

ÉMERGENCE ET ÉVOLUTION DU DROIT DANS LES PETITS ÉTATS INSULAIRES DU PACIFIQUE SUD ANGLOPHONE

Yves-Louis Sage*

L'histoire des anciennes colonies du Pacifique anglophone explique la nature hétérogène des systèmes juridiques qui y sont aujourd'hui applicables.

Après l'accession à l'indépendance ou à l'autonomie interne, l'organisation institutionnelle et les règles de droit importées par les colonisateurs successifs ont été généralement reprises et parfois accompagnées de quelques adaptations mineures.

Ainsi ont été conservés pêle-mêle, un mode de gouvernement fortement inspiré du système dit de « Westminster », les principes posés par la common Law et l'Équité, nombre de lois qui étaient en vigueur en Angleterre ou dans ses anciennes colonies d'Australie et de Nouvelle-Zélande ainsi que la quasi-totalité des législations dites "coloniales", c'est-à-dire celles qui émanaient de l'organe législatif de la colonie avant qu'elle accède à l'indépendance.

Il n'est donc guère surprenant que la détermination des textes qui sont effectivement applicables s'accompagne d'ambiguïtés et d'incertitudes.

The history of the former English-speaking Pacific colonies is responsible for the diverse nature of the legal systems that are in use in the region today.

After reaching independence or internal self-government, the institutional structure and the legal rules introduced by the successive colonizers were generally maintained, although with some essentially minor adaptations.

* Maître de Conférences à l'Université de la Polynésie Française, Teaching Fellow à Massey University (Dispute Resolution Centre).

As a result, what has been preserved is a confusing mix of principles and practices: a mode of government strongly inspired by the "Westminster" system; precedents established by the common law and equity; a quite substantial number of laws that were already in effect in Great Britain or in its former colonies, Australia and New Zealand; and virtually all of the laws and regulations enacted during the colonial era.

It is therefore hardly surprising that determining the meaning of constitutional and legal texts in contemporary Pacific societies can be a task fraught with ambiguity and with uncertainty.

Durant toute la première moitié du XIX siècle, les ambitions économiques de l'Angleterre, de la France, de l'Allemagne, des Pays-Bas ou des Etats-Unis¹ ont été à l'origine de la colonisation de la plupart des petits pays insulaires du Pacifique Sud.² Ces derniers devaient alors connaître, souvent au gré des aléas de l'histoire, plusieurs puissances coloniales consécutives et ce sur des périodes parfois très rapprochées.³

Ainsi, l'exemple de la Micronésie⁴, à savoir les îles Carolines, les îles Marshall, et l'archipel des Mariannes du Nord, apparaît à cet égard, particulièrement révélateur.

Ce groupe d'îles est en effet, successivement passé du contrôle de l'Espagne, un peu avant 1500 jusqu'en 1898, à celui des Etats-Unis (pour l'île de Guam uniquement de 1898 à 1899), puis à celui de l'Allemagne de 1898 à 1914, pour ensuite connaître la domination japonaise, le Japon ayant obtenu en 1920 un mandat de la Société des Nations pour les

1 Principalement la France, la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, les allemands dans une moindre mesure. Sur la question, voir notamment IC Campell, *A History of the South Pacific Islands*, 1992, Christchurch Canterbury UP et AJ Knoll & LH Gann (1987) *German in the Pacific*, Greenwood Press, New York.

2 Nous limiterons notre propos à ce que l'on appelle les petits Etats insulaires du Pacifique anglophone, principalement Cook, Fidji, Kiribati, Nouvelles Hébrides, Niue, Samoa, Tonga, Tokelau, Tuvalu.

3 Souvent pour simplement s'assurer des points de ravitaillements pour les expéditions maritimes. Sur le processus de colonisation du Pacifique anglophone voir notamment, G Powles & M Pulea, *Pacific Courts and Legal Systems*, 1988, USP en collaboration avec Monash Un; J Corrin Care, T Newton & D Paterson, *Introduction to South Pacific Law*, Cavendish Publishing Ltd, 1999. S. Materman, *The Origin of International rivalry in Samoa 1845-1884*, London, Allen & Unwin 1934. AB Leibowitz, *American Samoa: Decline of a Culture* (1980) 10 California Western International Law Journal 220. RS Clark, *The Trust Territory in the Pacific Islands: Some Perspectives* (1973) 67 American Society of International Law Proceedings, 17-21.

4 Sur cette question voir notamment, Dobbs, *A Macrostudy of Micronesia: The Ending of a Trusteeship*, 18 NYLF 139 (1972).

administrer et enfin à compter de 1944, revenir sous le contrôle des Etats-Unis pour finalement opter en 1979 pour le statut d'Etat-associé avec ces derniers.⁵

La communauté internationale avait déjà reconnu avant 1945, sur le principe tout au moins, la nécessité d'entreprendre le processus de décolonisation y compris dans le Pacifique sud. Il fallu néanmoins attendre la fin de la seconde guerre mondiale⁶ pour voir apparaître les premières mesures concrètes et les années 60, pour que l'Assemblée Générale des Nations-Unies dans sa résolution 1514 (XV)⁷ finisse par adopter une déclaration générale sur l'indépendance des peuples coloniaux,⁸ laquelle non seulement proclamait le droit des peuples à l'autodétermination, mais préconisait aussi l'accession immédiate à l'indépendance des territoires sous tutelles ou non autonomes.⁹

Dans ce contexte, la situation des îles Cook tout comme celle des Western Samoa devaient revêtir une véritable valeur de symbole pour l'ensemble des pays insulaires du Pacifique Sud anglophone;¹⁰ Les premières devaient opter pour la libre association avec la Nouvelle Zélande¹¹ alors que les secondes favorisaient l'accession à l'indépendance.¹²

-
- 5 Guam est aujourd'hui un territoire des Etats Unis (Organic Act 1950).
 - 6 Charte de San Francisco du 26 juin 1946 dans laquelle les Nations Unies dressèrent la liste des territoires non autonomes laquelle ajoutée à celle des territoires sous tutelle, devaient former l'ensemble des territoires à décoloniser. Mathiot, *Le contrôle de l'Organisation des Nations-Unies sur l'administration des territoires non-autonomes*, Rev. Jur. et PoL de l'Union Française, 1949, p 26 et s.
 - 7 Prise le 15 décembre 1960, L Rolland et P Lampue, *Précis de droit d'Outre-Mer*, Précis Dalloz 1952, p 25 et s.
 - 8 Connue sous le nom de "Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux" ou de la "Charte de la décolonisation". Les douze principes qui forment ses annexes, définissaient quant à eux, les conditions dans lesquelles un territoire pouvait être considéré comme ayant atteint la pleine autonomie.
 - 9 L Rolland et P Lampue, *Précis de droit d'Outre-Mer*, op cit R.S Clark *Self-determination and free association Should the United Nations terminate the Pacific trust?* 1980, 21 Harvard International Law Journal 1, 54-60.
 - 10 Les petits Etats insulaires du Pacifique Sud, principalement les anciennes colonies de cette région du monde qui ont été sous le contrôle du Royaume Uni, des colonies britanniques d'Australie ou de Nouvelle-Zélande, par opposition au Pacifique francophone (Polynésie Française, Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna) voire au Pacifique américain (American Samoa, Guam, Micronesie, Mariannes)
 - 11 E Beaglehole (1947) *Trusteeship and New Zealand's Pacific Dependencies*, Journal of Polynesian Society, vol 56, pp-128-157; D Stone, *Self-Government in the Cook Islands* 1965, The Journal of Pacific History, 1965 p 168 et suiv. RG Crocombe, *Development and retrogression in New-Zealand Islands territoires*, Pacific viewpoint, 3, n° 2:17-32, du même auteur, *Self Determination in the Cook Islands: A reply* . Journal of the Polynesian Society 1965 p 360 et suiv.

En l'espace de deux décennies, les autres îles ou groupes d'îles du Pacifique anglophone encore colonisées, finirent à l'exception de Tokelau, des Samoa américaines et de Pitcairn, par obtenir de leurs anciennes puissances tutélaires une autonomie dont l'entendue variera du statut d'Etat-associé jusqu'à l'indépendance la plus totale.¹³

De prime analyse, on constate que sur le plan institutionnel, l'accession à l'indépendance de ces Etats s'est très souvent traduite, par une reprise des modèles de gouvernement en vigueur dans les pays occidentaux, certains Etats nouvellement créés se contentant même de purement et simplement les reproduire à l'identique (avec une préférence nettement marquée pour le système dit de "Westminster"¹⁴) tout en y intégrant, certaines de leurs règles coutumières au contenu souvent flou.¹⁵

Une même tendance caractérise les règles de droit qui y sont applicables, lesquelles apparaissent aujourd'hui surtout comme le résultat d'un phénomène de récupération de différents droits importés, au premier rang desquels on trouve la common law et qui se conjuguent avec plus ou moins de bonheur avec le droit coutumier et des textes locaux pris antérieurement ou postérieurement à l'accession à l'indépendance.

En effet, si dans les petits pays insulaires du Pacifique Sud anglophone, la common law reste, à bien des égards, le "fond juridique commun et général" du droit applicable¹⁶, il demeure que les principes qu'elle pose sont parfois mis en œuvre de manière au mieux complémentaire et au pire concurrente avec ceux issus de la coutume ou encore avec ceux qui ont été introduits à un moment de leur histoire par des colonisateurs se réclamant d'une tradition juridique différente.

-
- 12 S Muli'Aumaseali'i, *Quest for Sovereignty: Western Samoa 1800-1962*, Auckland 1973, LLB Thesis, Auckland University, 1973.
- 13 OHK Spate, *Paradise Found and Lost*, 1998, Minneapolis, Minnesota. En fait, l'émancipation des petits pays insulaires du Pacifique Sud avait bien souvent été déjà largement préparée sous l'ère coloniale.
- 14 CJ Lynch, *The Neo-Westminster pattern in "Smaller" Pacific Legislatures: Problems and Opportunities*, In Commonwealth Parliamentary Conference (27th; 1981, Suva, n 10); *The Westminster model in the Pacific* (1982) 63, *The Parliamentarian* p 138-150. RC Tompson, *Australian Imperialism in the Pacific: the Expansionist Arca, 1820-1920*, Melbourne University, p 180. Davidson, *Induced Cultural Change in Pacific Political Organisation: The Transition to Independence*, 1961, Canberra ANU, p 34.
- 15 Hansard Society; *Problems of Parliamentary Government in the Colonies*, 1953, London, the Hansard Society. Ainsi seules les Iles Marshall, ancienne colonie des Etats-Unis d'Amérique devaient préférer le système parlementaire au système présidentiel américain; sur cette question voir notamment N Meller, *Three American Bodies in the Pacific*, in RW Force ed *Induced Political Change in the Pacific: A symposium* (Honolulu) 1965, Bishop Museum Press, p 41-53.
- 16 G Powles, *The Common Law as a source of Law in the South Pacific: Experiences in Western Polynesia*, University of Hawai'i Law Review, (1988) Vol 10, pp 105-135.

Ainsi par exemple, au Vanuatu la common law reste aujourd'hui en vigueur au même titre qu'une bonne partie du droit civil français auxquels s'ajoutent les règles coutumières,¹⁷ à Nauru, l'établissement des titres fonciers repose encore partiellement sur des dispositions prévues par le "*German Ground Book*"¹⁸ lequel fut introduit par les allemands en 1888 et dont les principes doivent maintenant encore, se concilier impérativement avec ceux posés par la common law dans ce domaine.¹⁹

Dans ce contexte, vouloir dresser un état du droit applicable dans les petits Etats insulaires du Pacifique anglophones, passe nécessairement par une approche chronologique où devra être opéré un *distinguo* entre ce qui relève de la période pré-coloniale et coloniale (I) d'une part et celle qui a suivi l'indépendance de ces pays d'autre part (II).

I LA PERIODE PRE-COLONIALE ET COLONIALE

En dépit d'une idée couramment répandue, le processus de colonisation dans les îles du Pacifique, ne s'est pas jamais opéré sur des territoires qui ne disposent déjà, de systèmes juridiques et institutionnels plus ou moins élaborés.²⁰ L'arrivée des Européens, colons ou missionnaires, devait toutefois les modifier de manière radicale.

A l'inverse, plus tard durant la période de colonisation proprement dite, on constate qu'aucune des puissances coloniales qui se sont succédées, ne devait fondamentalement remettre en cause l'œuvre entreprise par leurs prédécesseurs. On assistera plutôt à une méthode de colonisation juridique qui ressemblera à un simple comblement des vides institutionnels et textuels,²¹ ce qui explique que cohabitent encore aujourd'hui plusieurs systèmes juridiques au sein d'un même pays.

17 Voir sur la question, AH Angelo, *L'application du Droit Français au Vanuatu: Quelques observations sur son déclin et son avenir*, RJP 1997, vol 3.

18 Sur l'influence de la présence allemande dans les pays du Pacifique, voir PJ Hempenstall, 1978, *Pacific Islanders Under German Rule*, ANU Press, ANU. Les Samoa devaient eux aussi connaître en matière foncière l'influence allemande, sur ce point voir notamment PG Sack, *Samoa Land and Title Disputes and German Colonial Law*, 1993, Law Department, Research School of Social Science, ANU, Canberra.

19 L Keke, *Land Tenure and Administration in Nauru*, in G Powles & M Pulea, *Pacific Courts and Legal Systems*, op cit p 144.

20 IC Campell, *A History of the South Pacific Islands*, op cit; G Powles & M Pulea, *Pacific Courts and Legal Systems*, op cit.

21 Méthode qui devait être aussi appliquée dans les îles qui allaient devenir la Polynésie Française, les missionnaires anglais ont perfectionné l'organisation mise en place par les premiers colons, en les intégrant dans ce que l'on appelle les codes missionnaires, les Français à leur tour, dans un premier temps, les respectant et améliorant, sur cette question voir notamment, CW Newbury, *The Administration of French Oceania- 1842-1906*, PhD Thesis - Australian National University 1956.

A La période pré-coloniale : apparition des éléments fondateurs

On sait maintenant par les récits des premiers colons et des missionnaires européens que le principal mode de régulation des rapports juridiques à l'intérieur des populations de ces îles, se faisait d'une part grâce aux usages et aux coutumes, lesquels pouvaient considérablement varier d'une communauté à l'autre et d'autre part grâce aux ordres ponctuellement édictés par des chefs locaux. On sait également que ces derniers n'hésitaient pas non plus à sceller des accords avec d'autres chefs, ce qui permettaient l'instauration d'un système d'assistance mutuelle voire de coopération lors de catastrophes naturelles.²²

Au cours du XIX siècle, à la faveur de conquêtes guerrières, quelques chefs locaux réussirent néanmoins à prendre l'ascendant sur d'autres communautés, étendant ainsi progressivement leur zone de pouvoirs parfois sur toute une île ou un groupe d'îles.

Ce mouvement expansionniste devait coïncider avec l'arrivée des premiers colons et missionnaires. Ce sont surtout ces derniers qui, persuadés que le contrôle des âmes passait d'abord par celui des populations,²³ ont su convaincre quelques chefs locaux,²⁴ conscients quant à eux que la conquête par la force ne leur garantissait pas pour autant la légitimité de leur pouvoir, de l'intérêt mutuel que les uns comme les autres pouvaient trouver dans la mise en place d'un système institutionnel plus élaboré.

C'est de cette alliance purement ponctuelle que devaient naître les premières lois écrites, éléments fondateurs des futurs cadres légaux et institutionnels des petits pays insulaires du Pacifique Sud anglophone.²⁵ Ils s'apparentent, dans un premier temps tout au moins, à de simples mesures spécifiques mises au service d'un ou de plusieurs chefs coutumiers locaux soucieux d'assurer leur hégémonie sur les autres clans.²⁶

En effet, en marge des règles coutumières orales, facteurs essentiels de la stabilité et de cohésion sociale au sein du clan, les premières normes écrites ont tout au mieux, accompagné le mouvement de conquête.

22 J Corrin Care, T Newton & D Paterson, *Introduction to South Pacific Law*, op cit p 1.

23 WN Gunson, *Missionary interest in the British expansion in the South Pacific in the 19th century*, *Journal of Religion and History* (1964) vol 3, 296-313; *The theology of imperialism and the missionary history in the Pacific*, *Journal of Religion and History* (1969) vol 5, 255-265.

24 Les chefs coutumiers quant à eux, eurent tôt fait de réaliser les limites attachées à la seule transposition de leurs coutumes et usages et la fragilité des engagements verbaux souscrits avec les autres chefs coutumiers.

25 En cela, elles peuvent être considérées comme des "constitutions".

26 G Powles & M Pulea, *Pacific Courts and Legal Systems*, op cit p 7.

Ainsi aux îles Tonga où dès 1850 et 1860, c'est sur l'initiative d'un chef local, que l'on voit ce qui apparaît comme les dispositions originelles légales et institutionnelles de ce pays,²⁷ lesquelles devaient être complétées en 1875 par la première véritable constitution des Tonga.²⁸

A Fidji, c'est à l'instigation d'un chef de clan prétendant au titre de roi des Fidji²⁹ que les premières constitutions furent tout d'abord rédigées en 1867, 1871 et 1873 pour être ensuite complétées par une série de lois écrites.³⁰

Dans l'île de Niue, un des chefs,³¹ soucieux d'asseoir son pouvoir, promulgua un ensemble de lois écrites, qui avaient vocation à être applicables sur l'ensemble de l'île,³² mais ici aucune constitution ne viendra toutefois parachever l'édifice.

Aux Samoa, dans une première période (1837-1850) les seules dispositions légales existantes tendaient à principalement régler les échanges commerciaux entre Samoans et colons.³³ Dès 1850, ces derniers formèrent en marge des structures traditionnelles coutumières, la "*Foreign Resident Society*" qui dotée de pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires³⁴ avait pour vocation principale de régler les litiges entre colons uniquement.

27 Elaborées par *Taufa'ahau*, peu de temps après qu'il devienne roi des Tonga en 1845 et prenne le nom de George Tupou I.

28 S Latukefu, *Church and State in Tonga: The Wesleyan Methodist Missionaries and Political Development, 1822-1875*, Canberra: ANU University Press, 1974. Cette constitution, bien que régulièrement amendée, n'a jamais été remplacée, même lorsque vers la fin du XIX siècle, Tonga acquiesça le statut d'Etat protégé de la Grande Bretagne.

29 J Corrin Care, T Newton & D Paterson, *Introduction to South Pacific Law*, op cit p 2.

30 Rédigées par *Seru Cakobau*, un important chef local. Deux projets concurrents de constitutions et de textes législatifs devaient par la suite être présentés en 1867 par les deux principaux chefs de *Bua*, *Cakaudrove* et *Lau*, puis à nouveau en 1871 par les clans *Tui Lau* et *Tui Nayau*. TJ Macnaught, *The Fijian Colonial Experience: a Study of Neotraditional Order under British Colonial Rule Prior to World War II*; Canberra, ANU 1982, Pacific Research Monograph 7.

31 Qui devait devenir roi des Samoa en 1876.

32 Procédé qui devait être repris par ses successeurs jusqu'à ce que l'île soit annexée par les anglais en 1900 et rattachée à la Nouvelle-Zélande en 1901.

33 Une des premières dispositions légales écrites dont on ait trace fut l'accord en 12 clauses relatives aux activités portuaires sur l'ensemble de l'île (Port Regulations for the Samoa Islands), signé le 27 décembre 1837 entre le capitaine *Bethune* de l'*HMS Conway* avec le chef de *Pago-Pago*. Elles devaient être suivies par les "*Commercial Regulations of the Samoan Group*" signées le 5 novembre 1839 entre les principaux chefs coutumiers et le Commodore *Wilkes* de la "*United States Exploring Expedition*". Sur la question voir Saleimoa Vaai, *Samoa Faamatai and the Rule of Law*, 1999, National University of Samoa, p 56 et s.

34 Ibidem, p 58.

Ces deux systèmes juridiques devaient coexister jusqu'en 1857, où après l'échec d'une tentative d'instauration d'un gouvernement mixte, les Samoans se sont finalement résolus à n'avoir qu'un seul système juridique en vigueur. Pour ce faire, ils optèrent alors pour des codes d'inspiration missionnaire dans lesquels les préceptes moraux et religieux se mêlaient aux notions et concepts occidentaux de droits de propriété ou d'obligations contractuelles.³⁵

En 1873, les sept grands chefs des deux îles finirent par s'accorder sur la rédaction d'un texte qui apparaît comme la première constitution des Samoa.³⁶ Un peu plus tard le 18 mai 1875, fut adopté le principe d'une royauté tournante entre les membres des deux familles les plus importantes, pour être abandonné en 1881, date à laquelle devait être promulguée une nouvelle constitution instituant le principe d'un roi unique.³⁷

Ce système ne fut cependant pas repris lorsqu'en 1889, les Samoa passèrent sous le contrôle de la Grande Bretagne, de l'Allemagne et des Etats Unis et pour enfin devenir un protectorat allemand en 1900.³⁸ Les puissances coloniales préférèrent appliquer leurs propres systèmes juridiques, assurant ainsi dans la pratique, la suprématie de l'autorité coloniale et ce y compris sur les coutumes et usages locaux.³⁹

II LA PERIODE COLONIALE : DE LA PREDOMINANCE DES DROITS IMPORTES A L'APPRENTISSAGE DE L'AUTONOMIE INTERNE

Là encore, il convient de distinguer deux périodes distinctes de la colonisation.

Dans un premier temps les colonisateurs ont principalement cherché à conforter leurs pouvoirs dans leurs colonies ou protectorats en y introduisant leurs propres règles de droit, alors que dans une seconde phase, après avoir réussi à préparer les conditions d'accession à l'indépendance, ils se sont simplement efforcés d'en contrôler la mise en œuvre.

A Le phénomène des droits importés

Deux caractéristiques soutendent toute la première période de l'ère coloniale.

35 Notamment le *Code Vaimauga* de 1860. Saleimoa Vaai, *Samoa Faamatai and the Rule of Law*, op cit p 59.

36 "1873 Original Law and Bill of Rights".

37 Saleimoa Vaai, *Samoa Faamatai and the Rule of Law*, op cit p 62.

38 PM Kennedy, *Germany and the Samoan tridominium 1889-1898: A Study in Frustrated Imperialism*, in JA Moses & PM Kennedy (eds) *Germany in the Pacific and Far East, 1870-1914*, University of Queensland Press, St Lucia. RP Gilson, *Samoa 1830 to 1900: The Politic of a multicultural Community*, Melbourne, Oxford University Press, 1970.

39 Saleimoa Vaai, *Samoa Faamatai and the Rule of Law*, op cit p79.

- Tout d'abord, le recours à la norme écrite, déjà largement amorcé avant le début de la colonisation, devait être systématisé et se révéler un puissant instrument au service du colonisateur.

Il s'agit là d'une constante du droit colonial en général. Il est en effet fréquent, tout au moins dans une première phase du processus de colonisation, que lorsqu'un pays passe sous la domination politique ou militaire d'un autre pays, que ce dernier cherche à imposer son propre système juridique.⁴⁰

Ce faisant, le droit colonial, partie intégrante du droit interne des puissances tutélaires était censé fournir non seulement une grille de lecture institutionnelle commune sur l'ensemble des territoires contrôlés, mais également assurer une relative compatibilité des textes légaux d'une colonie à l'autre. Dans ce cadre préétabli, ce droit était principalement mis au service exclusif des intérêts de la métropole, la gestion des colonies se faisant principalement par les gouverneurs, les intérêts locaux passant alors nettement au second plan. Les colonies du Pacifique ne devaient guère déroger à la règle.

Ainsi, dans les pays passés sous contrôle de la Grande Bretagne (les British Solomon Islands,⁴¹ Fidji,⁴² les îles Gilbert et Ellice,⁴³ le Condominium Anglo-français des Nouvelles Hébrides⁴⁴) la Couronne britannique devait y étendre de manière systématique la common law et de l'Equité (*Equity*) par le truchement de dispositions légales spécifiques,⁴⁵ d'Ordre du Conseil,⁴⁶ de Lettres Patentes⁴⁷ ou d'Instructions Royales.⁴⁸

40 Sur la question voir notamment M A Ntuny ed., *South Pacific Islands Legal Systems*, op cit voir en particulier l'introduction. Le code civil, "puissant instrument d'uniformisation juridique"(N. Roulland, *l'Etat Français et le Pluralisme*, Ed. Odile Jacob 1995 p 332/333) a rempli un rôle similaire dans le processus de colonisation entrepris par la France en Polynésie Française, voir Y-L Sage, *Les institutions judiciaires à Tahiti et Dépendance de la Période du Protectorat à 1945*, RJP (1997) vol 3, p 102-103.

41 Pacific Order in Council 1893; Western Pacific (Courts) Order 1961 (UK).

42 Royal Charter establishing the Colony of Fiji (2 January 1875); Letters Patent and Royal Instructions 1880. TJ Macnaught, *The Fidjian Colonial Experience: a Study of Neotraditional Oder under British Colonial rule prior to World War II*; op cit.

43 Gilbert and Ellice Islands Pacific Order in Council 1893 (UK); Gilbert and Ellice Islands Order 1915 (UK).

44 Convention intervenue entre les gouvernements du Royaume Uni et de la France (20 Octobre 1906); Protocole respectant les Nouvelles Hébrides, pris entre les gouvernements du Royaume Uni et de la France (6 Août 1912).

45 Pacific Islanders' Protection Acts 1872 and 1875, du Foreign jurisdiction Act 1890 (UK).

46 "Orders in Council".

47 "Letters Patent".

Un processus semblable fut mis en œuvre pour les colonies et territoires sous contrôle néo-zélandais ou australien (Cook,⁴⁹ Niue,⁵⁰ Samoa,⁵¹ Tokelau,⁵² Nauru⁵³).

Pris à la lettre, ces différents textes n'envisageaient la mise en œuvre de la common law et de l'Équité que de manière subsidiaire, la primauté devant être accordée aux coutumes et usages locaux. En cela ils s'inscrivaient dans le droit fil des principes fondamentaux de la common law et l'Équité qui reconnaissaient les droits coutumiers,⁵⁴ notamment dans le domaine de la propriété foncière, élément fondamental de la politique coloniale du Royaume Uni.

Toutefois, la pratique devait révéler un profond décalage entre les principes affichés et leur mise en œuvre. En effet, si d'une manière générale, le pouvoir colonial britannique n'a jamais hésité à reconnaître que les coutumes et les usages locaux pouvaient continuer à être appliqués par les chefs coutumiers,⁵⁵ il s'est en fait toujours efforcé de ne jamais prendre de réelles mesures concrètes pour que les règles coutumières puissent être non seulement utilisées mais aussi respectées par les juridictions coloniales.

C'est ainsi qu'exception faite du régime foncier,⁵⁶ il faudra véritablement attendre le début du XX siècle avec l'établissement des tribunaux locaux ou indigènes pour que les règles coutumières commencent à être véritablement prises en compte.

48 "Royal Instructions".

49 Cook and Other Islands Government Act 1901 puis le Cook Islands Government Act 1908 et le Cook Islands Act 1915 (NZ). Y-L Sage, *Remarques sur la représentativité des îles Cook*, Revue Juridique Polynésienne, Vol 1, 1992, p 183.

50 Cook and Other Islands Government Act 1901 puis le Cook Islands Government Act 1908 et le Cook Islands Act 1915 (NZ).

51 Samoa Act 1921 (NZ).

52 Tokelau Act 1948 (NZ). AH Angelo, *Self-determination, Self-government and legal pluralism in Tokelau*, 1992, Law and Anthropology.

53 Nauru Island Agreement Act 1919-32 (Aust).

54 Sur ce point, voir Walker *Oxford Companion to Law* (Clarendon Press, Oxford, 1980) 971; K McNeil *Common Law Aboriginal Title* (Clarendon, Oxford) 6; P M McHugh, *The Legal Basis for Maori Claims Against the Crown*, 18 VUWLR 1; GNettheim, *Developing Aboriginal Rights* (1989) VUWLR 413.

55 Les colonisateurs étaient surtout soucieux de maintenir une certaine cohésion sociale.

56 Voir notamment Cook Islands Act 1945 (NZ), ss 421 et 422, aussi applicable à Niue jusqu'en 1946; Giiibert and Ellice Islands Order 1915 (UK), cl VIII; Laws Repeal and Adopting Ordinance 1922-36 (Nauru), ss 9 and 40; Tokelan Amendment Act 1 967 (NZ), s 20 et pour les îles Solomon placées sous le régime du Protectorat par les autorités britanniques, il était impossible à ces dernières de se déclarer propriétaire du sol.

Mais là encore, leur utilisation ne s'est pas opérée sans réserves. Ainsi, à Fidji,⁵⁷ aux Nouvelles Hébrides⁵⁸ et dans le Protectorat des îles Salomon Britannique,⁵⁹ l'obligation faite aux juridictions locales indigènes d'utiliser et de faire respecter les coutumes et les usage locaux restait néanmoins subordonnée à la preuve de leur intégration préalable dans le droit positif de ces colonies. Un autre tempérament existait aux îles Gilbert et Ellice⁶⁰ où l'application des règles coutumières ne se faisait que si elles aboutissaient à garantir l'octroi de droits supérieurs à ceux qui auraient été accordés par la seule mise en œuvre de la common law et des lois anglaises. A Nauru, l'appréciation du bien-fondé leur utilisation se faisait à l'aune de leur compatibilité avec les "principes généraux d'humanité"⁶¹ et ceux posés par la common law.

- Seconde caractéristique, on constate que pendant la première phase du processus de colonisation, les puissances coloniales ont soigneusement pris soin de ne jamais doter leurs colonies de textes qui auraient pu être conçus comme des constitutions écrites. De le même esprit, elles se sont efforcées de ne jamais de mettre en place d'organes législatifs locaux dotés de pouvoirs réels.⁶²

Elles redoutaient, en effet, que cela ne soit interprété comme la reconnaissance de l'octroi, au profit de leurs colonies ou protectorats, d'une forme quelconque d'autonomie ou d'indépendance, deux situations qui à l'époque, leur apparaissaient non seulement inadaptées mais aussi sans objet.⁶³

Dès lors, durant toute cette première phase, l'ensemble des changements opérés dans le domaine institutionnel, sur les territoires contrôlés par le Royaume Uni, à savoir le

57 Regulation of Native Affairs Ordinance 1876, s 40.

58 New Hebrides Protocole Respectant les Nouvelles Hébrides signé entre les gouvernements Français et Britannique du 6 Août 1914, Art 8.

59 Native Courts Ordinance 1942, s 10.

60 Island Courts Ordinance 1965, s 46.

61 Dispositions qui peuvent aujourd'hui apparaître comme une forme ancienne des droits de l'homme; Laws Repeal and Adopting Ordinance 1922-36, s 40

62 YP Ghai, *The Making of Constitutions in the South Pacific: an Overview* (1988) 13 (1) Pacific Perspective 1-31.

63 WP Morrell, *Britain in the Pacific Islands*, London: Oxford University Press, 1960.

Protectorat des îles Solomon,⁶⁴ les colonies de Fiji,⁶⁵ les îles Gilbert et Ellice,⁶⁶ ne seront pour ces pays, que la simple transposition d'un mode de gestion et de gouvernement, élaboré à partir des seules conceptions de l'autorité centrale britannique et dont les modalités de mise en œuvre s'apparentent à celles retenues pour l'introduction de la common law et l'Équité⁶⁷.

Les Parlements australien pour l'île de Nauru⁶⁸ et néo-zélandais pour les îles Cook⁶⁹ et Niue, pour les Samoa⁷⁰ et Tokelau,⁷¹ devaient eux aussi retenir le même *modus operandi*.

Seul le Condominium des Nouvelles Hébrides, devait déroger à la règle. Les gouvernements français et anglais procéderaient par amendements successifs des différentes versions des Protocoles Franco-britannique, de telle sorte que les modifications institutionnelles intervenues dans la première période de la colonisation furent le plus souvent le fruit d'un consensus entre les deux puissances tutélares.⁷²

B L'apprentissage contrôlé de l'autonomie interne et l'élaboration des premières constitutions

Si la première période de colonisation des petits Etats insulaires du Pacifique anglophone reste empreinte de dirigisme, la seconde et dernière période est quant à elle marquée par une attitude plus réaliste et plus pragmatique des puissances coloniales.

64 Pacific (Amendment) Order in Council 1953; Pacific (Amendment) Order in Council 1958

65 Letters Patent (9 February 1929); Letters Patent (26 November 1930); Letters Patent (24 March 1932); Letters Patent (19 July 1935); Letters Patent (15 July 1936); Letters Patent (2 April 1937); Letters Patent 1 February 1943); Letters Patent 18 May 1944); Royal Instructions (31 January 1914); Royal Instructions (9 February 1929); Royal Instructions (2 April 1937).

66 Gilbert and Ellice Islands Order 1975; Gilbert and Ellice Islands (Amendment) Order 1977; Gilbert and Ellice Islands (Amendment) (No 2) Order 1977 (UK).

67 Voir supra I,2, a.

68 Nauru Island Agreement Act 1919-32; Nauru Act 1965 (Aust).

69 Cook Islands Amendment Act 1946; Cook Islands Amendment Act 1957), (Cook Islands Amendment Act 1946; Cook Islands Amendment Act 1957).

70 Samoa Amendment Act 1952; Samoa Amendment Act 1956; Samoa Amendment Act 1957).

71 Tokelau Amendment Act 1967; Tokelau Amendment Act 1969; Tokelau Amendment Act 1970; Tokelau Amendment Act 1971.

72 Exchanges of Notes between the Governments of Great Britain and France ((4 September 1930); (31 January 1935); (24 November and 5 December 1939); (8 December 19~9); (20 April 1951); (26 January 1959)).

Confrontées tout autant à la pression internationale⁷³ qu'à la volonté croissante de leurs colonies de pouvoir accéder à l'indépendance ou à une forme d'autonomie interne, il leur devenait de plus en plus difficile de justifier leur opposition quasi-systématique à l'instauration de cadres institutionnels spécifiques autonomes pour chacune de leurs colonies.

Si les modalités pratiques retenues pouvaient varier d'une puissance coloniale à l'autre, toutes poursuivaient un objectif commun. Il s'agissait de leur éviter une césure trop précipitée et trop brutale.⁷⁴ C'est pourquoi dans un premier temps, la décision fut prise d'encadrer plus ou moins étroitement le processus d'émancipation, en imposant un véritable apprentissage progressif de l'autonomie dont le stade ultime devait être l'accession à l'indépendance.⁷⁵

C'est ainsi qu'à Fidji, les constitutions promulguées en 1963 et 1966⁷⁶ devaient permettre de progressivement doter le gouvernement local des pouvoirs autonomes.

Pour le Protectorat des îles Solomon, le gouvernement britannique préféra procéder par tâtonnements en testant successivement en 1960, 1964, 1967, 1970, différents types de constitutions possibles pour finalement réussir à trouver, en 1978, une formule de gouvernement qui satisfasse tout autant ses intérêts ainsi que ceux des élites locales.⁷⁷

Lorsque les îles Ellice et Gilbert exprimèrent non seulement leur souhait de pouvoir accéder à l'indépendance, mais aussi d'être séparées l'une de l'autre, le gouvernement britannique leur proposa à partir de 1975, plusieurs projets de statuts lesquels bien que régulièrement modifiés devaient néanmoins servir de fondements aux futures

73 Voir supra p 2.

74 B MacDonald, *Decolonisation and beyond: The Framework for Post-Colonial Relationships in Oceania*, (1986) 21 (3) *Journal of Pacific History*, p 115-126.

75 JW Davidson, *The Decolonisation of Oceania* (1970) *Journal of Pacific History*, p 133-150.

76 Fiji (Constitution) Order 1963 et le Fiji (Constitution) Order 1966. A Ali, *Fiji: From Colony to Independence-Constitutional Change, 1874-1970*, op cit. WEH Stanner, *Fiji: a British Colony, in South Seas in Transition: A study of Postwar Rehabilitation and Reconstruction in the Three British Pacific Dependencies*, Sydney, Australasian Pub Co, 1953, part 2.

77 British Solomon Islands (Constitution) Order 1960; British Solomon islands Order 1964; British Solomon Islands Order 1967; British Solomon Islands Order 1970; British Solomon Islands Order 1974 (UK).

constitutions de ce qui allait devenir le Tuvalu (anciennement les îles Ellice) et le Kiribati (anciennement les îles Gilbert).⁷⁸

A l'inverse, les parlements australien pour Nauru⁷⁹ ou néo-zélandais pour les îles Cook,⁸⁰ Niue,⁸¹ Tokelau⁸² et les Samoa⁸³ ont préféré garder le contrôle exclusif des différentes étapes du processus d'émancipation sans véritablement y associer les habitants de ces îles.

Tonga devait connaître une évolution quelque peu différente. En effet, le cadre constitutionnel en vigueur depuis 1875 ainsi que le principe de la souveraineté du royaume, n'ont jamais été fondamentalement remis en cause par les autorités britanniques. A telle enseigne que vers la fin du XIX siècle, à la mort du roi *Tupou I*, les Tonga devenant un Etat Protégé du Royaume Uni, les relations avec le gouvernement britannique furent simplement réglées par les dispositions du Traité d'Amitié,⁸⁴ signé entre les deux Etats. Par la suite, l'adaptation des textes en fonction des demandes d'émancipation des habitants des Tonga s'est tout naturellement opérée par une simple modifications des termes du Traité.⁸⁵ Stade ultime du processus d'émancipation, l'accession à l'indépendance proprement dite devait quant à elle, être en mesure de répondre à un double objectif.

78 Tuvalu Order 1975; Tuvalu (Amendment) Order 1977; Tuvalu (Amendment) (No 2) Order 1977; Tuvalu (Amendment) Order 1978. Gilbert Islands Order 1975; Gilbert Islands (Amendment) Order 1976; Gilbert Islands (Amendment) Order 1977; Gilbert Islands (Amendment) (No 2) Order 1977). Sur la question en general, voir B. Macdonald, *The Separation of the Gilbert and Ellice Islands*, (1975) 10 (3/4) *Journal of Pacific History* 84-88.

79 Nauru Act 1965, pris par le parlement australien. Y-L Sage, *Le système juridique de l'île de Nauru*, *Revue Juridique et Politique* 1992 (4).

80 Cook Islands Amendment Act 1946, le Cook Islands Amendment Act 1957, Cook Islands Amendment Act 1957.

81 Cook Islands Amendment Act 1957, le Niue Act 1966, Niue Amendment Act 1968; Niue Amendment Act 1971.

82 Tokelau Amendment Act 1967; Tokelau Amendment Act 1969; Tokelau Amendment Act 1970; Tokelau Amendment Act 1971; Tokelau Amendment Act 1982.

83 Samoa Amendment Act 1952. Samoa Amendment Act 1956; Samoa Amendment Act 1957; Samoa Amendment Act 1959.

84 Le Royaume uni y obtenait le contrôle des affaires étrangères et de la défense du royaume de Tonga. Ce même Traité instaurait le principe de la compétence *ratione personae* du Haut Commissaire (High Commissioner) sur les résidents non-tongiens. En cas de litige entre le droit anglais et celui des Tonga, les dispositions du Traité d'Amitié primaient sur la constitution chaque fois que ces deux textes étaient incompatibles, voir *Cameron v Tonga Ma'a Tonga Kautaha* [1914] I Tonga LR 18.

85 R Connard, *The Legal System of Tonga*, (1979) *New Zealand Law Journal*, p 314.

Il s'agissait non seulement de fournir le cadre légal qui allait légitimer les futurs gouvernements de ces Etats, mais aussi d'être en mesure de prouver à la communauté internationale qu'un nouveau statut leur avait été conféré.

Pour les puissances coloniales qui avaient réussi à contrôler la première phase du mouvement d'émancipation, l'alternative était somme toute assez simple: elles pouvaient soit opter pour la modification des cadres légaux et institutionnels préexistants, généralement issus de la common law, soit décider de promulguer des nouvelles constitutions écrites spécifiquement adaptées aux besoins de chaque colonie concernée.

Les avantages de la seconde branche de l'alternative devaient largement l'emporter sur ceux de la première branche dont le seul et unique intérêt était de permettre aux puissances coloniales de conserver la possibilité de gouverner jusqu'à l'accession à l'indépendance tout en étant en position d'en façonner les termes mêmes.

Par contre, l'octroi de nouvelles constitutions aux futurs Etats présentait l'indéniable avantage d'accéder à l'expression de la volonté des populations tout en attestant vis-à-vis de la communauté internationale de l'importance des changements intervenus. La symbolique était ici nettement plus forte puisqu'elle portait sur la notion même d'identité nationale de l'Etat nouvellement créé.⁸⁶

Il n'est donc guère surprenant que cette dernière formule ait recueilli un accueil favorable auprès des petits pays anglophones du Pacifique qui tous à l'exception de Tonga,⁸⁷ ont finalement choisi d'élaborer une constitution nouvelle qui devaient proclamer leur indépendance.⁸⁸ Il reste que sur le plan pratique, l'élaboration d'une constitution dont le but est de proclamer l'indépendance d'une ancienne colonie, pouvait revêtir trois formes bien différentes.

La première s'inscrivait dans la continuité. C'est le droit colonial qui, ici va seul permettre la modification projetée. Elle consistera, pour la puissance tutélaire à faire voter et promulguer la nouvelle constitution par son propre parlement. L'avantage d'une telle méthode, tout au moins pour l'ancien pouvoir colonial, résidait principalement dans la possibilité qui lui était encore laissée d'exercer une profonde influence dans l'élaboration et dans la mise en œuvre des nouveaux textes constitutionnels. De surcroît, pour les Etats en passe d'être prochainement indépendants, cette méthode n'était pas non plus sans

86 Sur la symbolique du processus, voir par exemple pour Tokelau, l'article du Pr AH Angelo, *Establishing a Nation: A second Look*, dans le présent volume.

87 En effet à Tonga, la Constitution de 1875, qui fut promulguée alors que le pays était indépendant, devait rester en vigueur tout au long de la période coloniale, et ce jusqu'à ce que le royaume devienne totalement indépendant en 1970.

88 Ce qui n'est pas sans paradoxe quand on veut bien se souvenir que l'Angleterre n'en a pas.

avantages. Elle leur permettait d'abord lors du processus d'élaboration de la constitution de bénéficier de l'infrastructure légale et administrative de la métropole et ensuite, une fois l'indépendance acquise, de souvent continuer à percevoir une aide financière de l'ancienne puissance coloniale.⁸⁹ Dans ces circonstances, les textes et dispositions appelés à régir les futurs Etats indépendant se voyaient intégrés dans des constitutions écrites rédigées à Londres par de hauts fonctionnaires anglais, en collaboration avec les chefs locaux, lesquelles étaient ensuite promulguées par des Ordres en Conseil signés par la Reine d'Angleterre. C'est cette méthode fut retenue pour Fidji,⁹⁰ les îles Solomon,⁹¹ le Kiribati,⁹² Tuvalu⁹³ et qui devait prévaloir pour préparer puis conférer l'indépendance aux îles Cook⁹⁴ et Niue⁹⁵ où sur la base de discussions engagées avec les responsables et chefs coutumiers de ces îles, des constitutions écrites furent finalement votées par le Parlement néo-zélandais.

Dans le condominium Franco-Anglais de Nouvelles Hébrides, bien que déjà largement préparé par un comité constitutionnel, l'accession à l'indépendance empreinte à cette première méthode, mais présupposait que le Protocole d'Accord intervenu entre la France et l'Angleterre en 1922 soit préalablement révoqué.⁹⁶

Une seconde méthode consistait pour le pouvoir colonial, à mettre en place au sein de chaque colonie de véritables assemblées constituantes ("*Constitutional Conventions*") chargées de préparer et de voter les nouveaux textes constitutionnels.

89 Sans compter que le pouvoir colonial est toujours mieux disposé, dans le cadre d'une indépendance négociée, à l'égard de demandes postérieures d'assistance administratives, financières, juridique, ou aide technique, émanant de leur ancienne colonie.

90 Fiji Independence Order 1970 (UK).

91 Solomon Islands Independence Order 1978 (UK). YP Ghai, *The making of the Independence Constitution*, in P Larmour ed *Solomon Island Politics* (Suva: Institute of Pacific Studies), 1983, p 9-52.

92 Kiribati Independence Order 1979 (UK). HP Lundsgaarde, *Some transformations in Gilbertese Law 1892-1966*, (1968) 3 *Journal of Pacific History* 117-130. B. Macdonald, *Cinderillas of the Empire: Toward a History of Kiribati and Tuvalu*, Canberra, ANU press, 1982.

93 Tuvalu Independence Order 1978 (UK). DJ Murray, *Constitution Making in Kiribati and Tuvalu*, in PG Sack ed, *Pacific Constitutions: Proceedings of the Canberra Law Workshop VI*, Canberra Law Department, RSCS, ANU, 1982, p 125-134.

94 Cook Islands Constitution Act 1964; Cook Islands Constitution Amendment Act 1965 (NZ). RP Gilson & RG Crocombe ed, *The Cook Islands 1820-1950*, Wellington, Victoria University of Wellington, 1980.

95 Niue Constitution Act 1974 (NZ).

96 Nommé par le Mouvement d'Unité Nationale des Nouvelles-Hébrides en 1979; Exchange de Notes officielles entre le Gouvernement Britannique et Français (23 Octobre 1979).

C'est cette formule qui fut utilisée en 1962 pour organiser l'accession à l'indépendance des Western Samoa⁹⁷ et de Nauru en 1968⁹⁸ où des assemblées constituantes, comprenant les membres de l'ancien parlement auxquels se sont joints les responsables coutumiers, furent chargées de voter les constitutions de ces deux nouveaux Etats indépendants.⁹⁹

Une troisième forme d'accession à l'indépendance, reposait sur la simple modification ou adaptation des textes déjà applicables dans les colonies ou protectorat.

Tonga devait choisir cette voie. En effet, les différents Traités d'Amitié intervenus entre 1900 et 1970, entre le Royaume des Tonga et la Grande Bretagne, instaurant un statut d'Etat Protégé pour le Royaume des Tonga, avaient principalement pour objet de permettre à la Grande Bretagne de garder la haute main dans le domaine des affaires étrangères et de la défense du Royaume.¹⁰⁰ Dans un tel contexte, dès lors que ces deux domaines réservés n'influaient pas directement sur le mode de fonctionnement du gouvernement du royaume, la constitution demeura intacte et lorsque le royaume redevint totalement indépendant en 1970, seules furent révoquées les clauses des Traités qui liaient le royaume des Tonga au Royaume Uni.¹⁰¹

II LA PERIODE APRES L'INDEPENDANCE

On pourrait dans l'absolu, considérer que quelque soit la méthode utilisée, l'accession à l'indépendance des petits Etats insulaires du Pacifique Sud, se serait accompagnée d'un mouvement tendant à rejeter ou à remettre en cause tout ce qui pouvait apparaître comme un reliquat institutionnel et légal émanant de l'ancienne puissance tutélaire, à commencer par les constitutions surtout lorsqu'elles avaient été imposées.¹⁰²

97 Sur le processus voir; G Powles, *Constitution making in Western Samoa*, (1962) New Zealand Law Journal 106-109.

98 McDowell, K, *The Factors Behind the Constitutional Arrangements in Nauru*, in PG Sack, *Pacific Constitutions: Proceedings of the Canberra Law Workshop VI*, Australian National University, 1982, p 73-85.

99 Pour les Western Samoa, voir *Western Samoa Constitutional Convention, 1960*, in *Constitutional Convention Debates 1960*, VUW, pour Nauru voir *Australia, Department of Territories, Documents relating to the Constitutional Future of Nauru*, Canberra 1967.

100 LM Niu, *The Constitution and the Traditional Political System of Tonga*, (1988) 13 (1) Pacific Perspective 67-70.

101 Exchange of Letters between the Governments of the United Kingdom and Tonga (19 May 1970).

102 Certains pensaient même que l'indépendance devait permettre la mise en place d'un système juridique commun à l'ensemble des petits pays insulaires du Pacifique Sud, voir notamment N. Slade, *A Case for a Pacific Islands Regional Legal System*, in *Proceedings of The Pacific Law Officer's Annual Conference*, Suva, Fiji, 1983, p32-39.

En fait, on constate qu'il n'en a rien été, le *statu quo* institutionnel et légal ayant le plus souvent prévalu. Ainsi aux îles Cook, au Kiribati, à Nauru, à Niue, aux Samoa, aux îles Solomon, à Tonga et au Vanuatu, les constitutions qui servaient déjà de base aux structures institutionnelles antérieures et qui étaient toujours en vigueur lors de l'accession à l'indépendance,¹⁰³ ont été purement et simplement conservées. Mieux encore, celle des îles Cook¹⁰⁴ et de Niue¹⁰⁵ ne contiennent même pas de références à la notion d'autonomie interne et encore moins à celle d'indépendance, laissant ce soin à la législation néo-zélandaise qui fut à l'origine de la rédaction des constitutions de ces deux Etats.

Dans ce contexte, Tuvalu et Fidji font néanmoins figures d'exceptions. Pour Tuvalu, la première constitution de 1978 élaborée par la Grande Bretagne, devait à l'usage, se révéler totalement inadaptée, de telle sorte que le nouveau parlement au lieu de l'amender, préféra, en 1986, l'abroger purement et simplement pour la remplacer par une nouvelle constitution.¹⁰⁶ L'Etat Fidjien devait quant à lui, avoir recours à une méthode beaucoup plus radicale et violente pour changer la constitution : Celle des coups d'Etat.¹⁰⁷

On aurait pu également penser que l'accession à l'indépendance de ces petits pays insulaires se serait naturellement accompagné d'un mouvement de clarification et d'unification du droit applicable, grâce notamment aux nouvelles constitutions. Dans la pratique, c'est plutôt la tendance inverse qui prédomine.

En effet, si la disparition du droit colonial élément fédérateur et centralisateur a certes conféré une primauté escomptée aux textes locaux, mais elle a aussi entraîné une situation

103 Voir supra.

104 PE Kilbride, *The Cook Islands Constitution* (1965) New Zealand University Law Review, p 571.

105 A Quentin-Baxter, *The Constitution of Niue and the Marshall Islands: Common Traits and Points of Difference*, in PG Sack ed, *Pacific Constitutions: Proceedings of the Canberra Law Workshop VI*, Canberra Law Department, op cit, p 97.

106 J Corrin Care, T Newton & D Paterson, *Introduction to South Pacific Law*, op cit p18.

107 En 1987, un coup d'état militaire devait mettre fin à la constitution de 1970 (Fiji Constitution Revocation Decree 1987) et instaurer un gouvernement militaire. Dans un premier temps, c'est par le truchement de décrets que le gouvernement militaire devait légiférer (Existing Laws Decree 1987; Head of State and Executive Authority of Fiji Decree 1988; Judicature Decree 1988; Fiji Service Commissions Decree 1988; Public Service Decree 1988; Protection of Fundamental Rights and Freedoms of the Individual Decree 1988). En 1990, une constitution devait néanmoins être promulguée par décret du Président (Constitution of the Sovereign Democratic Republic of Fiji - Promulgation Decree 1990). En 1997 (Constitution Amendment Act 1997; Constitution Amendment Act 1998), cette constitution devait être, à son tour, remplacée par une nouvelle mouture votée par le Parlement de Fidji, ce texte n'entrant en vigueur que le 27 juillet 1998. Le 19 mai 2000 un nouveau coup d'Etat devait la suspendre, pour être finalement remise en vigueur deux mois plus tard.

empreinte de complexité à bien des égards. On en dénombre principalement trois qui, à bien des égards, affaiblissent l'ensemble des systèmes légaux actuellement en vigueur.

Première source de difficultés, on constate d'abord que ces constitutions ne sont pas à même de recenser avec précision, la nature des lois applicables ou plus simplement de fournir une hiérarchie des normes fiable. Ainsi, en dépit du rôle important qu'elles jouent dans ces pays, le rôle de la coutume et la reconnaissance légale qu'il convient de lui accorder ne sont que peu ou pas pris en compte. Si les constitutions des Samoa,¹⁰⁸ des îles Solomon¹⁰⁹ et du Vanuatu,¹¹⁰ des îles Fidji,¹¹¹ de Nauru,¹¹² du Kiribati¹¹³ et de Tuvalu,¹¹⁴ ont toutes prévu à quelques variantes près, que les coutumes et les usages font partie des lois du pays dans la mesure où ils avaient été pris en compte ou reconnus par les tribunaux ou le législateur, aucune mesure similaire n'a par contre été prise aux Tonga.¹¹⁵ De surcroît, si l'application des coutumes et des usages se révèle d'application relativement aisée dans le droit foncier,¹¹⁶ leur mise en œuvre dans les autres domaines du droit est beaucoup plus délicate, surtout dans les matières qui touchent au droit de la famille¹¹⁷ ou encore aux droits de l'homme.¹¹⁸

Tout aussi préoccupant est le fait que les nouvelles constitutions à l'inverse de l'effet escompté, fragilisent l'existence de certaines des institutions judiciaires en vigueur

108 Constitution of Samoa, Art 141. G Powles, *Expectations of Law and Custom: Civil Procedure in Western Samoa and Tonga*, in Commonwealth Magistrates' Conference (4th: 1975), Kuala Lumpur, Report, p 57- 62.

109 Constitution of Solomon Islands, Sched 3, para 3. M Allardice, *Custom and Law in Malaita* (1984) New Zealand Law Journal 283-284. HW Scheffler, *The Solomon Islands: Seeking a New Land Custom*, in EG Crocombe, *Land Tenure in the Pacific*, 3th ed (1987) Suva Un.of the South Pacific, p 303.

110 Constitution of Vanuatu, Art 95(3). W L Rodman, "A law unto themselves": *Legal Innovation in Ambae, Vanuatu* (1985) 12, *American Ethnologist*, p 603.

111 Pour une brève période toutefois (de 1990-1998) par le Constitution of Fidji, 1990, s100(3).

112 Custom and Adopted Laws Act 1971, s 3.

113 Laws of Kiribati Act 1989, s 5.

114 Laws of Tuvalu Act 1987, s 5.

115 AH Angelo, *Customizing the Law of Tokelau* (1986) Wellington, communication présentée lors du 12eme Congres de l'Académie de Droit Comparé, Sydney, 18 -27 août 1986.

116 Sur la question, voir notamment EG Crocombe, *Land Tenure in the Pacific*, 3th ed, (1987) Suva University of the South Pacific.

117 Sur la question voir notamment GDonne , *Custom in the Legal System* (1987) 7 Commonwealth Judicial Journal, p 3; J Corrin Care, T Newton & D Paterson, op cit p 28.

118 G Powles, *Duties of Individuals: Some implications for the Pacific of including "duties" in "Human Rights" documents*, VUWLR, Special Issue, VUWLR Monograph 4, Vol 22, 3, June 1992.

aujourd'hui dans les petits Etats insulaires du Pacifique anglophone. L'organisation juridictionnelle par exemple, ne figure que très rarement dans les dispositions constitutionnelles. Il en est ainsi pour les juridictions du premier degré qui n'ont d'existence qu'en raison de textes législatifs épars et qui peuvent être remises en cause par le simple vote d'une loi.¹¹⁹ De la même manière aucune constitution, hormis celles des îles Solomon¹²⁰ et du Vanuatu,¹²¹ ne fait mention des assemblées et des gouvernements qui officient à l'échelon local ou régional.¹²² Aux Samoa et aux Tonga, la plupart des dispositions légales qui organisent leur système électoral, restent du seul ressort des textes émanant des assemblées législatives locales.¹²³

Autre élément de confusion, ce que l'on regroupe sous le vocable de "la législation locale" dans les pays où la common law prédomine, varie souvent tant en qualité qu'en quantité. En effet, dans sa conception large, il s'agira alors de tous les textes légaux incluant indistinctement l'œuvre législative des parlements tout autant que celle des autorités investies de pouvoirs spéciaux, intervenus localement avant ou après l'indépendance. A cela s'ajoute que cette notion recouvre plusieurs dénominations. Ainsi à Fidji, après le coup d'Etat, entre 1987 et 1992, lorsque la fonction législative fut confisquée par le chef du gouvernement militaire intérimaire, ses décisions prirent le nom de "Decree", une terminologie source de confusions car en temps normal ces textes sont de rang inférieur aux "Acts" (lois). En 1992, une fois l'activité parlementaire restaurée, les décisions du parlement de Fidji prirent naturellement le nom "d'Acts" mais la plupart des "Decrees" pris de 1987 à 1992 restent toujours en vigueur et sont souvent assimilés à des "Acts".

A Tokelau, l'organe législatif compétent s'appelle le "General Fono" et les textes votés "Rules",¹²⁴ aux îles Cook, Fidji, à Nauru, à Samoa, aux îles Solomon, à Tuvalu et au Vanuatu, l'assemblée législative est appelée "Parliament" et les textes qu'ils votent "Acts of Parliament", au Kiribati, il est connu comme le "Maneaba ni Maungatabu", à Niue, il prend le nom d'assemblée de Niue "Niue Assembly", à Tonga, il devient l'assemblée législative "Legislative Assembly". A cet aléa terminologique s'ajoute une autre difficulté qui tient à la

119 *Magistrates' courts, Island courts et Local Courts*. C'est le cas à Fidji, au Kiribati, aux Samoa, aux Solomon, Tuvalu et le Vanuatu; sur ce point voir J Corrin Care, T Newton & D Paterson, *Introduction to South Pacific Law*, op cit p108-110

120 EP Wolfers, *Decentralisation: Options and Issues, a manual for Policy-makers*. London, Commonwealth Secretariat 1982.IV, 180.

121 Y P Ghai, *Vanuatu*, in Larmour, p ed. *Decentralisation in the South Pacific* (Suva: USP, 1985).

122 Ibidem. *City Councils, Town Councils*.

123 LM Niu, *The Constitution and the Traditional Political System of Tonga*, op cit.

124 Tokelau Act 1948, s 3A, incluse dans le Tokelau (Amendment) Act 1996.

multiplicité des personnes ou institutions investies du pouvoir de les prendre. Dans la plupart des pays de la région, on dénombre pas moins de cinq entités différentes habilitées à prendre des règlements: les ministres et le chef de l'Etat;¹²⁵ les gouvernements locaux¹²⁶ ou provinciaux et enfin des autorités spécialement habilitées à cet effet.¹²⁷

Les mêmes incertitudes se rencontrent dans le domaine infra-législatif où là encore, le nom de ces dispositions réglementaires,¹²⁸ tout comme celui des institutions qui ont pouvoir de les prendre, peuvent considérablement varier d'un pays à l'autre.

Ces premiers écueils franchis, se posera alors la question de savoir de quelle manière ces textes et principes légaux, doivent s'appliquer et quelle place ils occupent dans la hiérarchie des normes des petits Etats insulaires du Pacifique Sud anglophone.¹²⁹

De prime abord, il s'agit d'une délicate entreprise. Mais en dépit des différences terminologies qui existent d'un Etat à l'autre, on retrouve néanmoins un certain nombre de points communs qui, selon J Corrin Care, T Newton et D Paterson,¹³⁰ qui se présentent sous la forme de questions récurrentes.

On s'interroge ainsi pour savoir quelles formes de la common law et de l'Equité y sont encore applicables,¹³¹ sur ce que l'on doit considérer comme lois d 'application générale, si les lois impériales sont encore effectivement en vigueur et si leur mise en oeuvre dans un Etat présuppose des mesures particulières de promulgation et dans l'affirmative

125 Voir par exemple à Fidji, le *Passports Regulations (Fiji) (Cap 89, s 4)*, conformément aux sections 12(2) et 15 du *the Passports Act Cap 89 (Fiji)*.

126 Voir par exemple à Tokelau, le *Tokelau (Village Incorporation Regulations 1986)*.

127 Voir par exemple aux Solomon, le *Solomon Islands National Provident Fund Regulations 1976*, pris par le *Solomon Islands National Provident Fund Board* conformément à la section 49 du *Solomon Islands National Provident Fund Act (Cap 109)*.

128 "Orders, Ordinances, bylaws, notices, regulations", et "rules".

129 PJ Bayne, *Judicial Technique and the interpretation of the Pacific Island Constitutions*, In P G Sack, *Pacific Constitutions*, op cit p 291-305.

130 J Corrin Care, T Newton & D Paterson, op cit p 69.

131 Dans la plupart des petits Etats insulaires du Pacifique Sud anglophone, il n'est guère douteux que les principes de la common law et de l'Equité tels qu'ils ont pu évoluer en Angleterre y ont été introduits, exception faite des Tonga. Toutefois, rien ne permet d'affirmer qu'à Tuvalu et qu'au Vanuatu, ce soient les principes de la common law anglaise qui sont applicables, les textes et décisions de justice semblant plutôt privilégier les principes dégagés par la common law du Commonwealth lesquels ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux qui ont toujours été appliqués en Angleterre.

lesquelles,¹³² s'il convient d'adapter ces principes et ces règles aux circonstances particulières d'un pays, sur la nature exacte de leurs champs de compétences *ratione personae* respectifs,¹³³ sur les rapports qu'ils peuvent entretenir avec les autres règles de droit aujourd'hui applicables dans ces pays notamment la coutume et enfin de quelle manière la preuve de leur applicabilité doit être rapportée et par qui?¹³⁴

La multiplicité des questions posées et des solutions qui les accompagnent rendent le droit applicable dans cette partie du monde fondamentalement unique et quand bien même, les petits pays insulaires du Pacifique anglophone ont réussi à développer des mécanismes d'interactions entre les différents droits en vigueur, cette situation reste surtout une source de tension qui obligatoirement impose une approche pluraliste.

Dans ce contexte particulier, seule une approche pluraliste permet tout à la fois d'expliquer le phénomène de remise en cause du droit colonial dans le Pacifique, mais uniquement en qu'il fut aliénateur des peuples colonisés et de justifier dans quelles conditions il a néanmoins réussi à acquérir une légitimité en étant incorporé dans des systèmes juridiques où il cohabite maintenant avec les règles coutumières et celles qui émanent des nouveaux parlements. Une des principales conséquences de cette méthode est de non seulement remettre en cause de manière fondamentale, l'idée selon laquelle un ordre juridique n'a de valeur que pour autant qu'il est conçu comme "unifié et hiérarchisé",¹³⁵ mais aussi de prouver que la règle de droit n'est pas uniquement la

132 En effet, le doute demeure quant à leur application automatique au Kiribati, à Tonga et au Vanuatu où leur application semble subordonnée à une reconnaissance préalable par la loi ou les tribunaux. Le recours à la notion de "date butoir" jusqu'à laquelle l'ensemble ou partie de la législation coloniale peuvent être considérés comme faisant toujours partie du droit, est souvent utilisé. Il en est ainsi aux îles Cook, Nauru, Niue, Tokelau, au Kiribati et à Tuvalu. A l'inverse aucune date butoir n'a été prévue aux Samoa, à Tonga et au Vanuatu pour l'introduction de la common law et de l'Equité.

133 Ainsi au Vanuatu, il n'est pas certain que les principes de la common law et de l'Equité s'appliquent aux personnes qui ne sont pas des citoyens britanniques, c'est-à-dire plus particulièrement les citoyens français et les habitants de ces îles. Sur la question, voir notamment A H Angelo, *L'application du droit Français au Vanuatu: quelques observations sur son déclin et sur son avenir*, RJP, op cit.

134 QE Bayle, *Whether or not to Prosecute*, in *Pacific Courts and Justice*, London, Commonwealth Magistrate Association, 1977, p 93; G Powles, *Expectations of Law and Custom: Civil Procedure in Western Samoa and Tonga*, op cit.

135 M Delmas-Marty, *Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun*, Dalloz 2001, n°17, p 1327.

résultante d'un processus d'élaboration neutre et rationnelle émanant d'un Etat central uniquement.¹³⁶

III CONCLUSION

L'histoire des anciennes colonies du Pacifique anglophone justifie sans trop de difficulté la nature hétérogène¹³⁷ des systèmes de droits qui y sont aujourd'hui applicables.¹³⁸ Comme le fait remarquer le Professeur A Angelo, "l'invasion légale "n'étant qu'un avatar de "l'invasion politique et économique",¹³⁹ le droit applicable dans le Pacifique anglophone, apparaît d'abord comme une série de principes et de règles importés par les colonisateurs successifs, lesquels ont été repris et adaptés, à des degrés divers, après l'accession à l'indépendance ou à l'autonomie interne par les anciennes colonies.¹⁴⁰

En cela, le phénomène qu'ont connu les pays du Pacifique anglophone, n'est certainement pas unique puisque les anciennes colonies africaines ont elles aussi connu un sort à bien des égards semblable.¹⁴¹ Cependant, une différence demeure. Elle tient fondamentalement à la multiplicité des puissances coloniales qui, pour des périodes plus ou moins longues, se sont succédées dans cette partie du monde et il n'y a pratiquement aucun exemple de rejet de l'ensemble des lois déjà existantes lors de l'accession à l'indépendance des petits Etats insulaires du Pacifique Sud anglophone, la tendance ayant surtout été à la conservation des dispositions légales antérieures.

136 Sur cette question en général, voir notamment MB Hooker (1975) *Legal Pluralism: An introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Clarendon Press, Oxford, J Griffiths (1986) *What is Legal Pluralism ?* Journal of Legal Pluralism, n°24, p1-55; sur la mise en œuvre de ce principe dans le Pacifique Sud (hors territoires francophones) B. Hughes, *The Politic of Legal Pluralism*, USP (School of Law) Occasional Papers Series, n°7; U. Baxsi *Discipline, Repression and Legal Pluralism*(1986), in Sack P & Minchin E *Legal Pluralism: Proceedings of the Canberra Workshop*, ANU Canberra, 51.

137 M A Ntuny ed, *South Pacific Islands Legal Systems*, University of Hawaii Press. Honolulu, voir en particulier l'introduction. Voir aussi à titre d'exemple, J Corrin Care, *Bedrock and Steel blues: Finding the Law Applicable in Vanuatu* (1988) 24 CLB 594.

138 Sur la notion de "legal pluralism", voir notamment SE Merry (1988), *Legal Pluralism*, in Sask & Aleck (eds), *Law and Anthropology*, Aldershot, Dartmouth,

139 A Angelo, *Lo Bilong Yumi Yet* (1992) 22, VUWLR Monograph 4, *Essays and Documents on Human Rights in the Pacific*, p 34

140 G Powles, *Law, Courts and Legal Services in Pacific Societies*, in G Powles & M Pulea, *Pacific Courts and Legal Systems*, op cit p 6.

141 Voir notamment, R David & C Jauffret-Spinosi, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, Précis Dalloz, 1992 (10 ième éd), p 447 à 462.

Mais ce qui n'avait été conçu que comme de simples mesures transitoires, dans l'attente de la mise en place de lois locales, devait dans la pratique se transformer en une situation quasi-permanente.

Ainsi ont été conservés pêle-mêle, les principes posés par la common Law et l'Équité,¹⁴² nombre de lois qui étaient en vigueur en Angleterre ou dans ses anciennes colonies d'Australie et de Nouvelle-Zélande à une date particulière,¹⁴³ la quasi-totalité des législations dites "coloniales", c'est-à-dire celles qui émanaient de l'organe législatif de la colonie avant qu'elle accède à l'indépendance.¹⁴⁴

Il n'est donc guère surprenant que la détermination des textes qui sont effectivement applicables s'accompagne d'ambiguïtés et d'incertitudes.

142 G Powles, *The Common Law in the Pacific: Experiences in Polynesia*, Hong Kong, University of Hong Kong, 1986, 30 p.

143 Aussi appelées les "lois impériales".

144 JF Northey, *Aspects of the Legal Systems of the South Pacific*, (1979) 5 (2) *Samoa Pacific Law Journal*, 59-66.