

## DERECHO ESPAÑOL DEL PROTECTORADO DE MARRUECOS: RECEPCIÓN Y ASIMILACIÓN

### SPANISH LAW OF THE PROTECTORATE OF MOROCCO: RECEPTION AND ASSIMILATION

Antonio M. CARRASCO GONZÁLEZ

*Investigador independiente*

#### Resumen

La instauración del Protectorado en Marruecos supuso la promulgación de un nuevo ordenamiento jurídico en el país. En un primer momento se trataba de leyes dictadas para la población europea pero con vocación de cambiar todo el derecho privado. Esta recepción del derecho romano europeo, que pasaría a ser derecho común, tendría mayor éxito si se producía a la vez una asimilación pacífica de la población local. No obstante, las autoridades coloniales se guardaban una importante política de intervención como era el control de la justicia que se operaría en dos fases: las controversias en las que intervenían europeos y su ampliación a todos los litigios. Para conseguir esto era necesario un estudio del derecho islámico y sus fuentes para integrar algunas de sus instituciones o contratos en los nuevos códigos del protectorado.

*Palabras clave:* Derecho colonial, Protectorado de Marruecos, Códigos de Obligaciones y Contratos, zona española en Marruecos.

#### Abstract

The establishment of the Protectorate in Morocco was the promulgation of a new legal system in the country. At first they were laws dictated for the European population but with an intention to change all private law. This reception of European Roman law, which would become common law, would be more successful if at the same time there was a peaceful assimilation of the local population. Nevertheless, the colonial authorities kept an important policy of intervention, as it was the control of the justice system. This control would be implemented in two phases: the controversies in which Europeans intervened and their extension to all the litigations. To achieve this target, it was necessary to study Islamic law and its sources to integrate some of its institutions or contracts into the new Protectorate codes.

*Keywords:* Colonial law, Moroccan Protectorate, Codes of Obligations and Contracts, spanish zone in Morocco.

## 1. DERECHO COLONIAL Y DERECHO DEL PROTECTORADO

La tendencia a simplificar las categorías coloniales (colonias, mandatos, protectorados, zonas, etc.) dificulta la comprensión de determinadas instituciones del pasado y hace caer en una unificación que nunca existió. Las colonias eran territorios no estatales sometidos a la soberanía del estado metropolitano. El territorio era colonial, no era estatal, y sus naturales eran súbditos y no ciudadanos, coloniales y no nacionales. El derecho colonial, distinto del nacional, era un derecho emanado del Estado soberano que diferenciaba los sujetos mediante personalidad de las leyes.

El derecho del protectorado era, por el contrario, una conjunción de ordenamientos: Por un lado el del estado protegido y por otra el del Estado protector, y, para complicar el panorama jurídico, se admitían derechos privados estatutarios, religiosos o raciales de judíos y o bereberes. El estado protector intervenía la soberanía del protegido y eso incluía la legislación, pero no osaba imponer un solo ordenamiento en el protectorado es una categoría creada o recreada por los franceses de finales del siglo XIX. También era un sistema de personalidad de las leyes aunque con legisladores distintos. Respetaba, al menos formalmente, la ley local, sus revisiones y modificaciones, sistema de fuentes, promulgación y publicación, y amparaba los sistemas religiosos y consuetudinarios. Y superponía un ordenamiento nuevo, generalmente incompleto, para los nacionales del estado protector residentes en el país protegido. En este caso se trataba de superar las reglas de derecho internacional privado y no se limitaba a introducir una norma de remisión para señalar el derecho nacional aplicable a relaciones jurídicas entre personas de distinta nacionalidad. Creaba un derecho nuevo para extranjeros, legitimado por su papel interventor de la soberanía local que, en definitiva, era una complicación del derecho internacional privado. Estamos ante un supuesto de soberanía compartida y, por lo tanto, limitada. El estado protector se reservaba los sectores estratégicos del estado protegido como los asuntos militares, exteriores y, como señalan Deperchin y Lekeal (2011), la justicia. Esta última materia es de especial importancia en la configuración de la legislación protectora y uno de los pilares de su dominación protectora. Como señalan estos autores, el Protectorado suponía la introducción en derecho internacional de términos propios del derecho civil, como la tutela del incapacitado y el mandato y la representación (Deperchin y Lekeal, 2011: 13-14).

Bien entendido que este mandato no es lo que estrictamente se llamó mandato tras la paz de Versalles de 1919 y que consistió en adjudicar la administración de las colonias de los países vencidos en la I Guerra Mundial a los vencedores. Es otra de las categorías coloniales y tiene mucho que ver con el protectorado; diferentes pero con un mismo principio fundacional que es la tutela. Los mandatos nacidos aquí se configuran en el Pacto de la Sociedad de Naciones de 28 de junio de 1919, cuyo artículo 22.2 dice:

*El mejor método para realizar prácticamente este principio consiste en confiar la tutela de esos pueblos a las naciones adelantadas que, gracias a sus recursos, su experiencia o su posición geográfica, están en mejores condiciones para asumir esta responsabilidad y que consienten en aceptarla. Ellas ejercerán esta tutela en calidad de mandatarios y en nombre de la sociedad.*

Y es en este pacto donde la tutela, institución de derechos privado, pasa por primera vez a un texto positivo de derecho público (Rodríguez de Gortazar, 1928: 38).

El derecho del protectorado suponía la protección de los nacionales del estado protector, la negación de la asimilación de la población local y el intento político determinante de influir en la legislación y en la sociedad del estado protegido. Un intento de superar la colonización

mediante una fórmula más respetuosa con la cultura local. Como el protectorado es siempre convencional, la extensión y límites del poder en cada uno de ellos será diferente. La intromisión legislativa del protector se legitima en el tratado originario, puede afectar al derecho público o al privado, pero no a todo el ordenamiento, respetará formalmente la administración local y, en el aspecto civil y mercantil, se tratará de una legislación para nacionales del país protector y de terceros países. Esto está meridianamente claro desde los clásicos del siglo XIX (Despagnet, 1896: 349 y ss.). Aunque la vocación expansiva de este derecho tratará de imponerse a los locales. Este *ius singulare* cobra un significado de excepcionalidad más claro que en otras categorías de derecho colonial.

La colonización, en sentido amplio, fue una enorme construcción jurídica. El protectorado tiene un origen convencional y puede entenderse como un contrato con derechos y obligaciones para ambas partes. Pero construido desde la desigualdad de las obligaciones y, sobre todo, dejando la interpretación y ejecución a una sola de las partes. El estado protector se convertía así en único en la práctica política. Formalmente se respetaba la autoridad local pero sometida a los dictados de los protectores. Y, lo que es más importante, el cumplimiento de los convenios eran ejecutados por el protector que iba a dominar las dos formas de control. Por un lado la ley, elaborada y decidida por el protector aunque formalmente emanada del protegido, con la nula intervención del parlamento del país protector y la inexistencia de parlamento en el protegido. Y por otro lado, y aquí está la esencia del control, porque se establecieron sistemas judiciales en los que los protectores se reservaban la resolución de conflictos cuando había nacionales propios y, en determinadas ocasiones y de manera progresiva, incluso cuando los litigantes eran locales. Porque, una vez establecido un sistema de códigos, la aplicación por los jueces “protectores” iba más allá y la práctica superaba la precisión normativa. El estudio de la jurisprudencia colonial es imprescindible para comprender la extensión del poder colonial y su eficacia (Rousseaux, 2013: 15-17). El poder es, en definitiva, el control de la ley y la justicia. Y, dado que no se podía hacer mediante legislación directa como en las colonias, se estableció un procedimiento para influenciar en la vida jurídica del estado protegido, modificar la estructura judicial e influir en la regulación de los negocios jurídicos privados de los habitantes del país, directamente sobre los extranjeros e indirectamente sobre los locales. Los estados protectores intervenían en la legislación local mediante la compilación o codificación del derecho local en primer lugar y la elaboración de códigos para la población europea que acabaran imponiéndose a los locales. Y ello mediante dos técnicas legislativas, una la recepción del derecho europeo y otras la inclusión de instituciones indígenas en las mismas leyes.

El control de esa creación es parte de la construcción misma y se encomendaba a la justicia de los colonos que creaban la ley, la interpretaban, la aplicaban y la juzgaban. Aparentemente existían en los protectorados dos sistemas de derecho pero en algún estado superior uno cedería al otro. Los europeos, convencidos de que su derecho era mejor, entendieron que se acabaría imponiendo sobre el local. Porque el derecho islámico estaba anquilosado, sin codificar y sin capacidad de introducir innovaciones acordes a los tiempos (Tyan, 1961: 323-336). La función legislativa en los países islámicos no se entendía como una atribución de la autoridad, sino que la ley se basaba en dogmas religiosos. A pesar de la personalidad de las leyes o pluralismo de ordenamientos, a pesar de que se admitía la tradición en la manera de juzgar indígena siempre que no afectara a los intereses del estado colono y sus ciudadanos, los jueces coloniales acabarían viendo causas locales y ejerciendo de tribunales de apelación. De esta manera, los jueces y funcionarios coloniales comprendieron la necesidad de conocer el derecho local, confeccionar compilaciones de normas consuetudinarias y estudiar y codificar el derecho islámico del Magreb. Hay que tener en cuenta que este derecho ya contenía elementos que facilitaban su estudio y asimilación por el ordenamiento colonial. Por una parte, y

por influencia de la presencia romana siglos atrás y del imperio otomano, el derecho privado tenía una amplia base de derecho romano. Además, como ya había señalado el profesor libanés Émile Tyan (1961: 323-336), los juristas árabes partidarios de la modernización tenían una fuerte cultura jurídica occidental por haberse formado en Universidades europeas. Por último, dado las diferentes escuelas de derecho islámico que podían ser elegidas por las partes en los negocios y conflictos, ya estaba en la tradición el pluralismo jurídico.

Las colonias mantenían un sistema de reclutamiento de funcionarios y jueces excluido para los indígenas, a los que solo permitía formas tradicionales de derecho consuetudinario para resolver litigios y mantener autoridades tribales. Pero desde muy pronto se dejó caro que la justicia era un instrumento del poder colonial. Es conocida la frase del almirante Gueydon, gobernador general de Argelia en 1874: *La justicia es uno de los atributos de la soberanía, el juez musulmán debe apartarse ante el juez francés*. Esto llevaba a la estrangulación de la justicia local y su asimilación progresivamente a la europea (Thénault, 2001: 19).

## 2. PRIMER PASO: EL ESTUDIO Y COMPILACIÓN DE LA LEY MUSULMANA LOCAL

La forma más eficiente de intervenir en la legislación local era el estudio y compilación del derecho musulmán. Si a esas obras se les daba el carácter de códigos legalmente promulgados, la labor sería completa aunque más complicada. La codificación no era una novedad, ya la habían emprendido los juristas musulmanes antes de la llegada de los europeos. Pero los europeos –imbuidos por el espíritu racionalista de la codificación– mejoraron la forma de la ley. Los juristas coloniales franceses tenían ventaja cuando iniciaron esta obra en sus Protectorados de Túnez y Marruecos porque ya habían emprendido la carrera en Argelia. Los españoles carecían de esta base de partida aunque tuvieran una historia de derecho musulmán en su suelo nacional olvidada después de cuatrocientos años. La experiencia francesa por los españoles en su zona de protectorado. Argelia y Marruecos seguían tradicionalmente la escuela malikí, mientras que la gran influencia otomana en Túnez dejó una tradición de escuela hanafí que luego se completó con doctrina malikí.

Cuando la política colonial se volcó al conocimiento del derecho local como una forma de consolidar el dominio, fueron los prácticos del derecho –jueces y funcionarios– los primeros en entender la importancia de esta línea de actuación. En un libro del profesor de la Escuela Colonial francesa Louis Vignon (1919: 321), texto oficioso que resumía la doctrina oficial, se señalaba claramente esta línea. Los colonos debían influir en los colonizados –esencia de la política colonial– provocando una evolución (modernización, según la doctrina canónica colonial), económica, social y jurídica. Y, señalaba este autor copiando las palabras del juez en Indochina M. Dartiguenave, *la única forma práctica y efectiva de llegar a ese fin es evidentemente administrar la justicia nosotros mismos con la colaboración, si ellos quieren, de asesores indígenas*. Es clarificador el uso de *nosotros* y *ellos* ya que, en este pensamiento, ellos podrían significar un empuje o un freno a una política que se debía imponer. Esto tenía su proceso: Se impondría el derecho penal como cuestión de orden público colonial y se dejarían las leyes locales indígenas por el momento, pero se procuraría que las aplicaran jueces franceses con el espíritu de las leyes francesas. El primer paso no era modificar el derecho privado local, sino aplicarlo por los jueces europeos. Vignon (1919: 329) lo decía con claridad: La jurisdicción musulmana que era la regla se iba a convertir en la excepción. Los jueces de paz, juzgados de distrito, y tribunales de apelación iban a representar el triunfo del derecho común mientras que los cadíes iban a quedar limitados a causas sobre el estado civil,

sucesiones y algunas otras sobre inmuebles no afectados por las nuevas leyes en la materia. Y todo ello con una buena propaganda colonial en la que se mostrara la justicia local como arbitraria, corrupta y sin apelación.

Con este planteamiento, los funcionarios franceses de Argelia comenzaron a traducir y elaborar de manera sistemática y científica las obras de referencias para el trabajo con la población local. Empezaron utilizando el *Código musulmán* del jurista egipcio Sidi Khalil, escrito en el siglo XVI, que fue traducido al francés en 1848 por el doctor Perron y, más tarde, por N. Seignette (Khalil, 1911). Basado también en la obra de Khalil es el *Tratado de derecho musulmán* de 1854, de Ch. Gilotte (1854), un abogado de Bona (Annaba) que tuvo que trabajar con las fuentes islámicas. En 1860 aparecería en Argel una segunda edición aprovechando la publicación del Decreto de 31 de diciembre de 1859 que organizaba los tribunales argelinos dotándoles de un nuevo procedimiento. Otro ejemplo es el *Derecho musulmán* (1873) de Sautayra y Cherbonneau. Hay algunos más referido por Allan Christelow (1985) en la bibliografía de su obra dedicada a los tribunales franceses en Argelia.

Este interés pasó de los prácticos a los universitarios. Los profesores de la Universidad de Argel creada en 1909 sobre la Escuela de Derecho de Argel que se fundó en 1879, fueron los que comienzan a estudiar el derecho malikí contemporáneo y elaboran los primeros manuales abriendo paso a una línea de investigación nueva (Wood, 2016). En 1885 se publica la obra de Zeys *Traité élémentaire de Droit musulman algérien (Ecole malékite)*. Ernest Zeys (1835-1909) era un alsaciano que hizo toda su carrera en Argelia, desde juez de paz a consejero de la Corte de Casación. Los jueces de paz en Argelia no eran jueces legos sino, como señala Florence Renucci, era el primer puesto de la carrera judicial, tenían más competencias que en Francia metropolitana y se les exigía la licenciatura en Derecho en contraposición con la metrópoli. Al estar en zonas rurales y en distritos populares, tenían un conocimiento directo de la población indígena y, si eran hombres de la curiosidad intelectual de Zeys, un conocimiento de la ley por la que se regían. El fruto es su libro y algunos estudios más sobre derecho judío e ibadí (Renucci, 2010: 67-85).

El conocimiento sistemático del derecho islámico malikí en Argelia culminó cuando se formó una comisión para codificarlo y promulgar la correspondiente ley. Se hizo mediante *arrêté* del gobernador general de 22 de marzo de 1905 y se encargó al decano de la Facultad de Derecho de Argel Marcel Morand presidir la comisión encargada de los trabajos, que se iniciaron y culminaron, fueron publicados por materias y se completó con una publicación final (Morand, 1916). En la comisión figuraban algunos otros ilustres juristas franceses de Argelia como J. D. Luciani, autor de un *Petit traité des successions musulmanes (Rah'bia)*, publicado en Argel en 1896. Por tanto, esta labor tuvo que ser conocidos por los autores españoles y franceses que trabajaban en Marruecos en los proyectos de ley europea en el protectorado.

Morand hizo un trabajo muy concienzudo con la idea de influir en los propios argelinos, a los que veía poco ligados a sus propias instituciones, y para reconducir la jurisprudencia de los tribunales franceses argelinos en derecho musulmán con un código similar a los europeos. Inspirado en los precedentes turcos y egipcio, el trabajo de la comisión dirigida por Morand es un texto completo que nunca llegó a aprobarse, pero que sirvió de fuente imprescindible para los profesores y prácticos del derecho. A pesar de ello, el texto sirvió durante mucho tiempo de obra de referencia para tribunales y su autor quedó como un referente y autoridad en la materia (Henry, 2012: 747). Está redactado por libros, títulos, capítulos y artículos pero en cada artículo añade las fuentes de donde se tomó. El miedo que Morand tenía al rechazo del texto por los argelinos y que confesaba en el prólogo de su ante-proyecto, hizo que lo consultara con los jueces islámicos para dotarlo de una mayor autoridad. Hay que entender que el texto comprendía las partes más sensibles para el argelino por ser las más directamente vinculadas a la religión, como estatuto personal, familia y sucesiones. Florence

Renucci (2008: 461-478) ve algunos motivos más para la redacción del texto: la voluntad de unificar el derecho local y acabar con los estatutos diferentes de bereberes de Kabilia e ibadíes. Como señala esta autora, Morand era un auténtico jurista colonial aunque con una gran preocupación por el derecho de los argelinos, al que consideraba inferior técnicamente al francés y con un problema de falta de adaptación a los nuevos tiempos, permitiendo instituciones como el matrimonio de niñas.

La tercera de las fuentes que pudieron consultar los codificadores españoles es el Código de Obligaciones de Túnez, publicado en 1906. El actual Código de 2005 todavía contiene muchos artículos del anterior. Es un texto que tuvo vigencia y que, por primera vez, integró derecho europeo –o derecho común– e islámico. Fue aprobado por las autoridades protectoras y los ulemas tunecinos. En la comisión redactora brilló con luz propia el jurista David Santillana. Es un texto original basado en fuentes distintas que le otorga un origen plural o diverso (Charferddine, 1992: 428) y sin que por ello perdiera coherencia interna. Túnez ya había tenido normas codificadas antes de los franceses, contaba pues con una tradición en la modernización del derecho como lo entendían los europeos.

David Santillana dejó una amplia obra para interpretar las leyes aprobadas y comprender la elaboración del derecho islámico (Renucci, 2015: 25-44). Era un judío sefardita tunecino, protegido británico, que se formó en Londres. Hacia 1872 entró al servicio del Bey de Túnez y de la administración otomana, trabajó también para los intereses de Italia en la región y acabó como funcionario de la Administración francesa del Protectorado de Túnez. En 1916 se instaló definitivamente en Italia como profesor de Derecho Musulmán en la Universidad de Roma. Su labor en la codificación del derecho tunecino comenzó en 1896 y terminó en 1906. Túnez había contado con un Código Civil y Penal propio promulgado en 1861 y derogado por el bey en 1864, fue sustituido en 1867 por la norma otomana *Mejelle* –es decir, código– hasta que en 1890 los juristas tunecinos redactaron un código civil musulmán de línea hanafí llamado *Morched el Hairan* (Charfeddine, 1992: 423-434). En 1885 se publicó un Código Inmobiliario, agrupando normas europeas, islámicas y australianas, y que incorporó el sistema Torrens para fincas no inmatriculadas. Texto que los franceses aplicaron después –con algunas variantes– en Marruecos, Líbano o Siria.

El Código de Obligaciones tunecino y su elaboración fue explicado por Santillana en su *Projet préliminaire de code civil et commercial soumis à la commission de codification des lois tunisiennes* (1897), obra que los codificadores españoles seguramente conocieron y utilizaron por tener ya una mayor influencia malikí. Como lo fue del Código de Obligaciones y Contratos del Marruecos francés de 1913, en cuya redacción intervino Stéphane Berge que formó parte de la Comisión tunecina y conoció de cerca a Santillana y su obra (Grilli, 1995: 382). La obra principal de Santillana *Istituzioni di diritto musulmano*, apareció en 1925, mucho después de publicado el Código español del Protectorado de Marruecos.

Los españoles no tenían la tradición francesa de posesiones en el norte de África. Podían haber sido más cuidadosos en el estudio del derecho musulmán, ya que se aplicó en España. La recepción del derecho malikí en al-Andalus fue estudiada por el padre López Ortiz (1930: 1-167). Pero los estudios jurídicos abandonaron ese camino. Los historiadores del Derecho español optaron por otras materias. Es cierto que Conde, Julián Ribera o Francisco Codera tenían estudios parciales y habían abordado la cuestión, pero centrados en la historia de siglos pasados que en el estado del derecho musulmán en el momento.

Fueron militares interventores, funcionarios y jueces que estuvieron residiendo en Melilla los que vieron la necesidad de comprender el derecho de los marroquíes si se quería influir en su modelo de sociedad y la organización del país. Ya conocían la obra de los franceses de Argelia y trataron de hacer algo parecido o, por lo menos, de influir en la política española

de cara a Marruecos con vistas al futuro, a una posible colonización que necesitara de codificaciones. En Melilla existía la figura del juez de moros, normalmente jurídicos militares, cuya labor merecería una investigación. No es de extrañar que la primera obra española que trata de compilar la ley musulmana sea debida a un auditor de guerra que ejerció de secretario del Juzgado de Moros de aquella ciudad. Constante Miquélez de Mendiluce publicó en 1907 su *Notas de Derecho Musulmán o Rasgos del Charáa*. El autor confiesa con modestia haber hecho una *mera recopilación jurídica de los preceptos que el Corán contiene, de los hadit del Profeta de La Meca, de los juicios de los juriconsultos musulmanes y de los pensamientos de los letrados franceses de Argelia* (Miquélez de Mendiluce, 1907: 9). Y añade cuando se refiere a su trabajo en el Juzgado de Moros:

*En los juicios en que en ese Tribunal, presidido por el General Gobernador de la plaza y del que forma parte el Auditor de Guerra, se celebran todos los días, hay necesidad de que el juzgador se inspire con frecuencia en el espíritu del Derecho Musulmán* (Miquélez de Mendiluce, 1907: 10).

Estos Juzgados de Moros fueron el antecedente claro de la justicia indígena que se iba a implantar en el Protectorado. Con la diferencia de que estaban servidos por jueces españoles. Se crearon por Real Orden de 30 de septiembre de 1867 para dar cumplimiento a lo recogido en el tratado del mismo año que creaba una aduana en Melilla. El juzgado era el encargado de resolver las contiendas entre españoles y marroquíes a consecuencia de conflictos de la aduana. Esta inclusión de marroquíes como justiciables españoles era una manera distinta de aplicar la justicia europea que se hacía en los consulados sobre los protegidos. Pero, dado que el juzgado fue generalmente bien admitido, se amplió su competencia a toda clase de litigios en los que el demandante fuera marroquí y el demandado español. El procedimiento era sencillo, verbal y rápido. La demanda podía presentarse verbalmente en el acto de comparecencia, se procedía a un acto de conciliación y si no había acuerdo al juicio en el que se admitían medios de prueba y la sentencia no tenía recurso.

También antes de la instauración del Protectorado aparece el libro de Ignacio Falgueras y Ozaeta sobre el derecho de Marruecos, de 1910. No procedía de la docencia universitaria sino que era abogado en Málaga, seguramente con clientes con vínculos comerciales con Marruecos y profesor de esta materia en una institución denominada *Fomento Comercial Hispano-Marroquí*, de esa misma ciudad. Tampoco es un proyecto articulado sino un estudio de las instituciones de derecho civil según la escuela malikí, estructurada a la manera del Código Civil español y más amplio que el libro de Miquélez, citado en sus notas. De su bibliografía se desprende el conocimiento que tenía de la obra de Zeys y otras como la de Daniel Saurin de 1906.

Y habría que añadir la obra de Eduardo León y Ramos sobre Marruecos publicada en 1910, en la que también hay una amplia referencia al derecho musulmán con la misma inquietud práctica. Era el autor fiscal de la Audiencia de Madrid y actuó como árbitro en los conflictos entre España y el Majzén de 1910 y con Francia en 1913 sobre interpretación de los tratados referentes a Marruecos. Es un libro político con una clara voluntad de promover la acción colonial. El autor, como los prácticos en la materia, entendía que la administración de justicia era un medio importantísimo para la política colonial. Aunque prescinde de bibliografía, del texto se desprende la influencia de autores franceses y de la ley francesa en Argelia. En la segunda edición, publicada en 1915, después de implantado el Protectorado, añade resúmenes de las normas francesas y de la situación jurídica de marroquíes y extranjeros.

Otro intento de estudio de derecho musulmán hecho por un español es de 1921, varios años después de promulgado el Código de Obligaciones de la Zona, ampliado en una segunda

edición en 1927, es obra de Manuel del Nido y Torres, un auditor de división residente en Marruecos y autor de varias obras sobre el país y su derecho. El autor reconoce que es una guía para el conocimiento de la escuela malikí, una recopilación de doctrina de juriconsultos y ampliada con la costumbre de las kabilas. Y lo pasó a la revisión del *qa'id al-qudat* de la Zona Sidi Ahmed ben Muhammad Rhoni. El autor entendía que no era posible colonizar sin conocer el derecho local. Y redacta un libro en el que recopilando el derecho civil con citas del Corán, doctrina malikí y aportaciones del Código Civil español siguiendo la estructura de libros del Código español, trata de dar a conocer las materias excluidas del Código de Obligaciones de la Zona, la persona, familia y sucesiones y el régimen de la propiedad.

### 3. SEGUNDO PASO: LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN EL PROTECTORADO DE MARRUECOS

Españoles y franceses, aprobado el Tratado de 1912 que constituía el Protectorado, se pusieron a trabajar con premura en la misma dirección y con el mismo método. Tenían que dotarlo de un ordenamiento jurídico y ambos países siguieron un procedimiento similar: crear una comisión de reforma de los tribunales para codificar la ley europea que regiría en el país. Procedieron a reformar la legislación creando comisiones que, de manera muy clarificadora, llamaron comisiones de reforma de los tribunales. Ni españoles ni franceses integraron juristas musulmanes en sus comisiones redactoras de los nuevos códigos. Pasado el tiempo se pusieron de manifiesto algunas carencias de formación en los jueces y funcionarios españoles en Marruecos en materia de derecho islámico. Para poder interpretar y aplicar bien el derecho se creó la figura del asesor jurídico musulmán para los juzgados y tribunales españoles que intervenían de manera consultiva. Su estatuto se reguló mediante el Dahir de 19 de diciembre de 1931.

La española quedó constituida el 12 de noviembre de 1913 y la componían, a partes iguales funcionarios del Ministerio de Guerra y del de Gracia y Justicia (AGA 81/09598), seis personas: Pablo Martínez de Prado (Era ministro del Tribunal de Cuentas. Había sido fiscal del mismo órgano y director general de los Registros y del Notariado) –que fue elegido presidente–. Edelmir Trillo Señorans (magistrado de la Audiencia de Madrid). Luis Alcaraz y Rodríguez –marqués de Cerverales– (Jefe de sección de Ministerio de Gracia y Justicia). Francisco de Asís Serrat Bonastre (Diplomático. Antes de integrar la comisión era jefe de negociado de Marruecos en el Ministerio de Estado. Al dejar la comisión fue jefe de la Legación española en Tánger desde 1915 hasta 1919). Adolfo Vallespinosa Vior (auditor del Ejército. Llegó a ser ministro en la Dictadura de Primo de Rivera. Nombrado por Real orden de 22 de diciembre de 1913, se incorporó a la comisión en enero de 1914). Y Juan Potous Martínez (Diplomático. En esa fecha era cónsul de España en Tánger, como recoge Carrasco González, 2013: 57-79). Trabajó en ponencias que formaban dos miembros. La primera estudió los temas civiles (obligaciones y contratos, condición de españoles y extranjeros y registro de inmuebles); la segunda se encargó de organización judicial, leyes de procedimiento, código penal, beneficio de pobreza y aranceles; y la tercera se centró en el código de comercio (Actas de la Comisión de reforma de los tribunales, sesión de 18 de noviembre de 1913. AGA 81/10630). Y se enfrentó a las dificultades propias de una labor que comprendía mucho trabajo con pocos medios. Las actas de las reuniones no nos dicen mucho ni acerca del método empleado ni de las obras y referencias que emplearon los comisionados para redactar sus códigos, especialmente en lo que nos interesa: la adaptación de figuras musulmanas. En el grueso de su obra solo vemos una adaptación literal de los códigos españoles con pocas variaciones y algunas



mejoras. Trabajaron con premura, cumplieron los plazos y sus trabajos se vieron culminados con la firma del jalifa el 1 de junio de 1914 del dahir orgánico de los tribunales españoles. Este decreto aprobaba nueve códigos que constituirían la columna vertebral del ordenamiento hispano jalifiano: Código Penal, Código de Comercio, Código de Obligaciones y Contratos, Código de Procedimiento Criminal, Código de Procedimiento Civil, Régimen de la condición civil de los extranjeros, Régimen de los adjuntos para los Juzgados de Paz, Registro de inmuebles rústicos y urbanos y Aranceles judiciales.

En ellos estaba contenida la estrategia jurídica primaria, el primer paso de una gran construcción aplazada en la que el derecho español sustituiría al marroquí en las relaciones jurídicas. Por ello, y prudentemente dada su condición de caballo de Troya, se delimitó el ámbito de aplicación de las nuevas normas y la cualidad de justiciables de cada residente del país según su tradición jurídica. En primer lugar, la los tribunales españoles de Marruecos eran los competentes *para de conocer todas las cuestiones sobre materia civil, mercantil y penal del que sean parte españoles y súbditos y protegidos de España*, según el artículo 1.º del Dahir de 1 de junio de 1914 de Organización judicial de la Zona del Protectorado español de Marruecos (Mora Regil y Rodríguez Aguilera, 1947: 34). También lo estarían los extranjeros, incluidos con franceses, en los mismos casos. Y el 5.º completaba la regla indicando que las normas obligarían además *a los naturales, súbditos o protegidos de otras naciones cuyos gobiernos hayan renunciado al privilegio de jurisdicción y, desde luego, a todos los naturales y súbditos de países extranjeros que no gocen en Marruecos del citado privilegio*.

La vocación de transitoriedad del nuevo ordenamiento implicaba un respeto a la legislación local y una clara determinación de los justiciables que se someterían a la nueva ley. El artículo 1.º del dahir de 1 de junio de 1914 de Organización judicial de la Zona del Protectorado español en Marruecos era claro: *Para conocer de todas las cuestiones sobre materia civil, mercantil y penal en que sean parte españoles y súbditos y protegidos de España en la Zona de Marruecos sometida al Protectorado español*. El nuevo ordenamiento se aplicaría solo a españoles –la categoría de protegidos desaparecería pronto–, pero bastaba con que una de las partes fuera española. *A sensu contrario*, estaba claro que los españoles no se iban a someter a los tribunales islámicos nunca, ni aunque la otra parte fuera marroquí y lo solicitara. Y esto era así para litigios sobre inmuebles (artículo 2.º) y en materia penal (artículo 6.º) para españoles y delitos cometidos contra españoles aunque el autor fuera marroquí. Aunque podían los tribunales protectores decidir sobre cuestiones que afectaban a musulmanes e israelitas cuando se trataba de cuestiones prejudiciales relevantes para un juicio en el que formaba parte un español (artículo 3.º), lo que ponía de manifiesto la necesidad de conocer el derecho local.

De todo el derecho traspuesto a Marruecos, todo con vocación de permanencia y de que fuera asimilado por la población local, el más permeable entre sociedades era el derecho civil. Es lógico si tenemos en cuenta que es el derecho que más amplio campo da a la libertad de las partes. Era pues el apropiado para convertirse en derecho general. Y el que podía incluir figuras islámicas sin menoscabo de su cohesión.

El ordenamiento jurídico hispano jalifiano no contenía un Código Civil completo, sino lo que se llamó Código de Obligaciones y Contratos, de la misma manera que se hizo en la zona francesa. En el caso español es una copia del libro IV del Código Civil nacional, en la mayoría de los casos con la misma redacción (Castán Tobeñas, 1922: 24), y muy pocas variaciones entre las que destacan incorporaciones olvidadas en el español y corregidas, como incluir los cuasi contratos como fuente de las obligaciones o codificar los preceptos contra la usura aprobados en España por ley de 1908.

El limitar el derecho civil a las obligaciones y contratos tenía lógica. Ya vimos que los franceses fracasaron en Argelia cuando quisieron regular familia y sucesiones. La personalidad no tenía sentido incluirla porque la ley nacional la regía y Marruecos era soberano, no se entendía la asimilación de ninguna manera. El tema de familia y sucesiones era más complejo. Es una materia de gran contenido religioso y era casi imposible redactar normas eclécticas que sirvieran para los practicantes de religiones diferentes. Además, era la parte del derecho islámico que tenía normas escritas originarias ya que aparecen en el propio Corán. En otras materias las normas había que buscarlas en soluciones, dictámenes o recopilaciones privadas de los juristas. Por último, no era mayor problema no incluirlo porque las reglas de derecho internacional privado eran suficientes para encontrar la ley aplicable al caso y, si no lo fuera, los tribunales estaban controlados por europeos y no preocupaba la interpretación que pudieran dar ni a españoles ni a franceses. Y, para el caso español, en un país en el que coexistían los derechos forales con el derecho común, esta especialidad no resultaba tan extraña.

En Marruecos vemos características propias en la recepción del derecho europeo y del sistema de codificación. En el caso marroquí hay uno que va a marcar la evolución legislativa. Desde el Tratado de Madrid de 1880 se admitía que los europeos poseyeran inmuebles en el país, pero necesitaban una autorización previa del sultán (De la Plaza, 1941: 14). Después, el Acta general de la Conferencia de Algeciras, en su artículo 60 al ratificar los tratados anteriores, determinó que admitía que los extranjeros adquirieran bienes inmuebles en Marruecos obligando al sultán a justificar la negativa a la autorización. Solo era posible la adquisición en los puertos abiertos a los europeos y en diez kilómetros a su alrededor, que era la misma zona que el sultán puso en garantía de la deuda estableciéndose la duda acerca de si entonces las propiedades de los europeos estaban o no dentro del dominio público hipotecado (Amar, 1913: 30). El acceso a la propiedad inmobiliaria impulsó de manera determinante la necesidad de establecer sistemas que garantizaran la seguridad jurídica de los europeos y sus propiedades. Pero el Acta de Algeciras reconocía, al mismo tiempo, que la propiedad de extranjeros se regiría por la ley local (Saurin, 1907: 13 y ss.).

Es cierto que la propiedad marroquí presentaba algunas características especiales y que admitía formas que los códigos europeos excluían o trataban de limitar favoreciendo su desaparición. Así existían tierras colectivas de las tribus, las adquiridas como botín de guerra y las tierras sometidas a vinculaciones como los bienes habús. Pero dejar la propiedad fuera de la regulación europea, aunque sí que se contemplaba la transmisión de la misma, era un riesgo para el orden jurídico colonial. Por eso, en 1912, tras la Conferencia de Algeciras, se dictó por el gran visir del sultán una circular sobre inmuebles que contenía disposiciones comunes a marroquíes, extranjeros y protegidos. En esta se calificaban los bienes en alienables e inalienables y, aunque incompleta, fue el instrumento en que se basaron los funcionarios para abordar la propiedad, sus transmisiones, inscripción y régimen. La circular fue sancionada por una real orden del Ministerio de Estado como regla para la actuación en la Zona española (López Oliván, 1931: 142). El Dahir de 4 de octubre de 1930 trató de dar un nuevo estatuto a la propiedad marroquí, que en palabras de Cordero Torres, la regulaba *cohonestando el respeto a la tradición malequita con las necesidades en la vida del Protectorado* (Cordero Torres, 1953: 16). Y, respecto a las tierras colectivas, destaca el Dahir de 14 de enero de 1935 que aprueba el reglamento sobre organización de las yemás y la administración y enajenación de sus tierras. Quedaban otras propiedades inmuebles no contempladas en el derecho español como las vinculadas a concesiones del sultán como contraprestación por aportar tropas a la guerra, eran las tierras *guich*; una especie de base para formar tropas. Diferentes de las *naiba* o concesiones de tierras del sultán pero sin finalidad militar. En general, España y Francia trataron de acabar o limitar con estas peculiaridades, creando deslindes y comisiones de

liquidación, como ya expuso Franqueira que fue fiscal del Tribunal Mixto Internacional de Tánger, integró una de esas comisiones de liquidación de tierras colectivas (Franqueira, 1933: 15 y ss.). Hay otras en las que la especialidad estriba en el modo de adquirir, como las tierras *melk* que se trataba de tierras muertas que una persona o colectividad vivifica y hace suyas. No es momento de extender en estas categorías sino en el modo que tenía los europeos de afectar el régimen de propiedad sin redactar un verdadero Código Civil (Rodríguez Aguilera, 1947: 173 y ss. y Sáenz Aranz, 1935).

Pero la manera original del afectar a la propiedad es la creación del Registro por Dahir de 1 de junio de 1914. Españoles y franceses siguieron una técnica similar que se apartaba de la Ley Hipotecaria española y se acercaba al sistema seguido en Túnez y Argelia de Acta Torrens con matices. Hay que decir que el sistema de Torrens es el propio de colonias en las que los europeos consideraban *res nullius* las tierras que estaban ocupadas o aprovechadas por las poblaciones locales. En esos supuestos se entregaban a los colonos mediante una concesión administrativa que, pasado el tiempo y cumpliendo los requisitos, se consolidaba en propiedad. Es señal de una de las características de la colonización que era la distribución de tierras para emigrantes o colonos. Y la propiedad se transmitía con el endoso del título que contenía el plano de la finca. En Marruecos hay diferencias puesto que el sistema se iba a establecer no para concesiones a colonos sino para asegurar la propiedad de los marroquíes.

La propiedad marroquí, además de comprender vinculaciones y colectividades, presentaba una debilidad fundamental que era la falta de títulos eficaces. Unas veces no existían y se respaldaban en la confianza de los testimonios orales, otras veces eran sumamente imperfectos en los que se refiere a los linderos, otras era título de mera posesión indefinida ya que el derecho malikí no contemplaba la prescripción adquisitiva (Paniagua, 1950). Esto iba contra el principio de seguridad jurídica en el dominio y en las transmisiones, no facilitaba el crédito agrario y perjudicaba a los europeos que estaban habituados a sistemas más seguros.

Para tratar de cambiar este sistema se crearon los Registros de la propiedad en las dos zonas. Facilitando el acceso de las propiedades marroquíes admitiendo títulos que no se admitían en derecho europeo. Se quería que toda la propiedad accediera al Registro, que hubiera una seguridad que evitara la arbitrariedad, el conflicto y que los europeos accedieran a la misma sin miedo a resoluciones posteriores. Para ello, el registrador inscribía, como decimos con títulos de los funcionarios locales o con *mulkías* que señalaran la posesión, y creaban un documento que se acompañaba del plano catastral. Aunque se admitían inscripciones provisionales en tanto no se acreditara la existencia de título. La transmisión se haría mediante contrato al que se le añadía el título registral (que podía contener añadidos). Como vemos es un sistema parecido al Torrens con algunas diferencias ya que no se trataba de concesiones sino de títulos locales sobre propiedades ya existentes y la transmisión, aunque iba acompañada de título de la inmatriculación, necesitaba contrato. Y, en cuanto a los efectos, también se apartaba del sistema australiano de Torrens porque el título no era un título real inatacable sino que el Registro, al igual que en España, tenía efectos solo de publicidad y lo no inscrito no se podía oponer a terceros y esto fue muy criticado por algunos registradores como Marina Encabo (s.d.). Además, no existía unidad de oficina (Marina Encabo, 1943: 6), que era característica principal del acta Torrens (más volcada en el registro y seguridad de la tierra que en la hipoteca). Era un acta Torrens *sui generis*, más en la inmatriculación que en las segundas y sucesivas inscripciones (Gambra Sanz, 1925: 25 y Benavides, 1926: 179), y no para colonos sino para la población local.

Pero la modificación introducida por europeos tenía otro instrumento esencial que explica, como ninguno otro, la idea que existía detrás de la reforma de tribunales. El propio Dahir

de 1 de junio de 1914 establecía unas normas para resolver los litigios relativos a inmuebles. Respecto a los no inscritos, los litigios relativos al dominio y derecho reales se decidían ante la autoridad judicial cheránica (artículo 22), mientras que respecto a los inscritos –cualquiera que fuera a nacionalidad de los litigantes– se verían ante los tribunales europeos.

Con estas instituciones, los protectores configuraron una propiedad más cercana a la europea sin necesidad de publicar un código. Señalaba Paniagua, que fue registrador de la propiedad en el Protectorado, que los problemas se resolvían interviniendo el Estado *como realizador del Derecho y como entidad independiente, en ocasiones opuesta al interés del ciudadano desde el punto de vista individual, y con la distinción entre dominio público y privado* (Paniagua, 1952: 192). Frase que entraña un significado más profundo de lo aparente, el carácter totalitario del estado colono, en el caso de la España de Franco por partida doble, porque eliminó las propiedades tradicionales comunales y redujo las estatales a dominio público o privado (con alguna especialidad en lo que se refiere a los bienes habús).

#### 4. TERCER PASO: LA INCLUSIÓN DE FIGURAS JURÍDICAS MUSULMANAS EN EL CÓDIGO EUROPEO DEL PROTECTORADO

Consecuente con esta evolución, el Código de la Zona española trató de asumir algunas figuras malikíes con el objeto de abrir la regulación a la población local. Ponte Escartín menciona muchas pequeñas diferencias con el Código Civil español, pero la doctrina no encontró más de tres o cuatro desconocidas en el derecho español de la época como la compraventa con cláusula de opción, que no es el contrato de opción español, y con la promesa pública de recompensa, además de reconocer reglas del derecho islámico como las relativas a las cosas que podían ser objeto de la compraventa. De este modo, el artículo 289 quedó redactado así: *Será nula la compraventa hecha por musulmanes de los objetos declarados impuros por su ley religiosa, y de todos aquellos cuya enajenación no se halle por esta permitida.*

El Código de Obligaciones y Contratos de la Zona española incluye dos variantes de compra-venta que no estaban reguladas en España. Según Castán (1922: 256), para la redacción de los artículos se aprovechó el Código de la Zona francesa, que se publicó el 12 de agosto de 1913 casi un año antes que el español y que sirvió de inspiración o modelo a algunas de las novedades hispano-jalifianas. Una es la compraventa con cláusula de opción que se pacta a condición de que el comprador y el vendedor puedan desistir libremente de llevar a cabo el contrato en un plazo dado: *El contrato de compraventa puede pactarse a condición de que el comprador o el vendedor puedan desistir libremente de llevarlo a cabo en un plazo dado* (artículo 373) y que se diferencia del contrato de opción en el que se concede un derecho exclusivo a la compra durante un tiempo fijo. El Código de la Zona francesa lo entendía como una compraventa con condición suspensiva (*Article 601: La vente peut être faite à condition que l'acheteur ou le vendeur aura le droit de se départir du contrat dans un délai déterminé. Cette condition doit être expresse; elle peut être stipulée, soit au moment du contrat, soit après, par une clause additionnelle. Article 602: La vente faite sous cette clause est censée faite sous condition suspensive, tant que la partie qui s'est réservé le droit d'opter n'a pas déclaré expressément ou tacitement, dans le délai convenu, si elle entend tenir le contrat ou s'en départir*). Y la otra es la llamada compraventa *selem* por la que una de las partes le da a la otra una cantidad de dinero para que en un plazo convenido se le entregue una determinada cosa mueble y que (Rodríguez Aguilera 1947: 167) calificaba de figura especial intermedia entre el préstamo y la compraventa. El artículo 377 del Código de la Zona española la define así:

*Contrato por el cual una de las partes anticipa una cantidad de dinero a la otra parte, que a su vez se obliga a entregar a la primera en un plazo convenido, una cantidad determinada de mercancías destinadas al consumo o de otras cosas muebles.*

Exigiéndose la forma escrita. Redactado de una manera muy similar al correspondiente de la Zona francesa (*Article 613: Le selem est un contrat par lequel l'une des parties avance une somme déterminée en numéraire à l'autre partie, qui s'engage de son côté à livrer une quantité déterminée de denrées ou d'autres objets mobiliers dans un délai convenu. Il ne peut être prouvé que par écrit*).

Quizás tengan mayor importancia algunas modalidades de aparcería típicamente malikíes, desconocidas en España, incluidas en el Código hispano-jalifiano. Las aparcerías o asociaciones agrícolas, como indicaba Manuel de la Plaza en su Manual (de la Plaza, 1941: 45), estaban muy extendidas en Marruecos y era lógico incluir las especialidades locales con independencia de la nacionalidad del propietario. El Código es muy poco concreto en detalles respecto a estas formas de sociedad. Los regula sucintamente en el Libro II dedicado a los contratos especiales cuyo Título XI dedica a la sociedad. Algunos autores entienden que es un contrato de arrendamiento especial. Se agrupan en el artículo 705 dedicado a la sociedad particular con características comunes al Código Civil español: el objeto debe ser cosas determinadas, su uso o sus frutos, una empresa señalada o el ejercicio de una profesión o arte. Y añade tres párrafos sin correspondencia en el español en los que vemos tres figuras propias del derecho malikí de Marruecos.

El párrafo segundo del 705 dice:

*La aparcería pecuaria y la de establecimientos fabriles o industriales se considerarán comprendidas entre las sociedades particulares, y a falta de convenio especial se aplicarán a las mismas las disposiciones del presente Título y las costumbres del lugar.*

El párrafo tercero añade:

*No obstante si la aparcería pecuaria fuese accesoria de la agrícola, se extinguirá cuando por cualquier causa se ponga término a esta.*

Y el cuarto señala:

*También se estimará, para todos los efectos, contrato de sociedad la aparcería agrícola cuando en el contrato intervengan exclusivamente los aparceros y colonos u otra persona extraña al propietario.*

En estas figuras, el Código de la Zona se remite a la costumbre local para su regulación, no entra en más detalles y deja a los jueces la solución de los conflictos. A pesar de que constituye quizás la inclusión más importante de derecho local en la norma española del Protectorado, se le ha prestado poca importancia en la doctrina. Las menciones que se hace en los pocos libros publicados sobre derecho hispano jalifiano, son préstamos de los autores franceses o de Santillana. Hay que tener en cuenta que no se trata de obras de investigación ni ensayos científicos, sino manuales para el uso de funcionarios y para preparación de oposiciones. Solo el juez Manuel de la Plaza (1941: 45-48) se detiene en su comentario y reseña las modalidades tradicionales de las kabilas rifeñas.

El artículo 705 comprende, de manera general y amplia, tres figuras: la *muzara'a*, o siembra en común, la *mugarasa* o arrendamiento con plantas y la *musaga* o comunidad de riegos, cuya regulación remitía a la costumbre del lugar. Pero que en la práctica presentaban muchas variedades impuestas por la costumbre del lugar. Tanto en las agrícolas como en las

ganaderas o en las de riegos. Esa complejidad consuetudinaria explica la escasa regulación en el Código y se remisión a la costumbre.

La primera es la *muzara'a*, o siembra en común. Santillana (1925: 305 y ss.) dice que ya existía en Arabia antes de la islamización, aunque fue fijado en los primeros tiempos del Profeta. Tiene muchas formas según el lugar. Es conocida en la Zona española el *joms*, en el que el propietario facilita la tierra, semilla y aperos a un trabajador que recibirá la quinta parte. Miquélez le dedica una parte extensa de su obra (Miquélez de Mendiluce, 1907: 94-97). Otra variante es el *nus*, en que el propietario ya no aporta ni bestias, ni aperos, ni semillas pero los beneficios se reparten por mitad. Y este autor habla también de *bel kra*, *bel jobsa* y *bel jerd*. El *bel-jobsa* es parecido al *nus* pero el propietario no recibe la mitad de los frutos sino una porción más pequeña, generalmente el quinto.

La segunda es la *mugarasa* o arrendamiento con plantas. Santillana menciona a Ibn Arfa-fah para dudar sobre la naturaleza de este contrato que podía ser un arrendamiento de obra, un arrendamiento de servicios, promesa condicional, una sociedad o un contrato innominado (Santillana, 1925: 318; Zeys, 1885: 125). Aunque Santillana entiende que las dos primeras son formas impropias de *mugarasa* y solo la sociedad es propiamente este contrato. Según Miquélez (1907: 99-100) existe cuando el dueño de un terreno inculto conviene con otro en que este lo plante de árboles a cambio de lo que le concede una parte proindiviso en la propiedad del suelo. Falgueras (1910: 354), que ha bebido directamente en Zeys, cita la regulación de autores como Ibn Arfa, Ibn Acim y Alich. La especialidad de este contrato es que una vez hecha la plantación y cuando esta sea fructífera, el contrato deviene en copropiedad. Más claro está en la redacción dada por Morand (1916: 25) al artículo 628 de su proyecto: *Le bail à complant est la convention par laquelle une personnes'engage, vis-a-vis du propriétaire du terrain, à planter des arbres sur de terrain, moyennant qu'elle deviendra, par le fait même que les arbres auront atteint un certain degré de croissance, copropriétaire, et de ces arbres et du terrain.*

Y la tercera es la *musaqa* (artículo 705) es un contrato de irrigación, sería la puesta a disposición de otro que emplea por su trabajo, un terreno plantado de árboles que se rieguen (para diferenciarlo de la *mugarasa* que, en el resto, es similar). También era preislámico aunque se vio su gran utilidad para el cuidado de los palmerales (Santillana, 1925: 310). El trabajador tendría derecho, como remuneración, a una parte de los frutos determinada, para no confundirlo con un arrendamiento de obra o con una sociedad regular. Zeys (1885: 122) señalaba que se trataba de un contrato excepcional y que cualquier cláusula que se desviara de los estrictos límites de este contrato provocaría la nulidad del mismo o su conversión en otra figura. Miquélez (1907: 100-101) lo recoge pero le dedica poco espacio. Resume su contenido y entiende que la costumbre lo extiende a otros cultivos como cereales, caña de azúcar, etc. Este tipo de aparcería tiene su origen en el propio Mahoma, que lo concedió a una tribu judía de Kheibar (Zeys, 1885: 117). Es un contrato de irrigación admitido tradicionalmente, aunque Falgueras (1910: 355) menciona la oposición del jurista Mohamed Khirchi que lo consideraba ilegal. Estos contratos buscaban vivificar la tierra para que produjera para la comunidad y obligaban al dueño de tierras muertas.

Manuel del Nido (1927: 383-388) no entra en detalles y hace una relación general de las sociedades agrarias con clara influencia francesa de Argelia. Toda su obra es muy poco concreta. No menciona ninguna de las figuras existentes ni de las que consuetudinariamente se observaban en la Zona española.

Además, existen otras sociedades ganaderas en las que un socio es propietario del ganado y otro lo cuida repartiéndose los beneficios. Según la duración, el tipo de ganado o la proporción en el reparto, se denominan *chirka el talk*, *chirka el guenem* o *cherka el máais* (De la Plaza, 1941: 46-47). Figuras a las que el Código de la Zona española no presta atención.

## 5. LA ASIMILACIÓN DEL DERECHO EUROPEO

Pudiera pensarse que la parquedad en la regulación de las sociedades agrarias fue un descuido o una falta de conocimiento de estas figuras por parte de los redactores del Código de obligaciones y contratos de la Zona española de Protectorado en Marruecos. O que, al tratarse de figuras residuales del derecho medieval –reminiscencias de la esclavitud o la servidumbre–, no las quisieran incluir. Es cierto que el Código Civil español quiere una propiedad individual y absoluta, aunque haya algunos indicios de la antigua propiedad dividida, como los censos, si bien la regulación está pensada para su extinción. Pero éstas no son las verdaderas razones. Ya hemos visto que estos comisionados tenían a su alcance obras suficientes como para entender la realidad del derecho malikí que se seguía en el norte marroquí, y seguramente tenían también noticias de la práctica tradicional de las aparcerías. Además ya se había publicado el Código de la Zona francesa, del que tomaron algunas prescripciones.

La inclusión breve, sucinta y con remisión a la costumbre es una idea pensada y querida y tiene una trascendencia mayor de lo que parece. La mención a contratos locales es una buena técnica para lograr la asimilación del derecho europeo y convertirlo en derecho común porque, al incluirlo en el derecho recibido, forma un mismo cuerpo. Y la remisión a la costumbre es la manera de seguir respetando el derecho local para la población marroquí, sabiendo que la costumbre se anquilosa y la modificación quedaba al arbitrio de la autoridad protectora.

La recepción del derecho europeo es forzada. Marruecos debió admitir su existencia y vigencia. Se imponía al derecho local y a los jueces locales cuando había marroquíes que contrataran o litigaran con extranjeros. Y estaba promulgado con la vocación de sustituir, en algunas materias más que en otras, al derecho local culminando una obra de colonización. La asimilación es, como ya señalaba Monèger (1984: 19-20), un mecanismo natural por el cual la población local prefiere sin imposición el nuevo derecho frente al viejo. Es un fenómeno espontáneo que se produce gradualmente, sin necesidad de forzarlo más que al principio. De la recepción a la asimilación hay un largo camino. Ha pasado un siglo largo y se podría estudiar esa asimilación sino fuera porque, tras la independencia, Marruecos optó por mantener la ley francesa y acabar con la española vigente en su Zona. El actual código marroquí es el francés con modificaciones. Y el francés y el español tenían pocas diferencias. Pero la cultura jurídica que acompañó a la codificación de la Zona española ha desaparecido salvo en la parte que tiene en común con la francesa.

## ARCHIVOS

ARCHIVO GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE ALCALÁ DE HENARES (AGA).

## BIBLIOGRAFÍA

AMAR, E.

(1913): *L'organisation de la propriété foncière au Maroc. Etude théorique et pratique, accompagnée du Règlement Officiel Provisoire sur la propriété foncière*, París, Paul Geuthner.

ARAGÓN REYES, M. (dir.)

(2013): *El Protectorado español en Marruecos: la historia trascendida*, Madrid, Iberdrola, vol. 1, pp. 57 y ss.

BALDINETTI, A.

(1995): *David Santillana l'uomo e il giurista 1855/1931. Scritti inediti 1878/1920*, Roma, Istituto per l'Oriente.

BENAVIDES MORO, N.

(1926): *La colonización y el acta Torrens en el Norte de África*, Valladolid, Instituto Leonés de Cultura.

CARRASCO GONZÁLEZ, A. M.

(2013): “El ordenamiento jurídico hispano marroquí”, en M. Aragón Reyes (dir.), *El Protectorado español en Marruecos: la historia trascendida*, Madrid, Iberdrola, vol. 1, pp. 57-79.

CASTÁN TOBEÑAS, J.

(1922): *Derecho civil español foral y de la Zona del Protectorado de España en Marruecos*, Madrid, Reus.

CHARFERDDINE, M. K.

(1992): “Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des obligations et des contrats”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 48-2, pp. 421-442.

CHRISTELOW, A.

(1985): *Muslim Law Courts and the French Colonial State in Algeria*, Princenton Legacy Library.

CORDERO TORRES, J. M.

(1942-43): *Organización del Protectorado Español en Marruecos*, Madrid, Editora Nacional, tomo II (1943).

DEPERCHIN, A. y LEKEAL, F.

(2011): “Le protectorat, alternative à la colonie ou modalité de colonisation? Pistes de recherche pour l'histoire du droit”, *Clio@Themis*, 4. <[http://www.cliothemis.com/IMG/pdf/Annie\\_Deperchin\\_et\\_Farid\\_Lekeal.pdf](http://www.cliothemis.com/IMG/pdf/Annie_Deperchin_et_Farid_Lekeal.pdf)>.

DESPAGNET, F.

(1896): *Essai sur les Protectorats*, París, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais.

FALGUERAS Y OZAETA, I.

(1910): *Estudios sobre sociología y derecho de Marruecos*, Madrid, Reus.

FRANQUEIRA, R. V.

(1933): *Tierras guich. Régímenes jurídicos de la propiedad inmobiliaria en el antiguo y moderno Marruecos*, Ceuta, Impr. África.

GAMBRA SANZ, M.

(1925): *La propiedad territorial en la Zona de influencia española en Marruecos y el Registro de Inmuebles*, Madrid, Reus.

GILLOTTE, C. E. E.

(1854): *Traité du Droit musulman*, Bona, Impr. de Dagand.



GRILLI, A.

(1995): *Un giurista italiano di diritto comune nell'era del colonialismo. David Santillana. Le livre jubilaire Centenaire du Dahir formant Code des Obligations et Contrats*, Fez, Faculté des Sciences Economiques et Sociales. <<http://www.ihd.cnrs.fr/spip.php?article470&lang=fr>>.

HENRY, J. R.

(2012): “Marcel Morand”, en F. Pouillon (ed.), *Dictionnaire des orientalistes de langue française*, París, Karthala, p. 747, edición ampliada (1.ª ed. 2008).

KHALIL

(1911): *Code Musulman (Rite malékite-Statut réel). Texte arabe et nouvelle traduction par N. Seignette*, París, Challamel (1.ª ed. 1878).

LEÓN Y RAMOS, E.

(1915): *Marruecos. Su suelo, su población y su derecho*, Madrid, Artes Gráficas Mateu, edición ampliada (1.ª ed. 1910).

LÓPEZ OLIVÁN, J.

(1931): *Legislación vigente en la Zona de Protectorado español en Marruecos*, Madrid, Gráficas Marinas, tomo II.

LÓPEZ ORTIZ, J.

(1930): “La recepción de la escuela malequí en España”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 7, pp. 1-167.

LUCIANI, J. D.

(1896): *Petit traité des Successions Musulmanes (Rah'bia)*, Argel, Impr. Orientale P. Fontana.

MARINA ENCABO, J. F.

(s.d.): *La propiedad inmueble en el Marruecos Español. Recopilación de artículos publicados en el diario 'La Gaceta de África'*, Tetuán, Editorial Hispano-Africana.

(1943): “La propiedad inmueble como medio eficaz de colonización en la zona española de Marruecos”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 182, pp. 458-464.

MIQUÉLEZ DE MENDILUCE Y PECIÑA, C.

(1907): *Notas de Derecho Musulmán o Rasgos de la Charáa*, Melilla, Impr. El Telegrama del Rif.

MONÈGER, J.

(1984): “Biographie du code des obligations et contrats. De la réception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain”, *Revue Marocaine de Droit et d'Économie du Développement*, 7, Casablanca, pp. 15-62.

MORA REGIL, E. y RODRÍGUEZ AGUILERA, C.

(1947): *Leyes de Marruecos*, Madrid, Reus.

MORAND, M.

(1916): *Avant-projet de Code présenté à la Commission de codification du droit musulman algérien*, Argel, A. Jourdan.

MOUSSERON, J. M.

(1968): “La réception au Proche-Orient du droit français des obligatios”, *Revue internationale de droit comparé*, 20-1, pp. 37-78.

## NIDO Y TORRES, M.

(1921): *Derecho musulmán*, Tetuán, Editorial Hispano-Africana.

(1927): *Derecho musulmán*, Tetuán, Editorial Hispano-Africana, ed. ampliada (1.<sup>a</sup> ed. 1921).

## PANIAGUA, J. M.

(1950): *La prescripción y el retracto en el derecho consuetudinario del Rif*, Madrid, CSIC-Instituto de Estudios Africanos.

(1952): “Notas sobre el derecho consuetudinario de la propiedad en el Rif”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VI, pp. 165-214.

PIRET, B. *et al.*

(2013): *Droit et justice en Afrique coloniale. Traditions, productions et réformes*, Bruselas, Publications de l'Université Saint-Louis.

## DE LA PLAZA, M.

(1941): *Derecho de Marruecos*, Madrid, Reus.

## RENUCCI, F.

(2008): “La doctrine coloniale en République. L'exemple de deux juristes algériens: Marcel Morand et Emile Larcher”, en A. Stora-Lamarre, J. L. Halpérin y F. Audren (dirs.), *La République et son droit*, Besançon, Presses Universitaires de Franche-Comté, pp. 461-478.

(2010): “Le meilleur d'entre nous? Ernest Zeys ou le parcours d'un juge de paix en Algérie”, en B. Durand y M. Fabre, *La petite justice Outre-mer*, tome IV: *Justicia illitterata: aequitate uti? La conquête de la toison*, Lille, pp. 67-85.

(2015): “David Santillana, acteur et penseur des droits musulman et européen”, *Monde(s). Histoire, espaces, relations*, 1-7, pp. 25-44.

## RODRÍGUEZ AGUILERA, C.

(1947): *Leyes de Marruecos*, Madrid, Reus.

## RODRÍGUEZ DE GORTAZAR, J.

(1928): *Los mandatos internacionales en la política colonial*, Madrid, Reus.

## ROUSSEAU, X.

(2013): “Vers une histoire post-postcoloniale de la justice et du droit en situation coloniale?”, en B. Piret *et al.* (eds.), *Droit et justice en Afrique coloniale. Traditions, productions et réformes*, Bruselas, Publications de l'Université Saint-Louis, pp. 9-26.

## SÁENZ ARANAZ, B.

(1935): *Régimen de tierras. Legislación vigente: curso de perfeccionamiento de interventores*, Ceuta, Impr. África.

## SANTILLANA, D.

(1925): *Istituzioni di Diritto Musulmano Malichita con risguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, Roma, Istituto per l'Oriente.

## SAURIN, D.

(1906): *La propriété dans le droit musulmant particulièrement au Maroc*, París, Le Comité du Maroc.

(1907): *Le régime foncier au Maroc. D'après l'article 60 de l'Acte d'Algeriras*, Tanger, Impr. Marocaine.

## SAUTAYRA, E. y CHERBONNEAU, E.

(1874): *Droit musulman: Du statut personnel et des successions*, vol. I: *Du statut personnel* y vol. II: *Ses successions*, París, Maisonneuve.

THÉNAULT, S.

(2001): *Une drôle de justice. Les magistrats dans la guerre d'Algérie*, Paris, La Découverte.

TYAN, E.

(1961): "Les rapports entre le droit musulman et le droit européen occidental, en matière de droit civil", *Al-Andalus*, XXVI, 2, pp. 323-336.

VIGNON, L.

(1919): *Un programme de politique coloniale. Les questions indigènes*, Paris, Plon.

WOOD, L.

(2016): *Islamic legal revival. Reception of the european law and transformations in islamic legal thought in Egypt, 1875-1952*, Oxford University Press.

ZEYS, E.

(1885): *Traité élémentaire de droit musulman algérien (École malékite): Spécialement rédigé sur le cours oral fait à l' Ecole de Droit d' Alger à l' usage des candidats au certificat inférieur de législation algérienne et de coutumes indigènes*, Argel, A. Jourdan, tomo I.