

LA PRECLUSIÓN (TA'YÍZ) EN EL DERECHO PROCESAL MÁLÍKÍ: UN TEXTO DEL *MUFÍD* DE IBN HÍSHÁM

Alfonso CARMONA GONZÁLEZ
Universidad de Murcia

BIBLID [1133-8571] 3 (1995) 241-259

Resumen: Ibn Hishám al-Azdí (*ob.* 1209), de Córdoba, plantea en un pasaje de su *Mufid li-l-hukkám* algunos de los casos que se pueden presentar en la aplicación de la institución jurídica del *ta'yíz* “preclusión definitiva de alegaciones”.

Palabras clave: *Fiqh*. Ibn Hishám al-Azdí. Escuela jurídica málíkí. Derecho procesal islámico. Preclusión de alegaciones.

Abstract: Ibn Hishám al-Azdí (d. 1209), from Cordova, proposes in a passage of his *Mufid li-l-hukkám* some of the circumstances which may come up in the application of the jurical institution of *ta'yíz*.

Key words: *Fiqh*. Ibn Hishám al-Azdí. Málíkí school. Islamic procedural law. Pleading.

0. Introducción

El término árabe *ta'yíz* (“incapacidad” o “incapacitación”) adquiere en derecho procesal un significado equivalente al de **preclusión definitiva de alegaciones** o “cosa juzgada” (*non bis in idem*): documento suscrito por un juez en favor de la parte ganadora afirmando que el otro litigante no podrá presentar contra lo juzgado ningún nuevo argumento ni reclamación. Es lo mismo que decir que la parte perdedora ya no tiene derecho al *i'dár*, que ya no puede válidamente argumentar o alegar en su propio descargo.

Recordemos que se llama *i'dār* a la interpelación que el magistrado dirige a aquél contra quien existen pruebas, diciéndole: “¿Tienes algún argumento que aportar en tu descargo?”. Si el interesado no comparece en la vista oral, el juez habrá de tratar de hacerle llegar dicha interpelación, siempre que sea posible. De cualquier modo, en todos los casos se concederá uno o varios plazos para que pueda ser presentada la prueba si la hubiere. La duración de dichos plazos se deja al arbitrio de la autoridad judicial. Ibn Ruṣd⁽¹⁾, *el abuelo*, dice que en su tiempo lo habitual era conceder treinta días, divididos en varios subplazos, el último de los cuales recibe el nombre de *talawwum*⁽²⁾. Pero, si hubiera que aportar como prueba un documento que no fuera posible obtener en el lugar donde se plantea el litigio, los plazos suelen ser más amplios, tal como nos dice el mismo Ibn Ruṣd; o si el demandado se hallaba ausente -problemática esta última que ocupará varios párrafos del texto que traduzco a continuación.

Expirados tales plazos, el juez emitirá su veredicto y establecerá el *ta'yīz*, con la finalidad -tal como hemos apuntado- de impedir que el caso sea ulteriormente retomado en base a nuevos argumentos⁽³⁾. La sentencia o fórmula ejecutoria se plasmará en un documento llamado *tasŷil*.

Hasta aquí la doctrina mayoritariamente aceptada entre los juristas de los primeros siglos del Islam y oficialmente seguida en los tribunales andalusíes. Pero, como muestra el texto que edito y traduzco enseguida, no era doctrina unánimemente compartida. Dos de los más destacados ulemas mālikíes⁽⁴⁾ de la primera época (Sāhnūn⁽⁵⁾ e Ibn al-Māŷišūn⁽⁶⁾) no entendían que, en aras del

(1) Abuelo de Averroes. Vivió de 451/1059 a 520/1126, y fue considerado el mejor alfaquí de su época. Trabajó para el gobierno almorávide, que lo nombró cadí de Córdoba. Autor de voluminosas obras de jurisprudencia que han llegado hasta nosotros.

(2) *Fatāwā bni Ruṣd*. Ed. M. al-Talīlī. Beirut, 1987, I, 319, n. 1.

(3) *Vid.* LOUIS MILLIOT & FRANÇOIS-PAUL BLANC. *Introduction à l'étude du Droit musulman*. Paris, 1987², pág. 558, n. 742.

(4) Discípulos y seguidores de Mālik b. Anas (*ob.* 179/796), biznieto de un Compañero del Profeta y fundador de la escuela jurídica que lleva su nombre. Su *Muwatta'* (“Camino allanado”) es el más antiguo tratado jurídico islámico llegado hasta nosotros.

(5) El más destacado de los juristas ifriquies. Nació y murió en Qayrawān (160/777-240/854). Oyó a Mālik, pero aprendió principalmente de los egipcios Ibn al-Qāsim y Ašhab. Redactó la *Mudawwana*, obra capital de la jurisprudencia mālikí, donde presenta toda la doctrina de Mālik, tal como fue transmitida y matizada por Ibn al-Qāsim. Sāhnūn fue maestro de numerosos andalusíes.

interés de la comunidad en que el proceso tuviera alguna vez terminación irrevocable, se ignoraran, sólo en razón de haber sido probados a destiempo, derechos de los que se pudiera dar fe. De ese modo, ambos se desligaban de una tradición jurídica que los tribunales islámicos habían recogido sin duda del sustrato romano-bizantino presente en todo el Oriente Medio, tradición que se ha mantenido hasta nuestros días. Así lo ha expresado un tratadista de Derecho español:

«La eficacia y utilidad de la función jurisdiccional del Estado y la seguridad del comercio jurídico de los ciudadanos exigen que los pronunciamientos de aquélla sean ya en un determinado momento **inalterables** y obligatorios para las partes y vinculantes para terceros»⁽⁷⁾.

Pero, así como en nuestro ordenamiento jurídico algunas resoluciones de los tribunales (por ejemplo, las penales), en determinados casos, no pueden considerarse inalterables, del mismo modo no todas las resoluciones finales de un cadí podrán ser consideradas sentencias firmes e inimpugnables. En Derecho islámico, el principio de la intangibilidad de la cosa juzgada no se aplica de modo absoluto en cualquier pleito o procedimiento judicial. Está excluido en las causas seguidas por cuestiones de repudio, filiación, homicidio y manumisión; es decir, en aquellos procesos en que se trata de los derechos personales que el Islam llama "derechos de Dios". Por otra parte, muchos ulemas han opinado que tampoco puede dictarse la preclusión en los litigios acerca de fundaciones pías o bienes habices (*ahbās*). Pero, además, aunque haya declaración de *ta 'yīz*, cualquier sentencia podrá ser anulada si se demuestra que es contraria a la ley.

Así pues, toda decisión judicial es susceptible de ser revisada por el juez que la dictó o por cualquier otro⁽⁸⁾, no sólo en base a su ilegalidad, sino también atendiendo a otras consideraciones que llevan a tomar en cuenta la aparición de nuevas pruebas, incluso una vez agotados los plazos concedidos en un principio. Quizá sea pertinente recordar aquí un dictamen del citado Ibn Ruṣd: Fue consultado acerca de un pleito en el que se le reclamaba a alguien determinadas propiedades en Jaén. Al demandado, que aseguraba poder aportar los documentos necesarios, se le concedieron los plazos oportunos para hacerlo. Pero éstos resultaron insuficientes puesto que los testigos que podían dar fe de

-
- (6) Jurista de Medina (*ob.* 212/827 ó 214/829) discípulo directo del Imām Mālik y transmisor de *su Muwatta'*. Tuvo entre sus discípulos andalusíes a Ibn Ḥabīb.
- (7) LUIS PRIETO-CASTRO. *Derecho procesal civil*. Madrid, 1975³, I, 191.
- (8) *Vid.* L. MILLIOT. *Introduction*, pág. 562, n. 747.

que el padre del demandado había comprado aquellos bienes al demandante se encontraban en Baeza, donde se había realizado el trato, y ni en dicho lugar ni en sus alrededores había por aquellos días autoridad judicial o religiosa ante quien pudieran testificar tales personas. La respuesta de Ibn Rušd fue que no se tuviera en cuenta que los plazos se habían agotado y que se le concediera una nueva oportunidad, e indicó que, si al cabo de un cierto tiempo seguía sin haber allí quien pudiera autentificar el documento, el cadí de Jaén encargase la gestión a alguien de confianza en Baeza⁽⁹⁾.

Pese a su evidente trascendencia, no es el *ta'ŷiz* una institución que haya merecido gran atención por parte de los tratadistas de *fiqh*. Entre los que han dedicado algunos párrafos a esta cuestión se encuentra el autor del *Mufid li-l-ŷukkām*, el cordobés Ibn Hišām al-Azdi (ob. 1209)⁽¹⁰⁾; párrafos que he considerado oportuno editar y traducir aquí por primera vez. En este texto, el autor mālikí se ocupa de algunos aspectos de la casuística que el principio de la **preclusión** genera. Con este trabajo, espero contribuir a un mejor conocimiento del Derecho islámico aplicado en al-Andalus. Por otra parte, el pasaje muestra el continuo debate en materia legal que, pese al tan repetido “anquilosamiento del *fiqh*”, siempre existió en el medievo islámico, al menos en la literatura jurídica, si no en las cortes de justicia, donde se podía seguir, más o menos mecánicamente, la costumbre de los tribunales del país, el ‘*amal*’.

(9) *Fatāwā bni Rušd*, I, 318-9.

(10) Sobre este autor y su voluminoso libro, *vid.* mi trabajo “Ibn Hišām al-Qurtubī y su *Mufid li-l-ŷukkām*”. *Atti del XIII Congresso dell’Union Européenne des Arabisants et des Islamisants*. Ed. en *Quaderni di Studi Arabi*, V-VI (1987-88) 120-130. 11. En mi tesis doctoral (Granada, 1986), traduje los dos primeros *kutub* o capítulos del *Mufid*. Además, he traducido pasajes de esta obra en: “Los *ādāb al-qudāt*, o normas de conducta del juez islámico”. *Homenaje al Profesor Juan Torres Fontes*. Murcia, 1987, I, 235-243; “La correspondencia oficial entre jueces en el *Mufid* de Ibn Hišām de Córdoba”. *Homenaje al Prof. Bosch Vilá*. Granada, 1991, págs. 497-509; “Contribución al estudio de la doctrina jurídica acerca del *gash* en el Occidente islámico medieval”. *Actas del III Coloquio Hispano-Marroquí* (en prensa).

1. Traducción⁽¹¹⁾

Capítulo sobre la preclusión definitiva
y la extinción del derecho a alegar en descargo propio
(*al-ta'yiz wa-suqūt al-i'dār*)

«Dice Ibn Ḥabīb⁽¹²⁾, citando a Muṭarrif⁽¹³⁾: “Si alguien te reclama un determinado bien o un esclavo, no podrá (‘ayaza) pleitear si viene con dos testigos una vez expirado el plazo concedido para su habilitación⁽¹⁴⁾ ni tampoco si el juez ya había dictaminado con anterioridad que no tenía ningún derecho en su pretensión. En esos casos, tiene el cadi la obligación de extenderle un documento debidamente testificado en que conste la preclusión definitiva de tu oponente, el cual no podrá alegar nuevos argumentos. Y, en lo sucesivo, nadie habrá de volver a entender de tal proceso, ni dicho juez ni quien le sucediera; ni siquiera en el caso de que la parte perdedora aportase prueba fehaciente a su favor, siempre que esa prueba se quiera aplicar a aquello qué había sido objeto de preclusión. Hay que exceptuar las cuestiones de manumisión, repudio y filiación, pues el carácter de resolución final de tales sentencias no impide al demandante obtener juicio favorable si está en disposición de aportar pruebas concluyentes ante el magistrado que juzgó o ante quien hubiera sido nombrado

(11) Traduzco desde el f.º 31vº (línea 16) al f.º 33rº (línea 4) del manuscrito del Sacromonte de Granada. Este ms. lleva el n.º XII en el Catálogo de M. ASÍN. "Noticia de los mss. árabes del Sacro-Monte de Granada". *Revista del Centro de Estudios Históricos de Granada y su Reino*, I/4 (1911) 268-9.

(12) Alfaquí granadino (*ob.* 238/853), uno de los padres del malikismo andalusí junto con 'Isà b. Dīnār y Yahyà b. Yahyà. Aprendió de Ibn al-Māyiṣūn, Muṭarrif y Asbāq, discípulos de Mālik, pero no de Ibn al-Qāsim, por lo que tiende a ignorar las soluciones aportadas por éste, tan difundidas en al-Andalus a través de otros.

(13) Jurista medini (137/754 - 220/835), sobrino y discípulo de Mālik, muy conocido en España a través de Ibn Ḥabīb.

(14) Se sobrentiende: “como testigos idóneos”, mediante el procedimiento conocido como *ta'ādil*. Una persona adquiere la *'adāla* o categoría de *'adl* cuando se le declara, tras una investigación ordenada por el juez y en base a un informe positivo, hombre de conducta irreprochable, lo que le habilita para ejercer de testigo de forma -en principio- permanente y no recusable.

después de él". Y dijo (¿Ibn Ḥabīb?): "Así lo transmite también Aṣbag⁽¹⁵⁾, quien lo oyó de boca de Ibn al-Qāsim⁽¹⁶⁾, de Ibn Wahb⁽¹⁷⁾ y de Aṣhab⁽¹⁸⁾". Por el contrario, Saḥnūn e Ibn al-Māŷišūn no son partidarios de declarar la preclusión contra ninguno de los dos litigantes, opinión que ya hemos mencionado en el libro segundo (de esta obra)⁽¹⁹⁾.

»De los *Ahkām* de al-Bāŷī⁽²⁰⁾ (Dios se haya apiadado de él): "Es conveniente que el juez, cuando se disponga a dictar sentencia contra quien hubiese agotado los plazos de alegaciones, le informe de que puede exigir el juramento a la parte ganadora, pero sólo en caso de que el litigio fuese por cuestiones patrimoniales y hubiese evidencia de relaciones mercantiles previas entre ambos. Mas, si el pleito fuese por una cuestión de repudio, manumisión, casamiento, filiación o asuntos asimilables, no le podrá exigir juramento".

»Si el juez fija un plazo a uno de los dos litigantes y luego muere dicho juez o es cesado antes de la expiración de tal plazo, no conceda uno nuevo el magistrado que le sustituya, sino retome la causa a partir del momento procesal en que la dejó el finado. Es lo mismo que sucede cuando alguien sangra durante la oración: que debe proseguirla luego desde el momento en que hubo de salir para

(15) Egipcio (*ob.* 225/840) discípulo de Ibn al-Qāsim, de Ibn Wahb y de Aṣhab. Influyó en al-Andalus a través de sus respuestas a consultas de cadiés y de las enseñanzas que impartió a juristas hispano-árabes. Entre quienes le escucharon se encuentra Ibn Ḥabīb.

(16) Jurisconsulto egipcio (*ob.* 191/806), que, para los andalusíes, fue casi tan importante como Mālik. De hecho, fue su discípulo más notable y quien con más fidelidad transmitió sus enseñanzas. La *Mudawwana*, el principal manual de este *madhab*, está basada en las respuestas dadas por Ibn al-Qāsim al tunecino Saḥnūn. El jurista egipcio no repite mecánicamente a Mālik en todos los casos, sino que en la *Mudawwana* encontramos bastantes opiniones personales suyas.

(17) Tradicionista mālikí, nacido y muerto en El Cairo (125/743-197/813). Fue durante muchos años discípulo de Mālik. Es uno de los más autorizados transmisores del *Muwatta'*, obra de la que hizo dos redacciones, que -como casi todos sus otros libros- se han perdido. Fue maestro de Aṣbag y del andalusí 'Isā.

(18) Importante jurisconsulto egipcio (*ob.* 204/820). Ejerció la jefatura de la escuela mālikí egipcia a la muerte de Ibn al-Qāsim. Fue maestro de Aṣbag y de Saḥnūn, y tuvo numerosos discípulos andalusíes, entre ellos Ibn Ḥabīb.

(19) F.º 8rº del ms. del Sacromonte de Granada.

(20) Sabio andalusí, de Beja, que vivió de 403/1012 a 474/1081. Estudió *fiqh* y *ḥadīṭ* en Córdoba, La Meca y Bagdad. Sostuvo una famosa polémica doctrinal con Ibn Ḥazm.

lavarse la impureza. E idéntico criterio hay que aplicar si uno de los litigantes muriese antes de la finalización de los plazos que le hubieran señalado.

»Leemos en el *Muntaqà l-Ahkâm*⁽²¹⁾: «Dijo Asbag: Conviene que el juez, cuando haga constar por escrito su sentencia, mencione en ese documento los nombres de los testigos. En el caso de que no lo hubiera hecho antes de firmar su resolución, lo mejor, en mi opinión, es que la redacte de nuevo (introduciendo ese dato). Ahora bien, si fuera cesado o muriera antes de haber realizado dicho trámite, la sentencia es definitiva, excepto si es contra una persona ausente; ya que, si ésta llegara y preguntase: «¿Quién ha testificado contra mí? Pues tengo argumentos para recusarlo», el proceso quedaría impugnado y habría que incoar de nuevo la causa al tener que repetir la prueba testifical. Sin embargo, la persona presente en la vista oral contra quien se hubiera dictado sentencia no podrá hacer valer a su favor el hecho de que el juez no mencionara (en el escrito) el nombre de los testigos».

»Dijo Ibn Abí Zamanín⁽²²⁾: «Sahnún opina que en las sentencias contra presentes pueden omitirse los nombres de los testigos. Argumenta que podría suceder que el juez sentenciara en base a la declaración de testigos que en el momento del juicio fuesen idóneos, pero que luego pasasen a ser recusables⁽²³⁾; y que además este juez fuese cesado o muriese, y reclamase entonces la parte perdedora alegando que se había aceptado en su contra el testimonio de personas no idóneas; en ese caso, la explicitación del nombre de los testigos

(21) Quizá se trate del *Muntaqà Šarh al-Muwatta'* de al-Bayî, forma abreviada del comentario que este sabio andalusí hizo del *Muwatta'* de Mâlik. Dicha obra fue editada en El Cairo en 1332/1914, pero no dispongo de esa edición para poder averiguar si la cita del *Mufid* corresponde a tal libro.

(22) Ibn Abí Zamanín (324/936 - 399/1008), de Elvira, fue autor de varias obras jurídicas que han llegado hasta nosotros, la principal de las cuales, su *Muntajab al-ahkâm*, ha sido objeto de la tesis doctoral de M.^a Arcas Campoy (Granada, 1982). Aprendió exclusivamente en al-Andalus. *Vid*: M.^a ARCAS. "Ibn Abí Zamanín y su obra jurídica". *Cuadernos de Historia del Islam*, XI (1984) 87-101.

(23) Hay que recordar que un testigo puede no ser idóneo circunstancialmente, es decir, por razones relacionadas con el caso (interés, parentesco...), pero que además, para el Derecho procesal islámico, no lo será nunca si no tiene la categoría de persona intachable ('adl), categoría que se puede perder en algún momento de la vida. A esto último se refiere este pasaje del texto.

sería -en su opinión- algo que debilitaría la sentencia. Sin embargo, todos los alfaquíes y magistrados que he conocido siguen la opinión de Aṣhab, partidario de hacer constar el nombre de los testigos".

»En la *Maŷmū'a*⁽²⁴⁾ dice Saḥnūn que la mención del nombre de los testigos no es obligatoria tampoco en las sentencias contra ausentes. Sin embargo, en esta cuestión, Aṣbag no distingue entre sentencias contra ausentes o contra comparecientes, y esa es la opinión seguida en la práctica judicial, aunque con la salvedad de que en la sentencia contra alguien presente la mención de los testigos se considera sólo aconsejable, mientras que en el caso del ausente es totalmente necesaria.

»Por lo que respecta a la posibilidad de presentar pruebas a su favor fuera de plazo, Ibn al-Māŷišūn y Aṣbag opinan que no se le debe conceder tal posibilidad al ausente, pues ellos parten de la teoría de que el juez debe permitirle que envíe un mandatario que presente su prueba, para lo cual habrá de disponer de un plazo suficiente para alegaciones, y eso, en opinión de ambos, es lo mismo que si estuviera presente. Ibn al-Qāsim, por el contrario, es partidario de que se le conceda al ausente la posibilidad de presentar pruebas fuera de plazo, y ello por la razón de que él parte de la doctrina de que no se le debe permitir ser representado por un mandatario. Y en eso estriba la diferencia de criterio acerca de la mención del nombre de los testigos en la sentencia contra el ausente, pues, si no se mencionase el nombre de tales testigos, el proceso quedaría invalidado y habría que repetir todos los trámites⁽²⁵⁾. Y, a este respecto, el menor tiene el mismo tratamiento legal que el ausente⁽²⁶⁾. En la *Mudawwana*, en el *kitāb al-qisma* ("libro o capítulo del reparto"), se dice que el juez no puede autorizar

-
- (24) Se trata de la obra (que no se conserva) del alfaquí de Qayrawān Muḥammad b. 'Abdūs (*ob.* 258/872 ó 260/874), discípulo de Saḥnūn y rival doctrinal del hijo de éste, Muḥammad b. Saḥnūn.
- (25) Es decir: como Ibn al-Qāsim obliga al demandado ausente a presentar sus pruebas o alegaciones personalmente, no sólo le concede la posibilidad de presentarlas fuera de los plazos habituales, sino también la de tener a su disposición los nombres de los testigos para poder recusarlos si tuviera argumentos contra ellos.
- (26) Según la doctrina de Ibn al-Qāsim, el menor ni puede hacerse representar ni, en razón de su edad, puede actuar por sí. Por ello, alcanzada la mayoría de edad (normalmente a los 14 años, en los hombres), podrá intentar recuperar su derecho presentando las pruebas y alegaciones pertinentes sin que se lo impidan los plazos ya vencidos.

al ausente a hacerse representar por un mandatario que presente alegaciones en su nombre acerca del testimonio de quienes testificaron contra él; y que tampoco puede el juez autorizar ni al ausente ni al menor a hacerse representar por un mandatario que presente sus pruebas. Pero, en la *Wādiha*⁽²⁷⁾ 'Abdalmalik⁽²⁸⁾ dice lo contrario de esto; y esa misma es la doctrina que *Asbag* escuchó del "libro de los litigios" (*kitāb al-aqdiya*)⁽²⁹⁾.

»Los juristas del Iraq no son partidarios de sentenciar contra el ausente, tanto si se trata de bienes raíces como de bienes muebles. Por el contrario, *Sahnūn* sí es partidario de sentenciar contra el ausente ya sea cuestión de unos bienes o de otros. Tal opinión consta en sus *Nawāzil* del "libro de los litigios"⁽³⁰⁾. Ahora bien, *Mālik* permite sentenciar contra el ausente si se trata de bienes muebles, pero no en el caso de bienes inmuebles, excepto si el ausente en cuestión está extremadamente alejado.

»Dijo el cadí *Abū l-Walīd b. Rušd*: "Según la doctrina de *Mālik*, en el juicio contra el ausente hay que distinguir tres situaciones. La primera es que el ausente esté cerca, a una distancia de uno, dos o tres días de marcha. En tal caso se le escribe y se le fija un plazo para que presente sus alegaciones, y ello en toda clase de pleitos. El demandado podrá o bien enviar un mandatario⁽³¹⁾ o bien presentarse personalmente; y, si no lo hace así, sentencíese contra él en los procesos acerca de deudas, contratos de compraventa de propiedades inmobiliarias o no, reivindicaciones de bienes muebles, semovientes o inmuebles, y en

(27) Obra de *Ibn Habīb*, libro-madre del malikismo andalusí del que no se conserva ningún manuscrito. La Prof.ª M.ª Arcas viene realizando una labor de reconstrucción de la obra, a partir de la recopilación de los fragmentos citados por autores posteriores.

(28) Se trata de 'Abdalmalik b. *Habīb*, autor de *al-Wādiha*.

(29) Se refiere sin duda al *k. al-aqdiya* del *Muwatta'* de *Mālik*. Conocemos la doctrina de *Mālik* a través de su *Muwatta'*, que nos ha llegado en distintas recensiones, y a través de las diferentes versiones que de sus enseñanzas orales han dejado sus discípulos o quienes aprendieron de éstos. Ello explica que a veces se le atribuyan al *Imām Mālik* soluciones contrarias para un mismo problema.

(30) Se da el nombre de *nawāzil* a los casos judiciales que en alguna ocasión les han sido planteados a jueces o mufties. La referida obra de *Sahnūn* parece, por lo tanto, una aplicación práctica de la doctrina recogida por *Mālik* en ese capítulo o "libro" de su *Muwatta'*.

(31) Ya hemos visto cómo *Ibn al-Qāsim*, principal transmisor de la doctrina de *Mālik*, negaba esa posibilidad.

todo lo relativo a repudio, manumisión y demás. Y no se le conceda moratoria alguna que aplace la presentación de sus pruebas en ninguno de los asuntos mencionados. La segunda situación es la del ausente que se halla a una distancia de varios días⁽³²⁾. Contra éste puede dictarse sentencia en todo lo que no sea reivindicación de bienes inmuebles, es decir, deudas, propiedad de animales y mercancías; y se le debe permitir presentar fuera de plazo pruebas sobre tales cuestiones. La tercera situación es la del ausente extremadamente alejado, es decir, a una distancia como La Meca desde Ifrīqiya, o Medina desde al-Andalus o desde Jurasān. Contra éste puede dictarse sentencia en todo, tanto deudas y propiedad de semovientes o mercancías, como bienes inmuebles; pero, se le debe permitir presentar, fuera de plazo pruebas a su favor en dichos asuntos”.

»En la *Wādiha* y en la *'Utbīyya*⁽³³⁾ dice Sahnūn: “Nos informó Ašhab de lo siguiente: Escribió Ibn Gānim a Mālik b. Anas acerca de dos litigantes que habían acudido a él con su pleito, que era acerca de una tierra, y uno de ellos presentó una prueba testifical contra el otro, según la cual esa tierra le pertenecía; pero, en cuanto supo tal cosa, aquél contra quien se había presentado la prueba huyó y estuvo en paradero desconocido, hasta el punto de que se le buscó pero no fue hallado. Y preguntó (Ibn Gānim): «¿Debe sentenciarse contra él estando ausente?». A lo que Mālik respondió: «Que se le escriba lo siguiente: Si te constan pruebas fehacientes contra él y le has hecho todas aquellas preguntas que hubieras estimado conveniente hacerle y estás suficientemente informado de cuanto deseabas saber, y a él no le queda ninguna prueba a su favor que pueda presentar, en ese caso sí, sentencia contra él aunque esté ausente».

»Dijo el cadí Abū l-Walīd b. Rušd: “Eso es como si hubiera dicho: Si hubiese desaparecido después de haber agotado todos los plazos fijados para presentar pruebas y hubiese escapado huyendo de una sentencia adversa, debe sentenciarse en contra suya y dictar la preclusión (*ta'ŷīz*) y no admitírsele, si volviera, la

(32) Ibn Ḥišām atribuye a Ibn Rušd las palabras: ‘alā masīrati l-ayyām wa-šibhi-hā; pero, me parece más plausible la versión ‘alā ‘ašrat ayyām wa-naḥwa-hā, “a unos diez días más o menos”, que encuentro en otras fuentes que transmiten el texto de Ibn Rušd (*Fatāwā bni Rušd*, I, 335, n. 3).

(33) Obra de al-'Utbī de Córdoba (*ob. 255/869*), también conocida como *al-Mustajraṣa*. Reúne doctrina de Mālik recogida directamente de él por sus discípulos y que no se encuentran en la *Mudawwana*. Ibn Rušd el abuelo la comentó en su voluminoso libro *al-Bayān wa-l-Tahṣīl*.

presentación de prueba alguna; del mismo modo que si se hubiera sentenciado contra él estando presente. Ahora bien, existe la doctrina contraria, según la cual una persona que hubiese recibido un veredicto contrario, si se presenta con una prueba válida después de que se hubiera pronunciado contra él dicho veredicto, debe ser escuchada⁽³⁴⁾. Y, si hubiera huido y estuviera en paradero desconocido antes de haber agotado todos los plazos de presentación de pruebas, es obligatorio en ese caso concederle un último plazo; y, si no sale de su escondite y permanece desaparecido, sentencíese en contra suya, pero sin que ello invalide, si llega el caso, una ulterior prueba a su favor".

»Dos son las opiniones acerca del plazo final para alegar en descargo propio que se concede a aquél contra quien se va a sentenciar: unos sostienen que hay que ofrecerle esa posibilidad antes de firmar la resolución; es la doctrina seguida en la práctica. Otros, por el contrario, opinan que primero se debe sentenciar y, después de emitido el veredicto, hay que concederle un plazo para recurrir dicha resolución. Son opiniones que debes considerar.

»Menciona el alfaquí Abū 'Abdallāh Muḥammad b. Aḥmad al-Bāyī⁽³⁵⁾ en sus *Waṭā'iq*⁽³⁶⁾, cuando se ocupa de la cuestión de la mujer que obtiene el divorcio en base a la cláusula de ausencia prolongada (del marido⁽³⁷⁾), que se debe forzosamente especificar en el documento judicial los nombres de los testigos, por la razón de que al ausente se le permite presentar su prueba fuera de plazo, según la opinión de Ibn al-Qāsim, a la que se ajusta la práctica judicial. Pero, aunque en dicho documento no se especificara el nombre de los testigos, aplíquese la sentencia y ningún otro pueda anularla. Y, si fuera en cuestión distinta del divorcio y se hubiese dictado sentencia contra un ausente -dijo-, es necesario

(34) Es la opinión de Ibn al-Māyišūn y de Sahnūn, contrarios al *ta'yiz*. El párrafo puede referirse también a la doctrina de Ibn al-Qāsim que permite al ausente presentar pruebas incluso agotados los plazos.

(35) Abū 'Abd Allāh al-Bāyī, sevillano, vivió entre 356/966 y 433/1041. Fue transmisor de la *Mudawwana* y de la *'Utbīyya*.

(36) Se llama así al género de literatura jurídica que nosotros llamaríamos "formulario notarial", colección de modelos de documentos legales.

(37) *Vid. mi "Aportación al estudio del contrato matrimonial en el Occidente islámico medieval". F. de Jong (ed.). *Miscellanea Arabica et Islamica. Dissertationes in Academia Ultrajectina prolatae anno MCMXC*. Lovaina: Peeters Press (Orientalia Lovaniensia Analecta, n.º 52) 1993, págs. 53-66.*

también que dé a conocer los nombres de los testigos en el documento de la sentencia, para que el ausente sepa quién testificó contra él y a quien tiene que oponerse; y está obligado a actuar del mismo modo en todos los casos en que falte el trámite de la última oportunidad de alegaciones (*i'dār*). Pero, si hubiese firmado la sentencia, redactada de modo resumido y sin que en ella constasen los nombres de los testigos, ello no será motivo de casación de la sentencia, pues cumple los requisitos esenciales, por más que este proceder le parezca desacertado. Ahora bien, si mencionó por su nombre a los testigos, la sentencia será vinculante para él. A quien hubiese recibido sentencia condenatoria se le dirá: "Ve al magistrado que te condenó y que te revele en base a quién sentenció contra ti". Esto es lo que se dice en el *kitāb al-aqdiya* de la *Mustajrāya*, y a ello se atiene la práctica judicial.

»Algunos juristas sostienen que la consignación de los nombres de los testigos es mejor, pues es posible que uno se dirija al juez que sentenció y encuentre que ya murió, con lo cual pierde definitivamente su derecho. Pero, la sentencia no tendrá necesariamente⁽³⁸⁾ que estar redactada con todos los detalles si está firmada con la rúbrica (del juez).

»Ibn Saḥnūn recuerda en el *Kitāb al-Qadā'* la opinión de su padre según la cual es necesario que se mencionen los nombres de los testigos cuando se trata de sentencias contra un ausente. Pero, dijo que si la sentencia condenatoria era contra alguien presente al que ya se le ha concedido un último plazo de alegaciones, lo más conveniente es no nombrar los testigos porque el juez ya ha dado por bueno su testimonio en base a la idoneidad e intachabilidad de éstos, y pudiera ser que después cambiases y ello diese motivo a impugnar la sentencia; por lo tanto, la omisión de sus nombres es lo mejor. Pero, anteriormente hemos citado una opinión de Saḥnūn mencionada en la *Maŷmū'a* que difiere de ésta que acabamos de exponer».

(38) Sigo la lectura de los manuscritos de París, El Escorial y Argel. Los de Granada y Londres dicen todo lo contrario: "tendrá necesariamente que...".

2. Texto árabe⁽³⁹⁾

باب⁽⁴⁰⁾ التجهيز وسقوط الإعذار

قال⁽⁴¹⁾ ابن حبيب عن⁽⁴²⁾ مطرّف فيمن أَدَعَى قِبَلَكَ مالاً أو عبداً و⁽⁴³⁾ جاءَ بشهادتين قد⁽⁴⁴⁾ عجزَ بعد الآجال عن تعديلهما أو⁽⁴⁵⁾ لم يرْ له القاضي حقاً فيما أَدَعَاهُ فحقَّ على القاضي أن يكتب لك⁽⁴⁶⁾ تعجيزه وقطع حجتَه ويشهد على ذلك ثم لا ينظر له هو ولا من جاءَ بعده إن⁽⁴⁷⁾ جاءَ ببيتٍ ثَبَّتَتْ ما عجز⁽⁴⁸⁾ عنه من ذلك إلا في العتق والطلاق والنسب فعجزْ طالب ذلك عن تحقيقه ليس بعجزٍ يَمْنَعُه من⁽⁴⁹⁾ الحكم له إذا أمكنه إثبات ذلك عند الأول أو عند من ولَى بعده. قال ورواه أصيغ عن ابن القاسم وأبن وهب وأشهب.

(39) Para establecer el texto he utilizado seis manuscritos: el códice que se conserva en el Sacromonte de Granada (G), el de la Biblioteca Nacional de París (P), el del Museo Británico de Londres (L), el de la Biblioteca Nacional de Argel (A) y los dos que se guardan en El Escorial: n.º 1098 (E1) y n.º 1066 (E2). Sobre tales mss. puede verse mi *Al-Muṣid li-l-hukkām de Ibn Hishām de Córdoba. Estudio, edición crítica y traducción de su Introducción y de los libros I y II* (edición en microfichas: ISBN 84-338-0469-3). Granada: Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1986.

(40) E1, E2, P: في

(41) A, E1, E2: وقال

(42) A, P: ,

(43) G, P, L, A, E2: أو

(44) G, P, L, A, E2 om.

(45) El: ,

(46) G, L, E1, E2: 4J

(47) L: وإن

(48) A, E2: **عَجَزَهُ**

(49) G, E2 om.

وسخون وإن الماجشون لا (50) يريان تعجيز أحد الخصميين وقد تقدم ذكر هذا في الفصل الثاني.

ومن الأحكام للباجي (رحمه الله): ويتبعي القاضي إذا أراد أن يسجل على
الذى عجز أن يعلمه أن⁽⁵¹⁾ اليمين له⁽⁵²⁾ على المسجل له إن كان القضية
في مال وظهرت الخلطة، وإن كانت في طلاق أو عتاق أو نكاح أو نسب أو ما
ضار عه فلا يمين عليه.

وإذا أدخل القاضي أحد الخصميين تحت أجل ثم مات القاضي أو عزل قبل إنصرام الأجل لم يستأنف الذي يليه بعده ضرب أجل آخر ولينفذ الحكم من الموضع الذي انتهى المתוتفى إليه كمن رعف في الصلاة فإنه يبني من (53) الموضع الذي خرج منه لغسل (54) الدم وكذلك الحكم في الخصميين إذا مات أحدهما قبل إنقضاء الأجال (55) التي (56) ضربت عليه.

ومن منتقى الأحكام: قال أصبع: ينبغي للقاضي إذا سجلَ بينَ الخصمينَ أن يسمّي في كتابه الشهودَ فإن لم يفعلْ حتّى وقوعَ الحكمَ فالأحْبَبُ إِلَيْهِ أن يبدلَ الكتابَ وإن لم يفعلْ حتّى عزلَ أو ماتَ نفذَ الحكمَ إِلَّا على الغائبِ لأنَّهَ إنْ قدَّمَ

(50) A, P: ʌ, ɔ,

(51) (يعلم) A, P: وجهه

(52) G, P, A, L om.

(53) A, P: في

(54) A, P: لِيغسل

(55) G, A, L, E2, P: أجل

(56) G, A: الذي

فقال من الشاهد علىٰ فعندی⁽⁵⁷⁾ تجربیه فالقضیة مردودة والخصومة مؤتمنة والبینة معادة ولا حجۃ الحاضر الذي قد مضى الحكم⁽⁵⁸⁾ عليه في ترك تسمیة القاضی الشهود.

قال ابن أبي زعین: سجتون يذهب في الحكم على الحاضر إلى⁽⁵⁹⁾ ترك التصريح بأسماء الشهود إذ قد يحكم القاضی بهم وهم عدول ثم تحدث⁽⁶⁰⁾ لهم جرحة وقد عزل القاضی أو مات فید عی المقاضی عليه أئه قبل عليه غير العدول فالتسمیة مما یوہن⁽⁶¹⁾ الحكم عنده⁽⁶²⁾. وإلى قول أصبع بتسمیة الشهود ذهب من رأیت من فقیه⁽⁶³⁾ وحاکم.

وفي المجموعة لسجتون أن تسمیتهم لا تلزم⁽⁶⁴⁾ في الحكم على الغائب وسوی أصبع في هذا بين الحكم على الغائب والحاضر وبه جرى العمل فهو في الحاضر مستحب وفي الغائب ولجب.

(57) A, P: فعلی

(58) A, P add. له; G, L add. به

(59) A, P: في

(60) E1, P: يحدث

(61) G, E1, L: یوہن; توهن P:

(62) E2: عليه; E1 om.

(63) G add. وقاض

(64) A: لتلزم (لا تلزم)؛ يلزم L:

وفي إرجاء الحجّة له⁽⁶⁵⁾ ابن الماجشون وأصبح يريان أنَّه لا ترجئ حجّة لغائب وذلك لأنَّ⁽⁶⁶⁾ من أصلهما أن يقدّم القاضي له وكيلًا يقوم بحجّته ويعذرُ إليه فهو عتدهما كالحاضر. وابن القاسم يرى إرجاء الحجّة للغائب لأنَّ من أصله أن لا يقيم له وكيلًا، وعلى هذا يجري الخلاف في تسمية الشهود في الحكم عليه وأنَّه إن لم يسمّهم فالحكم مفسوخ ويستأنف الخصام والصبي كالغائب. وفي المدوّنة⁽⁶⁷⁾ في كتاب القسمة منها ليس للقاضي أن يوكّل للغائب من يعذر إليه في شهادة الذين شهدوا عليه ولا يقيم القاضي للغائب ولا للصبي وكيلًا يقوم بحجّتهما. وفي الواضحة خلافه من قول عبد الملك وكذلك في سماع أصبح من كتاب الأقضية.

وأهل العراق لا يرون الحكم على الغائب لا في الأصول ولا في العروض. وسحنون يرى الحكم عليه في جميع ذلك، وقع قوله في نوازله من كتاب الأقضية. ومالك يرى الحكم عليه في العروض ولا⁽⁶⁸⁾ في الأصول إلا ان تكون الغيبة منقطعة.

قال القاضي أبو الوليد بن رشد: الحكم على الغائب في مذهب مالك على ثلاثة أقسام أحدها غائب قريب الغيبة على مسيرة اليوم⁽⁶⁹⁾ واليومين والثلاثة فهذا يكتب إليه ويعذر إليه في كلّ حقٍّ فلماً وكيلًا وإنْ قدّم فإن لم يفعل حكم عليه

(65) G, L: om.

(66) E2, A, P: إن; G, L: om.

(67) G, L add. في القسمة

(68) A, E1, E2, P: لا

(69) E2 om.

في الدين وبيع عليه فيه ماله من أصل وغيره وفي استحقاق العروض والحيوان⁽⁷⁰⁾ والأصول وجميع الأشياء من الطلاق والعتق وغير ذلك ولم ترج له حجّة في شيء من ذلك؛ والثانية غائب بعيد الغيبة مسيرة الأيام وشبّهها فهذا يحكم عليه فيما عدا استحقاق الرباع والأصول من الديون والحيوان والعروض وترجع له الحجّة في ذلك. والثالث غائب مقطع الغيبة مثل مكة من إفريقيّة والمدينة من الأنجلو-بافريقيّة فهذا يحكم⁽⁷¹⁾ عليه في كلّ شيء من الديون والحيوان والعروض والرباع والأصول وترجع له الحجّة في ذلك.

وفي الواضحة والعتيبة قال سحنون: أخبرنا أشهب قال: كتب ابن غانم إلى مالك ابن أنس عن الخصم يختصمان إليه في الأرض فيقيم أحدهما البيئة على الآخر فإنّها له فإذا علم بذلك الذي قامت عليه البيئة هرب وتعيّب فطلب ولم يوجد، أيقضى عليه وهو غائب؟ فقال مالك: اكتب إليه: إذا ثبّتت عنك⁽⁷²⁾ الحجّ وسائلّته عن كلّ ما تريده أن تسأله عنه واستقرّ عندك علم كلّ ما تريده أن تسأله عنه⁽⁷³⁾ فلم تبق له حجّة فنعلم فاقضى عليه وهو غائب.

قال القاضي أبو الوليد بن رشد: هذا كما قال: إذا تعيّب بعد أن استوفى جميع حجّه وهرّب فراراً من القضاء عليه أثّه يقضى عليه ويعجزه ولا يكون له إذا قدّم أن يقوم بحجّة بمنزلة أن لو قضى عليه وهو حاضر إلا على القول

(70) G, L om.

(71) G, L, E2: الحكم

(72) P: عندك E2: عنه

(73) (واستقر... عنه) A, P om.

بأنَّ المحكوم عليه إذا أتى بحجَّةٍ لها وجهٌ بعد الحكم عليه تسمَّع⁽⁷⁴⁾ وأمَّا إن هرب وتغيب قبل أن يستوفي جميع حججه فالواجب في ذلك أن يتلوَّم له فإن لم يخرج وتمادي على مغيبه واحتفائه قضي عليه من غير أن تقطع حجَّته.

وقد اختلف في الإعذار إلى المحكوم عليه فقيل يعذر إليه وحينئذ يحكم عليه وبه العمل، وقيل يحكم عليه وبعد الحكم⁽⁷⁵⁾ يعذر إليه فتبدَّره.

وذكر الفقيه أبو عبد الله محمد بن أحمد الباجي في وثائقه في باب⁽⁷⁶⁾ تطليق المرأة نفسها على زوجها بشرط المغيب أنَّه لا بدَّ من التصريح في الحكم عن أسماء الشهود من جهة⁽⁷⁷⁾ أنَّ الحجَّةَ مرجأةُ الغائب في قول ابن القاسم وبه الحكم وإن لم يصرَّح عن الشهود فيه نفذ الحكم ولم يكن لغيره أن ينقضه. وإن كان في غير طلاق قال وإذا كان الحكم على الغائب فلا بدَّ أن يكشف في تسجيله عن أسماء الشهود ليعرف الغائب من شهد عليه وفيمن يدفع وكذلك يلزمه أن يفعل في كلِّ ما يبقى⁽⁷⁸⁾ فيه⁽⁷⁹⁾ إعذار. فإنْ وقع الحكم مجملًا ولم يكشف عن أسماء الشهود فليس ينقض الحكم وهو تامٌ ويكره له⁽⁸⁰⁾ ذلك إن لم يفعله وإن فعل لزم⁽⁸¹⁾ الحكم. ويقال للمحكوم عليه: اذهب إلى الحكم الذي

(74) A, E1, E2, P add. منه

(75) A, P, E1: ذلك

(76) G, L om.

(77) A, P: جهة

(78) A, L, P: lect. inc.; E1 ينفي

(79) G: عليه

(80) A, P: om.

(81) A, E1, P: لزم

حكم عليه يكشف لك عن من حكم به عليك. ذكر هذا في كتاب الأقضية من المستخرجة والقضاء بذلك.

وقال بعض أهل العلم: والكشف عن أسماء الشهود أحسن لأنّه قد يتوجّه⁽⁸²⁾ إلى القاضي فيجده⁽⁸³⁾ قد مات فيذهب حقه ويبطل. فلا يجب⁽⁸⁴⁾ أن يكون الحكم كاملاً إذا وقع بالتورية⁽⁸⁵⁾.

وذكر ابن سحنون عن أبيه في كتاب القضاء: لا بدّ أن يصرّح بأسماء الشهود إذا كان الحكم على غائب. قال ولو كان الحكم على حاضر وقد أعدّ إليه فالأفضل أن لا يصرّح بأسمائهم لأنّ القاضي قد يقبلهم وهم عدول ثم يرجعون بعد حكمه إلى جرحة فترك تسمّيّتهم أحسن، وقد تقدّم لسحنون خلاف هذا، ذكره في المجموعة.

(82) G, L: توجّه

(83) G, L: فيجدوه

(84) G, L add. الا

(85) A, P: بالتوروية