

LE SENAT COUTUMIER, UNE INSTITUTION QUI A 10 ANS

Le Sénat, une « institution » qui a 10 ans ? Le titre en lui-même est une petite provocation, car le mot fait débat.

Le Sénat est issu de l'Accord Nouméa, dès le point 5 de son préambule¹ « *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**, (...) et à adopter des symboles identitaires exprimant la place essentielle de l'identité kanak du pays dans la **communauté de destin acceptée** » ». Les mots « Sénat » et « communauté de destin acceptée » sont dans la même phrase.*

L'article 2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 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 notion d'institution fait pourtant toujours débat. Le 16 Juillet 2009, la commission des lois de l'Assemblée nationale examinait le projet de révision de la loi organique. Arrivent les dispositions relatives au Sénat, qui renforcent l'institution. Et le député calédonien Pierre Frogier a ce cri de sincérité : « *Nous n'acceptons pas que le sénat coutumier devienne une institution*² ».

Institution donc, selon la loi, mais de quelle nature ? Ce n'est pas au sens strict une institution « coutumière ». Les institutions coutumières, ce sont les « chefferies » c'est-à-dire les grands chefs de districts et leur porte parole, les chefs et les présidents des conseils des anciens des tribus, qu'on retrouve d'ailleurs rassemblés autour du Sénat dans le « *congrès du pays kanak* » établi par le règlement intérieur du Sénat. C'est donc autre chose : une « **institution politique de représentation du monde coutumier** ».

Donnons la parole au Sénat lui-même sur ce qu'il est. Le règlement intérieur du Sénat³ dans son art 1^{er} lui donne un triple rôle : « *il porte la parole coutumière dans les institutions de la Nouvelle-Calédonie* » (...); « *il assure la représentation du monde coutumier dans ses diverses dimensions* » ; il est le « *gardien et défenseur de l'identité propre du peuple kanak dont la spécificité a été reconnue par la Constitution française et l'ONU dans le cadre de la charte de décolonisation* » (...).

Représentation « du monde coutumier » ou représentation « du peuple kanak ».
Le Sénat va osciller politiquement entre ces deux dimensions.

¹ Ainsi qu'à son point 1.2.5 : « *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* ».

² Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale n° 1843 et 1844, juillet 2009, p. 107 et 108.

³ Délibération n° 29/DL du 28 juillet 2000 portant règlement intérieur du sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, JONC – 10 octobre 2000, p. 5578.

Un mot sur le peuple kanak. La France, en constitutionnalisant l'Accord de Nouméa, a reconnu l'existence du « *peuple kanak* », distinct du peuple français, et tente aujourd'hui de favoriser la construction d'un peuple calédonien, à la citoyenneté distincte, sous la périphrase du « destin commun ». On se reportera au point 4 de l'Accord : "*La décolonisation est le moyen de refonder un lien social durable entre les communautés qui vivent aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie, en permettant **au peuple kanak** d'établir avec la France des relations nouvelles correspondant aux réalités de notre temps*". On dit parfois en plaisantant aux étudiants que la République a deux peuples : le peuple kanak et le peuple français ! Nous sommes en tout cas pleinement aux antipodes de la remarque du Conseil constitutionnel sur la Corse selon laquelle « *la mention faite par le législateur du "peuple corse, composante du peuple français" est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion* »⁴. Ce n'est pas vrai pour la Nouvelle-Calédonie. Et le fait que la Constitution ait créé, sur la suggestion du député UMP de la Réunion René-Paul Victoria en 2003⁵, un article 72-3 suivant lequel « *la République reconnaît, **au sein** du peuple français, les **populations d'outre-mer**, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* », et qui n'a pas été examiné au fond par le Conseil constitutionnel, qui n'a pas ce pouvoir de statuer sur la loi constitutionnelle elle-même⁶, ne change rien au particularisme calédonien⁷ qui relève d'un autre titre de la Constitution, le titre XIII.

Le renvoi à l'ONU est également lourd de sens et, comme chacun le sait, le droit de la **décolonisation** a été reconnu par l'Accord de Nouméa, et donc la Constitution de la France, dans son point 3.2.1⁸.

Quant au Sénat, il s'est assigné deux fonctions principales : « *travailler dans les chemins permettant de panser les plaies profondes causées jadis et aujourd'hui à la société kanak* » (...) et « *interpeller les plus hautes instances de l'Etat sur les risques qu'entraîneraient l'application de dispositions contraires aux usages de la coutume* ». C'est-à-dire, en termes plus européens, **le rééquilibrage communautaire et la vigilance identitaire**.

⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*.

⁵ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

⁶ Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*.

⁷ Conformément au principe général d'interprétation, la loi spéciale l'emporte sur la loi générale. Cette interprétation est néanmoins parfois contestée. Une partie de la doctrine fait une lecture « intégrationniste », pour ne plus dire « assimilationniste », de l'article 72-3. Il n'y aurait plus de « peuples » cherchant à se différencier ou à s'émanciper, mais des « populations d'outre-mer » cherchant à s'intégrer au sein du peuple français suivant des formules institutionnelles variées. On se reportera à Olivier Gohin, « *l'adoption en termes identiques du projet de réforme constitutionnelle de la décentralisation* », Les Petites Affiches, 3 janvier 2003, p. 7.

⁸ Point 3.2.1 de l'Accord de Nouméa : « *Le cheminement vers l'émancipation sera porté à la connaissance de l'ONU* ».

Posée en ces termes, l'institution ne manque pas de détracteurs. Nous sommes face à quelque chose d'original.

C'est pour cela que l'institution Sénat est parfois décriée, qu'elle est encore sur certains points immature, mais que l'institution a un fort potentiel politique.

1) UNE INSTITUTION PARFOIS DECRIEE

Regardons très schématiquement comment elle fonctionne. Le Sénat coutumier est composé de 16 « *sénateurs coutumiers du pays* », qui est l'appellation officielle, désignés dans les 8 aires coutumières (à raison de 2 par aire ou « *pays* »), « *selon des usages reconnus par la coutume*⁹ ». Le président du gouvernement a un rôle assez passif de constatation de ces désignations sur lequel on reviendra. Leur mandat est de 5 ans (renouvelable en 2010). Toutefois, « *à la demande d'au moins six conseils coutumiers, il est procédé au renouvellement intégral du sénat coutumier*¹⁰ », c'est-à-dire à une auto dissolution. Enfin, la présidence est annuelle et tournante par consensus entre les sénateurs des 8 « *pays* ».

L'article 142 de la loi organique lui confie, à l'égard du Congrès, **les attributions habituelles d'une seconde chambre** pour les lois du pays relatives à sa propre composition et à celle des conseils coutumiers, aux signes identitaires, au statut civil coutumier, au régime des terres coutumières ou encore aux limites des aires coutumières. En vertu de l'article 143, la consultation du sénat coutumier est obligatoire pour les textes « *intéressant l'identité kanak* », et facultative dans les autres matières. Mais, il ne dispose pas du dernier mot au terme des navettes.

Dans la révision toute récente de la loi organique, le Parlement a décidé que le sénat coutumier devait « *pouvoir 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*¹¹ ». C'est ce point notamment qui avait froissé Pierre Frogier.

Enfin, le Sénat coutumier peut lui-même saisir le gouvernement, le congrès ou une assemblée de province « *de toute proposition intéressant l'identité kanak*¹² ».

Ce n'est pas vraiment pour son rôle que le Sénat est décrié. Il n'y a finalement rien de bien original si l'on s'en tient à la loi organique. C'est pour sa désignation, et partant sa légitimité dans les institutions, qu'il est critiqué.

Suivant l'article 141 de la loi organique, « *le Sénat coutumier constate la désignation des autorités coutumières et la notifie au président du gouvernement qui en assure la*

⁹ Article 137 de la loi organique.

¹⁰ Article 137 de la loi organique.

¹¹ Article 143 complété de la loi organique.

¹² Article 145 de la loi organique.

publication au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie. Cette désignation est également notifiée au haut-commissaire et aux présidents des assemblées de province ».

La procédure est complexe et son appréhension par le juge administratif a été, un moment, incertaine. Soit la décision de palabre des autorités coutumières est un acte individuel créateur de droits de nature administrative, soit il s'agit d'un acte préparatoire à la décision du Sénat coutumier, et s'il s'agit pour cette dernière aussi d'un acte préparatoire de celle du Gouvernement, on a pu considérer que la seule décision était celle du président du gouvernement qui « *nomme aux emplois publics de la Nouvelle-Calédonie* » en application de l'article 134 de la loi organique alors même qu'elle se présente sous une forme recognitive.

Le tribunal administratif a été finalement très pragmatique en affirmant que les conseils coutumiers, étant au nombre des institutions de la Nouvelle-Calédonie, « *les décisions qu'ils prennent pour l'exercice des compétences que leur attribue la loi organique, notamment en ce qui concerne la désignation des membres du Sénat coutumier, constituent des actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif*¹³ ».

La question reste toutefois entière du contrôle du juge sur une élection coutumière. Dans l'affaire Païta¹⁴, alors même que la Nouvelle-Calédonie soutient « *que la nomination d'un chef coutumier s'opère selon une procédure coutumière dont le caractère confidentiel et sacré domine et qu'il n'appartient au juge d'apprécier ni la légalité ni la régularité de la procédure de désignation d'un membre du sénat coutumier* », le tribunal a fixé des limites raisonnables : l'auteur du recours « *peut invoquer utilement devant le juge de l'excès de pouvoir tout moyen tiré de la violation d'une disposition législative ou réglementaire, d'un principe général du droit ou même de la coutume* », à condition en ce cas qu'il « *établisser le contenu de la norme qu'il invoque et qu'elle ne fasse l'objet d'aucune contestation* ».

On a bien progressé. Mais le nombre des contentieux, leur caractère récurrent, l'absence de lisibilité des désignations coutumières pour les profanes, l'absence de participation des femmes, mine la légitimité de l'institution au regard des non Kanak. C'est un problème réel. On verra s'il peut être surmonté, mais il n'est pas étranger au fait que l'institution soit décriée... L'institution est certainement encore immature.

2) UNE INSTITUTION ENCORE IMMATURE

Institution ou service ? Le Sénat est une **institution parfois encore gérée comme un service** de la Nouvelle-Calédonie.

Il y a ainsi une gradation subtile dans l'échelle de l'autonomie des institutions. Le Sénat est sans conteste « **la seconde Chambre** ».

¹³ TANC n° 05290 du 10 novembre 2005, affaire Chefferie N'Umia Kambwa Wecho Pweyta (Gabriel Païta) ; ce jugement est commenté par Thierry Xozame (AJDA n° 28/2006 p. 1561, ainsi que sur le site du LARJE à l'adresse : http://larje.univ-nc.nc/index.php?option=com_content&task=view&id=56&Itemid=51

¹⁴ *ibid.*

Contrairement au Congrès où le président est ordonnateur et nomme aux emplois¹⁵ et peut déléguer sa signature, ce n'est pas le cas du président du Sénat. Mais le Sénat comme le Congrès, fonctionne sur une dotation budgétaire spécifique de la Nouvelle-Calédonie¹⁶ et dispose de la maîtrise de son propre règlement intérieur qui fixe ses règles d'organisation et de fonctionnement¹⁷. Il se différencie alors du Conseil économique et social où ces règles sont fixées par une délibération du Congrès¹⁸.

Les différends avec la Nouvelle-Calédonie ont porté sur le recrutement et la gestion des personnels du Sénat et cette question est réapparue dans la révision toute récente de la loi organique. Le Sénat « *bénéficie de la mise à disposition d'agents de la Nouvelle-Calédonie*¹⁹ ». Mais ce n'est pas le président qui recrute ou gère ces personnels. Du temps de la première mandature de l'Accord de Nouméa, c'était le secrétaire général du gouvernement qui gérait tout, y compris les ordres de mission. Avec la seconde mandature (Marie-Noëlle Thémereau et Déwé Gorodey comme vice-présidente), les choses ont évolué. La présidente du gouvernement a donné délégation de signature au secrétaire général du Sénat²⁰. Mais les conflits ont recommencé par la suite. Il a fallu à Raphaël Mapou, chargé de mission au Sénat et recruté en 2004 avec le consentement de la présidente du gouvernement, aller devant le Tribunal du travail en 2007 pour obtenir un CDI, alors même que l'institution souhaitait son maintien en poste²¹ !

Le débat a rebondi avec la révision de la loi organique en juillet 2009. La réforme résulte d'une proposition formulée par le Sénat et vise à donner au président de cette assemblée une autorité sur les fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie mis à sa disposition. Gaël Yanno s'y est opposé²². Finalement la formule « *le président du Sénat coutumier nomme aux emplois des services du Sénat coutumier. Il organise et dirige les services du sénat coutumier* », identique à celle du Congrès²³, est remplacée en CMP par la phrase « *Le président du sénat coutumier organise et dirige les services du sénat coutumier* ». Y a-t-il une différence autre que sémantique ? Si on suit les propos de Christian Cointat, rapporteur pour le Sénat français, le Sénat coutumier n'aurait rien perdu au change : puisque le Sénat reçoit « *des fonctionnaires mis à disposition* »,

¹⁵ Articles 68 et 70 de la loi organique.

¹⁶ Articles 147 et 156 de la loi organique.

¹⁷ Articles 98 et 148 de la loi organique.

¹⁸ Article 156 de la loi organique.

¹⁹ Article 147 de la loi organique.

²⁰ Note relative à l'autonomie administrative du Sénat du 20 septembre 2004 de la présidence du gouvernement.

²¹ Tribunal du travail, affaire n° 07/00067 du 7 décembre 2007, Raphaël Mapou contre la Nouvelle-Calédonie.

²² Rapport en date du 22 juillet 2009 au nom de la commission mixte paritaire par Didier Quentin, député et Christophe Cointat, sénateur (<http://www.senat.fr/rap/108-584/108-5840.html>).

²³ Article 68 Modifié par la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 - art. 34 : « *Le président du congrès organise et dirige les services du congrès. Il nomme aux emplois des services du congrès* ».

« *l'affectation de ceux-ci est décidée par celui-ci* ». Il ne s'agit pas en effet au Sénat d'un recrutement au sens strict, et la formule « *nomme aux emplois* » paraissait inappropriée.

Le Sénat a ainsi fait un nouveau petit pas. Mais ce n'est sans doute pas suffisant au regard de sa formidable potentialité.

3) UNE INSTITUTION A FORT POTENTIEL POLITIQUE

Le Sénat oscille entre représentation de la coutume et représentation du peuple kanak. La loi organique dispose 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*²⁴ ».

Ainsi, sans fermer la porte aux « *usages reconnus par la coutume* » suivant lesquels le Sénat est désigné aujourd'hui, le statut a donc prévu la possibilité d'une désignation élective. Institutionnellement le débat est ouvert et, implicitement, il est laissé à la société kanak. On ne voit pas bien qui, au congrès, pourrait en effet interférer...

Déwé Gorodey, alors vice-présidente du gouvernement en charge des affaires coutumières en 2004, s'y est attelée. Le choix entre les deux modes de désignation, électif ou coutumier, est, suivant ses propres mots, « *une question d'importance, une question de société* ». Et « *tous les ressortissants kanak doivent être concernés, il est important que tous participent au choix du mode de désignation des sénateurs*²⁵ ». L'idée est bien que le Sénat devienne le représentant du peuple kanak au sein des institutions !

A l'initiative du gouvernement, un groupe de travail composé de représentants du Sénat, d'élus politiques, de représentants de l'administration autour de Sylvain Pabouty du cabinet de Déwé Goodey, a préparé deux avant-projets de textes soumis pour avis dans les huit aires coutumières du pays.

- Le premier des textes, très classiquement, maintient un mode de désignation selon « *les usages propres à chaque aire coutumière décrits dans le règlement intérieur de chaque conseil coutumier* » et suivant « *la coutume* » pour le Sénat.
- Le second instaure le suffrage universel *direct* kanak pour les conseils coutumiers et l'élection au suffrage universel *indirect* kanak pour le Sénat. L'économie générale du projet était la suivante : le nombre de conseillers coutumiers, actuellement défini par les règlements intérieurs²⁶, est fixé proportionnellement au nombre d'habitants de statut civil coutumier, hommes et femmes. Tous participent dans chaque aire à l'élection au scrutin de liste à la proportionnelle de leurs conseillers. Ceux-ci éliront ensuite leurs deux sénateurs au scrutin

²⁴ Article 137 de la loi organique.

²⁵ Les Nouvelles Calédoniennes, 5 décembre 2004.

²⁶ Article 152 de la loi organique : « *Les règles d'organisation et de fonctionnement de chaque conseil coutumier sont fixées par un règlement intérieur publié au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie. Ce règlement peut être déféré au tribunal administratif* ».

uninominal majoritaire. C'est un immense changement ! Le système devient « lisible » aux yeux du monde extérieur, voire pour les populations kanak dont le lien à la tribu s'est distendu.

Finalement, le Sénat coutumier, réuni en assemblée plénière le 24 février 2005, rejettera la réforme par un simple renvoi laconique aux décisions du congrès extraordinaire du pays kanak : « *Vu les décisions du congrès extraordinaire du pays kanak des 28 et 29 janvier 2005, et en particulier celle où à l'unanimité, les 8 conseils coutumiers d'aires et leurs chefferies ont pris position pour la désignation des membres du Sénat coutumier selon les « usages reconnus par la coutume » et celles des membres des conseils coutumiers d'aires selon les « usages propres à chaque aire ».*

Le système ne changera donc pas et aucune loi du pays ne sera adoptée, malgré le débat juridique sur la nécessité ou pas de fixer la règle par loi du pays au-delà du premier mandat exceptionnel de 6 ans.

Cette question est potentiellement relancée aujourd'hui pour le renouvellement de 2010: la **plate forme minimale du FLNKS** adoptée le 31 janvier 2009 à sa convention qui s'est déroulée à la tribu de St Paul à Thio mentionne le Sénat dans les termes suivants : « *Il est temps, à présent, de faire reconnaître la véritable place du Sénat Coutumier en tant qu'institution pleine et entière de la Nouvelle Calédonie et lui permettre de disposer des moyens nécessaires pour assumer convenablement ses missions de manière autonome face à l'importance du volume des matières à traiter sur l'identité kanak. Nous rappelons que cette institution n'est pas destinée à être constituée par les seules "autorités coutumières". **Le mode de désignation par voie électorale devra être établi pour le renouvellement des membres du Sénat Coutumier en 2010** ».*

Pour quoi ce débat est-il aussi récurrent ? Il ne faut pas n'y voir que la concurrence des coutumiers et des politiques qui divise la société kanak. C'est que le mode de scrutin appuiera la légitimité du Sénat au regard des autres, voire d'une partie de la population kanak elle-même. Et les limites légales mises alors à la compétence du Sénat dans la loi organique seront vite dépassées. Qui ira à l'encontre d'un refus formel au Sénat, devenu l'émanation du peuple kanak rassemblé, d'une délibération du congrès, y compris en dehors de l'identité kanak ?

Bien sûr, il y a l'inconvénient que les chefs légitimes restent des interlocuteurs de terrain incontournables et qu'il vaut mieux qu'ils soient dans l'institution que dehors. Mais qui peut prédire que les grands chefs, dont certains sont aussi des politiques, ne maîtriseront pas l'élection ?

L'institution du Sénat ne doit pas être oubliée, encore moins méprisée par un européocentrisme de bon aloi. Elle dispose d'un potentiel fort pour modifier profondément la physionomie de nos institutions calédoniennes.