

Función notarial y derecho de Gipuzkoa

Fonction notariale et droit du Guipúzcoa

(Notary function and law of Guipuzcoa)

Sanza Amurrio, Jesús María
Luis Mariano, 10 - 4º B
20302 Irún

BIBLID [1138-8552 (1998), 13; 45-68]

El autor analiza desde el punto de vista Notarial la forma de testar y la sucesión mortis causa en Guipúzcoa. Da una visión histórica así como de instituciones que se han aplicado en Guipúzcoa. Pero sobre todo lo que intenta realizar son las conclusiones subjetivas desde una visión práctica sobre el posible uso y futuro del Fuero por este territorio Histórico. La visión de esta conferencia es ya a posteriori de la publicación del artículo 147 de la ley de derecho civil Vasca.

Palabras Clave: Sucesión testada. Foral de Guipúzcoa. Práctica Notarial. Conclusiones.

L'auteur analyse, du point de vue notarial, la façon de tester et la succession "mortis causa" en Guipuzcoa. Il aborde les institutions appliquées en Guipuzcoa d'un point de vue historique. Mais, ce qu'il essaie surtout de réaliser, ce sont les conclusions subjectives, d'un point de vue pratique, de l'usage possible et futur du Fuero dans ce territoire historique. Le but de cette conférence est, à posteriori, la publication de l'article 147 de la loi du Droit civil basque.

Mots Clés: Succession testamentaire. For de Guipuzcoa. Pratique notariale. Conclusions.

Egileak Gipuzkoari dagozkion testamentu egiteko era eta "mortis causa" oinordekotza aztertzen ditu notariaren ikuspuntutik. Ikuskera historikoa ematen du eta Gipuzkoan aplikatu diren erakundeak azaltzen ditu. Baina batez ere, lurralde historiko horrek Foruaz egin dezakeen erabilera eta Foru horren etorkizunari buruzko ikuspegi praktikotik ondorioztatzen diren konklusio subjektiboak ematen saiatzen da. Hitzaldi honen ikuspegia jadanik euskal zuzenbide zibileko 147 artikulua argitaratu ondokoa da.

Giltz-Hitzak: Oinordekotza testamentuduna. Gipuzkoako Forua. Notari praktika. Konklusioak.

FUNCIÓN NOTARIAL Y DERECHO DE GIPUZKOA

22 Agosto, 1994

El derecho de foral de Gipuzkoa es un derecho de usos y costumbres que no se ha recogido en ley alguna hasta el año de 1992 y así dice el

El “LIBRO III DEL FUERO CIVIL DE GUIPUZCOA” de la Ley de derecho Civil Vasco:

Artículo 147.-1. Se reconoce la vigencia de las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío y del patrimonio familiar en Gipuzkoa, las cuales deberán ser actualizadas por la ley del Parlamento Vasco.

2. El Gobierno Vasco y las instituciones forales de Gipuzkoa promoverán y estimularán los trabajos necesarios para que el derecho consuetudinario quede definitivamente formulado en los términos de su vigencia actual”.

CARACTERES DEL DERECHO GUIPUZCOANO

- 1.- Por lo tanto nos encontramos ante un derecho consuetudinario, esto es no recogido en ley, la primera plasmación del citado derecho lo recoge afortunadamente el artículo 147 de la ley, bienvenido sea, al que se le pudiera aplicar el refrán popular de “más vale tarde que nunca”.
- 2.- Este derecho autóctono que ha perdurado en Guipúzcoa se ha conservado y desarrollado paralelamente al derecho común o castellano, este derecho ha sido un derecho vivido, realizado por sus habitantes a través de las relaciones jurídicas de los guipuzcoanos.
- 3.- Es un derecho preferentemente RURAL, como forma de organizarse hasta hace pocos años en Guipúzcoa los caseríos.
- 4.- Organiza las relaciones familiares y sucesorias, dentro del núcleo de organización social que era el caserío.
- 5.- Es un derecho Notarial: Puesto que se ha desarrollado, conservado dentro de los Protocolos Notariales. Por lo tanto la labor de los Notarios ha sido dar forma a esas voluntades y también conservar esos documentos en los archivos y en los cuales podemos conocer el derecho de Guipúzcoa.
- 6.- Es un derecho en el que subyace LA LIBERTAD INDIVIDUAL, ¿cómo el Etxe Jaun o Dominus que tenía potestad incluso militar dentro del territorio de su caserío iba a estar limitado a la hora de realizar el testamento?

Con la introducción del Derecho Castellano se introducen principios totalmente diferentes a esa organización. Dicho derecho está basado en un poder omnímodo del Rey, para posteriormente pasar ese poder al Estado. Dicho poder llegará a su culmen con los sentimientos codificadores del siglo pasado, con una pretendida unificación, que prefirió copiar artículos enteros del Código Francés antes que mirar la manera de aunar criterios respetando a los derechos Forales.

DE LOS ESCRIBANOS Y NOTARIOS

La Provincia de Guipúzcoa no hizo recopilaciones de Leyes privadas, pero sí se preocupó de los Escribanos o Notarios.

Con la incorporación a Castilla los escribanos eran nombrados por el Rey. Por este motivo, estos nombramientos recaían muchas veces en personas extrañas al país, ignorantes de su lengua, usos y costumbres. La Provincia planteó en tiempos de la Reina Doña Juana estos inconvenientes y en consecuencia se expidió el oportuno Real Privilegio de 13 de Agosto de 1513, por la que los Municipios y Concejos de esta Provincia han estado en el uso y constante posesión de proveer las vacantes de sus respectivas escribanías, hasta la unificación y nacimiento del Notariado Moderno que data de 30 de Mayo de 1862. Si bien actualmente recuperando la tradición es el gobierno Vasco quien nombra con capacidad de veto a los Notarios, propuestos por el Ministerio de Justicia.

La citada preocupación de la Provincia tiene su origen en que los usos y costumbres de Guipúzcoa tenían que ser traducidos al lenguaje jurídico por personas que tuvieran conocimiento de los citados usos.

ORIGEN DEL DERECHO EN GUIPUZCOA

En Guipúzcoa el nacimiento y camino de Evolución del Derecho Foral es muy antiguo. Sin duda antes de ser territorio Navarro tendría sus propias normas, cuando formó parte de Navarra aparecen los primeros Fueros de carácter Municipal, los pueblos de la costa recibieron cartas similares al Fuero de Estella y en el interior predominó el Fuero de Vitoria.

La primera regulación de derecho civil que aparece en el Derecho Guipuzcoano es la del Fuero de San Sebastián del año 1180, derivado del de Estella, salvo las disposiciones del Derecho del mar, que son autóctonas. En él se establecen algunas disposiciones de carácter sucesorio de carácter troncal.

Se recoge la troncalidad mandando la devolución al tronco de los Bienes Muebles e Inmuebles, consagrando la exclusión del progenitor superviviente en la sucesión de los bienes que dicho premuerto había heredado del otro progenitor. A dicha institución troncal hace referencia un pleito de alrededor del año 1543 seguido por Juanes de Zaldibar contra Juanes de Ayerdi.

En él se expone que esta demanda de reclamación de dote, reclamada por el hermano troncal, se hacía "conforme al uso y costumbre inmemorial y privilegio que tien y 'a dicha villa' y en demostración de dicha costumbre se incorporó a los autos el testimonio de la Cédula que contiene el Fuero de Sancho el Sabio de Navarra".

El derecho de testar (como libertad de testar) Guipuzcoano ya se invoca en la Ordenanza de Oñate de 1477, incluso se asimila con el derecho Vizcaíno en la cédula aprobatoria de los Reyes Católicos de 6-1-1485, cuando existiendo en el señorío facultad de apartar a los hijos que no fuera el sucesor con la Legítima Foral simbólica se habla indiscriminadamente "de una forma y manera que se face e acostumbra facer en Guipuzcoa y en Vizcaya". En el memorial que presenta Juan Arbelaitz en 1625, ya se recoge la oposición que hay entre la ley escrita y la costumbre.

Desde el año 1200 Guipúzcoa se incorpora a Castilla, incorporación que se hace conservando los Fueros que regían en el Territorio y autonomía legislativa en ciertas materias.

Si bien en lo que al derecho Privado se refiere se aplicó el Fuero Real y el Ordenamiento de Alcalá de 1384, disponiendo este último que se aplicaran las disposiciones en él contenidas, luego los fueros Municipales y con ellos el Fuero Real y después las Partidas.

El derecho autóctono quedará absorbido en gran parte por el citado derecho nuevo o de Castilla que irrumpió fuertemente por ser un derecho técnicamente muy avanzado y naturalmente por ser derecho propiamente Real.

Esta aplicación del derecho fue particularmente grave para el derecho privado de Guipúzcoa al no estar recogidas sus normas en ninguna compilación escrita, a diferencia de otros territorios históricos como Vizcaya, Navarra o Ayala en los que se realizan las compilaciones de las normas escritas.

Por lo tanto se inició una etapa de supervivencia del derecho Guipuzcoano autóctono, en la que sólo han logrado estar vigentes unos usos y costumbres de carácter sucesorio-familiar que los guipuzcoanos estimaban vitales para la organización económica- social basados en lo que se denomina "la Ordenación Consuetudinaria del Caserío".

METODOLOGIA NOTARIAL

Esta etapa que hemos denominado de supervivencia han convivido dos derechos el emanado del Reino y las normas consuetudinarias de los particulares guipuzcoanos.

Es en estas normas emanadas de los particulares donde cobran importancia las escrituras públicas elaboradas antes por los Escribanos, hoy Notarios.

Los particulares a la hora de formalizar sus contratos, actos jurídicos , formalizar sus relaciones familiares y sucesorias acuden al Notario.

El Notario se encargará de traducir al lenguaje jurídico las pretensiones de los particulares, dando a modo de equipo técnico forma a esa "Ley Particular", emanada de la voluntad individual humana que los clientes manifiestan en su consulta.

El derecho de Guipúzcoa se ha desarrollado en las escrituras pero éstas tienen unos límites dentro del: AMBITO PERSONAL.

Dichas "leyes de los particulares", están limitadas en su ámbito, puesto que los actos tienen repercusión en la familia en el caso de que el otorgante de la escritura pública otorgue PACTO SUCESORIO O CAPITULACIONES MATRIMONIALES, los sucesores en el caso de que otorgue TESTAMENTO, los donatarios en el caso de que otorgue ESCRITURA DE DONACION, etc...

Hemos dicho que el Notario es el encargado de reflejar esa voluntad humana, así como de archivarla (extremo éste que desarrollaremos posteriormente).

AMBITO TERRITORIAL

El otorgante solamente puede afectar a los bienes que él posee o pueda poseer en el futuro. En Guipúzcoa y por lo que a nosotros interesa es en el Caserío con todos sus

pertenecidos, donde se han desarrollado todas las vicisitudes del Fenómeno de conservación que estamos estudiando. Porque el Guipuzcoano ha tenido un núcleo embrionario de organización que era el caserío. En ese caserío el Etxe- Jaun o Dominus, ejerce una verdadera jurisdicción, en la edad antigua de carácter incluso militar y penal, y el municipio guipuzcoano será en sus orígenes una reunión de caseríos o Fuegos.

Si los mismos dueños de los caseríos hacían las leyes que eran los Fueros ¿Cómo iban a estar limitados a la hora de disponer de los bienes para después de su muerte?

De ahí saldrán representantes que se reunirán en las Juntas de la Provincia, máximo organismo de gobierno.

AMBITO TEMPORAL

El otorgante ante el Notario dará forma a sus aspiraciones y éstas pueden tener eficacia desde ese momento o bien tenerla en el futuro. Si se realiza un testamento su ámbito es muy significativo la voluntad vive el muchos años. Se dispone de los bienes para después de su muerte. El testamento es un documento muy significativo pues cobra su verdadera fuerza con la muerte de la persona, regulando relaciones jurídicas y personales para después de aquella... es una extensión de la personalidad que perdura a la muerte

Los Notarios han ido guardando año tras año esos documentos encuadrado en su propia Notaría los legajos y escrituras públicas y entregando sus colecciones pasados los cien años respectivos de guarda a los archivos de la Provincia. Por lo tanto los archivos de los Notarios que se hallan en Tolosa y en Oñate son fundamentales para estudiar el derecho autóctono.

El Derecho Guipuzcoano se ha desarrollado al amparo de esos documentos otorgados y guardados por los escribanos públicos. Por lo tanto el Protocolo Notarial que es así como se llama el archivo de los Notarios ha contribuido de manera esencial a la conservación del citado derecho.

Veamos cuáles son los documentos que han guardado los Notarios:

EL DERECHO GUIPUZCOANO A TRAVES DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES

En Guipúzcoa el Derecho Civil Foral que subsiste como costumbre consuetudinaria recae sobre el derecho de sucesiones y familiar (aunque puntualmente afecte al derecho obligacional en lo que se refiere a las donaciones) más concretamente sobre la forma de testar los caseríos o lo que Alvaro Navajas llamaba la Ordenación Consuetudinaria del Caserío.

Por lo tanto para estudiar las costumbres guipuzcoanas hay que examinar principalmente los archivos notariales de las diferentes épocas y especialmente las escrituras de testamentos, pactos sucesorios, capitulaciones matrimoniales, donaciones propter nuptias y el testamento por comisario.

LA ESCRITURA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES. SU IMPORTANCIA: VERDADERO PACTO SUCESORIO

Aunque es el documento más característico, y los PROTOCOLOS NOTARIALES HASTA LOS AÑOS 60 ESTAN "PLAGADOS" DE DICHOS DOCUMENTOS, hoy en día no se realizan por diversos motivos con frecuencia, y aunque se tiende a mantener la indivisibilidad del caserío se escogen diversas formas para la realización de la transmisión indivisible del caserío. Será la donación con diversas cláusulas parecidas a las capitulaciones, o bien a través de la compraventa simulada, etc... las que sustituyen paulatinamente las formas tradicionales.

La sociedad Rural Guipuzcoana ya desde aquellos años y hasta hace muy poco ha mantenido la costumbre de elegir entre los hijos con entera libertad y sin distinción de sexo preferentemente al mayor pero no siempre cual de ellos era el continuador del Caserío y éste se hacía generalmente a través de las Capitulaciones Matrimoniales de la pareja joven en que intervenían también los padres de los contrayentes y en las cuales se donaba el caserío con todos sus pertenecidos y aperos agrícolas y útiles de labranza si bien sometiéndolo a una serie de condiciones que variaban según los tiempos y según las zonas.

Estas donaciones tienen carácter de mejora, disponiendo que se imputen al tercio de libre disposición y si no cupieren al de mejora.

Tienen el carácter de ASISTENCIA al matrimonio viejo, disponiendo que los donantes (los padres) formarán con el donatario una sola familia, asistiéndose mutuamente en sus enfermedades; procurando administrar los bienes de mutuo acuerdo. Costeándose los alimentos de ambas familias y demás personas que vivan en el Caserío.

NATURALEZA

El Régimen es muy parecido al existente en Navarra, Ayala o el Alto Aragón (también en Cataluña)

Es una institución civil de carácter complejo que se encuadra dentro del derecho sucesorio familiar. Pero aun siendo un negocio atípico participa de las normas de sociedad civil y de la donación, pues no cabe duda que hay aportaciones, cargas que pudieran ser modales, reservas de usufructos pero la finalidad tipifica la relación como "sucesorio familiar".

CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES

Vamos a ver cuál era el contenido de la ordenación consuetudinaria típica del Caserío que se resume del negocio jurídico primero en unas capitulaciones y en un posterior testamento.

Lo fundamental del negocio jurídico es un contrato pactado normalmente en capitulaciones (antes de casarse o después del enlace, no importaba el momento) entre el matrimonio joven y el matrimonio viejo en ellas se establece una comunidad familiar y sucesoria compleja. Normalmente los padres se reservan la mitad del usufructo en igualdad de condiciones aunque no sea uno de ellos el dueño del caserío, en esto es parecido a la fealdat Catalana, si bien el usufructo generalmente es la mitad y no universal.

Es frecuente que los demás hijos declaren haber recibido tal cantidad a cuenta de las legítimas, en documento privado o público.

REVERSION TRONCAL

Las Leyes de Toro de 1505 fueron beneficiosas para la institución Guipuzcoana aprovecharon la posibilidad que concedía la Ley sexta de Toro INTERPRETADA A SENSU CONTRARIO en la que se establecía que los ascendientes heredaran de los descendientes en abintestato, salvo que los fueros del lugar o la costumbre dispusieran otra cosa. Y las Juntas de Guipúzcoa disponían lo contrario hasta el punto de recomendar a los escribanos que la pusieran en todas las escrituras.

Se regulaba la Reversión de la dote que generalmente era el caserío reseñado en las capitulaciones cuando la pareja joven se disolvía por fallecer el hijo continuador del Caserío sin hijos, reversión que se hacía en favor de los parientes tronqueros, en unas Juntas de Guipúzcoa celebradas en Bergara del año 1643, expresamente se ordena y amonesta a los escribanos que no pusieran la citada cláusula y así mismo se pide que se debiera de entender puesta la cláusula de Reversión troncal aun cuando ésta no se mencionara.

Dicha cláusula era una consecuencia lógica de la Donación total del Caserío a la pareja joven puesto que en caso contrario dicho caserío pasaba a la línea de la otra familia, estas instituciones han pasado como hemos dicho hasta nuestros días.

Y de manera fragmentaria del derecho foral al Código Civil en el artículo 812.

CLAUSULAS DE ESTILO: Eran muy diversas tanto en número como en contenido, damos unos ejemplos de ellas a continuación:

1.- *En favor de padres y del caserío*: “levantar las cargas de la familia”, “oirá y atenderá a los padres en todos los asuntos y negocios de la casa”, “no traficar con el ganado de modo impropio a un diligente labrador”, “disponer de los bienes inmuebles sin el consentimiento del padre donante o en su falta la madre”.

2.- *En favor de los hermanos*: “el derecho a vivir en el caserío mientras permanezcan solteros y no hayan recibido asignación”, “los hijos podrán volver al caserío en caso de enfermedad y todos ellos en todo tiempo serán bien recibidos en Gure Enea, y los días tradicionales de fiestas y visitas”.

3.- El donatario no podrá vender, gravar o enajenar los bienes sin consentimiento de los donantes.

4.- Si por cualquier motivo no conviniere a los donantes y donatarios continuar la vida en común se separarán saliendo el donatario de la casa de sus padres y retirando al hacerlo la dote de su esposa.

5.- Cuando se da una cantidad global en metálico se suele poner esta cláusula: “Si procediere la liquidación de la herencia del testador, se reconocerá a los hijos no mejorados lo que por legítima les corresponda, con reserva del derecho a suplemento si en su día al ser liquidados ambas herencias no alcanza las cantidades asignadas.

Bonifacio de Echegaray distingue si el Caserío es de la zona interior o de la costa, predominando más que se reserven el usufructo de todo el caserío en la costa.

- El matrimonio viejo reserva la propiedad.
- El usufructo con variantes, la facultad de disponer.

EL TESTAMENTO

Junto a las capitulaciones hay un testamento posterior o simultáneo en el que hay una promesa de mejorar en el testamento en el tercio y dejarle el tercio de libre disposición posteriormente en testamento, paralelamente se instituye heredero a fin de respetar las legítimas instituyendo al sucesor de la manera dicha. Se solía nombrar albaceas poniendo comisario que también esta institución se ha aplicado en Guipúzcoa o a modo de consejo de parientes dándoles libertad de elegir sucesor entre los hijos.

Quizá “la filosofía de la institución hace que” nos encontremos ante una nueva variante de la libertad de testar.

En él se instituía heredero al hijo o hija que continuaba en el caserío dándole el tercio que establecía el fuero Real pero que no podía acumularse al quinto de libre disposición.

LA MEJORA EN EL TESTAMENTO

La mejora se establecía en Guipúzcoa en el testamento favoreciendo como hemos dicho anteriormente a favor del continuador del Caserío, las leyes de Toro ampliaron la facultad de testar de los Guipuzcoanos al permitir acumular el tercio y el quinto y favorecer la elusión de las legítimas Castellanas.

Sin embargo la Pragmática Real de 1534 prohibió mejorar en el tercio y en el quinto por dote o donación a las hijas. Desde esa fecha son constantes las referencias en numerosas Juntas de Guipúzcoa por las que se insta a impugnar la aplicación de dicha ordenanza. El continuador del caserío por lo tanto no era siempre el mayor ni siempre el hombre sino que se tenían en cuenta las aptitudes de los hijos para llevar la sucesión de la casa. No hay continuidad pues del mayor ni incluso de apellidos y lo que importa y se conoce es el solar o el nombre del caserío.

LAS LEGITIMAS Y LA LIBERTAD DE TESTAR: UN PASE FORAL A LA GUIPUZCOANA

Las dificultades que originaron la aplicación jurídica de las legítimas Castellanas dieron lugar a numerosos planteamientos por parte de las Juntas de Guipúzcoa, que pese a ser muchos no han cristalizado en un Régimen Sucesorio Legal quedándose en prácticas recogidas por escrito únicamente en los protocolos Notariales.

Las Juntas Generales de Guipúzcoa celebradas en Tolosa en 1696 dispusieron que “cualquier persona pudiera dar por contrato intervivos o mortiscausa a uno de sus hijos o hijas o al nieto de éstas, todos sus bienes muebles y raíces derechos y acciones, apartando a los otros hijos o hijas o descendientes legítimos con cualquier cosa o cantidad poca o mucha que les quisieran señalar”.

Las Ordenanzas que se establecieron en dicha Junta fueron rechazadas por el Consejo de Castilla en auto ejecutorio de la providencia de 19 de Diciembre de 1697, también en el mismo sentido las Juntas celebradas en Azcoitia en 1747, se le podría objetar como algunos autores han señalado que estas Juntas copiaron el Régimen de Libertad de testar Navarro, sin embargo hemos de decir que a pesar que los Navarros tenían la libertad de testar establecida en numerosos fueros municipales como el de Peralta de 1144 y el Fuero de Jaca del año 1187. Curiosamente en el Fuero General de Navarra solamente se da la

libertad de testar a los nobles y con unas limitaciones legitimarias superiores incluso a las castellanas pues la legítima establecida que tenían que dar a cada hijo una arizanda de viña, dos robadas de trigo y un huerto con una era. Y esto solamente en vida pues por testamento no podían dar más a un hijo que a otro. En 1688 la legítima forzosa Real se sustituye por otra formularia, por lo tanto la costumbre Navarra elevada a ley no difiere en años tanto como pudiera pensarse.

Es por lo tanto que pensamos que Leizaola o Galindez y actualmente con Luis Arechederra no se hallan muy alejados al decir que la libertad de testar regía en Guipúzcoa y Oñate al igual que en Ayala y Navarra.

EL CONDADO DE OÑATE Y LA LIBERTAD DE TESTAR: SEMEJANZA CON EL FUERO DE AYALA ¿EMBRION DE UNA FUTURA LIBERTAD DE TESTAR EN GUIPUZCOA?

Tardíamente incorporado este Condado a Guipúzcoa conservó durante muchos años el privilegio otorgado por los Reyes Católicos y renovado por sucesivas leyes. El citado privilegio otorgaba la libertad de testar a sus habitantes. Sin embargo en el siglo XIX por error, afirma Uriarte Lebario se confundió con el derecho de mayorazgos de Castilla como el derecho que tenían sus habitantes a hacer Mayorazgos y fue suprimida en el siglo XIX, (ley de abolición de Mayorazgos) cuando las leyes del Estado abolieron dichos mayorazgos.

En dicho territorio no había mayorazgos, entendidos estos como vinculación de bienes a una sucesión de personas y la propiedad transmitida al mayor de la casa (sentido que tenían en Castilla), la obligación de darles alimentos, cantidades...

SIGLO XX

Será en los años veinte (1929), cuando hay un proyecto serio de la Diputación donde se recoge la regulación del Caserío, la forma de su transmisión, préstamos para la compra de caseríos arrendados,... proyecto muy ambicioso y adelantado para su tiempo que viene a coincidir en materia de arrendamientos con el que el gobierno del estado realizó sesenta años más tarde en 1981 y el Estatuto de Agricultores Jóvenes.

Quizá por esos motivos, hubo polémica con los grandes propietarios de caseríos, y el proyecto no salió adelante; pues hay que tener en cuenta que muchos de los caseríos están arrendados y proviene el arrendamiento de muchos años atrás siendo propietarios de caseríos marqueses, duques y grandes de España.

Por lo tanto si hemos de reformar la Compilación para meter a Guipúzcoa sería necesario tener presentes tanto los textos de las Juntas celebradas en la Provincia como el más reciente proyecto de los años veinte de la Diputación en que se regulaba el caserío guipuzcoano.

En él se regulaba el Caserío definiéndolo como la "propiedad rústica que radicando en la provincia de Guipúzcoa, fuera del radio de la zona natural de ensanche de las poblaciones, forme un cuerpo de bienes independientes o unidos con una o más viviendas, habitadas bien por su propietario o arrendatario o colono que con su trabajo personal y familiar lo dedique a explotación agrícola y tenga varias piezas de terreno o pertenecidos aunque no linden entre sí ni con las viviendas.

Se regulaba la forma de compraventa de los caseríos, con un novedoso acceso a la propiedad de los arrendatarios que había de confeccionarse o formalizarse hacerse notarialmente.

Se regulaba la sucesión hereditaria del citado caserío, estableciéndose en su artículo 14 la libertad de testar respecto de los caseríos.

Y el art.15 "...el propietario del caserío designará en su testamento a la persona que ha de suceder en él con exclusión de los demás herederos forzosos, a quienes señalará como legítima la porción de herencia que tuviere por conveniente, a satisfacer bien con otros bienes si los hubiere, bien por el sucesor en el caserío...".

Estableciendo el artículo 17 una prelación en la designación de heredero: (entre los hijos y el cónyuge). Se ocupaba el artículo 19 de la donación intervivos del caserío la cual solamente podía ser de la nuda propiedad y a los herederos forzosos del artículo 17, reservándose obligatoriamente el usufructo vitalicio.

Y en el artículo 18 se regulaba una modalidad de poder testatorio o testamento por comisario.

ESTE PROYECTO NOS ABRE EL CAMINO A LA REFORMA, AHORA BIEN ¿HABRA QUE EXTENDER SU AMBITO AL INDUSTRIAL, URBANO O COMERCIAL?

Hay que destacar que el Tribunal Supremo en el año 1984 se ha adelantado a las Instituciones Forales reconociendo la vigencia de la citada Costumbre Guipuzcoana. Al contrario que en otros tiempos con el pase foral se "obedezca pero no se cumpla", o el llamado Contrafuero, en el siglo XVI las sentencias se perdían en la Chancillería de Valladolid, no es el caso de la sentencia que vamos a comentar Y LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN ESTOS MOMENTOS:

LA SENTENCIA DE 1984 ES IMPORTANTE PORQUE EL ORGANO SUPERIOR DE JUSTICIA ASUME LA REALIDAD JURIDICA DE GUIPUZCOA. ¿QUIZA DEMASIADO TARDE?

El camino recorrido en la sentencia es primero el juez de Bergara que ante una reclamación de legítimas y petición de reducción de donaciones de un caserío donado a otros hijos aplica sin más el Código Civil, prosperando la reducción.

En la Audiencia del Pamplona prospera la Apelación y se revoca la Sentencia de Bergara por razones de prescripción de la acción de reducción y revocación de la donación.

En cambio el Tribunal Supremo, en esta importante sentencia define jurisprudencialmente la costumbre consuetudinaria guipuzcoana.

CONCLUSIONES: FUENTES PARA UNA FUTURO FUERO

La Constitución en el artículo 149, "... los derechos consuetudinarios....allí donde existan. El artículo 10 del Estatuto de Autonomía nos permite desarrollar nuestro derecho.

No cabe duda de que lo mejor para reconstruir el derecho de Guipúzcoa esta costumbre será una vez más LOS ARCHIVOS DE PROTOCOLOS DE LOS NOTARIOS FIELES REFLEJOS DE LA VIDA JURIDICA DEL PUEBLO.

Ahora bien nos debemos circunscribir solamente al ámbito del caserío y las relaciones de nuestros antepasados. Pienso que sería injusto relegar al caserío la regulación foral que se deba de crear. Y ello debido a que antes eran unas costumbres que regulaban la parte vital de Guipúzcoa. Ahora la gente vive en las ciudades y en los pueblos; limitar la regulación a los caseríos sería relegarla al olvido. Guipúzcoa regulaba con costumbre contra legem la parte vital de su organización, es por ello que ahora Guipúzcoa puede si quiere hacerlo regular con la ampliación total el citado derecho foral, adaptándolo a su realidad actual.

La institución de la transmisión del caserío ha perdido relevancia social como hemos dicho anteriormente, no obstante es evidente que hay que recoger una regulación supletoria del caserío guipuzcoano y estudiar su aplicación o modernización con cautela; dicha reforma (que en el fondo encubre la libertad de testar entre los hijos en otros ámbitos de la sociedad) negocios, industrias, comercios y población total).

Sin embargo una vez demostrado que hay derecho Foral y éste está reconocido legalmente y jurisprudencialmente pienso que permite el desarrollo y acondicionamiento de los usos guipuzcoanos, Y ESTE EN LO QUE A GUIPUZCOA SE REFIERE ESTA BASADO EN LA LIBERTAD DE TESTAR y el principio básico de favorecer a la Familia, si bien ahondando hoy en la familia básica y sobre todo dando importancia al cónyuge.

En Guipúzcoa existía un Fuero muy similar al de Ayala que es el de Oñate, y pudiera ser éste usado en la totalidad de los municipios que se acojan a él, al igual que lo establecido para el Fuero de Vizcaya en la nueva Ley de Derecho Civil Vasco, puesto que su artículo 13 dice respecto a los vizcaínos no aforados “podrán testar mancomunadamente y por comisario, con arreglo a las disposiciones de este Fuero”.

Y el art. 10 dice que “los Municipios en los que rige la legislación civil general podrán optar por la aplicación de este Fuero Civil en todo su término... en conformidad con lo establecido en el artículo 10.5 de la ley de Estatuto de Autonomía”.

Respecto a la Troncalidad y su posible rehabilitación pienso que nos basta con el articulado del Código Civil en concreto el artículo 812 que en éste caso se recogió por Alonso Martínea teniendo en cuenta la troncalidad de los derechos forales; si bien pudo tener influencia histórica en el presente la práctica jurídica es muy distinta cuando una persona viene al despacho a realizar un testamento, lo normal es que en quien primero piense es en mejorar a la mujer con el usufructo de todos los bienes e incluso que sea la primera heredera si pudiera ser y que después si le sobra algo pase a sus hijos. La troncalidad es harto compleja de regular, vease lo paradójico de usar planos en Vizcaya para determinar el lugar de aplicación.

El concepto de familia en estos momentos, para bien o para mal se ha reducido y el primer tronco es el otro cónyuge, en segundo lugar, los hijos y después los padres, muy en segundo plano quedan los demás parientes.

Rehabilitar el Retracto Gentilicio, la Troncalidad en todos sus términos... pienso que sería un error. Pues el derecho Vasco si en algo se ha caracterizado es ser un derecho vivido y hecho por sus habitantes, pero con unas profundas raíces consuetudinarias, esto es vividas y vigentes. Toda reforma que hagamos, tiene que estar en esa realidad del pueblo para que servimos.

Se observa un cambio de actitud previsor de la gente ante el testamento, antes eran las personas mayores quienes ante la posibilidad más cercana de la muerte venían a testar. Actualmente no ocurre esto y se constata el hecho de que son personas y parejas en general las que realmente viene a realizar el testamento.

En cuanto a la FORMA DE TESTAR PREDOMINANTE ES EL TESTAMENTO DENOMINADO URBANO. Los Guipuzcoanos acuden a testar, hallando muy limitado su poder de disposición, señalan como primer beneficiario al cónyuge instituyéndole usufructuario universal o alternativamente para el caso que este usufructo no sea aceptado por los herederos le legan el usufructo de mejora y el tercio de libre disposición, en algunos casos incluyen la cautela socini.

Es el cónyuge sobreviviente el que aglutina dentro de las posibilidades del sistema legitimario la conservación de la casa y ya no tanto el caserío sino cada vez más el negocio familiar, o la vivienda familiar.

Hay que destacar LA IGUALDAD del contenido testamentario de los dos cónyuges.

Con lo que deducimos que sería conveniente potenciar los derechos del cónyuge superviviente, y por lo tanto introducirlo como posible destinatario del derecho de mejora. Quizá con ello rehabilitar el testamento por Comisario vizcaíno o Navarro sería interesante.

Como regulación concreta debiéramos introducir los instrumentos que faciliten la indivisibilidad del caserío y del patrimonio como el poder testatorio, los pactos sucesorios, y testamento mancomunado.

Asimismo se debían de debilitar las legítimas de los hijos.

Y en tercer lugar potenciar al máximo la libertad de testar sino total sí libertad de escoger heredero entre los hijos y el cónyuge.

Fonction notariale et droit du Guipuzcoa

Sanza Amurrio, Jesús María

Le droit foral¹ de Guipuzcoa est un droit d'us et coutumes qui n'a été recueilli par aucune loi jusqu'en 1992. Ce droit foral figure dans le "LIVRE III : DU FUERO CIVIL DU GUIPUZCOA", de la Loi du droit civil basque:

Article 147.- 1

1. On reconnaît l'existence de coutumes civiles sur l'organisation du "caserío"² et du patrimoine familial en Guipuzcoa, lesquelles devront être actualisées par une loi du Parlement basque.

2. Le Gouvernement Basque et les institutions forales de Guipuzcoa promouvront et encourageront les travaux nécessaires pour que le droit coutumier dudit Territoire Historique soit définitivement formulé tel qu'il est actuellement en vigueur.

CARACTÈRES DU DROIT DE GUIPUZCOA

1.- Ainsi nous nous trouvons face à un droit coutumier, c'est à dire un droit qui n'est pas recueilli en loi. Ce droit apparaît pour la première fois dans l'article 147 de la loi, bienvenu soit-il, et comme dit le proverbe: "Mieux vaut tard que jamais".

2.- Ce droit autochtone qui a perduré en Guipuzcoa s'est conservé et développé parallèlement au droit commun ou castillan. Ce droit a été un droit vécu, créé par ses habitants par le biais de leurs relations juridiques .

3.- Il s'agit d'un droit avant tout RURAL qui, jusqu'à un passé très récent, concernait l'organisation des "caseríos".

4.- Il organise les relations familiales et les successions au sein du noyau de l'organisation sociale qu'était le "caserío" .

5.- Il s'agit d'un droit notarial, puisqu'il s'est développé, conservé dans les minutes des Notaires.

Par conséquent la tâche des Notaires a consisté à mettre en forme ces volontés ainsi qu'à conserver ces documents dans les archives à travers lesquelles nous pouvons connaître le droit du Guipuzcoa.

6.- Il s'agit d'un droit dans lequel LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE est sous-jacente. Comment limiter l'autorité de l'Etxe Jaun ou Dominus qui avait un pouvoir quasi militaire dans le domaine de son "caserío" au moment de faire son testament ?

Avec l'introduction du Droit castillan, l'on introduit des principes totalement différents de ceux de cette organisation. Ce droit s'appuie en premier lieu sur le pouvoir universel du Roi,

1.Foral: coutumier

2.Caserío: propriété rurale

pour transmettre ensuite ce pouvoir à l'État. Ce pouvoir atteindra son sommet avec la volonté codificatrice du siècle dernier, avec une prétendue unification qui préféra copier sur le Code français des articles entiers au lieu de respecter les droits foraux.

DES GREFFIERS ET NOTAIRES

La Province de Guipuzcoa n'a pas fait de compilations de ses lois privées, mais par contre elle s'est occupée des Greffiers et Notaires.

Lors de son rattachement à la Castille les greffiers étaient nommés par le Roi. C'est pour cela que ces nominations concernaient souvent des personnes étrangères au pays ignorant sa langue, usages et coutumes. La province décida d'informer la reine Doña Juana de ces inconvénients et, en conséquence, fut délivré l'opportun Privilège Royal du 13 Août 1513, par lequel les Municipalités et les Conseils de cette Province ont été dans l'usage et constante possession de pourvoir aux vacances de leurs greffiers respectifs, jusqu'à l'unification et la naissance du Notariat Moderne qui date du 30 Mai 1862. Si bien qu'à l'heure actuelle, conformément à la tradition c'est le gouvernement basque qui nomme avec droit de veto les Notaires, proposés par le Ministère de la Justice.

Cette préoccupation de la Province a son origine en ce que les us et coutumes du Guipuzcoa devaient être traduits en langage juridique par des personnes qui devaient connaître les dits usages.

ORIGINE DU DROIT EN GUIPUZCOA

En Guipuzcoa, la naissance et l'évolution du Droit foral sont très anciens. Sans doute avant même d'appartenir à la Navarre il devait avoir ses propres normes. Lors de son rattachement à la Navarre apparaissent les premiers Fueros à caractère municipal, les villages de la côte reçurent leurs premières chartes semblables au Fuero d' Estella et ceux situés à l'intérieur au Fuero de Vitoria.

La première réglementation de droit civil qui apparaît dans le Droit de Guipuzcoa est celle du Fuero de Saint-Sébastien de 1180, dérivé de celui d' Estella, sauf pour les dispositions concernant le Droit maritime, qui sont autochtones. Ce "fuero" établit certaines dispositions en matière de succession à caractère "troncal"³.

Y figure la "troncalidad" qui ordonne la dévolution au tronc des biens meubles et immeubles, consacrant l'exclusion du conjoint survivant de la succession aux biens que le prédécédé avait hérité de ses ancêtres. A cette institution de la "troncalidad" fait référence un procès des environs de l'an 1543 intenté par Juanez de Zaldibar, contre Juanes de Ayerdi. Dans ce procès, il est exposé que la demande de réversion de dot réclamée par le frère "troncal" se faisait conformément "aux us et coutumes immémoriaux et aux privilèges de cette ville" et pour preuve de cette coutume, on incorpora aux jugements le témoignage de la Cédule que contient le "Fuero" de Sanche le Sage de Navarre.

³ troncalidad: institution typiquement basque assurant, par son indivisibilité et son inaliénabilité, la conservation du patrimoine familial.

Le droit de tester (en tant que liberté de tester) guipuzcoan apparaît déjà dans l'Ordonnance de Oñate de 1477, il est même assimilé au droit biscayen dans la cédula d'approbation des Rois Catholiques du 6-1-1485, lorsqu' il existe dans la Seigneurie la faculté d'exclure les enfants qui ne sont pas l'héritier avec la légitime forale symbolique, l'on parle sans discrimination "d'une manière habituelle d'agir en Guipuzcoa et en Biscaye". Dans le mémorial présenté par Juan Arbelaiz en 1625, apparaît déjà l'opposition entre la loi écrite et la coutume.

A partir de l'an 1200, le Guipuzcoa est incorporé à la Castille, incorporation qui se fait tout en conservant les "Fueros" qui régissaient le Territoire et son autonomie législative dans certains domaines.

Si bien qu'en ce qui concerne le droit privé, on appliqua le Fuero Real et l'Ordonnance d'Alcala de 1384, cette dernière ordonnant l'application de ses dispositions, ensuite les "Fueros" municipaux et avec eux le "Fuero real" et ensuite les "Partidas".

Le droit autochtone sera absorbé en grande partie par ce droit nouveau ou de Castille, qui apparut brusquement, droit techniquement plus avancé et naturellement puisqu'il s'agit d'un Droit royal.

Cette application du droit fut particulièrement grave pour le droit privé de Guipuzcoa puisque ses normes n'étaient recueillies dans aucune compilation écrite, à la différence des autres territoires historiques comme Bizcaye, Navarre ou Ayala dans lesquels on fit des compilations des normes écrites.

C'est ainsi que commença une étape de survie du droit autochtone de Guipuzcoa, qui n'a pu conserver que des us et coutumes concernant les successions et la famille, ceux que les habitants de Guipuzcoa considéraient comme indispensables pour l'organisation socio-économique, fondée sur ce qui s'appelle "l'Organisation coutumière du caserío".

MÉTHODOLOGIE NOTARIALE

Tout au long de cette étape que nous avons appelée "de survie" ont coexisté deux droits, l'un émanant du Royaume et les normes coutumières des particuliers du Guipuzcoa.

C'est dans ces normes, émanées des particuliers que prennent de l'importance les écritures publiques, qui auparavant étaient rédigées par les greffiers, aujourd'hui par les notaires.

Les particuliers, lorsqu'ils souhaitent régulariser leurs contrats, actes juridiques concernant leurs relations familiales et successorales ont recours au notaire.

Le notaire se chargera de traduire en langage juridique les prétentions des particuliers, donnant une forme technique à cette "Loi Particulière", émanée de la volonté individuelle que les clients manifestent dans leur consultation.

Le droit de Guipuzcoa s'est développé dans les écritures mais celles-ci présentent certaines limites dans le DOMAINE PERSONNEL.

Ces "lois des particuliers" sont limitées dans leur domaine puisque les actes ont des répercussions au sein de la famille dans le cas où le comparant fait un PACTE SUCCESSIONNEL.

ou DES CONVENTIONS MATRIMONIALES, les héritiers dans le cas où il fait un TESTAMENT, les donataires s'il fait une DONATION, etc...

Nous avons dit que le notaire est chargé de traduire cette volonté humaine, ainsi que de l'archiver (situation que nous développerons plus loin).

DOMAINE TERRITORIAL

Le comparant peut affecter uniquement les biens qu'il possède ou qu'il pourrait posséder dans le futur. En Guipuzcoa et ce qui nous intéresse est le "caserío" avec toutes ses appartenances, c'est là que se sont développées toutes les vicissitudes du phénomène de conservation que nous étudions. Parce que le Guipuzcoa a eu un noyau embryonnaire d'organisation qui était le "caserío". Dans ce "caserío" l' "Etxejaun"⁴ ou Dominus exerce une véritable juridiction, jadis même de caractère militaire et pénal, et la municipalité guipuzcoane était à l'origine un regroupement de "caserío" ou feux.

Si les mêmes propriétaires des "caseríos" faisaient les lois qui étaient les Fueros, comment pouvaient-ils être limités à l'heure de disposer de leurs biens pour après leur mort

C'est à ce moment là qu'apparaissent des représentants qui se réunissaient dans les "Juntas" de la Province, organe suprême.

LE DOMAINE TEMPOREL

Le comparant fera part de ses aspirations au notaire. Ces dernières peuvent être exécutoires à partir de ce moment ou bien à posteriori. S'il s'agit d'un testament, son domaine est très important puisque la volonté est exprimée pour de nombreuses années, on dispose des biens pour après la mort. Le testament est un document très important car il acquiert sa véritable force à la mort de la personne, et il règle les relations juridiques et personnelles au-delà de la mort.

Les notaires ont gardé ces documents année après année, reliant dans leur étude les dossiers et les écritures publiques et remettant leurs collections, une fois écoulés les cent ans de garde, aux archives de la Province. Par conséquent les archives des notaires qui se trouvent à Tolosa et à Oñate sont fondamentales pour étudier le droit autochtone.

Le Droit de Guipuzcoa s'est développé grâce à ces documents établis et conservés par les greffiers publics. Donc, le Protocole Notarial, c'est ainsi qu'on appelle les archives des notaires, a contribué à la conservation de ce droit.

Voyons quels sont les documents que les notaires ont conservés:

LE DROIT DE GUIPUZCOA À TRAVERS LES DOCUMENTS NOTARIÉS

En Guipuzcoa le Droit Civil Foral qui existe encore en tant que droit coutumier concerne le droit des successions et de la famille (même si ponctuellement il concerne le droit des

⁴ Etxejaun: maître de maison

obligations en ce qui se réfère aux donations) notamment la forme de transmettre les “caseríos” ou ce que Alvaro Navajas appelait l'Organisation Coutumière du Caserío”.

Par conséquent pour étudier les coutumes de Guipuzcoa il convient d'examiner principalement les archives notariales des différentes époques et notamment les testaments, pactes successoires, conventions matrimoniales, donations propter nuptias et le testament par commissaire.

LA RÉDACTION DES CONVENTIONS MATRIMONIALES. LEUR IMPORTANCE: VÉRITABLE PACTE SUCCESSOIRE

Bien que ce document soit le plus représentatif et que LES PROTOCOLES NOTARIAUX JUSQU'ÀUX ANNÉES 60 EN SOIENT REMPLIS, aujourd'hui ils ne sont pas aussi fréquents pour plusieurs raisons. Même si l'on maintient l'indivisibilité du “caserío”, l'on choisit d'autres formes pour la transmission indivisible du “caserío”. On préférera la donation, avec plusieurs clauses qui ressemblent à celles des conventions matrimoniales, ou bien une vente déguisée, etc.

La société rurale de Guipuzcoa, déjà à cette époque et jusqu'à très récemment, a conservé la coutume de choisir parmi les enfants, en toute liberté et sans distinction de sexe, de préférence le plus âgé, mais pas toujours, celui d'entre eux qui était le continuateur du “caserío”, et cela se faisait généralement au moyen des conventions matrimoniales du jeune couple, dans lesquelles intervenaient les parents des contractants et dans lesquelles on donnait le “caserío” avec toutes ses appartenances et instruments agricoles et utiles de travail, les soumettant à une série de conditions qui variaient selon les périodes et selon les régions.

Ces donations ont un caractère de préciput, si elles s'imputent sur le tiers disponible, et si elles ne sont pas attribuées à titre “de mejora”⁵.

Elles présentent un caractère d'ASSISTANCE au vieux couple, en disposant que les donateurs (les parents) formeront avec le donataire une seule famille, s'assistant mutuellement en cas de maladie, en essayant de gérer les biens conjointement, et en subvenant aux deux familles et autres personnes qui habitent sous le même toit.

NATURE

Le régime ressemble beaucoup à celui de Navarre, d'Ayala ou du Haut Aragon.

Il s'agit d'une institution civile complexe qui fait partie du droit successoral familial.

Même s'il s'agit d'une affaire atypique, elle participe aux normes de la société civile et de la donation, puisque sans aucun doute il y a des apports, des charges qui pourraient être des modalités, des réserves d'usufruit, cependant la finalité rend typique la relation en tant qu'institution successorale et familiale.

5 En droit successoral espagnol, les successions sont partagées en trois: un tiers disponible, un tiers pour avantager un enfant (tiers de “mejora”), un tiers partagé entre les enfants (légitimes).

CONTENU DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

Nous allons analyser le contenu de l'organisation coutumière typique du "caserío" qui prend la forme d'un contrat de mariage et d'un testament postérieur.

L'essentiel consiste en un contrat conclu normalement sous forme de contrat de mariage (avant le mariage ou après, le moment n'a pas d'importance) entre le jeune couple et le vieux couple, selon lequel se forme une communauté familiale et successorale complexe. Normalement les parents se réservent la moitié de l'usufruit en égalité de conditions, bien que l'un d'entre eux ne soit pas le maître du "caserío", un peu comme la "fealdat" catalane, quoique l'usufruit porte généralement sur la moitié et non sur la totalité.

Il est fréquent que les autres enfants déclarent avoir reçu telle somme en acompte de leur légitime, dans un document privé ou public.

RÉVERSION TRONCALE

Les Lois de Toro de 1505 furent avantageuses pour l'institution Guipuzcoanne. Elles surent profiter de la possibilité accordée par la sixième loi de Toro INTERPRÉTÉE EN SENS CONTRAIRE, selon laquelle les ascendants devaient hériter des descendants ab intestat, sauf disposition contraire des fueros du lieu ou de la coutume. Et les Juntas de Guipuzcoa décidaient l'inverse allant jusqu'à recommander aux greffiers de l'inclure dans toutes les écritures.

On stipulait la réversion de la dot qui était généralement au "caserío" désigné dans le contrat de mariage, quand le jeune couple était dissous par la mort de l'héritier continuateur du "caserío" sans enfant. La réversion se faisait au profit des parents "tronqueros". Il y a des Juntas de Guipuzcoa célébrées à Bergara en 1643, dans lesquelles on l'a expressément ordonné et on a admonesté les greffiers qui ne prévoyaient pas cette réversion et, même si la clause de réversion "troncale" n'apparaît pas dans le contrat, elle doit être sous-entendue.

Cette clause était une conséquence logique de la donation totale du "caserío" au jeune couple, puisque, dans le cas contraire, le "caserío" passait à la lignée de l'autre famille. Ces règles ont été conservées, comme nous l'avons dit, jusqu'à nos jours.

Ce droit foral est passé d'une manière fragmentaire dans l'article 812 du Code Civil.

CLAUSES DE STYLE

1.- Au profit des parents et du "caserío": "supporter les charges de la famille", "il écouterait et obéirait aux parents dans tous les sujets et les affaires de la maison", "ne pas faire de trafic avec le troupeau d'une manière improprie à un laboureur diligent", "ne pas disposer des biens immeubles sans le consentement du père donateur ou en son absence de la mère".

2.- Au profit des frères et sœurs: "ils ont le droit de vivre au "caserío" tant qu'ils restent célibataires et qu'ils n'ont pas reçu d'indemnités", "ils pourront retourner au "caserío" en cas de maladie, et ils seront toujours bien reçus à "Gure Enea"⁶ ainsi que les jours de fêtes et de visites".

⁶ notre maison

3.- Le donataire ne pourra vendre, grever ou aliéner les biens sans le consentement des donateurs.

4.- Si pour un quelconque motif les donateurs et les donataires ne voulaient plus vivre ensemble, ils se sépareront. Le donataire quittera la maison de ses parents et retirera la dot de son épouse.

5.- Lorsqu'il s'agit d'un montant global en espèces, on a l'habitude d'ajouter cette clause: "En cas de liquidation de l'héritage du testateur, les enfants non avantagés auront ce qui leur revient comme légitime, avec le droit à un supplément si, lors du partage successoral, les deux héritages n'atteignent pas les montants assignés".

Boniface de Echegaray établit la différence entre les "caseríos" se trouvant à l'intérieur des terres et ceux se trouvant sur la côte. Sur la côte, il y a prédominance de la réserve d'usufruit de tout le "caserío".

- Le vieux couple se réserve la propriété
- L'usufruit avec des variantes, la faculté de disposer.

LE TESTAMENT

Joint au contrat de mariage il y a un testament postérieur ou simultané dans lequel on trouve une promesse d'avantager du tiers et de laisser le tiers disponible postérieurement dans le testament. Parallèlement on institue héritier le successeur en respectant les légitimes. Normalement, en Guipuzcoa, des exécuteurs testamentaires étaient désignés, ou un conseil de parents leur donnant la liberté de choisir le successeur parmi les enfants. Il s'agit peut être d'une nouvelle variante de la liberté de tester.

Dans ce testament on instituait héritier le fils ou la fille, qui restait au "caserío" lui donnant le tiers conformément au "fuero real" mais qui ne pouvait pas s'ajouter au quint de libre disposition.

LA "MEJORA" DANS LE TESTAMENT

"La mejora" s'établissait en Guipuzcoa dans le testament favorisant, comme nous l'avons dit antérieurement, celui qui continuait le "caserío". Les Lois de Toro ont développé la faculté de tester des habitants de Guipuzcoa en leur permettant de cumuler le tiers et le quint et d'éviter les légitimes de Castille.

Cependant la Pragmatique Royale de 1534 interdit l'avantage du tiers et du quint pour la dot ou la donation aux filles. A partir de cette date sont constantes, dans de nombreuses *Juntas de Guipuzcoa*, les références à la nécessité de s'opposer à l'application de la dite ordonnance. L'héritier du "caserío" n'était pas toujours l'aîné ni de sexe masculin, mais on tenait compte des aptitudes des enfants pour assurer la succession de la maison. Donc la continuité n'est pas toujours assurée par l'aîné des enfants ni par le nom de famille; ce qui importe et ce qu'on connaît, c'est la maison de famille ou le nom du "caserío".

LES LÉGITIMES ET LA LIBERTÉ DE TESTER: UN “PASE FORAL”⁷ À LA GUIPUZCOANNE

Les difficultés qu’engendrèrent l’application des légitimes castillanes donnèrent lieu à de nombreuses remarques de la part des “Juntas” de Guipuzcoa, bien que beaucoup n’aient pas été fixées dans un régime successoral légal, demeurant à l’état de pratiques recueillies par écrit uniquement dans les minutes notariales.

Les “Juntas” générales de Guipuzcoa qui se tinrent à Tolosa en 1696 décidèrent que “toute personne pourrait donner par contrat entre vifs ou à cause de mort à l’un de ses fils ou filles ou à l’enfant de ceux-ci tous ses biens meubles et “raíces”⁸, droits et actions, laissant aux autres fils ou filles ou descendants légitimes quelque chose, peu ou beaucoup, qu’ils voudront leur assigner”.

Les ordonnances qui furent établies lors de cette Assemblée furent rejetées par le Conseil de Castille par l’arrêt exécutoire sans recours du 19 décembre 1697, de même que par les “Juntas” d’Azcoitia en 1747. On pourrait objecter, comme l’ont fait certains auteurs, que ces “Juntas” copièrent le régime de Liberté de Tester de Navarre, cependant il convient de souligner que bien que les habitants de Navarre aient leur liberté de tester établie dans de nombreux “fueros” municipaux comme celui de Peralta de 1144 et celui de Jaca de 1187, il semble étonnant de voir que dans le Fuero Général de Navarre les nobles ont seuls la liberté de tester, avec des limitations légitimaires supérieures à celles de Castille puisque la légitime établissait qu’ils devaient donner à chaque enfant un pied de vigne, deux mesures de blé et un jardin potager avec une aire. Et cela seulement par disposition entre vifs, car par testament ils ne pouvaient donner plus à un fils qu’à un autre. En 1688 la légitime forcée royale fut remplacée par une autre formule; par conséquent la coutume de Navarre élevée au rang de loi, n’était donc pas aussi ancienne qu’on pourrait le penser.

C’est pour cela que nous pensons que Leizaola ou Galindez ne sont pas si loin de la vérité lorsqu’ils affirment que la liberté de tester existait en Guipuzcoa et à Oñate de même qu’en Ayala et en Navarre.

LE COMTÉ DE OÑATE ET LA LIBERTÉ DE TESTER: SIMILITUDE AVEC LE “FUERO D’AYALA”. S’AGIT-IL DE L’EMBRYON D’UNE FUTURE LIBERTÉ DE TESTER EN GUIPUZCOA?

Tardivement incorporé au Guipuzcoa, ce comté a conservé pendant de nombreuses années le privilège octroyé par les Rois Catholiques et renouvelé par des lois postérieures. Ce privilège octroyait la liberté de tester à ses habitants. Cependant, au XIX^{ème} siècle par erreur, comme l’affirme Uriarte Lebario, il fut confondu avec le droit des

⁷ “Le pase foral était une institution de Biscaye et de Guipuzcoa, selon laquelle les Juntas avaient le droit de vérifier les ordonnances royales avant de les enregistrer afin d’examiner si leur contenu ne portait pas atteinte aux libertés du peuple basque. Ce droit sanctionnait le serment que le roi prêtait à son avènement de respecter les “fueros”, libertés, droits, et bonnes coutumes basques. Si la disposition royale était contraire aux fueros et que le roi ne voulut pas la modifier, elle était enregistrée, avec cette formule remarquable : “Se obedece pero no se cumple” (On obéit mais on n’applique pas).

⁸ Raíces: biens immeubles de famille.

majorats de Castille et il fut supprimé au XIXème siècle lorsque les lois de l'État abrogèrent ces majorats.

Dans ce territoire il n'existait pas de "majorats", entendus comme l'affectation de biens à une succession de personnes et la propriété transmise au fils aîné de la maison (sens qu'ils avaient en Castille), l'obligation de leur donner des aliments, des sommes...

XXème SIÈCLE

Il faudra attendre les années 20 (1929) pour qu'il y ait un projet sérieux de la Députation⁹ dans lequel on trouve la réglementation du "caserío", la forme de sa transmission, les prêts pour l'achat des "caseríos" affermés,... Il s'agit d'un projet très ambitieux et avancé pour son temps qui vient rejoindre en matière d'affermage celui que l'État réalisa soixante ans plus tard en 1981, ainsi que le Statut des Jeunes Agriculteurs .

C'est peut-être pour ces raisons qu'une polémique s'engagea avec les propriétaires des "caseríos", et que le projet fut mort-né; il ne faut pas oublier que de nombreux "caseríos" sont affermés et que le bail remonte à de nombreuses années en arrière quand les propriétaires des "caseríos" étaient des marquis, des ducs et des grands d'Espagne.

C'est pourquoi, si nous devons réformer la Compilation afin d'y inclure le Guipuzcoa il serait nécessaire de tenir compte aussi bien des textes des "Juntas" célébrées dans la province que du plus récent projet de la Députation des années 20 dans lequel on réglementait le "caserío guipuzcoano".

Dans ce projet, on réglementait le "caserío" en le définissant comme: la propriété rurale qui, enracinée dans la province de Guipuzcoa, hors du rayon de la zone naturelle d'expansion des agglomérations, forme un corps de biens indépendants ou unis avec un ou plusieurs bâtiments, habités soit par son propriétaire, ou un locataire ou un fermier qui, par son travail personnel et familial l'utilise en tant qu'exploitation agricole et qui a plusieurs pièces de terre ou appartenances bien qu'elles ne soient pas limitrophes entre elles ni avec les habitations.

On réglementait la forme d'achat-vente des "caseríos" avec un nouvel accès à la propriété des fermiers qui devait se faire devant notaire.

On réglementait la succession héréditaire dudit "caserío", établissant dans son article 14 la liberté de tester en ce qui concerne les "caseríos".

Et l'article 15 "... Le propriétaire du "caserío" désignera dans son testament, la personne qui lui succédera... en excluant les autres héritiers réservataires, auxquels il remettra comme légitime la part d'héritage qui lui conviendra, à satisfaire soit avec d'autres biens s'il y en a, soit par l'héritier du "caserío"..."

L'article 17 prévoit une préférence pour la désignation de l'héritier: (entre les enfants et le conjoint).

⁹ Députation: équivalent du Conseil Général en France

L'article 19 concernait la donation entre vivants du "caserío" qui pouvait seulement être de la nue-propriété et aux héritiers réservataires de l'article 17, se réservant obligatoirement l'usufruit viager.

L'article 18 règlementait une modalité du pouvoir de tester ou testament par commissaire.

CE PROJET NOUS OUVRE LE CHEMIN DE LA RÉFORME. FAUDRA-T-IL L'ÉLARGIR AU DOMAINE INDUSTRIEL, URBAIN OU COMMERCIAL?

Il convient de souligner que le Tribunal Suprême en 1984 a pris le devant sur les Institutions Forales, en reconnaissant l'existence de cette Coutume du Guipuzcoa.

Contrairement à d'autres temps, avec le "pase foral": "on obéit mais on n'accomplit pas", ou le dit "Contrafuero", quand au XVIème siècle les sentences se perdaient à la Chancellerie de Valladolid, ce n'est pas le cas de la sentence que nous allons commenter ni de LA POSITION DU TRIBUNAL SUPRÊME DE NOS JOURS:

La sentence de 1984 est importante parce que l'organe supérieur de justice reconnaît la réalité juridique du Guipuzcoa. Trop tard peut-être?

Le raisonnement suivi dans la sentence est : en premier lieu le juge de Bergara qui, face à une réclamation de légitimes et de pétition en réduction de donations d'un "caserío" donné à d'autres enfants, applique tout simplement le Code Civil, accordant la réduction.

L'appel porté à l'Audience de Pampelune révoque la sentence de Bergara en raison de la prescription de l'action en réduction et révocation de la donation. Par contre, le Tribunal Suprême, dans cette importante sentence, reconnaît jurisprudentiellement le droit coutumier Guipuzcoan.

CONCLUSIONS: SOURCES POUR UN FUTUR "FUERO"

La Constitution dans l'article 149, énonce : "les droits coutumiers...là où ils existent". L'article 10 du Statut d'Autonomie nous permet de développer notre droit.

Il n'y a pas de doute que la meilleure façon de reconstruire le droit du Guipuzcoa sera une fois de plus d'étudier les ARCHIVES NOTARIALES, FIDÈLES REFLETS DE LA VIE JURIDIQUE DU PEUPLE.

Bien entendu, il ne faut pas se limiter uniquement au domaine du "caserío" et aux relations de nos ancêtres. Je pense qu'il serait injuste de réduire au "caserío" la réglementation forale qu'on doit créer. Et cela est dû à ce qu'avant c'étaient les coutumes qui régissaient l'essentiel du territoire de Guipuzcoa. Maintenant les gens vivent dans les villes et dans les villages; limiter la réglementation aux "caseríos" serait la livrer à l'oubli. Le Guipuzcoa règlementait par la coutume "contra legem" l'essentiel de son organisation, c'est donc pour cela qu'à présent le Guipuzcoa peut, s'il le souhaite, réglementer ce droit foral en l'élargissant et en l'adaptant à la réalité actuelle.

L'institution de la transmission du "caserío" a perdu de son importance sociale, comme nous l'avons dit précédemment, cependant il est nécessaire d'élaborer une réglementation supplétoire du "caserío" guipuzcoan et d'étudier avec soin son application ou la

modernisation ; la dite réforme au fond comprend la liberté de tester entre les enfants dans d'autres domaines de la société, dans le domaine des affaires, des activités industrielles et commerciales et dans toute la société en général.

Cependant, une fois démontré que le droit foral existe et qu'il est reconnu légalement et par la jurisprudence, je pense que cela nous permet le développement et l'adaptation de nos usages. CE DROIT FORAL EN GUIPUZCOA EST BASÉ SUR LA LIBERTÉ DE TESTER et sur le principe de base de favoriser la famille, mais en tenant compte aujourd'hui de la famille nucléaire et surtout en donnant de l'importance au conjoint.

En Guipuzcoa, il y avait un Fuero très semblable à celui d'Ayala, qui est celui d' Oñate. Ce dernier pourrait être utilisé dans toutes les municipalités qui y recourraient, comme l'établit pour le "Fuero" de Biscaye la nouvelle loi du Droit Civil Basque, puisque son article 13 dit au sujet des Biscayens "no aforados"¹⁰, qu'ils pourront tester en main commune et par commissaire, conformément aux dispositions de ce "Fuero".

Et l'article 10 dit que "les municipalités qui sont régies par la législation civile générale pourront choisir l'application de ce Fuero Civil sur tout leur territoire...conformément aux dispositions de l'article 10.5 du Statut d'Autonomie".

En ce qui concerne "la Troncalidad" et sa possible réhabilitation je pense que l'article 812 du Code civil nous suffit. Cet article fut recueilli par Alonso Martinez en tenant compte de la "Troncalidad" des droits foraux ; bien qu'elle ait pu avoir une influence historique, à présent la pratique juridique est très différente quand une personne nous requiert pour rédiger un testament. Ce qui est le plus fréquent c'est qu'elle songe d'abord à avantager sa femme en lui laissant l'usufruit de tous les biens et même qu'elle soit la première héritière si cela est possible et qu'ensuite s'il reste quelque chose que ce soit pour ses enfants.

De nos jours le concept de la famille, que ce soit pour le bien ou pour le mal, s'est réduit, et le premier "tronc" est l'autre conjoint, en second lieu les enfants et après les parents, et tout à fait en dernier plan les autres parents.

Réhabiliter le retrait lignager, la "Troncalidad" dans tous ses aspects... serait à mon avis une erreur.. Car le Droit basque s'il se caractérise en quelque chose c'est d'être un droit vécu et de création populaire, mais avec de profondes racines coutumières, c'est à dire vécues et en vigueur. Toute réforme entreprise doit s'intégrer à la réalité du peuple auquel nous nous adressons.

On observe un changement d'attitude des gens prévoyants face au testament. Avant c'étaient les personnes âgées qui, à l'approche de la mort, venaient rédiger leur testament. De nos jours, ceci n'est pas le cas et on constate le fait que ce sont des personnes et des couples en général qui viennent faire un testament.

Quant à la forme de tester prédominante, c'est le TESTAMENT APPELÉ URBAIN. Les Guipuzcoans, lorsqu'ils se décident à rédiger leur testament, sont souvent surpris par le système des légitimes, trouvant leur pouvoir de disposition très limité. Ils désignent le conjoint en tant que premier bénéficiaire en l'instituant usufruitier universel et pour le cas où cet

¹⁰ no aforado : non soumis au Fuero

usufruit ne serait pas accepté par les héritiers, ils lui lèguent l'usufruit de "mejora" et le tiers disponible et dans certains cas ils incluent "la cautela socini"¹¹.

C'est le conjoint survivant qui garde, dans les possibilités du système légitimaire, la conservation de la maison, et ce n'est pas tant le "caserío" mais de plus en plus le commerce familial, ou l'habitation familiale. Il convient de souligner L'ÉGALITÉ des dispositions testamentaires des deux conjoints.

Nous en déduisons qu'il serait souhaitable de promouvoir les droits du conjoint survivant, et par conséquent, de le désigner comme possible destinataire du droit de "mejora".

Comme réglementation concrète, nous devrions introduire les moyens qui facilitent l'indivisibilité du "caserío" comme le pouvoir de tester, les pactes successores, et le testament en main commune.

De même, il faudrait diminuer les légitimes des enfants.

En troisième lieu, promouvoir au maximum la liberté de tester, sinon totale, au moins la liberté de choisir l'héritier parmi les enfants et le conjoint.

¹¹ clause par laquelle le testateur réduit la part de l'enfant qui constesterait, à la légitime stricte c'est à dire sa quote part du tiers de la succession qui est partagée entre tous les enfants