



# KONRAD ADENAUER STIFTUNG

## LIBRAIRIE AFRICAINE

### D'ETUDES JURIDIQUES

## Volume 7

Edité par Hartmut Hamann et Jean-Michel Kumbu

*Hartmut Hamann*, associé du cabinet d'avocats CMS Hasche Sigle, focalise son attention sur des grands projets internationaux et sur des affaires d'arbitrage. Il est professeur à la Freie Universität Berlin et à Technische Universität Chemnitz. Il y enseigne le droit international public et la résolution des conflits de droit. M. Hamann travaille souvent en Afrique.

*Stanislas Makoroka* est Doyen de la Faculté de Droit de l'Université du Burundi et enseigne dans plusieurs autres universités de la sous-région en l'occurrence au Rwanda et en République Démocratique du Congo. Il est également membre du panel des arbitres du Centre d'arbitrage et de conciliation du Burundi (CEBAC). Ancien membre de la Commission constitutionnelle chargée de la démocratisation politique du Burundi, ancien conseil du gouvernement du Burundi dans les négociations de l'Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi et ancien membre de diverses commissions techniques chargées de l'élaboration des textes d'application des protocoles I et II dudit Accord, il conduit des recherches en matière de l'état de droit au Burundi.



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

©October 2011

*Published By:*

Rule of Law Program for Sub-Saharan Africa





**Office** : **Mbaruk Road, Hse, No. 27**  
P.O. Box 66471-00800  
Westlands, Nairobi, Kenya  
Tel: 254 20 272 59 57, 261 0021, 261 0022  
Fax: 254 20 261 0023  
Email: info.nairobi@kas.de

**Head Office:** **Klingelhöferstr. 23 D-10785 Berlin**  
Tel.: 030/269 96-0  
Fax: 030/269 96-3217  
www.kas.de

© Konrad Adenauer Stiftung & Authors, October 2011  
**ISBN: 978-9966-021-03-8**

*Typeset & Printing by:-*  
**LINO TYPESETTERS (K) LTD**  
P.O. Box 44876-00100 GPO  
Email: info@linotype.co.ke  
Nairobi-Kenya

---

*All rights reserved. No reproduction, copy or transmission of this publication may be made without written permission by the publisher. No paragraph of this publication may be reproduced, copied or transmitted save with written permission. Any person who does any unauthorised act in relation to this publication may be liable to criminal prosecution and civil claims for damages.*



# TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS ..... i

## L'INDEPENDANCE DU POUVOIR JUDICAIRE BURUNDAIS VIS-A-VIS DE L'EXECUTIV

**Par Aimé-Parfait NIYONKURU**

**1**

## L'ETAT ET LES DROITS SOCIAUX DE SES CITOYENS: CAS DU DROIT A LA SANTE AU BURUND

**Par Bernard NTAHIRAJA et Nestor NKURUNZIZA**

**20**

## LA DECENTRALISATION COMMUNALE AU BURUNDI, LES DEFIS D'UNE EFFECTIVITE

**Par Désiré NGABONZIZA**

**46**

## LA PLACE DU DROIT PENAL DANS LE PROCESSUS DE JUSTICE TRANSITIONNELLE AU BURUNDI

**Par Berry Didier NIBOGORA**

**66**

## L'APPROCHE CONSOCIATIVE DANS LA CONSTITUTION DU 18 MARS 2005 ET SES IMPLICATIONS SUR LE REGIME POLITIQUE BURUNDAIS

**Par Alexis MANIRAKIZA**

**91**







# KONRAD ADENAUER STIFTUNG LIBRAIRIE D'ETUDES JURIDIQUES AFRICAINES

VOLUME 7

AVANT-PROPOS

---

La constitution du Burundi du 18 mars 2005 ainsi que l'Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation du 28 août 2000 qui en est le socle, établissent au Burundi « une république indépendante, souveraine, laïque, démocratique, unitaire et respectant sa diversité ethnique et religieuse » (art.1). Elle stipule que « tous les burundais sont égaux en mérite et en dignité » (art. 3), « que le gouvernement est construit sur la volonté du peuple burundais.... est responsable devant lui et en respecte les libertés et droits fondamentaux » (art. 15). « Le gouvernement respecte la séparation des pouvoirs, la primauté du droit et les principes de bonne gouvernance et de la transparence dans la conduite des affaires publiques », indique-t-elle encore (art. 18 al. 2).

En s'étendant à souhait sur les principes et les valeurs fondamentales de gouvernement ainsi que sur les droits et devoirs fondamentaux de l'individu et du citoyen, (art. 1 à 74 articles), le Constituant, depuis l'Accord d'Arusha, veut dans un élan ultime « mettre un terme aux causes profondes de l'état continu de la violence ethnique et politique » et « construire un ordre politique et un système de gouvernement fondés sur des valeurs démocratiques et respectueuses des droits de l'homme », en un mot, l'Etat de droit.

L'Etat de droit est celui qui est bâti, dont les institutions sont érigées, qui fonctionne et dont les rapports entre gouvernants et gouvernés sont placés sous l'empire de la règle de droit. Celle-ci s'impose à tous et particulièrement aux gouvernants.

Le concept est largement repris dans tout l'arsenal juridique du Burundi, à tous les niveaux d'interventions. Les valeurs de justice, de démocratie, de bonne gouvernance, de pluralisme, de respect des libertés et droits fondamentaux de l'individu et la tolérance sont sur toutes les lèvres de burundais. Mais entre la proclamation et le vécu quotidien de telles valeurs, il peut y avoir des écarts, parfois énormes. Les espaces du verbe et de l'acte ne se recouvrent pas nécessairement.

De jeunes chercheurs burundais se sont donnés pour objectif de vérifier, analyser et comprendre l'intégration du concept de l'Etat de droit dans les sphères des divers aspects de la vie politique, sociale et économique du Burundi. Dans leurs travaux de recherche, ils ont bénéficié de l'encadrement du doyen la Faculté de Droit de l'Université du Burundi, le professeur Stanislas Makoroka et du professeur Hartmut Hamann de l'Université Libre de Berlin, dans le cadre du Rule of Law Program for Sub-Saharan Africa de la Fondation Konrad Adenaur ».

Sur le thème « Etat de droit au Burundi », 5 articles ont été retenus pour être publiés dans ce septième numéro de la revue.

A travers « L'approche consociative dans la Constitution du 18 mars 2005 et ses implications sur le régime politique burundais », l'auteur cherche à comprendre le mécanisme porté par

quelques dispositions de ladite Constitution sur le principe du partage de pouvoir et sa mise en application. Il note une mise en oeuvre pas toujours orthodoxe des dispositions et une perspective plutôt « monopolistique » de l'exercice du pouvoir.

L'étude sur « La décentralisation communale au Burundi : les défis d'une effectivité » signale les multiples difficultés d'ordre politiques et socioéconomiques du transfert de pouvoir à l'autorité locale, une autre exigence de la gouvernance et du bon fonctionnement d'un système démocratique.

En matière judiciaire, deux articles, l'un consacré à « L'indépendance du pouvoir judiciaire au Burundi » et l'autre à « La place du droit pénal dans le processus de justice transitionnelle au Burundi » abordent des questions cruciales du fonctionnement de l'appareil judiciaire et des perspectives de restauration d'un service de la justice qui réconcilie les populations après une crise sociopolitique majeure de plus de dix ans, qui soit une arme efficace contre l'impunité et qui rétablisse la confiance en l'Etat.

Enfin, lors de l'analyse de « L'Etat de droit et les droits sociaux de ses citoyens : cas du Burundi » les auteurs font le constat que le niveau de mise en oeuvre du droit de la santé au Burundi reste insuffisant, en dépit de quelques mesures porteuses d'espoir. Ils indiquent aussi que la pauvreté du Burundi n'explique pas tout ; ils suggèrent un certain nombre d'initiatives à prendre par l'Etat qui pourraient relever le niveau d'accessibilité des droits sociaux.

Dans ces aspects analysés par les jeunes chercheurs et dans bien d'autres, il apparaît que l'Etat de droit doit se construire encore au Burundi. Rien de bien surprenant pour un pays qui sort d'un conflit violent et qui n'a retrouvé que récemment les voies de la démocratie. Mais le chercheur s'interroge sur la question de savoir si la trajectoire adoptée à cet égard est la bonne, afin qu'en toutes circonstances, le moindre dérapage soit évité pour que chaque jour s'enracine davantage le respect des valeurs démocratiques et des droits de l'homme.

Pour terminer ce propos, des félicitations et encouragements doivent être adressés à l'ensemble de l'équipe pour un travail digne des attentes, mais aussi et surtout des remerciements pour les enrichissements apportés aux premières épreuves par les autres équipes de chercheurs de la sous-région, lors du séminaire de Butare du 2 au 4 novembre 2010.

**Prof. Dr. Hartmut Hamann**

**Prof. Dr. Stanislas MAKOROKA**

# L'INDÉPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE BURUNDAIS VIS-A-VIS DE L'EXECUTIF

Par Aimé-Parfait NIYONKURU\*

## INTRODUCTION

*« Au cœur de tout système fondé sur la primauté du droit, il y a un appareil judiciaire fort, indépendant et doté des pouvoirs, des ressources financières, du matériel et des compétences qui lui sont nécessaires pour protéger les droits de l'homme dans le cadre de l'administration de la justice »<sup>1</sup>.*

Dans un Etat de droit<sup>2</sup>, le pouvoir judiciaire est le rempart des droits et libertés fondamentaux du citoyen. C'est dans ce sens que la Constitution de la République du Burundi souligne que le pouvoir judiciaire est le gardien de ces droits et libertés<sup>3</sup>. Mais pour remplir cette fonction, le pouvoir judiciaire doit être indépendant.

Selon l'Organisation Non Gouvernementale Avocats Sans Frontières, cette indépendance « peut être entendue comme le fait pour le tribunal de ne pas être soumis à une influence extérieure; c'est le fait d'être exempt de toute pression émanant d'une autorité extérieure au tribunal. En ce sens, l'indépendance s'intéresse donc à l'environnement du juge<sup>4</sup>».

L'indépendance impliquerait un statut qui assure au juge la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes les instructions et pressions<sup>5</sup>, en l'occurrence celles émanant du pouvoir exécutif. Dans ce sens, l'article 29 de la loi N° 1/001 du 29 février 2000 portant réforme du statut des magistrats<sup>6</sup> édicte que le juge « apprécie souverainement les causes dont il est saisi et décide de la suite à leur donner indépendamment de toute influence ». L'indépendance du pouvoir judiciaire est une des clés de voûte, un des piliers<sup>7</sup> d'un véritable Etat de droit. C'est un des principes normatifs fondamentaux de la bonne gouvernance<sup>8</sup> et une des conditions préalables à l'établissement et au maintien de la paix et

\* Assistant à l'Université du Burundi

<sup>1</sup> Rapport du Secrétaire Général sur l'Etat de droit et la justice transitionnelle dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit (s/2004/616), para. 35).

<sup>2</sup> L'Etat de droit est un concept qui est à l'honneur. Selon l'Organisation des Nations Unies, l'état de droit « désigne un principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l'Etat lui-même, ont à répondre de l'observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante, et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'homme. Il implique, d'autre part, des mesures propres à assurer le respect des principes de la primauté du droit, de l'égalité devant la loi, de la responsabilité au regard de la loi, de l'équité dans l'application de la loi, de la séparation des pouvoirs, de la participation à la prise de décisions, de la sécurité juridique, du refus de l'arbitraire et de la transparence des procédures et des processus législatifs» (cf. Rapport du Secrétaire Général sur l'Etat de droit et la justice transitionnelle dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit (s/2004/616), para.6). Traditionnellement considérée comme une affaire des seuls familiers des arcanes de la pensée juridique, les juristes, le concept a non seulement quitté le terrain aride de la dogmatique juridique (Chevallier, J., *L'Etat de droit*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 2003, p.9) mais encore a déjà acquis une dimension internationale (Voir notamment Société Française pour le Droit International, *L'Etat de droit en droit international*, Acte du colloque de Bruxelles des 5, 6 et 7 juin 2008).

<sup>3</sup> Art. 60 de la loi N° 1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, B.O.B., n° 3 ter/2005.

<sup>4</sup> Avocats Sans Frontières, *Le crime de génocide et les crimes contre l'humanité devant les juridictions ordinaires du Rwanda*, Vade mecum, Kigali et Bruxelles, 2004, p.24.

<sup>5</sup> Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 7<sup>e</sup> édition, 2005, p.472.

<sup>6</sup> Voy. B.O.B., N° 2/2000.

<sup>7</sup> Szeplaki- Nagy, « Les protections de l'indépendance : Les protections statutaires et matérielles », in AHUCAF, *L'indépendance de la justice*, Actes du deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, Dakar - 7 et 8 novembre 2007, p.115.

<sup>8</sup> Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi, protocole II: Démocratie et bonne gouvernance, chapitre 1<sup>er</sup>, art.2, point 8.

de la sécurité<sup>9</sup>.

Au Burundi, le pouvoir judiciaire est personnifié par le juge et ceci sans distinction selon qu'il s'agit du juge judiciaire, du juge administratif ou du juge constitutionnel. Il faut signaler que l'organisation judiciaire burundaise ne connaît pas des ordres de juridictions. En l'occurrence, il n'y a pas un ordre administratif et un ordre judiciaire.

Certes, il y a des cours administratives qui sont des juridictions spécialisées et des juridictions ordinaires statuant en matière civile et pénale. Cependant, les affaires administratives, civiles et pénales se rencontrent à la Cour suprême en appel ou en cassation. C'est à la Cour Suprême que se fait l'unité de l'organisation juridictionnelle burundaise.

Il faut cependant excepter la Cour constitutionnelle qui apparaît comme une institution juridictionnelle en dehors de l'ordre judiciaire qui serait à cheval entre le judiciaire et le politique<sup>10</sup>.

L'indépendance du juge peut s'analyser sous des aspects variés: par rapport aux pouvoirs exécutif et législatif, vis-à-vis de la société en général et des justiciables en particulier, dans les rapports hiérarchiques des juridictions, vis-à-vis de soi-même (indépendance personnelle) etc. Notre réflexion se limitera à l'indépendance du juge burundais vis-à-vis de l'exécutif.

Si cet article se limite à la question de l'indépendance du juge (magistrat assis) et vis-à-vis de l'exécutif, c'est uniquement pour des raisons méthodologiques. Sinon le problème se pose, *mutatis mutandis* pour toute la magistrature, aussi bien assise que debout.

D'emblée, d'aucuns s'accordent sur une troublante réalité: celle de la mainmise ou du contrôle du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire ou tout simplement de l'immixtion de l'exécutif dans les affaires judiciaires<sup>11</sup>. Le manque d'indépendance effective du juge est une des causes des dysfonctionnements des juridictions<sup>12</sup>.

L'on ne saurait aborder la question de l'indépendance du juge burundais vis-à-vis de l'exécutif sans, au moins, évoquer la question de la séparation des pouvoirs dans la mesure où précisément, la première est le corollaire de la seconde.

Les deux principes fondamentaux caractéristiques d'un Etat de droit: séparation des pouvoirs et indépendance du juge sont proclamés par la constitution burundaise<sup>13</sup> et d'autres instruments juridiques<sup>14</sup>. Mais comme l'a dit Charles de Gaulle, ce qui est écrit, fût-ce sur

<sup>9</sup> Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi, protocole II: Démocratie et bonne gouvernance, chapitre 1<sup>er</sup>, art.1<sup>er</sup>, point 6, *lit.d*.

<sup>10</sup> Voy. Nzeyimana, L, «Le pourvoi en cassation et la nouvelle loi sur la Cour Suprême », *Nouvelle revue de Droit du Burundi*, édition février/mars 2006, Imprimerie MAIMO S.A, 98). A elle seule, il serait difficile de la considérer comme un ordre.

<sup>11</sup> Rapport de la mission d'évaluation concernant la création d'une commission d'enquête judiciaire internationale pour le Burundi (Rapport Kalomoh), S/2005/158, para.47, OAG, Gouvernement post-transition, une année de pouvoir : Avancées fragiles et tentations autoritaires, août 2006, pp.14 et 48, Stef Vandeginste, *Pouvoir et droit au Burundi: un commentaire (principalement) juridique sur l'arrêt du 5 juin 2008 de la Cour Constitutionnelle dans l'affaire RCCB 213*, Anvers, le 17 juin 2008, p.18, LDGL, La magistrature au Burundi, décembre 2003 ( voir <http://www.grandslacs.net/doc/3578.pdf> : Consulté le 16 août 2010), RCN Justice & Démocratie, *Le tribunal face au terrain, Les problèmes d'exécution des jugements au Mugamba dans une perspective juridique et anthropologique*, Bujumbura, décembre 2007, p.72, Ministère à la Présidence Chargé de la Bonne Gouvernance, de la Privatisation, de l'Inspection Générale de l'Etat et de l'Administration Locale, *étude diagnostique sur la gouvernance et la corruption au Burundi*, Rapport d'enquête, Bujumbura, mai 2008, p.46. .

<sup>12</sup> OAG, Analyse critique du fonctionnement de la justice de proximité au Burundi, Rapport définitif, Bujumbura, mars 2007, p.25. Il est que cette conclusion a été tirée au sujet des juridictions de base pour la raison que l'étude s'intéressait à la justice de proximité. Néanmoins cela reste vrai, *mutatis mutandis*, pour les juridictions supérieures.

<sup>13</sup> Art. 18, 205 et 209 de la loi n° 1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la constitution de la République du Burundi, *B.O.B.*, N° 3 *ter*/2005.

<sup>14</sup> Art. 29 de la loi N° 1/001 du 29 février 2000 portant réforme du statut des magistrats, *B.O.B.*, N° 2/2000.

un parchemin, ne vaut que par l'application<sup>15</sup>. D'où la nécessité d'analyser l'état des lieux de la question de l'indépendance du juge burundais vis-à-vis de l'exécutif et d'envisager des perspectives en vue de réduire, le cas échéant le décalage qu'il y a entre les principes proclamés et la réalité vécue.

### I. La séparation des pouvoirs : pré-requis à l'indépendance du juge

*« Si la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté ; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat de fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement ».*

Montesquieu, EL, XI, 6.  
(1689 - 1755).

Un vrai système judiciaire à même d'assurer la protection des droits de l'homme et garantir l'absence de discrimination dans l'administration de la justice suppose d'abord un Etat qui respecte, en droit et dans la pratique, le principe de la séparation des pouvoirs.

La séparation des pouvoirs est l'un des principes fondamentaux du constitutionnalisme moderne et de l'État de droit<sup>16</sup>. Le principe de la séparation des pouvoirs consacre le triomphe de la théorie de Charles de Secondat Montesquieu, qui, déjà en 1748 (dans son ouvrage, *L'esprit des Lois*), affirmait:

*« Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers ».*

Pour ce philosophe

*« Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur<sup>17</sup> ».*

Ce n'est pas uniquement Montesquieu qui a souligné les dangers de la concentration des pouvoirs ou de l'immixtion dans la sphère judiciaire, le maillon faible de la « chaîne » des trois pouvoirs. Alexandre François Auguste Vivien a mis en garde:

*« Si (...) l'administration se substituait à la justice, elle serait exposée à subordonner les droits privés à l'intérêt public, à méconnaître, en vue du salut de l'Etat, la propriété, la liberté et à mettre l'arbitraire à la place du droit. Le jour où la justice tomberait entre les mains de l'administration, il n'y aurait plus pour les citoyens ni garanties, ni sécurité »<sup>18</sup>.*

<sup>15</sup> Charles DE GAULLE, *Mémoire d'espoir- Le Renouveau*, Paris, Plon, 1970.

<sup>16</sup> Troper, M, «Séparation des pouvoirs», *Dictionnaire électronique Montesquieu* [En ligne], mis à jour le : 14/02/2008, URL : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lsh.fr/index.php?id=286>.

<sup>17</sup> Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre XI, chap. 6, Paris, Éd. Garnier-Flammarion, 1979, tome 1, pp. 294-295.

<sup>18</sup> Alexandre François Auguste Vivien, *Études administratives*, Tome I, Librairie des Guillaumin & Cie, Rue Richelieu, Paris, 1859, pp. 17-18.

C'est dire que la concentration des pouvoirs entre les mains d'une même personne se traduirait par le despotisme<sup>19</sup>.

Au Burundi, la séparation du pouvoir judiciaire des autres pouvoirs est garantie par l'article 205 de la Constitution, dont l'alinéa premier précise: «La justice est rendue par les cours et tribunaux sur tout le territoire de la République au nom du peuple burundais».

Il convient toutefois de noter qu'au Burundi, le système de la séparation des pouvoirs est fortement déséquilibré au profit de l'exécutif et au dépend du judiciaire (*infra*).

## II. Indépendance du juge burundais: un décalage entre l'idéal que visent les principes et la situation réelle

*« Pourquoi la justice- rendue par des hommes et des femmes, non par des héros ou des saints- serait- elle indépendante, quand les institutions ne le souhaitent pas, quand le pouvoir politique ne le veut pas davantage ou ne le veut qu'au gré d'opportunités, quand l'indépendance gêne la carrière d'un juge au lieu de la servir».*

Jean Denis Bredin, Le Monde, 20 novembre 1987.

*« Le système judiciaire burundais est marqué d'une triple tare: une grave insuffisance de formation du personnel, un manque total d'équipement et, surtout, un manque d'indépendance de l'appareil judiciaire».*

Commission Justice et Paix belge francophone<sup>20</sup>

*« L'indépendance de la magistrature n'est que purement textuelle. Dans la pratique, le magistrat est sous le contrôle de l'exécutif et les immixtions de ce dernier dans le judiciaire sont monnaie courante.*

*L'histoire de la magistrature fait état de décisions de révocation des magistrats qui ont rendu des décisions qui déplaisent l'exécutif».*

Observatoire de l'Action gouvernementale<sup>21</sup>.

L'indépendance du pouvoir judiciaire est un principe fort proclamé mais qui, au Burundi, comme d'ailleurs dans de nombreuses régions du monde<sup>22</sup>, est précaire. Autrement dit, le principe énoncé par presque toutes les constitutions ou lois fondamentales du monde- si ce n'est pas toutes- manque de traduction pratique. Au delà de belles prévisions légales et réglementaires sur la question de l'indépendance du juge, la réalité ne se montre pas toujours sous un beau jour. Exception faite des autorités de l'exécutif et dans une moindre

<sup>19</sup> Du grec *despotês* (= maître), le despotisme est la forme de gouvernement dans laquelle la souveraineté est exercée par une autorité unique (une seule personne ou un groupe restreint) qui dispose d'un pouvoir absolu. Le despotisme implique souvent un pouvoir autoritaire, arbitraire, oppressif, tyrannique, sur tous ceux qui lui sont soumis. Le despotisme est l'une des trois formes de gouvernement (avec la république et la monarchie) que Montesquieu distingue dans «L'esprit des lois». Pour lui le despotisme, qui est le mal absolu, est le pouvoir d'un seul homme, sans règle, si ce n'est celle de son bon plaisir, pouvoir fondé sur la crainte. Le philosophe en déduit la nécessité de la séparation des pouvoirs afin d'éviter le despotisme et de préserver la liberté. Les formes suivantes de gouvernement pouvant être considérées comme despotiques : Autocratie, la dictature, la monarchie absolue, l'oligarchie etc.

<sup>20</sup> Commission Justice et Paix belge francophone, Le long chemin du Burundi vers la paix et la démocratie, mai 2006, p.4.

<sup>21</sup> Analyse critique du fonctionnement des juridictions supérieures du Burundi, Bujumbura, décembre 2007, p.8.

<sup>22</sup> Commission des droits de l'homme, Résolution 2004/33 intitulée *Indépendance et impartialité du pouvoir judiciaire, des jurés et des assesseurs et indépendance des avocats*, point 2.

mesure des politiques qui sont proches de la coalition des partis présents au gouvernement, tout le monde : citoyen, activiste des droits de l'homme, société civile, opposition politique, avocats, experts en droit sont d'avis que la magistrature burundaise n'est pas indépendante des deux autres pouvoirs, en particulier de l'exécutif.

Nous sommes d'avis avec Maître Laurent NZEYIMANA pour reconnaître que les mécanismes appropriés légaux ou réglementaires, auxquels nous ajoutons les garanties d'ordre matériel et professionnel<sup>23</sup> n'ont pas encore mis en œuvre le principe de l'indépendance de la magistrature, «en faisant sauter la subordination traditionnelle de la magistrature au pouvoir exécutif (...)»<sup>24</sup>.

Le juge burundais n'est pas indépendant du pouvoir exécutif. L'Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi du 28 août 2000 ne prévoit-il pas lui-même, parmi les réformes juridiques, la réforme judiciaire à tous les niveaux ainsi que la réforme du conseil supérieur de la magistrature, de manière à assurer son indépendance et celle de l'appareil judiciaire?<sup>25</sup>

Comme nous l'annonçons ci-dessus, l'indépendance de la magistrature est un principe constitutionnel qui n'a pas de traduction pratique. Dans les faits, le système de séparation des pouvoirs est déséquilibré au profit de l'exécutif.

### III. Un système de séparation des pouvoirs déséquilibré au profit de l'exécutif

Au Burundi, l'indépendance de la magistrature est un principe constitutionnel. Toutes les constitutions du Burundi ont toujours affirmé ce principe. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 209 de la loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi est libellé ainsi qu'il suit :

*« Le pouvoir judiciaire est impartial et indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.  
Dans l'exercice de ses fonctions, le juge n'est soumis qu'à la constitution et à la loi ».*

Dans le même sens, l'Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation prévoit que le pouvoir judiciaire est impartial et indépendant et que nul ne peut s'ingérer dans son fonctionnement<sup>26</sup>.

Mais dans la pratique, le pouvoir judiciaire est dépendant de l'exécutif qui ne manque pas, le cas échéant, de peser sur les décisions de justice et de s'immiscer indûment dans les affaires judiciaires. Selon le Rapport de la mission d'évaluation concernant la création d'une commission d'enquête judiciaire pour le Burundi :

<sup>23</sup> Les garanties d'ordre éthique et déontologiques. L'adjectif «éthique» signifie ce qui concerne les principes de la morale. Quant au nom «éthique», il signifie l'ensemble de règles morales qui s'imposent aux différentes activités d'une profession (Cf. Dictionnaire le Petit Larousse 2008, p.391.). Les termes «éthique» et «déontologie» sont souvent confondus et utilisés comme des synonymes. Cependant ils ne le sont pas. Le terme «déontologie» désigne l'ensemble des règles et des devoirs qui régissent une profession, la conduite de ceux qui l'exercent, les rapports entre ceux-ci et leurs clients ou le public (Cf. Dictionnaire le Petit Larousse 2008, p.304).

<sup>24</sup> NZEYIMANA, Laurent, « Le pourvoi en cassation et la nouvelle loi sur la Cour suprême », Nouvelle revue de droit du Burundi, Edition décembre 2005/janvier 2006, Imprimerie MAIMOSA S.A, p.102. Voir aussi mutatis mutandis NIYONKURU, Aimé- Parfait, La problématique de la répression des violations de droit international humanitaire dans le cadre du conflit armé burundais, Mémoire de DEA en droit à l'Université Libre de Bruxelles (Sous la direction de M. Eric David), septembre 2007, pp.51-55.

<sup>25</sup> Accord d'Arusha pour la paix et la Réconciliation au Burundi, le 28 août 2000, Protocole I, Chapitre 2, Article 6.

<sup>26</sup> Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi, le 28 août 2000, Protocole II, Chapitre1, article 9.2.

«Le pouvoir judiciaire est sujet à l'immixtion politique de l'exécutif et du législatif. En dépit des dispositions constitutionnelles, qui garantissent l'indépendance de la magistrature, celle-ci est vue dans l'opinion politique comme partielle, porteuse de préjugés ethniques et cliente du pouvoir politique»<sup>27</sup>.

Les professionnels du secteur eux-mêmes se plaignent du manque d'indépendance<sup>28</sup>. C'est notamment pour réclamer l'indépendance de la magistrature que les magistrats ont déclenché une grève le 1<sup>er</sup> septembre 2003 pour réclamer entre autres l'indépendance de la magistrature du pouvoir exécutif, l'égalité et la séparation des pouvoirs<sup>29</sup>.

Les magistrats sont désarmés contre l'intrusion de l'exécutif dans la sphère judiciaire. En effet, c'est l'exécutif qui gère de bout en bout, la carrière des magistrats<sup>30</sup> tandis que ces derniers n'ont aucune protection contre les « repréailles » de l'exécutif s'ils osaient ne pas se soumettre à la volonté du pouvoir exécutif. Dans ces conditions, la justice rendue, ne peut être que le reflet de la volonté du pouvoir en place.

#### IV. Une carrière qui dépend, en fait, de la faveur du prince

«L'indépendance signifie que chaque autorité doit être à l'abri de toute influence des autres. L'indépendance provient avant tout de l'absence de pouvoir de révocation d'une autorité sur une autre, mais accessoirement une autorité est aussi indépendante si elle ne doit pas sa nomination à une autre, si son budget ne lui vient pas d'une autre ou encore si des poursuites judiciaires ne peuvent être exercées contre elle par l'une des autres».

Michel Troper.

Selon Mme Sabine SABIMBONA, juriste burundaise et ancienne députée à l'Assemblée nationale burundaise, le magistrat burundais est dépendant de l'exécutif pour sa carrière pour prétendre à une réelle indépendance<sup>31</sup>.

Aux termes de l'article 214 de la loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la constitution de la République du Burundi :

« Dans leur carrière les magistrats sont nommés par décret du Président de la République sur proposition du Ministre ayant la justice dans ses attributions, après avis du Conseil Supérieur de la Magistrature. Ceux des tribunaux de résidence sont nommés par ordonnance du Ministre ayant la justice dans ses attributions suivant la même procédure».

Les conditions **de nomination** des magistrats ne sont pas de nature à garantir leur indépendance. Les critères de recrutement demeurent d'ailleurs arbitraires dans la pratique. Alors que les personnes sélectionnées pour remplir les fonctions de magistrat doivent être sélectionnées sur base de critères objectifs précis tenant notamment compte de l'intégrité, de compétence; qu'en outre elles devraient justifier d'une formation et de qualifications

<sup>27</sup> S/2005/158, 11 March 2005, Letter from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council (Report of the assessment mission on the establishment of an international judicial commission of inquiry for Burundi), § 47.

<sup>28</sup> SYSTEME DES NATIONS UNIES, Burundi : Les défis du processus de transition, Bilan Commun de Pays (CCA), Bujumbura, Février 2004, p.37.

<sup>29</sup> RCN, Justice & Démocratie, Rapport d'Activités 2003,10.

<sup>30</sup> Art. 14 du Décret N°100/122 du 28 novembre 2005 portant organisation du Ministère de la Justice, B.O.B., N° 11/2005.

<sup>31</sup> SABIMBONA, S., La justice au service de la paix, inédit, s. d, p.5.

juridiques suffisantes<sup>32</sup>; pareille méthode de sélection des magistrats étant destinée à pallier le risque des nominations abusives<sup>33</sup> et partisans, les recrutements sont opérés de manière opaque<sup>34</sup>. Ce ne sont ni les plus formés, ni les meilleurs au vu de leurs dossiers académiques, ni l'expérience au regard de leurs activités professionnelles antérieures, qui sont recrutés.

Alors que la loi prévoit un concours pour départager les candidats<sup>35</sup>, les juges ne sont pas recrutés sur concours, et le Ministère de la justice procède à des nominations sans même consulter le Conseil supérieur de la magistrature<sup>36</sup>.

Un système opaque de nomination des juges «peut affecter l'indépendance du juge qui aurait une « dette de reconnaissance » envers celui qui l'a fait nommer, ou qui pourrait être enclin à rendre des décisions qui plaisent à celui qui détient le pouvoir de décider d'une promotion<sup>37</sup>.

**La promotion** des juges n'est pas non plus à l'abri des critiques. La promotion des juges devrait être fondée sur des facteurs objectifs, notamment leur compétence, leur intégrité et leur expérience<sup>38</sup>. Il n'en est rien dans la pratique.

Ainsi, des juges ont été nommés à la Cour suprême avant même d'être titularisés. Et pourtant, la loi régissant la Cour suprême est formelle :

*« Les magistrats de la Cour Suprême (...) sont choisis parmi les magistrats de carrière, remplissant les critères d'intégrité morale, d'expérience professionnelle, de technicité, de compétence et de conscience professionnelle »<sup>39</sup>.*

Si la constitution institue un Conseil Supérieur de la Magistrature qui assiste le Président de la République pour garantir l'indépendance de la magistrature<sup>40</sup>, il faut noter que ce Conseil est dominé par l'exécutif<sup>41</sup>.

Ainsi donc, qu'il s'agisse de la nomination, de l'avancement dans la carrière, de la promotion à quelque poste de responsabilité, des mutations, de la révocation *etc.*, tout est entre les

<sup>32</sup> Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, Adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985, § 10.

<sup>33</sup> Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, Adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985, § 10.

<sup>34</sup> Programme d'appui à la Bonne Gouvernance « GUTWARA NEZA », *Etudes organisationnelles des directions du Ministère de la Justice*, août 2008, p.17, ONU-SG- septième rapport du Secrétaire général sur le Bureau intégré des Nations Unies au Burundi du 30 novembre 2010 (S/2010/608), p.9, § 44.

<sup>35</sup> Art. 8 loi N° 1/001 du 29 février 2000 portant réforme du statut des magistrats, B.O.B, N° 2/2000.

<sup>36</sup> ONU-SG-, *Sixième rapport du Secrétaire général sur le Bureau intégré des Nations Unies au Burundi*, (S/2009/611), 30 novembre 2009, ONU-SG- *Septième rapport du Secrétaire général sur le Bureau intégré des Nations Unies au Burundi* du 30 novembre 2010 (S/2010/608), p.9, § 44.

<sup>37</sup> Avocats Sans Frontières, *Le crime de génocide et les crimes contre l'humanité devant les juridictions ordinaires du Rwanda, Vade mecum*, Kigali et Bruxelles, 2004, p.24.

<sup>38</sup> Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, Adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985, § 10.

<sup>39</sup> Article 5 de la loi n° 1/07 du 25 février 2005 régissant la Cour suprême, B.O.B., N° 3 quater/2005.

<sup>40</sup> Article 214 alinéa 2 de la loi n° 1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, B.O.B n°3 ter/2005.

<sup>41</sup> Outre le Président de la République et le Ministre de la Justice, respectivement Président et Vice-président, le conseil est composé de 15 membres répartis comme suit : cinq membres désignés par le Gouvernement, trois juges de la Cour Suprême, deux Magistrats du Parquet Général de la République, deux juges des Tribunaux de Résidence et trois membres exerçant une profession dans le secteur privé. Soit au total 17 membres dont seulement sept sont – les magistrats- sont choisis par leurs pairs. Deux autres membres sont des membres éminents de l'exécutif: le Président de la République et le Ministre de la justice. Le reste des membres, soit huit, sont nommés par le Ministre de la Justice. Cette composition consacre un retour en arrière. Déjà en 1962, le Conseil Supérieur de la Magistrature était présidé par le Président de la Cour Suprême. Ce Conseil était composé de trois juges de la Cour Suprême, deux magistrats du Ministère Public ainsi que deux juges des Tribunaux de Résidence.

mains de l'exécutif qui peut tantôt miroiter l'appât d'une récompense pour fidélité tantôt brandir la menace d'une sanction en cas d'insubordination du juge.

Corollairement à cette mainmise de l'exécutif sur la carrière des magistrats, ces derniers n'ont aucune garantie réelle contre de possibles mesures administratives de l'exécutif tombant comme une riposte à des décisions qu'il n'apprécie pas.

## V. Absence de garanties contre les sanctions abusives de l'exécutif

Le magistrat burundais vit un perpétuel dilemme: Dire le droit et rien que le droit au risque de mécontenter, relativement à certains dossier, le pouvoir exécutif ou le pouvoir tout court avec les risques que ce courage comporte pour sa carrière et au-delà sur la survie et la stabilité de sa famille ou, faire allégeance aux autres pouvoirs, en particulier à l'exécutif avec le risque de trahir sa conscience en tordant délibérément le coup au droit.

Le magistrat burundais est ainsi dans une situation inconfortable. Face à la toute puissance de l'exécutif, il ne dispose d'aucune garantie légale effective. Il est toujours hanté par l'éventualité de perdre l'emploi, de mettre en péril sa carrière et d'entraîner toute sa famille dans la précarité nonobstant le principe selon lequel les juges, qu'ils soient nommés ou élus, sont inamovibles tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire de la retraite ou la fin de leur mandat<sup>42</sup>.

L'inamovibilité est l'une des plus importantes composantes de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Elle met le pouvoir exécutif dans l'impossibilité de porter atteinte à l'indépendance des magistrats par des disgrâces imméritées<sup>43</sup>. En vertu de ce principe, un juge ne pourrait être révoqué que pour un motif valable, qui devrait être lié à sa capacité d'exercer les fonctions judiciaires<sup>44</sup>. Une fois nommé, il ne pourrait être destitué, suspendu **ou déplacé**<sup>45</sup> que dans les conditions déterminées par la loi et non à la discrétion du pouvoir exécutif<sup>46</sup>.

Le principe de l'inamovibilité du juge est inconnu ou plutôt méconnu dans certains de ses aspects dans la réalité de la pratique burundaise. Certes, au titre des garanties de carrière et d'indépendance des magistrats, le statut des magistrats du 29 février 2000 proclame que les magistrats du siège sont nommés à vie<sup>47</sup>. Dans le même sens mais cette fois-ci s'agissant des magistrats tout court et non du seul magistrat du siège, l'article 212 de la constitution burundaise de 2005 précise qu' « *un magistrat ne peut être révoqué que pour faute professionnelle ou incompétence, et uniquement sur proposition du Conseil Supérieur de la Magistrature* ». Cependant, la réalité quotidienne montre que non seulement cette garantie n'a pas été toujours respectée mais encore qu'à elle seule, elle ne suffit pas pour garantir l'indépendance du juge. Et dans ces conditions et comme l'a si bien dit Charles de Gaulle, « Ce qui est écrit, fût-ce sur un parchemin ne vaut que par l'application »<sup>48</sup>.

Les affectations et les mutations des magistrats, y compris ceux du siège, bref tout ce qui a trait à la mobilité, relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir exécutif. Celui-ci peut y

<sup>42</sup> Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, Adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985, § 10.

<sup>43</sup> Vincent, J., Montagnier, J. et Varinard, A., *La justice et ses institutions*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1985, p.536.

<sup>44</sup> Madame la juge Michèle Rivet, « *Les normes relatives à l'indépendance de la magistrature : une vision internationale pour le juge* », Colloque international sur l'indépendance de la magistrature au Maroc, à la lumière des normes internationales et des expériences régionales, Rabat, 2 au 4 février 2006.

<sup>45</sup> Nous soulignons.

<sup>46</sup> Vincent, J., Montagnier, J. et Varinard, A., *Op. cit.*, p.530.

<sup>47</sup> Art. 21 de la loi N° 1/001 du 29 février 2000 portant réforme du statut des magistrats, *B.O.B.*, N° 2/2000.

<sup>48</sup> De Gaulle, Ch., *Mémoire d'espoir*- Le Renouveau, Paris, Plon, 1970.

recourir et y a recouru intempestivement comme une sanction à ce qu'il considère comme une insubordination du magistrat.

Ainsi par exemple, des juges ont été mutés pour avoir pris une décision octroyant à un opposant au pouvoir une liberté provisoire<sup>49</sup> ou pour l'avoir acquitté<sup>50</sup>. Entre décembre 2009 et juin 2010, soit en l'espace de sept mois, un autre magistrat a été muté trois fois de Kayanza à Muyinga en passant par Kirundo et Bubanza<sup>51</sup>.

S'il résulte de l'article 22 du statut des magistrats de 2000 que le magistrat du siège peut être déplacé pour exercer des fonctions de même grade au moins auprès d'une juridiction de même rang au moins, des cas de juges qui ont été déplacés pour exercer des fonctions de grade inférieur ont été observés<sup>52</sup>.

Bref, la hantise d'une sanction ou d'une mutation disciplinaires dans l'esprit du juge anéantit entièrement sa liberté de juger et son indépendance égale vis-à-vis de tous les justiciables. Alors qu'un juge ne peut être suspendu ou destitué que s'il est inapte à poursuivre ses fonctions pour incapacité ou inconduite<sup>53</sup>, la réalité est différente au Burundi. Ainsi par exemple, en 1988, le Président et deux conseillers de la Cour suprême du Burundi ont été révoqués pour avoir rendu un arrêt qui acquittait un ancien ministre du Gouvernement renversé<sup>54</sup> tandis qu'en 1995, à la veille d'un arrêt concernant un amendement de l'article 85 de la Constitution du 13 mars 1992 qui avait permis l'élection du Président Cyprien Ntaryamira par l'Assemblée Nationale, la Cour constitutionnelle a été révoquée. Le pouvoir soupçonnait qu'elle s'apprêtait à prononcer un arrêt invalidant l'élection de Cyprien Ntaryamira comme Président de la République<sup>55</sup>. Enfin, trois juges ont été suspendus de leurs fonctions pour une durée de deux mois au motif qu'ils avaient:

*« rendu un jugement d'acquiescement se basant sur l'article 72 alors qu'il ne stipule nulle par (sic) que lorsque un détenu n'a pas été présenté devant le juge doit être libéré; [et] (...) dans le même dossier, confirmé que les trois documents de preuve présentés ont été obtenus par truquage sans les avoirs présentés aux services habilités (les experts en la matière)<sup>56</sup> ».*

Ceci est une preuve qu'en dépit du principe de la séparation des pouvoirs et de son corollaire l'indépendance de la magistrature, l'exécutif se reconnaît le pouvoir contrôler l'application de la loi par le juge, lequel est promu à des sanctions disciplinaires s'il fait de la loi une lecture différente de celle de l'exécutif en général et du Ministre de la Justice en particulier.

<sup>49</sup> L.D.G.L., *La magistrature au Burundi*, Rapport de mission effectuée du 17 au 22 novembre 2003 à Bujumbura, <http://www.ldgl.org/spip.php?article41> : Consulté le 17 juillet 2007.

<sup>50</sup> Deux juges ont été mutés de Bujumbura à l'intérieur du pays en mai 2009 et un troisième a été mis en disponibilité d'office au mois d'octobre de la même année. Tous les trois juges avaient, deux mois plus tôt, acquitté un opposant politique M. Alexis SINDUHIJE ( Voir Ordonnance Ministérielle N° 550/687 du 29 mai 2009 portant affectation de certains magistrats auprès des juridictions supérieures et du Ministère public et l'Ordonnance Ministérielle N° 550/1329 du 16 octobre 2009 portant mise en disponibilité d'office d'un magistrat des juridictions supérieures).

<sup>51</sup> Information recueillie auprès du Président du Syndicat des magistrats du Burundi, M. Vital Nshimirimana en date du 11 septembre 2010.

<sup>52</sup> Voir notamment le Décret N° 100/205 du 2 décembre 2009 portant nomination de certains hauts magistrats de la Cour suprême et des responsables de juridictions supérieures, B.O.B., N°12/2009. Mme C.M. a été nommée présidente d'une juridiction inférieure à celle dont elle était juge avant sa nomination

<sup>53</sup> *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature*, Adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985, §18.

<sup>54</sup> Décret N° 100/127 du 4 avril 1988, Voir aussi NINDORERA, E., *Pas de réconciliation véritable sans justice*, inédit, Bujumbura, mars 2006, p.18, note de bas de page n° 5.

<sup>55</sup> NINDORERA, E., *Pas de réconciliation véritable sans justice*, inédit, Bujumbura, mars 2006, p.18, note de bas de page n° 5, Chrétien, J.P et Mukuri, M, (dir.), *Burundi, la fracture identitaire : Logiques de violence et certitudes « ethniques »*, Khartala, 2002, p.65.

<sup>56</sup> Ordonnances Ministérielles N° 550/1235, 550/1236 et 550/1237 du 14 septembre 2009 portant clôture du dossier disciplinaire ouvert à charge des magistrats P.N, M.N et P.D. (initiales des noms et prénoms des magistrats), matricules respectives xx xx et xx.

Si les lois en vigueur proclament que les magistrats sont nommés à vie, elles n'excluent pas en même temps la possibilité d'une révocation comme sanction disciplinaire<sup>57</sup> ou sanction pour incompétence<sup>58</sup>. Certes, la révocation du magistrat pour faute professionnelle ou incompétence n'interviendra que sur proposition du Conseil Supérieur de la Magistrature mais dans sa composition actuelle, ce Conseil, présidé par le Président de la République assisté par le Ministre ayant la Justice dans ses attributions, est dominé par l'exécutif<sup>59</sup> aux pressions duquel il résisterait fort mal.

## VI. Le Conseil Supérieur de la Magistrature ou un joueur déguisé en arbitre

Il résulte de l'article 209 de la Constitution que le Président de la République, Chef de l'Etat, est garant de l'indépendance de la magistrature assisté dans cette mission par le Conseil Supérieur de la Magistrature. A la suite de Lyon- Caen, l'on ne manquerait pas de s'interroger «Comment celui qui dirige l'exécutif pourrait-il protéger le judiciaire des empiètements que le premier a tendance, par la nature des choses, à exercer sur le second<sup>60</sup>?

Parmi les missions du Conseil Supérieur figure celle de garantir le respect de l'indépendance des Magistrats<sup>61</sup>. Au premier rang des auteurs d'atteintes à cette indépendance se trouve le pouvoir exécutif.

Pour pouvoir remplir efficacement ce rôle, le Conseil Supérieur de la Magistrature doit lui-même être indépendant, en particulier du même pouvoir exécutif. Ce qui ne semble pas être le cas jusqu'à ce jour.

Déjà en 2000, « la réforme du Conseil Supérieur de la Magistrature, de manière à assurer son indépendance et celle de l'appareil judiciaire » figurait parmi les réformes législatives, judiciaires et institutionnelles prévues dans l'Accord d'Arusha<sup>62</sup>.

La composition du Conseil Supérieur de la Magistrature est caractéristique d'une domination de l'Exécutif. Outre le Président de la République et le Ministre de la Justice, respectivement Président et Vice-président, le conseil est composé de quinze membres répartis comme suit : cinq membres désignés par le Gouvernement, trois juges de la Cour Suprême, deux Magistrats du Parquet Général de la République, deux juges des Tribunaux de Résidence et trois membres exerçant une profession dans le secteur privé. Soit au total dix-sept membres dont seulement sept sont – les magistrats- sont choisis par leurs pairs. Deux autres membres sont des membres éminents de l'exécutif: le Président de la République et le Ministre de la justice. Le reste des membres, soit huit, sont nommés par le Ministre de la Justice.

Le Conseil adopte ses décisions par vote et à la majorité simple des voix des membres présents. En cas de partage des voix, c'est celle du Président est prépondérante. On le voit bien, la composition du Conseil Supérieur de la Magistrature et les conditions d'adoption de ses décisions rendent illusoire la possibilité d'une décision qui déplaît l'exécutif.

Cette composition consacre un retour en arrière. Déjà en 1962, le Conseil Supérieur de la

<sup>57</sup> Art. 21 de la loi N° 1/001 du 29 février 2000 portant réforme du statut des magistrats, *B.O.B.*, N° 2/2000.

<sup>58</sup> Art. 212 de la constitution burundaise de 2005.

<sup>59</sup> Au sujet de la composition, cf. note de bas de page N°40.

<sup>60</sup> Lyon- Caen, cité par Lagneau Devillé, A, «Influences du pouvoir exécutif sur les prérogatives du juge en France», Gérard, Ph., Ost, F. et Van de Kerchove, M (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Facultés Universitaires Saint- Louis, Bruxelles, 1983, p.480.

<sup>61</sup> Art. 210 de la loi N° 1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la constitution de la République du Burundi, *B.O.B.*, N° 3 ter/2005, art. 121 de la loi N° 1/001 du 29 février 2000 portant réforme du statut des magistrats, *B.O.B.*, N° 2/2000.

<sup>62</sup> Protocole I, art. 6 et 7 (par. 18) et Protocole II, art. 17.

Magistrature était présidé par le Président de la Cour Suprême. Ce Conseil était composé de trois juges de la Cour Suprême, deux magistrats du Ministère Public ainsi que deux juges des Tribunaux de Résidence. Afin de remplir efficacement son rôle en toute indépendance, le Conseil Supérieur de la Magistrature devrait être réformée pour en exclure les membres issus ou nommés par l'exécutif pour être composé de praticiens et spécialistes du droit et majoritairement des magistrats élus par leurs pairs. Dans ses conditions, il pourrait organiser la carrière des juges notamment la nomination, la promotion et la révocation. Ce qui garantirait l'indépendance de ces derniers.

Qui plus est, le Conseil Supérieur de la magistrature peut être l'instrument de la machine exécutive dans l'assujettissement du juge. Cela résulte de l'article 397 de la loi n° 1/010 du 13 mai 2004 portant code de procédure civile. Après avoir posé, à juste titre, la règle selon laquelle l'administration tout comme les particuliers se trouvent dans l'obligation de se conformer aux arrêts rendus en matière administrative et de les exécuter, cet article subordonne le pouvoir judiciaire au Conseil Supérieur de la Magistrature dont il a été démontré la forte domination de l'exécutif.

Aux termes dudit article :

*«L'Administration estime que la décision est entachée d'irrégularité manifeste, notamment si elle accorde des dommages-intérêts exorbitants, elle en saisit le Conseil Supérieur de la Magistrature, lequel peut enjoindre à la Cour suprême siégeant toutes chambres réunies de réviser l'arrêt mis en cause».*

Compte tenu du prescrit de l'article 209 de la constitution burundaise de 2005 qui, d'une part, proclame l'indépendance du pouvoir judiciaire des pouvoirs législatif et exécutif et, d'autre part, précise que dans l'exercice de ses fonctions, le juge n'est soumis qu'à la Constitution et à la loi, l'on peut reprendre à notre compte le doute de Gilles CISTAC au sujet de la constitutionnalité de cette disposition<sup>63</sup>. Et ce n'est pas, relativement à la question de l'indépendance du juge vis-à-vis du pouvoir exécutif, le seul article qui soulève des questions.

## VII. D'autres dispositions à la limite de la constitutionnalité

Relativement à notre sujet de travail, deux articles ont particulièrement attiré notre attention en ce qu'ils semblent, *prima facie*, contredire le principe de l'indépendance du juge proclamé dans la constitution burundaise. Il s'agit de l'article 160 de la loi n° 1/07 du 25 février 2005 régissant la Cour suprême et de la loi n° 1/010 du 13 mai 2004 portant Code de procédure civile.

L'analyse de la constitutionnalité de chacun de ces articles pourrait faire l'objet d'un article. Ce n'est pas, du moins pour l'occasion, notre intention. Seulement, d'emblée, ces deux articles posent un problème relativement à l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis de l'exécutif.

Selon l'article 160 de la loi régissant la Cour suprême « La requête en révision est adressée au Ministre ayant la Justice dans ses attributions. Si le Ministre estime que la requête est recevable, il donne un ordre exprès au Procureur Général de la République qui en saisit la

<sup>63</sup> Gutwara Neza, *Code de justice administrative, Rédaction et motivation des arrêts par les juridictions administratives du Burundi*, p.58.

Cour. Cette dernière statue sur le fond».

La question de la constitutionnalité de cet article se pose. La recevabilité est appréciée par le Ministre ayant la justice dans ses attributions. La Cour suprême se retrouve ainsi dessaisie d'une partie des prérogatives des juridictions. En réalité, relativement à un procès, le fond comme l'exception, y compris la recevabilité, doivent être laissés au pouvoir judiciaire lequel ne devrait aucunement être lié par une appréciation d'une autorité étrangère au pouvoir judiciaire fût- ce celle du Ministre ayant la justice dans ses attributions. Et cela au non des principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

L'article 397 de la loi n° 1/010 du 13 mai 2004 portant Code de procédure civile est un autre exemple d'une disposition dont la constitutionnalité est sujette à caution. Aux termes de cet article :

*« Si l'Administration estime que l'arrêt rendu en matière administrative par la Cour administrative est entachée d'irrégularité manifeste, notamment s'il accorde des dommages- intérêts exorbitants, elle en saisit le Conseil Supérieur de la Magistrature, lequel peut enjoindre<sup>64</sup> à la Cour s Suprême siégeant toutes chambres réunies de réviser l'arrêt mis en cause».*

Il résulte de cette disposition que l'administration censure le travail du juge tandis que le Conseil Supérieur de la Magistrature, dominé par l'exécutif donne des ordres à la plus haute institution qui représente le pouvoir judiciaire en l'occurrence la Cour suprême. Cette dernière recevrait l'ordre de réviser. Le terme « réviser » doit être entendu dans le sens de « réformer ». Parce que si c'était la révision en tant que recours extraordinaire, elle devrait remplir les conditions prévues par l'article 44 de la loi régissant la Cour suprême. Par ailleurs, la révision n'est ouverte que contre les seuls jugements ou arrêts coulés en force de chose jugée<sup>65</sup>.

### VIII. Une dépendance financière du pouvoir judiciaire vis-à-vis de l'exécutif

Le pouvoir judiciaire burundais dépend financièrement de l'exécutif. C'est le Ministère de la Justice qui, non seulement prépare les prévisions budgétaires et conçoit les mécanismes d'exécution du budget du ministère<sup>66</sup> mais encore qui assure la gestion de l'intégralité du budget de fonctionnement et d'investissement du ministère. Dans le cadre du budget global du ministère, celui- ci, selon sa propre appréciation, accorde aux cours et tribunaux, les moyens de déplacement, les fournitures de bureaux, etc.

Selon une étude conduite par *Africa Label Group* à la demande du Gouvernement du Burundi en partenariat avec le Projet d'Appui à la Gestion Économique (PAGE), cette indépendance financière est «encore plus pesante en ce qui concerne les moyens de fonctionnement consacrés au pouvoir judiciaire, à quelque niveau observé : niveau des juridictions supérieures et encore plus flagrant, au niveau des juridictions inférieures<sup>67</sup>».

Ces tribunaux à la base manquant d'autonomie financière, ils dépendent, pour leur fonctionnement, des subsides que les communes, bien souvent pauvres, leur accordent. Sur ce plan précis, ils ne dépendent pas financièrement de leur ministère de tutelle, mais de

<sup>64</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>65</sup> Cf. chapeau des articles 43 et 44 de la loi n° 1/07 du 25 février 2005 régissant la Cour suprême, B.O.B., N° 3 quater/2005.

<sup>66</sup> Art. 12 du Décret N° 100/122 du 28 novembre 2005 portant organisation du Ministère de la Justice.

<sup>67</sup> PAGE, *Etude diagnostique du système juridique et judiciaire du Burundi*, Rapport final, avril 2009, p.114.

l'exécutif local qui pourrait réduire à néant leurs moyens s'il trouvait ces tribunaux peu importants ou gênants.

Selon le décret-loi n°1/17 du 17 juin 1988 : « (...) les recettes perçues par les tribunaux inférieurs sont transférés en totalité au profit des communes»<sup>68</sup>. Dans la pratique, les communes ne rétrocèdent que très partiellement et ponctuellement ces recettes.

La loi n° 1/009 du 4 juillet 2003 portant modification du Décret- loi n°1/17 du 17 juin 1988 fait un très léger pas en avant : « Les recettes perçues par les tribunaux de résidence restent dans les communes. Elles sont affectées et gérés par des structures locales chargées du développement du secteur de la justice **avec l'appui de l'administration communale**». Mais dans la pratique, rien ne change. Tout reste comme avant.

Cette dépendance est doublée d'une ingérence de l'autorité communale dans le fonctionnement de la justice à la base à tel point que les tribunaux de résidence finissent par ressembler à des services communaux de règlement de litiges<sup>69</sup>.

Il est important que le budget des cours et tribunaux en particulier soit préparé et géré par la Cour suprême et soit séparé du budget de fonctionnement et d'investissement du Ministère de la justice.

### IX. Une hantise qui se transforme en une résignation

La carrière du juge burundais et la stabilité dans ses fonctions sont, on l'a fait remarquer, précaires. Le juge vit l'obsession d'être transféré dans la compagnie mobile des magistrats «ingrats» du pouvoir exécutif.

Devant cette obsession, les moins audacieux se résignent et évitent le courroux du prince. La soumission à l'exécutif est tellement réelle qu'elle est vécue comme une résignation voire assumée au grand jour. Aussi, un Président d'une juridiction de la capitale n'a-t-il pas senti le devoir de demander au Ministre de la justice l'autorisation de procéder aux devoirs de sa charge? Dans une lettre que ce juge a adressée au Ministre de la justice et garde des sceaux, nous lisons ce qui suit :

*« Par la présente, je voudrais (...) vous demander d'autoriser la réouverture des débats afin que le tribunal puisse se prononcer sur la question d'irrégularité de la détention du prévenu J.C.K »<sup>70</sup>.*

Lorsqu'entre l'époque où la cause a été prise en délibéré et le jour de la délibération, un changement intervient dans la composition du siège, le président de la juridiction nomme un autre siège dont le président ordonnera obligatoirement la réouverture des débats<sup>71</sup>. Aucune disposition légale ou réglementaire n'oblige le président d'une juridiction à demander au Ministre de la justice l'autorisation de recomposer un siège incomplet et c'est le président du nouveau siège recomposé qui constate, le cas échéant, que les conditions de la réouverture des débats sont réunies.

<sup>68</sup> Art.1er du décret-loi n°1/17 du 17 juin 1988.

<sup>69</sup> Programme d'appui à la Bonne Gouvernance « GUTWARA NEZA», Etudes organisationnelles des directions du Ministère de la Justice, août 2008, p.17.

<sup>70</sup> Voir lettre n° 552/021/358/2010 du 9 août 2010 adressée par le Président du Tribunal de grande instance en mairie de Bujumbura au Ministre de la justice et Garde des sceaux avec comme objet : »Demande de réouverture des débats : Affaire RPC 275. Dans cette affaire, la question avant- faire droit de l'irrégularité de la détention du prévenu avait été soulevée par la défense et le siège avait pris la cause en délibéré pour statuer sur cette question. Seulement, au sortir de l'audience, le Président a appris qu'il venait d'être promu. Ce qui entraînait une recomposition du siège et une réouverture des débats par application de l'article 94 de la loi n° 1/010 du 13 mai 2004 portant Code de procédure civile, B.O.B., N° 5 bis 2005.

<sup>71</sup> Art.94 in fine de la loi n° 1/010 du 13 mai 2004 portant Code de procédure civile, B.O.B., N° 5 bis 2005.

Par contre, le droit et la pratique judiciaire convergent pour reconnaître cette prérogative aux juridictions. Les présidents des juridictions sont responsables du bon fonctionnement du service<sup>72</sup>. A cet effet, ils désignent les juges appelés à siéger dans une affaire. Le Ministre de la justice reçoit, d'ailleurs en copie, des responsables des juridictions, les rapports sur la situation qui prévaut dans ces dernières<sup>73</sup>.

Parfois, l'exécutif ne se gêne pas de contredire des décisions de justice en prenant des mesures ayant pour résultat de priver d'effet ces décisions. Aussi, le cabinet du 2<sup>ème</sup> Vice-Président de la République n'a-t-il pas «demandé au Ministre de la Justice et Garde des Sceaux et au Ministre de la Sécurité publique « d'instruire leurs services pour procéder à l'arrestation immédiate de madame A-M. K » qui venait d'être acquittée par le Tribunal de Grande Instance de Bujumbura<sup>74</sup>? Effectivement, nonobstant son acquittement, madame A-M. K. sera immédiatement arrêtée et incarcérée. Ceci est un exemple d'atteinte flagrante à l'indépendance du juge burundais par l'exécutif.

## X. Un serment d'allégeance

Avant d'entrer en fonction les juges burundais prêtent serment. Mais le serment a longtemps sonné comme un serment d'allégeance au Chef de l'exécutif. Dans les années 60, toute personne appelée à remplir des fonctions de juge (...) prêtait, avant d'entrer en fonction le serment ci-après : « Je jure fidélité au Président de la République et obéissance aux lois du Burundi »<sup>75</sup>.

La loi n° 1/185 du 1<sup>er</sup> octobre 1976, le Décret-loi n° 1/24 du 28 août 1979 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaires<sup>76</sup> et la loi n° 1/004 du 14 janvier 1987 portant réforme du code de l'organisation et de la compétence judiciaires n'ont pas beaucoup innové puisque le serment était libellé comme suit :

*« Je jure fidélité au Président de la République et obéissance à la Constitution et aux lois du Burundi »<sup>77</sup>*

L'article 12 du statut des magistrats de 2000 n'est pas non plus révolutionnaire. Dans une formule laconique et avant d'entrer en fonction, le Magistrat prête solennellement le serment suivant : « Je jure obéissance aux lois et fidélité aux institutions de la République ».

Avec le Code de l'organisation et de la compétence judiciaires de 2005, le législateur affranchit le juge d'un serment manifestement de soumission. La formule est la suivante:

*«Je jure de respecter la Constitution et les lois de la République, de me comporter avec probité, dignité, loyauté et d'être respectueux des droits de toutes les parties et du secret professionnel»<sup>78</sup>.*

<sup>72</sup> Article 15 de la loi n° 1/01 du 23 février 2000 portant réforme du statut des magistrats, B.O.B., N° 2/2000.

<sup>73</sup> Art. 49 et 56 de l'Ordonnance Ministérielle n° 550/101/90 du 10 mars 1990 portant règlement d'ordre intérieur des juridictions du Burundi, B.O.B., N° 5/90.

<sup>74</sup> Voy. lettre N/Réf : 121/VP/1993/2010 du 12/10/2010 adressée à Madame le Ministre de la Justice et Garde des Sceaux et au Ministre de la Sécurité Publique par le Chef de Cabinet du 2<sup>ème</sup>

<sup>75</sup> Loi du 26 juillet 1962 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaires, telle que modifiée respectivement par l'Arrêté-loi n°001/14 du 10 mars 1966, le Décret-loi n°1/122 du 8 décembre 1967 et le Décret-loi n° 1/162 du 31 mai 1968, art.80. La formule du serment résulte du Décret-loi n°1/4 du 19 décembre 1966.

<sup>76</sup> Voir respectivement les arts. 56 et 164.

<sup>77</sup> Art.164 de loi n° 1/004 du 14 janvier 1987 portant réforme du code de l'organisation et de la compétence judiciaires B.O.B., N° 4/87.

<sup>78</sup> Art.111 n° 1/008 du 17 mars 2005 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, B.O.B., N° 3 quater/2005.

Dans le même souci, les membres de la Cour Constitutionnelle prêtent le serment suivant devant le Président de la République :

*«Je jure devant le Président de la République et le Peuple Burundais de respecter la Charte de l'Unité Nationale, l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi et la Constitution de Transition, de remplir consciencieusement les devoirs de ma charge avec probité et en toute impartialité et indépendance, de toujours garder le secret des délibérations et de me conduire constamment avec dignité»<sup>79</sup>.*

## Conclusion

Un vrai système judiciaire, respectueux des droits de l'homme doit pouvoir offrir la garantie d'un jugement impartial rendu par un juge indépendant, au terme d'un procès équitable. Cela suppose d'abord un Etat qui respecte, en droit et dans la pratique, le principe de la séparation des pouvoirs. En outre, même dans un système qui consacre dans les textes juridiques la séparation des pouvoirs, l'indépendance du juge est la condition *sine qua non* d'une bonne administration de la justice. Mais souvent dans les jeunes démocraties, y compris au Burundi, l'indépendance de la magistrature n'est pas une réalité quotidienne tant les conditions de cette indépendance sont loin d'être remplies.

En l'absence de garanties d'une indépendance réelle, en particulier vis-à-vis de l'exécutif, n'est-ce pas trop attendre du juge que de remplir son office de contrôle de la légalité des actes administratifs et réglementaires, de la constitutionnalité des lois, son rôle de gardien des droits et des libertés publiques, contre toute violation, y compris celle commises par l'exécutif lui-même?

La règle de l'inamovibilité du juge devrait être inscrite dans la constitution et détaillée dans le statut des magistrats. En grande ligne, l'on prévoirait qu'un juge en fonction dans une juridiction ne peut faire l'objet d'une nouvelle nomination ou d'une nouvelle affectation, même en promotion, sans y avoir librement consenti. Il ne pourrait être fait exception à cette dernière disposition que dans le cas d'une modification légale de l'organisation judiciaire et dans celui d'une affectation temporaire pour renforcer un tribunal voisin.

Le recrutement des juges devrait s'opérer de façon transparente, sur base de critères objectifs mettant en avant le mérite. Le recrutement sur concours prévu dans le statut des magistrats a l'avantage de supprimer le favoritisme politique et le mérite de garantir la compétence.

La gestion de la carrière du juge, en particulier l'avancement, doit être retirée à l'exécutif sinon, comme l'a justement rappelé Charvin «proclamer l'inamovibilité tout en laissant aux mains du pouvoir exécutif l'avancement des juges, [c'est] détruire l'indépendance des magistrats après en avoir proclamé la nécessité»<sup>80</sup>.

L'indépendance du juge, comme toute liberté ne s'offre pas sur un plateau d'or. Le juge doit aussi se sentir et agir comme un acteur majeur dans le combat pour cette indépendance. En effet, comme a pu l'écrire un auteur:

<sup>79</sup> Art. 4 de la loi N° 1/018 du 19 décembre 2002 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle ainsi que la procédure applicable devant elle, *B.O.B.*, N°12 bis/2002.

<sup>80</sup> Charvin, R., cité Lagneau Devillé, A, «Influences du pouvoir exécutif sur les prérogatives du juge en France», Gérard, Ph., Ost, F. et Van de Kerchove, M (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire: transformations et déplacements*, Facultés Universitaires Saint- Louis, Bruxelles, 1983, p.482.



*«L'histoire a démontré que, indépendamment du contenu des textes légaux, les hommes de caractère ont gardé intacte leur indépendance, en dépit des menaces ou des sollicitations. L'on a affirmé, à juste titre, que toute la valeur du pouvoir judiciaire dépend de ceux qui l'exercent<sup>81</sup>».*

Je m'en voudrais de ne pas clore cette conclusion sans demander au juge de faire leur ce bel enseignement attribué à Daniel Soulez- Larivière: *«dans une démocratie saine, le juge doit avoir le pouvoir et la force de mordre la main qui l'a béni»<sup>82</sup>.*

<sup>81</sup> Apostu, I., *L'indépendance juridique des juges et l'application unitaire de la loi, s.d, p.4.* <http://www.juridica-danubius.ro/continut/arhiva/A12.pdf>.

<sup>82</sup> <http://joseyav.afrikblog.com/>: Consulté le 17 septembre 2010.



## Bibliographie

### Bibliographie

#### I. Instruments juridiques

1. Loi n° 1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la constitution de la République du Burundi, *B.O.B.*, N° 3 *ter*/2005.
2. Loi n° 1/008 du 17 mars 2005 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, *B.O.B.*, N° 3 *quater*/2005.
3. loi n° 1/07 du 25 février 2005 régissant la Cour suprême, *B.O.B.*, N° 3 *quater*/2005.
4. Loi n° 1/010 du 13 mai 2004 portant Code de procédure civile, *B.O.B.*, N° 5 *bis* 2005.
5. Loi N° 1/018 du 19 décembre 2002 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle ainsi que la procédure applicable devant elle, *B.O.B.*, N°12 *bis*/2002.
6. Loi n° 1/017 du 1<sup>er</sup> décembre 2000 portant adoption de l'Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi, *B.O.B.*, N°12 *quater*/2000.
7. Loi N° 1/001 du 29 février 2000 portant réforme du statut des magistrats, *B.O.B.*, N° 2/2000.
8. Loi n° 1/004 du 14 janvier 1987 portant réforme du code de l'organisation et de la compétence judiciaires *B.O.B.*, N° 4/87.
9. Loi du 26 juillet 1962 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaires, telle que modifiée respectivement par l'Arrêté- loi n°001/14 du 10 mars 1966.
10. Décret N° 100/205 du 2 décembre 2009 portant nomination de certains hauts magistrats de la Cour suprême et des responsables de juridictions supérieures, *B.O.B.*, N°12/2009.
11. Décret N°100/122 du 28 novembre 2005 portant organisation du Ministère de la Justice, *B.O.B.*, N° 11/2005.
12. Décret n°100/119 du 25 août 2000 portant mesures d'application du statut des magistrats en matière disciplinaire, *B.O.B.*, N° 10/2000.
13. Décret-loi n°1/122 du 8 décembre 196.
14. Décret-loi n° 1/162 du 31 mai 1968.
15. Ordonnance Ministérielle N° 550/687 du 29 mai 2009 portant affectation de certains magistrats auprès des juridictions supérieures et du Ministère public.
16. Ordonnance Ministérielle N° 550/1329 du 16 octobre 2009 portant mise en disponibilité d'office d'un magistrat des juridictions supérieures.
17. Ordonnance Ministérielle n° 550/101/90 du 10 mars 1990 portant règlement d'ordre intérieur des juridictions du Burundi, *B.O.B.*, N° 5/90.

#### II. Doctrine

##### A. Ouvrages généraux

1. Chevallier, J., *L'Etat de droit*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 2003, p.9)
2. De Gaulle, Ch., *Mémoire d'espoir- Le Renouveau*, Paris, Plon, 1970.
3. Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre XI, tome 1, chapitre 6, Paris, Éd. Garnier-Flammarion, 1979.
4. Vincent, J., Montagnier, J. et Varinard, A., *La justice et ses institutions*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1985.

## B. Ouvrages spéciaux

1. Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 7e édition, 2005.
2. Kholhagen, D., *Le tribunal face au terrain, Les problèmes d'exécution des jugements au Mugamba dans une perspective juridique et anthropologique*, Bujumbura, décembre 2007.
3. Vivien, A-Fr-A, *Études administratives*, Tome I, Librairie des Guillaumin & Cie, Rue Richelieu, Paris, 1859.

## C. Articles

1. Lagneau Devillé, A, «Influences du pouvoir exécutif sur les prérogatives du juge en France», Gérard, Ph., Ost, F. et Van de Kerchove, M (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Facultés Universitaires Saint- Louis, Bruxelles, 1983.
2. Nzeyimana, L, «Le pourvoi en cassation et la nouvelle loi sur la Cour Suprême », *Nouvelle revue de Droit du Burundi*, édition février/mars 2006, Imprimerie MAIMO S.A, 98).

## D. Mémoires

NIYONKURU, A- P., *La problématique de la répression des violations de droit international humanitaire dans le cadre du conflit armé burundais*, Mémoire de DEA en droit à l'Université Libre de Bruxelles (Sous la direction de M. Eric David), septembre 2007.

## E. Documents divers

1. Avocats Sans Frontières, *Le crime de génocide et les crimes contre l'humanité devant les juridictions ordinaires du Rwanda*, Vade mecum, Kigali et Bruxelles, 2004, p.24.
2. Commission des droits de l'homme, *Résolution 2004/33 intitulée Indépendance et impartialité du pouvoir judiciaire, des jurés et des assesseurs et indépendance des avocats*.
3. Commission Justice et Paix belge francophone, *Le long chemin du Burundi vers la paix et la démocratie*, mai 2006
4. GUTWARA NEZA», *Etudes organisationnelles des directions du Ministère de la Justice*, août 2008.
5. GUTWARA NEZA, *Etudes organisationnelles des directions du Ministère de la Justice*, août 2008, p.17.
6. Gutwara Neza, *Code de justice administrative, Rédaction et motivation des arrêts par les juridictions administratives du Burundi*, Bujumbura, 2008.
7. LDGL, *La magistrature au Burundi*, Rapport de mission effectuée du 17 au 22 novembre 2003, décembre 2003.
8. Ministère à la Présidence Chargé de la Bonne Gouvernance, de la Privatisation, de l'Inspection Générale de l'Etat et de l'Administration Locale, *étude diagnostique sur la gouvernance et la corruption au Burundi*, Rapport d'enquête, Bujumbura, mai 2008.
9. NINDORERA, E., *Pas de réconciliation véritable sans justice*, inédit, Bujumbura, mars 2006.
10. OAG, *Analyse critique du fonctionnement de la justice de proximité au Burundi*, Rapport définitif, Bujumbura, mars 2007
11. OAG, *Gouvernement post-transition, une année de pouvoir : Avancées fragiles et tentations autoritaires*, août 2006



12. ONU- SG-, *Sixième rapport du Secrétaire général sur le Bureau intégré des Nations Unies au Burundi*, (S/2009/611), 30 novembre 2009.
13. ONU- SG- *Septième rapport du Secrétaire général sur le Bureau intégré des Nations Unies au Burundi*, (S/2010/608), 30 novembre 2010.
14. PAGE, *Etude diagnostique du système juridique et judiciaire du Burundi*, Rapport final, avril 2009.
15. Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, Adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985
16. Rapport de la mission d'évaluation concernant la création d'une commission d'enquête judiciaire internationale pour le Burundi (Rapport Kalomoh), S/2005/158, 11 mars 2005.
17. Rapport du Secrétaire Général sur l'Etat de droit et la justice transitionnelle dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit (s/2004/616), para. 35).
18. RCN, Justice & Démocratie, *Rapport d'Activités 2003*.
19. Rivet, M. « *Les normes relatives à l'indépendance de la magistrature: une vision internationale pour le juge* », Colloque international sur l'indépendance de la magistrature au Maroc, à la lumière des normes internationales et des expériences régionales, Rabat, 2 au 4 février 2006.
20. Société Française pour le Droit International, *L'Etat de droit en droit international*, Acte du colloque de Bruxelles des 5, 6 et 7 juin 2008).
21. Système des Nations Unies, Burundi : *Les défis du processus de transition, Bilan Commun de Pays (CCA)*, Bujumbura, Février 2004.
22. Vandeginste, St., *Pouvoir et droit au Burundi: un commentaire (principalement) juridique sur l'arrêt du 5 juin 2008 de la Cour Constitutionnelle dans l'affaire RCCB 213*, Anvers, le 17 juin 2008.



# L'ETAT ET LES DROITS SOCIAUX DE SES CITOYENS: CAS DU DROIT A LA SANTE AU BURUND

Par Bernard NTAHIRAJA et Nestor NKURUNZIZA\*

« *Necessitous men are not free men* ».  
ROOSEVELT(F.D)

« *L'Etat de droit démocratique ne peut se comprendre  
aujourd'hui qu'au sens d'un Etat de droit social* ».  
Julia ILIOPOULOS

## O. Introduction

La question des fonctions de l'Etat a toujours préoccupé économistes, politistes et sociologues. De manière assez schématique et simplifiée, un courant se présentant comme libéral a toujours soutenu que l'Etat devait se limiter à assumer les fonctions dites régaliennes (police, justice et armée). C'est le courant de l'Etat minimal, dit aussi de l'Etat-gendarme représenté notamment par Adam SMITH. Le principe du type de société préconisée par cette école est la libre entreprise, le rôle de l'Etat se limitant à garantir la sécurité et la liberté de ses citoyens<sup>83</sup>. En plus de ses fonctions régaliennes, l'Etat ne pourrait, à la limite qu'investir dans les secteurs qui n'intéressent pas le marché parce que non rentables à court ou moyen terme (les infrastructures notamment)<sup>84</sup>. Une autre école, plus ou moins socialisante, affirme au contraire que la stabilité de l'économie et le maintien de la cohésion sociale requièrent de l'Etat qu'il intervienne aussi dans la vie socio-économique. Selon cette école représentée entre autres par John Maynard Keynes et, dans une certaine mesure, Georg Jellinek, l'Etat doit être entrepreneur, médecin, éducateur, etc. Il doit créer des institutions publiques pour mettre à la disposition des citoyens une éducation, des soins et même des loisirs. Il lui revient surtout de compenser les inégalités qui existent entre les individus au sein de la société, notamment en versant des primes aux chômeurs.<sup>85</sup>

Robert CASTEL voit dans ce dernier modèle d'Etat une condition de la démocratie. Selon cet auteur, une société d'individus sans solidarités objectives a énormément de difficultés à fonder sa propre légitimité en tant qu'ordre de contrainte si elle n'assure pas une certaine continuité des places, une certaine homogénéité dans les positions des uns et des autres en particulier en matière de sécurité face aux risques majeurs que sont la vieillesse, la maladie et la perte d'emploi. Les dispositifs qui garantissent à tous une forme d'assurance dans ce domaine ne sont pas des luxes mais des composantes essentielles d'une société qui veut être à la fois individualiste et démocratique<sup>86</sup>. C'est en partie pour cette raison que ce modèle est actuellement le plus répandu dans le monde<sup>87</sup>. L'Etat strictement minimal perd en effet de plus en plus de terrain.

\* Assistants à l'Université du Burundi

<sup>83</sup> CHAWKI(Gaddes): *Cours de sociologie politique* (2005-2006), p.32, publié sur [www.chawki.org](http://www.chawki.org)(consulté le25/2/2011).

<sup>84</sup> BAILLY(Pascal): *Le rôle des pouvoirs publics en matière de consommations collectives à partir des analyses d'Adam Smith*, Cours dispensé à la faculté des sciences économiques et Sociales - Lycée A. Croizat - MOUTIERS (73).

<sup>85</sup> CHAWKI(Gaddes), *op cit*, p.31

<sup>86</sup> Cité par SPITZ (Jean-Fabien), *L'Etat social et la mondialisation*, pp.6-7. Publié sur [www.laviedesidées.fr](http://www.laviedesidées.fr).

<sup>87</sup> *Ibidem*.

Naturellement, cette controverse de doctrine politique devait affecter le Droit. Longtemps même avant une véritable théorisation des droits sociaux, le publiciste français Léon DUGUIT croyait en la nécessité d'une règle de droit qui puisse contraindre l'Etat à «...faire toutes les lois qui sont nécessaires pour assurer la réalisation de la solidarité sociale »<sup>88</sup>. Le sociologue anglais T.MARSHALL établira quant à lui que la reconnaissance d'une « *citoyenneté sociale* » est une nécessité sur le plan du Droit, ne fût-ce que parce qu'elle prolonge la citoyenneté civile et politique déjà acquise à son époque.<sup>89</sup> L'interrogation en Droit consiste à se demander si les prestations sociales de l'Etat envers les citoyens constituent pour ces derniers « *un droit* » et pour le premier « *une obligation* » avec tous les attributs essentiels de ces concepts (exigibilité, justiciabilité, responsabilité,...).

Dans le présent article, la question est abordée dans le cadre du droit burundais et ceci en rajoute à son intérêt.

### 0.1. Intérêt

Le but de ce travail est d'abord d'analyser la position du droit burundais face à la question du rôle social de l'Etat. Cette position se dégage à travers la Constitution, les conventions internationales relatives aux droits de l'homme auxquelles le Burundi est partie, les lois et règlements, etc. L'examen permettra en effet de savoir si, en droit burundais, les droits sociaux sont de véritables droits subjectifs, donnant à leurs titulaires la possibilité de les revendiquer, notamment devant une instance judiciaire, ou si, au contraire, les dispositions conventionnelles, constitutionnelles, ou législatives qui les consacrent sont simplement programmatiques et sans portée normative pour l'Etat. Nous essaierons de répondre à cette question en prenant l'exemple du droit à la santé.

En outre, les droits sociaux sont couramment présentés comme générant des obligations positives pour l'Etat. L'étude de leur réalité demande alors d'aller au-delà du texte et d'examiner les politiques que l'Etat du Burundi met en œuvre pour les rendre effectifs. Le Burundi étant classé parmi les pays les plus pauvres du monde et sortant d'un long conflit politique -s'il en est vraiment sorti-, l'examen de sa politique de santé révèle la place qu'il réserve aux secteurs sociaux dans son programme de reconstruction.

### 0.2. Problématique et délimitation de l'objet d'étude

Pendant longtemps, la doctrine des droits de l'homme a consacré une séparation rigide entre, d'une part, les droits civils et politiques(droits-franchises, droits-abstentions) engendrant pour l'Etat l'unique obligation d'abstention et d'autre part, les droits économiques et sociaux générant pour l'Etat l'obligation d'accomplir des prestations positives(droits-créances). Les premiers étaient dits *droits de la première génération* et les seconds *droits de la deuxième génération*.

Cette classification est en train d'être dépassée. Le droit positif des droits de l'homme considère en effet aujourd'hui que les dispositions consacrant les droits de l'homme, quelle que soit la génération de ces derniers, sont susceptibles de générer une triple obligation à charge de l'Etat : il s'agit des obligations de *respecter*, de *protéger* et de *mettre en œuvre*. Ce sont ces obligations qui changent selon le droit consacré.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> HERRERA (Carlos M.) : *Etat social et droits fondamentaux*, in CNRS : Actes du Colloque international sur l'Etat et la régulation sociale, 11,12 et 13 septembre 2006, p.6

<sup>89</sup> *Idem*, p.6.

<sup>90</sup> HERRERA (Carlos M.), *op cit.* pp 45-46.

1° L'obligation de respecter les droits de l'homme requiert des Etats qu'ils s'abstiennent d'entraver directement ou indirectement l'exercice du droit en question. Cette obligation de ne pas faire concerne aussi bien les droits dits de la 1<sup>ère</sup> génération comme le droit à la vie, à l'intégrité physique... que ceux dits de la 2<sup>ème</sup> génération comme le droit à la santé, à l'éducation etc. 2° L'obligation de protéger requiert des Etats qu'ils empêchent des tiers d'entraver, de quelque manière que ce soit, l'exercice du droit en cause. Elle s'applique également à tous les droits, de quelque génération qu'ils soient. 3° L'obligation de mettre en œuvre se réfère à l'obligation pour les Etats de prendre les mesures législatives, administratives, juridictionnelles ainsi que des politiques nécessaires pour assurer la jouissance et l'exercice effectifs des droits en question.

La doctrine épouse également, dans sa grande majorité, la position de H. SHUE selon laquelle « *there are distinctions, but they are not distinctions between rights. The useful distinctions are among duties* »<sup>91</sup>.

De toute évidence, c'est l'obligation de mise en œuvre qui pose le plus de problème et dont l'analyse paraît la plus intéressante en ceci qu'elle requiert de l'Etat qu'il aille au-delà de la consécration textuelle d'un droit. L'essentiel des développements de cet article concerneront cet aspect en ce qui concerne le droit à la santé, d'où l'intérêt de préciser également la notion de droit à la santé.

Selon le premier principe du préambule de la Charte de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), « *la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité. La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale.* »<sup>92</sup>

Cette définition résulte d'une vision idéale et optimale de la santé. La vision est difficilement transférable comme telle dans l'arène des droits de la personne. Elle doit être traduite sous forme de droits et d'obligations de l'ensemble des acteurs, étatiques ou non étatiques. On doit lui préférer la formulation, plus juridique, de l'article 12, ss 1 du PIDESC : « *.....le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mental qu'elle soit capable d'atteindre* »<sup>93</sup>. Le texte de cette disposition montre que le droit à la santé englobe une grande diversité de facteurs socioéconomiques de nature à promouvoir des conditions dans lesquelles les êtres humains peuvent mener une vie saine et s'étend aux facteurs fondamentaux déterminants de la santé tels que l'alimentation et la nutrition, le logement, l'accès à l'eau salubre et potable et à un système adéquat d'assainissement, des conditions de travail sûres et hygiéniques et un environnement sain.

Le présent article ne saurait couvrir tous ces aspects. Pour des raisons d'ordre méthodologique, il se limitera à la problématique de l'accès aux soins médicaux, en posant notamment les questions suivantes : En quoi l'accès aux soins médicaux constitue-t-il un droit pour le citoyen burundais et quelles obligations le Droit positif burundais fait-il peser sur l'Etat à cet égard ?

L'examen des sources du droit pertinentes permet de répondre à ces questions.

<sup>91</sup> GOLAY(Christophe) : *Vers la justiciabilité du droit à l'alimentation*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du Diplôme d'Etudes Supérieures (DES) en relations internationales, Mention Droit International, Université de Genève, Genève, septembre 2002, p.33, inédit.

<sup>92</sup> DAVID(Eric) : *Le droit à la santé comme droit de la personne humaine*, p.64.

<sup>93</sup> DAVID(Eric) & VAN ASSCHE(Cédric) : *Code de droit international public*, 5<sup>ème</sup> édition à jour au 1<sup>er</sup> décembre 2010, éd Bruylant, Bruxelles, 2011, p.279

## I. JURIDICITE DU DROIT A LA SANTE : LA SANTE, UN DROIT ?

### I.1. CONSECRATION DU DROIT A LA SANTE : LES TEXTES ET LEUR PORTEE NORMATIVE.

Les sources de l'état de droit contemporain ne sont plus exclusivement internes. Dans presque tous les domaines et spécialement en matière de droits de l'homme, les Etats modernes se retrouvent engagés, aussi bien par les normes dont ils sont les seuls auteurs (droit interne) que par celles négociées avec d'autres Etats ou résultant d'autres modes de production du droit international (traité, coutume,...). Le Burundi ne fait pas exception à cette règle. Aussi s'impose-t-il d'étudier successivement les règles de droit international et de droit interne liant le Burundi en matière de droit à la santé.

#### I.1.1. Les sources de droit international

L'on s'intéressera ici respectivement à la déclaration universelle des droits de l'homme, au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ainsi qu'à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

##### I.1.1.A. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH)

Ce texte adopté par l'Assemblée Générale des Nations-Unies le 10/12/1948 dispose en son article 25, al. 1er que « *Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires, elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté* ». <sup>94</sup>Le libellé de cet article ne vise pas exclusivement et étroitement le droit à la santé. Il parle d'un « *niveau de vie suffisant* » pour assurer la santé et le bien-être de l'individu et de sa famille notamment par l'accès aux soins médicaux. Le texte de l'article 25, al 1<sup>er</sup> a en effet le mérite de mettre en évidence l'étroite relation existant entre le droit aux soins de santé et les autres droits sociaux comme le droit à l'alimentation, au logement décent, à la sécurité sociale, etc., relation sur laquelle la doctrine reviendra, à plusieurs reprises <sup>95</sup>. Les rédacteurs de la déclaration avaient donc une conception large du droit à la santé.

Il en résulte que le texte ne brille pas par sa précision. En effet, il ne dégage pas clairement les obligations pesant sur les Etats en vue de la réalisation du droit proclamé. Ceci s'explique premièrement par le contexte dans lequel la déclaration a été rédigée : il fallait en effet aboutir à un texte acceptable par les deux blocs idéologiques de l'époque (le bloc occidental libéral et le bloc de l'Est communiste). <sup>96</sup> En plus, les rédacteurs ne se faisaient pas d'illusion sur la portée normative de ce texte. Alors qu'au départ, l'idée était d'en faire une convention juridiquement contraignante, l'on trouva les divergences trop profondes et l'on revint les ambitions à la baisse pour ne prendre la déclaration que comme « *l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et*

<sup>94</sup> DE SCHUTTER(O),TULKENS(F) et VAN DROOGHENBROECK(S), *Code de droit international des droits de l'homme*, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, Bruylant, Bruxelles, p.15.

<sup>95</sup> Voir notamment Eric DAVID, *op cit*, pp. 64-65.

<sup>96</sup> BENJAMIN(Denis), *Cours de Sociologie des Droits de l'Homme*, Université du Burundi, Chaire UNESCO en Education à la Paix et Résolution Pacifique des Conflits, DESS en Droits de l'Homme et Résolution Pacifique des Conflits, A.A : 2008-2009, inédit.

toutes les nations ». <sup>97</sup>

La question de la portée normative de la DUDH a cependant évolué avec le temps, aussi bien en droit international qu'en droit interne burundais. En droit international, l'on peut relever que dès 1960, l'Assemblée Générale des Nations-Unies, dans sa déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux peuples colonisés déclarait que : « *tous les Etats doivent observer fidèlement et strictement les dispositions de la Charte des Nations-Unies, la déclaration universelle, etc* ». <sup>98</sup> Or cette résolution était de caractère normatif et elle sera d'ailleurs appliquée par la CIJ dans l'affaire du Sahara occidental <sup>99</sup>. Par la suite, en 1980, dans l'affaire de la détention du personnel diplomatique américain à Téhéran, la CIJ jugera que : « *le fait de priver abusivement de liberté les êtres humains et de les soumettre dans des conditions pénibles à une contrainte physique est manifestement incompatible avec les principes de la charte des Nations-Unies et avec les droits fondamentaux proclamés par la déclaration universelle des droits de l'homme* » <sup>100</sup>.

Commentant cet arrêt, la doctrine a pu écrire qu'en n'émettant aucune réserve quant au caractère facultatif de la déclaration, la Cour avait implicitement sanctionné l'évolution de ses dispositions vers le statut de règle coutumière. <sup>101</sup>

En droit interne, la déclaration a, dès la première constitution du Burundi indépendant, été reprise dans le préambule <sup>102</sup>. Sous le régime de la constitution du 18 mars 2005 (actuellement en vigueur), le caractère contraignant des dispositions de la déclaration ne fait l'ombre d'aucun doute. L'article 19 de ce texte stipule en effet que : « *Les droits et devoirs proclamés et garantis, entre autres, par la déclaration universelle des droits de l'homme, ... font partie intégrante de la constitution de la République du Burundi* ». <sup>103</sup> Il n'y a malheureusement pas de décisions judiciaires déjà prises à ce propos et ceci constitue une limite à l'analyse. Le texte semble néanmoins suffisamment clair et peu susceptible d'interprétations divergentes.

Le statut juridique des règles portées par les pactes et conventions se pose avec moins d'acuité.

#### I.1.1.B. Le pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

Ce texte adopté le 16/12/1966 et entré en vigueur le 3/1/1976 a été ratifiée par le Burundi le 14/3/1990 <sup>104</sup>. Il dispose, en son article 12 que : « 1. *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre.* 2. *Les mesures que les Etats parties au présent pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre les mesures nécessaires pour assurer : a) La diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant ; b) L'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle ; c)*

<sup>97</sup> Paragraphe 9 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme in DE SCHUTTER (Olivier), TULKENS (Françoise) et VAN DROOGHENBROECK (Sébastien), op.cit, p.11

<sup>98</sup> DAVID (Eric), op. cit, p.20.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> DAVID (Eric), op cit, pp.20-21.

<sup>101</sup> *Idem*, p.21.

<sup>102</sup> Voir notamment, le paragraphe 3 de la constitution du 16 octobre 1962, in BELLON (Rémi) & DELFOSSE (Pierre), *Codes et Lois du Burundi*, 1<sup>ère</sup> édition, Maison Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1970, p.5.

<sup>103</sup> In *B.O.B n° 3 ter/2005*, p. 5.

<sup>104</sup> Loi n° 1/008, inédit, à laquelle il est fait référence dans CEDJ, *Codes et Lois du Burundi* (mis à jour le 31 décembre 2006), Groupe De Boeck, p. 153.

La prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies.d) La création de conditions propres à assurer à tous les services médicaux et une aide médicale en cas de maladie.»<sup>105</sup>Littéralement, le texte ne parle pas de « droit à la santé » mais de « droit à un meilleur état de santé que la personne soit capable d'atteindre ». En effet, malgré tous les efforts d'un Etat et d'autres intervenants, des individus peuvent demeurer en mauvaise santé suite notamment aux facteurs génétiques, à leur susceptibilité individuelle à la maladie, à l'adoption (par eux) de modes de vie ou comportements malsains ou à risque, etc.

Les obligations que génère cette disposition sont donc *de moyen* et non *de résultat*. Elles consistent pour l'Etat à s'abstenir de nuire à la santé et de mettre en place les conditions permettant de jouir du meilleur état de santé possible mais non de garantir que toute personne se trouvant sous sa juridiction se trouve en permanence en bonne santé.

Le comité des droits de l'homme a eu à préciser la portée de l'article 12 en ce qui concerne le titulaire du droit à la santé garanti. Le droit à la santé est reconnu à toute personne sans discrimination fondée ni sur la race, ni sur la couleur, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. Il n'existe donc aucune condition pour jouir de ce droit sur le territoire de n'importe quel Etat partie. Cependant l'article 2, al 3 du PIDESC reconnaît aux pays en voie de développement le droit de déterminer dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques reconnus dans ce pacte à des non-ressortissants compte dûment tenu des droits de l'homme et de leur économie nationale<sup>106</sup>.

Quoique le texte ne vise littéralement que des droits économiques, nous pouvons affirmer que la raison d'être de cette faculté qui est de permettre aux nationaux de jouir en premier lieu des ressources (limitées) de l'Etat auxquels ils contribuent le plus par ailleurs justifie qu'on l'étende à tous les droits reconnus par le pacte, en ce compris les droits sociaux. Dans ces conditions, il ne serait donc pas contraire au pacte qu'un Etat, le Burundi en l'occurrence, réserve aux nationaux le bénéfice de certaines facilités financières liées notamment à l'accès aux soins.

Après sa consécration universelle, le droit à la santé a été reconnu au niveau régional africain.

### I.1.1.C. La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

Adoptée à Nairobi le 27.6.1981 et entrée en vigueur le 21.10.1986, la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples a été ratifiée par le Burundi en date du 28 juillet 1989.

La contribution de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples(CADHP) en matière de droits économiques, sociaux et culturels est d'importance capitale. Outre que ce texte consacre explicitement le droit à la santé, à l'éducation, au développement, il est parmi les premiers instruments internationaux à avoir reconnu le principe de l'indissociabilité, de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits de l'homme<sup>107</sup>.

Concernant le droit à la santé, ce texte dispose en son article 16 :

«1. Toute personne a le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre.2. Les Etats parties à la présente charte s'engagent à prendre les mesures nécessaires

<sup>105</sup> DE SCHUTTER(O), TULKENS(F) et VAN DROOGHENBROECK(S), Op cit, p. 45

<sup>106</sup> Idem, p. 41.

<sup>107</sup> Voir notamment le 8<sup>ème</sup> paragraphe de son préambule, in CEDJ, op cit, p. 174.

en vue de protéger la santé de leurs populations et de leur assurer l'assistance médicale en cas de maladie ». <sup>108</sup>

La lettre de cet article différencie l'obligation de protéger et celle de mettre en œuvre ou de réaliser. Cette dernière paraît se limiter à mettre sur pied un système d'assistance médicale en cas de maladie. La mise en œuvre du droit à la santé demande cependant plus que la mise sur pied d'un système d'assistance médicale. La disponibilisation des infrastructures et leur maintien en état, la formation du personnel, l'assurance qualité des produits et des services,.... concourent à la réalisation du droit à la santé. La lettre de l'article 16 est donc en net recul par rapport au PIDESC.

Ceci ne pose cependant pas de problème sur le plan pratique par ce que la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples-ainsi que la récente Cour par ailleurs-s'inspire, dans son travail d'interprétation de la Charte, aussi bien du pacte que des autres conventions et chartes relatives aux droits de l'homme négociés dans le cadre des Nations-Unies. Il prend également en considération l'interprétation déjà faite par les organes interprétatifs de ces textes <sup>109</sup>.

Qu'il s'agisse de l'article 12 du pacte ou de l'article 16 de la charte, la question la plus pertinente dans le cadre de ce travail demeure de savoir en quoi leurs dispositions affectent la vie d'un Burundais, aussi bien en droit qu'en fait.

#### I.1.1.D. La norme internationale conventionnelle de droit à la santé et le droit burundais

Le statut de la norme de droit international en droit interne pose la question de son rang et de son applicabilité directe (éventuelle). Cela peut dépendre, dans une large mesure, de son mode d'intégration ou de réception en droit interne. Toutes ces questions sont réglées par la Constitution de chaque Etat.

##### 1. L'incorporation et le rang de la norme de droit international en droit interne burundais

L'article 292 de la Constitution de la République du Burundi dispose ainsi: « *Les traités ne prennent effet qu'après avoir été régulièrement ratifiés et sous réserve de leur application par l'autre partie pour les traités bilatéraux et de la réalisation des conditions de mise en vigueur prévues par eux pour les traités multilatéraux.* » <sup>110</sup>. La ratification quant à elle est du ressort du Président de la République ou exceptionnellement du Parlement selon les matières <sup>111</sup>.

Pour le PIDESC et la CADHP qui sont, de toute évidence, des traités multilatéraux, l'interprétation a contrario de l'article 292 montre alors que deux conditions suffisent pour qu'ils produisent leurs effets. Il s'agit de la ratification régulière et de la réalisation des conditions de mise en vigueur. Les deux textes ont été régulièrement ratifiés par le Burundi comme démontré plus haut et la question de la mise en vigueur ne se pose pas étant donné qu'ils sont déjà en vigueur, respectivement depuis 1976 et 1987. <sup>112</sup>

<sup>108</sup> Article 16 de la Charte Africaine des droits de l'homme et des Peuples in DE SHUTTER(O), TULKENS(F) et VAN DROOGHENBROECK(S), *op cit.* p. 770

<sup>109</sup> Article 60 et 61 de la CADHP.

<sup>110</sup> CEDJ, *op cit.* p.22.

<sup>111</sup> Articles 289 et 290 de la constitution, in *ibidem*.

<sup>112</sup> Ces conditions sont généralement liées au nombre de ratification par les Etats. Voir notamment l'article 27 du PIDESC, in DAVID (Eric) & VAN ASSCHE(Cédric), *op cit.* p. 282.



Les deux instruments ont donc effet en droit burundais. Dans quelle mesure lient-ils cependant l'Etat du Burundi? Le législateur, et au sommet le constituant est-il obligé d'en tenir compte et éventuellement de revoir sa copie chaque fois que la norme qu'il édicte est en contradiction ou en incompatibilité avec une(des) disposition(s) du pacte ou de la charte? C'est la question du rang des normes conventionnelles en droit interne. La constitution burundaise règle indirectement la question en stipulant que lorsque la cour constitutionnelle a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la constitution, l'autorisation de ratifier cet engagement ne peut intervenir qu'après amendement ou révision de la constitution.<sup>113</sup> En exigeant la révision de la constitution en cas de contradiction entre une norme conventionnelle et la constitution, le constituant a implicitement admis la primauté de l'instrument international sur la constitution. S'il avait envisagé une solution contraire, il aurait, dans la même hypothèse, requis le rejet de la clause du traité contraire à la constitution ou la formulation d'une réserve sur cette clause.

Au vu de ce qui précède, l'on peut affirmer que le Burundi est un Etat moniste à primauté du droit international. Le statut spécial des conventions internationales relatives aux droits de l'homme en droit interne burundais soulève cependant une autre interrogation. L'article 19 de la constitution intègre en effet dans la loi fondamentale les « *droits et devoirs* » garantis par les instruments internationaux (relatifs aux droits de l'homme) auxquels le Burundi est partie. Cela peut-il s'interpréter comme signifiant que ces derniers instruments seraient de rang constitutionnel alors que les conventions internationales sont, en général, de rang plutôt supra-constitutionnel comme le laisse déduire l'article 296 plus haut évoqué? Il s'agirait, à notre avis, d'une interprétation erronée. Il n'y a aucune raison justifiant que ces instruments bénéficient d'un traitement de moindre faveur, au contraire. Cela empêcherait en effet ou plus exactement cesserait d'exiger la révision de la constitution en cas de contradiction entre cette dernière et lesdits instruments. Ce serait une manière de priver d'effets ces instruments, étant justement donné que l'une des manières de leur donner effet est de revoir les dispositions du droit interne en disharmonie avec eux<sup>114</sup>. L'argument du texte soutient également notre thèse, dans la mesure où l'article 19 dit incorporer dans la constitution, non pas les instruments mais « *les droits et devoirs* » qu'il consacre. Le constituant voyait peut-être, en ce procédé, le moyen de consacrer plus explicitement les droits proclamés par ces textes, d'autant plus que certains d'entre eux le sont par des déclarations à valeur juridique toujours sujette à discussion. Il en est ainsi de la DUDH.

L'applicabilité directe de la norme consacrant le droit à la santé est quant à elle une problématique très liée à la justiciabilité de ce droit et, pour des raisons d'ordre méthodologique, ce travail en traite à partir de la deuxième section de ce chapitre<sup>115</sup>.

Outre qu'elle intègre les normes de droit international relatives au droit à la santé et règle leur statut en droit interne, la constitution burundaise consacre directement ce droit.

### I.1.2. Les sources de droit interne

Toutes les constitutions successives du Burundi indépendant consacraient les droits

<sup>113</sup> Article 296 de la constitution in CEDJ, *op cit*, p.22.

<sup>114</sup> Voir notamment l'article 2, al 1<sup>er</sup> in fine du PIDESC, in DAVID(Eric) & VAN ASSCHE(Cédric), *op cit*, p.276.

<sup>115</sup> Voir pp 10-15 de ce document.



civils et politiques mais aussi économiques et socioculturels. La technique utilisée était soit le rappel, dans le préambule, des instruments internationaux pertinents liant le Burundi, soit l'insertion d'une charte des droits dans le corps même du texte constitutionnel.<sup>116</sup>

En outre, la constitution du 18.03. 2005 regorge de dispositions, les unes plus claires que les autres, servant de fondement au droit à la santé. A titre purement exemplatif, après avoir rappelé l'attachement du peuple burundais aux instruments internationaux, dont le PIDESC, au 4<sup>ème</sup> paragraphe du préambule et intégré en son sein les droits et devoirs consacrés par ces instruments en son article 19, elle dispose respectivement en ses articles 17, 27, 52 et 55 que :

« *Le Gouvernement a pour tâche de réaliser les aspirations du peuple burundais, en particulier de guérir les divisions du passé, d'améliorer la qualité de la vie de tous les Burundais et de garantir à tous la possibilité de vivre au Burundi à l'abri de la peur, de la discrimination, de la maladie et de la faim* »<sup>117</sup>(article 17 et c'est nous qui soulignons).

« *L'Etat veille, dans la mesure du possible à ce que tous les citoyens dispose des moyens de mener une existence conforme à la dignité humaine* »<sup>118</sup>. (Article 27). Le caractère large de la formule rappelle ici l'article 25 de la DUDH (...niveau de vie suffisant). N'empêche, l'« *existence conforme à la dignité humaine* » suppose forcément la possibilité d'accéder aux soins de santé quand on en a besoin.

« *Toute personne est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personne, grâce à l'effort national et compte tenu des ressources du pays* »<sup>119</sup>. (Article 52).

« *Toute personne a le droit d'accéder aux soins de santé* ».(Article 55).<sup>120</sup>

Sur un plan purement théorique, la formulation de ce dernier article, le seul à parler directement de « *droit à la santé* » n'est pas satisfaisante. En effet, ce dernier droit n'est pas simplement réductible au « *droit d'accéder aux soins de santé* ». Comme tous les droits de l'homme, le droit à la santé fait en effet peser sur l'Etat des obligations de respecter, de protéger et de mettre en œuvre qui vont bien au-delà de l'organisation de l'accès aux soins de santé<sup>121</sup>. Heureusement qu'il existe d'autres bases constitutionnelles.

Mais au-delà de l'énoncé de la règle qui est toujours d'une clarté et d'une complétude relative, aussi bien en droit international qu'en droit constitutionnel, la question la plus juridiquement pertinente demeure celle de savoir si le citoyen burundais peut exiger de son Etat la réalisation de son droit à la santé. C'est la problématique de la justiciabilité des droits sociaux en général et du droit à la santé en particulier.

## I.2. JUSTICIABILITE DU DROIT A LA SANTE AU BURUNDI.

Un droit est justiciable lorsque son titulaire peut l'invoquer devant un organe judiciaire ou quasi-judiciaire. De manière concrète, c'est la possibilité pour l'individu

<sup>116</sup> Voir notamment le paragraphe 3 du préambule de la Constitution du 16 octobre 1962 (BELLON(Rémi) & DELFOSSE(Pierre), *op cit*, p.5. et le titre II de la constitution du 18 mars 2005.

<sup>117</sup> CEDJ, *op cit*, p.6.

<sup>118</sup> Ibidem

<sup>119</sup> CEDJ, *op cit*, p. 7.

<sup>120</sup> n B.O.B N° 3 TER/2005, p.8.

<sup>121</sup> *Infra*, pp. 13-14.

ou le groupe dont le droit est violé de saisir le juge pour lui demander d'annuler l'acte qui lui porte (rait) préjudice ou de condamner la personne (publique ou privée mais généralement publique) pour les dommages subis suite à la violation de son droit. Il peut aussi s'agir d'une question préjudicielle, de constitutionnalité ou de conventionalité posée en cours de procédure, ou d'une demande d'un ordre à adresser à l'autorité en vue de prendre une décision ou un acte allant dans le sens de permettre la jouissance, par le requérant, du droit consacré<sup>122</sup>. C'est lorsque l'autorité destinataire de l'ordre du juge est le législateur que la question se complexifie davantage. Or, il est ainsi souvent en matière de droits sociaux.

Evangelia Georgitsi, envisageant les droits sociaux en Droit constitutionnel, définit le droit social fondamental comme « *un ensemble de permissions reconnues par une norme de valeur constitutionnelle à une classe d'individus C1 et qui implique pour une autre classe d'individus C2, dont le législateur national, un ensemble d'obligations* », en considérant « obligations » comme « obligations positives ».<sup>123</sup> La question qui se pose est alors de savoir si un droit ainsi défini peut-être justiciable, c'est-à-dire, en d'autres termes, si l'on peut imposer au législateur national d'agir pour le mettre en œuvre et si oui de quelle façon. La question divise, autant la doctrine que la jurisprudence en droit comparé. Une tendance générale se dégage cependant petit à petit. Il s'impose alors de jeter un bref regard sur l'évolution des idées doctrinales et du droit comparé en matière de justiciabilité des droits sociaux avant de présenter l'état de la problématique en droit burundais.

### **I.2.1. Problématique de la justiciabilité des droits sociaux : évolution de la doctrine et enseignements du droit comparé.**

Pendant longtemps, l'on a présenté les droits civils et politiques comme radicalement différents des « droits » économiques, sociaux et culturels. L'on prétendait que seuls les premiers étaient de véritables droits susceptibles d'être revendiqués par ce qu'ils n'imposent à l'Etat que le devoir d'abstention. Les seconds, quant à eux, n'étaient considérés que comme des programmes, les dispositions qui les consacrent étant lues comme laissant à l'Etat la latitude de conduire les politiques que lui-même jugerait les plus appropriées en vue d'atteindre ces « objectifs ». L'on en concluait alors que ces droits ne pourraient être judiciairement revendiqués. Autrement dit, tandis que les droits civils et politiques (également appelés droits fondamentaux classiques ou de la « première génération ») impliqueraient pour le législateur l'interdiction de légiférer dans certains domaines plus ou moins précis en vue de ne pas restreindre l'espace de liberté accordé aux individus, les droits sociaux lui obligeraient plutôt à légiférer.<sup>124</sup>

En 1975, soit une année avant l'entrée en vigueur des 2 pactes des NU relatifs aux droits de l'homme, Marc BOSSUYT relevait que la différence entre droits civils et droits sociaux réside en la présence ou l'absence d'un apport financier de l'Etat dans la réalisation des droits concernés. Pour cet auteur, l'octroi des droits sociaux coûte de l'argent alors que le respect des droits civils n'en coûte pas. La distinction entre droits civils et droits sociaux ne dépend donc nullement, selon cet auteur, de notions abstraites, mais comporte des implications très concrètes, puisqu'elles sont de nature financière. Il en conclut que les droits de la première catégorie sont justiciables et que

<sup>122</sup> GOLAY(Christophe), *op cit*, p.2.

<sup>123</sup> GEORGITSI(Evangelia), *De l'impossible justiciabilité des droits sociaux*, p.5.

<sup>124</sup> GEORGITSI(EVANGELIA), *op cit*, p. 5

ceux de la seconde ne le sont pas.<sup>125</sup>

H. SHUE va démontrer que les droits sociaux ne sont pas les seuls dont la réalisation requiert des moyens financiers. Le droit à la vie, à la sécurité, à la liberté de mouvement par exemple requièrent que l'Etat mette sur place une police et des institutions judiciaires chargées d'en réprimer les éventuelles atteintes. La Cour constitutionnelle sud-africaine fera la même remarque dans l'affaire Grootboom.<sup>126</sup> L'obligation de s'abstenir concerne aussi les droits sociaux. Rien qu'à prendre l'exemple qui nous intéresse, le droit à la santé oblige à l'Etat de s'abstenir des projets industriels à impact environnemental anormalement élevé. C'est ainsi que dans une de ses recommandations, la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples a indexé le Nigeria pour violation du droit au meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint en raison des activités pétrolières dans le Delta du Niger et qui avaient entraîné des souffrances énormes pour le peuple OGONI.<sup>127</sup> En une forme d'obligation tripartite comme celle formulée plus haut, l'auteur en vient à la conclusion que tous les droits de l'homme, de quelque prétendue génération qu'ils soient, génèrent trois types d'obligation à charge de l'Etat : l'obligation de respecter les droits de l'individu (*duties to avoid depriving*), l'obligation de protéger les individus contre ceux qui veulent porter atteinte à leurs droits : (*duties to protect from deprivation*) ainsi que l'obligation de venir en aide à ceux qui ont été victimes d'une atteinte à leurs droits (*duties to aid the deprived*).<sup>128</sup>

Le droit positif se défait lui aussi progressivement de la conception rigide de la séparation des droits civils et politiques/droits économiques, sociaux et culturels. Il suffit de rappeler, à titre purement exemplatif, l'insistance du 4<sup>ème</sup> paragraphe du préambule de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples sur le caractère indivisible et interdépendant des droits de l'homme. Dans le même sens, les résolutions des Nations-unies qui affirment l'indivisibilité des droits de l'homme sont très nombreuses. La plus connue est incontestablement la Résolution n° 60/251 adoptée par l'AGNU le 15.3.2006 qui stipule que : « tous les droits de l'homme sont universels, indivisibles, indissociables et interdépendants et se renforcent mutuellement, comme d'égale importance, et qu'il faut se garder de les hiérarchiser ou d'en privilégier certains ». <sup>129</sup>

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a, lui aussi, déclaré que l'adoption d'une classification rigide des droits économiques, sociaux et culturels qui les placerait, par définition, en dehors de la juridiction des tribunaux serait arbitraire et incompatible avec le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des deux types de droits de l'homme. Elle aurait en outre pour effet de réduire considérablement la capacité des tribunaux de protéger les droits des groupes les plus vulnérables et les plus défavorisés de la société<sup>130</sup>.

En droit international, il a été pendant longtemps prétendu que les auteurs du PIDESC n'avaient pas voulu que les droits consacrés soient justiciables, et que c'est pour cette

<sup>125</sup> GOLAY (Christophe), *op cit*, p.22.

<sup>126</sup> *These rights are, at least to some extent, justiciable. As we have stated (...), many of the civil and political rights entrenched in the [constitutional text before this Court for certification in that case] will give rise to similar budgetary implications without compromising their justiciability. The fact that socio-economic rights will almost inevitably give rise to such implications does not seem to us to be a bar to their justiciability (Droit à l'alimentation, p.61).*

<sup>127</sup> HUNT (Paul) : *Le droit de jouir du meilleur état de santé physique susceptible d'être atteint*, Rapport 2003, sur : <http://www.aidh.org/sante/onu-droit.sante.htm> : le 20 juin 2009.

<sup>128</sup> GOLAY (Christophe), *op cit*, p. 33.

<sup>129</sup> DUMONT (Hugues), *Systèmes internationaux de protection des droits de l'Homme*, Syllabus de Cours, Université du Burundi, Chaire UNESCO en Education a la paix et Résolution Pacifique des conflits, 2008- 2009, inédit, p. 44.

<sup>130</sup> Amnesty International, *Projet de fiche sur l'application du PIDESC en droit interne et la justiciabilité des DESC*, p.2, inédit.

raison qu'ils n'auraient pas inséré dans ce pacte un pendant de l'article 2 du PIDCP consacrant le droit au recours en droit interne en cas de violation. Le même courant renchérit en prétendant que ceci explique également que le comité n'eût été créé que longtemps après l'entrée en vigueur du pacte. Sur le droit au recours prétendument non envisagé par le PIDESC, le comité des droits économiques, sociaux et culturels, interprétant l'article 2 de ce pacte dans une de ses observations générales, affirme que l'Etat qui chercherait à se justifier du fait qu'il n'organise pas de recours contre les violations des droits économiques, sociaux et culturels devrait établir que ce recours ne constitue pas un moyen approprié au sens de l'article 2 du PIDESC ou que ce recours est, eu égard aux autres moyens organisés, surplu<sup>131</sup>. Le comité en conclut que cela est très difficile à montrer et que les autres moyens risquent d'être inopérants s'ils ne sont pas renforcés ou complétés par des recours juridictionnels<sup>132</sup>.

Quant à l'absence initiale du comité, à supposer même qu'elle ait un lien avec la volonté d'empêcher la justiciabilité des DESC, sa création, en 1985, par le conseil économique et social devrait être interprété comme un changement de cap, changement que confirme le protocole facultatif au PIDESC entré en vigueur en 2008 et accroissant la compétence du CDESC jusqu'à l'habiliter à recevoir les communications individuelles et à conduire des enquêtes.<sup>133</sup>

Enfin, les travaux préparatoires du PIDESC montrent à suffisance que la tentative d'insérer dans le pacte un article excluant la possibilité d'une applicabilité directe de ses dispositions fut rejetée.<sup>134</sup>

En droit interne (constitutionnel), l'on avance souvent les principes de séparation des pouvoirs et de souveraineté du Parlement comme faisant obstacle à la justiciabilité des droits sociaux. Les tenants de ce discours prétendent en effet que le juge ne saurait « obliger » le Souverain ou son représentant, au risque du redoutable et redouté « gouvernement des juges ». Cet argumentaire est insoutenable dans un système de règne du droit dans lequel tous les pouvoirs sont plutôt soumis au droit, la souveraineté quant à elle étant aux mains de la Nation, de l'Etat et non de ses représentants temporels qui risqueraient d'ailleurs de la lui usurper. A la limite, ce raisonnement ferait purement obstacle au contrôle de constitutionnalité, et en fin de compte, viderait de son sens l'idée même de constitution en tant que norme.

L'autre principe grandiloquent avancé contre la justiciabilité des droits sociaux est le pouvoir budgétaire du Parlement, à savoir le pouvoir de décider des recettes et des dépenses de l'Etat. Outre que la réplique plus haut évoquée sur la souveraineté du Parlement en général est reportable ici, il faudrait se rendre à l'évidence et constater que même dans le strict cadre des droits civils et politiques, des décisions du juge peuvent avoir un impact budgétaire non négligeable, notamment lorsqu'elles condamnent l'Etat à la réparation des dommages causés par ses agents sur les titulaires des droits.

L'on ne peut pas non plus baser la thèse de la justiciabilité impossible des droits sociaux sur le caractère prétendument vague et imprécis de leurs énoncés<sup>135</sup>. Tout d'abord, la clarté

<sup>131</sup> L'article 2 du PIDESC oblige en effet tous les Etats parties à user de tous les « moyens appropriés » en vue d'assurer le plein exercice des droits que le pacte consacre.

<sup>132</sup> Voir Observation générale n°96 (1998) : DUMONT (Hugues), *Systèmes internationaux de protection des droits de l'Homme*, Syllabus de Cours, Université du Burundi, Chaire UNESCO en Education a la paix et Résolution Pacifique des conflits, 2008- 2009, inédit, p 51 .

<sup>133</sup> Voir notamment JAGNE(Fatou) : *Le statut des droits économiques, sociaux et culturels en Afrique*, Communication présentée à Banjul, inédit, p.6.

<sup>134</sup> *Ibidem*

<sup>135</sup> CREDOF, *Amicus curiae spontané adressé au conseil d'Etat sur l'affaire référencée Réf. N°322326 requête du Gisti et de la FAPIL c/ ministères de l'Immigration et du Logement*

*Intervenants : Cimade, AFVS, DAL et observations de la HALDE.*

ou la précision s'apprécie énoncé par énoncé. En plus, les dispositions consacrant certains droits civils et politiques ne sont pas plus claires.<sup>136</sup>

Tout n'est pas toujours affaire de texte. En droit allemand, aucune disposition constitutionnelle ne consacre un quelconque droit social. La constitution stipule néanmoins que l'Allemagne est un Etat de droit social. La juridiction constitutionnelle a pu en déduire un droit directement applicable de l'individu aux moyens d'existence. Plus encore, elle n'hésite pas à adresser des injonctions au législateur national, soit pour lui imposer des délais pour une future production normative, soit pour énoncer des règles provisoires (législation par substitution).<sup>137</sup>

La jurisprudence de certains systèmes juridiques nationaux africains est également assez instructive à ce propos. Dans une espèce devenue très célèbre, la cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, après avoir constaté que les droits sociaux sont consacrés par la constitution, a jugé qu'ils ne sauraient seulement exister sur papier et que dès lors, les juridictions ont l'obligation constitutionnelle d'assurer qu'ils soient respectés et réalisés.<sup>138</sup>

Concernant le droit à la santé, la même cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a jugé que la constitution imposait au gouvernement l'obligation d'élaborer un programme global et coordonné afin de donner progressivement effet au droit des femmes enceintes et de leurs enfants nouveau-nés d'avoir accès à des services de santé pour combattre la transmission du VIH/SIDA de la mère à l'enfant.<sup>139</sup>

Qu'en est-il au Burundi ?

### **I.2.2. Problématique du recours juridictionnel en vue de faire respecter le droit à la santé au Burundi.**

Lorsque l'on cherche à connaître la position des juridictions burundaises sur la problématique de la justiciabilité des droits sociaux, l'on est frappé par l'extrême rareté des demandes déjà enregistrées et par l'inexistence de décisions judiciaires rendues au fond.

Notre enquête à la Cour Constitutionnelle et à la Cour administrative de Bujumbura n'a pu relever qu'une seule requête introduite auprès de la première juridiction en 2007 et invoquant le droit à l'éducation.<sup>140</sup> Cette demande n'avait cependant pu prospérer ; elle avait été jugée irrecevable pour défaut de qualité des requérants. Le droit à la santé n'a, quant à lui, été jamais invoqué. C'est un fait avéré qu'au Burundi, les demandes en justice posent très rarement le problème en termes de *droits de l'homme* ou de *droits fondamentaux*. Dans son étude sur le système burundais de justice administrative, Gilles CISTAC a relevé que par « *principe de proximité* », les praticiens recourent, parfois sans discernement, aux règles de droit interne les plus immédiates au détriment ou au mépris d'une ouverture utile aux sources internationales (et constitutionnelles, c'est nous qui ajoutons) pour une meilleure garantie des droits du justiciable.<sup>141</sup>

<sup>136</sup> GEORGITSI (Evangelia), *op cit*, p.19.

<sup>137</sup> Idem, p.17.

<sup>138</sup> Le texte original en anglais est le suivant: "[s]ocio-economic rights are expressly included in the Bill of Rights; they cannot be said to exist on paper only. Section 7(2) of the Constitution requires the state "to respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights" and the courts are constitutionally bound to ensure that they are protected and fulfilled" in GOLAY (Christophe, *op cit*, p.61).

<sup>139</sup> Affaire Ministère de la santé c/ campagne d'action pour le traitement.

<sup>140</sup> RCCB 209.

<sup>141</sup> CISTAC(Gilles), *Code de justice administrative du Burundi*, commenté et annoté, La Licorne, Bujumbura, 2008, p.121.

Ceci est bien évidemment loin d'être l'exclusivité du Burundi. Les recherches sur l'effectivité des droits de l'homme en Afrique butent presque toujours sur ce problème<sup>142</sup>. Ceci ne s'explique évidemment pas par le penchant supposé de l'homme africain pour la palabre plutôt que pour le procès. Des explications plus « scientifiques » comme l'ignorance du Droit, la complexité et le coût des procédures, un certain manque de confiance dans le système judiciaire, etc. rendent compte de cet état de fait. Ces obstacles prennent beaucoup plus de sens et de poids lorsque le droit à réclamer est un droit social. En effet, en se permettant de caricaturer, le requérant « naturel » en la matière est une personne aux conditions modestes, peu instruit et incapable de se payer les services d'un conseil. Dans ces conditions, l'étude de la justiciabilité des droits sociaux et du droit à la santé au Burundi devient-malheureusement-théorique, elle se limite à une forme d'exégèse des dispositions pertinentes de la constitution.

Le texte de la loi fondamentale montre que le Constituant a voulu faire du Burundi un véritable Etat de droit dans lequel tous les droits fondamentaux bénéficieraient d'une protection juridictionnelle. En effet, en son article 48, il dispose : « *Les droits fondamentaux doivent être respectés dans l'ensemble de l'ordre juridique, administratif et institutionnel. La constitution est la loi suprême. Le législatif, l'Exécutif et le **judiciaire** doivent la faire respecter. Toute loi non conforme à la constitution doit être frappée de nullité* »<sup>143</sup> (c'est nous qui soulignons). Il charge ensuite le pouvoir judiciaire en général, et la Cour Constitutionnelle en particulier d'en être le gardien.<sup>144</sup> Il insiste à propos de cette dernière en stipulant que sa mission est d' « *assurer le respect de la constitution, y compris la charte des droits fondamentaux, par les organes de l'Etat et les autres institutions* »<sup>145</sup>.

Il est important de préciser ici que la charte burundaise des droits fondamentaux comprend aussi bien les droits civils et politiques que les droits économiques, sociaux et culturels et que nulle part, la constitution n'opère de distinctions entre les régimes juridiques de deux « catégories » de droits ; bien au contraire. Sa position est comparable à celle de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui reconnaît et consacre l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'homme. En témoigne notamment son article 17 qui, à l'instar de la formule de la constitution allemande précédemment évoquée, stipule : « *Le Gouvernement a pour tâche de réaliser les aspirations du peuple burundais, en particulier de guérir les divisions du passé, d'améliorer la qualité de la vie de tous les Burundais et de **garantir à tous la possibilité de vivre au Burundi à l'abri** de la peur, de la discrimination, de la maladie et de la faim* »<sup>146</sup> (article 17 et c'est nous qui soulignons).

Ces éléments permettent d'affirmer que le droit à la santé est susceptible de protection juridictionnelle en droit burundais, de la même manière que les autres droits subjectifs.

La **consécration** constitutionnelle-et même juridictionnelle- d'un droit ne saurait, à elle seule, suffire. L'engagement de l'Etat est en effet d'agir « *...par tous les moyens appropriés* » en vue de garantir l'effectivité du droit reconnu<sup>147</sup>. La **concrétisation** de ce dernier demande alors à l'Etat d'adopter une législation et toutes les mesures d'ordre économique et social qui s'imposent. En s'y dérochant, le Burundi violerait autant ses engagements internationaux

<sup>142</sup> Voir notamment Panels, p.23.

<sup>143</sup> CEDJ, op cit, p.7.

<sup>144</sup> Article 60 et 225 de la Constitution in CEDJ, op cit, p. 7, p.18.

<sup>145</sup> Article 228, 2<sup>ème</sup> trait, de la constitution, CEDJ, op. cit, p.18.

<sup>146</sup> CEDJ, op cit, p.6.

<sup>147</sup> Art 2 du PIDESC. Voir aussi *Grootboom case* lorsque la Cour Constitutionnelle sud-africaine arrête que : « *The state is obliged to act to achieve the intended result, and the legislative measures will invariably have to be supported by appropriate, well-directed policies and programmes implemented by the executive* » in *African Human Rights Law Reports 20001*, p.

que sa constitution. Aussi s'impose-t-il de jeter un coup d'œil sur sa politique de mise en œuvre du droit à la santé.

## II. Effectivité du droit à la santé au Burundi: appréciation critique de l'action de l'Etat du Burundi en matière de droit à la santé.

L'Etat du Burundi dispose, bien entendu, d'une politique de mise en œuvre du droit à la santé. Périodiquement d'ailleurs, elle la revoit en vue d'essayer de l'adapter au contexte. C'est ainsi que l'actuelle Politique Nationale de Développement Sanitaire(PNDS) est censée couvrir la période allant de 2005 à 2015<sup>148</sup>. Mais au-delà de la conception, des actions concrètes se mènent en vue de l'exécution de cette politique. Tout le problème est cependant de les évaluer sur le plan du Droit. Comment en effet évaluer *juridiquement* et sans risque d'arbitraire, la politique sociale d'un Etat? Comment arriver à la conclusion qu'un Etat, compte tenu de son niveau de développement économique, satisfait ou manque à ses obligations internationales-et constitutionnelles dans notre cas-, consistant en des prestations positives et dont l'accomplissement est, aux termes même du texte conventionnel et constitutionnel, *progressif*? L'exercice est difficile mais pas impossible. L'on se servira, pour ce faire, des indicateurs des organisations internationales spécialisées, en l'occurrence ici l'Organisation Mondiale de la Santé<sup>149</sup>. Ainsi donc, au point 12 de son observation générale n°14 (1998), le comité des droits économiques, sociaux et culturels a fixé les éléments permettant d'apprécier l'action de l'Etat. Il s'agit de :

1° **La disponibilité** : Elle implique que les établissements de soins de santé, les biens, services et programmes sanitaires doivent exister en quantité suffisante. En termes plus concrets, la disponibilité concerne aussi bien les installations adéquates, les hôpitaux, les cliniques, le personnel médical et professionnel que les facteurs déterminant de la santé tels que l'eau potable.

2° **L'accessibilité** : Elle s'entend en 4 dimensions :

- La non-discrimination : Les biens, services et programmes plus haut cités doivent être accessibles à tous, en particulier aux plus vulnérables ou marginalisés, en droit comme en fait.
- L'accessibilité physique : les biens, services et programmes plus haut énumérés doivent être accessibles sans danger pour toutes les couches de la population, y compris les plus défavorisés ou les handicapés et ceci même en milieu rural.
- L'accessibilité économique: Les biens et services doivent être économiquement abordables, en particulier pour les groupes sociaux les plus défavorisés.
- L'accessibilité de l'information : Les bénéficiaires supposés des biens et services dont mention plus haut doivent pouvoir accéder à toute information y relative.

3° **L'acceptabilité** : Elle concerne l'éthique médicale et la culture appropriée dans toutes les installations de soins.

4° **La qualité** : Les services rendus doivent être scientifiquement et médicalement appropriés et de bonne qualité.<sup>150</sup>

<sup>148</sup> République du Burundi, Ministère de la Santé Publique et de la lutte contre le Sida, *Politique Nationale de la Santé 2005-2015*, septembre 2004 (inédit, disponible à la Bibliothèque de la Représentation de l'Organisation Mondiale de la Santé(OMS) à Bujumbura.

<sup>149</sup> Le recours aux observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels se justifie par deux raisons : 1. Comparées à d'autres sources, les dispositions du PIDESC les plus pertinentes ici (articles 2 et 16) sont les plus claires et explicites concernant les obligations qui pèsent sur l'Etat. 2. Les dispositions du PIDESC sont intégrées en droit burundais par l'article 19 de la constitution burundaise.

<sup>150</sup> Comité des droits économiques sociaux culturels, *observation générale n° 14* (2000) sur [www.unhcr.ch/tbs/doc.nsg](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsg) du 20 juin 09

Dans l'impossibilité d'évaluer l'action de l'Etat du Burundi sur base de tous ces critères aussi bien pour des raisons d'ordre temporel que méthodologique, nous nous proposons de faire cet exercice sur base de deux de ces critères qui nous paraissent les plus pertinents pour le Burundi : la disponibilité et l'accessibilité économique<sup>151</sup>.

On ne saurait ne pas souligner ici le problème de l'indisponibilité de données statistiques actualisées. En effet, sauf pour les budgets, les données de terrain considérées comme les plus récentes dressent un état des lieux d'il y a 3, 4 et même des fois 5 ans. L'impact de ce fait sur la fiabilité des informations n'est cependant pas à exagérer car en la matière et comme le montreront les sections qui suivent, les modifications ne sont pas significatives sur des périodes d'une telle longueur.

## II.1. De la disponibilité des infrastructures, du médicament et des ressources humaines

### II.1.1. Les infrastructures

En 2006, le Burundi comptait 47 hôpitaux pour une population de 7.750.566 hab., soit 1 hôpital pour 164. 906 hab.<sup>152</sup> La norme minima de l'OMS est cependant de 1 hop pour 100 000 hab. Au même moment, le pays comptait 610 centres de santé pour le même nombre d'habitants, ce qui représente en moyenne un centre de santé pour 12 705 habitants alors que la norme minima de l'OMS est d'un centre de santé pour 10 000 habitants. A cette rareté des structures de soins s'ajoute une très mauvaise répartition territoriale de celles qui existent. Des provinces entières aussi vastes que peuplées ne comptent qu'un hôpital. C'est le cas de Makamba, de Muyinga, de Bubanza et de Bujumbura-Rural alors que la Municipalité de Bujumbura en compte une dizaine à elle seule<sup>153</sup>. La situation n'est guère meilleure pour les centres de santé car à titre d'exemple, toute la Province de Karuzi ne compte que 15 centres de santé alors que la municipalité de Bujumbura en compte 66, créant des distorsions énormes en terme de moyenne (Karuzi : un centre de santé pour 24 116 hab., Bujumbura : un centre de santé pour 7 750 hab.)<sup>154</sup>.

L'une des explications de ces disparités est la réticence des acteurs privés de la santé à investir en milieu rural. Ainsi par exemple en l'an 2006, il n'y avait que 8 hôpitaux privés sur tout le territoire national, la Municipalité de Bujumbura se taillant, comme toujours, la part du lion avec 6 hôpitaux, les provinces de Ruyigi et Kirundo se partageant les deux autres. Le même constat prévaut en ce qui concerne les centres de santé car, à la même époque (2006) et pour ne prendre qu'un exemple, la Mairie de Bujumbura comptait 46 centres de santé privés alors que les provinces de Karuzi et de Ruyigi n'en comptaient aucun<sup>155</sup>. L'attitude du secteur privé est tout à fait rationnelle compte tenu du très faible niveau de revenus des habitants des milieux ruraux burundais. Cette situation interpelle l'Etat du Burundi. En vue de tendre vers une égalité réelle des citoyens dans la jouissance des droits sociaux, il lui appartient en effet de concentrer beaucoup plus d'efforts aux secteurs et aires géographiques qui intéressent le moins les opérateurs privés. C'est l'une des raisons d'être traditionnelles du service public.

<sup>151</sup> A notre avis, l'ordre même d'énumération du CDESC (disponibilité-accessibilité-acceptabilité-qualité) n'est pas indifférent. Ne peut en effet être accessible que ce qui existe (disponibilité). Sans constituer des luxes, les considérations d'ordre éthique (acceptabilité) et qualitatif (qualité) ne sont cependant pertinentes quant à elles que pour des services déjà là et effectivement utilisés, par ce qu'accessibles.

<sup>152</sup> Observatoire de l'Action Gouvernementale(O.A.G) : *Evaluation des effets de la Mesure de subvention des soins pour les enfants de moins de 5ans et pour les accouchements sur les structures et la qualité des soins*, Avril 2009, inédit, pp 13-14

<sup>153</sup> Ministère de la Santé Publique, 2007, *étude budgétaire*, p.22.

<sup>154</sup> Ministère de la Santé Publique, 2006, *étude budgétaire*, p.22.

<sup>155</sup> Ministère de la Santé Publique, 2007, *étude budgétaire*, p.22.

L'existence de l'infrastructure ne suffit pas à elle seule. Encore faut-il que des soins et notamment les médicaments soient disponibles.

### II.1.2. Le médicament

L'industrie pharmaceutique est quasi inexistante au Burundi. Une seule entreprise pharmaceutique (SIPHAR, acquéreur du défunt Office National de la Pharmacie) est fonctionnelle et sa production est insignifiante. Le Burundi dépend donc pour une grande part de l'importation, essentiellement par la Centrale d'Achat des Médicaments au Burundi (CAMEBU)<sup>156</sup>. Mise à part la fabrication, la commercialisation du médicament est elle aussi problématique, à cause de l'insuffisance et de la répartition inégale des officines pharmaceutiques. Ainsi en 2005, le Burundi ne comptait que 94 officines pharmaceutiques. 62 de ces dernières étaient implantées à Bujumbura et 15 dans les centres urbains de Gitega et de Ngozi, les 14 provinces qui restent ne se partageant alors que les 18 officines restantes<sup>157</sup>.

Cet état de fait influe négativement sur la disponibilité du médicament dans les structures des soins. Ainsi, la rupture des stocks constitue l'un des principaux problèmes que connaissent la plupart des établissements hospitaliers<sup>158</sup>. Une étude commanditée par le Programme d'Appui à la Gestion Economique (PAGE) et conduite par l'Institut des Statistiques et des Etudes Economiques du Burundi (ISTEEBU) révèle que les structures de santé connaissent des ruptures de stock *en médicaments essentiels* (antipaludiques, antidouleurs, antibiotiques, antipyrétiques, vermifuges) pour une durée moyenne de 10 jours/an, durée pouvant atteindre 200 jours dans certaines provinces comme MUYINGA<sup>159</sup>.

Quid du personnel médical?

### II.1.3 Le personnel médical

En décembre 2005, le Burundi comptait 201 médecins, généralistes et spécialistes confondus. La moyenne était d'un médecin pour 47 678 ha alors que la norme minimum de l'OMS est d'un médecin pour 10. 000hab. Sur les 201 médecins, 46 s'occupaient de l'administration au Ministère de la santé publique. Sur les 159 restants, Bujumbura-Mairie se taillait la part du lion avec 91 médecins, NGOZI 14 et GITEGA 10, laissant aux 14 autres provinces un total de 44 médecins. Ici donc aussi, le problème de la répartition se pose avec acuité. Mais qu'est-ce qui explique la rareté des médecins au Burundi ? Une étude commanditée par l'Observatoire de l'Action Gouvernementale (O.A.G) relève qu'il s'agit de l'effectif peu élevé d'étudiants qui terminent la faculté de Médecine de l'Université du Burundi et de la fuite des cerveaux. La dernière étude conduite sur l'ampleur de ce phénomène durant la période 1992-2002 (la seule qui soit étudiée malheureusement) a mis en évidence que sur 39 médecins qui étaient partis à l'étranger pour des formations de spécialisation ; 18 seulement étaient revenus. Il n'existe malheureusement pas de statistiques au moins indicatives sur les effectifs de médecins qui sont allés prester dans les pays de la sous-région mais il ne fait aucun doute qu'ils partent en grand nombre.

L'exode des médecins est un problème généralisé pour toute l'Afrique. A en croire l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), environ 20.000 médecins et infirmiers africains

<sup>156</sup> A sa création, la CAMEBU a reçu un fonds de démarrage de 5 milliards de FBU. Au cours des années 2005 et 2006, ses subsides s'élevaient à 31 millions par exercice. Depuis, 2007, la CAMEBU vole désormais de ses propres ailes.

<sup>157</sup> République du Burundi, Ministère de la Santé Publique et de la lutte contre le Sida, *op cit*, p.16.

<sup>158</sup> ISTEEBU & PAGE, *Enquête sur le suivi des dépenses publiques et le niveau de satisfaction des bénéficiaires dans les secteurs de l'éducation, de la santé et de la justice en République du Burundi*, mars 2009, inédit, p.95.

<sup>159</sup> PETS Burundi, 2007, in *idem*, p. 18.

quittent le continent chaque année, principalement vers les pays de l'OCDE.<sup>160</sup> L'attrait des médecins par le Nord se justifie par les meilleures conditions salariales et d'exercice de l'art de guérir qui y prévalent. L'impact de la récente revue à la hausse du traitement des médecins opérée en 2009 n'a pas encore été évalué. Il ne devrait cependant pas être très important étant donné l'écart existant entre le traitement revendiqué et celui qui a été accordé<sup>161</sup>. Le coût sanitaire, financier et institutionnel pour le Burundi et l'Afrique est d'une telle importance que certaines voix réclament l'indemnisation de l'Afrique. Pour le justifier, l'expert Mathieu LOITRON invoque notamment le coût de formation d'un médecin africain. Ainsi par exemple, un pays comme le Kenya dont le revenu annuel moyen est de 558 \$, dépense 66 000 \$ pour former un médecin et 43 000 \$ pour un infirmier. Des chercheurs de l'OCDE affirment également que les personnels de santé en exil représentent 1 milliard \$ de pertes pour la seule Afrique du Sud<sup>162</sup>. L'Afrique se retrouve alors en train de « subventionner » l'Occident en personnel médical et paramédical et ceci paraît paradoxal compte tenu des niveaux de développement des deux parties du monde.

Il reste cependant que les clés de la solution à ce problème demeurent la formation en grands nombres de médecins et la création des conditions décentes de vie et de travail. Ceci est de la responsabilité de chaque Etat, le Burundi en l'occurrence ici.

Concernant le personnel paramédical, le Burundi s'en sort relativement moins mal car il va au delà des minima. En 2006, il comptait 2562 infirmiers, soit un infirmier pour 2810 habitants. La norme minima de l'OMS est d'un infirmier pour 3000 habitants. Mais là non plus, la répartition géographique est loin d'être équitable. A titre d'exemple, alors que la municipalité de BUJUMBURA disposait de 1415 infirmiers (soit plus de 53% du total), la province de Cankuzo n'en avait que 22.<sup>163</sup>

Même lorsque les structures de soins existent et fonctionnent normalement, l'obstacle financier fait qu'une importante frange de la population n'en jouisse pas pleinement.

## II.2. De l'accessibilité économique des prestations de santé

Selon les termes même de l'observation générale n° 12, l'accessibilité économique signifie, comme précisé plus haut, que *les soins médicaux doivent être abordables, particulièrement pour les plus défavorisés.*

Il n'est pas discuté que les soins médicaux coûtent en général chers, au Burundi comme ailleurs, lorsqu'ils sont entièrement supportés par le seul patient ou sa famille. C'est la raison d'être de l'assurance-maladie. C'est l'état des lieux de ce système au Burundi que l'on va examiner. On jettera également un coup d'œil sur la politique de gratuité des soins en faveur de certaines catégories de personnes.

### II.2.1. De l'assurance-maladie

On distingue au Burundi trois régimes d'assurance-maladie en fonction de catégories de bénéficiaires : 1° Le premier régime concerne les agents publics et assimilés. Il est organisé par le décret-loi n° 1/28 du 27/6/1980 portant institution du régime d'assurance maladie

<sup>160</sup> LOITRON(Mathieu) : *Trois orientations pour limiter la pénurie de médecins en Afrique*, p. 1. sur [www.capafrique.org](http://www.capafrique.org) (consulté le 28/2/2011).

<sup>161</sup> Voir cahiers des revendications du SYMEBU, inédit

<sup>162</sup> LOITRON(Mathieu), *op cit*, p.2.

<sup>163</sup> Observatoire de l'Action Gouvernementale(O.A.G) : *Evaluation des effets de la Mesure de subvention des soins pour les enfants de moins de 5ans et pour les accouchements sur les structures et la qualité des soins*, Avril 2009, inédit, pp 13-14

des agents publics et assimilés<sup>164</sup>. Il est géré par un organisme appelé Mutuelle de la Fonction Publique créé par le décret-loi n°100/107 du 27/6/1980 portant création d'une Mutuelle de la Fonction Publique.<sup>165</sup> Les bénéficiaires de ce système sont les assurés (personnels civils des personnes morales de droit public, les membres des forces armées, leurs ayant-droits, les bénéficiaires d'une rente de veuve ou d'orphelin à charge de l'Etat ainsi que les bénéficiaires d'une rente de survie servie par l'institut National de Sécurité Sociale (INSS). Il faut y ajouter les bénéficiaires présents et à venir d'une pension de retraite, d'inaptitude physique ou d'invalidité servie par l'INSS ou par l'Etat (art 3,7 et 10 du décret-loi n°1/28 du 27-6-1980). Cette assurance couvre les soins médicaux curatifs et préventifs (art 14 et 18). Outre le faible taux de couverture sur lequel nous reviendrons, ce système accuse plusieurs défaillances tenant notamment à une quasi-inexistence de pharmacies de la mutuelle ou en relation avec elle en milieu rural, privant ainsi de fait ces prestations à leurs bénéficiaires de droit.

Il faut également souligner que pour certains médicaments, la couverture de la Mutuelle est réduite à peu de chagrin à cause de la politique consistant à encourager la consommation du produit pharmaceutique local ou générique.<sup>166</sup>

2° Le secteur privé structuré : Il n'existe pas encore de système d'assurance-maladie généralisé pour le secteur privé. Un décret-loi n° 1/17 du 28/7/1983<sup>167</sup> organisant la fourniture des soins aux travailleurs des entreprises commerciales et industrielles privées ainsi qu'aux établissements para étatiques qui ne sont pas soumis au statut de la fonction publique est vite tombé en désuétude. Il obligeait ces entreprises à confier au Ministère de la santé la fourniture des soins moyennant paiement d'un taux de base de 350fbu/mois/travailleurs. Ce taux était réduit à 250 (Art 10) pour les employeurs disposant de dispensaires, lesquels avaient en plus droit aux services d'un médecin vacataire (art.5) Il faut souligner que sur le plan théorique, il ne devrait se poser aucun problème pour les travailleurs sous contrat du secteur privé. En effet, en vertu de l'article 301 du décret-loi n°1/037 du 07juillet/1993 portant révision du code du travail au Burundi, l'employeur est tenu de supporter la totalité de coût des soins médicaux de son salarié en attendant la mise sur pied d'un organisme d'assurance maladie pour le secteur-privé.<sup>168</sup> Dans la pratique cependant, peu d'employeurs se conforment à cette disposition. Alléguant que les factures des soins sont trop élevées-ce qui n'est pas faux-, ils refusent de payer.

La question qui demeure la plus préoccupante est celle de l'importance numérique de la frange de la population qui profite réellement des 2 systèmes précédemment décrits. Le Burundi est en effet un pays où plus de 90% de la population travaillent ou est censée travailler sans employeurs, car composée d'agriculteurs et d'artisans prétendument « indépendants ». 3° Les indépendants : le 20/3/1984 a été prise l'ordonnance n° 620/57 portant création de la Carte d'Assistance Médicale<sup>169</sup> (CAM). Elle instituait un système d'assurance-maladie ouvrant droit aux soins médicaux, chirurgicaux et autres (art 4). Le coût de la carte était de 500fbu pour les agriculteurs, de 1500 frs pour les artisans et petits commerçants et de 3000 bu pour les commerçants enregistrés.

Initialement, les recettes de la vente de la CAM étaient versées au Trésor. A partir de 1988, une réforme du système a ordonné leur versement dans les caisses des communes.<sup>170</sup>

<sup>164</sup> B.O.B N°9/ 80 pp 264-273

<sup>165</sup> *Idem*, pp. 274-282

<sup>166</sup> Voir la pratique dite des « suppléments » pratiquée notamment par la Mutuelle de la Fonction Publique » consistant, pour cette dernière, à ne prendre en charge que 80% du coût du générique, lorsque le client choisit de consommer une « spécialité », laissant à l'abonné le paiement de la différence entre le prix de la spécialité et celui du générique.

<sup>167</sup> B.O.B N° 5/84, pp. 199-200.

<sup>168</sup> B.O.B N° 9/1993, p.537

<sup>169</sup> B.O.B N° 5/84, pp. 212-213.

<sup>170</sup> République du Burundi, Ministère de la Santé Publique et de la Lutte Contre le Sida, *Politique Sectorielle de Développement Sanitaire*, les

Représentant 9% de leurs recettes totales, ces fonds seront considérés par la plupart des communes comme une manne. Ainsi ne les affecteront-elles pas à la santé. Il va s'en suivre une pénurie du médicament et un mauvais accueil dans les centres de santé<sup>171</sup>. C'est ce qui explique que 8 ans après son lancement c à d en 1992, seuls 20-25% des Burundais recourraient à la CAM malgré les avantages qu'elle était censée procurer.

Il a également été reproché à ce système d'être incompatible avec la politique de mise en autonomie de gestion des hôpitaux et centres de santé.

C'est un fait avéré alors qu'au Burundi, seule une infime partie d'employés des secteurs public et privé structuré bénéficient de la couverture par l'assurance-maladie, en droit et en fait. Une enquête conduite en 2007 a en effet révélé que 90% de la population burundaise payaient directement et entièrement leurs soins.<sup>172</sup> Il en va d'ailleurs pour la plupart des Etats de l'Afrique subsaharienne. C'est ainsi que dans certains pays comme le Burkina Faso, les paysans ont décidé de ne plus compter que sur eux-mêmes et de constituer des groupements de micro assurance santé<sup>173</sup>. Ceci pourrait bien être une source d'inspiration pour le milieu rural burundais. Le Gouvernement devrait quant à lui faciliter et accompagner la création de ces structures.

Toujours en ce qui concerne l'assurance-maladie, signalons en passant que le 29.02.2000, une loi portant institution d'un régime d'assurance maladie maternité pour le secteur privé a été promulguée.<sup>174</sup> Son article 2 disposait que toute personne morale de droit privé peut créer un organisme d'assurance-maladie maternité de secteur privé structuré. Il n'y a cependant, jusqu'à maintenant, aucun organisme de ce genre qui soit déjà opérationnel.

Les soins à la maternité ont été à juste titre au centre des soucis du décideur politique qui est allé jusqu'à en consacrer la gratuité entière, au même titre d'ailleurs que les soins administrés aux enfants de moins de cinq ans.

## **II.2.2. Cap sur la politique de subvention des soins aux enfants de moins de 5 ans et aux accouchements.**

Le 16/6/2006 a été signé le décret n°100/136 portant subventions des soins aux enfants de moins de 5 ans et des accouchements dans les structures de soins publiques et assimilées.<sup>175</sup> L'article 3 de ce texte stipule que ces soins sont subventionnés en totalité ou au prorata du ticket modérateur pour les personnes bénéficiant déjà d'un tiers-payant. C'est ainsi que dans les prévisions budgétaires des exercices 2007 et 2008, des montants équivalant respectivement à 1. 800. 000.000 FBU et 4. 250.000. 000 FBU ont été affectés à la mise en œuvre de cette mesure.<sup>176</sup>

Ce décret a produit des effets positifs indiscutables. Un coup d'œil sur le nombre des consultations des enfants de moins de 5 ans et des accouchements dans les hôpitaux permet de s'en rendre compte.

---

*grandes orientations*, 1996, p.21.

<sup>171</sup> *Idem*, p.23.

<sup>172</sup> République du Burundi, Ministère de la Santé Publique et de la lutte contre le Sida, *Profil du système de santé au Burundi*, août 2007, p.23.

<sup>173</sup> *Ibidem*.

<sup>174</sup> *B.O.B n-3/2000*, pp 163-170

<sup>175</sup> Texte non encore publié disponible au Centre d'Etude et de Documentation Juridiques (CEDJ)

<sup>176</sup> ISTEEBU & PAGE, *op cit*, p.69

En province de Cankuzo par exemple, alors qu'en 2006 (la mesure ne s'applique pas encore au premier semestre), 71118 enfants de moins de 5ans avaient consulté, 141.023 seront conduits vers les structures de soins en 2007 ; soit une augmentation de plus de 90%. Pour ce qui est des accouchements dans les hôpitaux ; ils étaient de 265 en 2006 à Makamba et en 2007, ils ont grimpé jusqu'à 554, soit une augmentation de plus de 100%.<sup>177</sup> Il faut tout de suite signaler que les facilités pour l'accès aux soins des enfants et des mères qui accouchent permettent d'atteindre l'objectif que vise l'art 12,2°,a) du PIDESC qui est « la diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant ». <sup>178</sup> Elles permettent aussi de tendre vers la réalisation des 4<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> objectifs du Millénaire pour le développement qui sont respectivement de « réduire la mortalité des enfants de moins de 5 ans » et d' « améliorer la santé maternelle. ». <sup>179</sup>

Cependant tout n'est pas rose dans les effets de ce décret. Plusieurs voix se sont élevées pour souligner, non sans arguments, que cette mesure n'avait pas été mûrement préparée afin d'anticiper ses éventuels effets pervers, notamment sur le fonctionnement des structures de soins. Ainsi à titre purement exemplatif, la lenteur dans le paiement des factures par l'Etat a entraîné des difficultés de trésorerie engendrant à leur tour des ruptures de stock en médicaments essentiels. Une enquête d'opinion conduite en 2007 a révélé que le non remboursement des prestations accordées aux porteurs de carte d'assurance-maladie ou bénéficiaires de la gratuité des soins et l'inexistence conséquente des ressources étaient considérés par les responsables des structures de santé comme les problèmes les plus fondamentaux durant les années 2005 et 2006. <sup>180</sup>

La promiscuité dans les services de maternité et de pédiatrie a entraîné une détérioration des conditions d'hygiène. Ainsi, au centre hospitalo-universitaire de Kamenge, le taux d'occupation des lits en pédiatrie est passé de 44% en 2006 à 111% en 2007, emmenant ainsi l'hôpital à faire coucher les malades à même le sol. Au même moment, le taux d'occupation de la maternité passait de 63,2 à 95%. <sup>181</sup> On ne manquerait pas de rappeler aussi que l'augmentation du volume de travail du personnel médical ne s'accompagnant d'aucun système d'intéressement spécial ne pourrait manquer d'effets sur la qualité des soins.

L'état des lieux des ressources et leur accessibilité par les bénéficiaires ne répondent pas donc aux critères fixés par le comité des droits économiques, sociaux et culturels. La question qu'il devient intéressant de se poser est alors celle de savoir si les carences relevées ne s'expliquent pas par la pauvreté du Burundi, pays qui, de surcroît, sort d'une longue crise politique. L'intérêt de cette interrogation est qu'elle permet de distinguer un manquement pour défaut de volonté politique de celui qui s'explique par le manque de moyens.

L'article 2 du PIDESC, constitutionnalisé par le droit burundais, dispose en effet que l'Etat s'engage.... « au maximum de ses ressources disponibles... ». <sup>182</sup> Cette disposition est souvent invoquée pour justifier le défaut de jouissance ou la violation des droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>177</sup> Observatoire de l'Action Gouvernementale(O.A.G) : *Evaluation des effets de la Mesure de subvention des soins pour les enfants de moins de 5ans et pour les accouchements sur les structures et la qualité des soins*, Avril 2009, inédit, p.16

<sup>178</sup> Article 2, al 1<sup>er</sup> du PIDESC, in DE SCHUTTER(O), TULKENS(F) et VAN DROOGHENBROECK(S), *op cit*, p41

<sup>179</sup> Voir la liste des OMD sur [www.undp.org](http://www.undp.org) (consulté le 30/1/2011).

<sup>180</sup> ISTEEBU & PAGE, *op. cit.*, p.69.

<sup>181</sup> Observatoire de l'Action Gouvernementale(O.A.G) : *Evaluation des effets de la Mesure de subvention des soins pour les enfants de moins de 5ans et pour les accouchements sur les structures et la qualité des soins*, Avril 2009, inédit, p16

<sup>182</sup> DAVID(Eric) & VAN ASSCHE(Cédric) : *Code de droit international public*, 5<sup>ème</sup> édition mise à jour au 1<sup>er</sup> décembre 2010, p.276.

Le comité a cependant déjà précisé que cette disposition n'est nullement censée permettre aux Etats pauvres de ne pas respecter le Pacte, quel que soit leur niveau de développement économique. La faiblesse des ressources n'exonère donc pas les Etats de leurs obligations minimales en ce qui est de la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels<sup>183</sup>. Le plus judicieux est alors d'analyser la part qu'un Etat réserve à la santé dans ses dépenses.

### II.3. Le Financement de la santé au Burundi

Le budget de l'Etat est sans aucun doute l'instrument le plus important de la politique macroéconomique d'un pays. En effet, son contenu traduit les grandes orientations du Gouvernement en matière d'objectifs de croissance et de priorités sociales.

Les tableaux suivants montrent l'évolution du budget alloué au secteur de la Santé, d'abord de 2004 à 2008, puis de 2009 à 2011.

**Tableau 1 : Evolution du budget du secteur de la santé de 2004-2008**

| Année | Dépenses totales du pays | Budget Ordinaire de la santé | Budget Extraordinaire d'Investissement de la santé | Pourcentage des dépenses de la santé (%) |
|-------|--------------------------|------------------------------|--|--|
| 2004  | 227 483 161 035          | 4 888 485 610                | 489 000 000  | 2,4                                      |
| 2005  | 326 195 409 243          | 5 113 206 587                | 519 311 000  | 1,7                                      |
| 2006  | 417 804 791 249          | 19 061 862 630               | 3 471 460 000                                      | 5,4                                      |
| 2007  | 445 345 226 204          | 15 467 444 801               | 2 972 000 000                                      | 4,1                                      |
| 2008  | 520 412 233 257          | 19 938 810 288               | 4 784 854 801                                      | 4,8                                      |

*Source : Lois des finances 2004 - 2008*

**Tableau 2 : Evolution du budget du secteur de la santé de 2009-2011**

| Année | Dépenses totales du pays | Dépenses du Ministère de la Santé (BOF et BEI) | Pourcentage des dépenses de la Santé (%) |
|-------|--------------------------|--|--|
| 2009  | 826.141.240.165          | 40.523.583.362                                 | 4,90%                                    |
| 2010  | 863.059.645.685          | 63.512.077.128                                 | 7,36%                                    |
| 2011  | 1.026.173.387.730        | 72.364.365.043                                 | 7,05%                                    |

*Source : Loi des finances 2009, 2010, 2011.*

Cette présentation met en évidence 2 faits :

1. L'Etat du Burundi alloue insuffisamment de ressources au secteur de la santé.
2. Les fonds alloués diminuent certaines années, au lieu de croître continuellement.

L'affirmation que l'Etat du Burundi alloue insuffisamment de ressources au secteur de la santé se fait sur base de ses engagements internationaux et des directives des organisations internationales dont il est membre, lesquelles directives constituent des outils d'interprétation du pacte. En effet, la « norme » de l'OMS est que chaque Etat doit allouer au moins 15% de son budget annuel au secteur de la santé. La norme échappe

<sup>183</sup> Panels des DESC, p.14.

à l'objection fondée sur le sous-développement du Burundi par ce qu'elle ne fixe pas de montant en valeur absolue. Elle interdit tout simplement aux Etats de faire de la santé le cadet de leurs soucis en leur demandant de lui consacrer une part relativement importante du budget, eu égard aux dépenses des autres secteurs de la vie nationale. Le comité des droits économiques, sociaux et culturels a en outre déjà qualifié d'atteinte au droit à la santé le fait d'affecter à ce secteur un budget insuffisant ou de répartir à mauvais escient les ressources publiques, de telle sorte qu'il sera impossible à certains individus ou certains groupes d'exercer leur droit à la santé.<sup>184</sup>

L'autre point de préoccupation à ce niveau est l'affectation du budget déjà alloué au secteur de la santé. En effet, sauf de très rares exceptions, plus de 2/3 du budget sont toujours affectés aux services centraux, c'est-à-dire principalement au paiement des salaires du personnel, au détriment de l'achat du médicament ou d'autres matériaux indispensables pour l'administration de soins quantitativement et qualitativement satisfaisants. Le tableau suivant en constitue une petite illustration :

**Tableau 3 : Répartition (en %) du budget ordinaire de fonctionnement du MSP**

| Indicateurs                                       | Année        |              |              |
|---|--------------|--------------|--------------|
|   | 2005         | 2006         | 2007         |
| Dotation des services centraux                    | 62,9         | 86,5         | 76,1         |
| Dotation aux hôpitaux autonomes (%)               | 19,8         | 7,3          | 11,7         |
| Subsides de la CAMEBU (%)                         | 0,6          | 0,2          | 0,0          |
| Ressources allouées aux programmes et projets (%) | 16,6         | 6,0          | 12,2         |
| <b>Total</b>                                      | <b>100,0</b> | <b>100,0</b> | <b>100,0</b> |

*Source : Lois de finance 2005, 2006 et 2007.*

Quant à la diminution des ressources allouées à la santé qui s'observe aux exercices budgétaires 2005, 2007, 2008, 2009 et 2011, elle va clairement à l'encontre du principe de la réalisation progressive des droits économiques, sociaux et culturels. L'obligation de la réalisation progressive comprend en effet celle de ne pas prendre ou autoriser les mesures régressives. C'est l'obligation couramment connue sous le nom d'« *effet stand still* » ou « *effet cliquet* ». Le comité des droits économiques, sociaux et culturels a en effet déjà clairement posé la règle que « *si un droit économique ou social ne peut pas être garanti pleinement, il doit l'être dans toute la mesure possible. La réalisation partielle du droit dans ces conditions n'est pas une violation du Pacte, mais la régression par rapport à un niveau supérieur de jouissance des droits, partielle ou totale, peut en constituer une.* »<sup>185</sup> Le Comité semble avoir voulu indiquer que lorsqu'un Etat réduit, sans justification apparente, les dépenses publiques consacrées aux programmes visant la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, on pourrait considérer qu'il viole ses obligations au titre du Pacte<sup>186</sup>.

<sup>184</sup> Voir notamment le § 52 de l'observation générale n° 14 du CDESC.

<sup>185</sup> Haut Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme, *Droits économiques, sociaux et culturels*, Manuel destiné aux institutions des droits de l'homme, In Panels des DESC, Nations-Unies, New York et Genève, 2004, p.13, sur [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org) (consulté le 30/01/2011).

<sup>186</sup> In Panels des DESC, pp.14-15.

Le financement interne du secteur de la santé n'est donc pas à la hauteur des obligations qui pèsent sur le Burundi en la matière.

## CONCLUSION

Ces lignes nous auront permis de mettre en évidence que la reconnaissance et la réalisation effective des droits sociaux n'est pas un luxe mais une nécessité pour la légitimité d'un Etat de droit au sens moderne et plein du terme.

L'obligation de garantir les droits sociaux dont le droit aux soins de santé tire sa source, pour le Burundi, des instruments internationaux qu'il a ratifiés ainsi que de sa constitution. Il s'agit de droits à part entière. La jurisprudence des droits de l'homme reconnaît de plus en plus leur justiciabilité.

Le niveau de mise en œuvre du droit à la santé au Burundi reste insuffisant par ce que le secteur de la santé ne bénéficie pas encore de suffisamment de ressources. La pauvreté du Burundi n'explique pas tout, en témoigne la part du budget attribué au secteur de la santé. Au regard des constats faits dans ce travail, nous suggérerions :

1° La formation des praticiens du droit en vue de les amener à faire usage des normes internationales et constitutionnelles relatives aux droits de l'homme et particulièrement aux droits sociaux dans leurs plaidoiries et jugements.

2° La sensibilisation de la population pour lui faire prendre conscience de ses droits et des possibilités de les exercer.

3° La mise sur pied d'une politique rationnelle d'assurance maladie pour tous. 4° La poursuite des efforts en vue d'arriver à consacrer au secteur de la santé au moins 15% de ses dépenses comme cela correspond à ses engagements. 5° La reconstitution des infrastructures de santé. 6° La conception et la mise en application d'une politique de formation et d'intéressement du personnel médical et paramédical.

De la sorte, les droits cesseront d'être de simples proclamations, au grand bénéfice de la dignité du Burundais.

## BIBLIOGRAPHIE

### III. Textes juridiques

18. Loi n° 1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la constitution de la République du Burundi, *B.O.B.*, N° 3 *ter*/2005.
19. Loi n° 1/008, CEDJ, *Codes et Lois du Burundi* (mis à jour le 31 décembre 2006)
20. Décret-loi n° 1/28 du 27/6/1980 portant institution du régime d'assurance maladie des agents publics et assimilés, *B.O.B N°9/ 80*, pp 264-273
21. Décret-loi n°100/107 du 27/6/1980 portant création d'une Mutuelle de la Fonction Publique, *B.O.B N°9/ 80*, pp 274-282
22. Décret-loi n° 1/17 du 28/7/1983<sup>187</sup> organisant la fourniture des soins aux travailleurs des entreprises commerciales et industrielles privées ainsi qu'aux établissements para étatiques qui ne sont pas soumis au statut de la fonction publique, *B.O.B N° 5 /84*, pp. 199-200
23. Décret- loi n°1/037 du 07juillet/1993 portant révision du code du travail au Burundi, *B.O.B N° 9./1993*, p.537
24. Ordonnance n° 620/57 portant création de la Carte d'Assistance Médicale, *B.O.B N° 5 /84*, pp. 212-213.

### II. Ouvrages

1. DAVID(Eric) & VAN ASSCHE(Cédric) : Code de droit international public, 5ème édition à jour au 1er décembre 2010, éd Bruylant, Bruxelles, 2011
2. DE SCHUTTER(O), TULKENS(F) et VAN DROOGHENBROECK(S), *Code de droit international des droits de l'homme*, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, Bruylant, Bruxelles
3. CISTAC(Gilles), *Code de justice administrative du Burundi*, commenté et annoté, La Licorne, Bujumbura, 2008, p.121

### III. Articles

1. HERRERA (Carlos M.) : *Etat social et droits fondamentaux*, in CNRS : Actes du Colloque international sur l'Etat et la régulation sociale, 11,12 et 13 septembre 2006
2. HERRERA (Carlos M.) : *Etat social et droits fondamentaux*, in CNRS : Actes du Colloque international sur l'Etat et la régulation sociale, 11,12 et 13 septembre 2006
3. LOITRON(Matthieu) : *Trois orientations pour limiter la pénurie de médecins en Afrique*

### IV. Thèses, cours inédits et mémoires

1. BAILLY(Pascal): *Le rôle des pouvoirs publics en matière de consommations collectives à partir des analyses d'Adam Smith*, Cours dispensé à la faculté des sciences économiques et Sociales - Lycée A. Croizat - MOUTIERS (73)
2. BENJAMIN(Denis), *Cours de Sociologie des Droits de l'Homme*, Université du Burundi, Chaire UNESCO en Education à la Paix et Résolution Pacifique des Conflits, DESS en Droits de l'Homme et Résolution Pacifique des Conflits, A.A : 2008-2009, décembre 2006)
3. CHAWKI(Gaddes): *Cours de sociologie politique* (2005-2006)
4. GOLAY(Christophe) : *Vers la justiciabilité du droit à l'alimentation*, Mémoire

présenté en vue de l'obtention du Diplôme d'Etudes Supérieures (DES) en relations internationales, Mention Droit International, Université de Genève, Genève, septembre 2002

## V. Documents divers

1. Amnesty International, *Projet de fiche sur l'application du PIDESC en droit interne et la justiciabilité des DESC*
2. CREDOF, *Amicus curiae spontané adressé au conseil d'Etat sur l'affaire référencée Réf. N°322326 requête du Gisti et de la FAPIL c/ ministères de l'Immigration et du Logement Intervenants : Cimade, AFVS, DAL et observations de la HALDE*
3. ISTEERBU & PAGE, *Enquête sur le suivi des dépenses publiques et le niveau de satisfaction des bénéficiaires dans les secteurs de l'éducation, de la santé et de la justice en République du Burundi, mars 2009*
4. Observatoire de l'Action Gouvernementale (O.A.G) : *Evaluation des effets de la Mesure de subvention des soins pour les enfants de moins de 5ans et pour les accouchements sur les structures et la qualité des soins, Avril 2009*
5. République du Burundi, Ministère de la Santé Publique et de la Lutte Contre le Sida, *Politique Sectorielle de Développement Sanitaire, les grandes orientations, 1996*
6. République du Burundi, Ministère de la Santé Publique et de la lutte contre le Sida, *Politique Nationale de la Santé 2005-2015, septembre 2004*
7. République du Burundi, Ministère de la Santé Publique, *étude budgétaire 2006*
8. République du Burundi, Ministère de la Santé Publique et de la lutte contre le Sida, *Profil du système de santé au Burundi, août 2007*
9. République du Burundi, Ministère de la Santé Publique, *étude budgétaire 2007*
10. République du Burundi, Ministère de la Santé Publique, *étude budgétaire 2007*
11. République du Burundi, Ministère de la Santé Publique et de la lutte contre le Sida, *Profil du système de santé au Burundi, août 2007*

## VI. Sites sur Internet

1. [www.aidh.org](http://www.aidh.org)
2. [www.amnestyinternational.org](http://www.amnestyinternational.org)
3. [www.chr.up.ac.za](http://www.chr.up.ac.za)
4. [www.capafrique.org](http://www.capafrique.org)
5. [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)
6. [www.chawki.org](http://www.chawki.org)
7. [www.laviedesidées.fr](http://www.laviedesidées.fr)

# LA DECENTRALISATION COMMUNALE AU BURUNDI: LES DEFIS D'UNE EFFECTIVITE

Par Désiré NGABONZIZA\*

## PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

1. § : paragraphe.
2. Al. : Alinéa.
3. Art. : Article.
4. BINUB : Bureau Intégré des Nations Unies au Burundi.
5. Ed. /éd. : Edition.
6. Etc. : Et Cætera (ainsi de suite).
7. FBu : Francs Burundais.
8. Ibidem : Même ouvrage, même auteur, même page.
9. Idem : Même ouvrage, même auteur.
10. Infra : plus bas, ci-dessous.
11. Kg : Kilogramme.
12. L.G.D.J. : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
13. n° : Numéro.
14. OAG : Observatoire de l'Action gouvernementale.
15. ONG : Organisation Non Gouvernementale.
16. Op.cit. : opere citato (ouvrage déjà cité).
17. P. : page(s).
18. PCDC : Plan Communal de Développement Communautaire.
19. Supra : plus haut, ci-dessus.

## LA DECENTRALISATION COMMUNALE AU BURUNDI : LES DEFIS D'UNE EFFECTIVITE

### Introduction

Selon le dictionnaire Hachette, la décentralisation est définie comme un transfert de compétences d'un organisme central à des organismes régionaux ou locaux<sup>188</sup>. On peut dire, de manière générale, que le terme fait référence au processus engageant des transferts de pouvoirs d'un niveau central à un niveau local, de l'Etat central à des institutions différentes.

La définition adoptée par les juristes ne s'écarte pas de la précédente. Selon Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, la décentralisation est un système d'administration consistant à permettre à une collectivité humaine (décentralisation territoriale) ou à un service (décentralisation technique) de s'administrer sous le contrôle de l'Etat en lui dotant de la personnalité juridique, d'autorités propres et de ressources<sup>189</sup>.

\*Assistant à l'Université des Grands Lacs-U.G.L.

<sup>188</sup> Hachette, *Le dictionnaire couleurs* (sous la direction de MOINGEON, M.), Paris, 1992, p.401.

<sup>189</sup> GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), *Termes juridiques*, 10<sup>ème</sup> éd., 1995, Paris, Dalloz, p. 178.

Comme on le voit, la décentralisation peut être envisagée sous deux angles : la décentralisation technique et la décentralisation territoriale. La décentralisation communale, qui fait l'objet de notre analyse, rentre dans cette seconde catégorie.

Au Burundi, elle a été prévue par la loi fondamentale et la loi. Il est dit en effet dans la loi fondamentale que «la commune est une entité administrative décentralisée»<sup>190</sup>. La loi communale quant à elle définit la commune en son article premier comme étant «une collectivité territoriale décentralisée, dotée de la personnalité juridique, de l'autonomie organique et financière»

La commune détient de la sorte des compétences qui lui sont reconnues par la constitution et par la loi. La décentralisation communale est conçue comme faisant partie intégrante du processus de démocratisation dans un Etat de droit. L'enjeu principal se trouve d'une part dans la gestion politique du passage d'un système du tout Etat, à un système de partage de pouvoir et de ressources entre l'Etat et d'autres acteurs publics notamment les collectivités territoriales, en l'occurrence la commune, au point qu'on ne peut pas concevoir un Etat de droit sans entités décentralisées.

La commune est caractérisée par les éléments suivants :

- Une dénomination, une population et une superficie bien délimitée du territoire national ;
- Un conseil élu ;
- Des ressources propres ;
- Des vocations et des compétences spécifiques octroyées par la constitution et par la loi ;
- La personnalité morale, l'autonomie administrative et financière ainsi que la libre administration, ce qui lui permet d'ester en justice<sup>191</sup>.

La constitution attribue donc explicitement la personnalité morale aux communes en leur conférant l'autonomie administrative et financière, qui est un des attributs de la personnalité morale.

Etant donné que les communes sont dirigées par des élus au suffrage universel direct, le statut de personne morale qui leur est octroyé implique leur libre administration et le libre exercice de leur compétence. Cette autonomie de décision et d'action, quelle que soit son étendue ou sa portée ne peut cependant s'exercer que dans le cadre de la constitution et de la loi.

La constitution et la loi constituent donc de bons instruments de départ pour le processus de décentralisation. Elles font signe de progrès significatifs par rapport à la législation antérieure. Mais la question qu'on peut se poser est de savoir si un tel mode de gouvernement qui a été bien prévu par les textes de lois est opérationnel. Les garanties nécessaires pour l'accomplissement des objectifs de toute décentralisation sont-elles suffisantes pour pouvoir impulser un développement local réel basé sur un fonctionnement adéquat des conseils communaux et des structures locales de développement ? Telle est la question que nous nous posons et à laquelle nous allons tenter d'apporter des solutions.

190 Art 263 de la constitution de la République du Burundi du 18 mars 2005 ; dans le même sens, art. 1<sup>er</sup> al.1 de la loi n° 1/02 du 25 janvier 2010 portant révision de la loi n°1/16 du 20 avril 2005 portant organisation de l'administration communale.

191 OHNET (J.-M.), *Histoire de la décentralisation française*, Librairie Générale Française, Paris, p.57.

Pour analyser la question, nous allons d'abord essayer de comprendre brièvement les concepts clés, nous verrons ensuite l'évolution de la décentralisation au Burundi et enfin, nous verrons les forces et les faiblesses de ce système. C'est sur base de ces faiblesses que nous allons tenter de donner notre contribution en vue d'améliorer la situation existante.

**Notion de décentralisation et sa raison d'être**

## 1. Qu'est-ce qu'une commune ?

### 1.1. Quelques définitions doctrinales

A. de TOCQUEVILLE définit la commune comme une association des hommes qui se forme de soi-même. Selon lui, la société existe chez tous les peuples, quels que soient leurs usages et leurs lois. Si des hommes créent des Républiques, la commune paraît sortir directement des mains de Dieu<sup>192</sup>.

G. MELLERAY abonde dans le même sens lorsqu'il écrit que la commune est une communauté naturelle, une solidarité de fait, une cellule de base qui offre l'avantage d'être immédiatement vécue par les citoyens<sup>193</sup>.

Quant à MASPETIOL et LAROQUE, ils définissent la commune comme une entité territoriale qui n'est pas née de la loi, mais de la nature des choses et qui possède en propre un certain nombre de droits antérieurs et opposables à ceux de l'Etat<sup>194</sup>.

Trois éléments apparaissent dans ces définitions :

- une communauté ou une association d'hommes solidaires ;
- un territoire ;
- des intérêts propres distincts de ceux de l'Etat.

Ainsi, pour qu'il y ait une commune, il faut une population ayant des intérêts communs, une aire géographique servant de territoire. Les auteurs cités insistent sur le fait que la commune n'est pas une création de la loi, mais qu'elle est née de la nature des choses.

Cependant, H. ROUSSILLON fait remarquer non sans raison, que l'intervention du législateur est nécessaire pour légaliser cette situation de fait, une situation qui est susceptible d'évoluer en fonction de la volonté du législateur<sup>195</sup>. Qu'en est-il au Burundi ?

### I.1.2. Les définitions constitutionnelle et légale

#### I.1.2.1. Définition constitutionnelle

La loi n° 1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi est la base principale de la décentralisation. Elle consacre six articles au processus de décentralisation parmi lesquels l'article 263 qui dispose que « la commune est une entité administrative décentralisée ».

Les dispositions de cet article ne font pas apparaître expressément les conditions de réalisation de la décentralisation. Celles-ci devaient être précisées dans une loi organique

<sup>192</sup> De TOCQUEVILLE (A.), *De la démocratie en Amérique*, Livre Ier, Paris, Flammarion, 1984, p. 122.

<sup>193</sup> MELLERAY (G.), *La tutelle de l'Etat sur les Communes*, Paris, Sirey, 1981, p. 24.

<sup>194</sup> MASPETIOL et LAROQUE, *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930, p. 114.

<sup>195</sup> ROUSSILLON (H.), *Les structures territoriales des Communes*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 225.

qui est apparue avec la loi communale promulguée le mois suivant et reprises dans la suite par la révision de la même loi intervenue le 25 janvier 2010.

### I.1.2.2. Définition légale.

L'article 1 de la loi n° 1/02 du 25 janvier 2010 portant Organisation de l'Administration Communale ou Loi Communale dispose que « la commune est une collectivité territoriale décentralisée, dotée de la personnalité juridique, de l'autonomie organique et financière ».

Trois conditions de réalisation de la décentralisation apparaissent dans cette définition :

- la personnalité juridique ;
- l'autonomie organique ;
- l'autonomie financière.

A ces trois conditions, il y a lieu d'ajouter l'existence d'intérêts propres (art.5 de la loi communale).

Après avoir précisé les concepts, on peut se demander les raisons d'être de la décentralisation.

## 2. La nécessité de la décentralisation ou pourquoi décentraliser?

La décentralisation est nécessaire tant au point de vue administratif qu'au point de vue politique. Elle facilite la participation des citoyens et accroît l'efficacité de la machine administrative.

Dans son acception la plus stricte, la centralisation signifie que l'Etat « seule personne publique pour l'ensemble du territoire national, assume seul, sur son budget, par ses agents, la satisfaction de tous les besoins d'intérêt général »<sup>196</sup>.

Légers lorsque l'Etat agissait peu, les inconvénients de la centralisation apparaissent trop lourds à supporter quand son intervention s'étend. Les administrations centrales, submergées de dossiers, ne peuvent plus prendre de décisions dans les délais raisonnables, ou, si elles le font, ne peuvent qu'entériner les propositions faites par leurs services extérieurs sans avoir une connaissance réelle du problème étant accablées de tâches secondaires qu'elles n'arrivent pas à expédier convenablement. De la sorte, elles se révèlent incapables d'assumer leurs orientations générales<sup>197</sup>.

Ainsi donc, la centralisation présente des inconvénients majeurs que certains analystes n'ont pas manqué de souligner : « Le pouvoir de décision ne se trouve jamais en contact direct avec les gens qui bénéficieront ou souffriront de la décision prise »<sup>198</sup>. Le modèle d'organisation y est fondé sur ce mécanisme simple que l'on peut caricaturer en insistant sur sa première conséquence immédiate : ceux qui ont le pouvoir de décider n'ont pas les informations nécessaires et ceux qui ont les informations nécessaires n'ont pas le pouvoir de décider et n'ont pas intérêt à communiquer leurs observations<sup>199</sup>.

<sup>196</sup> MELLERAY (G.), *op. cit.*, p.34.

<sup>197</sup> DEBBASCH (C.), *Institutions et droit administratif*, Paris, PUF, Thémis, 1976, p.199.

<sup>198</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>199</sup> MELLERAY (G.), *op. cit.*, p.21.

L'aménagement du système centralisé s'impose donc. La volonté de décongestionner les administrations centrales, de permettre une prise de décisions plus rapide et plus efficace et de faciliter les relations avec les administrés justifient que le niveau auquel la décision se prend corresponde autant que faire se peut au niveau auquel elle va s'appliquer<sup>200</sup>.

Un tel système où l'Etat est « gonflé » et la « démocratie locale asphyxiée » est caractéristique essentiel de l'Etat néolibéral, qui a connu une accélération décisive à partir de la deuxième guerre mondiale<sup>201</sup>.

La décentralisation et la participation sont des moyens d'associer de plus vastes segments d'une population donnée aux processus décisionnels.

Une participation accrue dans la prise de décisions du domaine public est un bien en soi, en ce sens qu'elle peut améliorer l'efficacité, l'équité, le développement et la gestion des ressources. En rapprochant les décisions gouvernementales des citoyens, la décentralisation accroît l'obligation de rendre des comptes du secteur public et, partant, son efficacité.

Un des buts essentiels de la décentralisation est d'atteindre une des aspirations centrales d'une bonne administration politique à savoir le souci que les individus aient leur mot à dire dans leurs propres affaires. En ce sens, la décentralisation est une stratégie de gouvernance animée par des pressions externes ou internes afin de faciliter les transferts de pouvoir près de ceux qui sont les plus concernés par l'exercice de ce pouvoir<sup>202</sup>.

## **I. Structure de l'administration communale au Burundi et son historique**

### **II. 1. Le cadre organisationnel de l'administration du territoire au Burundi**

L'administration territoriale du Burundi comprend :

- 17 provinces dont le chef de l'exécutif (le Gouverneur) est un haut cadre nommé par l'Etat central. On rappellera ici que la mairie de Bujumbura (qui couvre pratiquement l'espace territoriale de la ville de Bujumbura, la capitale du pays) est assimilée à une province<sup>203</sup> et est administrée par un Maire de la ville ;
- 129 communes dirigées par un conseil élu de 15 membres dont un Administrateur communal qui est chargé de la mise en œuvre des délibérations du Conseil communal. Il siège au Conseil en qualité de secrétaire<sup>204</sup>;
- 375 zones, cette dernière étant une circonscription administrative déconcentrée de la commune ;
- 2908 collines de recensement ou le quartier qui est une cellule de base de l'administration en milieu rural (colline de recensement) ou urbain (quartier)

<sup>200</sup> *Idem*, p.30

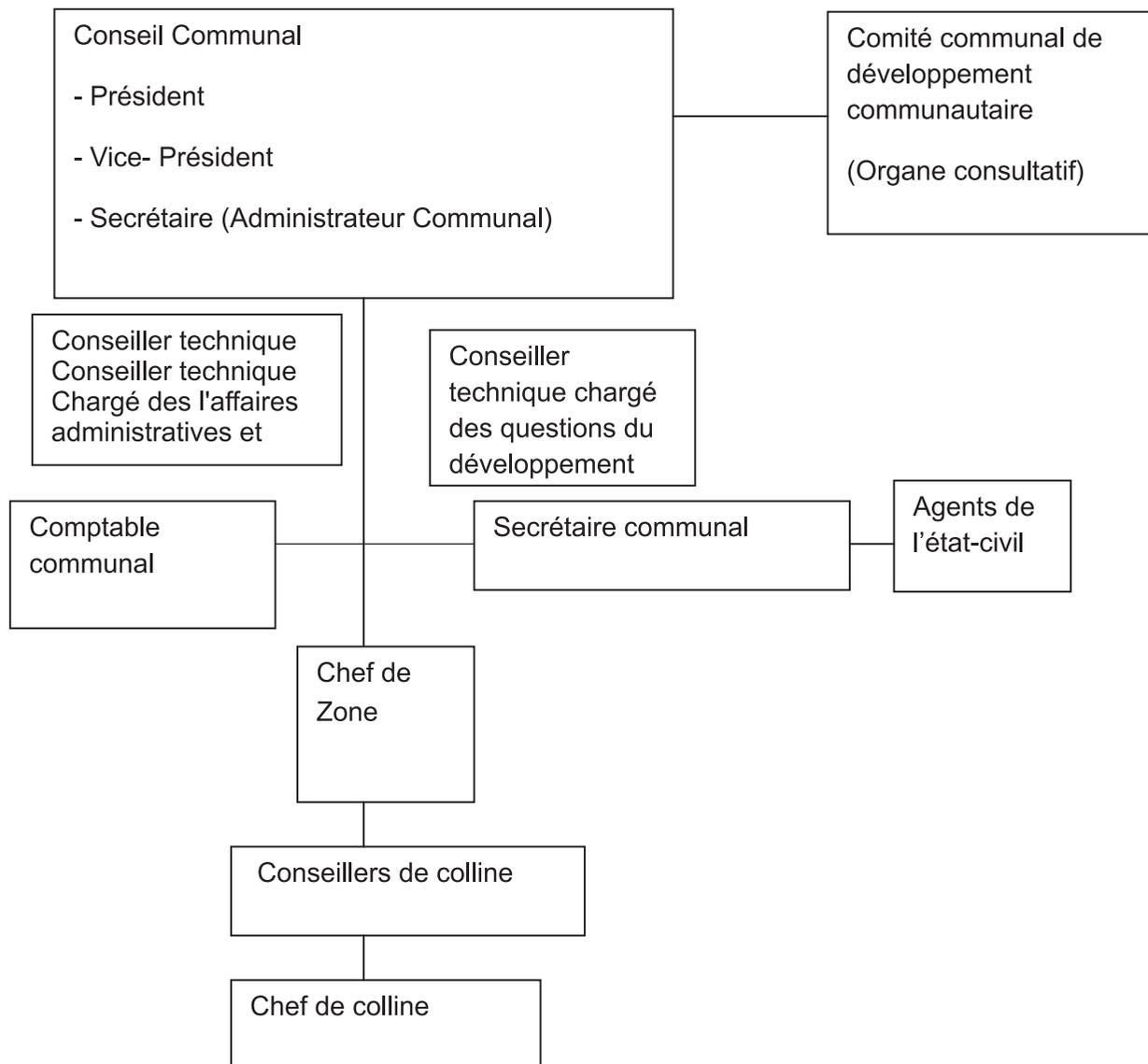
<sup>201</sup> DEBBASCH (C.), *op.cit.*, p 198.

<sup>202</sup> Agrawal, A. et Ostrom, E., 1999, Collective action, property rights and decentralisation : comparing forest and protected area management in India and Nepal (Ebauche polycopiée).

<sup>203</sup> Voir la loi communale (art. 111).

<sup>204</sup> Loi communale, art.11 al.1.

**Tableau n° 1 : Organigramme de la gestion administrative de la Commune au Burundi**  
**II.2. Aperçu historique de l'institution communale**



L'analyse des écrits historiques ne laisse aucune trace de l'existence de la commune comme subdivision administrative au Burundi pendant la période précoloniale<sup>205</sup>. Pendant toute cette période en effet, le Burundi était une monarchie avec à sa tête un Monarque, le Mwami (le Roi). Il était aidé dans sa tâche d'administrer le pays par les Chefs (qui administraient les chefferies) ainsi que les Sous-chefs (qui administraient les sous-chefferies).

C'est vers la fin du régime colonial qu'on a vu naître les communes au Burundi. Leur introduction fut consacrée par le Décret intérimaire du 25 décembre 1959 sur l'organisation politique du Rwanda - Urundi<sup>206</sup>.

Ce texte prévoyait qu'en ce qui concerne les circonscriptions urbaines, ainsi que les sous-chefferies éventuellement agrandies, seraient transformées en communes provisoires, seules

<sup>205</sup> GAHAMA (J.), *Le Burundi sous l'administration belge : la période sous mandat (1919-1939)*, Paris, harmattan, p.105.

<sup>206</sup> BELLON (R.) et DELFOSSE (P.), *Codes et lois du Burundi*, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier ; Bujumbura, Ministère de la justice, 1970, p.287.

entités décentralisées, tandis que les chefferies subsisteraient comme simples circonscriptions déconcentrées.

Le regroupement de ces circonscriptions administratives en communes devait tenir compte de deux éléments principaux à savoir :

- le nombre d'habitants afin de rendre les communes financièrement viables ;
- le fait que pour assurer une meilleure administration, la population ne devait pas être trop éloignée du centre administratif.

Plus tard, par Ordonnance législative n° 02/43 du 3 février 1961, l'appellation « commune provisoire » est remplacée par celle de « commune », administrée par un bourgmestre assisté d'un Conseil communal élu pour un mandat de 3 ans et c'est le Conseiller qui a obtenu le plus de suffrages qui était proposé à la nomination de bourgmestre remplacé par l'Administrateur communal en 1965.

Cette pratique démocratique a reculé depuis lors, étant donné que les régimes qui ont suivi, après l'indépendance, tout en faisant de la commune la base du développement local, ne reconnaissaient pas en réalité ses prérogatives et son autonomie administrative et financière, la tutelle administrative ayant été toujours transformée en pouvoir hiérarchique.

Il faudra attendre l'Accord d'Arusha qui a été signé entre les Burundais le 28 août 2000 pour que la situation change.

Dans l'Accord d'Arusha en effet, une série de réformes axées sur la bonne gouvernance ont été proposées, parmi celles-ci figure la décentralisation<sup>207</sup>. Il est précisé que «les communes sont des entités décentralisées, qui constituent la base du développement économique et social». On précise en même temps que l'Administrateur peut être démis de ses fonctions ou suspendu par le pouvoir central ou le conseil communal (mais il faut rappeler qu'à l'époque de sa signature il n'y avait pas encore de Conseil communal). Mais dans cet accord, rien n'est dit sur le mode de désignation alors qu'on précise que les gouverneurs de province sont nommés par le Président de la République et confirmés par le Sénat.

Bien que l'Accord d'Arusha n'ait pas valeur de constitution, il a marqué depuis la date de sa signature, le 28 août 2000, les institutions de la république y compris sous le chapitre concernant la décentralisation des communes.

C'est dans ce cadre que la constitution de transition du Burundi du 28 octobre 2001 prévoit, en ce qui concerne les collectivités territoriales que l'administrateur Communal est nommé par le Président de la République en concertation avec le Vice-président de la République et après confirmation du Sénat de Transition.

C'est la constitution promulguée le 18 mars 2005 (aujourd'hui en vigueur) ainsi que loi communale du 20 avril 2005 qui précisent les contours de la nouvelle administration décentralisée et qui fait de la commune l'unique échelon de la collectivité locale doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière<sup>208</sup>. Comme nous l'avons déjà souligné, l'Administrateur Communal était jusqu'aux élections de 2005, nommé par l'administration centrale.

C'est en effet à partir de cette constitution que la commune est dirigée par un Conseil communal élu au suffrage universel direct et par un administrateur élu par les membres du

<sup>207</sup> Accord d'Arusha, Protocole II, article 8, point 2.

<sup>208</sup> Art.263 de la constitution du 18 mars 2005 complétée par la loi communale du 20 avril 2005 (art.1 al.1).

conseil en son sein<sup>209</sup>, la compétition s'effectuant dans le cadre des partis politiques.

Auparavant cependant, la démocratisation à la base était conçue en dehors du système des partis politiques. L'article 178 de la constitution de 1992 élaborée dans le courant de la démocratisation des pays africains stipule en effet : « La commune est administrée par l'assemblée communale, le conseil communal et l'Administrateur élu par l'assemblée communale. Ces institutions sont élues dans les conditions prévues par la loi. L'élection de ces organes se fonde sur l'esprit d'intégrité (l'ubushingantahe) en dehors de la compétition des partis politiques».

Cette disposition résulte du contexte du moment car il faut se rappeler que la constitution de 1992 est née dans un contexte encore marqué par les violences ethniques dans le pays et elle était conçue pour éviter qu'à la base la désignation des autorités locales ne soit le fruit d'une compétition partisane avec le risque qu'une partie de la population n'ait pas confiance dans les autorités avec lesquelles elle est en relation quasi quotidienne.

La disposition sera changée dès les premières heures du changement démocratique intervenu en 1993 (le 20 octobre 1993) mais ne sera pas appliquée à cause du contexte de la guerre qui a suivi dès le lendemain 21 octobre 1993, avec l'Assassinat du Président Melchior NDADAYE.

### **II.3. Les compétences d'une commune**

Au regard de l'article 5 de la loi communale, « la commune est chargée de la gestion des intérêts locaux de la population de son ressort. Elle assure les services publics répondant aux besoins de cette population et qui ne relèvent pas, par leur nature, leur importance ou par détermination de la loi, de la responsabilité directe de l'Etat. L'Etat peut lui déléguer la gestion ou l'exécution, sur le plan local, de certaines des missions qui lui incombent. Dans ce cas, il met à sa disposition les ressources humaines, matérielles et financières nécessaires».

Les organes de la commune doivent veiller constamment à promouvoir le développement communautaire sur tous les plans. L'Etat a l'obligation de l'y aider, notamment en suppléant aux carences en ressources humaines et matérielles<sup>210</sup>.

Par ailleurs, l'Etat veille au développement harmonieux et équilibré de toutes les communes du pays sur base de la solidarité nationale. Dans le but de promouvoir le développement économique et social des communes, les communes peuvent coopérer à travers un système d'intercommunalité<sup>211</sup>.

On le voit donc, les compétences propres à la commune ne sont pas clairement définies dans la mesure où la ligne de démarcation n'a pas encore été tracée. C'est donc une situation à laquelle il faudrait remédier en mettant en place une législation qui clarifierait les compétences dévolues aussi bien à l'Etat et à la commune.

## **III. Analyse de la situation actuelle en matière de décentralisation : Forces et faiblesses de la décentralisation communale au Burundi**

### **III.1. Les acquis**

<sup>209</sup> Art. 28 de la loi n°1/016 du 20 avril 2005 portant organisation de la l'administration communale (abrogée en 2010).

<sup>210</sup> Art.6 de la loi communale

<sup>211</sup> Art.7 de la loi communale

Au titre des acquis, on peut signaler :

- L'existence d'une base juridique nécessaire au fonctionnement des institutions décentralisées<sup>212</sup>.
- L'existence d'un cadre institutionnel approprié à savoir un ministère en charge de la décentralisation et une structure de financement des communes à savoir le Fonds National d'Investissement Communal, le FONIC.
- L'adhésion des partenaires au développement à travers la politique de décentralisation. Tous ces points montrent combien au niveau national la décentralisation a un cadre d'éclosion et de développement qui a été prévu de bonne heure par les pouvoirs publics. Ceci se remarque surtout à travers les textes juridiques de référence élaborés depuis la période pré-indépendance.

Un examen minutieux de la pratique montre néanmoins que cet arsenal juridico-institutionnel n'a pas encore permis l'émergence d'une véritable administration communale décentralisée au Burundi et il importe d'analyser au point suivant les différents problèmes rencontrés.

### **III.2. Les problèmes majeurs auxquels la décentralisation communale est confrontée au Burundi**

#### **III.2.1 Une série d'élections à la tête desquelles les communales, ce qui entrave une mise en place de conseils communaux efficaces**

Parmi les obstacles à une décentralisation effective au Burundi, il y a lieu de relever en premier lieu la manière dont l'administration communale est mise en place au Burundi. La constitution, ainsi que la loi communale précisent en effet que l'administration communale est issue d'une élection au suffrage universel direct<sup>213</sup>, les candidats ayant été présentés par les partis politiques.

Depuis 2005 cependant, ces élections sont organisées en même temps qu'une série d'autres élections comprenant les élections législatives, les élections présidentielles, les élections sénatoriales ainsi que les élections des membres des conseils de collines et de quartiers<sup>214</sup>. Le fait que toutes ces élections soient organisées au même moment, ou mieux à quelques jours d'intervalle, plonge l'électeur burundais dans l'embarras. Il ne sait plus les enjeux en présence. Cette situation est aggravée par le fait que dans ces élections, ce sont les leaders des partis politiques qui pilotent les campagnes électorales en vue de l'organisation de ces élections. Cela est dû au fait que les élections communales organisées en premier lieu, conditionnent le résultat à venir pour les autres élections et les partis politiques en compétition y mettent tous les moyens nécessaires en vue d'influencer l'électeur pour les scrutins suivants.

Mais le revers de la médaille est que ces élections, en tout cas les campagnes de ces élections, laissent peu de place aux candidats à ces élections de présenter les programmes qu'ils ont pour le développement de leurs communes respectives. Cette situation a été vivement critiquée par les défenseurs de la société civile lors des élections communales de l'été 2010 et les leaders des partis politiques, généralement les présidents des partis politiques se sont progressivement éclipsés, cédant la place aux candidats à ces élections. Mais à ce moment, la campagne touchait presque à sa fin.

<sup>212</sup> Voir Ministère de l'intérieur et du développement communal, *recueil des textes sur la décentralisation au Burundi*, Bujumbura, août 2008 (recueil publié avec l'appui du Bureau Intégré des Nations Unies au Burundi : BINUB).

<sup>213</sup> Voir art. 265, point b de la constitution du Burundi du 18 mars 2005 ainsi que l'art. 9 de la loi communale.

<sup>214</sup> Voir art. 1 de la loi n°1/22 du 22 septembre 2009 portant révision de la loi n°1/015 du 20 avril 2005 portant code électoral.

Ainsi, l'électeur, qui souvent, n'a pas la capacité nécessaire pour comprendre tous les enjeux entourant ces différentes élections choisit le parti plutôt que les individus (les candidats), encore moins les programmes de ces derniers. On ne peut en effet, comme l'ont précisé certains auteurs, comprendre la politique qu'en faisant preuve d'un sens critique assez développé pour discerner dans les déclarations politiques celles qui méritent d'être retenues et celles qu'il convient de rejeter, ou bien de considérer avec circonspection jusqu'au moment où de plus amples informations seront disponibles<sup>215</sup>.

### III.2.2. Une administration communale peu formée et un personnel communal insuffisant, peu formé et non motivé

Nous venons de voir au point précédent que l'administration communale est mise en place au suffrage universel direct<sup>216</sup>. Le code électoral précise par ailleurs en son article 193 que «le Président, le Vice-président du Conseil Communal et l'Administrateur communal doivent avoir au moins un diplôme du cycle inférieur des humanités ou équivalent». Outre que dans le système éducatif burundais, on ne délivre pas de diplôme à la fin du cycle inférieur des humanités, nous ne voyons pas, à notre avis, la raison qui aurait poussé le législateur burundais à prévoir un aussi bas niveau. S'il est vrai que le niveau de formation n'est pas un gage de compétence, on a remarqué néanmoins que là où le niveau de formation des conseillers communaux, plus particulièrement le Président et le Vice-président, est un peu élevé, le Conseil communal fonctionne bien, même en l'absence du non paiement des jetons de présence.

On se souviendra aussi que le Burundi ne compte que 129 communes. Il ne serait donc pas difficile de trouver 129 Administrateurs universitaires pour diriger toutes les communes du pays. Il est regrettable de voir que les dirigeants des différents partis politiques mettent en avant les candidats les moins formés alors qu'ils ne manquent pas de cadres bien formés et qui pourraient contribuer à une meilleure administration des communes. Il faudrait aussi souligner qu'il n'y a pas longtemps (au cours de la décennie 90) la quasi totalité des administrateurs sur toute l'étendue de la République avaient au moins le niveau licence. A notre avis, la législation communale actuelle, en cette matière en tout cas, a marqué un pas en arrière et nous pensons qu'elle devrait être révisée sur ce point pour imposer le niveau licence.

Cette condition serait nécessaire notamment quand il s'agit de l'élaboration des plans communaux de développement communautaire (PCDC) et on peut penser que le fait que ces derniers n'existe que dans de très rares cas<sup>217</sup>, le niveau de formation des membres des conseils communaux, en particulier le président et le vice-président, y est pour quelque chose. Pourtant, l'existence d'un tel plan est une exigence légale<sup>218</sup>.

Le plan communal de développement communautaire fixe les participations financières de la commune ainsi que les compléments apportés par les institutions d'appui au développement communal. Il doit être approuvé par le ministre ayant la planification du développement dans ses attributions<sup>219</sup>.

A côté de ce personnel qu'on pourrait qualifier de politique, il est prévu (dans la loi communale) une autre catégorie de personnel qu'on peut qualifier de technique. Ce

<sup>215</sup> SKIDMORE (M.J.), *La démocratie américaine : gouverner aux Etats-Unis*, 4<sup>ème</sup> éd., Editions Odile Jacob, Paris, 1988, p. 2.

<sup>216</sup> Il faut préciser ici que c'est plutôt le Conseil communal qui est élu au suffrage universel direct l'Administrateur étant élu par le même Conseil en son sein (art.181 du code électoral, dans le même sens art. 9 de la loi communale).

<sup>217</sup> Observatoire de l'Action Gouvernementale (O.A.G.), *La responsabilité des institutions et des mandataires publics au Burundi : Mécanismes légaux et réalités*, Bujumbura, juin 2009, p.56.

<sup>218</sup> Art. 108 de la loi communale.

<sup>219</sup> Art. 109 de la loi communale.

dernier comprend (au minimum) outre les chefs de zones, un conseiller technique chargé des questions administratives et sociales, un conseiller technique chargé des questions du développement, un secrétaire communal, un agent d'état civil ainsi qu'un comptable<sup>220</sup>. Ces conseillers techniques sont des cadres de l'Etat détachés et sont par conséquent à la charge du budget de l'Etat.

Même si la loi a prévu ce personnel, la pratique n'a pas suivi et on remarque que dans certaines communes il y a cumul des fonctions ; par exemple le secrétaire communal remplit en même temps les fonctions d'agent de l'état civil<sup>221</sup>. Dans d'autres, les postes de conseillers techniques sont restés vacants pendant toute la période couvrant la législature de 2005-2010<sup>222</sup> jusqu'au mois de février 2011.

Il faut reconnaître pourtant que ce personnel est très insuffisant eu égard à l'étendue des missions assignées à la commune en vertu de la loi communale. Plus encore, à l'exception des deux conseillers techniques qui ont en général une formation équivalente à une licence, les autres dépassent rarement le niveau des humanités et la majorité est en dessous du niveau du cycle inférieur. A cela s'ajoute le manque d'équipements adéquats et l'on comprend aisément comment il est difficile d'attendre des agents et personnels communaux des prestations satisfaisantes.

A cette insuffisance du personnel s'ajoute le manque de motivation de ce personnel qui, en plus d'une rémunération trop faible, ne bénéficie pratiquement d'aucune prestation sociale faute d'affiliation aux organismes sociaux dans la grande majorité des cas ou parce que tout simplement, les communes ont été incapables de s'acquitter de leurs charges patronales auprès de ces organismes.

Cette démotivation vient aussi du fait que dans la plupart des communes, aucune notation du personnel n'est faite. Le système de notation utilisé étant celui de la fonction publique, les rares Administrateurs qui notent le personnel communal reconnaissent tous qu'il n'est pas adapté à leur cas et ne traduit pas fidèlement le mérite de chaque personnel<sup>223</sup>.

On pourrait signaler enfin la démotivation des conseillers communaux et d'autres élus à la base. Selon les Administrateurs, la démotivation des conseillers communaux serait due à la fois «à la désillusion de certains conseillers qui avaient rêvé des conseils communaux comme des parlements bis et à l'incapacité de beaucoup de communes à leur payer les jetons de présence»<sup>224</sup>. Ce désintérêt se manifeste par un absentéisme dans les réunions, ce qui n'est pas sans causer des difficultés de fonctionnement des communes.

### III.2.2.a. Le manque de ressources financières

L'article premier de la loi communale stipule que la commune est dotée de l'autonomie financière. Celle-ci constitue un des défis majeurs à relever pour une décentralisation communale effective au Burundi. On constate en effet que les ressources budgétaires propres des communes dépassent rarement les besoins de fonctionnement de celles-ci pour les raisons suivantes:

<sup>220</sup> Art. 42 de la loi communale.

<sup>221</sup> Exemple de la commune urbaine de MUSAGA en Mairie de Bujumbura.

<sup>222</sup> Exemple de la commune de Bukemba en province Rutana à l'est du pays. Dans le même sens, OAG, *op.cit.*, p.65.

<sup>223</sup> OAG, *op.cit.*, p.62

<sup>224</sup> *Idem*, p.65

- La plupart des communes ont des activités économiques rurales, de ce fait la capacité contributive des citoyens ou des populations reste faible;
- La crise socio-politique que le pays a connue au cours des décennies écoulées a considérablement accru le degré de pauvreté;
- La faiblesse de l'assiette fiscale qui reste dans le ressort de la commune.

Bien plus, au Burundi, à l'heure actuelle, les administrateurs chargent les élus collinaires de la tâche de percevoir les recettes. Et nous avons vu précédemment comment on ne peut pas attendre grand chose de ces gens du moment qu'ils ne sont pas très motivés pour les raisons que nous avons évoquées.

Interrogées sur le niveau relativement bas des recettes dans la grande majorité des communes, les Administrateurs communaux donnent comme raisons essentielles notamment les fuites, le manque de motivation des agents et personnels chargés de la collecte des taxes, la pauvreté de la population et la rareté des activités commerciales<sup>225</sup>.

Selon une enquête réalisée par une ONG locale, l'Observatoire de l'Action Gouvernementale (O.A.G.), en prenant pour référence l'année 2008 qui semble être pour toutes les communes l'année où les recettes sont les plus élevées, il faut remarquer que sur les 16 communes visitées, 5 communes avaient des recettes annuelles ne dépassant pas 20 millions de FBu, 3 communes avaient des recettes comprises entre 20 et 40 millions de FBu, une commune des recettes comprises entre 50 et 70 millions, une commune dépassait les 125 millions et deux communes avaient de recettes comprises entre 220 et 300 millions de FBu<sup>226</sup>.

A côté des ressources quasi inexistantes pour les communes rurales, les communes urbaines qui elles, ne connaissent pas les mêmes difficultés financières, connaissent des problèmes d'un autre ordre. Les communes urbaines ne connaissent ni autonomie financière ni autonomie organique. S'il est vrai que la loi communale a toujours prévu qu' «en attendant la création des communes urbaines, la Mairie (de Bujumbura) sera considérée comme une province et les zones assimilées aux communes»<sup>227</sup> ; dans les faits, ce sont les communes qui financent le budget de la mairie et cette dernière octroie des frais de fonctionnement aux communes, ce qui ne manque pas de susciter des remous chez les Administrateurs des communes urbaines<sup>228</sup>.

### III.2.2.b. Une tutelle écrasante

La tutelle, en matière de droit administratif, est une institution consistant en un contrôle exercé par l'Etat sur des collectivités décentralisées moins dans leur intérêt qu'en vue, surtout, de la sauvegarde de l'intérêt général ou de la légalité. Elle peut comporter des pouvoirs sur les autorités décentralisées (tels que la suspension, voire la révocation) et sur leurs actes (approbation, annulation, substitution).

Bien que la commune soit, du moins en théorie, une collectivité territoriale décentralisée<sup>229</sup>, dans la pratique, elle reste largement dépendante de l'autorité centrale et de la tutelle pour

<sup>225</sup> OAG, *op.cit.*, 69.

<sup>226</sup> *Idem*, p.59.

<sup>227</sup> Art.111 al. 2 de la loi communale déjà citée.

<sup>228</sup> Voir l'interview de l'Administrateur de Buterere (une des communes urbaines de Bujumbura) in journal IWACU-Les voix du Burundi n°59 du 16 avril 2010, p.10.

<sup>229</sup> L'article 1 de la loi communale précise que "la commune est une collectivité territoriale décentralisée dotée de la personnalité juridique, de l'autonomie organique et financière. Elle est créée par une loi organique qui en fixe la dénomination, le chef-lieu et les limites".

les raisons suivantes :

- Absence de domaines de prises de décisions indépendantes : pour que la décentralisation soit effective, les représentants locaux élus doivent avoir suffisamment de pouvoirs pour qu'ils aient une liberté de décisions. Or, si l'on analyse de près la loi communale, il reste très peu de pouvoirs au Conseil communal dès lors que ses actes sont presque tous soumis au contrôle de la tutelle en vertu de l'article 96 de la loi communale<sup>230</sup>. Les administrateurs rencontrés, en particulier ceux de la Mairie de Bujumbura se plaignaient que les compétences que leur reconnaissent les textes légaux ne leur ont pas été transférées.
- L'Administrateur, quoique élu, doit attendre un décret de nomination, par le Président de la République, avant d'entrer en fonction conformément à l'article 11 al.2 in fine de la loi communale<sup>231</sup>. Ce décret peut parfois prendre des mois, voire plus d'une année avant d'être signé puisqu'il n'y a pas de délai imparti pour le signer.

En vertu de l'article 102 de la loi communale, la tutelle peut dissoudre le Conseil Communal ou déchoir l'Administrateur et le Conseil communal qui ne peut s'y opposer qu'à la majorité des trois quarts de ses membres en vertu de l'article 103 al. 2 de ladite loi. Cela veut dire que même pour des accusations non fondées avancées par la tutelle, il est quasiment impossible pour l'Administrateur mis en cause de rassembler cette majorité de trois quarts des membres du Conseil communal, soit 11 membres sur 15 pour s'opposer à cette décision.

### III.2.2.b. 1°. La tutelle sur les actes des autorités communales

Au Burundi, la tutelle sur les actes des autorités communales est exercée au premier degré par le Gouverneur de province ou le Maire, selon qu'il s'agit d'une commune rurale ou urbaine, et au second degré par le Ministre ayant l'Intérieur dans ses attributions.

Elle s'exerce par voie :

- *d'approbation ou d'autorisation* : les actes des autorités communales ne sont soumis à l'approbation que dans les cas prévus dans la loi communale ou d'autres lois particulières. Elle est réputée acquise un mois après la réception de la demande par l'autorité compétente pour la donner, sauf décision motivée de celle-ci prolongeant le délai.
- *de suspension* ; le Gouverneur de province ou le Maire peut suspendre tous les règlements ou autres résolutions des autorités communales qui sortent de leurs attributions ou qui sont contraires à la loi ou à l'intérêt général<sup>232</sup> ;
- *d'annulation* : le Ministre ayant l'Intérieur dans ses attributions peut annuler tous règlements ou autres résolutions des autorités communales qui sortent de leurs attributions ou qui sont contraires aux lois ou à l'intérêt général<sup>233</sup> ;
- *de substitution* : lorsque les autorités communales sont en défaut d'exécuter les

<sup>230</sup> Article 96 de la loi communale : "La tutelle sur les actes des autorités communales est exercée au premier degré par le Gouverneur de province ou le Maire selon qu'il s'agit d'une commune rurale ou urbaine et au second degré par le Ministre ayant l'administration territoriale dans ses attributions. Elle s'exerce par voies : d'approbation, de suspension, de substitution".

<sup>231</sup> Dans le même sens, voir l'article 195 du code électoral.

<sup>232</sup> Art.98 de la loi communale.

<sup>233</sup> Art.99 de la loi communale.

mesures qui leur incombent en vertu des lois et règlements, le Ministre ayant l'Intérieur dans ses attributions ou le Gouverneur de province ou le Maire peuvent, après deux avertissements successifs, se substituer à elles en prenant toute mesure à cette fin<sup>234</sup>.

### III.2.2.b.2° La tutelle sur les organes

La tutelle sur les organes de la commune s'exerce par voie de :

- dissolution ou la suspension : « le Ministre ayant l'administration territoriale dans ses attributions peut, pour des motifs impérieux et dans l'intérêt supérieur de la commune ou de l'Etat, suspendre par ordonnance ou proposer la dissolution du Conseil communal au Président de la République »<sup>235</sup> ;
- déchéance : la déchéance de l'Administrateur communal peut intervenir sur l'initiative, soit du Conseil communal, soit de l'autorité de tutelle.

La tutelle ainsi organisée, constitue un handicap majeur aux yeux des administrateurs et du conseil communal et les pousse à agir comme s'ils étaient à la tête d'une administration centralisée ou déconcentrée.

On remarque donc une certaine résistance face aux changements. Les services de tutelle et les services techniques ont des difficultés à assumer les changements qu'a apportés la réforme de décentralisation. Habités à commander, à décider, ils vivent mal ce nouveau statut de conseiller qu'ils trouvent peu valorisant et se comportent en véritables supérieurs hiérarchiques.

La décentralisation est en effet un mode de gestion de la collectivité relativement récent et les principaux acteurs concernés ne sont pas encore imprégnés de la pratique et ont tendance à se comporter comme s'ils étaient sous les ordres de l'autorité de tutelle. Il faut dire que le changement des mentalités ne se fait pas du jour au lendemain mais prend du temps.

Pour un Administrateur fraîchement élu, le fait que certaines décisions du conseil communal doivent requérir l'autorisation de la tutelle, ainsi que le fait d'être noté par l'autorité de tutelle ne signifie autre chose qu'être sous les ordres de la même autorité. Cette situation est aggravée par le fait qu'ils sont payés sur le budget de l'Etat, contrairement au reste du personnel de la commune à l'exception du personnel en position de détachement qui est, il faut le dire, quasi inexistant dans certaines communes du pays.

#### ➤ Les veto sur les délibérations du conseil communal

Toutes les délibérations du Conseil communal, qu'elles soient soumises ou non à approbation, doivent être adressées sous quinzaine à la tutelle<sup>236</sup>. Cette transmission a un double intérêt : d'une part, elle conditionne leur entrée en vigueur puisqu'elle marque le point de départ du délai au terme duquel elles deviennent exécutoires ; d'autre part elle permet à l'autorité compétente de les contrôler et d'y opposer son veto.

La doctrine, relayée par la loi, a précisé certaines causes de nullité. Ainsi sont nulles de plein droit<sup>237</sup> :

<sup>234</sup> Art.100 de la loi communale.

<sup>235</sup> Art.102 de la loi communale.

<sup>236</sup> Art.21 de la loi communale.

<sup>237</sup> Du BEZIN (G.), *Des autorisations et des approbations en matière de tutelle administrative*, thèse, Toulouse, 1906, p.57 ; dans le même

1. Les délibérations du Conseil communal portant sur un objet étranger à ses attributions ou prises en dehors de sa réunion légale ;
2. Les délibérations prises en violation de la loi ou de l'intérêt général.

La nullité de droit peut donc résulter tant des modalités que de l'objet de la délibération.

Pour qu'une réunion du Conseil communal soit légale, il faut que le Conseil ait été régulièrement convoqué par son président dans un délai de cinq jours au moins avant la réunion et si au moins deux tiers des membres assistent physiquement à la séance et que la séance soit publique, en dehors des cas naturellement où le Conseil communal déciderait, en vertu de l'article 19 de la loi communale, de se réunir à huis clos, principalement lorsqu'il s'agit d'une question de personnes<sup>238</sup>.

#### **IV: Défis à relever pour une décentralisation effective**

Sous le présent point, nous entendons proposer quelques unes des solutions ou des actions qui pourraient être menées en vue de remédier aux problèmes inventoriés au point précédent. Ces actions seraient les suivantes :

##### **IV.1. Transférer aux autorités locales des pouvoirs significatifs**

En dépit de leurs limites, les autorités élues sont des pièces essentielles pour gérer les collectivités locales. Le gouvernement devrait transférer et renforcer les pouvoirs des autorités locales afin de servir la population de l'entité décentralisée, en l'occurrence la commune (voir infra point II.3).

##### **IV.2. Révision du code électoral actuellement en vigueur**

Le système électoral actuel (scrutin de liste bloquée) fait que les leaders des partis politiques mettent en avant le militantisme plutôt que le professionnalisme lors de l'élaboration des listes qui seront soumises à l'électeur. Ils veulent en effet récompenser les militants qui ont donné le meilleur d'eux-mêmes en vue d'atteindre la victoire. Mais comme nous avons eu l'occasion de le voir, ce système a l'inconvénient de soumettre à l'électeur des candidats qui probablement ne se soucient pas trop de ses intérêts alors que le but ultime était en réalité la prise en compte des intérêts de la collectivité et qui, par hypothèse diffèrent d'une commune à une autre.

C'est pourquoi à notre avis, le code électoral actuel nécessite une certaine retouche pour espacer les élections. De la sorte, les cinq élections prévues actuellement ne seraient pas organisées à quelques mois d'intervalles ou mieux à quelques semaines d'intervalles mais plutôt après quelques années pour éviter la confusion à l'électeur. Ce dernier sera convoqué pour l'élection communale en sachant bien les enjeux en présence, ce qui n'est pas possible aujourd'hui que les élections communales sont confondues avec les présidentielles ou les législatives. Et pourtant, les élections communales devraient interpeller tout électeur puisque les candidats qui seront élus seront amenés à prendre des décisions qui le concerneront au quotidien.

---

sens, article 99 de la loi communale.

<sup>238</sup> Art. 19 de la loi communale ; dans le même sens, voir DEBBASCH (C.), *La décentralisation pour la rénovation de l'Etat*, Paris, PUF, 1976 p.7.

### **IV.3. Encourager la création d'institutions locales**

Ces institutions prendraient la forme de comités, d'associations, d'organisations non gouvernementales pour la défense de l'intérêt de la communauté. En effet, dans la loi communale actuelle, il est difficile de savoir qui pourrait actionner le Conseil communal en cas de responsabilité civile pour un dommage subi par la commune. En cas d'infraction, le problème ne se pose pas car à notre avis, le ministère public devrait en ce cas jouer pleinement son rôle, nous pensons spécialement au cas de malversation économique, en cas de corruption par exemple.

Ces institutions devraient toujours être redevables devant les autorités représentatives notamment par la reddition des comptes. Aujourd'hui, le système en présence est organisé de telle sorte que le citoyen n'a pas de mot à dire si ce n'est qu'attendre la fin de la législature pour sanctionner ou récompenser les élus par le renouvellement ou non de ses élus. Mais dans l'entre-temps, cinq ans seront peut être passés et le mal aura été fait de manière irréversible.

A notre avis, le Conseil communal étant conçu à l'image du Conseil d'administration dans les sociétés commerciales, il aurait été mieux de prévoir un organe de contrôle de la gestion faite par le Conseil communal. A ce jour, un tel organe n'existe pas.

### **IV.4. Procéder à une étude de viabilité économique et sociale**

Le morcellement des communes est parfaitement défendable s'il assure une meilleure satisfaction des besoins publics. Il est incontestable qu'une commune moins étendue est facile à encadrer, surtout lorsque l'Administrateur n'a pas ou plus de moyen de déplacement lui permettant d'atteindre tous les coins de sa commune chaque fois que de besoin. Cependant, au regard des ressources de la majorité des communes du Burundi, il se pose un problème de viabilité de certaines communes.

La plupart des communes du Burundi étant des communes rurales où les seules ressources sont les taxes perçues les jours de marchés, il ya lieu d'envisager, pour une viabilité des communes, un nouveau découpage administratif de certaines communes pour qu'on puisse espérer une certaine rentrée des ressources. Les tableaux suivants nous renseignent sur les principales ressources des communes considérées comme étant les mieux nanties<sup>239</sup>.

**Tableau n° 2 : Taux de la taxe communale appliqués sur certaines cultures industrielles**

|                              |            |
|------------------------------|------------|
| 1. Café arabica fully washed | 6,5 FBU/kg |
| 2. Café arabica washed       | 6 FBU/kg   |
| 3. Café robusta              | 6 FBU/kg   |
| 4. Thé feuilles vertes       | 2 FBU/kg   |
| 5. Tabac feuilles sèches     | 10 FBU/kg  |
| 6. Canne à sucre             | 4 FBU/kg   |
| 7. Quinquina                 | 6 FBU/kg   |
| 8. Riz                       | 3 FBU/kg   |
| 9. Palmier à huile           | 5 FBU/kg   |
| 10. Coton                    | 2 FBU/kg   |

<sup>239</sup> Voir l'ordonnance ministérielle n°530/540/059 du 29 janvier 1997 portant fixation du taux, du mode de perception ainsi que des modalités de gestion de la taxe communale sur certaines cultures industrielles, art.1.

Comme on le voit, il s'agit ici des taxes sur les cultures industrielles et qui varient selon les régions. Ces cultures constituent une source de revenus dans certaines communes où elles se trouvent. Mais toutes les communes du pays n'en disposent pas et elles trouvent difficilement des revenus pour financer leurs budgets. Elles financent ainsi leurs budgets principalement grâce à la taxe sur les produits vivriers perçue les jours des marchés.

Pour un connaisseur de la situation au Burundi, il n'est pas difficile de remarquer que les communes qui n'ont que ces produits comme essentielle source de revenus, ce sont des communes qui peuvent difficilement trouver un budget de fonctionnement, encore moins un budget d'investissement. C'est pour cette raison qu'il a été institué ce qu'on a appelé le «fonds de péréquation» qui n'est autre chose qu'une quotité des fonds perçus sur certains revenus des communes «nanties» et destinés à venir en aide aux communes «démunies», comme le montre le tableau ci-après.

**Tableau n° 3 : Pourcentage de répartition de la taxe communale entre les communes et le Fonds de péréquation.**

| Produit                             | Part communale en % | Fonds de péréquation en % |
|-------------------------------------|---------------------|---------------------------|
| 1. Café                             | 65                  | 35                        |
| 2. Coton                            | 65                  | 35                        |
| 3. Sucre : produits bloc Industriel | 10                  | 90                        |
| 4. Sucre : production Villageoise   | 65                  | 35                        |
| 5. Thé : produit en bloc Industriel | 20                  | 80                        |
| 6. Thé : production villageoise     | 65                  | 35                        |
| 7. Riz                              | 50                  | 50                        |
| 8. Huile de palme                   | 50                  | 50                        |
| 9. Quinquina                        | 65                  | 35                        |
| 10. Tabac                           | 65                  | 35                        |

Il a été observé qu'il y a des communes qui ne sont pas viables, faute de moyens, et qui gagneraient à se fondre dans un ensemble plus grand et plus viable. On a donné l'exemple des communes de Ryansoro (en province Gitega au centre du pays) et Kayokwe (en province Mwaro au centre du pays également)<sup>240</sup>.

Pour cela, un préalable est de faire une étude pour déterminer les conditions du nouveau découpage.

#### **IV.5. Renforcer la fonction publique communale**

Si on doit admettre que la collectivité locale soit dirigée par les autorités politiques représentatives, l'administration doit être normalement composée par des techniciens compétents. Il faut donc régler d'urgence le problème de capacité des agents communaux notamment par une formation et/ou le perfectionnement.

<sup>240</sup> OAG, *La responsabilité des institutions et des mandataires publics au Burundi : Mécanismes légaux et réalités*, op.cit, p.65.

#### **IV.6. Promouvoir une éducation citoyenne**

Le spectacle offert par le comportement des élus communaux est déroutant. C'est à se demander s'ils ont été élus pour servir ou pour se servir. Il faut trouver le moyen de leur inculquer un minimum de respect de normes déontologiques, un sens civique doublé de l'intégrité pour pouvoir œuvrer pour le bien commun.

Pour y arriver, il est nécessaire d'avoir des critères d'évaluation de ces élus notamment à travers les plans d'action périodiques puisqu'actuellement, il n'y a aucun critère objectif d'évaluation des performances des élus communaux. Le seul recours possible est d'attendre les élections suivantes.

On pourrait tenter de chercher des valeurs traditionnelles tirées de la culture burundaise qu'il faudrait vulgariser, bien entendu les résultats sont d'un côté incertains mais de l'autre, même si ils devraient être atteints ils le seraient à plus ou moins longue échéance.

Parmi ces valeurs on pourrait penser, à titre exemplatif à l'ubushingantahe en Kirundi. Traditionnellement, un Mushingantahe est l'homme qui se soucie peu de ses propres intérêts et trouve du plaisir lorsqu'il se donne avec joie pour les autres. C'est cet homme idéal enseigné naguère dans les contes aux jeunes Burundais et qui devait inspirer les élus communaux et qu'on devait inculquer aux élus d'aujourd'hui et même de demain. Ce concept contient en outre beaucoup d'autres valeurs comme l'intégrité, le patriotisme, la bonne gouvernance aujourd'hui en vogue (mais qui en réalité existait dans la tradition burundaise) et bien d'autres valeurs.

#### **IV.7. Bien définir la tutelle**

En principe, la tutelle a pour but d'assurer la légalité et protéger l'intérêt général. Si seulement elle était exercée comme nous venons de l'énoncer, cela ne devrait avoir rien de mal. Mais ici, on observe que les gouverneurs de provinces et/ou le maire de la ville de Bujumbura selon les cas, se cachent derrière la tutelle pour exercer en fait le pouvoir hiérarchique ; ce qui dénature la décentralisation.

La tutelle, telle qu'elle est organisée actuellement est à revoir, en tout cas sur certains points. Tenez par exemple, les communes sont dans l'obligation de verser de l'argent à la tutelle, et cela en dehors de tout cadre légal. Et de deux choses l'une, soit le budget de la province reste à la charge de l'Etat, auquel cas la province cesse de demander de l'argent à la commune (qui ne refuse jamais si l'Administrateur communal veut rester en bon termes avec son Gouverneur) ou bien la commune doit financer le budget de fonctionnement de la province (ou la mairie), auquel cas cette obligation, serait inscrite dans la loi avec ses modalités d'exécution.

Il est toutefois difficile pour les communes d'honorer cette obligation car, comme nous l'avons vu précédemment<sup>241</sup>, la quasi totalité des communes du Burundi ne parviennent pas elles-mêmes à couvrir leurs besoins à travers leurs budgets et devraient plutôt être soutenues dans ce sens comme le prévoit la loi communale<sup>242</sup>.

<sup>241</sup> voir supra, point III 2. C)

<sup>242</sup> Art.78 de la loi communale

## Conclusion

Comme nous venons de le voir, la décentralisation est un mode de gouvernement des communes au Burundi et elle est en marche. Elle connaît certes des difficultés de fonctionnement dues en partie à la nouveauté de ce système. En effet, à la manière d'un enfant qui naît et qui apprend progressivement à marcher, avec beaucoup de difficultés, le système marche et évolue.

Le système qui fait l'objet de notre étude connaît au Burundi, à ne pas en douter, des atouts. Au titre de ces derniers, on pourrait citer la volonté affichée par les autorités étatiques de mettre en place une législation en vue de mettre en application une décentralisation effective. On pourrait aussi ajouter l'appui des bailleurs, bilatéraux et multilatéraux.

Néanmoins, comme nous avons eu l'occasion de le découvrir, il subsiste certains points qui empêchent ou handicapent la mise en place d'une décentralisation effective. A titre illustratif, nous pourrions mentionner la manière dont les autorités chargées de mettre en application la décentralisation en l'occurrence les Conseils communaux sont mises en place à savoir l'organisation d'une série d'élections dans une courte période. A notre avis, il faudrait que les élections communales soient organisées séparément avec les autres élections. Bien entendu, un tel scrutin pose un certain nombre de problèmes auxquels il faudrait trouver solution comme le mandat des élus actuels qui devrait être prolongé de quelques mois.

Notre souhait serait aussi de voir les habitants des différentes communes du Burundi s'impliquer davantage en vue de la sauvegarde de leurs intérêts. De la sorte, ils pourront barrer la route à ceux qui ne se soucient guère de leurs intérêts avant qu'il ne soit tard.

Pour terminer, nous voudrions demander l'indulgence de tout lecteur de notre modeste travail de nous excuser les imperfections qu'il pourrait contenir (que nous serions plutôt heureux de rectifier volontiers) et d'y reconnaître plutôt notre contribution, si minime soit-elle

## Bibliographie

### I. Ouvrages consultés

1. De TOCQUEVILLE (A.), De la démocratie en Amérique, Livre Ier, Paris, Flammarion, 1984, 122 p.
2. DEBBASCH (C.), Institutions et droit administratif, Paris, PUF, Thémis, 1976, 432 p.
3. DEBBASCH (C.), La décentralisation pour la rénovation de l'Etat, Paris, PUF, 1976, 189 p.
4. DEMANTE (M.-J.) et TYMINSKY (I.), Décentralisation et gouvernance locale en Afrique : des processus, des expériences, Paris, Corlet Imprimeur, 2008, 37 p.
5. DIOP (D.), Décentralisation et gouvernance au Sénégal. Quelle pertinence pour le développement local ? L'Harmattan, Paris, 2006, 207 p.
6. Du BEZIN (G.), Des autorisations et des approbations en matière de tutelle administrative, thèse, Toulouse, 1906, 257 p.
7. GAHAMA (J.), Le Burundi sous l'administration belge : la période sous mandat (1919-1939), Paris, L'Harmattan, 1987, 465p.
8. GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), Termes juridiques, Dalloz, 1995, 583 p.
9. MELLERAY (G.), La tutelle de l'Etat sur les communes, Sirey, Paris, 1981, 340 p.
10. OHNET (J.-M.), Histoire de la décentralisation française, Librairie Générale Française, Paris, 1996, 154 p.
11. SKIDMORE (M.J.), La démocratie américaine : gouverner aux Etats-Unis, 4<sup>ème</sup> éd., Editions Odile Jacob, Paris, 1988, 364 p.

### II. Actes législatifs et autres sources

1. Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la constitution de la République du Burundi.
2. Loi n°1/02 du 25 janvier 2010 portant révision de la loi n°1/16 du 20 avril 2005 portant organisation de l'administration communale.
3. Loi n°1/22 du 18 septembre 2009 portant révision de la loi n°1/15 du 20 avril 2005 portant code électoral.
4. Ordonnance ministérielle n°530/540/059 du 29 janvier 1997 portant fixation du taux, du mode de perception ainsi que des modalités de gestion de la taxe communale sur certaines cultures industrielles.
5. Accord d'Arusha pour la paix et la Réconciliation au Burundi, Arusha, 28 août 2000, 178 p.
6. Journal IWACU- Les voix du Burundi n°59 du vendredi 16 avril 2010.
7. Constitution de transition du Burundi du 28 octobre 2001.
8. Constitution de la République du Burundi du 13 mars 1992.
9. Ministère de l'intérieur et du développement communal, recueil des textes sur la décentralisation au Burundi, Bujumbura, août 2008.
10. Observatoire de l'Action Gouvernementale (O.A.G.), Analyse du processus de décentralisation au Burundi (cas des conseils communaux et des structures locales de développement), Bujumbura, octobre 2007, 100 p.
11. Observatoire de l'Action Gouvernementale (O.A.G.), La responsabilité des institutions et des mandataires publics au Burundi : Mécanismes légaux et réalités, Bujumbura, juin 2009.
12. BELLON (R.) et DELFOSSE (P.), Codes et lois du Burundi, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier ; Bujumbura, Ministère de la justice, 1970, 1092 p.
13. Le Sénat et la politique de décentralisation au Burundi, Bujumbura, Août 2010, 127p.

# LA PLACE DU DROIT PENAL DANS LE PROCESSUS DE JUSTICE TRANSITIONNELLE<sup>243</sup> AU BURUNDI

Par Berry Didier NIBOGORA\*

## INTRODUCTION.

Au sud de l'équateur et aux confins de l'Afrique orientale et centrale, la République du Burundi est située entre 2° 20' et 4° 27' de latitude sud et entre 28° 50' et 30° 53' de longitude est. Il est entouré à l'ouest par la République Démocratique du Congo (Ex Zaïre) au Nord par le Rwanda et à l'est et au sud par la Tanzanie<sup>244</sup>.

Ancien territoire de l'Urundi, rattaché à partir de 1916 par mandat puis par l'accord de tutelle du Ruanda-Urundi, il devient indépendant le 1<sup>er</sup> juillet 1962 après avoir successivement été colonisé par l'Allemagne puis la Belgique<sup>245</sup>.

Au lendemain des indépendances, la situation n'enchantait pas pour autant. En effet, des massacres à caractère ethnique eurent lieu au cours de l'année 1965 avec la proclamation de la République. D'autres tueries furent perpétrées en 1972 et occasionnèrent le départ des populations hutues en exil. Le pays fut encore endeuillé par les événements sanglants de Ntega-Marangara en 1988.

Pourtant, les régimes qui s'étaient succédés au pouvoir, fût-il par la voie des coups de force, avaient initiés des tentatives de réconciliation avec peu de succès<sup>246</sup>.

L'avènement du multipartisme en 1991 et les élections démocratiques organisées en 1993, les premières du genre, n'ont pas empêché le pays de sombrer dans la violence due à une guerre civile déclenchée par l'assassinat, le 21 octobre 1993, du président Melchior NDADAYE arrivé au pouvoir par les urnes le 1<sup>er</sup> juillet de la même année.

Des violations graves de droits humains ont caractérisé ce conflit mené sans le moindre respect du droit humanitaire<sup>247</sup> et venu à terme suite aux nombreuses négociations<sup>248</sup> qui ont abouti à la signature du cessez-le-feu par le dernier mouvement rebelle en 2006 en passant par l'Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation<sup>249</sup> et les nombreux accords de cessez-le-feu<sup>250</sup>.

<sup>243</sup> Il existe actuellement un débat autour des expressions « justice de transition » et « justice transitionnelle ». Cette dernière est considérée comme d'origine anglophone et ne rendant pas fidèlement l'idée de la justice dans les sociétés en transition. Ce débat est tout à fait une spéculation terminologique que le présent article ignore délibérément en utilisant les deux termes indistinctement.

\*Assistant à l'Université du Burundi; Etudiant en LLM en Droit de l'homme et démocratisation en Afrique à l'Université de Pretoria

<sup>244</sup> J. E., BIDOU et al., *Géographie du Burundi*, Hatier, Paris, octobre 1991, p. 4.

<sup>245</sup> *Ibidem*.

<sup>246</sup> Le Président de la 2<sup>ème</sup> République Jean Baptiste BAGAZA avait mis en place une commission pour s'occuper de la question des terres laissées par les exilés de 1972. Son successeur Pierre BUYOYA avait initié la charte de l'unité nationale et introduit le multipartisme pour rapprocher les burundais.

<sup>247</sup> Voir International Human Rights Law Group, *Les dispositions de l'accord d'Arusha relatives à la justice en transition et à la protection des droits humains*, Un guide annoté, p.6.

<sup>248</sup> Plusieurs négociations ont eu lieu pour voir le conflit burundais venir à terme, de San Egidio à Arusha en passant par Prétorie et Dar-es-Salaam.

<sup>249</sup> Cet accord sert jusqu'à présent de toile de fond pour la résolution du conflit burundais.

<sup>250</sup> Avant l'accord global de Cessez-le-feu signé en novembre 2002, il y avait eu beaucoup d'accords entre le Gouvernement burundais et les différents mouvements rebelles.



Au cours des négociations de paix, la question du sort des crimes du passé a été abordée sous le chapitre de l'impunité. L'accord d'Arusha prévoyait déjà la lutte contre l'impunité comme un principe politique sacro-saint<sup>251</sup>. C'est à travers ce qu'on qualifie de justice transitionnelle que cet accord prévoyait un triple mécanismes<sup>252</sup> pour lutter contre le fléau de l'impunité considéré par la quasi-unanimité des protagonistes du conflit burundais comme l'une des causes principales dudit conflit<sup>253</sup>.

C'est donc dans le cadre de la justice transitionnelle que la lutte contre l'impunité est envisagée au Burundi. Néanmoins, il semble que le débat autour de cette question de justice de transition ne laisse pas suffisamment de place au droit pénal et, partant, à la justice rétributive.

La présente réflexion vise à mettre en exergue l'importance du droit pénal dans le processus de justice transitionnelle au Burundi. En effet, les poursuites pénales ne sont pas toujours faciles à engager dans un pays sortant fraîchement d'un conflit violent où la stabilité est toujours fragile. On peut logiquement se demander si cette réalité juridique ne se dédouble pas de la configuration politique actuelle selon laquelle suite à la position de force dans laquelle se trouvent les principaux présumés bourreaux, la nécessité de répression des crimes commis dans le passé se trouve reléguée au dernier plan ?

En effet, le fait que les anciens chefs rebelles et militaires se trouvent maintenus au pouvoir par un processus électoral qui a ses controverses<sup>254</sup> n'implique-t-il pas que des personnes sur lesquelles pèsent de sérieux soupçons d'avoir été impliquées dans les crimes odieux soient d'abord démisées de leurs fonctions et traduites devant la justice pour répondre de leurs actes ? Ne découle-t-il pas de l'évolution actuelle des rapports de force sur la scène politique burundaise que l'ère de la répression systématique des crimes commis lors du conflit burundais n'est pas au rendez-vous ?

En quatre points principaux, nous aborderons dans cet article la question de la place du droit criminel dans le processus de justice transitionnelle au Burundi.

Dans un premier temps, nous tracerons le cadre juridique de la justice de transition au Burundi, sa genèse et la place du droit pénal dès sa conception.

Le deuxième point sera consacré à l'impératif de punir les crimes du passé comme une stricte nécessité pour mettre fin au cycle d'impunité et réhabiliter non seulement les victimes mais également les valeurs de référence minimales dans une société où des personnes diversifiées sont appelées à vivre en cohésion.

Dans le troisième point, il sera question de rappeler que les poursuites pénales contre les auteurs des crimes constituent une composante intrinsèque des mécanismes de justice transitionnelle.

<sup>251</sup> Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation, article 6, point 1.

<sup>252</sup> Cet accord prévoit dans les articles 6 à 8 de son premier protocole la mise sur pied d'une commission d'enquête judiciaire internationale, un tribunal pénal international au cas où la commission conclurait que des crimes de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ont été commis et une commission nationale pour la vérité et la réconciliation.

<sup>253</sup> Eugène NINDORERA, Pas de réconciliation véritable sans justice, Bujumbura, 30 mars 2006, p. 1. Voir [http://arib.info/Nindorera\\_30032006.htm](http://arib.info/Nindorera_30032006.htm) (visité le 23 juillet 2010).

<sup>254</sup> Contestées par une partie de la classe politique, les récentes élections de 2010 n'ont fait que confirmer la position de force dans laquelle se trouvent anciens chefs rebelles.



Dans le dernier point, nous épinglerons la place du droit criminel dans le processus de justice transitionnelle en perspective, le permanent spectre de politisation qui rend de plus en plus réelle la menace de la persistance de l'impunité.

Une note de conclusion sera dégagée au terme de ce papier tout en laissant le débat ouvert.

## **I. Genèse et cadre juridique de la justice transitionnelle au Burundi et la place du droit pénal.**

### **1. Genèse.**

La question de la justice de transition fut introduite pour la première fois au Burundi lors des négociations d'Arusha pour la paix et la réconciliation. En effet, les protagonistes du conflit burundais s'accordèrent à reconnaître que l'impunité est l'une des causes principales du conflit et se sont convenu de mettre en place un triple mécanisme de justice transitionnelle. L'Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation signée entre les protagonistes burundais le 28 août 2000 prévoyait la mise en place d'une commission internationale d'enquête judiciaire, une commission nationale pour la vérité et la réconciliation (CVR) et un tribunal pénal international pour le Burundi au cas où les travaux de la commission internationale d'enquête concluraient à l'existence des crimes de guerre, de génocide et des crimes contre l'humanité<sup>255</sup>. Les deux premiers mécanismes viseraient à apporter la lumière sur les cycles de violence qu'a connus le Burundi depuis son indépendance en 1962 et le dernier mécanisme à vocation essentiellement répressive jugerait ceux qui se seraient rendu coupables de génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

Par les temps qui courent, les mécanismes initialement prévus n'ont pas vu le jour et l'évolution de l'environnement interne et international a rendu inévitable la nécessité d'adapter la forme des mécanismes de la justice transitionnelle au Burundi aux circonstances du moment<sup>256</sup> et compte tenu des apports des expériences d'ailleurs<sup>257</sup>.

Ainsi, en conformité avec la résolution 1606 (2005)<sup>258</sup> du Conseil de sécurité des Nations Unies, des négociations ont été initiées entre les NU et la délégation Gouvernementale pour mettre en place les mécanismes de justice transitionnelle. Deux tours de négociations eurent lieu en 2006 et 2007 et enregistrèrent des avancées sur certains points et des blocages sur d'autres.

Sur la question de la Commission Vérité et Réconciliation (CVR) et des réponses judiciaires aux graves crimes commis prenant la forme d'un tribunal spécial un accord de principe s'est dégagé.

Pourtant, des désaccords persistent sur la question de l'amnistie, de l'indépendance du Procureur et des rapports entre la CVR et le Chambre spéciale. Il a tout de même été convenu de consulter au préalable la population afin que ses vues soient prises en compte dans la mise en place de ces mécanismes<sup>259</sup>. Le rapport du comité de pilotage de ces consultations

<sup>255</sup> Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation, Protocole II, articles 6 à 8.

<sup>256</sup> Les négociations et les accords de paix avec les différents mouvements rebelles ont influé sur la volonté politique de mettre en place ces mécanismes, eu égard au besoin de sauvegarder le compromis entre les protagonistes du conflit burundais obtenu au prix d'après négociations.

<sup>257</sup> L'expérience du Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR) et du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a diminué l'élan de la communauté internationale quant à la mise en place d'une nouvelle juridiction criminelle ad hoc.

<sup>258</sup> Cette résolution demandait au Secrétaire général des Nations Unies d'engager des négociations avec le Gouvernement du Burundi et toutes les parties concernées par la question de la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle.

<sup>259</sup> Le comité de pilotage tripartite (Gouvernement-Nations Unies-Société Civile) pour les consultations nationales a été mis en place en

nationales a été finalisé au mois d'avril 2010 et publiquement transmis au Président de la République du Burundi ainsi qu'au Représentant du Secrétaire Général de Nations Unies le 7 décembre 2010<sup>260</sup>.

Tout au long de cette évolution, un souci constant s'est manifesté sur le sort des atrocités commises au regard de l'impératif de lutte contre l'impunité érigé au premier rang des principes consacrés par l'Accord d'Arusha. Cet impératif de répression se trouvait tout de même dilué par la nécessité politique de sauvegarder la stabilité bâtie sur un compromis et des mesures politiques d'amnistie et d'immunités<sup>261</sup>.

Comme dans d'autres pays<sup>262</sup> cependant, la délégation onusienne a insisté sur le caractère imprescriptible et inamniable des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et d'autres crimes contre le droit international humanitaire<sup>263</sup>, faisant ainsi bonne part à la justice rétributive, du moins au niveau des principes, dans le cadre juridique du processus de justice transitionnelle au Burundi.

## 2. Cadre juridique.

Le cadre juridique originel des mécanismes de justice transitionnelle au Burundi se trouve défini par l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi (AAPRB).

En effet, dans son premier protocole relatif à la « *nature du conflit burundais, problèmes de génocide et d'exclusion et leurs solutions* », l'AAPRB prévoyait, d'une part, la mise sur pied d'une commission d'enquête judiciaire internationale dont les conclusions<sup>264</sup> conduiraient à la mise sur pied d'un tribunal pénal international pour le Burundi<sup>265</sup>. D'autre part, le même protocole prévoyait en son article 8 la mise sur pied d'une Commission dite « *Commission nationale pour la vérité et la réconciliation* » chargée de faire la lumière et établir la vérité sur les actes de violence graves commis au cours des conflits cycliques qui ont endeuillé le Burundi de l'indépendance à la date de la signature de l'Accord de paix d'Arusha<sup>266</sup>.

Tout en réservant une place à la répression, ces dispositions comportent cependant une certaine antinomie. Il est dit au titre des principes et mesures relatifs à la justice que « *... tous les recours et appels concernant les assassinats et les procès politiques seront introduits auprès de la Commission nationale pour la vérité et la réconciliation...* »<sup>267</sup>

Il ressort de ces dispositions que les recours et appels contre les jugements rendus en matière criminelle seraient effectués devant la CVR. Or, cette dernière étant un organe extrajudiciaire – et de surcroît une créature politique<sup>268</sup> – ne devrait pas connaître les décisions rendues par

---

novembre 2007.

<sup>260</sup> Juste après la finalisation du rapport la Société civile et les médias ont mené un plaidoyer afin d'organiser la remise officielle du rapport (ainsi que sa publication), mais le Gouvernement justifiait cette attente par le processus électoral qui prenait toute son attention. Une campagne de plaidoyer continue à être menée par la société civile en vue de la reprise des négociations sur les points restés en suspens et la mise en place de la CVR.

<sup>261</sup> La question de l'amnistie des prisonniers politiques et de l'immunité des chefs des groupés armés était au centre des préalables pour l'arrêt des hostilités et la signature d'un accord de cessez-le-feu.

<sup>262</sup> Il est actuellement consacré dans la pratique des Nations unies que la répression des crimes contre le droit international constitue une obligation du *ius cogens* et que les mécanismes de justice transitionnelle mis en place dans les différents pays doivent prévoir un mécanisme de répression pour ces crimes.

<sup>263</sup> Ce caractère a été constamment affirmé dans les documents signés entre les NU et le Gouvernement du Burundi.

<sup>264</sup> Conclusions selon lesquelles il aurait été commis des crimes de guerre, les crimes de génocides et autres crimes contre l'humanité.

<sup>265</sup> AAPRB, Protocole I, article 6, points 10 et 11.

<sup>266</sup> AAPRB, Protocole I, article 8.

<sup>267</sup> AAPRB, Protocole I, article 7, point 18, a).

<sup>268</sup> Stéphane LEMAN-LANGOIS, *La réconciliation et la justice, Fonctionnement, réussites et échecs des commissions de vérité*, Compte rendu de Frédéric OQUETEAU, Athéna éditions, sp.

un organe technique (une cour ou un tribunal) sans risquer de compromettre les principes fondamentaux de l'indépendance et l'impartialité de la justice ainsi que le principe sacrosaint de la séparation des pouvoirs.

Néanmoins, comme pas mal d'autres dispositions de l'Accord d'Arusha, ces articles attendront pas mal d'années pour voir un début d'application. C'est ainsi qu'en conformité avec l'accord le titre XIII de la constitution de transition du 28 octobre 2001 exigeait du Gouvernement de transition de « ...requérir la constitution d'une commission d'enquête internationale, et éventuellement, un tribunal pénal international... »<sup>269</sup>.

Cette commission, longtemps souhaitée<sup>270</sup>, n'a pourtant pas vu le jour.

Bien plus, en droite ligne de l'Accord d'Arusha, une loi portant répression du crime de génocide, crime de guerre et crime contre l'humanité est promulguée le 1<sup>er</sup> mai 2003<sup>271</sup>. Dans sa partie transitoire, cette loi renvoie explicitement à la commission d'enquête internationale.

Toujours pour donner effet aux dispositions de l'accord d'Arusha, une loi portant missions, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation (CNVR) est promulguée en décembre 2004<sup>272</sup>. Avec un mandat de deux ans pouvant être prorogé d'une année en cas de besoin, cette commission composée de 25 personnalités dotées d'une haute moralité a une fonction arbitrale et réconciliatrice<sup>273</sup>. Il convient vite de signaler ici que cette loi, bien qu'elle prévoit que la CVR peut déterminer les crimes politiques pour lesquels une loi d'amnistie pourra être votée, exclut de la liste des crimes amnistiables les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre<sup>274</sup>. Elle tomba vite en désuétude puisque sa mise en œuvre n'a pas suivi une large consultation dont requiert tout mécanisme de justice transitionnelle<sup>275</sup>.

Le cadre normatif de la justice de transition au Burundi découle également des documents à caractère plutôt politique que juridique à savoir les accords de cessez-le-feu. En effet, la question de la libération des prisonniers politiques, de l'amnistie et de l'immunité provisoire sur laquelle insistent lesdits accords embraye forcément sur le champ des poursuites criminelles, composante des mécanismes de justice transitionnelle, qui s'en trouvent étouffées ou à tout le moins reportées.

Cependant, il est entré dans la pratique de l'ONU, lorsque celle-ci est appelée à assister les Etats dans la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle, d'insérer une réserve exigeant du Gouvernement de « déclarer que toute mesure d'amnistie qui aurait pu être accordée à l'égard des actes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre sera nulle et non avenue ... ». Cette clause consacre l'évolution de la lutte contre l'impunité, allant de la pratique des amnisties systématiques dans les accords de paix ou autres arrangements transitionnels à leur interdiction par le droit international<sup>276</sup>.

<sup>269</sup> Loi n°1/017 du 28 octobre 2001 portant promulgation de la constitution de transition de la République du Burundi, article 228, in *BOB n°10/2001*.

<sup>270</sup> Le souhait de mise en place d'une commission d'enquête judiciaire internationale avait déjà été exprimé dans la Convention de Gouvernement du 10 septembre 1994 qui stipulait en son article 36 que : « ...30 jours après la formation du Gouvernement, une commission d'enquête judiciaire internationale sera constituée... ».

<sup>271</sup> Loi n°1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, in *BOB n°5/2003*, pp.136.

<sup>272</sup> Loi n°1/018 du 27 décembre 2004 portant missions, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation.

<sup>273</sup> Article 2 b), 3 et 6 de la loi n° 1/018 du 24 décembre 2004.

<sup>274</sup> *Idem*, art. 4.

<sup>275</sup> Rapport S/2005/158, transmis par le Secrétaire général au Conseil de sécurité des Nations Unies le 11 mars 2005, point 28, p. 12.

<sup>276</sup> M. Ndikumamasabo et S. Vandeginste, *Mécanismes de justice et de réconciliation en perspective au Burundi*, p.126.

Au fil d'un contexte évolutif, le modèle initialement prévu par l'accord d'Arusha est revu et adapté par une mission d'évaluation des conditions de création d'une commission d'enquête judiciaire internationale pour le Burundi envoyée par le SG/NU du 16 au 24 mai 2004 conduite par Monsieur Tuliameni KALOMOH, Sous-secrétaire général des Nations Unies aux affaires politiques.

Sur base des conclusions de cette mission, le SG/NU a remis au Conseil de sécurité des Nations Unies un rapport<sup>277</sup> dit « Rapport Kalomoh » dont les recommandations ont largement inspiré la résolution 1606 dudit Conseil. Cette résolution « *prie le Secrétaire général d'engager des négociations avec le Gouvernement et des consultations avec les parties burundaises concernées sur la mise en œuvre de ses recommandations...* »<sup>278</sup>. Les recommandations dont question ici consistent à la création, en lieu et place du triple mécanisme prévu par l'accord d'Arusha, d'une commission mixte de la vérité et d'une chambre spéciale au sein de l'appareil judiciaire burundais<sup>279</sup>.

D'après négociations<sup>280</sup> qui ont eu lieu entre l'ONU et le Gouvernement du Burundi pour la mise en place des mécanismes proposés par le Rapport Kalomoh ont résulté pas mal d'avancées, y compris la nécessité de mener au préalable des consultations élargies en vue d'associer les populations à la définition desdits mécanismes. C'est dans cette perspective que fut signé un accord cadre portant création et définition du mandat du comité de pilotage tripartite en charge des consultations nationales sur la justice transitionnelle au Burundi<sup>281</sup>. Il convient de signaler également qu'il ressort de ces discussions que le cadre juridique du double mécanisme serait défini par une loi nationale et un accord entre l'ONU et le Gouvernement du Burundi. Le texte national porterait sur le statut du mécanisme en question, l'accord quant à lui fixerait les termes et conditions de la coopération des Nations Unies<sup>282</sup>. Le dialogue continue entre les deux parties à ce point<sup>283</sup>.

En définitive, il convient de signaler que les négociations visant à mettre en œuvre les recommandations contenues dans le rapport Kalomoh, conformément à la résolution 1606 (2005) du Conseil de sécurité, n'ont donc pas encore pris fin d'autant plus qu'il y a eu des blocages sur certains points. C'est notamment sur les questions de l'amnistie<sup>284</sup>, des rapports entre la CVR et la chambre spéciale ainsi que de l'indépendance du procureur près la chambre spéciale<sup>285</sup> que l'accord n'a pas encore été obtenu afin de mettre en branle les mécanismes qui permettront de faire la lumière sur les périodes sombre de l'histoire du Burundi et de faire face aux atrocités qui ont été commises dans le passé.

## **II. L'impératif de punir : la justice rétributive comme une réponse inévitable aux crimes cycliques commis au Burundi.**

### **II.1. Les dangers de l'impunité.**

<sup>277</sup> Voir S/2005/158.

<sup>278</sup> Voir Résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies S/RES/1606 (2005) adopté le 20 juin 2005.

<sup>279</sup> Voir S/2005/158, point 53, p. 18.

<sup>280</sup> Par l'Arrêté n°120/VP1/01/05 du 26 octobre 2005, le Gouvernement du Burundi a mis sur pied une délégation chargée de mener des négociations avec les Nations Unies sur la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle. Deux tours de négociations seront effectués entre les délégations Gouvernementale et onusienne en 2006 et 2007.

<sup>281</sup> Accord cadre entre le Gouvernement de la République du Burundi et l'Organisation des Nations Unies portant création et définition du mandat du comité de pilotage tripartite en charge des consultations nationales sur la justice de transition au Burundi.

<sup>282</sup> M. Ndikumamasabo et S. Vandeginste, *op. cit.*, p. 123.

<sup>283</sup> Bien qu'elle se soit montrée disposée à poursuivre les négociations, la délégation onusienne avait fait une concession sur la mise en place de la Commission de vérité en premier lieu.

<sup>284</sup> La délégation onusienne a insisté sur l'inamnistabilité des crimes de droit international au point que cette interdiction est reprise dans le code pénal burundais actuel ; Voir art. 171 de la loi n° 1/05 du 22 avril 2009 portant révision du Code Pénal Burundais.

<sup>285</sup> A/HRC/12/43, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights and the activities of her Office in Burundi, p. 21.

L'impunité consacrée dans la société burundaise longtemps caractérisée par des violations massives des droits humains peut répandre ce sentiment de l'absence de protection de l'ordre social, de l'écroulement du socle de valeurs sur lequel repose la coexistence sociale. Il résulte de cet état de fait l'impression de la destruction de la notion même d'Etat dans le chef des victimes qui se comptent de plus en plus par milliers.

Ce sentiment général serait un signe avant coureur d'une émergence d'un champ et des conditions favorables à la balkanisation et à la radicalisation<sup>286</sup>. Il n'est pas exclu que, à l'heure où la menace terroriste est une réalité, les extrémistes somaliens du mouvement Al SHABAB se cachent derrière cette situation pour recruter parmi les victimes frustrées par cette impunité dans un désir d'assouvir leur souhait de vengeance contre la présence des troupes burundaises en Somalie dans la mission de maintien de la paix.

Les cas peuvent commencer comme un phénomène de simple banditisme mais évoluer vite vers un phénomène idéologique suite à la récupération de l'espace laissé libre à l'impunité par les intégristes musulmans du mouvement Al SHABAB sous l'influence de ceux qui les paient.

D'une part, on se souviendra que les cycles de violences qu'a connu et continue de connaître le Burundi est en grande partie due à la persistance de l'impunité comme l'ont souligné les négociateurs d'Arusha<sup>287</sup>. Certains commencent d'ailleurs à penser que les victimes (ou leurs descendants) des violences du passé sont au cœur ou en tout cas jouent un grand rôle dans les crimes qui ont secoué le pays ces deux dernières décennies<sup>288</sup>. D'autre part, il sied de faire remarquer que les cas de lynchage, de justice populaire et d'exécutions extrajudiciaires rapportés par les médias et les organisations de la société civile traduisent un sentiment de méfiance de la population à la justice et sont le fruit de la persistance de l'impunité.

La certitude de la répression, en effet, constitue un point capital de la défense de l'ordre social<sup>289</sup>. Et s'il est possible de concevoir plusieurs formes de responsabilité, il n'existe qu'une seule forme de justice : celle qui est basée sur le respect, la protection et la promotion du droit des victimes à la justice, la vérité et les réparations<sup>290</sup>.

Ainsi, le fait de rechercher la vérité des faits et d'établir les responsabilités dans les exactions commises au moyen des mécanismes extrajudiciaires, quelle que soit leur « supposée »<sup>291</sup> légitimité ne suffit pas pour lutter contre le spectre de l'impunité. Cet impératif doit forcément inclure « *la sanction des faits par la justice parce qu'il est primordial que les victimes soient entendues, prises au sérieux et qu'elles reçoivent réparation* »<sup>292</sup>.

## II.2. La sanction des auteurs des crimes : une stricte nécessité.

La rétribution au mieux de sa forme implique un désir de vengeance<sup>293</sup>, une obligation de répondre de ses actes. Il est impératif en effet, que la société et les victimes d'une infraction

<sup>286</sup> Propos recueillis auprès d'Alain CHOUET, ancien chef des services de sécurité française, Interview RFI, le 30/07/2010.

<sup>287</sup> AAPRB, Protocole II, *op. cit.* art. 6.

<sup>288</sup> Eugène NINDORERA, *op. cit.*, p. 16.

<sup>289</sup> Angèle KREMER MARIETTI, *Les fondements philosophiques du droit pénal*, version révisée d'un article publié dans *Le Droit en Procès*, Jacques Chevallier (éd.), Paris, PUF, 1983, 2000.

<sup>290</sup> Amnesty International, *Commissioning justice, truth commissions and criminal justice*, April 2010, p. 57.

<sup>291</sup> Elle est dite supposée puisque la légitimation d'un processus ne nécessite forcément pas l'adhésion de groupes de citoyens (fussent-ils un échantillon représentatif) choisis comme représentant les autres lors des consultations nationales.

<sup>292</sup> G. B. KODOU, « Amnistie et impunité des crimes internationaux », in *Droits fondamentaux* n° 4, janvier - décembre 2004, p.67. Voir <http://www.Droit-fondamentaux.org>, visité le 14 juillet 2010.

<sup>293</sup> La vengeance dont il est question ici n'est pas la vindicte privée mais la vengeance publique : une réaction de la société à un comportement qu'elle incrimine.

puissent être rétablies dans leurs droits par l'auteur d'un acte qui contrevient aux règles fondamentales de la décence humaine contenue dans tout contrat social de coexistence.

C'est en droite ligne de cette logique que les dommages causés aux victimes et à la société par la violation des règles protégeant les droits fondamentaux créent une obligation à l'Etat de poursuivre les auteurs et de les sanctionner<sup>294</sup>. Il s'agit d'un besoin essentiel auquel pourvoit la justice rétributive en tentant d'appliquer la loi établie comme une base pour réaffirmer le fondement juridique de la décence et la dignité humaines.

La justice rétributive est d'autant plus nécessaire que la justice restauratrice – à laquelle on tend à la substituer<sup>295</sup> – n'est pas à mesure de restaurer la situation qui a prévalu avant le conflit. Aucun montant de réparation ou de compensation ne peut jamais restaurer, à un individu ou à une communauté, ce qui a prévalu avant qu'un enfant ait été tué, un conjoint assassiné, une bien aimée violée ou les biens matériels d'une famille détruits<sup>296</sup>.

Par ailleurs, si la question de la responsabilité devrait tenir compte des crimes qui continuent à se commettre – par exemple les massacres de Gatumba en août 2004<sup>297</sup> et plus récemment ceux de Rukoko en 2010 – le problème de la compétence *ratione temporis* et *ratione materiae* reste tout de même entièrement posé.

En effet d'un côté, le rapport Kalomoh a montré que les interlocuteurs burundais souhaitent que la compétence *ratione temporis* soit étendue aux événements qui ont eu lieu après 2000 – contrairement aux prescriptions de l'accord d'Arusha qui limitaient à la date de la signature de l'AAPRB (28 août 2000) la compétence du tribunal pénal international – au cas contraire la mission de la juridiction serait biaisée et de cette limitation résulterait une vision partielle et partielle du conflit burundais<sup>298</sup>.

D'un autre côté, la chambre spéciale poursuivra les crimes du passé jusqu'à la date de l'indépendance. A ce point, il importe de passer au peigne fin l'application du principe cher au droit criminel à savoir la légalité des délits et des peines. La question juridique qui se pose ici est de savoir si les crimes poursuivis constituaient des comportements répréhensibles par le droit pénal burundais au moment de leur commission. Dans l'affirmative, vont-ils être sanctionnés sur base des ressources légales disponibles au moment de leur commission ?

Il est évident que la législation burundaise ne sanctionnait pas les infractions de génocide, de crimes de guerre et crimes contre l'humanité avant l'an 2003<sup>299</sup>. La question reste de savoir si et depuis quand les crimes sous la compétence de la chambre spéciale relèvent du droit international coutumier. Si la réponse est moins controversée pour le crime de génocide et le crime contre l'humanité qui était déjà incriminé par le statut du tribunal militaire international de Nuremberg et reconnu par l'AG/NU comme faisant partie du droit international coutumier<sup>300</sup>, le doute surgit pourtant quant à la question de savoir dans quelle mesure les actes commis dans un conflit non international tombaient sous le coup du droit international coutumier dans les années 1962.

<sup>294</sup> Eric SOTTAS, *op. cit.*, sp.

<sup>295</sup> Olivier Kambala wa Kambala, *La justice transitionnelle dans tous ses états: étude de cas, Afrique du Sud* in *La justice transitionnelle dans le monde francophone : état des lieux*, Conference paper 2/2007, Département Fédéral des Affaires Etrangères (DFAE), 2007, p. 95.

<sup>296</sup> Institute for Justice and Reconciliation, *Les pièces du puzzle : Mots Clés sur la Réconciliation et la Justice Transitionnelle*, p.42.

<sup>297</sup> Environ 150 réfugiés Banyamulenge ont été tués par le FNL et les familles des victimes attendent toujours les enquêtes judiciaires avant même l'appel du Conseil de sécurité/NU de traîner les responsables de ces massacres devant la justice.

<sup>298</sup> Mathias GOLDMANN, *Does peace follow justice or vice versa? Pre-printed version of original article in Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 30:1, Winter 2006, p.137.

<sup>299</sup> C'est à partir de cette année qu'une loi portant répression du crime de génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité a été promulguée.

<sup>300</sup> UN, General assembly, *Resolution 95(1)*. Affirmation of international law recognized by the Charter of Nuremberg Tribunal, Dec. 11, 1946.

En effet, deux conditions doivent au moins être réunies :  
Il doit y avoir une règle coutumière qui interdit ce comportement ;  
Toute violation de la loi doit avoir été préalablement prévue et pénalement incriminée tant du point de vue des faits que de la sanction.

Ainsi l'article 3 commun aux conventions de Genève prévoyait déjà le minimum de règles applicables à ce genre de conflit. Par contre le 2<sup>ème</sup> Protocole additionnel de 1977 qui prévoit des règles applicables est postérieur à la période considérée et, de surcroît, n'oblige pas les Etats à punir les violations de ses dispositions. Ainsi donc, les conventions n'exigent pas la criminalisation des actes tombant sous le coup de cet article<sup>301</sup>.

Le statut du TPIR est le premier instrument à criminaliser formellement « les violations sérieuses » de l'article 3 commun aux conventions de Genève<sup>302</sup>.

La jurisprudence du TPIR et de la Chambre spéciale pour le Sierra Léone sur les crimes de guerre dans les conflits internes permettent actuellement d'affirmer que ces crimes se sont cristallisés et ont évolué vers le droit international coutumier. Cependant, cette évolution date des années 1990. Ainsi, si la chambre spéciale ne se limite pas aux actes constitutifs de crime de guerre commis après 1990, son statut serait en contradiction avec le principe de la non-rétroactivité des délits et des peines.

Il reste cependant que ces actes étaient sanctionnés par l'arsenal juridique burundais, non pas en tant que crime de génocide, crime contre l'humanité ou crime de guerre mais tout au moins comme des crimes d'homicide, pillage, vol, voies de fait, etc. selon les cas<sup>303</sup>.

### III. Les poursuites pénales : une composante des mécanismes de justice transitionnelle.

Les mécanismes de justice transitionnelle sont principalement, et non exclusivement, constitués par les commissions vérité, la recherche de la responsabilité par rapport aux faits constitutifs de violations graves de droits humains (les poursuites judiciaires), les réparations pour les victimes et les réformes institutionnelles pour éviter la reprise des atrocités<sup>304</sup>.

Au titre de la redevabilité, l'Accord d'Arusha prévoyait la mise sur pied d'une commission internationale d'enquête judiciaire et, au cas où cette dernière établirait l'existence des crimes de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre, la mise en place d'un tribunal pénal international<sup>305</sup>.

On constate donc que les mécanismes judiciaires sont envisagés dès la conception des mécanismes de justice transitionnelle. Il ne saurait en être autrement si l'on garde à l'esprit

<sup>301</sup> Mathias GOLDMANN, *op. cit.*, sp.

<sup>302</sup> Statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda, Annexe à la Résolution 955 (1994) du CS/NU, le 8 novembre 1994, article 4.

<sup>303</sup> Voir Décret-loi n°1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du Code pénal ainsi que le Décret du 30 janvier 1940 portant code pénal, rendu obligatoire au Burundi par l'O.R.U. n° 43/just. du 18 mai 1940.

<sup>304</sup> Pour une définition de la justice transitionnelle, voir :

- a) Alex Boraine, [http://www.idrc.ca/uploads/user-S/10899187131Discours\\_d'Alex-Boraine.dco](http://www.idrc.ca/uploads/user-S/10899187131Discours_d'Alex-Boraine.dco) ; Alex Boraine, Président du Centre international pour la justice transitionnelle « La justice transitionnelle : un nouveau domaine », Colloque « Réparer les effets du passé. Réparations et transitions vers la démocratie » Ottawa, Canada, 11 mars 2004.
- b) Marc Freeman et Dorothee Marotine : <http://www.ictj.org/images/contents/7/5/752pdf> «Qu'est-ce que la justice transitionnelle ? » International Center for Transitional Justice, 19 novembre 2007.
- c) Les réflexions de Juan Méndez dans l'Amicus Curiae présentées à la Cour Constitutionnelle colombienne sur la loi 975 de Justice et Paix analysant, à partir de diverses expériences, les exigences de la justice transitionnelle, 17 janvier 2007, <http://www.Americas/Colombia/colombia.justicebrief.spa.pdf>, cités par Eric Sottas in *Justice transitionnelle et sanction*, in <http://www.icrc.org/Web/.../irrc-870-Sottas-web-fra-final.pdf> consulté le 24 septembre 2010.

<sup>305</sup> Voir *Supra*, point I, 1.

l'affirmation du principe de lutter contre l'impunité par les protagonistes d'Arusha<sup>306</sup>. Or, l'on ne saurait lutter contre ce fléau sans établir les responsabilités par rapport aux atrocités commises dans le passé, en identifier les auteurs et les traduire devant la justice pour qu'ils réponde de leurs actes.

Par ailleurs, si les mécanismes vérités semblent gagner plus de sympathie et tendent à supplanter le champ de la répression<sup>307</sup>, il n'en demeure pas moins vrai que l'objectif ultime de la recherche de la vérité reste l'établissement des responsabilités et la sanction des auteurs des crimes<sup>308</sup> pour éviter leur répétition. Une analyse comparative montre également que les poursuites pénales ont toujours fait partie intégrante des mécanismes institués par les pays pour faire face à un passé douloureux. Bien que les approches soient différentes en fonction des sociétés et de leur histoire, la justice rétributive reste donc incontournable pour soigner les plaies du passé d'une société. La poursuite des crimes est d'ailleurs devenue une exigence du droit international contemporain<sup>309</sup> qui évolue de plus en plus vers le droit international coutumier.

Cependant, si les poursuites devraient être engagées contre tous les auteurs des crimes commis à tous les niveaux de responsabilité, la tâche serait quasi insupportable et les chances de succès réduites. C'est ainsi que dans la majeure partie des cas, les poursuites ont été engagées contre ceux qui ont été qualifiés de « gros poissons » (*big fishes*), expression pudique pour désigner les personnes qui portent la responsabilité au haut niveau des crimes commis<sup>310</sup>.

Ainsi se trouve posé le problème de la sélectivité des auteurs et des crimes contre lesquels les poursuites pourront être engagées. Cette question est l'objet du point qui suit.

### III.1. La problématique de la sélectivité des auteurs et des crimes à poursuivre.

Du tribunal de Nuremberg à la Cour Pénale Internationale en passant par les tribunaux ad hoc TPIR et TPIY, un effort de lutte contre l'impunité a été consenti et un avertissement donné à ceux qui voudraient commettre des actes criminels qu'ils peuvent un jour être amenés à rendre compte quelle que soit leur qualité au moment de la commission de ces actes<sup>311</sup>. Cependant, ces poursuites ont toujours été limitées à quelques personnes et pour quelques actes pour des raisons tant pratiques que juridiques<sup>312</sup>.

Dans le cadre de la justice transitionnelle, il est généralement admis de limiter les poursuites judiciaires aux auteurs des violations des droits humains qui endossent une responsabilité d'une certaine gravité et pour des actes criminels d'une ampleur particulière<sup>313</sup>. La limitation

<sup>306</sup> *Ibidem*.

<sup>307</sup> Sandrine LEFRANC, « Le professionnalisme d'un militantisme réformateur du droit : l'invention de la justice transitionnelle », *In Droit et société*, Ed. juridiques associées, 2009/3/n°73.

<sup>308</sup> Stéphane LEMANE-LANGOIS, *Réconciliation et justice : fonctionnement, réussites et échecs des commissions de vérité*, Ed. Athena, p.2.

<sup>309</sup> L'obligation des Etats d'enquêter sur les crimes contre les droits humains et le droit international humanitaire dérive des différentes conventions internationales dont la plupart des dispositions ont une valeur coutumière telle que la Convention pour la répression et la prévention du crime de génocide, le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, les quatre Conventions de Genève et les deux protocoles additionnels, etc.

<sup>310</sup> Auteurs moraux, instigateurs et/ou les personnes ayant incité, supervisé ou favorisé la commission des crimes en cause.

<sup>311</sup> La qualité officielle ou de subalterne recevant un ordre d'un supérieur hiérarchique n'est plus une cause d'exonération de la responsabilité pénale de celui qui l'invoque. Voir la jurisprudence des tribunaux pénaux ad hoc.

<sup>312</sup> Les poursuites au niveau international sont limitées aux seuls auteurs des crimes internationaux suite à leurs exigences en termes de moyens mais aussi aux limitations statutaires ou conventionnelles. Il s'ajoute le caractère complémentaire des juridictions pénales internationales qui accordent une primauté des poursuites aux juridictions étatiques, la justice étant un domaine de souveraineté des Etats par principe.

<sup>313</sup> Généralement ce sont les crimes contre le droit international qui sont poursuivis, les infractions ordinaires étant laissées aux

*ratione temporis* ne nécessite pas un commentaire particulier dès lors qu'elle ressort de la définition même de ces mécanismes et peut être sous entendu dans l'autre face du vocable même « transitionnelle ».

### III.2. L'étendue *ratione personae* des poursuites judiciaires.

L'expérience de la justice transitionnelle dans le monde nous montre que dans les sociétés en transition d'un régime autoritaire à un régime démocratique ou d'une situation de conflit à une période post conflit, il n'est pas aisé d'engager des poursuites judiciaires contre tous les éventuels auteurs des atrocités qui ont été commises. Le cas du Burundi n'échappe pas à ce schéma général sans néanmoins manquer de particularités.

Cet abandon des poursuites se fonde principalement sur les raisons suivantes :

1. La période que la société en cause s'efforce de quitter est caractérisée par une criminalité massive et des responsabilités partagées si bien que les investigations contre toutes les personnes impliquées dans les violations des droits de l'homme à quelque degré de responsabilité que ce soit serait une tâche à la fois interminable et infructueuse ;
2. L'abandon des poursuites contre les protagonistes d'un conflit est généralement une condition explicite au cessez-le-feu et à la signature des accords de paix.

La poursuite du processus de transition (voire du processus de paix lui-même) est souvent à ce prix du moment que les parties à un conflit ou les dictateurs n'adhéreront – ou en tout cas ne constitueront pas un frein – au processus que s'ils obtiennent des garanties d'immunité ou d'amnistie comme cela est le cas au Burundi<sup>314</sup>. Nous y reviendrons.

3. Pendant la période transitoire, l'état de l'appareil judiciaire ne se prête également pas à pareilles poursuites. En effet, le système de justice sort de cette période affaibli tant du point de vue de sa légitimité que de ses capacités d'accueil en termes de ressources humaines et matérielles. Il suffit de penser à la population carcérale dont la majorité est en détention préventive et à la manipulation du pouvoir judiciaire par l'exécutif pour éprouver la faiblesse du système judiciaire qui prévaut au Burundi<sup>315</sup>

S'il est vrai que ces raisons sont inspirées d'une certaine dose de réalisme, ce choix reste tout de même critiquable dès lors qu'il entame les principes d'égalité et d'administration équitable de la justice tout en faisant prévaloir des objectifs nouveaux sur les objectifs préexistants de compensation du mal fait à la société par l'application du châtement et de dissuasion/prévention de la répétition des crimes dans l'avenir.

La question de la sélectivité des auteurs à poursuivre pose le problème de la responsabilité et soulève des interrogations sur les le caractère juridique des critères de sélection. En effet, il est difficilement soutenable pour la victime qui ne comprend généralement pas la chaîne de la responsabilité, qu'aux fins de la réconciliation, le voisin qui a tué son conjoint, violé son enfant, détruit sa maison et volé son bétail reste à l'abri des poursuites criminelles.

---

juridictions ordinaires si elles ne sont pas exemptées des poursuites en échange de la vérité comme cela fut le cas en Afrique du sud et les infractions politiques sont souvent amnistiées.

<sup>314</sup> Les mouvements rebelles armés exigeaient systématiquement l'amnistie des membres de leurs mouvements et l'immunité de leurs leaders politiques pour la poursuite des négociations. Cela fut le cas lors des négociations de cessez-le-feu entre le Gouvernement du Burundi et les mouvements CNDDFDD de Jean Bosco NDAYIKENGURUKIYE, le CNDD de Léonard NYANGOMA ou avec le CNDDFDD de Pierre NKURUNZIZA ou encore avec le FNL d'Agathon RWASA.

<sup>315</sup> Dans le cas du Burundi, le pouvoir judiciaire a été utilisé comme un arme contre les opposants politiques et a ainsi joué un rôle considérable dans le passé douloureux auquel tend à faire face les mécanismes de justice transitionnelle.

En droit de la procédure pénale classique, les poursuites criminelles dont l'opportunité revient au ministère public peuvent être arrêtées ou omises en raison du manque d'éléments suffisants pour qualifier l'infraction ou que l'acte commis ne trouble pas l'ordre public ou encore que les poursuites n'auraient pas d'intérêt à la société dont la mémoire du crime n'est plus vive. Les atrocités commises lors du conflit burundais sont trop graves pour manquer d'éléments ou pour être inoffensif à l'ordre public dès lors que leur impunité a toujours été une justification des cycles de violences<sup>316</sup>. Il est également à signaler que le triage des poursuites se remarque aussi au niveau de la nature des violations objet d'investigations.

### III.3. L'étendue *ratione materiae* des poursuites.

On l'a déjà dit plus haut, la justice transitionnelle tolère des dérogations à l'application idéale de la justice punitive. L'idée qu'on met souvent derrière est que la paix et la démocratie sont assurées beaucoup plus par un mode de vie pacifié que l'application stricte d'une justice classique de gagnant/perdant. De ces développements est né un 'pseudo-conflit' de valeurs entre la justice et la paix<sup>317</sup>.

Cela étant, le mécanisme judiciaire de la justice de transition s'occupe de plus en plus des crimes les plus graves hérités du passé : exécutions sommaires ; disparitions forcées ; détentions arbitraires ; attaques contre les populations civiles ; tortures et autres traitements cruels, inhumains et dégradants ; etc. Il en résulte que son approche est de se focaliser principalement sur les violations des droits civils et politiques.

Mais la question qui se pose ici est de savoir si, dans le cadre d'un traitement exhaustif du passé, il est judicieux d'omettre les violations massives de l'autre catégorie de droits à savoir les droits économiques, sociaux et culturels<sup>318</sup>. Faut-il négliger les violations contre le droit au logement, le droit à l'alimentation ainsi que le droit à la propriété ?

Nous ne le pensons pas du moment que l'on sait par exemple l'importance que la population burundaise attache à la propriété foncière relativement à laquelle le conflit violent constitue une menace sérieuse tombeuse de la violence à caractère ethnique du conflit politique<sup>319</sup> dont on est en passe de sortir. C'est dans cette logique que s'inscrivent les autorités burundaises qui ont toujours manifesté un intérêt constant à la question des terres et autres biens.

Il est donc impérieux de traiter toutes les violations qu'elles eurent été dirigées contre les droits civils et politiques ou contre les droits économiques, sociaux et culturels. Il est vrai que la justiciabilité de certains droits de cette dernière catégorie fait toujours l'objet de débat<sup>320</sup> bien qu'il n'en demeure pas moins vrai que tout droit perd son sens s'il ne peut pas faire l'objet d'une action en justice.

<sup>316</sup> Voir *supra*.

<sup>317</sup> Les écrits qui se sont multipliés ces derniers temps sont allés dans le sens d'une opposition entre la paix et la justice. Il a été privilégié le besoin de faire avancer les processus de paix au sacrifice des poursuites criminelles contre les responsables des parties armées auteurs des violations massives des droits humains. Nous sommes d'avis de ceux qui soutiennent qu'il faut plutôt une séquenceur qu'a un abandon de l'un ou l'autre mécanisme de justice transitionnelle, voir a ce propos Refugee Law Project, *Peace first, justice later : Traditional justice in Northern Uganda* Working paper No 17, 2005.

<sup>318</sup> Ce n'est qu'une conséquence de l'adoption des deux instruments séparés de droits humains à savoir le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques ainsi que le Pacte International Relatif aux Droits Economiques Sociaux et Culturels. Voir a ce propos Katrina Yvonne Killen, *Transitional Justice and the Marginalisation of Socioeconomic Issues*, dissertation non publiée, Faculty of Social Sciences, University of Ulster, 2010, p. 9.

<sup>319</sup> Le conflit burundais a été qualifié par les protagonistes d'Arusha de « conflit fondamentalement politique avec des dimensions ethniques extrêmement importantes » (AAPRB, Protocole I, Chap. 1, article 4).

<sup>320</sup> L. Scott, *Another step towards indivisibility: Identifying the key features of violations of economic, social and cultural rights*, 1998, p. 20 *Human Rights Quarterly*, vol. 81, p. 88 cité par Mbazira Christopher, *Litigating socio-economic rights in South Africa, a choice between corrective and distributive justice*, Pretoria University Law Press, 2009, p. 27.

En conclusion à ce point relatif à la sélectivité, même si les raisons pratiques justifient l'abandon des poursuites pour certaines personnes et certains actes, il convient de faire remarquer que la limitation matérielle et personnelle des investigations semble diluer le principe de la légalité des délits et des peines et remet quelque peu en cause l'essence même de l'idée de responsabilité pénale individuelle, pourtant si fondamentale à la compréhension de l'autorité de la loi<sup>321</sup> et au règne même de l'Etat de droit.

Ainsi, même si très peu de gens exigent la punition des auteurs des violations des droits de l'homme selon le rapport de Cyrus SAMII<sup>322</sup>, cette situation peut s'expliquer par l'état précaire de la sécurité du pays et la peur des représailles éprouvée par une population dont les réminiscences de la violence de la guerre sont toujours vives<sup>323</sup>.

Par ailleurs, s'il est vrai que la tendance du Burundi comme la plupart des pays qui sortent d'une guerre civile est d'éviter la poursuite d'une justice punitive dans leur pays, parce qu'ils estiment que cette voie risque de représenter une menace pour la stabilité<sup>324</sup>, il demeure fondamentalement crucial de garder présente à l'esprit l'idée que le développement de normes fortes de redevabilité requiert que les gens dans chaque pays poursuivent une telle justice tout le temps. Ce n'est que dans cette perspective que les mécanismes de justice transitionnelle seront justes et auront plus d'égard aux victimes.

### III. Les perspectives du droit pénal dans le processus de justice transitionnelle au Burundi.

Par l'exclusion des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du génocide du domaine des crimes amnistiables<sup>325</sup>, l'arsenal juridique burundais fait belle place à la nécessité de répression et s'aligne ainsi au droit international.

Mais la volonté du Gouvernement burundais de conférer à la Commission Vérité et Réconciliation les pouvoirs de qualifier les crimes pour lesquels la chambre spéciale pourra exercer les poursuites pénales s'inscrit en faux contre les principes élémentaires d'indépendance et d'impartialité chers à tout organe judiciaire.

En effet, par cette prééminence de la CVR sur la chambre spéciale, cette dernière se retrouverait à la merci d'un organe extrajudiciaire dont les motivations ne sauraient être éloignées des considérations d'opportunité qui biaisent fondamentalement les besoins techniques d'une justice équitable.

Il est devenu une pratique constante en droit international de la justice transitionnelle que l'exonération des poursuites à l'encontre des auteurs des crimes de droit international n'a jamais été acceptée qu'en échange soit d'un retrait politique des auteurs soit de l'établissement d'un Etat de droit<sup>326</sup>. Or, outre qu'il n'en est pas ainsi pour le cas du Burundi, il reste que la poursuite des crimes odieux requis par le droit international ne serait que partie remise en vertu du caractère imprescriptible et inamnistiable de ces crimes dont l'impératif de

<sup>321</sup> Institute for Justice and Recociliation, *Les Pièces du Puzzle*, ...op. cit., p. 77.

<sup>322</sup> Cyrus SAMII, *Qui veut pardonner et oublier ? Appréciation des Civiiles sur la Justice Transitionnelle et la Vérité au Burundi*, Columbia University, New York, USA, mars 2009, p. 21.

<sup>323</sup> Les anciens chefs rebelles du principal mouvement armé étant aux commandes, la population préfère garder le semblant d'accalmie dans laquelle elle est actuellement au lieu de réclamer des poursuites qui risquent de le faire retourner dans le conflit.

<sup>324</sup> Vandegiste Stef, *Burundi : entre le modèle consociatif et sa mise en œuvre*, in MARYSSE, S. et al. (eds.), *L'Afrique des Grands Lacs. Annuaire 2007-2008*, Paris, L'Harmattan, p. 19.

<sup>325</sup> Voir *Supra*, Point I. 2.

<sup>326</sup> Cela fut le cas en Afrique du Sud par exemple où le choix a été opéré en faveur de la vérité et des réformes institutionnelles tendant à consacrer l'Etat de droit en lieu et place des poursuites judiciaires contre le crime d'apartheid pourtant qualifié de crime contre l'humanité par la convention contre ledit crime.

répression fait actuellement partie du *jus cogens*<sup>327</sup>.

Cependant, le risque d'évoluer vers une situation où le Gouvernement burundais semble coopérer quand la communauté internationale met de la pression sur le régime mais en planifiant de retourner au point zéro quand l'agenda de l'ONU et du Conseil de sécurité se tourne vers d'autres zones chaudes<sup>328</sup> est grand. Il semble en effet que les pas du Gouvernement dans les négociations de mise en place des institutions de la justice de transition sont calculés.

Sous un autre aspect et pour corroborer ce qui vient d'être dit, les perspectives de la justice punitive se mesurent à l'importance et la nature des poursuites judiciaires dans la panoplie des mécanismes de justice transitionnelle. Or, c'est sur la question de l'amnistie, forcément restrictive du champ de la justice pénale, quant à sa portée et sa validité que les discussions entre les deux parties<sup>329</sup> achoppent.

En effet, la partie Gouvernementale s'en tient à l'Accord d'Arusha pour exiger une large application de l'amnistie<sup>330</sup> en ce sens que, de l'avis du Gouvernement burundais, la CVR devrait « arrêter ou proposer des mesures susceptibles de promouvoir la réconciliation et le pardon » en déterminant « les cas pour lesquels l'amnistie pourrait être votée »<sup>331</sup>.

Or, la partie onusienne a relevé une contradiction entre le texte d'Arusha et les divers textes relatifs à la question de l'amnistie. Ainsi, a-t-elle souligné, si le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont systématiquement exclus des crimes amnistiables, il est difficile de voir exactement quels autres crimes seraient visés par l'amnistie.

En effet, « si les actes relevant de la compétence de la commission nationale pour la vérité et la réconciliation étaient des 'actes de violence graves commis au cours des conflits cycliques' et qui étaient de nature à 'endeuiller' le Burundi, on peut difficilement soutenir qu'il s'agissait des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre »<sup>332</sup>.

Bien plus, si le Gouvernement avait au départ réaffirmé son engagement à exclure des cas amnistiables le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre<sup>333</sup>, cette volonté fut remise en cause par la lettre de la Ministre des Relations Extérieures et de la Coopération datant du 15 juin 2006, qui proclamait qu'au nom de la réconciliation, il faudrait « laisser aux membres de la commission de vérité et réconciliation, qui serait par ailleurs composée de nationaux et internationaux, de déterminer les cas amnistiables tel que prévu par l'accord d'Arusha (...) »<sup>334</sup>.

De surcroît, le penchant du Gouvernement en faveur d'une CVR à compétences élargies au détriment d'un mécanisme judiciaire est manifeste. Il est ressorti du Conseil des ministres qui a statué le 2 février 2006 sur la question de la CVR et du Tribunal spécial, une position bien claire : « L'orientation générale du mandat de la commission doit être la recherche de la vérité avec comme objectif principal la réconciliation nationale, la justice n'interviendrait là où le pardon

<sup>327</sup> Voir *Supra*, Point III.

<sup>328</sup> Observatoire de l'action Gouvernementale, ASBL, *Les consultations nationales au Burundi, expériences acquises, défis et stratégies pour la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle*, Bujumbura, février 2009, p. 76.

<sup>329</sup> La partie Gouvernementale et la partie onusienne.

<sup>330</sup> Au terme du §65 du Mémoire de la délégation Gouvernementale, « aucun acte, aucun fait établi par la commission n'est d'avance exclu du processus de réconciliation ».

<sup>331</sup> Mémoire de la délégation burundaise, (...), 26 mars 2007, *op. cit.*, point 27, h.

<sup>332</sup> Doc, NU, S/2005/158, §30.

<sup>333</sup> Compte-rendu thématique des discussions et des négociations entre la délégation burundaise et onusienne du 27 au 31 mars 2006 à Bujumbura, §18.

<sup>334</sup> Lettre de la Ministre des Relations Extérieures et de la Coopération Internationale, Mme Antoinette BATUMUBWIRA au Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, M. Nicolas Michel, en date du 15 juin 2006.

*s'est avéré impossible* »<sup>335</sup>.

Si l'on adjoint ce communiqué du Gouvernement aux libérations massives des prisonniers dits politiques, on constate une volonté à peine voilée de reléguer au second plan les poursuites judiciaires contre les auteurs des crimes odieux délibérément mués en des infractions politiques ou à mobile politique.

Cette attitude est bien évidemment contraire au droit international des droits de l'homme, au droit international humanitaire et aux exigences du droit pénal international dont l'évolution a douloureusement abouti à la création d'une CPI<sup>336</sup>. Aucune société ne saurait prétendre être libre ou démocratique sans une adhésion stricte à la règle de droit. Cela est d'autant plus vrai que pendant la période de guerre ou dictature, les dirigeants ou chefs rebelles mettent de côté, à la première occasion, la règle de droit<sup>337</sup>.

En revanche, le retour à la légalité et à une administration équitable de la justice est caractéristique de la fin du conflit ou de la dictature et mérite un respect plus profond. Et s'il est vrai que la construction ou la reconstruction d'une société juste requiert bien plus que des châtements<sup>338</sup>, il n'en demeure pas moins vrai que la commission vérité et réconciliation ne doit pas être considérée comme une alternative à des poursuites judiciaires mais plutôt comme un complément<sup>339</sup>.

En définitive et sans être trop pessimiste, certaines étapes de l'évolution du processus de réconciliation au Burundi sont révélatrices d'un risque élevé de persistance de l'impunité au Burundi suite aux paramètres politiques savamment introduits dans le débat autour de la justice de transition. Bien plus, les limites du système formel et informel de la justice burundaise réduit les capacités de la justice pénale d'amener les auteurs à répondre de leurs actes.

#### **IV.1. Le permanent spectre de la politisation : une menace de la persistance de l'impunité.**

La nécessité de l'établissement des responsabilités des violations commises lors du conflit burundais se trouve mise à mal par les mesures d'amnistie et d'immunité provisoire ainsi que la libération des prisonniers dits politiques.

Sur le plan des principes, l'amnistie est une mesure légale ayant pour effet d'éteindre l'action publique ou de faire cesser les poursuites pénales ou de supprimer les condamnations qui en sont issues<sup>340</sup>.

Dans le cadre de la justice transitionnelle, l'amnistie vise à obtenir la collaboration la plus entière des auteurs des crimes commis afin de faire éclater la vérité sur l'ensemble des violations<sup>341</sup>.

Cet objectif peut être plus ou moins atteint selon que cette mesure intervient avant ou après

<sup>335</sup> Communiqué du Gouvernement issu du Conseil des Ministres du 2 février 2006, Bujumbura, p.1.

<sup>336</sup> L'historique de la naissance de la CPI traduit l'évolution du combat contre l'impunité dont le tournant décisif fut justement la création de cette juridiction pénale internationale.

<sup>337</sup> Institute for Justice and Reconciliation, *op. cit.*, p. 77

<sup>338</sup> *Ibidem*.

<sup>339</sup> *Idem*, p. 100.

<sup>340</sup> Loi n°1/05 du 22 avril 2009 portant révision du Code Pénal, art. 17.

<sup>341</sup> C'est le cas de l'amnistie accordée aux auteurs des crimes lors du régime d'apartheid en Afrique du Sud.

le jugement. L'amnistie post condamnation incite moins la collaboration de l'auteur, déjà jugé, à l'établissement de la vérité. Il n'a pas beaucoup intérêt, en effet, à coopérer avec un système qui risque de lui valoir de nouvelles inculpations, le principe de *ne bis in idem* ne couvrant pas les crimes occultés<sup>342</sup>. Mais pour y remédier, l'auteur peut subordonner sa collaboration à ce qu'aucune révélation qu'il ferait ou qui émanerait des personnes qu'il aurait mis en cause ne puisse servir de base pour une nouvelle condamnation dans le cadre d'une nouvelle affaire<sup>343</sup>.

Accordée avant le jugement, l'amnistie serait contraire au droit international si elle s'étend aux violations des droits humains que les Etats ont la responsabilité de réprimer, y compris les crimes contre le droit international. Or, pour le cas du Burundi qui fait objet de la présente réflexion, l'exclusion de telles violations des actes amnistiables vide l'amnistie de sa portée et rétrécit considérablement son champ d'application. C'est principalement cette raison qui justifie qu'au Burundi le champ de cette mesure a été élargie au moyen d'introduction d'éléments politiques<sup>344</sup> qui compliquent les négociations actuellement y relatives.

Le marchandage politique a atteint son paroxysme lors du traitement de la question des prisonniers politiques. En effet, le protocole II de l'Accord d'Arusha en son article 15 stipulait que « *le Gouvernement de transition crée, dans un délai de 30 jours à compter du début de la transition, une commission présidée par un juge, chargée d'enquêter d'urgence et de faire des recommandations sur :*  
(...) *l'existence et la libération de tous les prisonniers politiques ; (...)* ».

Ce n'est qu'en novembre 2001 que cette commission a été mise en place pour rendre son rapport en février 2002 sans pouvoir lever des ambiguïtés autour de la notion de prisonnier politique<sup>345</sup>.

En 2004, le Gouvernement burundais a préféré recourir aux mécanismes prévus par le code pénal et le code de procédure pénale à savoir la libération conditionnelle et la mise en liberté provisoire pour libérer environ 2071 prisonniers.

Consécutivement à l'accord global de cessez-le-feu entre le Gouvernement de transition et le CNDD-FDD, une commission a été mise en place en mars 2004 pour « *identifier les combattants du CNDD-FDD, leurs collaborateurs ainsi que les membres des forces de défense et de sécurité en détention devant bénéficier de l'immunité provisoire* »<sup>346</sup>.

Après les élections de 2005, le Gouvernement a procédé, par décret, à la libération des prisonniers dits politiques. En 2006, il a été décidé, également par décret présidentiel, que les prisonniers identifiés par la commission mise en place le 7 novembre 2005 bénéficieraient d'une immunité provisoire ; le terme provisoire signifiant jusqu'à la mise en place des mécanismes prévus par le rapport Kalomoh.

En application de ce décret, trois ordonnances ministérielles prises en 2006 ont permis d'élargir provisoirement quelques 3300 prisonniers politiques, sans distinguer les personnes déjà condamnées de simples prévenus.

<sup>342</sup> Institute for Justice and Reconciliation, *op. cit.*, p. 77.

<sup>343</sup> *Ibidem*

<sup>344</sup> Voir *Infra*.

<sup>345</sup> La définition d'un prisonnier politique a été un mélange d'éléments objectifs et subjectifs dans la mesure où il été fait référence aux actes figurants dans le code pénal (critères objectifs) tout en ajoutant les actes à mobile politique (critères subjectif).

<sup>346</sup> Article 1 du Décret N° 100/023 du 23 mars 2004 portant modalités d'application de l'immunité provisoire prévue par l'Accord Global de Cessez-le-feu du 16 novembre 2006.

Outre les contestations qu'ont soulevées ces libérations<sup>347</sup> et en dépit de leur impact sur la population carcérale, ces différentes mesures ont « renforcé la perception que la justice est rendue par le pouvoir exécutif sur base de paramètres politiques, plutôt que l'appareil judiciaire »<sup>348</sup>.

Les mesures de lutte contre l'impunité prévues par l'Accord d'Arusha n'ont donc pas effectivement été mises en œuvre sans la moindre altération.

En effet, toute question, fut-elle technique, est ou peut être actuellement soumise à des négociations pour déboucher à une « solution »<sup>349</sup> politique. Cependant, la répression des auteurs des viols des femmes, des attaques ciblées contre des civils, des assassinats et viols d'enfants innocents, des exécutions sommaires et extrajudiciaires, etc. ne devrait pas être sujette à des négociations.

Ainsi le champ du politique ne cesse de s'agrandir au détriment des solutions de droit qui pourtant, dans le cas d'espèce, sont de nature à apporter une contribution efficace à la construction d'un Etat de droit. Au nom de la réconciliation, les droits des victimes sont sacrifiés sous l'autel de l'impunité et le contexte politique actuel éloigne tout espoir de voir les auteurs des crimes un jour punis et des frustrations ne font que, *de facto*, s'accumuler.

Les criminels économiques contre lesquels la lutte a été annoncée par le Président de la République<sup>350</sup> peuvent se prévaloir d'une injustice à leur égard si l'on tient compte des libérations massives des condamnés et prévenus pour des crimes de sang ainsi que des possibles auteurs actes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre qui sont dont l'immunité – ou plutôt l'impunité – garantit la non poursuite.

Il reste que la justice formelle et informelle dont dispose le Burundi présente des insuffisances qui limitent sa capacité à combattre l'impunité. Le point suivant développe quelques observations sur les limites de l'appareil judiciaire classique ainsi que les facteurs qui diminuent l'attrait du système traditionnel des *Bashingantahe*.

#### **IV.2. Les limites de la justice formelle et informelle dans la lutte contre l'impunité.**

L'usage des termes « justice formelle et informelle » dans le présent texte fait référence à la justice rendue par les cours et tribunaux d'une part ; et la justice rendue par les *Bashingantahe*, d'autre part.

L'appareil judiciaire burundais a été critiqué depuis l'accord d'Arusha qui prévoyait déjà sa réforme<sup>351</sup>. Nombre d'études sont revenues sur les dysfonctionnements du pouvoir judiciaire lié aux facteurs tant endogènes qu'exogènes<sup>352</sup>.

A l'état actuel des capacités de l'appareil judiciaire en termes de moyens humains et matériels, la justice burundaise est loin d'être à mesure de satisfaire aux besoins des

<sup>347</sup> Trois organisations de la société (OAG, FORSC et Ligue Iteka) ont saisi la Cour Constitutionnelle pour inconstitutionnalité de ces ordonnances de libération. Leur requête n'a pas été analysée quant au fond et fut jugée irrecevable.

<sup>348</sup> Méthode Ndikumamasabo et Stef Vandeginste, *op. cit.*, p117.

<sup>349</sup> Une réponse politique à une question technique n'est pas en réalité une solution à proprement parler.

<sup>350</sup> Dans le discours d'investiture au mois d'août 2010, le Président a annoncé une tolérance zéro aux cas de corruption et malversation économique et les responsables des entreprises étatiques SOSUSMO (Société Sucrière MOSO) et OTRACO (Office de Transport en Commun) ont été arrêtés dans ce cadre.

<sup>351</sup> Cet accord envisageait déjà sa réforme comme une des solutions au conflit Burundais. AAPR, articles 5 et 7.

<sup>352</sup> Voir pour plus de détails notamment Ligue des Droits de la Personne dans la Région des Grands Lacs (LDGL), *Burundi : quarante ans d'impunité*, 2005, pp. 33-44.

justiciables compte tenu de la (sur)population carcérale et des effectifs des magistrats<sup>353</sup>. Bien plus, les juridictions de grande instance dont la compétence matérielle permet de connaître les crimes commis lors des crises qu'a connu le pays depuis 1962, hormis les cas de privilège de juridictions, ne sont pas suffisamment équipées traiter en temps raisonnable lesdits crimes. Il s'ajoute que la composition du siège en matière criminelle – qui requiert un président et quatre juges choisis dans le respect des équilibres ethniques et du genre<sup>354</sup> – réduit davantage les capacités de la justice pénale.

Cette situation justifie de plus en plus la nécessité des mécanismes de justice transitionnelle pour faire face à l'héritage d'un lourd fardeau de crimes commis lors du conflit burundais. En outre, le nombre élevé de crimes commis au Burundi pose un sérieux défi à la construction de l'état de droit et est au cœur de la question de la lutte contre l'impunité. Le droit pénal positif burundais y apporte un début de solution en prévoyant la répression de la participation criminelle au chapitre VI du nouveau code pénal<sup>355</sup>. Cependant, la question va au delà de cas de complicité ou/et de coaction ordinaires de par les circonstances de la commission des crimes, leur nature et le nombre de personnes impliquées.

Les mécanismes judiciaires jusque-là adoptés par les sociétés en transition n'ont encore parfaitement réussi à trouver un modèle capable d'amener tous les auteurs des crimes à répondre de leurs crimes. L'évolution du droit de la justice transitionnelle a révélé une tendance à privilégier la 'réconciliation' – voulue ou imposée – à la poursuite systématique des crimes. Mais comme développé ci-haut, ce modèle a déjà montré ses limites et l'exigence de la justice reste un besoin dont la satisfaction s'avère incontournable, fut-elle à court, à moyen terme ou à long terme<sup>356</sup>.

Il a été constaté que le mécanisme judiciaire de la justice transitionnelle concentre les efforts sur les 'gros poissons'. Or, non seulement que ce système couteux et éloigné des victimes s'avère plutôt symbolique qu'effectif<sup>357</sup>, mais aussi et surtout la reconstruction de l'Etat dont vise la justice transitionnelle se fait et se manifeste au niveau de la coexistence des communautés locales et la justice doit être perçue à ce même niveau.

Ce constat est à l'origine d'une tendance actuelle à l'adoption de mécanismes locaux de rendre la justice en Afrique en droite ligne avec l'idée de « contextualisation » (ou au mieux de domestication) de la justice transitionnelle. Il en est le cas avec le système rwandais des *Gacaca* et du système traditionnel de réconciliation connu au Nord de l'Ouganda sous le nom de *Mato opu*<sup>358</sup>. On pourrait penser à l'adoption ou au choix d'un modèle similaire au Burundi avec l'institution des *Bashingantahe* qui constitue un mécanisme traditionnel similaire dans la culture burundaise.

Cependant, le système des *Bashingantahe* appelle quelques remarques dont il faut tenir compte avant son adoption comme mécanisme complémentaire dans la lutte contre l'impunité :

<sup>353</sup> Selon les dernières statistiques (2010), le nombre total des magistrats des juridictions supérieures (du Tribunal de Grande Instance à la Cour Suprême) en activité est seulement de 720. Voir le Rapport de la Direction générale de l'organisation judiciaire, Ministère de la Justice, Gouvernement du Burundi, Décembre 2010.

<sup>354</sup> Loi n° 1/08 du 17 mars 2005 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaire, article 16, in *B.O.B. 2005, n° 3 quater*, p.19.

<sup>355</sup> Voir les articles 37 à 43 de la loi n° 1/05 du 22 Avril 2009 portant révision du Code Pénal.

<sup>356</sup> Tel est le cas en Argentine et en Espagne où plusieurs années après la fin de la transition des procès sont actuellement en cours contre les responsables des disparitions sous le régime de Franco (Espagne) ou les généraux de la junte argentine.

<sup>357</sup> Voir le bilan du Tribunal Pénal International pour le Rwanda et de la Chambre Spéciale pour la Sierra Léone comparativement au fardeau financier que constituent la mise en place et le fonctionnement de ces tribunaux.

<sup>358</sup> Il s'agit d'un système traditionnel de réintégration d'une personne ayant commis un meurtre consistant à boire la racine sous l'arbre avec la tribu dont la victime était membre. Pour une ample description de ce mécanisme, voir Finnstrom, *Living With Bad Surroundings*, 297-299 cite par Refugee Law Project, *Peace first, justice later: Traditional justice in Northern Uganda*, Working paper No. 17, Kampala, Uganda, 2005, p. 23-24.

- a) Depuis la période coloniale, outre que le colonisateur a essayé d'affaiblir l'institution des *Bashingantahe*<sup>359</sup>, la compétence de celle-ci a beaucoup été restreinte aux matières civiles (familiales ou de voisinage) à l'exclusion de toute compétence pénale (du moins formellement<sup>360</sup>). Il convient dès lors de se demander, une fois adopté comme complément à l'appareil judiciaire, dans quelle mesure le système des *Bashingantahe* pourra garantir le droit à un procès équitable dans tous ses aspects<sup>361</sup>.

Certes, l'on pourrait s'inspirer du modèle rwandais qui fait des tribunaux *Gacaca* un système hybride de droit coutumier intégrant les éléments du droit écrit propres au code pénal et de la procédure pénale<sup>362</sup>, mais il faudra tenir compte des limites du modèle rwandais déjà considéré par certains comme « un mode extrajudiciaire de règlement du contentieux de génocide »<sup>363</sup>.

- b) Le système de mise en place des *Bashingantahe* a été l'objet de critiques surtout avec les tentatives de 'réhabilitation' débutées les années 1998 dans une vague de contestations et de spéculations politiques<sup>364</sup>. Il y a lieu de se demander si le système ne risque pas d'être un moyen de règlement des comptes au niveau local dès lors qu'il n'existe apparemment pas de garanties contre le danger de manipulation dont souffre le système judiciaire classique. En effet, la question de l'indépendance de cette institution par rapport aux élus locaux et au pouvoir exécutif dans l'ensemble demeure légitime.
- c) Il s'est dégagé une méfiance à cette institution avec le régime en place qui a tendance à substituer aux *Bashingantahe* les élus collinaires, voire dans certains cas les leaders locaux du parti au pouvoir<sup>365</sup>. Cette méfiance liée à la politisation de l'institution depuis la période du parti unique va si loin que certains refusent même d'être nommés *Mushingantahe X'* qui ne renvoie pas à l'institution mais au respect dû à la personne conformément à la culture burundaise<sup>366</sup>.
- d) Dans les cas où les mécanismes traditionnels ont été adoptés comme mécanismes de transition pour appuyer l'appareil judiciaire, le système était déjà reconnu dans l'arsenal juridique du pays<sup>367</sup> ou était déjà pratiqué dans les communautés ou les tribus au sein desquelles se fait la réconciliation<sup>368</sup>. Il faudra donc préalablement renforcer la légitimité de l'institution des *Bashingantahe* dont le contexte politique et légal actuel accorde une place limitée<sup>369</sup>.

<sup>359</sup> Voir Tracy Dexter JD and Dr Philippe Ntahombaye, *The role of informal justice systems in fostering the rule of law in post-conflict situation: The case of Burundi*, Center for Humanitarian Dialogue, Geneva, 2005, p. 14; voir aussi Luck Hyse et al., *Justice traditionnelle et réconciliation après un conflit violent : La richesse des expériences africaines*, IDEA, Stockholm, 2008, p. 169.

<sup>360</sup> D'une manière ou d'une autre, les *Bashingantahe* ont continué à exercer leur compétence dans toutes les matières (aussi pénales que civiles) dans la limite de leur acceptation dans les communautés, ce qui se traduit par la confirmation de leur décision par les tribunaux de résidences. Voir à ce propos Dexter et Ntahombaye, 2005 cités par Luc Huyse et al. *Op. cit.*, p. 176.

<sup>361</sup> Ce droit inclut la possibilité d'un recours, le droit à un tribunal légal, indépendant et impartial, les droits de la défense, etc.

<sup>362</sup> Voir à ce propos, Mō Bleeker, *La justice transitionnelle dans le monde francophone: état des lieux*, Conference paper, Federal Departement of Foreign Affairs FDFA, Bundasgasse 32, Bern, 2007, p. 28. Disponible au site [www.eda.admin.ch](http://www.eda.admin.ch) consulté le 12 septembre 2010.

<sup>363</sup> Avocats Sans Frontières, *Vade-mecum: Les crimes de génocide et les crimes contre l'humanité devant les juridictions ordinaires rwandais*, Kigali et Bruxelles, 2004, p. 11; cité par Mō Bleeker, *op. cit.*, p. 39.

<sup>364</sup> Pour plus de détails sur la politisation de cette institution, voir Christine Deslaurier, *Le « bushingantahe » peut-il réconcilier le Burundi ?*, in *Politique africaine* n°92, Décembre 2003, pp. 88-90.

<sup>365</sup> Au niveau de chaque colline, les maisons du partis étaient initialement destinées à servir de 'palais' de justice collinaire rendue par les leaders du partis en substitution des *Bashingantahe* mais ce système n'a pas eu la réceptivité des populations locales.

<sup>366</sup> *L'Ubushingantahe* est une valeur reconnue à une personne intègre, digne de respect et susceptible d'être promue à ce corps de personnes de haute moralité chargées de résoudre les conflits au niveau local. Pour la nature coutumière de cette institution, voir Assumpta Naniwe-Kaburahe, *The institution of Bashingantahe in Burundi*, in International Institute for Democracy and Electoral Assistance, *Traditional Justice and Réconciliation after violent conflict: Learning from African experiences*, 2008, p. 157. (Disponible au site [www.idea.int/rrn](http://www.idea.int/rrn) consulté le 12 juillet 2010).

<sup>367</sup> Cas des *Gacaca* au Rwanda.

<sup>368</sup> Cas des rituels de la tribu Acholi au Nord de l'Ouganda.

<sup>369</sup> L'article 37 (2°) de la loi communal n°1/ 016 du 20 Avril 2005 portant organisation de l'administration communale accorde aux

## Conclusion

Ce tour d'horizon, nullement exhaustif fut-il sur le plan thématique, nous conduit à quelques conclusions :

- a. Le cadre juridique initialement prévu par l'accord d'Arusha n'a pas été mis en œuvre fidèlement tant sur le plan du chronogramme que sur le plan substantiel des mécanismes envisagés. Cette situation dans laquelle la responsabilité de la communauté internationale n'est pas déchargée<sup>370</sup> a inspiré la partie Gouvernementale l'idée que finalement tous les aspects de la justice de transition ne sont pas imperturbables.
- b. Cette évolution a remis en cause les négociations d'Arusha relativement aux questions liées à la lutte contre l'impunité dans le cadre de la justice post-conflit. Tous les aspects de la justice transitionnelle ont été remis à la table des négociations tant du point de vue des mécanismes que de la séquence de mise en place<sup>371</sup>. Cet état de fait prête le flanc à des spéculations et à un marchandage politiques qui s'écartent souvent des standards internationaux<sup>372</sup>.
- c. La justice rétributive reste tout de même une réponse incontournable aux atrocités commises dans le passé pour briser le spectre de l'impunité, réhabiliter le socle des valeurs sociales de référence et donner chapitre aux victimes des différents cycles de violence qu'a connus le Burundi.

Il est vrai qu'on a épinglé nombre de limitations d'ordre pratiques et juridiques mais la plus décevante demeure la gymnastique de la délégation Gouvernementale dans les négociations en cours qui consiste à vouloir s'inspirer du modèle sud africain, au demeurant imparfait<sup>373</sup>, pour étendre le champ de l'amnistie à tous les crimes, fussent-ils contre le droit international. Cela aurait comme conséquence directe la réduction considérable de la place de la justice punitive dans les mécanismes de justice transitionnelle. Cette volonté transparait dans la tendance de la partie Gouvernementale de refuser l'indépendance au procureur près la chambre spéciale d'une part et en réservant exclusivement le pouvoir de saisine de cette chambre à la seule CVR, d'autre part.

- d. L'avenir du droit pénal dans les mécanismes de justice transitionnelle en perspective au Burundi est donc incertain dès lors qu'il reste suspendu à l'issue des négociations toujours en suspens sur des points déterminants quant à la forme et au fond des poursuites judiciaires contre les graves crimes commis.

Trois scénarii sont possibles :

- i. La position Gouvernementale l'emporte sur les exigences onusiennes et dans ce cas, les poursuites judiciaires seront subsidiaires au mécanisme de vérité, réconciliation et pardon. La situation limite serait que tous les cas se prêtent à la réconciliation et que, *de facto*, le tribunal spécial

---

Bashingantaha une fonction d'appui au conseil de colline ou de quartier qu'ils accomplissent sous la supervision du chef de colline ou du quartier.

<sup>370</sup> Le rapport Kalomoh a été adopté par une résolution du Conseil de sécurité qui recommandait au Secrétaire général des Nations Unies d'engager des négociations en vue de la mise en œuvre des propositions contenues dans ce rapport.

<sup>371</sup> On est passé du tribunal pénal international pour le Burundi prévu par l'Accord d'Arusha à une chambre spéciale intégrée dans l'appareil judiciaire burundais et cette dernière verra le jour après que la Commission Vérité et Réconciliation ait été mise en place.

<sup>372</sup> Les modèles proposés par le Gouvernement sont souvent en déphasage avec les impératifs du droit international à savoir l'inamnistabilité du génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que le droit à un tribunal indépendant et impartial.

<sup>373</sup> La délégation prend l'exemple de l'Afrique du sud - où le crime d'apartheid, défini comme crime contre l'humanité, a été amnistié en faveur de la vérité - pour soutenir qu'aucun acte ne peut d'avance être soustrait du processus de réconciliation et tend de ce fait à généraliser l'amnistie.

n'aurait pas raison d'être ou en tout cas ne serait qu'un mécanisme figurant sans matière ni pouvoirs.

- ii. La position onusienne prend le dessus et dans ce cas, le mécanisme extrajudiciaire de la CVR est mis sur un même pied d'égalité que le mécanisme judiciaire du tribunal spécial. Les deux mécanismes fonctionneraient parallèlement avec, le cas échéant, un échange d'information qui tiendrait compte des difficultés rencontrées sous d'autres cieux comme en Sierra Léone par exemple. L'assurance de la répression des crimes internationaux commis au Burundi serait ainsi garanti et la conscience de l'humanité et de la communauté des victimes ainsi réhabilitée.
- iii. La solution intermédiaire serait que l'indépendance du procureur et son opportunité des poursuites seraient limitées tout en lui accordant la plénitude d'exercice de ses prérogatives pour les cas de crimes internationaux. Cela aboutirait à la restriction optimale des cas de recevabilité et pour lesquels le tribunal spécial serait compétent. La majorité des cas seraient ainsi vidés devant la CVR dans le cadre d'une justice restauratrice privilégiant la découverte de la vérité et les programmes de réparation.

Outres les capacités réduites du système judiciaire formel toujours en besoin d'être renforcé et réformé, il est important de se rendre compte des limites du mécanisme informel de règlement des conflits à savoir les *Bashingantahe* dont le parcours historique marqué par une politisation a abouti à un discrédit qui réduit l'élan vers cette institution incarnant la justice à la burundaise.

Dans tous les cas, il y aura toujours nécessité de respecter les principes intangibles du droit international pour impulser une nouvelle culture de responsabilité qui rompe avec la culture de l'impunité. La légitimité et la durabilité du processus se mesurera donc à l'adhésion des victimes et la jouissance des dividendes de la paix est conditionnée par la mise en œuvre effective des mécanismes standards de la responsabilité propres au règne de l'état de droit.

## Références bibliographiques.

### I. Instruments juridiques

1. Décret du 30 janvier 1940 portant code pénal, rendu obligatoire au Burundi par l'O.R.U. n° 43/just. du 18 mai 1940 in Bellon, R. et Delfonse, P. *Codes et lois du Burundi*, 1791-1845 (B.O.R.U, p.86).
2. Décret-loi n°1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du Code pénal, in *BOB no6/81*.
3. Statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda, Annexe à la Résolution 955 (1994) du CS/NU, le 8 novembre 1994.
4. Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation du 28 août 2000 (pas paru au BOB).
5. Loi n°1/017 du 28 octobre 2001 portant promulgation de la constitution de transition de la République du Burundi in *BOB n°10/2001*.
6. Loi n°1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, in *BOB n°5/2003*.
7. Décret N° 100/023 du 23 mars 2004 portant modalités d'application de l'immunité provisoire prévue par l'Accord Global de Cessez-le-feu du 16 novembre 2002 (non paru au *BOB no3/2004*).
8. Loi n°1/018 du 27 décembre 2004 portant missions, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation.
9. Loi n° 1/08 du 17 mars 2005 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaire, article 16, in *B.O.B. 2005, n° 3 quater*.
10. Loi communale n°1/ 016 du 20 Avril 2005 portant organisation de l'administration communale in *BOB no4 bis/2005*.
11. Arrêté n°120/VP1/01/05 du 26 octobre 2005 portant mise sur pied d'une délégation chargée de mener des négociations avec les Nations Unies sur la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle.
12. Loi n° 1/05 du 22 avril 2009 portant révision du Code Pénal Burundais, in *BOB no4 bis/2009*.

### II. Ouvrages

1. Bidou, J. E. et al., *Géographie du Burundi*, Hatier, Paris, octobre 1991.
2. Institute for Justice and Réconciliation (IJR), *Les Pièces du Puzzle : Mots clés sur la justice et la reconciliation*, Cape Town, House Vincent, 2007.
3. Mbazira, C., *Litigating socio-economic rights in South Africa, a choice between corrective and distributive justice*, Pretoria University Law Press, 2009.
4. SAMII, C., *Qui veut pardonner et oublier ? Appréciation des Civiles sur la Justice Transitionnelle et la Vérité au Burundi*, Columbia University, New York, mars 2009.

### III. Articles

1. Kodou, G. B., Amnistie et impunité des crimes internationaux , in *Droits fondamentaux* n° 4, janvier - décembre 2004, disponible au site <http://www.Droit-fondamentaux.org> (visité en septembre 2010)
2. Lefranc, S., Le professionnalisme d'un militantisme réformateur du droit :

l'invention de la justice transitionnelle, *In Droit et société*, Ed. juridiques associées, 2009/3/n°73.

3. Marietti, A. K., Les fondements philosophiques du droit pénal, version révisée d'un article publié dans *Le Droit en Procès*, Jacques Chevallier (éd.), Paris, PUF, 1983, 2000.
4. Ndikumamasabo, M. et Vandeginste, S., Mécanismes de justice et de réconciliation en perspective au Burundi in *L'Afrique des grands lacs. Annuaire 2006-2007* (2007).
5. Nindorera, E., *Pas de réconciliation véritable sans justice*, Bujumbura, 30 mars 2006, disponible au site [http://arib.info/Nindorera\\_30032006.htm](http://arib.info/Nindorera_30032006.htm) (visité en septembre 2010)
6. Vandegiste, S., Burundi : entre le modèle consociatif et sa mise en œuvre, in MARYSSE, S. et al. (eds.), *L'Afrique des Grands Lacs : Annuaire 2007-2008*, Paris, L'Harmattan.

#### IV. Documents divers

1. *A/HRC/12/43*, UN OHCHR Report on Human Rights situation in Burundi.
2. Amnesty International, *Commissioning justice, truth commissions and criminal justice*, April 2010.
3. Avocats Sans Frontières (ASF), *Vade-mecum: Les crimes de génocide et les crimes contre l'humanité devant les juridictions ordinaires rwandaises*, Kigali et Bruxelles, 2004.
4. Bleeker, M., *La justice transitionnelle dans le monde francophone: état des lieux*, Conference paper, Federal Department of Foreign Affairs FDFA, Bundesgasse 32, Bern, 2007. Disponible au site [www.eda.admin.ch](http://www.eda.admin.ch) (visité le 12 septembre 2010).
5. Boraine, A., La justice transitionnelle : un nouveau domaine, Colloque *Réparer les effets du passé. Réparations et transitions vers la démocratie*, Ottawa, Canada, 11 mars 2004, disponible au site [http://www.idrc.ca/uploads/user-S/10899187131Discours\\_d'Alex-Boraine.dco](http://www.idrc.ca/uploads/user-S/10899187131Discours_d'Alex-Boraine.dco) (visité en septembre 2010).
6. Communiqué du Gouvernement issu du Conseil des Ministres du 2 février 2006, Bujumbura.
7. Compte-rendu thématique des discussions et des négociations entre la délégation burundaise et onusienne du 27 au 31 mars 2006 à Bujumbura.
8. Deslaurier, C., Le « bushingantahe » peut-il réconcilier le Burundi ?, in *Politique africaine n°92*, Décembre 2003.
9. Doc, NU, *S/2005/158*.
10. Freeman, M. et Marotine, D., *Qu'est-ce que la justice transitionnelle ?* International Centre for Transitional Justice, 19 novembre 2007, disponible au site <http://www.ictj.org/images/contents/7/5/752pdf> (visité en septembre 2010).
11. Goldmann, M., *Does peace follow justice or vice versa? Pre-printed version of original article in Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 30:1, Winter 2006.
12. Hyse, L., et al., *Justice traditionnelle et réconciliation après un conflit violent : La richesse des expériences africaines*, IDEA, Stockholm, 2008.
13. International Human Rights Law Group, *Les dispositions de l'accord d'Arusha relatives à la justice en transition et à la protection des droits humains*, Un guide annoté.

13. Kambala K. O., *La justice transitionnelle dans tous ses états: étude de cas, Afrique du Sud* in *La justice transitionnelle dans le monde francophone : état des lieux*, Conference paper 2/2007, Departement Federal des Affaires Etrangères (DFAE), 2007.
14. Killen, K. Y., *Transitional Justice and the Marginalisation of Socioeconomic Issues*, Unpublished Thesis, Faculty of Social Sciences, University of Ulster, 2010.
15. Leman-Langois, S., *La réconciliation et la justice, Fonctionnement, réussites et échecs des commissions de vérité*, Compte rendu de Frédéric OQUETEAU, Athéna éditions, sp.
16. Lettre de la Ministre des Relations Extérieures et de la Coopération Internationale, Mme Antoinette BATUMUBWIRA au Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, M. Nicolas Michel, en date du 15 juin 2006.
17. Ligue des Droits de la Personne dans la Région des Grands Lacs (LDGL), *Burundi : quarante ans d'impunité*, 2005.
18. Naniwe-Kaburahe, A., *The institution of Bashingantahe in Burundi*, in IIDEA, *Traditional Justice and Reconciliation after violent conflict: Learning from African experiences*, 2008 ( [www.idea.int/rnn](http://www.idea.int/rnn), accessed September 2010) .
19. Observatoire de l'action Gouvernementale, ASBL, *Les consultations nationales au Burundi, expériences acquises, défis et stratégies pour la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle*, Bujumbura, février 2009.
20. Les réflexions de Juan Méndez dans l'Amicus Curiae présentées à la Cour Constitutionnelle colombienne sur la loi 975 de Justice et Paix, disponible au site <http://www.Americas/Colombia/colombia.justicebrief.spa.pdf> (visité en septembre 2010).
21. Rapport S/2005/158, transmis par le Secrétaire général au Conseil de sécurité des Nations Unies le 11 mars 2005.
22. Résolution S/RES/1606 (2005) adopté par le Conseil de Sécurité des Nations Unies le 20 juin 2005.
23. Refugee Law Project, *Peace first, justice later: Traditional justice in Northern Uganda*, Working paper No. 17, Kampala, Uganda, 2005.
24. Sottas, E. *Justice transitionnelle et sanction*, disponible au site <http://www.icrc.org/Web/.../irrc-870-Sottas-web-fra-final.pdf> (visité en septembre 2010).
25. Tracy Dexter JD and Ntahombaye, P., *The role of informal justice systems in fostering the rule of law in post-conflict situation: The case of Burundi*, Center for Humanitarian Dialogue, Geneva, 2005.
26. UN General assembly, *Resolution 95(1) Affirmation of international law recognized by the Charter of Nüremberg Tribunal*, Dec. 11, 1946.

## V. Sites Web

1. <http://www.Americas/Colombia/colombia.justicebrief.spa.pdf>.
2. <http://www.icrc.org/Web/.../irrc-870-Sottas-web-fra-final.pdf>.
3. <http://www.idea.int/rnn> .
4. <http://www.eda.admin.ch>
5. <http://www.Droit-fondamentaux.org>
6. [http://arib.info/Nindorera\\_30032006.htm](http://arib.info/Nindorera_30032006.htm)
7. [http://www.idrc.ca/uploads/user-S/10899187131Discours\\_d'Alex-Boraine.dco](http://www.idrc.ca/uploads/user-S/10899187131Discours_d'Alex-Boraine.dco) ;
8. <http://www.ictj.org/images/contents/7/5/752pdf>

# L'APPROCHE CONSOCIATIVE DANS LA CONSTITUTION DU 18 MARS 2005 ET SES IMPLICATIONS SUR LE REGIME POLITIQUE BURUNDAIS

Par Alexis MANIRAKIZA \*

## Introduction

Depuis l'indépendance du Burundi datant de 1962, ce pays a connu des violences politiques cycliques. Leurs dates les plus emblématiques sont les années 1965, 1972, 1988, 1993. L'explication qui leur est souvent donnée serait que le pays était piégé par des antagonismes ethniques quasi-ataviques<sup>374</sup>, une lutte pour les droits et la démocratie, une démocratie souvent confondue avec le pouvoir de la majorité démographique<sup>375</sup>. C'est ainsi que toutes ces violences ont toujours pris la forme de conflits inter-ethniques. En réalité, le problème fondamental a toujours été politique (la lutte pour le contrôle du pouvoir politique). Comme le dit si bien Julien NIMUBONA, « le recours à l'ethnisme masquait la réalité d'un pouvoir dont l'objectif était de renforcer les clientèles et de priver la périphérie et les élites non gouvernementales de la participation à la gestion de la chose publique et surtout à la jouissance des ressources économiques qui en découlent »<sup>376</sup>.

Pour mettre fin à ces crises cycliques, les acteurs politiques burundais commencent, en 1998 et sous les auspices de l'ancien Président tanzanien Julius Nyerere et après la mort de ce dernier sous la houlette de l'ancien Président sud-africain Nelson Mandela, des négociations de paix. Ces dernières ont abouti le 28 août 2000 à un Accord de paix désigné « Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi ». Dans cet accord, les parties en négociation se sont entendues sur la genèse et la nature du conflit burundais. En ce qui concerne la nature du conflit burundais, les Parties en négociation ont reconnu qu'il s'agit :

- a. d'un conflit fondamentalement politique avec des dimensions ethniques extrêmement importantes.
- b. d'un conflit découlant d'une lutte de la classe politique pour accéder au pouvoir et/ou s'y maintenir. (article 4)<sup>377</sup>.

Au regard de ce qui précède, une question qui se pose est celle de savoir quelles sont les solutions qui ont été proposées pour sortir de ces crises ?

\* Assistant à l'Université du Burundi

<sup>374</sup> NTIBAZONKIZA, R., *Au royaume des seigneurs de la lance. Une approche historique de la question ethnique au Burundi. T.1 : Des origines à l'indépendance*, Centre d'animation/La Louvière, 1991 cité par NIMUBONA, J. « Masque ethnique, clientélisme et compétition pour le contrôle des termes d'échange politiques au Burundi. Essai d'économie politique de la corruption et des conflits au Burundi » in *Revue de l'IDEC*, p.90.

<sup>375</sup> MBONIMPA, M., *Hutu, Tutsi, Twa..Pour une société sans castes au Burundi*. Paris, L'Harmattan, 1993, cité par NIMUBONA, J., *ibidem*.

<sup>376</sup> NIMUBONA, J. *idem*, p.96.

<sup>377</sup> MANIRAKIZA, A., *Essai de qualification du régime politique issu de la Constitution du 18 mars 2005*, mémoire, Fac.de Droit, 2008 p.46.

Comme il a été convenu que le conflit burundais découlait d'une lutte acharnée entre Hutu et Tutsi pour la conquête du pouvoir, c'est presque naturellement qu'entre autres solutions proposées, le partage du pouvoir politique entre les différentes composantes ethniques devrait occuper une place de choix. La source d'inspiration a été la théorie consociative généralement appelée théorie de partage de pouvoir.

L'objet de cette contribution est de mettre en relief la mesure dans laquelle la constitution burundaise du 18 mars 2005 a intégré des arrangements consociatifs dans le partage de pouvoir.

Bien plus, étant donné que les institutions issues de cette constitution ont subi des crises et des dysfonctionnements graves au cours de la législature qui va de 2005 à 2010, il serait intéressant de savoir si ceux-ci sont intimement liés à ces arrangements de partage de pouvoir au Burundi.

Nous partirons des hypothèses selon lesquelles, certains piliers de l'approche consociative, en l'occurrence la grande coalition ainsi que le droit de veto seraient à l'origine de l'instabilité politique qu'a connue le Burundi pendant la législature 2005-2010.

Cette contribution n'a pourtant pas l'ambition de tirer des conclusions définitives sur le bilan de ce système au Burundi. Nous estimons que la période de 5 ans qui est consacrée à notre contribution n'est pas de nature à aboutir à pareilles conclusions. Nous montrerons toutefois que pendant cette période, le système a subi des dysfonctionnements institutionnels liés aux arrangements de partage de pouvoir

## I. La notion de la théorie consociative

Notre objectif n'est pas d'entrer dans les détails du consociativisme<sup>378</sup>, nous nous limiterons seulement à mettre en évidence ses caractéristiques telles qu'elles ont été développées par Arend LIJPHART<sup>379</sup>, considéré comme le véritable père du consociativisme.

Ce dernier met en doute la thèse 'traditionnelle' selon laquelle une démocratie stable peut difficilement être installée et maintenue dans une société plurale.<sup>380</sup> Ce qui, selon lui, est incompatible, est société plurale et 'démocratie majoritaire'.

Dès lors, nous pouvons ainsi résumer les principales caractéristiques du consociativisme. Généralement, une approche consociative est basée sur l'abandon du principe majoritaire, sur base duquel une simple majorité politique suffit pour contrôler la prise de décision politique. Cet abandon s'opère à travers quatre éléments à savoir :

<sup>378</sup> Pour plus de détails de cette théorie, voir LIJPHART, A. *„Democracy and Plural Societies. A Comparative Exploration*, New Haven, London, Yale University, 1977. Voir également LIJPHART, A., *„Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven, London, Yale University Press, 1984. Voir aussi LIJPHART, A., « éChangement et Continuité dans la théorie consociative », *Revue internationale de Politique Comparée*, Vol 4, n°3, 1977.

<sup>379</sup> Né le 17 août 1936 à Apeldoorn aux Pays Bas, Arend Lijphart est un politiste spécialiste des systèmes de vote, des institutions démocratiques et de l'ethnicité considérés selon une approche comparatiste. Il est connu pour avoir travaillé sur le consociationalisme et donc sur la façon dont les sociétés profondément divisées parviennent à maintenir un régime démocratique en partageant le pouvoir politique entre des partis.

<sup>380</sup> Une société plurale est une société divisée par des clivages segmentaires et où des partis politiques, des groupes d'intérêt, des médias, des écoles et des associations ont tendance à s'organiser suivant les mêmes clivages segmentaires (Voir VANDENGISTE, S., *„Théorie consociative et partage du pouvoir politique au Burundi*, Institut de Politique et de Gestion du Développement, Université d'Anvers, 2006, p.8).

1. La coopération des élites au travers d'une grande coalition gouvernementale où le pouvoir exécutif est partagé par les partis de l'opposition et ceux de la majorité<sup>381</sup> afin de garantir la participation des représentants de tous les segments dans la prise de décision politique<sup>382</sup>
2. La proportionnalité comme principe de représentation notamment au parlement mais également dans l'administration publique et dans l'allocation des budgets. Elle sert ainsi comme '*guarantee for the fair representation of ethnic minorities*'<sup>383</sup> Il peut arriver pourtant qu'en appliquant une proportionnalité pure, un des segments écrase les autres, surtout quand il représente une majorité démographique.

C'est ainsi que dans l'optique de rassurer les segments minoritaires<sup>384</sup>, certaines corrections sont apportées à la proportionnalité pure. Cette proportionnalité 'corrigée' peut aller d'une légère surreprésentation d'un segment démographiquement minoritaire jusqu'à la parité<sup>385</sup>.

3. L'autonomie segmentaire dans certains domaines, surtout en ce qui concerne la gestion des domaines étroitement liés à l'identité même de certains segments. Cela passe généralement à travers la fédéralisation, la régionalisation ou la décentralisation.
4. Le droit de veto ou '*minority veto*' décrit comme une arme ultime dont les minorités doivent disposer pour protéger leurs intérêts vitaux. C'est ainsi que pour certaines matières de haute importance, un droit de veto élimine le risque qu'un segment minoritaire soit marginalisé par la majorité et, *de facto*, exclu de participation au processus de prise de décision.

Dans quelle mesure cette approche a été intégrée dans la Constitution burundaise du 18 mars 2005 ? C'est l'objet du point suivant.

## II. Les piliers consociatifs de la Constitution burundaise du 18 mars 2005

En comparant la façon dont le pouvoir politique est partagé au Rwanda, au Burundi et en République Démocratique du Congo, René LEMARCHAND écrit « *Measured by the extent to which it approximates Lijphart's consociational formula, Burundi today stands as a unique case. No other state anywhere in the continent offers a more faithful image of the ideal consociational policy* <sup>386</sup> ». Cela veut dire que l'approche consociative est bel et bien là.

Elle se manifeste par l'institutionnalisation des différences ethniques, par le partage du pouvoir entre les ethnies ainsi qu'entre les partis politiques et enfin par l'exigence des fortes majorités dans la prise des décisions politiques, ce qui garantit à la fois une protection pour les groupes minoritaires ainsi que l'obligation de dialogue et de consensus dans la prise des décisions politiques.

<sup>381</sup> LEMARCHAND, R., "Consociationalism and Power Sharing in Africa: Rwanda, Burundi and Democratic Republic of the Congo", in *African Affairs*, 106/422, p.3.

<sup>382</sup> LIJPHART, A., « Changement et Continuité dans la théorie consociative », cité par VANDENGISTE, S., op.cit, p.8.

<sup>383</sup> LEMARCHAND, R., op.cit, p.3.

<sup>384</sup> Les termes minorités ou segments minoritaires font ici référence à une réalité statistique et démographique.

<sup>385</sup> HAVYARIMANA, L., *Analyse critique des textes législatifs et réglementaires régissant les élections au Burundi*, OAG, Bujumbura, novembre 2008. p.47.

<sup>386</sup> LEMARCHAND, R., op.cit, p.3.

Tous ces éléments rendent compte des caractéristiques de l'approche consociative à savoir la grande coalition, la proportionnalité et le droit de veto (qui n'est pourtant pas explicite). La dernière caractéristique, à savoir l'autonomie segmentaire, n'existe pas au Burundi<sup>387</sup>.

## II. 1. La grande coalition dans la Constitution burundaise

Nous avons déjà écrit que la grande coalition garantit la participation de tous les segments impliqués dans la prise de décision politique. Cela passe généralement par une coalition gouvernementale rassemblant les principaux grands partis du système politique.<sup>388</sup>

Cette forme de participation se retrouve dans la constitution burundaise aussi bien au niveau de la présidence qu'au niveau du gouvernement. Les segments impliqués ici sont les partis politiques et les ethnies.

### II. 1.1. De la présidence de la République

La constitution burundaise du 18 mars 2005 prévoit une présidence pluriethnique et pluri politique. En effet, selon l'article 122, le Président de la République est assisté de deux vice-présidents<sup>389</sup> qui appartiennent à des groupes ethniques et des partis politiques différents.<sup>390</sup> et dont la nomination de ces derniers tient compte du caractère prédominant de leur appartenance ethnique au sein de leurs partis politiques respectifs<sup>391</sup>.

Un petit commentaire s'impose ici. Si on parcourt toute la Constitution, seule cette disposition marque la prise en considération de la famille politico-ethnique d'un vice-président. On se souviendra que pendant la période de transition, le pouvoir était partagé entre familles politico-ethniques (G7 pour les partis à dominante hutu et G10 pour les partis à dominante tutsi). Cette disposition est donc une survivance de cette approche.

Le Burundi semble alors opté pour une politique inclusive des ethnies dans les différents partis politiques. Par ailleurs, l'article 78 de la Constitution est sans équivoque. Stef VANDENGISTE l'écrit dans ces termes : " *the reasoning behind this approach was that, while Burundi's segmental cleavages must be explicitly and formally recognised at the political level, it was at the same time necessary to reduce the conflict potential of ethnicity by encouraging political parties to be ethnically inclusive*"<sup>392</sup>.

Malgré cela, on peut toujours s'interroger sur le fait de savoir si vraiment il n'aurait pas été judicieux que les élites représentant les segments doivent appartenir à des familles politiques différentes.

On le voit bien, la constitution burundaise prévoit une sorte de 'grande coalition présidentielle' entre les ethnies burundaises et les différents partis politiques burundais.

Cette sorte de coalition a effectivement été mise en place depuis les élections qui se sont

<sup>387</sup> Les segments ethniques ne sont pas séparés territorialement et n'ont pas de caractéristique distinctive classique, à savoir la langue, la culture, la religion, etc. Scientifiquement parlant, les Burundais forment une même ethnie. Mais c'est l'auto-identification sur base de l'affiliation ethnique qui est un élément décisif pour affirmer l'existence des groupes ethniques au Burundi. (Voir pour plus de détails : CHRETIEN, J.-P., *Le défi de l'ethnisme, Rwanda et Burundi*, 1990-1996, Paris, Karthala, 1997, CHRETIEN, J.P., et PRUNIER, G., *Les ethnies ont une histoire*, Paris, Karthala, 1989, NTIBANTUNGANYA, S., *Une démocratie pour tous les Burundais*, Paris, L'Harmattan, 1999.)

<sup>388</sup> Voir <http://fr.wikipedia.org/wiki/Grande-coalition> visité le 27 avril 2010.

<sup>389</sup> Loi n° 1/010 du 18 mars 2005 portant constitution de la République du Burundi in B.O.B n° 3/TER/2005, p.

<sup>390</sup> Art. 124 al.1 de la constitution.

<sup>391</sup> Art.124 al.2 de la constitution.

<sup>392</sup> VANDENGISTE, S., "Power Sharing, Conflict and Transition in Burundi. Twenty Years of Trial and Error", in *Africa Spectrum* 3/2009, p.75.



déroulées au Burundi que ce soit en 2005 ou en 2010. Le Président de la République est actuellement Pierre NKURUNZIZA, hutu, du parti CNDD-FDD (*Conseil National pour la Défense de la Démocratie-Forces pour la Défense de la Démocratie*), le Premier vice-président est Térance SINUNGURUZA, tutsi du parti UPRONA (*Union pour le Progrès National*), le deuxième vice-président est Gervais RUFYIKIRI, hutu du parti CNDD-FDD<sup>393</sup>. Néanmoins, la coalition présidentielle a, à plusieurs reprises, subi des coups, ce qui a abouti à des crises politiques répétitives. Nous y reviendrons.

### II.1.2 Du gouvernement de la République

Ici aussi, la constitution consacre une coalition à la fois ethnique et politique (entre les partis politiques).

S'agissant d'une coalition politique, l'article 129 stipule que les membres du gouvernement proviennent des différents partis politiques ayant réuni plus d'un vingtième de votes et qui le désirent. Ce même article ajoute que lorsque le Président révoque un Ministre, il est procédé à son remplacement après consultation de son parti politique d'origine.

Un gouvernement de coalition est ainsi prévue dans la mesure où les partis ayant réuni un cinquième de vote ont droit à un pourcentage, arrondi au chiffre inférieur, du nombre total des ministres au moins égal au nombre de sièges qu'ils occupent à l'Assemblée Nationale<sup>394</sup>.

Ces dispositions appellent un commentaire. D'une part, dans la composition d'un gouvernement, un rôle important est joué par les partis politiques dans la mesure où ils y rentrent s'ils le veulent et dans la mesure où ils sont consultés pour la nomination et le remplacement d'un Ministre.

D'autre part, la Constitution consacre l'obligation d'un gouvernement de coalition entre plusieurs partis politiques sans préalablement faire une plate-forme d'entente sur le programme commun à réaliser ensemble. Tout cela est susceptible d'aboutir à des crises. Nous y reviendrons.

S'agissant d'une coalition ethnique au niveau du gouvernement, elle est également prévue dans la mesure où la constitution dispose que le gouvernement est ouvert à toutes les composantes ethniques et comprend au plus 60% de Hutu et 40% de Tutsi avec un minimum de 30% de femmes<sup>395</sup>. De même, la Constitution précise que le Ministre chargé de la défense nationale ne doit pas être de la même ethnie que le ministre chargé de la sécurité publique<sup>396</sup>.

On peut déplorer également ici le fait qu'on ait ignoré les Batwa au niveau du gouvernement. Mais la façon dont cette disposition est libellée peut laisser de la place à cette minorité ethnique. Les mots « au plus » peuvent aider s'il y a de la volonté politique de celui qui forme le gouvernement. Mais encore faut-il que ce mutwa appartienne à un parti politique.

Après les élections de 2005, la coalition gouvernementale a été aussi secouée par une série de crises que nous développerons plus tard. En cause toujours, l'influence des partis sur le fonctionnement de la coalition gouvernementale.

<sup>393</sup> Voir <http://www.burundi-gov.bi> visité le 26 mars 2011.

<sup>394</sup> Art.129 de la constitution.

<sup>395</sup> Art.129 de la constitution.

<sup>396</sup> Art.130 de la constitution.



## II. 2. La proportionnalité dans la Constitution du 18 mars 2005

Nous avons déjà écrit que la proportionnalité est exigée comme principe de représentation, aussi bien au parlement que dans l'administration publique afin de servir de garantie de représentation aux segments minoritaires. Nous avons également déjà écrit que la proportionnalité pure pourrait aboutir à l'écrasement de ces segments minoritaires, et que par conséquent, elle pourrait être corrigée par une surreprésentation du segment minoritaire pouvant aller jusqu'à prévoir la parité.

Tous ces mécanismes se trouvent dans la Constitution. Certes, nous n'avons pas de statistique officielle sur les effectifs réels de chaque ethnie au Burundi mais on s'accorde à dire que les Hutu constituent une grande majorité suivie d'une minorité Tutsi et d'une petite minorité de Twa<sup>397</sup>.

Ainsi la proportionnalité est prévue aussi bien au niveau du parlement qu'au niveau local.

### II. 2.1. Dans l'Assemblée nationale

Aux termes de l'article 164 de la Constitution, l'Assemblée nationale est composée d'au moins cent députés à raison de 60% de Hutu et de 40% de Tutsi, y compris un minimum de 30% de femmes élus au suffrage universel direct pour un mandat de cinq ans et de trois députés issus de l'ethnie Twa cooptés conformément au code électoral. Ils sont élus sur base de listes bloquées à représentation proportionnelle constituées de manière que pour trois candidats inscrits à la suite sur une liste, deux seulement appartiennent au même groupe ethnique et au moins un sur quatre soit une femme<sup>398</sup>.

Au cas où les résultats du vote ne reflètent pas les pourcentages susvisés, il est procédé au redressement des déséquilibres y afférents au moyen du mécanisme de cooptation<sup>399</sup>.

Dans la pratique, ces mécanismes de cooptation ont été utilisés par la Commission électorale nationale indépendante. En effet, à l'issue des élections de 2005, les quotas de 60% de Hutu, 40% de Tutsi et 30% de femmes n'étaient pas respectés. Sur 100 députés, 65 étaient Hutu, 35 étaient Tutsi et 24 étaient des femmes.<sup>400</sup> C'est ainsi que conformément à l'article 118 la loi électorale d'alors, la CENI (*Commission Electorale Nationale Indépendante*) a procédé à la cooptation de 15 députés supplémentaires, provenant des partis CNDD-FDD, FRODEBU (*Front pour la Démocratie au Burundi*) et UPRONA, à raison 4Hutu, 11Tutsi. C'est ainsi que finalement l'Assemblée nationale était en 2005 composée de 118 députés<sup>401</sup>.

Cette cooptation a été réitérée lors des élections de 2010. C'est ainsi que la CENI a procédé à la cooptation de 6 députés, en l'occurrence une femme Tutsi, deux hommes hutu et trois représentants de l'ethnie Twa<sup>402</sup>.

<sup>397</sup> Les chiffres généralement donnés sont 85% de Hutu, 14% de Tutsi et 1% de Twa (Voir par exemple, VANDENGISTE, S., "Power Sharing, Conflict and Transition in Burundi: Twenty Years of Trial and Error" in *Africa Spectrum* 3/2009, p.64. Voir aussi SULLIVAN, D. P., "The missing pillars. A look at the failure of Peace in Burundi through the lens of Arend Lijphart's theory of consociational democracy", in *Journal of Modern African studies*, 43,1(2005), p.76.

<sup>398</sup> Article 108 de la loi n° 1/22 du 18 septembre 2009 portant révision de la loi n°1/015 du 20 avril 2005 portant code électoral.

<sup>399</sup> Article 164 de la constitution article 108 al2 du code électoral.

<sup>400</sup> Voir VANDENGISTE, S. Théorie consociative et partage de pouvoir au Burundi, p.20.

<sup>401</sup> Voir Arrêt RCCB n°136 du 4 juillet 2005 portant proclamation des résultats des élections législatives.

<sup>402</sup> Voir Rapport final d'évaluation de la mission d'observation de l'Union européenne sur [www.eueoem.eu](http://www.eueoem.eu) visité le 26 mars 2011.

## II. 2.2 Au sénat

C'est au niveau du sénat que la parité Hutu-Tutsi est, à quelques exceptions près, respectée<sup>403</sup>. En effet, aux termes de l'article 180 de la Constitution, le Sénat est composé de deux délégués de chaque province, élus par un collège électoral composé de membres des conseils communaux de la province considérée, provenant des communautés ethniques différentes et élus par des scrutins distincts. Cela signifie que chaque province détient deux sénateurs, un Hutu et un Tutsi. Là aussi, ces quotas ont été respectés dans la pratique, bien que le sénat fût et soit toujours dominé par les membres provenant du parti CNDD-FDD.<sup>404</sup>

## II. 2.3. Au niveau des communes

En ce qui concerne les communes, la Constitution n'a pas prévu expressément des quotas attribués à chaque ethnie mais laisse entendre le désir d'assurer une surreprésentation du groupe minoritaire.

En effet, aux termes de l'article 266, La commission électorale nationale indépendante veille à ce que les Conseils Communaux reflètent d'une manière générale la diversité ethnique de leur électorat. Au cas où la composition d'un Conseil Communal ne refléterait pas cette diversité ethnique, la commission électorale nationale indépendante peut ordonner la cooptation au Conseil de personnes provenant d'un groupe ethnique sous-représenté, à condition que les personnes ainsi cooptées ne constituent pas plus d'un cinquième des membres du Conseil. Les personnes à coopter sont désignées par la commission électorale nationale indépendante. La CENI coopte également une personne de l'ethnie Twa là où ils existent sur les listes des partis politiques dans le cas où ils n'auraient pas été élus.<sup>405</sup>

Mais si des quotas exprès ne sont pas prévus dans la constitution en ce qui concerne le conseil communal, il est pourtant prévu qu'aucune des principales composantes ethniques n'est représentée à plus de 67% des administrateurs communaux au niveau national.<sup>406</sup>

## II. 2.4 .Au niveau de l'administration publique

Ici aussi, la constitution reste vague quant aux quotas exigés pour chaque groupe ethnique. Elle stipule purement et simplement que l'administration est largement représentative de la nation burundaise et doit refléter la diversité de ses composantes. Les pratiques qu'elle observe en matière d'emploi sont fondées sur des critères d'aptitude objectifs et équitables ainsi que sur la nécessité de corriger les déséquilibres et d'assurer une large représentation ethnique, régionale et de genre.<sup>407</sup>

Toutefois, la constitution est expresse en ce qui concerne la représentation ethnique dans les entreprises publiques. Elle est pourvue à raison de 60% au plus pour les Hutu et 40% au plus pour les Tutsi.

La question que l'on pourrait se poser est celle de savoir si dans la pratique, ces équilibres sont respectés. La constitution avait prévu un mécanisme de contrôle du respect des équilibres et de la diversité. Ce rôle a été attribué au Sénat. En effet, aux termes de l'article 187, le sénat d'entre autres compétences:

<sup>403</sup> Le sénat comprend également trois sénateurs Twa et quatre anciens chefs d'Etat.

<sup>404</sup> Après cooptation par la Commission électorale nationale indépendante, le Sénat était composé en 2005 de 49 sénateurs dont 32 sont du CNDD-FDD. Depuis les élections de 2010, le Sénat compte 41 membres, dont 32 sont également du CNDD-FDD.

<sup>405</sup> Article 181 du code électoral.

<sup>406</sup> Article 266 de la Constitution.

<sup>407</sup> Article 143 de la Constitution.

- Mener des enquêtes dans l'administration publique et, le cas échéant, faire des recommandations pour s'assurer qu'aucune région ou aucun groupe n'est exclu du bénéfice des services publics.
- Contrôler l'application des dispositions constitutionnelles exigeant la représentativité ethnique et de genre et l'équilibre dans toutes les structures et les institutions de l'Etat notamment l'administration publique et les corps de défense et de sécurité.

C'est dans ce cadre que le Sénat a, en date du 16 juillet 2008, mis sur pied une commission d'enquête sur l'état du respect des équilibres au sein de l'administration publique<sup>408</sup>. Cette commission a pourtant suscité une polémique de la part des différents partis politiques<sup>409</sup>. A notre connaissance, cette commission n'a pas encore produit de rapport.

## II. 2.5. Au niveau des corps de défense et de sécurité<sup>410</sup>

Depuis les indépendances, les forces de défense et de sécurité ont toujours été associées aux crises que le Burundi a connues. C'est ainsi que les négociateurs d'Arusha ont convenu de réformer ce corps et entre autres réformes la correction des déséquilibres ethniques, régionaux et entre les sexes<sup>411</sup>. Ce désir de correction des déséquilibres a ainsi été porté dans la constitution.

Ainsi, l'article 258 stipule que pendant une période à déterminer par le Sénat, les Corps de défense et de sécurité ne comptent pas plus de 50 % de membres appartenant à un groupe ethnique particulier, compte tenu de la nécessité d'assurer l'équilibre ethnique et de prévenir les actes de génocide et les coups d'Etat.

La correction des déséquilibres au sein des corps de défense et de sécurité est pourtant abordée progressivement dans un esprit de réconciliation et de confiance afin de sécuriser tous les burundais<sup>412</sup>. Sans doute le Constituant a ici voulu éviter de réitérer le précédent de 1993. En effet, après les élections de 1993 qui ont vu une victoire écrasante du parti FRODEBU, le Président NDADAYE a voulu initier une réforme de l'armée majoritairement dominée par les Tutsi. Certains expliquent le coup d'Etat par la crainte des Tutsi de voir disparaître de ce qui restait à leurs yeux leur protection. SULLIVAN l'expliquent en ces termes:

*"But the greatest fear and uncertainty came from plans to reform the Tutsi-dominated armed forces, which many Tutsi saw as their only protection against violent domination by the Hutu majority. These fears helped spark the coup attempt in October 1993 which resulted in the assassination of President Ndadaye, and led to extensive violence and the ultimate failure of this attempt at peace"<sup>413</sup>.*

Comme nous l'avons écrit ci-avant, le Sénat a entre autres missions le contrôle de l'application des dispositions constitutionnelles exigeant la représentativité ethnique dans les corps de défense et de sécurité. Ainsi une commission sénatoriale d'enquête sur l'état du respect des équilibres au sein de la Police Nationale du Burundi (PNB) a été déjà mise sur pied et a même sorti un rapport.<sup>414</sup>

<sup>408</sup> Voir sur <http://www.senat.bi/spip.php?article=878>.

<sup>409</sup> Voir les réactions des partis CNDD-FDD, FRODEBU, UPRONA, CNDD sur <http://www.omac-afrique.org/article.php3?id-article=1052> visité le 3 juin 2010.

<sup>410</sup> Les forces de défense et de sécurité comprennent la Force de Défense Nationale (FDN) et la Police Nationale du Burundi (PNB).

<sup>411</sup> Voir article 7, point 17 du Protocole 1 de l'Accord.

<sup>412</sup> Article 259 de la Constitution.

<sup>413</sup> SULLIVAN, D., *op.cit.*, p. 78.

<sup>414</sup> Les détails de ce rapport peuvent être visités sur <http://www.senat.bi/spip.php?article=1808>.

### II. 3. Le droit de veto

Le droit de veto, nous l'avons déjà écrit, constitue une protection pour les segments minoritaires. Il peut prendre plusieurs formes dont les plus importantes sont l'unanimité ou les majorités qualifiées dans la prise de décision.

La constitution burundaise ne prévoit pas de prise de décision à l'unanimité. Par contre, la combinaison des quotas ethniques ci-haut développés avec les fortes majorités exigées pour le travail législatif aboutit, du moins théoriquement, à une sorte de 'veto de fait'.

Ainsi par exemple, s'agissant de l'Assemblée Nationale, celle-ci ne peut délibérer valablement que si les deux tiers des députés sont présents. Les lois sont votées à la majorité des deux tiers des députés présents ou représentés. Les lois organiques sont votées à la majorité des deux tiers des députés présents ou représentés, sans que cette majorité puisse être inférieure à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée Nationale.

La majorité des deux tiers des députés présents ou représentés est également requise pour le vote des résolutions, des décisions et des recommandations importantes.<sup>415</sup>

S'agissant du Sénat, celui-ci ne peut délibérer valablement que si les deux tiers des sénateurs sont présents. Les décisions sont prises à la majorité des deux tiers des sénateurs présents ou représentés.

Les lois organiques sont votées à la majorité des deux tiers des sénateurs présents ou représentés, sans que cette majorité puisse être inférieure à la majorité absolue des membres composant le Sénat.<sup>416</sup>

Enfin, le projet ou la proposition d'amendement de la Constitution est adoptée à la majorité des quatre cinquièmes des membres qui composent l'Assemblée Nationale et des deux tiers des membres du Sénat<sup>417</sup>

Quel peut être le but de ces fortes majorités ? Il s'agit sans doute d'empêcher que l'ethnie majoritaire puisse faire passer seule des projets ou propositions de loi, ou modifier la constitution, dans le sens qui pourrait défavoriser l'ethnie minoritaire. Ainsi donc, étant donné que l'Assemblée nationale comprend 60% de Hutu et 40% de Tutsi et que le Sénat comprend 50% de Hutu et 50% de Tutsi, les Hutu ne peuvent pas passer des décisions sans le soutien des Tutsi, qui, théoriquement<sup>418</sup>, ont une minorité de blocage.

A côté du veto de fait accordé aux ethnies, la Constitution accorde également une minorité de blocage aux familles politiques. En effet, l'esprit de la Constitution est d'éviter qu'un seul parti politique dispose d'une majorité renforcée lui permettant de prendre seul des décisions. Ce qu'il faut ici souligner est que cet esprit vaut seulement pour la première période post-transition<sup>419</sup>. En effet, cet esprit est porté par l'article 303 de la constitution

<sup>415</sup> Article 175 de la Constitution.

<sup>416</sup> Article 186 de la Constitution.

<sup>417</sup> Article 300 de la Constitution.

<sup>418</sup> Nous disons ici théoriquement dans la mesure où la Constitution burundaise a admis que les Tutsi ou les Hutu peuvent représenter leurs composantes ethniques peu importe le parti dans lequel ils se trouvent. Or, étant donné qu'actuellement les élus sont fortement soumis à leurs partis d'origine (un élu qui est exclu du parti ou qui démissionne de son parti perd son siège), cette représentation peut rester un leurre.

<sup>419</sup> La constitution du 18 mars 2005 consacre deux périodes, la première période post-transition et la deuxième période post-transition. La première période post-transition correspond à la première législature 2005-2010 tandis que la seconde commence avec la législature 2010. Cette distinction fait d'ailleurs que la Constitution burundaise porte deux formes de régime politique (voir les détails dans MANIRAKIZA, A., *op.cit*, pp.52-70).



.Aux termes de cet article, à titre exceptionnel et aux seules fins des premières élections des députés, et uniquement si un parti a remporté plus des trois cinquièmes des sièges au suffrage direct, un total de dix-huit à vingt-un membres supplémentaires sont cooptés en nombres égaux à partir des listes de tous les partis ayant enregistré au moins le seuil fixé pour les suffrages, ou à raison de deux personnes par parti au cas où plus de sept partis réuniraient les conditions requises. Les modalités de cooptation seront déterminées par la loi électorale.

Il s'agit d'une autre disposition qui donne le pouvoir aux autres partis politiques de s'opposer à un parti majoritaire, l'amenant ainsi à toujours mettre en avant le dialogue et le consensus. Un parlementarisme non majoritaire est ainsi consacré au Burundi. L'impact de ce système sur le fonctionnement des institutions est sans appel : l'affaiblissement du gouvernement. Nous y reviendrons.

Tels sont les arrangements de partage de pouvoir qui sont portés par la Constitution burundaise du 18 mars 2005. Ils ont, pour une large part, été inspirés par l'approche consociative.

Mais la question que l'on pourrait se poser est celle de savoir l'impact de leur mise en œuvre sur le fonctionnement des institutions en général. Nous analyserons ici l'impact sur les institutions burundaises issues des élections de 2005. Nous ne prétendons néanmoins pas tirer des conclusions définitives sur la viabilité de ce système au Burundi, seulement mettre en évidence son bilan provisoire des cinq années du système.

Nous partirons de l'hypothèse selon laquelle les arrangements consociatifs de partage de pouvoir aboutissent à une instabilité politique.

### **III. Les conséquences de la mise en œuvre de l'approche consociative au Burundi : le dysfonctionnement répété des institutions.**

La législature 2005-2010 a été marquée par une série de crises institutionnelles graves. Ces crises étaient pour la plupart des cas liées à certains arrangements consociatifs de la constitution à savoir la coalition gouvernementale et présidentielle ainsi que les fortes majorités exigées pour le travail législatif, entre autres mais pas seulement.

#### **III.1. Les constats**

Les crises se sont remarquées aussi bien au niveau du pouvoir exécutif qu'au niveau du pouvoir législatif

##### **III.1.1. Au niveau du pouvoir exécutif**

La coalition gouvernementale qui s'est formée à l'issue des élections a connu des soubresauts. En effet, conformément à l'article 129 de la Constitution, seuls les partis CNDD-FDD, FRODEBU et UPRONA avaient le droit de faire partie de la coalition gouvernementale<sup>420</sup>. Pourtant, en plus de ces partis, les autres partis, en l'occurrence le PARENA (*Parti pour le Redressement National*), le MRC (*Mouvement pour la Réhabilitation du Citoyen*) et le MSP-INKINZO (*Mouvement Socialiste Panafricain*) avaient des ministres dans le gouvernement.

<sup>420</sup> Parce que ce sont ces partis qui ont pu recueillir 5% des suffrages au niveau de l'Assemblée nationale (voir article 129 al2)





En plus que les partis FRODEBU et UPRONA n'ont pas été consultés dans la nomination de leurs représentants, ils considéraient que le gouvernement était anticonstitutionnel et voudraient avoir des postes ministériels à la hauteur de leur taille au niveau du gouvernement. Le FRODEBU a d'ailleurs introduit à la Cour constitutionnelle une requête en inconstitutionnalité du décret portant nomination des membres du gouvernement, requête qui a été déclarée irrégulière<sup>421</sup>

Si jusqu'ici, la coalition gouvernementale tenait encore, ce n'était plus le cas à partir de mars 2006 quand le FRODEBU décida de quitter le gouvernement de coalition<sup>422</sup> et d'entrer désormais dans l'opposition, ce qui d'ailleurs a eu un impact aussi au niveau du travail législatif. Nous y reviendrons.

L'UPRONA lui emboîtera le pas au mois de Juillet 2007<sup>423</sup>. Ce n'est qu'au mois de novembre 2007 que ces deux partis rejoindront la coalition gouvernementale, à la faveur d'un nouveau remaniement ministériel qui tient compte des *desirata* de ces partis.

En tout huit gouvernements ont été formés pendant toute la législature c'est-à-dire, en moyenne, un remaniement ministériel tous les six mois<sup>424</sup>.

### III.1.2 Au niveau du pouvoir législatif

Ces constats de difficultés au niveau du pouvoir exécutif n'ont pas épargné le pouvoir législatif qui a connu, lui aussi, durant la législature 2005-2010, une série de crises qui l'ont touché dans son fonctionnement et dans sa fonction.

L'épicentre de la crise a toujours été l'Assemblée nationale mais en raison des rapports importants qu'entretiennent celle-là avec le Sénat, celui-ci n'a pas été épargné<sup>425</sup>.

Ainsi depuis 2006, le fonctionnement de l'Assemblée nationale a subi des coups. A titre illustratif, les travaux de la session ordinaire de juin 2006 ont été interrompus pendant trois semaines suite aux absences de certains députés<sup>426</sup>. Par conséquent, les projets de loi qui étaient inscrits à l'ordre du jour n'ont pas été analysés et adoptés faute de quorum.

De même, pendant toute l'année 2007, l'Assemblée nationale a, à peine fonctionné. En effet, au cours des deux sessions parlementaires des mois de février-avril et juin-août 2007, seules 13 lois sur 63 prévues ont été adoptées à raison de 5 sur 28 pour la première session et 8 sur 35 pour la deuxième session<sup>427</sup>.

Qui plus est, la crise s'est rééditée en 2008 où la session de février a été caractérisée par un résultat nul au niveau de la fonction législative<sup>428</sup>. Ce n'est qu'avec la session de juin

<sup>421</sup> Arrêt RCCB 164 du 22 août 2006

<sup>422</sup> Voir <http://burundi.news.free.fr/actualites/oppositionfrodebu/html>, visité le 4 juin 2010.

<sup>423</sup> A la suite du remaniement ministériel, certains membres de l'UPRONA y ont été intégrés sans consultation du parti. Pourtant, le Premier vice-président d'alors contresigna le décret de nomination des membres du gouvernement, d'où le parti décida de le suspendre du parti et d'entrer dans l'opposition.

<sup>424</sup> Voir <http://www.ldgl.org/spip.php?article 2545>. Visité le 4 juin 2010.

<sup>425</sup> A l'exception des matières attribuées exclusivement au Sénat, les projets et propositions de loi sont étudiés préalablement par l'Assemblée nationale. Le texte adopté est transmis ensuite au Sénat pour analyse et éventuellement adoption. Il arrive que les deux chambres ne convergent pas sur le texte à adopter. Dans ce cas, sous réserve des matières visées à l'art.187 al .1et 3 de la constitution, le dernier mot revient à l'Assemblée nationale (art.191 de la constitution).

<sup>426</sup> Renouveau n°6827 du 4 septembre 2006, p.3.

<sup>427</sup> Voir Point de presse de la Ligue Iteka à l'occasion du 59<sup>e</sup> anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, p.2 sur <http://binub.turretdev.com/images/articles/Iteka.pdf> visité le 16 juin 2010.

<sup>428</sup> BIZIMANA, E., *L'impact du scrutin proportionnel sur le fonctionnement du pouvoir législatif : cas du Burundi*, mémoire, U.B, Fac. de Droit, 2010.p.69.



et à la suite d'un arrêt contestable de la Cour constitutionnelle portant sur l'occupation inconstitutionnelle de certains sièges à l'Assemblée nationale<sup>429</sup> et sur lequel nous reviendrons, que la situation s'est améliorée.

Après ces constats d'instabilités institutionnelles, il importe dans une analyse suivante, de démontrer dans quelle mesure elles ont été causées par certains arrangements consociatifs introduits dans la Constitution burundaise.

### III.2. Les causes

#### III.2.1. La grande coalition comme cause d'instabilité gouvernementale au Burundi

Nous avons déjà écrit que la grande coalition présidentielle et gouvernementale est consacrée comme modèle de gouvernement au Burundi. Elle est même rendue obligatoire si les partis ayant atteint un certain score au niveau de députés le désirent (article 129 de la Constitution). Outre que ce mode de gouvernement donne la part belle aux partis politiques, la constitution de cette coalition débouche inévitablement sur des mésententes, en particulier au Burundi.

En effet, normalement pour construire un gouvernement de coalition, les partis politiques qui veulent former la coalition procèdent à des négociations afin de dégager un programme consensuel de gouvernement qui sera exécuté pendant la législature. Dans ce cas, la coalition relève du réalisme politique. Pour avoir un soutien de son programme, un parti politique qui a obtenu plus de voix (mais qui ne sont pas suffisantes pour atteindre la majorité requise pour gouverner) se voit obligé de s'entendre sur un programme commun avec d'autres partis politiques, d'où la formation d'un gouvernement de coalition.

Rien de tel n'est prévu au Burundi où il suffit d'avoir 5% des votes à l'Assemblée nationale pour qu'un parti revendique son entrée au gouvernement, et cela sans entente préalable sur une plate-forme politique à mettre en œuvre. Et si CHAGNOLLAUD considère que même un gouvernement de coalition classique (formée après entente) débouche généralement sur une instabilité politique, en ce sens que « la première difficulté sérieuse disloquera la coalition, les majorités se faisant et se défaisant au gré des circonstances »<sup>430</sup> a fortiori ce risque sera élevé au Burundi où il n'est pas exigé cette entente préalable sur un programme politique.

Ceci explique sans doute le fait que le premier gouvernement qui a été formé à l'issue des élections de 2005 a été contesté par les partis UPRONA et FRODEBU dans la mesure où d'une part ils n'ont pas été consultés et d'autre part, ils n'ont pas eu droit à davantage de postes ministériels proportionnels à leurs résultats au niveau de l'Assemblée nationale, d'où leurs démissions du gouvernement.

En plus de ce manque d'entente au moment de la formation du gouvernement qui est susceptible de conduire à des crises politiques, le poids qu'exerce les partis politiques est également de nature à causer des difficultés au niveau gouvernemental. En effet, comme les ministres qui forment le gouvernement de coalition sont en principe nommés après consultation de leurs partis d'origine, ceux-ci continuent d'exercer leur poids sur ceux-là. En effet, si un parti ne soutient plus son ministre, le Président devrait le remplacer, ce qui n'a pas été toujours le cas au Burundi<sup>431</sup>

<sup>429</sup> Arrêt RCCB 213.

<sup>430</sup> CHAGNOLLAUD, D., *Droit Constitutionnel contemporain*, Tome1, théorie générale, les grands régimes étrangers, Paris, Armand Colin, 2001, p.112.

<sup>431</sup> VANDEGINSTE, S., « Entre le modèle consociatif et sa mise en œuvre » in *L'Afrique des Grands Lacs. Annuaire 2007-2008*, pp 15-16.



Nous venons de montrer dans quelle mesure le mécanisme consociatif de la grande coalition a eu des implications sur le fonctionnement de l'institution gouvernementale. Les autres mécanismes à savoir la proportionnalité combinée avec le droit de veto, au travers de l'exigence des fortes majorités de décision, ont été également à l'origine de la crise de la fonction législative.

### III.2.2.L'influence des fortes majorités sur le fonctionnement parlementaire

Nous l'avons déjà écrit, la Constitution burundaise, à travers certains quotas, combinés à des majorités requises, prévoit un mécanisme consociatif de droit de veto de fait. Ce droit de veto appartient aussi bien aux ethnies qu'à certains partis politiques. Si ce mécanisme a le mérite de rassurer les minorités ethniques et politiques contre les velléités exclusionnaires de la majorité ethnique ou politique, il conduit, sur le plan pratique, à un dysfonctionnement chronique de l'institution parlementaire, en particulier et à celui de toutes les institutions en général. Cela se remarquera surtout si aucun parti politique ne détient une majorité requise pour le travail législatif. Cela se remarquera également en cas de mésentente entre les partis politiques formant la coalition parlementaire et gouvernementale.

#### III.2.2.1.Les cas illustratifs

L'esprit de la Constitution burundaise est d'éviter qu'un seul parti politique domine le champ politique. C'est ainsi qu'elle prévoit un mode de scrutin à la représentation proportionnelle dont l'avantage est entre autres de favoriser la multiplicité des partis politiques représentés au parlement. Certes il est possible qu'un seul parti l'emporte par une majorité renforcée, mais certains mécanismes sont prévus afin de diluer cette dernière quitte à travailler avec les autres partis<sup>432</sup>.

C'est ainsi que l'absence de cette entente a abouti au Burundi à des dysfonctionnements du pouvoir législatif.

Les dysfonctionnements législatifs remarquables au Burundi peuvent, au moins en partie, être expliqués par l'exigence des fortes majorités de décision.

D'abord, la Constitution exige un quorum des 2/3 des députés pour la tenue de la plénière. A l'issue des élections législatives de 2005, aucun parti politique ne pouvait seul atteindre ce quorum. En effet, la configuration de l'Assemblée nationale était la suivante : le CNDD-FDD qui comptait 64 députés, le FRODEBU 30 députés, l'UPRONA qui avait 15 députés, le CNDD qui comptait 4 députés et le MRC qui 2 députés ; soit un total de 118 députés si on y ajoute 3 Twa. Le quorum exigé était de 79 députés.

C'est ainsi que le boycott des députés issus du parti UPRONA et FRODEBU<sup>433</sup> ont paralysé les travaux parlementaires durant la session de 2006 pour cause de manque de quorum.

Ensuite, la Constitution exige une majorité des 2/3 des députés présents ou représentés pour l'adoption des lois ordinaires, des résolutions, des décisions et des recommandations

<sup>432</sup> Comme nous l'avons écrit *supra*, pendant la 1<sup>ère</sup> période post-transition, l'article 303 de la constitution faisait partie de ce mécanisme requis pour diluer une majorité renforcée d'un parti politique. Depuis les élections de 2010, ce verrou a sauté et c'est ainsi par exemple qu'à la suite du boycottage des élections législatives de 2010 par certains partis politiques, le parti CNDD-FDD détient à lui seul 81 sièges sur 106, soit 76.4%.

<sup>433</sup> Théoriquement, comme ces partis étaient représentés au gouvernement, ils faisaient également partie de la majorité au parlement et devraient soutenir l'action gouvernementale. Mais à cause de leurs désaccords avec le parti CNDD-FDD, la coalition parlementaire a volé en éclat.





importantes ainsi qu'au minimum une majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale pour l'adoption des lois organiques. Si le quorum était atteint, ce qui n'a pas été toujours le cas, le parti majoritaire (CNDD-FDD) pouvait faire adopter seul toutes les lois et les résolutions. En effet, 53 députés étaient requis pour voter les lois ordinaires et les résolutions et 60 députés étaient nécessaires pour l'adoption des lois organiques. Or il avait à lui seul 64 députés.

Cependant, la majorité du CNDD-FDD a été effritée en février 2007 à la suite de la scission du groupe parlementaire de ce parti. En effet, le 7 février 2007 s'est tenu à Ngozi le 3ème congrès du parti CNDD-FDD qui a destitué le président du parti, le député Hussein Radjabu<sup>434</sup>. Au terme du congrès, le groupe parlementaire CNDD-FDD s'est scindé en deux : il y a eu d'un côté le « groupe des députés épris du respect de la loi » qui totalise 21 députés qui ont signé officiellement la déclaration de retrait du groupe parlementaire CNDD-FDD le 7 mars 2007 ; d'un autre côté, le groupe fidèle à la nouvelle présidence du parti<sup>435</sup>.

Depuis cette date, il est devenu presque impossible de réunir les majorités requises pour atteindre le quorum ainsi que pour adopter des lois.

Plusieurs tentatives ont été menées afin de rétablir la majorité mais elles ont toutes échoué<sup>436</sup>. Cela est d'autant plus vrai que la constitution burundaise n'a pas prévu des mécanismes de gestion des conflits entre les institutions. En effet, en cas d'éclatement de la coalition ou de la scission à l'intérieur d'un parti majoritaire, la solution classiquement admise réside dans le droit de dissolution. Comme l'écrit si bien Jacques CADART, en cas d'éclatement de la majorité par exemple, « le gouvernement ne peut que dissoudre s'il ne veut pas se retirer purement et simplement »<sup>437</sup>. Ainsi le peuple décidera quelle sera la nouvelle majorité.

Or, la Constitution interdisait le droit de dissolution pendant la première période post-transition. En effet, aux termes de l'article 302 al3, le Président élu pour la première période post-transition ne peut pas dissoudre le Parlement. C'est la raison pour laquelle la crise s'est enlisée, et l'immobilisme institutionnel a perduré.

Afin de sortir de cette situation et après échec des tentatives de sortie de la crise, la Cour constitutionnelle a décidé de considérer que les 21 députés qui avaient démissionné du parti CNDD-FDD en plus d'Hussein Radjabu occupaient irrégulièrement les sièges à l'Assemblée nationale. L'arrêt de la Cour constitutionnelle, critiquable à plus d'un égard, est un précédent dangereux et aura sans nul doute des implications fâcheuses sur le fonctionnement des institutions au Burundi.

### III.2.2.2. Conséquence indirecte : consécration d'un mandat impératif

A la suite d'une longue période d'enlèvement de la crise à l'Assemblée nationale et suite aux tentatives infructueuses de rétablir la majorité perdue par la voie du dialogue politique, le parti CNDD-FDD opte pour s'en remettre à la cour constitutionnelle.

<sup>434</sup> Renouveau n°6939, p.3.

<sup>435</sup> Aube de la Démocratie n°80 du 5 au 11 mars 2005 ; p.4

<sup>436</sup> Signalons à titre d'exemple deux remaniements du gouvernement, en juillet et en novembre 2008.

<sup>437</sup> CADART, J., *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, 3è éd. Paris, Economica, 1990, p.679.





### III.2.2.2.1. Repères chronologiques

En date du 23 mai 2008 le Président de ce parti porte à la connaissance du Président de l'Assemblée nationale que 22 députés dont la liste est annexée à sa lettre ne sont plus membres de ce parti et lui demande de saisir la cour constitutionnelle pour le pourvoi des sièges occupés illégalement par ces députés. Il se réfère aux articles 98 et 169 de la constitution.

En date du 30 mai 2008, le Président de l'Assemblée nationale adresse une lettre à la Présidente de la Cour constitutionnelle dont l'objet est « Requête en occupation inconstitutionnelle des sièges à l'Assemblée nationale » Dans cette lettre, il cite les articles 98 et 169 de la constitution, rappelle qu'à l'issue des élections législatives de 2005, la liste des indépendants n'a pas totalisé au moins 2% de suffrage national et que par conséquent n'a pas eu de parlementaire et que donc le groupe d'indépendants n'existe pas à l'Assemblée nationale. Il termine sa lettre en signalant, d'une part, que des députés initialement élus sur la liste du parti CNDD-FDD en avaient démissionné ou avaient été exclus du parti CNDD-FDD et occuperaient illégalement leurs sièges et en demandant, d'autre part, qu'il plaise à la Cour de statuer sur l'occupation inconstitutionnelle éventuelle de ces sièges occupés par ces députés.

En date du 5 juin 2008, la cour statue sur cette requête. Après avoir constaté la régularité de la saisine, la recevabilité de la requête ainsi que sa compétence pour statuer, la Cour étudie le fond de la requête et « constate l'occupation inconstitutionnelle des sièges à l'Assemblée nationale par les 22 députés ».

### III.2.2.2.2. Critique de l'arrêt RCCB 213

Dans cette critique, nous allons nous appesantir sur le fond de l'affaire pour mettre en évidence que l'arrêt consacre une soumission totale des élus à leurs partis d'origine, ce qui, à coup sûr, ne manquera pas de causer un impact sur le fonctionnement des institutions.

Dans sa requête, le bureau de l'Assemblée Nationale invoque les articles 98 et 169 pour faire constater l'occupation inconstitutionnelle des sièges à l'Assemblée nationale.

L'article 98 a trait à l'élection présidentielle. Il dispose que « les candidats peuvent être présentés par les partis politiques ou se présenter en qualité d'indépendants. Est considéré comme indépendant, le candidat qui, au moment de la présentation des candidatures n'est présenté par aucun parti politique ».

L'article 166 renvoie à l'article 98 de la constitution, dit la Cour et c'est à juste titre, en ces termes : « les candidats aux élections législatives peuvent être présentés par les partis politiques ou se présenter en qualité d'indépendants telle que définie par l'article 98 de la constitution ».

La Cour conclut que « l'article 98 vaut pour les élections présidentielles que législatives ».

L'article 169 de la Constitution dispose que : « Les candidats présentés par les partis politiques ou les listes d'indépendants ne peuvent être considérés comme élus et siéger à l'Assemblée Nationale que si, à l'échelle nationale, leur parti ou leur liste a totalisé un nombre de suffrages égal ou supérieur à 2% de l'ensemble des suffrages exprimés ».

Cet article pose les conditions d'entrer à l'Assemblée nationale et d'y siéger. La qualité d'indépendants telle qu'elle résulte de l'article 169 s'apprécie avant l'élection et non après.



A cet égard, la lecture que fait la cour de cet article est étonnante comme le montre ce passage : « *Attendu que selon la cour et à la lumière de l'esprit de l'article 169 précité, on est élu avant la législature et on siège pendant la législature ; du coup, les indépendants qui n'ont pas totalisé 2% des suffrages n'ont pas été élus et ne peuvent en aucun siège à l'Assemblée Nationale ;*

*Attendu que les députés dont les noms sont repris sur la liste de la requête ont été élus sur base des listes présentées par un parti politique pour siéger à l'Assemblée Nationale (...)* ».

L'allusion faite par la Cour aux indépendants est incompréhensible du moment qu'elle affirme que les députés en cause ont été élus sur base des listes présentées par un parti politique».

A notre sens, nous pensons que l'occupation inconstitutionnelle relève d'un autre domaine, celui de la perte de la qualité de député. Et ce domaine est bien réglementé aussi bien par la Constitution que par le code électoral.

En effet, aux termes de l'article 156 de la Constitution « le mandat de député et celui de sénateur prend fin par le décès, la démission, l'incapacité permanente et l'absence injustifiée à plus d'un quart des séances d'une session ou lorsque le député ou le sénateur tombe dans l'un des cas de déchéance prévus par une loi organique ».

Et l'ancien code électoral<sup>438</sup> corrobore la constitution quand il stipule à son article 132 al 1 que «le mandat d'un député prend fin avant son terme normal, soit en cas de dissolution de l'Assemblée nationale, soit en cas de vacance constatée par suite de décès, de démission, d'inaptitude physique, d'incapacité permanente, d'absence injustifiée à plus d'un quart des séances d'une session, ou de déchéance consécutive à la perte d'une condition d'éligibilité ». Et parmi les conditions d'éligibilité prévues à l'article 145 de cette loi électorale, aucune n'a trait à la démission ou l'exclusion d'un parti politique.

Et pourtant la Cour fonde sa décision sur une cause n'ont prévue ni par la constitution ni par le Code électoral.

Elle argumente en ces termes« *Attendu que ces personnes ne figurent plus sur la liste du parti politique qui les avait présentés soit qu'ils ont été exclus, soit qu'ils ont démissionné volontairement tel que le témoigne le procès-verbal du 28 janvier 2008 du parti CNDD-FDD ;*

*Attendu que c'est à ce titre qu'ils ont été élus et occupaient les sièges à l'Assemblée Nationale ;*

*Que par conséquent ils ne remplissent plus cette condition constitutionnelle ;*

*Par tous ces motifs*

*(...)La cour constitutionnelle (...) constate l'occupation inconstitutionnelle des sièges à l'Assemblée Nationale par les députés (suivent les noms des 22 députés exclus) ».*

Nous pouvons conclure que l'arrêt de la Cour constitutionnelle a allègrement ignoré les articles pertinents. Il est par conséquent juridiquement mal motivé. Il a voulu régler un problème politique en violant le droit et en consacrant un principe dont les conséquences

<sup>438</sup> Nous nous référons au Code électoral qui était en vigueur au moment de l'arrêt étant donné que le nouveau code électoral a par après inséré parmi les causes de la perte de la qualité de député la démission ou l'exclusion d'un parti(article 112 alinéa 2 de la loi n°1/22 du 18 septembre 2009 portant révision de la loi n°1/015 du 20 avril 2005 portant code électoral ).

sur le fonctionnement des institutions sont nombreuses. Cet arrêt pose également la problématique du respect de l'Etat de droit au Burundi ainsi que de l'avenir de l'approche consociative au Burundi<sup>439</sup>

### III.2.2.2.3. Leçons à tirer de l'arrêt RCCB 213

L'arrêt, tel que rendu par la Cour consacre un mandat impératif aux députés et cela en violation de l'article 149 de la Constitution qui stipule que le mandat des députés et des sénateurs a un caractère national et que tout mandat impératif est nul.

Par cette disposition, la constitution accorde aux députés et sénateurs une indépendance de vote et de positions par rapport à la ligne idéologique et aux directives de leurs partis. Par cet arrêt, la Cour consacre plus que jamais une soumission totale des députés et des sénateurs à leurs partis politiques. Désormais, un député ou un sénateur qui s'opposerait aux vœux de son parti se verrait purement et simplement exclu du parti, et ainsi perdre son siège à l'Assemblée nationale ou au Sénat. Il aura ainsi tendance à se montrer docile et timoré et à ne pas jouer pleinement son rôle de représentant du peuple. L'institution parlementaire risque d'être une courroie de transmission ou une boîte à lettre des partis politiques. Le système politique serait ainsi une partitocratie.

L'arrêt pose également la problématique de la séparation des pouvoirs et plus particulièrement, celui de l'indépendance de la magistrature. A y voir de plus près, la Cour constitutionnelle a été manipulée par les acteurs politiques afin de résoudre un problème politique de perte de la majorité parlementaire. C'est ainsi qu'elle a pris une décision en violation flagrante de la constitution. Ici l'avenir de l'Etat de droit au Burundi est posé avec acuité.

## IV. Les élections de 2010 : fin de l'approche consociative ?

De mai à septembre 2010, le Burundi a organisé une série de scrutins de la base au sommet de l'Etat.<sup>440</sup> Ces scrutins ont consacré une domination d'un parti politique, le CNDD-FDD, sur tout le système politique. En effet, à l'issue des élections communales que ce parti l'a emportées, les autres partis politiques ont crié aux fraudes généralisées, sans pour autant apporter les preuves de cette « mascarade ». C'est ainsi qu'ils ont boycotté les autres élections, laissant ainsi un boulevard au seul parti CNDD-FDD qui a de la sorte gagné avec des scores énormes<sup>441</sup>. Il s'est ainsi dégagé un paysage politique ressemblant à un monopartisme de fait, les autres partis politiques institutionnels (l'UPRONA et SAHWANYA-FRODEBU NYAKURI) ne pouvant pas être à mesure de constituer un véritable contrepoids.

Mais ce paysage politique signe-t-il la fin de l'approche consociative au Burundi ? Certainement qu'il met fin au consociativisme tel qu'il a été mis en œuvre depuis les Accords d'Arusha jusqu'en 2010. En effet, et nous l'avons déjà rappelé, jusqu'à la première période post-transition, l'esprit du constituant était d'éviter qu'un seul parti politique domine l'échiquier politique. C'est la raison d'être de l'article 303 de la constitution. Pour le reste, il a été mis en avant la volonté d'empêcher la domination du système politique par une seule ethnie. C'est ce paradigme qui a été choisi par le constituant de 2005, et les institutions issues de 2010 reflètent ce choix. Les quotas ethniques tels que portés dans la constitution

<sup>439</sup> Etant donné que notre constitution a opté pour le fait qu'une personne pourrait représenter son ethnie, peu importe son parti, il serait légitime que dans ces conditions de soumission totale de cette personne à son parti, de douter de l'effectivité de cette représentation au cas où son parti déciderait de piétiner les droits ou les intérêts de cette ethnie.

<sup>440</sup> Ces élections sont les communales, la présidentielle, les législatives et les collinaires.

<sup>441</sup> Ce parti a gagné les élections législatives avec un score de 81,19%, le président issu de ce parti a gagné avec un score de 91,62% (voir le rapport d'évaluation de la mission d'observation de l'Union européenne).

sont respectés. Mais si le paysage politique met fin au consociativisme tel que vécu jusqu'ici, il ne met pas pour autant fin aux piliers du consociativisme. La grande coalition, le droit de veto et la proportionnalité sont toujours présents.

Par ailleurs, partant des développements précédents selon lesquels certains éléments du consociativisme ont été à la base des dysfonctionnements des institutions, ce paysage politique devrait constituer un gage de stabilité et d'efficacité.

Durant la première période post-transition, le parti CNDD-FDD qui était aux commandes (parce que le président était issu de ce parti) expliquait ses déconvenues par « la volonté des partis politiques de l'opposition de lui mettre les bâtons dans les roues ». Désormais, il lui sera difficile d'invoquer cet alibi pour cacher ses déboires.

## Conclusion

Afin de faire face à des problèmes qui se posent dans la société, l'Etat ou les hommes politiques cherchent des voies et moyens pour y faire face. Ceux du Burundi, après s'être convenus que les conflits cycliques que le pays a connus depuis les indépendances avaient une dimension politico-ethnique, ont opté pour une politique de partage du pouvoir politique entre les ethnies. C'est ainsi qu'ils se sont inspiré de l'approche consociative qui peut se résumer dans cette formule « les bonnes barrières font de bons voisins ». Des arrangements de nature consociative tels que la grande coalition, la proportionnalité ainsi qu'une sorte de droit de veto ont ainsi été consacrés dans la constitution burundaise du 18 mars 2005 et les institutions portant la marque de ces arrangements ont été mises en place aussi bien en 2005 qu'en 2010.

Et pourtant, la mise en œuvre pratique de ces arrangements durant la législature 2005-2010 a été problématique. Le système politique a été décrédibilisé.

Néanmoins, ces arrangements n'ont pas été sans intérêt. Ils ont au moins eu le mérite de « désethniciser » les problèmes politiques burundais et de parvenir à asseoir une stabilité relative entre les ethnies. Ils ont été en revanche à l'origine des dysfonctionnements graves des institutions même si ces derniers ne sont pas exclusivement expliqués par les premiers.

En effet, au-delà des aspects institutionnels, la stabilité et l'efficacité des institutions dépendent également et en grande partie des hommes politiques d'un Etat. Ce sont aussi les acteurs politiques qui, chacun voulant tirer la couverture sur soi, ont fait que le système ne fonctionne pas correctement. On a beau prévoir des textes juridiques les plus aboutis qui soient, sans culture politique de la classe dirigeante, sans respect de la chose publique, sans respect des droits de l'homme, bref sans respect de l'Etat de droit, la stabilité et l'efficacité seront toujours des chimères. Un projet de formation des hommes politiques aux valeurs du dialogue et de la concertation, aux vertus du respect de l'Etat de droit devrait être initié, et le reste viendra de surcroît.

## Bibliographie

### I. Textes juridiques

1. Loi n° 1/010 du 18 mars 2005 portant Constitution de la République du Burundi.
2. Loi n° 1/22 du 18 septembre portant révision de la loi n° 1/015 du 20 avril 2005 portant code électoral.

### II. Ouvrages

1. CADART, J., Institutions politiques et Droit constitutionnel, 3è éd. Paris, Economica, 1990.
2. CHAGNOLLAU, D., Droit Constitutionnel contemporain, Tome 1, *théorie générale, les grands régimes étrangers*, Paris, Armand Colin, 2001.
3. CHRETIEN, J.-P., Le défi de l'ethnisme, Rwanda et Burundi, 1990 1996, Paris, Karthala, 1997.
4. CHRETIEN, J.P., et PRUNIER, G., Les ethnies ont une histoire, Paris, Karhala, 1989.
5. LIJPHART, A, Democracy and Plural Societies. A Comparative Exploration, New Haven, London, Yale University, 1977.
6. LIJPHART, A., Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty- One Countries, New Haven, London, Yale University Press, 1984.
7. MBONIMPA, M., Hutu, Tutsi, Twa, Pour une société sans castes au Burundi. Paris, L'Harmattan, 1993.
8. NTIBANTUNGANYA, S. Une démocratie pour tous les Burundais, Paris, L'Harmattan, 1999.
9. NTIBAZONKIZA, R., Au royaume des seigneurs de la lance. Une approche historique de la question ethnique au Burundi. T.1 :Des origines à l'indépendance, Centre d'animation/La Louvière, 1991.

### III. Articles

1. HAVYARIMANA, L., Analyse critique des textes législatifs et réglementaires régissant les élections au Burundi, OAG, Bujumbura, novembre 2008.
2. LEMARCHAND, R., "Consociationalism and Power Sharing in Africa: Rwanda, Burundi and Democratic Republic of the Congo", in African Affairs, 106/422.
3. LIJPHART, A., « Changement et Continuité dans la théorie consociative », Revue internationale de Politique Comparée, Vol 4, n°3, 1977.
4. NIMUBONA, J. « Masque ethnique, clientélisme et compétition pour le contrôle des termes d'échange politiques au Burundi. Essai d'économie politique de la corruption et des conflits au Burundi » in Revue de l'IDEC.
5. SULLIVAN, D. P., "The missing pillars : a look at the failure of Peace in Burundi through



- the lens of Arend Lijphart's theory of consociational democracy", in Journal of Modern African studies,43,1(2005).
6. VANDENGISTE, S., Théorie consociative et partage du pouvoir politique au Burundi, Institut de Politique et de Gestion du Développement, Université d'Anvers, 2006, p.8).
  7. VANDEGINSTE, S., « Entre le modèle consociatif et sa mise en œuvre »in L'Afrique des Grands Lacs. Annuaire 2007-2008.
  8. VANDENGISTE, S., "Power Sharing, Conflict and Transition in Burundi. Twenty Years of Trial and Error", in Africa Spectrum3/2009.

#### **IV. Mémoires**

1. BIZIMANA, E., L'impact du scrutin proportionnel sur le fonctionnement de pouvoir législatif : cas du Burundi, mémoire, U.B, Fac. de Droit, 2010.
2. MANIRAKIZA, A., Essai de qualification du régime politique issu de la Constitution du 18 mars 2005, mémoire, U.B, Fac.de Droit, 2008.



