



HAL
open science

Le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, une institution en mutation ?

Carine David

► **To cite this version:**

Carine David. Le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, une institution en mutation ?. Cultures, sociétés et environnement à Vanuatu et dans le Pacifique, 2013. hal-02117067

HAL Id: hal-02117067

<https://hal.science/hal-02117067>

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.

Le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, une institution en mutation ?

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 des débats institutionnels aussi bien en Nouvelle-Calédonie qu'à Vanuatu, deux sujets m'apparaissaient pertinents dans mon modeste domaine de compétence, à savoir le droit constitutionnel : les outils d'ingénierie institutionnelle permettant une stabilité gouvernementale, le Vanuatu comme la Nouvelle-Calédonie ayant récemment connu des périodes troublées, ou la problématique de l'institutionnalisation de la coutume.

Ces deux questions s'avèrent cruciales tant à Vanuatu qu'en Nouvelle-Calédonie. Et il est vrai que la mise en commun d'expériences est toujours riche d'enseignements.

J'ai finalement décidé de traiter de la prise en compte de la coutume dans les institutions, parce que la littérature en ce domaine est beaucoup moins développée qu'en matière de stabilité gouvernementale. Plus particulièrement, le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie ne fait clairement pas partie des priorités lorsqu'il s'agit pour les scientifiques d'étudier le contexte institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, notamment parce qu'ils se focalisent le plus souvent sur la relation entre la France et la collectivité ultra marine. Et lorsqu'il s'agit d'étudier l'architecture interne des institutions, l'observateur se concentre plus volontiers sur l'originalité d'un gouvernement désigné à la représentation proportionnelle ou à l'assemblée locale, dotée d'un pouvoir législatif, ce qui est exceptionnel dans le cadre d'un Etat unitaire comme la France.

L'objet de mon exposé est donc de présenter le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie dans une perspective à la fois analytique, comparatiste et prospective.

Le Sénat coutumier a été créé pour remplacer le Conseil consultatif coutumier issu des accords de Matignon de 1988. Cet organe purement consultatif pouvait être consulté par le Congrès du Territoire, les assemblées de province et l'Etat et pouvait saisir ces mêmes instances sur des questions liées au statut civil coutumier et au régime des réserves foncières. Mais rapidement, les compétences purement consultatives de cet organe ont été remises en cause par les autorités coutumières, qui souhaitaient participer plus activement aux responsabilités politiques. La création du Sénat coutumier répond à cette aspiration sans pour autant se placer en

rupture avec les compétences du Conseil consultatif coutumier. Trouvant son fondement constitutionnel dans l'Accord de Nouméa signé le 5 mai 1998 entre l'Etat français, les représentants loyalistes et indépendantistes, ses modalités d'organisation et de fonctionnement sont fixées par la loi organique statutaire du 19 mars 1999.

L'originalité du Sénat coutumier réside très clairement dans la volonté d'une institutionnalisation républicaine de structures d'origine coutumière, dans le cadre de la mise en place d'un bicaméralisme partiel, entendu comme l'existence de deux assemblées formant le Parlement mais dans certains domaines seulement, qui trouve sa source dans l'Accord de Nouméa.

Le choix entre bicaméralisme et monocaméralisme n'est pas anodin. L'ingénierie institutionnelle relative aux modalités d'exercice du pouvoir législatif est primordiale dans la mesure où elle vise à assurer la meilleure représentation possible de la population afin que l'expression du Parlement reflète au mieux la volonté populaire.

Dans ce cadre, le choix entre monocaméralisme et bicaméralisme s'avère important.

Alors que certaines démocraties ont fait le choix d'un Parlement monocaméral, comme nos voisins néo-zélandais, d'autres se tournent plus volontiers vers le bicaméralisme.

Il est toutefois constant que dans la mesure où il existe des démocraties disposant d'un Parlement monocaméral, l'existence d'une seconde chambre doit toujours être justifiée par sa pertinence. La participation d'une seconde chambre au processus législatif implique en effet nécessairement une discussion sur la légitimité de l'institution. On le verra, le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie ne fait pas exception à cette règle.

Des chiffres tout d'abord : le bicaméralisme connaît une expansion numérique. Alors qu'on dénombrait 45 parlements bicaméraux en 1970, il en existait 68 en 2000 et 78 au 31 décembre 2007. Le nombre symbolique de 80 a été dépassé en 2008.

Cet engouement croissant pour le bicaméralisme s'expliquant par l'augmentation du nombre de démocraties dans le monde, il y a lieu de voir ce développement d'un œil bienveillant.

I. Une seconde chambre, pour quoi faire ?

Pourquoi certains pays optent-ils pour le bicaméralisme ? Les futurs fondateurs de la nation américaine avaient longuement débattu de la question dans les *Federalist Papers*. Depuis, la doctrine a dégagé un certain nombre de critères justifiant le recours au bicaméralisme (A) qui trouve un écho particulier dans le contexte politique particulier des sociétés plurielles (B).

A - Le bicaméralisme, facteur de renforcement de la démocratie

Selon les critères classiques du bicaméralisme, l'existence d'une seconde chambre au sein du Parlement a trois conséquences majeures :

1. Tout d'abord, elle signifie une meilleure représentativité du Parlement par la diversification de la représentation, la seconde chambre étant le plus souvent désignée selon un mode de suffrage différent.

Léon Duguit précisait : « *Quant à la composition respective des deux chambres, le meilleur système apparaît si l'on comprend qu'une société, une nation, se compose non seulement d'individus mais encore de groupes d'individus qui constituent autant d'éléments sociaux distincts des individus : les groupes communaux, familiaux, les associations ouvrières, agricoles, industrielles, commerciales, scientifiques et même religieuses. Si l'on veut que le Parlement soit une exacte représentation du pays, il faut qu'il soit composé de deux chambres, dont l'une représentera plus particulièrement les individus et dont l'autre représentera plus particulièrement les groupes sociaux, suivant un système que l'art politique saura déterminer pour chaque pays... Les deux chambres ont alors un mode de recrutement démocratique, national ; le Parlement contient alors tous les éléments constitutifs du pays ; il est véritablement un organe de représentation.* »¹

2. Ensuite, le bicaméralisme entraîne une obligation de soumettre la loi à deux chambres différentes, enrichissant ainsi la discussion parlementaire et par là, la qualité de la loi.
3. Enfin, le bicaméralisme permet d'instaurer un contre-pouvoir par rapport aux premières chambres qui sont plus soumises au rythme des élections et au programme gouvernemental. A cet égard, le bicamérisme s'avère en effet être un instrument d'équilibre institutionnel et de protection contre les excès d'une majorité ou la pression de l'actualité.

¹ Léon Duguit, « Manuel de droit constitutionnel », Ed. Panthéon Assas, Coll. Les introuvables, 2007, p. 170.

Ainsi, Montesquieu avait très justement souligné en parlant du Parlement britannique : « *Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher* ». ²

S'agissant du cas spécifique de la Nouvelle-Calédonie, il est bien évident que c'est le premier de ces critères qui nous intéresse particulièrement : la représentativité différente de la seconde chambre. Aujourd'hui, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie est composé d'élus issus des assemblées de province (32/15/7) désignées par un scrutin de liste proportionnel à la plus forte moyenne. Or, nous savons que parmi les dizaines de modes de scrutin existant à travers le monde, paradoxalement le scrutin de liste favorise davantage un programme ou un parti que la représentation du peuple.

B - Le cas spécifique des sociétés plurielles

Dans une société plurielle comme la Nouvelle-Calédonie, il paraît absolument nécessaire de mettre en place des moyens de tempérer la logique majoritaire de la démocratie représentative classique.

En effet, la Nouvelle-Calédonie peut être sans conteste qualifiée de société plurielle, entendue comme « *une société profondément divisée suivant des clivages religieux, idéologique, linguistique, culturel, ethnique ou racial, et qui est virtuellement constituée en sous-sociétés séparées ayant chacune son parti politique, son groupe d'intérêt et son moyen de communication* ».

Or, la démocratie majoritaire et ses mécanismes institutionnels classiques ne peuvent pas être considérés comme adaptés à une société plurielle puisqu'elle fera systématiquement prévaloir le groupe numériquement le plus important sur le ou les autres groupes qui forment ladite société.

Selon Arend Lijphart, politologue américain d'origine néerlandaise, « *dans les sociétés plurielles, ..., la flexibilité nécessaire à la démocratie majoritaire est absente. Dans ces conditions, la loi de la majorité est non seulement antidémocratique, mais aussi dangereuse, parce que les minorités auxquelles l'accès au pouvoir est constamment dénié, se sentiront exclues, victimes de discrimination et cesseront de manifester leur allégeance au régime* » (Lijphart, 1984 : 22 - 23).

² Montesquieu, « Esprit des lois », livre XI, chapitre VI.

Lijphart s'appuie donc sur l'exemple de son pays d'origine divisé entre catholiques et protestants, les Pays bas du début du 20^{ème} siècle, où les élites politiques sont arrivées à imaginer des mécanismes suscitant davantage la coopération que la concurrence que l'on décrit comme démocratie consensuelle ou « démocratie de concordance » et qui visent à atténuer les effets de la loi de la majorité dans les sociétés plurielles.

A la prédominance du plus grand nombre, la démocratie consensuelle permet le règne du plus de monde possible dans une recherche permanente de l'équilibre entre les communautés et de conciliation par l'intermédiaire de leurs élites.

Dans le cadre de la démocratie consociative, le bicaméralisme apparaît comme un élément, un outil permettant une modération du pouvoir majoritaire en introduisant une logique décisionnelle plus consensuelle. La seconde chambre doit alors être vue comme un élément de modération de la logique majoritaire.

C'est d'ailleurs cette fonction de modérateur du pouvoir majoritaire qui fonde alors sa légitimité.

Or, est-il possible de considérer qu'il existe un élément modérateur au pouvoir délibérant de la Nouvelle-Calédonie ?

La prédominance des représentants de la Province Sud de loin la plus peuplée, et donc de loin la plus dotée en élus (32 sur 54), impose une majorité loyaliste, majoritairement européenne au sein des institutions calédoniennes, nécessitant la mise en place d'une seconde chambre pour tempérer cette logique occidentale, au détriment de la représentation de la société kanak et donc de la prise en compte de la coutume dans l'élaboration de la règle de droit.

Bien sûr, il est possible de faire référence au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et à sa composition à la représentation proportionnelle, laquelle est sensée permettre une prise de décision consensuelle à même de faire prévaloir une appréhension métissée des problèmes. Toutefois, d'une part, le consensualisme ne se situe qu'au niveau de l'initiative législative. D'autre part, cela va sans prise en compte des limites même du système du gouvernement collégial puisque la prise de décision consensuelle est une obligation de moyen³ qui peut facilement être écartée lorsqu'un groupe politique ou une coalition dispose de la majorité absolue, les décisions pouvant être prises à la majorité absolue en l'absence de consensus.

³ Article 132 al. 1^{er} Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 : « *Le gouvernement est chargé collégalement et solidairement des affaires de sa compétence. Ses décisions sont prises à la majorité de ses membres. En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.* »

Cette logique majoritaire retrouve d'ailleurs toute sa place au Congrès.

Par ailleurs, et on reviendra sur cette question, la représentation de la population de sensibilité indépendantiste, très majoritairement kanak, se fait au sein des institutions par des hommes politiques mélanésiens, dont une faible proportion est par ailleurs issue du sérail coutumier. Ceux-ci ne représentent donc pas la coutume mais la population mélanésienne, de sensibilité indépendantiste.

Il existe donc clairement une nécessité de renforcer une logique consensuelle dans le système actuel essentiellement majoritaire en Nouvelle-Calédonie.

II - Quel bicaméralisme en Nouvelle-Calédonie ?

A partir du moment où l'existence d'une seconde chambre apparaît nécessaire afin d'assurer une meilleure représentation de la population au sein du Parlement, il convient de caractériser le bicaméralisme dont aurait besoin la Nouvelle-Calédonie.

Dans cette optique, il convient de préciser que la doctrine identifie clairement une équation : légitimité/pouvoir/influence dans le cadre du bicaméralisme. Ainsi, plus la légitimité de la seconde chambre est avérée, plus ses pouvoirs seront accrus et plus son influence sur le processus décisionnel sera importante.

La corrélation entre ces différents éléments révèle que le degré de conciliation introduit par l'existence d'une seconde chambre est lié aux pouvoirs de cette seconde chambre, la portée desquels dépend directement de sa légitimité (A).

Partant du principe que c'est la fonction modératrice du pouvoir majoritaire qui fonde la légitimité de la seconde chambre, il y a lieu de s'interroger sur le positionnement du Sénat coutumier dans cette perspective. En d'autres termes, le Sénat coutumier permet-il une représentation plus équitable des composantes de la société calédonienne (B) ?

Il convient de noter qu'il paraît toutefois difficile d'apporter une réponse tranchée à une telle question, tant elle dépend du projet politique poursuivi (C).

A - Les différents degrés du bicaméralisme, selon la théorie de Arend Lijphart

Arend Lijphart, père de la théorie de la démocratie consociative, a fait du bicaméralisme un élément central de son modèle de démocratie. Le modèle idéal ne prévoirait pas seulement le bicaméralisme mais un bicaméralisme pouvant être qualifié de « fort », c'est-à-dire une seconde chambre influente qui permette un dialogue réel, une véritable négociation sur les textes car elle dispose d'une véritable légitimité.

Afin de déterminer si un système politique s'appuie sur un bicaméralisme « fort » ou « faible », Arend Lijphart propose une classification des systèmes selon deux critères. Le premier s'interroge sur la représentativité identique ou non entre les assemblées alors que le second est relatif au caractère symétrique ou asymétrique des pouvoirs des deux chambres.

Le premier critère se concentre sur la composition de l'assemblée. Lorsque les deux chambres sont élues selon des méthodes différentes ou désignées de manière à surreprésenter certaines minorités, elles sont considérées comme dissemblables ou « incongruent ». Sinon, la composition est considérée comme équivalente ou « congruent ». Dans les sociétés plurielles, la chambre haute est souvent désignée pour représenter les différents groupes formant la société et aura donc une représentativité différente de la chambre basse.

Cette représentativité différente influe le plus souvent sur les pouvoirs de la seconde chambre. Ceux-ci sont extrêmement importants pour déterminer sa capacité à influencer sur le processus législatif et donc à infléchir la politique de la première chambre. Ce second critère démontre que les pouvoirs des secondes chambres diffèrent grandement d'un système politique à l'autre, allant d'une simple faculté de retarder les textes, comme en Espagne par exemple, à un véritable droit de veto sur toutes les lois comme en Australie ou aux Etats-Unis.

Selon Arend Lijphart, il faut prendre en compte les modalités de désignation des membres de la seconde chambre. En effet, selon l'auteur, cet aspect est primordial pour déterminer les pouvoirs réels de la chambre, les chambres n'étant pas élues au suffrage universel direct souffrent d'un manque de légitimité démocratique, et donc de l'influence que confère une telle élection.

Afin de déterminer si la chambre haute dispose de pouvoirs symétriques à ceux de la chambre basse, la première doit donc disposer de pouvoirs constitutionnels et d'une légitimité identique ou proche de celle de la seconde chambre. Peu de secondes

chambres répondent à ces critères. Les autres sont considérées comme ayant des pouvoirs asymétriques.

Pour Lijphart, un bicaméralisme fort est caractérisé par des pouvoirs symétriques et une composition dissemblable. Un système qui présente une seule des deux caractéristiques aura un bicaméralisme médian alors qu'un système dans lequel les deux chambres ont des pouvoirs asymétriques mais une composition semblable aura un bicaméralisme faible.

Qu'en est-il en Nouvelle-Calédonie ? Avant d'être à même de caractériser le bicaméralisme en Nouvelle-Calédonie, il convient d'examiner la composition et les pouvoirs du Sénat coutumier.

B - Un bicaméralisme partiel en Nouvelle-Calédonie

La qualité d'institution du Sénat coutumier est affirmée sans équivoque aussi bien dans l'Accord de Nouméa que dans la loi organique.

Cet Accord prévoit dans son point 1.2.5. que : « *Le Conseil coutumier de la Nouvelle-Calédonie deviendra un "Sénat coutumier", composé de seize membres (deux par aire coutumière), obligatoirement consulté sur les sujets intéressant l'identité kanak* ».

Un peu plus loin, en son point 2.1.4., l'Accord stipule que « *Le Sénat coutumier sera obligatoirement saisi des projets de lois du pays et de délibération lorsqu'ils concerneront l'identité kanak au sens du présent document. Lorsque le texte qui lui sera soumis aura le caractère de loi du pays et concernera l'identité kanak, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie devra à nouveau délibérer si le vote du Sénat coutumier n'est pas conforme. Le vote du Congrès s'imposera alors* ».

En application de l'Accord de Nouméa et conformément à l'article 77 nouveau de la Constitution française du 4 octobre 1958, le Sénat coutumier a donc été institué par la loi organique du 19 mars 1999.

L'article 2 de la loi organique statutaire prévoit sans équivoque que « *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie comprennent le congrès, le gouvernement, le sénat coutumier, le conseil économique et social et les conseils coutumiers* ». Les articles 137 à 148 de la loi l'organisent.

La qualité de seconde chambre du Sénat coutumier ne paraît pas poser de difficulté en matière législative. Son originalité, qui réside dans sa compétence matérielle

partielle, puisque limitée à l'identité kanak, ne saurait exclure la qualité de seconde chambre au Sénat.

Murielle Mauguin Helgeson, auteur d'un ouvrage sur l'élaboration parlementaire de la loi, précise d'ailleurs que, « *l'appartenance au parlement n'est pas toujours un signe décisif pour définir le concept de seconde chambre et n'est pas liée à la détention de compétences ou de pouvoirs mais renvoie au concept de légitimité en vigueur* ». ⁴

Dès lors, nous analyserons le Sénat coutumier à travers le prisme de l'équation légitimité/pouvoirs/influence. Afin de mesurer l'influence du Sénat coutumier, il est nécessaire d'examiner ses pouvoirs, lesquels dépendent de sa légitimité.

1/ Les modalités de désignation des sénateurs coutumiers

Le sénat coutumier est composé de seize membres désignés par chaque conseil coutumier, selon les usages reconnus par la coutume, à raison de deux représentants par aire coutumière de la Nouvelle-Calédonie. La durée du mandat est de 5 ans.

A partir de là, il semble que deux questions récurrentes et imbriquées doivent ici être analysées :

- Qui représente le Sénat ?
- Quelle légitimité pour les membres du Sénat ?

En effet, les modalités de désignation des membres du Sénat sont décrites et posent en conséquence question sur la légitimité du Sénat.

On le sait, le Sénat coutumier n'est pas une autorité coutumière à proprement parler puisque c'est une institution prévue par l'Accord de Nouméa. Elle y est justifiée par « *la pleine reconnaissance de l'identité kanak* », qui conduit « *à prévoir la place des structures coutumières dans les institutions, notamment par l'établissement d'un Sénat coutumier* » ⁵.

Dès lors, quel est le rôle du Sénat ? A-t-il vocation à représenter la coutume ou la population kanak ?

Certains objectent qu'il n'y a pas une réelle connexion entre les structures traditionnelles et le Sénat. En effet, les sénateurs coutumiers sont désignés par les

⁴ Murielle Mauguin Helgeson, in « *L'élaboration parlementaire de la loi – Etude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)* », Dalloz, Coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, p. 327.

⁵ Préambule de l'Accord de Nouméa.

conseils coutumiers, autorités coutumières chargées d'interpréter la coutume de leur aire coutumière auprès des autorités qui les saisissent (assemblées, haut-commissaire, autorités administratives ou juridictionnelles, etc.). Or, il est reproché à ces conseils coutumiers de ne pas être des autorités coutumières historiques, puisqu'elles ont été créés par les statuts précédents et reconduits en 1999, tout comme les chefs, créés par le décret du 9 août 1898. Les Conseils des Anciens ou les Conseils des chefs de clan dans les tribus, qui sont des autorités coutumières historiques, ne participent pour leur part pas directement à la désignation des sénateurs. De ce fait, le lien entre Sénat coutumier et autorités coutumières, représentant la coutume, fait polémique pour certains.

Notons toutefois que ces conseils coutumiers sont eux-mêmes désignés dans chaque aire coutumière « selon les usages propres à celle-ci », en application de l'article 149 de la loi organique. Ce mode de désignation relie les autorités coutumières historiques et les structures coutumières institutionnalisées.

Cette légitimité des sénateurs coutumiers est également remise en cause par les tenants du suffrage universel et des valeurs occidentales liées à la notion de démocratie.

A cet égard, la loi organique prévoit qu'une loi du pays peut modifier à partir de 2005 le mode de désignation des sénateurs. En effet, la loi organique prévoit que « *pour les renouvellements du sénat coutumier intervenant à compter de 2005, ses membres peuvent être élus dans chaque aire coutumière selon des modalités et par un collège électoral déterminés par une loi du pays* ». En d'autres termes, une loi du pays adoptée par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie peut prévoir une réforme des modalités de nomination des sénateurs coutumiers.

Cette question est dès lors inmanquablement posée lors de chaque Congrès du pays kanak, institué par le règlement intérieur du Sénat, précédent le renouvellement du Sénat. Ce fut le cas en 2005 et en 2010.

Les coutumiers ont tranché pour le statu quo, craignant que « l'irruption du mode électif et donc conflictuel des pratiques politiques dans la sphère coutumière » ne brise le ciment de la tradition. Est redouté le phénomène d'acculturation induit par un mode de désignation électif, entrant en contradiction avec la logique hiérarchique de la coutume.

S'il y a lieu de confirmer que la mise en place d'un système électif se heurte à la logique hiérarchique du système coutumier, on peut objecter à cette crainte qu'au

Vanuatu comme à Fidji, les membres des instances coutumières sont élus depuis longtemps. Ce mode de désignation non conforme aux valeurs de la démocratie occidentale et majoritaire participe également de la remise en cause de la légitimité du Sénat coutumier.

Cela pose toutefois la question de ce qu'est sensé représenter les membres du Sénat coutumier. Un sénateur élu au suffrage universel kanak, qui regrouperait les kanak relevant du statut civil coutumier, ne sera plus représentant de la coutume, mais bien du peuple kanak. La nuance est de taille car il nous semble que si l'objectif est de prévoir une prise en compte de la coutume au moment de l'élaboration de la règle de droit, alors l'existence du Sénat coutumier se justifie. Si, au contraire, il s'agit de représenter la seule population mélanésienne, par ailleurs déjà représentée au Congrès de la Nouvelle-Calédonie, élu au scrutin proportionnel, alors cette surreprésentation paraît plus difficilement justifiable.

2/ Les pouvoirs ambivalents du Sénat

Or, à la lecture de l'Accord de Nouméa et de la loi organique statutaire, il apparaît que le sénat coutumier ait plutôt été conçu comme un organe permettant la prise en compte de la coutume et des règles traditionnelles propres à la société kanak que comme une instance représentative de la société kanak. C'est la spécificité de la population autochtone du territoire qui a été mise en exergue plus que les hommes.

Dans cette optique, le Sénat est représenté au conseil économique et social, aux conseils d'administration de certains établissements publics, au comité consultatif des mines.

Après avis des conseils coutumiers, le sénat coutumier désigne les membres de l'académie des langues kanak, il constate la désignation des autorités coutumières et la notifie au président du gouvernement.

Surtout, le Sénat coutumier participe dans les domaines liés à la coutume au processus législatif, dans le cadre d'une véritable navette parlementaire. En effet, tout projet ou proposition de loi du pays relatif aux signes identitaires, au statut civil coutumier, au régime des terres coutumières et, notamment, à la définition des baux destinés à régir les relations entre les propriétaires coutumiers et exploitants sur ces terres et au régime des palabres coutumiers, aux limites des aires coutumières ainsi qu'aux modalités d'élection au sénat coutumier et aux conseils coutumiers déposés

sur le bureau du Congrès est transmis au sénat coutumier par le président du congrès.

Le sénat coutumier délibère sur ce projet ou cette proposition de loi du pays dans les deux mois de sa saisine. S'il ne s'est pas prononcé dans ce délai, il est réputé avoir adopté le texte. Le texte adopté par le sénat coutumier est ensuite soumis à la délibération du congrès.

Si le congrès n'adopte pas un texte identique à celui adopté par le sénat coutumier, le sénat coutumier est saisi du texte voté par le congrès. Si le sénat coutumier n'adopte pas ce texte en termes identiques dans un délai d'un mois, le congrès statue définitivement.

Le sénat coutumier est par ailleurs consulté, selon les cas, par le président du gouvernement, par le président du congrès ou par le président d'une assemblée de province sur les projets ou propositions de délibération intéressant l'identité kanak. Il peut être consulté par les mêmes autorités sur tout autre projet ou proposition de délibération. Il peut également être consulté par le haut-commissaire sur les questions de la compétence de l'Etat.

Il peut désigner l'un de ses membres pour exposer devant le congrès ou l'assemblée de province l'avis du sénat coutumier sur les projets ou propositions de délibération qui lui ont été soumis.

A son initiative ou sur la demande d'un conseil coutumier, le sénat coutumier peut saisir le gouvernement, le congrès ou une assemblée de province de toute proposition intéressant l'identité kanak. L'institution saisie d'une proposition intéressant l'identité kanak informe le président du sénat coutumier des suites réservées à cette proposition.

Au delà, le Sénat joue un rôle important qu'il a souvent du mal à faire reconnaître.

Le Sénat s'est notamment fixé pour objectif d'élaborer le cadastre coutumier. Une telle entreprise implique la restructuration du maillage complet des chefferies et leur réhabilitation, qui passe par la revalorisation des moyens accordés aux chefferies.

Le cadastre coutumier - ou en tout cas un modèle à l'essai - est espéré d'ici 2020. Pour le Sénat, « *L'établissement de ce dernier revient à écrire l'histoire des groupes sur la terre et dans l'espace, en tenant compte de l'histoire ancienne et de la décolonisation et de l'histoire récente* ». Ce rétablissement du lien à la terre pourrait avoir une influence sur le flottement identitaire actuellement induit par les incertitudes et les conflits sur les questions foncières.

Le Sénat coutumier travaille également sur les règlements des conflits. Fin avril 2009, le Sénat a rendu un avis en indiquant qu'une ordonnance d'octobre 1982 conférait un pouvoir de conciliation aux Autorités coutumières, « conformément aux méthodes traditionnelles de régulation des conflits ».

Le Sénat a proposé l'instauration de structures adéquates : « l'instance de résolution des conflits et de partage équitable des terres » qui serait présidée par le Haut-Commissaire et le président du Sénat et un « comité de médiation » au niveau de chaque conflit, comprenant des représentants coutumiers, le maire, un représentant provincial et un commissaire. Pour bien comprendre, il faut savoir qu'en 150 ans de colonisation, l'organisation sociale autochtone a été déstructurée. De fait, l'autorité coutumière est aujourd'hui soit contestée coutumièrement par certains, soit niée ou ignorée par d'autres.

Le Sénat se veut instigateur et accompagnateur d'une démarche de réforme des autorités coutumières. « Le rôle des autorités coutumières est d'autant plus difficile que leur dispositif juridique n'est plus adapté et s'avère insuffisant ». Pour le Sénat, il convient de réorganiser et de moderniser les structures claniques.

Le Sénat se veut également un élément moteur dans la réflexion sur la justice coutumière, sur la jeunesse kanak et sur bien d'autres sujets encore.

3/ Le fonctionnement de l'institution

Si les pouvoirs dont est doté le Sénat sont relativement importants, on le verra en comparant avec les autres peuples autochtones et les Etats du pacifique, son mode de fonctionnement s'avère lui beaucoup moins ambitieux. Son fonctionnement est assuré par une dotation spécifique qui constitue une dépense obligatoire inscrite au budget de la Nouvelle-Calédonie après consultation du sénat coutumier.

Le sénat coutumier bénéficie par ailleurs de la mise à disposition d'agents de la Nouvelle-Calédonie.

Le président du sénat coutumier organise et dirige les services du sénat coutumier, seulement depuis une réforme de 2009. Avant cette date, le Sénat était géré comme un service du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

Par consensus coutumier, la présidence du Sénat est tournante « pour incarner successivement chaque pays » et 8 commissions nourrissent sa réflexion:

développement économique et social, terres kanak, affaires culturelles, droit et justice, éducation et formation, conciliation et résolution des conflits, santé et médecine traditionnelle et budget et finance.

C - La caractérisation du bicaméralisme en Nouvelle-Calédonie

Au regard de ces caractéristiques, il est possible de définir le bicaméralisme en Nouvelle-Calédonie comme un bicaméralisme médian.

Du point de vue des pouvoirs de l'assemblée, il apparaît une asymétrie très nette entre le Congrès et le Sénat coutumier.

En effet, le Sénat coutumier ne dispose dans la plupart des domaines que d'un pouvoir consultatif. Sa consultation est obligatoire s'agissant des projets et propositions de textes réglementaires intéressant l'identité kanak, elle est facultative dans tous les autres cas.

Dans les domaines législatifs intéressant l'identité kanak, le Sénat dispose néanmoins d'un pouvoir délibératif dans la mesure où il participe à une véritable navette dans la discussion des textes, le Congrès ayant toutefois le dernier mot. Toutefois, dans les autres domaines relevant de la loi, son avis n'est même pas requis.

Par ailleurs, le Sénat coutumier dispose d'un droit d'initiative indirect, celui-ci pouvant saisir le Congrès, le Gouvernement ou une assemblée de province de toute proposition intéressant l'identité kanak.

S'agissant de sa composition, on l'a dit, le sénat coutumier est composé de seize membres désignés par chaque conseil coutumier, selon les usages reconnus par la coutume, à raison de deux représentants par aire coutumière de la Nouvelle-Calédonie.

Dès lors, le Sénat coutumier ayant des pouvoirs faibles au regard de ceux dévolus au Congrès mais ses membres étant désignés selon des modalités très différentes de la chambre basse, le bicaméralisme en Nouvelle-Calédonie peut être qualifiée de médian.

On peut à cet égard vérifier l'équation légitimité/pouvoir/influence pour le Sénat coutumier, laquelle permet de déceler un net manque de légitimité :

- Les pouvoirs délibératifs de l'assemblée coutumière sont restreints au seul domaine de l'identité kanak et non au droit commun, pour lequel il devient une institution consultative et facultative. En effet, représentant la seule population mélanésienne, il est appréhendé comme manquant de légitimité pour intervenir dans les autres domaines ;
- Au surplus, les pouvoirs restreints du Sénat coutumier dans le domaine de l'identité kanak (le Congrès a le dernier mot, absence d'instance de conciliation de type Commission Mixte Paritaire) peut également s'expliquer par la légitimité parfois décriée des sénateurs coutumiers au sein de la population mélanésienne elle-même, laquelle s'explique par un conflit récurrent de légitimité entre élus kanak désignés au suffrage universel et représentants coutumiers désignés selon les règles coutumières. Cela a pour conséquence que, même dans son domaine d'intervention privilégié, le Sénat souffre d'un manque de légitimité qui explique ses faibles pouvoirs dans le processus législatif.

Dès lors, il apparaît que le Sénat coutumier, dans sa configuration actuelle, ne répond pas à la définition d'une seconde chambre instaurant un bicaméralisme fort, nécessaire pour une représentation optimale de l'ensemble de la population dans une société plurielle comme la Nouvelle-Calédonie.

L'éventuelle évolution de l'institution allant dans le sens de la mise en place d'un bicaméralisme adapté dépend largement du projet politique poursuivi.

III. L'avenir du Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie

On arrive au cœur de la question actuelle relative à l'évolution d'une assemblée telle que le Sénat coutumier dans le cadre du processus d'émancipation dans lequel s'inscrit la Nouvelle-Calédonie.

La question qui se pose à l'heure actuelle et sur laquelle travaille le Sénat coutumier est celle de l'évolution de son rôle institutionnel dans le prochain statut de la Nouvelle-Calédonie, que celui-ci s'inscrive dans le cadre d'un régime d'autonomie encore accentuée au sein de la République française ou dans le cadre d'une Nouvelle-Calédonie indépendante et souveraine.

A cet égard, il m'a semblé intéressant de précéder la réflexion d'une étude comparative des institutions coutumières.

A – Approche comparative des institutions coutumières

Il est intéressant de mesurer la place du Sénat coutumier dans les institutions calédoniennes en se plaçant du point de vue du processus d'émancipation dans lequel se situe la Nouvelle-Calédonie au regard des expériences de décolonisation dans le Pacifique.

Un certain nombre de points communs permet en effet 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.

Toutefois, les difficultés d'assimilation de la coutume étaient considérables, la plupart des pays n'ayant pas de cultures homogènes. La Papouasie Nouvelle Guinée constitue à cet égard un exemple souvent mis en avant. 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 après la séparation d'avec les Tuvalu eurent moins de difficultés pour incorporer la coutume.

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. Il en fut de même dans les Etats fédérés de Micronésie. 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 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. De

manière similaire à la House of Arikis des Iles Cook et la House of Iroij des Iles Marshall avec 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.

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.

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.

Dans ce cadre, on pourrait s'interroger sur l'évolution du sénat dans les années à venir dans le cadre de la continuation du processus d'émancipation. Pourtant, le Sénat compte bien évoluer et revendique des pouvoirs plus importants et notamment une participation plus marquée dans la procédure législative.

B - Quelles perspectives pour le Sénat demain ?

A partir de la lecture de l'Accord de Nouméa, deux scénarii sont envisageables pour envisager l'architecture de la seconde chambre, ceux-ci n'étant pas exclusifs l'un de l'autre mais s'inscrivant plutôt dans un cadre évolutif.

Le premier s'inscrit dans la continuité du schéma actuel, à savoir la représentation spécifique de la coutume par la seconde chambre. Le second vise à représenter plus fidèlement les différentes composantes de la société calédonienne dans son ensemble.

Les dispositions de l'Accord de Nouméa servent à cet égard de grille de lecture dans le temps : *« Le passé a été le temps de la colonisation. Le présent est le temps du partage par le rééquilibrage. L'avenir doit être le temps de l'identité dans un destin commun »*.

Ainsi, dans un premier temps, il apparaît nécessaire de procéder au rééquilibrage par « la pleine reconnaissance de l'identité kanak » qui conduit notamment « à prévoir la place des structures coutumières dans les institutions, notamment par l'établissement

d'un Sénat coutumier ». Il sera par la suite peut être temps d'élargir la représentation à toutes les composantes de la société calédonienne.

Une telle solution évolutive a le mérite d'augmenter l'acceptabilité de la solution qui consiste à ne représenter que la seule population kanak au regard de sa qualité de peuple premier dont les droits ont été niés pendant de nombreuses décennies. Elle permet également d'inscrire dans le temps une évolution de la seconde chambre vers une représentation plus globale des populations présentes en Nouvelle-Calédonie.

1/ Une seconde chambre dans la continuité du Sénat coutumier

On l'a vu au paragraphe précédent, le Sénat coutumier doit nécessairement évoluer afin de représenter véritablement la société Kanak dans son ensemble.

En effet, si en un sens, on peut considérer que la navette avec le Sénat coutumier est fort utile dans la mesure où les spécificités liées à l'identité kanak sont très peu prises en compte dans le processus décisionnel. Il apparaît néanmoins que les pouvoirs du Sénat coutumier sont très en-deçà de ce qu'ils devraient être aux fins de représenter vraiment la population mélanésienne. Concomitamment, la composition de l'assemblée elle-même pourrait connaître quelques ajustements afin de renforcer sa légitimité, justifiant ainsi un accroissement de ces pouvoirs.

S'agissant tout d'abord de ses pouvoirs, plusieurs solutions sont envisageables.

Ainsi, la mise en place d'une commission mixte paritaire pourrait renforcer la prise en compte de la position du Sénat alors qu'il est possible aujourd'hui pour le Congrès d'ignorer les prises de position de l'institution coutumière, y compris en matière coutumière. Cela permettrait un dialogue entre les deux chambres qui soit plus conforme à la tradition mélanésienne, tout en étant conforme à la tradition parlementaire française puisque serait repris un mécanisme existant au niveau national...

Par ailleurs, il serait envisageable d'étendre les compétences du Sénat coutumier au-delà de sa compétence en matière d'identité kanak. Ainsi, le bicamérisme et par là, la procédure de navette, pourrait être étendu à toutes les matières législatives (et pourquoi pas réglementaire) afin de garantir une meilleure prise en compte de la coutume pour ne pas dire la conception mélanésienne lors de l'élaboration des textes. Une modulation des pouvoirs pourrait être prévue en fonction des domaines d'intervention.

S'agissant ensuite de la composition du Sénat coutumier, plusieurs éléments permettraient un renforcement de sa légitimité : l'ouverture de l'institution aux femmes, l'introduction d'un scrutin mixte avec la mise en place, par exemple, d'un scrutin direct pour la moitié des sièges permettant à la population mélanésienne de désigner directement ses représentants.

Une autre solution pourrait résider dans l'instauration d'un bicaméralisme au niveau provincial, c'est-à-dire à un niveau de prise de décision plus bas, avec des représentants élus sur la base des circonscriptions des aires coutumières, les modalités de suffrage devant être définies.

Toutes ses pistes de réflexion pourraient être examinées dans le cadre de l'élaboration du prochain statut de la Nouvelle-Calédonie, à l'aube des discussions qui auront lieu dans les prochains mois sur l'évolution statutaire de l'île.

2/ Une seconde chambre dans le cadre d'un destin commun

Dans un second temps, il serait envisageable d'étendre la représentation au sein de la seconde chambre à l'ensemble des communautés présentes en Nouvelle-Calédonie.

Il ne paraît pas abscons de prévoir une telle représentation communautaire. Ainsi, Léon Duguit déclarait que « *Si l'on veut se rapprocher de l'idéal que doit tendre à réaliser toute représentation politique, si l'on veut assurer dans le Parlement la représentation de tous les éléments de la vie nationale, il faut placer, à côté de l'assemblée élue par les individus proportionnellement aux forces numériques des divers partis, une assemblée élue par les groupes professionnels* »⁶. Ce raisonnement est tout à fait transposable à toute appartenance communautaire pertinente au niveau du territoire concerné.

Enfin, une fusion améliorée entre le Sénat coutumier et le Conseil économique et social pourrait constituer un postulat de départ pour faire évoluer la seconde chambre. Sa composition mixte permettrait en effet un domaine de compétence élargi par rapport au Sénat coutumier.

Il existe bien d'autres pistes de réflexion avec par exemple la solution intéressante du Statut Lemoine issu de la loi du 6 septembre 1984 qui n'a jamais été appliquée. Cette loi prévoyait parmi les institutions du territoire la création d'une assemblée des pays, composée de 24 représentants de la coutume et de 24 représentants des communes.

⁶ Léon Duguit, op. cit., p. 183.

Les représentants de la coutume sont désignés selon les usages reconnus par la coutume du pays, à raison de 4 représentants pour chacun des 6 pays.

L'assemblée des pays est consultée en formation plénière sur les projets et proposition de délibérations en matière de développement économique, social et culturel, de la planification et de budget.

Cette assemblée de pays connaissait 3 formations : assemblée plénière, chambre coutumière et collège des élus.

La chambre coutumière, composée des représentants de la coutume, est saisie des projets et propositions de délibérations portant sur les questions de droit civil particulier. Elle avait également une mission de conciliation dans les conflits dont elle peut être saisie entre citoyens de statut civil particulier.

Elle était également l'interlocuteur privilégié des communautés mélanésiennes du Pacifique Sud.