

# V A R I A

*El régimen de la Propiedad en Derecho musulmán, y especialmente en Marruecos.*—Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de Madrid, por el ilustrísimo señor D. Juan Francisco Marina Encabo, Registrador de la Propiedad.

Es más fácil la filosofía que la historia del derecho de propiedad, porque su origen es un hecho primitivo, del que se ignora el cuándo, el dónde y el cómo tuvo lugar. En Babilonia, por ejemplo, según nos cuentan los ladrillos existentes en el Museo Británico, existió, según unos, antes del siglo XVIII antes de nuestra Era, y según otros, antes del siglo XIII. En el Museo de Medallas de París, la famosa piedra de Michaux, con sus dos columnas de escritura cuneiforme y sus treinta siglos de existencia por lo menos, es otro testimonio perenne de que por aquel entonces se contrataba entre particulares.

La cuna de la propiedad musulmana habría que buscarla entre los semitas para sus orígenes remotos, y en cierto modo nos confundirían las fuentes, porque hasta Mahoma y su Alcorán no se establece el principio de que la propiedad proviene de Dios, que da los bienes a quien quiere de sus servidores y concede el derecho de conquista de las tierras pertenecientes a los infieles, derecho del más fuerte que posteriormente templó la equidad y la naturaleza del suelo.

La propiedad territorial se divide, en el derecho público musulmán, en tres partes:

1.ª *Dar el-islam*, o territorio que depende directamente del soberano.

2.<sup>a</sup> *Dar es-solh*, o territorio de los infieles sometidos al soberano, pero con cierta autonomía; y

3.<sup>a</sup> *Dar el-harb*, o territorio de los infieles, sobre el cual los musulmanes no pueden tener ningún derecho.

Respecto al derecho privado o civil, se distingue:

1.º Tierra santa (*hiyáz*).

2.º Tierra sobre la cual sus ocupantes ejercen un derecho de posesión o uso; y

3.º Tierra sobre la cual se tiene un derecho de propiedad.

La tierra santa comprende: la ciudad de La Meca y su territorio (*Harám*) y la demasia del *Hijáz*. Como tierra consagrada, ningún infiel puede establecerse en ella.

Los territorios conquistados por los musulmanes en tierra santa (*yehád*) y los conquistados en los que se ha concertado con los vencidos un tributo especial (*jarach*), constituyen un dominio inalienable del Estado musulmán. Son las tierras de posesión y las tierras en las que se ha cedido el uso.

Finalmente, en las tierras repartidas entre los conquistadores existe la propiedad del suelo y la propiedad de cuanto crece. está adherido o debajo de aquél, que puede ser transmitido separadamente.

El derecho de propiedad, por su naturaleza, es absoluto, pero limitado en su libre ejercicio por el derecho de otras personas, especialmente de los propietarios de las heredades vecinas. El fundamento es el trabajo, pues no significa otra cosa el principio xeránico de la vivificación o colonización, tan estudiado por el jurisconsulto Sidi Jalil, con sus célebres diez actos, objeto de otro trabajo anterior del conferenciante.

Si nos trasladamos de los países árabigos orientales a los occidentales (Argelia y Marruecos), tendremos:

En Argelia, las tierras vivas y las tierras muertas (terrenos incultos con malezas y zarzas, abandonado, sin dueño). Estas últimas son del Estado.

Las tierras vivas comprenden: a) Bienes de los particulares; b) Bienes de la Iglesia; y c) Bienes del Estado.

Los bienes de los particulares (*melk*) se adquieren por el uso y la posesión, en sus tres grados de primer ocupante, posesión anual y larga posesión (diez años).

Las tierras de la Iglesia, procedentes de donaciones (con reserva de usufructo o en forma vitalicia o perpetua), son los bienes *habús*, inalienables, según estableció el Profeta, y pertenecen a las mezquitas.

Las propiedades del Estado pueden dividirse, según la legislación de 1863, en tierras *beylik* (abandonadas, *nullius*, o procedentes de confiscaciones. aun cuando el Derecho musulmán no admite las confiscaciones) y tierras *arch* (gravadas con una renta perpetua, especie de censo enfiteútico, de origen feudal, en las cuales los censatarios podían disponer del dominio útil).

Este *Senatu Consulto* de 22 de abril de 1863, del emperador Napoleón III, al reconocer el derecho de los vencidos a la propiedad privada, aceptó la doctrina musulmana, en la que la propiedad, como regla general, es individual, y como excepción. colectiva (propiedad similar al condominio, en la cual se comprende aquella que no se atribuye a un solo dueño). A su lado coexiste la propiedad comunal (aprovechamiento de bosques y praderas), pero con fuertes excepciones o limitaciones después de diversas sucesiones hereditarias o por el aprovechamiento de las tribus, con goce o disfrute reservado para los miembros de estas colectividades.

Respecto a Marruecos, hay que sentar como premisa esencial que tiene que aceptarse el principio alcoránico de que las tierras ocupadas en los países de infieles pertenecen a una de estas categorías: a) Tierras de conquista (*anua*); y b) Tierras de capitulación o pacto (*solh*).

Las primeras, conquistadas *manu militari*, constituyen el *Habús del Islam*, o propiedad imprescriptible e inalienable de la comunidad musulmana, denominación usada por los jurisconsultos árabes para designar el Estado.

Las segundas quedan en poder de los vencidos, con obligación de pagar el tributo llamado *jarach*, salvo si abrazan la religión islámica y se convierten en musulmanes, con todos los derechos que a éstos pertenecen.

El sultán no es dueño de los bienes *Habús del Islam*, sino su administrador nato. Ni siquiera tiene derecho de goce, según Amar.

Cuando los árabes conquistaron Marruecos, pudo ocurrir una de estas dos cosas: a) Que sus ocupantes abrazasen la religión islámica. porque los conquistadores dominasen todo el territorio; y

b) Que no se convirtiesen totalmente, porque sus conquistadores no ocupasen todo el territorio.

Los partidarios de la primera hipótesis se fundan: 1.º Que, según Guenin Al-Hassani, citado por Roda, preguntó en Fez el emir del califa a los habitantes del territorio si éste era de conquista o de capitulación, y al contestar el alfaquí Abuyida que ninguna de ambas cosas, porque sus habitantes habían profesado la religión islámica, aquél respondió: «El alfaquí os ha salvado.» 2.º En la protesta de los alfaquíes ante la pretensión del sultán de invocar el derecho de conquista. 3.º En que los bereberes, débiles por sus querellas internas, no pudieron oponerse a los conquistadores árabes del siglo VIII, y aunque se retiraron a las montañas, aceptaron la religión de sus invasores. Lo corrobora el hecho de que el ejército de Muza que ocupó España era bereber, pero su religión, la del Islam.

Los que defienden la segunda solución alegan que los árabes no ocuparon todo el territorio marroquí, sino tan sólo parte de las planicies. El resto, casi dos terceras partes, era país insumiso (*Blades Siba*), sometido al régimen consuetudinario de los berberies, que reconocen la propiedad privada individual y la colectiva, como regla general. Ello no es obstáculo para que existan las tierras de *yemáa* en Marruecos, conocidas en derecho musulmán con el nombre de *marfaq*, *harim*, o sea tierras de agrupaciones indígenas (poblados o fracciones; menos frecuentemente, tribus), sin delimitar respecto otras fracciones o tribus.

No debe olvidarse que los sultanes, hábilmente, se dieron buen arte para incluir en su dominio privado las propiedades del *Majzen*, apoyándose en distingos a los que los marroquíes no estaban acostumbrados. Esto enturbia la solución, más por motivos políticos que jurídicos.

Por último, en Marruecos pueden señalarse cinco categorías de tierras:

1.ª Tierras del *Majzen*, del Estado. El sultán es mero administrador, según el derecho islámico.

2.ª Tierras muertas (*mauat*), que en derecho pertenecen al primer ocupante, mediante su vivificación (*ihyá*).

3.ª Tierras de las tribus, sin delimitar, y de régimen jurídico confuso, de cuya solución depende la organización futura de la

propiedad territorial en Marruecos. Entre estas tierras, deben distinguirse: a) Las de tribus *guich*, o militares; b) Las de tribus *naiba*, que pagan un impuesto o tasa militar; y c) Las tierras colectivas.

4.ª Tierras *melk*, de propiedad privada o particular.

5.ª Bienes *habús* (de *mano muerta*), que tienen un administrador conocido por el nombre de *nadir del habús*, entre los que hay que diferenciar: a) *Habús del Islam*; b) *Habús público* (mezquitas, oratorios, zauías); y c) *Habús privado*, o bienes que quedan en poder del donante, con ciertas condiciones, pero que son inalienables.

*La prescripción y el retracto en el derecho consuetudinario del Rif.*—Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de Madrid, por el Registrador de la Propiedad. jubilado, D. José María Paniagua y Santos.

Por feliz coincidencia, en el mismo local y con escasa diferencia de días, han disertado dos juristas especializados en el Derecho musulmán, sobre diversos aspectos de este derecho. Marina ha hablado del derecho árabe, y Paniagua, del derecho consuetudinario bereber. En Marruecos los árabes conquistadores impusieron su religión y, como es consiguiente, su derecho, enraizado en aquella; pero como quedó sin ocupar más o menos extensión del territorio, los bereberes de las zonas montañosas opusieron alguna resistencia, y aunque finalmente fueron, si no vencidos, al menos convertidos. no por eso dejaron de perdurar usos y costumbres propios, que al contacto del derecho islámico fueron influenciados, sin llegar a desaparecer.

Entre esas costumbres pueden contarse cuestiones relacionadas con la prescripción y el retracto.

La prescripción, del latín *prescriptio* (título, dificultad, sofisma), es un hecho histórico que se ha pretendido fundamentar de diversos modos: por el uso y aprovechamiento; por la conservación y defensa; por el hecho posesorio continuado con el concurso del tiempo y de las circunstancias, que llega a convertir en legítima la adquisición, aunque proceda de un delito. Puede ser, se-

gún Kant, una exigencia de la razón práctica, pero esto no borra que se base en un enriquecimiento torticero.

El retracto, del latín *retractus* (alejado, oculto, hecho volver), a veces es una reacción que se opone al hecho de estar prescribiendo y que lo interrumpe, con cierto carácter de sentimentalismo, de afección, para no perder la esperanza del volver atrás y volver a ser; a veces oculta un préstamo usurario. Por la subrogación, cambia el sujeto. Por las nuevas necesidades y el tiempo transcurrido, cambia también la cosa.

LA PRESCRIPCIÓN RIFEÑA.—En el derecho árabe no hay prescripción. Tampoco existe en el rifeño. Como en este último derecho la propiedad es colectiva, la familia no pierde su cosa mientras no transmita su derecho, se extingan todos sus familiares y derechohabientes o por ausencia ilimitada se pierda de ellos toda memoria. Aun así, si apareciere alguno ignorado y demostrase su personalidad, entronque con aquella familia y el derecho de ésta en cualquier época anterior, habría que entregarle los bienes que le correspondían. Las cosas claman siempre por su dueño, máx'ma que tiene mucha más fuerza en las costumbres del Rif que en la tradición romanista.

No obstante, por la vaguedad que envuelven las instituciones rifeñas, no es posible la afirmación absoluta.

En algunas cábilas o tribus, el que tome terreno de la *yemáa* y lo abone con estiércol (abono que, según ellos, dura tres años) y cada trienio continúe abonándolo, a los veinticinco años hace suya la tierra. Costumbre (*zonamiz*) de diferentes lugares era que quien acotaba terreno comunal y lo roturaba y labraba, al cabo de tres, cuatro, cinco o diez años (según el lugar), le hacía suyo y podía transmitirlo a su mujer y a sus hijos.

Estos ejemplos, más bien que casos de prescripción, parecen ser casos de concesión como premio al trabajo y al beneficio general de hacer productivos los terrenos incultos, que siempre abundaron en el Rif, pues la posesión era en presencia de sus convecinos y de las autoridades de la *yemáa*. Así también sucedía cuando el terreno no era de la *yemáa*, sino de otra persona individual, que si a ciencia y paciencia consentía que otro labrase en su presencia, llegaba a perder el derecho de reclamar. En el Rif, el propietario, en este caso, no *abandona*, sino que, por el contrario, *con-*

siente la posesión de otro; la inactividad es un acto (no hacer) de tolerancia, que no sirve para la prescripción (art. 1.942 del Código civil).

Por otra parte, el culto al parentesco da ocasión a que en el Rif sea regla general que los bienes poseídos sin título están afectos a la condición resolutoria de que el dueño o sus derechohabientes los reclamen, sin perjuicio de que en alguna cábila se establezca un plazo para reclamar entre presentes, que parece más un caso de caducidad de acción que de pérdida del dominio.

Tratándose de bienes muebles, suelen tratar los autores de derecho árabe de su posesión al ocuparse del hallazgo (*temserka*). Igual sucede en el derecho rifeño, pues al encontrarse una cosa mueble sin dueño conocido, se publicaba en los zocos, y si nadie reclamaba, se vendía, y su importe se entregaba a la *tamesida*, o escuela de la *yemáa*. El dueño perdía su derecho. Más que prescripción, obedece a una exigencia religiosa; la cosa hallada es una merced de *Al-lah*, concedida a la cábila como premio de virtudes que los intérpretes creyentes interpretan a su manera o según les conviene. Las cosas en depósito tampoco prescriben; siempre hay que devolverlas a su dueño, con sus frutos y mejoras, previa tasación de éstas para su abono.

**EL RETRACTO RIFEÑO.**—En la entraña del derecho rifeño hay un algo, un fondo, permanente y admitido en todo el país, pero con una forma variable según el territorio. Así sucede con el retracto, derecho elástico y multiforme, dentro del cual se pueden enumerar los siguientes:

*Retracto de pobreza.*—Al cabileño pobre, la *yemáa* o algún particular le concede un trozo de terreno en usufructo, y a su muerte se consolida el dominio en sus herederos. Pero si abandona el predio, se ausenta o lo transmite por contrato, el dueño recobra la finca.

*Retracto de comuneros.*—Como la propiedad es colectiva, los bienes de la familia no se dividen, a no ser por disgregación de sus miembros. Cualquier condómino puede retraer, bien desde que tiene conocimiento de la venta (retracto) o de su proyecto (tanteo), pero poco a poco se va esfumando este derecho según el adquirente realiza mejoras, planta árboles, introduce nuevos cultivos, etc., que al ser tasados pueden llegar a valer tanto o más que

el inmueble. Pero como la venta se hace dentro del pequeño círculo de la vida de relación de la *yemáa* y se publica en el zoco, y los condóminos no pueden ignorarla, la *yemáa* puede poner un límite al retracto, pues en lo que interviene mala fe la *yemáa* se impone y deshace el entuerto.

El retracto en la cosa común es considerado como de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, pues desde la época preislámica la indivisión constituye una necesidad económica, dada la organización de la familia árabe.

Confundido con este retracto existe el de *vecinos*, parecido al nuestro de colindantes. Cuando un individuo ha comprado un cercado, o una casa, el vecino suplicaba al adquirente le hiciera cesión de la compra, a fin de alejar el perjuicio que de ella le resultaba.

*Retracto gentilicio*.—Dada la naturaleza colectiva de la propiedad, este retracto es el más usado, por antigua costumbre.

Se da para los inmuebles solamente, y es tan grande su fuerza, que, aun cuando hubiere transcurrido mucho tiempo y se hubiesen hecho mejoras que sobrepasaran el valor primitivo del predio, lo retraía el pariente que tuviera más derecho, sin pagar mejoras, aumentos ni perjuicios.

*Retracto superficiario*.—Es dudoso se dé en casos de siembra, pero existe en los de arbolado y edificación. Es mutuo, pues pueden retraer el dueño o el superficiario, según quien sea el enajenante.

*Retracto enfiteútico*.—También es mutuo, y su origen es la vieja costumbre de que cuando alguno está impedido para trabajar por vejez, incapacidad, etc., da el predio a otro para que lo labre, pactándose un tanto en los frutos. Podía ser a perpetuidad y por determinado tiempo. Su carácter enfiteútico es muy dudoso, y se confunde con el arrendamiento y, a veces, con la aparcería, que existe con diversos nombres según la cuantía del reparto de frutos (*ennus*, por mitad; *zuru*, dos tercios; *arrebáa*, cuarta parte, y *zajamarz*, quinta parte para el dueño).

*Retracto de censo consignativo*.—Este censo encierra un préstamo con garantía inmobiliaria, donde el interés suple a la renta. Cuando el acreedor transmite su derecho a la renta, no parece haya posibilidad de retracto, y menos cuando entre rifeños no es



bien visto que el prestamista, salvo la garantía, adquiriera nada sobre el inmueble. Sin embargo, existe, y los rifeños le confunden con la hipoteca.

*Retracto en el censo llamado «taçghar».*—En el derecho consuetudinario no se distinguen con reglas claras y precisas el dominio directo y el útil, ni el usufructo y la nuda propiedad, aunque en la práctica aparezcan separados. Tampoco se conoce la redención a metálico de los censos. De ello resulta que este censo es parecido al enfitéutico, pero se diferencia de él en que es vitalicio o indefinido, pues no es temporal si no se determina la fecha de extinción. Al morir el señor de la tierra, su heredero adquiere el predio libre de gravamen (¿hereda o retrae?). Si no hay parientes, adquiere el predio el que lo labra o la escuela (*zamesida*).

*Retracto del acreedor.*—Hay que distinguir entre acreedores personales e hipotecarios, y no olvidar que en el contrato rifeño el predio queda en poder del acreedor mientras no se paga la deuda. No se ha superado el *pignus* romano en su primera fase:

En las deudas sin garantía real, cuando el deudor transfiere sus fincas en fraude o perjuicio de los acreedores, éstos pueden apoderarse de ellas, y las labran, arriendan o las disfrutan para hacerse pago con sus frutos. Sucede así en Imasinen y en diversas cábilas, entre ellas Beniuarriaghel. No es retracto, sino algo característico de la nebulosa vida rifeña, que no acaba de precisar los conceptos y que sin un fondo de buena fe no podría nunca tener eficacia.

En casos análogos de préstamos sin garantía, la muerte o desaparición del deudor y el cumplimiento del término motivaba que el acreedor se apoderase del inmueble, y los familiares de aquél tenían un derecho de retracto. Pero si el tiempo transcurrido era de importancia o de esta clase las mejoras hechas por el acreedor, no había obligación de devolverla.

Si el acreedor era hipotecario, al transmitir la finca el deudor, aquél podía retraerla. Hay obligación de aviso de la venta, y no pueden realizarse la cesión ni el retracto hasta levantarse la cosecha.

En Mazuza, en vez de hipoteca, existe una especie de anticresis.

*Retracto de «erçacen» (mitad más uno).*—Recibe este nombre *chelha* un contrato de sociedad entre dos personas para asuntos

camperos o marítimos, y cuando uno de los socios necesita dinero, acude al otro, que se lo concede como precio de la parte o cuota de la sociedad que corresponde al prestatario. Entraña un retracto, porque los bienes son proindiviso.

*Retracto como condición en la compraventa.*—También es conocido en análogos términos que el retracto convencional.

*Reglas comunes a todos los retractos.*—Hay que distinguir entre presentes y ausentes. Entre los primeros, si es conocida la venta, hay que retraer inmediatamente; si le fué desconocida, el plazo es un año, a contar desde el conocimiento. Entre ausentes el plazo es de diez años, salvo lo anteriormente expresado respecto al derecho de retracto gentilicio y el de dominio y derechos reales.

Cuando el retrayente es insolvente, la transmisión queda consolidada y no se escucha su petición de retracto.

Por último, la mayor seguridad del sistema radica en la buena fe y en la mediación de la *yemáa*, que interviene constantemente en estas cuestiones y las regula.

PEDRO CABELLO.

Registrador de la Propiedad.

ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE ALBACETE: *Premio «Jerónimo González»: su sentido y fines.*

El premio está inspirado—aparte su designio reverencial—en un sentido profundamente español.

Tiene como finalidad enriquecer la producción de estudios jurídicos originales y premiar la divulgación de su enseñanza a través del libro.

Sobre estas normas, se establecen para su concesión las siguientes

## BASES

### I. — EL AUTOR.

1.ª Podrán optar al premio los investigadores y autores que sean españoles y estén en posesión del título de licenciado o doctor en Derecho.

2.ª El autor que aspire al premio suscribirá una instancia solicitándolo. Declarará solemnemente no hallarse—ni él ni su obra—

incompatibilizado por ninguna de estas bases, y proclamará su absoluto sometimiento al fallo del juzgador.

3.<sup>a</sup> Se obligará a la edición de su obra dentro del año siguiente a la concesión del premio, si la presentación se hubiese hecho en original mecanografiado.

Hasta que no se haya publicado la obra no podrá hacer efectivo el premio. Sin embargo, la Junta podrá ofrecer, en su caso, la cooperación necesaria para la edición.

## II. — LA OBRA.

4.<sup>a</sup> Los libros que aspiren al premio deberán contener relevantes estudios de Derecho español, rigurosamente originales. Y versarán sobre Derecho civil, Derecho inmobiliario o Derecho notarial.

5.<sup>a</sup> Las obras ya premiadas y los trabajos que hubieren alcanzado publicidad y difusión, oral o escrita, antes de ser editados en libro, no podrán optar al premio.

Excepcionalmente, podrán hacerlo las publicaciones de obra completa o las reimpressiones—puestas al día—de autores españoles, de extraordinario magisterio.

6.<sup>a</sup> La obra debe haber sido editada, en España y en castellano, entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre del año anterior a su presentación al premio.

Las no editadas—en original a máquina—podrán optar, a reserva de lo que se establece en la base 3.<sup>a</sup>

7.<sup>a</sup> El plazo de presentación será todo el mes de enero de cada año. Los trabajos—acompañados de la solicitud de su autor—se presentarán por persona autorizada o correo certificado, en número de cinco ejemplares, en la Secretaría del Ilustre Colegio Notarial de Albacete, que facilitará recibo.

## III. — EL JUZGADOR.

8.<sup>a</sup> Será único juez—con juicio inapelable—para discernir el premio, la Junta directiva del Ilustre Colegio Notarial de Albacete.

Examinará las obras—pudiendo recabar los asesoramientos que estime convenientes—y emitirá su fallo, hasta el 15 de mayo de cada año.

9.<sup>a</sup> El premio—con mención del año a que corresponda—se

atribuirá a la mejor obra entre las presentadas, se distribuirá entre varias o se declarará desierto.

La Junta decidirá omnímodamente respecto de la interpretación y lagunas de estas bases, de la concesión del premio y del destino de la dotación del declarado desierto.

10. Concedido el premio, se comunicará al autor—o autores—premiado. Se le hará entrega en solemne sesión de las 15.000 pesetas importe del premio, y se le proveerá de certificación del acuerdo de concesión, que acredite la distinción merecida.

Albacete, diciembre de 1948.