqī que eso lo había autorizado Ibn Faraŷ(44),
lo que constituía un error (jata') porque compraría la casa y -
el arrendamiento por el precio que había hecho efectivo. Ibn -

Sahl dijo que la opinión de éstos conduce a que la adquisición (širā') no anula el arrendamiento (kirā'), así pues, ésta es - una cuestión sobre la que hay que reflexionar.

= NOTAS AL CAPITULO DEL ARRENDAMIENTO DE LOS INMUEBLES URBANOS =

1.- Las fuentes y bibliografía básicas usadas en este capítulo han sido: DEL NIDO, Der. mus., 367-379; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 208-210; QUIROS, Instituciones, 101-109; SURDON, Précis, 125-127; SCHACHT, Introduction, 131-132; MILLIOT, Introd., 640; SANTILLANA, Ist., II, 231-285; JALĪL, II, 503-538; EI², V, 129 s.v. kirā', DELCAMBRE; Mudawwana, XI, 44-104, 147-201, n^os. 1543-1609 y 1643-1726; EI², III, 1042-1043, s.v. Īdjār, TYAN; ABDUR RAHIM, Principles, 316-317.

Creemos conveniente, aunque sea de manera superficial, exponer algunos elementos de este contrato.

El contrato de alquiler o arrendamiento está considerado como la venta de un usufructo y, por tanto, un contrato conmutativo (ʿaqd muʿāwada) sujeto a sus normas. Se le conoce bajos los nombres de kirā' y de iḡāra. El primero de ellos consiste en el arrendamiento de inmuebles, de animales de carga y transporte y de navíos; en cambio, el segundo se encarga del alquiler de los servicios de las personas y de bienes muebles, excepto navíos y animales. A cambio del usufructo de los bienes alquilados y de los servicios humanos, se debe entregar una prestación determinada que puede consistir en numerario, en productos naturales o en otros bienes muebles.

El periodo del contrato debe estar determinado y puede

tener una duración variada, es decir, desde una semana hasta veinte años e, incluso, hasta treinta.

El presente capítulo se dedica al alquiler de las viviendas.

- 2.- La determinación de los elementos que conforman un contrato es imprescindible y, por ello, es necesario fijar la duración del contrato y el precio que se debe entregar. Vid. la bibliografía y fuentes de la nota anterior, como por ejemplo, LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 208.
- 3.- Cuando el propietario tiene necesidad de habitar la casa alquilada puede rescindir el contrato. Lo mismo sucede si el arrendatario ha sido declarado insolvente. Vid. SANTI LLANA, Ist., II, 245, 246, y, además, Mudawwana, XI, 155, 178, n^os. 1653 y 1687.
- 4.- JALĪL, II, 528.
- 5.- El arrendamiento de las viviendas no se puede rescindir aunque se haya determinado mensual o anualmente, si el precio del mismo ya ha sido pagado. Vid. JALĪL, II, 528-529. Sobre el pronto pago, vid. QUIROS, Instituciones, 102; NIDO, Der. mus., 376.
- 6.- La obligación de pagar el importe del arriendo nace del hecho de que el arrendatario haya podido disfrutar de su derecho, aunque no lo haya disfrutado. Vid. NIDO, Der. mus. 376.

- 7.- Si el arrendamiento se ha acordado según un periodo fijo, el contrato obliga a las partes desde la fecha en que es perfecto hasta que se agote dicho periodo, salvo que se ha reservado la facultad de rescisión. Vid. Mudawwana, XI, 155, nº 1653; QUIROS, Instituciones, 108; SANTILLANA, Ist., II, 237; JALĪL, II, 528.
- 8.- Mudawwana, XI, 156, nº 1654.
- 9.- JALĪL, II, 538.
- 10.- Se trata de la opinión de Ibn Salmūn, quizá en representación del malikismo del siglo XIV.
- 11.- Es el arrendamiento debido en los inmuebles de su categoría y características. Un caso semejante, pero en la tierra, - puede verse en Mudawwana, XI, 176, 180 nºs 1682-1684, 1691; SANTILLANA, Ist., II, 245.
- 12.- QUIROS, Instituciones, 108; Mudawwana, XI, 147, nº 1643.
- 13.- Los frutos maduros que aún están en el árbol pertenecen, - por regla general, al propietario del terreno. Si se incluyen en el alquiler, tendrían que establecer dos contratos: uno de alquiler del inmueble y otro de compraventa de los frutos. En cambio, si no estuvieran maduros, el contrato estaría sujeto a las reglas de la usura y de la aleatoriedad que impone el derecho musulmán en determinados productos como los comestibles.
- 14.- JALĪL, II, 512 y Mudawwana, XI, 59, nº 1554.

- 15.- Ignoramos quién pueda ser este personaje.
- 16.- QUIROS, Instituciones, 108; SANTILLANA, Ist., II, 239.
- 17.- Cuando se vende una casa por un precio inferior al real, con la condición de entregarla al cabo de un año, reservándose el usufructo de la misma, el contrato de compraventa es considerado como un contrato de alquiler, porque la diferencia existentes entre el valor real y el precio pagado representa el alquiler de la misma.
- 18.- Mudawwana, XI, 159, nº 1658.
- 19.- Como otros, el derecho de propiedad tiene determinados límites. Consiste el darar en ocasionar perjuicios al vecino abusando del propio derecho. Producen molestias los humos, ruidos, malos olores, etc. Véase, SANTILLANA, Ist., I, 266, II, 302.
- 20.- El disfrute de la cosa arrendada no ha de ser forzosamente personal. LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 209; SANTILLANA, Ist., II, 243.
- 21.- Ibn Salmūn se aparta en este punto de la doctrina del Ibn al-Qāsim y de Jalīl, adhiriéndose a la opinión de Ibn Rušd y Saḥnūn. Véase, SANTILLANA, Ist., II, 239-240; JALĪL, II, 530, 533. El propietario debe garantizar el usufructo pacífico de la cosa alquilada, al que tiene derecho el arrendatario. Véase, Mudawwana, XIV, 78, nº 2246.

- 22.- Los gastos de la limpieza del tejado, entre otras obligaciones genéricas, no pueden ser impuestas al arrendatario. En cambio, si se especificase cada una de ellas sí sería lícito. Véase, Mudawwana, XI, 150, 151, n^{os}. 1644-1647; JALĪL, II, 532.
- 23.- SANTILLANA, Ist., II, 237; JALĪL, II, 528; Mudawwana, XI, 155, 178, n^{os}, 1653, 1687.
- 24.- Mudawwana, XI, 155, n^o 1653.
- 25.- En definitiva, Ibn Ḥabīb está de acuerdo con Ibn al-Qāsim.
- 26.- El juramento, en estos casos, tiene un valor decisivo.
- 27.- SANTILLANA, Ist., II, 237.
- 28.- JALĪL, II, 538; Mudawwana, XI, 165-166, 181, n^{os} 1668-1669, 1691.
- 29.- La transmisión de la cosa alquilada debe comprender todos los accesorios y dependencias que contribuyan al efectivo usufructo de la misma y formen parte de ella. Véase, SANTI LLANA, Ist., II, 239.
- 30.- LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 210; Mudawwana, XI, 163, 165, n^{os}. 1667 y 1668.
- 31.- Sin embargo, Jalīl, basándose en la Mudawwana, afirma que si el arrendatario permanece en la casa alquilada, debe pagar todo el alquiler, por lo que Ibn Salmūn se aparta de las primitivas normas de la doctrina malikí. Vid. Mudawwana, XI, 163-165, n^{os}. 1667-1668.

- 32.- Mudawwana, XI, 164, n^o 1667.
- 33.- JALĪL, II, 519-520, nota 154; QUIROS, Instituciones, 103; NIDO, Der. mus., 374.
- La insolvencia del arrendatario permite al propietario rescindir el contrato. Véase, Mudawwana, XI, 169, n^o 1673; JALĪL, II, 308, nota 28.
- 34.- Se refiere al contrato de arrendamiento acordado por la persona que luego ha fallecido. El párrafo siguiente está recogido en SANTILLANA, Ist., II, 245.
- 35.- Se trata del acordado por el que había fallecido.
- 36.- La pregunta va dirigida a Ibn Rušd, aunque el texto editado del ‘Iqd no lo mencione.
- 37.- Este mismo caso está recogido por Santillana. Véase Ist., II, 245.
- 38.- Esta opinión es la expresada por Ibn Salmūn, quien coincide plenamente con Ibn Rušd.
- 39.- Ibn Rizq (m. 477/1085). Alfaquí cordobés experto en masā’il y navāzil.
- 40.- La Dimyāṭiyya es el libro de ‘Abd al-Raḥmān b. Abī Yā‘far al-Dimyāṭī (m. 226/841), discípulo de Mālik, véase el n^o 18 de la "Relación de personas".
- 41.- Aḥmad b. ‘Abd al-Raḥmān al-Jawlānī (m. 432 ó 435/1040 ó 1043). Alfaquí, célebre por los conocimientos jurídicos que reflejaban sus fetuas. Desarrolló su labor en Qayrawān.

Véase el nº 24 de la "Relación de personas".

42.- 'Abd Allāh b. Sa'Id (m. 426/1035). Jurista cordobés destacado en la redacción de actas notariales.

43.- 'Abd Allāh b. Mūsà (m. 456/1064). Jurista toledano, discípulo de grandes expertos en la ciencia del notariado. Véase el nº 76 de la "Relación de personas".

44.- Muḥammad b. Fara'y (m. 497/1104). Jurista cordobés, autor de un Tratado de Derecho notarial titulado al-Watā'iq al-mujtasara. Véase el nº 36 de la "Relación de personas".

/ - - - - - /

CAPITULO DEL ALQUILER (KIRĀ³) DEL RESTO DE LOS

INMUEBLES URBANOS (RIBĀ⁴) (1)

p.273

El alquiler en el resto de los inmuebles urbanos (ribā³) como son los baños, hornos, tiendas, molinos y otros semejantes, es igual al del resto de las casas. Este contrato (‘aqd) tiene las características que se han adelantado en el de las casas.

Si se tratara de una tienda, sería obligatorio mencionar en el contrato la profesión del arrendatario (muktari¹) y para qué tipo de comercio se va a utilizar el local. Por consi-guiente, no sería lícito dejar de especificar el uso concreto - que se le va a dar al local, a no ser que estuviera situado en un mercado especializado y, así, se podría tomar atendiendo al oficio concreto de los comerciantes de la zona (2).

Si se tratara de un molino, el alquiler (kirā³) se sujeta a dos puntos específicos: Que esté equipado, o sea, que - pueda moler en cualquier momento, para lo cual el dueño del mig-mo tiene que proporcionar todos los instrumentos y maquinaria - necesaria. En segundo lugar, que esté vacío, es decir, que no - haya ninguna maquinaria en el local, por lo que el arrendatario (muktari¹) tendría que aportar la maquinaria necesaria, y se es-cribiría, ateniéndose/al primer punto, un Contrato:

p.274

"Fulano alquila (iktara²) a Mengano tal molino que se le reconoce como una de sus propiedades y está situado en tal - río. El citado molino tiene tres ruedas o piedras en una única

sala, y lo toma con todos sus derechos (huqūq) y dependencias - (hurum), con la maquinaria e instrumentos necesarios, como la - presa, los canales, el patio o lugar de recepción del grano, a lo que se unen todas sus utilidades (marāfiq), inherentes o pro-
vinientes. Alquiler (iktirā') legítimo que se establece durante tal periodo, contado a partir de tal fecha, por tantos y tantos dinares al mes, o tantas arrobas o medidas de harina, o productos comestibles al mes, que entregará a tal fecha(3). El arren-
datario (muktari) toma posesión efectiva (nazala) del molino - con toda su maquinaria e instrumental, hasta terminar el plazo del alquiler. Por su parte, el dueño tiene derecho a moler tan-
tas y tantas arrobas (rub^c)(4) de trigo al mes a lo largo del periodo del alquiler. En virtud de lo cual se requiere el corres-
pondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

Ateniéndose al segundo punto, se escribiría un Contra-
to:

"Fulano arrienda (iktarā) a Mengano el local del moli-
no vacío, es decir, sin instrumentos ni maquinaria alguna, si-
tuado en tal sitio, con todos sus derechos (huqūq), dependencias
(hurum) y utilidades (manāfi^c), con los canales, la presa, la -
explanada o lugar de recepción del grano y otros elementos que
contribuyen a las utilidades (manāfi^c) del local, inherentes o
provinientes del mismo. Alquiler (iktirā') legítimo que se esta-
blece por tal periodo, contado a partir de tal fecha, por tan-
tos y tantos dinares que se entregarán en tal día. El arrendata-
rio (muktari) toma posesión efectiva (nazala) de lo alquilado -

para instalar la maquinaria y todos los instrumentos y materiales necesarios a cargo de su propia hacienda. Cuando termine el plazo, debe recoger el material y desocupar el local, dejándolo como lo recibió en su día. Todo ello después de haberlo visto y quedar informado de todos los detalles, por lo que está satisfecho y lo acepta. En virtud de ello, se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

Comentario (bayān): Si el molino reuniera todo el material y maquinaria necesaria proporcionados por el dueño, y éste quisiera retirar el material o vendérselo al arrendatario - por un precio (taman) determinado, pagado en el acto o aplazado, sería lícito que dicho arrendamiento (kirā') fuera unido a la venta (bay') en el mismo contrato (safqa), pero, por el contrario, no sería lícito alquilarlo con su maquinaria y su instrumental con la condición de que al terminar el periodo de alquiler lo dejara como estaba el primer día, por lo que si se hubiera celebrado el contrato con estas características, sería anulado. También sería anulado si reclamara lo que hubiera faltado o disminuido al final del plazo. No sería lícito establecer la condición (šart) del pago al contado (naqd) si se corriera el riesgo de que el agua se cortara o que se perforara o se destruyera la presa. Sin embargo, si fuera un acto voluntario sería totalmente lícito(5). Por otra parte, si hubiera seguridad de que no iban a suceder estos contratiempos, sería lícito imponer esa condición(6).

La ley también permitiría el arrendamiento del molino

a cambio de productos comestibles o harina. Lo mismo ocurre con las almagaras, ya que se puede pagar con aceite u otros productos semejantes pertenecientes al grupo de los comestibles y de las mercancías. Es igual el caso de las salinas(7), siendo lícito este contrato con la sal porque ésta no sale de ellos, sino que surge de la manipulación a la que se les somete. Pero queda excluida la fruta de este tipo de contratos, hecho que se menciona en la 'Utbiyya./Además, algunos sabios (šuyūj) han aludido a ello y lo han comprobado viendo que se trata de una muẓābana(8). p.275

En el Kitab al-Istignā' se dice que es lícito realizar el contrato de las salinas con todos los comestibles o bebidas porque se trata de un líquido y no hay mal en el líquido, - siendo uno por dos(9). Hay quien dice que no es lícito, aunque se trate de un líquido, porque se extrae, al fin y al cabo, de los comestibles. Ibn Rušd dijo que el contrato de las salinas, con todo el periodo de la sal en un año, es lícito pagarlo con dinares, dirhemes y bienes muebles ('urūd) entregados en el acto o a un plazo (āyāl), sin que exista obstáculo al respecto.

En lo que se refiere al alquiler (kirā') por unos meses determinados, es lícito según la opinión de Saḥnūn, recogida en la 'Utbiyya, aunque existe una opinión contraria, porque la sal puede aumentar o disminuir, como el muqtāt(10). Saḥnūn ha hecho una distinción entre ambas, ya que no hay que manipular las plantas del muqtāt y, en cambio, la sal hay que producirla mediante el trabajo del arrendatario (muktarī), pues hay

que llevar el agua a los estanques o piletas para efectuar la elaboración y, por ello, se trata de un tipo diferente(11).

En cuanto al alquiler de servicios de un hombre (isti'-ŷār), pagado con parte de los beneficios que se obtienen de él, se considera como el caso por el cual el trabajador obtiene el tercio del beneficio (fā'ida). Saḥnūn dice, según se recoge en la 'Utbiyya, que esto es lícito, aunque hay una opinión contraria porque se trata de un alquiler (kirā') por un precio (taman) desconocido(12).

Si se hubiera celebrado el contrato de alquiler (mu-'āmala) ateniéndose a las características de la sociedad (širka), sería obligatorio que fuera lícito, como el caso por el que si los dos hubieran sembrado con la condición de que uno de ellos aportara la tierra y la semilla y el otro socio el trabajo, se consideraría como una muzāra'a(13) lícita.

Así pues, se ha equivocado Saḥnūn en el empleo del término. En cambio, si hubiera tratado este asunto con un término que recogiera estas dos posturas, su legitimidad daría lugar a dos opiniones(14).

Ziyād(15) dijo, basándose en Mālik, que era reprobable que un hombre entregara unas salinas por la mitad, el tercio o alguna parte del beneficio que se obtuviera. Por el contrario, en los Watā'iq de Ibn al-'Aṭṭār(16) se dice que esto es lícito y, además, presenta el siguiente Contrato:

"Fulano entrega a Mengano las salinas que se le reconocen, situadas en tal sitio, para trabajar en sus estanques y

sus acequias y lleve el agua hacia ellos y, además, se encargue de todo lo necesario hasta que se obtenga la sal, recoja toda la que se produzca y la situe en la explanada. Ambos se reparten el producto proporcionalmente: el trabajador obtiene un tercio y el dueño los dos tercios restantes. Contrato celebrado por tal año, después de que ambos estén informados y aprecien el alcance jurídico de lo contratado sobre el particular. En virtud de esto, se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

Si se derrumba el horno, el baño, el molino, o bien si se corta el agua o sucede algo que impida su funcionamiento, el dueño (rabb) no está obligado a repararlo y cuando se repare dentro del periodo de alquiler corre a cargo del arrendatario (muktari), pero éste tiene derecho a recuperar el tiempo perdido de alquiler (kira³) a causa de esa reparación, a menos que se prolongara el tiempo de reparación, como el caso de las tiendas o del horno, y resulte perjudicial (adarra)/para el inquilino (muktari), por lo que podría anular (naqada) el arrendamiento (kira³) (17). Respecto a esto, un mes aproximadamente en relación con un año no se considera un periodo prolongado. p.276

Si el molino no pudiera moler o funcionar por cualquier sublevación (fitna) surgida en el lugar de su ubicación, ocasionando la huida de la gente del lugar, y no viva ni circule nadie por ella, prescribiría (sagata) el arrendamiento (kira³) por parte del arrendatario durante ese periodo. Lo mismo ocurriría si fuera atacada por los ladrones, matando a los habitantes,

hasta el punto de que el arrendatario no pudiera trabajar por miedo e inseguridad imperantes, hecho que daría lugar a la anulación del arrendamiento durante ese tiempo(18). Lo mismo sucede con las hospederías especializadas para transeúntes, si se tuvieran que cerrar a causa de una rebelión (fitna) surgida en la zona, en consecuencia, sería considerado como una calamidad (ŷa'iha). Con los hornos sucede igual, por lo que si se extiende la carestía y el hambre, obligando a la gente a huir del lugar afectado, hasta el punto de que no residiera ningún vecino de los que cocían en dicho horno, o bien disminuyera considerablemente la cocción, sería considerado como una calamidad (ŷa'iha) que posibilitaría la reducción del arrendamiento en proporción al trabajo existente, cuando se conozca el suceso(19). Esta opinión fue expuesta por el hāfiz Abū 'Amrū b. Azhar(20), por Ibn Rāfi' Rā'sahu(21) y algún sabio (šayj) más.

En los Masā'il de Ibn Rušd se dice que si disminuyen los clientes del molino arrendado por un desperfecto sobrevenido al mismo o algo semejante, o bien si disminuyen los viajeros del lugar que residan en las hospederías arrendadas especializadas para ellos, a causa de una sublevación (fitna), o de la inseguridad reinante en los caminos o algo parecido, se consideraría como un defecto (ʿayb) del local alquilado por el arrendatario (muktarī) y, por ello, podría elegir entre dos opciones: continuar con el arrendamiento o devolverlo y anular (fasaja) el contrato.

Si guarda silencio y no hubiera reclamado hasta la -

terminación del plazo, o si hubiera pasado cierto tiempo, está obligado a pagar todo el arrendamiento (kirā') y éste no prescribiría (saqata), a no ser que la gente evacuara dicho lugar - hasta el punto de que el molino se quedara parado y las hospederías vacías. El dueño o arrendador (mukrī) no estaría obligado, si disminuye el beneficio (fā'ida), a rebajar el arrendamiento - al inquilino (muktarī) en una cantidad proporcional a la disminución de viajeros, a no ser que lo haga voluntariamente, pero el arrendatario podría decidirse por concluir el contrato.

También dijo sobre el particular, que si disminuye el comercio en las tiendas porque la gente padeciera una crisis económica, hecho que hace disminuir la compra, no se considera como una calamidad (ya'iha). Lo mismo sucede si las tiendas pertenecen al hubus (22) u otras instituciones; por lo tanto, el procedimiento jurídico (hukm) es el mismo y, en consecuencia, el arrendatario (muktarī) no puede reclamar nada por las causas precitadas.

Se dice en al-Mayālis (23) que si el molino fuera destruido por una avalancha de agua que arrastrara toda la construcción y quisiera el arrendatario (mutaqabbil) construirlo de nuevo a cargo de su propia hacienda (māl) para terminar el periodo del contrato (qabāla), pero se negara el dueño (rabb) diciendo, además, que quisiera anular el contrato (qabāla), se haría la voluntad del dueño.

Siguiendo esta resolución, emitieron un dictamen jurídico (aftā) los miembros de la šurā (24) de Toledo, pero dijo/un ^{p.277}

consejero (mušāwar) que se debía atender la voluntad del arrendatario (mutaqabbal) quien, además, podría recuperar los gastos de la construcción al finalizar el periodo del arrendamiento, - siendo esto lo más correcto, pero el dueño del molino tendría - preferencia para moler sobre otros clientes, siendo ésta la opi nión de Muṭarrif y de Ibn al-Māyīšūn.

Por su parte, Saḥnūn dijo, según se recoge en el libro de su hijo(25), que si la costumbre (sunna) de la ciudad fuera moler por turnos, el dueño del molino no tendría prioridad sobre ninguna persona o cliente que hubiera llegado antes que él con la intención de moler.

Si surgiera alguna disputa por este motivo, se resolvería la situación planteada entre ambos atendiendo a la tradición (sunna) de su ciudad. Por tanto, la persona que llegue con anterioridad al molino, llevando su grano, es quien tiene prioridad sobre los demás(26).

= NOTAS AL CAPITULO DEL ALQUILER DEL RESTO
DE LOS INMUEBLES URBANOS =

- 1.- Hemos utilizado las fuentes y bibliografía siguientes:
QUIROS, Instituciones, 101-109; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 208-210; NIDO, Der. mus., 367-379; SCHACHT, Introduction, 131-132; MILLIOT, Introd., 640; SURDON, Précis, 125-127; ABDUR RAHIM, Principles, 316-317; Mudawwana, XI, 147-201; SANTILLANA, Ist. II, 231-285; JALĪL, II, 503-538; EI², V, 129 s.v. kirā', DELCAMBRE; EI², III, 1042-1043 TYAN.
- 2.- JALĪL, II, 528, ss., 534; Mudawwana, XI, 165, n° 1668.
- 3.- Hay discusiones entre los malikies respecto a si el precio del alquiler se puede abonar con parte de los productos del bien alquilado; por ejemplo, si se puede pagar el alquiler de un molino de cereales o de una almazara con determinada cantidad de harina molida en el mismo o de aceite extraído en la almazara. La opinión mayoritaria es partidaria de admitirlo y así lo declara, entre otros, Ibn Ḥazm. Vid. NIDO, Der. mus., 373; SANTILLANA, Ist., II, 236; Mudawwana, XI, 49,56, n°s. 1545, 1553; JALĪL, II, 507, nota 37, 511.
Ibn Salmūn, como Jalīl, declara que está permitido.
- 4.- Arroba (rub^c). Medida de capacidad y peso que, por regla general, es la cuarta parte del quintal. Véase, VALLVE, Metrolología-capacidad, 114.

- 5.- La seguridad en la percepción de utilidades a lo largo de un plazo tiene influencia, no sólo en el contrato sino también en la exigibilidad del pronto pago. El pronto pago, espontáneamente ofrecido, es siempre lícito, pero no se puede exigir cuando la percepción de utilidades no esté asegurada por todo el plazo del arrendamiento. QUIROS, Instituciones, 102.
- 6.- Generalmente, se puede exigir el pago inmediato en las casas o inmuebles urbanos, porque el usufructo de los mismos está asegurado. SANTILLANA, Ist., II, 242.
- 7.- Caso que está recogido también por Ibn al-‘Atṭār. Véase Formulario, 199-200, concretamente en 200, donde también se cita la ‘Utbiyya.
- 8.- La muzābana consiste en una compraventa en bloque del fruto, que aún está en el árbol, a cambio de otra cantidad -ésta determinada- de la misma fruta seca. Vid. PELTIER, Ventes, 151-152, 171, 173; SANTILLANA, Ist., II, 182-183; - JALĪL, II, 201.
- 9.- Tal vez quiera decir una medida de los productos comestibles o bebidas citados, ya elaborados, a cambio de dos medidas de la materia prima de las salinas.
- 10.- Es una determinada clase de alfalfa
- 11.- Se trata de la misma argumentación expuesta antes. Véase nota 6 de este capítulo.

- 12.- SANTILLANA, Ist., II, 260. La incertidumbre del precio - que se le debe pagar al trabajador es manifiesta porque - dicho precio pagado en especie varía según la dificultad del trabajo, las características de la materia trabajada y las circunstancias de cada caso.
- Quirós afirma que en el caso de alquiler de servicios hay mayor tolerancia que en las ventas y pone el ejemplo del corretaje en los zocos, contrato en el que se paga - un tanto por ciento del producto de la venta. Véase Instituciones, 104.
- 13.- Véase el capítulo dedicado al estudio de la muzāra'ca infra.
- 14.- Se trata de la opinión de Ibn Salmūn.
- 15.- Ziyād b. 'Abd al-Rahmān (m. 204/819). Se le conoce también por Šabtūn. Discípulo directo de Mālik^h introductor del Muwatta' en al-Andalus.
- 16.- Formulario, 199-200, aunque el texto no es idéntico porque el de Ibn al-'Atṭār es algo más amplio.
- 17.- SANTILLANA, Ist., II, 240, 246. El propietario no está obligado a realizar las reparaciones necesarias si el perjuicio es grave, pero, por su parte el arrendatario puede rescindir el contrato de alquiler. Los malikíes andalusíes permitieron estipular una cláusula en este tipo de contratos -concretamente en el alquiler de un molino, cuando - faite el agua que haga funcionar el mecanismo del molino- por la cual el arrendatario tendría que pagar el alquiler

- completo del mismo, a pesar de esa circunstancia.
- 18.- Véase este caso en Mudawwana, XII, 38, nº 1772.
- 19.- Otras causas que pueden dar lugar a la reducción del precio del arrendamiento o a la rescisión del contrato vid. JALĪL, II, 519-522.
- 20.- Abū 'Amrū b. Azhar puede ser el primero de los dos juristas que presentamos en el nº 32 de la "Relación de personas".
- 21.- Es posible que se trate del primer alfaquí que presentamos en el nº 55 de la "Relación de personas".
- 22.- Son las instituciones pías que tienen por objeto el usufructo de determinada propiedad, donada con fines caritativos. Véase MILLIOT, Introd., 537, 573.
- 23.- al-Mayālis es una obra de tema jurídico que puede ser tanto del egipcio Aṣbag b. al-Farāy (m. 225/840), como de - Ibn al-Qāsim (m. 191/806). Véanse los autores y obras citados por Ibn Salmūn en la relación que de ellos ofrecemos.
- 24.- La šurà es el Consejo de alfaquíes encargado de asesorar al cadí o al soberano para la resolución de determinados casos jurídicos.
- 25.- Se trata de Muḥammad b. Saḥnūn (m. 256/870), alumno de su propio padre. En cuanto al libro, creemos que es el titulado Navāzil al-salāt. Véase el nº 59 de la "Relación de personas", citadas por Ibn Salmūn.

26.- Como en otros casos, la tradición local juega un papel de
cisivo para resolver determinadas cuestiones que se plan-
tean los juristas.

/ - - - - - /

CAPITULO DEL ARRENDAMIENTO (KIRĀ²) DE LA TIERRA (1)

p.277

Existen varias opiniones sobre el arrendamiento de la tierra. La primera de ellas declara que no es lícito el arrendamiento (kirā²) de la tierra por ninguna clase de comestible, ni por ningún producto que crezca en la tierra, como pueden ser el algodón y el lino; opinión que se recoge en la doctrina (madhab) de Mālik y se respeta por la mayoría de sus discípulos(2), excepto si se tratara de la caña, la madera, el sándalo o productos similares que no hayan de sembrarse particularmente(3). Los comestibles se consideran equivalentes a los productos que se siembran, como el trigo o semillas parecidas, y también a los que no se siembran, como la carne, la miel y otros productos parecidos a estos. Así pues, para todos estos casos sólo existe una única norma (hukm) (4).

La segunda es partidaria de declarar lícito el arrendamiento (kirā²) de la tierra por toda clase de comestibles o por otro producto, excepto el trigo y otros cereales parecidos, siendo esta la opinión de Ibn Nāfi³ (5).

La tercera considera lícito su arrendamiento (kirā²), por cualquier clase de comestibles o por otro producto en general.

La cuarta mantiene que no es lícito su arrendamiento (kirā²) por un producto que repita en la tierra su germinación, sin embargo, se declararía lícito por cualquier otra clase de comestibles u otros productos, siendo ésta la opinión de Ibn -

Kināna(6).

La versión de Yahyà(7) está tomada de Mālik y considera que su arrendamiento no es lícito por parte del producto - recogido de la misma. En consecuencia, si llegara a suceder, - tendría que anularse (fasaja) y, en el caso de que continuara - en vigor, el arrendamiento de la tierra sería igual al precio - del arrendamiento de una tierra de sus mismas características. 'Īsà b. Dīnār dijo: "Apruebo que una persona arriende su tierra de acuerdo con una de las opiniones (aqwāl) citadas y no lo rescindo". Ese arrendamiento de la tierra puede observarse teniendo en cuenta dos aspectos: La tierra cuya cosecha esté asegurada y la que ofrezca dificultades de algún tipo que puedan impedir - que se produzca una cosecha segura(8).

La tierra que ofrece una cosecha segura es la que se riega con el agua de los ríos, de las fuentes y de los pozos - excelentes, cuyas aguas son suficientes para regar la tierra en cualquier momento. Este tipo de tierra se puede arrendar por - dos o tres años seguidos, o más, incluso por diez años. Otros - dicen que es lícito arrendarla incluso por veinte años y en ella es lícito imponer la condición del pago en metálico (naqd) del arrendamiento.

Se considera que en este tipo de tierra se debe incluir la del Nilo de Egipto, porque no falta a esa garantía.

Ibn Faṭḥūn dijo que también se incluiría la tierra - que tuviera algunas zonas de muy buena calidad, como las hoyas, cultivadas tradicionalmente, a las que no les falta el agua/para

sembrarlas ni para cultivarlas, ya que tienen suficiente cantidad para evitar el riesgo de la sequía y poder terminar el cultivo, aunque no llueva, por lo que esta tierra se puede incluir en esa categoría.

La tierra de secano se considera aquella donde llueve frecuentemente, de tal forma que recibe el agua casi todos los años, o sea, que le falta rara vez, y pertenece también a ese tipo de tierra.

La tierra del Nilo se clasifica según este tipo de tierra. En cambio, sobre la tierra de al-Andalus existen diferentes opiniones por lo que se plantea la siguiente cuestión(9) ¿al-Andalus pertenece a este tipo de tierra o no?. La opinión de Ibn Habīb, basada en la de Ibn 'Abd al-Hakam y en la de Aṣ-bag, se inclina a considerar la tierra de al-Andalus igual a la de Egipto, pero, por el contrario, Muṭarrif e Ibn al-Mayīṣūn - consideraron que no era como la de Egipto y, además, dijeron - que se basaban en que 'Umar b. 'Abd al-'Azīz(10) había considerado reprobable el pago en metálico en el alquiler de la tierra del Nilo. ¿ Como, entonces, podría llevarse a cabo en la tierra de al-Andalus, puesto que la lluvia le perjudica algún año?(11)

En cuanto a la segunda parte, que trata sobre la tierra que no ofrece cosecha segura, diferente de la tierra que se ha citado anteriormente, se considera que es la tierra que tiene suficiente cantidad de agua y se puede sembrar, pero luego no acaba de madurar lo sembrado salvo que llueva, o algo así. Este tipo de tierra no permite establecer la condición del pago en -

metálico, condición que se puede imponer en el otro tipo de tierra que, con agua abundante, permite que termine el ciclo de la siembra.

El contrato de arrendamiento (kirā') es lícito que se realice hasta un máximo de diez años (12), según Ibn al-Qāsim y la mayoría de los narradores. Por el contrario, Ašhab opinaba - que el arrendamiento (kirā') sólo era lícito por un año, ante la espera de la lluvia abundante y la posibilidad que existiera de cultivarla para suscribirlo.

En relación con el arrendamiento (kirā') de la tierra que garantice la cosecha se escribiría un Contrato:

"Fulano arrienda (iktarā') a Mengano todas las propiedades de regadío que se le reconocen como suyas en tal aldea, cuyos límites (hudūd) son tales, con sus derechos (huqūq), sus utilidades (manāfi') y las particularidades que reúne. Arrendamiento (iktirā') legítimo, que se acuerda por tanto tiempo, contratado por un alquiler cuya cantidad es tal, de la que toma posesión (qabada) el arrendador (mukrī), ya que es tierra de regadío que ofrece cosecha segura, o bien que pagará a tal plazo - (aḡal). Por lo que el arrendatario toma posesión efectiva (nazala) de lo arrendado para aprovecharse del beneficio que la misma ofrece, conociendo el alcance jurídico del mismo. En virtud de ello se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

En relación con la tierra de secano o la que no ofrezca garantía de cosecha segura, se escribiría un Contrato:

"Fulano arrienda (iktara) a Mengano todo el terreno de secano, reconocido como suyo, que está situado en tal sitio y tiene tales límites (hudūd), durante el período de un sólo año, cuyo principio es tal día de tal mes de tal año, que pagará a tal plazo (ayal). El arrendatario (muktari) toma posesión efectiva (nazala) de la tierra arrendada para aprovecharse del beneficio que la misma ofrece, siendo conocedor del alcance jurídico del acto realizado. En virtud de ello se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

Si el período de tiempo se prolongara durante dos o tres años habría que mencionarlo en el contrato, según la opinión (madhab) de Ibn al-Qāsim.

Si la tierra contratada reuniera zonas de regadío y de secano, lo más correcto sería que/se escribiera en dos contratos (naqd). Si se realizara en uno sólo también sería lícito pero no se podría imponer como condición el pago en metálico (naqd) en parte alguna del arrendamiento. Sin embargo, dicho pago estaría permitido sólo si se acordara de forma voluntaria. p.279

El arrendamiento de todas las tierras debe realizarse especificando el tiempo de duración del contrato. En consecuencia, estaría permitido el arrendamiento de una tierra por un contrato anual, como sucede en los inmuebles urbanos (ribā) (13). También sería lícito, en el marco de una tierra destinada a la siembra, contratar el cultivo de determinadas hoyas (14) mediante un arrendamiento (kirā) mensual pero, además, cada una de -

las dos zonas tendría que desmembrarse, según el contrato anual o mensual, de la parte que no se siembre. En cambio, si se sembrara toda la tierra sería obligatorio el arrendamiento por un tiempo que debe especificarse.

La tierra podría pertenecer al tipo de las que se siembran y se cultivan durante todo el año, como la utilizada para la siembra de verduras y legumbres, o bien al tipo de las que se cultivan sólo parte del año, como sucede con la tierra destinada a la siembra de cereales(15).

En la tierra que se puede sembrar durante todo el año, el contrato anual entra en vigor a tenor de la fecha del contrato y termina al cumplirse el año, según la fecha de dicho contrato. En la tierra que se siembra sólo parte del año, el comienzo de éste sería el momento de la siembra, o el momento de empezar su cultivo, como sucede con los cereales(16). Por otra parte, si se tratara de tierra que necesita poco tiempo para el cultivo, acabaría con la recolección de lo sembrado y el arrendatario no podría tener nada el resto del año. A pesar de ello, no se reduciría parte alguna del arrendamiento (kirāʿ) anual, por lo que podría disolver el contrato y la tierra pasaría a poder del propietario de la misma.

Si se acabara el período del arrendamiento (kirāʿ) y aún hubiera en la tierra producto sembrado u hortalizas sin madurar, no le estaría permitido al dueño de la tierra arrancarlo, ni comprarlo(17). Sobre el particular dijo uno de los juristas (ṣuyūj) de Qayrawān que el propietario podría comprarlo pero, -

según Ibn al-Qāsim, ése no puede hacerlo, por lo que se dejaría lo sembrado hasta que alcanzara su perfecta maduración y, en contrapartida, el arrendatario tendría que pagar el arrendamiento correspondiente a ese tiempo(18). Hay quien opina que el precio a pagar debería ser superior al del arrendamiento de la tierra o al del arrendamiento correspondiente(19).

Ibn Ḥabīb dijo que si se sembrara la tierra sabiendo que el arrendamiento (kirā) acabaría antes de que el cultivo completara su formación, el dueño (rabb) de la misma podría arrancar lo sembrado y anular(afsada) el contrato, o bien, tomar el arrendamiento. Si se sembrara pensando en esta posibilidad, el dueño de la tierra no podría anularlo y, en contrapartida, el arrendatario tendría que pagar el arrendamiento (kirā) correspondiente(20).

Si hubiera fruto en la tierra, sería lícito condicionarlo en el caso de que fuera dependiente de ella. Lo mismo sucedería si hubiera en la tierra algún cereal sembrado, o legumbres. Así pues, el arrendatario (muktarī) podría imponerlo como condición según las cuatro cláusulas (ṣurūt) existentes en relación con la fruta, que son: Que hubiera impuesto como condición la totalidad del producto; que estuviera maduro antes del término del período; que se propusiera pagar el perjuicio ocasionado a la propiedad y que el fruto estuviera supeditado a la tierra (21). Si el fruto representara menos del tercio se consideraría dependiente por acuerdo de los juristas (bi-ittifāq). Pero, si aquel fuera superior al tercio no estaría subordinado, según ellos.

En relación con el tercio existen dos opiniones. Si el dueño de la tierra excluyera una cantidad determinada de fruto para sí mismo, haciendo entrar/el resto en el arrendamiento (ki-rā ^{p.280}), estaría prohibido según la opinión de Ibn al-ʿAṭṭār(22), pero, por el contrario, lo autorizó Ibn Abī Zamanīn(23), añadiendo que él consideraba que el dueño de la tierra podría reservar se determinada cantidad de agua contenida en unos estanques o -diques, y, además, el arrendatario (muktarī) tendría que sembrar la tierra y hacerse cargo de los gastos hasta completar el cultivo, aunque la semilla no iría a cargo del arrendatario.

Las calamidades agrícolas (ŷā'ihā)(24) en la tierra arrendada.

Se considera una calamidad a la sequía pertinaz hasta el punto de secar lo sembrado. La misma consideración tienen - los charcos formados por la lluvia de agua salobre hasta el punto de que echen a perder el cultivo(25). Lo mismo ocurre con la pérdida de la cosecha a causa de las larvas y de las ratas de - tierra, ya que esto está considerado como una calamidad (ŷā'ihā)(26).

Si se echara a perder la totalidad del cultivo a causa de una de estas calamidades, prescribiría todo el arrendamiento. Si las pérdidas afectaran sólo a una parte del cultivo habría que descontar la parte correspondiente del arrendamiento(27).

Ibn Fathūn dijo que había que plantearse la cuestión siguiente: ¿Cuanto produce esta tierra de promedio?. Si se res-

ponde que seis habbāt(28) y afectara la calamidad a tres habbāt pagaría la mitad del arrendamiento (kirā³). Si afectara a dos se reduciría en un tercio, aunque cierto jurista dijo que sólo se debería pagar lo que hubiera germinado, sin aumento, pues no había nada obligatorio. Lo mismo ocurriría en el caso de los dos habbātayn teniéndose que pagar la cantidad proporcional de los gastos. Aparte de los ya mencionados, no se consideran como calamidades otros perjuicios o sucesos que afecten al arrendamiento, como pueden ser el calor, el frío, los saltamontes u otros(29). En consecuencia, sería obligatorio pagar todo el arrendamiento, aunque estas calamidades (ŷā³iha) hiciesen desaparecer la totalidad del cultivo.

Se le preguntó a Ibn Rušd sobre el caso siguiente: - Siendo primavera sobreviene una helada a determinado cultivo y más tarde le afecta una sequía, por lo que, después de esto, ¿estaría el arrendatario obligado a pagar el arrendamiento (kirā³)?.

Y dijo: Si viene a continuación la sequía hasta el punto de que se sabe que, si bien la semilla se libró de la helada, perecerá a causa de la sequía, prescribiría dicho arrendamiento. Esta opinión la expuso en sus Masā³il.

En el caso de que sobreviniera a la tierra una sequía y luego se formaran charcas, antes de la época de la siembra, y permaneciera esta situación hasta que hubiera pasado dicha época, prescribiría el arrendamiento (kirā³) establecido, pero si desapareciera el mal en esa época siendo posible sembrar, sin -

que hubiera sembrado, no prescribiría el arrendamiento mencionado (30).

Ibn Fathūn dijo que si estallara una guerra civil en el lugar e impidiera la siembra, también prescribiría el arrendamiento (31).

El contrato de arrendamiento en los bienes habices - (ahbās) sólo se puede realizar por un período de dos años como máximo, pero Aṣhab dijo que sería lícito realizarlo incluso durante un período de tiempo superior al mencionado, como sucede en el caso de los bienes habices (ahbās) de las mezquitas y en el de las tierras de mala calidad y otros semejantes casos en los que sería correcto arrendarlas hasta por cuatro años e, incluso, por un período superior (32). En el Awwal de Ibn Sahl (33) se trata este tema en relación con la tierra. En cuanto a las casas, las tiendas y otros inmuebles parecidos a éstos, se haría año tras año.

En el caso de que el arrendatario (muktarī) recolecta p.281
ra su siembra, /sobreviniera el frío y se derramara por la tierra algún grano, de tal forma que creciera al año siguiente dicho grano, pertenecería al dueño de la tierra y no al arrendatario (muktarī) (34).

Aṣbag dijo que el caso de la persona que siembra como en su tierra y se retrasa la planta, hasta el punto de que llega a desesperar de ella, y arrienda (akrà) la tierra a otro que, a su vez, siembra cohombros, de tal forma que crece el comino entre los cohombros, se resuelve dando el comino al dueño

de la tierra, quien tomaría el arrendamiento atendiendo a la cantidad de cada producto: tal cantidad por el comino y tal otra por los cohombros. En el caso de que el comino causara daño a los cohombros, hasta hacerlos disminuir gravemente, no puede arrancarlos, sino que tiene que descontar la cantidad correspondiente del arrendamiento, a tenor de los perjuicios causados a los cohombros del otro. En el caso de haberlos eliminado en su totalidad, prescribiría el arrendamiento (kirā³) y esta calamidad se consideraría como si se hubieran plantado y no hubieran crecido(35).

= NOTAS AL CAPITULO DEL ARRENDAMIENTO DE LA TIERRA =

1.- Las fuentes y bibliografía consultadas para anotar este capítulo son las mismas, en términos generales, que las de los capítulos precedentes dedicados al arrendamiento de bienes inmuebles, y son las siguientes:

SCHACHT, Introduction, 131-132; MILLIOT, Introd., 640, SANTILLANA, Ist. II, 231-285 y especialmente 247-254; JALĪL II, 503-538 y especialmente 528-538; EI² V, 129 s.v. Kirā', DELCAMBRE; Mudawwana, XI, 147-201, n° 1643-1726; ABDUR RAHIM, Principles, 316-317; Muwatta', 388; NIDC, Der. mus., 367-379; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 208-210; QUIROS, Instituciones, 101-109 y concretamente 108-109; SURDON, Précis, - 125-127.

2.- La doctrina tradicional prohíbe el pago del arrendamiento en cosas producidas por la tierra -alquilada o no-, aunque no sean comestibles, como el algodón, y en comestibles, - aunque no los produzca la tierra, como la miel. Vid. QUIROS, Instituciones, 109; Mudawwana, XI, 185, n° 1696.

3.- Se considera lícito entregar estos productos nacidos de la tierra porque su crecimiento es independiente del cultivo de la tierra realizado por el hombre, así pues, adquieren una existencia propia. Tienen la misma consideración los minerales porque su existencia no es obra del hombre. Véase

Mudawwana XI, 187-188, n°s. 1696, 1697; JALĪL, II, 506.

4.- Véase Ibn 'Āsim v. 1034, ss. apud SANTILLANA, Ist., II, 248.

5.- 'Abd Allāh b. Nāfi' (m. 186/802). Destacó sobre todo en el ámbito de las tradiciones y sucedió a Mālik en el cadiazgo de Medina.

6.- Ibn Kināna (m. 213/828). Jurista andalusí, alumno de Ibn al-Qāsim, que llegó a ser cadí supremo de Córdoba. Véase el n° 45 de la "Relación de personas".

7.- Se trata del ilustre jurista malikí Yaḥyà b. Yaḥyà (m. 233 ó 234/847 ó 849). Se aprovechó de los amplios poderes de carácter político y jurídico que ostentó para implantar la doctrina malikí en al-Andalus.

8.- Acerca de estas dos categorías de inmuebles rústicos véase Mudawwana, XI, 161, 170, 173, n°s. 1662, 1676, 1679; JALĪL, II, 529, 532, 533.

9.- Esta cuestión está recogida por Makki al enumerar y comentar las cuestiones en que los andalusíes siguieron la opinión de al-Layṭ, una de las cuales es considerar lícito el pago de arrendamiento de tierras con una parte de los frutos obtenidos de ellas. Se basa entre otros en Ibn Salmūn, véase Aportaciones, 164-165.

- 10.- Se trata del califa 'Umar II, cuyo mandato se extendió del año 717 al 720. Se caracterizó por su gran religiosidad y, en política, por las diferentes reformas que llevó a cabo, no siempre bien acogidas.
- 11.- En otras palabras, que si en la tierra regada por las aguas del Nilo está permitido pagar el alquiler con parte de la cosecha, ¿cómo no va a estar permitido en al-Andalus?
- 12.- Incluso hasta cuarenta años, según Jalil. Vid. JALĪL, II, 529; Mudawwana, XI, 161, 178-179, 183, n.ºs. 1164, 1687-1689, 1692.
- 13.- Cf. El capítulo dedicado al alquiler de los inmuebles urbanos en páginas anteriores.
- 14.- La determinación de la parte arrendada es obligatoria para que el arrendamiento no sea aleatorio. Véase SANTILLANA, - Ist., II, 249; NIDO, Der. mus., 376.
- 15.- QUIROS, Instituciones, 108. Las tierras que produzcan varias series de frutos pueden ser alquiladas hasta por un mes.
- 16.- Si no se ha establecido un plazo se entiende que el contrato de arrendamiento se ha realizado por el tiempo necesario para permitir al arrendatario recoger la cosecha del inmueble arrendado. SANTILLANA, Ist., II, 252.
- 17.- SANTILLANA, Ist., II, 252.

- 18.- El arrendamiento complementario se pagaría a tenor de la estimación de los peritos. Véase Mudawwana, XI, 180, nº 1689. Sin embargo, Ibn Yūnus hace pagar el arrendamiento sobre la base establecida en el contrato. SANTILLANA, - Ist., II, 252-253; NIDO, Der. mus., 376; SCHACHT, Introduction, 131.
- 19.- La opinión citada en el texto es la de Ibn Ḥabīb, según Santillana. Véase JALĪL, II, 531 y nota 289. Parece ser - que Ibn Salmūn ignora esta circunstancia.
- 20.- Se trata de la opinión de Ibn Salmūn que, a la vez, es la mayoritaria en la escuela malikí.
- 21.- Algunas de estas cláusulas están recogidas por QUIROS, Instituciones, 108 y SANTILLANA, Ist., II, 239.
- 22.- No hemos podido localizar la opinión de Ibn al-‘Aṭṭār en el formulario editado por Chalmeta y Corriente.
- 23.- Ibn Abī Zamanīn (m. 399/1008), célebre jurista natural de Ilbira, autor entre otras obras de un tratado sobre escrituras notariales titulado Muṣṭamal, citado en alguna ocasión por Ibn Salmūn.
- 24.- Véase el libro que dedica la Mudawwana exclusivamente a las calamidades agrícolas (ḡawā'ih); Mudawwana, XII, 25-39, nºs. 1756-1774.
- 25.- Mudawwana, XI, 70, nº 1572; XII, 37-38, nºs. 1771-1772.

- 26.- Todas estas causas se consideran inherentes al propio inmueble y, por lo tanto, eximen al arrendatario del pago del alquiler. Véase: JALĪL, II, 533 ; LOPEZ ORTIZ, Des mus. 210.
- 27.- SANTILLANA, Ist., II, 251.
- 28.- Habbāt, medida de peso = 1/6 de dinar. Es sólo un ejemplo puesto por Ibn Fathūn.
- 29.- Mudawwana, XII, 37-38, nº 1772. No se consideran como calamidades porque no provienen del mismo inmueble sino que son provocadas por agentes exteriores.
- 30.- Este mismo caso está recogido en la colección de fétuas reunidas por al-Wanšarīsī. Véase AMAR, Fétvas, XIII, 52.
- 31.- La causa es que estalle o se desarrolle en la época de la siembra. En otro caso no daría lugar a la rescisión del arrendamiento.
- 32.- Los administradores del hubus no pueden conceder estos bienes en alquiler por un periodo superior a tres años, a no ser que el arrendatario sea uno de los beneficiarios de la fundación, caso en que se puede hacer hasta por un periodo de diez años. SANTILLANA, Ist., II, 238.
- 33.- La opinión de Ibn Sahl la recoge Santillana, aunque no cita la fuente. Véase Ist., II. 238.

Por lo que se refiere al título de la obra de Ibn Sahl hemos de decir que no tenemos conocimiento de que el men-

cionado autor haya compuesto ninguna obra bajo ese título; creemos que puede ser el primer libro de sus Ahkām.

34.- Mudawwana, XI, 198, nº 1719. Es diferente cuando se siembra una tierra y no crece la semilla hasta el año siguiente.

35.- El caso por el que se hubiera sembrado una tierra y no hubiera crecido la semilla hasta el año siguiente, aparece recogido en JALĪL, II, 532, nota 291. Según estas circunstancias, la cosecha pertenecería al arrendatario pero, en contrapartida, debería pagar al propietario del terreno - el arrendamiento correspondiente a aquel año.

/ - - - - - /

CAPITULO DEL ALQUILER (KIRĀ³) DE VESTIDOS Y OTROS OBJETOS (1)

p.281

Está permitido el alquiler (kirā³) de los vestidos, - las tiendas, las sillas de montar, las bridas o correaes y todas las cosas concretas que se puedan reconocer después de haberlas alquilado, pero no es lícito alquilar lo que no se pueda reconocer, como sucede con los dinares o los dirhemes, las marmitas y utensilios de alfarería y otras cosas semejantes(2).

Hay quien dice que es posible alquilar (kirā³) las cosas que luego no se puedan reconocer, si su dueño tiene necesidad de ello. Lo mismo sucede con el arrendamiento de un ejemplar coránico para su lectura(3). El precio del alquiler para secar la ropa se considera desde dos perspectivas diferentes y lo mismo sucede si se trata de joyas, alquiler permitido por Mālik, según el relato de Ibn al-Qāsim, aunque se alquile al peso(4).

Hay quien dice que el alquiler (kirā³), en cierta manera, está vinculado a la compraventa (bay^c), pero también se opina que debe estar relacionado con los objetos que pierden parte de sí mismos con el uso, por lo que a cambio se tendría que tomar determinada cantidad de oro o de plata. Se escribiría sobre el alquiler (kirā³) del objeto en cuestión el siguiente Contrato:

"Fulano alquila (iktarā) a Mengano tal vestido cuya descripción es tal, o tal falda cuya descripción es tal, o un collar de perlas compuesto por tales piezas, a cambio de tal -

precio durante tanto tiempo. El arrendador (mukrī) toma posesión (qabada) del precio del alquiler y entrega el objeto, por un periodo de tiempo que termina en tal fecha. Por su parte, el arrendatario toma posesión (qabada) del objeto alquilado y se le transmite su posesión para que lo utilice en su beneficio (manāfi). En virtud de lo cual se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

Comentario: El arrendatario (muktarī) no garantiza (lā damān) los deterioros de las joyas, del vestido, o las cosas semejantes ya mencionadas, a no ser que abuse u obre con negligencia(5). El que alquila ropa con la intención de usarla y al coger un candil cae algo sobre la ropa, llegándola a estropear, tiene que hacerse responsable (dāmin) de los desperfectos ocasionados. Lo mismo ocurre si cayera algo de lo que sostiene en su mano sobre alguien que permaneciera sentado.

Si alegara (idda) que había perdido la ropa o que había sido robada, habría que creerlo, después de prestar juramento (yamīn)(6) y, en consecuencia, se debería/respetar su palabra, fuera digno de crédito (ma'mūn) o no, pero debería pagar todo el alquiler (kirā), a menos que presentara una prueba (bayyina), demostrando que se había perdido antes de llegar a alquilarla y lo hiciera público, por lo que, en este caso, pagaría parte del alquiler a tenor del uso que hubiera hecho de ella.

También se le debería de creer en el caso de que dijera que se la había entregado a su dueño, con la obligación de prestar juramento (yamīn) sobre el particular, salvo que hubiera

tomado posesión (qabada) de ello mediante contrato (‘aqd) o en presencia de testigos, por lo que debería devolverlo también - en presencia de testigos.

En los Masā’il de Ibn al-Ḥāȳy se dice que si una mujer perdiera algunas joyas y dijera que las había tomado alquiladas, a lo que se opuso la dueña de las joyas diciendo que se las había prestado. En este caso, si la dueña suele alquilarlas, la opinión a tener en cuenta sería la de la arrendataria, o sea, - la que perdió las joyas. En consecuencia, se anularía su responsabilidad (damān). Pero si la dueña no tuviera la costumbre de alquilarlas, se tendría en cuenta su palabra, porque no se puede extraer de una persona más de lo que ya haya confesado (aqarra).

El cadí Abū ‘Abd Allāh (7) dijo que la más correcta - era la primera opinión, es decir, la palabra de la mujer que - había perdido las joyas después de alquilarlas. Pero Aṣḥab es - partidario de la segunda opinión. Por lo que se refiere a la - opinión de Ibn al-Qāsim, hay que decir que se mostraba favorable a la dueña de las joyas, siendo este caso igual al de la persona que afirma haber concertado un contrato de préstamo (qard) y, - por el contrario, la otra parte dijera que se trataba de un contrato de sociedad comanditaria (qirād).

NOTAS AL CAPITULO DEL ALQUILER DE VESTIDOS Y OTROS OBJETOS.

1.- Las fuentes y bibliografía utilizadas para este capítulo - son básicamente las mismas de los capítulos anteriores.

NIDO, Der. mus., 367-379; LOPEZ ORTIZ, Der. mus., 208-210; QUIROS, Instituciones, 131-132; IBN AL-^ṢATTĀR, - Formulario, 194-198; SANTILLANA, Ist., II, 231-247; JALĪL, II, 503-522; EI² V, 129 s.v. Kirā' DELCAMBRE; Mudawwana, - XI, 44-104, n° 1543-1609.

2.- Esta norma restringe la general que permite alquilar todos los bienes muebles o inmuebles cuyo usufructo sea lícito. Nido, Der. mus., 373.

3.- Los libros, y entre ellos el Corán, pueden ser alquilados para ser vendidos. También se puede convenir un salario al mes por enseñar el Corán. NIDO, Der. mus., 373 ; QUIROS, Instituciones, 103.

4.- SANTILLANA, Ist., II, 234.

5.- El arrendatario no debe destinar el bien alquilado a fines contrarios a su naturaleza y si, después de ser amonestado por el juez, insiste en usarlo indebidamente puede verse - privado del mismo. JALĪL, II, 522, 524 y nota 206; NIDO, - Der. mus., 374.

6.- JALĪL, II, 535,536, donde se recogen casos en los que el juramento juega un papel decisivo para dar la razón a uno de los dos contratantes.

7.- El cadí Abū 'Abd Allāh creemos que es Ibn al-Ḥāȳy (m. 529/1134), qadī l-ŷamā'a de Córdoba por dos veces. A través de los capítulos traducidos del formulario se puede observar su gran influencia en Ibn Salmūn.

/ - - - - - /

CAPITULO DEL ALQUILER (ISTI'YĀR) DE SERVICIOS (A'ĀL) (1)

p.282

El alquiler de servicios es lícito, pero es ineludible explicar las características del trabajo y la cantidad del salario (uýra)(2).

En virtud de ello, se escribiría un Contrato:

"Fulano contrata los servicios de Mengano, el albañil, o el tejedor, para que realice tal trabajo -y se describe con la máxima precisión- por un salario que asciende a tanto, del que toma posesión (qabada) el asalariado (ayír), o que pagará a tal plazo (ayal), a tenor de la fecha de inicio del trabajo. En virtud de lo cual se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

Comentario (bayān): Ibn Muġīl(3) dijo que el alquiler de servicios se dividía en tres grupos:

El primero de ellos consiste en un contrato por trabajo concluido, como si uno dijera: "Constrúyeme en este lugar - tal edificio a cambio de tal salario". En este grupo no se entrega nada en concepto de salario (uýra) hasta que la obra esté terminada. En el caso de que se destruya parte de lo construido antes de terminar la obra, el trabajador contratado está obligado a construirlo de nuevo.

El segundo grupo consiste en un contrato por trabajo realizado, y es como si uno dijera: "Hazme un trabajo en este lugar. Por cada cosa que hagas te daré tanto dinero". En este grupo hay que pagar al asalariado (ayír) cualquier trabajo que

realice como contraprestación del mismo. En el caso de que hubiera cualquier obstáculo que impidiera la terminación de la obra, por ejemplo el derrumbamiento de parte de lo construido, se aseguraría el patrón de que fue puramente accidental y sin que lo hubiera provocado el obrero (sāni^c) y, en consecuencia, p.283 tendría que volver a construirlo por segunda vez. /

El tercero consiste en un contrato por trabajo garantizado, por sus características, y es como si se trabajara bajo su responsabilidad personal (dimma) para obtener unos resultados, por ejemplo la excavación de un pozo hasta localizar agua, conociendo ambos tanto la dureza del terreno como su humedad, -teniéndose que revestir de mampostería hasta completar el pozo. En este grupo el resultado del trabajo está garantizado con los propios bienes del obrero, vivo o muerto(4).

El alquiler de servicios (iyāra) es un contrato (‘aqd) de obligaciones, por el cual el trabajador (‘āmil) tiene que -trabajar por efecto del mismo contrato. Si no se pusiera a trabajar inmediatamente, en el caso de que fuera por alguna condición (šart), podría aplazarlo lícitamente por dos o tres días. En cuanto al pago de su salario, se puede contratar con la condición (šart) de retrasado hasta un mes aproximadamente.

Por su parte, Ibn Rušd dijo que el alquiler (iyāra) -de cualquier clase de servicios concretos, como entretejer hilo o coser un traje, se divide en dos partes: La primera de ambas es que los resultados estén garantizados bajo la responsabilidad (dimma) del asalariado (ayīr) y la segunda, que se refiera

a un trabajo determinado.

Por lo que se refiere al contrato acordado bajo la responsabilidad (qimma) del trabajador, no es lícito sino con la entrega inmediata del dinero y, a la vez, con el comienzo inmediato del trabajo, porque si ambos se retrasaran en sus obligaciones se convertiría en un contrato de una deuda por otra (dayn bi-l-dayn), hecho que no es lícito. Así pues, al menos una de las partes, cuando no las dos, debe cumplir inmediatamente su obligación.

Respecto a si se refiere a un trabajo determinado, sería lícito el pago inmediato del salario (uŷra), aunque se retrasara el comienzo del trabajo. En el caso de que no empezara a trabajar sino después de un plazo establecido, también sería lícito dejar de pagarle hasta que empezara a trabajar(5).

Sahnūn relató el siguiente caso, tomándolo de Ibn al-Qāsim, quien a su vez lo había oído de Mālik: Quien emplea a un asalariado (ayīr) para cualquier trabajo concreto, debe exigir el comienzo inmediato del trabajo y no es lícito que se retrase el inicio del mismo, ya que el plazo contratado es el del tiempo del trabajo y no estaría bien el alquiler de servicios que incluyera dos plazos en una misma cosa.

También relató de una persona diferente a Ibn al-Qāsim lo siguiente: Si el plazo se ajusta al tiempo que el asalariado necesita para terminar el trabajo correspondiente es lícito, pero si se retrasara el trabajador se le daría la remuneración equivalente y en el caso de que el plazo fuera pequeño, no sería

lícito contratar dicho trabajo, siendo ésta la opinión de Aṣḥab.

Si el trabajador (ayīr) se pusiera enfermo durante el tiempo del empleo, éste no se rescindiría por la enfermedad adquirida y, en el caso de que se restableciera, estando aún en vigor el contrato de trabajo, estaría obligado a trabajar durante el resto de tiempo y tendría derecho al salario (uḡra) en proporción a la cantidad de trabajo realizado, a no ser que estuvieran de acuerdo en rescindir el contrato (6).

Si el asalariado (ayīr) dijera que estuvo enfermo durante un mes y le replicara el patrón (musta'ayīr) afirmando que estuvo más tiempo, en el caso de que el asalariado estuviera alojado en la casa del patrón, la opinión (qawl) que se tendría en cuenta sería la del último. En caso contrario, la opinión válida sería la del asalariado, quien recibiría su salario o no.

Ésta es la opinión de Ibn al-Qāsim y en ella se basan los juristas (ṣuyūj) para elaborar sus fetuas. Por su parte, Ibn Ḥabīb dijo que la opinión válida era la del asalariado en cualquier caso, si fuera libre, a lo que añadió Abū Ishāq al-Tūmisī (7) que si dijera el asalariado que había trabajado /todo el año, afirmando el patrón que había estado parado tal parte del año, el patrón no tendría razón según la opinión de Ibn al-Qāsim y, en consecuencia, estaría obligado a pagar todo el salario (uḡra), aunque hubo quien opinaba que el patrón tenía razón.

Sahnūn dijo: "Quien emplea a un trabajador para que le edifique algo, o le siegue la cosecha, o lleve a cabo cualquier trabajo y la lluvia le impide trabajar, no tiene obliga-

ción de pagarle sino la cantidad proporcional al trabajo realizado en la jornada (8).

En el Kitāb al-Istignā' se dice que el trabajador debe asistir a las reuniones y a las oraciones de las comunidades y el patrón no puede impedirsele. Pero Ibn Muḡīṭ creía que no le es obligatorio asistir a las reuniones en los dos días o algo semejante a esos dos.

Por lo que se refiere a si discreparan ambos acerca del salario, en el caso de que sucediera antes de empezar a trabajar, tendrían que jurar los dos y podrían rescindir el contrato. Si ocurriera después de terminar el trabajo, la opinión válida sería la del trabajador, pues eso está permitido en el trabajo y en el Kitāb al-Istignā' se dice que el albañil es semejante al trabajador (sanī') porque es lícito para el albañil (9).

No se permite tomar un salario (uḡra) por una práctica religiosa (ḥibāda) determinada. Respecto al imām hay tres grupos de opinión. La primera opinión cree que es legítimo (ḡawāz), la segunda piensa que tiene que estar prohibido y la tercera distingue el hecho de que se dé con otro (trabajo) o no.

En la Mudawwana se permite tomar un salario al encargado de la adāna y de la propia oración conjuntamente; y también es lícito tomar un salario por la enseñanza del Corán, porque no hay mal en ello según la mayoría de los sabios (10). Coincidieron Ibn Ruṣḍ, la Escuela de Mālik -que Dios elevado tenga en su santa Gloria- y la mayoría de los sabios en que el hecho de tomar un salario por la enseñanza del Corán es lícito y el sa-

bio que no permitiera eso tendría que exponer su argumento ante quien lo hubiera declarado lícito porque ellos son la mayoría, en el caso de un trabajo al que no estuviera obligado, por tanto sería lícito que, en relación con ello, tomara su salario(11).

En cuanto al hadīt de los persas, hay que decir que - ocurrió sólo al principio del Islam, cuando la enseñanza del Corán era una estricta obligación personal (fard ʿayn)(12), pero luego caducó y ahora esa estricta obligación personal recae en quien quiera someterse a ella voluntariamente y, por tanto, se puede tomar el salario, respecto a lo cual se emitió una resolución obligando a aprender una parte. En el caso de que se hubiera impuesto bajo condición (šart) o fuera la costumbre (ʿurf), deberían aprender de memoria todo el Corán en opinión de Sahnūn. Otros opinan que depende de la costumbre existente en el lugar respecto a las partes del Corán(13).

Si la comunidad (ʿumma) discrepara sobre el imām en lo referente a la oración, dijo Ibn Mugīt que no podían destituirlo, a no ser que se probara, sin intervenir ellos, alguna - falta religiosa cometida por él en el caso de que lo hubiera empleado el administrador de los habices (šāhib al-ahbās), pero - si lo hubiera empleado la comunidad podrían llevarlo a cabo sin el requisito de la demostración de la falta.

Dijo al-Bāyī(14) que se había detenido en Sevilla ante el caso del imām con el que discrepaban los vecinos y que - emitió un dictamen jurídico por el que si se hubiera levantado contra él un grupo pequeño, no se podría destituir, a no ser que

hubiera alguna prueba contra él/por haber cometido una falta -
religiosa, pero si se hubiera manifestado contra él todo el ve-
cindario, o la mayoría del mismo, se podría relevar de la ora-
ción, pues no podría dirigir la oración (ṣalā) a todo un pueblo
estando éste descontento. p.285

También aludió a esto Ibn Ḥabīb y consultó sobre el -
particular a un cadí de Sevilla, presente en Córdoba; Abū ʿUmar
Aḥmad b. ʿAbd al-Mālik(15) dijo algo parecido a lo anterior y,
sobre el particular, también coincidió otro jurista. Sobre este
asunto emitió una sentencia el cadí, estableciendo que si se -
levantaran por este motivo determinadas personas que no fueran
de justicia (ʿadl) ni de rectitud (ṣalāh), y no hubiera entre -
ellos gente de probada moralidad, no se les tendría en cuenta -
su reclamación. Lo mismo pasaría si la mayoría de ellos no fue-
ra gente de justicia(16).

En los Masāʿil de Ibn al-Ḥāyḡ se plantea el siguien-
te caso: Si la gente de una aldea empleara (istaʿyara) a un -
imām para que dirigiera la oración, con la comida, y realizara
todo lo que fuera necesario, habiendo acordado entregarle un sa-
lario, como el caso por el que se contratan cuatro hombres para
que custodien el ganado vacuno de la aldea, de tal forma que -
salieran a la salida del sol y regresaran al ocaso, y alguno se
negara a pagar su parte correspondiente del salario (uʿyra); se
dice que si estaba de acuerdo con sus vecinos pagaría su parte
correspondiente, pero si no estuviera de acuerdo con ellos no -
la pagaría, a no ser que ello fuera la costumbre (ʿurf) de la -

gente de la aldea sobre el particular, por lo que estaría obligado a ello.

Si los vecinos de una aldea emplearan a un guarda para proteger sus tierras, se escribiría según la costumbre (ḥāda) - que impera entre nosotros, un Contrato (ḥaqd):

"Fulano está obligado a vigilar las tierras de tal aldea durante el verano del año en curso para protegerlas de los animales sueltos, de las manos del enemigo y de la caza violenta. Debe vigilarlas de noche y de día, con todo su interés y esfuerzo(17), desde este momento hasta que termine la maduración de la cosecha, por un salario (uḡra) cuya cantidad es tal parte de los comestibles, cuyo pago debe recibir de los propietarios de las tierras en el momento de la trilla, o bien, que toma posesión de tal parte de la cantidad total y el resto le será entregado a tal plazo. Por lo cual está obligado a respetar en - contrato firmado y a poner todo su esfuerzo. La gente de la aldea está de acuerdo con esto y le redactan un documento que certifica lo aquí expuesto, de su propio puño y letra, para que - sea un testimonio invocable contra ellos en el que se contiene su aprobación sobre el presente asunto, en tal fecha".

Comentario (bayān): Es necesario que se especifique - en el contrato (ḥaqd) la forma de retribución para saber si la va a recibir de cada uno de forma individual, a tenor de la cantidad de tierra sembrada que tenga, o si es colectiva. Si hubiera sido colectiva, sin detallar más, surgirían discrepancias - entre los juristas, hecho que también sucede en todos los alqui

leres de servicios (iyārāt) que se parecen a éste.

Hay juristas que dicen que el asunto debe incumbir a cada propietario de forma particular, pero otros opinan que debe incumbir a cada uno a tenor de la tierra sembrada que tenga. p.286

Algunos dijeron/que si el guarda se tuviera que encargar sólo de la vigilancia, la opinión primera sería aceptable, pero si tuviera más responsabilidades la segunda opinión sería la más aceptable.

Ahmad b. Nuṣayr(18) dijo, en el caso en que un grupo - de personas empleara a quien los proteja de los ladrones o de - otros, que el pago del salario (uýra) se establecería sobre la cantidad de grano cosechado que cada uno de ellos tuviera, así como de sus bienes o del valor de los mismos.

En los Masā'il de Ibn al-Hāy^â se expone que si el vecindario acuerda contratar a un hombre para que vigile sus - huertos, sus viñas o sus tiendas, y uno de los vecinos se niega, éste debe someterse a la opinión general. Y dijo que también - emitió un dictamen jurídico Ibn 'Attāb sobre las casas que supu sieran un gasto al vecindario por su reparación, y uno de ellos se niega a colaborar, por lo que dijo el cadí(19) que esa perso sona estaba obligada a colaborar con sus vecinos, excepto si, - en el caso de las viñas, el dueño de una dice que las vigilaría personalmente o que lo haría su hijo o su hermano. En relación con esto emití(20) una fetua y fui preguntado en Ceuta sobre el caso de determ^{ada} gente, propietaria de sembrados, que contra ta a cierta persona para que se los vigile, y uno de los vecinos

se niega a participar con el resto, diciendo que tenía a uno - que vigilaba su sembrado, por lo que se mantiene aparte del grupo de vecinos. A pesar de ello estos contratan a un vigilante - sin la participación de aquel propietario, de tal forma que nadie llega a vigilar aquel trozo hasta que llega a madurar la cosecha. Sobre este caso emití un dictamen por el cual ellos podían reclamar, al que se había negado a colaborar, la cantidad correspondiente del salario del vigilante.

En cuanto al salario (uýra) debido por la oración del imám dijo que, si hubiera alguien del vecindario que se negara a pagar, no podía ser obligado a ello, ni pueden pronunciarse - en contra suya(21), porque el salario por la oración no está - prohibido pero está mal considerado en sí mismo y porque la participación de aquél es una práctica recomendada (sunna)(22), - pero no llega a ser una obligación. En cuanto a la oración del viernes es necesario que sea obligatorio incluso para quien se niegue a colaborar, porque la participación en comunidad es un estricto deber religioso individual.

En el Kitāb al-Istignā² dijo un consejero, y alguien - más, que si un grupo de personas tiene ganado vacuno o lanar en su aldea, no teniendo ninguno de ellos un pastor que lo vigile, deciden contratar a un pastor para que les guarde su ganado y - una o dos personas de dicho grupo no quieren que les vigile su ganado, o bien si el pastor se niega al deseo del grupo, no se podría obligar al pastor ni a los que cuidan su propio ganado a aceptar el contrato que requería los servicios del pastor, tanto

si se puede vigilar el ganado como si no y cada uno de los dos tendría que vigilar su ganado personalmente. Así pues, que los dos hagan lo que quieran, si cada uno es capaz de guardar su propiedad(23).

Lo mismo sucede con los dueños de los molinos, de los hornos y de los baños, quienes no están obligados a cocer el pan ni a moler para nadie, aunque no hubiera en/el lugar más molinos. Quien quisiera cocer pan o moler grano podría hacerlo, pero no se le obligaría a nadie sobre su propiedad privada ni sobre sus bienes, como sucede en el caso del pastor que no quiere prestar sus servicios a nadie, ya que tendría derecho a ello. p.287

Lo mismo sucede con todos los artesanos y otros obreros, salvo en lo referente a las cosas comunes o de interés general, como el horno, el molino y los baños, en el caso de que no hubiera en el lugar otro establecimiento de éstos y se negara a cocer o a moler para nadie. En este caso se podría obligar (24) a cocer a quien se niegue a ello, por el mismo precio. Por consiguiente, no se le permitiría subir el precio, pues supondría un perjuicio para el vecino o el cliente, y Dios -alabado y ensalzado sea- ha aconsejado la buena vecindad y también ha ordenado el buen trato social y ha permitido que todos se beneficiaran de estas cosas, como el caso del pozo de propiedad privada, que estaría al servicio de todos, y otros casos parecidos, y el razonamiento (qiyās) primero y esto último es conveniente(25).

Unos amigos de confianza me informaron de que los ca-
díes de Toledo habían emitido dictámenes obligando a los panade-
ros a cocer el pan para beneficio de sus vecinos, cuando aqué-
llos se negaron a hacerlo, por el mismo precio de las piezas -
que panificaran para los demás, porque juzgaron que su negativa
a cocer pan era perjudicial.

En el mismo sentido se define la opinión de Ibn al-
Qāsim vertida en el Kitāb al-ŷu'1 (26), que está recogida en el
Šarh (27) de Ibn Rušd, en el caso del sastre que personalmente co-
se, o que contrata a alguien sin fijarle retribución alguna y -
al terminar el trabajo le da cierta cantidad de la que queda sa-
tisfecho, diciendo que no estaba mal. Este caso es igual al del
alfageme o barbero que contrata a alguien y le paga después, y
al del propietario del baño, pero no le pareció bien a Ibn Ḥabīb,
aunque no llegó a prohibirlo.

Se le preguntó a Ibn Rušd acerca del caso de un hombre
que vende a otro determinada mercancía por un precio estableci-
do, a un plazo señalado, y luego el otro quiere que el vendedor
le entregue algunos vestidos o telas para que se las cosa o se
las tinte, pretendiendo descontarlo de aquello.

Y dijo: No es lícito si no ha terminado el plazo de -
tiempo contratado y tampoco si hubiera terminado, a no ser que
hiciera el trabajo de la costura o del tinte sin condición (šart)
alguna y más tarde liquidaran ambos las cuentas, al terminar -
los trabajos.

En el Kitāb al-Istignā' se dice que quien ha sido -

empleado por un año concreto o por un mes concreto para un trabajo determinado(28), como la labranza de un terreno o algo parecido, no puede disolver el contrato antes de cumplir el plazo establecido, pero tampoco el que lo contrató, si se niega a disolverlo alguno de los dos, a no ser que estuvieran de acuerdo mutuamente en la rescisión del mismo. Si uno se niega surgirían las diferencias de opinión sobre el alquiler (uýra).

Algunos de los ýuyūj contemporáneos dijeron que si se expulsara(29) al asalariado antes de terminar el plazo, recibiría su salario (uýra), sus gastos (nafaqa) y su ropa, si se hubieran impuesto como condición hasta finalizar el periodo. Otros juristas dijeron que si se marchara el asalariado (ayir) antes de concluir el periodo, no recibiría nada a cambio de lo que/- hubiera trabajado pues había dejado de cumplir su obligación al haberse negado a terminar el trabajo contratado (mu^cāmala). Con esta opinión está de acuerdo Abū Maymūna(30), alfaquí de Fez, - entre otros. p.288

Juristas diferentes a estos dijeron que no tendría - derecho a la rescisión a no ser que hubiera alegado cada uno de los dos un perjuicio (darar) determinado, un robo, o motivos pa recidos. Y si estuvieran informados de ese alegato (da^cwà), cada uno de los dos tendría derecho a la disolución del contrato de alquiler de servicios (iyāra), por lo que el contratado recibiría la suma correspondiente a lo que hubiera trabajado(31). - El fundamento de esto es que la parte que quisiera interrumpir el acuerdo (mu^cāmala) contratado, tendría que aceptar también -

el abandono de su derecho (haqq), si no hubiera cumplido sus - condiciones (ḡart), porque el salario (uḡra) es obligatorio - hasta el momento de terminar el contrato (caqd) y porque los - musulmanes se ajustan a estas condiciones, y en esto se basa el qiyās y la justicia y el istihsān, por lo que todo el que reali - ce algún trabajo debe obtener algún provecho, siendo convenien - te que se pague al jornalero (ayḡr) su salario. Este es el sen - tido de las dos opiniones anteriores.

En la Mu'allafa de Ibn Lubāba(32) se recoge la opi - nión de Aḡbag b. Jalīl(33) acerca de quien emplea a un panadero para que le haga pan durante un mes, pagándole el salario por - adelantado, sin que llegara a cocer ni tan siquiera una pieza - porque no tenía necesidad de hacerlo, porque se había marchado a otro sitio o bien por otro motivo cualquiera, y dijo que no - le podía devolver nada y que, además, tendría que presentar el pan.

Si el jornalero (ayḡr) no pudiera arar porque se hu - biera roto el arado o por la enfermedad de algún buey, tendría que dársele el salario sin que se redujera por ello cantidad - alguna de la estipulada(34). Pero, si la lluvia impidiera la - labranza o la siembra, la sequía hiciera inabordable la tierra, o padeciera alguna enfermedad el asalariado(35), no se le daría el salario completo, sino que se le reduciría la cantidad co - rrespondiente a los días durante los que estuvo parado por los motivos mencionados con anterioridad, y, además tendría que vi - gilar el ganado vacuno y buscarle pasto, según la costumbre -

vigente en estos casos.

= NOTAS AL CAPITULO DEL ALQUILER DE SERVICIOS =

1.- Es de notar, antes que nada, el término utilizado para designar este alquiler: isti'ýār, por el que este tipo de alquiler se diferencia de los anteriores, referidos al arrendamiento de bienes muebles e inmuebles.

Véanse las siguientes fuentes y bibliografía:

SANTILLANA, Ist., II, 254-269; JALĪL, II, 503-538; EI², III, 1042-1043 s.v. Īdjār, TYAN; Mudawwana, XI, 44-104, n° 1543-1609; NIDO, Der. mus., 367-379; LOPEZ ORTIZ, - Der. mus., 208-210; QUIROS, Instituciones, 101-104; SURDON, Précis, 125-127; SCHACHT, Introduction, 131-132; MILLIOT, Introd., 640; ABDUR RAHIM, Principles, 316-317.

Según Nido (Der. mus., 370) este contrato tiene su fundamento en el Corán (28: 27) en relación con la historia de Moisés que dice: "Quiero darte -le dijo el padre de Sephora- en matrimonio a una de mis dos hijas que ves aquí, con la condición de que me sirvas durante ocho años".

"El contrato de arrendamiento de industria -dice Sīdī Jalīl- exige como todo contrato, capacidad en los contratantes y estipulación de un precio o salario que una de las partes se obliga a pagar a la otra".

2.- Tanto el trabajo a realizar como la compensación debida son considerados como los objetos del mencionado contrato, SANTILLANA, Ist. II, 255-256, 259, y deben estar perfectamente

determinados.

- 3.- Ibn Mugīṭ (m. 459/1067), toledano polifacético, autor de un formulario notarial, de amplia difusión en al-Andalus, conocido por al-Muqni^c.
- 4.- El primer y tercer grupos pertenecen al grupo de los contratos de servicios por obra terminada (ŷu^cl), mientras que el segundo es propiamente el contrato de servicios de un hombre (iŷāra). Mudawwana, XI, 91,92, n^o 1600; JALĪL, II, 512.
- 5.- El patrón sólo está obligado a pagar el salario del obrero contratado desde el día en que éste comience a trabajar. - AMAR, Fétwas, XIII, 68.
- 6.- El alquiler de servicios se puede rescindir por varias causas, entre las que se encuentra la enfermedad del trabajador cuyos servicios han sido contratados. Si la enfermedad le impide volver a trabajar de forma definitiva o por un periodo de tiempo prolongado se puede rescindir sin ninguna dificultad y, en contrapartida, por su trabajo ya realizado, tendría que recibir el salario correspondiente y proporcional. Si la enfermedad es breve o leve no tiene ninguna influencia en el contrato. Mudawwana, XI, 78,85,143, n^os. 1585,1598,1639; JALĪL, II, 521.
- 7.- Abū Ishāq al-Tūnisī (m. 443/1051), ilustre jurisconsulto de Qayrawān, seguidor de las opiniones de Ibn al-Mawwāz.
- 8.- Esta misma resolución fue emitida por Ibn Abī Zayd más de

un siglo después de que lo hiciera Saḥnūn. Véase AMAR, Fétwas, XIII, 67.

9.- En última instancia, corresponde al juez determinar la compensación económica debida al trabajador, según la calidad del trabajo y las circunstancias del caso.

10.- Estos casos particulares y otros están recogidos en la Mudawwana, XI, 61, nº 1557; véase además, JALĪL, II, 511, 512, 513.

11.- La enseñanza del Corán se justifica a) por el hadiz, b) por la práctica habitual de la comunidad musulmana y c) porque, al ser profundo el deseo de aprender el Corán, no se puede temer que disminuya ese interés. Véase JALĪL, II, 511-512, nota 79. Sobre dicha enseñanza véase AMAR, Fétwas, XIII, 70.

12.- Esta obligación debe ser realizada únicamente por la persona en cuestión, sin posibilidad de ser sustituida en la acción por otra. Por ejemplo, el ayuno, la oración ritual, etc. SCHACHT, Introduction, 104; PAREJA, Religiosidad, 48, 91.

13.- La costumbre local es fundamental para pagar el salario correspondiente al que enseña el Corán. De ella también depende la memorización de parte o todo el Corán y la retribución debida, aunque ésta no se haya estipulado en el contrato.

14.- Se trata de Abū l-Walīd al-Bāyī (m. 474/1081), cadí andalusí conocido por la polémica jurídico-religiosa mantenida con Ibn Ḥazm. Experto en masā'il.

15.- Se trata de Ibn al-Makwī (m. 401/1010), alfaquí y muftí cordobés de gran influencia en la jurisprudencia de su época.

16.- Este caso está comentado por López Ortiz. Véase Fatwas, - 127.

17.- El asalariado responde no solo de su falta de diligencia sino también de los daños ocasionados por su falta de conocimiento y práctica profesional. SANTILLANA, Ist., II, 261; Mudawwana, XI, 29, ss. 44 ss., nºs. 1522 ss. y 1543 ss.

18.- Creemos que se trata de Aḥmad b. Naṣr al-Dāwūdī (m. 402 ó 411/1011-1012 ó 1020-1021), aunque también puede ser Aḥmad b. Nuṣayr (o Naṣr) (m. 370/980), cadí de Jaén. Véase la "Relación de personas" nº 17.

19.- El cadí al que se refiere es Ibn 'Attāb (m. 462/1069), gran experto en la redacción de actas notariales y cadí de Toledo y Almería.

20.- Quien emitió la fetwa es Ibn al-Ḥāyī (m. 529/1134).

21.- Véase, sobre el particular, SANTILLANA, Ist., II, 259.

22.- Se trata de una de las cinco calificaciones religiosas que se ocupan de los hechos de los musulmanes. Las otras cuatro son: a) wāyib o fard, hecho obligatorio, con la -

distinción de obligación personal (fard 'ayn) o colectiva (fard kifāya), b) mubāh, diferente, c) makrūh, reprobado y d) harām, prohibido. SCHACHT, Introduction, 104; EI¹, IV, 581-583 s.v. sunna WENSINCK.

- 23.- Otros casos sobre el alquiler de los servicios de un pastor y las circunstancias que los rodean pueden verse en - JALĪL, II, 515.
- 24.- "Ante los cadíes de Toledo se presentaron repetidas demandas contra los explotadores de hornos, que rehusaban prestar sus servicios a algunos de sus convecinos. El principio del libre acuerdo, ni otros complementarios en materia de contratos de arrendamiento, no bastaban para suministrar la solución equitativa de estos conflictos y los cadíes toledanos no tuvieron inconveniente en obligar al hornero a admitir a cocer el pan a cualquier vecino que lo solicitase, mediante el precio que habitualmente recibían los de los demás". Véase LOPEZ ORTIZ, Jurisprudencia, 218.
- 25.- Sobre el dominio de las aguas véase NIDO, Der. mus., 219-226.
- 26.- Mudawwana, XI, 70, nº 1572.
- 27.- Se refiere al Bayān de Ibn Rušd, comentario que realizó a la 'Utbiyya.
- 28.- "Se puede convenir un salario por días, por tareas o a des

- tajo, por hacer un pozo". NIDO, Der. mus., 373.
- 29.- El contrato de salario se rescinde si el arrendatario es expulsado o cesa en el disfrute de la cosa arrendada. NIDO, Der. mus., 374.
- 30.- Ignoramos quien pueda ser este personaje.
- 31.- SANTILLANA, Ist., II, 267-268; JALĪL, II, 519-522; NIDO, Der. mus., 378.
- 32.- Ibn Lubāba (m. 314/926), polifacético personaje cordobés maestro de numerosos juristas de su tiempo y transmisor de la ‘Utbiyya y la Mudawwana.
- 33.- Abū l-Qāsim Aṣḥab b. Jalīl (m. 273/886-887), conocido jurisconsulto malikí cordobés, alumno de los más distinguidos maestros cordobeses y orientales de la escuela malikí, como Yaḥyà y Aṣḥab.
- 34.- Es una cuestión muy discutida por los miembros de la escuela malikí. Saḥnūn cree que se le debe dar todo el salario acordado porque el contratado no ha causado la interrupción del trabajo. Véase SANTILLANA, Ist., II, 268; JALĪL, II, 520, nota 158; QUIROS, Instituciones, 104.
- 35.- Sobre éstos, y otros casos, véase JALĪL, II, 519-522; SANTILLANA, Ist., II, 266, ss.

/ - - - - - /

CAPITULO DEL ALQUILER DE SERVICIOS POR TRABAJO

REALIZADO (ŶU^cL) (1)

vol. II
p. 8

El alquiler de servicios por trabajo realizado (Ŷu^cl) es un contrato lícito que no crea lazos de obligación, según la opinión mayoritaria (mashūr), mientras no se empiece el trabajo (amāl) (2). Cuando se comience a trabajar se crearía una obligación para el patrón (ŷā^cil), aunque hay juristas que dicen - que es obligatorio en cualquier momento, como sucede en el alquiler de servicios (iŷāra). Otros dicen que es obligatorio para el patrón, aunque sólo haya expresado verbalmente (bi-l-qawl) su intención contractual (3).

Una de sus condiciones (sart) es la que estipula que no se puede imponer o fijar un plazo de tiempo para llevar a cabo el trabajo (4). Existen dos opiniones sobre la legitimidad (ŷawāz) de este tipo de contrato, en relación con los diferentes tipos de trabajo que se pueden realizar. Sería lícito en cuanto se refiera a algún trabajo poco importante o de escasa dificultad, como el caso de la venta de ropa, la búsqueda y captura de un esclavo fugitivo (ābiq) y otros casos semejantes (5). Se escribiría, en virtud de esto, un Contrato (aqd):

Fulano promete pagar a Mengano tantos y tantos dineros a condición de que le entregue su esclavo (abd) fugitivo, llamado Fulano, o le venda ropa por tanto dinero, o le excave un pozo en tal sitio. Se compromete a pagarle después de terminar su trabajo. Por su lado, el trabajador (may^cul) empieza su

trabajo a partir de ese momento. En virtud de ello se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

Es lícita la contratación de los servicios de un médico hasta que remita totalmente la enfermedad(6). También lo es en el caso de contratar a un abogado hasta que consiga ganar el pleito(7), pero es necesario mencionar el precio del trabajo, como sucede en el alquiler de servicios (iyāra).

No es lícito decirle a alguien: "Véndeme tal cosa y te daré tal parte del precio(8), en cambio si lo es si dijera: "Quien me traiga mi esclavo fugitivo (ābiq) tendrá como recompensa tanto". Quien rescata a un esclavo tendría derecho a la recompensa (ŷu^c1)(9), supiera o no la existencia de la misma - (10).

Quien devuelva un esclavo o una persona perdida sin - realizar ningún esfuerzo no tendría recompensa por su devolución ni por la información prestada, pues es una obligación que tiene todo musulmán. Si se diera la recompensa de un dinar a - una persona y de dos dinares a otra, deben compartirlos(11). - Algunos juristas dicen que cada uno debería recibir independien - temente lo que le correspondiera, pero otros opinan que ambos - tendrían que compartir lo cobrado(12).

NOTAS AL CAPITULO DEL ALQUILER DE SERVICIOS POR

TRABAJO REALIZADO.

1.- Las fuentes y bibliografía que a continuación presentamos son las que hemos utilizado básicamente para anotar este texto.

Mudawwana, XI, 44-104, n^os. 1543-1609; JALĪL, II, 539-543; DEL NIDO, Der. mus., 367-379; LOPEZ ORTIZ, Der. mus. 208-210; QUIROS, Instituciones, 106-107; SURDON, Précis, - 125-127; SCAHCHT, Introduction, 131-132; MILLIOT, Introd., 640; ABDUR RAHIM, Principles, 316-317; EI² III, 1042-1043 s.v. Īdjār TYAN.

Este contrato también es conocido como pacto condicional, promesa que se hace a cualquiera para que se encargue de un servicio, contrato por obra acabada o bien como destajo. La principal característica que lo distingue del contrato de servicios de un hombre es que no se tiene derecho al salario por el trabajo en sí mismo, sino por la conclusión de la obra contratada.

2.- Es necesario tener en cuenta que el derecho a la compensación surge en cuanto la obra ha sido realizada, no antes. SANTILLANA, Ist., II, 273; Mudawwana, XI, 91-92, 98, 100, n^o 1600, 1604-1606.

- 3.- El patrón no puede despedir al operario una vez iniciado el trabajo. Antes de iniciar cualquier operación, ambos son libres de rescindir el contrato, que es de la naturaleza - de los que obligan en virtud de la iniciación de la obra y no en virtud del acuerdo oral. QUIROS, Instituciones, 107.
- 4.- A menos que se convenga que el obrero renuncie a la suma - ofrecida mediante una retribución proporcional a su trabajo. NIDO, Der. mus., 378.
- 5.- Cualquier obra o trabajo, con la condición de que sea lícito, que pueda ser objeto de alquiler de servicios, también puede ser objeto del contrato tipo yu'1, pero no al contrario. JALĪL, II, 541; Mudawwana, XI, 46-47, nº 1543; NIDO, Der. mus., 378.
- 6.- SANTILLANA, Ist., II, 271; SURDON, Précis, 126.
- 7.- Mudawwana, XI, 104, nº 1609. Es una cuestión muy discutida entre los primeros malikíes, porque la compensación es aleatoria e incierta. Mālik lo permite, pero Ibn al-Qāsim lo - considera como un acto reprobable, aunque no lo prohíbe. - La opinión mayoritaria es partidaria de declararlo lícito, véase SANTILLANA, Ist., II, 271; SURDON, Précis, 127.

Como puede observarse en el texto árabe, Ibn Salmūn lo permite sometiéndolo a una condición: mencionar el precio del trabajo.

- 8.- Tal vez está prohibido porque la recompensa forma parte de los beneficios obtenidos de la venta, hecho que está permitido en el contrato de alquiler de servicios o de salario. QUIROS, Instituciones, 104.
- 9.- Con el término ŷu^c1 se designa tanto el contrato como la recompensa o contraprestación. JALĪL, II, 539, nota 2.
- 10.- No es importante ni influye en nada el hecho de saber o no la existencia de la promesa realizada, en consecuencia, el que realice el trabajo prometido tiene derecho a su recompensa. Véase Mudawwana, XV, 177, n^o 2651.
- 11.- JALĪL, II, 540, nota 10; NIDC, Der. mus., 378. Si el animal o esclavo ya capturado volviera ahuiriy lo recuperara otra persona, ambas compartirían la recompensa.
- 12.- SANTILLANA, Ist., II, 274. Aunque el primer trabajador hubiera abandonado la obra voluntariamente, tendría derecho a compartir la recompensa y, además, sobre la base recibida por el nuevo trabajador, aunque fuera superior a la recompensa establecida en primer lugar. Esta es la opinión de - Mālik, sin embargo, Ibn al-Qāsim opina que la retribución del primer trabajador debe ajustarse al primer contrato, - en proporción al trabajo realizado.

/ - - - - - /

CAPITULO DEL CONTRATO DE SIEMBRA EN REGIMEN DE APARCERIA
(MUZĀRA'Ā). SUS ASPECTOS LEGITIMOS E ILEGITIMOS (1)

p. 9

La muzāra'ā consiste en la sociedad (širka) que se -
constituye para la siembra de los campos y en el alquiler de -
servicios (iḡāra) para realizar el trabajo necesario. Se esta-
blece como condición (šart) de validez el que esté libre (salā-
ma) del arrendamiento (kirā') de la tierra, por lo que éste no
es lícito(2).

Si los dos socios aportaran por igual, tanto la tie-
rra como la semilla, el ganado vacuno o de labranza, los aperos
y el trabajo ('amal), el contrato de muzāra'ā se consideraría -
válido, por acuerdo de los juristas (bi-ittifāq)(3).

Si ambos socios aportaran por igual todo lo menciona-
do, excepto la tierra, de tal forma que el dueño de la misma la
excluyera, no podría ser lícito, a no ser que la tierra no fue-
ra fértil, según lo estipulado por Mālik, por lo que no se esta-
blecería arrendamiento alguno(4).

Si una de las partes aportara el ganado vacuno y los
aperos de labranza, el contrato de siembra en aparcería se con-
sideraría legítimo, según la opinión mayoritaria (mašhūr).

Si se aportara la tierra entre los dos, la semilla -
por uno solo de ellos y el trabajo por el otro, también sería
lícito, pero en este punto disiente Ibn Dīnār(5) y, además, -
según su parecer, no es lícito que uno de los dos ponga la tie-
rra y entre ambos aporten la semilla, porque se equiparan los

productos alimentarios (ta'ām) y la tierra con los productos -
alimentarios y el trabajo, según lo recoge Saḥnūn, basándose en
Ibn Dīnār.

Si uno de los dos proporcionara la tierra junto a to-
da la semilla y el otro el trabajo, sería lícito el contrato en
cuestión, según Saḥnūn, pero hay quien opina lo contrario. p.10

Si/una de las partes facilita la tierra y la otra apor-
ta la semilla, o bien una de ellas la tierra y la otra el grano
y el trabajo, sería lícito tal contrato en opinión de Mālik e -
Ibn al-Qāsim (6), porque esta modalidad se equipara al arrenda-
miento de la tierra por la mitad de la semilla, pero al-Dāwudī
(7) lo consideró lícito basándose en la legitimidad del arren-
damiento de la tierra por productos comestibles.

Al-Lajmī (8) dijo que, si ambos se asociaran en la apor-
tación de la tierra y de la semilla o en una de ellas indistin-
tamente, el contrato sería perfectamente válido, pero si la aso-
ciación fuera de manera diferente a las dichas, no sería lícito,
porque entonces se produciría el arrendamiento (kirā'a) de la tie-
rra por productos comestibles. En virtud de ello se escribiría,
de acuerdo con lo que estimamos lícito, un Contrato ('aqd):

"Fulano entrega a Mengano la posesión efectiva (anzala)
de toda la tierra de riego (saqwiyya) o de secano (ba'liyya) que
se le reconoce como suya, en tal alquería de tal distrito terri-
torial ('amal), según las características de la muzāra'a y de -
la ley (sunna) que la rige, para que se haga cargo de su labran-
za (hart) y realice las construcciones o labores ('imāra) nece-

sarias. Debe llevar a cabo esto con trabajo eficaz y adecuado y realizar todo lo necesario para llevar a buen término lo que exige la muzāra'a.

Cuando la cosecha (galla) haya madurado se repartirá entre los dos a tercios, o bien a medias(9), y según esta proporción extraerán ambos todo el grano y deducirán los gastos, - excepto los de la trilla y del transporte de la red hacia la era, porque esto compete al trabajador ('āmil) de modo específico, según la ley (sunna) y costumbre ('urf) vigente(10). Esto es un contrato ('aqd) acordado entre ambos sobre el asunto ya expuesto, con una duración de cuatro años solares consecutivos, contados a partir de este momento. Las dos partes aprecian el valor jurídico (qadr) del documento y, en virtud de esto, se requiere el correspondiente testimonio invocable contra ambas partes en tal fecha".

Comentario (bayān): Respecto a la muzāra'a hay discrepancias entre los juristas musulmanes. Por una parte se dice que la muzāra'a entra en vigor desde la misma firma del contrato, como sucede con el contrato de alquiler de servicios de un trabajador (iyāra), pero, por otra parte, hay quien opina que la entrada en vigor no tiene lugar mientras no haya dado comienzo el trabajo mismo, como sucede en el establecimiento de cualquier sociedad (širka) (11).

Ibn Ḥarīṭ(12) dijo que la opinión acerca de la efectividad inmediata (luzūm) era defendida por Ibn al-Qāsim y la otra opinión por Aṣbag(13).

Cuando ya se ha comenzado el trabajo se considera que este contrato ha entrado en vigor, creando el vínculo necesario entre ambas partes, por acuerdo de los juristas (bi-ittifāq) (14),

A este respecto dijo Ibn Rušd que la muzāraʿa viene a situarse entre la sociedad (širka) y el alquiler de servicios - (iyāra).

Quien mantiene que se trata de una sociedad no cree que la muzāraʿa conlleve obligaciones desde el momento de la firma del contrato. En cambio, quien defiende que es un alquiler de servicios piensa que ese contrato es efectivo desde el principio.

Atendiendo a estas dos posiciones diferentes, Ibn Rušd permitió cierta flexibilidad a los contratantes para que pudieran elegir una de ellas, según sus preferencias, siempre que actuasen con honestidad. También dijo que sobre el particular existía una tercera opinión, por la que se regía la jurisprudencia (ʿamal) en Córdoba, defendiendo que no entrara en vigor la muzāraʿa acordada hasta que ambas partes empezaran el trabajo. A esta opinión se ha llegado mediante el istihsān y no por el qiyās (15).

De la efectividad inmediata son partidarios Ibn al-Qāsim, Ibn Kināna e Ibn al-Māyīšūn (16).

Por su parte, Saḥnūn defiende la necesidad de una prórroga, de acuerdo con los que niegan la efectividad inmediata, por lo que respecta a la parte que ambos hubieran sembrado cuando aún no se pudiera repartir. En cuanto a la parte no sembrada