

LEGALIDAD Y ACTUACIÓN JURISDICCIONAL
EN EL PROCESO MUSULMÁN MEDIEVAL
(AL-ANDALUS, SIGLOS VIII-XII D.C.)

DAVID PELÁEZ PORTALES
Universidad de Córdoba

Dentro del abigarrado conjunto de instituciones que conformaban la organización islámica medieval, la figura del cadí (*qāḍī*) es, sin duda, la que presenta unos contornos más dibujados y nítidos; posiblemente sea también la que al lector occidental resulte más próxima. No en vano, de los cadíes andalusíes disponemos —paradójicamente— de una información mucho más amplia que la existente respecto de su equivalente en los reinos cristianos peninsulares durante la Alta Edad Media¹.

Se trataba del juez por excelencia de cada circunscripción —particularmente en lo que hoy denominaríamos orden civil—, y estaba llamado a administrar una justicia religiosa, omnicomprendiva, reglada y casuística: la justicia coránica o del *šarʿ*². Hasta tal punto era así que los tratados jurídicos *mālikī* es solían ignorar cualquier otro tipo de órgano judicial que se situase fuera de los parámetros de esta «jurisdicción ordinaria».

1. JUSTICIA REGLADA Y LEGAL

A más de su condición de derecho sustantivo, el *šarʿ* vinculaba igualmente en lo relativo a los cauces procedimentales previstos para el desarrollo de los juicios, estableciendo un *ordo iudiciorum* legal y reglado donde quedaba definida la posición del magistrado y las partes desde el inicio del proceso hasta la sentencia³. Así lo expresa Ibn ʿAbdūn, un tratadista del gobierno del mercado y otras instituciones urbanas de la Sevilla almorávid: «*Conviene que sepa (el cadí) que los asuntos litigiosos a él le incumben y, después de Dios, a él están confiados; que de ellos es*

responsable, y que, por decirlo así, está atado y encadenado a la ley religiosa, por todo lo cual debe esforzarse en resolverlos y desenmarañarlos»⁴.

Tales reglas procedimentales se encuadraban, junto con las normas civiles y mercantiles, en aquella parte de la ley religiosa que recibe el nombre de *mu'āmalāt*, es decir, el conjunto de preceptos reguladores de las relaciones jurídicas a que daba lugar la convivencia social⁵.

Un pasaje de la crónica de al-Jušanī deja entrever este carácter reglado de la justicia cadial, cuando alude al contenido de las entrevistas que solía mantener °Abd al-Raḥmān III con los personajes que designaba para el ejercicio de la magistratura: «Recomendábales que enaltecieran el cargo y le honraran; que ante todo

1. Baste considerar las numerosas y sugestivas páginas que conforman la *Historia de los jueces de Córdoba (Kitāb al-quḍāt Qurṭuba)* de al-Jušanī (si queremos prescindir de las referencias biográficas de la *Marqaba* de al-Nubāhī, o de las que de Ibn Sa'īd o Ibn °Abd al-Barr se han conservado —entre otros lugares— en el *Muqtabis* de Ibn Ḥayyān), véase VIGUERA MOLÍNS, M^a.J.; «La *Historia de alfaquíes y jueces* de Aḥmad b. °Abd al-Barr». *Revista del Instituto de Estudios Islámicos*, 1985-1986, 23, p. 51, p. 54, p. 60; VIGUERA MOLÍNS, M^a.J.; «Apuntes sobre Ibn Ḥayyān (377/987-8-469/1076)». *Temas Árabes*, 1986, 1, p. 81; LÉVI-PROVENÇAL, E.; *Historia de España dirigida por Ramón Menéndez Pidal. España Musulmana*, t. V, p. 68.
2. Es decir, el contenido de las fuentes de la revelación y, *lato sensu*, el desarrollo normativo que de esos principios básicos quedó pronto cristalizado en las obras de *fiqh mālikī*, véase IBN °ĀṢIM-HOUDAS y MARTEL; *Traité de droit musulman. La Tohfāt d'Ebn Acem* (En adelante *Tohfāt*), Alger, 1882, p. 7, v. 14 («*Le cadi est celui qui rend les jugemens conformément à la loi/šar' et par délégation de l'imam*»); AL-JUŠANĪ-RIBERA, p. XXVIII de la introducción; AL-NUBĀHĪ-CUELLAS MARQUÉS, A.; *Al-Marqaba al-°ulya de al-Nubāhī. Edición y traducción parciales, introducción y notas* (En adelante *Marqaba*), t. I, pp. 71, 166 y 167; AL-WANŠARĪSĪ-BRUNO y GAUDEFROY, *Le livre des magistratures d'el-Wancherisi* (En adelante *Le livre des magistratures*), Rabat, 1937, pp. 31-32; SANTILLANA, D.; *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita* (En adelante *Istituzioni*), Roma, 1938 y 1943, t. II, p. 561; TYAN, E.; *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam* (En adelante *L'organisation judiciaire*), Leiden, 1960, pp. 112-113; MICHON, J.L.; *La ciudad islámica*, p. 39; BRUNSCHVIG, R.; «Le système de la preuve en droit musulman». En *Études d'Islamologie*, Paris, 1976, p. 206.
3. Por contraposición a la justicia de las magistraturas represivas, libre en principio de trabas procedimentales y sujeta al arbitrio del magistrado, *cfr.* TYAN, *L'organisation judiciaire*, pp. 342-343; BRUNSCHVIG, *Berbérie orientale*, t. II, p. 127; MARTY, P.; «La justice civile musulmane au Maroc». *Revista de Estudios Islámicos*, 1931, 5, pp. 341-538 y 1933, 7, pp. 185-294, p. 495.
4. LÉVI-PROVENÇAL, E. y GARCÍA GÓMEZ, E.; *Sevilla a comienzos del siglo XII. El tratado de Ibn °Abdūn*, Madrid, 1948, pp. 51-52.
5. Véase SANTILLANA, *Istituzioni*, t. II, p. 552.

debían ajustarse a lo estrictamente legal y que juzgasen y resolviesen los negocios cuando creyesen que estaba bien clara la justicia; y que no se diesen prisa cuando el asunto se presentase oscuro. Diole amplia explicación, definiendo y delimitando las atribuciones de los jueces y exponiéndole el criterio que debían seguir en sus providencias, señalándoles los derechos y las obligaciones de los jueces, en cada caso, tanto en lo que se ha de decir, como en lo que se ha de hacer»⁶.

Algo parecido se desprende del elogio que este mismo autor tributa al cadí cordobés Muḥammad b. Abī ʿĪsà, de quien afirma que «*desempeñó este importante cargo de manera loable, haciendo que se cumpliera la justicia y se mantuviese el orden legal, y examinando escrupulosamente las pruebas, tanto en su parte secreta como en la pública, ajustándose a la ley de un modo abierto y paladino*»⁷.

Dentro de las normas procedimentales islámicas cabía distinguir, en primer lugar, las constitutivas de una regulación «general», que solía ser objeto de apartados específicos en las exposiciones de *fiqh*⁸. Comprendía un conjunto de preceptos que se limitaban a señalar discontinuamente los jalones fundamentales que presidían el desarrollo del proceso⁹; concretamente, el régimen de la citación judicial, la demanda y la contestación; las solemnidades de la invitación a la prueba y la interpelación al demandado (*iʿdār*); la declaración de preclusión de la fase probatoria (*taʿyīz*) y la sentencia.

Sin embargo, estas normas generales no comprendían toda la regulación del proceso. Fuera de los capítulos dedicados específicamente a la ordenación de los juicios, los tratados de *fiqh* solían incluir —entreverados a lo largo de todo su contenido y, sobre todo, en materia probatoria— multitud de preceptos de carácter «especial», que establecían soluciones particulares según los casos.

Así por ejemplo, la afirmación general de que «*le serment de celui qui nie est toujours exigé dans les questions ayant trait aux biens*»¹⁰ adquiere en un pasaje del *Kitāb al-Muqniʿ* de Ibn Muḡīṭ el «tinte» particular de una relación de derecho sustantivo: «*Cuando muere uno de los cónyuges después de tener el valí conocimiento del matrimonio, si acaece la muerte a raíz de contraerse el matrimonio y jura el valí que no había prestado su conformidad ni lo había validado después, no heredará el otro cónyuge ni el marido tendrá que pagar dote ninguna; pero si la muer-*

6. AL-JUŠANĪ-RIBERA, *Historia*, pp. 251-252.

7. *Ibidem*, pp. 254-255.

8. Concretamente, es el caso de la *Risāla* de Ibn Abī Zayd, el *Muḡtaṣar* de Jalīl o la *Tuḥfa* de Ibn ʿĀšim. Otras obras, como la *Tabṣira* de Ibn Farḥūn, son tratados especializados en derecho judicial.

9. «*Il ne faut pas oublier toutefois qu'en dehors des règles précises qui lui sont assignées par le Chrā et par les reglements, le Cadi est maître de la procédure*». Cfr: MARTY, «La justice civile», p. 495. Véase igualmente TYAN, *L'organisation judiciaire*, p. 342.

10. IBN ʿĀŠIM-HOUDAS y MARTEL, *Toḥfat*, p. 101, v. 217.

*te acaece algún tiempo después de contraído el matrimonio y de que el valí tuviera conocimiento del asunto, pierde éste todo derecho a intervenir en la cuestión»*¹¹.

El curso de cada una de las fases del proceso no estaba sometido al cauce uniforme de una concatenación predeterminada de trámites y plazos, dada la inexistencia de un texto legal procesal único de obligado cumplimiento, que actuara a modo de «ley de ritos»¹². Las especialidades procedimentales contribuían, por su parte, a desdibujar los contornos de lo que cupiera reconstruir como desarrollo ideal del proceso a partir del desenvolvimiento teórico de las normas generales, confiriendo una fisonomía muy diversa a unos procesos respecto de otros, en función de la naturaleza de las pretensiones de las partes. Por todo ello, el perfil del desarrollo de las actuaciones procesales era difícilmente reductible a un esquema fijo.

A este propósito, en sede de prueba, ha señalado R. Brunschvig que *«le système de la preuve se particularise et se diversifie dans le détail selon la matière juridique: la physionomie de la procédure, pour ce qui est de la preuve elle-même, diffère en fin de compte sensiblement entre une poursuite pénale, un litige de statut personnel et une revendication de propriété. Revelons aussi qu'à l'intérieur de chaque école les solutions, d'une casuistique très poussée, sont loin d'être uniformes»*¹³.

Sin embargo, el cadí no carecía de referentes legales en el ejercicio de sus atribuciones. A su alcance quedaba un amplio repertorio de obras jurídicas con contenido procesal a las que podía acudir como texto de consulta. El proceso evolutivo del derecho musulmán había simplificado en gran medida la labor de los operadores jurídicos mālikīes, favoreciendo —merced a la sustitución del acceso directo y búsqueda personal en las fuentes reveladas (*iḥtihād*)¹⁴ por la sumi-

11. VILA, S.; «Abenmoguít. 'Formulario notarial'. Capítulo del matrimonio». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1931, 8, pp. 5-200, p. 105.

12. Véase RIOSALIDO GAMBOTTI, J.; *Compendio de Derecho islámico*, Madrid, 1993, p. 226; CARMONA GONZÁLEZ, A.; *Al-Muḥīd li-l-ḥukkām de Ibn Hišām de Córdoba (m. 606/1209). Estudio preliminar. Edición crítica y traducción anotada de su Introducción y de los Libros I y II*, Granada, 1985, t. I, p. 111; CARMONA GONZÁLEZ, A.; «Los *adāb al-quḍāt*, o normas de conducta del juez islámico». En *Homenaje al Profesor Juan Torres Fontes*, Murcia, 1987, pp. 235-243, p. 236.

13. BRUNSCHVIG, «Le système», p. 211.

14. En un plano teórico, sólo el juez *muḥtāhid* (este concepto designaba al jurisconsulto con autoridad plena, entendiéndose por tales los creadores de las cuatro escuelas ortodoxas; también eran *muḥtāhid*, aunque limitadamente —*muqayyad*—, los principales doctores dentro de cada una de ellas, v.g. Ibn al-Qāsim o Aṣḥab en la mālikī) podía acceder directamente a las fuentes, esto es, juzgar según el Corán y la *Sunna* (las normas extraídas de los dichos y del actuar del Profeta); el *iḥmā'* (normas extraídas del acuerdo unánime de la comunidad musulmana); el *qiyās* (comprensivo de la *analogia legis* —el proceso inductivo por el que se cubría una laguna legal, aplicando al supuesto concreto el principio jurídico extraído de la norma reguladora de un supuesto análogo— y, cuan-

sión ciega al principio de autoridad (*taqlīd*)¹⁵— la creación de numerosos manuales de derecho práctico, en los que el juez, limitándose a utilizarlos correctamente, podía encontrar una base legal para la fundamentación de los fallos, y una guía

do ello no era posible, del *ra'y* o *analogia iuris* —razonamiento sistemático que atendía al espíritu general de la ley—), después de consultar a los jurisconsultos, *cf.*: SANTILLANA, *Istituzioni*, t. I, pp. 59-62 y n. 197; t. II, pp. 570-572; TYAN, *L'organisation judiciaire*, p. 168; AL-JUŠANĪ-RIBERA, *Historia*, pp. 24-25; IBN HIŠĀM-CARMONA, *Muḥīd*, t. I, pp. 214-215 (donde se recoge el célebre *ḥadīṭ* en el que el Profeta pregunta al *ansar* Mu'ad b. Yābāl las fuentes en las que se iba a basar para juzgar a los habitantes del Yemen), pp. 216-217 y 261; JALĪL-SANTILLANA, *Muḥtaṣar*, t. II, p. 591 y n. 4; AL-WANŠARĪSĪ-BRUNO y GAUDEFRY, *Le livre des magistratures*, pp. 38-39, n. 4, p. 62; LÓPEZ ORTIZ, J.; *Derecho musulmán*, Barcelona, 1932, pp. 31-32 y 68; AL-NUBĀHĪ-CUELLAS, *Marqaba*, t. I, p. 8 y 18; LALINDE JÜRSS, J. «Una 'historia de los jueces' en la España musulmana». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1978, pp. 683-740, p. 691, n. 8; pp. 699-700, p. 712. Sobre las fuentes del derecho musulmán, *cf.*: SANTILLANA, *Istituzioni*, t. I, pp. 25-39; LÓPEZ ORTIZ, *Derecho*, pp. 20-29; TYAN, E.; «Méthodologie et sources du droit en Islam (*Istihṣān, Istislāh, Siyāsa šar'īyya*)». *Studia Islamica*, 1959, 10, pp. 79-109, pp. 81-84 y 102; BOUSQUET, G.H.; *Le droit musulman*, Paris, 1963, pp. 22-31; RIOSALIDO, *Compendio*, pp. 24-27 y 46; PAREJA, F. M^a; *Islamologia*, Milano, 1952-1954, pp. 392-399; DE WAËL, D.; *Le droit musulman. Nature et évolution*, Paris, 1989, pp. 25-42.

15. Una vez cerrado el periodo de sistematización de las cuatro escuelas jurídicas ortodoxas a comienzos del s. X d. C., el *taqlīd* era el sistema permitido al juez ordinario (*muqallīd*), carente de la necesaria ciencia para interpretar directamente las fuentes supremas de la ley. Éste debía atenerse a la doctrina de Mālik, según resultaba expuesta en la *Mudawwana*; en ausencia de texto formal, y mediando controversia entre los autores, debía seguir la opinión dominante de la escuela (*mašhūr*). Una fetua de al-Šatībī (m. 1388 d. C.), a propósito de la sucesión del apóstata (*murtadd*), enuncia el mencionado principio: «*Les textes de Mālik, d'Ibn al-Qāsim et autres dans la Mudawwana n'accordent pas la moindre part d'héritage à l'apostat, qu'il soit ou non revenu à l'Islam avant le partage: telle est la doctrine dominante qui est remise en application et il n'y a pas lieu d'en rechercher d'autres vu qu'à notre époque, le muftī doit suivre l'autorité du chef de l'école*». *Cf.*: LAGARDÈRE, V.; *Histoire et société en Occident musulman au Moyen Âge. Analyse du Mī'yār d'al-Wanšarīsī*, Madrid, 1995, p. 423, n. 220. Véase *ibidem* pp. 427-428, n. 4; IDRIS, H.R.; «Le mariage en Occident musulman d'après un choix de fatwas médiévales extraites du Mī'yār de al-Wanšarīsī». *Studia Islamica*, 1970, 32, pp. 157-167, pp. 133-134, V, n. 346; AL-WANŠARĪSĪ-BRUNO y GAUDEFRY, *Le livre des magistratures*, pp. 38-39, n. 4, 62, n. 1; SANTILLANA, *Istituzioni*, t. I, pp. 61-62; t. II, pp. 564 y 571-572; JALĪL-SANTILLANA, *Muḥtaṣar*, t. II, p. 591 y n. 6; p. 592 y n. 9; p. 610, n. 185; LÓPEZ ORTIZ, *Derecho*, pp. 31-32 y 68; SECO DE LUCENA PAREDES, L.; «Notas para el estudio del derecho hispano-musulmán. Dos fatwas de Ibn Manẓūr». *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos*, 1956, 5, pp. 5-17, p. 13; LALINDE JÜRSS, «Una historia de los jueces», p. 691, n. 7; RIOSALIDO, *Compen-*

procedimental segura en los intrincados caminos de la casuística jurídica musulmana¹⁶.

La credencial de nombramiento del cadí Maḥdī b. Muṣlīm contiene en este sentido una exhortación de la autoridad nombrante a que el magistrado «recurra a estudiar en los libros, en los casos nuevos que se le presenten y exijan ese estudio, para dictar sus providencias, sobre todo en los dudosos y difíciles. Eso mismo tuvo que hacer el juez Ibrahim ben Harb para sentenciar algunos pleitos, modelo cuya conducta se debe imitar, ciñéndose a la pauta que él se impuso, a fin de que los procesos o causas se sustancien conforme a orden sistemático en que los principios se correspondan con las consecuencias»¹⁷.

Así pues, desde muy pronto el contenido de las obras fundamentales (*ummahāt*) de la escuela mālikī (*Muwaṭṭaʿ*, *Mudawwana*, *ʿUtbiyya* y *Wāḍiḥa*)¹⁸ fue recogido

dio, pp. 26-27; MARTY, «La justice civile», pp. 500 y 522; CARMONA GONZÁLEZ, «Los *adāb al-quḍāt*», p. 243; PAREJA, *Islamologia*, p. 402; TYAN, «Méthodologie et sources», p. 80, n. 2, pp. 102 y 108; BOUSQUET, *Le droit musulman*, p. 36; DE WAËL, *Le droit musulman*, p. 20.

16. Véase LÉVI-PROVENÇAL, *Historia de España*, t. V, pp. 306-307; MARTOS QUESADA, T.; *Los muftíes andalusíes (92-898/711-1492). Contribución al estudio de las instituciones jurídicas en al-Andalus*, Granada, 1985, p. 264; CARMONA GONZÁLEZ, *Muḥīd*, t. I, pp. 77-78 y 106; ARCAS CAMPOY, M^a; «Valoración actual de la literatura jurídica de al-Andalus». *Actas del II Coloquio Hispano-Marroquí de Ciencias Históricas. 'Historia, Ciencia y Sociedad'*, Granada, 1989, pp. 31-49, p. 40; PAREJA, *Islamologia*, pp. 402; AL-NUBĀHĪ-CUELLAS, *Marqaba*, t. I, pp. 127, 142, 208, 211, 218, 226, 229 y 230; IBN MUGĪT -AGUIRRE, *Muqniʿ*, t. I, pp. 3-4; VILA, «Abenmoguit», pp. 49-51. El uso del razonamiento (*raʿy*) como fuente del derecho, y la sumisión ciega (*taqlīd*) a las autoridades en detrimento de las fuentes reveladas (práctica de que abusaban la mayoría de los juristas mālikīes españoles), fue fustigado en repetidas ocasiones por el zāhirī Ibn Ḥazm (m. 1064 d.C.). Para el estudio de las disciplinas jurídicas, este gran cordobés propugnaba la eliminación de «*todos los libros de derecho canónico, así los sistemáticos como los casuísticos, porque el estudiarlos con la actitud pasiva de quien a sus doctrinas asiente con fe ciega, equivale a tomar por maestro en materias religiosas a un hombre y no a Dios y a su Profeta*». Cfr. ASÍN PALACIOS, M.; «Un códice inexplorado del cordobés Ibn Ḥazm». *Al Andalus*, 1934, 2, pp. 1-56, p. 30. Véase también *ibidem* pp. 14, 16-17 y 31; LÓPEZ ORTIZ, J.; «Fatwas granadinas de los siglos XIV y XV». *Al-Andalus*, 1941, 6, pp. 73-127, pp. 76-78; BRUNSCHVIG, R.; «Polémiques médiévales autour du rite de Mālik». *Al Andalus*, 1950, 15, pp. 65-101, pp. 82-89 y 93. El fenómeno de la casuística legal en las obras de *fiqh* ha sido analizado por G.H. Bousquet en *Le droit musulman*, pp. 14-16. Véase también DE WAËL, *Le droit musulman*, p. 53.

17. AL-JUŠANĪ-RIBERA, *Historia*, pp. 29-30.

18. Cuya asidua utilización atestiguan las fuentes de la época en innumerables ocasiones: «Dice Abdelmélíc ben Alhasán que Mohámed ben Basir le refirió que había oído decir

en un creciente número de obras menores que, aparte de conservarlo y transmitirlo, lo enriquecieron con el quehacer de alfaquíes posteriores, presentándolo a su vez de un modo más accesible y sistemático para el uso de los profesionales del derecho¹⁹.

Es ilustrativo a este respecto un fragmento del elogio póstumo del alfaquí andalusí Abū l-Walīd al-Bāḫī (m. 1081 d. C.), recogido por Ibn Farḥūn (m. 1397 d.C.)

a Mālic estas palabras: 'Estudiad estos libros y no los mezcléis con otros'. Yo creo que Mālic, en esta frase, aludía a la Almoata». Cfr. AL-JUŠANĪ-RIBERA, Historia, p. 81. La Muwaṭṭa' fue estudiada igualmente por los soberanos cordobeses, cfr. AL-RĀZĪ-GARCÍA GÓMEZ, El califato de Córdoba en el Muqtabis de Ibn Ḥayyān. Anales palatinos del califa de Córdoba al-Ḥakam II, por 'Īsā ibn Aḥmad al-Rāzī (360-364 H. = 971-975 J.C.), Madrid, 1967 (En adelante Anales palatinos), p. 257; MARÍN, M.; «Una familia de ulemas cordobeses: los Banū Abī 'Īsā». Al Qanṭara, 1985, 6, pp. 291-320, pp. 300 y 315. «Tout le monde reconnaît que le cadī, en ce temps-ci, a besoin d'une mémoire largement meublée, d'une lecture excellente, d'une compréhension parfaite, profitable, surtout de la Moudawwana, qui contient abondante provision de matières se rapportant à la recherche des jugements». Cfr. AL-WANŠARĪSĪ-BRUNO y GAUDEFROY, Le livre des magistratures, p. 45. Véase también ibidem, pp. 44 y 45, n. 1. Una referencia del Mi'yār muestra al cadī Muḥammad b. 'Alī declarando, conforme a la opinión mayoritaria de los mušāwarūn, la validez del ḥabūs constituido sobre parte de un horno. En este caso, uno de los jurisconsultos había sostenido una opinión distinta al amparo de la Wāḍiḥa, cfr. LAGARDÈRE, Histoire et société, p. 273, n. 219. Véase también ibidem, p. 279, n. 239 y p. 423, n. 220.

19. Ello se pone de relieve en el poema con que Ibn Abī Zamanīn inicia una de sus obras: «Aprenderlos es fácil tarea para quien los estudia, y quien los conoce bien es llamado a ocupar los estrados para administrar justicia con equidad entre la gente». Cfr. IBN ABĪ ZAMANĪN-ARCAS CAMPOY, M^a; El Kitāb Muntajab al-Aḥkām de Ibn Abī Zamanīn. Estudio, traducción y edición crítica del sumario y del Libro I, inédito, t. I, p. 146. El autor vuelve a insistir en la misma idea en el comienzo del Libro I del Muntajab: «Es éste un libro en el que he reunido las principales cuestiones relativas a los juicios y las sentencias, después de extraerlas de los libros fundamentales (ummahāt) y de seleccionar las que he estimado mejores. Es mi deseo ofrecer el consejo a los jueces musulmanes sobre aquello que fue estudiado y adoptado como norma, basándome en el estudio de los libros de fiqh que atentamente he leído y consultado repetidas veces, con el fin de que les satisfaga la selección que les ofrezco, si han de consultar mi libro, cuando se les presente una de las cuestiones en él expuestas». Ibidem, p. 229. Ibn Sahl incluye entre las condiciones que debían poseer los mušāwarūn la de «ser expertos en sentencias conociendo las obras del género, 'como el Muntajab de Ibn Abī Zamanīn'». Cfr. JALLAF, M.; «La justicia». En Historia de España dirigida por Ramón Menéndez Pidal, Madrid, 1994, t. VIII-I, p. 180). Véase IBN 'ĀŠIM-HOUDAS y MARTEL, Toḥfat, 5, vv. 8 y 9; ARCAS CAMPOY, «Valoración actual», pp. 38-39; ARCAS CAMPOY, M^a; «Algunas consideraciones sobre los tratados de jurisprudencia mālikī de al-Andalus». Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos, 1988, 37, pp. 13-21, p. 14;

en su famosa colección de biografías de jurisconsultos mālikīes —el *Dibāʿ*²⁰—: «Se dice de una cuestión: la gente de Toledo dice esto, y esto otro la de Córdoba, la de Talamanca... El niño, una vez que ha estudiado el Alcorán y las Humanidades, pasa a la Muwaṭṭaʿ, después a la Mudawwana, a los contratos de Ibn ʿAṭṭār, al Tratado de Ibn Sahl. Después se afirma: Dice Fulano el madrileño, y Fulano el toledano, e Ibn Muḡīṭ»²¹.

En el mismo sentido, un muftī valenciano del siglo XIV, Abū Ishāq al-Šāṭibī (m. 1388 d.C.) denunciaba el recurso mayoritario a las autoridades locales que se seguía dando en la práctica de su época como una corruptela que desterrar, en virtud de la doctrina de que el *muqallid* debía estar a la opinión dominante de la escuela, según hubiera sido expuesta por los principales maestros de la misma. En este sentido, y a propósito de una consulta en relación con la sucesión del apóstata (*murtadd*), el renombrado jurista señalaba que «al-Māzarī, pourtant imam et malgré toute sa science, ne rendait de fatwa que conformément à l'opinion domi-

BOUSQUET, *Le droit musulman*, pp. 12 y 17; SERRANO, D.; *La obra de procedimientos jurídicos del cadí ʿIyād*, tesis doctoral inédita, pp. 15-16. Ibn Ḥayyān afirma del cadí Ibn al-Hassār (también conocido como Ibn Bišr o Ibn García, n. 974 d. C.) que «tenía dulce voz y hermosa letra, superando en ello a los alfaquíes, respecto a los cuales estaba al mismo nivel en emitir dictámenes, que ellos hacían con tanta destreza, y en conocer de memoria la casuística y los libros». Cfr. VIGUERA MOLÍNS, «Apuntes», p. 86. Véase igualmente DE LA GRANJA, F.; «Ibn García, cadí de los califas ḥammudíes (nuevos datos para el estudio de la *šūʿubiyya* en al-Andalus)». *Al Andalus*, 1965, 30, p. 69. Según recoge al-Nubāhī, el cadí de Málaga Abū l-Muṭarrif ʿAbd al-Raḥmān b. Qāsim al-Šaʿbī (m. 1106 d. C.) «sabía de memoria, al pie de la letra, todo el texto de al-Muwaṭṭaʿ y al-Mudawwana. Tiene una excelente colección sobre casos jurídicos (*nawāzil al-aḥkām*), comparable con el Mufīd de Ibn Hišām, juntamente con un conjunto de anotaciones sobre cuestiones jurídicas (*masāʿil*)». Cfr. AL-NUBĀHĪ-CUELLAS, *Marqaba*, t. I, p. 229. Véase *ibidem*, pp. 212, 213 y 243; AZEMMOURI, T.; «Les *nawāzil* d'Ibn Sahl. Section relative à l'*iḥtisāb*. Première partie. Introduction et texte arabe». *Hesperis-Tamuda*, 1973, 14, pp. 8-107, p. 19; VIGUERA MOLÍNS, M^a. J.; «Los jueces de Córdoba en la primera mitad del siglo XI (análisis de datos)». *Al Qanṭara*, 1984, 5, pp. 123-145, pp. 138-140.

20. Sobre esta obra, de gran importancia para el conocimiento de los juristas del Emirato y Califato omeya en al-Andalus, cfr. MARTOS QUESADA, *Los muftíes*, pp. 238-239; LÓPEZ ORTIZ, *Derecho*, p. 40.

21. *Apud* LÓPEZ ORTIZ, «Fatwas granadinas», p. 79. La cita corresponde al sevillano Abū Bakr al-ʿArabī, quien, por lo demás, pone de manifiesto el fenómeno de la incorporación —a finales del siglo XI— de obras jurídicas andalusíes en el plan de formación de los jóvenes que habían finalizado su instrucción elemental, véase DAGA PORTILLO, R.; «Aproximación a la obra *Al-Aḥkām al-Kubrā* del cadí ʿIsā b. Sahl». *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos*, 1987, 36, pp. 237-249, p. 240; AZEMMOURI, «Les *nawāzil* d'Ibn Sahl», p. 17, n. 7 *in fine*.

nante du rite de Mālik. A plus forte raison faut-il se garder de transmettre les doctrines des juristes des cités autres que Mālik»²².

Todo este conjunto de tratados se agrupaban en derecho musulmán bajo la denominación técnica de *furūʿ al-fiqh* (literalmente, ramas del derecho), es decir, textos de derecho aplicado en los que se procuraba adaptar los principios jurídicos teóricos (*uṣūl*, literalmente, raíces) a la práctica de la vida diaria²³.

2. LA ACTUACIÓN DEL CADÍ

Paralelamente a la ausencia de un texto legal único que, a modo de código, definiera inequívoca y uniformemente el orden del proceso —o, más bien, como consecuencia de ello— también se constata que el cadí desempeñaba una misión de impulso y ordenación de los debates en un sentido mucho más libre y creativo de lo que por tales conceptos pueda entenderse en nuestro proceso civil²⁴. En palabras de P. Marty, «*il ne faut pas oublier toutefois qu'en dehors des règles précises qui lui sont assignées par le Chrâ et par les reglements, le Cadí est maître de la procédure et qu'il peut très bien restreindre, ou tout au moins ne pas multiplier à plaisir, les actes, les délais et les formalités de la procédure*»²⁵.

22. LAGARDÈRE, *Histoire et société*, p. 423, n. 220.

23. Véase SANTILLANA, *Istituzioni*, t. I, p. 40 y n. 75. La otra gran rama de la literatura jurídica musulmana se centraba en los fundamentos del derecho o la metodología jurídica (*uṣūl al-fiqh*). El derecho hispano-musulmán cuenta en su haber con importantes contribuciones al desarrollo de los distintos subgéneros *uṣūlīes*, merced a la obra de Ibn ʿAbd al-Barr (m. 1070 d. C.), Abū l-Walīd al-Bāḡī (m. 1081 d. C.), Ibn Ḥazm (m. 1063 d. C.) e Ibn Ruṣd el Nieto (m. 1198 d. C.), véase TURKI, A.; «Argument d'autorité, preuven rationelle et absence de preuves dans la méthodologie juridique musulmane». En *Théologiens et juristes de l'Espagne musulmane (Aspects polémiques)*, Paris, 1982, p. 10; BRUNSCHVIG, «Polémiques médiévales», pp. 82-92; LÓPEZ ORTIZ, *Derecho*, pp. 35 y 38-40. Para una visión de conjunto de las principales obras de la literatura jurídica andalusí y sus géneros, *cfr.*, sobre todo, ARCAS CAMPOY, «Valoración actual»; ARCAS CAMPOY, «Algunas consideraciones»; MARTOS QUESADA, *Los muftíes*, pp. 80-86.

24. Véase SANTILLANA, *Istituzioni*, t. II, p. 635; LÓPEZ ORTIZ, *Derecho*, p. 82; BRUNSCHVIG, «Le système», p. 206. D. Powers ha visto en lo que denomina *judicial discretion* de los cadíes una consecuencia de la acumulación en estos magistrados de «*many of the functions performed in other legal systems by judges, juries and prosecutors... But that does not mean that Islamic justice was arbitrary or unprincipled*». *Cfr.* POWERS, D.; «*Kadījustice or qādī-justice? A paternity dispute from fourteenth-century Morocco*». *Islamic Law and Society*, 1994, 1,3, pp. 332-366, p. 365.

25. MARTY, «La justice civile», p. 495.

Por ello, no debe extrañar que en un pasaje de la crónica de al-Juṣanī que reproduce el contenido de la credencial de nombramiento de un cadí, se exhorte a este magistrado —entre otros extremos— a que «*al intervenir entre litigantes, examine, pregunte, inquiera por los medios más ingeniosos y bien intencionados y escuche con atención las deposiciones de los testigos; que se fije cuidadosamente en los argumentos y pruebas que cada uno presente; que atienda con benevolencia y perdone el defecto que algunos tienen de no saber expresarse bien, o dispense al que no lo sabe hacer con claridad*»²⁶.

El cadí disponía a tal efecto de una extensa potestad coercitiva del que podía valerse para salvar la eventual resistencia de los litigantes ante determinadas cobligaciones procesales (v.g. la personación del demandado, la contestación a la demanda, el cumplimiento de una sentencia de condena).

Otro pasaje del *Quḍāt Qurṭuba* recoge una noticia procedente del alfaquí cordobés Muḥammad b. ʿUmar b. Lubāba (m. 926 d. C.) según la cual, «*en una ocasión en que él se hallaba presente en la curia, el juez, después de haber mandado comparecer a un hombre y presentarse éste, lo encomendó a los sayones con la orden de que le acompañaran y no se separasen de su lado hasta que presentara un documento que tenía en su casa. Los sayones se encargaron de aquel hombre y fueron con él; poco después volvieron con aquel hombre, el cual traía el documento*»²⁷.

26. AL-JUŠANĪ-RIBERA, *Historia*, pp. 26-27. Se trata de un fragmento de la credencial del nombramiento del cadí Maḥdī b. Muṣlīm. Sobre la historicidad de las noticias referentes a los primeros cadíes de al-Andalus, *cf.* *ibidem* pp. XI-XV y XLI-XLII de la introducción. Véase asimismo AL-NUBĀHĪ-CUELLAS, *Marqaba*, t. I, p. 97.

27. AL-JUŠANĪ-RIBERA, *Historia*, p. 200. Véase también *ibidem* pp. 114, 124, 150, 164-165, 166 y 167; AL-NUBĀHĪ-CUELLAS, *Marqaba*, t. I, p. 130; IBN SAHL-DAGA, *Organización jurídica y social en la España musulmana. Traducción y estudio de al-Aḥkām al-Kubrā de Ibn Sahl (s. XI)*, Granada, 1990, t. I, pp. 60-64; AL-WANŠARĪŠĪ-BRUNO y GAUDEFROY, *Le livre des magistratures*, p. 56 y n. 4, 59 y n. 2; IBN ʿĀŠIM-HOUDAS y MARTEL, *Toḥfat*, p. 19, v. 35 y n. 21; 27, vv. 54, 57 y n. 31; 88-89, v. 189 y n. 122; JALĪL-SANTILLANA, *Muḥtaṣar*, t. II, p. 606; SANTILLANA, *Instituzioni*, t. II, p. 588; TYAN, *L'organisation judiciaire*, pp. 285, 343-344 y 384; LĒVI-PROVENÇAL, *Historia de España*, t. V, p. 73. El *Miʿyār* ha conservado una referencia parecida —en este caso— respecto de la actuación de un ḥākim: «*Accompagné du sbire du magistrat (gulām al-ḥākim) il (demandeur) rentra chez lui et exhiba un contrat de mariage confirmant sus dires et entérinant le témoignage de deux hommes récusables*». *Cf.* LAGARDÈRE, *Histoire et société*, p. 107, n. 183; IDRIS, «Le mariage», p. 89, n. 183. Los cadíes marroquíes seguían disponiendo en 1928 de la facultad de decretar el encarcelamiento de los justiciables que se resistían a atender los distintos requerimientos del órgano judicial, *cf.* MARTY, «La justice civile», pp. 390-391.

Este magistrado ostentaba asimismo la potestad de fijar determinados aspectos de la práctica forense, o dar instrucciones a sus vicarios²⁸.

Una cita de Ibn Lubāba que —procedente de los *Aḥkām* de Ibn Ziyād— reproduce al-Nubāhī en su *Marqaba* sirve a este último para recordar «*la diversidad de opiniones que hay entre los ulemas, y lo que sostiene la escuela de Mālik y sus discípulos sobre la prueba del juramento y el testigo, y lo que sostienen los cadíes de nuestro país desde la entrada de los árabes, es decir, que no consideran lícito el juramento y un solo testigo, y que no celebran juicios por este procedimiento. Que siga, pues, el cadí lo que Dios le dé a entender*»²⁹.

El eminente alfaquí Baqī b. Majlad afirmaba de Muḥammad b. Bašīr que «*en sus actuaciones judiciales tenía unos métodos y unos procedimientos tan perspicaces, que no se encuentran en ninguno de los que le precedieron, ni en al-Andalus ni en Fez ni entre los más eminentes antepasados de la comunidad islámica*»³⁰. Este cadí tampoco admitía la atestación por escrito, excepto en el caso de los bienes habices; ni la prueba de un solo testigo confirmada por el juramento de la parte³¹.

Del mismo modo, el cadí malagueño Abū l-Muṭarrif °Abd al-Raḥmān b. Qāsim al-Šaʿbī (m. 1106 d.C.) «*en materia de derecho procesal (aqḍīya) tenía opiniones propias deducidas por esfuerzo personal (iṯtihād), que no tenía ninguno de su generación, recurriendo especialmente a la doctrina transmitida de Ašhab*»³².

Finalmente, el cadí Ibn Zarb «*no celebraba juicios durante el mes de ramadán, para dedicarse en él a las obras pías y a las prácticas de piedad. En esto fue perseverante hasta la muerte... era de sentimientos delicados: no se recuerda que hubiese condenado a azotes a nadie en el espacio de su cadiazgo, y, sin embargo, era irrefutable ante Dios*»³³.

28. Tyan lo atribuye al hecho de que «*il n'existe pas en Islam un organe législatif officiellement reconnu: le travail de la jurisprudence, renforcé par le pouvoir réglementaire ainsi que par le travail de la doctrine et les consultations des juristes, comblait dans une mesure plus ou moins satisfaisante cette lacune*». Cfr. TYAN, *L'organisation judiciaire*, p. 344. Lévi-Provençal afirma que, en punto al número de sus atribuciones, el cadí andalusí «*se distinguía apenas de sus colegas orientales, salvo que su poder de coacción y reglamentación era acaso mayor*» Cfr. LÉVI-PROVENÇAL, *Historia de España*, t. V, p. 73.

29. AL-NUBĀHĪ-CUELLAS, *Marqaba*, t. I, pp. 113-114.

30. *Ibidem*, p. 116.

31. Otra peculiaridad de su actuación era la de reservar una parte del día a examinar las pruebas, cfr. AL-JUŠANĪ-RIBERA, pp. 67-68; AL-NUBĀHĪ-CUELLAS, *Marqaba*, t. I, pp. 110, 111 y 113.

32. AL-NUBĀHĪ-CUELLAS, *Marqaba*, t. I, p. 226.

33. AL-NUBĀHĪ-CUELLAS, *Marqaba*, t. I, p. 171. Véase ÁVILA NAVARRO, M^a.L.; «*La proclamación (bay'a) de Hišām II. Año 976 d.C.*». *Al Qanṭara*, 1980, 1, pp. 79-

A veces, las referencias al modo particular de proceder de un determinado cadí ponen igualmente de relieve su repercusión entre los magistrados contemporáneos o posteriores.

Según refería el cordobés Ibn al-^cAṭṭār, «*más de una vez discutí con Muḥammad b. Yabqà b. Zarb, antes de que fuese nombrado cadí... y él se inclinaba por la opinión de Ašhab. Cuando le nombraron juez, le dije: -Ahora tienes en tu mano hacer realidad aquello que opinabas. Sigue la opinión de Ašhab; juzga con arreglo a ella, persevera y te imitarán*»³⁴.

A Muḥammad b. al-Salīm «*solamente se le reprochaba el método lento que seguía en las causas judiciales y el diferir demasiado las sentencias. Solía seguir; en efecto, este procedimiento cuando algo se le presentaba oscuro, imitando el método del cadí Aḥmad b. Baqī*»³⁵.

Un pasaje del *Muḥḥad* pone de manifiesto que las diferencias de método entre dos cadíes que intervinieran en un mismo proceso podían fundar en uno la duda respecto de la validez de lo actuado por el otro: «*Supongamos que un cadí ante quien, por muerte de los testigos, se ha prestado testimonio acerca de sus firmas en un reconocimiento de deuda, se dirige al cadí de otra población comunicándole: 'He recibido el testimonio probatorio de estos testigos y, basándome en él, he sentenciado'. Cuando este exhorto llegue al juez de la población en que se halla el demandado, ¿tiene dicha sentencia carácter vinculante para este otro cadí, siendo así que él no juzga basándose en el testimonio acerca de la firma, excepto en el caso de bienes habices (aḥbās)?*»³⁶.

Llegado el caso, el soberano también podía imponer directrices de carácter material o procesal a la actuación de sus cadíes. No de otro modo, el califa al-Ḥakam II instó al cadí Muḥammad b. al-Salīm, hacia el año 967 d. C., a «*que obligase a la gente a regirse por la opinión de Ibn al-Qāsim y Muṭarrif acerca de*

114, p. 105. Este cadí, al parecer, se atenía a la doctrina de Saḥnūn e Ibn al-Māyīšūn en lo relativo a la no admisión del *tā'yīz*, cf. VILA, «Abenmoguit», p. 131. Véase también AL-NUBĀHĪ-CUELLAS, *Marqaba*, pp. 143, 244 y 245; FIERRO, M^a. I.; «Los mālikīes de al-Andalus y los dos árbitros (*al-ḥakamān*)». *Al Qantara*, 1985, 6, pp. 79-102, p. 96, acerca de los particulares métodos del cadí sevillano Abū Bakr b. al-^cArabī, m. 1148 d. C.

34. CHALMETA, P.; «Acerca del ^camal en al-Andalus: algunos casos concretos». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1987, 57, pp. 339-364, pp. 352-353. Se discutía si en el documento de venta de una finca había que hacer mención de la exención del pago del censo (*ṭabl*). Véase también *ibidem*, p. 357.

35. AL-NUBĀHĪ-CUELLAS, *Marqaba*, t. I, p. 169. Cfr. igualmente *ibidem*, pp. 143 y 145; AL-JUŠANĪ-RIBERA, *Historia*, p. 248.

36. CARMONA GONZÁLEZ, A.; «La correspondencia oficial entre jueces en el *Muḥḥad* de Ibn Hišām de Córdoba». En *Homenaje al Profesor Jacinto Bosch Vilá*, Granada, 1991, pp. 497-509, p. 502. La cita es del propio Ibn Hišām.

la actuación del pródigo (invalidándola desde el momento en que daba muestras evidentes) y que fallase en este sentido. Así se dieron dictámenes durante el resto de su califato, cayendo en desuso la opinión de Mālik y de aquellos discípulos suyos que la seguían»³⁷.

Paralelamente, y en el ámbito de la actividad reglada, la falta de uniformidad que con frecuencia manifiestan las obras de *fiqh* respecto de la doctrina que seguir en el caso concreto proporcionaba al magistrado un holgado margen de autonomía en la selección de la norma aplicable.

A título de ejemplo, Ibn Muġīṭ recoge tres soluciones probatorias distintas teóricamente aplicables (las de Aḥmad b. Baqī b. Majlad, Aṣḥab b. Saʿīd y Muḥammad b. Ḥārīt) para el supuesto del vendedor que en su día otorgó acta de compraventa de un bien raíz, requiriendo testimonio de haber percibido la totalidad del precio (aunque en realidad sólo se le hubiera pagado en parte), y que alega que el comprador, abusando de su confianza, se ha amparado en la literalidad del acta y pretende estar liberado de su obligación de pago³⁸.

Por lo demás, E. Tyan ha señalado —con base en Ibn Farḥūn— que la doctrina mālikī daba cabida al sistema de la *siyāsa šarʿiyya* como cauce de actuación de la justicia cadial. Los titulares de la misma podrían ejercer, por tanto, las prerrogativas de una suerte de jurisdicción extraordinaria que les conferiría aún mayor libertad en la ordenación del proceso y en la resolución de los asuntos. Dicho sistema, que legitimaba una actuación judicial al margen del *corpus iuris* tradicional, conforme a consideraciones de utilidad práctica (pero integradas y ordenadas en cualquier caso al cumplimiento de los principios generales del *šarʿ*), habría sido seguido en España y en el Magreb, limitando considerablemente el ámbito de aplicación de la institución de los *mazālim* en estas regiones occidentales del Islam³⁹. De ser así, no sabríamos calibrar en qué medida lo reflejan las fuentes

37. CHALMETA, «Acerca del *ʿamab*», p. 353. Véase LAGARDÈRE, *Histoire et société*, p. 408, n. 152; p. 411, n. 167; p. 414, n. 176. Según la doctrina de Mālik, prevalente en la escuela, la resolución judicial de incapacitación del pródigo debía surtir una eficacia simplemente *ex nunc*, cfr. JALİL-SANTILLANA, *Muḥtaṣar*, t. II, p. 325 y n. 25; SANTILLANA, *Istituzioni*, t. I, pp. 19 y 242; TYAN, *L'organisation judiciaire*, pp. 103-104 y 343-344; TYAN, «Méthodologie et sources», p. 108.

38. Véase IBN MUĠĪṬ-AGUIRRE SÁDABA, F.J.; *El Kitāb al-muqniʿ fi ʿilm al-šurūt de Abū yāʿfar Aḥmad ibn Muġīṭ al-Ṭulayṭulī. Edición crítica de la obra y traducción de los contratos de compraventa, cartas de manumisión, denuncias y alegaciones*. Tomo I (traducción). Granada, 1987 (En adelante *Muqniʿ*), t. I, pp. 175-176.

39. Tampoco era infrecuente que el magistrado ordinario acumulara cargos relativos a la justicia represiva, v.g. la titularidad de la *šurṭa*, véase TYAN, «Méthodologie et sources», pp. 103-107; TYAN, *L'organisation judiciaire*, pp. 343, 348, 446-451, 525 y 608; LÉVI-PROVENÇAL, *Espagne musulmane au X siècle*, p. 93.

andalusíes. Quizá podría ponerse de relieve en algunas anécdotas de la crónica de al-Jušanī⁴⁰.

En cambio, sí consta la existencia de jueces que resolvían con arreglo a la equidad. Era el caso, por ejemplo, de Muḍīr b. Saʿīd, cadí perteneciente a la escuela zāhirī, que «*practicaba abiertamente el iṭtihād, y, en todos los asuntos que se ventilaban en su tribunal, procuraba formarse una opinión personal e independiente, basando su sentencia en esta opinión, en vez de calcarla sobre las de juristas más antiguos, como hacían buena parte de sus colegas, partidarios de la imitación servil (taqlīd)*»⁴¹. Al-Jušanī recoge igualmente algunas decisiones en este sentido de Muʿāwiya b. Ṣāliḥ⁴² y Sulaymān b. Aswad⁴³.

40. «*Mohámed ben Ibrahim se presentó ante Elhabib ben Ziad, en la primera época de su mando, quejándose de aquel hombre. El juez ordenó que lo metieran en la cárcel. Pero Mohámed ben Omar ben Lobaba y Abusálih Ayub ben Soleiman, intercedieron para que fuera puesto en libertad. Éstos decían: -¿Metes en la cárcel a un hombre sin más razón que la de haberlo pedido el contrincante suyo? Elhabib, sin embargo, no lo soltó, y contestaba: -Ni mi padre ni mi tío se atreverían a pedirme tal cosa en favor de quien ha sido denunciado por un hombre de ciencia, que es además hombre de bien a carta cabal. No debe ponerse en libertad, sino a petición de aquel por quien se puso preso*». Cfr. AL-JUŠANĪ-RIBERA, *Historia*, pp. 223-224). Véase también *ibidem*, pp. 10-11, n. 1, 107, 124, 146, 149-150, 153, 164-165, 169 y 170; AL-NUBĀHĪ-CUELLAS, *Marqaba*, t. I, p. 38; LALINDE-JÜRSS, «Una historia de los jueces», p. 729.

41. LÉVI-PROVENÇAL, E.; *Historia de España*, t. V, p. 81. Véase también *ibidem*, pp. 76 y n. 65 y 309; AL-NUBĀHĪ-CUELLAS, *Marqaba*, t. I, p. 165; LÓPEZ ORTIZ, *Derecho*, p. 38.

42. «*Yúsuf El Fihri regaló una joven esclava a Moavia ben Sálīh, de la cual tuvo éste un hijo. Cuando subió al trono Abderrahmen I, le fue reclamada en pleito a Moavia ben Sálīh; pero se declaró que éste tenía derecho a conservar en su poder a la muchacha. Preguntósele a Moavia acerca de esta cuestión y del motivo o razón que había alegado para fundar su derecho, y contestó: -He alegado el precedente de Abuazahiría ante el cual se sustanció un pleito sobre un pilar que un hombre había construido para sostener un muro que pertenecía a otro, pilar que se consideró como obra necesaria para que el muro no se derrumbase. Abuazahiría sentenció en favor de aquel que había construido el pilar; pues se hizo la siguiente reflexión: »si se le quita ese pilar, el muro necesariamente ha de sufrir daño. Pues bien, yo creo que si a este hijo mío se le quita a su madre, sufrirá más daño que podía haber sufrido aquella pared al quitarle el muro=. Este razonamiento se aceptó y ésa es la jurisprudencia que se ha mantenido (aquí en Andalucía) en tales casos*». AL-JUŠANĪ-RIBERA, *Historia*, pp. 45-46.

43. «*Me hallaba yo en la curia cierto día en que se presentó al juez un hombre en demanda contra otro, respecto de un horno cuyo propietario lo construyó en forma que los humos molestaban al demandante y al vecindario. Acerca de esta cuestión Abencásim decía que era ese un daño que había que evitar, no debiendo autorizarse el que se construyera el horno. Pero el juez Soleiman ben Aswad decidió, separándose de la*

3. CONCLUSIÓN

Con el apoyo de las fuentes hispano-musulmanas se ha advertido la inexistencia de una referencia procedimental «tipo» en la regulación del proceso según los textos legales mālikīes. Este ámbito de indeterminación normativa era cubierto con la actuación intervencionista y creadora del cadí, que se materializaba en facultades de ordenación, impulso oficial, coerción y reglamentación del proceso, así como en la posibilidad de un diseño *ad casum* del iter procedimental por parte del magistrado, aprovechando la multiplicidad de fuentes y el casuismo normativo característico de los tratados de *fiqh*.

Bibliografía

- ARCAS CAMPOY, M.; «Ibn Abī Zamanīn y su obra jurídica». *Cuadernos de Historia del Islam*, 1984, 11, pp. 87-101.
- ARCAS CAMPOY, M.; «Valoración actual de la literatura jurídica de al-Andalus». En *Actas del II Coloquio Hispano-Marroquí de Ciencias Históricas «Historia, Ciencia y Sociedad»*, Granada, 6-10.XI.1989, pp. 31-49.
- ARCAS CAMPOY, M.; «Algunas consideraciones sobre los tratados de jurisprudencia mālikī de al-Andalus». *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos*, 1988, 37, pp. 13-21.
- ASÍN PALACIOS, M.; «Un código inexplorado del cordobés Ibn Ḥazm». *Al Andalus*, 1934, 2, pp. 1-56.
- ÁVILA NAVARRO, M^a.L.; «La proclamación (*bay'a*) de Hišām II. Año 976 d.C.». *Al Qanṭara*, 1980, 1, pp. 79-114.
- AZEMMOURI, T.; «Les *nawāzil* d'Ibn Sahl» = «Les *nawāzil* d'Ibn Sahl. Section relative a l'*ihtisāb*. Première partie. Introduction et texte arabe». *Hespéris-Tamuda*, 1973, 14, pp. 8-21 y pp. 21-107.
- BOUSQUET, G.H.; *Le droit musulman*, Paris, 1963.

*opinión de Abencásim, que debía colocarse un tubo en la parte superior del horno, para que el humo saliera por la parte más alta y no perjudicase a los de la vecindad. Mohámed ben Omar aceptó esa doctrina y en conformidad con ella daba sus consejos o decisiones jurídicas; y el pueblo le atribuía esa opinión (...) Yo creo que Soleiman ben Asuad debió ver esta costumbre en alguna parte o, si no la vio, tuvo al menos noticia de que en Oriente los hornos se hacían así, construyéndose según esta regla que se ha mencionado; y le pareció bien eso; y ordenó que se imitara esa costumbre en Andalucía». Cfr. *ibidem*, pp. 169-170. Véase *ibidem*, pp. XXXII de la introducción, 168, 172 y 218; CASTEJÓN, R.; *Los juristas hispano-musulmanes (desde la conquista, hasta la caída del Califato de Córdoba. Años 711 a 1031 de C.)*, Madrid, 1948, pp. 150-151. Cfr. igualmente, respecto del cadí Muṣ'āb b. 'Imrām, AL-NUBĀHÍ-CUELLAS, *Marqaba*, t. I, p. 108.*

- BRUNDSCHVIG, R.; «Le système de la preuve en droit musulman». *Études d'Islamologie*, pp. 201-218, Paris, 1976.
- BRUNDSCHVIG, R.; «Polémiques médiévales autour du rite de Mālik». *Al Andalus*, 1950, 15, pp. 65-101.
- BRUNDSCHVIG, R.; *Berbérie orientale*, II = *La Berbérie orientale sous les Hafsidés des origines a la fin du XV^e siècle*, tomo II, Institut d'Études Orientales d'Alger, Paris, 1947.
- CAHEN, C.; «A propos des *shuhud*». *Studia Islamica*, 1970, 31, pp. 71-79.
- CARMONA GONZÁLEZ, A.; «La correspondencia oficial entre jueces en el *Mufīd* de Ibn Hišām de Córdoba». *Homenaje al Profesor Jacinto Bosch Vilá*, volumen I, Granada, 1991, pp. 497-509.
- CARMONA GONZÁLEZ, A.; «Los *adāb al-quḍāt*, o normas de conducta del juez islámico». *Homenaje al Profesor Juan Torres Fontes*, (Separata), Murcia, 1987, pp. 235-243. Universidad de Murcia-Real Academia Alfonso X el Sabio.
- CARMONA GONZÁLEZ, A.; «Ibn Hišām al-Qurṭubī y su *Mufīd li-l-ḥukkām*», *Quaderni di Studi Arabi*, 1987-1988, 5-6, pp. 120-129.
- CASTEJÓN, R. *Los juristas = Los juristas hispano-musulmanes (desde la conquista, hasta la caída del Califato de Córdoba. Años 711 a 1031 de C.)*. Madrid, 1948. Instituto de Estudios Africanos.
- CHALMETA, P.; «Acerca del *ʿamal* en al-Andalus» = «Acerca del *ʿamal* en al-Andalus: algunos casos concretos». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1987, 57, pp. 339-364.
- CHALMETA, P.; *Hist. Gral. Esp. y Amér.* III = «La sociedad andalusí», «La economía» e «Instituciones», en *Historia General de España y América*, t. III (El fallido intento de un Estado hispánico musulmán —711-1085—). Coordinado por V.A. Álvarez Palenzuela. Madrid, 1988, pp. 459-544.
- CHALMETA, P. y CORRIENTE, F.; *Formulario notarial hispano-árabe = Formulario notarial hispano-árabe por el alfaquí y notario cordobés Ibn al-'Atṭār (s. X)*, Madrid, 1983. AMN-IHAC.
- CHARLES, R.; *Le droit musulman*, Paris, 1956.
- DAGA PORTILLO, R.; «Aproximación a la obra *Al-Aḥkām al-Kubrā* del cadí ʿIsā ibn Sahl». *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos*, 1987, 36, pp. 237-249.
- DE LA GRANJA, F.; «Ibn García, cadí de los califas ḥammadīes (nuevos datos para el estudio de la *šurūbiyya* en al-Andalus)». *Al Andalus*, 1965, 30, pp. 63-78.
- DE LA GRANJA, F.; «Fiestas cristianas en al-Andalus (materiales para su estudio)». *Al Andalus*, 34 (1969), 1-53; 35 (1970), 119-142.
- DE WAËL, H.; *Le droit musulman. Nature et évolution*, Paris, 1989.
- FIERRO BELLO, M^a.I.; «Accusations of *'zandaqa'* in al-Andalus». *Quaderni di Studi Arabi*, 1987-1988, 5-6, pp. 251-258.
- FIERRO BELLO, M^a.I.; *La heterodoxia en al-Andalus durante el periodo omeya*, Madrid, 1987. IHAC.
- FIERRO BELLO, M^a.I.; «Los mālikīes de al-Andalus y los dos árbitros (*al-hakamān*)». *Al Qanṭara*, 1985, 6, pp. 79-102.
- FIERRO BELLO, M^a.I.; «El proceso contra Ibn Hātim al-Ṭulayṭulī» = «El proceso contra Ibn Hātim al-Ṭulayṭulī (años 457/1064-464/1072)». *Estudios Onomástico-Biográficos de Al-Andalus*, 1994, 6, pp. 187-215.

- GAUDEGROY-DEMONBYNES, M.; «Notes sur l'histoire» = «Notes sur l'histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam». *Revue des Études Islamiques*, 1939, 13, pp. 109-147.
- IDRIS, H.R.; «Le mariage en Occident musulman» = «Le mariage en Occident musulman d'après un choix de fatwas médiévales extraites du *Mi'yār* d'al-Wanšarīsī». *Studia Islamica*, 1970, 32, pp. 157-167; *Revue de l'Occident Musulman et de la Méditerranée*, 1972, 12, pp. 45-62; 1974, 17, pp. 71-105; 1978, 25, pp. 119-138.
- JALLAF, M.; *Hist. Esp.* VIII-I = «La justicia». En *Historia de España dirigida por Ramón Menéndez Pidal*, tomos VIII-I (Los reinos de taifas. Al-Andalus en el siglo XI). Coordinación y prólogo de M^a Jesús Viguera Molíns, Madrid, 1994, pp. 163-190.
- LAGARDÈRE, V.; *Histoire et société = Histoire et société en Occident musulman au Moyen Âge. Analyse du Mi'yār d'al-Wanšarīsī*. Madrid 1995. Collection de la Casa de Velázquez, n^o 53.
- LAGARDÈRE, V.; «La vie sociale et économique» = «La vie sociale et économique de l'Espagne musulmane aux XI-XII siècles à travers les *fatwa*s du *Mi'yār* d'al-Wanšarīsī», *M C V.*, 1990, 26 (1), pp. 197-236.
- LAGARDÈRE, V.; «Moulins d'Occident musulman» = «Moulins d'Occident musulman au Moyen Âge (IX au XVe siècles): al-Andalus». *Al Qanṭara*, 1991, 12, pp. 59-118.
- LALINDE JÜRSS, J.; «Una historia de los jueces» = «Una 'historia de los jueces' en la España musulmana», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1978, pp. 683-740.
- LÉVI-PROVENÇAL, E.; *Hist. Esp.* IV y V = *Historia de España dirigida por Ramón Menéndez Pidal. España Musulmana*, t. IV (La Conquista, el Emirato, el Califato), t. V (Instituciones, Sociedad, Cultura), 60 y 50 ed., respectivamente. Madrid, 1987.
- LÉVI-PROVENÇAL, E.; *Espagne musulmane au X siècle = L'Espagne musulmane au Xe siècle. Institutions et vie sociale*, Paris, 1932.
- LÓPEZ ORTIZ, J.; *Derecho musulmán*, Barcelona 1932.
- LÓPEZ ORTIZ, J.; «La jurisprudencia» = «La jurisprudencia y el estilo de los tribunales musulmanes de España». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1932, 9, pp. 213-248.
- LÓPEZ ORTIZ, J.; «Fatwas granadinas» = «Fatwas granadinas de los siglos XIV y XV». *Al Andalus*, 1941, 6, pp. 73-127.
- LÓPEZ ORTIZ, J.; «Abensalmún» = «Algunos capítulos del Formulario notarial de Abensalmún de Granada». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1927, 4, pp. 319-375.
- MARÍN, M.; «*Šūrà* et *ahl al-šūrà* dans al-Andalus». *Studia Islamica*, 1985, 62, pp. 25-51.
- MARÍN, M.; «Una familia de ulemas cordobeses: los Banū Abī 'Īsà». *Al Qanṭara*, 1985, 6, pp. 291-320.
- MARTOS QUESADA, J.; *Los muftíes = Los muftíes andalusíes (92-898/711-1492). Contribución al estudio de las instituciones jurídicas en al-Andalus*. Tesis Doctoral. 1985. Universidad de Granada (ed. en microfichas).
- MARTY, P.; «La justice civile musulmane au Maroc». *Revue des Études Islamiques*, 1931, 5, pp. 341-538; 1933, 7, pp. 185-294.
- MEZ; *El Renacimiento del Islam*, Traducción española de Salvador Vila. Madrid-Granada, 1936.
- NUNE, E.; «Il parere giuridico (*fatwà*) del *muftī* nel diritto musulmano», *Oriente Moderno*, 1944, 24, pp. 27-35.

- PAREJA, F.M^a.: *Islamologia*, 2 vols. Milano, 1952-54.
- PELÁEZ PORTALES, D.: *Administración de justicia en la España musulmana*, Córdoba, 1999.
- POWERS, D.S.: «Fatwas as sources for legal and social history» = «Fatwas as sources for legal and social history: a dispute over endowment revenues from fourteenth-century Fez», *Al Qanṭara*, 1990, 11, pp. 295-341.
- POWERS, D.S.: «Kadijustiz or qāḍī-justice?» = «Kadijustiz or qāḍī-justice? A paternity dispute from fourteenth-century Morocco». *Islamic Law and Society*, 1994, 1,3, pp. 332-366.
- SANTILLANA, D.: *Istituzioni = Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*. Roma 1938 y 1943. Istituto per l'Oriente, 2 vols.
- SECO DE LUCENA PAREDES, L.: «Notas para el estudio del derecho hispano-musulmán. Dos fatwas de Ibn Manzūr». *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos*, 1956, 5, pp. 5-17.
- SERJEANT, J. (ed.): *La ciudad islámica*, Barcelona, 1982.
- SERRANO, D.: «La práctica legal (‘amal) en al-Andalus» = «La práctica legal (‘amal) en al-Andalus durante los siglos XI-XII, a través de los Maḍāhib al-ḥukkām fī nawāzil al-aḥkām de Muḥammad ibn ‘Iyāḍ». *Qurṭuba*, 1996, 1, pp. 171-192.
- THUNG, M.H.: «Written obligations» = «Written obligations from the 2nd/8th to the 4th/10th century». *Islamic Law and Society*, 1996, 3,1, pp. 1-13.
- TURKI, A.: «Argument d'autorité» = «Argument d'autorité, preuve rationnelle et absence de preuves dans la méthodologie juridique musulmane». En *Théologiens et juristes de l'Espagne musulmane (Aspects polémiques)*, Islam d'hier et d'aujourd'hui, n. 16. Paris, 1982.
- TYAN, E.: *L'organisation judiciaire = Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, 20 ed., Leiden, 1960.
- TYAN, E.: «Méthodologie et sources du droit en Islam» = «Méthodologie et sources du droit en Islam (Istiḥṣān, Istislāh, Siyāsa šar‘iyya)». *Studia Islamica*, 1959, 10, pp. 79-109.
- TYAN, E.: «La procédure du ‘défaut’ en droit musulman». *Studia Islamica*, 1957, 7, pp. 115-133.
- VIGUERA MOLÍNS, M^aJ.: «La Historia de alfaquíes y jueces de Aḥmad b. ‘Abd al-Barr». *Revista del Instituto de Estudios Islámicos*, 1985-1986, 23, pp. 49-61.
- VIGUERA MOLÍNS, M^aJ.: «Apuntes sobre Ibn Ḥayyān (377/987-8-469/1076)». *Temas Árabes*, 1986, 1, pp. 77-92.
- VIGUERA MOLÍNS, M^aJ.: «Los jueces de Córdoba en la primera mitad del siglo XI (análisis de datos)». *Al Qanṭara*, 1984, 5, pp. 123-145.
- VILA, S.: «Abenmoguit» = «Abenmoguit. »Formulario notarial«. Capítulo del matrimonio». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1931, 8, pp. 5-200.

TRADUCCIONES UTILIZADAS DE LAS FUENTES ÁRABES

- AL-JUŠANĪ-RIBERA = *Historia de los jueces de Córdoba por Aljoxanī*. Texto árabe y traducción española de J. Ribera. Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas. Centro de Estudios Históricos. Madrid, 1914.
- AL-NUBĀHĪ-CUELLAS, *Marqaba*, I = CUELLAS MARQUÉS, A. Al-Marqaba al-‘ulya de al-Nubāhī. Edición y traducción parciales, introducción y notas. Tomo I (traducción). Tesis Doctoral. Septiembre de 1983. Universidad de Granada (ed. en microfichas).

- AL-RĀZĪ-GARCÍA GÓMEZ, *Anales palatinos = El califato de Córdoba en el Muqtabis de Ibn Ḥayyān. Anales palatinos del califa de Córdoba al-Ḥakam II, por 'Īsā ibn Aḥmad al-Rāzī (360-364 H. = 971-975 J. C.)*. Traducción de E. García Gómez. Madrid 1967.
- AL-WANŠARĪSĪ-BRUNO y GAUDEFROY, *Le livre des magistratures = Le livre des magistratures d'el Wancherisi*. Texte Arabe publié, traduit et annoté par H. Bruno et M. Gaudefroy-Demombynes. Collection de Textes Arabes. Institut des Hautes-Études Marocaines, volume VIII, Rabat 1937.
- IBN 'ABDŪN-LÉVI-PROVENÇAL y GARCÍA GÓMEZ, *Sevilla a comienzos del siglo XII = LÉVI-PROVENÇAL E. y GARCÍA GÓMEZ, E. Sevilla a comienzos del siglo XII. El tratado de Ibn 'Abdūn*, Madrid 1948.
- IBN ABĪ ZAMANĪN-ARCAS, *Muntajab*, I = ARCAS-CAMPOY, M. *El Kitāb Muntahab al-Aḥkām de Ibn Abī Zamanīn. Estudio, traducción y edición crítica del sumario y del Libro I*. Tomo I (traducción). Tesis Doctoral. Septiembre de 1982. Universidad de Granada. *Pro manuscrito*.
- IBN ABĪ ZAYD-RIOSALIDO, *Compendio de Derecho Islámico = RIOSALIDO GAMBOTTI, J. Compendio de Derecho islámico*, Madrid 1993.
- IBN 'ĀŠIM-HOUDAS y MARTEL, *Tohfāt = Traité de droit musulman. La Tohfāt d'Ebn Acem*. Texte arabe avec traduction française. Commentaire juridique & notes philologiques par O. Houdas et F. Martel, Alger 1882.
- IBN HIŠĀM-CARMONA, *Mufīd*, I = CARMONA GONZÁLEZ, A. *Al-Mufīd li-l-ḥukkām de Ibn Hišām de Córdoba (m. 606/1209). Estudio preliminar. Edición crítica y traducción anotada de su Introducción y de los Libros I y II*. Tomo I (traducción). Tesis Doctoral. Diciembre de 1985. Universidad de Granada (ed. en microfichas).
- IBN 'IYĀD-SERRANO, *La obra de procedimientos jurídicos del cadī 'Iyāḍ = SERRANO RUANO, D. La obra de procedimientos jurídicos del cadī 'Iyāḍ*. Tesis Doctoral. Mayo de 1996. Universidad de Sevilla. *Pro manuscrito*.
- IBN MUGĪṬ-AGUIRRE, *Muqni'*, I = AGUIRRE SÁDABA, F.J. *El Kitāb al-muqni' fī 'ilm al-šurūt de Abū yā'far Aḥmad ibn Mugīṭ al-Ṭulayṭulī. Edición crítica de la obra y traducción de los contratos de compraventa, cartas de manumisión, denuncias y alegaciones*. Tomo I (traducción). Tesis Doctoral. 1987. Universidad de Granada (ed. en microfichas).
- IBN SAHL-DAGA, *Organización jurídica = DAGA PORTILLO, R. Organización jurídica y social en la España musulmana. Traducción y estudio de al-Aḥkām al-Kubrā de Ibn Sahl (s. XI)*. Tesis Doctoral. 1990. Universidad de Granada (ed. en microfichas). Citaremos I para la traducción y II para el estudio de la obra.
- IBN SALMŪN-CANO, *Contratos conmutativos = CANO ÁVILA, P. Contratos conmutativos en la Granada nazarí del siglo XIV, según el Formulario notarial de Ibn Salmūn (m. 767/1366)*. Tesis Doctoral. Octubre de 1.986. Universidad de Granada (ed. en microfichas).
- JALĪL-SANTILLANA, *Mujtaṣar*, II = *Il Muḥtaṣar o Sommario del Diritto Malechita di Jalīl ibn Iṣḥāq*, vol. II (Diritto civile, penale e giudiziario). Trad. D. Santillana, Milano 1919.