

La costumbre en el derecho navarro

La coutume dans le droit navarrais

(The custom in the law of Navarre)

Salinas Quijada, Francisco

Eusko Ikaskuntza

García Castañón, 2-6

31002 Iruñea

BIBLID [1138-8552 (1998), 13; 83-96]

La costumbre en Navarra no sólo fué la primera fuente de Derecho en el tiempo, sino que mantuvo esta primacía hasta nuestros días, e incluso la Compilación foral vigente, la sitúa en su ley 2, en este lugar privilegiado de su propia normativa, antes que ella misma, y ni qué decir tiene que con precedencia a los principios generales del Derecho, y Derecho supletorio. Precisamente, en virtud de tal rango principal en la aplicación del Derecho navarro, opera el fenómeno jurídico de la costumbre contra ley, a la que vence en supuestos de colisión consuetudinaria contra el Fuero escrito, según dispone expresamente la ley 3 de la mencionada Compilación.

Palabras Clave: Costumbre en el Derecho Navarro. Costumbre Foral Navarra. Derecho Consuetudinario Foral Navarro.

La coutume en Navarre fut la première source de Droit dans le temps. Elle réussit à maintenir cette primauté jusqu'à nos jours, et la Compilation forale en vigueur la situe même dans sa loi 2, avant elle-même, et, bien entendu, avant les principes généraux du Droit, et du Droit supplétoire. Précisément, en vertu d'un tel rang dans l'application du droit Navarrais, un phénomène juridique s'opère: celui de la coutume contre la loi, laquelle est vaincue en cas de conflit entre la coutume et le For écrit, comme il est expressément stipulé dans la loi 3 de la dite Compilation.

Mots Clés: Coutume dans le Droit Navarrais. Coutume Forale Navarraise. Droit Constitutionnel Foral Navarrais.

Nafarroako ohitura denboran lehen Zuzenbide iturria izateaz gainera, lehentasun hori mantendu egin du gure egunotaraino eta indarrean dagoen Foru Konpilazioak bere 2. legean kokatzen du ohitura, hots, bere arautegiaren toki pribilegiatuan, bere burua baino lehenago ere, eta zer esanik ez, Zuzenbidearen printzipio orokorrak etao ordezko Zuzenbidea baino gorago. Hain zuzen ere, Nafar Zuzenbidearen aplikazioan duen maila nagusi horren kariatz, ohitura legearen aurka izeneko fenomeno juridikoak dihardu, eta hari nagusitzen zaio ohitura mailan legea Foru idatziarekiko aurkakotasunean gertatuz gero, aipaturiko Konpilazio horren 3. legeak espreki xedatzen duenez.

Giltz-Hitzak: Ohitura Nafar Zuzenbidean. Nafarroako Foru Ohitura. Nafarroako Ohiturazko Foru Zuzenbidea.

1. INTRODUCCIÓN

Ajustándome al tema que me fue asignado sobre la práctica del Derecho consuetudinario en Navarra, me resulta del todo imposible encerrar la materia en pocos minutos, por lo que procuraré resumir siquiera en lo más fundamental.

Precisamente por esta razón de tiempo y espacio voy a prescindir de toda exposición de la costumbre en su derecho histórico, pasando por alto detalles tan interesantes como los primeros albores de su jurisprudencia, sentad por el Jefe de la tribu errante al resolver con idénticas soluciones, iguales situaciones; y también cómo sobrevivió en Navarra la costumbre al advenimiento de los Códigos; cómo juraron respetar los usos y costumbres todos los Reyes de Navarra al ser alzados en el Trono, lo que perduró tras la anexión de Navarra a Castilla en el año 1512, hasta Isabel II, en que al convertirse la Monarquía Absoluta en Constitucional no hizo falta ese juramento que garantizaba la Carta Magna; cómo los más acérrimos enemigos de nuestros Fueros, costumbres y leyes, desde siempre y especialmente desde la invasión de Napoleón en España, no pudieron abolir este Derecho foral ni escrito ni consuetudinario, a pesar del art. 96 de la Carta de Bayona y 258 de la Constitución de Cádiz, y todas las demás constituciones decimonónicas que establecían un solo Código Civil para toda la Monarquía, ni tan siquiera el Borbón Fernando VII, que no obstante en sus vueltas a España, abolió la Constitución de Cádiz, como en el año 1814, y en el 1833 encargó dicho rey un solo Código Civil para toda la Monarquía a Manuel María Cambronero, aunque Fernando VII murió en septiembre de ese mismo año 1833, sin alcanzar su propósito.

Todo esto saludo muy de lejos y muy aprisa, porque nos haría salir del tema, que ni siquiera era preciso hacer mención del mismo para denotar que la fuerza de la costumbre, que la práctica de nuestro Derecho consuetudinario no es cuestión de tiempos contemporáneos, sino que llegó a nuestro Reino en el mismo momento de su creación, puesto que los navarros obedecían a los Reyes si éstos obedecían sus fueros y costumbres. En ello consistió precisamente el pacto foral, piedra sillar sobre la que se asentó el Reino de Navarra.

Pero el tema hace referencia a la práctica actual del Derecho consuetudinario en Navarra, y por ello comenzaré por el final, por tratar del tema en el día de hoy, 3 de septiembre de 1994.

2. LA COSTUMBRE EN LAS LEYES 1, 2 Y 3 DE LA COMPILACIÓN CIVIL FORAL DE NAVARRA

Y me apresuro a señalar que la práctica del Derecho consuetudinario en el Fuero Nuevo o Compilación Civil Foral - reconocida su vigencia por Ley de la Jefatura del Estado de 1º de marzo de 1973 - proclama la costumbre como primerísima fuente de Derecho, en su normativa, y especialmente en sus tres primeras leyes.

En la Ley 1ª se determina claramente - porque lo hicimos los miembros de la Comisión Compiladora con esa intención - que esta Compilación Civil Foral de Navarra recoge el vigente Derecho Civil del antiguo Reino, conforme a la tradición, y a la observancia de sus costumbres, fueros y leyes.

No puede expresarse de mejor manera la prioridad de la costumbre sobre el Derecho escrito.

Pero, tal vez hay ido demasiado lejos en mi aseveración, ya que en la Ley 2ª aún se explicita de modo más categórico la cuestión en el orden de aplicación de las fuentes, pues a ello se dedica, señalando que en Navarra la prelación de las fuentes de Derecho es la siguiente: 1) la costumbre, 2) las leyes de la presente Compilación, 3) los principios generales del Derecho navarro, 4) el Derecho supletorio.

Ya no podía haber más que una sola duda que la despeja la Ley 3ª, a saber si este mismo orden de prelación habría de guardarse en el supuesto de colisión de una costumbre y una ley.

Y, efectivamente, esa Ley 3ª resuelve el problema a favor de la costumbre declarando, que la costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el derecho escrito. La costumbre local tiene preferencia respecto a la general.

En definitiva: la costumbre en Navarra, ha sido siempre y ahora lo es, por así reconocerlo, nuestra Compilación, la primera fuente del Derecho, antes que el Derecho escrito.

Y aunque sea abrir un corto paréntesis, porque lo voy a cerrar enseguida, es muy lógico que nos preguntemos, ¿por qué esa preferencia, esa prioridad, de la costumbre sobre la ley escrita?.

La constestación es muy sencilla porque se basa en una sola palabra: en la Libertad de los navarros, que siempre y fieramente defendieron su libertad como ya lo proclamaron los Infanzones de Obanos en su lema, esculpido en la piedra de nuestro Palacio Foral: "Prolibertate Patria gens libera estate", ya que no puede haber libertad en un pueblo si antes no son libres los hombre que lo integran.

Ese principio de libertad civil, en su aspecto normativo es la razón de la prioridad de la costumbre sobre la ley, porque la costumbre es la norma creada sobre la ley, por el pueblo mismo en uso de su libertad y, como antes adelanté, el Rey no era obedecido si no respetaba la voluntad del pueblo que lo llevó al trono.

Este principio de libertad si políticamente tenía semejante transcendencia, civilmente bajo el aspecto normativo tenía y tiene su fiel reflejo en la costumbre; contractualmente, en el paramiento fuero vienze de la Ley 7 del Fuero Nuevo, según el cual se da preferencia a la voluntad de las partes, manifestada unilateral o contractualmente sobre cualquier fuente de derecho; y sucesoriamente, en la libertad de testar, legítima foral, etc, es decir, en todo el Derecho privado de Navarra.

Pero en lo que ahora nos afecta, insistiré por última vez que la razón de esta prioridad consuetudinaria sobre la ley descansa en ese principio de libertad civil.

3. CONCEPTO DE COSTUMBRE

Y pasamos a analizar la costumbre foral navarra con un exquisito cuidado de no entrar en la doctrina general del Derecho, a lo que es muy proclive de incidir hasta por los propios foralistas, y entonces sí que nos saldríamos del tema.

Nuestra compilación Foral no define la costumbre, y buen cuidado tuvimos en ello los que elaboramos dicho Fuero Nuevo, ya que no solamente en esta institución sino en cualquier otro cuerpo legislativo, un Código no guardaría coherencia con su propia naturaleza en sentar definiciones, que pertenecen más bien al campo doctrinal y de la jurisprudencia.

Así en la costumbre vislumbramos una especie de definición descriptiva de la misma en la Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de octubre de 1982, en la que se estima que “la costumbre consiste en la existencia de situaciones fácticas constantes dimanantes de actos uniformes a través de un período de tiempo suficiente para calificar su permanencia, con convicción de que la observancia reiterada de una determinada norma en esos actos obedece a una razón de Derecho”.

4. ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE

De de definición expresada se colige que la costumbre para tener la categoría foral indicada precisa la concurrencia de dos elementos fundamentales a saber: los usos y la “opinio iuris”.

4.1. Los Usos

Respecto a los usos es conveniente advertir, que en nuestro derecho histórico, eran equiparados a la propia costumbre y esto de tal forma que, como ya he dicho anteriormente, los reyes al ser alzados en el trono juraban respetar junto a las costumbres y leyes, los usos.

Conforme a nuestro Derecho positivo, “los usos”, a los que se refería nuestra legislación histórica, y los juramentos de nuestros Reyes, consistían en un fenómeno jurídico cualquiera, que se extendían por el hábito y la tradición, bien de forma local o universal en el país, produciendo todos sus efectos, sin que su ejercicio debiera durar un tiempo determinado, y sólo gozar de actualidad.

Si bien la repetición de actos y la intención jurídica los asimilaba a la costumbre, se diferenciaban de ella en cuanto a la duración de determinado tiempo que, en los usos, no era exigible. Bastaba su operación actual, sin que hubiera de ser universal.

En definitiva, en Navarra el “uso” no se distinguía de la costumbre más que en la vestustas, en su antigüedad, pero no se diferenció.

a) en la convicción jurídica, puesto que la gozaban; aunque nada más fuera por la evidentísima razón de que los reyes no iban a jurar respetar como obligatorios unos usos que los súbditos no quisieran que tuvieran ese carácter obligatorio; ya que en ese caso se hubiera cometido por el monarca el mayor de los contrafueros, a lo que equivaldría imponer el rey como norma de obligar lo que para los súbditos carecía de ese carácter imperativo, consuetudinariamente.

b) por ello los usos no eran creación reguladora de un grupo carente de poder normativo que había de recibirlo del Estado, sino que nacía del pueblo, pueblos o general del Reino.

c) y por último, en cuanto a sus efectos normativos de regulación e interpretación los usos produjeron en Navarra ambos efectos como demuestran los juramentos reales en cuanto a usos normativos y la Ordenanza XLIII de 1417.

Con ello queda claro que en nuestro Derecho histórico el uso era considerado como costumbre, advertencia previa necesaria por lo que ahora vamos a tener que decir sobre los usos como uno de los elementos de la costumbre en el sentido conceptual moderno recogido en nuestra Compilación Civil vigente.

Efectivamente, la costumbre a la que se refiere nuestro Fuero nuevo ya adelantamos que consta de dos elementos: los usos y la “*opinio iuris*”.

Como ya está explicado, no se trata de usos en el sentido histórico equiparados a la costumbre, los usos a los que aquí se refiere son aquellos integrados por conductas humanas o actos uniformes, constantes y generalizados, siempre que no sean usos furtivos o clandestinos, o que respondan al miedo o a la coacción ya que en tales casos no pueden ser valorados jurídicamente como norma.

Los actos constitutivos de los usos deben reaccionar de forma reiterada y a lo largo de un período más o menos extenso de tiempo, del mismo modo ante supuestos de hechos iguales y proporcionadamente semejante ante supuestos de hechos semejantes. Por otra parte, han de estar generalizados en el medio social, territorial o funcional en que se produzcan.

4.2. *Opinio iuris*

Además de estos usos para que haya costumbre es preciso la concurrencia de la “*opinio iuris*”, es decir, de la convicción que acompaña a cada uno de los actos uniformes, repetidos y constantes de estar observando una norma ya existente.

5. CLASES DE COSTUMBRES

5.1. Costumbre contra ley

Pues bien, reiterando cómo las Leyes 1 y 2 del Fuero Nuevo le atribuían el primer puesto en las fuentes del Derecho civil navarro, en la Ley 3 lo primero que se aprecia en las situaciones conflictivas de la costumbre contra ley, que esta prevalencia tiene unos límites, como son, siempre que tal costumbre no vaya contra la moral y el orden público.

Contra la moral, que en el sentir de Pedro de Pablo Contreras (Curso de Derecho Civil Navarro. Introducción. Parte General. Tomo I. Pamplona, 1990 , Pág. 147), “ha de entenderse como alusión a un *standard ético*, negando eficacia como costumbre a los usos, más o menos extendidos, que en cada momento determinado se concetúen socialmente, en en Navarra, como reprochables”.

Del mismo modo, la costumbre no puede ir contra el orden público, es decir, contra aquellas limitaciones que impedirían al propio Parlamento de Navarra legislar válidamente en una determinada materia o en un cierto sentido. Dentro de las materias propias del orden

público habría que incluir el ámbito del régimen foral y los preceptos y principios contenidos en las normas constitutivas de dicho régimen foral, y en particular de los derechos y libertades fundamentales.

5.2. Costumbre según y fuera de ley

Respecto a las clases de costumbres si bien el Fuero Nuevo hace expresa mención de la costumbre contra ley, que acabo de explicar, no hace referencia alguna a la costumbre según ley y fuera de ley.

Y es que en realidad nunca hubo problema sobre la vigencia de estas clases de costumbre, aún antes de la promulgación del Fuero Nuevo.

Así la costumbre fuera de ley, era de aplicación en virtud de lo dispuesto en el art. 6º del Código Civil, que la admitía como fuente supletoria en defecto de disposición legal, de aplicación en Navarra por estar inmerso en el título preliminar del mismo, de obligatoriedad en todas las provincias del Reino según el art. 12 del mismo cuerpo legal.

La costumbre según ley también era vigente en Navarra antes de advenir la Compilación foral, como fue doctrina unánime de todos los tratadistas, incluso Federico de Castro (Derecho Civil de España. Parte General. Tomo I. Madrid. 1955, Pág. 422 y ss.) escribiendo: "Las costumbres secundum legem foral serán aplicables para explicar el significado de las normas forales; quedan dentro del régimen foral". Y también en los proyectos de Apéndice como en el Fuero Recopilado, diciendo su Ley 9ª que la costumbre es el mejor intérprete de la ley, y también la Ley 9 de la Rec. Priv. determinando que las palabras de la ley se interpretarán siempre con fidelidad a la costumbre; leyes que no fueron recogidas en el Fuero Nuevo.

Porque, bien es verdad, que no hizo falta integrarlas en su normativa, cuando ampara estas clases de costumbres, no ya la ley 1 cuando se expresa en primer lugar a la costumbre antes de los fueros y leyes, sino en su ley 2 que señala un orden de prelación de las fuentes de Derecho colocando a la costumbre la primera de todas, antes de las leyes de la Compilación, de los principios generales del Derecho y del Derecho supletorio.

Después de promulgado el Fuero Nuevo - unos días más tarde - fue reformado el Título preliminar del Código civil por la Ley del 17 de marzo de 1973, diciendo a este respecto que: "La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada".

Todo ello a título ilustrativo, pues no incide en este caso como supletorio el Código civil al regular la costumbre expresamente el Fuero Nuevo, que no sólo la admite fuera y según ley, sino también contra ley.

5.3. Costumbre local y general

La Compilación Civil Foral recoge con respecto a las clases de costumbre, que la costumbre local tiene preferencia respecto a la general.

Esto es así porque la costumbre sólo tiene valor allí donde se observa, ya que su valor normativo le es conferido en la medida en que es practicada por la comunidad cuya convivencia regula.

El Derecho navarro, por su parte, recoge que la expresa mención de la costumbre general indica que ésta también es fuente donde se observa, siempre que su observancia sea consecuencia de no haberse dado en el lugar o comarca concreta la repetición de actos uniformes en que aquélla consiste, en otro caso habrá de estimarse la existencia de una costumbre local.

6. PRUEBA DE LA COSTUMBRE

En esta sucinta exégesis de la Ley 3 de nuestro Fuero Nuevo, su último párrafo dice así : “La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los tribunales”.

Esta prueba ante los tribunales ha de contraerse a hechos. Para probar la costumbre pueden servirse las partes de cualesquiera de los medios probatorios en Derecho, quedando sometida su admisión y valoración a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico para el medio respectivo.

7. CONCLUSION

Así como comenzamos por el final paradójicamente vamos a terminar por el principio, pues no podíamos preferir ni pasar por alto la importancia que a la costumbre depara nuestro Fuero Nuevo en su exposición de motivos, haciendo la observación de que “se presenta esta compilación como un fiel reflejo del Derecho Civil realmente vigente en Navarra. Al mismo tiempo ha prescindido, por falta de uso, de muchas instituciones legales de Navarra, ha sabido incorporar otras consuetudinarias y de la práctica cotidiana que ofrecen soluciones jurídicas de gran actualidad, siempre armonizadas con el sistema general propio del Derecho de Navarra”.

Más adelante en esta misma Exposición de Motivos se establece la prevalencia de la costumbre contra ley. “Aunque con este reconocimiento - sigue diciendo la Exposición de Motivos - parezca debilitarse la fuerza de la misma Compilación, ello se debe a una indeclinable exigencia del Derecho privativo de Navarra, que se muestra así como un ordenamiento abierto al desarrollo futuro determinado por la práctica.

Tal ha sido la importancia atribuida a la costumbre por la Compilación vigente de Navarra.

Con ello queda esbozada una sencilla síntesis de la práctica de la costumbre, actualmente en Navarra, y ajustándome estrictamente al tema que me fue confiado, ya que el mismo es susceptible de un más extenso tratamiento que señalo en mis obras (especialmente reseñadas en el libro Bio-Bibliografía de F.S.Q., 1ª y 2ª edición, Pamplona, 1990) que dejo a disposición de las Universidades de Bayona y de Pau por si algún estudioso le interesa específicamente esta materia.

Lo que nos óbice para siempre quedar personal e incondicionalmente a disposición de todos y cada uno de Ustedes, si en algún momento o cuestión precisara de alguna ayuda que modestamente aunque con la mejor voluntad procuraría complacerles.

Ya que me gusta en ocasiones como ésta, que tengo el honor de ocupar esta tribuna, recordar algo que me suscitó un gran aliciente e ilusión en mis trabajo jurídicos: para ser útil a la sociedad, para prestar servicio intelectual y servir de algo positivo en este mundo apasionante del Derecho Foral de nuestro antiguo Reino es preciso servir, o en otras palabras “para servir, servir”.

La coutume dans le droit navarrais

Salinas Quijada, Francisco

1. INTRODUCTION

Il m'est tout à fait impossible de traiter le sujet qui m'a été assigné, la pratique du droit coutumier en Navarre, en l'espace de quelques minutes; je vais donc tenter de résumer les points fondamentaux.

En raison du manque de temps, je vais m'abstenir d'exposer la coutume du point de vue historique, passant sur des détails intéressants tels que les débuts de la jurisprudence, émise par le Chef de la tribu errante en donnant des solutions identiques à des situations identiques; et aussi comment en Navarre la coutume survit à l'avènement de la Codification ; comment jurèrent de respecter les us et coutumes, tous les Rois de Navarre au moment d'accéder au trône, même après l'annexion de la Navarre par la Castille en 1512, jusqu'au règne d'Isabel II, époque où la Monarchie absolue fut remplacée par la Monarchie constitutionnelle, la "Carta Magna" garantissait alors cette promesse; comment les pires ennemis de nos Fueros, coutumes et lois, notamment après l'invasion Napoléonienne, ne purent abolir le droit foral écrit et coutumier, malgré l'article 96 de la Charte de Bayonne et l'article 258 de la Constitution de Cadix, et malgré les autres constitutions du XIXe siècle qui établirent un seul Code Civil pour tout le Royaume ; ni même quand le Bourbon Fernando VII, à ses retours en Espagne, abolit la Constitution de Cadix, comme en 1814, et en 1823 avec les cent mille fils de Saint-Louis. Cependant, au mois de Mai 1833, Fernando VII, commanda à Manuel García Cambronero un Code Civil unique pour l'ensemble de la Monarchie, mais le Roi mourut en septembre de la même année 1833 , sans parvenir à son dessein.

Tout cela je le regarde de très loin et rapidement, parce que cela nous ferait sortir du thème. Il n'est même pas nécessaire de l'approfondir pour deviner que la force de la coutume et la pratique du Droit coutumier ne sont pas de l'époque contemporaine ; elles sont nées en même temps que notre Royaume, puisque les Navarrais n'obéissaient aux ordres de leurs rois que si ceux-ci respectaient leurs fueros et coutumes. C'est ainsi précisément que fut constitué le pacte foral¹, pilier sur lequel s'est construit le Royaume de Navarre.

Mais le sujet porte sur la pratique actuelle du droit coutumier en Navarre, et je vais donc commencer par la fin et traiter le sujet aujourd'hui 3 septembre 1994.

2. LA COUTUME DANS LES LOIS 1, 2 ET 3 DE LA COMPILATION CIVILE FORALE DE LA NAVARRE

Je voudrais d'abord préciser que la pratique du droit coutumier dans le "Fuero Nuevo" ou Compilation Civile Forale, dont l'application est reconnue par la "Ley de la Jefatura del

¹ pacte foral : pacte entre le roi et ses sujets, selon lequel ces derniers ne prêtaient serment au roi qu'après que celui-ci ait juré de respecter leurs Fueros, c'est-à-dire, leurs privilèges (au sens étymologique du terme), droits et coutumes, leur organisation propre

Estado" (Loi émanant du Chef de l'État) du 1^{er} mars 1973, déclare que la coutume est la toute première source du droit, notamment dans ses trois premières lois .

La Loi 1^{re} précise sans ambiguïté - selon le souhait des membres de la Commission compilatrice - que la Compilation Civile Forale de la Navarre rassemble le droit civil en vigueur dans l'ancien Royaume, conformément à la tradition et au respect de ses coutumes, fueros et lois.

Voici la meilleure expression de la primauté de la coutume sur le droit écrit.

Mais, j'ai peut-être anticipé, puisque la Loi 2 ne permet aucun doute en ce qui concerne l'ordre d'application des sources, et dispose qu'en Navarre, l'ordre de préférence des sources du droit est le suivant: 1) la coutume, 2) les lois contenues dans la présente compilation, 3) les principes généraux du droit navarrais, 4) le droit supplétoire.

Il ne restait qu'un seul doute, que résout la Loi 3, et qui consiste à savoir si ce même ordre de préférence doit être observé dans l'hypothèse d'un conflit entre une coutume et une loi.

En effet, la Loi 3 résout le problème en faveur de la coutume, déclarant que toute coutume conforme à la morale et à l'ordre public, même *contra legem*, prévaut sur le droit écrit. La coutume locale est prioritaire sur la générale.

En Navarre, la coutume a toujours été et est encore, la première source du droit, avant le droit écrit. Si vous me permettez une brève parenthèse, il serait logique de se poser la question suivante: quelles sont les raisons de cette primauté, de cette préférence de la coutume sur la loi écrite?

La réponse est très simple, elle repose sur un seul mot : la Liberté des Navarrais, qui ont toujours et avec fierté défendu leur liberté telle que l'ont proclamée les Infançons d'Obanos dans leur devise gravée sur la pierre de notre Palais Foral, "Prolibertate Patria gens libera estate", puisqu'un peuple ne peut jouir de sa liberté si ses hommes ne sont pas libres.

Du point de vue normatif, ce principe de liberté civile est la raison de la priorité de la coutume sur la loi, en ce que la coutume est la norme créée au dessus de la loi par le peuple même dans l'exercice de sa liberté, et comme je l'ai expliqué auparavant, le roi n'était obéi que s'il respectait la volonté du peuple qui l'avait porté sur le trône.

Ce principe de liberté avait non seulement une importance politique primordiale, mais il avait aussi et a son fidèle reflet dans la coutume; contractuellement, dans le "paramiento fuero vienze" de la Loi 7^e du "Fuero Nuevo", qui attribue la primauté à la volonté des parties, manifestée de façon unilatérale ou contractuelle, sur n'importe quelle source du droit; et en matière successorale, dans la liberté de tester, la légitime forale, etc. c'est-à-dire dans l'ensemble du droit privé de Navarre .

Mais, en ce qui nous concerne, j'insisterais une dernière fois, sur ce que cette priorité de la coutume sur la loi repose sur le principe de liberté civile.

3. LE CONCEPT DE COUTUME

Nous allons analyser la coutume forale de la Navarre en prenant soin de ne pas nous attarder sur la doctrine générale du droit, dans laquelle sont très enclins de tomber jusqu'aux propres foralistes.

Notre Compilation Forale ne définit pas la coutume, et en cela ceux qui élaborèrent le dit "Fuero Nuevo" ont eu raison, puisque le but d'un code n'est pas celui d'établir des définitions, qui appartiennent plutôt au domaine doctrinal et à la jurisprudence.

Une sorte de définition descriptive de la coutume figure dans le contenu de la sentence du Tribunal Suprême du 4 Octobre 1982, dans laquelle on estime que "la coutume repose sur l'existence de situations de fait constantes émanant d'actes uniformes à travers une période suffisamment longue pour qualifier sa permanence, avec la conviction que l'observation réitérée d'une norme donnée dans ces actes obéit à une raison de Droit".

4. LES ÉLÉMENTS DE LA COUTUME

Eu égard à la définition antérieure, on déduit que pour atteindre la catégorie forale, la coutume doit être composée de deux éléments fondamentaux, à savoir: les usages et l'*opinio iuris*.

4.1. Les Usages

En ce qui concerne les usages, il faut d'abord préciser que, dans notre droit historique ils étaient assimilés à la coutume elle-même, de telle façon que les rois, lors de leur avènement, juraient de respecter les usages en même temps que les lois et les coutumes.

En vertu de notre droit positif, les usages auxquels fait référence notre législation historique et les serments de nos rois, consistaient en n'importe quel phénomène juridique, qui se développait par l'habitude et la tradition, soit localement, soit étendu à tout le pays, en produisant tous ses effets, sans que soit exigée une durée déterminée, mais à la seule condition d'être actuel.

Bien que la répétition des actes et l'intention juridique les assimilaient à la coutume, ils se différenciaient d'elles, en ce qu'une durée déterminée n'était pas exigible dans les usages. Leur application actuelle suffisait, sans qu'ils soient universels.

En résumé, en Navarre les usages ne se distinguaient de la coutume qu'à travers la *vetustas*, leur ancienneté, mais n'en différaient pas:

- A) Par leur force juridique, puisqu'ils en jouissaient pour la très évidente raison que les rois n'allaient pas jurer de respecter comme obligatoires des usages qu'ils n'auraient pas voulu qu'ils aient ce caractère obligatoire. Dans le cas contraire, le roi aurait commis le pire des "contrafueros", en imposant une norme qui n'aurait pas pour ses sujets ce caractère impératif qu'a la coutume.
- B) Les usages n'étaient pas le produit d'un groupe qui n'avait de pouvoir normatif que reçu de l'État, mais il naissait du peuple, des populations, ou de l'ensemble du royaume.
- C) Enfin, les usages ont produit en Navarre des effets normatifs de régulation et d'interprétation, comme le prouvent les serments royaux en ce qui concerne les usages normatifs et l'Ordonnance XLIII de 1417.

Il est donc évident que dans notre droit historique l'usage était considéré comme coutume; cette remarque préalable est nécessaire afin de comprendre la fonction des usages en tant qu'éléments de la coutume dans le sens conceptuel moderne recueilli au sein de notre Compilation Civile actuelle.

En effet, la coutume à laquelle se réfère notre “Fuero Nuevo” se compose de deux éléments: les usages et l’*opinio iuris*.

Comme il a déjà été précisé, il ne s’agit pas d’usages au sens historique, comparés à la coutume, mais d’usages établis par des comportements humains ou par des actes uniformes, constants et généralisés, pourvu qu’ils ne soient ni furtifs ni clandestins, ou qu’ils n’aient pas été provoqués par la peur ou la contrainte, puisqu’en ces cas ils n’auraient pas la même valeur juridique que la norme.

Les actes constitutifs d’usages doivent être répétés pendant une période plus ou moins longue, de la même façon dans des situations semblables. D’autre part, ils doivent se produire de façon généralisée dans le milieu social, territorial ou fonctionnel dans lequel ils ont lieu.

4.2. *Opinio iuris*

En plus de ces usages, pour que la coutume existe, le concours de l’*opinio iuris* est indispensable; c’est à dire la conviction qui accompagne chaque acte identique, répété et constant, de l’observation d’une norme préexistante.

5. LES DIFFERENTES SORTES DE COUTUMES

5.1. La coutume *Contra legem*

Bien que les Lois 1 et 2 du “Fuero Nuevo” attribuaient la prépondérance à la coutume dans les sources du droit civil navarrais, de la loi 3, il ressort que dans les situations conflictuelles (coutume contre loi), cette primauté a des limites, telles sont toujours que la coutume ne soit pas contraire à la morale et à l’ordre public.

La morale doit être entendue, selon Pedro de Pablo Contreras (*Curso de Derecho Civil Navarro. Introducción. Parte General. Tomo I. Pamplona, 1990, p.147*), “en tant que standard éthique, en refusant l’autorité de la coutume aux usages, plus ou moins étendus, qui, suivant les époques, sont considérés comme socialement condamnables en Navarre”.

De même, la coutume ne peut pas être contraire à l’ordre public, c’est à dire aux limites qui empêcheraient le Parlement de Navarre lui-même de légiférer valablement dans un domaine déterminé ou dans un certain sens. Parmi les éléments liés à l’ordre public, il faudrait inclure le régime foral et les directives et principes contenus dans les normes constitutives de ce régime foral, et notamment les droits et libertés fondamentales.

5.2. La coutume selon et sans la loi

Tout en citant de façon expresse la coutume *contra legem*, le “Fuero Nuevo” ne fait aucune référence à la coutume *selon et sans la loi*.

C’est que, en réalité, aucun problème ne s’est posé au sujet de l’existence de ces sortes de coutumes, même avant la promulgation du “Fuero Nuevo”.

En effet, la coutume *sine lege* était applicable en vertu des dispositions de l’article 6 du Code civil, qui l’admettait en tant que source supplétoire à défaut de l’existence d’une

disposition légale applicable en Navarre, le Code Civil devant être d'après son titre préliminaire impérativement appliqué dans toutes les provinces du Royaume, conformément à l'article 12 de ce même corps législatif.

La coutume *selon la loi* était aussi en vigueur en Navarre avant l'avènement de la Compilation forale; telle fut la doctrine unanime de tous les auteurs de traités y compris Federico de Castro lui-même (*Derecho Civil de España. Parte General. Tomo I. Madrid. 1955, p.422 et suivantes*) qui écrit: "Les coutumes *secundum legem* forales, seront applicables pour éclaircir le sens des normes forales; elles appartiennent au régime foral". En outre, les projets d'Appendice ainsi que le "Fuero" compilé reconnaissent cette forme de coutume; la Loi 9^a du "Fuero Recopilado" déclare que la coutume est le meilleur interprète de la loi, et la Loi 9 de la Rec. Priv. détermine que les termes de la loi seront toujours interprétés conformément à la coutume. Ces lois n'ont pas été intégrées dans le "Fuero Nuevo".

Il est vrai qu'il n'a pas été nécessaire de les incorporer dans sa réglementation, puisqu'elles sont protégées non seulement par la loi 1 qui situe la coutume en premier lieu, avant les "fueros" et les lois, mais aussi par la loi 2 qui établit un ordre de préférence des sources du droit, selon lequel la coutume est la première de toutes, avant les lois de la Compilation, les principes généraux du droit et le droit supplétoire.

Après la promulgation du "Fuero Nuevo", quelques jours plus tard, le titre préliminaire du Code Civil fut réformé par la loi du 17 Mars 1973, déclarant à ce sujet que "La coutume n'aura d'effet qu'à défaut d'une loi applicable, toujours à condition qu' elle ne contrarie pas la morale ou l'ordre public et qu'elle soit prouvée".

Tout cela à titre informatif, étant donné que le "Fuero Nuevo" admet non seulement la coutume *sine et secundum legem*, mais aussi *contra legem*, le Code Civil n'est pas supplétoire dans ce cas.

5.3. La coutume locale et générale

En vertu de la Compilation Civile Forale, la coutume locale est prioritaire sur la coutume générale.

La raison de cette primauté est que la coutume n'est valable que là où on l'observe, puisque sa valeur normative lui est conférée dans la mesure où elle est pratiquée par la communauté dont elle régit la vie en commun.

Le droit navarrais, quant à lui, prévoit que la coutume générale, expressément mentionnée, est aussi une source du droit même là où on ne l'observe pas, en raison de la non-répétition dans ce lieu ou cette région d'actes uniformes qui la créent. Si les actes sont répétés, on devra estimer qu'il s'agit d'une coutume locale.

6. PREUVE DE LA COUTUME

Le dernier paragraphe de la Loi 3 de notre "Fuero Nuevo" déclare que "la coutume qui n'est pas notoire devra être alléguée et prouvée devant les tribunaux".

Cette preuve devant les tribunaux doit se référer à des faits. Pour prouver la coutume, les parties peuvent utiliser tous les modes de preuve existant en droit, bien que leur acceptation et leur appréciation soient soumises aux règles établies par la procédure pour la preuve utilisée.

7. CONCLUSION

Comme nous avons commencé par la fin, nous allons paradoxalement finir par le début en soulignant l'importance attribuée à la coutume dans l'exposé des motifs de notre "Fuero Nuevo", qui affirme que "cette compilation est le vif reflet du Droit civil réellement appliqué en Navarre. Tout en faisant abstraction de nombreuses institutions légales de Navarre parce qu'elles n'étaient pas en usage, elle a su incorporer d'autres institutions à caractère coutumier et de pratique quotidienne qui proposent des solutions juridiques actuelles, en harmonie avec le système général du Droit de Navarre".

Plus loin, ce même exposé des motifs établit la primauté de la coutume sur la loi. " Bien que cette reconnaissance semble affaiblir la force de la Compilation elle-même, cela est dû à une incontournable exigence du Droit privé de Navarre, qui se veut un règlement ouvert au développement futur de la pratique juridique".

Telle a été l'importance que la Compilation en vigueur en Navarre reconnaît à la coutume.

Après avoir ébauché une simple synthèse de la pratique actuelle de la coutume en Navarre, qui s'ajuste strictement au sujet qui m'a été confié, je voudrais préciser que cette question est plus largement traitée dans mes oeuvres (dont les titres figurent dans le livre *Bio-Bibliografía de F.S.Q., 1ª y 2ª edición, Pamplona, 1990*) que je laisse à la disposition des Universités de Bayonne et de Pau afin d'être consultées par les personnes intéressées.

Je suis à la disposition de tous et de chacun de vous, de façon personnelle et inconditionnelle, afin de vous aider de mon mieux à résoudre toutes les questions qui pourraient se poser.

A cette occasion, comme j'ai l'honneur d'occuper cette tribune, je souhaiterais rappeler quelque chose qui m'a rempli d'espoir au cours de mes travaux juridiques: pour être utile à la société, pour rendre un service intellectuel et apporter quelque chose de positif à ce monde passionnant du Droit Foral de notre ancien Royaume, il faut "servir", en d'autres termes, "pour servir, il faut servir".