



**L'éligibilité de l'actuel Président
de la République du Burundi aux
élections présidentielles de 2015:
une analyse juridique.**

Stef Vandeginste

Working Papers are published under the responsibility of the IOB Thematic Groups, without external review process. This paper has been vetted by Filip Reyntjens, convenor of the Thematic Group Political Economy of the Great Lakes Region.

Comments on this Working Paper are invited. Please contact the author at stef.vandeginste@ua.ac.be.

Instituut voor Ontwikkelingsbeleid en -Beheer
Institute of Development Policy and Management
Institut de Politique et de Gestion du Développement
Instituto de Política y Gestión del Desarrollo

Postal address:	Visiting address:
Prinsstraat 13	Lange Sint-Annastraat 7
B-2000 Antwerpen	B-2000 Antwerpen
Belgium	Belgium

Tel: +32 (0)3 265 57 70
Fax: +32 (0)3 265 57 71
e-mail: iob@ua.ac.be
<http://www.ua.ac.be/iob>

WORKING PAPER / 2012.03

L'éligibilité de l'actuel Président de la République du Burundi aux élections présidentielles de 2015: une analyse juridique.

Stef **Vandeginste***

Février 2012

* Chargé de cours, Institut de politique et de gestion du développement (IOB) et Chercheur Postdoctoral FWO, Faculté de droit, Université d'Anvers.

TABLE DES MATIÈRES

	ABSTRACT	5
1.	INTRODUCTION	6
2.	COMPÉTENCE ET PROCÉDURE	8
2.1.	Dans le cadre d'une déclaration de candidature faite par Pierre Nkurunziza	8
2.2.	En dehors du cadre d'une déclaration de candidature faite par Pierre Nkurunziza	9
3.	LA CONSTITUTIONNALITÉ D'UN TROISIÈME MANDAT DU PRÉSIDENT PIERRE NKURUNZIZA	10
3.1.	Analyse au regard de la Constitution et de la loi électorale	10
	3.1.1. Une interprétation littérale	11
	3.1.2. Quelle était l'intention de l'Assemblée constituante?	11
	3.1.3. En guise de conclusion (intermédiaire)	14
3.2.	L'interprétation de la Constitution par la Cour constitutionnelle	15
4.	L'ÉLIGIBILITÉ DE L'ACTUEL PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE AU REGARD DES NORMES RELATIVES À LA JUSTICE TRANSITIONNELLE.	16
4.1.	Analyse au regard de la Constitution et de la loi électorale	16
4.2.	Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour constitutionnelle	18
4.3.	L'éligibilité du Président Nkurunziza et la mise en place de la Commission Vérité et Réconciliation.	19
5.	CONCLUSION	21
	BIBLIOGRAPHIE	22

ABSTRACT

Presidential elections are likely to be held in Burundi in July 2015. Like in several other African countries, a debate has arisen around the eligibility of the incumbent president at the next presidential elections. This paper offers a legal analysis of the constitutionality of a possible candidacy of President Nkurunziza in 2015. A twofold perspective is adopted. On the one hand, attention is paid to the presidential term limit laid down in the Constitution (including to the provision possibly allowing for a third term). On the other, an analysis is made of the impact of (currently applicable and draft) transitional justice legislation on the possible candidacy of President Nkurunziza. The paper reveals the major impact of the legal (in particular constitutional) status of the Arusha Peace and Reconciliation Agreement of August 2000. It also highlights the crucial role of the Constitutional Court in clarifying several of the unanswered issues highlighted throughout the paper. More generally, the case-study addressed in this paper shows the complexity of the important linkages between post-conflict elections, peace accords, power-sharing and transitional justice.

1. INTRODUCTION

A supposer qu'elles se tiennent dans les délais prévus par la Constitution, des élections présidentielles auront lieu au Burundi entre le 27 juin et le 27 juillet 2015.¹ Plus de trois ans avant ce scrutin, un débat a été lancé² par rapport à la question de savoir si une éventuelle candidature de l'actuel Président de la République Pierre Nkurunziza à ces élections serait conforme à la Constitution et aux autres dispositifs législatifs actuellement en vigueur. Dans le présent article, nous essayons de contribuer à ce débat qui nous paraît très intéressant et, en même temps, hautement complexe. Il est dès lors judicieux d'aborder la question bien à temps, c'est-à-dire bien avant que la campagne électorale ne soit officiellement lancée (même si certains observateurs diront que ce débat ne peut, de par sa nature, jamais avoir lieu in tempore non suspecto).³

Avant d'entamer notre analyse juridique, nous tenons à souligner deux choses. Premièrement, il est très encourageant de voir que le débat sur l'éligibilité du Président Nkurunziza aux élections présidentielles de 2015 est abordé dans une perspective constitutionnelle. Cela peut sembler 'normal', mais il est utile de rappeler que dans bien d'autres cas parfois récents (en Afrique et ailleurs) la Constitution ne constituait pas le cadre de référence pourtant 'logique'. Cela semble indiquer que, tout comme plusieurs autres pays africains⁴, le Burundi s'inscrit dans une dynamique de ce qu'on peut appeler l'institutionnalisation (et, plus particulièrement, la constitutionnalisation) de l'exercice et du transfert du pouvoir politique (Posner and Young, 2007). Même s'il convient de rappeler que constitutionnalisme n'égale pas nécessairement démocratie ni légitimité socio-politique, il nous semble que la référence quasi-automatique au besoin de se conformer à la Constitution indique que, progressivement, le droit remplace la violence en tant que principe ordonnant l'accès au pouvoir. Inutile de dire qu'un scénario

[1] «L'élection du Président de la République a lieu un mois au moins et deux mois au plus avant l'expiration du mandat du Président de la République» (art. 103, alinéa 2, de la Constitution du 18 mars 2005; voir aussi article 93, alinéa 2, du Code électoral du 18 septembre 2009). L'actuel Président Pierre Nkurunziza a prêté serment le 27 août 2010. Ce délai ne s'applique pas en cas de vacance pour cause de démission, de décès ou de toute autre cause de cessation définitive des fonctions du Président, constatée par la Cour constitutionnelle, auquel cas le scrutin pour l'élection du nouveau Président de la République a lieu dans un délai de un à trois mois après la constatation de la vacance, sauf cas de force majeure (Constitution, art. 121).

[2] Dans son discours à l'occasion du lancement de la campagne de promotion et de renforcement de la culture démocratique qu'il a tenu à Rutana le 18 novembre 2011, le Président Nkurunziza a lancé un appel à tous les acteurs politiques à «se joindre à tout le peuple burundais pour préparer ensemble et à temps le prochain rendez-vous électoral de 2015» (paragraphe 9). Parmi les nombreuses questions liées aux prochaines élections, celle relative à l'éligibilité du Président en exercice a fait l'objet d'une réflexion par le professeur Paul Ngarambe, ancien Président de la Commission électorale nationale indépendante en 2004-2005, sur le site web du journal IWACU, d'abord le 15 décembre 2011 et repris le 6 janvier 2012 (<http://www.iwacu-burundi.org/spip.php?article1693>, site visité le 12 janvier 2012). Dans son opposition à un éventuel troisième mandat successif du Président Nkurunziza, il a été rejoint par François Bizimana (CNDD), député à l'Assemblée Législative de la Communauté Est-Africaine, dans sa tribune libre publiée dans IWACU (édition du 13 janvier 2012; p. 7). Par contre, d'autres opinions se sont fait entendre en faveur de l'éligibilité de Pierre Nkurunziza aux élections présidentielles de 2015. Voir, i.a., Jean Jacques Mpitabakana, «Le Président Nkurunziza peut bel et bien briguer un autre mandat présidentiel en 2015 dans la légalité constitutionnelle» (www.nyabuserong.org, visité le 26 janvier 2012) ainsi que Ngendanzwa, «Stop à la manipulation politicienne de l'information autour de la révision de la Constitution» (www.abarundi.bi, visité le 26 janvier 2012).

[3] Voir aussi, plus généralement, l'appel du sénateur et ancien Président de la République, Sylvestre Ntibantunganya, à un vaste dialogue politique et social qui viserait «à tout mettre en œuvre pour que les élections de 2015 connaissent la participation de tous les protagonistes politiques qui, à travers ce dialogue, doivent accepter que leurs différends et ambitions pour la participation aux institutions de la République et la gestion des affaires du pays soient arbitrés uniquement par le peuple souverain» (NTIBANTUNGANYA, S., *Face aux menaces qui pèsent sur la paix, la démocratie et la stabilité, la jeunesse burundaise doit se mobiliser*, Ngozi, 22 décembre 2011, p. 17).

[4] Voir aussi la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance du 30 janvier 2007 qui a comme objectif d'«interdire, rejeter et condamner tout changement anticonstitutionnel de gouvernement dans tout Etat membre comme étant une menace grave à la stabilité, à la paix, à la sécurité et au développement» (article 2). La Charte n'a pas encore été ratifiée par le Burundi. Au moment d'écrire ces lignes, il manque une quinzième ratification pour que la Charte entre en vigueur.

dans lequel un candidat aux élections présidentielles désire ne pas se conformer au cadre constitutionnel serait extrêmement déplorable pour un Etat qui se veut Etat de droit. Un tel scénario ne fait pas l'objet de la présente analyse. Deuxièmement, nous assumons le risque d'une accusation de 'récidive' par certains lecteurs. En mars 2009, sur base d'une analyse développée en marge de notre thèse de doctorat, nous avons accordé une interview au journal IWACU sur le même sujet.⁵ Des arguments juridiques à l'appui, nous avons conclu qu'étant données les dispositions législatives en vigueur au moment de notre analyse et sa condamnation en date du 12 février 1998 par la Cour d'appel de Bujumbura, le Président Nkurunziza n'était pas éligible aux élections présidentielles de 2010. Dans le présent article, nous aborderons la question de savoir si à la lumière des amendements législatifs adoptés au parlement burundais, notamment l'adoption – à la quasi-unanimité des membres de l'Assemblée nationale – du Code électoral du 18 septembre 2009, nous devons revoir notre conclusion pour ce qui est des présidentielles de 2015.

Notre analyse portera sur deux éléments de l'ensemble des conditions d'éligibilité prescrits par la Constitution.⁶ D'un côté (voir section 3) se pose la question de la conformité à la Constitution de l'éventuelle candidature du Président Nkurunziza au regard du nombre de mandats que peut exercer un Président de la République.⁷ D'un autre côté (voir section 4) nous aborderons la question de son éligibilité dans le contexte de la justice transitionnelle (ce qui constituait la seule perspective adoptée lors de notre analyse en mars 2009), un dossier d'ailleurs en pleine évolution au moment d'écrire ces lignes.

[5] «Juridiquement, le Président Pierre Nkurunziza ne peut pas se présenter aux présidentielles de 2010», Interview avec Antoine Kaburahe, IWACU, 6 mars 2009, p. 9.

[6] D'autres conditions mises en avant par la Constitution dans son article 97 (nationalité, âge, résidence) ne semblent pas poser problème et sont donc peu pertinentes concernant la question sous étude.

[7] Le lien entre une telle limitation et le caractère démocratique d'un régime politique est généralement reconnu (Maltz, 2007).

2. COMPÉTENCE ET PROCÉDURE

Quelles institutions auront à répondre à la question de savoir si le Président Nkurunziza, au cas où il souhaiterait se porter candidat, est éligible aux élections présidentielles de 2015? En d'autres termes, avant d'entamer notre analyse par rapport au fond, il convient de dire un mot sur les compétences des instances habilitées à statuer (notamment la Commission électorale nationale indépendante et la Cour constitutionnelle) de même que sur quelques éléments relatifs à la procédure à suivre par et devant lesdites instances. Nous distinguons deux scénarios dans lesquels la question sous étude peut être portée à l'attention de ces instances.

2.1. Dans le cadre d'une déclaration de candidature faite par Pierre Nkurunziza

Une déclaration de candidature aux élections présidentielles doit se faire pendant la période de déclaration de candidature qui est fixée par décret portant convocation des électeurs (et qui doit durer au moins dix jours) (Code électoral, art. 100). Cette déclaration est présentée à la Commission électorale nationale indépendante (CENI).⁸ La CENI est l'instance chargée, entre autres, de la mission d'organiser les élections, de veiller à ce qu'elles soient libres, régulières et transparentes ainsi que d'entendre les plaintes concernant le respect des règles électorales et d'y donner suite (Constitution art. 91; Code électoral, art. 4). Afin d'assurer la régularité des élections, la CENI est logiquement chargée de vérifier si les conditions d'éligibilité sont remplies par les candidats. La CENI statue sur la recevabilité d'une candidature dans un délai de quatre jours après le dépôt de celle-ci (Code électoral, art. 102, alinéa 3). En d'autres termes, s'il incombe, tout d'abord, à la CENI de statuer sur l'éligibilité d'un candidat aux élections présidentielles, elle ne le fera qu'au moment où une candidature a été déposée et uniquement par rapport à ce dossier. Logiquement, il ne faut donc pas s'attendre à une décision de la CENI dans les trois ans à venir.⁹

La CENI n'est pourtant pas la seule instance habilitée à éventuellement statuer sur la question sous étude ici. La CENI peut soit confirmer la recevabilité de la candidature, soit la déclarer irrecevable. Dans ce dernier cas, le Code électoral stipule qu'«*En cas de rejet de candidature, la décision de la Commission Electorale Nationale Indépendante doit être motivée sur tous les points de non-conformité à la Constitution et à la présente loi. Dans les deux jours qui suivent la signification de cette décision, toute contestation peut être portée devant la Cour Constitutionnelle qui dispose d'un délai de huit jours pour statuer définitivement*» (art. 103). Cette disposition prévoit donc qu'en cas de rejet de la candidature par la CENI, celle-ci motive sa décision en faisant référence, entre autres, aux conditions d'éligibilité prévues par la Constitution. En définitive, il appartient à la Cour constitutionnelle¹⁰ de statuer. Cette mission en matière électorale est en effet prévue par la Constitution qui stipule que la Cour constitutionnelle est compétente pour statuer sur la régularité des élections présidentielles et législatives et des référendums et pour en proclamer les résultats définitifs (art. 228, alinéa 1, quatrième trait). Concrètement, dans le cadre de la procédure évoquée ci-dessus, la Cour constitutionnelle ne se prononcera sur le dossier qu'en cas

[8] Le fonctionnement de la CENI est réglé par le Décret N° 100/22 du 20 février 2009 portant organisation et fonctionnement de la Commission Electorale Nationale Indépendante.

[9] A titre de comparaison, pour les élections de 2010, le décret portant convocation des électeurs a été pris le 7 avril 2010.

[10] Le fonctionnement de la Cour constitutionnelle est réglé par la Loi N° 1/018 du 19 décembre 2002 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle ainsi que la procédure applicable devant elle, telle que modifiée par la Loi N° 1/03 du 11 janvier 2007.

de rejet de la candidature par la CENI. De toute façon, ce scénario, à supposer qu'il se réalise, ne se produira donc pas à court terme.

Aucune intervention par la Cour constitutionnelle n'est prévue au cas où la CENI déclare recevable la candidature. Signalons toutefois que la question de l'éligibilité pourrait également être soulevée après les élections présidentielles. En effet, d'après l'article 79 du Code électoral, avant de procéder à la proclamation officielle des résultats du scrutin, la Cour constitutionnelle doit vérifier la régularité dudit scrutin, ce qui, à notre avis, pourrait être interprété comme donnant l'occasion à la Cour d'évaluer si les conditions d'éligibilité ont été remplies par le candidat élu. Si la Cour relève des irrégularités susceptibles d'avoir pu influencer d'une façon déterminante le résultat du scrutin, elle annule l'élection (art. 82, alinéa 1). Si la Cour constitutionnelle ne relève pas d'irrégularités et proclame les résultats, il est encore prévu un recours en matière des élections présidentielles devant cette même Cour (Code électoral, art. 85 et 86). Une requête écrite doit alors être adressée dans un délai de dix jours qui suivent la proclamation des résultats. Sont en droit de contester une élection et peuvent saisir la Cour «toutes les personnes inscrites sur les listes électorales de la circonscription concernée» (Code électoral, art. 86, alinéa 2), donc tout électeur.¹¹

2.2. En dehors du cadre d'une déclaration de candidature faite par Pierre Nkurunziza

On ne doit pas nécessairement attendre l'éventuelle déclaration de candidature par Pierre Nkurunziza en 2015 avant qu'une décision en la matière ne puisse être prise par une instance habilitée. En dehors du cadre d'une déclaration de candidature, deux possibilités se présentent. Au lieu de les introduire ici, nous les présenterons brièvement ci-dessous (voir section 3.2. et 4.2.) car l'une – à savoir, la demande d'interprétation de la Constitution par la Cour constitutionnelle – est notamment pertinente pour permettre à la Cour de statuer sur la constitutionnalité d'un éventuel troisième mandat du Président actuel, tandis que l'autre – en l'occurrence, une demande à la Cour constitutionnelle afin qu'elle statue sur la constitutionnalité d'une disposition du Code électoral – est notamment pertinente pour aborder la question de l'éligibilité de l'actuel Président de la République sous l'angle de la justice transitionnelle.

[11] Cet alinéa prévoit également un droit de contester qui appartient «aux partis politiques intéressés», tandis que la Loi du 19 décembre 2002 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle ne prévoit pas cette possibilité. Par contre, l'article 33 de ladite loi – qui traite du contentieux de l'élection des députés et sénateurs mais qui, conformément à l'article 31, s'applique mutatis mutandis aux élections présidentielles – prévoit qu'un droit de contester les élections appartient «aux personnes qui ont fait acte de candidature» (alinéa 4). Il semblerait opportun que le législateur lève cette incohérence lors d'une prochaine modification de l'une ou de l'autre loi.

3. LA CONSTITUTIONNALITÉ D'UN TROISIÈME MANDAT DU PRÉSIDENT PIERRE NKURUNZIZA

Même si la décision sur l'éligibilité incombe donc bien évidemment aux instances habilitées à statuer sur la question, nous croyons utile d'ajouter ici quelques éléments au débat. A toutes fins utiles, soulignons que nous le faisons à titre d'analyse académique uniquement. En effet, ce qui nous intéresse n'est autre que la *légalité* d'une éventuelle candidature; nous n'avons aucune ambition de nous prononcer sur l'*opportunité politique* de telle ou telle candidature.

3.1. Analyse au regard de la Constitution et de la loi électorale

Est-ce qu'un troisième¹² mandat successif¹³ de l'actuel Président de la République serait conforme à la Constitution? En son article 96, la Constitution prévoit que «*Le Président de la République est élu au suffrage universel direct pour un mandat de cinq ans renouvelable une fois*»¹⁴. La modalité de l'élection du Président de la République est spécifiée dans l'article 102 de la Constitution: «*L'élection du Président de la République a lieu au scrutin uninominal à deux tours. Le Président de la République est élu à la majorité absolue des suffrages exprimés. Si celle-ci n'est pas obtenue au premier tour, il est procédé, dans un délai de quinze jours, à un second tour. Seuls peuvent se présenter au second tour du scrutin, les deux candidats qui ont recueilli le plus grand nombre de suffrages au premier tour. En cas de désistement de l'un ou de l'autre des deux candidats, les candidats suivants se présentent dans l'ordre de leur classement après le premier scrutin. Est déclaré élu au second tour, le candidat ayant recueilli la majorité relative des suffrages exprimés*»¹⁵.

A première vue, la limitation à deux mandats présidentiels est clairement inscrite dans la Constitution. Or, la disposition qui complique l'analyse de la questions sous étude se trouve dans l'article 302 qui fait partie du Titre XV «*Des dispositions particulières pour la première période post-transition*» de la Constitution. Il y est prévu que «*A titre exceptionnel, le premier Président de la République de la période post-transition est élu par l'Assemblée Nationale et le Sénat élus réunis en Congrès, à la majorité des deux tiers des membres. Si cette majorité n'est pas obtenue aux deux premiers tours*»¹⁶, *il est procédé immédiatement à d'autres tours jusqu'à ce qu'un candidat obtienne le suffrage égal aux deux tiers des membres du Parlement. En cas de vacance du premier Président de la République de la période post-transition, son successeur est élu selon les mêmes modalités prévues*

[12] A notre avis, contrairement à la façon dont le Prof. Ngarambe (voir note de bas de page numéro 2) a formulé la question (troisième mandat ou deuxième 'vrai' mandat?) il s'agit effectivement, à supposer que l'actuel Président soit réélu en 2015, d'un troisième mandat. La question principale est plutôt de savoir si ce troisième mandat serait conforme à la Constitution.

[13] Une autre question – qui n'est pas abordé ici – est de savoir si, après avoir exercé deux mandats (en 2005-2010 et 2010-2015), le Président Nkurunziza pourrait exercer un troisième mandat en 2020-2025 après avoir exercé une autre fonction (sénateur ou – rien ne semble s'y opposer - Vice-Président de la République) pendant la période 2015-2020. Plusieurs hommes politiques (appartenant à différents partis politiques) se sont d'ailleurs déclarés favorables à la création de la fonction de premier ministre (remplaçant les deux vice-présidents) lors d'une prochaine révision de la Constitution. Si effectivement cette révision se réalisait et sauf disposition contraire dans la nouvelle Constitution, le Président actuel pourrait éventuellement s'inspirer du tandem Poutine – Medvedev en Russie pour exercer un mandat de premier ministre pendant la période 2015-2020, à supposer que le résultat des élections le permet, bien évidemment. Insistons que de tels scénarios (hypothétiques) ne font pas l'objet de la présente analyse.

[14] En son article 90, le Code électoral prévoit que «*Le Président de la République est élu au suffrage universel direct et secret pour un mandat de cinq ans, renouvelable une seule fois*». Il nous semble que les mots «*une seule fois*» ne font pas de différence avec les mots «*une fois*» de l'article 96 de la Constitution.

[15] Une disposition identique se trouve dans l'article 92 du Code électoral.

[16] Il est bien écrit «*aux deux premiers tours*» mais on peut se poser la question de savoir s'il ne s'agit pas d'une erreur matérielle. Est-ce que le constituant a voulu dire «*au premier tour*»? L'article 190 du Code électoral du 20 avril 2005 – auquel nous ferons référence pour une autre raison, évoqué ci-dessous – reprend effectivement la même disposition en corrigeant ce qui semble être une erreur matérielle de la Constitution, c'est-à-dire en écrivant en «*au premier tour*».

à l'alinéa précédent. Le Président élu pour la première période post-transition ne peut pas dissoudre le Parlement». En 2005, le Président Nkurunziza a été élu par l'Assemblée nationale et le Sénat réunis en congrès. En 2010, il a été élu au suffrage direct.

3.1.1. Une interprétation littérale

Deux interprétations de la lettre des articles 96, 102 et 302 nous semblent possibles. D'un côté, on peut considérer la disposition tenue dans l'article 302 comme étant une exception aux modalités habituelles des élections présidentielles prévues par l'article 96 («suffrage universel direct») et par l'article 102. Dans une telle interprétation, l'article 302 laisse intacte l'application du principe énoncé par l'article 96 relatif au nombre de mandats («renouvelable une fois») au premier Président de la République de la période post-transition. L'utilisation du mot «modalités» dans l'alinéa 2 de l'article 302 peut certainement être invoquée par ceux qui soutiennent une interprétation dans ce sens. Suivant une telle interprétation, un troisième mandat de l'actuel Président de la République serait contraire à la Constitution et, le cas échéant, sa candidature devrait donc être rejetée par la CENI.

D'un autre côté, on peut considérer la disposition tenue dans l'article 302 comme étant une exception non seulement aux modalités habituelles des élections présidentielles mais également concernant le principe même du nombre de mandats énoncé par l'article 96. L'exception à laquelle il est fait référence dans l'article 302 («A titre exceptionnel») est alors de nature à reporter l'application de la limitation du nombre de mandats présidentiels et à appliquer ce principe uniquement à partir du premier mandat du premier président élu au suffrage direct. Suivant une telle interprétation, l'actuel mandat du Président Nkurunziza est renouvelable. Même si, à notre avis, la formulation de l'article 302 ne donne aucun appui explicite à cette interprétation, la formulation de l'article 96 (lu en combinaison avec l'article 302) nous semble laisser au moins une certaine marge d'interprétation, notamment si l'on la compare à d'autres constitutions formulées de façon plus in-équivoque car rejetant plus explicitement d'éventuelles exceptions.¹⁷

3.1.2. Quelle était l'intention de l'Assemblée constituante?

Etant donné qu'une interprétation littérale de la Constitution ne nous offre pas de réponse définitive, il est important d'essayer de reconstituer quelle pourrait avoir été l'intention¹⁸ de l'Assemblée constituante lorsqu'elle a adopté la Constitution de 2005 et notamment les mots «A titre exceptionnel» dans l'article 302. Il nous mènerait trop loin d'essayer d'analyser tous les travaux préparatoires de la Constitution du Burundi dans le cadre de cet article. Nous nous limiterons à deux textes qui, à notre avis, peuvent aider à jeter de la lumière sur l'intention, le but, la volonté du constituant.¹⁹

[17] Pour ne citer que le cas de la Constitution rwandaise du 4 juin 2003: «Le Président de la République est élu pour un mandat de sept ans renouvelable une seule fois. En aucun cas, nul ne peut exercer plus de deux mandats présidentiels» (article 101). (C'est nous qui soulignons.)

[18] Il nous mènerait trop loin de présenter les différentes méthodes d'interprétation en droit constitutionnel. Voir, entre autres, y compris en ce qui concerne l'interprétation téléologique par le juge constitutionnel, Barak (2006).

[19] En même temps, nous lançons une invitation à nos lecteurs pour soulever d'autres arguments qui peuvent être tirés des travaux préparatoires et qui seraient de nature à soutenir l'une ou l'autre interprétation.

Premièrement, faisons référence à l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi signé en août 2000 (ci-après: l'Accord d'Arusha). Dans le cadre de cet article²⁰, nous ne pouvons pas aborder la question complexe du statut juridique actuel²¹ - c'est-à-dire pour la période post-transition depuis l'adoption de la Constitution du 18 mars 2005 - de l'Accord d'Arusha. Aucun article de la Constitution n'y fait référence de façon explicite²², mais il est généralement admis que l'Accord d'Arusha a constitué - tout au moins - une importante source d'inspiration pour le constituant burundais en 2005. Que dit l'Accord d'Arusha par rapport à la question sous étude ici? L'Accord met en avant certains principes constitutionnels pour la Constitution de la période post-transition (Protocole II, Chapitre premier). L'article 7, relatif au pouvoir exécutif, contient dix paragraphes. Le troisième paragraphe prévoit ce que stipule l'actuel article 96 de la Constitution concernant la durée du mandat et le nombre de mandats présidentiels («*Il est élu pour un mandat de cinq ans renouvelable une seule fois. Nul ne peut exercer plus de deux mandats présidentiels*»). Le premier paragraphe, sous a), prévoit que la Constitution devra stipuler que le Président est élu au suffrage universel direct «à l'exception de la toute première élection présidentielle». Sous c), ce premier paragraphe de l'article 7 prévoit que «*Pour la première élection, qui doit être tenue durant la période de la transition, le Président est élu indirectement ainsi qu'il est indiqué plus loin, au paragraphe 10 de l'article 20*»²³. L'endroit de l'exception - qui a par la suite été incorporée et élaborée dans l'article 302 de la Constitution actuelle - indique, à notre avis, que les parties signataires de l'Accord d'Arusha ont voulu prévoir des modalités d'élections exceptionnelles pour le premier président de la période post-transition. Autrement dit, *a contrario*, l'exception prévue sous c) dans le premier paragraphe de l'article 7 aurait été insérée dans le troisième paragraphe ou dans un paragraphe à part si l'intention des parties signataires avait été de créer une exception par rapport au nombre de mandats présidentiels. En résumé, dans la mesure où l'Accord d'Arusha élucide l'intention de l'Assemblée constituante qui a adopté la Constitution du 18 mars 2005, tout porte à croire que l'article 302 de la Constitution doit être interprétée de façon 'restrictive', c'est-à-dire comme

[20] Voir plus en détail Vandeginste (2010: 143-147).

[21] Pour ce qui est de la période de la transition, sous la Constitution de transition du 28 octobre 2001, l'intention du constituant burundais - ainsi que des parties signataires de l'Accord d'Arusha - était clairement d'accorder un statut 'supra-constitutionnel' à l'Accord d'Arusha. La Constitution de transition était en grande partie inspirée par les multiples 'dispositions à vocation constitutionnelle' inscrites dans l'Accord d'Arusha et auxquelles il est fait référence dans plusieurs articles. Il était également prévue qu'aucune procédure de révision de la Constitution de transition «*ne peut être retenue si elle porte atteinte à l'unité nationale et à la cohésion du peuple burundais, à la laïcité de l'Etat, à l'intégrité du territoire de la République et si elle est contraire au contenu à l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi*» (art. 256). L'Accord de Cessez-le-feu entre le Gouvernement de transition et le CNDD-FDD du 21 novembre 2003 confirme cette intention où il est stipulé «*Attendu que l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi constitue un instrument privilégié de gestion politique de Transition et qu'il se situe au summum de la hiérarchie des normes juridiques burundaises*» (préambule, alinéa 9). Signalons toutefois que l'Accord d'Arusha n'a été adopté au parlement burundais que par une simple loi (Loi du 1^{er} décembre 2000 portant adoption de l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation).

[22] Contrairement à ce que stipulait la Constitution de transition du 28 octobre 2001 en rapport avec sa propre révision (voir note de bas de page précédente), la Constitution actuelle ne fait plus référence à l'Accord d'Arusha dans ce cadre («*Aucune procédure de révision ne peut être retenue si elle porte atteinte à l'unité nationale, à la cohésion du peuple burundais, à la laïcité de l'Etat, à la réconciliation, à la démocratie, à l'intégrité du territoire*», art. 299). Ceci n'est qu'une illustration du fait que le statut juridique de l'Accord d'Arusha a tout au moins évolué depuis l'adoption de la Constitution actuelle. La Constitution actuelle fait seulement référence à l'Accord d'Arusha, et aux autres accords de paix, dans son préambule, où il est stipulé «*Réaffirmant notre foi dans l'idéal de paix, de réconciliation et d'unité nationale conformément à l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi du 28 août 2000 et aux Accords de Cessez-le-Feu*» (deuxième alinéa). Dans le préambule de la loi portant promulgation de la Constitution, référence est également faite à l'Accord d'Arusha. Nous concluons que l'Accord d'Arusha, malgré le manque de clarté par rapport à son statut juridique, fait certainement partie des travaux préparatoires et vaut au moins une lecture à ce titre.

[23] Cet article 20 du Protocole II de l'Accord d'Arusha, qui fait partie du Chapitre II (Arrangements de transition) et porte sur les élections, aborde l'élection du Président de la République dans ses paragraphes 9, 10 et 11. Il y est prévu que «*Le premier Président de la période post-transition est élu par l'Assemblée nationale et le Sénat réunis, à la majorité des deux tiers*».

instituant une exception au scrutin direct (article 96) et aux modalités d'élection habituelles prévues par l'article 102, sans vouloir permettre un éventuel troisième mandat présidentiel.

Deuxièmement, il est également intéressant et pertinent de faire référence au Code électoral du 20 avril 2005. Ce texte étant abrogé par le Code électoral du 18 septembre 2009 (article 240), il n'est bien évidemment plus en vigueur et n'est donc pas directement applicable à la question sous étude. Par contre, il nous semble que cette loi peut éventuellement nous renseigner sur l'intention du constituant burundais lorsqu'il a adopté l'article 302 de la Constitution. En effet, la Constitution du 18 mars 2005 a été promulguée à peine un mois avant l'adoption du Code électoral du 20 avril 2005 et tout porte à croire que le législateur a voulu légiférer en conformité avec cette nouvelle Constitution (même si, bien évidemment, il faut prendre en considération le scénario d'une éventuelle inconstitutionnalité du Code constatée par la Cour constitutionnelle). Trois articles du Code électoral du 20 avril 2005 méritent une lecture attentive: les articles 186, 188 et 190. L'article 186 est identique à l'article 90 du Code électoral de 2009 qui l'a abrogé («Le Président de la République est élu au suffrage universel direct et secret pour un mandat de cinq ans, renouvelable une seule fois») et reprend donc le principe inscrit dans l'article 96 de la Constitution. L'article 188 est identique à l'article 92 du Code électoral de 2009 qui l'a abrogé et à l'article 102 de la Constitution («L'élection du Président de la République a lieu au scrutin uninominal à deux tours. Le Président de la République est élu à la majorité absolue des suffrages exprimés. Si celle-ci n'est pas obtenue au premier tour, il est procédé, dans un délai de quinze jours, à un second tour. Seuls peuvent se présenter au second tour du scrutin, les deux candidats qui ont recueilli le plus grand nombre de suffrages au premier tour. En cas de désistement de l'un ou de l'autre des deux candidats, les candidats suivants se présentent dans l'ordre de leur classement après le premier scrutin. Est déclaré élu au second tour, le candidat ayant recueilli la majorité relative des suffrages exprimés»). L'article 190 prévoit une exception pour ce qui est du premier Président de la République de la période post-transition, conformément à ce qui est tenu dans l'article 302 de la Constitution (où, en début d'article, il est dit «A titre exceptionnel», voir ci-dessus).²⁴ L'article 190 commence ainsi «Par exception au principe énoncé à l'article 186 de la présente loi [...]». L'article 190 du Code électoral de 2005 ne constituait donc pas une exception aux modalités habituelles de l'élection présidentielle prévues par l'article 188, mais constituait bel et bien une exception au principe inscrit dans l'article 186 (et qui correspond à l'article 96 de la Constitution). En résumé, dans la mesure où l'article 190 du Code électoral du 20 avril 2005 dévoile l'intention de l'Assemblée constituante qui a adopté la Constitution du 18 mars 2005, il nous semble que l'article 302 de la Constitution peut être interprétée de façon 'extensive', c'est-à-dire comme instituant une exception non seulement aux modalités d'exception habituelles prévues par l'article 102 et au principe de scrutin direct inscrit dans l'article 96, mais à l'intégralité de ce même article 96, y compris où cet article ne permet que deux mandats présidentiels.

[24] Pour des raisons évidentes, ayant été adopté quatre ans après le début du mandat du premier président de la période post-transition, l'exception n'est plus reprise dans le Code électoral du 18 septembre 2009.

Vu que les deux sources analysées nous offrent des interprétations différentes de l'intention du constituant burundais, il y a lieu de voir si la Cour constitutionnelle a statué sur l'éventuelle inconstitutionnalité du Code électoral du 20 avril 2005. Plus particulièrement, est-ce que la Cour a estimé que l'article 190 de ce Code était contraire à l'article 96 de la Constitution étant donné 'l'esprit d'Arusha' dans lequel on pourrait vouloir interpréter la Constitution?²⁵ La Cour n'a pas statué, ni dans l'un ni dans l'autre sens.²⁶

3.1.3. En guise de conclusion (intermédiaire)

De ce qui précède, nous concluons que ni une interprétation littérale de la Constitution, ni une interprétation sur base de l'intention du constituant, ne nous apportent une réponse définitive et incontestable à la question sous étude ici. Dans la mesure où l'Accord d'Arusha est considéré comme occupant une place prépondérante dans l'ensemble des travaux préparatoires de la Constitution du 18 mars 2005, nous aurions tendance à conclure qu'un troisième mandat ne serait pas conforme à la Constitution. Si, par contre, l'on considère que depuis la fin de la période de la transition, l'Accord d'Arusha n'a plus la même valeur constitutionnelle que durant ladite période, on pourrait conclure dans un autre sens.

Quelle interprétation la Cour constitutionnelle ferait-elle de la Constitution, notamment de l'ensemble des articles 96, 102 et 302? Cela nous mène à la procédure brièvement énoncée ci-dessus.

[25] Une autre possibilité est qu'il s'agissait d'une erreur matérielle et que le législateur a voulu faire référence à l'article 188 au lieu de 186. Nous ne disposons cependant d'aucun argument pour conclure en ce sens.

[26] Deux arrêts de la Cour constitutionnelle portent sur le Code électoral du 20 avril 2005 mais aucun des deux n'est utile pour l'analyse de la question sous étude. Premièrement, le 14 juin 2005, le président du parti CNDD, Léonard Nyangoma, a saisi la Cour alléguant une violation de la Constitution, notamment en son article 5, alinéa 2, qui stipule que «Tous les textes législatifs doivent avoir leur version originale en Kirundi», ce qui, d'après le requérant, n'était pas respecté pour le Code électoral. Signalons qu'en effet, le Bulletin officiel du Burundi n'a publié qu'une seule version (ce qui se fait d'ailleurs très souvent), ce qui suggère qu'une version en Kirundi n'existe tout simplement pas. La Cour a conclu à l'irrecevabilité de la requête par défaut d'intérêt, le parti CNDD n'ayant pas démontré avoir l'intérêt nécessaire («Qu'il eut fallu montrer en quoi, et comment par rapport à son objet et à ses textes constitutifs, la situation des militants du Parti CNDD s'est trouvée défavorisée par le fait de la promulgation du Code électoral en langue française; ce que le requérant n'a pas fait par la seule allégation de l'impossibilité de la majorité du peuple burundais parmi lesquels les membres du Parti du requérant à saisir le contenu de la loi portant Code électoral», Cour constitutionnelle, RCCB 126, Arrêt, du 11 juillet 2005). Deuxièmement, faisons brièvement référence à l'arrêt de biffure dans les dossiers RCCB 124 et 125 en date du 2 juin 2005. En date du 16 avril 2005, le projet de loi portant Code électoral et le projet de loi portant organisation de l'administration communale avaient été soumis à la Cour par le Président de la République afin de lui demander de statuer sur leur conformité à la Constitution. Quatre jours plus tard, cette demande a été retirée par le Président. La Cour s'est trouvée dessaisie et a biffé les affaires du rôle. La raison pour laquelle la requête a été retirée n'est pas claire. A-t-on voulu éviter que la Cour ne se voit obligée de conclure à l'inconstitutionnalité? L'absence de contrôle de constitutionnalité est contraire à la Constitution car il s'agit de lois organiques dont le contrôle de la constitutionnalité par la Cour est obligatoire (art. 228 de la Constitution).

3.2. L'interprétation de la Constitution par la Cour constitutionnelle

Parmi les missions de la Cour constitutionnelle, il est prévu qu'elle est compétente pour interpréter la Constitution (art. 228, paragraphe 1, troisième trait). La Cour pourrait donc être saisie pour répondre à la question suivante, formulée de façon abstraite²⁷ et sans lien direct avec une éventuelle déclaration de candidature de l'actuel Président de la République: «Est-ce que l'article 96 de la Constitution permet au premier Président de la République de la période post-transition, qui a été élu par l'Assemblée nationale et le Sénat conformément à l'article 302, de renouveler le mandat auquel il a été élu au suffrage universel direct conformément à l'article 102?»²⁸

Pour être régulière, la saisine de la Cour doit se faire par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, un quart des députés ou un quart des sénateurs. Concrètement, cela signifie qu'une demande d'interprétation de l'article 96 peut être soumise à la Cour constitutionnelle par le Président Pierre Nkurunziza lui-même ou par des députés ou sénateurs du parti CNDD-FDD. Le quart des parlementaires requis ne peut être réuni que si une partie au moins des élus du CNDD-FDD appuient une telle initiative.²⁹ En pratique, cela veut dire que le parti CNDD-FDD contrôle l'usage de cette première possibilité de soumettre la question sous étude à l'attention de la Cour.

Il nous semble regrettable que la Constitution ne prévoit pas la possibilité pour la CENI de saisir la Cour constitutionnelle. La CENI elle-même étant tenue de vérifier la recevabilité d'une candidature (voir ci-dessus, section 2.1.) au regard des conditions d'éligibilité émises par la Constitution, il serait, à notre avis, intéressant, de lui permettre de saisir la Cour pour lui demander d'interpréter la Constitution et d'éviter ainsi que des interprétations différentes en soient faites, d'un côté par la CENI, de l'autre par la Cour constitutionnelle, à un moment inévitablement de haute tension politique (voir la situation prévue par l'article 103 du Code électoral, évoquée ci-dessus). Dans le contexte d'une éventuelle révision de la Constitution, une telle possibilité mérite de faire l'objet d'une réflexion plus approfondie.

Pour conclure cette section, ajoutons qu'une demande d'interprétation de la Constitution par la Cour constitutionnelle aurait, très probablement, un autre mérite, au-delà de la question sous étude. A notre connaissance³⁰, la Cour n'a jamais statué sur le statut juridique (c.q. constitutionnel) de l'Accord d'Arusha. Il serait très utile que la Cour, dans le cadre de la requête suggérée, saisisse l'occasion de clarifier sa position sur la valeur de l'Accord d'Arusha en tant que source de droit constitutionnel. Un tel avis pourrait sans aucun doute avoir un impact dans bien d'autres domaines, y compris celui évoqué dans la Section 4.

[27] Il n'y a bien sûr, dans le cas d'espèce, aucune autre personne à laquelle la question puisse s'appliquer.

[28] D'autres formulations sont bien évidemment envisageables, toujours dans l'objectif de trouver une réponse à la même question de l'éligibilité.

[29] A l'Assemblée nationale, 81 des 106 députés représentent le CNDD-FDD, tandis qu'au Sénat, 32 des 41 membres sont issus du CNDD-FDD.

[30] Il n'est pas facile d'avoir accès à toute la jurisprudence de la Cour. L'article 23 de la loi du 19 décembre 2002 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle ainsi que la procédure applicable devant elle prévoit que les arrêts de la Cour relatifs au contrôle de la constitutionnalité des lois soient publiés au Bulletin Officiel du Burundi. Sauf erreur de notre part, et même si aucun délai n'y est prévu, l'article 23 semble ne pas avoir été respecté depuis fort longtemps.

4. L'ÉLIGIBILITÉ DE L'ACTUEL PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE AU REGARD DES NORMES RELATIVES À LA JUSTICE TRANSITIONNELLE.

A supposer qu'un troisième mandat de l'actuel Président de la République serait conforme à la Constitution, le candidat est bien évidemment tenu à respecter les autres conditions d'éligibilité. Etant donné sa condamnation à mort par la Cour d'appel de Bujumbura le 12 février 1998³¹, le Président Nkurunziza serait-il éligible aux élections présidentielles de 2015 au regard de la législation actuellement en vigueur?

4.1. Analyse au regard de la Constitution et de la loi électorale

Parmi les conditions d'éligibilité que doit respecter un candidat aux fonctions de Président de la République, la Constitution prévoit que «le candidat aux élections présidentielles ne doit pas avoir été condamné pour crimes ou délits de droit commun à une peine déterminée par la loi électorale» (art. 97). Cette condition est confirmée et spécifiée par le Code électorale. Si le candidat «a été condamné pour crime à une servitude pénale égale ou supérieure à cinq ans, il doit avoir entièrement purgé sa peine depuis au moins dix ans» (article 94). En outre, il est prévu que le candidat doit avoir la qualité d'électeur dans les conditions précisées par la loi électorale, notamment les articles 4 à 10 du Code électorale (Constitution, article 97; Code électorale, article 94). L'article 7 prévoit que «sont frappées d'incapacité électorale définitive sous réserve des dispositions de l'article 8 ci-dessous: 1°. les personnes condamnées pour crime de droit commun à une peine principale supérieure à dix ans de servitude pénale [...]». Au regard de ce qui précède, l'actuel Président ne semble donc pas remplir les conditions d'éligibilité, suite à sa condamnation à mort en 1998.

Toutefois, aussi bien le Code électorale du 20 avril 2005 que l'actuel Code électorale du 18 septembre 2009 prévoient une exception. Dans l'article 8, alinéa 2, du Code électorale de 2005, elle était libellée ainsi: «Aux fins des premières élections et en attendant les conclusions de la commission d'enquête judiciaire internationale sur le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité et de la Commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation, les personnes ayant bénéficié de l'immunité provisoire continuent à jouir de leurs droits civils et politiques nonobstant les condamnations éventuelles prononcées». Référence y est faite à l'immunité provisoire accordée par plusieurs lois et décrets³², conformément aux accords de paix³³. Cette disposition permettait donc à Pierre Nkurunziza de se porter candidat aux élections présidentielles de 2005. Mais l'article 8 prévoyait une application très clairement limitée dans le temps («Aux fins des premières élections»), ce qui

[31] Dossier RPCC 803. Pierre Nkurunziza a été condamné par contumace, conjointement à sept autres prévenus, pour avoir posé des mines anti-char à Bujumbura dont les explosions, en 1997, ont coûté la vie à une dizaine de personnes. Dans une interview accordée à Athanase Karayenga en octobre 2004 à Kirundo, Pierre Nkurunziza s'est prononcé sur sa condamnation à mort (voir <http://www.burundi-info.com/spip.php?article72>, visité le 18 janvier 2012). Voir aussi l'action urgente lancée par Amnesty International (AI doc AFR 16/05/98 du 16 février 1998).

[32] Loi du 21 novembre 2003 portant immunité provisoire de poursuites judiciaires en faveur des leaders politiques rentrant de l'exil; Décret du 23 mars 2004 portant modalités d'application de l'immunité provisoire prévue par l'Accord Global de Cessez-le-feu du 16 novembre 2003; Ordonnance ministérielle du 23 mars 2004 portant nomination des membres de la Commission chargée de mettre en œuvre l'immunité provisoire prévue par l'Accord Global de Cessez-le-feu du 16 novembre 2003; Loi du 22 novembre 2006 portant immunité provisoire de poursuites judiciaires en faveur des membres du mouvement signataire de l'Accord de cessez-le-feu du 7 septembre 2006; Décret du 3 janvier 2006 portant immunité provisoire des prisonniers politiques détenus dans les maisons de détention de la République du Burundi; Décret du 20 décembre 2006 portant application de l'immunité provisoire prévue par l'Accord Global de cessez-le-feu de Dar-Es-Salaam du 7 septembre 2006.

[33] Accord d'Arusha, Protocole II, Chapitre 2, article 22, paragraphe 2, c; Accord Global de Cessez-le-feu du 16 novembre 2003, Protocole de Pretoria sur les questions en suspens liées au partage du pouvoir politique, à la défense et la sécurité du 2 novembre 2003, article 2 («Les parties conviennent qu'une immunité provisoire sera accordée à tous les leaders et combattants du CNDD-FDD», article 2, paragraphe 1); Accord Global de cessez-le-feu du 7 septembre 2006, Annexe I, para. 2.1.5.

nous a fait conclure, au début 2009, qu'elle n'était plus d'application au moment des élections présidentielles de 2010 et que, par conséquent, le Président Nkurunziza n'était donc pas éligible à ces élections.³⁴ Quelques mois plus tard, le Code électoral du 20 avril 2005 a été abrogé et remplacé par le Code électoral du 18 septembre 2009, qui stipule, en son article 8, alinéa 2, qu'«*En attendant les conclusions du Tribunal Spécial pour le Burundi sur le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité et de la Commission Nationale sur la Vérité et la Réconciliation, les personnes ayant bénéficié de l'immunité provisoire continuent à jouir de leurs droits civils et politiques nonobstant les condamnations éventuelles prononcées*». La limitation «*aux fins des premières élections*» a donc été enlevée de l'article 8 du nouveau Code. Au regard du nouveau Code électoral, le candidat Pierre Nkurunziza était par conséquent éligible aux élections présidentielles de 2010.

On peut toutefois soulever la question de savoir si la disposition de l'article 8 du Code électoral (aussi bien celui du 20 avril 2005 que le Code actuel) est conforme à la Constitution. En effet, la Constitution, bien que renvoyant à la loi électorale *la détermination de la peine* auquel un candidat ne peut pas avoir été condamné (article 97 cité ci-dessus), ne prévoit aucune exception sur le principe même qu'un candidat ne peut pas avoir été condamné. L'exception que prévoit l'article 8 et qui est basée sur la notion d'immunité provisoire ne trouve aucun fondement dans le texte de la Constitution. En effet, le concept d'immunité provisoire se trouve dans les accords de paix mais n'est nullement prévu par la Constitution. Etait-il alors permis au législateur, au moment de l'adoption du Code électoral, de prévoir une dérogation au principe inscrit dans la Constitution uniquement sur base d'un accord politique conclu dans les trois accords de paix précités (accord politique qui, par la suite, a été 'légalisé' à travers une loi ordinaire)? Une fois de plus se pose la question du statut juridique, notamment constitutionnel, de l'Accord d'Arusha mais aussi des autres accords de paix³⁵. Dans la mesure où l'Accord d'Arusha est accepté comme source de droit constitutionnel, l'exception inscrite dans l'article 8 semble justifiable sur le plan constitutionnel et permettre la candidature de personnes condamnées pour autant qu'elles sont bénéficiaires de l'immunité provisoire, ce qui est incontestablement le cas pour Pierre Nkurunziza. Si, par contre, l'on considère que depuis la fin de la période de la transition, l'Accord d'Arusha n'a plus la même valeur constitutionnelle que pendant la période de la transition, on pourrait conclure dans un autre sens.

Qui peut évaluer la constitutionnalité du Code électoral, notamment en ce qui concerne son article 8, alinéa 2? Cela nous conduit à l'autre procédure brièvement énoncée ci-dessus.

[34] Voir note de bas de page 5 et Vandeginste (2010: 178-181).

[35] Signalons que l'Accord Global de Cessez-le-feu du 16 novembre 2003 entre le Gouvernement de Transition du Burundi et le Mouvement Conseil National pour la Défense de la Démocratie - Forces pour la Défense de la Démocratie (CNDD-FDD) stipule que «*L'Accord Global de Cessez-le-feu fait partie intégrante de l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi*» (article 2), ce qui n'est pas prévu pour l'Accord Global de Cessez-le-feu du 7 septembre 2006 entre le Gouvernement de la République du Burundi et le Palipehutu-FNL (Parti pour la libération du peuple hutu – Forces nationales de libération).

4.2. Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour constitutionnelle

Deux dispositions de la Constitution accordent une compétence à la Cour constitutionnelle en la matière. Nous les résumons très brièvement et nous verrons si la Cour a effectivement exercé sa compétence pour statuer en la matière.

Premièrement, il est prévu que les lois organiques, avant leur promulgation, sont soumises obligatoirement au contrôle de constitutionnalité (Constitution, article 197, in fine, et article 228, in fine). Comme nous l'avons signalé plus haut (note de bas de page 26), cela n'a pas été fait pour le Code électoral du 20 avril 2005. Par contre, la Cour a statué sur la constitutionnalité du Code électoral du 18 septembre 2009. Le 16 septembre 2009, une requête a été adressée à la Cour par le Président de la République pour lui demander de vérifier la conformité à la Constitution du Code électoral que venaient d'adopter l'Assemblée nationale (le 10 septembre) et le Sénat (le 15 septembre). Le 17 septembre 2010, la Cour s'est prononcée et a constaté que le texte était «*en toutes et chacune de ses dispositions conforme à la Constitution de la République du Burundi*»³⁶. Même si – pour des raisons évidentes – la Cour n'évoque pas explicitement l'article 8, nous concluons que la Cour a confirmé la constitutionnalité de l'ensemble des dispositions du Code électoral.

Deuxièmement, il est prévu que la Cour constitutionnelle est compétente pour statuer sur la constitutionnalité des lois (art. 228, alinéa premier, premier trait) et qu'à cette fin, la Cour peut être saisie par toute personne physique ou morale intéressée ainsi que par le Ministère public (art. 230, alinéa 2). Cela peut se faire – après promulgation de la loi, bien entendu – par la procédure d'exception d'inconstitutionnalité, mais aussi directement par voie d'action, ce qui est plus pertinent ici. Contrairement à ce qui vaut pour la procédure évoquée ci-dessus (voir section 3.2. concernant l'interprétation de la Constitution par la Cour), tout citoyen burundais intéressé³⁷ peut saisir la Cour. Sans vouloir anticiper sur l'arrêt de la Cour, il n'est bien évidemment pas exclu que celle-ci confirme sa position adoptée dans l'arrêt RCCB 220. Néanmoins, une requête sur base de l'article 228, alinéa premier, premier trait, aurait comme avantage majeur d'obliger la Cour à motiver sa décision, notamment par rapport aux arguments développés par le requérant en ce qui concerne la conformité à la Constitution de l'article 8, alinéa 2 du Code électoral et – si un tel argument est développé dans la requête – de donner l'occasion à la Cour de clarifier sa position par rapport au statut juridique de l'Accord d'Arusha. En effet, la loi du 19 décembre 2002 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle ainsi que la procédure devant elle prévoit que la Cour «*se prononce par un arrêt motivé*» (article 23). Or, dans son arrêt RCCB 220, aucune motivation n'a été donnée par la Cour.

[36] Cour constitutionnelle, Arrêt, RCCB 220, 17 septembre 2009.

[37] Cet intérêt doit être «*personnel, né et actuel et juridiquement protégé*» (Cour Constitutionnelle, Arrêt, RCCB 3, 19 octobre 1992. Dans le cas d'une personne morale, l'intérêt doit être «*directement en rapport avec son objet tel que défini par les lois pertinentes et les textes constitutifs de ladite personne morale*») (Cour Constitutionnelle, Arrêt, RCCB 27, 2 août 1993). A notre avis, la CENI peut également saisir la Cour, même en dehors d'une procédure liée à la déclaration de candidature par telle ou telle personne.

4-3- L'éligibilité du Président Nkurunziza et la mise en place de la Commission Vérité et Réconciliation.

L'article 8, alinéa 2, précité du Code électoral fait référence au fonctionnement des deux mécanismes de justice transitionnelle dont la mise en place a fait l'objet d'un processus de négociations entre le gouvernement du Burundi et les Nations Unies, conformément à la Résolution 1606(2005) du Conseil de Sécurité des Nations Unies. Au moment d'écrire ces lignes, le dossier de la justice transitionnelle est en pleine évolution.³⁸ Un Comité technique chargé de la préparation de la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle a remis son rapport au Président le 18 octobre 2011.³⁹ Le rapport inclut un avant-projet de loi portant création, mandat, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Vérité et Réconciliation (CVR) (ci-après 'avant-projet de loi'). Au moment d'écrire ces lignes, le débat parlementaire n'a pas encore commencé. Il serait donc prématuré d'essayer d'analyser l'impact du mandat, des pouvoirs et du fonctionnement de la CVR sur la question sous étude ici. Evoquons tout de même deux aspects – plutôt sous forme de questions hypothétiques – qui nous semblent utiles pour le débat.

Premièrement, l'article 8, *in fine*, du Code électoral prévoit, par rapport aux crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre que «*Tout élu dont les responsabilités dans les crimes dont question auront été établies par le Tribunal ou la Commission perd automatiquement son mandat et est remplacé*». Cette disposition⁴⁰ soulève plusieurs questions, parmi lesquelles nous en évoquons deux. Primo, étant donné que la CVR est généralement – y compris dans le cas du Burundi – conçue comme un instrument non-judiciaire⁴¹, est-ce que cette disposition est constitutionnelle eu égard aux conséquences graves qu'aurait un constat fait par la CVR concernant les responsabilités d'un présumé auteur élu lors des élections de 2010? Notons que selon la Cour constitutionnelle en son arrêt RCCB 220 précité (note de bas de page 36), cette disposition est bien conforme à la Constitution. Secundo, lorsqu'il a été condamné à mort en 1998 par la Cour d'appel de Bujumbura, Pierre Nkurunziza n'a pas été condamné pour crime de guerre (lequel n'était d'ailleurs pas encore défini en droit pénal burundais à l'époque). Or, à supposer que les faits en question soient portés à l'attention de la future CVR⁴², qu'ils soient qualifiés ainsi⁴³ et que la CVR établisse la responsabilité du Président Nkurunziza⁴⁴, faut-il dès lors en conclure

[38] La mise en place de la CVR a été annoncée à plusieurs reprises par le Président Nkurunziza. Dans son Discours à la Nation à l'occasion du Nouvel An 2012, il a déclaré que l'année sera marquée par trois moments forts remarquables pour le pays, y compris le fonctionnement de la CVR (paragraphe 52).

[39] Le Comité a été créé par décret présidentiel le 13 juin 2011 et était présidé par l'actuel Ministre des Affaires étrangères Laurent Kavakure. Malgré le nom du Comité, son mandat, tel que spécifié par l'article 1 du décret ne concerne que la Commission Vérité et Réconciliation («*Il est créé un Comité Technique Chargé de la préparation de la mise en place de la Commission Vérité et Réconciliation*»). Par rapport au mécanisme judiciaire pénal, le rapport du Comité technique se limite à annoncer la création d'un «*Tribunal Spécial au Burundi qui sera mise en place pour juger les présumés auteurs des crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et crimes de guerre*» (Avant-projet de loi portant création, mandat, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Vérité et Réconciliation, art. 1).

[40] Signalons que cette disposition n'est pas reprise dans l'avant-projet de loi. Il y est plutôt prévu, parmi les missions de la Commission, que celle-ci peut recommander «*l'exclusion des corps de défense et de sécurité, de la magistrature, de l'administration civile et des postes de mandataires politiques, des personnes qui auront été reconnues coupables des violations énumérées au point 1 de l'article 6*» et «*la perte du droit d'élire et de se faire élire à l'encontre de ces mêmes personnes*» (article 6, point 4, septième et huitième trait).

[41] Avant-projet de loi, article 2.

[42] L'avant-projet de loi prévoit que la saisine de la CVR peut se faire par la victime, le présumé auteur, le témoin ou tout autre personne physique ou morale intéressée et qu'elle peut se saisir d'office (article 52).

[43] L'avant-projet de loi prévoit que la CVR peut qualifier toutes les violations qui font l'objet de ses enquêtes (article 6, point 2).

[44] Les enquêtes de la CVR visent notamment, entre autres, à établir les responsabilités (article 6, point 1, deuxième trait). Personne ne pourra se prévaloir de sa fonction, de ses privilèges et immunités, de l'amnistie ou de la prescription ou de tout autre motif pour refuser de collaborer avec la Commission (avant-projet de loi, article 10).

qu'il perdra son mandat et sera remplacé, conformément à l'article 8, *in fine* du Code électoral?

Deuxièmement, l'avant-projet de loi prévoit que le dépôt du rapport définitif de la CVR met fin aux immunités provisoires (article 78). Quelles seront les conséquences pour les bénéficiaires de l'immunité provisoire en ce qui concerne leur éligibilité sur base de l'exception inscrite dans l'article 8, alinéa 2? A supposer que les faits qui ont donné lieu à la condamnation à mort du Président Nkurunziza ne soient pas portés à l'attention de la CVR et que, par conséquent, sa condamnation reste intacte⁴⁵, et que le rapport contenant les conclusions de la CVR soit déposé avant les élections présidentielles de 2015, pourra-t-on encore appliquer l'article 8, alinéa 2, afin de permettre au Président actuel de se porter candidat? Le libellé de la disposition dans l'article 8, alinéa 2 («les personnes ayant bénéficié de l'immunité provisoire») suggère une réponse affirmative à cette question (ce qui, a contrario, n'aurait pas été le cas s'il avait été stipulé «les personnes bénéficiant de l'immunité provisoire»). Etait-ce bien l'intention du législateur à l'époque?

Les deux aspects brièvement soulevés ici montrent clairement la complexité des multiples liens entre les élections, les accords de paix et de partage de pouvoir (avec les immunités provisoires accordées) et la justice transitionnelle. Il incombera au législateur burundais de bien les étudier afin d'assurer une cohérence de l'ensemble des normes dans ces trois domaines.

[45] Par contre, si les faits sont portés à l'attention de la CVR et que la responsabilité du Président dans les crimes pour lesquels il a été condamné n'est pas établie par la CVR, celle-ci peut «recommander la réouverture des dossiers afin de corriger une erreur de droit ou de fait sur le fond des affaires en rapport avec les jugements ou arrêts coulés en force de chose jugée relatives aux assassinats rentrant dans le mandat de la Commission, aux procès politiques, aux biens meubles et immeubles spoliés lors des différentes crises» (article 60). L'avant-projet de loi semble ici faire référence à la procédure de révision devant la Cour Suprême (Loi du 25 février 2005 régissant la Cour Suprême, article 43).

5. CONCLUSION

L'actuel Président de la République, est-il éligible aux élections présidentielles de 2015? Deux conditions d'éligibilité - et deux causes potentielles d'inéligibilité - ont fait l'objet de notre analyse. Nous n'avons pas été en mesure de répondre à la question sous étude par un simple 'oui' ou 'non'. Deux dispositions exceptionnelles et d'application temporaire - l'une inscrite dans la Constitution et relative au premier mandat post-transition, l'autre tenue dans le Code électoral et relative aux immunités provisoires - continuent à complexifier la matière. Bien qu'elles aient été conçues pour la période de la transition, elles continuent clairement à ressortir des effets au-delà de cette période. Pour bien évaluer leur impact sur une éventuelle candidature de l'actuel Président de la République aux élections présidentielles en 2015, le statut juridique (notamment en droit constitutionnel) de l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi s'avère être d'une importance majeure. Assez paradoxalement, nous avons trouvé que dans la mesure où cet Accord est accepté comme source de droit constitutionnel, il semble s'opposer à un troisième mandat mais permettre l'application des effets de l'immunité provisoire en matière électorale. Vice versa, dans la mesure où cet Accord, après la fin de la période de la transition, n'est plus accepté comme source de droit constitutionnel, un troisième mandat pourrait se défendre mais un appel aux effets de l'immunité provisoire en matière électorale semble poser problème.

Nous avons montré l'importance cruciale du rôle que pourra jouer la Cour constitutionnelle pour statuer en la matière. Ceci nous pousse à évoquer la question de savoir si la Cour dispose non seulement de la compétence juridique mais également de la légitimité socio-politique pour faire accepter ses décisions, qui, nous osons l'espérer, seront bien motivées y compris en ce qui concerne le statut constitutionnel de l'Accord d'Arusha. Il s'agit cependant d'une question qui sort du cadre d'analyse juridique auquel nous nous sommes limités dans le présent article.⁴⁶

Notre texte offre une analyse de la question sous étude au regard de la législation actuellement en vigueur. Nous n'avons pas encore évoqué la possibilité d'une éventuelle révision de la Constitution. Signalons tout simplement que, lors de son Discours à la Nation à l'occasion du nouvel an, le Président Nkurunziza a déclaré qu'après la mise en place de la CVR «*nous allons marquer un autre pas: celui de mener des consultations sur la révision de la Constitution et les autres lois, en particulier celles relatives aux élections et à la Bonne Gouvernance*» (paragraphe 52). Au moment d'écrire ces lignes, nous ignorons quelles seront les articles faisant l'objet de ces consultations et d'une éventuelle révision de la Constitution et, par conséquent, quel sera l'impact de cette révision sur l'analyse qui précède.⁴⁷

[46] Ailleurs (Vandeginste, 2010: 349-352 et Vandeginste, 2008), nous avons exprimé un certain scepticisme à ce propos.

[47] Signalons tout simplement que, contrairement à ce qui vaut pour le cas du Burundi, certaines constitutions n'autorisent pas de révision des dispositions relatives au nombre de mandats du Président de la République (voir par exemple la Constitution de la République Démocratique du Congo, en son article 220).

BIBLIOGRAPHIE

- Barak, A. (2006) “L’exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la Cour suprême dans une démocratie”, *Revue française de droit constitutionnel*, 66: 227-302.
- Maltz, G. (2007), “The Case for Presidential Term Limits”, *Journal of Democracy* 18 (1): 128-142.
- Posner, D.N. and Young, D.J. (2007), “The Institutionalization of Political Power in Africa”, *Journal of Democracy* 18 (3): 126-140.
- Vandeginste, S. (2010) *Stones Left Unturned. Law and Transitional Justice in Burundi*, Anvers, Intersentia.
- Vandeginste, S. (2008), “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”, *Dialogue* 243: 45-65.

