



HAL
open science

Institutionnalisation de la coutume et processus législatif - Etude comparée dans le Pacifique Sud

Carine David

► **To cite this version:**

Carine David. Institutionnalisation de la coutume et processus législatif - Etude comparée dans le Pacifique Sud. L'élaboration du socle commun et l'évolution des autorités et institutions coutumières, Oct 2012, Nouméa, Nouvelle-Calédonie. <hal-02117020>

HAL Id: hal-02117020

<https://hal.science/hal-02117020v1>

Submitted on 1 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Institutionnalisation de la coutume et processus législatif
Etude comparée dans le Pacifique Sud
Carine DAVID,
Maitre de conférences en droit public
Université de la Nouvelle-Calédonie
Centre des Nouvelles Etudes du Pacifique (CNEP), EA n° 4242

A l'heure où le Sénat coutumier s'interroge sur son évolution possible dans le cadre du prochain statut de la Nouvelle-Calédonie, que celui-ci prenne la forme d'une Constitution d'un Etat souverain ou d'un statut d'autonomie renforcé, un regard sur les expériences de nos voisins du Pacifique semble pertinent.

En effet, la plupart des territoires insulaires du Pacifique Sud ont vécu une expérience de décolonisation au cours de laquelle la question de la place des autorités coutumières dans l'architecture institutionnelle étatique a été posée. Mieux, on dispose désormais d'un recul d'une trentaine d'années sur ces expériences.

Même s'il est évident que chaque territoire connaît des caractéristiques qui lui sont propres et que tout n'est pas transposable, un certain nombre de points communs permet de justifier la comparaison. La petite taille des pays et de leur population, le caractère insulaire de ces territoires, le fait qu'ils soient généralement répartis sur une aire géographique importante, l'expérience de la colonisation par les européens et ses conséquences sur l'exploitation des ressources notamment sont autant de critères de convergence.

Dans le cadre de la mise en place des constitutions, il apparaît que l'incorporation des valeurs et pratiques coutumières et la prise en compte des autorités traditionnelles dans le texte constitutionnel fut, selon Yash Ghai, l'un des problèmes intellectuel et technique le plus complexe au vu de l'exercice pris dans son ensemble.

De manière générale, les processus d'élaboration des constitutions ont impliqué des consultations conçues très largement. De ce fait, les autorités coutumières ont le plus souvent été associées aux discussions, rendant la question du rôle de la coutume et des chefs traditionnels plus prégnante que si le processus avait été appréhendé de façon plus élitiste ou organisé autour des seuls partis politiques structurés au niveau national.

Il apparaît également que la question de la place de la coutume a eu de l'importance dans la mesure où il été souhaité que la Constitution corresponde à la situation économique, sociale et culturelle du pays et basée sur ses valeurs.

Les préambules des différentes constitutions du Pacifique témoignent par ailleurs du fait que l'imminence de l'indépendance a exacerbé un sentiment de fierté lié aux valeurs culturelles passées et présentes.

Pour autant, on constate que, de manière générale, les autorités coutumières ont été très peu institutionnalisées au niveau des nouveaux Etats. A cet égard, et de manière surprenante, il apparaît que les attributions déjà accordées au Sénat coutumier dans le cadre de l'Accord de Nouméa fait de lui l'institution coutumière dotée des pouvoirs les plus importants dans le Pacifique Sud.

Au delà de cette constatation, il semble important de souligner qu'il paraît difficile de s'appuyer sur les expériences des autres Etats insulaires du Pacifique pour revendiquer une implication plus importante du Sénat coutumier dans le processus législatif. D'une part, les processus d'émancipation servant de base à cette étude ont eu lieu il y a plusieurs dizaines d'années et la maturité politique et institutionnelle des territoires accédant alors à l'indépendance n'est pas équivalente à celle de la Nouvelle-Calédonie. D'autre part, le contexte sociologique de la Nouvelle-Calédonie est très différent de celui de la plupart des Etats insulaires du Pacifique, à l'exception de Fidji.

Ces remarques préliminaires étant formulées, il apparaît pertinent d'étudier tout d'abord les différents degrés de prise en compte des autorités coutumières dans les institutions des Etats insulaires du Pacifique pour ensuite s'intéresser aux enjeux et questionnements actuels dans ces mêmes Etats.

I – La prise en compte des autorités coutumières dans les institutions des Etats insulaires du Pacifique

Globalement, cette institutionnalisation est faible. Il existe un certain nombre d'explications à cela, propres à chaque territoire.

Globalement, les difficultés d'assimilation de la coutume ont été considérables, la plupart des pays n'ayant pas de cultures homogènes. Il y a lieu de noter à cet égard que l'analyse comparée ne doit pas se limiter aux sociétés plurielles, au sens qu'on l'entend en Nouvelle-Calédonie, à savoir le fait que coexiste sur le territoire une

population autochtone et d'autres populations ayant immigré au fil de l'histoire coloniale. Dans beaucoup de pays insulaires, en effet, la multiplicité de la coutume a certainement été un facteur beaucoup plus perturbateur que ne peut l'être la coexistence des populations traditionnelles et occidentales. Ceci explique d'ailleurs peut être pourquoi la Nouvelle-Calédonie est en avance de ce point de vue.

La norme dans le Pacifique en terme de Parlement est le monocamérisme¹. En effet, seuls Fiji et les Palau ont un parlement bicaméral. Cela peut paraître surprenant alors même qu'il existe beaucoup de problèmes économiques ou sociaux qui pourraient justifier l'existence d'une seconde chambre. La représentation de la coutume fait partie de ses questions car il est difficile de sauvegarder la coutume et les autorités coutumières dans un système démocratique unicaméral. Pourtant, les deux systèmes ayant inspirés les constitutions du Pacifique (Westminster et Washington) sont des modèles avec parlement bicaméral.

Certains processus constitutionnels ont d'ailleurs suggéré la possibilité du recours au bicamérisme comme la création du Malvatumauri au Vanuatu, de la House of Iroij aux Iles Marshall ou encore la House of Arikis aux Iles Cook. Mais l'opinion publique était généralement contre pour différentes raisons : coût, la protection des minorités et des droits humains étaient déjà assurée par des dispositions constitutionnelles, les fonctions habituellement remplies par les secondes chambres étaient réglées autrement.²

Par exemple, à Kiribati, les demandes spécifiques des Banabans ont été en partie satisfaites par la présence d'un représentant spécial au Parlement national.

Trois Etats, sans avoir recours au bicamérisme, ont prévu au niveau national des entités désignées pour prendre en compte les autorités coutumières dans le nouvel ordre constitutionnel : le Vanuatu³, les Iles Cook⁴ et les Iles Marshall⁵. Les constitutions de Fiji et de Palau⁶ ont établi des conseils des chefs. L'appartenance à ses structures est généralement déterminé (sauf à Fiji), par les chefs eux-mêmes. Les règlements intérieurs et les règles d'immunités sont généralement similaires à ceux du Parlement.

¹ Yash Ghai, « System of government », *Pacific perspective – Further thoughts on Pacific Constitutions* », vol. 13, n° 2, p. 48.

² Yash Ghai, « System of government », *Pacific perspective – Further thoughts on Pacific Constitutions* », vol. 13, n° 2, p. 48.

³ Constitution du Vanuatu, section 27.

⁴ Constitution des Iles Cook, article 8.

⁵ Constitution des Iles Marshall, article III.

⁶ Constitution des Palau, article VIII, s. 6.

Par ailleurs, d'autres territoires devaient prendre en compte des communautés nées de l'immigration, comme Fiji où une sorte de dyarchie a permis de préserver certains éléments du système politique traditionnel fidjien. Dans de tels contextes, l'incorporation de règles coutumières spécifiques apparaissait toutefois comme un facteur de division.

D'autres pays, ayant des traditions plus homogènes, comme les Tonga, les Samoa occidentales, Nauru ou encore les Kiribati eurent moins de difficultés pour incorporer la coutume.

Aux Samoa occidentales par exemple, 47 des 49 membres du Parlement ont un titre de chef coutumier⁷. La structure et la composition du Parlement illustre la stratégie institutionnelle aux Samoa qui a consisté à allier démocratie libérale et prise en compte de la coutume et des traditions samoanes. En conséquence, les plus grands chefs coutumiers disposent des postes les plus élevés au niveau de l'Etat. Cela a été considéré comme la meilleure solution pour préserver l'unité des samoans autour de leur système politique moderne.⁸

Une autre source de difficultés résidait dans la conciliation entre coutume, valeurs modernes et mise en place d'institutions politiques de type occidental que les autorités coloniales avaient commencé à promouvoir dans le cadre de la préparation de l'indépendance.

Dans les systèmes les moins hiérarchisés, ces conflits ont été atténués, voire tus. Dans ce cadre, une difficulté complémentaire fut induite par la compétition souvent étouffée entre l'élite éduquée et les autorités coutumières pour le contrôle politique.

Dans certaines régions, la question des autorités coutumières était plus simple. En Papouasie Nouvelle-Guinée, aucune reconnaissance n'a véritablement été recherchée, la préoccupation étant plutôt de concilier valeurs traditionnelles et modernes (« PNG Ways »). Au contraire, à Samoa par exemple, les autorités coutumières étaient si naturellement supérieures que le rapport de force était nettement en défaveur de ceux qui réclamait l'égalitarisme.

D'autres Etats, comme les Salomons, éludèrent la difficulté et renvoyèrent la question du rôle des chefs au niveau provincial.

⁷ Electoral Act 1963, s. 16.

⁸ Asofou So'o, « Samoa », *Pacific Ways – Government and Politics in the Pacific Islands*, 2009, p. 203.

Dans les Etats fédérés de Micronésie, la question de l'institutionnalisation de la coutume fut également éludée dans la mesure où la question du rôle des chefs fut renvoyée au niveau provincial. Les coutumes sont très diverses en Micronésie. A chaque étape du processus de transition démocratique et d'émancipation, les positions gouvernementales et les fonctions des leaders coutumiers ont été restreintes, puis éliminées, à l'exception de Yap.⁹ En parallèle, le rôle du droit coutumier a été réduit au niveau législatif comme au niveau judiciaire. D'ailleurs, l'interprétation stricte de dispositions constitutionnelles prévoyant que la législation doit à tous les niveaux incorporer le droit coutumier ou le protéger comme signifiant que la coutume doit simplement être prise en compte est révélatrice à cet égard.¹⁰

En conséquence, les dispositions constitutionnelles stipulent que les chefs coutumiers peuvent se voir confier un rôle formel ou fonctionnel à tous les niveaux de gouvernement.¹¹ La Constitution nationale prévoit la possibilité, si nécessaire, de créer une chambre des chefs¹². Mais il n'existe aucun mouvement perceptible en faveur d'une telle mise en place. Cela s'explique principalement par la diversité des cultures et des langages, l'absence de tout précédent moderne ou traditionnel de gouvernement de territoires étendus par des autorités coutumières (à l'exception de Yap) et l'incompétence des chefs coutumiers à l'égard des processus législatifs et administratifs modernes¹³.

Parmi les Etats fédérés, seul l'Etat de Yap a donné un rôle gouvernemental formel aux chefs coutumiers. La Constitution de Yap met en place deux conseils de chefs coutumiers qui représentent respectivement les chefs coutumiers de Yap et les chefs coutumiers des autres îles. Ces conseils ont le pouvoir de désapprouver une législation relative à la coutume adoptée par le Parlement de Yap.

En 1991, un débat a d'ailleurs eu lieu dans le cadre d'un projet de révision de la Constitution pour introduire un Conseil des chefs au niveau national. Cette création n'a finalement pas eu lieu dans la mesure où une grande partie de la population considérait que les chefs coutumiers ne devaient pas prendre part au Gouvernement au niveau national. Dans les FSM, il existe une variété d'approches mais il semble généralement considéré qu'il est préférable que les chefs – en tant que non politiciens

⁹ Alan Burdick, « The Constitution of the Federal States of Micronesia », *Pacific perspective – Further thoughts on Pacific Constitutions* », vol. 13, n° 2, p. 29.

¹⁰ Alan Burdick, « The Constitution of the Federal States of Micronesia », *Pacific perspective – Further thoughts on Pacific Constitutions* », vol. 13, n° 2, p. 30.

¹¹ Constitution des Etats Fédérés de Micronésie, article VI, s. 1.

¹² Constitution des Etats Fédérés de Micronésie, article V, s. 3.

¹³ Alan Burdick, « The Constitution of the Federal States of Micronesia », *Pacific perspective – Further thoughts on Pacific Constitutions* », vol. 13, n° 2, p. 29.

- restent en dehors du système institutionnel et continuent à exercer leur influence, significative (leur influence est telle qu'ils déterminent souvent le résultat de l'élection), de l'extérieur.¹⁴

A Nauru, la question fut réglée en considérant qu'à partir du moment où le gouvernement serait nauruan, le respect dû à la coutume serait effectif.

Le problème à Fidji était plus complexe dans la mesure où les autochtones fidjiens étaient devenus une minorité dans leur propre pays et l'indépendance était appréhendée avec anxiété. La cohésion culturelle, économique et sociale de la communauté soutenue par l'administration fidjienne était considérée comme nécessaire pour protéger ses intérêts et son identité. La communauté indienne pour sa part décida de ne pas en faire un point de litige et accepta la mise en place d'un Etat autochtone fidjien dans l'Etat, avec la mise en place du Grand conseil des chefs disposant d'une tutelle sur la chambre haute du Parlement, par le biais de modalités de nomination.

Le Grand conseil des chefs a longtemps joué un rôle dans la gestion des affaires fidjiennes, ainsi que plus généralement dans la vie politique du pays. C'était un allié proche du Parti de l'Alliance, qui a dirigé Fidji pendant la plus grande partie de la période post-coloniale. En tant que principal forum pour les autochtones, il a dominé et légitimé la plupart des politiques de l'Alliance. Il a sécurisé l'hégémonie de la classe des chefs fidjiens. La Constitution de 1970 a favorisé la domination du Conseil contre les indiens et a permis la domination des fidjiens au Sénat.

Le problème de la coutume et des chefs fut controversé au Vanuatu et en Micronésie.

Au Vanuatu, cette question fut rendue particulièrement complexe en raison des interrelations avec les questions politiques. Finalement, le Conseil des chefs obtint des fonctions consultatives sur les questions liées à la coutume et à la terre. Mais il joue en pratique un rôle important sur les questions sociales et même politiques. Il existe toutefois une tension entre les politiciens élus et les chefs coutumiers.

Cela explique peut être pourquoi, alors que la Constitution prévoit explicitement que les chefs soient consultés par le Gouvernement, leur participation aux affaires de l'Etat n'entre pas dans les faits.

¹⁴ Guy Powles, « Customary law systems and the Pacific Island State : the search for workable relationships », *La nouvelle revue du Pacifique*, vol. 2, n° 1, 2003, p. 280.

A cet égard, comme le souligne Eric Wittersheim, les vives discussions lors des débats parlementaires en 1976 sur les conditions d'une représentation élue des chefs au Parlement démontre bien l'opposition entre hommes politiques et chefs qui sont sociologiquement différents, les hommes politiques étant plus éduqués et plus ancrés nationalement que localement, au contraire des chefs dont l'ancrage local est une des caractéristiques premières.

Les hommes politiques ni-vanuatu n'ont aucun intérêt à laisser entrer les chefs dans la vie politique et leur reconnaître une légitimité.

Une autre raison serait de ne pas mélanger les registres dans le cadre de l'aspiration à la démocratie. Il existait en effet une volonté de ne pas se voir gérer par une aristocratie coutumière comme dans d'autres Etats du Pacifique comme Fidji, Tonga ou Samoa.

A Vanuatu, le Parlement est obligé d'assurer un rôle aux chefs dans l'administration locale, l'administration de la justice. Un représentant du Conseil est par ailleurs membre d'une commission de la magistrature (S.46) et le Président du Conseil a le pouvoir de nommer un juge à la Cour suprême (S. 47(4)), disposition abrogée après l'indépendance. Par ailleurs, l'article 83 de la Constitution du Vanuatu prévoit que les chefs coutumiers sont représentés dans chaque conseil régional. Par ailleurs, toute législation élaborée pour intervenir dans le règlement des litiges fonciers doit prévoir un rôle pour les autorités coutumières.

Pendant les discussions sur la Constitution de 1980, des discussions eurent lieu sur l'instauration d'un Parlement bicaméral avec comme 2^{ème} chambre un Sénat composé de chefs élus. Mais la proposition fut combattue par les anglophones indépendants, au nom du respect de la coutume qui devait rester en dehors de la sphère politique. Cela débouchera sur la création du Malvatumauri qui a un rôle limité car il est officiellement très peu consulté sur les affaires coutumières comme sur d'autres questions.

Toutefois, la présence de ce conseil est importante : « *Peu à peu, le Malvatumauri a pris le rôle d'une structure officialisant la reconnaissance des chefs au niveau national ; en inscrivant de plus en plus son action dans le cadre étatique, en collaborant avec la justice et la police, il contribue à intégrer la kastom à l'Etat, plutôt qu'à opposer l'un à l'autre* »¹⁵.

On peut également citer la House of Arikis des Iles Cook ou encore la House of Iroij des Iles Marshall qui dispose des pouvoirs un peu plus importants en ce qu'elle peut renvoyer une législation sur la coutume ou la terre pour réexamen par le Parlement.

¹⁵ Eric Wittersheim, « Après l'indépendance – Le Vanuatu, une démocratie dans le Pacifique », Ed. Aux Lieux d'être, Coll. Mondes contemporains, 2006, p. 104.

Aux Iles Marshall, la House of Iroij a en effet la possibilité de demander une seconde lecture d'une loi, après son adoption par le Parlement mais avant sa promulgation si les chefs considèrent que le texte affecte le droit coutumier ou toute pratique coutumière ou toute question foncière ou problème y relatif¹⁶. Par ailleurs, le Parlement a l'obligation de consulter le Conseil des chefs après la première lecture d'un projet proclamant des droits coutumiers¹⁷. Dans les deux cas, une structure conjointe est mise en place mais le Parlement a toujours le dernier mot.

Palau a prévu un rôle consultatif des chefs dans l'administration : un conseil des chefs composé des chefs dans chaque Etat dont le rôle est de conseiller le Président sur les questions relatives aux règles coutumières, leur relation avec les règles constitutionnelles et législatives. Toutefois, leur rôle n'est pas très clairement défini.

II - Tendances actuelles sur l'institutionnalisation de la coutume dans les Etats insulaires du Pacifique

Il existe une tendance croissante à critiquer les constitutions du Pacifique. En août 2002, l'instance dirigeante du Commonwealth (Commonwealth Heads of Government Round table), constatait que « *les constitutions existantes contiennent souvent certains aspects étrangers à l'expérience du Pacifique et ne prennent pas en compte les circonstances et les valeurs des sociétés du Pacifique. Les constitutions du Pacifique devraient refléter les aspirations des, et être appropriées par les populations* »¹⁸. De ce point de vue, on assiste à un renouvellement de la réflexion sur la place à accorder aux autorités coutumières dans les institutions.

Toutefois, il convient de noter que cette reconnaissance nationale n'est pas révélatrice de l'influence des chefs des sociétés du Pacifique. Leur rôle peut être extrêmement important dans le système coutumier sans pour autant qu'il y ait une reconnaissance formelle au niveau étatique. On constate d'ailleurs une tendance générale au recours de plus en plus fréquent aux chefs coutumiers ou de leaders respectés des communautés dans le cadre de la médiation¹⁹.

¹⁶ Constitution des Iles Marshall, article III, s. 2 (b)).

¹⁷ Constitution des Iles Marshall, article X, s. 2.

¹⁸ Samoa Observer, 25 août 2002, cité in : Guy Powles, « Customary law systems and the Pacific Island State : the search for workable relationships », *La nouvelle revue du Pacifique*, vol. 2, n° 1, 2003, p. 263.

¹⁹ Guy Powles, « Customary law systems and the Pacific Island State : the search for workable relationships », *La nouvelle revue du Pacifique*, vol. 2, n° 1, 2003, p. 273.

Au Samoa américaines, Samoa occidentales, Tonga, Fiji, aux Iles Marshall et dans certains Etats fédérés de Micronésie, les chefs interviennent à un niveau ou un autre dans le processus d'élaboration de la loi nationale. Les chefs ont un rôle consultatif aux Iles Cook et au Vanuatu. Ils sont associés aux tribunaux au Vanuatu, aux Salomons et à Samoa.

Globalement, lorsqu'ils existent, le rôle des conseils de chefs peut paraître faible. Mais ce serait une erreur de limiter leur influence en termes constitutionnels. Leur rôle peut être important en ce qu'il est symbolique ou en ce qu'il légitime les autorités coutumières. Il introduit par ailleurs un degré de pluralisme dans le système politique en fournissant une représentation différente en obligeant à une seconde lecture du texte sur d'autres bases, en facilitant le débat public en prolongeant le processus législatif et en permettant la prise en compte d'une autre expertise ou d'un intérêt particulier sur des questions nationales.²⁰

On constate par ailleurs que si le champ reconnu au droit coutumier est suffisamment important alors la reconnaissance nationale n'est pas si importante. Cette affirmation est d'autant plus vraie que les autorités coutumières sont organisées et qu'elles répondent aux besoins de régulation formulés par les populations concernées.

Des recherches sur les Etats Fédérés de Micronésie et les Iles Marshall indiquent que l'appartenance des chefs au Gouvernement produit des effets très différents par rapport à lorsqu'ils ont une activité non étatique dans le cadre de communautés autonomes²¹. Il est à cet égard difficile de trancher pour savoir quelle situation est la plus à même de permettre la survie et l'influence des autorités coutumières.

Une difficulté réside dans le fait que souvent, les chefs préfèrent siéger au Parlement ou au Gouvernement, ce qui entraîne une dilution du lien et de l'autorité coutumière.

Par ailleurs, les nouveaux leaders politiques voulant consolider leur pouvoir, peuvent voir les chefferies comme un ordre rival, qu'il faut subordonner aux institutions étatiques formelles. Il faut bien constater que le rôle accordé formellement aux conseils est une concession aux autorités traditionnelles que les leaders politiques ont été contraints d'accepter dans le processus d'émancipation. Etant donné l'absence fréquente d'une opposition politique moderne à l'ordre

²⁰ Yash Ghai, « System of government », *Pacific perspective – Further thoughts on Pacific Constitutions* », vol. 13, n° 2, p. 50.

²¹ J. Haglegam, « Traditional leaders and governance in Micronesia », *State, Society and Governance in Melanesia Project*, Discussion Paper 98/1, ANU (Canberra), 1998.

colonial, la coutume a fourni à la fois un paradigme alternatif et une organisation à l'ordre colonial.²²

L'accession au pouvoir étatique des leaders locaux a changé la donne et il n'est pas surprenant que, dans tous ces Etats, les conseils coutumiers ne jouent pas un rôle significatif. Le Grand Conseil des Chefs fidjien a fait longtemps figure d'exception qui confirme la règle à cet égard. Toutefois, la raison sous jacente à cette exception est très spécifique puisqu'elle visait à asseoir la domination d'un groupe de population sur l'autre. Dans le cadre de la nouvelle Constitution fidjienne, actuellement en cours de rédaction, le Grand Conseil des Chefs, s'il est maintenu, verra ses pouvoirs considérablement réduits puisque contraire aux principes régissant la réflexion sur les nouvelles institutions fidjiennes.

Il semble par ailleurs intéressant de mentionner le Chief legislation project au Vanuatu posant la question de conférer plus de place aux chefs au sein des institutions.

Enfin, le cas particulier de Bougainville est intéressant, notamment parce que Bougainville connaît un statut politique très proche de celui de la Nouvelle-Calédonie au sein de la Papouasie Nouvelle Guinée.

Chief legislation project visant à donner plus de place aux chefs : question en suspens ?

Bougainville + PNG

²² Yash Ghai, « System of government », *Pacific perspective – Further thoughts on Pacific Constitutions* », vol. 13, n° 2, p. 50.