

# Cahiers Jean Moulin

**Cahiers Jean Moulin**

ISSN : 2553-9221

Éditeur : Université Jean Moulin Lyon 3

**6 | 2020**

**La norme en sciences sociales**

**Droits d'auteur**

CC BY-NC-SA 3.0 FR

Vous êtes autorisé à :

**Partager** — copier, distribuer et communiquer le document par tous moyens et sous tous formats

**Adapter** — transformer et créer à partir du document

L'Auteur ne peut retirer les autorisations concédées par la licence tant que vous appliquez les termes de cette licence.

Selon les conditions suivante :



**Attribution** — Vous devez créditer l'article, intégrer un lien vers la licence et indiquer si des modifications ont été effectuées au texte et aux images. Vous devez indiquer ces informations par tous les moyens raisonnables, sans toutefois suggérer que l'Auteur·rice vous soutient ou soutient la façon dont vous avez utilisé son article.



**Pas d'Utilisation Commerciale** — Vous n'êtes pas autorisé·e à faire un usage commercial de ce document, tout ou partie du matériel le composant.



**Partage dans les Mêmes Conditions** — Dans le cas où vous transformez, ou créez à partir du matériel composant le document original, vous devez diffuser le document modifié dans les même conditions, c'est-à-dire avec la même licence avec laquelle le document original a été diffusé.

**Pas de restrictions complémentaires** — Vous n'êtes pas autorisé·e à appliquer des conditions légales ou des mesures techniques qui restreindraient légalement autrui à utiliser le document dans les conditions décrites par la licence.



# La colonisation et la transposition des concepts juridiques

## L'exemple du droit coutumier au Punjab (Inde)

**Amanjit Kaur Sharanjit**

Doctorante en histoire du droit

Centre de théorie et analyse du droit, université Paris Nanterre

### Résumé

Cet article vise à étudier la circulation du droit et ses conséquences dans la formation, par l'administration coloniale, du droit coutumier du Punjab britannique, à partir de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. S'inscrivant dans le thème général du « voyage des normes », il retranscrit les différentes sortes de transplants juridiques (de la simple influence à une implantation unilatérale), qui sont associés à de multiples acteurs du droit.

**Mots clefs :** transplants juridiques, colonialisme, Punjab britannique, droit coutumier.

### Abstract

This article aims at studying the circulation of legal concepts and its consequences on the constitution of customary law in colonial Punjab by British, starting to the second part of 19<sup>th</sup> century. It falls within the general theme of « travelling norms » and, thus, it describes different sorts of legal transplants (going from the simple influence to the unilateral implementation), which are associated with multiple legal actors.

**Keywords :** legal transplants, colonialism, British Punjab, customary law.

« Les juges doivent se rappeler que leur fonction est de dire le droit [*jus dicere*] et non de faire le droit [*jus dare*] »<sup>1</sup> (Bacon, 1625, p. 251). Cette citation est empruntée au philosophe et homme politique britannique Francis Bacon (1561-1626). Issue du chapitre 56 « Of judicature » de la 3<sup>e</sup> édition des *Essays* publiée en 1625<sup>2</sup>, elle est retrouvée dans une nouvelle édition du *Punjab civil code* parue en 1869, à l'initiative d'un futur juge de la haute juridiction du Punjab, James Dyer Tremlett (1836-1918) (Tremlett, 1869, p. i-ii). Au sein des premières pages<sup>3</sup>, le juriste cite quatre autres maximes (« *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justis atque injustis scientia* »<sup>4</sup>, « *Optima est lex quae minimum relinquit arbitrio judicis, optimus judex qui minimum sibi* »<sup>5</sup>, « *Fons turbatus et vena corrupta est justus cadens in cause sua coram adversario* »<sup>6</sup>, et « *Misera est servitus, ubi jus est vagum aut incertum* »<sup>7</sup>). Elles ont toutes pour ambition de rappeler l'importance du précédent aux juges coloniaux. Des maximes en latin, reprises par un Anglais durant la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, destinées à encadrer le comportement des juges du Punjab britannique : ce fait seul permet de rendre compte de l'interconnexion croissante entre les sociétés à l'aune de l'épanouissement des colonies européennes et *a fortiori* de la colonie britannique. Son histoire politique en Inde commence à partir du traité de Allahabad le 12 août 1765. Il est signé entre Robert Clive (1725-1774)<sup>8</sup>, représentant de la Compagnie des Indes orientales (CIO) et l'empereur moghol Shah Alam II (1728-1806 ; d.r.<sup>9</sup> 1760-1788), à la suite de la bataille de Buxar<sup>10</sup>.

---

1. Toutes les traductions ici proposées sont personnelles, sauf mention contraire.

2. Le chapitre est initialement inséré, dans la première édition de 1612, sous le numéro 36

3. Comprenant la première de couverture ainsi que la préface.

4. « La jurisprudence est la connaissance des choses divines et humaines, avec la science du juste et de l'injuste », (Ortolan, trad., 1857, p. 13).

5. « La meilleure des lois est celle qui ne laisse que peu de marge au juge pour décider, le meilleur des juges est celui qui se laisse lui-même peu de marge pour décider » (Broom, 2000, p. 84).

6. « Comme une fontaine troublée et une source corrompue, ainsi est le juste qui chancelle devant le méchant » (Proverbe biblique 25:26)

7. « C'est un misérable esclavage là où la loi est vague et incertaine » (dans le texte, il est question de l'incertitude découlant de la non-obéissance par les juges de ce qui a été décidé précédemment).

8. Aussi commandant en chef des Indes, ainsi que premier gouverneur de la présidence du fort William, Bengale (1757-1760 ; 1765-1766).

9. Pour « dates de règne ».

10. Cela fait suite à la bataille de Plassey (1757) qui avait assuré l'assise territoriale de la CIO et marqué le début du règne de la compagnie (« *company rule* »). Le traité de Allahabad contient un *firman*\* qui attribue le *diwani*, soit le pouvoir de prélèvement fiscal mais aussi celui de résolution des conflits concernant la terre, à la CIO. Ces évolutions ne laissent pas le Parlement et

S'ensuit une série de grandes réformes juridiques. En plus de l'établissement des juridictions<sup>11</sup>, les réformes du gouverneur général du Bengale Warren Hastings (1732-1818) précisent le contenu du droit venant régir les relations interindividuelles parmi la population locale. Celui-ci opte pour les statuts personnels (« *personal laws* ») dont l'origine, selon les administrateurs, est à trouver dans les textes religieux hindous et musulmans<sup>12</sup> – les deux grandes religions du sous-continent indien. Les statuts personnels régissent les matières d'héritage, de mariage, de caste, et autres institutions et usages religieux (Rankin, 1941, p.430). À mesure que la compagnie s'étend, elle s'efforce de reproduire ce modèle. Les nouveaux territoires se rattachent à la compétence de l'une des trois grandes présidences existantes, le Bengale, le Madras et le Bombay. Pourtant, toutes les acquisitions territoriales ne bénéficient pas de cette extension. Le 29 mars 1849, le Punjab<sup>13</sup> est annexé par la compagnie à la suite de la signature du second traité de Lahore entre le royaume Sikh – alors dissolu – et le gouverneur général Dalhousie (1812-1860 ; d.g.-g.<sup>14</sup> 1848-1856). C'est l'une des dernières conquêtes britanniques<sup>15</sup>. Les particularismes de la région des cinq fleuves sont mis en avant afin de lui définir un régime plutôt à part<sup>16</sup> (*The India list and India Office list for 1905*, p. 375), autant sur le plan fiscal que sur le plan judiciaire. La révolte des cipayes de 1857, qui éclate à Meerut pour s'étendre dans le nord du sous-continent indien, conforte les administrateurs dans cette idée : les statuts personnels ont échoué puisqu'ils ont été dénaturés par une intervention coloniale démesurée ainsi que l'opportunisme de l'élite religieuse locale (Maine, 1889, p. 51) ; c'est vers la

---

la Couronne britanniques indifférents. Le *East India Company Act* de 1773, aussi connu sous l'expression de *Regulating Act*, impulsé par le Premier ministre North, entre alors en vigueur dans le but d'encadrer les nouvelles fonctions de la CIO, en créant des institutions composées des actionnaires de la CIO (la *Court of directors*) ainsi que le gouverneur général, assisté d'un conseil (le *Supreme Council*).

11. Une cour suprême de Calcutta est instaurée dans le fort William en 1774 en tant que juridiction royale, au sein même de la présidence, s'associant à l'envoi des premiers juges Anglais. Parallèlement, Warren Hastings (1732-1818 ; d.g.-g. 1773-1785), premier gouverneur général de la présidence du fort William, initie les « *Judicial Plans* » qui octroient à la zone périphérique de la présidence (les *mofussils*) ses propres *adalats* ou juridictions civiles et pénales.

12. Est ainsi publié, *inter alia*, *A Code of Gentoow laws*, par N. Stalhed en 1776.

13. Cf. annexe pour les limites territoriales. De 1849 à 1947, elles ont évolué. Les amputations et les annexions territoriales ne sont pas mentionnées.

14. Pour « dates de gouvernance en tant que gouverneur général [du Bengale entre 1773 et 1833 ; des Indes entre 1833 et 1947] ».

15. Avant Oudh ou Awadh, en 1856.

16. Ce particularisme s'articule autour de trois données, plus ou moins observables : une zone frontalière dangereuse, une population essentiellement tribale, primitive et guerrière allant de pair avec une région surtout rurale.

population directement qu'il convient de se pencher pour connaître leur droit. Autrement dit, au sein du Punjab, les litiges d'ordre privé devront être régis par le droit coutumier<sup>17</sup>.

C'est donc la logique d'une intervention *a minima* qui caractérise le *Government of India Act* du 2 août 1858, législation parlementaire incarnant l'établissement du *Raj* (*i.e.* empire). Le Punjab tout fraîchement acquis devient le laboratoire idéal où tester les retombées de ce tournant idéologique. En tant que tel, le discours colonial semble invalider toute hypothèse de transposition et de circulation des concepts juridiques concernant le Punjab. Le colon est pensé comme un simple observateur ou réceptacle de ce droit. Pourtant, une telle vision est éloignée de la réalité juridique puisque même au sein de la région des cinq fleuves, rurale et tribale, les normes ont effectivement voyagé. Mais de quelle(s) manière(s) ? La problématique générale du voyage des normes, thématique dans laquelle s'inscrit cet article, est tributaire de la résolution en amont de deux questionnements : celui concernant la définition du voyage et celui concernant la définition de l'objet de ce voyage (la norme). La question autour du voyage des normes donne lieu, à son tour, à trois sous-interrogations : celle concernant sa possibilité, celle concernant sa modalité et enfin celle concernant sa finalité. Concernant la possibilité, il est important de rappeler que l'intérêt porté à la théorisation de ce thème, par les juristes, remonte en général à la publication d'un ouvrage clef de l'historien du droit Écossais, Alan Watson (1933-2018), *Legal transplants*<sup>18</sup> : *An approach to comparative law* en 1974<sup>19</sup>. Bien qu'un scepticisme accompagne la théorie des transplants juridiques, scepticisme associé à la critique bien connue de Pierre Legrand<sup>20</sup>, elle trouve un écho favorable parmi les juristes. Ils ont volontiers entrepris un travail de déconstruction de la posture de Watson pour en fortifier la valeur heuristique<sup>21</sup> mais aussi de définitions et d'adap-

---

17. L'historienne Karuna Mantena explique que « [p]our Maine, la Révolte est interprétée comme un échec épistémique, s'analysant comme le symptôme du défaut de la connaissance [de la population locale] » (Mantena, 2010, p. 2).

18. Expression traduite par celles de « greffes juridiques » ou « transplants juridiques ».

19. Même si la question des transplants n'est pas inédite, puisque la notion apparaît chez Bentham (Goltzberg, 2018, p.73).

20. Cette théorie repose sur le fait que le déplacement ou la migration des règles de droit n'est pas synonyme du déplacement ou de la migration du sens imputé à cette règle de droit au sein de la société d'origine : en effet, cette signification (faisant intervenir l'interprétation) est étroitement associée aux enjeux politiques, culturels qui sont propres à une société (Legrand, 1997, p. 111-124).

21. C'est par exemple le cas de William Ewald, qui distingue le « *strong Watson* » du « *weak Watson* ». D'un côté, « les règles de droit ont la capacité de voyager sans entraves d'un droit à

tation de cette théorie à des situations inédites ou à de nouvelles conceptions du droit.

Pour le moins, il semblerait que « les situations de rencontre normative [fassent] l'objet, dans la littérature juridique, non pas d'une absence de désignation mais, au contraire, d'une hypertrophie de terminologie » (Champeil-Desplats, 2019, p. 7), ce qui permet à certains auteurs de parler d'un « prisme circulatoire » (Giraudou, 2015, p. 5, Vauchez, 2013 p. 9-16). Une telle diversité peut notamment s'analyser comme le reflet des modalités plurielles de la consécration du phénomène des transplants juridiques. Il peut se réaliser à travers une série d'instruments juridiques plus ou moins normatifs (loi, jurisprudence ou doctrine), importés par une grande variété d'acteurs (administrateurs et juges en tant qu'organes étatiques mais aussi des professeurs ou théoriciens du droit) car il s'agit avant tout d'un fait humain, celui du « juriste en voyageur » (Halpérin et Audren, 2020 p. 267)<sup>22</sup>. Cette grande distinction met en lumière une gradation dans l'intensité du phénomène de transplants (plus ou moins contraignant<sup>23</sup>, plus ou moins unilatéral ou au contraire collaboratif) (Cohn, 2010, p. 586), en rapport direct avec l'évolution de la société internationale. Ainsi, le contexte actuel d'une interdépendance de plus soutenue des sociétés (étatiques) renforce la pertinence de la thèse du voyage des normes dans son aspect collaboratif. Pour autant, elle n'en reste pas moins essentielle pour comprendre les dynamismes de construction du droit colonial car la situation de rapports de force substantiellement inégaux entre l'État colonial et la société colonisée a eu pour résultat une implantation massive (donc unilatérale) de codes et législations (Champeil-Desplats, 2019, p. 4).

En tout point, les transplants juridiques affichent de multiples facettes lesquelles varient, qui plus est, dans le temps. L'évolution est aussi méthodologique. La branche juridique du comparatisme qui s'est renforcée et

---

l'autre » et de l'autre « les règles migrent mais uniquement en fonction de certains paramètres. En outre, le sens et la portée des règles tendent à varier selon les cultures où elles sont greffées » (Goltzberg, 2018, p. 75).

22. Les travaux de Laetitia Guerlain sont particulièrement intéressants eu égard à la problématique du juriste voyageur. Elle consacre notamment son mémoire inédit lors de la soutenance d'HDR au thème suivant : *Juristes voyageurs et fabrique des savoirs. L'exemple des missions du ministère de l'instruction publique (1843-1934)* le 22 novembre 2019. De manière générale, l'anthropologie et le colonialisme constituent les thématiques principales de l'Encyclopédie internationale des histoires de l'anthropologie en ligne, Bérose.

23. Par exemple, lors de la présentation de son ouvrage du 15 novembre 2018 au CTAD (UPN) *Le modèle Américain d'Hitler : comment les lois raciales américaines inspirèrent les nazis*, l'historien James Whitman préfère parler d'« influence », car la notion a une charge plus faible.

a trouvé sa légitimité dans l'étude des greffes juridiques tend à se renouveler désormais. Ainsi, « [à] la démarche programmatique, quasi-messianique, du comparatiste des empires coloniaux où le droit comparé consistait à dégager des familles de droit et avait pour mission le « transplant » massif d'un corpus normatif vers un autre (...), ont succédé des approches aujourd'hui beaucoup plus pragmatiques et sophistiquées de comparaison » (*ibid.*). Cela est d'autant plus stimulant que la définition même du droit a connu un grand enrichissement, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, du fait de l'épanouissement de démarches intellectuelles théoriques convergentes et divergentes. À la classique distinction entre jusnaturalisme et positivisme s'est adjoint un éclatement du positivisme<sup>24</sup>, associé à une interdisciplinarisation du droit<sup>25</sup>, ainsi qu'un décloisonnement du droit qui n'est plus seulement assimilé à l'appareil étatique *stricto sensu* mais qui se décline en termes de « normativités » (Halpérin, 2019, p. 3, Champeil-Desplats, 2019, p. 1)<sup>26</sup>.

Fort de cette complexification et grande émulation, l'historienne ou l'historien du droit colonial peut également participer au renouvellement de sa discipline (Halpérin, 2013, p. 121) en étudiant la circulation du droit à l'aune de cette nouvelle méthodologie (ou absence de méthodologie propre, Halpérin, 2010, p. 308). Ainsi, il n'est pas simplement question de s'attarder sur le voyage des instruments juridiques (*cf. supra*), mais il s'agit aussi de porter l'attention sur la diversité des acteurs, sur l'intensité ou sur le degré des transplants, et sur leur finalité, le tout s'ancrant dans une approche dynamique et contextuelle (Halpérin, 2017, p. 31-48) : la nature et la raison d'être des transplants se modifie à mesure que la gestion de l'Inde coloniale se bureaucratise et se politise<sup>27</sup>, et que des élites

---

24. À côté du normativisme kelsénien se trouvent désormais différents types de réalismes : le réalisme américain, le réalisme scandinave, le réalisme italien et le réalisme du Centre de théorie et analyse du droit de l'université Paris Nanterre (Millard, 2014, p. 81-97).

25. Cette interdisciplinarisation se trouve dans une association du champ juridique aux autres champs des sciences sociales (*e.g.* « *law and society* ») qui émergent du réalisme américain mais aussi du réalisme scandinave et de ses dérivés, dont les promoteurs voient le droit comme fait social (*ibid.*).

26. La journée d'études organisée par le CREDOF (UPN) en date du 8 février 2018 ayant pour objet « Fragmentation et droits de l'homme » a abordé le thème de normativités concurrentes. C'est notamment le cas de l'intervention de Geoffrey Laforest « Les *Sharia Councils* comme source de fragmentation : un système de justice parallèle ? ».

27. Dans le sens où la CIO, entreprise anglaise privée, poursuit une finalité économique au XVII<sup>e</sup> siècle.

intermédiaires apparaissent<sup>28</sup>. Ainsi, c'est avec une expérience vieille de deux-cent cinquante ans que les Anglais arrivent dans le Punjab. Si la CIO n'est pas encore dissolue, rien ou presque dans le fonctionnement de son administration ne rappelle la formation des premiers comptoirs<sup>29</sup>. Le régime d'exception mis en place dans les premiers temps de la gouvernance du Punjab, assuré par un Conseil d'administration (*Board of administration*) géré par trois hommes (les frères Lawrence, Henry (1806-1857) et John (1811-1879) ainsi que Charles Mansell (1806-1886)) fait illusion<sup>30</sup>. En réalité, Dalhousie n'a qu'une hâte : accélérer l'institutionnalisation de la région<sup>31</sup>. Dès lors, le discours portant sur l'exceptionnalisme du Punjab (Mukherjee, 2005, 240 p.) et qui s'incarne, progressivement, dans la nécessité de chercher le droit dans les coutumes rurales, évolue de pair avec l'existence d'acquis qui seront importés dans la région puisque la technique de la *tabula rasa* n'est ni possible ni envisagée. Ainsi donc, les transplants juridiques à l'origine du droit coutumier sont de deux ordres : ils sont inédits, dans le sens où ils sont incorporés dans une problématique de gouvernance nouvelle et propre à la région du Punjab (I.), mais ils sont aussi recyclés, inscrivant la région dans une politique coloniale générale qui commence à se dessiner au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle (II.).

## **I – Les transplants inédits dans la conceptualisation du droit coutumier : des colons à la colonie**

Le destin du droit à appliquer dans le Punjab se précise au lendemain de la révolte de 1857 (*cf. supra*). Le *Punjab laws Act* qui entre en vigueur après l'assentiment du gouverneur général des Indes Napier (1819-1898 ;

---

28. Les premiers intermédiaires sont les chefs religieux (*e.g.* les pandits) qui aident à la compilation du droit anglo-hindou ou du droit anglo-musulman. À partir de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, l'ouverture des hautes fonctions publiques aux indiens, leur intégration dans des *clubs*, et l'établissement d'universités au sein du sous-continent jouent en faveur de l'apparition d'une élite intermédiaire anglicisée. Elle investit les champs artistiques, littéraires, et surtout juridiques.

29. Ils sont instaurés en 1608 à Surat, en 1611 dans le Michilipatam et en 1612 dans le Bengale.

30. C'est une gestion inédite imaginée par Dalhousie.

31. Cela lui est reproché par Henry Lawrence, profondément opposé à cette idée de modernisation prématurée. Cela fait partie d'une controverse importante, qui scelle l'histoire du droit coutumier (Zahoor, 2018, p. 15-31).



intérimaire g.-g. 1872) en date du 28 mars 1872 reconnaît<sup>32</sup> le droit coutumier comme norme primaire à appliquer en cas de litiges interindividuels dans le Punjab relevant de la matière privée.

La conceptualisation du droit coutumier s'est directement inspirée des évolutions ayant cours en Angleterre, voire en Europe occidentale, de manière générale. Aussi, des caractéristiques inédites sont importées et elles sont surtout d'inspiration doctrinale. Elles participent à l'essor de deux théories complémentaires du droit coutumier : la théorie empiriste (A) et la théorie formaliste (B).

## **A. Les implications coloniales dans la formulation d'une théorie empiriste du droit coutumier du Punjab**

À la suite de la législation de 1872, dans une lettre du 13 mars 1873 (Banerjee, 1984, p. 191), le gouverneur général Northbrook (1826-1904 ; d.g.-g. 1872-1876) ordonne à Charles Lewis Tupper (1848-1910), officier britannique alors âgé de vingt-cinq ans, d'entreprendre une première compilation des coutumes. Ce dernier transmet des formulaires sous forme de questionnaires aux agents d'établissement<sup>33</sup> chargés d'identifier les coutumes au sein des districts. Cela constitue le point de départ d'une

---

32. Au sens de H.L.A. Hart, théoricien du droit qui établit une distinction entre règles secondaires et règles primaires. Parmi les règles secondaires, se trouvent les règles de reconnaissance, qui permettent « d'identifier les règles qui appartiennent à un ordre juridique particulier [pour] leur reconnaître une pleine validité » (La Torre, 2013, p. 128). L'écriture de la section v de la législation de 1872 qui consacre cela est comme qui suit : « Dans les matières concernant la succession, la propriété spéciale des femmes, les fiançailles et le mariage, le divorce, la dot, l'adoption, la tutelle, la minorité, la bâtardise, les relations familiales, les testaments, le legs, les dons, la population ou tout autre usage et institution religieux, la règle de droit est la suivante : a) toute coutume applicable aux parties concernées, laquelle n'est pas contraire à la justice, l'équité et la bonne conscience et laquelle n'a pas été altérée ou abolie par cette législation ou tout autre législation, et laquelle n'a pas été déclarée nulle par une autorité compétente ; b) le droit musulman dans les cas où les parties sont musulmanes et le droit hindou dans les cas où les parties sont hindoues, sauf si leur contenu a été altéré ou aboli par une législation ou s'oppose aux dispositions de la présente législation ou a été modifié par une coutume telle que mentionnée ci-dessus »

33. Traduction choisie pour « *settlement officers* », officiers fiscaux de l'Angleterre coloniale. Entre 1865 et 1880, les premières compilations interviennent directement dans le cadre des rapports d'établissement (les *settlement reports*). À partir des années 1880, ces compilations s'autonomisent. Concernant les codes de coutumes tribales *stricto sensu* (publiés séparément), il est possible d'en comptabiliser cinquante entre 1880 et 1947, tous districts confondus (29 en moyenne).

formalisation des enquêtes comme méthode d'identification<sup>34</sup>. La popularisation de cette méthode est dans l'air du temps, et intrigue tout particulièrement le jeune Tupper, un *civilian*<sup>35</sup> oxfordien. Il intègre l'*Indian civil service (ICS)* en 1869. Il se rend en Inde en 1871, après avoir obtenu sa licence dans le *Corpus Christi College* (le CCC) en 1870. Il évolue dans l'administration de l'Inde britannique, en commençant en tant qu'assistant des agents d'établissement – il est donc fort d'une expérience de terrain – au sein du gouvernement du Punjab, puis en étant nommé, en fin de carrière, membre du conseil exécutif du gouverneur général des Indes. Il se montre très vite intéressé par l'anthropologie (du droit) naissante, se focalisant notamment sur la théorie de la communauté de village<sup>36</sup>, s'inscrivant dans une méthodologie évolutionniste émergente, développée par le juriste et l'historien Henry Sumner Maine (1822-1888). Aux termes de celle-ci, les sociétés évoluent selon des schémas universels prédéfinis. Les stades d'évolution peuvent varier selon les sociétés, pour des raisons exogènes (tel que le climat ou la géographie). La communauté de village constitue le fondement d'une telle société ; la coutume, la première norme (selon une approche historique)<sup>37</sup>.

L'influence qu'a exercé Maine sur Tupper en particulier et sur la constitution du droit coutumier du Punjab<sup>38</sup> en général ont fait l'objet d'une analyse de Marc Goetzmann. Il rappelle ainsi que « [p]our Sir Charles Lewis Tupper, administrateur colonial, « l'influence vivace et stimulante des idées de Maine » était indéniable » (Goetzmann, 2020, p.15)<sup>39</sup>. Il est

---

34. Il est à noter que les enquêtes ne sont pas le propre de l'Inde coloniale. C'est une méthode répandue dans les colonies européennes (Falconieri, 2011, p. 1-26).

35. Jargon pour désigner un membre de l'*Indian civil service*, l'ensemble des fonctionnaires coloniaux.

36. Il écrit un article sur Maine : « India and Sir Henry Maine », publié dans le *Journal of the Society of Arts*, en 1898. L'influence de Maine sur la gouvernance de l'Inde coloniale, en-dehors du champ juridique strict, a fait l'objet de nombreuses études (Mantena, 2010, 280 p.) ; Diamond ed., 1991, 454 p.). L'influence de la théorie de Maine sur l'évolution de l'anthropologie continue d'attirer l'attention des historiens du droit (Guerlain, 2019, p. 1-24 ; Guerlain, 2020, p. 223-250).

37. « Selon Maine, « la communauté de village prend, dans sa forme la plus simple, l'aspect d'une assemblée de copropriétaires, un ensemble d'individus apparentés possédant un domaine en commun ». Elle est toutefois « davantage qu'une confrérie d'individus liés par le sang ou qu'une association de partenaires » car elle est « une société organisée » qui assure « la gestion d'un fonds commun » de ressources sur son territoire » (Goetzmann, 2020, p. 4). *Nota* : La traduction est empruntée à l'auteur.

38. Maine est aussi le membre juridique (« *legal member* ») du gouverneur général en conseil des Indes entre 1862 et 1869.

39. *Nota* : la traduction est empruntée à l'auteur.

fort probable que Tupper ait suivi les séminaires de Maine, qui avait été nommé à la chaire de l'histoire et théorie du droit comparée entre 1869 et 1877 au sein du CCC, alors que Tupper y était étudiant. Cela renseigne sur sa méthode car, dit le colon, « [n]ous n'étions pas pointilleux au point de vouloir à tout prix imiter les [institutions] anglo-saxonnes ; Nous construisions notre projet à partir des faits que nous trouvions. Mais c'était ce que Maine nous avait enseigné : comparer une société archaïque à une autre, et accepter comme parties intégrantes du cours de la nature les différences entre les sociétés tribales et les sociétés civilisées » (Goetzmann, 2013, p. 19)<sup>40</sup>. C'est bien une approche empiriste de la coutume qui est ici revendiquée, qui s'agence autour de propositions descriptives et prescriptives : c'est là toute l'ambiguïté de la théorie de la communauté de village, qui vise à la fois à décrire une évolution mais enjoint aussi aux officiers coloniaux de participer à la préservation de ce stade primitif. Cette ambiguïté est incarnée dans le statut des officiers britanniques, que l'historien britannique Clive Dewey appelle les « *scientific administrators* » (Dewey, 1991, p. 22), ou « fonctionnaires-scientifiques ».

À partir de ces différentes enquêtes, Tupper publie une première compilation, en trois volumes (*A selection from the records of the Punjab Government ; Statements of the customary law in different districts ; Questions on tribal and local custom : a manual for the use of the Settlement officers*) entre 1880 et 1881. Dans sa préface, il écrit que :

« J'espère qu'elle [cette compilation] sera utile aux agents d'établissement dans la rédaction des listes des coutumes tribales, lesquelles sont aujourd'hui préparées en même temps que les établissements. Il est quand même intéressant [pour eux] d'avoir un compte rendu condensé et accessible de la procédure et des résultats au sein des autres districts [que le leur] ; et une comparaison des différents états de lieu va les aider à porter leur attention sur les points essentiels pendant l'enquête. » (Tupper, 1880, p. i).

La forme imaginée par Tupper va perdurer pour les enquêtes réalisées lorsqu'il y a des établissements ultérieurs. Celles-ci, dont l'issue est recensée dans des « Codes » ou « Listes » de coutumes tribales, font montre d'une forme de collaboration entre le pouvoir colonial et les chefs de villages

---

40. *Idem.*

autochtones. Ainsi, l'officier Henry Samuel Price Davies (1856-1927) rapporte que :

« Un registre des usages tribaux et des coutumes locales a été préparé durant l'établissement de 1867 pour le district de Gujrát. Une série de 22 questions a été dressée et les réponses apportées par les tribus les plus importantes de chaque *tahsil*<sup>41</sup> ont été enregistrées. Les *Chaudris*\* et les chefs des tribus les plus importantes ont été réunis et leurs réponses enregistrées ; les exemples existants sur l'application de la coutume ont été notés, de même que des cas d'exceptions par rapport à la coutume générale. Les sceaux des représentants ont été apposés [sur la liste des réponses] et le registre est alors devenu un registre des *riwáj-i-ám*\* du *parganah*\* » (Davies, 1892, p. 1).

L'influence de cette méthode empiriste ne s'arrête pas aux agents d'établissement car même si Tupper ne vise pas directement les juges ainsi que le travail judiciaire<sup>42</sup> au travers de sa compilation, les juges punjabis quant à eux mobilisent volontiers les *riwáj-i-ám* contenus dans les compilations de Tupper, ou dans celles établies plus tard<sup>43</sup>. Les *riwáj-i-ám* interviennent notamment quand les parties au litige soulèvent la question de la preuve de la coutume (cf. *infra*). L'argument en faveur de leur recevabilité comme mode de preuve s'articule autour de deux logiques. D'une part, cela s'explique par le fait qu'ils soient disponibles publiquement car constitués par un officier public dans le cadre de sa fonction, conformément aux réglementations alors en vigueur, ce qui en fait une donnée privilégiée pour le juge (*inter alia* Conseil privé<sup>44</sup>, Beg. c. Alla Ditta, *Punjab Record* n° 45, 1916, cité in Aggarawala ed., 1954, p. 171)<sup>45</sup>. D'autre part, ils enferment

---

41. Pour les expressions suivies d'un (\*), cf. glossaire *infra*.

42. Comme Tupper le précise dans sa préface, son ouvrage est avant tout destiné aux officiers de la Branche exécutive. Il mentionne les travaux de Rattigan et Boulnois comme étant davantage pertinents pour le travail judiciaire.

43. Même s'ils n'ont aucune valeur contraignante.

44. Juridiction basée à Londres, le *Judicial committee of the Privy Council* ou le Comité judiciaire du Conseil privé (plus communément appelé le *Privy Council* ou le Conseil privé) est instauré par le *Judicial Committee Act* de 1833. Jusqu'en 1949, année de son abolition en Inde par le *Abolition of Privy Council Jurisdiction Act*, il est compétent pour recevoir les appels des hautes juridictions coloniales.

45. Il est intéressant de noter qu'au sein de la *common law*, il existe un statut privilégié en matière de preuve attribué aux documents émanant des officiers publics. Ceci est notamment mentionné par le juriste du XIX<sup>e</sup> siècle John Pitt Taylor dans son *Treatise on the Law of Evidence, as administered in England and Ireland* (vol. 2) (Taylor, 1848, p. 545).

les déclarations des chefs de tribus intervenant *ante litem motam*, i.e., avant que le litige ne survienne ou avant qu'il n'y ait controverse – ce qui atteste de leur objectivité ou extériorité par rapport au litige en cours (Roe, Rattigan, 1895, p. 36, cités in Aggarawala ed., 1954, p. 171)<sup>46</sup>.

Parallèlement à Tupper et dans une optique différente, un autre officier de l'administration du Punjab entreprend une édition de ses travaux personnels. Il s'agit de William Henry Rattigan (1842-1904), juriste, publiant conjointement avec le juge Charles Boulnois (1832-1912) *Notes on the customary law as administered in the Punjab* en 1878 puis, seul, *A digest of civil law for the Punjab : chiefly based on the customary law at the present ascertained*, à Lahore en 1880. Tout comme l'ouvrage de Tupper, ces manuel et compilation n'ont pas valeur contraignante. Rapidement, ils font toutefois autorité auprès des juges de la haute juridiction du Punjab.

## **B. Les implications coloniales dans une formulation formaliste du droit coutumier du Punjab colonial**

Le profil et le parcours de Rattigan sont tout à fait différents de celui de Tupper. Certes il occupe des fonctions subalternes au sein de l'ICS à Agra mais il ne passe jamais l'examen. Son intérêt pour le droit s'éveille alors qu'il est juge au sein de la juridiction des petites affaires<sup>47</sup> de Delhi. Il intègre le *Lincoln's Inn* en 1871, passe le barreau en 1873, tout en étudiant dans le *King's College* à Londres. Il plaide auprès de la cour en chef du Punjab et y exerce, ensuite, en tant que juge par intermittence de 1880 à 1886. Ainsi, fort d'une formation de juriste, il offre une compilation des décisions de la haute juridiction du Punjab *A digest*, publiée en 1880<sup>48</sup>.

---

46. Le principe *ante litem motam* est présent dans le régime de la preuve en *common law* (Cour suprême du Canada, *Pejepscot Paper company et autres c. Edward A. Farren*, 8 mai 1933 ; section 32(5) *The Indian evidence Act* 1872 ; haute cour du Madras, *M.A. Velappan c. Karthic Worms*, 7 mars 2011). Dans certains cas d'espèce, les juges y ont recours pour l'admissibilité des déclarations orales ou écrites en matière testamentaire, en particulier pour la recevabilité d'un arbre généalogique (« *pedigree* ») (haute cour de Orissa, *Natabar Pariccha et autres c. Nimai Charan Misra et autres*, 9 mars 1951).

47. Traduction choisie pour « *Court of small causes* », des juridictions établies en 1753. Leur statut sera précisé par les législations de 1882 (*The presidency small courts Act*) et de 1887 (*The provincial small courts Act*). Fonctionnant selon un mode procédural plutôt sommaire, elles peuvent être instituées par le gouvernement provincial pour les litiges en matière civile dont le montant ne dépasse pas les 500₹ (Sinha, 1974, p. 98-108).

48. Il y a quinze éditions, de 1880 à 1977.

Enfin, autodidacte, il se consacre, notamment, à l'apprentissage de l'allemand et entreprend de traduire le deuxième volume du *Traité de droit romain* de l'historien du droit Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) qu'il publie en 1884. À la théorie de Maine, s'adjoint la théorie du droit de l'école historique allemande au sein de laquelle Savigny, le fondateur, constitue la plus grande figure d'autorité.

L'apport combiné de ces deux théories principales est relayé au sein d'un autre ouvrage clef, que Rattigan publie en 1888, *The science of jurisprudence chiefly intended for Indian students*<sup>49</sup>. Au sein de cet ouvrage, il expose l'évolution historique du droit dans une société.

« En l'absence d'une machinerie législative, écrit-il, les convictions [émanant] directement du peuple constituent la première source du droit, et c'est dans cette conviction selon laquelle l'usage qui domine est le bon que git la force contraignante du droit coutumier. Maintenant il est vrai que ces premiers temps des nations, durant lesquels le droit existe, comme nous l'avons vu, à partir de la conscience du peuple, peuvent avoir pour particularité d'être peu riches en idées, mais, comme l'observe Savigny, durant ces temps les nations sont conscientes des relations et du contexte qu'elles ressentent directement et dans lesquelles elles évoluent » (Rattigan, 1888, p. 28).

Autrement dit, au sein des nations (primitives), le droit n'est pas à chercher dans des théories rédigées par des savants du droit mais bien directement auprès du peuple.

Ces deux théories s'articulent volontiers autour de la thèse d'un renouvellement et d'une résurgence du droit romain. La lecture de Savigny et celle de l'école historique du droit semblent donner lieu à une vague de seconde réception<sup>50</sup>, qui résonne au sein des colonies. Au sein de sa préface, pré-

---

49. Au sein de la préface, Rattigan écrit que Austin est inintelligible pour les Anglais et *a fortiori* pour les Indiens, étant l'auteur d'une théorie beaucoup trop complexe (positivisme juridique) ne prenant pas en compte les cas des sociétés primitives (Rattigan, 1888, p. ii).

50. Expression faisant écho à la première *Rezeption* à la fin de la période médiévale en Allemagne (Goltzberg, 2018, p. 47 et p. 65). La « résurgence » du droit romain parmi les publicistes a été étudiée par l'historien du droit Laurent Hecketsweiler (Hecketsweiler, 2015, p. 87-101). Le paradoxe, selon lequel Savigny recherche l'origine du droit auprès de la nation

sentant la traduction du traité de Savigny, Rattigan explique la nécessité d'un tel ouvrage pour les praticiens du droit et les étudiants en droit alors que « l'étude du droit romain s'est ranimée en Angleterre » (*ibid*, p. iii). L'interprétation du droit romain ou plutôt d'une certaine forme de celui-ci se manifeste pourtant à travers l'usage d'expressions abstraites et décontextualisées (*cf.* introduction). Il est fort probable que Tremlett n'ait jamais lu les auteurs des *Institutes*, par exemple, mais qu'il s'inspire indirectement des manuels de célèbres juristes britanniques<sup>51</sup>. Elle se manifeste aussi par l'implantation de doctrines générales. C'est par exemple le cas de la théorie de la *patria potestas*, mobilisée par Maine (qui aurait lui-même subi une certaine influence de l'école historique<sup>52</sup>) dans *Ancient Law*, reprise et critiquée par les juges du Punjab colonial Charles Arthur Roe (1841-1927) et Henry A. B. Rattigan (1864-1920), fils aîné de William Rattigan, pour évoquer l'origine du droit coutumier. Dans *Tribal laws of the Punjab*, ouvrage publié en 1895, les deux auteurs réfutent partiellement le recours à la *patria potestas* par Maine, pour analyser le droit coutumier du Punjab. En effet, l'une des caractéristiques principales de la *patria potestas* est l'aliénation par le *pater* de son bien, de manière discrétionnaire et selon sa volonté, ce qui ne se vérifie pas dans le cas du Punjab (Roe, Rattigan, 1895, p. 16-17). De manière générale, l'importation de la théorie agnatique de la cellule familiale par Maine (*i.e.* il n'est pas possible d'hériter par la mère) fait tout autant l'objet de critiques d'historiens du droit contemporains qui y voient une résurgence non pas du droit romain mais d'une certaine interprétation de celui-ci, dénaturée par la *common law* (Landauer, 2003, p. 135-147).

Même si ces manuels doctrinaux n'ont pas autorité, les juges de la haute juridiction du Punjab n'hésitent pas à puiser dans ces derniers, car la législation de 1872 ainsi que les débats ayant accompagné l'entrée en vigueur de cette législation sont muets quant au contenu du droit coutumier (*cf. supra* la lettre de la section v). Ils possèdent eux-mêmes l'empreinte des deux approches tout juste évoquées *supra* : celle de Maine (selon qu'elle

---

tout en prônant un apprentissage du droit romain, est mis en avant par le constitutionnaliste Pietro Costa (Herrera, Le Pillouer dir., 2012, p. 26).

51. Cela fait écho à la conférence du professeur Jean-Louis Halpérin « Droit romain, droit contemporain », organisée par l'Association le latin dans les littératures européennes le 21 novembre 2011. Lors de son intervention, l'historien du droit défend la thèse d'une rupture avec le droit romain, à partir du xvi<sup>e</sup> siècle, qui est entre autres concrétisée par « le recul du latin ».

52. Selon son biographe, l'Écossais Grant Duff, qui mentionne cette influence, Maine aurait rencontré Savigny (Duff, 1892, p. 21).

exerce une influence directe, ou indirecte par le biais de Tupper) ainsi que celles de l'école historique du droit (qui n'exerce qu'une influence indirecte, par le biais de Rattigan). Toutes deux se retrouvent dans la pensée intellectuelle qui est à l'origine de la constitution du droit coutumier du Punjab et de manière inédite, parce qu'elles sont le résultat d'une évolution intellectuelle qui est en cours. À côté de cela, le Punjab hérite aussi d'une expérience passée.

## **II – Les transplants recyclés dans la mise en œuvre du droit coutumier du Punjab colonial : de la colonie à la colonie**

L'histoire des transplants juridiques dans le Punjab ne se résume pas seulement à un emprunt des évolutions ayant cours sur le continent européen, *stricto sensu*, vers le Punjab. En plus de cela, il s'agit aussi de l'emprunt de l'expérience britannique *coloniale*, qu'elle soit passée ou qu'elle soit contemporaine à l'annexion. Au moment où le Punjab est annexé, la CIO a déjà œuvré depuis deux siècles et demi (*cf.* introduction)<sup>53</sup>. Le système juridictionnel lui aussi, dans cette même logique, s'uniformise, à la suite de l'*Indian High Courts Act* de 1861, favorisant une certaine coopération parmi les hautes juridictions coloniales et permettant une interdépendance entre les différentes provinces britanniques<sup>54</sup>.

Une identité juridique au sein de l'Inde commence à poindre, constituant un cadre général (A) et spécifique (B) d'évolution du droit coutumier du Punjab.

---

53. Les officiers britanniques mettent donc en place cette nouvelle administration en ayant conscience de cela. D'autre part, le passage historique du règne de la compagnie à l'empire britannique (le *Raj*), ponctué par l'entrée en vigueur du *Government of India Act* de 1858 ainsi que la prise d'une proclamation par la reine Victoria en date du 1<sup>er</sup> novembre 1858, constitue une rupture majeure. Celle-ci s'étudie sur le plan politique et sur le plan institutionnel. La population autochtone devient sujet de la reine d'Angleterre et les territoires sous la domination britannique bénéficient désormais d'un régime plus ou moins unifié, ne se distinguant plus que des États princiers, contrairement à une politique territoriale émiettée d'avant 1858.

54. Cela constitue une amorce de la fédéralisation du sous-continent, et annonce les réformes de Montagu-Chelmsford, consacrées par le *Government of India Act* de 1919.



## A. Les transplants recyclés dans leurs aspects génériques

Malgré la rhétorique autour du particularisme qui est venu justifier l'usage du droit coutumier dans le Punjab, les méthodes légistiques (et de compilation), pour reprendre les propos de Stefan Goltzberg (Goltzberg, 2018, p. 77), ont été exportées des expériences passées accomplies au sein des trois présidences de la CIO vers le Punjab. Les exemples des lois spécifiques au Punjab, telles que le *Punjab Laws Act* de 1872, ou les travaux de compilation déjà mentionnés viennent conforter ces propos.

Les entreprises de compilation et de codification ne sont en effet pas nouvelles. L'histoire de la codification du droit indo-britannique remonte en général aux premières compilations du droit hindou et du droit musulman (*cf.* introduction). Un mouvement général est initié par l'utilitariste benthamien et homme politique britannique Thomas Babington Macaulay (1800-1859) durant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Lors des débats tenus devant la Chambre des communes du 10 juillet 1833, le *common* s'exprime, dans une formule devenue célèbre : « Nous en arrivons maintenant à la question principale (...). Nous avons à résoudre un des problèmes les plus complexes posés en matière politique. Nous devons (...) transformer une chose souillée en une chose pure – donner un bon gouvernement à un peuple auquel nous ne pouvons pas donner un gouvernement libre »<sup>55</sup>.

La tonalité paternaliste est reprise par la *Charter Act* de 1833<sup>56</sup> qui instaure la première commission de loi de l'Inde coloniale, présidée par Macaulay, à l'origine du Code pénal indien (publié en 1860). Inspirée par les réformes législatives napoléoniennes, cette codification est jugée comme étant nécessaire dans un pays où la population est habituée au despotisme (Kolsky, 2005, p. 652-653), contrairement à l'Angleterre. Elle est donc imaginée comme ayant des vertus éducationnelles. L'Inde et donc le Punjab deviennent dès lors le réceptacle d'une méthode continentale. En-dehors de la méthode de compilation ou celle de la codification en tant que telle, le Punjab bénéficie des législations qui ont cours au sein du sous-continent asiatique. Ainsi, les Codes de procédure civile, de procédure pénale et de droit pénal sont implantés dans le Punjab en tant que tels (respectivement en 1866, en 1861 et en 1860).

---

55. Référence : HC Deb. 10 July 1833 vol. 19 cc479-550.

56. Aussi appelée *Saint Helena Act* 1833 ou *Government of India Act* 1833.

Bénéficiaire d'une expérience passée ou contemporaine est d'autant plus aisée que les agents du droit, les juges, opèrent dans le Punjab selon un modèle juridictionnel hiérarchisé, instauré en 1866, retrouvé ailleurs<sup>57</sup>. Les fondements du système juridictionnel colonial, moderne et hiérarchisé, sont à trouver au sein du *Punjab Courts Act* xix, législation entrant en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1865. Le projet de loi est introduit auprès du gouverneur général en conseil John Lawrence par Robert Cust (1821-1909), ayant participé à l'annexion du Punjab. Cette nouvelle hiérarchie pose les fondements du principe de la territorialité de la compétence juridictionnelle, en reconnaissant officiellement les divisions territoriales (du district à la province, passant par la division), dont l'origine remonte aux réformes de Warren Hastings. Une haute juridiction, sur le modèle des hautes cours coloniales, est instaurée par une législation le *Chief Court Act 1866 IV* qui entre en vigueur après publication le 16 février 1866. Le projet de loi est introduit par Maine, alors membre juridique du conseil du gouverneur général.

La législation de 1866 qui instaure la cour en chef du Punjab la place, par ailleurs, indirectement sous l'autorité de la haute juridiction de Calcutta en sa section 46. La haute cour de Calcutta doit être saisie en cas de divergence d'opinions parmi les juges du Punjab : les juges sont donc invités à puiser dans la jurisprudence de la haute cour de Calcutta, d'autant plus qu'ils bénéficient d'une formation qui tend à se généraliser et à devenir commune, étant soit des *civilians*, soit des avocats. L'histoire de la politique vernaculaire est plutôt révélatrice à cet égard. Tandis que les années 1830 sont marquées par une volonté de protéger les langues vernaculaires, la langue officielle devant l'administration coloniale ainsi que les hautes juridictions est bien l'anglais (Mir, 2006, p. 398). Cela joue en faveur des professions de représentation durant les procès et d'une autonomisation du champ du droit – aussi les plus propices à une intégration de l'élite locale. Il peut arriver que ces juges aient œuvré dans d'autres juridictions. C'est par exemple le cas du Bengali Protul Chander Chatterji<sup>58</sup> (1848-1909?<sup>59</sup>), qui fait sa formation dans une école écossaise détachée à Calcutta (la *School of the general assembly*), et devient *vakil*\*. Il entre en fonction en tant que juge dans la cour en chef du Punjab de 1894 à 1908 : c'est le premier juge Indien à intégrer la haute juridiction punjabie. Parallèlement, il devient

---

57. Il n'y a pas de juridictions de *mofussil*, car le Punjab n'est pas, en tant que tel, une présidence. Dans tous les cas, la distinction entre juridictions de *mofussil* et juridictions royales/impériales est rendue obsolète par le *Indian High Courts Act* de 1861.

58. Autres écritures possibles.

59. L'année du décès est incertaine.

membre de la *Punjab university* et travaille aux côtés de William Rattigan pour la réformation et la modernisation de l'université<sup>60</sup>.

Autant le contenant (la méthode de la légistique ou de la compilation, la formation des juges et l'anglicisation des juridictions coloniales) que le contenu (les codifications ainsi que les législations parlementaires ou celles prises par le gouverneur général conseil ayant vocation à s'appliquer à l'Inde) entendent fournir un cadre d'évolution du droit du Punjab britannique. Ce à quoi s'ajoute le cas des transplants spécifiques au droit coutumier.

## **B. Les transplants recyclés dans leurs aspects spécifiques**

Il reste important de noter que même dans les matières pour lesquelles le droit coutumier est censé primer, son application supposée ne revêt pas un caractère automatique. En effet, la lettre de la législation de 1872 fait suite à un compromis entre les tenants d'un droit coutumier et les tenants des statuts personnels religieux, alors en vigueur dans le reste de l'Inde coloniale. Ce compromis est visible dans les débats qui encadrent le projet. Ainsi, la rédaction initiale du projet entend faire des statuts personnels le corpus juridique principal de résolution des litiges interindividuels. Cela rencontre une opposition, notamment incarnée par la position du lieutenant-gouverneur du Bengale, George Campbell (1824-1892 ; d.l-g. 1871-1874). Soutenant l'amendement qui fait primer le droit coutumier, il s'écrie que : « pas une personne sur dix – voire pas une personne sur cent – dans le Punjab n'est gouvernée par les dispositions strictes des droits hindou et musulman. L'unique but de cet amendement est de dire dans des mots simples, de sorte que les officiers du Punjab qui appliquent le droit ne puissent se tromper, que la coutume prévaut, et que les droits hindou et musulman ne s'appliquent que lorsque celle-ci échoue [à s'appliquer] » (Aggarwala ed., 1953, p. 43).

Ce conflit d'opinions n'a rien d'inattendu. Par une circulaire du 16 mai 1854, dans les premiers temps de l'administration du Punjab britannique,

---

60. Il ne s'agit que d'un exemple parmi d'autres. P.C. Chatterji joue également un rôle dans l'impulsion des mouvements réformateurs à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Il préside la première *Punjab Hindu Conference* en 1908.

le commissaire en chef John Lawrence (*cf.* introduction) et le commissaire judiciaire Robert Montgomery (1809-1887) somment le secrétaire Richard Temple (1826-1902) de procéder à un premier rassemblement des règles venant régir les relations interindividuelles. Cela constitue le fondement du futur *Punjab civil Code*<sup>61</sup>, qui consacre la primauté des statuts personnels. La coutume est certes déjà mentionnée dans les consignes de Montgomery mais seulement en tant qu'elle vient colorer les droits hindou et musulman et qu'elle doit être identifiée à partir de la population. En conséquence, cela suppose une bonne connaissance de la part des juges du contenu de ces règles des statuts personnels afin de les importer au cas du Punjab *i.e.* une bonne connaissance du fondement législatif officiel (la section 15 de la réglementation IV en 1793, faisant partie du Code Cornwallis) et de leur contenu, sous forme législative (*Succession Act* de 1865 ou *Divorce Act* de 1869), jurisprudentielle (en citant la jurisprudence d'une autre haute cour) ou doctrinale (en citant des travaux doctrinaux).

Les juges de la cour en chef du Punjab n'hésitent donc pas à s'inspirer des décisions ayant été rendues par les autres hautes juridictions. Dans une décision du 9 août 1869, les juges Boulnois et Simson font expressément un renvoi à la jurisprudence de la haute cour de Bombay pour connaître son interprétation des statuts personnels. En l'espèce, les parties sont de confession hindoue. Une veuve désire bénéficier du viager sur la propriété de son défunt mari mais sa chasteté est remise en cause (cour en chef du Punjab, Mamraj c. Bholia et autres, 9 août 1869, *The Punjab record* 4, p. 208-215). De la même manière, la jurisprudence de la haute cour de Calcutta est sollicitée dans un autre cas d'espèce (cour en chef du Punjab, Sheo Singh c. Rooria, 21 janvier 1869, *ibid.*, p. 33-35). Enfin, les juges n'hésitent pas non plus à avoir recours aux œuvres doctrinales qui font autorité en la matière. C'est ainsi que dans une espèce, les juges Boulnois et Simson font référence au *Principles and precedents of Moohummudan law* (1825) de l'officier britannique William Macnaghten (1793-1841) (cour en chef du Punjab, Mussamat Hafizan c. Mussamat Mendhoo, 11 janvier 1869, *ibid.*, p. 22-24).

Après la législation de 1872, les juges ont recours aux statuts personnels dès lors que la coutume n'est pas prouvée. Ainsi, sauf exception, l'application du droit coutumier n'est pas présumée dans le Punjab. L'application de la

---

61. Titre intégral : *The abstract principles of law circulated for the guidance of officers employed in the administration of civil justice in the Punjab.*

coutume combine une définition théorique et une observation empirique (*via* les enquêtes, *cf. supra*). Pour la définition théorique de la coutume, huit caractéristiques sont citées dans le *Punjab civil Code*, lesquelles sont inspirées des travaux de Herbert Broom (1815-1882) qui lui-même cite le célèbre juriste britannique William Blackstone (1723-1780) : la coutume doit être ancienne, continue, avoir émergé dans un environnement pacifique, raisonnable, certaine, contraignante, cohérente et d'interprétation stricte (Tremlett, 1869, p. 124-127).

La section v de la législation de 1872 limite également le champ d'application du droit coutumier (*cf. supra*, pour la lettre). Les juges sont enjoins d'écarter la mise en œuvre d'une coutume dès lors qu'elle est contraire à une législation en vigueur ou au principe de « *justice, equity and good conscience* » – soit, la justice, l'équité et la bonne conscience. L'équité a d'abord intégré le droit colonial pour résoudre les litiges entre des personnes de différentes confessions (Tremlett, 1869, p. 120-121), et pour limiter le champ d'action des juges des *mofussils*. C'est Elijah Impey (1732-1809), un juge de la *sadr diwani adalat*\* de Calcutta, qui est à l'origine de la légalisation de l'expression au sein de réformes qu'il initie en 1781 (Guttman, 1957, p. 406 ; Derrett, 1978, p. 129)<sup>62</sup>. Ces réformes seront reprises par des réglementations du Conseil suprême du gouverneur général Hastings, en leurs sections 60 et 93<sup>63</sup>. Pourtant, cette expression qui vise dans un premier temps à encadrer les agissements des juridictions du *mofussil* viendra ensuite encadrer l'interprétation des coutumes et usages locaux (et donc du droit coutumier du Punjab). Ainsi, le *Indian High courts act* de 1861 reconnaît une telle possibilité aux juridictions coloniales, ce qui est par ailleurs repris par la législation de 1872. Ce n'est pas l'équité au sens du corpus juridique existant dans le Royaume-Uni (Petch, 1997, p. 123). Toutefois, le recours à cette expression abstraite n'est pas sans rappeler la logique binaire dans laquelle s'est constituée la *common law* (Burke, Baumgold, 2017, p. 123). En effet, l'histoire du droit anglais

---

62. L'histoire de cette expression est retracée par le juriste britannique J. Duncan M. Derrett (1922-2012) (Anderson dir., 1963, p. 114-153).

63. « *Regulations for the administration of justice in the courts of mofussil dewannee adaulut and in the suddur dewannee adaulut* », prises en conseil en date du 5 juillet 1781. La section 60 dispose que « pour toutes les affaires, qui relèvent de la compétence des juridictions de *mofussil* en première instance, pour lesquelles des instructions précises n'ont pas été données, les juges concernés doivent juger en fonction de la Justice, de l'Équité, et de la Bonne conscience ». La section 93 dispose de même pour les juridictions d'appel.

témoigne du développement d'un système juridique concurrent à celui de la *common law*, du fait de la formalité lourde qui caractérise ce dernier.

Les juridictions coloniales du Punjab ont de ce fait recours à cette formule pour, en général, limiter les effets d'une coutume. Cela peut être illustré par l'étude d'une affaire opposant *mussamat*\* Dowla, gérante d'une maison close, et Murad Bakhsh, mari de la défunte *mussamat* Mehrban. Les juges de la cour en chef du Punjab analysent, le 13 février 1883, la recevabilité d'une coutume selon laquelle la gérante d'un bordel peut adopter l'une de ses prostituées (sa « *nochi*\* ») et ainsi lui succéder à son décès. La juridiction cite abondamment la jurisprudence de la haute cour de Bombay, concernant les *naikins*, une caste de prostituées. S'inspirant de cette ligne jurisprudentielle, elle conclut qu'une telle coutume de la succession doit être considérée comme étant contraire à la justice, l'équité et la bonne conscience car elle est amoral voire illégale. La reconnaissance d'une telle coutume reviendrait à reconnaître ou à légitimer juridiquement les actes criminels sous-jacents à la prostitution (cour en chef du Punjab, Murad Bakhsh c. Mssmt Dowla, 13 février 1883, *The Punjab record*, p. 249-261).

Les transplants juridiques qui ont participé à la constitution du droit coutumier du Punjab ont adopté une diversité de formes (méthode, doctrine, législation, compilation etc.) et de finalités (implantation unilatérale ou collaboration). En se concentrant sur les influences britanniques, au sens large et au sens strict, l'article n'entend pas nier la présence de normativités avant l'annexion de la région par le pouvoir colonial britannique. Seulement, le processus d'identification des coutumes par des officiers publics, de la reconnaissance du droit coutumier comme norme primaire autant par le législateur a une double conséquence. D'une part, il conduit à l'indisponibilité du droit coutumier dont la définition ne dépend plus des justiciables mais est laissée à l'interprétation des juges. D'autre part, il conduit à une appropriation des codes coloniaux par ces mêmes justiciables, faisant des juridictions le théâtre d'une intégration (relative) de la population autochtone.

# Bibliographie

- O.P. AGGARAWALA (ed.), 1953, *A digest of civil law for the Punjab chiefly based on the customary law, as at present ascertained by the late sir W.H. Rattigan.*, Delhi, The university book agency. Law book publishers.
- E. ARNOLD, 1862, *The Marquis of Dalhousie's administration of British India*, vol. I, Londres, Saunders, Otley and Co.
- R.S. ASA, K.A. RAHMAN, 2016, « The doctrine of reception of law and its significance in legal development of Bangladesh », *IOSR Journal of Humanities and social science*, volume 21, issue 11, p. 10-16
- J. AUSTIN, 1832, *Province of Jurisprudence determined*, Londres, Éditions John Murray.
- N. BHATTACHARYA-PANDA, 2012, *Appropriation and Invention of tradition: the East India company and Hindu law in Early Colonial Bengal*, New Delhi, Oxford University Press.
- A. BURKE, D. BAUMGOLD (eds.), 2017, *Colonial Exchanges: Political theory and the Agency of the Colonized*, Manchester, Manchester University Press.
- M. COHN, 2010 « Legal transplant chronicles: the evolution of unreasonableness and proportionality review of the administration in the United Kingdom », *American Journal Comparative Law*, vol. 58, issue 3, p. 583-629.
- C. DEWEY, 1991, *The Settlement literature of the Greater Punjab: A handbook*, Manohar Publications.
- J.M. DOUIE, 1930, *Punjab Settlement Manual*, Lahore, Superintendent Government Printing Punjab.
- I. GIRAUDOU, « Fabrication des savoirs et comparaison juridique au Japon », *Cipango* [En ligne], 22 | 2015, mis en ligne le 12 février 2019, consulté le 15 septembre 2020. URL : <https://journals.openedition.org/cipango/2843> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/cipango.2843>
- M. GOETZMANN, 2020. « Le juriste-anthropologue du British Raj : Sir Henry Sumner Maine et son œuvre », in *Bérose - Encyclopédie internationale des histoires de l'anthropologie*, Paris.
- S. GOLTZBERG, 2018, *Le droit comparé*, Presses universitaires de France.
- L.A. GROSSMAN, 2009, « From Savigny through Sir Henry Maine »: *American University WCL Research paper* n° 2009-21 ; [https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1001&context=fac\\_works\\_papers](https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1001&context=fac_works_papers)
- L. GUERLAIN, 2019, « Entre science juridique et savoirs anthropologiques. Évolutionnisme et histoire comparée du droit selon Émile Jobbé-Duval

- (1851-1931) », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, n° 15 [Droit et anthropologie. Archéologie d'un savoir et enjeux contemporains], <https://www.cliothemis.com/Entre-science-juridique-et-savoirs>
- L. GUIGNARD, G. MALANDAIN, 2014, « Introduction : usages du droit dans l'historiographie du XIX<sup>e</sup> siècle », *Revue d'histoire du XIX<sup>e</sup> siècle*, 48, <https://journals.openedition.org/rh19/4651>
- J.-L. HALPÉRIN, 2010, « Western legal transplants and India », *Jindal Global Law Review*, vol 2 (issue 1), p. 14-40.
- O. JOUANJAN, 2003, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLI-128, <https://journals.openedition.org/ress/398>
- P. LEGRAND, 1997, « The impossibility of « legal transplants » », *Maastricht Journal of European and Comparative law*, vol. 4: n° 2, p. 111-124
- H.S. MAINE, 1912, *Ancient Law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas.*, Londres, Editions John Murray.
- H.S. MAINE, 1914, *Lectures on the early History of institutions*, Londres, Editions John Murray.
- K. MANTENA, 2010, « The crisis of Liberal Imperialism », *Histoire@Politique*, vol. 11, n° 2, p. 2.
- S. PETCH, 1997, « Law, Equity and Conscience in Victorian England », *Victorian Literature and Culture*, vol. 25, n° 1, p. 123-139
- G. RAJMOHAN, 2015, *Punjab. A history from Aurangzeb to Mountbatten*, 2015, Faridabad, Thomson Press India Ltd.
- M. ROSENFELD, A. SAJO (sous la direction de) 2012, *The Oxford Handbook of comparative constitutional law*, Oxford, Oxford University Press.
- J.P. TAYLOR, 1848, *A treatise on the Law of Evidence as administered in England and Ireland*, Londres, Maxell & Son, Law Booksellers and Publishers.
- G. TEUBNER, 1998, « Legal irritants: Good faith in British law or How unifying law ends up in New divergences », *The Modern Law Review*, vol. 61, n° 1, p.11-32.
- V. CHAMPEIL-DESPLATS, 2019, « Droit, pluralité des modes de normativité et internormativité. Regard juridique », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 16 | 2019 URL : <http://journals.openedition.org/revdh/6413> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.6413>
- A. WATSON, 1974, *Legal transplants. An approach to Comparative Law*, Edimbourg, Scottish Academic Press.



# Annexes

## Glossaire :

[*Note bene* : Les écritures de ces différentes notions sont susceptibles de varier.]

*Chaudris* : titre renvoyant littéralement à celui qui détient un quart de la terre. Couramment utilisé pour désigner le chef d'une famille ou encore comme nom de famille.

*Firman* : décret émanant de l'empereur moghol.

*Mussamat* : titre, civilité, pour une femme.

*Nochi* : dans la prostitution, une jeune femme formée par une courtisane (*tawaiif*).

*Parganah* : division territoriale et unité administrative introduite par les sultans de Delhi. Terme synonyme du *tahsil*, surtout utilisé par les agents fiscaux.

*Riwáj-i-ám* : a) terme générique renvoyant aux coutumes du Punjab par l'administration coloniale (pouvant englober le droit coutumier, défini par la législation et les juridictions) ; b) terme spécifique renvoyant aux registres et compilations établis selon le modèle établi par Tupper et ensuite suivi par les différents agents d'établissement.

*Sadr diwani adalat* : juridiction, compétente pour les matières civile et fiscale, établie par les réformes de Hastings. Elle siège à Calcutta et intervient pour les appels interjetés sur les décisions des juridictions civiles et fiscales des *mofussils* en première instance.

*Tahsil* : division administrative, partie du district, lui-même (parfois) partie d'une division, laquelle est une unité provinciale.

*Vakil* : terme générique renvoyant à un avocat, à celui qui a étudié le droit, à partir de la réforme des *Indian High courts* de 1861.

## Illustration :

*Le Punjab britannique (1849-1947)*



### 1. Punjab in the British Indian empire.

Source : F. MIR, *The social space of language. Vernacular culture in British colonial Punjab*, Los Angeles, University of California Press, 2010, p. 18.