



Vern, F. (2024) La propriété et les droits fonciers coutumiers: Étude sur la vivacité de quelques coutumes françaises. *Lex Electronica*, 29(2), pp. 25-50.

This is the author version of the work. There may be differences between this version and the published version. You are advised to consult the published version if you wish to cite from it.

<https://eprints.gla.ac.uk/308869/>

Deposited on 30 October 2023

Enlighten – Research publications by members of the University of Glasgow  
<http://eprints.gla.ac.uk>

# La propriété et les droits fonciers coutumiers

## Étude sur la vivacité de quelques coutumes françaises

Flora Vern, Enseignant–chercheur à l’Université de Glasgow, Chercheur associé au Centre Antoine Favre de l’Université Savoie Mont-Blanc (EA 4143).

La propriété, telle qu’elle est envisagée par le droit civil français, est profondément unitaire en apparence, mais cette analyse ne résiste pas à l’analyse des droits coutumiers portant sur le foncier. Ceux-ci persistent dans le paysage rural français, avec des différences régionales caractéristiques de leur origine coutumière. Cette survivance de l’ancien droit contredit le célèbre article 544 du Code civil, du moins, tel qu’il est interprété par la doctrine depuis la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Cet article semble, en effet, faire de la propriété un ensemble de prérogatives subjectives, directement inspirées des travaux des romanistes<sup>1</sup>. Il en résulte une conception abstraite et unitaire de la propriété, qui s’attache désormais au sujet de droit plutôt que de se calquer sur l’infinie diversité des choses, comme elle le faisait en droit romain et dans le droit coutumier ancien<sup>2</sup>, qui connaissait une multiplicité de saisines sur le même fonds de terre<sup>3</sup>. On se figure désormais la propriété comme un droit subjectif attribué à un sujet – personnifié – pour imaginer, par voie de conséquence, que le droit moderne des biens a mis fin aux propriétés divisées de l’ancien droit et interdit la résurrection des propriétés simultanées ou fractionnées du passé. Rien ne serait moins faux.

Pour emblématique qu’il soit d’une certaine conception de la propriété, l’article 544 est, en réalité, bien esseulé dans le Livre II du Code civil. Textuellement inspiré de la prose de Bartole<sup>4</sup>, il fait figure d’exception au sein de dispositions presque intégralement reprises à l’ancien droit. De la distinction des biens au régime des servitudes, le législateur a essentiellement œuvré à l’unification des diverses coutumes en vigueur sur le territoire national, dont il a conservé la formulation et les exemples empreints de casuistique<sup>5</sup>. La loi invite d’ailleurs expressément le juge à se référer aux usages locaux pour déterminer l’étendue des droits de

---

<sup>1</sup> Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Auguste Durand & Pédone-Lauriel, 1867-1882, IX, n<sup>os</sup> 542 s.

<sup>2</sup> « Une propriété non plus conçue en fonction des choses, réicentrique comme au Moyen-Âge, et reflétant de ce fait une grande variété de situations, mais anthropocentrique, pensée en considération de l’homme, de la personne du propriétaire, par conséquent unique comme est unique la nature de l’homme » (J.-L. Thireau, « La propriété du Code civil », in *Code civil et modèles : Des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris : LGDJ, 2005, p. 164).

<sup>3</sup> L’idée de saisine désignait moins un droit, au sens contemporain, que la formalité d’entrée en possession qui, en conjonction avec l’effet extinctif de la prescription, interdisait aux tiers de contester la position du possesseur (E. Champeaux, *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l’introduction des actions possessoires dans l’Ancien droit français*, thèse de doct., Paris, 1898).

<sup>4</sup> « *Dominium est jus de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur* » (Bartole, *comm. ad. Digeste*, Metz : Lamort, 1803, 42, 2, 17, 1).

<sup>5</sup> J.-L. Halpérin, « Le regard de l’historien », in *Le Code civil, 1804–2004 : Livre du Bicentenaire*, Paris : Dalloz, 2004, p. 43-58.

l'usufruitier sur les produits des arbres et pépinières<sup>6</sup>, mais aussi pour faire peser sur ce dernier toutes les charges que les usages locaux attachent aux fruits<sup>7</sup>. Le régime des eaux demeure également régi par l'usage, au-delà des dispositions de la loi et des règlements particuliers<sup>8</sup>. Il en va de même pour les clôtures et pour les servitudes légales de distance<sup>9</sup>. À défaut de renvoyer directement à la coutume, en tant que corps de règles, le Livre II du Code civil invoque donc très régulièrement les usages locaux sur des questions techniques que la loi n'a pas vocation à régir directement. S'il était important de le remarquer à titre liminaire, ce n'est pas de ce droit coutumier devenu « raison écrite »<sup>10</sup> qu'il sera question ici. Ce droit coutumier institué par la loi se prolonge, en effet, dans le respect, par les juridictions, d'un grand nombre de droits fonciers d'origine coutumière.

Les coutumes locales n'ont pas été abrogées par la Révolution française, qui n'a eu pour effet que d'abolir les privilèges et, en ce qui concerne le droit des biens, toutes les tenures féodales. Celles-ci s'entendent de concessions foncières attachées à des obligations *propter rem* dont il est impossible de se défaire, sauf à renoncer à la terre : l'ordre public prohibe, à ce titre, les engagements perpétuels<sup>11</sup>, cette interdiction étant réitérée au sujet des servitudes du fait de l'homme, qui ne peuvent obliger les personnes<sup>12</sup>. Il n'existe, à cette règle, qu'une exception très étroite relative aux obligations d'entretien des ouvrages de la servitude, dont il reste possible de se libérer en abandonnant la propriété du sol leur servant d'assiette<sup>13</sup>. La Révolution n'a toutefois aboli que la féodalité. Les pratiques et coutumes non-féodales consacrées par l'ancien droit des biens ont été reprises ou abrogées par des lois ultérieures, ou simplement conservées dans leur silence<sup>14</sup>.

La plus emblématique – et la plus méconnue – de ces coutumes est sans aucun doute l'expropriation pour cause d'utilité publique, dont les origines se trouvent dans les concessions seigneuriales, féodales ou non, et dont la Révolution n'a fait qu'exiger qu'elle fût justifiée par la nécessité publique et précédée d'une juste et préalable indemnité<sup>15</sup>. Revenant sur l'apparence d'une propriété absolue, le législateur réinstaura, en outre, un régime des mines en la forme d'une dissociation superficielle au lendemain de la promulgation du Code civil<sup>16</sup>, alors que la Cour de cassation consacrait, au même moment, le bail emphytéotique, explicitement décrit comme une manifestation du domaine divisé d'ancien droit<sup>17</sup>. Ce contrat, qui

---

<sup>6</sup> En plus de la coutume particulière du propriétaire : art. 590 et 593 du C. civ.

<sup>7</sup> Art. 608 du C. civ.

<sup>8</sup> Art. 645 du C. civ.

<sup>9</sup> Art. 663, 671 et 674 du C. civ.

<sup>10</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, Paris : PUF, 2004, n° 707.

<sup>11</sup> Désormais, art. 1210 du C. civ.

<sup>12</sup> Art. 686 du C. civ.

<sup>13</sup> Art. 699 du C. civ.

<sup>14</sup> G. Bréaur, « L'accession à la propriété en 1789 », in *Un droit inviolable et sacré : La propriété*, Actes du colloque des 13-14 nov. 1989, Paris : ADEF, 1991, p. 21-29 ; J. Comby, « L'impossible propriété absolue », in *Un droit inviolable et sacré : La propriété*, p. 9-20.

<sup>15</sup> J.-L. Mestre, « Les origines seigneuriales de l'expropriation », *Recueil des mémoires et travaux de la Société d'histoire du droit et des institutions des pays anciens de droit écrit*, 1980, n° 11, p. 71 s. ; « L'expropriation face à la propriété, du Moyen Âge au Code civil », *Droits*, 1985, n° 1, p. 51 s.

<sup>16</sup> Loi du 21 avr. 1810 concernant les mines, les minières et les carrières.

<sup>17</sup> Cass., civ., 26 juin 1822, Bournizien-Dubourg c. Despagnac : S. 1826.I.362 ; Cass., civ., 11 nov. 1861, Hameelin : D. 1861.I.444.

n'a jamais été teinté de féodalité et n'a donc pas été aboli par la Révolution, a ensuite retrouvé ses lettres de noblesse dans le Code rural et de la pêche maritime<sup>18</sup> aux côtés du bail à domaine congéable, très usité dans l'ancienne coutume de Bretagne<sup>19</sup>. Ils ont été rejoints récemment par un très grand nombre de baux dits « constitutifs de droit réel », qui parsèment le Code de la construction et de l'habitation<sup>20</sup>. La Révolution n'a pas davantage aboli les droits d'usage dits « fondés en titre », permettant de construire un ouvrage destiné à capter la force motrice de l'eau des cours d'eau non domaniaux, alors même que ces titres, institués dans l'intérêt de leur titulaire, auraient une origine féodale<sup>21</sup>. Elle n'a pas non plus éteint certaines concessions seigneuriales qui, parce qu'elles conféraient sans contrepartie un droit aux habitants, n'avaient pas la nature d'une tenure féodale, par exemple dans le cas du droit au « bois bourgeois » dans la forêt de Dabo<sup>22</sup>, ni *a fortiori* les propriétés collectives établies sous l'empire de l'ancien droit sur des terres rachetées aux seigneurs, comme la société bourgeoise de Saint-Gingolph<sup>23</sup>.

Si elle prolonge l'œuvre de la Révolution quant à l'abolition des droits féodaux, la propriété du Code civil ne fait pas obstacle à l'existence de droits réels complexes<sup>24</sup>, qu'il est désormais convenu d'appeler « propriétés simultanées »<sup>25</sup> ou communs fonciers d'origine coutumière. À travers ce qu'il ne dit pas, l'article 544 du Code civil porte donc, en son sein, une célébration sans précédent de l'ancien droit coutumier, ressuscité par la loi. La jurisprudence a toutefois reconnu, au fil des ans, de très nombreux droits coutumiers locaux qui n'ont jamais reçu de consécration ni de contradiction légale. La plupart d'entre eux ont pu être perçus comme des épiphénomènes, à l'instar de divers droits de superficie, constitués à titre perpétuel pour répartir entre plusieurs propriétaires les produits d'un héritage<sup>26</sup>, récemment récupérés par la jurisprudence et la doctrine pour expliquer l'absence de *numerus clausus* des droits réels<sup>27</sup>. D'autres institutions coutumières largement répandues sur le territoire, à

<sup>18</sup> Art. L.451-1 du C. rur.

<sup>19</sup> Art. L.431-1 du C. rur.

<sup>20</sup> Art. L.251-1 s. du CCH.

<sup>21</sup> CE, 6<sup>e</sup> et 1<sup>re</sup> SSR, 5 juill. 2004, Laprade Énergie, n° 246929, n. Sablière, *AJDA* 2004.2219 ; obs. Rouault, *JCP A.*, 2004, 1846. *Adde* A. Gaonac'h, « Nature et régime juridiques des droits fondés en titre sur les cours d'eau non domaniaux », *Environnement*, 2010, étude, 1.

<sup>22</sup> Colmar, 10 janv. 2008, n° 04/00937 ; Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 13 mai 2009, n° 08-16525 : Bull. III, n° 111 ; n. Reboul-Maupin, *Environnement*, 2009, comm., 94 ; obs. Lebel, *Dr. rur.*, 2010, comm., 38.

<sup>23</sup> P. Mouchet, « Une vieille société forestière : La société bourgeoise de Saint-Gingolph », *Revue forestière française*, 1958, n° 2, p. 106 s.

<sup>24</sup> « [Le Code civil] n'a pas été écrit pour consacrer des doctrines nouvelles, en inaugurant une ère dans le droit français ; il a été conçu pour poursuivre une élaboration en cours et qu'il n'était nullement question d'arrêter » (Chr. Atias, « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », *Histoire de la justice*, 2009, t. 19, p. 107 s.).

<sup>25</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Paris : PUF, 1989.

<sup>26</sup> Cass., civ., 16 déc. 1873, Cart : *D.* 1873.I.249 ; *S.* 1874.I.457, obs. Labbé. Ces droits, fondés en titre ou dans la coutume, étaient souvent, jusqu'à cet arrêt de revirement, qualifiés d'indivisions.

<sup>27</sup> L'attendu de principe du célèbre arrêt *Caquelard* (Cass., req., 13 févr. 1834, *Caquelard c. Lemoine* : *D.* 1834.I.118 ; *S.* 1834.I.205 ; *GAJC*, 13<sup>e</sup> éd., n° 66), qui portait sur une superficie, a été repris a contresens par la jurisprudence – suivie de la doctrine – pour expliquer la possibilité d'un « droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale » à son bénéficiaire (Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 31 oct. 2012, *Maison de Poésie*, n° 11-16304 : Bull. III, n° 159 ; *GAJC*, 13<sup>e</sup> éd., n° 67 ; n. Agostini, *PA*, 16 janv. 2013, n° 12, p. 10 s. ; n. Avout et Mallet-Bricout, *D.* 2013.53 ; n. Barbiéri, *PA*, 12 juin 2013, n° 117, p. 11 s. ; n. Dubarry et Julienne, *RLDC*, 2013, n° 101, p. 7 s. ; n. Kuhn, *JCP N.*, 2014, 1327 ; n. Libchaber, *RdC* 2013.584 ; n. Mekki, *RdC* 2014.105 ; n. Testu, *JCP G.*, 2012,

l'instar des droits accordés collectivement aux habitants de nombreuses communes rurales, ont perdu leur spécificité pour être happés par le droit administratif : ce que la jurisprudence qualifiait autrefois de droits d'usage conférés à titre réel, sinon de servitudes<sup>28</sup>, n'est plus aujourd'hui, au sens du Code général des collectivités territoriales, que le droit des habitants membres d'une section de commune sur les biens appartenant à la section, celle-ci étant dotée de la personnalité morale pour étouffer toute idée de propriété collective<sup>29</sup>. La loi conserve toutefois une référence aux usages locaux qui sont utilisés pour déterminer les modes de jouissance des biens dont les fruits sont perçus en nature<sup>30</sup>.

Parfois malmenés, les droits coutumiers n'ont pas pour autant disparu. Nombre d'entre eux sommeillent encore dans la loi et la jurisprudence qui les ont seulement déformés en les privant de leur caractère local. Il demeure toutefois, dans la plupart des régions françaises, des droits fonciers locaux, reconnus comme tels par la jurisprudence, dont une brève cartographie permettra d'illustrer la diversité, à rebours de l'idée selon laquelle le Code civil aurait introduit un système unitaire en droit des biens. Quelques-unes de ces institutions étaient suffisamment générales pour intégrer les anciens recueils de coutumes quand d'autres, fondées des titres individuels, sont *de facto* entrées dans le droit coutumier de leur localité : l'usage répété et immémorial a permis à la coutume de les nommer et supplée encore à ce jour l'imprécision de certains actes. Dans un cas comme dans l'autre, la coutume bénéficie d'une certaine bienveillance de la part du juge judiciaire qui en autorise la preuve par tout moyen<sup>31</sup>. La coutume se maintient ainsi comme source du droit à part entière en matière foncière, où elle régit un grand nombre de propriétés collectives<sup>32</sup>, ce qui s'entend aisément dans la mesure où l'élaboration de la coutume elle-même repose sur la répétition collective de faits qui, au fil des ans, acquièrent une valeur normative<sup>33</sup>. Elle forme ainsi un droit vernaculaire, local, tapi dans l'ombre d'un droit étatique uniforme et friand de concepts<sup>34</sup>.

La présente contribution évoquera successivement – avant d'en rechercher les traits saillants – divers exemples représentatifs de la grande diversité des droits fonciers d'origine

---

1400 ; obs. Bergel, *RDI* 2013.80 ; obs. Cohet-Cordey, *AJDI* 2013.540 ; obs. Dross, *RTD civ.* 2013.141 ; obs. Parance, *RLDC*, 2013, n° 102, p. 72 s. ; obs. Périnet-Marquet, *Constr.-Urb.*, 2013, repère, 1 ; obs. Reboul-Maupin, *D.* 2013.2123 ; obs. Seube, *RdC* 2013.627 ; obs. Tadros, *D.* 2013.53), qui n'a pas tardé à devenir sous la plume des auteurs un « droit réel de jouissance spéciale », brandi de toutes parts comme une nouvelle technique nommée alors même que la Cour de cassation s'est toujours efforcée d'utiliser des périphrases (voir, en sens critique Fl. Vern, *Les objets juridiques*, thèse de doct., Paris : Dalloz, 2020, nos 355 s.).

<sup>28</sup> Employant les deux qualifications comme synonymes : Cass., civ., 1<sup>er</sup> juill. 1839, Lamey c. C<sup>ne</sup> de Saint-Magne : *D.* 1839.I.274 ; *S.* 1839.I.649.

<sup>29</sup> Opérant ce tour de magie juridique : CE, 3<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> SSR, 1<sup>er</sup> oct. 1986, C<sup>ne</sup> de La Saulsotte, n° 59522.

<sup>30</sup> Art. L. 2411-10 du CGCT.

<sup>31</sup> « Le droit coutumier doit, en cas de contestation, être établi dans son existence et sa teneur par celui qui s'en prévaut, la preuve de la coutume pouvant être apportée par tout moyen, notamment grâce à la consultation de recueils, avis d'experts ou attestations écrites (parères) » (Pau, 1<sup>re</sup> ch. civ., 20 mai 2008, n° 06/01613 : n. Le-court, *BJS* 2008.765).

<sup>32</sup> La coutume institue le plus souvent des propriétés collectives, bien que celles-ci puissent également avoir d'autres sources parmi lesquelles des titres émanés des seigneurs féodaux. Sur la question des communaux, voir *Les communaux au XXI<sup>e</sup> siècle*, Presses de l'Université de Savoie Mont-Blanc, 2021.

<sup>33</sup> S. Gutwirth, « Les communs : Avec, malgré ou contre le droit ? », *Journal des tribunaux (Belgique)*, 22 oct. 2022, n° 6913, p. 582 s., p. 583-584.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, spéc. p. 583.

coutumière qui persistent en droit français, contredisant les mythes construits *a posteriori* autour de la propriété. La classification la plus évidente que l'on peut faire parmi ces droits coutumiers – mais qui n'est pas la seule –, permettra de distinguer les institutions de pur droit coutumier, qui ne reposent sur aucun titre (I) et les systèmes dans lesquels la coutume s'exerce en conjonction avec un titre, lui permettant de déroger au droit commun (II). Cet essai de taxonomie dépourvu d'exhaustivité laissera toutefois poindre davantage de convergences que de divergences de régime.

## I. *Le pur droit coutumier*

Parmi les droits fonciers d'origine coutumière, certains ne reposent sur aucun titre de droit public ou privé, ni sur une quelconque concession féodale, de sorte qu'ils existent par la seule force de la coutume, qu'elle soit rédigée ou qu'elle ait été retranscrite dans les recueils d'usages locaux. On mentionnera en ce sens trois exemples : la *lex Strata* catalane (A), les chemins de transhumance provençaux (B) et les *usoirs* lorrains (C).

### A. *La lex Strata en Catalogne*

L'exemple catalan est, à notre connaissance, unique en France. Il s'agit d'un droit de pâturage et d'irrigation accordé sur certaines terres aux habitants des communes anciennement régies par les *Usages de Barcelone* de 1068, qui forment la coutume transfrontalière du pays Catalan. L'article 72 de ce texte, également appelé *lex Strata* en hommage à son premier mot, prévoit que les prés, pacages, forêts et garrigues appartiennent aux communes dans le seul but que le peuple puisse en jouir librement et sans frais<sup>35</sup>. Il a ainsi pour effet d'interdire aux communes d'aliéner ces terres ou, du moins, d'en retirer l'usage aux habitants. Les biens concernés sont soumis à un régime impératif d'affectation à l'usage du public, qui s'apparente à une quasi-domanialité publique imposée par la coutume de Barcelone.

La particularité de ce texte tient au fait qu'il est exclusivement coutumier. Certaines communes ne disposent d'aucun titre leur accordant la propriété des terres concernées. Les habitants, qui jouissent individuellement d'un droit d'usage sur les mêmes terres tant qu'ils résident dans la commune, ne disposent pas non plus de titres instituant un droit d'usage collectif à leur profit. La *lex Strata* s'applique ainsi, en l'absence de titre, par la seule force reconnue à la coutume catalane.

---

<sup>35</sup> « Les routes et chemins publics, les eaux courantes, les fontaines vives, les prés, pacages, forêts et garrigues, et les rochers existants dans ce pays sont aux puissances, non pas qu'elles les aient en alleu ou qu'elles les possèdent en toute propriété, mais de sorte que tout leur peuple en ait la jouissance, sans opposition et sans trouble de la part de personne, et sans charge d'aucune sorte » (trad. A. Brutalis, « Étude sur l'article 72 des usages de Barcelone, connu sous le nom de *Lex Strata* », *RHD*, 1888, t. 12, p. 59 s., p. 63).

On a pu craindre, un temps, la disparition de cette coutume décriée par la doctrine<sup>36</sup> et envers laquelle la jurisprudence a jadis exprimé les plus vives réticences en autorisant notamment le cantonnement des droits d'usage, ce qui revenait à les abolir<sup>37</sup>. Les usages de Barcelone ont néanmoins continué d'être invoqués par les communes contre des propriétaires privés, ou par les habitants contre les communes, dans les deux cas afin d'interdire la clôture ou la modification de l'affectation des terres concernées. La jurisprudence reconnaît aujourd'hui la vigueur de la *lex Strata*<sup>38</sup>, sous réserve toutefois que son applicabilité territoriale ne soit pas remise en cause par la partie adverse dans les communes des Pyrénées orientales qui n'en relèvent pas historiquement<sup>39</sup>.

Avec la *lex Strata*, nous sommes donc en présence d'une authentique coutume dont l'effet est d'entraver le droit de propriété des communes ou des particuliers en instituant un droit de pâturage et d'irrigation au profit des paysans locaux.

### B. Les chemins de transhumance en Provence

La survivance de droits fonciers d'origine coutumière s'observe encore, en Provence, avec les *carraires*, également appelées *drailles*, qui sont des chemins de transhumance dont l'origine coutumière remonte, au moins, au Statut de Provence de 1235<sup>40</sup>. Elles firent ensuite l'objet d'un rétablissement général par l'article 1<sup>er</sup> du Règlement du Parlement de Provence du 12 juillet 1783 sur la largeur des carreirades ou chemins servant de passage aux troupeaux qui vont, en été, dépaître dans la Haute Provence. Ce texte est toujours en vigueur.

Le droit coutumier instituait, sur la propriété foncière des seigneurs, une servitude permettant aux bergers locaux de conduire les troupeaux en estive en utilisant des chemins de transhumance en échange d'une redevance<sup>41</sup>, appelée droit de *pulvéage*, prélevée pour chaque groupe de trente bêtes<sup>42</sup>. Après la Révolution, ces terres devinrent des propriétés privées, qui continuaient d'être traversées par la même servitude<sup>43</sup>. Si certaines *carraires* ont, par la suite, été intégrées à la voirie communale, la plupart d'entre elles continuent de grever des propriétés privées<sup>44</sup>, de sorte que les communes – à qui le foncier n'appartient pas – n'ont pas le

---

<sup>36</sup> A. Brutalis, « Étude sur l'article 72 des usages de Barcelone, connu sous le nom de *Lex Strata* », précité.

<sup>37</sup> Qualifiant le droit des habitants de servitude usagère et distincte de la *lex Strata*, qui serait abolie sur tout le territoire français : Toulouse, 2 mai 1866, Dussard c. C<sup>ne</sup> de Nyer : *D.* 1866.II.118 ; autorisant le cantonnement des pâturages conformément aux lois sur les terres vaines et vagues, contre la décision d'une cour d'appel qui faisait, au contraire, prévaloir la coutume catalane : Cass., civ., 24 juin 1921, C<sup>ne</sup> de Nyer c. Société civile du domaine de Nyer : *D.* 1925.I.27.

<sup>38</sup> Cass., civ. 1<sup>re</sup>, 8 mars 2005, n<sup>o</sup> 02-13897 : *Bull.* I, n<sup>o</sup> 107.

<sup>39</sup> Montpellier, 19 mai 2022, n<sup>o</sup> 17/05223.

<sup>40</sup> Trib. civ. de Tarascon, 16 juin 1905 : *Bull. de jurispr. civ., crim. et admin. d'Aix et de Marseille*, 1907.141.

<sup>41</sup> Trib. civ. de Tarascon, 16 juin 1905, précité.

<sup>42</sup> Art. 9 du Règlement du Parlement de Provence du 12 juill. 1783 sur la largeur des carreirades ou chemins servant de passage aux troupeaux qui vont, en été, dépaître dans la Haute Provence.

<sup>43</sup> « Les *carraires* établies en Provence pour faciliter la circulation des troupeaux [...] sont des chemins d'une nature toute particulière non compris dans la grande voirie ni dans la voirie vicinale ; [...] elles font partie des fonds qu'elles traversent et constituent des servitudes publiques dont les fonds sont grevés » (Trib. civ. de Bignoles, 1<sup>er</sup> juin 1904 : *Bull. de jurispr. civ., crim. et admin. d'Aix et de Marseille*, 1905.161).

<sup>44</sup> Aix-en-Provence, 4<sup>e</sup> ch. B, 9 févr. 2010, n<sup>o</sup> 08/11784.

droit « de les supprimer au détriment des usagers »<sup>45</sup> ni, inversement, de s'en arroger la propriété au profit de ces derniers<sup>46</sup>. La jurisprudence décrit, encore à ce jour, la carraire comme « un espace de droit privé, appartenant aux riverains, mais grevé d'une servitude publique pour la transhumance des troupeaux »<sup>47</sup>.

La plus grande particularité juridique des carraires tient au fait que leur assiette ne présente aucun caractère de fixité, et doit au contraire être déterminée chaque année dans certaines localités<sup>48</sup>. La servitude ne greève donc pas un fonds en particulier, comme le prévoit le Code civil, mais est susceptible de passer alternativement sur divers fonds selon les époques. Cette spécificité tire son origine historique dans la pratique de mise en jachère, qui justifiait autrefois que l'on fasse passer les troupeaux par préférence sur les terrains qui ne faisaient l'objet d'aucune exploitation agricole, afin de limiter les dégâts causés par le bétail<sup>49</sup>. Il fallait ainsi une décision administrative pour modifier à intervalles réguliers l'assiette du chemin de transhumance dans l'intérêt collectif<sup>50</sup>.

Les carraires ne reposent donc sur aucun titre, et leur établissement est, à ce jour, laissé à l'administration qui en détermine la direction et les dimensions, en fonction des besoins effectifs de la transhumance, dans la mesure où « il est de l'intérêt public que les troupeaux transmigrant puissent se rendre dans les montagnes des Hautes et Basses-Alpes »<sup>51</sup>. Elles ne constituent pas, pour autant, des servitudes d'utilité publique, au sens que leur donne le Code de l'urbanisme.

L'obstruction que les propriétaires sont susceptibles de faire à l'exercice de la transhumance reçoit également une sanction originale en regard du droit des biens qui privilégie habituellement la cessation de l'illicite pour rétablir l'exercice des servitudes : dans le cas des carraires, les propriétaires récalcitrants sont simplement privés de toute indemnité réparatrice pour les dommages que pourrait occasionner la divagation du bétail, en l'absence de chemin défini<sup>52</sup>. Ils ne peuvent donc pas assigner les bergers voisins en réparation des dégâts causés par leurs bêtes. Le choix de cette sanction traduit remarquablement bien la nature de l'institution qui s'apparente moins à une servitude de droit privé qu'à une solution de droit coutumier pour faire coexister les intérêts particuliers et collectifs des propriétaires, des bergers et des communautés en général.

### C. *Les usoirs en Lorraine*

Autre institution de pur droit coutumier, l'*usoir* est défini dans la Codification des usages locaux à caractère agricole de la Moselle, et suscite régulièrement des décisions des juridictions administratives, tant dans ce département que dans des localités de l'Est de la France où ce droit coutumier est reconnu par la seule jurisprudence, faute de rédaction des

---

<sup>45</sup> Trib. civ. de Bignoles, 1<sup>er</sup> juin 1904, précité.

<sup>46</sup> Trib. civ. de Tarascon, 16 juin 1905, précité.

<sup>47</sup> Aix-en-Provence, 3 mai 2010, n° 02/05016.

<sup>48</sup> Aix-en-Provence, 4<sup>e</sup> ch. B, 24 nov. 2009, n° 07/06985.

<sup>49</sup> Art. 4 du Règlement du Parlement de Provence du 12 juill. 1783, précité.

<sup>50</sup> Art. 4 et 5 du Règlement du Parlement de Provence du 12 juill. 1783, précité.

<sup>51</sup> CAA Marseille, 3 déc. 2018, n° 16MA04634.

<sup>52</sup> Art. 6 et 8 du Règlement du Parlement de Provence du 12 juill. 1783, précité.



usages locaux<sup>53</sup>. L'usoir confère aux riverains des routes lorraines un droit spécial d'usage sur la bande de terrain qui sépare leur immeuble de la chaussée, sans porter atteinte au droit des autres personnes d'y circuler. En pratique, il s'agit d'un terrain appartenant, sauf titre contraire, à la commune (art. 58), et faisant partie de son domaine public en raison de son affectation simultanée à l'usage général du public<sup>54</sup>.

La coutume décrit ainsi l'usoir comme désignant, par métonymie, tant « l'affectation spéciale d'une bande de terrain [que] cette bande de terrain elle-même », située « le long des routes à la traversée des localités jusqu'aux immeubles construits » (art. 57). Le propriétaire riverain de l'usoir dispose, sur celui-ci, d'un droit coutumier lui permettant d'y entreposer des matériaux ou des véhicules, en fonction du type d'exploitation de l'immeuble attenant. Les exemples donnés par la coutume incluent, ainsi, le stockage de bois, le stationnement de véhicules ou de machines agricoles, ou encore la possibilité de ferrer les chevaux sur l'usoir (art. 60). Les propriétaires d'immeubles voisins, mais non directement attenants à l'usoir, disposent également d'un droit de passage sur celui-ci, y compris avec des bêtes, véhicules ou matériaux, pour accéder à leur propriété, à condition de ne pas gêner excessivement l'utilisation de l'usoir par son titulaire (art. 61). Enfin, le public en général peut circuler sur l'usoir à condition de ne pas en gêner l'exploitation (art. 62). Le propriétaire riverain bénéficie ainsi d'une priorité d'usage sur l'usoir, mais engage sa responsabilité si l'utilisation qu'il en fait nuit aux droits des autres riverains, notamment en empêchant l'accès à leur propre fonds<sup>55</sup>.

Analysé au prisme des catégories civilistes, l'usoir est une affectation spéciale superposée à l'affectation domaniale d'un terrain appartenant à la commune. Le droit d'usage accordé au riverain immédiat est, en outre, grevé d'une sorte de servitude établie au profit des usagers voisins qui disposent de droits plus étendus que le reste du public et peuvent, en outre, usucaper par trente ans le droit d'utiliser les installations présentes sur l'usoir (art. 64). Cet exemple de droit purement coutumier malmène assez ouvertement les catégories du droit administratif comme celles du droit civil, et n'en est pas moins reconnu par la jurisprudence.

On observe ainsi que la coutume est appliquée par les juridictions judiciaires et administratives, qui lui font produire tous ses effets même lorsqu'elle contredit ouvertement tant les catégories fondamentales du droit civil que celles du droit public. Surtout, dans les trois exemples évoqués, la coutume se présente à l'état pur : elle s'applique sans titre, et même dans la contradiction des titres. La survivance de quelques coutumes seulement, à l'échelle du territoire français, s'explique très probablement, d'une part, en raison du caractère profondément dérogoire desdites coutumes par rapport à ce qui allait devenir le droit commun sous l'empire du Code civil ; d'autre part, du fait de la vivacité et de la persistance locale des pratiques spécifiquement visées par la coutume, qui suscitent une quantité suffisante de litiges pour que la jurisprudence se penche sur la question et confère *de jure* au droit coutumier la

---

<sup>53</sup> CAA Nancy, 18 janv. 2018, n° 16NC02790.

<sup>54</sup> Trib. Confl., 22 sept. 2003, n° C3369.

<sup>55</sup> Metz, 14 mars 2019, n° 16/02300.

force qu'il a conservée *de facto*. Déroger à l'ordre établi et le déranger en suscitant du contentieux semblent, à ce stade, être deux éléments essentiels dans le maintien de la coutume.

Les exemples qui précèdent montrent donc, en matière foncière, que le droit coutumier est susceptible de s'appliquer à l'état brut, sans que les ayants droit disposent d'un titre particulier propre à fonder leurs droits. Le plus souvent, en revanche, il existe des titres dont l'interprétation ou les effets dérogatoires sont dictés par la coutume.

## II. La coutume en conjonction avec le titre

Il arrive que la coutume se manifeste par l'intermédiaire de titres instituant des droits réels : elle complète le titre et lui permet de déroger, dans une mesure plus ou moins grande, aux règles du droit commun. L'exemple le plus connu, parce qu'il suscite une jurisprudence nourrie et trouve des équivalents dans d'autres régions, est sans doute le *patecq* du pays provençal (A), mais on s'intéressera également au cas plus délicat des étangs et des marais salants (B), avant de se tourner vers deux institutions coutumières plus originales encore : la forêt usagère de la Teste-de-Buch, qui se maintient parce qu'elle crée une situation parfaitement inextricable (C), et le *cayolar* souletin, au Pays basque, qui institue une forme de club privé entre ses membres, avec l'appui de la coutume locale (D).

### A. Le *patecq* en Provence

Dans la plupart des cas, la coutume ne produit pas ses effets directement, mais se manifeste à l'occasion de titres conférant des droits réels, dont elle modifie le contenu. L'exemple le plus fécond en jurisprudence est celui du *patecq* provençal, qui a toutefois de très nombreux équivalents dans d'autres régions. On retrouve des institutions très similaires notamment dans le toulousain, sous le nom de *patus*<sup>56</sup>, et dans le poitevin où il est appelé *quéren*<sup>57</sup>.

Pour ce qui est de l'institution coutumière provençale, le *patecq* s'entend d'une « dépendance non bâtie de parcelles construites, qui est affectée à l'usage collectif souvent pour le passage et l'accès aux bâtiments, y compris pour les canalisations »<sup>58</sup>. Il s'agit généralement d'une cour ou d'un chemin dont l'usage est commun à plusieurs propriétaires parce qu'il constitue un accessoire de leurs parcelles respectives. La jurisprudence considère traditionnellement que ces dépendances sont placées dans un état d'indivision forcée et perpétuelle, de sorte que le partage ne peut en être demandé<sup>59</sup>. La qualification exacte devrait d'ailleurs être celle de copropriété forcée, dans la mesure où les riverains sont moins indivisaires que propriétaires *ensemble* de la dépendance formant l'accessoire nécessaire de leurs terrains respectifs, à l'instar des propriétaires d'un mur mitoyen<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> Toulouse, 1<sup>re</sup> ch., sect. 01, 27 mars 2006, n° 05/00587 ; Toulouse, 1<sup>re</sup> ch., sect. 01, 1<sup>er</sup> févr. 2021, n° 17/05726.

<sup>57</sup> Poitiers, 3<sup>e</sup> ch. civ., 24 oct. 2012, n° 09/03346 ; Poitiers, 3<sup>e</sup> ch. civ., 5 mars 2014, n° 13/00883.

<sup>58</sup> Aix-en-Provence, 4<sup>e</sup> ch. A, 10 mars 2016, n° 13/17242.

<sup>59</sup> Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 12 mars 1969, n° 67-10335 : Bull. III, n° 223.

<sup>60</sup> Art. 656 à 658 du C. civ.

La jurisprudence reconnaît au patecq une origine coutumière, généralement invoquée par les juges pour justifier que chacun puisse user de la dépendance comme s'il en était propriétaire, « sous la double condition cependant de l'utiliser selon sa destination et de ne pas porter atteinte au droit égal et réciproque des autres communistes »<sup>61</sup>. Le patecq est ainsi *de facto* inconstructible, ce qui justifie que l'on puisse créer impunément des vues sur celui-ci, en vertu d'une jurisprudence ancienne et constante<sup>62</sup>. Une solution identique est retenue dans le cas du *patus* toulousain<sup>63</sup>, et plus généralement pour toutes les copropriétés forcées<sup>64</sup>.

En théorie, le patecq repose sur des titres de propriété instituant une indivision, dont le caractère perpétuel et forcé résulte du fait que la dépendance forme l'accessoire nécessaire des fonds voisins. À la vérité, il n'est pas nécessaire d'invoquer le droit coutumier pour parvenir à cette solution qui est généralement retenue en jurisprudence lorsqu'une indivision résiduelle survit à la division foncière ou au partage afin qu'un accessoire nécessaire aux parcelles adjacentes demeure commun<sup>65</sup>. Dans le cas du patecq, toutefois, on observe que ces dépendances sont, en pratique, extrêmement anciennes et n'ont pas toujours fait l'objet d'une formalisation dans les actes juridiques. Il n'existe pas toujours d'acte de partage susceptible d'avoir laissé subsister une indivision résiduelle. Les juridictions judiciaires et administratives s'accordent, en outre, pour considérer que le patecq « peut être une propriété commune indivise ou une propriété divise [dont] seul l'usage est commun »<sup>66</sup>. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire de prouver qu'il existe une indivision pour que le terrain qui constitue l'accessoire nécessaire des deux parcelles soit qualifié de patecq, dès lors que le chemin ou la cour constitue, depuis un temps immémorial, une dépendance utilisée collectivement par plusieurs propriétaires, bien qu'elle soit située sur une parcelle appartenant de manière divise à une seule personne.

Dans cette situation, on voit poindre les effets du droit coutumier : lorsque les titres établissent des propriétés strictement exclusives, la dépendance que constitue le patecq demeure néanmoins commune entre plusieurs bénéficiaires, sans qu'il existe formellement d'indivision entre eux. Il n'existe pas davantage de servitude de passage. Celle-ci, étant discontinue et non-apparente, ne pourrait s'acquérir que par titre<sup>67</sup>, alors que le patecq est reconnu même si personne n'apporte la preuve d'un quelconque titre, dès lors qu'il existe une dépendance dont l'usage collectif correspond à celui prévu par la coutume de Provence. On observe ainsi que le droit coutumier modifie la contenance du titre de propriété qui établit, en apparence, un droit exclusif au profit d'un seul titulaire ; sous l'effet de la coutume, toutefois, la fraction de terrain qui forme l'assiette du patecq – laquelle ne constitue pas nécessairement une parcelle cadastrale – est réputée commune, contre le titre de propriété. La coutume se manifeste ici à l'occasion d'un titre de propriété dont elle modifie la contenance.

---

<sup>61</sup> Aix-en-Provence, 4<sup>e</sup> ch. A, 26 mars 2015, n° 14/02236.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 12 mars 1969, n° 67-10335, précité.

<sup>64</sup> Caen, 24 août 1842, Fabrique de Saint-Sauveur c. Harel : *D.* 1843.II.83.

<sup>65</sup> Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 12 mars 1969, n° 67-10335, précité ; Cass., civ. 1<sup>re</sup>, 8 avr. 2009, n° 07-21628 : inédit ; Cass., civ. 1<sup>re</sup>, 5 mars 2014, n° 12-29548 : inédit ; obs. Bergel, *RDI* 2014.401 ; obs. Perruchot-Triboulet, *RLDC*, 2014, n° 119, p. 71 s.

<sup>66</sup> Aix-en-Provence, 4<sup>e</sup> ch. A, 28 juin 2018, n° 17/01890 ; CAA Marseille, 5 nov. 2019, n° 18MA01209.

<sup>67</sup> Art. 691 du C. civ.

L'exemple du pateeq a permis de souligner assez simplement que la coutume n'opère pas toujours à l'état brut, mais peut se manifester à l'occasion d'un titre ou, plus exactement, de l'usage entourant ce titre. La coutume ne permet pas, alors, d'établir les droits de chacun, mais d'interpréter sinon de compléter ou de modifier des titres qui, par la force de l'usage, sont devenus aussi lacunaires qu'ils sont déroatoires aux principes du droit commun.

### B. *Les étangs et les marais salants*

Une autre manifestation de la coutume s'observe dans les pays de la Dombes, de la Bresse et du Val de Saône, qui pratiquent la culture des étangs<sup>68</sup>, ainsi plus généralement que dans toutes les régions qui pratiquent la saliculture. On y observera toutefois un phénomène différent puisque, tout en reconnaissant le caractère coutumier des droits établis par les titres, la jurisprudence les rattache à des concepts contemporains qui leur sont parfaitement inadaptés, avec pour effet d'abâtardir la coutume et de la priver de ses effets.

Les étangs de l'est de la France sont alternativement mis en eaux pendant deux ans, puis asséchés la troisième année. Faisant suite à l'ancienne pratique féodale, les droits fonciers sont répartis entre les propriétaires de l'*évolage*, qui jouissent notamment de la pêche et du gibier d'eau pendant deux ans, et les propriétaires de l'*assec*, qui cultivent des plantes adaptées aux étangs durant l'année suivante. De fait, il existe de multiples bénéficiaires de chacun de ces droits, de sorte que le sol de l'étang est parfois borné pour délimiter leurs droits respectifs. Des droits réels de bouillage, de champéage ou encore de naisage étaient également accordés à chacun des propriétaires ou des habitants locaux<sup>69</sup>.

La Cour de cassation reconnaît ici une institution coutumière dans laquelle plusieurs droits fonciers distincts s'exercent à tour de rôle, selon que l'étang est en eaux ou non<sup>70</sup>. Quant à la nature des droits de chacun, les juridictions du fond ont d'abord proposé de faire de l'évolage un droit de propriété – considérant le droit de chasse et de pêche une prérogative du propriétaire – et que les propriétaires de l'assec soient titulaires d'un simple droit d'usage réel, parfois aussi qualifié de servitude au XIX<sup>e</sup> siècle, notamment dans le cas de ces droits accessoires à l'exploitation de l'assec<sup>71</sup>. Cette qualification était probablement la plus conforme au droit coutumier, tel qu'il peut être traduit dans l'appareil conceptuel contemporain.

La Cour de cassation a pourtant, à deux reprises, tranché en sens contraire. Dans son arrêt le plus célèbre, elle commence par s'interroger sur la qualification des droits d'assec et d'évolage. Confrontée à un authentique cas de propriétés simultanées, elle caresse, un court instant, le recours à la technique des superficies qui permettrait de conclure à deux droits de propriété distincts, l'un sur le sol de l'étang et l'autre sur l'eau<sup>72</sup>. Or, la technique de la dissociation superficielle ne s'applique qu'au bâti et au planté ; l'arrêt constate ici – à raison sans

---

<sup>68</sup> Pour une thèse récente : G. Bailly, *Les usages traditionnels de l'eau à l'épreuve du droit de l'environnement*, thèse de doct., Lyon III, 2018.

<sup>69</sup> Cass., civ., 5 juill. 1848, Damon c. Jacquemin : *D.* 1848.I.137 ; *S.* 1848.I.697 ; Cass., civ., 5 juill. 1848, Cartier c. Petit : *D.* 1848.I.139 ; *S.* 1848.I.697.

<sup>70</sup> Cass., civ., 5 juill. 1848, Damon c. Jacquemin, précité.

<sup>71</sup> V. Manceron, « Être maître de l'étang : Histoire d'une appropriation de l'eau au XIX<sup>e</sup> siècle en Dombes », *Études rur.*, 2005, n° 175, p. 149 s.

<sup>72</sup> Cass., civ., 5 juill. 1848, Damon c. Jacquemin, précité.

doute – qu'elle est inadaptée au cas des étangs. À cette époque, toutefois, la superficie et l'indivision ne sont pas très clairement distinguées par la Cour de cassation<sup>73</sup>, qui ne tranchera définitivement la question qu'un quart de siècle plus tard, dans un arrêt de revirement<sup>74</sup>.

En l'absence de superficies, la Cour de cassation se replie donc sur l'idée d'une indivision quant à l'objet des droits respectifs de tous les titulaires de l'assec et de l'évolage, qui s'exercent concurremment sur la même chose, mais selon un mode de répartition particulier<sup>75</sup>. L'étang est la propriété indivise de tous les titulaires de droits réels, mais la jouissance de celui-ci et la perception de ses fruits sont dévolues alternativement, selon les années, aux titulaires de l'assec ou de l'évolage qui perçoivent donc des fruits de natures différentes selon des périodicités également diverses. La jurisprudence assimile cela à une répartition, entre les indivisaires, des modalités et des époques de la perception des fruits dus à chacun d'eux, ce qui ne constitue pas un partage de l'immeuble<sup>76</sup>. Cette solution est admise par le droit commun et ne présente aucune spécificité coutumière<sup>77</sup>. La même qualification d'indivision a été retenue récemment par la jurisprudence administrative<sup>78</sup>.

On observe ainsi que la coutume des pays de la Bresse, de la Dombes et du Val de Saône fait l'objet d'une transposition malheureuse dans les catégories du Code civil. Les droits réels sur les étangs résultent, en effet, de titres instituant les droits de chacun, généralement sur une *pie* correspondant à une fraction du bassin de l'étang, délimitée par des bornes, et conférant des droits seulement pendant les années d'assec ou d'évolage. Dans cet enchevêtrement de droits exercés périodiquement par les uns ou les autres, la coutume supplée le silence des titres, qui ne mentionnent pas toujours avec précision les modalités d'exercice des droits de chacun. Surtout, les droits sont généralement délimités dans l'espace, si ce n'est par des bornes, ce qui exclut *a priori* l'indivision au sein des droits d'assec notamment. Il est évident, d'ailleurs, que cette organisation de l'exploitation des étangs a été pensée collectivement, pour que chacun puisse jouir d'une fraction de droits sur le sol et d'une fraction de droits sur l'eau, quel que soit l'état de son propre étang dans la rotation triennale dont ils font l'objet. La fonction de l'institution n'a donc jamais été de créer une indivision. Au contraire, elle instituait un droit d'usage *sui generis* dont le caractère perpétuel aurait probablement été reconnu sur le fondement de son origine coutumière.

La technique des superficies n'est pas adaptée au droit des eaux ; celle de l'indivision a été utilisée comme un pis-aller, sans tenir compte de la dimension évidemment collective de la gestion des étangs. Or, la qualification d'indivision emporte nécessairement la faculté pour chacun des indivisaires de demander le partage<sup>79</sup>, résultant soit dans la licitation des étangs, soit dans leur rachat par le paysan le plus fortuné. Les deux pratiques ont eu pour résultat le

---

<sup>73</sup> A.-M. Patault, « La propriété non-exclusive au XIX<sup>e</sup> siècle », *RHD*, 1983, t. 61, p. 217 s.

<sup>74</sup> Cass., civ., 16 déc. 1873, Cart, précité.

<sup>75</sup> Cass., civ., 5 juill. 1848, Damon c. Jacquemin, précité.

<sup>76</sup> Cass., civ., 31 janv. 1838, C<sup>ne</sup> de Laperrière c. Magnonmoncourt : *S.* 1838.I.120.

<sup>77</sup> Cass., req., 5 juin 1839, De Broglie c. Zeller : *D.* 1839.I.468 ; Cass., civ. 1<sup>re</sup>, 14 nov. 1984, n<sup>o</sup> 83-14866 : Bull. I, n<sup>o</sup> 305.

<sup>78</sup> CE, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> SSR, 9 nov. 1977, Consorts Queyras, n<sup>o</sup> 03803.

<sup>79</sup> Cass., civ., 31 janv. 1838, C<sup>ne</sup> de Laperrière c. Magnonmoncourt, précité ; Cass., civ., 5 juill. 1848, Damon c. Jacquemin, précité.

remembrement des étangs et leur appropriation exclusive par un exploitant unique, aux dépens des usagers<sup>80</sup>. En plaquant les catégories modernes sur ce droit coutumier, la jurisprudence l'a abâtardi et a largement contribué à son actuelle déliquescence.

Cet acharnement était-il pourtant nécessaire ? Dans le cas très similaire des marais salants, une jurisprudence récente et encore timide reconnaît, aujourd'hui, l'existence d'une copropriété perpétuelle et forcée entre les exploitants<sup>81</sup>. La saliculture repose, en effet, sur l'utilisation d'une série de bassins et de canaux pour capter et purifier l'eau, avant de lui permettre de s'évaporer dans les *œillets* qui font l'objet d'une jouissance privative. Les exploitants se trouvent ainsi en état de copropriété forcée sur toutes les autres parties du marais, qui constituent l'accessoire indispensable de leurs œillets respectifs et ne peuvent, à ce titre, être partagés<sup>82</sup>.

Dans le cas des étangs, la reconnaissance d'une copropriété forcée, protégée contre les intérêts individuels, aurait *a minima* permis à la coutume de conserver toute son étendue pour régler les droits des intéressés qui forment une communauté liée par les nécessités de l'alimentation en eau et de la gestion de celle-ci. Contrairement aux patercs provençaux, toutefois, ce cas – comme dans une certaine mesure celui des marais salants – ne semble pas avoir été régi par une coutume bien affirmée, et il fait l'objet d'une jurisprudence plus aléatoire. On observe ainsi la fragilité du droit coutumier, particulièrement lorsqu'il s'applique à des titres constitutifs de droits réels : ces derniers font l'objet d'une interprétation par les juridictions, par ailleurs souveraines pour qualifier les droits qu'ils instituent. Lorsque la coutume s'applique à l'occasion d'un titre, son efficacité est ainsi plus aléatoire, à moins qu'elle ne contienne en son sein des éléments susceptibles de s'imposer aux juges.

### C. La forêt usagère de la Teste-de-Buch

Lorsque la coutume se manifeste à l'occasion d'un titre, elle a besoin, pour prospérer, de créer une organisation susceptible de lier les juridictions sans leur laisser le luxe de se rattacher à des catégories connues. Une institution originale peut, en ce sens, être observée en Gironde, où la forêt usagère située sur la commune de Teste-de-Buch a attiré l'attention des pouvoirs publics<sup>83</sup>, mais pas encore celle de la doctrine. Cette forêt, qui fut l'objet d'une triste actualité en 2022 lorsqu'elle a été en grande partie ravagée par le feu, est entièrement soumise à un régime de droit privé. Le sol est divisé en parcelles appartenant à divers propriétaires privés, qui possèdent également une cabane et le droit de percevoir les fruits du fonds. Ils étaient alors qualifiés de propriétaires « ayant pins », car la forêt était historiquement utilisée pour la production de résine, qui est un fruit des pins présents sur le sol de leurs parcelles.

La qualification de forêt « usagère » est fondée sur un titre du XV<sup>e</sup> siècle émané du seigneur local et conférant aux habitants des communes environnantes des droits d'usage

---

<sup>80</sup> V. Manceron, *op. cit.*

<sup>81</sup> E. Le Cornec, « Les marais salants, nouveau cas d'indivision forcée perpétuelle », *D.* 2001.1498.

<sup>82</sup> Rennes, 27 oct. 1998.

<sup>83</sup> Ministère de la transition écologique : La forêt usagère de la Teste-de-Buch : Un fragile équilibre entre propriété et usage, Rapport public CGEDD n° 014025-01 et CGAAER n° 21092, janv. 2002.

réels, que les propriétaires de la forêt sont tenus de supporter<sup>84</sup>. Cette institution passée dans la coutume locale<sup>85</sup> accorde ainsi aux habitants de plusieurs communes une servitude usagère leur permettant de prélever, indivisiblement sur la totalité de la forêt, du bois de chauffage, mort ou vif, mais également de couper des pins pour en faire du bois de construction, dans les limites d'un usage strictement personnel, non commercial, et pour des constructions réalisées sur le territoire de la commune bénéficiant du droit d'usage. Les limites imposées à ce droit d'usage s'expliquent parce que le bois ainsi prélevé se compose des mêmes pins dont les propriétaires fonciers exploitent la résine. Les propriétaires ayant pins sont, d'ailleurs, soumis aux mêmes règles de prélèvement de bois que les autres usagers – afin de ne pas nuire aux droits usagers –, de sorte que la forêt a été largement préservée contre les coupes sauvages et, par suite, contre les replantations artificielles. Plusieurs transactions entre les propriétaires et les usagers de la forêt ont, par la suite, organisé avec plus ou moins de précision les modalités d'exercice de leurs droits respectifs<sup>86</sup>.

Aujourd'hui, la forêt usagère fait l'objet de très nombreux litiges entre les propriétaires, qui souhaitent l'exploiter à des fins autres que la production de résine, et les usagers. Conformément à ce qu'indique la coutume, les juridictions relèvent que « le droit d'usage affecte indivisiblement toute la forêt usagère et chaque partie de celle-ci », de sorte que le cantonnement ne peut pas être partiel et doit, au contraire, porter sur l'ensemble de la forêt et émaner de la totalité de ses propriétaires<sup>87</sup>. L'enchevêtrement de titres incomplets ou contradictoires fait, cependant, obstacle aux procédures de cantonnement destinées à mettre fin aux droits d'usage. Les juridictions judiciaires ont, à l'occasion d'un litige, ordonné une expertise qui a conclu à l'impossibilité de déterminer le nombre de propriétaires effectifs des parcelles, dont on ne sait même pas si elles sont privatives, indivises ou soumises au régime des biens non délimités<sup>88</sup>. Il est relevé par ailleurs que les propriétaires sont souvent dans l'impossibilité de prouver leur titre et que certains d'entre eux, étant à la fois usagers et propriétaires, ont la double qualité invalidante de demandeur et de défendeur dans les litiges qui opposent les deux groupes<sup>89</sup>, alors même que le droit d'usage n'a été accordé par la coutume qu'aux habitants « non ayant pins »<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> « En vertu d'une baillette du 10 octobre 1468 concédée par le seigneur Jean de Foix, Comte de Candale, Captal de Buch, aux habitants des paroisses de la Teste-de-Buch, Cazaux et Gujan, la forêt usagère de La Teste-de-Buch est grevée de servitudes assumées par les propriétaires des parcelles qui la constituent au profit d'usagers » (CAA Bordeaux, 5 janv. 2012, n° 11BX00339).

<sup>85</sup> Bordeaux, 25 janv. 2010, n° 08/05385.

<sup>86</sup> Par exemple, pour une transaction de 1759 : Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 1980, n° 79-11513.

<sup>87</sup> Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 18 oct. 1993, n° 81-13926. *Adde*, sur la même question : Bordeaux, 25 janv. 2010, n° 08/05385, précité.

<sup>88</sup> « Néanmoins les experts, aux termes de leur rapport très approfondi rédigé après un examen minutieux des titres qui leur ont été fournis et après avoir relaté les difficultés auxquelles ils se sont heurtés (titre de propriété non produits ou incomplets, indivision non unanime, [...] bien non délimité sur lesquels tous les propriétaires n'ont pu être retrouvés et même identité erronée) ont conclu : nous ne sommes pas en mesure de retrouver le nombre exact des propriétaires ni de dire si sur ces diverses fractions, il y a des indivisions distinctes. » (Bordeaux, 5 sept. 2011, n° 08/05367).

<sup>89</sup> Outre les cas de « personne ayant à la fois la double qualité de demandeur et de défendeur », « on relève au cadastre, pour ces parcelles et pour des fractions différentes, le nom de divers demandeurs et de défendeurs propriétaires » (Bordeaux, 5 sept. 2011, n° 08/05367, précité).

<sup>90</sup> Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 18 oct. 1993, n° 81-13926, précité.

Les difficultés rencontrées devant les juridictions s'avèrent salvatrices pour les usagers. Elles sont essentiellement liées à l'imprécision des titres, et s'expliquent aisément par l'origine coutumière tant des droits usagers que des modalités d'exploitation de la résine par les propriétaires fonciers, dont les terres n'étaient souvent pas délimitées et ne le sont pas davantage aujourd'hui<sup>91</sup>. Les usages locaux engendrés par l'exploitation résinière, qui ne nécessitait pas de délimitation stricte des parcelles, ont suscité l'imprécision des actes qui, accompagnée d'une possession promiscue<sup>92</sup> par les divers propriétaires de la forêt, rend aujourd'hui impossible la preuve des titres de propriété.

La coutume confère des droits aux usagers tout en modifiant la destination de la forêt : les propriétaires n'ayant pas le droit de couper les pins auxquels les usagers ont droit, ils ne peuvent exercer leurs droits que pour la production de résine qui, à son tour, engendre des usages locaux incompatibles avec la preuve de leurs titres de propriété et, par suite, avec le cantonnement des droits d'usage. La coutume survit, en quelque sorte, de manière fortuite, parce qu'elle a créé une situation que le droit contemporain ne peut démêler, puisqu'il est impossible de déterminer ne serait-ce que le mode d'appropriation des parcelles. La coutume, ici, ne se maintient pas en vertu d'une force qui lui serait propre – les juridictions admettent, au contraire, le principe du cantonnement –, mais parce qu'elle crée une situation inextricable pour ses opposants dans un système qui n'admet pas la preuve d'une propriété collective et diffuse... qui résulte elle-même, sinon de la coutume, à tout le moins des usages locaux.

La coutume se maintient ici parce qu'elle institue une situation inextricable qui s'impose aux juridictions. Dans d'autres situations, au contraire, la coutume s'impose par sa force créatrice : instituant un droit *sui generis* dont la preuve peut être rapportée par son titulaire, elle ne peut qu'être reconnue par les juridictions. Le cas du *cayolar* en Soule est particulièrement spectaculaire en ce sens, en raison de son caractère profondément complexe et dérogoire au droit commun.

#### D. Le *cayolar* au Pays basque

Il existe, sur le territoire du Pays basque, de nombreuses « montagnes » réservées au pâturage commun au profit des habitants locaux. Ces terres qui ont été confiées en commun à tous les habitants font, en l'occurrence, l'objet d'une indivision entre les différentes communes qu'elles enjambent. La jurisprudence considère, en effet, que les limites administratives des communes ne fondent pas un droit privatif à leur profit quand les biens communaux ont été concédés, notamment par la coutume de Soule, à tous les habitants d'un territoire dépendant aujourd'hui de plusieurs communes. L'indivision qui en résulte *de facto* entre les communes ne peut donc pas faire l'objet d'un partage au sens de l'article II de la section IV

---

<sup>91</sup> « En raison de la configuration des lieux et des modalités anciennes d'exploitation de la forêt, l'indication du nom de divers propriétaires sur une parcelle unique n'impliquait pas nécessairement l'existence d'une indivision mais pouvait résulter [...] d'une absence de délimitation effective du lot de chacun alors même que les parcelles avaient été fractionnées. En effet l'absence de jouissance divise qui est susceptible de résulter en l'espèce d'usages ou de conventions particulières ne peut être considérée comme entraînant nécessairement l'absence de propriétés divisées » (Bordeaux, 5 sept. 2011, n° 08/05367, précité).

<sup>92</sup> La possession promiscue s'entend de celle exercée de manière non exclusive par plusieurs personnes à la fois (Cass., req., 6 janv. 1852, De Bazonnère c. Barbot : D. 1852.I.18), et qui ne peut conduire à l'acquisition d'une propriété exclusive par l'usucapion (Cass., civ. 1<sup>re</sup>, 11 juill. 1966 : Bull. I, n° 418).



du Décret du 10 juin 1793 contenant le mode de partage des biens communaux. Ce texte, tout comme la loi dont il permet l'application « a eu pour but et pour effet, non d'abolir les droits que les communautés d'habitants tenaient des anciennes coutumes ou concessions, mais de rétablir ces communautés dans la propriété des biens communaux dont "elles avaient été dépouillées par l'effet de la puissance féodale" », et dont les communes ne sauraient davantage les priver en les cantonnant à leur territoire administratif<sup>93</sup>.

L'existence d'un droit d'usage coutumier qui déborde des limites parcellaires ou administratives entraîne, ici, l'impossibilité du partage de cette « indivision » entre des communes qui ne sont propriétaires des terres que par l'intermédiaire des habitants qui en ont l'usage<sup>94</sup>, et doivent faire gérer les biens « indivis » par une commission syndicale<sup>95</sup>. À ce point de vue, tant la coutume de Soule que les situations similaires établies par des titres sur les territoires voisins créent une situation inextricable assez similaire à celle observée dans le cas de la forêt usagère de la Teste-de-Buch. Ici, toutefois, la coutume s'impose avec davantage de force parce qu'elle institue aussi, en parallèle, d'autres mécanismes qui sont profondément déroga-taires au droit commun.

Tous les habitants locaux jouissent de droits de pâturage sur les terres auxquelles la coutume leur donne droit. Toutefois, sur le territoire auquel elle est applicable, la coutume du pays de Soule rédigée en 1520<sup>96</sup> confère, en outre, aux titulaires de *cayolars* des droits exclusifs de pacage pendant l'estive, permettant à ces derniers de faire interdire les troupeaux des autres habitants à toute heure entre le 11 juin et le 10 juillet, et seulement de nuit du 10 juillet au 1<sup>er</sup> août<sup>97</sup>. La pratique pastorale associée au cayolar est décrite par cette coutume comme renvoyant à « tout troupeau rassemblé dans la terre de Soule qui se réunit dans une cabane "de société" [et] doit monter chaque année par les chemins de troupeaux accoutumés »<sup>98</sup>. La traduction juridique de cette institution par le juge judiciaire a permis d'identifier dans les titres des bergers, d'une part, « la propriété pleine et entière de la cabane » et de l'enclos adjacent ; d'autre part, « le droit exclusif de pâturage pour les bêtes ovines » sur le parcours attaché à la cabane, ainsi que le droit de prélever le bois nécessaire à l'entretien et au chauffage de la cabane, « l'ensemble de ces droits compos[ant] une propriété homogène et indivisible » aux yeux de la Cour de cassation<sup>99</sup>.

La solution jurisprudentielle surprend parce qu'elle aboutit à confondre trois droits fonciers de natures différentes sous l'étiquette d'une propriété prétendument « homogène »

---

<sup>93</sup> La Cour de cassation a rendu deux arrêts très similaires, le même jour, le premier concernant des communaux institués par la coutume de Soule ; le second, des parcelles très proches sur lesquelles le droit d'usage des habitants était plus classiquement institué par un titre de droit privé : Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 13 mars 1984, n° 82-14650 et 82-11568.

<sup>94</sup> La question de savoir si les habitants ou les communes sont propriétaires des terres n'est pas encore tranchée en jurisprudence : Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 19 févr. 1980, n° 78-15281 : Bull. III, n° 44.

<sup>95</sup> C. Huin, *Les systèmes collectifs fonciers au Pays Basque*, Mémoire de master, Université Savoie Mont-Blanc, 2021.

<sup>96</sup> *La coutume de Soule*. Texte gascon de l'édition de 1760. Trad. par Michel Grosclaude. Pau : Izpegi, 1993, 164 p., Titre XIV.

<sup>97</sup> *La coutume de Soule*, précité, Titre XIV, art. 2 à 4 ; *adde* Cass., civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1968, n° 65-14010 : Bull. III, n° 86.

<sup>98</sup> *La coutume de Soule*, précité, Titre XIV, art. 1.

<sup>99</sup> Cass., req., 10 avr. 1877, C<sup>ne</sup> de Lanne c. Marmisolle : D. 1877.I.273.

parce qu'indivisible. Si la reconnaissance du droit coutumier est ici explicite, on observe surtout son caractère parfaitement dérogoire au droit commun. Dans la coutume de Soule, le cayolar est fondamentalement un droit de pacage sur le parcours qui en constitue l'assiette, ce qui explique par exemple les règles relatives à la saisie du bétail trouvé sur le chemin en violation de ce droit exclusif<sup>100</sup>. La propriété de la cabane et le droit de couper le bois nécessaire à son entretien sont deux droits destinés à réunir le troupeau pour l'estive, et forment en ce sens l'accessoire indispensable du droit de pacage. L'idée qu'un droit de propriété puisse être l'accessoire d'un simple droit réel d'usage étant contraire à la représentation que le droit français se fait de l'architecture des droits réels, la Cour de cassation préfère enfermer l'ensemble des droits attachés au cayolar dans un droit unique de propriété, encore qualifié de « véritable droit de propriété *sui generis*, constitué par les statuts locaux et les anciennes coutumes du pays de Soule »<sup>101</sup>.

Cette solution peu orthodoxe permet, toutefois, de faire le lien avec la définition posée par la coutume d'une « cabane de société » (*cabane de societate*)<sup>102</sup> : le troupeau qui se réunit dans la cabane appartient, en réalité, à plusieurs bergers qui forment une sorte de proto-société – un club privé échappant aux règles du droit des sociétés qui lui sont postérieures –, au sein de laquelle la coutume impose aux cayolaristes de vivre socialement. Cette proto-société est divisée en parts, dénommées *txotx*. Le nombre total de parts dépend de l'étendue et de la qualité du parcours attaché au cayolar, chaque part permettant d'envoyer un certain nombre d'ovides en estive – celui-ci étant par exemple fixé à 45 brebis laitières en 1860<sup>103</sup>. À l'instar de titres négociables, les *txotx* sont dans le commerce et peuvent être cédés, transmis par succession, ou encore partagés entre plusieurs indivisaires qui auront ensuite 1/2 ou 1/4 de *txotx*<sup>104</sup>. Chaque part de berger permet de jouir de l'ensemble des droits fonciers conférés par le cayolar, pour un nombre déterminé de têtes de bétail.

La proto-société n'étant pas dotée de la personnalité morale, ses membres exercent, en leur nom personnel, les droits réels immobiliers dont ils sont titulaires en fonction du nombre de parts qu'ils détiennent. Cela explique sans doute que les droits fonciers soient considérés comme une propriété unitaire, puisqu'ils font l'objet d'un titre unique attaché au *txotx*. Les droits de cayolar peuvent notamment être acquis par usucapion – à titre individuel ou en commun avec d'autres bergers – dans les limites de l'institution coutumière, ce qui suppose effectivement l'indivisibilité du droit de propriété sur la cabane, du parcours et des droits aux bois<sup>105</sup>. Ces droits appartiennent toutefois, en général, à plusieurs bergers « en société », c'est-

---

<sup>100</sup> *La coutume de Soule*, précité, Titre XIV, *passim*.

<sup>101</sup> Cass., req., 10 avr. 1877, C<sup>ne</sup> de Lanne c. Marmissolle, précité.

<sup>102</sup> *La coutume de Soule*, précité, Titre XIV, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>103</sup> M. Richer, « Le cayolar en Soule », *Azpilcueta*, 1998, n° 13, p. 123 s., spéc. p. 128.

<sup>104</sup> *Op. cit.*

<sup>105</sup> « En ce qui concerne la prescription, [...] s'ils peuvent se prévaloir de leur possession au titre de cayolaristes pour établir leur droit de cayolar, s'ils peuvent même par cette seule possession réunissant les conditions voulues pour prescrire, fixer l'assiette de ce droit, ils n'en peuvent modifier la nature ; [...] ce droit, en effet, n'est prescriptible que tel qu'il est reconnu par la coutume, dans les termes, limites et conditions qu'elle lui assigne, et qu'en dehors de ces conditions et au-delà de ces termes, il perd son caractère spécial et retombe sous l'empire des règles du droit nouveau pour revêtir le caractère d'une servitude imprescriptible. [...] Il s'en suit [...] que si

à-dire en commun. La jurisprudence reconnaît l'existence de cette proto-société coutumière d'éleveurs lorsqu'elle considère, par exemple, que les divers titulaires de droits sur la cabane et le parcours ne sont pas indivisaires, ne pourraient pas obtenir le partage, et ne sont pas non plus tenus de respecter les droits de préemption de l'article 815-14 du Code civil<sup>106</sup>. Ils se trouvent, bien plutôt, dans une situation de copropriété perpétuelle et forcée sur la cabane et le parcours y afférent : tant que les droits fonciers ne sont pas éteints, la proto-société existe, encore qu'elle puisse parfois être accaparée entre les mains d'un seul.

La coutume s'exerce ici en conjonction avec le titre qu'elle permet d'interpréter et de comprendre, et auquel elle permet d'instituer des droits parfaitement dérogoires aux catégories civilistes. En revanche, la coutume ne se substitue jamais au titre quant à la preuve des droits particuliers de chaque berger. Elle n'est pas instituée au profit de tous les habitants, mais seulement dans l'intérêt de ceux dont les droits sont fondés sur un titre leur conférant un *txotx* ou une part de celui-ci. Conformément au texte de la coutume qui distingue les cayolars féodaux de ceux qui sont détenus librement, en vertu d'un titre allodial, la jurisprudence exige donc que chacun des cayolaristes fasse la preuve de son titre de propriété – ou plus précisément de copropriété – sur la cabane et le parcours qui s'y attache<sup>107</sup>.

La coutume du pays de Soule exige que chaque éleveur fasse la preuve du titre lui permettant d'entrer dans une proto-société totalement dérogoire au droit commun, qui oscille une copropriété forcée de bergers et une société créée de fait dans laquelle chacun dispose de parts négociables. Une fois la preuve du titre faite, en revanche, la coutume permet de l'interpréter et de déterminer le contenu exact des droits conférés à chaque titulaire de *txotx*, au-delà de la simple lettre des actes souvent incomplets, dans cet enchevêtrement de rapports fonciers. En l'absence de personnalité morale, la part dans une proto-société de bergers institue, en réalité, un ensemble indissociable de droits comportant une propriété *sui generis* placée dans la dépendance du droit de parcours dont elle forme l'accessoire. La coutume s'affirme ici par sa seule force créatrice : dérogeant ouvertement au droit commun, elle s'impose à celui-ci par son originalité.

\* \* \*

Le droit de propriété de l'article 544 du Code civil n'est pas incompatible avec l'existence de droits fonciers d'origine coutumière, qu'il n'a d'ailleurs pas abolis lorsqu'ils sont plus spéciaux. La fragilité actuelle de la coutume tient plutôt à l'habitude qu'ont certains juristes de se fier à des titres de papier sans s'intéresser à l'origine des institutions. De cet oubli collectif de la coutume résulte la tentation de plaquer les catégories juridiques contemporaines sur des situations qui n'en relèvent pas, et que l'on ne parvient plus à se représenter mentalement. En découlent des situations absurdes dans lesquelles la coutume se maintient tout en perdant sa spécificité. Pourtant, lorsqu'elle accède à une reconnaissance jurisprudentielle, la coutume continue de s'imposer à la loi et à la propriété.

---

les cayolaristes ont pu reculer par la prescription les limites de leur parcours, ils n'ont pu, même par une jouissance exclusive et trentenaire, améliorer leur droit en étendant la durée que la coutume assigne à leur privilège » (Pau, 6 avr. 1881 : reprod. par J.-P. Alline, Rapport sur *Le statut du cayolar souletin*, sept. 2012, ann. 1).

<sup>106</sup> Pau, 1<sup>re</sup> ch. civ., 20 mai 2008, n° 06/01613, n. Lecourt, *BJS* 2008.765.

<sup>107</sup> Pau, 1<sup>re</sup> ch., 14 mai 2012, n° 12/2179.

Nous avons observé, au début de cette étude, qu'il existe des cas dans lesquels la coutume s'applique à l'état pur, en l'absence d'un quelconque titre. Formalisée dans des instruments qui échappent aux sources ordinaires du droit, la coutume jouit d'une force propre. Les trois cas évoqués présentent la particularité commune, qui n'est peut-être pas une simple coïncidence, de brouiller les frontières du droit public et du droit privé. De même que la *lex Strata* institue un régime de quasi-domanialité publique sur les terres dont elle confère l'usage aux habitants, les usoirs lorrains confèrent aux riverains un droit réel perpétuel sur le domaine public, et les carraires – qui sont des chemins de transhumance – sont assimilées à une servitude publique sur un terrain privé. La coutume survit sans doute tant parce qu'elle déroge au droit commun que parce qu'elle suscite des litiges.

On se souviendra aussi que, dans le cas assez simple du patecq, la coutume facilitait la preuve du titre sur l'accessoire commun, souvent contre le texte des actes de propriété, mais soumettait cette dépendance à un régime assez classique de copropriété forcée. Ce régime est fragile en l'absence d'une jurisprudence bien établie, comme le montre le cas des étangs, dont les titres ont été interprétés et qualifiés au moyen des catégories juridiques modernes, pour n'instituer qu'une simple indivision susceptible de partage. Le fonctionnement des étangs est, pourtant, fondé sur l'interdépendance fonctionnelle des bassins et l'enchevêtrement des droits d'usage. La reconnaissance de l'origine coutumière de ce système n'a toutefois pas permis, dans ce cas, celle d'un régime spécifique à la gouvernance des étangs. Pour que cela se produise, il aurait sans doute fallu soit que la coutume créât une situation parfaitement inextricable, soit qu'elle produisit une situation absolument rebelle aux efforts de qualification. À nouveau, la coutume a besoin, pour s'imposer, de déroger franchement et ouvertement aux catégories juridiques contemporaines.

On a pu remarquer, en ce sens, que la coutume tire sa vivacité des situations inextricables qu'elle engendre, et que le droit contemporain ne sait résoudre. Les droits conférés par la coutume aux usagers de la forêt de la Teste-de-Buch s'exercent sur un grand nombre de parcelles, aujourd'hui devenues des propriétés privées. La seule circonstance qu'un droit réel d'usage, unitaire et indivisible, s'exerce sur plusieurs parcelles diversement appropriées impose une procédure de cantonnement qui requiert, alors, le consentement unanime de tous les propriétaires grevés. Or, les usages locaux découlant de l'activité résinière organisée par la coutume rendent impossible la preuve des titres de propriété, interdisant ainsi le cantonnement. De même, on a observé dans le pays de Soule que lorsqu'un droit d'usage coutumier s'étend, de manière indivisible, sur le territoire de plusieurs communes, celles-ci doivent continuer d'administrer les terres en commun et ne peuvent les partager. Dans les deux cas, c'est la superposition de droits fonciers qui donne sa force à la coutume : ne pouvant diviser le droit d'usage conféré par la coutume, les juridictions n'ont d'autre choix que de lui reconnaître un régime dérogoire au droit commun. La coutume survit parce qu'elle produit une situation inextricable.

Enfin, nous avons souligné que le droit coutumier s'impose parfois en raison de sa force créatrice. Le cas du cayolar est particulièrement riche en ce sens, puisque la coutume de Soule institue une proto-société entre les bergers, laquelle dépasse le cadre de l'indivision ordinaire sans être pour autant dotée de la personnalité morale. Il en résulte que les titulaires

de parts négociables dans ce club privé d'éleveurs sont également co-titulaires, en leurs noms personnels, des droits réels attachés à la société de bergers. Ces derniers forment un ensemble indivisible que la jurisprudence n'a d'autre choix que de qualifier de « propriété » *sui generis*, parce que le droit de propriété y forme l'accessoire d'un droit réel d'usage. L'abolition de ces droits réels serait assimilée à une privation du droit de propriété au sens tant de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que de l'article 1<sup>er</sup> du protocole 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La coutume s'impose ainsi, non parce qu'elle crée une situation inextricable, mais parce qu'elle institue, au moyen de techniques devenues étrangères au droit français, des intérêts légitimes que l'ordre juridique, dans son ensemble, choisit de respecter.

Pour conclure, on pourra proposer quelques théories sur la survivance du droit coutumier en matière foncière. En premier lieu, le droit coutumier se manifeste soit à l'état pur, en l'absence de tout titre émané d'une personne particulière (fût-il conféré à un ensemble de personnes), soit par l'intermédiaire de titres particuliers dont il permet l'interprétation. Ces deux modalités découlent évidemment du caractère normatif du droit coutumier qui n'a pas fondamentalement besoin de titres pour s'exprimer, encore qu'il trouve parfois sa meilleure expression au travers de ces mêmes titres.

En second lieu, et de manière constante, le droit coutumier ne se maintient que parce qu'il *déroge* au droit commun et, à bien des égards, *dérange* les catégories juridiques contemporaines. Ce caractère n'est pas propre au droit coutumier. D'une manière plus générale, tous les droits réels innommés, *sui generis*, qu'ils résultent de la coutume, d'un titre féodal ou de la liberté contractuelle, existent parce qu'ils présentent un caractère spécial qui les empêche de se fondre dans les catégories juridiques existantes et d'être soumis au régime qui s'y attache. Partant, on peut s'interroger sur la spécificité du droit coutumier en matière foncière.

Une hypothèse pourra être formulée en ce sens. Dans les exemples qui précèdent, outre le caractère dérogatoire des droits institués par la coutume, on observe systématiquement une action de la coutume sur la structure même du foncier. Les droits coutumiers observés débordent tous de la parcelle cadastrale : ils s'exercent sans réellement tenir compte des limites parcellaires, ou indépendamment de la titularité de celles-ci et de leur soumission éventuelle au régime de la domanialité publique. En somme, la coutume ne cherche pas à savoir qui est propriétaire du foncier, mais à établir des droits d'usage sur le sol, quel qu'en soit le propriétaire, de sorte que ces droits s'exercent indifféremment sur des fractions de parcelles ou, au contraire, de manière indivisible sur plusieurs parcelles. Le droit coutumier remet ainsi en cause la manière même dont on conçoit le foncier parce qu'il n'est pas pensé pour les propriétaires, mais pour les usagers – ce qui est, d'ailleurs, la caractéristique historique du droit coutumier français<sup>108</sup>. Ce faisant, il institue des jouissances collectives – des communs fonciers – tout en se désintéressant de l'appropriation du sol, qui lui est indifférente<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, précité.

<sup>109</sup> Fl. Vern, « La forme des communaux en droit civil des biens », in *Les communaux au XXI<sup>e</sup> siècle*, p. 297-318.