

## COMPRAVENTA DE UN TURNO DE RIEGO

PEDRO CANO ÁVILA  
*Universidad de Sevilla*

Los textos jurídicos recogidos en los formularios notariales atesoran sin duda alguna una gran riqueza, aunque algunos sean más prolijos que otros. Me he sentido atraído en particular por los que se ocupan de la transmisión de la propiedad y del usufructo de los bienes, según la escuela *mālikī* y, como consecuencia de ello, me he interesado por los textos que recogen y comentan los contratos de compraventa, los de alquiler de servicios de personas y los de arrendamiento de bienes, todo ello dentro del ámbito andalusí. Muestra de este interés son algunos trabajos de investigación ya publicados, y este mismo que aquí presento<sup>1</sup>.

Estos textos recaen en la parcela económica del Derecho musulmán, la cual está ligada fuertemente a la vida social y al progreso de los musulmanes, al mundo del trabajo, a los derechos reales y a las diversas formas de transmisión de los mismos. De esta manera, necesariamente nos introducimos en el sistema de las obligaciones, tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico.

En relación con la teoría de las obligaciones, muy importante en el Derecho musulmán, hay que tener siempre presente en estos textos sus elementos fundamentales, que son: 1. la manifestación libre y espontánea de las voluntades de las partes contratantes; 2. la prohibición del enriquecimiento sin causa, es decir, la usura; y 3. la ausencia del riesgo o aleatoriedad en los elementos principales del contrato. Por lo tanto, si no se respetara alguna de estas normas capitales se produciría la nulidad contractual.

A través de estos textos jurídicos observamos además cómo la *Šarīʿa* regula y controla las actividades humanas, según el Corán y la *Sunna*, como fuentes originarias del Derecho musulmán, por una parte, y, por otra, según las diferentes obras jurídicas compuestas por los fundadores de escuelas jurídicas, y sus alumnos más destacados, a lo largo de los siglos, los cuales desarrollan y completan aquellas normas generales.

Precisamente las normas que regulan los instrumentos públicos que transmiten y la propiedad y el usufructo de los bienes y contratan los servicios de las personas pertenecen al ámbito jurídico de las *mu'āmalāt*, es decir, al campo jurídico que se encarga de las relaciones civiles existentes entre los musulmanes, generalmente relaciones comerciales. Y esos instrumentos están representados por el contrato conmutativo (*ʿaqd mu'āwaḍ*) de la compraventa (*bayʿ*)<sup>2</sup>.

Algunos de esos contratos han sido ya traducidos y comentados por mí, como ya he adelantado<sup>3</sup>. En esta ocasión presento lo referente a la transmisión y uso del derecho a turno de riego y el derecho de paso a una propiedad incomunicada, a tenor de diferentes textos jurídicos, como los de Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī, los de Ibn al-ʿAṭṭār, o los de Ibn Ūzayy; pero dedico especial atención al *Tratado notarial* de Abū l-Qāsim Ibn Salmūn<sup>4</sup>.

1. P. CANO ÁVILA, «Jurisprudencia andalusí en el alquiler de viviendas», *Philologia Hispalensis*, VIII (1993), 87-101; P. CANO, «Sobre la transmisión del usufructo en el derecho malikí andalusí», *B.A.E.O.*, XXX (1994), 197-207 (citaré *Usufructo*); P. CANO, «Alquiler de servicios de personas en el reino nazarí de Granada», *Homenaje al Prof. José María Fórneas Besteiro*, 2 vols. Granada 1995, II, 941-955; P. CANO, «Alquiler de algunos inmuebles urbanos», *El Saber en al-Andalus. Textos y Estudios (I)*, P. Cano e I. Garijo eds., Sevilla, 1997, 17-30 (citaré *Inmuebles urbanos*).
2. P. CANO, «Contratos de compraventa en el reino nazarí de Granada, según el Tratado notarial de Ibn Salmūn», *al-Qanṭara*, IX (1988), fasc. 2, 323-351; P. CANO, «El contrato de compraventa con derecho de opción (*bayʿ al-jiyār*) y con derecho de recuperación (*tunyā*), según el jurista granadino Ibn Salmūn», *Actas del XVI Congreso U.E.A.I.*, Salamanca 1995, 89-99.
3. Me refiero por ejemplo a los de arrendamiento de fincas rústicas, de regadío o de secano, y a algunos más.
4. He utilizado las fuentes y bibliografía siguientes: IBN SALMŪN, *Kitāb al-ʿIqd al-munazzam li-l-ḥukkām*, al-Qāhira 1301 H./1884 J.C., 184-6, edición al margen de la *Tabṣira* de Ibn Farḥūn (citaré *ʿIqd*), trad. esp. parcial por P. CANO, *Contratos conmutativos en la Granada nazarí del siglo XIV, según el Formulario notarial de Ibn Salmūn (m. 767/1366)*, Granada 1987, Tesis Doctoral editada en microfichas por la Universidad, y presentada también en 2 vols., II, 364-72 (citaré *C. conmutativos*); P. CANO, «Algunos datos del Tratado notarial de Abū l-Qāsim Ibn Salmūn (m. 767/1366)», *Philologia Hispalensis*, V, fasc. I (1990), 233-243 (citaré *Algunos datos*); MĀLIK B. ANAS, *K. al-Muwaṭṭaʿ* ed. M.F. ʿAbd al-Bāqī, s.l. 1370/1951, 2 vols., II, 713-8, 744-6 (citaré *Muwaṭṭaʿ*); SAḤNŪN/IBN AL-QĀSIM, *al-Mudawwana al-kubrā*, ed. M.E. Sāsī, 6 vols. (16 tomos), al-Qāhira 1323/1905, tomo X, 289-90; XI, 428; XIV, 432, 515; XV, 192-3, 198-199 (en adelante citaré *Mudawwana*); analizada por G.H. BOUSQUET, «La Moudawwana (Recension de Sah' noun)», *AIEO*, XVIII-XIX(1960-61), 73-165, y XX (1962), 113-240; IBN AL-ʿAṬṬĀR, *Kitāb al-watāʿiq wa-l-siyillāt*, ed. P. CHALMETA y F. CORRIENTE, *Formulario notarial hispano-árabe, por el faquí y notario cordobés Ibn al-ʿAṭṭār (s. X)*, Madrid 1983, 117-8, 202 (en adelante

Igual que sucede en los citados contratos sinalagmáticos, aquí también se observan con claridad sus elementos esenciales, que son:

Los contratantes (*al-muta'āqidān*).

El objeto del contrato (*al-ma'qūd 'alay-hi*).

La fórmula (*šīga*) que expresa el consentimiento de los sujetos, y

Las diversas fórmulas y cláusulas contractuales (*šurūf*) que garantizan la efectividad jurídica y judicial del documento.

#### LOS CONTRATANTES

Ambas partes contratantes deben reunir los requisitos necesarios para actuar legítimamente; es decir, tener suficiente responsabilidad y capacidad jurídicas para contraer obligaciones personales. Tales requisitos son básicamente dos: haber alcanzado la mayoría de edad y tener capacidad mental suficiente. El vendedor es conocido como *bā'īc* y el comprador como *mubtā'c*.

---

— citaré *Formulario*); IBN ABĪ ZAYD AL-QAYRAWĀNĪ, *al-Risāla*, trad. fr. ed. not. e index por L. BERCHER, *La Risāla ou Épître sur les éléments du dogme et de la loi de l'Islam selon le rite mâlekite*, Argel 1983, 216-9, 268-70; trad. esp. por J. RIOSALIDO, *Compendio de derecho islámico*, Madrid 1993, 123-4, 140-1, 207 (citaré *Risāla* o *Compendio*); IBN YUZAYY, *al-Qawānīn al-fiqhiyya*, ed. Libiyā-Tūnis 1982, 343-4 (citaré *Qawānīn*); E. AMAR, «La pierre de touche des fétwas de Aḥmad al-Wanšarīsī. Choix de consultations juridiques des faqīhs du Maghreb, traduites et analysées par E. Amar», *Archives Marocaines*, XII (1908) y XIII (1909); AL-WANŠARĪSĪ, *al-Mf̄yār al-mu'rib wa-l-yāmi'c al-mugrib 'an fatāwī' ulamā' Ifrīqiya wa-l-Andalus wa-l-Magrib*, ed. M. Ḥayyī y otros, Rabat-Beirut, 1401 y 1403/1981 y 1983, 13 vols., VIII, 382-3, 385, 398-401 (*Mf̄yār*); JALĪL, *Il «Muḥtasar» o Sommario del Diritto malechita di Ḥalīl ibn Ishā q*, trad. y not. por I. Guidi y D. Santillana, 2 vols., Milano 1919, II, 549 (citaré Jalīl); C. QUIRÓS, *Instituciones de Derecho musulmán, (Escuela Malekita)*, Ceuta 1942, 73 (*Instituciones*); J. LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, Barcelona-Buenos Aires 1932, 176-177, 187-190 (*Derecho*); M. DEL NIDO, *Derecho musulmán*, Tetuán 1927, 241-250 (*Derecho*); A. GONZÁLEZ PALENCIA, «Notas sobre el régimen de riegos en la región de Veruela en los siglos XII y XIII», *Al-Andalus*, X (1945), 77-88; J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Paris 1983, 120-121 (*Introduction*); J. MILLIOT, *Introduction à l'étude du Droit Musulman*, Paris 1953, 580, 609-613 (*Introduction*); M.A. ABDUR RAHIM, *The Principles of Muhammadan Jurisprudence according to the Ḥanafī, Mālikī, Shāfi'ī and Ḥanbalī Schools*, London-Madras 1911, 265-266; D. SANTILLANA, *Istituzioni di Diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafīta*, 2 vols. Roma 1926, 1938, I, 303-307, 359-369 (citaré *Istituzioni*); L. SECO DE LUCENA, *Documentos arábigo-granadinos*, Madrid 1961, «introducción», XIV, n° 65b-78b y n° 91.

## EL OBJETO DEL CONTRATO

Para el derecho islámico tanto el bien puesto en venta (*mabīʿ*) como el importe (*taman*) entregado como contraprestación deben ser útiles, determinados y legítimos. La indeterminación impregna de un carácter aleatorio la compraventa y, en consecuencia, resulta ser no ajustada a ley y nula.

## LA FÓRMULA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL

La fórmula empleada recoge la expresión del acuerdo entre las partes. Ello supone el resultado de la correspondencia existente entre la oferta (*īyāb*) y la demanda (*qabūl*) de ambas partes. No se requiere una fórmula especial, que en el caso de Ibn Salmūn es: «*Īštarà Fulān<sup>um</sup> min Fulān<sup>im</sup> širb al-ʿayn...*».

## LAS DIVERSAS FÓRMULAS Y CLÁUSULAS CONTRACTUALES

La importancia jurídica de estas fórmulas es inferior a la de los anteriores apartados; sin embargo, de estas cláusulas depende bastante la efectividad jurídica del instrumento público. La ausencia de alguna fórmula podría suponer la inmediata merma de derechos, que podría haber adquirido cualquiera de las dos partes contratantes. Cabe resaltar las fórmulas que se ocupan de los límites y dependencias de los bienes adquiridos, el tipo de moneda que se debe entregar, la transmisión de dominio del inmueble adquirido, el conocimiento y aceptación de ese inmueble, la apreciación del alcance jurídico del acuerdo celebrado, los testimonios y la fecha.

## OPINIÓN JURÍDICA DE IBN SALMŪN

A lo largo del capítulo que presenta Ibn Salmūn en su *Tratado* podemos observar sus propias opiniones, que reflejan la jurisprudencia vigente en la Granada nazarí de su época, y las de algunos juristas *mālikíes*, andalusíes y orientales, referentes a este tema. Se ocupa de los siguientes aspectos:

1. El conocimiento del volumen de agua corriente. Si fuera indeterminado o irregular se anularía el contrato.
2. La existencia o no del derecho de retracto de los copropietarios, al vender el turno de riego o un trozo de tierra de regadío.
3. La legitimidad o no de la compraventa del agua de los ríos y cursos de agua públicos.

4. La legitimidad de utilizar el derecho de riego de una tierra para regar otra, que también es de su propiedad.
5. La propiedad de las plantas y árboles que crecen en las acequias.
6. La exigencia del juramento para afianzar una manifestación de dominio sobre un bien del que se obtiene su usufructo.
7. La inviolabilidad del espacio próximo a las acequias.
8. La compraventa de un camino o la servidumbre del derecho de paso a una parcela de tierra incomunicada.

En cuanto a los juristas citados en el texto, sus nombres por orden de citación son: Ibn Fathūn (m. 505/1112); Ibn Rušd (m. 520/1126); Ibn °Abd al-Ḥakam (m. 268/882). Por otra parte, la única obra citada en el texto salmuniano es la titulada *al-Kāfī fī l-fiqh*, cuyo autor es Ibn °Abd al-Barr (m. 463/1071).

#### PROPIEDAD Y USO DE LAS AGUAS Y LOS CAMINOS

Según el derecho islámico, basado en la Ley Sagrada del Islam, las aguas y los caminos están sometidos a un régimen jurídico especial por el cual se los considera objetos de propiedad común, sobre todo las aguas. De forma excepcional pueden ser objeto de un derecho de propiedad privada y, con todo, no se trata de un derecho pleno, puesto que, en caso de necesidad, pueden ser usadas por los viajeros y por cualquiera que las necesite. Aparece aquí una regla fundamental de carácter ético que mitiga la idea del dominio ejercido sobre los bienes. Esta idea también está representada por las servidumbres legales que recaen en los inmuebles, hecho que hace que ciertos sujetos de derecho tengan cierto dominio o derecho sobre las propiedades de otros dueños, como el derecho o servidumbre de paso.

Algunos hadices afirman que «la hierba, el agua y el fuego son propiedades comunes a todos los hombres». Esta regla se aplica sólo de manera estricta a las aguas de los ríos, lagos y fuentes; es decir, las aguas de carácter público. Ni siquiera el califa puede conceder estas aguas a personas particulares. Sobre estas aguas todas las personas tienen dos derechos: 1° el de beber (*al-šafa*) y abrevar el ganado, y 2°, el de usarlas para regar (*širb*) las tierras cultivadas.

A pesar de esto, el propio Muḥammad nunca prohibió expresamente la privatización de la propiedad de las aguas ni la licitud del *ḥarīm*, es decir, del terreno circundante necesario para obtener el usufructo de las fuentes, pozos y canales. Por lo tanto, el derecho islámico permite vender o alquilar, donar, prestar y ser objeto de otros derechos las aguas, según un peso, una medida determinada o por un tiempo determinado, como se puede observar también en el texto de Ibn Salmūn que presento después. Entre esos derechos citados está el derecho de riego, independiente o no de las tierras, según las circunstancias. A veces, el propio Mālik b. Anas reprueba el comercio y enajenación de las aguas y de los pozos.

El derecho de propiedad privada sobre el propio nacimiento del agua y sobre su usufructo ha ido cobrando mayor importancia a medida que ha pasado el tiempo y los juristas han recogido la jurisprudencia y la costumbre local sobre este ámbito. La idea de privatización de las aguas se basa en el hecho de estar localizadas en tierras de propiedad privada, en el de tener intención de alumbrar y usar las aguas y en el hecho de retenerlas en un contenedor o recipiente, más o menos voluminoso, ya sean aguas corrientes o no.

En fin, los casos sobre el dominio y el usufructo de las aguas, al igual que los de la servidumbre de paso, son variadísimos; sin embargo, sólo podemos observar aquí los más representativos.

#### LOS TEXTOS DE OTROS JURISTAS

Antes de pasar a la traducción del texto salmuniano, sería interesante considerar una parte de lo escrito por otros autores, como Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī (m. 386/996), Ibn al-ʿAṭṭār (m. 399/1009) e Ibn Ŷuzayy (m. 741/1340-1341).

Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī dice<sup>5</sup>:

No se pagará al contado el alquiler de un terreno del que no se esté seguro si debe irrigarse antes de haberlo hecho así...

Luego afirma lo siguiente:

No se debe causar daño ni perjuicio. No se dañará al vecino [...] ni se cavarán pozos que perjudiquen al vecino, aunque la prospección se realice en terreno propio [...] No se retendrá el excedente del agua para impedir que los ganados acudan a pastar. Los que hayan hecho pozos para los animales tienen derecho preferente sobre ellos hasta que los ganados hayan bebido. Después, todas las personas tendrán el mismo derecho. El que tenga una fuente o un pozo en su fundo podrá impedir que otros se sirvan de él, a menos que el pozo de su vecino venga a perecer y éste tenga plantas por cuya supervivencia pueda temerse. En este caso, el propietario no podrá impedir el uso de su agua. Hay discrepancias en cuanto a si el usuario ha de pagar el precio de dicha agua o no.

5. Se refiere a una tierra regada sólo por la lluvia, en primer lugar, y a los actos de buena vecindad después. IBN ABĪ ZAYD, *Risāla*, 219, 268-270, y *Compendio*, 124, 140-1; CANO, *Usufructo*, 203-204.

Por su parte, Ibn al-<sup>6</sup>Atṭār dice:

Contrato de la donación de servidumbre de un muro o un camino. [...] Lo mismo sucedería con el pozo que estuviera situado entre dos casas, de tal manera que si fuera necesaria su limpieza y arreglo por las filtraciones de agua que tuviera y se negara uno de sus propietarios a su reparación, en el caso de que el socio copropietario realizara el arreglo tendría éste derecho a prohibirle el agua que haya de más, por no haberse filtrado, hasta el momento en que le costeara la mitad de los gastos que hubiera pagado para su reparación. Y si encontrara en el pozo, a tenor de la reparación, una boca cegada pequeña, y quisiera sólo ese copropietario hacerlo más profundo para que diera abundantes aguas, no podría prohibirle a su copropietario el aprovechamiento del pozo nuevo, a tenor de la proporción que tuviera del pozo antiguo antes de su arreglo; sin embargo, podría negarle el aprovechamiento de las aguas excedentes, es decir, que hubiera de más, a causa de su reparación, hasta que le pagara la mitad del valor de los gastos ocasionados. ¡Dios lo quiera, honrado y ensalzado sea!

Y, finalmente, dice Ibn Ŷuzayy<sup>7</sup>:

Capítulo decimocuarto. Sobre las resoluciones jurídicas referentes a las tierras y las aguas, en el que se recogen cuatro cuestiones. [...] (Tercera cuestión jurídica) Sobre las aguas, en las que se tiene en consideración su propiedad y su usufructo, y se dividen en cuatro apartados. (Apartado primero) Aguas de propiedad privada, situadas en tierras de propiedad privada, como los pozos y las fuentes, de los que se aprovecha su propietario, quien puede negar a otras personas el usufructo de éstos y puede venderlas, pero estaría bien visto que las diera gratuitamente, sin que esto supusiera una obligación para él, a no ser que la población sufriera de una intensa sed y temiera la muerte, caso en el que estaría obligado a dejarla beber; pero si se negara ellos podrían luchar contra él para conseguir agua. También tiene que dejar correr el agua hasta que llegue al vecino que posea un sembrado que teme perezca; que le ofrezca agua gratuitamente, la que le sobre, mientras el vecino reconstruya su pozo...

Pasemos, pues, a la traducción del texto salmuniano después de haber entrado en contacto con la materia a través de diversos autores, tanto desde un punto de vista teórico, como desde uno práctico.

6. En relación con el alquiler de un molino movido por una corriente de agua véase IBN AL-<sup>6</sup>ATṬĀR, *Formulario*, 202 y CANO, *Inmuebles urbanos*, 22. En relación con el aprovechamiento de las aguas de un pozo de propiedad compartida, véase IBN AL-<sup>6</sup>ATṬĀR, *Formulario*, 117-118.

7. IBN ŶUZAYY, *Qawānīn*, 343-4.

## TRADUCCIÓN

Capítulo referente al derecho de riego (*širb*)[vol. I, 184]<sup>8</sup>.

Si la propiedad vendida (*mabīʿ*) fuera el derecho a turno de riego (*širb*) de una fuente (*ʿayn*) o el derecho a determinada cantidad de agua, se escribiría, en virtud de ello, un CONTRATO (*ʿaqd*):

«Fulano compra (*ištarà*) a Mengano el derecho al turno de riego de tal fuente (*ʿayn*) o al agua que brota de tal sitio, o al agua del pozo en tal cantidad, o la mitad del derecho de turno de riego de toda su tierra, o el cuarto, o el turno de riego de un día completo a la semana de tal fuente, o el turno de riego de dos o tres horas de tal agua, en la que hay turnos consecutivos de noche y de día», y describes lo que corresponda. Luego debes indicar el tiempo de riego y añades: «adquisición legítima, cuyo alcance jurídico (*qadr*) conocen ambas partes contratantes, por tal precio», y sigues como se ha mencionado anteriormente<sup>9</sup>.

Dijo Ibn Fathūn<sup>10</sup> que si el agua fuera escasa debes decir en el texto: «después de conocer la escasez o abundancia del agua y tras haber comprobado su volumen en todo momento y época anual. El comprador, por tanto, queda informado de esta circunstancia».

Si el agua fuera alternativamente escasa y abundante; es decir, si el caudal fuera irregular y no hubiera posibilidad de conocer la cantidad real de agua, no sería lícita la compraventa porque es un bien indeterminado (*maḡhūl*)<sup>11</sup>.

No hay derecho de retracto (*šufʿa*)<sup>12</sup> en esta compra de turno de riego que se ha vendido sin tierra, aunque la fuente fuera de propiedad común o colectiva

8. IBN SALMŪN, *ʿIqd*, 184-6; CANO, *Algunos datos*, 233-243.

9. Se refiere a capítulos anteriores, en los que se incluyen las fórmulas necesarias para cada tipo de contrato, como, por ejemplo, la capacidad jurídica de los contratantes, los testimonios, la fecha.

10. Parece ser que se trata de Abū l-Qāsim Jalaf b. Sulaymān b. Jalaf b. Muḡammad b. Fathūn, más conocido por Ibn Fathūn. Miembro de una prestigiosa familia de juristas originarios de Orihuela (Alicante), en parte debió su fama al tratado notarial que redactó, titulado *K. al-Šurūt*. Murió en *dū l-qaʿda* de 505/mayo de 1112. Véase IBN BAŠKUWĀL, *Šila*, ed. Cairo-Beirut, 1989, 3 vols, I, 275-6; al-ḌABBĪ, *Buḡyat al-multamis*, ed. Cairo-Beirut, 1989, 2 vols, I, 354.

11. El objeto contractual debe estar siempre determinado, según exige el derecho islámico.

12. Desde el punto de vista jurídico significa el derecho que tiene el copropietario a recuperar la parte vendida por un copropietario a una tercera persona, pagándole el precio que ésta ha desembolsado. Se trata de una antigua institución semítica y se basa en la prevención del perjuicio (*ḍarar*) que un extraño pueda ocasionar a la comunidad de propietarios en la que pretenda ingresar. *Muwaṭṭaʿ*, 713-8; *Mudawwana*, XIV, 399-456, especialmente 424, 432-3, acerca de «el derecho de retracto sobre el baño, la fuente, el río y el pozo»; JALĪL, II, 447; SCHACHT, *Introduction*, 120; QUIRÓS,



(*muštarika*), salvo que se comprara con la tierra y, en este caso, existiría en ella el derecho de retracto, al ir unida a la tierra<sup>13</sup>. En cuanto a si la compraventa se refiere al agua (*mā'*) solamente; es decir, sin tierra, no habría derecho de retracto que ejercer, a no ser que la tierra regada con ese agua fuera de propiedad común y, en este caso, conllevarían derecho de retracto tanto la tierra como el agua<sup>14</sup>.

No sería lícita la compraventa / [I, 185] del agua de los ríos de uso común (*ċamma*), salvo que se deje pasar parte de la misma, apropiándose de ella mediante un dique, caso en el que sería lícita su venta<sup>15</sup>.

Se le preguntó a Ibn Rušd<sup>16</sup> sobre el caso de quien posee una parcela (*ḥaql*) de tierra, con derecho a turno de riego, en la que no siembra ni edifica vivienda alguna y que tampoco vende sin dicho derecho, de tal manera que se propone tomar el turno de riego para regar otra tierra que le pertenece, o para venderlo, donarlo o hacer con dicho turno lo que mejor considere<sup>17</sup>.

Y dijo: «Puede hacerlo si al tomarlo se hizo cargo de sus utilidades (*manfa'at*), pero si se propusiera tomarlo y excavar una alberca (*birk*) para retener el agua en ella, sin dejar que se aprovechara nadie de la misma, no podría llevarlo a cabo, a no ser que se supiera que la acequia (*sāqiya*) por la que pasa el agua resultara ser un bien inmueble perteneciente (*ašl*) al propietario del agua, en cuyo caso, sí podría

---

*Instituciones*, 113-4; NIDO, *Derecho*, 361-3; F. VIDAL CASTRO, «El agua en el Derecho islámico. Introducción a sus orígenes, propiedad y uso», *El agua en la agricultura de al-Andalus*, Barcelona, 1995, 99-117, especialmente 100.

13. El derecho a determinada agua de riego está vinculado a la tierra, por lo que si un predio de regadío se vende al comprador, también recibiría el derecho a regar ese trozo de tierra, aunque no se mencione esta circunstancia en el contrato. El derecho a regar (*širb*) sería considerado de esta manera como una servidumbre. Un caso curioso de alquiler de tierra de siembra, de la que se excluye el pozo existente, puede verse en *Mudawwana*, XI, 527; AL-WANŠARĪSĪ, *Mi'yār*, VIII, 382-3; MILLIOT, *Introduction*, 581.
14. Este caso también está recogido en SANTILLANA, *Istituzioni*, I, 313; *Mudawwana*, X, 289-91; XI, 428; XIV, 432-3; XV, 134, 192, 198-9; JALĪL, II, 452.; al-WANŠARĪSĪ, *Mi'yār*, VIII, 382-3; SCHACHT, *Introduction*, 121; VIDAL, *El agua*, 100.
15. Al principio del Islam sólo se permitía retener el agua en un contenedor hasta la altura de los tobillos; pero las circunstancias cambiaron y se toleró retener un volumen mayor de agua. Sobre la venta del agua de los ríos públicos y otros casos, véase LÓPEZ ORTIZ, *Derecho*, 176-177; AMAR, *Fétwas*, XIII, 274, 275; AL-WANŠARĪSĪ, *Mi'yār*, VIII, 382-404; *Muwaṭṭa'*, II, 744; VIDAL, *El agua*, 103-4.
16. Muḥammad Ibn Rušd (m. 520/1126). Considerado como el mejor alfaquí de su época. Muftí, *šāḥib al-šalā* y cadí supremo de Córdoba. Su influencia en la jurisprudencia mālikí fue enorme. Autor de las *Muqaddimāt* y del *Bayān*. CANO, *C. conmutativos*, II, 684.
17. Casos sobre el uso del agua en otra parcela y sobre desplazamientos de acequias, estando de acuerdo el dueño de la tierra, o no, pueden observarse en *Muwaṭṭa'*, II, 746; AL-WANŠARĪSĪ, *Mi'yār*, VIII, 396, 398-9.

realizarlo y, además, todo lo que creciera en el propio cauce también le pertenecería. Pero si sólo tuviera derecho a la travesía (*murūr*) del agua, no podría realizarlo»<sup>18</sup>.

Se le preguntó sobre el mismo asunto también a Ibn Rušd.

Y dijo: «Si un hombre es propietario de un molino al que llega una acequia que pasa por tierra de otro hombre, sin que la propiedad (*raqaba*) de la acequia pertenezca al dueño del molino, ya que éste sólo tiene el derecho de paso del agua (*murūr al-mā'*)<sup>19</sup> hacia su molino, y exclusivamente este derecho, no le pertenece ninguna planta que pueda crecer en sus orillas, ya sean árboles, matorrales, u otro tipo de vegetación, pues todo esto es propiedad del dueño de la tierra. Ahora bien, si posee la propiedad de la acequia o cauce del agua, estando ésta en su propia tierra, podría disponer de todos los árboles que crecieran en el fondo de la misma o en sus orillas. Y podría cortarlos o dejarlos crecer.

Si ambos se presentaran demandas (*tadā'ayā*), en relación con este caso, sin que ninguno de los dos tuviera prueba (*bayyina*) alguna favorable a su causa (*da'wā*), entonces prevalecería la opinión del dueño del molino, pero estaría obligado a jurar que la propiedad del cauce o acequia era suya y que formaba parte de sus bienes (*māl*) y sus propiedades (*milk*)<sup>20</sup>.

El dueño de la acequia no tiene derecho a poner el barro que hay en ella, cuando la limpie, sino sobre las orillas, de modo que no perjudique al dueño de la tierra, a tenor de la costumbre local (*'urf*) y la práctica jurídica (*'āda*), pues cada propiedad tiene un recinto inviolable (*ḥarīm*)<sup>21</sup> que se supone es la cantidad de espacio necesaria, de la cual no se puede prescindir. Por su parte, el dueño de la

18. Ibn Rušd fue interrogado sobre un caso similar recogido en AMAR, *Fétwas*, XIII, 289-290; AL-WANŠARĪSĪ, *Mi'yār*, 396, 400-1, sobre las plantas y árboles.

19. Éste y otros casos de molinos relacionados con el derecho al agua y con servidumbres están recogidos en *Mudawwana*, XV, 194-5; AL-WANŠARĪSĪ, *Mi'yār*, VIII, 385-90; SANTILLANA, *Istituzioni*, I, 365; LÓPEZ ORTIZ, *Derecho*, 189; NIDO, *Derecho*, 243; R. BRUNSCHVIG, «Urbanisme médiéval et droit musulman», *REI*, XV(1947), 127-155.

20. La sola posesión del uso del agua, por muy largo que sea el período de disfrute, no da lugar a la adquisición del derecho de utilización del agua por uso prolongado; es decir, por usucapión. Es la opinión de Mālik. Véase J. LAPANNE-JOINVILLE, «Le régime des eaux en droit musulman (rite malékite)», *Revue Algérienne, Tunisienne, et Marocaine de Législation et Jurisprudence*, 72 (1956), 12-61, 63-90, especialmente 24; VIDAL, *El agua*, 113.

21. *Ḥarīm* es la zona de variable extensión que rodea determinadas propiedades. Este espacio es necesario para que éstas sean útiles al hombre, para el debido cuidado y arreglo del propio bien o para su desahogo. Este término se puede aplicar a diversos bienes como los árboles, pozos, fuentes, los propios núcleos de población y otros bienes. *Mudawwana*, XV, 189, ss.; MILLIOT, *Introduction*, 521, 611; QUIRÓS, *Instituciones*, 66; SANTILLANA, *Istituzioni*, I, 295, 296, 383, 384; LAPANNE-JOINVILLE, *Le régime*, 57-8.

tierra puede arar hasta las orillas de la acequia, según la práctica jurídica (*‘āda*), mientras no ocasione ningún perjuicio (*ḍarar*)<sup>22</sup>.

Si la propiedad vendida fuera el derecho de paso (*ṭarīq*)<sup>23</sup> con la tierra a través de una tierra de propiedad privada se escribiría, en virtud de ello, un CONTRATO:

«Fulano compra a Mengano el derecho de paso con su tierra hasta su casa, o su huerto (*ḡanna*), a través del predio (*faddān*) que pertenece a Mengano, estando el camino situado en tal sitio como, por ejemplo, en el centro del predio, cuya dirección va de sur a norte, o de este a oeste, en línea recta, siendo su anchura tal», y lo describes. Luego dices: «Pasa a ser propietario del suelo y de la tierra que ocupa y este camino se considera perteneciente a su hacienda y propiedad».

Pero si / [I, 186] sólo tuviera el derecho de paso (*murūr*), sin ser propietario del camino, entonces debes decir: «Le compra un camino ubicado en tal sitio», lo describes como se ha hecho antes y, a continuación, dices: «y le pertenece sólo el derecho de paso o travesía por él, sin adquirir ningún derecho sobre la propiedad del camino. Adquisición legítima...», y sigues con el texto como hemos expuesto anteriormente.

Si hubiera querido el dueño de la tierra desviar el camino hacia otro lugar de la misma tierra y plantar aquel camino, no tendría derecho alguno a realizarlo, salvo que se lo autorizara el dueño del camino<sup>24</sup>. Y si a éste sólo le correspondiera el derecho de paso podría haber perjuicio (*ḍarar*) en esa acción o no. A lo que añadió Ibn ‘Abd al-Ḥakam<sup>25</sup>: «a no ser que sólo hubiera entre los dos caminos aproximadamente un codo (*dirā‘*)»<sup>26</sup>, por lo que en este caso no existiría perjuicio para el usuario de la vía que llega hasta su tierra y, en consecuencia, no se le prohibiría al dueño de la tierra llevar a cabo su intención.

22. El *ḍarar* se concibe en derecho islámico como el hecho por el que, abusando de un derecho privado, se perjudica el derecho de otra persona. SANTILLANA, *Istituzioni*, I, 266, 302, 312.
23. El derecho de paso como servidumbre de una propiedad privada está también recogido en LÓPEZ ORTIZ, *Derecho*, 189; NIDO, *Derecho*, 244-245; AL-WANŠARĪSĪ, *Mi‘yār*, 399; AMAR, *Fétwas*, XIII, 112. Mālik cree que se puede prohibir el paso de ganado y de una acequia por la propiedad de otro cuando se produce perjuicio, *Muwaṭṭa’*, II, 746; *Mudawwana*, XV, 192-5.
24. Sobre la autorización del dueño, *Muwaṭṭa’*, II, 746.
25. Es el miembro más célebre de una familia de juristas egipcios, con gran influencia en al-Andalus a través de sus alumnos andalusíes. Fue discípulo de al-Šāfi‘ī, Ibn al-Qāsim y de su propio padre. Autor de un tratado de *šurūf*. Murió en 268/882. CANO C. *conmutativos*, II, 665.
26. Medida lineal que varía de una región a otra. El codo oficial de al-Andalus se llamaba *raššāšī*, tenía 32 dedos y equivalía a 0,5572 m. En el S.E. de la Península medía 30 dedos ó 0,5224 m. Véase J. VALLVÉ, «Notas de metrología hispanoárabe. El codo en la España musulmana», *Al-Andalus*, XLI (1976), 339-354, especialmente 343-349.

Así pues, si el usuario del camino fuera también propietario del mismo, el dueño de la tierra no podría desviar dicho camino, ni podría plantar esa tierra, ni construir una tapia o cerca, sino dejando al dueño del camino una entrada por la que pudiera pasar a su propiedad y, por consiguiente, no tendría derecho alguno a realizar eso, salvo que consiga la autorización del dueño del camino. Este asunto se puede observar en el Libro titulado *al-Kāfi*<sup>27</sup>.

27. Obra compuesta por Ibn ʿAbd al-Barr (m. 463/1071), cuyo título completo es *al-Kāfi fī l-fiqh ʿalā maḏhab ahl al-Madīna*. Se trata de una obra jurídica sobre la doctrina de la escuela mālikī. M. MARÍN, «La obra genealógica de Ibn ʿAbd al-Barr», *Actas de los Jornadas de Cultura Árabe e Islámica (1978)*, Madrid, 1981, 205-229, especialmente 208.