

La résistance des Basques à la pénétration du Droit romain. L'exemple du Pays basque de France

(Basque resistance to the penetration of Roman Law. The case of France's Basque Country)

Lafourcade, Maité

Université de Pau et des Pays de l'Adour. Fac. Pluridisciplinaire de Bayonne. 29-31, cours Comte de Cabarrus. F-64115 Bayonne

BIBLID [0212-7016 (2007), 50: 2; 81-94]

Ce travail analyse les caractéristiques du Droit historiquement en vigueur au Pays Basque et, en particulier, dans les régions continentales, qui le différencient du Droit romain, telles que la priorité absolue de l'indivisibilité d'une partie du patrimoine familial (les dénommés bien avitins), la non-distinction en raison de sexe de l'héritier unique, ou les régimes dotaux et de coseigneurie. Y compris lorsque la terminologie a emprunté au Droit romain des concepts comme celui de dot, légitimité, usufruit successoire, les droits réglementés lui sont étrangers.

Mots clés: Droit. Histoire du droit. Droit basque. Fors. Droit romain. Droit coutumier. Droit de la famille. Iparralde.

Euskal Herrian, batez ere eskualde kontinentaletan, historian zehar indarrean egon den Zuzenbidearen ezaugarriak aztertzen ditu lanak. Ezaugarri horiek Zuzenbide erromatarretik bereizten dute eta, horien artean, honako hauek aipatu daitezke: familiaren ondarearen zati bat banatzeko erabateko ezintasuna (biens avitins deritzenak), oinordeko bakarra generoaren arabera ez bereiztea edo ezkonsari eta coseigneurie erregimenak. Nahiz eta, terminologiaren aldetik, kontzeptu batzuk Zuzenbide erromatarretik hartu, "oinordetza-zilegatasuna" kasu, araututako eskubideek ez dute zerikusirik Zuzenbide horrekin.

Giltza-hitzak: Zuzenbidea. Zuzenbidearen historia. Euskal Zuzenbidea. Foruak. Erromatar Zuzenbidea. Ohiturazko Zuzenbidea. Familia Zuzenbidea. Iparralde.

El trabajo examina aquellas características del Derecho vigente históricamente en el País Vasco, y en particular en sus regiones continentales, que lo diferencian del Derecho romano, como son la prioridad absoluta dada a la indivisibilidad de una parte del patrimonio familiar (los llamados biens avitins), la no distinción en cuanto al sexo del heredero único o el régimen de dote y de coseigneurie. Incluso cuando la terminología toma del Derecho romano conceptos como el de "legitimidad" sucesoria, los derechos que se regulan son extraños a él.

Palabras clave: Derecho. Historia del Derecho. Derecho vasco. Fueros. Derecho romano. Derecho consuetudinario. Derecho de familia. Iparralde.

Établis depuis la plus haute antiquité dans la partie occidentale des Pyrénées, organisés en petites républiques autonomes, les Basques apparaissent dans les récits des auteurs romains ou grecs, comme formant un peuple différent des autres¹. Au III^{ème} siècle, peut-être à l'occasion de la réorganisation de l'Empire par Dioclétien, ils se séparèrent des Aquitains et créèrent une entité distincte : la Novempopulanie². Les auteurs distinguaient le *Vasconum Ager*, la campagne cultivée des Vascons, du *Saltus Vasconum*, la forêt des Vascons, la « *res barbara* », indemne de romanisation. Lors des invasions germaniques, les Vascons conservèrent leur indépendance au sein du royaume wisigothique³. Ils opposèrent une farouche résistance aux envahisseurs francs ; les historiographes des rois francs⁴ et les Annales royales rapportent leurs nombreuses expéditions contre les Wascons qu'ils ne pouvaient maîtriser. Charles le Chauve plaça un comte à la tête de l'ancienne Novempopulanie qui prit le nom de Vasconie, divisée en deux par la chaîne des Pyrénées⁵. Puis la Navarre se détacha de la Vasconie, de même le comté de Bigorre et la vicomté de Béarn qui prirent le nom francisé de Gascogne. Vers 850-860, le Pays basque était composé de trois grandes formations politiques, la Vasconie du sud, la Navarre et la Vasconie du nord, qui préfigurent l'organisation actuelle du Pays basque partagé entre la Communauté autonome basque, la Navarre et le Pays basque français, divisé en trois provinces : le Labourd, la Soule et la Basse Navarre.

Ces pays peuplés de Basques n'ont formé d'unité politique que pendant une courte période, sous le règne de Sanche III le Grand, roi de Navarre de 1004 à 1035. Chacun d'eux eut une évolution historique différente. Les Navarrais pour lutter contre les Francs au nord et les musulmans au sud, se donnèrent au IX^{ème} siècle un chef militaire, qui peut être considéré comme le premier roi de Pampelune ; c'est en 905 que Sancho Garcia prit le titre de roi et cette monarchie devint rapidement héréditaire. Le royaume de Navarre est alors puissant ; son apogée se situe au XI^{ème} siècle, sous le règne de Sanche III qui réunit sous son sceptre un vaste territoire⁶. La province de

1. Références aux Basques dans la littérature gréco-romaine, in : Adolf Schulten, « Las referencias sobre los Vascones hasta el año 800 después de J.C. », *RIEB* 1927, p. 225-240 - *Mil años de historia vasca a través de la literatura greco-latina, de Anibal a Carlomagno*, (2^a edición), Bilbao, Deusto, 2001.

2. Une pierre gravée trouvée à Hasparren en Labourd en 1665, en témoignage :

« FLAMEN, ITEM, DUUMVIR, QUESTOR, PAGIQUE MAGISTER, VERUS AD AUGUSTUM LEGATO MUNERE FUNCTUS PRO NOVEM OPTINUIT POPULIS SEIUNGERE GALLOS. URBE REDUX GENIO PAGI HANC DEDICAT ARAM ».

3. Cf. Michel Rouche, *L'Aquitaine. Des Wisigoths aux Arabes. 418-781. Naissance d'une région*, Paris, EHESS, 1979.

4. Grégoire de Tours, *Histoire ecclésiastique des Francs*, VI, 12 ; Frédégaire, *Chronique*, IV, 21, 78 ; Eginhard, *Vie de Charlemagne*, IX, XV...

5. Cf. Arnaud d'Oihénart, *Notitia utriusque Vasconiae...*, Vitoria, Parlamento Vasco, 1992, 1098 p. (1^{ère} éd. Parisiis : Sebastiani Cramoisy, 1638).

6. Cf. Roldán Jimeno et Aitor Pescador, *Colección documental de Sancho Garcés III, el Mayor, rey de Pamplona (1004-1035)*, Pamplona, Nabarralde, 2003, 334 p. ; Manex Goyhenetche, Roldán Jimeno, Aitor Pescador, Tomás Urzainqui, *Euskal Herria au XI^e siècle. Règne de Sanche III, le Grand (1004-1035)*, Pamplona, Nabarralde, 2004, 181 p.

Guipuzcoa, l'Hermandad d'Alava et la Seigneurie de Biscaye furent incorporées à la Castille aux XIII^e et XIV^e siècles. Le Labourd et la Soule furent détachés du royaume de Navarre après la mort de Sanche III le Grand et rattachés au duché d'Aquitaine dont elles suivirent le sort. Elles passèrent sous la suzeraineté du roi d'Angleterre après le mariage d'Éléonore, duchesse d'Aquitaine, en 1152, avec Henri Plantagenêt qui devint roi d'Angleterre deux ans plus tard à la mort de son père. Ces deux provinces restèrent possessions anglaises jusqu'à leur reconquête par le roi de France Charles VII en 1450. Quant à la Basse Navarre, *merindad de ultra puertos* du royaume de Navarre, elle fut le refuge des souverains navarrais lors de la conquête de la Navarre, en 1512, par les troupes de Ferdinand d'Aragon, et fut incorporée au royaume de France par Louis XIII, en 1620, après la mort d'Henri IV, héritier des deux couronnes, de France et de Navarre.

En dépit de cette absence d'unité politique, on retrouve dans les sept provinces les mêmes principes juridiques fondamentaux, différents de ceux des provinces environnantes qui subirent l'influence du droit romain. Les Basques se donnèrent un régime juridique adapté à leur mode de vie pastoral. Peut-être protégés par leur langue, ils ne furent guère influencés par les apports étrangers, sinon superficiellement ou assimilés, sans modification de l'essentiel de leur culture qu'ils s'efforcèrent de défendre au cours des siècles.

C'est pour la préserver, après l'accession au trône de Navarre, en 1234, de Thibault de Champagne, prince étranger venu du nord de la Loire, pays de forte féodalité, neveu par sa mère du roi défunt, pour se préserver peut-être aussi de l'influence du droit romain renaissant, que les Navarrais rédigèrent, en 1237, le premier recueil des coutumes générales du royaume : le *Fuero general de Navarra*, qui subit par la suite plusieurs améliorations. *La Novissima recopilación* date de 1735. La dernière actualisation a été approuvée par la loi du 1^{er} mars 1973, modifiée par la loi du 1^{er} avril 1987. Le *Fuero Nuevo* emprunta au droit romain, déclaré droit supplétoire en 1576, des solutions inexistantes en droit coutumier⁷, mais qui ne contrariaient pas les usages traditionnels.

En Alava, terre reconquise sur les Maures par le roi de Castille en 1199, les coutumes ne furent rédigées que dans la seigneurie d'Ayala, en 1373. Il eut une nouvelle rédaction du *Fuero d'Ayala* en 1469⁸.

7. Cf. Juan Utrilla Utrilla, *El Fuero General de Navarra*, Pampelune, Gouvernement de Navarre, 1987, 2 vol., 445 p., 371 p. Le droit navarrais a été étudié par Francisco Salinas Quijada. Cf. Joaquín Gortari Unanua, *Bio-bibliografía de Francisco Salinas Quijada*, 3^{ème} éd., Pampelune, Gouvernement de Navarre, 1998, 334 p., en particulier : Francisco Salinas Quijada, *Derecho Civil de Navarra*, Pampelune, Aranzadi, 1971, 4 vol., 2^{nde} éd. Pampelune, Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, 1983. – *Compendio de derecho civil navarro*, Gouvernement de Navarre, 1991.

8. Cf. Jesús Galíndez Suárez, *La Tierra de Ayala y su Fuero*, Buenos Aires, 1957. Luis María Uriarte Lebario, *El Fuero de Ayala*, Madrid, 1912, Vitoria 1974. Adrián Celaya Ibarra, *Complación de derecho civil foral de Vizcaya y Álava*, Durango, 1976. Manuel M. Uriarte Zulueta, « El Fuero de Ayala », in : *Derecho civil foral vasco*, Bilbao, Gouvernement basque, 1995, p. 219-242.

En Biscaye, le *Fuero Antigo* fut rédigé en 1452, puis réformé en 1506 et suivi du *Fuero Nuevo* en 1526. Á la faveur de la Constitution espagnole de 1978, une nouvelle actualisation fit l'objet de la *Ley del derecho civil foral del País Vasco* du 1^{er} juillet 1992⁹.

Cette loi actualise les *Fueros* de Biscaye et d'Áyala, mais ne consacre que deux articles aux coutumes du Guipuzcoa qui n'avaient jamais fait l'objet d'une rédaction officielle, laquelle fut réalisée par une loi du 16 novembre 1999, annexée à la précédente¹⁰.

Les coutumes du Labourd et de Soule furent rédigées sur l'ordre donné par Charles VII dans l'ordonnance de Montils les Tours de 1454, respectivement en 1514 et 1520. La Basse Navarre ne faisait pas encore partie du royaume de France. C'est Henri III de Navarre, devenu Henri IV de France en 1589, qui nomma une commission pour procéder à cette rédaction. Á l'aube de la monarchie absolue, la procédure n'était pas la même qu'au XVI^{ème} siècle et le For qui en résulta, partiellement romanisé, reflète mal les usages locaux¹¹.

Á la différence des *Fueros* qui témoignent d'un grand respect pour la liberté, les Coutumes du Pays basque français renferment des dispositions impératives. Il semble que leurs rédacteurs aient voulu, à une époque où le Droit romain se faisait envahissant, fixer sûrement leurs usages, en imposant des règles fondamentales pour leur organisation sociale. Présidées par des magistrats du parlement de Bordeaux, imbus de Droit romain, les assemblées de publication n'ont sacrifié à la mode romaine que la terminologie qui recouvre des institutions tout à fait différentes de celles du Droit romain.

Le Droit romain n'était pas ignoré en Pays basque. Les juristes locaux étaient formés dans les universités de Toulouse ou de Bordeaux. Mais, dès le XIII^{ème} siècle, les notaires manifestèrent leur hostilité à l'égard de ce droit savant, aux antipodes des coutumes locales, en insérant dans les actes qu'ils rédigeaient des renonciations aux règles romaines qui contrariaient leurs mœurs. Certains auteurs ont cru voir dans ces allusions au Droit romain une réception de ce droit¹². Mais, elles témoignaient, au contraire, de

9. Cf. Adrián Celaya Ibarra, *Vizcaya y su Fuero Civil*, Pampelune, Aranzadi, 1965, 463 p. - *Derecho civil vasco*, Bilbao, Université de Deusto, 1993, 359 p. - « Comentarios a la ley de Derecho Civil Foral del País Vasco », in *Comentarios al Código Civil y Legislaciones Forales*, tome XXVI, Bilbao, Edersa, 1997, 622 p.

10. Cf. *Jornadas sobre el estado de la cuestión del derecho histórico de Euskal Herria*, Saint Sébastien, Institut de droit historique du Pays basque, Université du Pays basque, 1995, 636 p.

11. *Los Fors et Costumas deu Royaume de Navarre Deça-Ports avec l'Estil et Aranzel Deudit Royaume*, Pampelune, Gouvernement foral de Navarre, Institución Príncipe de Viana, 1968, édition facsimil, Pau, 1681.

Les trois Coutumes basques ont été publiées par Pierre Haristoy, *Recherches historiques sur le Pays basque*, Bayonne, Lasserrre / Paris, Champion, T. 2, 1884, p. 381-568.

12. Cf. José María Lacarra, « Sobre la recepción del Derecho romano en Navarra », in : *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1934, p. 5-15.

son refus. Le peuple basque, fidèle à la tradition, n'adoptait que superficiellement les concepts étrangers, tout en conservant ses propres institutions. Il n'a guère dépassé ce stade dans la réception du Droit romain. Tout au plus, lui a-t-il emprunté certaines institutions qui convenaient à leur organisation sociale, comme la légitimation ou le testament. Le parlement de Bordeaux l'appliquait comme droit supplétif, mais les Basques évitaient le recours aux juridictions royales, préférant résoudre leurs différends par des sentences arbitrales, particulièrement nombreuses dans les archives notariales. Celles-ci révèlent que, même à la fin de l'Ancien Régime, les usages ancestraux étaient scrupuleusement respectés, y compris en Basse Navarre où la coutume ancestrale l'emportait sur le texte du For.

Le droit basque est un véritable droit témoin d'une société pastorale telle qu'elle devait exister dans les Pyrénées dès les premiers temps d'une organisation sociale. Il a manifestement été inventé par et pour une population rurale, à partir de la terre qui, selon le régime naturel de la propriété indivise, appartenait à la collectivité des habitants qui s'y étaient fixés, par familles, dans des maisons. Ces maisons, assorties des terres mises en culture et des droits sur les terres incultes communes, formaient une unité économique permettant à une famille élargie, telle qu'on la concevait au Pays basque, de vivre. Elles étaient les cellules de base de toute l'organisation politique et sociale basque. Chaque maison abritait une famille qui faisait corps avec elle jusqu'à prendre son nom et qui se perpétuait à travers les siècles grâce à un système juridique conçu pour sa conservation. La famille, cet être abstrait, à l'origine lointaine et à durée illimitée, se concrétisait dans son patrimoine qui permettait sa survie et devait se perpétuer à travers les siècles, sans jamais mourir. Propriété de la famille, il était frappé d'une substitution légale perpétuelle ; il était indivisible et inaliénable¹³. À chaque génération, un couple de responsables en assumait la gestion. Chaque maison, par l'intermédiaire de son représentant, participait à l'administration de la communauté paroissiale et du pays tout entier, par un système de démocratie directe à base familiale. Cette organisation, animée d'un puissant esprit communautaire et égalitaire, aboutissait à un type de société unitaire, où tous les hommes étaient libres et les maisons juridiquement égales.

La rencontre avec un droit profondément individualiste et autoritaire, trop savant pour une population rurale, posait un problème de civilisation. Les deux systèmes juridiques étaient trop différents et la population basque trop attachée à ses traditions ancestrales pour qu'une fusion puisse être possible, même à long terme.

Outre la conception collective du droit de propriété, les plus grandes différences entre le droit basque et le droit romain se rencontrent dans le **droit de la famille**.

13. Cette institution, appelée « *troncalidad* » dans les provinces basques espagnoles, est fondamentale pour la société basque.

1. LE PATRIMOINE FAMILIAL ÉTAIT INDIVISIBLE

Le patrimoine familial comprenait la maison ancestrale, avec ses « appartenances et dépendances », meubles et immeubles, meubles meublants, instruments aratoires, bétail et animaux domestiques, terres labourables et droits sur les terres communes, droits d'église et de sépulture qui faisaient partie intégrante de la maison et suivaient son sort.

Il s'agissait de biens dits avitins ou papoux, c'est à dire venant des aïeux : *avitus* en latin, ou du grand-père: *papoun* en gascon, qui étaient dans la famille depuis au moins deux générations¹⁴. La grande distinction des biens en droit basque n'était pas entre les immeubles et les meubles, mais entre les biens avitins, indisponibles, et les biens acquêts, libres entre les mains de leur possesseur, meubles et immeubles confondus, distinction inconnue à Rome. L'avitinage était présumé.

Le patrimoine familial était par nature indivisible. Il ne devait avoir qu'un **seul héritier** à chaque génération. Le terme « héritier », d'origine romaine, est impropre ; les Basques l'appelaient *exerakoa* : celui qui est pour la maison. Il était responsable de la maison, de ses membres et de ses biens, pendant une génération.

La célèbre Nouvelle 118, selon laquelle, à défaut de testament c'était le parent le plus proche qui recueillait la succession parce que c'était pour lui que le défunt avait, présumait-on, l'affection la plus vive, n'avait pas pénétré en Pays basque. Dans les provinces basques de France, il s'agissait obligatoirement de l'enfant aîné, parce que tel était l'intérêt de la maison et de la communauté familiale ; il était, en principe, le plus apte à gérer le patrimoine familial. C'était l'enfant aîné, **sans distinction de sexe**¹⁵. La femme n'était pas cette incapable, faible et inexpérimentée qui devait être protégée, du droit romain ; elle était, en droit basque, juridiquement l'égale de l'homme, ayant les mêmes droits que lui.

Mais à l'époque de la rédaction des coutumes, le privilège de masculinité, d'origine féodale, avait partiellement pénétré en Pays basque. En successions nobles, l'aîné des garçons excluait les filles¹⁶. Toutefois, après cette concession faite au droit nobiliaire, le principe basque de l'égalité des sexes reprenait ses droits ; en cas de mariages successifs, si du premier il n'y avait que des filles, l'aînée de celles-ci était l'héritière, même s'il y avait des mâles de mariages subséquents¹⁷. En Soule, province joutant le Béarn, le

14. Le For de Basse Navarre exigeait 3 générations, en ligne directe ou collatérale, pour qu'un bien devienne avitin, alors qu'en Labourd et en Soule, il suffisait de deux générations, uniquement en ligne directe descendante.

15. Art. 3 du titre 12 de la Coutume de Labourd : « En biens ruraux avitins, le premier enfant de loyal mariage, succede a ses pere et mere soit filz ou fille ».

16. Art. 1 du titre 12 de la Coutume de Labourd ; art. 1, titre 27 de la Coutume de Soule.

17. Art. 2 du titre 12 de la Coutume de Labourd ; art 2, titre 27 de la Coutume de Soule ; art. 3 rubrique 27 du For de Basse Navarre.

priviège de masculinité s'était répandu en successions franches roturières du piémont ; les articles 3 à 19 de la rubrique relative aux successions de la Coutume énumèrent les maisons où c'est l'aîné des mâles qui hérite¹⁸. Dans l'ensemble, le principe traditionnel de l'égalité des sexes n'avait subsisté qu'en Haute Soule, en zone montagneuse, et, dans tout le pays, en maisons *pastères*, dépendant d'un seigneur foncier. Le For de Basse Navarre est ambigu ; il semble, d'après la rubrique consacrée aux testaments et aux successions, que, comme en Navarre et dans la communauté autonome basque, les parents pouvaient choisir l'héritier, de nombreux articles réglementant les testaments.

Le droit d'aînesse était une règle impérative, peut-être introduite dans le texte coutumier lors de la rédaction des coutumes, tant l'indivisibilité du patrimoine ancestral était fondamentale. L'étude des actes notariés des provinces basques françaises a montré que l'héritier était toujours en biens ruraux avitins l'enfant aîné. Des dérogations n'avaient lieu que si l'intérêt de la maison l'exigeait, l'héritier présomptif étant infirme, « imbécile de naissance », « peu porté vers l'état de mariage » ou s'il ne désirait pas assumer cette responsabilité ; dès lors, il faisait, devant notaire, démission de son droit d'aînesse en faveur de l'aîné des cadets et ainsi de suite par ordre de primogéniture.

Lorsqu'un couple était demeuré stérile, il ne manquait pas de faire un héritier par une institution contractuelle à l'occasion de son mariage ou par un « traité d'affiliation ». L'institution d'héritier, usage romain mais ne correspondant au même objectif qu'à Rome, ou la donation *propter nuptias* était toujours assortie d'une substitution fidéicommissaire en faveur de l'enfant aîné du chaque génération, à l'infini, ce qui était contraire au droit romain, au droit commun coutumier, à la jurisprudence et à la législation royale ; l'Ordonnance d'Orléans limita les substitutions à venir à deux degrés, celle de Moulins de 1566 les a limitées à quatre degrés et l'Ordonnance du Chancelier d'Aguesseau d'août 1747 les a abolies, avec une exception toutefois pour les pays où les substitutions illimitées étaient de droit coutumier, comme en Pays basque.

L'héritier n'avait aucun droit exclusif de propriété sur le patrimoine familial. Il avait plus de devoirs que de droits. Il devait bien le gérer pour le transmettre dans son intégralité à la génération suivante. Il était aussi responsable de tous les membres de la famille, vivants et morts ; il était chargé du culte des morts de la famille ; il devait entretenir et soigner ses père et mère jusqu'à leur décès et donner à chacun de ses frères et sœurs une situation digne de la maison, sinon les entretenir au foyer familial jusqu'à la fin de leurs jours.

À leur départ de la maison, il devait leur délivrer leurs droits légitimes et successoraux. Cette terminologie empruntée au droit romain ne corres-

18. D'où le proverbe d'Oihenart : « *Herriak beren legea, etxeek beren astura* » (Chaque pays a sa loi, chaque maison sa coutume).

pondait pas à la légitime romaine. Le montant des droits légitimaires, sur les biens avitins, et successoraux, sur les acquêts, était laissé à l'arbitraire des maîtres de la maison ; la somme allouée à chaque enfant était généralement fixée dans le contrat de mariage de l'enfant héritier ; elle était faible et inégale selon les enfants et leurs besoins. Alors que la légitime romaine figurait, sinon dans sa quotité, du moins dans son principe, dans les autres Coutumes du Sud-Ouest, les Coutumes basques prévoyaient seulement que les maîtres de maison devaient « marier » fils et filles « modérément, ayant regard a la qualite diceulx biens (papoaux et avitins) »¹⁹ et leur délivrer une part des acquêts, « si peu soit-il »²⁰, soit un minimum de cinq sols. Une allusion à la légitime romaine, sans doute due aux magistrats bordelais qui présidaient l'assemblée de publication, est faite dans la Coutume de Labourd, dont l'article 19 du titre 12 relatif aux successions, précise que dans le cas où les parents seraient décédés sans avoir fixé les droits de leurs enfants cadets, l'héritier était :

« tenu pour toute légitime d'iceulx biens marier ses seurs de père et mère... selon la faculte d'iceulx, si elles servent a la maison de l'ainé ou aînée respectivement, ou ailleurs a la volente du succedant, autrement n'est tenu de les marier ».

Et l'article 20 ajoute :

« quant a ses freres puisnes de pere et mere...leur est tenu bailler la quarte partie seulement de la legitime que de droit leur appartient... ».

Les Coutumes de Soule et de Basse Navarre emploient aussi le terme de « légitime » mais sans en préciser ni le sens ni le montant.

Les droits légitimaires étaient toujours stipulés réversibles à leur souche dans le cas de décès de l'enfant doté sans postérité. Ce droit de retour était garanti par une *obligatio omnium bonorum*. Il était imprescriptible.

Quant aux acquêts, si leurs possesseurs n'en avaient pas disposé avant leur mort, ils devaient être partagés également entre tous les enfants²¹. Mais il était fréquent que les parents « avitinisent » les acquêts par une clause spéciale du contrat de mariage de leur enfant aîné, afin que le tout lui soit transmis, et que la somme affectée aux enfants cadets représentent à la fois leurs droits sur les biens avitins et sur les acquêts.

Ayant reçu leur part et quitté la maison familiale, les enfants étaient, comme dans les communautés familiales du Moyen Âge, sortis de « celle », exclus de la succession de leurs père et mère²². Cependant le parlement de

19. Art. 21 du titre 12 de la Coutume de Labourd, art. 35 du titre 27 de la Coutume de Soule, art. 4 de la rubrique 27 du For de Basse Navarre.

20. Art. 3 du titre 11 relatif aux testaments de la Coutume de Labourd.

21. Art. 6 du titre 12 de la Coutume de Labourd.

22. Art. 20 du titre 12 de la Coutume du Labourd.

Bordeaux, considérant cette coutume basque comme *odieuse*, accordait aux enfants qui le réclamaient un supplément de légitime²³. Mais, rares étaient ceux qui osaient enfreindre la loi du groupe et se plaindre en justice ; ils se contentaient de la somme allouée par leurs père et mère. En cas de différend, craignant la justice bordelaise, les Basques avaient recours à des transactions à l'amiable ou des sentences arbitrales ; les arbitres accordaient généralement aux mécontents le quart de la légitime romaine²⁴.

Un enfant cadet au moins par famille épousait un héritier ou une héritière d'une autre maison²⁵. Un contrat de mariage était alors toujours rédigé car c'était à cette occasion que le patrimoine familial était transmis à la génération suivante. C'était l'acte le plus important de la vie juridique du Basque.

2. UN COUPLE DE CHAQUE GÉNÉRATION, « MAÎTRES VIEUX ET MAÎTRES JEUNES », GÉRAIENT CONJOINTEMENT LE PATRIMOINE FAMILIAL

Le conjoint adventice qui pouvait être aussi bien le mari que la femme, apportait dans la maison du conjoint héritier, une somme d'argent, qualifiée de *dot* par les rédacteurs des Coutumes qui aussitôt précisaient « ou donation pour noces vulgairement appelle *mariage* »²⁶, ce qui tend à prouver que le terme *dot* était inconnu au Pays basque au XVI^{ème} siècle. Celui qui épousait une héritière prenait le nom de la maison de sa femme, ainsi que les enfants nés de leur union.

Contrairement aux pays de droit écrit, le père n'avait nulle obligation de doter sa fille. La dot pouvait être constituée par quiconque, voire le conjoint héritier lui-même s'il voulait épouser un jeune homme ou une jeune fille qui n'avait rien. Mais elle provenait généralement de la maison natale du conjoint dotal et représentait, du moins en partie, ses droits légitimaires et successoraux. Le montant de cette dot, constituée en argent, sinon toujours évaluée en argent, devait être proportionné à l'importance de la maison qui la recevait. Elle était remise aux parents du conjoint héritier et affectée par eux « au profit et utilité de la maison » ; l'affectation de la dot était précisée

23. Cette jurisprudence fut confirmée par l'ordonnance de 1735 dont l'article 52 déclara que les demandes en supplément de légitime seraient satisfaites dans tous les cas, « dans les pays mêmes où ladite demande n'a pas été admise jusqu'à présent... ».

24. Exemples in : Maïté Lafourcade, *Mariages en Labourd sous l'Ancien Régime*, Bilbao, Université du Pays basque, 1989, p. 171-172.

25. Les mariages entre un héritier et une héritière, qui entraînait la fusion de deux domaines, étaient très rares. Les mariages entre deux enfants cadets qui n'avaient aucun ou peu de biens, ne nécessitaient pas de contrat. Les mariages entre un héritier et une cadette ou une héritière et un cadet étaient, au contraire, très nombreux. De 1774 à 1789, il n'y eut que 3% de mariages entre un héritier et une héritière, alors qu'il y en eut 82,5% entre un enfant héritier et un enfant cadet. La Coutume de Labourd n'envisageait d'ailleurs que ce type de mariage, le seul qui présentait un intérêt pour la société basque.

26. Art. 12 du titre 9 de la Coutume de Labourd.

dans la quittance, pour son éventuel retour à sa souche au cas de décès sans descendance de l'enfant doté.

En échange de la dot, les parents du conjoint héritier devaient, conformément à la Coutume²⁷, « assigner en faveur du mariage et des enfants qui en proviendront », la moitié **indivise** des biens avitins et papoaux, voire les « améliorations et augmentations » et autres acquêts « vinclés en mariage » par une clause particulière du contrat de mariage, telles les améliorations et réparations de la maison ; ce qui était fréquent.

C'est le régime basque de la **coseigneurie** qui témoigne de la nature collective du patrimoine familial et de l'absence de la *patria potestas* romaine. Les deux couples, appelés dans les actes de la pratique notariale « maîtres vieux » et « maîtres jeunes », voire les grands-parents ou le survivant d'entre eux, vivaient à même pot et feu et géraient conjointement le patrimoine familial, tous également responsables, quel que fût leur sexe et leur qualité, héritier ou dotal. Les actes d'administration et, à plus forte raison, de disposition nécessitaient le consentement de tous.

En cas de mésentente, chaque couple pouvait demander le partage des biens assignés en mariage, lequel se faisait par moitié²⁸. Mais chaque couple n'avait que la jouissance et administration des biens de son lot ; les rédacteurs des Coutumes désignent par le terme « usufruit » les droits de chaque couple sur la moitié du patrimoine, adaptant la conception basque du droit de propriété à la terminologie romaine. Il ne pouvait faire aucun acte de disposition sans le consentement de l'autre couple. L'unité du patrimoine familial était préservée et celui-ci toujours bien géré. Chaque couple avait sur l'autre un droit de surveillance et pouvait demander en Justice que tout le patrimoine lui fut remis, s'il estimait qu'il était mal géré²⁹.

Dans chaque couple, mari et femme étaient sur un pied d'égalité. La femme était toujours, comme avant l'invasion du Droit romain, la *socia mariti*³⁰. Au cas de dissentiment entre eux, la voix de celui des deux qui était l'héritier, fut-ce la mère, prévalait³¹.

27. Arts. 18 à 28 du titre 9 relatif aux « droictz de mariage » de la Coutume de Labourd ; arts. 21 à 32 du titre 24 de la Coutume de Soule ; arts. 8 et ss. de la rubrique 24 du For de Basse Navarre.

28. Art. 18 du titre 9 de la Coutume de Labourd. En Soule et en Basse Navarre, dans le cas où l'un des parents était décédé et que le survivant était le conjoint dotal, l'héritier ne lui devait que le quart de la dot et il avait droit aux trois quarts des biens : Arts. 21 et 22 du titre 24 de la Coutume de Soule ; art. 11 de la rubrique 24 du For de Basse Navarre.

29. Arts. 25 à 28 du titre 9 de la Coutume de Labourd ; art. 29 du titre 24 de la Coutume de Soule ; art. 8 de la rubrique 24 du For de Basse Navarre. Le régime de la coseigneurie était essentiellement basque français ; dans les provinces espagnoles, les parents conservaient la Seigneurie majeure du patrimoine familial.

30. Art. 6 du titre 9 de la Coutume de Labourd :

« Le mary ne peult faire aucune vente ne alienation de biens assignez en mariage, si la femme ne y consent, ne aussi la femme sans le consentement du mary ».

31. Art. 14 du titre 12 de la Coutume de Labourd.

Dans une clause particulière du contrat de mariage, les notaires précisaient le sort de la dot à la dissolution du mariage sans postérité. Au cas de prédécès du conjoint dotal, sa dot, constituée de ses droits légitimaires devait être rendue à sa maison natale. Au cas de prédécès du conjoint héritier, le veuf ou la veuve n'avait plus aucun droit dans la maison du prédécédé qu'il devait quitter avec sa dot qui lui était rendue, jouissant jusqu'à sa restitution d'un droit d'*emparance* ou d'*insistance* qui lui permettait de rester dans la maison du prédécédé³². Mais, s'il y avait des enfants nés du mariage et s'ils demeuraient vivants, il était, avec sa dot, intégré dans la maison du prédécédé ; il pouvait même s'y remarier, le second conjoint et les enfants nés de cette union n'y ayant aucun droit.

Le régime dotal basque n'avait donc rien de romain. Ce régime était la **séparation de biens jusqu'à la naissance d'un enfant ; dès lors, la communauté de tous les biens assignés en mariage, avitins et dotaux, se substituait *ipso facto* au régime précédent**, à condition qu'il y ait une descendance³³.

Ces deux régimes matrimoniaux successifs étaient accompagnés d'une communauté d'acquêts entre époux, dont le mari était, selon le droit commun coutumier, le chef³⁴. Cependant, après cette atteinte au principe basque de l'égalité des sexes, les Coutumes de Labourd et de Soule apportaient dans l'article suivant un tempérament à cette omnipotence ; le mari ne pouvait disposer sans le consentement de sa femme des biens qu'elle avait acquis par son industrie. La femme mariée pouvait même engager seule les biens de la communauté conjugale dans trois cas : quand elle était marchande et pour les besoins de son commerce, pour l'entretien des biens assignés en mariage et pour la nourriture des enfants nés du mariage³⁵. En dehors de ces trois hypothèses, l'obligation contractée par la femme seule n'était pas nulle ; ses actes étaient juridiquement valables ; leurs effets étaient seulement suspendus jusqu'à la mort du mari³⁶. Le For de Basse Navarre, rédigé à une époque où le principe de l'incapacité juridique de la femme mariée s'était largement répandu, ne reproduit pas de telles dispositions. Mais, dans les Coutumiers basques, on ne trouve aucune institution analogue à la tutelle perpétuelle des femmes ou au Sénatus Consulte Velléien.

32. Art. 15 du titre 24 de la Coutume de Soule.

33. Ce régime matrimonial était celui qui était exprimé dans la vieille Coutume de Bayonne rédigée en 1273, dont l'article 61 précisait que la communauté entre époux s'ouvrait aux premiers cris du premier enfant né du mariage. C'est aussi le régime qui est consacré par les *Fueros* des provinces basques d'Espagne.

34. Art. 1 du titre 9 de la Coutume de Labourd ; art. 1 du titre 24 de la Coutume de Soule ; art. 2 de la rubrique 25 du For de Basse Navarre.

35. Art. 9 du titre 9 de la Coutume de Labourd ; art. 8 du titre 24 de la Coutume de Soule.

36. Art. 10 du titre 9 de la Coutume de Labourd ; art. 9 du titre 24 de la Coutume de Soule.

3. LE PATRIMOINE FAMILIAL ÉTAIT INDISPONIBLE

Les biens avitins ou papoaux, venus des ancêtres, étaient indisponibles par acte entre vifs ou à cause de mort. « L'on ne peut vendre, ypothecquer³⁷, ou autrement aliéner les biens papoaulx et avitins », peut-on lire dans la Coutume de Labourd³⁸. Mais cette Coutume, comme celle de Soule, pour donner au système la souplesse nécessaire, prévoyait trois exceptions, « si nest pour assignacion de mariage ou urgente necessite, et alienations autrement faictes sont nulles et de nul effect et valeur, si nest que soient faictes du consentement de laisne emancippe ou du prochain qui par la coustume doit succeder ». La première exception et la troisième étaient devenues la règle, la transmission du patrimoine familial se faisant par l'assignation en mariage des biens avitins et tout acte de disposition d'un bien de famille nécessitant le consentement de l'héritier émancipé, c'est à dire marié, comme le précise l'article suivant. Mais, pour pouvoir vendre un bien de famille, il fallait qu'il y ait urgente nécessité, « pauvreté jurée », constatée, dans la pratique, par quatre parents ou voisins.

En Basse Navarre, les exceptions étaient beaucoup plus nombreuses ; des parcelles du patrimoine pouvaient être vendues pour payer des dots, des retours de dots, pour libérer de prison le Seigneur et ses enfants, pour se nourrir, pour bâtir ou reconstruire une maison, pour acquérir d'autres biens plus avantageux et profitables et pour payer des dettes légitimes³⁹.

Mais, un bien vendu pouvait toujours être racheté par l'héritier présomptif, un lien étroit étant établi, comme à l'origine de cette institution, entre la vocation successorale et le droit de rachat. Alors que le retrait lignager, institution inconnue du Droit romain et très répandue dans les communautés familiales du Moyen Âge, avait, sous l'influence du Droit romain, presque disparu en France et était soumise à des conditions très strictes, elle apparaissait, au Pays basque, comme une « institution nationale »⁴⁰. Le retrait pouvait porter aussi bien sur les meubles que sur les immeubles⁴¹. Il était, en Labourd, imprescriptible, « toutesfoiz et quantes que bon luy semblera »⁴²; en Soule, il était limité à 41 ans⁴³. Mais si l'acquéreur allait en

37. Le terme « hypothèque », est encore un emprunt formel au Droit romain, mais non substantiel, car il ne figure pas dans les actes de la pratique notariale où il est remplacé par l'« engagement de tous les biens présents et à venir » du contractant.

38. Art. 1 du titre 5 relatif aux « venditions et autres aliénations » de la Coutume de Labourd. ; art. 1 du titre 17 de la Coutume de Soule ; art. 2 de la rubrique 20 du For de Basse Navarre.

39. Art. 3 de la rubrique 20 du For de Basse Navarre.

40. Louis Falletti, *Le retrait lignager en droit coutumier français*, Paris, PUF, 1923, p. 252.

Les provinces basques d'Espagne connaissaient aussi la « *laudatio parentum* », encore pratiquée de nos jours.

41. Art. 7 du titre 5 de la Coutume de Labourd.

42. Art. 3 du titre 6 relatif au « retrait lignager... » de la Coutume de Labourd.

43. Art. 1 du titre 19 de la Coutume de Soule.

Justice, le parlement de Bordeaux appliquait le délai trentenaire de prescription des actions⁴⁴. Seul, le For de Basse Navarre avait adopté le délai de droit commun coutumier, d'un an et un jour⁴⁵; mais, en fait, la condition du rachat était toujours prévue dans les actes de vente ; elle était néanmoins soumise à une étroite réglementation⁴⁶. Autre particularité du droit basque : l'héritier conservait le droit de rachat même s'il avait consenti à la vente. Le bien était racheté au prix où il avait été vendu. Les Coutumes n'imposaient aucune condition qui pût limiter ce droit, pas même que le retrayant fasse un usage personnel du bien racheté. Toutes les spéculations étaient dès lors permises. Mais, ainsi qu'en témoignent les actes notariés et les archives judiciaires⁴⁷, les Basques étaient trop respectueux de la tradition pour détourner une règle juridique de son objet.

Les ventes étaient très rares. Lorsque l'urgente nécessité rendait inévitable la vente de la maison familiale, le consentement de tous les individuels, « maîtres vieux et maîtres jeunes » était requis. Et il était fréquent qu'un cadet de la famille, parti chercher fortune en Amérique, envoie les deniers nécessaires à son rachat. Un célèbre linteau de porte du village d'Ainhoa porte témoignage de cette pratique ; on peut y lire :

« Cette maison apelée Gorritia a esté racheptée par Marie de Gorriti, mère de feu Jean d'Olhagaray des sommes par luy envoyés des Indes. Laquelle maison ne se pourra vendre ni engaiger. Fait l'an 1662 ».

Cette pratique subsista en Pays basque jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, en dépit de l'action conjuguée du parlement de Bordeaux et des intendants qui étaient les adversaires les plus résolus de ce *droit haineux*, contraire à la législation romaine, auquel ils reprochaient de paralyser l'activité économique du pays⁴⁸. Les bourgeois bayonnais qui ne pouvaient investir leurs capitaux en terre basque, se plaignaient au gouvernement. Pour les satisfaire, le Garde des Sceaux Miromesnil ordonna en 1784 au syndic du Pays de Labourd de réunir le Biltzar, qui était l'assemblée générale de la pro-

44. Ce délai courrait à partir de la prise de possession solennelle de l'acquéreur. Le consensualisme ne semble pas avoir pénétré en Pays basque, la vente n'étant parfaite qu'à partir de la livraison de la chose vendue.

45. Art. 2 de la rubrique 22 du For de Basse Navarre.

46. Rubrique 21 du For de Basse Navarre.

47. Les archives judiciaires du Parlement de Bordeaux concernant des affaires venant en appel du tribunal de la sénéchaussée des Lannes au siège de Bayonne et du tribunal du bailliage d'Ustaritz ont été étudiées par Madeleine Duvigneau-Légasse, *Le bailliage du Labourd, ses jugements civils et criminels de 1680 à 1790*, thèse Études basques, Bordeaux III, 1993, 143 p., 3 vol. d'annexes n.n.

48. L'intendant de Neville, dans une lettre adressée au contrôleur général des finances le 23 novembre 1784, expliquait le retard qu'avait le Pays de Labourd à payer ses impositions « par l'état de détresse et de dépopulation du Labourd qui s'explique assez facilement si l'on réfléchit que les acquisitions y sont défendues dans presque tous les cas et sûres dans aucun..., que ces deux vices de la loi ont dû écarter tout à la fois la personne et l'argent des capitalistes... » : cité par Maurice Dussarp, « Le Labourd à la fin du XVIIIème siècle, d'après les archives du Contrôle Général », in Bull. SSLA Bayonne, 1917, p. 72-73.

vince, pour réformer le titre de la Coutume relatif au retrait lignager, 12 paroisses sur 35 seulement votèrent cette réforme⁴⁹. Á nouveau proposée au Biltzar en 1788, la réforme fut rejetée par la majorité des paroisses⁵⁰.

La suppression de cette institution fondamentale pour la société basque fut votée le 17 juillet 1790 par l'Assemblée Constituante, en même temps qu'était établi le partage successoral égalitaire, lois qui devaient conduire à la destruction, à plus ou moins longue échéance, de l'ordre social basque en France.

La loi, « expression de la volonté générale », vint se substituer au droit coutumier et imposer à tous les Français un droit individualiste et bourgeois aux antipodes du droit basque. La loi successorale du 17 nivôse an II imposa la stricte égalité entre les héritiers. La conception romaine du droit de propriété, individualiste et absolue, s'imposa à tous. En 1804, le Code civil de Napoléon vint achever cette œuvre unificatrice.

Cependant les Basques, en zone rurale, ont continué et continuent encore à résister au modèle individualiste venu de Rome. Dans l'arrière pays, les ventes de biens de famille sont fréquemment à réméré et les notaires, utilisant toutes les possibilités juridiques que le Code Civil leur laisse, parviennent à adapter la coutume basque au droit français. Les fermes ancestrales n'ont qu'un seul héritier, qui n'est plus aujourd'hui l'enfant aîné mais celui qui se dévoue pour assurer la survie de la maison familiale. Il est aidé par l'abnégation de ses frères et sœurs qui, par respect et amour du domaine ancestral, lui font cession de leurs droits ou déclarent simplement au notaire les avoir déjà reçus⁵¹. Par ailleurs, la conception collective du droit de propriété a survécu aux lois révolutionnaires dans la zone montagneuse, là où les communaux sont nécessaires à l'économie locale⁵².

Mais le Pays basque n'est pas à l'abri de l'individualisme et de l'esprit capitaliste qui a envahi notre société occidentale. Le prix du foncier est tel de nos jours que les Basques d'Iparralde risquent fort de perdre leur âme...

49. AD Pyrénées atlantiques, C 453.

50. AD Pyrénées atlantiques, C 1621.

51. Cf. Jean Etcheverry-Ainchart, « Les partages de famille de Basse Navarre de la Révolution à la loi de 1971 » et Bernard Gouffrant, « Le droit de la famille en Basse Navarre », in : *La pratique actuelle du Droit coutumier en Pays basque*, Saint-Sébastien, Eusko Ikaskuntza - Société d'Études Basques, 1998, p. 103-122.

52. Les Basques sont demeurés sourds aux lois révolutionnaires ordonnant le partage des communaux de telle sorte que Louis Philippe dut, par une ordonnance du 3 juin 1838, légaliser cette situation de fait, créant cinq commissions syndicales, une en Soule et 4 en Basse Navarre, pour gérer les terres indivises appartenant aux habitants, comme sous l'Ancien Régime. Cf. Maité Lafourcade, « Le droit basque et sa survivance », in : *La pratique...*, *op. cit.*, p. 97-102.