

Une deuxième chambre, pour quoi faire ?

Christophe Chabrot

Communication au colloque « Les 10 ans du Sénat coutumier »

Université de la Nouvelle-Calédonie

Jeudi 20 août 2009

Le titre de cette communication peut être trompeur, et ouvrir un piège dans lequel il n'est pas souhaitable de tomber. Il n'est pas question en effet de qualifier définitivement ici, à la place du législateur, le Sénat coutumier de deuxième chambre. La question se pose déjà pour certains ou se posera sans doute à l'avenir, mais le cadre légal actuel ne crée pas de doute, pas plus que cette communication ne vise à en instaurer un.

Il s'agit plus modestement de faire le point sur les caractéristiques, en droit constitutionnel, d'une deuxième assemblée, appelée aussi conseil, chambre ou autre comité, intervenant de près ou de loin dans le processus législatif, et de laquelle le Sénat coutumier pourrait éventuellement se rapprocher, sauf à lui reconnaître un nouveau statut, autre, que cette conférence pourrait prêter à réflexion.

L'histoire constitutionnelle française n'a pas toujours instauré de bicamérisme, c'est-à-dire de système de représentation politique reposant sur deux chambres législatives. De nombreux autres Etats fonctionnent quant à eux avec une seule chambre sans que cela ne pose de problème, comme chez nos voisins de Nouvelle-Zélande ou comme au Danemark qui a supprimé récemment sa deuxième chambre. L'instauration d'une deuxième chambre est donc un choix volontaire, qui ne dépend pas toujours de la taille ou de l'organisation de l'Etat, et repose pour beaucoup sur des considérations à la fois théoriques et pragmatiques du constituant.

Comme en science naturelle, la création d'une deuxième chambre répond, pour simplifier, aux nécessités qui poussent à la reconnaître, comme la fonction crée l'organe. Mais les fonctions d'une deuxième chambre sont multiples et parfois contradictoires.

Le bicamérisme lui-même a souvent été vanté pour ses divers avantages politiques : tempérance de la première chambre élue directement par le peuple est plus soumise aux passions et à la démagogie électorale, opposition au gouvernement qui pourrait devenir dictatorial en s'appuyant sur la majorité dans la première chambre (d'où l'inauguration du bicamérisme en France en 1795 au lendemain de la Terreur), amélioration de la loi en inscrivant la durée dans le processus d'adoption par la navette et en doublant l'expertise du texte, etc.

De ce fait, il a fallu inventer la deuxième chambre mettant en œuvre ce bicamérisme, mais en lui trouvant des justifications propres. Pour faire court, une deuxième chambre a deux fonctions essentielles : représenter quelque chose, et remplir des missions politiques et juridiques.

Pour rester dans l'objectif de cette soirée, qui vise surtout à poser de façon dynamique les premiers éléments du débat, présentons succinctement ces deux fonctions classiques d'une deuxième chambre, à savoir représenter (I) et agir (II), voyons comment elles s'entrecroisent, comment le Sénat coutumier peut être intégré dans ce système institutionnel ou non, ou dans quelle mesure il apporte une nouveauté juridique.

Mais il faut sans doute avant tout s'entendre sur la notion de « deuxième chambre » telle qu'utilisée dans cette communication. Au sens strict, une deuxième chambre, sous entendue législative, est un organe collégial qui intervient directement dans le processus législatif, avec la possibilité de modifier le texte de la loi ou de participer à son adoption définitive. Mais une telle définition ne saurait être trop rigide, sous peine par exemple d'exclure alors le Conseil de la République de 1946, qui s'inscrit sans aucun doute dans la lignée des deuxièmes chambres françaises mais qui n'avait qu'un rôle consultatif jusqu'à la réforme de 1954. Il faut alors recourir à la notion plus large d'assemblée intervenant directement ou indirectement dans le processus législatif, soit en participant à l'adoption de la loi ou pouvant l'empêcher, soit en concourant à son élaboration par ses analyses et avis. Une définition trop large risquerait toutefois d'englober alors tous les organes et institutions pouvant être sollicités pour simple avis par le Parlement. Cette étude navigue entre ces deux extrêmes.

I – Une deuxième chambre pour représenter qui ?

2

Est-ce la nécessité de représenter quelque chose de spécifique qui pousse à la création d'une deuxième chambre, ou est-ce la nécessité d'une deuxième chambre qui pousse à la faire reposer sur une représentation spécifique ? Qui de l'œuf ou de la poule... Cela dépend en fait grandement de la situation dans chaque Etat (A). Le Sénat coutumier s'inscrit ici comme une institution originale plus difficile à identifier (B).

A) Les diverses représentations des deuxièmes chambres classiques

Les deuxièmes chambres classiques ont des objets de représentation très divers, qui restent toutefois assez classiques eux aussi. On peut les regrouper en quatre groupes :

Il peut s'agir tout d'abord de **représenter une élite**, une aristocratie issue de l'histoire, d'une notoriété ou d'un mérite particulier voire d'un consensus politique (anciens présidents de la République, comme en Italie). C'est le cas de la chambre des Lords au Royaume-Uni, composée de 713 membres de statuts différents (lords héréditaires, lords nommés à vie, hauts dignitaires de l'Eglise anglicane). Ce fut le cas en France avec la chambre des Pairs en 1814-1848, ou avec le Sénat du Premier ou Second Empire composé de dignitaires militaires, religieux, royaux ou civils nommés par l'empereur (même si le Sénat du Premier Empire est en fait une troisième chambre politique).

Il peut s'agir aussi de **représenter des autorités territoriales infra-étatiques**, c'est-à-dire soit les Etats fédérés dans un Etat fédéral (Sénat aux USA, Bundesrat en RFA, Conseil des Etats en Suisse, Brésil, Australie, etc.), soit les autorités locales administratives (France IIIe,

IVe et Ve République, Pays-Bas). Il faut noter que le Sénat actuel en France a pour mission officielle de représenter les collectivités territoriales, mais qu'il a longtemps également représenté, jusqu'à la révision constitutionnelle de 2008, les Français établis hors de France qui n'ont justement plus d'attache à un territoire français. Par ailleurs, le mode d'élection de ce Sénat en fait plus une chambre de représentation des petites communes rurales (90% du collège électoral est communal), alors que la représentation des collectivités pourrait se faire plus judicieusement par exemple par désignation directe des sénateurs par les assemblées locales elles-mêmes (par les conseils régionaux, généraux et par des collèges de conseils municipaux).

Les deuxièmes chambres peuvent également **représenter les activités économiques et sociales** de la Nation, ces « *forces vives de la Nation* » comme dans le projet du Président de Gaulle sur la réforme du Sénat en 1969, ou comme le Conseil économique, social et environnemental ainsi nommé depuis 2008 et composée de 231 représentants ou experts nommés par le Gouvernement et par les associations ou organisations socio-économiques (familiales, syndicats, mutualités, etc.) publiques et privées. Ce type de chambre soutenu par le courant sociologique du début du XXe siècle et notamment par le grand juriste Léon Duguit, avait sans doute influencé le jeune de Gaulle.

Il faut remarquer que certaines deuxièmes chambres, comme au Maroc, peuvent être mixtes et représenter tout à la fois les autorités territoriales, les activités professionnelles et les salariés.

Enfin, certaines deuxièmes chambres ont un **statut neutre ou ambigu**. Au Canada, la deuxième chambre est supposée assurer la participation des provinces fédérées au niveau fédéral, mais son mode de désignation par l'Exécutif sur une base territoriale autre que le niveau provincial rend cette représentation plus floue. En Italie pourtant fortement régionalisée, la deuxième chambre n'est pas chargée de représenter les autorités régionales. En Espagne, le mode d'élection à un niveau non régional pose pareillement des doutes quant à cette représentation des Autonomies. Dans le Japon centralisé, la deuxième chambre (la chambre des conseillers) est en partie élue dans le cadre des départements, mais n'a pas vocation à représenter les autorités locales, l'article 43 de la Constitution considérant que les élus représentent le peuple tout entier. Dès lors, ces deuxièmes chambres sont créées essentiellement pour faire fonctionner le bicamérisme, le mode d'élection ne cherchant pas à assurer la représentation spéciale des composantes du souverain mais permettant juste de distinguer la sociologie de la deuxième chambre par rapport à la première.

Il faut préciser toutefois que ces regroupements pédagogiques, universitaires, **ne s'imposent pas au constituant**, qui peut inventer toute deuxième chambre qu'il souhaite, sur toute base qu'il désire. Néanmoins, la base de représentation de cette deuxième chambre influera sans doute sur ses pouvoirs législatifs, comme nous le verrons plus loin.

Autre remarque : la mission de représentation est soit directement inscrite dans la Constitution (cas du Sénat français, art. C24), soit se déduit de la base électorale de cette deuxième chambre ou du moins de son mode de désignation. Parfois, ces deux aspects peuvent d'ailleurs s'opposer, ou du moins se contredire en partie (cas du Sénat français). Dans le cas du Sénat coutumier, la chose n'est pas non plus très claire.

B) Le Sénat coutumier, un représentant ambigu

Que ou qui représente le Sénat ? Le Pr Chauchat nous a indiqué qu'il représentait « **la coutume** ». La chose est à développer.

L'Accord de Nouméa n'est pas aussi clair. Son préambule explique plus exactement que « *La pleine reconnaissance de l'identité kanak conduit à ... prévoir la place des structures coutumières dans les institutions, notamment par l'établissement d'un Sénat coutumier* ». Il laisse clairement entendre par la suite que le Sénat coutumier n'est pas lui-même une autorité coutumière, autorités qui seules ont un pouvoir de médiation pénale par exemple ou qui peuvent être associées aux décisions des assemblées locales de province ou des communes selon le point 1.2.4 de l'Accord. De même, le point 2.1.4 a) précise que « *le Sénat coutumier sera obligatoirement saisi des projets de loi de pays et de délibérations lorsqu'ils concerneront l'identité kanak* ». Au sens de l'Accord de Nouméa, le lien s'établit donc plutôt entre **Sénat coutumier et identité kanak, puis « structures coutumières » par voie dérivée.**

La **loi organique** est plus subtile. **L'article 142** qui traduit en droit le point 2.1.4 a) précise que le Sénat coutumier est consulté pour « *Tout projet ou proposition de loi du pays relatif aux signes identitaires tels que définis à l'article 5, 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 » ». Le lien qui se fait ici entre **Sénat coutumier et coutume ou instances coutumières** se dégage donc un peu de la notion d'identité kanak, ou plutôt le précise.*

4

Le **mode d'élection** va dans ce sens, à reculons. La désignation des sénateurs coutumiers se fait par les conseils coutumiers, à raison de 2 par aires coutumières, et selon les usages reconnus par la coutume nous dit l'article 137 de la loi organique. Ces conseils coutumiers sont eux-mêmes désignés dans chaque aire coutumière « selon les usages propres à celle-ci » (art.149 LO). Le Sénat coutumier, pour ne pas être une autorité coutumière lui-même, est donc issu d'autorités coutumières que sont ces conseils coutumiers chargés d'interpréter la coutume de leur aire coutumière auprès des autorités qui les saisissent (assemblées, haut-commissaire, autorités administratives ou juridictionnelles, etc.).

Mais faut-il rappeler que ces conseils coutumiers ne sont pas des autorités coutumières historiques, car créés par la loi référendaire de 1988 reprise en 1999, tout comme les Grands chefs et Petits chefs issus du décret du 9 août 1898. Quant aux Conseils des Anciens ou aux Conseils des chefs de clan dans les tribus, autorités coutumières historiques, ils ne participent justement pas directement à la désignation des sénateurs.

Le lien entre Sénat coutumier et coutume ou autorités coutumières doit donc être précisé. Ceci d'autant plus que la loi organique prévoit qu'une **loi de pays** peut modifier à partir de 2005 ce mode de désignation, en prévoyant par exemple une élection directe des sénateurs selon un collège électoral qu'elle déterminera. Un sénateur élu directement ne sera plus représentant de la coutume, mais bien du **peuple kanak**. La nuance est de taille. Sauf à ce que la loi de pays limite le collège électoral aux seules autorités coutumières, englobant alors les conseils des Anciens par exemple. La représentation du Sénat coutumier devra donc sans doute nous être mieux expliquée ce soir, même si bien sûr identité kanak, peuple kanak, coutume et autres questions ou structures coutumières ne se distinguent pas aussi facilement.

II – Une deuxième chambre pour faire quoi ?

Le constituant va créer une deuxième chambre pour instaurer un bicamérisme qu'il juge utile et bienfaisant, pour assurer une représentation particulière du Souverain ou de parties de la population, mais aussi et surtout pour assumer certaines fonctions spécifiques. Ces fonctions varient selon les Etats considérés (A), et un même problème d'identification se pose à l'égard du Sénat coutumier (B).

A) Des fonctions classiques

Si le constituant est libre d'instaurer toute deuxième chambre qu'il souhaite, la base de représentation de cette chambre va toutefois fortement influencer sur les missions qui lui seront confiées et sur les pouvoirs dont elle va disposer.

Il faut ici distinguer deux types de deuxième chambre, et observer le lien qui se crée entre leur représentation et leurs missions.

1- Les chambres à vocation législatives interviennent effectivement et directement dans le processus législatif. A cet égard, elles ont en général un pouvoir **d'initiative législative** comme la première chambre, pouvant proposer directement des propositions de loi (les propositions de loi des sénateurs espagnols sont toutefois filtrées).

Elles interviennent également en pouvant **modifier, adopter ou refuser la loi** (y compris constitutionnelle) en discussion, par leur pouvoir d'amendement et par leur vote final (vote positif ou droit de véto comme pour certaines lois passant devant le Bundesrat allemand ou le Sénat espagnol).

En général, à ce pouvoir législatif s'adosse un pouvoir de **contrôle du Gouvernement**, mais celui-ci n'est pas systématique. Si le Sénat italien peut censurer le Gouvernement (cf Prodi en février 2007 ou janvier 2008), ni le Sénat français ni le Bundesrat allemand ni la chambre des conseillers japonaise ne le peuvent par exemple.

Les **chambres à vocation consultative** ont un rôle plus modeste. Si elles ne peuvent pas modifier ou adopter la loi, elles éclairent les débats législatifs de leurs **avis et rapports** produits sur la question soit spontanément soit sur saisine. Ces chambres sont parfois de rang parlementaire : cas du Sénat français de 1946-54, ou du Sénat français tel qu'organisé par le projet de révision constitutionnelle rejeté en avril 1969. Elles sont parfois reconnues par la Constitution comme le Conseil économique, social et environnemental (art. C.69. Fort de cette reconnaissance constitutionnelle, il se qualifie alors souvent de « troisième chambre pré-législative » éclairant les débats du Parlement par ses études, la révision de 2008 lui permettant en outre de venir présenter ses rapports directement devant les assemblées), ou le CES de Nouvelle-Calédonie organisé par la loi organique du 19 mars 1999.

Ces deuxièmes chambres consultatives représentent en général les « **forces vives de la Nation** ». Elles peuvent aussi représenter les **autorités territoriales** (intégrons ici, avec prudence le Comité des Régions de l'Union européenne) ou une forme de **conscience**

populaire chargée de donner des avis sages aux dirigeants. C'est le cas en Egypte de l'Assemblée consultative créée en 1980, composée de 2/3 d'élus et d'1/3 nommé par le Président, qui donne son avis sur les mesures visant à protéger la révolution nationale et l'unité nationale (et dispose même du pouvoir d'initiative législative !). En Chine, la Conférence consultative du peuple chinois, regroupant des représentants locaux, sociaux, ethniques et de partis politiques mais placée sous contrôle du Parti communiste chinois, est consultée pour les décrets et projets de lois en cours d'adoption. En Indonésie, l'Assemblée consultative du Peuple, qui n'intervient pas dans le pouvoir législatif, est composée d'élus et de représentants sociaux et territoriaux ; elle valide les mandats des députés et élit le président de la République ou révisé la Constitution, et donne son avis sur les politiques nationales.

D'autres assemblées peuvent pareillement intervenir pour consultation à divers titres, comme l'association des régions de France, la chambre consultative des étrangers de Lausanne en Suisse, etc. En Nouvelle-Calédonie, parmi les organes consultatifs, il faut citer bien sûr le comité consultatif des mines et le conseil des mines par exemple. Mais nous voyons bien que l'extension de la notion de « deuxième chambre » connaît ici ses limites.

2 – Il faut noter par ailleurs le **lien entre représentation et fonction**. En effet, les deuxièmes chambres ayant pour objet la représentation d'éléments spécifiques de la population, des activités ou groupes particuliers, ne sauraient prétendre représenter le Souverain en tant que tel, et ont généralement des pouvoirs limités en matière législative. Une telle chambre ainsi limitée dans sa base ne peut en effet être intégrée dans le pouvoir législatif, par manque de légitimité électorale et par sa représentativité restrictive. La Chambre des Lords voit par exemple ses pouvoirs rendus quasi nuls depuis de récentes réformes, car ne représentant qu'une caste ou une élite ne pouvant s'assimiler au Souverain national. Les chambres représentant les forces socioéconomiques de la nation n'ont souvent qu'un rôle consultatif, car ne saisissant le citoyen que dans une particularité non politique liée à ses activités économiques et sociales (et ne représentant donc pas tous les citoyens).

Seules les chambres représentant le Souverain sans particularisme discriminant et assurant cette représentation d'un point de vue purement politique, sorti d'un contexte social et individualisé, peuvent alors prétendre au titre de deuxième chambre législative.

Le Sénat coutumier est alors pris entre deux feux.

B) L'originalité des fonctions du Sénat coutumier

Institution reconnue comme telle par l'article 2 de la loi organique de 1999, le Sénat coutumier a une quadruple nature administrative, consultative, propositionnelle et législative.

Dans ses **fonctions administratives**, le Sénat coutumier désigne par exemple les membres de l'Académie des langues kanak (art.140), constate la désignation des autorités coutumières (art.141), ou participe au comité consultatif des mines (art.41) et au Conseil économique et social auxquels il envoie deux représentants (art.153), ainsi qu'à l'ADRAF et l'Agence de développement de la culture kanak (art.140).

Comme **assemblée consultative**, il donne son avis sur le projet de schéma d'aménagement et de développement de la Nouvelle-Calédonie qui doit être adopté (art.211), et sur les modifications des limites des communes (art.1). Il est obligatoirement consulté sur tout projet ou proposition de délibération intéressant l'identité kanak, et facultativement sur tout autre sujet (art.143).

Cette fonction consultative est particulièrement importante, mais il faut préciser qu'elle se fait à concurrence de la compétence dévolue aux autorités coutumières locales saisies par les autorités administratives ou juridictionnelles et qui sont plus particulièrement compétentes pour interpréter les coutumes, domaine qui ne concerne pas le Sénat coutumier. Le rapport sénatorial n°490 du 24 juin 2009 sur le projet de loi relative à la Nouvelle-Calédonie range alors bien le Sénat coutumier dans les « institutions consultatives » (p.50).

Egalement, comme le précisait le premier président du Sénat coutumier André Théan-Hiouen dans son discours introduisant la première séance du Sénat en 1999 : « *le Sénat coutumier n'est pas une simple chambre d'enregistrement. C'est une **force de proposition*** ». Cette fonction est d'ailleurs officialisée dans l'article 145 LO : « *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* ». Nous retrouvons ici aussi ce lien particulier qui se noue entre le Sénat coutumier et cette identité kanak, qui est somme toute plus large et ouverte que la seule question coutumière à laquelle on serait tenté de limiter le Sénat coutumier.

7

Mais une quatrième fonction peut pousser à ranger aussi le Sénat coutumier dans la catégorie des **chambres législatives**, la deuxième en l'occurrence. Cela se vérifie dans le domaine de l'article 142 de l'Accord de Nouméa qui précise que le Sénat est saisi de « *tout projet ou proposition de loi du pays relatif aux signes identitaires [nom, drapeau], 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* » par le président du Congrès. Dans ces cas, le Sénat délibère sur le projet ou proposition et transmet son avis au Congrès. Si celui-ci adopte un texte différent, le texte revient au Sénat coutumier qui délibère à nouveau. Le texte à ensuite transmis au Congrès qui pourra définitivement l'adopter en cas de nouveau désaccord. Nous avons bien là le processus même d'une navette législative avec dernier mot accordé d'office à la première chambre, ce qui fait du Sénat coutumier en la matière une véritable deuxième chambre doté d'un pouvoir d'amendement et de veto temporaire.

Le système est alors **très original**. Le Sénat coutumier est une assemblée, peut-être unique en son genre, a **caractère législatif ponctuel**. Autrement dit, elle peut être considérée comme une deuxième chambre mais uniquement dans un domaine particulier, celui touchant à **l'identité kanak** (signes identitaires, statut civil coutumier, terre, etc.), et qui est directement relié à sa représentativité ou mode de désignation.

L'affaire pose question en droit commun français. En effet, les **principes d'unité et d'égalité** s'accommodent mal d'une représentation particulière d'un peuple ou d'une partie de la population dans une chambre spécifique dotée de pouvoirs législatifs. Même considéré sous le seul angle de la représentation de la coutume, il paraît tout aussi étrange de donner une représentation spécifique à une partie seulement des règles normatives du territoire, d'autant plus lorsque le Sénat n'a pas de compétence propre en matière d'énoncé de la coutume.

Toutefois, la situation très particulière de l'archipel et son histoire liée « *aux ombres de la période coloniale* » permettent sans doute de trouver un certain arrangement avec l'orthodoxie juridique occidentale, surtout lorsque le constituant lui-même en admet le principe.

Mieux, cette étrangeté peut tout à fait être reprise en compte, sous l'angle de la **post-modernité juridique**, pour instaurer un système démocratique intégrant réeelment et politiquement la diversité des communautés vivant dans un même Etat, et impliquant les représentants de ces communautés (religieuses, linguistiques, etc.) dans les processus législatifs les concernant en particulier, à côté de la première chambre chargée de représenter le Peuple dans son entier. Le système politique reposerait alors sur une chambre principale permanente, composant parfois, selon les sujets, avec d'autres chambres spécifiques (territoriale, ethnique, etc.). Pourquoi pas ? C'est ce qui se passe en Nouvelle-Calédonie. L'apport de l'outre-mer à la construction du droit public français n'est plus à démontrer.

Dès lors, si les conditions mêmes de désignation empêchent le Sénat coutumier de prétendre représenter la population citoyenne calédonienne dans son entier, puisqu'il n'est lié qu'à sa composante kanak, et donc l'empêchent de devenir en l'état une véritable deuxième chambre législative permanente, il n'en reste pas moins que sa présence dans l'horizon politique calédonien ouvre des perspectives qui ne sont pas encore toutes explorées.

Dr Christophe CHABROT
Maître de conférences en Droit public
Université de la Nouvelle-Calédonie

<http://larje.univ-nc.nc/>