

DOCUMENTOS Y DOCUMENTADORES EN EL FORMULARIO NOTARIAL DE IBN AL-'ATTAR

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

NOTARIO
DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

SUMARIO: I. Introducción. II. Los posibles orígenes islámicos del Notariado Español: López Ortíz y Flórez de Quiñones. III. Los adules andalusíes: Ribera y Lévi-Provençal. IV. Análisis del escatocolo: A) Los adules como testigos: a) de un acto oral; b) del que prestan testimonio por escrito. B) La rogación: a) límites objetivos; b) la declaración de comprender el documento; c) límites subjetivos. C) Los juicios de los adules: a) de identificación de las partes; b) de su capacidad; c) de su libertad; d) de validez del acto. V. Falta de los requisitos de lectura, de firma de las partes y de registro. VI. Redacción de los documentos. VII. Prestación del testimonio en el proceso. VIII. Los documentos en la vida extrajudicial. IX. Conclusión.

Éste es un día largamente esperado por la Academia Matritense del Notariado; pero las palabras de apertura del Decano y la magnífica intervención de nuestro compañero Antonio Pérez Sanz me eximen de volver sobre los avatares por los que ha pasado la publicación del libro que hoy presentamos, no sin dedicar antes un justo y cariñoso recuerdo a aquellos dos queridos amigos y compañeros, Vicente Flórez de Quiñones y Tomé, Notario de Córdoba, y Manuel Antonio Romero Vieitez, Notario de Madrid, sin los cuales este acto no hubiera podido celebrarse.

= I =

La intervención de Pérez Sanz, y la que todos esperamos del Profesor Chalmeta, aconsejan también reducir a muy pequeñas precisiones -las imprescindibles para enmarcar mis palabras-, las referencias a los temas generales sobre el manuscrito publicado, su contenido, su autor, y el autor de la publicación y sus colaboradores:

-El manuscrito que ahora se edita es el '*Kitab al-wata'iq wal-sigillat*', el primer formulario notarial hispano-árabe conservado (Introducción, p.21); fué escrito en Córdoba a finales del siglo X de nuestra era, siendo Califa Hixem II, y Almanzor su 'mayordomo de palacio'.

* Palabras pronunciadas en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid el día 18 de enero de 2001, en la presentación del libro '*Formulario Notarial y Judicial Andalusi* (Ibn al-'Attard (m. 399/1009). Estudio y traducción: P. CHALMETA y M. MARUGÁN', Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000, p.1040.

-El contenido de este manuscrito está constituido por modelos o fórmulas que en principio, y al menos en un sentido amplio, podemos denominar notariales, con algunas otras referentes a actuaciones judiciales, y no sólo en actos de jurisdicción voluntaria. Pero no se trata de un simple formulario, puesto que en 'un esquema cuatripartito' al 'modelo o <impreso> de acta notarial' (a), siguen los 'principios de derecho que vertebran y condicionan el acto' (b), las 'opiniones a favor y en contra, precedentes judiciales, práctica legal' (c), y el 'comentario lingüístico procesal, explicando las consecuencias de adoptar tal o cuál fórmula, de añadir u omitir determinada cláusula o precisión' (d), (p.14-15). No estamos, pues, ante un mero 'formulario'; es un libro de práctica notarial, de arte de Notaría, o incluso un verdadero Tratado de Derecho Notarial aplicado y, por tanto, y si nos desprendemos de nuestro legalismo, un Tratado de Derecho privado en que ocupan un primer puesto los hechos, las necesidades de la vida, los diversos caminos para satisfacerlas, los distintos pactos, las distintas cláusulas y fórmulas. En el Derecho común no encontramos Formularios que puedan siquiera compararse con el el Ibn al'Attar hasta los de Salatiel (primera redacción, 1242; segunda redacción, 1254) y Rolandino (*Summa*, 1255; *Aurora*, 1280); y en nuestro Derecho, aparte de las Partidas (séptimo decenio del siglo XIII), habría que llegar al siglo XVI, con Diego de Ribera (1560) y Monterroso (1563).

-El autor del manuscrito es *Muhammad ibn al'Attar*, 'el hijo del especiero', Notario de Córdoba, alfaquí de la escuela malikí¹, dominante en todo el Norte de África y en Andalucía, fallecido en el año 1006.

-Y el autor del libro que presentamos es el Profesor de la Universidad Complutense Don Pedro Chalmeta, del que en 1983 publicamos la transcripción árabe de este manuscrito de Ibn al-'Attar, en colaboración con el Profesor Corriente,² y que ahora, en colaboración con Marina Marugán, ha escrito un libro que no es sólo la *traducción* por Marina Marugán, revisada por Pedro Chalmeta, de aquél texto árabe de Chalmeta-Corriente, con sus correspondientes complementos (Apéndice, Fuentes, Bibliografía e Índices -analítico, de términos árabes, antropónimos y topónimos- cuya composición me consta ha sido muy penosa), sino que contiene, además, una preciosa '*Introducción*', que completa la que figuraba al frente de la edición del texto árabe, por Chalmeta-Corriente, y una indispensable exposición del sistema andalusí, fuentes del derecho, documentos, y formularios, y sus autores; y, sobre todo, es una traducción '*anotada*', según anuncia modestamente la portada, pero no con simples 'notas' como pudiera pensarse -que también las tiene-, pues incluye un amplio comentario histórico-jurídico, al principio de cada uno de sus treinta y cuatro capítulos, y el '*Análisis*' de muchos de los modelos o fórmulas. Sin todos estos valiosos trabajos, los juristas actuales difícilmente podríamos adentrarnos en la lectura de la obra. Ya sé que no es la cantidad lo importante; pero quiero dejar constancia que según un muestreo que he efectuado, creo que hacia el 40% del libro corresponde a todos estos acompañamientos, y sólo el restante 60% a la traducción del texto árabe.

= II =

El motivo de nuestro interés por lograr esta publicación se encontró, como ya saben,

¹ CASTEJÓN CALDERÓN, Rafael: 'Los juristas hispano-musulmanes (Desde la Conquista, hasta la caída del Califato de Córdoba.- Años 711 a 1031 de C.)', Instituto de Estudios Africanos, Madrid, 1948, p.179.

² 'Formulario notarial hispano-árabe por el alfaquí y notario cordobés Ibn al-'Attar (S. X)', edición por P. CHALMETA y F. CORRIENTE; Academia Matritense del Notariado - Instituto Hispano-Árabe de Cultura, Madrid, 1983.

en aquella tesis sobre el origen hispano-árabe de nuestro Notariado defendida por López Ortíz, aunque más tarde la suavizara, y por nuestro compañero Flórez de Quiñones.

López Ortíz, ya en 1927³, y con cita expresa, entre muchos otros autores, de 'Abenalatar' (p.332), había sostenido que en la España musulmana 'la institución notarial (estaba) perfectamente definida y encontramos incluso datos para precisar cuál pudo ser lo que podríamos denominar la demarcación notarial en los diversos periodos' (p.319). 'El clásico (formulario) de Rolandino, con todos sus aditamentos y comentarios, aun en su estructura externa, podría pasar por una adaptación del de Abensalmún. Claro está que nada podemos ni intentamos deducir de esta semejanza' (p.325). Pasados los años, en conferencia pronunciada en esta Academia Matritense del Notariado en 1962⁴ López Ortíz insistió en 'moderar un tanto lo tajante de algunas afirmaciones, que con el andar del tiempo me iban pareciendo un tanto exageradas' (p.137); y concluía: 'En cuanto a la posible influencia del Notariado islámico, o de sus Formularios, en los de nuestra España medieval cristiana tampoco puedo asegurar nada en concreto' (p.146).

Flórez de Quiñones publicó en 1957 en la Revista de Derecho Notarial, un importante trabajo⁵, en el que terminaba reclamando 'la atención de la Junta de Decanos y un lugar preferente en las páginas de esta Revista, para la publicación de estas obras' -'los tratados de Derecho musulmán'-, tan llenas de interés para la Historia y para el Derecho, donde se contiene, en parte, la ciencia y la experiencia y esos remotos antecesores, Maestros en nuestro arte, hace diez siglos' (p.285); entre ellos, citaba expresamente el de Muhamad Ibn Al-'Attar (p.259, nota). Veinte años más tarde, insistía Flórez de Quiñones, ya jubilado, en una de las conferencias organizadas por esta Academia en Homenaje a Rafael Núñez-Lagos⁶: 'es evidente -concluía- que ya no puede sostenerse la influencia decisiva de estos mitos en el Derecho notarial (los mitos de la 'invasión italiana', de la Escuela de Bolonia), que pronto habrán desaparecido por completo con las traducciones de Ibn Moguit, Al'Jazirí e Ibn Al Attar, labor a la que en estos días dedican su actividad jóvenes estudiosos' (p.202), aludiendo sobre todo al Profesor Chalmeta, con quien Flórez de Quiñones había tomado contacto en 1967, en unas Jornadas Hispano-Árabes de Córdoba⁷.

El sistema notarial hispano-musulmán pudo, en efecto, introducirse, en mayor o menor medida, en la España cristiana -y la cronología lo hace perfectamente posible-, bien directamente o por medio de los mozárabes⁸, en aquellos ocho siglos de la Reconquista, en que no todo fueron batallas, o bien a través de Italia, donde la influencia árabe está comprobada en otros aspectos⁹; sin que ello descartara un inicial

³ LÓPEZ ORTIZ, José: 'Algunos capítulos del Formulario notarial de Abensalmún de Granada', Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo IV, 1927, p. 319-71+Apéndice (p. 372-75).

⁴ LÓPEZ ORTÍZ, José: 'Notarios y formularios notariales en el Islam', Conferencia pronunciada el día 8.5.1962 en la Academia Matritense del Notariado, publicada en sus Anales, XV, p.135-46.

⁵ FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, Vicente: 'Pruebas y Notarios en el Islam Medieval. Notas para la historia del Notariado Español', Revista de Derecho Notarial, número XVI, Abril-Junio 1957, p. 213-85.

⁶ FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, Vicente: 'Formularios notariales hispano-musulmanes', conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 15 de diciembre de 1977, publicada en sus Anales, número XXII-1, p. 179-202+Apéndice, p. 203-26.

⁷ Conf. la 'Introducción' de P. Chalmeta a la op.cit. en la nota 2, p. XXXVI-XXXVII.

⁸ Conf. GONZÁLEZ PALENCIA, A.: 'Los Mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII', cuatro vols., Madrid, 1926-30.

⁹ Conf. ASÍN, Miguel: 'El Averroísmo Teológico en Santo Tomás de Aquino', p.271-331 de 'Homenaje a D. Francisco Codera, en su jubilación del Profesorado - Estudios de Erudición Oriental', Zaragoza, 1904.

influjo del Derecho romano -teodosiano y justiniano-, en el Islam, problema nunca definitivamente resuelto; esta transferencia indirecta, que podrá parecer complicada, sería mucho menos traumática, en cuanto que permitiría mantener la influencia de la glosa -civilistas y canonistas de la Escuela de Bolonia-, en la configuración de nuestro Notariado latino, que nos parece perfectamente demostrada.

= III =

Nadie podrá pretender que en el acto de presentación de este libro demos ya resueltos tan intrincados problemas; pero como tampoco podemos olvidarlos, voy a iniciar una comparación entre los documentos hispano-musulmanes y sus autores, según resultan de los Formularios que presentamos, y los instrumentos públicos del Derecho común y de nuestro Derecho medieval, y sus autores. Recordemos, para ambientar nuestro estudio, la exposición clásica de Don Julián Ribera, y la más moderna de Lévi-Provençal, sobre estos Notarios andalusíes.

*Ribera*¹⁰: 'El cargo de notario no era exclusivo de algunas personas a quienes el poder público autorizara ; un particular, que mereciese confianza a sus conciudadanos, lo ejercía, limitándose a redactar los contratos que firmaban las partes, guardando éstas el documento original, pues no se formaba protocolo. Como sin ciertos requisitos de prueba no prosperaría ante el juez ninguna demanda y algunas condiciones puestas en el documento podían invalidarlo o darle fuerza distinta a la deseada por las partes, era muy general, aun entre gentes de instrucción, acudir a persona perita si es que querían asegurar el cumplimiento de lo tratado.

Ejercían la profesión en su casa, en las mezquitas, en la calle, en el mercado, en la lonja, a las puertas de la ciudad, por donde más transitaban las gentes que los pudieran solicitar. Allí, me los figuro yo, sentados sobre una alfombrilla o estera, o sobre el duro suelo, con su libro de formularios a un lado, el estuche de los cálamos y tintero a otro y sobre la rodilla derecha cuadernos de papel o pergamino sujetos con la mano.

Su carrera fué en tiempos, y para ciertos individuos listos que alcanzaban popularidad, muy lucrativa, de las pocas tal vez en que se podía alcanzar alguna fortuna.

Los textos que estudiaban consistían en obras cuyos capítulos solían constar de dos partes: primera, un resumen teórico de la materia o doctrina legal de cada contrato; y segunda, una serie de formularios aplicables a los distintos casos que sobre el mismo pueden presentarse.

En estos mismos libros, por la relación que tienen entre sí, solía haber también formularios de procedimientos judiciales, ya para actos de jurisdicción voluntaria, ya para los pleitos o litigios.

.....

La legislación alcoránica en materia de sucesiones es tan enrevesada y difícil, por la distinta proporción con que los varios herederos entran a participar del haber del muerto, que no es dado a cualquiera hacer aplicación de la misma, mucho más con los embrollos a que suele dar lugar la inestable constitución de la familia

¹⁰ RIBERA Y TARRAGÓ, Julián: 'La enseñanza entre los musulmanes españoles - Bibliófilos y Bibliotecas en la España Musulmana', 3ª ed., Real Academia de Córdoba, 1925, p. 120+1; especialmente, 'Práctica notarial y judicial. División de herencias', p. 46-47.

musulmana. Esto ha hecho que se formara una asignatura especial en los estudios mezcla de derecho y de cálculo matemático, y un ramo particular en la práctica jurídica. Por la frecuencia con que en las familias ocurren casos de particiones, esta especialidad ha proporcionado mucho trabajo a los jurisconsultos, lo cual hizo que su estudio se fomentara considerablemente’.

*Lévi-Provençal*¹¹: ‘Nada más sencillo y menos solemne que este tribunal -escribe refiriéndose al del *Cadí*-,... ante el cuál se apretujaba la multitud de los litigantes, que previamente habían hecho consignar por escrito sus declaraciones y las de quienes las avalaban, valiéndose de testigos instrumentales (*‘adl*). Éstos... se hallaban instalados, dentro de una callejuela inmediata a la mezquita mayor..., en sus tiendecillas...

Tales testigos instrumentales, cuya función (*shahada* o *‘adala*) quedaba justificada por un medio social en que el procedimiento estaba casi siempre <dominado por el juego de los testimonios y de los juramentos>, debían poseer, a más de una irreprochable moralidad, la cultura jurídica necesaria para permitirles en ocasiones ascender a la *shura*, y vivían del salario (*uchra*) que los litigantes les pagaban por redactar las <pruebas testimoniales> escritas (*bayyina*), que los jueces preferían al simple testimonio oral. Su actividad se extendía también a levantar acta (*wathiqa*) de muchas clases (matrimonios, repudios, donaciones piadosas, etc.), y a extender certificados de indigencia (*‘udm*) o de buena vida y costumbres. Por esta razón, lo mismo en la España califal que más tarde, el testigo (*shahid* o *‘adl*) se confundía casi siempre con el <notario> (*waththaq*)’.

= IV =

Las fórmulas de Ibn al-‘Attar nos presentan un documento que concentra la narración de sus solemnidades en una parte final, o escatocolo, sin dividir las entre éste y la parte inicial, o protocolo; pasemos a examinar ese escatocolo, reiterado continuamente con leves modificaciones, pero sin perder de vista que no es un documento en sí, ni una diligencia documental adicionada a otro documento, sino la cláusula final o de cierre de un documento unitario. Comencemos por transcribir una de esas fórmulas, que nos parece muy representativa:

‘(Los testigos, cuya declaración infrascripta refrenda la validez del presente escrito), *dan fe del testimonio requerido por los contrayentes Fulano, hijo de Fulano, y Mengano, hijo de Mengano* -(con testimonio invocable) *en su contra, acerca de lo consignado sobre ambos* (contratantes) *en esta escritura, que han declarado comprender en su totalidad- a quienes conocen y lo han oído de sus propias* (bocas, constándoles que) *están sanos y con plena capacidad de obrar... (Escrito) en tal día de tal mes de tal año*’¹².

¹¹ LÉVI-PROVENÇAL, E.: ‘España musulmana - Hasta la caída del Califato de Córdoba (711-1031 de J.C.) - Instituciones y vida social e intelectual’, Tomo V de la ‘Historia de España’ dirigida por Ramón Menéndez Pidal, Madrid, 1957, p.75. La *shura* era un consejo de juristas, consultivo del *cadí*.

¹² Modelo número 9, ‘escritura de compraventa de una esclava corriente’, p.106.

Es semejante la fórmula de escatocolo usada por *Abenmoguit*: ‘Requeridos por el contrayente fulano y por el padre de la desposada fulano, dan testimonio, invocable en contra de ambos, de cuanto con referencia a ellos consta en este documento, quienes los conocen y les oyeron lo aquí contenido, hallándose ambos en buena salud y plena capacidad. Y todo ello tuvo lugar en tal mes, a tantos días transcurridos del mismo, de tal año’; conf. VILA, Salvador: ‘Abenmoguit - <Formulario Notarial> -Capítulo del matrimonio’, Anuario de Historia del Derecho Español, núm.VIII, 1931, p.5-200; ver p.56.

Hagamos algunos comentarios y comparaciones sobre este escatocolo:

A) '(Los testigos ...) *dan fe del testimonio*'. Es el comienzo habitual de esta fórmula de cierre de los documentos. Las personas de que tenemos que ocuparnos son, pues, 'testigos', 'adules', denominación que siempre se les da; y su misión, en consecuencia, es la de dar 'testimonio'.

No fijemos en exceso nuestra atención en las palabras 'dan fe', pues desde el Código Teodosiano, el primero que sistematizó la doctrina de la prueba, se viene hablando 'De la fe de los testigos' ('*De fide testium et instrumentorum*', 11.39); 'fe' en su sentido originario, equivale a 'prueba', y más en concreto a prueba 'en juicio'; y en el juicio también existe una prueba privada, una 'fe privada', que en el lenguaje ordinario se extiende a la esfera extrajudicial, donde abundan los secretarios que dicen dar fe. Lo importante no son las expresiones -recuérdese, además, que estamos ante una traducción- sino el sentido de las mismas y sus efectos jurídicos, sobre los que tendremos que volver.

Tampoco creamos que nos dé resuelta toda cuestión la calificación de 'testigos'. El Notario también comenzó siendo un testigo, que pasó a ser testigo cualificado en la Novela 73 de Justiniano; testigo público a partir de los siglos XI y XII, al ser considerado como persona pública ('E son como testigos públicos en los pleytos e en las posturas que los omes fazen entre sí', Partidas, 3.19.3); testigo privilegiado, al valer su testimonio por el de dos personas en los tiempos de la prueba tasada. Queda así planteado el problema de si los adules serán meros testigos, o serán testigos, pero algo más que testigos.

Estos testigos podían ser meramente *ocasionales* o bien *profesionales*; lo más frecuente, quizá, sería que uno al menos de estos dos testigos fuera profesional. Especialmente nos van a interesar esos testigos que hacen de la prestación de testimonios una profesión, a la que se dedican y de la que viven; pero debe quedar sentado que no parece existir diferencia entre la función testifical de unos y de otros. Y ello abonaría inicialmente la tesis de que todos son sólo unos testigos; pero sería prematuro un juicio al respecto.

Dos son las *características fundamentales* que presentan nuestros testigos: son testigos de un acto oral y, al menos de momento, prestan su testimonio por escrito.

a) Son *testigos de un acto oral*; el formulario expresamente proclama, en efecto, que los testigos '*lo han oído de sus propias (bocas)*'; de las propias bocas de los contratantes o requirentes han oído los adules las manifestaciones o declaraciones de aquellos, de que dan testimonio.

En nuestra tradición jurídica los testigos deponen, en general, sobre lo que han visto y oído, y ello pasó de los testigos a los notarios, porque los notarios eran testigos; así se acuñó el brocardo de que los Notarios daban fe '*de visis et auditis suis sensibus*'; siempre antepone, pues, el acto de vista, al acto de oído, porque como enseñó Núñez-Lagos, 'el Notario... puede dar fe de lo que le dicen, de lo que escucha, pero siempre que *vea* al que se lo dice'¹³; ésto es precisamente lo que hace nuestro Formulario.

La primacía que, sin embargo, se concede aquí al sentido del oído -ya veremos que hay también testimonios solamente de vista- obedece en primer término, y aparte de otras causas con las que quizá más adelante nos encontremos, a la *oralidad* de la contratación musulmana, con fundamento en el mismo Corán, que sólo prescribe un escrito, con dos testigos, cuando deba pagarse una deuda al término del plazo pactado, mientras que si la venta se hace entre personas presentes y por cambio, no están obligados

¹³ NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: 'Concepto y clases de documentos' Revista de Derecho Notarial, XVI, abril-junio 1957, p.7-36; las palabras citadas en p. 20.

a escribirla (II-282). No olvidemos que el Corán es la primera de las fuentes del Derecho musulmán y que, es más, el derecho mismo, el *fiqh*, forma parte de la Religión islámica¹⁴.

Uno de los siempre interesantes trabajos ‘menores’ de Flórez de Quiñones, ‘*El Notario en el Fuero de Córdoba*’¹⁵, da a conocer una curiosa disposición del Fuero dado a Córdoba por San Fernando el año 1279 de la era hispánica (1241 de Cristo); eran los tiempos del ‘Concejo abierto’ castellano-leonés -el sistema de Regimiento o Ayuntamiento empezaría con Alfonso XI- en el que, reunidos a la salida de Misa Mayor o a campana tañida, todos los vecinos decidían, en democracia directa, lo que creían conveniente a la comunidad, consentían sus actos jurídicos y, de paso, autorizaban algunos actos de los particulares; en él se hacían también los nombramientos para el año próximo de los aportellanos -de los oficiales- del Concejo, el juez, los alcaldes, el mayordomo y el escribano, por sorteo entre los elegidos por la colación (parroquia o barrio) a la que ese año correspondiere. Fácilmente podía ocurrir, con semejante sistema y en aquellos tiempos, que el escribano elegido a la suerte resultase analfabeto; pero que sepamos sólo el Fuero de Córdoba regula éste que hoy puede parecernos esperpéntico supuesto del ‘escribano que no sabe escribir’, permitiéndole designar un sustituto.

‘Y estas Collaciones, que han de echar suerte, echen suerte quien será el Juez, y quien Mayordomo, y quien Escribano, y quien Alcaldes,... y si acaso aquél sobre quien cayere la suerte que sea Escribano no supiere escribir, ponga otro en su lugar que sea conveniente para este oficio, y si hiciere alguna falta aquél Escribano, párese a la pena el que lo pusiere en su lugar, y sobre el que cayere la suerte del Alcaldía, o del juzgado, o Mayordomía, no ponga otro en su lugar, sino él mismo lo cumpla por sí mismo. Y si el Escribano supiere escribir, no ponga otro, sino que como dicho es él lo cumpla por sí mismo’¹⁶.

‘Pero no hay sustitución posible para la honorabilidad’, comenta Flórez de Quiñones (p.164); ‘el Fuero de Córdoba prefiere la honorabilidad a la ciencia’ (p.166). Podemos apuntar otra posible explicación, apoyada en la oralidad de los actos jurídicos, y por tanto en la primacía del testimonio del ‘oído’; el analfabeto podía, en consecuencia, ser testigo en el Derecho andalusí, y por tanto en Córdoba, y mucho mejor que el ciego, que también podía serlo; ‘el testimonio del ciego por oídos pasa’, decían las Leyes de

¹⁴ Así Ibn Hazam, el gran poeta, autor de ‘El Collar de la Paloma’, y gran jurista y polígrafo, poco posterior a Ibn al-‘Attar, -994/1063 ó 1064- aunque no malikí, sino zahirí, considera que la ciencia de la religión constituye la primera parte del *trivium*, que incluye como disciplinas la ciencia del Alcorán, la ciencia del derecho (*fiqh*), la ciencia de la tradición profética (*hadit*) y la ciencia del dogma (*kalam*).

Conf. MARINA ENCABO, Juan Francisco: ‘Sobre Ben Házam de Córdoba’, Al-Mulik, Anuario de Estudios Arabistas; Suplemento al ‘Boletín de la Real Academia de Córdoba’, año 1963, núm.3, p.119-24. ‘El Collar de la Paloma, Tratado sobre el amor y los amantes’, trad. esp. de Emilio GARCÍA GÓMEZ, Madrid, 1952. GONZÁLEZ NOGALES, S. (S.J.): ‘Teoría y clasificación de la Ciencia según Ibn Hazm’, en el mismo número de Al Munik, p. 63-85; (estudio de un opúsculo de Ibn Hazm titulado ‘Epístola de la clasificación jerárquica de las ciencias’, traducido en sus puntos principales por Miguel ASÍN PALACIOS en su artículo ‘Un Códice inexplorado del cordobés Ibn Hazm’, Al-Andalus, 2, 1934, p. 46-56).

¹⁵ Conferencia pronunciada en la Semana Notarial de Sevilla el 9 de noviembre de 1961; publicada en los Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XV, p. 147-66.

¹⁶ No conozco el original latino; cito por ‘Fuero que el Santo Rey Don Fernando el Tercero concedió a la M.N. y M.L. Ciudad de Córdoba a su Conquista: Mandado traducir, y dar a la prensa por su Nobilísimo Ayuntamiento - Año 1819 - En Córdoba, en la Imprenta de la Ciudad - de Don Luis de Ramos y Coria, Calle de Armas’, p.15; el texto citado, en p.2-3.

Flórez de Quiñones utilizó otra traducción: ‘Si tocare (por sorteo) la de ser escribano a persona que no sepa escribir, ponga ésta un sustituto idóneo para el oficio. Y si el sustituto cometiere alguna falta, téngase a la pena el que le puso en su reemplazo’ (p.152).

Moros del siglo XIV (Título CLXXXV)¹⁷; y si el analfabeto puede ser testigo, quizá podría también permitírsele ser adul, porque éste es un testigo y no ejerce un cargo.

b) La segunda característica que atribuíamos al testimonio de los adules consistía en ser un *testimonio que se presta por escrito*, en un documento o instrumento, y no oralmente como parecería lógico, y como a veces, en caso de contienda, tenían que hacerlo más adelante en el Juzgado. Nuestro Formulario habla en muchas ocasiones de ‘escrituras de testimonio’ (p. 372, 374, 375, 376, etc.); Lévi-Provençal califica a nuestros testigos de ‘testigos instrumentales (*adl*)’, y denomina a sus testimonios ‘<pruebas testimoniales> escritas (*bayyina*)’.

Estos *instrumentos* o escritos de prestación de testimonios, constituyen un tipo de documento bien conocido; el primer fragmento del título ‘*De fide instrumentorum*’ del Digesto (22.4.1), señala como ‘instrumentos’ para la instrucción de la causa ‘*tam testimonia, quam personae*’, tanto los ‘testimonios’ (las atestaciones escritas), como las ‘personas’ (los testigos).

Los documentos a que se refieren nuestras fórmulas son pues documentos testificales, documentos de los testigos, y no documentos de los otorgantes del acto o contrato; por ello son documentos de *redacción objetiva*, como la *testatio* romana, y no, como el quirógrafo, de una redacción subjetiva por la que el mismo obligado es quien personalmente hace sus declaraciones o asume sus obligaciones.

B) Estos testigos no actúan de oficio, sino a requerimiento de parte; el Formulario hace siempre constar, en consecuencia, nominalmente, quien es la persona o personas que han solicitado ese testimonio -en nuestro caso, ‘*requerido por los contrayentes (contratantes), Fulano, hijo de Fulano, y Mengano, hijo de Mengano*’-, de manera que no sólo es necesaria la rogación, sino que también se precisa la constancia documental de esa rogación.

Ha tenido la rogación una gran importancia histórica, aun descartando los germanismos de Brunner, porque a diferencia de los Derechos modernos tenía un contenido sustantivo, comprendía las manifestaciones o declaraciones mismas del requirente; así sucedía en los instrumentos ‘*sine scriptis*’ del Derecho justiniano, por lo menos a partir de la ley *Contractus* y de la Novela 44, y también en los Derechos común y español de la Edad Media, pues sólo con la Pragmática de Alcalá pasa al escrito el texto de las declaraciones, según ocurría en los instrumentos ‘*in scriptis*’ de las citadas disposiciones de Justiniano. La rogación queda entonces reducida a lo que es hoy, un mero requerimiento de prestación de funciones.

Éste es precisamente, con mucha antelación, el sentido que creemos tiene la rogación en el formulario de Ibn al-‘Attar; se reduce en principio a un requerimiento de prestación de funciones testificales, por el que se requiere a los testigos para que presencien un acto en el que se producirán verbalmente unas declaraciones, y para que presten después testimonio escrito de las mismas; la rogación no puede comprender aquellas declaraciones, porque cuando se efectúa éstas son un hecho futuro. Al darse este testimonio, por el contrario, el acto oral ya ha pasado, y los formularios, en consecuencia, se refieren a él siempre en tiempo pretérito.

¹⁷ ‘LEYES DE MOROS, del Siglo XIV’, p.11-246 de ‘Colección de Documentos, Opúsculos y Antigüedades que publica la Real Academia de la Historia’, Tomo V, Tratados de Legislación Musulmana’, Madrid, 1853, p. 510+1 (Índice).

Se trata de una de las cuatro versiones castellanas del *Kitab al-tafri*, de Ibn al-Gallab, contemporáneo de Ibn al-‘Attar. Conf. la ‘Advertencia Previa’ (p.XIX) al Formulario que hoy presentamos, y CARMONA, A.: ‘El autor de las *Leyes de Moros*’, Homenaje al Prof. J.M. Fórneas, II, Granada, 1994, p. 957-62.

Los requirentes coinciden, pues, con las partes del acto; tratándose de negocio bilateral, requieren la prestación de los adules las dos partes: el novio y el casador (padre o *wali* de la novia) en el matrimonio, p. 26-27; el vendedor y el comprador en la compraventa, p. 106; el arrendador y el arrendatario en el arrendamiento rústico, p. 156; el propietario y el regante en el riego, p. 190-91; el comodante y el comodatario en el comodato, p. 224, etc. Pero existen particularidades: en la donación, el requirente es sólo el donante, aunque el donatario esté presente a efectos de recibir la cosa donada, p. 421, mientras que en la donación de usufructo requieren donante y donatario, p. 228; y en la repudiación, el requerimiento puede hacerse por el repudiante y el padre de la repudiada, o sólo por aquél, p. 321.

Sin poder extendernos sobre estas cuestiones, que nos llevarían hacia el Derecho sustantivo, y limitándonos al escatocolo de los formularios, es preciso resaltar que es precisamente la rogación la que determina el contenido del documento y su eficacia; comprobemos ambos aspectos.

a) El testimonio se concreta a '*lo consignado sobre ambos (contratantes) en esta escritura*', porque sólo acerca de esto han sido requeridos los testigos; el contenido del testimonio viene, pues, determinado por la rogación. Se trata, en general, de las manifestaciones o declaraciones efectuadas por los requirentes, pero también incluyen otros actos conexos, como entrega de la cosa y pago del precio, que muchas veces aparecen como actos presenciados por los testigos -actos de vista-, y no como meras declaraciones de los requirentes.

Pueden verse: entrega de la cosa objeto del contrato (p. 131, 228, 233, 238, 281, 392, 421, etc); su toma de posesión (p. 224, 389, 407, 410); o la entrega y toma de posesión (p. 368); o bien, como precedente de tales actos, los testigos afirman que 'han comprobado que la casa delimitada en el presente escrito está abandonada y vacía' (p. 389), 'han presenciado... cómo (Fulano) la había desalojado' en favor de la otra parte (p. 392), 'tienen conocimiento de que (Fulano) ha abandonado la casa citada en favor de su hijo Mengano y han comprobado que estaba vacía' (p. 407), 'tienen constancia de su traslado (el del cedente) a la habitación citada (que el cedente se reservaba de por vida) y han comprobado que el resto de la casa mencionada y sus aposentos están desocupados y completamente vacíos' (p. 410). Conf. sobre el pago del precio (p. 91-92, 102, 105), y el del acidaque o don nupcial (p. 52-53).

Fuera de los documentos negociales, abundan las que hoy llamaríamos actas de presencia, pero con frecuente inclusión de juicios, que Ibn al-'Attar encuadra junto a otros variados supuestos, en el concepto de *Istr'A*: 'conocen la edificación mencionada, (levantada) en tal mes de tal año, y han visto dicha vista dominante o los perjuicios descritos' (p. 591); 'vieron que la mayor parte de la (plantación) había sido assolada por las larvas' (p. 612); 'vieron que el rabanal y el zanahorial allí existentes se habían podrido en su mayor parte como consecuencia de las continuas lluvias' (p. 615); 'vieron que las hojas -de las moreras- se habían podrido' a causa de los 'constantes aguaceros', de 'larvas', 'del ardiente sol' o por 'el caso de siniestro que sea' (p. 617).

b) Entre las declaraciones de los requirentes hay algunas que se llevan al documento testimonial como de especial interés. Los testigos -dice la fórmula- prestan testimonio 'acerca de lo consignado sobre ambos (contratantes) en esta escritura, que *han declarado comprender en su totalidad*'; en algunos casos, no infrecuentes, en lugar de 'declarar', los requirentes 'reconocen' o 'confiesan', y en vez de 'comprender', 'conocen' o 'entienden' lo consignado sobre ellos en la escritura (conf. p. 318, 320, 324, 392, etc.). Quede claro que lo que los requirentes dicen comprender, conocer o entender no son

sus declaraciones orales, sino el testimonio escrito sobre ellas. En su virtud, los otorgantes no quedan totalmente excluidos del documento en que se recoge el testimonio de sus declaraciones, como ocurriría si fuera un documento puramente testimonial de un acto oral, sino que tienen un cierto control sobre el documento mismo.

Estas cláusulas, más que a los documentos de tipo latino, recuerdan al 'reconocimiento' (*acknowledgment*) propio del Derecho norteamericano, aunque con la diferencia de que aquí el documento es de la parte. A mi parecer, no tiene demasiado valor el que sea la parte misma quien declare que comprende lo que el documento dice que ella ha manifestado, sin que el documentador tenga la función de comprobarlo, o intente hacerlo; en este sentido, el artículo 147 del Reglamento Notarial, exige al Notario que informe a los otorgantes del 'valor y alcance' de la redacción, poniendo esa obligación en conexión con la redacción del documento por el Notario; y en nuestro caso podemos ver también una consecuencia de la normal redacción del documento por los testigos, o por uno de ellos, el testigo profesional; con lo que de nuevo nos encontramos con que los adules son testigos, pero no son sólo testigos.

c) El ámbito subjetivo de la eficacia del testimonio se determina también por la rogación, de manera que el testimonio sólo podrá alegarse contra las personas que lo han requerido, (*con testimonio invocable en su contra*), y no contra las demás personas que hayan intervenido en el acto o contrato, ni contra los terceros. Semejante limitación, que también ha dejado algún rastro en los documentos antiguos de tipo latino, revela una concepción documental primaria, tan distinta de la actual en que la fuerza probatoria de los documentos públicos surte sus efectos 'aun contra tercero', según expresión del artículo 1218 del Código civil.

C) Los adules tenían que hacer constar en sus testimonios unos *juicios* propios acerca de las más diversas circunstancias (tienen 'conocimiento... que el novio, Fulano, es digno de ella -de la novia- por su posición y patrimonio', p. 52-53; 'saben que el tercio de la herencia de Muhammad, tras pagar las deudas, responde con sobra para cumplir los legados', p. 94; 'tienen constancia de que la repudiada Mengana es virgen', p. 321; 'dan fe... de que -al que se manifiesta insolvente- no se le conocen bienes públicos ni ocultos', p. 441 etc.), lo que evidentemente excede de una función puramente testifical, confirmándonos que los adules son testigos, pero no son sólo testigos. Pero ahora vamos a referirnos a aquellos juicios que con carácter general han de prestar los testigos y que se refieren a las personas de los requirentes u otorgantes del contrato; según resultan, como siempre, de las fórmulas de los escatocolos.

a) Los testigos identifican a los requirente u otorgantes del contrato, por el sistema subjetivo, único entonces posible: '*a quienes conocen*'. En ocasiones se concreta más, 'conocen en persona' (p. 318), 'conocen de vista y por su nombre' (p. 286); muy raramente se admite: 'Si en lugar de <al que conocen>, pones <quien se ha informado personalmente>, te bastará' (p. 633).

Se trata de un requisito esencial, pues de nada valdría probar que 'alguien', ha efectuado determinada declaración si no se nos acredita 'quien' la ha emitido; bastaría, quizá, su exigencia como requisito extradocumental, pero en el Formulario que presentamos, con un mayor rigor, esa identificación se eleva a solemnidad del documento mismo, a requisito de carácter intradocumental, adelantándose en muchos siglos al Derecho común y al Derecho histórico castellano.

En el Derecho común, en efecto, la identificación de los otorgantes por el Notario sólo se exigió como requisito extradocumental, y nunca como 'publicación' del instrumento. Y aquello muy tardiamente; aparece como 'Sexto Consejo' en Pedro de Boaterio (finales del siglo XIII), y se perfila en la controversia entre Juan Andrés (+1348)

y Baldo (+1400).

Para nuestros textos legales medievales -segunda mitad del siglo XIII-, la identificación de los otorgantes es también sólo requisito extradocumental, requisito de la documentación, de la dimensión acto, pero no del documento, de la dimensión papel, imponiendo al escribano la denegación de funciones, ‘no faga carta entre ningunos homes, menos de los conoscer’ (Fuero Real, 1.8.7), o una actividad dirigida a esa identificación, ‘ser muy acucioso ... de trabajarse de conocer los omes a quien faze las cartas’ (Partidas, 3.18.54).

Su elevación a solemnidad documental sólo aparece en el Derecho castellano, más tempranamente que en ningún otro, en la Pragmática de Alcalá de 7 de junio de 1503, ‘e si el escrivano conociere al otorgante de fee en la subscripción que le conoce’; ya lo hiciera en su versión original o, según he sostenido¹⁸, por incorporación un poco posterior, entre 1541 en que se publica la edición definitiva de la ‘*Summa de notas copiosas*’ de Díaz de Valdepeñas, que la ignora, y 1551, en que Roque Huerta la recoge en su ‘*Recopilación de notas de escrituras públicas*’; pudiera pensarse que había contribuido a ello el Derecho hispano-musulmán.

El recato de la mujer musulmana ponía especiales dificultades a la identificación de la novia en el contrato de matrimonio cuando, en defecto del padre, intervenía su *wasí*, casador o tutor matrimonial; la solución tenía que encontrarse en el levantamiento del velo, ‘*descobierta la cara*’ que dicen las Leyes de Moros (Título CCCVIII), y lo mismo habría que hacer respecto de los testigos adúlteros, que también tenían que identificarla. Recordemos, como curioso paralelismo, aquella disposición de nuestros Reglamentos Notariales de que las Religiosas de clausura tenían que ‘descubriese el rostro’ al comparecer ante Notario (arts. 225, 240 y 168.3^a de los Reglamentos de 1917, 1921 y 1935, respectivamente).

Problemas mucho más graves originaba en el contrato de matrimonio ese recato femenino; podía ser fuente de errores en la persona (el padre de dos hijas que casa a la mayor por la menor; o a ésta por aquella, famosa por su belleza), o en las cualidades de la persona (mujer negra, calva, ciega o tuerta, etc.), que podían o no dar lugar a la rescisión del matrimonio según las diversas escuelas, y que en nuestra traducción se denominan ‘vicios redhibitorios’ -lo mismo sucede en la de Abenmoguit de Salvador Vila¹⁹-, sin que ello tenga nada que ver con los vicios ocultos o redhibitorios de los animales del Derecho romano y de nuestro Derecho civil, aunque hay que reconocer que el Derecho musulmán aproxima el matrimonio a la compra de la mujer.

b) Hay otra mención documental exigida con mucha mayor antelación respecto de nosotros que la indicada de la fe de conocimiento, ‘(constándoles que) están sanos y con plena capacidad de obrar’; o bien, ‘han comprobado la salud y la capacidad de obrar’ (p.424). ‘Sano’ parece referirse a la falta de enfermedad mental de los requirentes, no a la enfermedad física, y por tanto a su capacidad natural (‘sano de cuerpo y mente’, se dice sin embargo en p.441), que junto con la capacidad de obrar (en otras ocasiones, aunque con menos frecuencia, se habla de capacidad ‘jurídica’, p. 44, 52, 62, etc.) debían por tanto hacer constar los testigos en el documento. Entre nosotros, los escribanos venían comprobando la capacidad de los otorgantes, y así lo hacían constar sobre todo en los testamentos; pero su exigencia como requisito del documento mismo no aparece hasta la primera ‘Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos

¹⁸ Conf. mi ‘La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado’, capítulo IV; Homenaje a Vallet, VII, y Escritos Jurídicos, I.

¹⁹ VILA, op.cit. en nota 12, in fine, p. 28.

sujetos a Registro', de 12 de junio de 1861; ocho siglos y medio después del Formulario que presentamos.

Muchas legislaciones notariales extranjeras todavía no exigen esa constancia documental, y es más, una fuerte corriente doctrinal francesa, que arranca de la Escuela de la Exégesis y llega hasta nuestros días (Baudry-Lacantinerie y Barde, Beudant, Laurent, Colin y Capitant, etc.) afirma que no es 'misión' o 'competencia' del Notario apreciar la capacidad del testador, o del otorgante, porque la capacidad o incapacidad -salvo los supuestos extremos- no puede verse o percibirse por los sentidos; aunque en realidad lo que pretentan sea defender la innecesidad de la querrela de falsedad²⁰.

c) En algún caso, la testificación de los adules se extiende expresamente en el Formulario a la *libertad* de los otorgantes: '(A los testigos les consta que) *ambos se encuentran en el estado ya descrito de salud, libertad y capacidad de obrar*' (p. 407). Poquísimas legislaciones actuales exigen esta mención documental, y desde luego no la nuestra, en la que el Notario deberá denegar su actuación en los supuestos de violencia o intimidación, como vicios del consentimiento (arts. 1265, 1267 y 1268 del Código Civil y 145 del Reglamento Notarial), pero nada tiene que expresar en el documento cuando no aprecia coacción, sino libertad.

d) No puede quedar sin comentario el inciso inicial, que raramente falta: '(Los testigos, cuya declaración infrascrita refrenda la validez del presente escrito)'. Podrían incluirse en este texto la validez formal, o del documento, y la validez sustancial, o del negocio contenido en el documento; o lo que es lo mismo, desde el punto de vista negativo, la falta de nulidad, formal ni sustancial; posiblemente la fórmula sólo se refiriese, al menos en sus comienzos, a los aspectos formales, pues habla de la validez del presente 'escrito'. Entre nosotros, no se requiere que el Notario haga constar en el documento la validez que, a su juicio, tiene el negocio documentado, pues ello está evidentemente comprendido en la final dación de fe, ya que hubiera tenido que negar su autorización ante cualquier supuesto de invalidez.

Tampoco estoy muy seguro de que lo exigiera Ibn al-'Attar; la expresión figura siempre entre corchetes cuadrados y ello indica que falta en el manuscrito de Ibn al'Attar, y que ha sido restituído basándose en las obras de Al-Bunti (+1070) o de al-Gazirí (+1189) -no de Abenmoguit (+1067) según he comprobado-; pero tampoco tiene demasiada importancia que la fórmula procediera de uno u otro autor.

= V =

El comentario que precede sobre el escatocolo de los documentos hispanomusulmanes en el Formulario de Ibn al-'Attar, pone de manifiesto que en ciertos extremos, como ocurre con algunas de sus solemnidades, esos documentos se anticiparon a nuestros instrumentos latinos, mientras que en otros aspectos dan la impresión de que obedecen a un sistema instrumental distinto y mucho más precario.

Pasemos por ello ahora al examen del mismo escatocolo desde un *punto de vista negativo*, de lo que el escatocolo no dice; o más bien de lo que se deduce que el escatocolo niega, porque no nos va a interesar la omisión en el documento de requisitos que necesariamente tendrían que cumplirse en el acto de la documentación, sino de aquellos que en este mismo acto tienen que faltar; porque tales 'omitidos' requisitos pueden contribuir a configurar los rasgos del sistema instrumental a que pertenecen los

²⁰ Conf. mi 'Escrituras, contraescrituras y terceros', Anales de la Academia Matritense del Notariado', XXII-II, p. 313-14.

documentos examinados. Más aún quedarán fuera de nuestra atención las omisiones atribuibles al carácter de 'modelos' de las fórmulas examinadas; falta, por ejemplo, la *basmala*, la invocación, 'En el nombre de Dios, el Clemente, el Misericordioso', omnipresente en los escritos musulmanes, y que en el Formulario aparece cuando se transcribe otro documento real (ejemplo, p.756).

No existe en la fórmula ninguna alusión a la *lectura* del documento por los otorgantes o a ellos, pues su declaración de comprender su texto no supone la lectura como requisito instrumental, sino una comprobación particular. Y también falta la *firma del documento por los otorgantes del acto o negocio* (aunque otra cosa escribiera de pasada Ribera), y toda alusión a que el documento haya sido firmado por los mismos; esos otorgantes se limitan a aquella declaración de comprender la totalidad de lo que el documento dice sobre ellos.

Ambas carencias ponen de manifiesto, en efecto, que al menos en su origen, los otorgantes del acto o contrato eran totalmente ajenos al contenido directo del documento; que este contenido no consistía en las declaraciones mismas de los contratantes, sino en el testimonio de los testigos sobre esas declaraciones; son carencias, por tanto, necesariamente derivadas de la naturaleza testimonial del documento. Y esta naturaleza de los documentos de que tratamos, su carácter puramente testimonial, vendría a su vez exigida por la esencial oralidad del sistema musulmán de contratación, que es la que en último término impide que los contratantes verifiquen sus declaraciones por escrito, en el documento mismo y por medio de él, y sólo deja al documento un posible contenido testimonial. Los contratantes no son, pues 'otorgantes' del documento, aunque así se les llame en ocasiones; en tal caso tendrían necesariamente que leerlo y aprobarlo, que firmarlo; los contratantes son las partes de un negocio oral, que otras personas presencian como testigos, dejando constancia de su testimonio en un escrito.

El contenido del Formulario, su condición de 'modelos' de documentos, y no de documentos verdaderos, explica que falten las *firmas de los testigos* que, como autores de los documentos tenían necesariamente que firmar; y en efecto los firmaban, según podemos comprobar en la 'Historia de los Jueces de Córdoba' de Al-Joxaní²¹. Se nos dirá que las firmas de los testigos faltan en los documentos del Derecho común y en los de nuestros Derechos medievales; pero aquí los testigos eran 'simples testigos' de un documento ajeno, y en Ibn al-'Attar los testigos son los verdaderos autores del documento; recordemos que en nuestro sistema, la firma del notario, y en su caso el signo, no faltaban nunca.

Hemos comenzado con una referencia a los 'orígenes' del sistema hispanomusulmán porque, hemos indicado con reiteración, en nuestro Formulario los testigos manifiestan que las partes declaran entender la totalidad de lo que respecto a ellas se consigna en el escrito, y ésto implica necesariamente que los contratantes no son ya totalmente ajenos al documento, sino que han comprobado y aceptado el texto de las manifestaciones que el documento les atribuye, mediante una comprobación evidentemente particular, dada la inexistencia de lectura como solemnidad documental. No parece que sea ésta la situación originaria, sino el resultado de una evolución.

Falta también en la fórmula toda alusión a una constancia o toma de razón del documento en los *registros* de los adules; sencillamente porque como escribió Ribera y en contra de lo que presumía López Ortíz, los adules no conservaban registros. En el Formulario de Ibn al-'Attar no aparecen para nada tales registros, y su inexistencia se

²¹ AL-JOXANÍ : 'Historia de los Jueces de Córdoba', Traducción del árabe, prólogo y notas por Julián Ribera; cito por la edición de Aguilar, Crisol, 1965, p.728; véase, por ejemplo, p. 690.

deduce de las frecuentes advertencias de que el documento se redactará 'por duplicado' (p. 474, 477, 480), o se harán de él dos (p. 156), dos o tres (p. 405), o varios 'ejemplares', (p. 95), que no 'copias', ya que no resulta en manera alguna que existiera un 'original'. 'No se conoce indicio alguno -nos dice la Introducción de Chalmeta-Marugán- de que el notario... tuviera un libro de registro donde guardase constancia del tenor de las actas que redactaba' (p.17). Claro es que los adules podrían conservar notas de sus documentos testimoniales, pero se trataría en todo caso de notas puramente privadas, sin ningún valor oficial; y además eran innecesarias, pues el documento original tendría que mostrárseles en el Juzgado, y ésta y no otra era su finalidad.

= VI =

La fórmula por la que los otorgantes declaraban conocer o comprender el documento en su totalidad nos demuestra además, como ya hemos indicado, que no eran ellos quienes por regla general habían redactado el documento, aunque en ocasiones lo hicieran²², o confiaran su redacción a otras personas, buscando luego quien los testificara, sino que normalmente eran los adules los *redactores*, y no sólo testigos, de los documentos en que testificaban. No parece que asaltara en ningún momento a los juristas musulmanes la duda de aquél Domicio Labeo -si el llamado para escribir un testamento puede intervenir en él como testigo- que mereció el violento rechazo de Celso (Digesto, 28.1.27).

Los documentos no se hacen solos; y no basta para confeccionarlos con saber escribir y saber componer un escrito; hay que tener conocimientos jurídicos, en algún determinado nivel bastante superior al vulgar. Los modelos aquí reunidos nos muestran que era mucho el Derecho que los adules conocían, aunque también tuvieran sus defectos²³; pueden leerse en este Formulario, por ejemplo, las complicaciones descriptivas de lo que actualmente conocemos como parte expositiva de la escritura (fincas, p. 330, 386; esclava, p. 105; etc.), y sobre todo las estipulaciones, tan complejas, con tantas variantes, de multitud de actos y contratos. Solamente para poner un ejemplo, citaremos el modelo número 6 (p. 88-95), que no es propiamente un modelo, sino un documento de la vida real del que se han abstraído parcialmente sus datos personales, locales, temporales, etc., para convertirlo en modelo; su complicación recuerda los documentos 'de reconocida dificultad' del último ejercicio de las oposiciones entre Notarios.

Aunque un Formulario no sea un protocolo o cartulario de documentos reales, es tal la riqueza y el colorido del que hoy presentamos, que va a resultar imprescindible para conocer el Derecho privado efectivamente vivido en la Córdoba califal, y de gran utilidad para estudiar las instituciones andalusíes, su economía, su historia y la vida privada de aquellas gentes. Esencial sobre todo para el conocimiento de Córdoba, la gran capital de la España musulmana; ahora contamos para la historia cordobesa con muchos datos que no pudo manejar Don Claudio Sánchez Albornoz cuando escribió 'Un día en la Córdoba califal hace un milenio', y que seguramente le habrían llevado a igualar sus preciosas 'Estampas de la vida en León durante el siglo X'²⁴.

²² Ver loc.cit.en la nota anterior.

²³ 'Anadar (el Cadí de Córdoba Anadar ben Selma El Quilabi) conocía muy bien los defectos que cometían los notarios al redactar documentos y sabía perfectamente los pasajes en que los errores se solían deslizar y aun los fraudes que empleaban' (op.cit. en nota 21, p. 565-66).

²⁴ SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio: 'Un día en la Córdoba califal hace un milenio. Evocación. Córdoba hace mil años', p. 67-106 de 'Nuevas páginas sobre el pasado de España', Planeta, Barcelona, 1979, p.

En los estrechos límites de esta intervención no parece posible ni siquiera iniciar el estudio de las instituciones civiles en nuestro Formulario; pero debo complacer a algunos compañeros que se han interesado por las llamadas *Costumbres Holgazanas o Cordobesas*, según las cuales las mujeres casadas de la ciudad de Córdoba no tenían parte en los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio; el origen histórico de esta 'supuesta ley, costumbre o estilo', como la calificara Carlos IV en la Resolución de 1801 que la derogó (Novísima Recopilación, 10.5.13), ha sido muy discutido, y algunos autores, como Fernández Castillejo han señalado su procedencia musulma²⁵. Pero en la Biblioteca Nacional de Turín se destruyó el Tomo I del único manuscrito conocido del Formulario de Ibn al-'Attar, en el que figuraba el Capítulo del Matrimonio, que sólo en pequeña parte se ha restituído (p. 23); en consecuencia, el libro que presentamos no proyecta luz alguna sobre las costumbres holgazanas o cordobesas y su origen histórico; mucho podría decirnos sobre ello nuestro compañero Valverde Madrid; yo sólo puedo recordar los pactos nupciales motivados por la condición social de la novia, en los que el futuro marido se obligaba, por ejemplo, a proporcionarla servicio doméstico (p. 29); si la condición social fuera más elevada, tales pactos irían *in crescendo*, y habrían podido contribuir a configurar un tipo de mujer 'holgazana', que daría fundamento sociológico de esa institución jurídica.

= VII =

Hay otra perspectiva desde la que debemos contemplar estos documentos hispanomusulmanes; la *perspectiva judicial*, sin la cual no nos percataríamos bien de su naturaleza. El reflejo en el Formulario de esta dimensión es tan importante que el nombre de 'Formulario Notarial Hispano-Árabe' que la obra tenía en la edición del texto árabe, ha sido cambiado por el de 'Formulario Notarial y Judicial Andalusi' en la presente traducción anotada.

El *Cadí* de Córdoba impartía justicia por delegación del Califa, que le nombraba, y en algún tiempo subdelegaba estas funciones en los *cadíes* locales; su cargo tenía naturaleza religiosa, como el mismo Derecho o *fiqh*, que administraba con facultades inmensas, aunque sencillamente ejercidas. Pero, aunque tenía secretario (p. 744), eran los adules quienes testificaban de los actos del *Cadí*, de sus encargos (p. 91), manifestaciones (p. 95) o mandatos (p. 449), de la ejecución de sus sentencias (p. 783); siglos antes de que, en 1216, la Decretal '*Quoniam contra falsam*' (X, 2.19.11) exigiera la presencia de un notario o dos testigos en todos los actos judiciales, como prevención 'contra la falsa aserción del Juez inicuo'. Algunos adules, especialmente cualificados, llegaban incluso a formar parte de la *shura*, el consejo consultivo del *Cadí*. Pero su función principal en juicio era la probatoria.

En el Derecho musulmán no existen las pruebas reales, o documentales, sino sólo las pruebas personales, la confesión y el testimonio, verificadas de palabra ante el Juez. La oralidad de los negocios viene así completada con la oralidad del procedimiento judicial. Los documentos formados por los adules son documentos testimoniales, constituyen según hemos dicho mera especialidad del testimonio. El paralelismo con el Derecho romano podría encontrarse en los rescriptos de Adriano quien, según nos cuenta

172+Índices; y 'Una ciudad hispano-cristiana hace un milenio. Estampas de la vida en León', Editorial Nova, Buenos Aires, 1947, p. 207.

²⁵ FERNÁNDEZ CASTILLEJO, José Luis: 'Los gananciales y la mujer cordobesa', Boletín de la Real Academia de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes de Córdoba, Año XV, 1944, número 51.

Calistrato (D, 22. 5. 3, 3 y 4), ordenó dar crédito a los ‘testigos’, no a los ‘testimonios’ (*‘testibus se, non testimoniis crediturus’*), pues una es la autoridad -el valor probatorio- de los ‘testigos presentes’, y otra la de los ‘testimonios que suelen leerse’ (*‘Alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum, quae recitari solent’*).

En caso de contienda no basta, por tanto, con aportar los documentos; los testigos tenían que comparecer ante el Cadí y prestar oralmente su testimonio; los documentos constituyen mero apoyo de esa declaración de los testigos presenciales del acto. Para comprender la práctica de esta prueba de testigos recordemos lo que actualmente sucede en la prueba documental, en que hay que empezar por probar el documento -su admisibilidad como medio de prueba en el proceso-, para pasar después a la prueba, por medio del documento, de los hechos o relaciones jurídicas narradas en él. En forma paralela, en el Derecho procesal islámico que el Formulario nos revela, y respecto a una prueba que como decimos no es documental, sino testimonial, hay que empezar ‘probando el testigo’, si se me permite la expresión, estableciendo la idoneidad del testigo, su *‘adala*, antes de oír su deposición.

Veamos algunos textos del Formulario: ‘El juez impuso a Fulano, hijo de Fulano, que demostrara la idoneidad testimonial de dos de sus testigos citados, pues no los conocía. Fulano trajo a Z, hijo de Z, quien dió fe ante el (juez) y en presencia del testigo mencionado X, que éste era (persona) irreprochable y (de testimonio) satisfactorio y a Q, hijo de Q, quien también declaró lo mismo en presencia del testigo X. Después ambos declararon en su presencia al segundo testigos, Y, hijo de Y, irreprochable y satisfactorio’ (p. 729). ‘Acepté el testimonio de Perengano y Mengano por conocerles y (el de X) por el testimonio que (dos) declarantes hicieron ante mí (avalando) su integridad y satisfactoriedad testimonial’ (p. 733). Más ampliamente: ‘que conocen a Fulano y Mengano, en persona y por sus nombres, que (ambos) son personas de recta conducta y religión, y cuyos testimonios y declaraciones son judicialmente satisfactorios. Que sus testimonios deben ser admitidos y se debe fallar (teniendo en cuenta) sus declaraciones, sin que tengan constancia de que ninguno de los dos se haya apartado de esta conducta, ni la haya modificado hasta el momento de consignar sus testimonios en la presente escritura, acto que efectuó en tal mes de tal año. Se permite que redactes (la declaración) de idoneidad y satisfactoriedad testimonial de dos o tres personas (a quienes los testigos conocen) en persona (y por sus nombres), como (lo haces en el caso) de una sólo persona’ (p. 545). O más brevemente: ‘El juez Fulano aceptó los testimonios de X, Z e Y por conocerles y (haberse probado) ante él su *‘adala*, sabiendo de sus andanzas’ (p. 562).

La prueba de la *‘adala* tenía, pues lugar por medio de la declaración de dos testigos conocidos por el juez, que avalaban la idoneidad testimonial de los testigos presenciales de los hechos a los que el juez no conocía, cuya idoneidad no le constaba previamente al juez. Aquellos testigos conocidos por el juez eran admitidos a testificar sin tener que probar su propia *‘adala* -sin duda por tenerla ya establecida anteriormente- lo mismo si declaraban como testigos presenciales de los hechos a probar que si lo hacían avalando a los testigos no conocidos, sin perjuicio de su recusación por la parte contraria. Ésta es la gran ventaja de los adules profesionales, ya admitidos en anteriores ocasiones por el Cadí, y que seguramente constaban en sus registros. En ello radica también la superioridad del testimonio del adule profesional sobre el testigo meramente accidental. Difícilmente puede compararse esta situación, sin embargo, con la del actual documento público, que se prueba a sí mismo, sin perjuicio de su impugnación en juicio por la parte contraria; tampoco la declaración del testigo tenía valor alguno de prueba legal,

pues se subordinaba a la libre convicción del juez²⁶; dudo, por todo ello que se pueda llevar demasiado lejos la semejanza entre nuestro Notariado y el andalusí, calificando al adul, como se hace por Chalmeta-Marugán, de ‘testigo fedatario’ (p. 528), o hablando incluso de ‘testigos/notarios’ (p. 9).

El Cadí sí tenía su archivo (p. 264, 563) y tenía su sello (p.730,748); pero no hay constancia alguna de que pudiera homologar los documentos de los adules referentes a los negocios de los particulares, a la manera de la ‘*insinuatio*’ o ‘*allegatio in actis*’ que inició Constantino en tema de donaciones, y parece quiso generalizar Justiniano en la Novela 73²⁷.

= VIII =

Una última cuestión nos queda por tratar; la función que estos documentos testificales desempeñaban en la vida jurídica *extrajudicial*.

En nuestro sistema jurídico, cuando para la autorización de una escritura es preciso acreditar hechos anteriores -defunción, testamento, representación, titularidad de los bienes, autorización judicial o administrativa, etc.-, su prueba se verifica mediante los documentos públicos correspondientes; así sucede desde hace muchos siglos; recordemos las advertencias de los formularios, ‘aquí el poder’, etc. Pues bien, en estos documentos hispano-musulmanes, la prueba de tales hechos pasados no se verifica mediante los testimonios que en su día levantaron los testigos que estuvieron presentes a su acaecimiento o realización, sino mediante el testimonio que prestan ahora los que atestiguan el nuevo acto o contrato y que, por tanto y respecto a aquellos están dando ‘testimonio’ de hechos que no presencian, y que generalmente sólo les constan, en terminología actual, por notoriedad o fama.

Los testigos, por ejemplo, declaran que conocen o están enterados del fallecimiento de una persona (p. 94, 232); tienen conocimiento de la disposición testamentaria (p. 52, 449), de que el testador estaba sano de cuerpo y en plenas facultades mentales (p. 91); no tienen noticia o constancia de que el testamento haya sido anulado o revocado por otro antes de su muerte (p. 52, 88, 94); saben quienes eran los hijos (p. 94), el padre (p. 321) los herederos (p. 232), el albacea (p. 99), o el tutor (p. 94); quien tenía la propiedad (p. 94, 392-93); conocen la resolución judicial (p. 91, 95, 449), etc.

Esa pobre presencia de los documentos en la vida jurídica extrajudicial ponen de relieve que su verdadero destino era procesal, el de ‘preconstituir’ por así decir, la

²⁶ Recordemos al Cadí de Córdoba Mohámed ben Selma: ‘Oh, Abuabdala, ¿Qué piensas que debe hacer el juez ante el cual abonan el valor de un testigo de quien el juez sabe personalmente que su testimonio no debe ser aceptado? ¿Qué criterio debe seguir ese juez? ¿Debe regirse por su juicio propio, es decir, por lo que sabe personalmente, o por el testimonio de los que abonan? = Si el juez -le dije yo- sabe por ciencia propia que el testigo merece ser recusado o que no tiene valor moral su declaración, debe atenerse al juicio que él mismo haya formado y no a lo que otros le digan. = Pues bien -contesto el juez- ese testigo que vosotros habeis abonado me consta que no es de confianza’. AL-JOXANÍ, op. cit. en nota 21, p. 591-92.

²⁷ FLÓREZ DE QUIÑONES llega a más, afirmando la posibilidad de la escritura ‘autorizada por el propio Cadí’, con cita de un pasaje de la ‘Historia de los Jueces de Córdoba’: ‘Ahmed ben Baquí era hombre que poseía instinto crítico y sagacidad especial en materia de redacción de contratos. No ponía su firma para autorizar ningún documento, a menos que lo leyera todo íntegramente, desde el principio hasta el fin; para eso tenía mucha paciencia; lo leía de cabo a rabo, aunque tuviese que estar de pie durante algún tiempo’. Ahmed ben Baquí ben Májlád fué, en efecto, juez de Córdoba; pero no consta que firmara contratos de particulares en los tiempos en que ejercía su cargo. Conf. FLÓREZ DE QUIÑONES, op.cit. en nota 5, p. 229; AL-JOXANÍ, op.cit. en nota 21, p. 689-9.

prueba testifical que había de practicarse en el juicio.

= IX =

Voy a terminar. Mi propósito no era, en realidad, determinar las características de los documentos para cuya confección Ibn al-'Attar nos proporciona los oportunos modelos, ni las que tienen sus documentadores; mucho menos resolver intrincados problemas históricos; sólo pretendía mostrar la utilidad del Formulario que presentamos para muy variados estudios, mediante un ejemplo sobre el tema más cercano a mis posibilidades y al interés de este auditorio.