Droit Public Comparé
ISSN : 3036-2490

6 | 2026

Les effets juridiques de la rédaction des normes traditionnelles. Une approche comparative

Sylvain Soleil

https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=923

DOI : 10.35562/droit-public-compare.923

Référence électronique
Sylvain Soleil, « Les effets juridiques de la rédaction des normes traditionnelles. Une approche comparative », *Droit Public Comparé* [En ligne], 6 | 2026, mis en ligne le 01 juillet 2026, consulté le 10 juillet 2026. URL : https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=923

Droits d'auteur
CC BY-SA 4.0

Prairial
Pôle éditorial
Lyon Saint-Étienne

Les effets juridiques de la rédaction des normes traditionnelles. Une approche comparative

Sylvain Soleil

PLAN

Normes traditionnelles et transmission orale
La valeur juridique des traditions
Typologie et modélisation
1. Les mises par écrit à la suite d'une enquête scientifique
2. Les mises par écrit à la suite d'une enquête officielle
3. Les rédactions officielles organisées par l'autorité traditionnelle
4. Les rédactions officielles organisées par l'État
5. Les rédactions officielles organisées dans le cadre colonial
Conclusions
Annexe

TEXTE

Article publié avec la labellisation de l'Institut Robert Badinter, en ligne : < https://institutrobertbadinter.fr/fr/ >.

1 En 2022, quatre partenaires français se sont associés pour offrir une base de données coutumières, à partir des normes traditionnelles rédigées à un moment ou à un autre de l'histoire. Il s'agit du projet Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers (BIDDC) conçu et animé par Sylvain Soleil (Université de Rennes) et Nicolas Cornu-Thénard (Université de Paris II, ex-secrétaire général de la Société de Législation Comparée)[1]. Il a mis en relation le laboratoire IODE – UMR CNRS 6262 (initiateur du projet), la Société de Législation Comparée (hébergeur de la base de données), l'Institut Robert Badinter (financeur du projet) et la société Boscop (chargée de la solution web). Il a agrégé une centaine d'universitaires d'environ trente pays et propose désormais un corpus intéressant, mais non exhaustif, d'une petite centaine de coutumiers, officiels ou non[2]. Ce projet BIDDC avait quatre objectifs :

2 1. Proposer en libre accès des données coutumières, en langue originale, assorties de mots-clefs traduits en cinq langues (pour guider les recherches) et de notices elles aussi traduites en cinq langues (pour savoir quand, où, par qui et selon quelle procédure ces données ont été rédigées) ;

3 2. Accompagner la mise en ligne d'une réflexion épistémologique et interdisciplinaire sur les phénomènes qui sont à l'œuvre lorsque les traditions, par nature orales, deviennent des coutumes écrites, fixées, en partie dénaturées ;

4 3. Comprendre pourquoi certaines autorités politiques ont évité ou refusé la mise par écrit de leurs traditions juridiques ;

5 4. Réunir des chercheurs du monde entier autour de ce double enjeu documentaire et scientifique.

6 C'est avec cette base de données que j'aimerais proposer une typologie concernant la mise par écrit des normes traditionnelles, pour comprendre ce qui se joue lorsqu'un ensemble de traditions, par nature orales, sont mises par écrit. L'objectif visé n'est ni de situer chaque texte dans son contexte ni d'expliquer les dynamiques historiques qui sont à l'œuvre, mais de mettre de l'ordre dans la diversité des données coutumières qui nous sont parvenues en les classant, selon cinq modèles explicatifs, afin de pouvoir appréhender les effets juridiques de la rédaction. Il s'agit d'une démarche comparative qui exige, tout d'abord de comprendre ce que sont les normes traditionnelles, ensuite de s'entendre sur leur valeur juridique initiale, enfin d'expliquer la méthode de modélisation que nous avons mise au point.

Normes traditionnelles et transmission orale

7 Lorsqu'un juriste examine les traditions d'un peuple donné – celles qui, officiellement mises par écrit, vont devenir les coutumes –, que constate-t-il à la lumière de l'expérience personnelle [3] et des travaux des anthropologues et des ethnologues [4] ?

8 Première donnée : *les traditions rassemblent des connaissances, des valeurs, des croyances et des règles de vie*. Pour le juriste, il s'agit donc

de prendre les traditions dans un sens plus restrictif et normatif que celui, par exemple, d'Olivier Morin (« l'ensemble des pratiques et des idées qui parviennent à se maintenir dans le temps ou à se diffuser dans l'espace grâce à la transmission » [5]), parce qu'à travers la culture transmise, le juriste identifie non seulement une liste de comportements obligatoires ou interdits, mais aussi un encadrement, un contrôle social et des sanctions qui s'organisent tantôt avec la famille seule, tantôt avec les institutions supérieures (assemblées, chefferies, royautés, etc.). En d'autres termes, la tradition impose des normes et c'est pourquoi, dans les pages qui suivent, le terme *traditions* s'entend des *normestraditionnelles*.

9 Deuxième donnée : *les traditions reflètent une certaine façon de concevoir le monde et ce qui y vit, de façon visible et invisible.* « Il n'y a et ne peut y avoir de véritablement traditionnel, insiste René Guénon, que ce qui implique un élément d'un ordre suprahumain. » [6] C'est pourquoi, dans la majeure partie des cas, *connaissances, valeurs, croyances et règles de vie* font référence à Dieu, aux dieux, aux esprits, à un ancêtre commun, une mythologie qui donnent à tout ou partie des traditions un caractère sacré. Les enfreindre fait courir le risque d'un déséquilibre dans l'ordre du monde et nécessite des enquêtes, des sanctions et des rituels expiatoires pour rétablir l'harmonie.

10 Troisième donnée : *Les traditions forment un ensemble*. Pour ceux qui les suivent, elles ne sont pas sectionnées selon une logique moderne : le politique d'un côté, le religieux de l'autre, puis le juridique, l'économique, le culturel, etc. Elles forment un tout difficilement dissociable, un ensemble coordonné, un tissu inconsutil et non un patchwork dont chaque pièce pourrait être dissociée, recousue ou remplacée. Elles encadrent le tout de la vie humaine. De la conception jusqu'à la mort, et même avant la conception (la place dans le lignage, l'héritage, la situation que le fils ou la fille occupera dans la société), et même après la mort (les rituels funéraires, la place qu'il occupera auprès des ancêtres et dans les récits des vivants).

11 Quatrième donnée : chaque individu a peu d'emprise sur les traditions, pour la simple raison que la communauté et le lignage prévalent sur les personnes. Dans une société traditionnelle sacrée, l'individu, au sens moderne du terme, n'existe pas. Louis Dumont l'explique à sa façon [7] :

> « Deux configurations de ce genre s'opposent immédiatement, qui caractérisent respectivement les sociétés traditionnelles et la société moderne. Dans les premières, comme par ailleurs dans la République de Platon, l'accent est mis sur la société dans son ensemble, comme Homme collectif ; l'idéal se définit par l'organisation de la société en vue de ses fins (et non en vue du bonheur individuel) ; il s'agit avant tout d'ordre, de hiérarchie, chaque homme particulier doit contribuer à sa place à l'ordre global et la justice consiste à proportionner les fonctions sociales par rapport à l'ensemble. »

12 C'est d'ailleurs à l'occasion de cette comparaison que l'on comprend ce qu'est l'individualisme contemporain par opposition au système traditionnel : ici, l'individu est libre dans la gestion de ses relations conjugales, familiales, professionnelles ou sociales. Les procédures lui permettent de nouer des relations mais aussi de les dénouer. S'il souhaite divorcer, il le peut. S'il souhaite rompre avec ses parents ou ses enfants, il le peut. S'il souhaite démissionner, il le peut. S'il souhaite être incinéré plutôt qu'inhumé (ou l'inverse), il le peut. Dans le cadre traditionnel, rien de tel. Chacun reste lié aux normes et aux relations sociales dont il hérite et qui lui sont imposées par les traditions. Ces liens, difficiles à rompre, sont à la fois perçus comme une protection de la part du groupe et une contrainte dont il doit s'accommoder.

13 Cinquième donnée : *les traditions font l'objet d'une transmission d'une génération à l'autre, généralement de façon rituelle et orale*. Dans les langues romanes issues du latin, la tradition est ce qui est transmis, ce que l'on fait passer à un autre. Elle est, précise René Alleau, l'appel que le présent fait au passé, ou l'héritage par lequel le passé se survit dans le présent [8]. Chaque génération est comptable de cet ensemble à l'égard des générations qui l'ont précédée et des générations qui suivent. Les traditions se matérialisent et se transmettent de façon orale et ce, de diverses manières : à travers les mythes fondateurs et les hauts faits des ancêtres et des lignages, à travers les proverbes et les récits de sagesse, grâce à l'instruction faite aux enfants, aux rituels sacrés et aux controverses judiciaires. Cela fonctionne plus ou moins bien ; l'anthropologue Hocart en 1927 à propos des populations des Fidji ou l'ethnologue Morris en 1936 à propos des Panderam du sud de l'Inde ont ainsi été surpris par l'ignorance ou les

contradictions de leurs interlocuteurs à propos de leurs normes traditionnelles [9]. Toutefois, la comparaison permet de constater qu'il existe un consensus sur l'essentiel de ce qui doit être transmis.

14 Sixième donnée : *les traditions évoluent lentement*. Puisqu'il s'agit de transmettre un ensemble inchangé, les évolutions se produisent par des glissements insensibles dans les comportements ou par des décisions, souvent collectives, à partir d'un litige ou d'une crise. Dans ce cas, l'autorité assume le fait de modifier ou de corriger un élément de la tradition, par exemple en adoptant un compromis entre nomades et sédentaires, en imitant un modèle extérieur, en interdisant ce qui était permis ou, à l'inverse, en permettant ce qui était interdit. Par exception, les traditions peuvent parfois basculer, par exemple, à l'occasion d'une conversion religieuse collective, d'une invasion, d'une réduction à l'esclavage ; là, un peuple étranger impose tout ou partie de ses propres traditions au peuple vaincu qui abandonne tout ou partie des siennes.

La valeur juridique des traditions

15 Évidemment, pour le juriste, l'une des questions principales est celle de la valeur juridique de ces normes traditionnelles. Question aussi passionnante que stérile. Tout dépend évidemment des critères adoptés pour dissocier ce qui est juridique de ce qui ne l'est pas…

16 Si l'on adopte les critères kelseniens, post ou néo-kelseniens du droit, il y a, d'un côté les décisions du juge et les normes édictées par l'État et les institutions auxquelles l'État a délégué le soin de le faire, de l'autre les autres normes (sociales, religieuses, traditionnelles, morales, etc.). Les premières, seules, sont du droit parce que leur juridicité ne dépend pas de leur contenu mais de l'acte qui les a créées ; l'acte créateur du législateur, l'acte créateur du juge, l'acte qui leur donne leur validité juridique [10]. Selon cette définition, les traditions-coutumes ne sont pas du droit.

17 Si, à l'inverse, l'on adopte les critères de l'anthropologie du droit, on assume d'embrasser beaucoup plus large : « Il est indispensable, explique Boris Barraud, pour qu'une anthropologie du droit puisse exister, de s'accorder au préalable sur le fait que tout système

normatif ou institutionnel serait un système juridique et sur le fait que les systèmes normatifs ou institutionnels occidentaux, reposant sur l'État, ne mériteraient pas seuls le nom de "droit". Partant, l'anthropologie juridique constitue nécessairement un objet-droit très différent de l'objet-droit défini par la plupart des juristes, qui amène à interroger la loi du Parlement et la jurisprudence des tribunaux. »[11] Selon cette conception, les normes traditionnelles sont évidemment considérées comme du droit.

18 Si, enfin, chacun choisit les critères qui lui conviennent, les normes traditionnelles sont des normes juridiques si le groupe social prétend les voir comme telles, et sont des normes autres que juridiques si le groupe social prétend les voir autrement. « Le droit, explique Brian Z. Tamanaha, est ce que les membres d'un groupe social conviennent de désigner et de traiter comme tel dans leurs pratiques sociales (le droit est un concept populaire). Ceci est une méthode conventionnaliste pour identifier le droit plutôt qu'une définition de celui-ci. »[12] Si l'on adopte ce point de vue, cela rend difficile, voire impossible, les approches comparatives d'une certaine envergure.

19 Les pages suivantes vont nous permettre de voir, sur le terrain, la confrontation entre ces trois approches. D'un côté, en effet, les populations soumises à leurs normes traditionnelles apparaissent moins préoccupées de savoir si c'est du droit ou pas que du risque de les voir s'affaiblir ou disparaître. De l'autre, l'État naissant (et plus encore l'État colonisateur), bien avant Kelsen, semble très préoccupé de modifier la nature des normes traditionnelles pour leur accorder la valeur juridique qu'il lui réserve. Et cela passe en premier lieu par leur mise par écrit.

Typologie et modélisation

20 La rédaction, qui s'est déroulée selon des dynamiques diverses, exige une méthode comparative particulière, la modélisation juridique, c'est-à-dire la méthode qui cherche à faire parler les phénomènes en les modélisant. Elle s'oppose à d'autres méthodes scientifiques, par exemple la méthode déductive qui consiste à expliquer un phénomène en partant d'une hypothèse pour en tirer des déductions logiques, ou la méthode expérimentale qui consiste à tester la validité d'une hypothèse en reproduisant un phénomène, soit dans la réalité,

soit en laboratoire [13]. Des modèles sont 1/ des représentations simplifiées de la complexité du réel, 2/ qui ne conservent que les critères jugés pertinents, 3/ afin d'en faire un usage scientifique [14].

21 Pour les fabriquer, le juriste commence par indiquer clairement l'usage qu'il veut en faire. Ici, il s'agit d'offrir une typologie pour rendre compte de la complexité des situations de mises par écrit des traditions ; l'usage est donc cognitif, explicatif, pédagogique. Le juriste poursuit en choisissant les critères les plus pertinents pour modéliser, c'est-à-dire les questions jugées les plus importantes qu'il va poser aux phénomènes décrits afin de les singulariser et de les regrouper. Dans notre cas, les trois questions majeures sont les suivantes : 1/ qui opère la mise par écrit : l'auteur rédige-t-il au nom d'une fonction officielle, d'une mission scientifique, d'un intérêt personnel ? 2/ quel est le mobile principal (connaître, informer, collecter, institutionnaliser, etc.) ? 3/ quel est l'effet juridique sur les traditions (nul, indirect, direct) ? Enfin, le juriste termine en matérialisant ces modèles qui assument le fait de représenter la réalité de façon simplifiée, donc de n'être ni la complexité du réel (sinon, ce ne serait pas un modèle…) ni un travestissement de cette réalité. Ici, nous proposons une typologie à partir de cinq modèles qui permettent de regrouper diverses expériences indépendantes les unes des autres, de cerner cinq modalités de rédaction voisines, comparables, et de saisir les effets juridiques de la rédaction des normes traditionnelles.

1. Les mises par écrit à la suite d'une enquête scientifique

22 L'immense majorité des mises par écrit l'a été en vertu d'un processus où le rédacteur n'agit pas dans le cadre d'une fonction officielle confiée par l'autorité traditionnelle, par l'autorité étatique ou l'autorité coloniale. Son mobile est de consigner par écrit des observations personnelles (voyage) ou scientifiques (anthropologie, sociologie, ethnologie, droit, etc.). Le projet BIDDC en offre plusieurs exemples. En 2023, Sergio Lopez Pereira, philosophe du droit à l'Université nationale du Nord (Argentine), a mené une enquête sur les traditions des peuples Qom et Wichí, « deux des trois peuples – avec les Moqoit – qui habitent actuellement la province du Chaco, en

Argentine, et font partie de la grande famille Guaycurú ». Il est parti de la façon dont ses interlocuteurs considéraient le langage pour comprendre comment les Qom et les Wichi pensent le cosmos, le monde des vivants, les relations familiales et les relations avec la terre. Puis, il a mis par écrit huit ensembles de traditions qui règlent la vie de la population [15]. En 2023, Léon Josse, professeur d'histoire du droit et doyen de la faculté de droit de l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin), a dirigé six enquêtes auprès de cinq groupes socio-linguistiques : les Fons et les Adja-Mina au sud-est du Bénin, les Bariba au Nord, les Peuhl (non sédentarisés) et les Yoruba-Nagot, auxquels il est lui-même apparenté. Pour réaliser l'enquête, Léon Josse s'est entouré d'enquêteurs pour aller interroger les sages : femmes et hommes âgés [16]. En 2025, Houda Alhoussari, Maître de conférences en droit privé à l'Université du Prince Sultan (Arabie saoudite) a mené une enquête sur les coutumes tribales saoudiennes en interrogeant deux spécialistes Zaki Channak et Samer Alqudah, eux-mêmes Maîtres de conférences à l'Université du Prince Sultan [17]. Sans même avoir à se pencher sur le contenu des enquêtes, on peut tirer plusieurs informations sur les effets de la mise par écrit des traditions qom, peulh ou saoudiennes.

23 La première, la plus importante, est que ces enquêtes n'ont évidemment aucun effet institutionnel ou juridique sur les traditions elles-mêmes. Les rédacteurs sont des chercheurs, des scientifiques, des universitaires dont le travail n'a pas de prise sur les règles de vie des peuples consultés. Il s'agit de connaître, de comprendre, de comparer, jamais d'officialiser, encore moins de valider ou réformer.

24 La deuxième est que ces enquêtes ont un effet révélateur au profit du monde extérieur. L'enquête fait sortir ces traditions de la confidentialité (sauf, évidemment, si elles avaient déjà fait l'objet de précédentes publications) pour les faire entrer dans le vaste champ des connaissances humaines. Désormais, ces règles traditionnelles et les peuples qu'elles régissent rejoignent la longue liste des traditions publiées, connues, éventuellement étudiées. Ce qui entraîne un risque : croire que l'on connaît la réalité de ces traditions, croire que l'observateur en a pleinement rendu compte. C'est un tort. Il faut admettre que les personnes consultées ont trié entre ce qu'elles voulaient et ne voulaient pas dire. Joachim Agbroffi, à l'issue d'une enquête auprès des chefferies Abouré et N'Zima expliquait que jamais

on ne raconte toute la vérité à l'étranger qui vient s'informer[18]. Il faut du temps, de la confiance et de la réciprocité pour obtenir des révélations cachées. Non seulement il faut être initié pour connaître certaines traditions cachées – l'observateur extérieur n'étant ni chef ni initié, il n'en saura jamais rien –, mais il existe toujours des faux-semblants. J'ai le souvenir d'une soutenance de mémoire où une jeune étudiante ivoirienne était extrêmement gênée lorsqu'en tant que président du jury, je l'interrogeai sur la tradition qui consiste à confier l'enfant tout juste né à une femme du village pour qu'elle l'ausculte et, en cas d'infirmité, qu'elle le « confie à la nuit » ; la vérité, sans fard, est que l'enfant infirme est étouffé parce que c'est l'âme d'un ancêtre qui est censé entrer dans le corps de l'enfant au moment de sa conception et que l'infirmité concrétise une malédiction, une erreur de conception. Jamais l'observateur extérieur n'aurait dû être au courant de cette tradition qui – appelons les choses par leur nom – est un infanticide.

25 La troisième est que l'enquête a aussi un effet révélateur à l'égard du peuple qui fait l'objet de l'enquête. Puisque l'observateur est étranger au peuple interrogé, il pose des questions qui sous-entendent d'autres façons de voir le monde, il matérialise d'autres conceptions, il permet donc, du côté de l'interrogé, de prendre conscience de l'existence et de la singularité de ses traditions. L'observateur est le miroir où l'observé est ramené à son identité. Il est le bromure d'argent (l'agent extérieur) qui sert de révélateur pour découvrir le contenu de la pellicule photo argentique (l'agent interne). Sans l'observateur extérieur, les traditions évoluent dans un monde clos. Avec l'observateur extérieur, elles se fixent par contraste avec le monde extérieur. Dans les trois expériences, Sergio Lopez-Pereira n'étant pas Qom, Houda Alhoussari n'étant pas Saoudienne, Léon Josse n'étant pas Peulh, ont servi de révélateurs à ceux qu'ils interrogeaient.

26 La quatrième est que ces enquêtes ont un effet clarificateur car, les questions étant pensées et ordonnées, elles invitent l'interlocuteur à mettre de l'ordre dans les traditions pour répondre aux questions posées. Il est amené à distinguer ce qui, pour l'observateur, est juridique et ce qui n'est pas juridique. S'il est interrogé sur la façon dont les traditions régissent la cérémonie du mariage, l'interlocuteur doit exposer la cérémonie étape par étape, le cas échéant en étant

complété, amendé, discuté par d'autres interlocuteurs. Il est d'ailleurs révélateur que chaque observateur offre son enquête non sous forme de récit, mais sous forme d'un plan, parce qu'il est un universitaire, qui plus est s'il est juriste. En d'autres termes, alors même que l'observateur n'a aucune prise sur les traditions elles-mêmes, sa présence et les discussions auxquelles il donne naissance obligent l'interlocuteur à un exposé, donc à une mise en forme des traditions, selon les questions posées.

27 La cinquième information est que l'on doit toujours interpréter la rédaction de l'observateur non officiel à la lumière d'une dynamique plus large. Parfois, ce genre d'enquêtes n'a pas d'autre mobile ni d'autres effets que de connaître et rendre compte. Mais il n'est pas rare que ce genre d'enquête précède ou accompagne une action plus officielle. L'observateur scientifique qui souhaite donner de la force à ces traditions, ou qui milite en faveur du pluralisme juridique, ou qui est simplement sensible à la façon dont la population est maltraitée par des agents publics ou des opérateurs privés peut en effet donner à son enquête une valeur qui dépasse le cadre ethnographique ou anthropologique. Prenons un exemple. Si Sergio Lopez-Pereira a diligenté son enquête auprès du peuple Qom, c'est qu'il poursuit deux objectifs. Le premier est d'ordre scientifique – nous en avons rendu compte. Le second est d'ordre politique et social. Puisque les Qom sont régis par des traditions qui n'ont pas été officialisées, des traditions que l'État voulait ignorer et que le juge ne considérait pas comme opposable, la question était de savoir comment la population pouvait défendre ses droits. En 1994, avec l'entrée en vigueur de sa nouvelle constitution, l'Argentine a adhéré au courant multiculturaliste, c'est-à-dire qu'elle reconnaît que peuvent coexister dans le même pays, plusieurs types de populations, chacune avec ses propres exigences spirituelles, culturelles, politiques, économiques, sociales et normatives. María Luisa Salazar (qui participe aux travaux sur le peuple Qom aux côtés de Sergio Lopez-Pereira) explique que la nouvelle constitution et la ratification de la convention 169 de l'Organisation internationale du travail, le 17 avril 2000, ont modifié l'approche des droits des peuples autochtones [19]. Ils sont désormais défendus. C'est pourquoi les enquêtes menées auprès de la population Qom participent à un renversement des perspectives. D'un côté, on s'appuie sur les enquêtes non officielles qui permettent

à l'observateur, en l'occurrence Sergio Lopez-Pereira et María Luisa Salazar d'affirmer, à propos des peuples du Chaco, notamment les Qom, que « les peuples autochtones de cette région, traditionnellement nomades, se déplaçaient au gré des saisons et des besoins liés à la chasse, la pêche et la cueillette. Ils se fixaient pour un temps variable et selon les besoins du groupe. Leur relation avec la nature dans son ensemble était (et demeure) une relation de coexistence avec l'habitat, ce qui, à leurs yeux, n'a rien à voir avec la propriété. » Les ressources naturelles, la terre, ne sont pas traitées comme *une chose* dont on peut user, jouir et disposer (comme l'indique le Code civil argentin), mais comme *une coexistence* et *un usage*. D'un autre côté, il revient au juge, à l'occasion d'instances intentées dans la province du Chaco, et de tirer les conclusions de cette conception de la terre au profit des peuples autochtones. Il faut en conclure que, dans un certain nombre de cas, les enquêtes même non officielles peuvent participer à une démarche qui dépasse le cadre de la connaissance et de la compréhension, bien qu'elles n'aient pas d'effet institutionnel ou juridique direct sur les traditions elles-mêmes.

2. Les mises par écrit à la suite d'une enquête officielle

28 Il est difficile, d'une part, de dissocier l'enquête scientifique de l'enquête officielle car les agents chargés d'une fonction officielle assument souvent un double objectif (leur objectif institutionnel et leur appétit scientifique), d'autre part, de dissocier l'enquête officielle de la rédaction officielle : la frontière est parfois floue entre le rapport d'enquête qui a pour objectif de rapporter ce que l'on sait des traditions de tel peuple et le coutumier officiel qui a pour objectif de fixer par écrit ces traditions. Néanmoins, lorsqu'on applique les critères pertinents (la nature de l'auteur, le mobile principal, l'effet juridique), ce deuxième modèle devient très clair. Il s'agit, au nom d'une autorité extérieure aux autorités traditionnelles, d'enquêter pour consigner par écrit une liste de traditions, certaines ayant une valeur juridique aux yeux du peuple concerné.

29 Nous allons prendre ici le cas qui, dans le cadre du projet BIDDC, a posé le plus de problèmes : l'action des autorités coloniales

espagnoles et portugaises en Amérique. Alors même qu'il existe plusieurs sociétés d'étude sur les droits indiens, de multiples initiatives et une foule d'ouvrages et d'articles sur les droits traditionnels, la question de la rédaction officielle de coutumiers n'a jamais vraiment été comprise ; certains interlocuteurs affirmaient qu'il n'y avait jamais eu de documents de ce type, d'autres que les droits des Indiens avaient été consignés dans une multitude d'ouvrages des XVI^e^-XVIII^e^ siècles [20]. L'ambiguïté vient, semble-t-il, du fait que si les mœurs, usages et coutumes des Indiens ont été effectivement documentés, ce n'est pas en réutilisant la matrice européenne qui consistait à opérer de vastes rédactions officielles des traditions (le quatrième modèle dans notre typologie : les rédactions officielles organisées par l'État). Le projet n'était pas d'institutionnaliser, avec des effets juridiques indirects, mais seulement de connaître pour mieux régir le territoire et les populations.

30 Nous devons, sur ce point, beaucoup aux éclaircissements de deux historiens du droit, Alan Wruck Garcia Rangel, chercheur de l'Instituto de Estudos Brasileiros de l'Universidade de São Paulo et Ralph Lévêque, maître de conférences à l'Université de Paris-Nanterre [21]. Le premier explique que la rédaction officielle des coutumes des Indiens n'entrait pas dans les programmes coloniaux espagnol et portugais : la démarche était considérée non seulement comme très difficile sur le plan linguistique, mais encore et surtout non souhaitable puisqu'elle aurait entraîné une reconnaissance officielle de traditions qui, pour certaines, ne devaient pas l'être puisqu'elles entraient en contradiction directe avec les normes morales et juridiques européennes, inspirées du droit royal, romain et canonique. Ce sont donc certains voyageurs, certains officiers et certains jésuites qui ont consigné par écrit les mœurs, parmi lesquels des traditions juridiques. Tout cela était publié et circulait en Amérique ou en Europe, mais n'avait rien d'officiel au sens d'une fonction institutionnelle confiée par la couronne, y compris les rapports des Jésuites qui, pour la plupart, considéraient les traditions comme compatibles avec l'évangélisation, dès lors qu'elles auraient été purgées de leurs éléments condamnables (nudité, anthropophagie, polygamie, sacrifices, etc.). En revanche, explique Ralph Lévêque, le colonisateur a, parallèlement, mené des enquêtes

officielles appelées *Visitas de Indios* : ce sont des visites réalisées par des fonctionnaires, des prélats ou des juristes espagnols, sous forme d'inspection et de recensement, où l'objectif est d'interroger les populations à partir d'un questionnaire préétabli. La plus célèbre de ces visites pour le monde andin est la *Visita General* ordonnée par le vice-roi Francisco de Toledo en 1571. Nombreuses au XVI^e^ siècle et dans le premier tiers du siècle suivant, les visitas déclinent par la suite.

31 Contrairement aux apparences, la mise par écrit à la suite d'une enquête officielle n'a pas pour objectif de rédiger officiellement les coutumes : ce type de démarche, comme l'enquête scientifique, a un double effet révélateur (au profit du monde extérieur, à l'égard de la communauté elle-même) et un effet clarificateur. Toutefois, dans une seconde approche, l'enquête officielle a un effet officialisant indirect, parce qu'elle conduit à rapporter et enregistrer certains droits traditionnels qui se trouvent désormais entre les mains de l'autorité extérieure qui a exigé l'enquête. Cela n'en modifie ni la structure, ni le contenu, mais leur donne une existence officielle ailleurs que dans leur espace d'origine : dans un ensemble de rapports, de registres, de procès-verbaux. On enregistre les usages communs et les droits de chacun, pour des raisons administratives, judiciaires et fiscales. On en conserve la trace pour des usages futurs, on s'appuie sur elles pour l'action.

3. Les rédactions officielles organisées par l'autorité traditionnelle

32 Les traditions mises par écrit par l'autorité traditionnelle ouvrent à un niveau très différent de changement de nature. Le projet BIDDC en donne plusieurs exemples. Retenons celui des tribus pachtounes qui, en 1938, dans le nord-ouest de la province de Kaboul, en Afghanistan, ont compilé, systématisé et officialisé la *Da paṣhtānī qabīlō iṣṭilāhī*, c'est-à-dire le recueil des coutumes pachtounes, antérieures à l'islamisation de la région. Antonio Torres Fernández souligne « que l'Afghanistan a historiquement maintenu un système décentralisé, dans lequel les différentes tribus ont eu recours à ces droits coutumiers pour résoudre leurs différends, évitant ainsi de dépendre d'une autorité centralisée, à laquelle elles ont généralement

opposé résistance et rejet » [22]. Le processus a consisté à confier la compilation puis la rédaction du texte à Moḥammad Ebrāhīm ʻAṭāyī. Il a voyagé pour interroger les communautés et s'est appuyé sur le centre pachtoune Narīwāl Markaz et l'école académique (afġānistān d ʻulūmū akādəmī). Le résultat est que les coutumes ont été extraites de la tradition orale pour devenir un socle de normes, écrites en langue pachtoune, mises en ordre, fixées et stabilisées, afin de les faire connaître et reconnaître par toutes les tribus, afin de pouvoir les opposer à toute ingérence étrangère, afin d'offrir le cadre des sanctions envisageables en cas de non-respect.

33 Chacun entrevoit les enjeux principaux qui conduisent les autorités traditionnelles à mettre par écrit et officialiser leurs coutumes. Il s'agit, premier effet, de donner une validité officielle aux règles traditionnelles en profitant des vertus de l'écriture [23] : dater l'homologation, fixer les règles pour minimiser les divergences d'application, pour les préciser et les définir ; utiliser la graphie parce qu'elle peut circuler d'un espace à un autre ; utiliser la graphie parce qu'elle conserve la mémoire de ce qui a été dit, négocié et validé. La mise par écrit a un effet officialisant direct. Les règles ont désormais une valeur institutionnelle et juridique, interne à la communauté. Il s'agit, deuxième effet, de consacrer et protéger le cadre traditionnel et le contenu des traditions contre l'emprise présente ou à venir, directe ou indirecte, réelle ou ressentie, d'une institution et d'une normativité extérieures. Les autorités traditionnelles n'y sont ni contraintes ni invitées à le faire par l'État, l'autorité externe. L'initiative leur revient seule ; elles agissent « librement ». C'est ce qui distingue cette démarche d'une autre dynamique, où c'est l'État qui a l'initiative, qui joue le rôle premier et principal dans la rédaction officielle des coutumes. Toutefois, cette officialisation met en scène l'État, l'autorité externe, et sa normativité, de façon indirecte. Il joue un rôle dans le conscient et l'inconscient collectifs. Il reste acteur. En effet, les autorités traditionnelles, en mettant par écrit de façon officielle leurs coutumes, manifestent le besoin de réagir devant une évolution qui met en danger le cadre coutumier de la vie en commun. Et le premier facteur de risque, c'est l'État lui-même. Parfois rejeté car soupçonné de vouloir supplanter les coutumes ancestrales – c'est le cas en pays pachtoune –, parfois accepté mais jugé responsable d'avoir créé un cadre normatif différent et concurrent, il est toujours

considéré comme l'institution de la modernité, l'institution qui focalise la crainte de voir disparaître les traditions.

34 Il s'agit, troisième effet, d'emprunter à l'État, l'autorité externe que l'on craint, sa façon de produire du droit. C'est un paradoxe apparent. D'un côté, il s'agit de protéger les traditions contre l'évolution institutionnelle et normative moderne incarnée par l'État. De l'autre, consciemment ou inconsciemment, on emprunte les voies de l'État pour produire une norme coutumière ancrée dans la modernité (l'enquête, l'écriture, le chapitrage, la publication). En d'autres termes, l'écriture et l'officialisation fonctionnent par imitation d'un modèle, celui du plus fort. Il est utile, à ce stade, de rappeler que la fabrication du droit ne part jamais de rien. Celui qui entreprend de produire des normes s'inspire toujours de quelque chose ; il s'inspire du passé, il imite ce qui fonctionne à l'étranger, il transpose, il greffe, il acculture, bref il utilise des modèles pour opérer une réforme. C'est qu'on peut appeler l'usage réformatif des modèles, un néologisme qui signifie : « en vue d'une réforme » et qui semble préférable à l'adjectif réformateur (qui ne convient pas sur le plan grammatical) ou à l'adjectif législatif (qui serait trop restreint) [24].

35 Si donc, on s'interroge sur la transformation qui s'effectue lorsque les règles traditionnelles sont mises par écrit sur l'ordre de l'autorité traditionnelle elle-même, il convient d'insister sur le fait que l'officialisation matérialise leur volonté de profiter des vertus de l'écriture, leur volonté d'importer la normativité juridique étatique au cœur même des traditions pour mieux les protéger à l'égard de l'autorité externe. Elles embrassent la forme des normes modernes pour mieux assumer et affirmer les normes traditionnelles.

4. Les rédactions officielles organisées par l'État

36 Les traditions mises par écrit par l'État, quelle que soit sa manifestation (cités-États médiévales, États européens naissants, États-nations nés au XIX^{e}-XX^{e} siècles), obéissent à une dynamique inversée : il s'agit de mettre par écrit les traditions pour en faire des coutumes et en tirer toutes sortes d'avantages linguistiques, normatifs et politiques, y compris à l'égard des communautés

traditionnelles qu'il s'agit d'incorporer au processus étatique. Pour le comprendre, il convient de revenir à Rome.

37 Pour toutes sortes de raisons, les juristes romains de la période classique (IIe avant J.-C.-IIe siècle après J.-C.) ont créé la catégorie et l'outil de la *consuetudo* (coutume) pour interpréter et absorber le phénomène des traditions. Cette source de droit leur permet de traduire les usages populaires contraignants avec les mots du *ius* (les mots du droit édicté), une langue écrite, technique, juridique qui n'était pas la leur [25]. Durant l'empire tardif, s'impose « une véritable théorie de la coutume » (Yves Mausen) par comparaison avec la législation de l'empereur [26]. Cette matrice romaine va évidemment resservir partout sur le continent pour traiter des traditions et des usages au moment où naissent les États européens.

38 Lorsqu'on compare les règles coutumières qui commencent à être formalisées et officialisées en Europe à compter du XIIe siècle – il ne s'agit plus d'ouvrages à usage professionnel, mais de coutumiers officiels –, on constate une double volonté : celle des autorités locales de consacrer et protéger leurs règles de vie, celle des princes et des agents publics de fixer ces règles dans des textes écrits, formalisés, officiels. Il y a ici conjonction, plus ou moins disputée, plus ou moins imposée, entre les intérêts locaux et les intérêts de l'État ; une conjonction dont témoigne la procédure de rédaction assez semblable d'un lieu à un autre : on confie la mise par écrit à un petit groupe de juristes, on remet la discussion et l'acceptation à l'assemblée, on recherche l'homologation du texte, d'abord par les parties, puis par l'autorité supérieure.

39 Parfois, le coutumier s'analyse comme une convention entre les populations soumises et l'autorité dominante. C'est le cas pour le *Kurländische Baueernrechte*, le coutumier de Courlande dans l'actuelle Lettonie. Lorsque l'ordre teutonique s'implante sur la côte orientale de la Baltique, il entreprend la christianisation des tribus livoniennes et baltes, avant d'imposer l'État de l'ordre de Livonie et la mise par écrit des usages qu'il s'agit de christianiser [27]. Parfois, le coutumier s'analyse comme une réactualisation, augmentée, amendée, réformée, d'un texte ancien, afin d'en réaffirmer la validité, homologuée par le roi ou son représentant. En 1342, les coutumes locales de la ville d'Aveiro (Royaume-Uni) et de ses environs, qui

avaient déjà fait l'objet d'un document antérieur dont la date n'est pas connue, sont présentées par les membres du conseil municipal au corregedor du roi, Afonso Eanes [28]. Parfois, le coutumier s'analyse comme une compilation d'ordonnances municipales. En 1551, la communauté de la paroisse basque de Ceanuri-Zeanuri (Biscaye) décide de compiler et ordonner un ensemble d'anciennes règles locales. La seigneurie de Biscaye, précise Maria-Rosa Ayerbe Iribar, est située dans un espace montagneux qui lui a longtemps permis d'affirmer son autonomie. Mais, incorporée à la couronne de Castille, puis à la monarchie du Royaume-Uni, elle subit désormais une pression nouvelle. D'un côté, depuis les Cortes de Tolède (1480), les rois veulent que les règles locales fassent l'objet de compilations parce que, vues de l'extérieur, elles semblent mal fixées et mal connues des étrangers qui s'installent. De l'autre, depuis la concession de *villazgos* (vingt localités et une ville) sous la protection de la charte de Logroño, un droit extérieur s'est imposé qui entre en conflit avec le droit ancestral. En 1551, il s'agit donc de rappeler les règles anciennes dans une ordonnance municipale qui a tous les attributs d'un texte écrit, fixe, propre à satisfaire les parties [29]. Parfois encore, le coutumier s'analyse comme un réordonnancement voulu et dirigé par l'État royal. En 1514, les trois états (clergé, noblesse et tiers-état) de la province de Poitou sont invités à compiler leurs coutumes sous le contrôle d'un commissaire du roi. Cette officialisation s'inscrit, explique Luc Guéraud, dans une dynamique qui trouve son origine dans l'ordonnance de Montil-lès-Tours de 1454, rappelée et modifiée en 1496 et 1506. En Poitou, auparavant, les règles locales avaient fait l'objet d'un coutumier privé, c'est-à-dire une rédaction non officielle par les magistrats de la ville de Parthenay (1417), comme on en trouve un peu partout en Europe ; l'idée étant d'aider à mieux embrasser les règles en usage et mieux rendre la justice. Cette compilation officielle de 1514 (suivie d'une réformation en 1559) permet non seulement d'absorber les usages locaux dans un coutumier plus ample (le Poitou), mais encore de clarifier, d'amender, voire d'abolir ce qui doit l'être aux yeux des commissaires : un magistrat du parlement de Paris et un membre du ministère public. « Il est clair que, dans l'esprit de ces commissaires, il s'agit d'une remise en ordre du droit de la province afin de le rendre plus sûr et plus stable. » [30]

40 Bref, la rédaction officielle des usages et coutumes répond à des temporalités, des contenus, des rapports de force et des mobiles divers, mais, d'une part, les populations d'Europe sont tellement attachées à leurs traditions qu'elles donnent, partout, naissance à un esprit coutumier [31]. Cet esprit consiste, d'un côté, à soupçonner toute nouveauté, toute norme inconnue, de l'autre, à accepter les règles si on les leur présente comme anciennes, communes, revêtues d'une force juridique. Les princes et leurs agents doivent composer avec cet esprit coutumier : ils doivent respect aux coutumes, mais l'État a une dynamique qui exige la rédaction et l'officialisation des coutumes locales afin de connaître, de contrôler, d'abolir les mauvaises coutumes, de les faire évoluer selon l'intérêt de l'État. C'est une des dimensions de ce que Francesco di Donato appelle la civilisation étatique, c'est-à-dire une civilisation où le centre de gravité devient l'État qui entend, sinon régir, du moins contrôler les relations sociales, la conjugalité, la famille, les transferts de biens, l'économie, le commerce, les relations de travail, la culture, la foi, etc. [32]

41 Ce modèle européen a servi, beaucoup plus tard, au tournant des XIX^e^-XX^e^ siècles, lors de la grande mutation politique et sociale de la Chine et du Japon. En Asie de l'Est, le concept de droit coutumier, tel qu'il s'était développé en Europe aux XII^e^-XVI^e^ siècles, était inconnu. Coexistaient, d'un côté, les réglementations impériales appliquées par les fonctionnaires, de l'autre, les traditions que les populations observaient de manière collective, mais qui n'avaient aucune valeur juridique devant les tribunaux et qui ne pouvaient pas déroger au droit impérial. C'est le rapport de force introduit au XIX^e^ siècle en Asie de l'Est par les puissances occidentales qui ébranle l'ancien équilibre juridique. Les États-Unis, le Royaume-Uni, etc. imposent l'extraterritorialité par leurs traités [33] ; ce qui signifie que lorsqu'un citoyen d'une puissance occidentale est partie à un litige civil ou accusé dans une affaire pénale, c'est le juge occidental qui va juger, selon le droit et la procédure de son pays. Au Japon, comme en Chine ou au Siam, ce procédé va précipiter l'évolution juridique, non seulement parce que les juristes locaux vont apprendre les concepts juridiques occidentaux aux côtés des juges et des avocats français, anglais ou américains, mais encore et surtout parce que la modernisation du droit japonais, chinois ou siamois devient une urgence absolue [34]. Le but étant de concevoir de nouveaux codes

modernes, le moyen va consister à construire un nouveau droit coutumier, comme cheval de Troie pour les futures législations. Le calcul est le suivant : puisque la modernisation du droit est inévitable et que les populations risquent de résister aux nouvelles législations, il convient de passer par un stade où les fonctionnaires vont mener des enquêtes pour connaître et fixer les traditions locales, où le gouvernement va les officialiser en opérant une sélection (ce qui doit être maintenu, ce qui doit être aboli, ce qui doit être transformé) afin que ce droit coutumier s'accorde avec l'introduction à venir des nouvelles législations. Cette logique, expliquent Jérôme Bourgon, Éric Seizelet et Marie Seong-Hak Kim, conduit, dans les années 1870-1880, le Japon à lancer des campagnes de collecte de coutumes susceptibles d'entrer dans le projet plus vaste de Code civil [35], et, dans les années 1900-1930, la Chine des Qing puis des Républicains à faire de même [36].

42 Si l'on résume, le concept de coutume et la procédure d'officialisation sont un modèle européen médiéval qui a servi ailleurs et plus tard. De cette rédaction officielle organisée par l'État découle une multitude d'effets. On retrouve, tout d'abord, l'effet clarificateur et le double effet révélateur (vis-à-vis des agents de l'État, vis-à-vis de la communauté elle-même). On retrouve, ensuite, l'effet institutionnel et juridique direct et interne à la communauté. Une fois qu'elles ont reçu la double homologation locale et étatique (sous une forme ou une autre), les règles traditionnelles deviennent du droit auquel la communauté doit se plier, ce d'autant mieux qu'elle a été associée à la procédure de rédaction. Mais, enfin et surtout, on découvre plusieurs effets juridiques radicalement nouveaux. La rédaction officielle opérée par l'État ou sous son contrôle produit un profond changement de nature que l'on peut résumer dans une formule très simple : les traditions sont devenues des coutumes. Développons : les traditions étaient un ensemble de valeurs, de connaissances, de croyances et de règles de vie qui faisait l'objet d'une transmission d'une génération à l'autre de façon rituelle et orale et qui évoluait lentement. Devenues coutumes, elles ont fait l'objet d'une compilation, d'un tri entre ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas, entre ce qui est bonne ou mauvaise coutume, pour être mises par écrit, pour être ordonnées, chapitrées, numérotées, pour être définies et précisées, pour être homologuées. Elles font l'objet d'un

texte officiel, revêtu de l'autorité de l'État. Ces coutumes intègrent l'ordre juridique de l'État. Les coutumes ont donc une valeur juridique reconnue par l'État ; elles sont une source du droit, parmi d'autres sources du droit (lois, traités, jurisprudence). Les coutumes appartiennent maintenant à l'État souverain. C'est lui qui est à la manœuvre pour les absorber, parfois d'ailleurs pour d'excellentes raisons : la publicité des règles, la fin de l'arbitraire des puissants, la fixation des droits de chacun, la célérité des jugements sur la base d'une source du droit univoque et, en définitive, la recherche d'une bonne justice pour tous. Désormais, elles peuvent être utilisées par les agents de l'État, par les praticiens (notaires, juges, avocats). Désormais, elles peuvent être commentées, défendues, critiquées par les auteurs et les réformateurs. Désormais, elles peuvent faire l'objet de modifications régulières, soit par des processus de réformation, soit par des évolutions jurisprudentielles, voire d'abolition puisqu'elles ont été incorporées à l'État souverain.

5. Les rédactions officielles organisées dans le cadre colonial

43 Les traditions mises par écrit de façon officielle dans le cadre colonial ouvrent à un autre changement de nature qui s'effectue, certes dans la dynamique étatique, mais de façon plus complexe, plus subtile. Pour le comprendre, il faut revenir aux mobiles et aux méthodes qui ont prévalu lors de la grande vague de colonisation en Afrique et en Asie, dans le second XIX^e^ siècle et le premier XX^e^ siècle. Si l'on observe le Punjab britannique étudié par Amanjit Kaur Sharanjit, la Côte d'Ivoire française étudiée par Ferdinand Kouao Ahoussi et Bertrand Christian Koffi Kouakou et l'île de Formose (Taiwan) sous domination japonaise étudiée par Tzung Mou-Wu [37], c'est la même dynamique qui est à l'œuvre, avec, certes, des divergences de lieux, d'époques et de personnes : munis de questionnaires élaborés par l'autorité coloniale, les agents sillonnent le pays, rencontrent chefs et assemblées, font traduire questions et réponses, avant d'officialiser la compilation dans des rapports. Pour l'administration coloniale, militaire et fiscale, ainsi que les juges, il s'agit de connaître et comprendre les normes coutumières qui régissent les populations locales, de les fixer afin de

disposer d'une base commune, cohérente, publique, et leur donner une certaine forme de validité juridique. Essayons d'y voir clair.

44 Tout d'abord, la procédure a pour effet d'institutionnaliser les traditions et d'en faire des coutumes. Cela a un effet officialisant direct par l'enregistrement et la promulgation. Parler d'institutionnalisation permet de ne pas s'aventurer encore sur le terrain de leur valeur juridique – nous y reviendrons. Dans une première analyse, il s'agit pour l'État de modifier le rapport aux traditions : non seulement la rédaction *officielle* a un effet clarificateur et un double effet révélateur (vis-à-vis de l'administration coloniale et de la communauté), mais elle les *officialise*. Elle les institutionnalise au sens de Weber, c'est-à-dire qu'elle place le groupe et les coutumes sous l'autorité d'un corps de professionnels qui détient une autorité pour réunir le groupe, pour l'interroger, pour faire traduire questions et réponses, pour transcrire les données, pour les présenter par chapitres et par articles, et pour rendre un rapport officiel qui va emporter deux conséquences majeures sur l'institution comme sur le groupe interrogé. D'une part, parce que les questions et réponses ont porté sur les règles considérées comme obligatoires et sanctionnables par le groupe, les données réunies, compilées et publiées opèrent une séparation au cœur même de la tradition : le droit coutumier est extrait, séparé, distingué du reste (le langage, les proverbes, les mœurs, les usages, les habitudes, les pratiques religieuses, les rituels, l'histoire, les mythes, etc.). Avant l'opération, les traditions formaient un tout, un ensemble de règles de vie, une liste cohérente de comportements obligatoires ou interdits, eux-mêmes reliés à un ensemble de façons de concevoir le monde et ce qui y vit. Après l'opération, on recense ce qui est institutionnalisé et officialisé, mais coupé de sa matrice traditionnelle. D'autre part, parce que les données sont compilées et publiées avec le sceau de l'administration, on fait basculer les traditions dans un autre monde, celui de la normativité administrative et judiciaire. Les chapitres, les articles, les chiffres et les mots qui matérialisent le contenu de l'enquête en transforment la forme. Finies l'oralité et sa souplesse, finis les récits, les dits et non-dits, les silences et les obscurités : l'écriture les rationalise ; l'ordonnancement, la fixité et la complétude ont pris le relais. Tout ceci rappelle la façon dont les États naissants d'Europe, puis le Japon

et la Chine ont opéré vis-à-vis des traditions et des usages populaires de leurs espaces politiques respectifs.

45 Ensuite, la démarche poursuit un équilibre entre respect des coutumes et soumission des coutumes à l'État. Il s'agit en partie de faire plier les traditions, parfois pour de bonnes raisons, telles qu'abolir l'esclavage, les sacrifices humains, l'excision des jeunes filles, la torture, etc. Pour le Penjab, Amanjit Kaur Sharanjit insiste longuement sur les rapports de force entre ceux qui, comme Tupper, estiment que la compilation est nécessaire (aussi bien pour des raisons anthropologiques que politiques) et ceux qui s'en méfient. Dans un courrier de février 1881 cité par Tupper lui-même, le lieutenant-gouverneur Egerton s'exclame : « Toute tentative de figer et de perpétuer l'organisation tribale ainsi que la coutume tribale en sanctionnant ces institutions par le biais de la codification du droit coutumier va à l'encontre de sa propre finalité […]. La tendance de notre administration est de dissoudre le lien tribal et de donner plus d'importance à l'énergie individuelle. » [38] En 1931, Brévié indique dans sa circulaire : « On a fait de la codification le reproche de fixer le droit indigène, de lui donner un caractère de rigidité qu'il n'avait pas auparavant et de retarder son évolution au contact de notre civilisation. Il y a dans ce grief une grande part de vérité. […] Il sera donc nécessaire de mettre les magistrats indigènes en garde contre les routines infrangibles, […] de laisser libre cours, en un mot, à l'éclosion d'une jurisprudence semi-prétorienne *dûment contrôlée* par les administrateurs – eux-mêmes éclairés par les conseils de notables – où seront puisés *les éléments que mes commandants de cercle devront annuellement communiquer au chef-lieu en vue de l'amendement des coutumiers.* » [39]

46 Enfin, la démarche a pour conséquence de modifier le statut juridique des traditions, devenues coutumes. Nulle part, on ne trouve indiqué que les coutumiers ont une valeur juridique *directe*. Chaque agent colonial s'empresse de le signaler. Au Penjab, Grant, qui a réalisé la compilation des coutumes du district d'Amritsar en 1893, signale : « Ce volume est publié sous l'autorité du Gouvernement du Punjab, lettre n° 780, en date du 27 novembre 1865 qui précise bien que l'enregistrement ne lie pas les juridictions et ne peut être que considéré comme un guide, *quod valeat* [tant que ça dure]. » [40] En Afrique française, Clozel précise en 1904 à propos du coutumier du

peuple agni : « Je dois ajouter qu'il ne s'agit pas là d'un code devant être rigoureusement appliqué. Si humaines, en somme, que soient les coutumes des Agni, elles contiennent encore des prescriptions trop éloignées de nos idées et de nos mœurs pour que nous puissions leur accorder une sanction définitive. Nous avons voulu faire un tableau clair et précis de ces coutumes au stade actuel de leur évolution sans arrêter les progrès de celle-ci. »[41] Dès lors, le statut juridique des coutumiers est double, mais indirect.

47 Sur le moment, la démarche consiste à poser des questions, à laisser les autorités débattre et répondre, ce qui revient à obtenir un accord qui va lier les membres du groupe quant au contenu des règles officialisées, mais sans lier les groupes voisins ou l'autorité coloniale qui, pour sa part, accepte de les respecter tout en souhaitant les voir évoluer. En d'autres termes, les coutumiers ont une valeur *inter partes* – elles lient les parties (les autorités, les lignages et les membres du groupe) –, mais elles n'ont pas de valeur *erga omnes* – elles ne sont opposables de façon générale et absolue ni aux tiers ni à l'administration coloniale. C'est ce qui justifie le fait que les juridictions indigènes et, en appel, les juridictions coloniales, vont pouvoir juger sur cette base coutumière puisque le groupe est considéré comme ayant validé son contenu.

48 À terme, ces coutumiers sont censés devenir du droit grâce à la jurisprudence. Au Penjab britannique, cette dynamique est facilitée puisqu'elle s'ajuste avec le système de *common law* : 1/ le juge s'empare d'une coutume à l'occasion d'un procès, 2/ il l'interprète à la lumière des principes véhiculés par le *common law*, 3/ il lui donne valeur juridique par sa décision judiciaire, le cas échéant en la précisant, en la modifiant, en abrogeant certains aspects. Au total, la coutume a été absorbée par la jurisprudence. Tupper, un agent colonial britannique, ne s'y est d'ailleurs pas trompé. Dans un mémorandum, il déclare : « La *common law* anglaise est devenue le droit de l'Angleterre à la suite de décisions de justice sur plusieurs siècles. […] Il appartient aux juridictions supérieures de faire un effort pour savoir quelles sont les coutumes auxquelles la population indigène est familiarisée qui sont nécessaires et qui vont de soi comme faisant partie du cours de la nature. »[42] La dynamique apparaît moins évidente dans un système de droit codifié, mais c'est pourtant celle qui l'emporte. Clozel indique en 1904 : « Les tribunaux

de cercle, institués par le décret du 10 novembre 1903, pourront, par leur jurisprudence, favoriser ces progrès, en rapprochant graduellement les coutumes des Agni des principes d'équité et de liberté dont sont pénétrés les peuples de civilisation occidentale. » Le rédacteur du coutumier du Dahomey ajoute en 1931 : « Une règle coutumière devra, en effet, pour être inscrite, d'une part, être supplémentaire, complémentaire ou rectificative d'une des règles existant au coutumier, d'autre part, avoir été invoquée et soutenue lors d'une instance, avoir servi de base à un jugement et avoir été homologuée par un arrêt du Tribunal colonial d'appel ou de la Chambre d'annulation. »[43] Dans les colonies japonaises de Taiwan et de Corée, la logique est identique. Marie Seong-Hak Kim explique que le gouvernement japonais a demandé aux juges de ses colonies de donner valeur juridique aux coutumes, jugement après jugement : « Au total, la coutume, terme qui recouvre à la fois les lois codifiées de Chosŏn [les compilations] et les usages populaires, offre une structure préfabriquée qui peut être reformulée et réassemblée par les tribunaux coloniaux selon les principes juridiques et la procédure de la métropole japonaise. Les coutumes coréennes considérées comme étant en conflit avec les dispositions du Code civil japonais ont été progressivement transformées par la jurisprudence. Les juges coloniaux, à l'instar des juges de *common law*, ont extrait des pratiques traditionnelles des règles générales et les ont déclarées droit coutumier de la Corée. »[44]

Conclusions

49 Tant que les communautés traditionnelles se développent à l'écart des États naissants, la transmission orale des normes traditionnelles prévaut. Seules les enquêtes des voyageurs, des ethnologues ou des anthropologues offrent des mises par écrit qui n'ont aucun effet institutionnel ou juridique sur la nature des règles traditionnelles.

50 Certes, ici et là, pour des raisons diverses, certains peuples décident d'utiliser l'écriture pour fixer une partie de ces traditions ; il s'agit alors d'emprunter la voie de l'écriture qui, selon les historiens du langage, apparaît avant tout au profit de la symbolique religieuse et/ou de la spécificité de l'autorité et/ou de la conservation des contrats, des testaments et des comptabilités.

51 En revanche, à compter de l'apparition de l'État moderne, la rédaction des coutumes, avec son cortège d'effets institutionnels et juridiques, s'est mise en mouvement. Les enquêtes officielles, les rédactions officielles sous la pression de l'État lui-même ou dans le cadre colonial ont placé l'État au cœur de la dynamique. Mieux : l'officialisation par les autorités traditionnelles elles-mêmes ne peut se comprendre qu'à la lumière de la dynamique de l'État moderne occidental et de sa propension à absorber les traditions-coutumes des peuples de son territoire. En d'autres mots, il faut mettre en relation la mise par écrit des règles traditionnelles, la naissance de l'État moderne et les besoins de la civilisation étatique.

Annexe

Enquêtes scientifiques	Effet révélateur au profit du monde extérieur Effet révélateur vis-à-vis de la communauté Effet clarificateur vis-à-vis de la communauté Pas d'effet institutionnel ou juridique direct ou indirect
Enquêtes officielles	Effet révélateur au profit du monde extérieur Effet révélateur vis-à-vis de la communauté Effet clarificateur vis-à-vis de la communauté Pas d'effet institutionnel ou juridique direct Effet officialisant indirect par l'enregistrement
Rédactions officielles organisées par l'autorité traditionnelle	Effet révélateur au profit du monde extérieur Effet révélateur vis-à-vis de la communauté Effet clarificateur vis-à-vis de la communauté Effet juridique interne vis-à-vis de la communauté – Les règles sont protégées de l'autorité extérieure – L'écriture emprunte à l'autorité extérieure sa façon de produire du droit
Rédactions officielles organisées par l'État	Effet révélateur au profit du monde extérieur Effet révélateur vis-à-vis de la communauté Effet clarificateur vis-à-vis de la communauté Effet juridique interne vis-à-vis de la communauté Effet incorporateur : les coutumes intègrent l'ordre juridique étatique – L'État profite de l'homologation pour en modifier le contenu – L'État reconnaît leur valeur juridique – L'État les absorbe, peut les modifier, voire les abolir

Rédactions officielles organisées dans le cadre colonial	Effet révélateur au profit du monde extérieur Effet révélateur vis-à-vis de la communauté Effet clarificateur vis-à-vis de la communauté Effet officialisant direct par l'enregistrement et la promulgation – L'État profite de l'homologation pour en modifier le contenu – L'État valide leur valeur juridique *inter partes* – L'État ne reconnaît pas leur valeur juridique *erga omnes* – L'État en fait du droit coutumier grâce à la jurisprudence

NOTES

1 S. Soleil, N. Cornu-Thénard, J-P. Hias, *Mettre par écrit les coutumes, Constitution d'une base internationale de données sur les droits coutumiers*, Paris, Insitut Robert Badinter, 2026, en ligne : < https://institutrobertbadinter.fr/fr/publications/mettre-par-ecrit-les-coutumes-constitution-dune-base-internationale-de-donnees-sur-les-droits-coutumiers/ >.

2 « Recherche de coutumiers », Société de législation comparée, en ligne : < https://www.legiscompare.fr/web/?Base-Internationale-de-Donnees-sur-les-Droits-Coutumiers >.

3 L'auteur de ces lignes travaille avec des chefs traditionnels de Côte d'Ivoire depuis dix ans. Pour une illustration, S. Soleil et T. Hamon, « Pourquoi rédiger les coutumes en 2025 ? Entretiens en pays Abouré Ehivɛ et N'Zima (Côte d'Ivoire) », *Mélété - Cahiers d'histoire et d'anthropologie du droit*, 2026, à paraître.

4 J. Copans, et N. Adell, *Introduction à l'ethnologie et à l'anthropologie*, Paris, Armand Colin, 2019 ; M. Edjenguélé et P. F. Edongo Ntede, *Propédeutique à l'anthropologie sociale et culturelle*, Paris, L'Harmattan, 2017 ; O. Morin, *Comment les traditions naissent et meurent. La transmission culturelle*, Paris, Odile Jacob, 2011.

5 O. Morin, *Comment les traditions naissent et meurent*, *op. cit.*, p. 21.

6 R. Guénon, *Le règne de la quantité et les signes des temps*, Paris, Gallimard, 1945.

7 L. Dumont, *Homo hierarchicus. Essai sur le système des castes*, Paris, Gallimard, 1966, p. 23.

8 R. Alleau, *La Science des symboles*, Payot, Paris, 1976.

9 O. Morin, *Comment les traditions naissent et meurent*, *op. cit.*, p. 24.

10 H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (1934), Neuchâtel, éd. de la Baconnière, 1988, Titre V, 34, b.

11 B. Barraud. « L'anthropologie du droit », *La recherche juridique – Science et pensée du droit*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 133.

12 B. Z. Tamanaha, « The Promise and Conundrums of Pluralist Jurisprudence », *Modern Law Review*, nº 82(1), 2019, p. 178, cité par V. Sabourin et G. Otis, « L'écriture juridique autochtone : manifestation et gestion du pluralisme juridique », *Revue Générale de Droit*, nº 52, 2022, p. 159.

13 J.-M. Nicole, *Histoire des méthodes scientifiques du théorème de Thalès au clonage*, Paris, Bréal, 2006 ; M. Chang, *Principles of Scientific Methods*, Boca Raton, CRC Press, 2016.

14 S. Soleil, *Les modèles juridiques. Histoire, Usages et Théorie*, Paris, SLC, 2023, p. 17.

15 S. López Pereyra, « Enquête – Costumbres de Qom (Chaco – Argentine) », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2024.

16 L. Josse, « Enquête – Coutumes des peuples Peulhs (Bénin) », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2023.

17 S. Alqudah, Z. Channak, M. T. Alkasabi et H. Alhoussari, « Enquête sur les coutumes tribales des peuples saoudiens (Arabie saoudite) », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2025.

18 S. Soleil et T. Hamon, « Pourquoi rédiger les coutumes en 2025 ? », *op. cit.*

19 M. L. Zalazar, « Les peuples indigènes du Chaco argentin et leur droit aux territoires ancestraux », *Droit Public Comparé*, nº 2, 2024, en ligne : < https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=417 >, consulté le 27/05/2026 ; M. L. Zalazar et S. López Pereyra, « Pueblo Qom: el nuevo código civil frente al convenio 169 de la OIT », Cum Laude - *Revista del Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas* UNNE, nº 5, 2019, en ligne : < https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/119638 >, consulté le 27/05/2026.

20 Les multiples appels de la part de notre collègue et amie Viviana Kruger, l'une des responsables de l'*Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho*, et la présentation du projet BIDDC (octobre 2023), dans le cadre d'une conférence à distance, n'a jamais permis de lever les ambiguïtés.

21 A. Wruck Garcia Rangel, « Ne pas rédiger les coutumes de façon officielle : le cas de l'Amérique portugaise », in S. Soleil (dir.), *Les coutumiers officiels sont-ils de la coutume ? Approche internationale et interdisciplinaire*, Congrès de clôture du projet Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers, Rennes, 3 et 4 juin 2025 ; R. Lévêque, « Notice sur les droits traditionnels andins », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2026, et du même auteur, « Le statut juridique des femmes incas à l'époque préhispanique au sein du Tahuantinsuyu », *Mélété – Cahiers d'anthropologie et d'histoire du droit*, nº 1, 2025. Voir aussi J. Barrientos Grandon, *Historia del Derecho Indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación*, Rome, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, et du même auteur, *El gobierno de las Indias*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

22 A. Torres Fernández, « Da paṣhtānī qabīlō iṣṭilāhī qāmūs. Ḥuqūqī, jazā'ī ū ta'āmlī », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2024.

23 S. Auroux, J. Deschamps et D. Kouloughli, *La philosophie du langage*, Paris, PUF, 2004, p. 49 *et sqq.*

24 S. Soleil, *Les modèles juridiques*, *op. cit.*, p. 75 *et sqq.*

25 S. Kerneis, « La coutume entre le ciel des idées et le gouvernement des hommes », in S. Kerneis (dir.), *Une histoire juridique de l'Occident. Le droit et la coutume (iii^e^–ix^e^ siècle)*, Paris, PUF, 2018, p. 352-356.

26 Y. Mausen et A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, Paris, Dalloz, 2019, p. 39.

27 S. Osipova, « Einleitende Notizen - Kurländische Baueernrechte (Lettland), 1267-1282, Ausgabe aus dem 19. », *Base internationale de données sur les droits coutumiers*, 2023.

28 J. Domingues, « Costumes de Aveiro (Portugal), 1342 », *Base internationale de données sur les droits coutumiers*, 2025.

29 M. R. Ayerbe Iribar, « Ordonnances municipales Zeanuri – Biscaye (Espagne), 1551 », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2023

30 L. Guéraud, « Notice introductive aux coutumes de Poitou (France), 1559 », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2023.

31 Y. Mausen et A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, p. 151.

32 F. di Donato, « La civilizzazione statuale: neologismo specialistico e strumento concettuale per la comprensione del pensiero moderno », in

M. T. Zanola, C. Diglio et C. Grimaldi (dir.), *Terminologie specialistiche e diffusione dei saperi*, Milan, EduCatt, 2016, p. 41-74, et du même auteur, « La civilisation étatique : ordre juridique et représentations sociales », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit*, Paris, Pedone, 2017, p. 163-183.

33 M. R. Auslin, *Negociating with imperialism. The Unequal Treaties and the Culture of Japanese Diplomacy*, Cambridge, Harvard University Press, 2004 ; H. O. Rotermund, « Occidentaux, Japonais et la révision des traités inégaux », in B. Lemoine, *Regards et discours européens sur le Japon et sur l'Inde au xix^e siècle*, Limoges, PULIM, 2000, p. 84 *et sqq.* ; S. Soleil, « Le privilège d'extraterritorialité des puissances occidentales dans les empires ottoman et asiatiques au xix^e siècle », in A. Hervé et C. Rapoport (dir), *L'Union européenne et l'extraterritorialité – Acteurs, Fonctions, Réactions*, Rennes, PUR, p. 21-39.

34 M. Tait Slys, *Exporting Legality. The Rise and Fall of Extraterritorial Jurisdiction in the Ottoman Empire and China*, Genève, IHEID, 2014, chap. 2, en ligne : < https://books.openedition.org/iheid/788 >, consulté le 27/05/2026.

35 J. Bourgon, « Le droit coutumier comme phénomène d'acculturation bureaucratique au Japon et en Chine », in J. Bourgon (ed), *La coutume et la norme en Chine et au Japon*, Saint-Denis, Presses Universitaires de Vincennes, 2001, p. 132.

36 J. Bourgon, « Rights, Freedoms, and Customs in the Making of Chinese Civil Law, 1900-1936 », in W. Kirby (ed), *Realms of Freedom in Modern China*, Stanford, Stanford University Press, 2004, p. 84-102.

37 A. K. Sharanjit, *Le droit coutumier du Punjab britannique - 1849-1947*, Thèse droit, Paris, Université de Nanterre, 2023 ; F. K. Ahoussi, « Notice introductive aux coutumes des Agni (Côte-d'Ivoire), 1904 », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2023 ; B. C. Koffi Kouakou, « Notice introductive aux Coutumes Bété (Côte-d'Ivoire), 1934 », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2024 ; T.-M. Wu, « Notice introductive aux Lois et coutumes de Formose (Taiwan), 1901-1910 », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2025.

38 H. D. Watson, « Note 26 février 1898 », in *Report on the Punjab codification of customary law conference*, septembre 1915, p. 56, cité par A. K. Sharanjit, *Le droit coutumier du Punjab britannique*, *op. cit.*, p. 355.

39 J. Brévié, cité par B. Maupoil, « L'étude des coutumes juridiques de l'AOF (étude administrative) », *Coutumiers juridiques de l'Afrique occidentale française*, 3 vol., t. 1, Sénégal/Paris, Larose, 1939, p. 11-12.

40 J. A. Grant, *Customary law of Amritsar district*, Lahore, Lahore civil and military gazette Press, 1893, p. 1, cité par A. K. Sharanjit, *Le droit coutumier du Punjab britannique*, *op. cit.*, p. 337.

41 R. Villamur et M. Delafosse, *Les coutumes Agni rédigées et codifiées d'après les documents officiels les plus récents*, Paris, Challamel, 1904, p. x-xi.

42 C. L. Tupper, « Memorandum on the means of ascertaining the customary law of the Punjab dated the 2nd June 1873 », cité par A. K. Sharanjit, *Le droit coutumier du Punjab britannique*, *op. cit.*, p. 327-328.

43 Gouvernement général de l'Afrique Occidentale Française, *Coutumier du Dahomey (circulaire A P. 128 du 19 mars 1931)*, Porto Novo, Imprimerie du gouvernement, 1933, Avertissement.

44 M. Seong-Hakzvào Kim, « Droit public colonial comparé, Est-Ouest. La construction du droit coutumier dans l'empire du Japon », *Droit Public Comparé*, nº 4, 2025, §32.

RÉSUMÉS

Français

La mise par écrit des normes traditionnelles d'un peuple, par nature orales, opère une transformation. Pour en mesurer l'intensité de cette transformation, l'article propose des modèles explicatifs à partir de la base de données sur les droits coutumiers de trois critères déterminants. 1/ L'auteur rédige-t-il au nom d'un intérêt scientifique ou d'une fonction officielle quelconque ? 2/ Son mobile principal est-il de comprendre, d'enquêter et/ou d'institutionnaliser ? 3/ L'effet juridique de la rédaction sur les traditions est-il nul, direct ou indirect ? En fonction de ces trois critères, il existe cinq modèles selon que la mise par écrit est faite à la suite d'une enquête scientifique, d'une enquête officielle, d'une rédaction officielle organisée par l'autorité traditionnelle, d'une rédaction officielle organisée par l'État, d'une rédaction officielle organisée par l'autorité coloniale. Partant, ces cinq modèles permettent d'indiquer l'intensité de la transformation des normes traditionnelles lorsqu'elles sont mises par écrit.

English

The act of putting a people's traditional norms—which are, by nature, oral—into writing brings about a transformation. To gauge the extent of this transformation, this article proposes explanatory models based on three

key criteria. 1/ Is the author writing in the name of a scientific interest or in some official capacity? 2/ Is their primary motive to understand, investigate and/or institutionalize? 3/ Is the legal effect of the writing on traditions nil, direct or indirect? Based on these three criteria, there are five models depending on whether the writing is the result of a scientific investigation, an official investigation, an official writing organized by the traditional authority, an official writing organized by the state, or an official writing organized by the colonial authority. Consequently, these five models make it possible to indicate the extent of the transformation of traditional norms when they are put into writing.

INDEX

Mots-clés
Droit traditionnel, Droit coutumier, Oralité, Écriture, Droit comparé

Keywords
Traditional law, Customary law, Oral tradition, Writing, Comparative Law

AUTEUR

Sylvain Soleil
Professeur à l'Université de Rennes (France)Directeur de l'axe Théorie et Histoire des Systèmes Juridiques (IODE – CNRS 6262)