UNIVERSITÉ DU BURUNDI
GRENIER DU SAVOIR DU BURUNDI
Dépôt institutionnel officiel
https://repository.ub.edu.bi

Le pouvoir créateur du juge en cas de lacunes de la loi

Nzitonda, Marguerité; Sous la direction de : Monsieur l'Abbé Marc BARENGAYABO Docteur en Droit.

2000
UB, Faculté de droit
https://repository.ub.edu.bi/handle/123456789/1103

Document téléchargé depuis le **Grenier du Savoir du Burundi** — https://repository.ub.edu.bi

UNIVERSITE DU BURUNDI
FACULTE DE DROIT.

LE POUVOIR CREATEUR DU JUGE EN CAS DE LACUNES DE LA LOI.

Par

Marguerite NZITONDA.

Sous la direction de:
Monsieur l'Abbé Marc BARENGAYABO
Docteur en Droit.

Mémoire présenté et défendu publiquement en vue de l'obtention du grade de Licenciée en Droit.

Bujumbura, mars 2000.

DEDICACE.

A la mémoire de notre père,

A notre mère,

A tous nos frères et sœurs,

A tous nos neveux et nièces,

A Monsieur HAKIZIMANA Jean Marie,

Nous dédions ce mémoire.

REMERCIEMENTS.

Au seuil de ce travail, nous tenons à remercier sincèrement tous les professeurs de la Faculté de Droit pour la formation juridique et humaine dont ils nous ont dotée.

Nos sincères et profonds remerciements s'adressent à l'endroit de Monsieur l'Abbé Marc BARENGAYABO, Professeur de la Faculté de Droit, qui a accepté spontanément la direction de ce mémoire. Ses conseils et suggestions pertinents ont beaucoup contribué à l'élaboration de ce travail.

Nous adressons aussi nos sincères remerciements à Maître Laurent NZEYIMANA et aux autorités du Ministère de la Justice qui ont prêté leur concours pour la réussite de ce travail.

Nos sincères remerciements vont également à l'endroit de nos parents ainsi qu'à nos frères et sœurs pour nous avoir toujours soutenue et encouragée. Nous pensons plus particulièrement à la Famille NIKOBAMYE Nicodème pour tout ce qu'elle a fait durant nos études.

Enfin gratitude à nos amis qui ont rendu notre séjour agréable à l'Université du Burundi.

A tous et à chacun de vous qui nous avez soutenue moralement ou matériellement nous disons merci.

NZITONDA Marguerite.

Sigles et abréviations.

A/A : Année Académique.

AIMO : Affaires indigènes et main d'œuvre.

A.L. : Arrête-Loi.

A.N. : Assemblée Nationale.

B.O.B. : Bulletin Officiel du Burundi.

C.C. : Code Civil.

C.N.U.D.H. : Centre des Nations Unies pour les Droits de l'Homme.

C.P. : Code Pénal.

C.P.C. : Code de Procédure civile.

C.S.M. : Conseil Supérieur de la Magistrature.

D. : Décret.

D.I. : Dommages et Intérêts.

D.L. : Décret-Loi.

Ed. : Edition.

FBU : Francs Burundais.

Idem : Même auteur, même ouvrage.

Ibidem : Référence précédente (même auteur, même ouvrage, même page).

L.G.D.J. : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

No : Numéro.

O. : Ordonnance.

O.L. : Ordonnance-Loi.

O.R.U. : Ordonnance du Rwanda-Urundi.

Op.Cit : Ouvrage déjà cité.

P. : Page.

P.P. : Pages.

R.C.C. : Rôle civil en cassation.

R.P.C. : Rôle pénal en cassation.

R.T.C. : Rôle toutes chambres.

U.B. : Université du Burundi.

INTRODUCTION GENERALE.

Dans toute société, il existe des juges chargés de dire le droit, d'exercer un pouvoir juridictionnel. Il en fut ainsi depuis les temps les plus reculés[1].

Dès qu'une société commence à s'organiser, il apparaît donc un pouvoir judiciaire. Ce pouvoir est confié à des magistrats qui sont ainsi chargés de rendre la justice. Cette dernière constitue un des grands services de l'Etat étant donné qu'il est un facteur de l'ordre et de la sécurité. On ne doit pas perdre de vue que toute vie en société repose sur ce postulat fondamental que nul ne peut se faire justice à soi-même, sinon c'est l'anarchie et le désordre. C'est ainsi que même dans les sociétés africaines traditionnelles où les fonctions du pouvoir sont les moins développées, l'exercice du pouvoir judiciaire est souvent la seule fonction reconnue aux autorités politiques[2]. Cela serait dû au fait que tout conflit à l'intérieur de ces sociétés élémentaires menace tellement l'équilibre social et partant la survie du groupe en tant que tel, qu'il est indispensable que l'autorité reconnue y porte remède. Dans le même sens, on constate qu'une des premières préoccupations du colonisateur a été l'organisation de la justice dans les pays sur lesquels il avait établi son pouvoir.

Le pouvoir juridictionnel se distingue fondamentalement du pouvoir législatif et exécutif par les attributs qui lui sont propres. En effet, d'une part, le législateur crée les règles de droit alors que le juge s'occupe de leur application et de leur interprétation pour les adapter aux cas d'espèce. D'autre part, la

[1] R.PERROT, Cours d'institutions judiciaires, Les Cours de Droit, 158, Rue Saint-Jacques, Paris, 1972, p.1.
[2] J.FAUCHERE, Droit Civil, Introduction à l'étude du droit privé. Droit des personnes, les biens, les contracts, la responsabilité délictuelle, les Cours de Droit, 108, Rue Saint-Jacques, Paris, 1980, p.44.

fonction juridictionnelle se distingue de la fonction de l'exécutif étant donné que contrairement à cette dernière, la mission du juge est loin d'être une mission purement exécutive.

Ainsi, lorsqu'il est en train de rendre justice, le juge ne se borne pas à l'application littérale des textes. Cela étant dû au fait que les cas d'espèce sont souvent fort complexes et ils ne sont pas toujours prévus par le législateur: si la loi est rédigée en termes généraux, si elle est imprécise, obscure, inadaptée ou lacunaire, le juge devra l'interpréter car il a l'obligation stricte de trancher les procès lui déférés.

En cas de lacunes de la loi, le juge est privé du secours d'un texte. Or, nous savons que les tâches sont bien définies entre le législateur qui élabore la loi et le juge qui s'occupe de son application. Dès lors, le juge doit-il dans ce cas prononcer l'acquittement? Ou au cas contraire, doit-il créer librement la solution appropriée? Si tel est le cas, cela ne constitue-t-il pas une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire? Quelle est la portée de la décision prise en cas de lacunes de la loi?

Pour répondre à toutes ces questions nous nous proposons d'intituler notre travail: "**Le pouvoir créateur du juge en cas de lacunes de la loi**". Nous traiterons dans un premier chapitre, le pouvoir du juge en général. Dans un deuxième chapitre, nous parlerons du juge face à la lacune de la loi. Dans un troisième chapitre, nous aborderons de l'œuvre créatrice de la jurisprudence en tant que matérialisation de ce pouvoir créateur. Enfin, nous clôturerons notre travail par une conclusion générale.

CH.I: DU POUVOIR JUDICIAIRE EN GENERAL.

Dans sa mission de rendre la justice, le juge possède un certain pouvoir qui est à l'origine même de son rôle créateur. Il s'agit du pouvoir de dire le droit. Notre objectif est de déterminer la notion, la nature, le fondement ainsi que la portée de ce pouvoir.

Section 1: Notion de pouvoir judiciaire.

Si la définition du pouvoir judiciaire peut paraître simple, il se révèle que l'exercice de ce pouvoir a subi et subit encore de nos jours des changements profonds. Une étude comparée de son évolution en France et au Burundi permet de constater qu'au début, le problème commun était la confusion du pouvoir exécutif et judiciaire.

§1. Définition du pouvoir judiciaire et ses diverses applications.

Le pouvoir judiciaire peut être défini comme "le pouvoir de dire le droit dans un cas déterminé régulièrement soumis au juge"[3].

L'expression "dire le droit" change radicalement de sens selon la définition du droit à laquelle on se réfère. Ainsi peut-elle être comprise comme signifiant que le juge n'est que la bouche de la loi, acteur déclamant le texte écrit par le législateur[4]. A l'opposé, l'expression peut signifier que c'est le juge qui

[3] F.RIGAUX, La nature du contrôle de la Cour de Cassation, Ets Emile BRUYLANT, Rue de la Régence, 67, Bruxelles, 1966, p.25.

[4] D.D'AMBRA, L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges, L.G.D.J., 20, Rue Soufflot, Paris, 1994, p.XXI.

crée le droit, celui-ci représentant la parole qui sort de la bouche du juge. L'expression "dire le droit" peut enfin signifier que le juge sans créer le droit, le découvre, le révèle et en le révélant le consacre. Dans ce dernier cas, le juge recourt aux diverses méthodes d'interprétation.

Le pouvoir de dire le droit n'est pas le monopole de la justice étatique, la justice privée peut valablement l'exercer. Ainsi, en est-il de la transaction, de la médiation et de la conciliation[5]. Ces modes de règlement de litiges ne se bornent pas à trancher le conflit par l'application d'une règle de droit. Ils se proposent uniquement de vider le litige, d'éteindre[6]. On désigne parfois ces modes de règlement de litiges sous le nom de "justice volontaire" ou de "justice douce"[7]. L'idée de volonté caractérise bien cette justice car c'est par la volonté des parties que le règlement juridictionnel est écarté. Le qualificatif "douce" illustre le souci de ne faire apparaître ni vainqueur ni vaincu.

Dans l'organisation moderne des Etats, la volonté des parties d'éviter le recours à la justice étatique devrait être encouragée car elle permet de désengorger le service public de la justice. Par ailleurs, elle permet aux justiciables de ne pas encourir le risque d'une procédure juridictionnelle lente, longue et coûteuse.

---

[5] G.GIUDICELLI-DELAGE, Institutions juridictionnelles, PUF,108, Boulevard Saint-Germain, Paris, 1993, p.60.

[6] D.D'AMBRA, op. cit, p.4.

[7] G.GIUGICELLI-DELAGE, op. cit, p.61.

§2: Historique de l'organisation judiciaire.

A. En France.

Les grandes lignes de l'organisation judiciaire datent de la Révolution française. Mais auparavant et pour comprendre la réalité de l'œuvre réalisée par la législation révolutionnaire, il est indispensable de savoir ce qu'était le système judiciaire sous l'Ancien-Régime.

1. Sous l'Ancien-Régime.

A la veille de la Révolution française, l'organisation judiciaire se caractérisait par la multiplicité et la diversité des juridictions. A côté des juridictions royales (bailliages, sénéchaussés, présidaux, prévotés, tribunaux consulaires), il existait des juridictions seigneuriales et des juridictions ecclésiastiques qui ne connaissaient que des questions touchant à la validité du mariage et à l'état civil[8].

L'autre grande caractéristique de l'Ancien-Régime est le manque de séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire. En effet, le propre de l'absolutisme royal était de confondre tous les pouvoirs en la personne du roi[9]. La fonction de juger n'était donc pas séparée des autres fonctions royales.

[8] R.PERROT, Cours d'institutions judiciaires, Les Cours de Droit, 158, Rue Saint-Jacques, Paris, 1980, p.4.
[9] G.GIUDICELLI-DELAGE, op. cit, p. 60.

2. L'Epoque Moderne.

Toute l'organisation de l'Ancien Régime fut supprimée en France dès le début de la Révolution (1789-1791)[10].

En application du principe de la séparation des pouvoirs, la justice devait reposer sur des nouvelles bases; le roi qui était jadis source de toute justice n'était plus que le chef de l'exécutif. En même temps, son conseil disparaissait[11]. En outre, de nouvelles juridictions furent créées sur base des principes énoncés dans la déclaration des droits de l'homme de 1789 (principe de l'égalité et de la gratuité de la justice, principe de la publicité des audiences et des jugements, etc).

En matière civile, il s'agit des juges de paix, des tribunaux de district et un tribunal de cassation (plus tard cour de cassation). En matière pénale, il s'agit des tribunaux de police correctionnelle, des jurys d'accusations et des jurys de jugement. Cette structure judiciaire a subi des modifications importantes au cours des années 1791-1800 principalement par la loi du 27 ventôse an VIII et par la constitution de l'an VIII (1800)[12].

Actuellement c'est le nouveau code d'organisation judiciaire de 1992 qui régit l'organisation des cours et tribunaux. Il distingue l'ordre judiciaire, l'ordre constitutionnel, l'ordre administratif ainsi que le tribunal des conflits.

---

[10] R.DAVID, Les systèmes de droit contemporains, 8eme éd., Précis Dalloz, 11, Rue Soufflot, Paris, 1982, p.577.

[11] P.VILLARD, Histoire des institutions publiques de la France (des 1789 à nos jours), Dalloz, 11, Rue, Soufflot, Paris, 1980, p.44.

[12] J.GILISSEN, Introduction historique au droit, Bruylant, 67, Rue de la Régence, Bruxelles, 1979, p.40.

B. Au Burundi.

L'organisation judiciaire du Burundi se divise en trois grandes périodes dotées de modes d'organisation différents. Nous distinguons d'abord la période pré-coloniale, puis la période coloniale et enfin la période post-coloniale.

2. La période précoloniale.

A l'époque précoloniale, la justice était une émanation de Dieu. Elle était alors rendue par Dieu lui-même, ensuite par les devins et enfin par les monarques de droit divin. Les premiers juges enregistrés comme ayant exercé des fonctions juridiques sont des sorciers-divins: RUNYOTA, NDWANO, etc[13]. Ensuite viennent les sages dont SAMANDARI et NGOMA YA SACEGA. Les premiers arbitres-juges furent de création patriarcale. Il existait en effet deux sortes de groupements. D'une part, il existait des groupements généalogiques fondés sur la parenté. D'autre part, il existait des groupements territoriaux ou politiques. Ceux-ci comprenaient le juge de colline au niveau de la colline, les juges "b'i butware" ou de sous-chefferie et enfin le tribunal du chef "SENTARE" au niveau de la chefferie et le tribunal du roi appelé cour suprême "NZIRIHERA", présidé par le roi lui-même[14].

Nous avons par ailleurs les arbitres familiaux, sortes de juges de paix et les arbitres de colline, de chefferie et de royaume. Les uns et les autres constituaient des entités distinctes.

[13] F.M.RODEGEM. Les structures judiciaires traditionnelles au Burundi, p.p 5-13.
[14] F.M.RODEGEM, op. cit. p.p 5-13.

D'après les légendes folkloriques, l'organisation judiciaire remonterait à NTARE RUSHATSI vers le 18ème siècle et MWEZI GISABO n'aurait fait que perfectionner les institutions[15].

Notons que le pouvoir judiciaire était confondu aux deux autres pouvoirs (le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif). Le sous-chef, le chef et le roi les réunissaient en leur chef. Il n'y avait donc pas application du principe de la séparation des pouvoirs. Il faut souligner aussi que les recours contre les jugements rendus par les sous-chefs ne passaient pas par l'échelon du chef mais s'adressaient directement auprès du tribunal du Mwami dit "URURIMBI"[16]. Aussi, dans le Burundi traditionnel, il existait un privilège de juridictions et les grandes familles, les "ganwa" en particulier, ne pouvaient être jugées qu'au tribunal du roi. Il arrivait que le roi tranche sans faire comparaître l'inculpé si le demandeur lui était inférieur[17]. Notons à toutes fins utiles que le roi, juge suprême, ne pouvait pas être traduit en justice et ses jugements étaient sans appel.

On constate que suivant les conceptions du pouvoir de l'époque, la justice traditionnelle était quand même assez bien conçue. Le Burundi précolonial connaît ainsi un réel pouvoir judiciaire avec une organisation des tribunaux au niveau de chaque entité administrative et politique. La procédure suivie devant ces juridictions respectait les principes généraux directeurs du procès moderne en l'occurrence le principe du contradictoire, le respect des droits de la défense, etc[18].

---

[15] M.HELVETIUS, Fontionnement de la justice en milieu coutumier au Burundi, in L'organsation judiciaire en Afrique noire, Etudes d'Histoire et d'Ethnologie juridiques, Editions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, 1969, p.229.

[16] M.KAMTO, Pouvoir et droit en Afrique noire, Tome III, L.G.D.J. 20, Rue Soufflot, Paris, 1987, p.135 .

[17] F.M.RODEGEM, op.cit, P.10.

[18] D.NAHAYO, Les divers organes du pouvoir judiciaire et leur importance respective dans la protection des droits de l'homme, in le rapport de formation aux droits de l'homme et au rôle du pouvoir judiciaire dans une société démocratique organisé par le C.N.U.D.H et le gouvernement du Burundi, Bujumbura, 14-28 novembre 1994, p.3.

2. La période coloniale.

Cette période fut surtout dominée par l'empire de l'O.L no.348/AIMO du 5 octobre 1943 telle que complétée par l'ORU no.23/sec AI du 4 avril 1945. Ces deux textes furent recueillis par Pierre LERROY et Jacques WESTHOF dans le livre "Législation du Rwanda-Urundi"[19].

En effet, l'O.L no.348/AIMO précitée a créé deux catégories de juridictions parallèles qui tiennent compte du statut civil des intéressés. Cette ordonnance crée les juridictions de droit coutumier et les juridictions de droit écrit dont étaient justiciables, les indigènes non immatriculés d'une part, les étrangers et les indigènes immatriculés d'autre part. Les juridictions de droit coutumier créées étaient: les tribunaux de chefferies, les tribunaux de territoire ainsi que le tribunal du MWAMI. Les tribunaux extra-coutumiers créés furent les tribunaux du centre créés dans les centres extra-coutumiers par le gouverneur du Rwanda-Urundi et les tribunaux de révision.

L'ORU no. 23/sec/AI du 4 avril 1945 créa à son tour d'autres juridictions extra-coutumières dans la résidence d'Urundi (Burundi). Il s'agit:

- du tribunal de centre SWAHILI et un tribunal de révision SWAHILI, le ressort de ces tribunaux s'étendant aux villages SWAHILI de l'ancienne agglomération d'Usumbura (Bujumbura actuel).
- du tribunal de centre qu'on appelait "Belge" et un tribunal de révision; le ressort de ces tribunaux comprenait les centres extra-coutumiers autres que ceux habités par les SWAHILI (musulmans), dans l'agglomération d'Usumbura.

[19] P.LERROY et J.WESTHOF, Législation du Rwanda-Urundi, 2ème éd., Imprimerie Robert Louis, Editions Techniques et Scientifiques, Rue Borrens, Bruxelles, 1954, pp 21-22.

- A GITEGA, un tribunal de centre et un tribunal de révision, le ressort de ces tribunaux comprenait le centre extra-coutumier de l'époque à Gitega.
- A RUMONGE, un tribunal de centre et un tribunal de révision furent créés. Leur ressort comprend les centres SWAHILI de Rumonge et de Nyanza-Lac.

Contrairement à ce que l'on serait tenté de croire, la période coloniale n'a rien apporté comme amélioration au principe de la séparation des pouvoirs par rapport à la période précédente. En effet, on remarque que le tribunal du Mwami, tribunal qui se situe au sommet de la hiérarchie parmi les juridictions coutumières est présidé par le Mwami et autres membres choisis parmi les notables du pays. Il est donc évident que l'exécutif n'est pas séparé du judiciaire, au contraire, il subsiste une confusion de pouvoirs étant donné que les autorités politiques sont en même temps des magistrats[20].

3. La période post-coloniale.

Après l'indépendance, la justice burundaise fut sensiblement réformée. L'art 94 de la constitution de 1962 et la loi du 26 juillet 1962 ont implicitement abrogé l'O.L du 5 octobre 1943 et l'O. du 4 avril 1945. Ainsi, les juridictions coutumières et extra-coutumières furent supprimées.

A partir de ce moment, les seuls tribunaux reconnus dans le royaume sont: les tribunaux de Résidence, les tribunaux de Province, un tribunal de Première Instance, une Cour d'Appel et une Cour Suprême. A défaut de disposition spéciale pour une catégorie particulière de ces tribunaux, ils étaient soumis uniformément aux dispositions des codes de procédure civile et pénale[21].

[20] Rapport du Conseil Colonial recueilli dans le B.O. 1948, in Codes et Lois du Burundi, op. cit, P.844.
[21] M.HELVETUS, Fonctionnement de la justice en Afrique noire, in l'Organisation judiciaire en Afrique noire, op.cit. p. 240.

Ainsi, en supprimant le système de dualité de juridictions, le législateur de 1962 a réalisé l'unité de la justice civile, pénale et commerciale.

Actuellement, c'est la loi no. 1/004 du 14 janvier 1987 portant réforme du code de l'organisation et de la compétence judiciaire qui réglemente l'organisation judiciaire[22]. Elle prévoit les juridictions de droit commun et les juridictions spécialisées. Composent les juridictions de droit commun ou ordinaires: les tribunaux de Résidence, les tribunaux de Grande Instance, les Cours d'Appel et de la Cour Suprême. Font partie des juridictions spécialisées, tribunaux du commerce, les tribunaux du travail, les juridictions administratives et les juridictions militaires. Il n'est pas inutile de signaler que durant la deuxième République (1976-1986), il existait une autre juridiction spécialisée, la Cour de Sûreté de l'Etat.

Cette Cour a été créée par l'O.L no 1/18 du 17 avril 1980 portant création et organisation de la Cour de sûreté de l'Etat[23]. Son siège était fixé à Bujumbura. Compétente pour les infractions d'atteinte à la sûreté de l'Etat, cette juridiction a été supprimée en 1991 par le D.L no. 1/31 du 4 novembre 1991 portant abrogation du D.L n0 1/18 du 17/4/1980 portant création et organisation de la Cour de sûreté de l'Etat[24]. Les infractions qui étaient de sa compétence furent confiées respectivement aux juridictions de droit commun pour les infractions commises par les personnes civiles et aux juridictions militaires pour les infractions commises par les militaires.

Après l'indépendance, l'appareil judiciaire devient indépendant et la séparation des pouvoirs fut établie du moins dans les textes.

[22] BOB, no. 4/87.
[23] BOB no. 6/80.
[24] BOB no.3/92.

Section 2: La nature du pouvoir judiciaire.

Déterminer la nature du pouvoir judiciaire revient à préciser si l'appareil judiciaire est indépendant vis-à-vis des deux autres pouvoirs étatiques (le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif) ou s'il est une dépendance de l'un ou l'autre pouvoir.

Du point de vue organique, le pouvoir judiciaire est indépendant vis-à-vis des deux autres pouvoirs. Toutefois, du point de vue fonctionnel, cette indépendance connaît des limites. Sous ce rapport, l'important est de déterminer dans quelle mesure la magistrature est indépendante ainsi que ses limites.

§ 1. Indépendance de la magistrature.

Le pouvoir judiciaire est un des grands organes de l'Etat. A côté du pouvoir législatif qui pose la règle de droit et du pouvoir exécutif (le gouvernement et l'administration) qui la fait exécuter, il existe le pouvoir judiciaire s'occupant du règlement des litiges.

En principe, ces trois pouvoirs sont indépendants les uns des autres. Par conséquent, le pouvoir judiciaire est en principe indépendant vis-à-vis du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Cette indépendance revêt une nécessité essentielle étant donné qu'elle constitue une garantie de l'impartialité des magistrats. Par ailleurs, l'indépendance de la magistrature est la garantie la plus sûre de la liberté des citoyens[25].

[25] J.L. BERGEL, op.cit., p.311.

En droit burundais, l'Acte constitutionnel de Transition de 1998 prévoit l'indépendance de la magistrature en ses articles 133 et 134. Selon l'art 133: "le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif"[26]. L'article 134 ajoute que cette indépendance est garantie par le Président de la République assisté du Conseil Supérieur de la Magistrature.

Toutes ces garanties ne signifient pas que le juge connaît des pouvoirs illimités. L'indépendance du juge a une étendue et des limites. Par ailleurs, une collaboration entre les pouvoirs s'impose pour qu'il y ait équilibre du fonctionnement des institutions[27].

A. Indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif.

Conformément au principe de la séparation des pouvoirs, le pouvoir judiciaire ne dépend pas du pouvoir exécutif. Et qui plus est, aucun rapport de subordination hiérarchique ne peut obliger le juge à décider dans un sens ou dans un autre.

Une réserve concerne cependant l'exécutif et les magistrats exerçant des fonctions du Ministère Public. Ces derniers ont une situation hybride en ce qui concerne l'exercice de leur mission: indépendants quant à l'instruction du dossier, les magistrats du Ministère Public peuvent recevoir des directives du Ministre de la Justice en ce qui concerne les poursuites.

Vis-à-vis des autres membres du pouvoir judiciaire, les organes de l'exécutif n'ont pas le pouvoir de juger. Le gouvernement ne doit pas donner des ordres

[26] BOB no. 7/98.
[27] R.PERROT, op.cit, p.17.

aux juges; il ne doit pas faire pression sur eux. Le juge doit statuer librement en conscience; il est le serviteur de la loi et non du gouvernement[28].

L'indépendance du pouvoir judiciaire ne sera donc bien assurée que s'il est imperméable à toutes les menaces et sollicitations du pouvoir. Le juge ne peut pas accomplir librement sa mission s'il est sous tutelle de l'exécutif.

Le problème primordial qui se pose est que les magistrats sont des fonctionnaires nommés par le gouvernement et qui est en même temps responsable de leur avancement et dispose de leur action disciplinaire. Le tout est donc de concilier le fait que les juges sont des agents de l'Etat avec le fait qu'ils exercent une fonction devant rester sous ingérence du pouvoir exécutif. De là, les deux principales garanties: l'inamovibilité des magistrats du siège et l'institution du Conseil Supérieur de la Magistrature (C.S.M).

1. L'inamovibilité des magistrats du siège.

Le principe de l'inamovibilité permet de soustraire la carrière du magistrat aux décisions discrétionnaires du pouvoir. Conformément à ce principe, un magistrat ne peut être "ni révoqué, ni rétrogradé, ni déplacé pour un poste équivalent ni même déplacé pour un poste supérieur sans son agrément ou l'agrément de ses pairs[29].

Le principe de l'inamovibilité met donc le magistrat assis à l'abri de mutations décidées par le gouvernement. Il sert spécialement de défense contre la mainmise de l'exécutif sur le judiciaire[30].

---

[28] H.ROLAND et L.BOYER, Les institutions judiciaires, éd. l' Hermès, 23, Rue Pasteur, Lyon, 1979, p.26

[29] M.DUVERGER, Institutions politiques et droit constitutionnel, PUF, 108, Boulevard Saint-Germain, Paris, 1965, p.54.

[30] C.CAMBIER, Droit Civil, Tome I, Fonction et organisation judiciaire, Maison Ferdinand Lacier, 39, Rue des Minimes, Bruxelles, 1974, p.556.

Il s'agit, en effet, de protéger le juge et le justiciable contre les mesures de faveur aussi bien que de défaveur qui perturberaient l'indépendance du magistrat et la confiance à son intégrité.

Ce souci de protéger le juge contre les décisions volontaires de mutation du pouvoir exécutif a été conçu pour protéger particulièrement les intérêts du justiciable[31].

L'inamovibilité constitue donc davantage une garantie qui est donnée aux citoyens contre toute influence de nature à détourner le juge de la voie de l'équité qu'un droit conféré à la personne du juge. C'est pourquoi l'inamovibilité ne peut pas assurer une impunité absolue. Un magistrat peut ainsi être privé de sa place s'il compromet sa réputation par des actions déshonorantes[32].

En outre, l'inamovibilité n'est pas applicable aux déplacements internes à une juridiction opérant de chambre à chambre, d'un siège à un autre ou en cas de démembrement territorial d'une juridiction dont les chambres sont réparties en deux ou plusieurs sections[33]. Dans ce cas, il ne s'agit pas de transfert d'emploi mais des modalités apportées à l'exercice des fonctions qui en relèvent.

Enfin, un magistrat peut être privé de sa place pour la retraite ou en cas d'infirmité.

---

[31] A. NTAHOMVUKIYE, Le recrutement et l'organisation des carrières des magistrats, Mémoire de Licence en Droit, Bujumbura, 1986, p.111.
[32] Pendectes belges, Tomes 51, p.1151.
[33] C.CAMBRIER, op.cit, p.558.

En droit burundais, l'inamovibilité des magistrats est prévue aux articles 26 et 27 du DL no. 1/23 du 1er avril 1970 portant statut des magistrats de la République du Burundi[34].

Au terme de l'article 25, les magistrats du siège à titre définitif sont nommés à vie. Leur carrière ne prend fin qu'à l'âge de 60 ans sous réserve de demande de l'intéressé. Le magistrat assis à titre définitif ne peut être relevé de ses fonctions contre son gré que s'il fait l'objet d'une peine disciplinaire de révocation ou s'il ne peut plus assumer les charges de ses fonctions suite à une maladie ou s'il est atteint d'une infirmité.

Quant à l'article 26, il ajoute que les magistrats du siège ne peuvent être déplacés que pour exercer des fonctions de même grade au moins, auprès d'une juridiction de même degré au moins.

L'article 26 du S.M. a été implicitement modifié par l'article 11 du Décret no. 100/123 du 12 septembre 1979 portant modification du statut des magistrats. Selon cet article, un magistrat peut être déplacé pour exercer des fonctions d'un grade inférieur ou auprès d'une juridiction d'un degré inférieur[35].

Tous ces principes qui sont consacrés par la loi burundaise ne correspondent pas à l'inamovibilité telle qu'elle a été précédemment définie. Si l'on s'en tient aux articles 25 et 26 du S.M. qui devraient assurer l'inamovibilité des magistrats, on conclut que les juges burundais ne sont pas protégés par la garantie d'inamovibilité. Seulement, leurs garanties se limitent au fait qu'ils ne peuvent être relevés de leurs fonctions contre leur gré qu'en cas de peine disciplinaire, de révocation, de maladie ou d'infirmité.

---

[34] BOB no. 5/70.
[35] BOB, no. 11/79.

2. Le Conseil Supérieur de la Magistrature (C.S.M.).

La nature et la définition du C.S.M. ne sont précisées par aucun texte. En effet, c'est un conseil qui, de par son statut et sa mission échappe à toute tentative de définition.

De par son organisation, il peut être considéré comme un simple conseil gouvernemental s'inscrivant dans les structures politiques de l'Etat. Statuant en conseil disciplinaire, il peut être inséré dans les structures administratives de l'Etat. Toutefois, sa composition à caractère judiciaire dominant pousse à ne pas le considérer comme une juridiction administrative[36].

En dépit de toutes ces difficultés, BENAMOR a tenté de définir cette institution en insistant sur sa mission: "Le C.S.M. a pour mission de veiller à l'application des garanties accordées aux magistrats quant à leur carrière et à leur discipline[37].

La nature de ses compétences à la fois consultatives et disciplinaires pourrait faire de lui un organisme purement consultatif. Peu d'occasions lui sont en effet offertes pour prendre une décision, des fois, il n'est consulté que pour donner un simple avis (voir article 231 du NCOCJ)[38]. Sa mission est donc ambiguë.

---

[36] A.BENAMOR, Le Conseil Supérieur de la Magistrature en Tunisie, R.J.P, no.4, 1969, p.1049.
[37] Idem, p.1050.
[38] BOB no.4/87.

S.NIZIGIYIMANA quant à elle considère le C.S.M. comme un organe de démocratie interne au sein du corps judiciaire, un conseil technique ou un garant des droits individuels[39].

En tout état de cause, il faut savoir que le C.S.M. est conçu comme un rempart à l'arbitraire du pouvoir. Il a ainsi pour mission de s'interposer entre le gouvernement et les magistrats afin que ceux-ci soient tenus à l'abri de tout risque d'arbitraire. De là son importance car il est facile de comprendre que de l'indépendance du C.S.M. dépend finalement l'indépendance de la magistrature elle-même. Malheureusement, le C.S.M. tant par sa composition que par ses attributions ne donne pas les assurances nécessaires à son indépendance.

Au Burundi, sur les 11 membres qui composent le C.S.M., deux qui sont de droit appartiennent au pouvoir politique. Il s'agit du Président de la République qui est en même temps Président du Conseil et du Ministre de la Justice qui est vice - Président (voir art. 232 du NCOCJ)[40].

En outre, ses attributions se réduisent à un simple pouvoir consultatif (voir art. 231 du NCOCJ)[41].

Le C.S.M. ne peut pas ainsi garantir réellement et effectivement l'indépendance des magistrats étant donné qu'il n'est lui-même pas indépendant. Il faudrait que le législateur soit particulièrement sensible à cette institution pour lui donner toutes les garanties nécessaires à sa noble mission. Il faudrait en l'occurrence limiter au maximum l'influence de l'exécutif et accorder un réel pouvoir de décision aux membres du Conseil. Au cours d'un séminaire organisé

---

[39] S.NIZIGIYIMANA, Le Conseil Supérieur de la Magistrature. Sa nature juridique et son rôle en tant garant de l'indépendance de la magistrature, Mémoire, U.B; Faculté de Droit, Bujumbura, 1985, p.10.

[40] BOB no 4/87.

[41] Ibidem.

par le C.N.U.D.H. et le gouvernement du Burundi, il a été proposé que les membres du C.S.M. ou tout au moins une partie soient cooptés ou élus par leurs pairs[42].

B. Indépendance vis-à-vis du pouvoir législatif.

Le problème des rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif est moins délicat que celui des rapports entre l'exécutif et le judiciaire. Cela est dû au fait que les liens de collaboration du législatif et du judiciaire sont moins nombreux que ceux de l'exécutif et le judiciaire. En conséquence, les empiétements du législatif sont moins insidieux que ceux de l'exécutif. Il sera donc question de parler très sommairement comment le législateur doit sauvegarder l'indépendance du juge.

En effet, il n'appartient pas au pouvoir législatif de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir judiciaire. Les organes du pouvoir législatif ne peuvent ni juger un procès ni modifier un jugement antérieurement rendu[43]. Le législateur n'a pas le droit d'intervenir dans les débats judiciaires pour imposer son interprétation.

Toutefois, aussi bien vis-à-vis du pouvoir exécutif que du pouvoir législatif, l'indépendance de la magistrature connaît des limites. Certes, comme nous l'avions souligné plus haut, les interventions de l'exécutif sont plus nombreuses que celles du législatif.

---

[42] Le rapport du séminaire de formations aux droits de l'homme et au rôle du pouvoir judiciaire dans une société démocratique, organisé par le C.N.U.D.H. et le Gouvernement du Burundi, Bujumbura, 14-18 novembre 1994, pp 3-4.

[43] R.KINT, Cours de droit judiciaire du Burundi, Première Partie: le pouvoir, l'organisation et la compétence judiciaire A/A 1981-1982, p.6.

§2. Limites à l'indépendance de la magistrature.

A. Vis-à-vis du pouvoir exécutif.

a) La législation d'exception.

Le Chef de l'Etat peut suspendre dans une ou plusieurs provinces du pays et pour un temps indéterminé l'action répressive des cours et tribunaux civils et y substituer celle des juridictions militaires (voir A.L no 001/795 du 21 octobre 1965 relatif aux règles applicables au régime militaire et d'exception)[44].

La législation d'exception offre au Président de la République le pouvoir de restreindre les prérogatives habituellement reconnues aux tribunaux. Elle a ainsi pour objet de restreindre les libertés publiques durant les périodes de troubles.

b) La libération conditionnelle.

Une décision d'une juridiction peut être annulée par un membre du gouvernement par voie de libération conditionnelle. Cette libération est ordonnée par le Ministre ayant la justice dans ses attributions après avis du Ministère Public et du Directeur des prisons. Elle est révoquée par le même Ministre par avis du Ministère Public (article 115. C.P burundais).

Une libération définitive peut être acquise lorsque la révocation n'est pas intervenue avant l'expiration d'un délai égal au double du terme d'incarcération que le condamné avait encore à subir, date à laquelle la mise en liberté a été en sa faveur (article 118 C.P. burundais).

---

[44] R.BELLON et P.DELFOSSE, op.cit, p. 265.

La libération conditionnelle constitue donc une limite à l'indépendance de la magistrature à cause de cette intervention du Ministre de la Justice.

c) Le droit de grâce.

Le droit de grâce est destiné à permettre au Président de la République de contredire la décision de justice. En effet, par la grâce, un individu déjà condamné se trouve soustrait aux sanctions prononcées à sa charge. La grâce est prévue aux articles 106 et 114 du C.P. burundais.

La grâce constitue une limite à l'indépendance de la magistrature étant donné que le Président de la République paralyse l'exécution d'un jugement.

d) Nomination, signalement, promotion et révocation des magistrats.

Le pouvoir exécutif intervient dans la nomination, le signalement et la révocation des magistrats du siège.

Le pouvoir de nomination et de révocation appartient au Président de la République, les juges des tribunaux de résidence sont quant à eux nommés par le Ministre de la Justice. Il attribue le signalement en dernier degré aux magistrats assis[45].

Quant au Président de la Cour Suprême et au Procureur Général de la République, leur signalement est établi en premier et dernier degré par le Ministre de la Justice (article 31 al 4 S.M.).

---

[45] S.NIZIGIYIMANA, Le Conseil Supérieur de la Magistrature, sa nature juridique et son rôle en tant que garant de l'indépendance de la magistrature, mémoire, U.B; Faculté de Droit, Bujumbura, février 1985, p.26.

e) Les pouvoirs attribués au C.S.M.

L'article 231 du N.C.O.C.J. accorde de larges pouvoirs à cet organe. Comme le conseil est présidé par le Chef de l'Etat et que le Ministre ayant la justice dans ses attributions assure la vice-présidence, on peut faire valoir que par sa composition et les pouvoirs lui reconnus, ledit Conseil permet une intervention, au moins indirecte, du pouvoir exécutif au pouvoir judiciaire.

f) Les moyens d'action.

Pour exercer leurs fonctions juridictionnelles, les cours et tribunaux ont besoin de moyens d'action (crédits, bâtiments, fournitures, moyens de transport, etc.) que doivent leur fournir les services administratifs[46].

B. Vis-à-vis du pouvoir législatif.

a) L'amnistie.

L'amnistie permet au pouvoir législatif d'interdire l'exercice ou la continuation des poursuites pénales et efface les condamnations prononcées (articles 123 à 128 du C.P burundais). Elle est d'ordre public, acquise de plein droit, à l'insu et malgré ceux qui en bénéficient. Elle peut effacer certaines infractions indépendamment de la peine prononcée.

Mais cette limite connaît à son tour une atténuation étant donné que l'interprétation des lois d'amnistie appartient à l'autorité judiciaire et plus spécialement à la juridiction qui a prononcé la condamnation.

---

[46] Revue juridique du Burundi publiée par le Département des Affaires Juridiques et du Contentieux, op.cit, p.12.

Il faut noter, toutefois, que le législateur peut confier à une commission les contestations pouvant résulter de la loi d'amnistie.

L'amnistie est donc une limite à l'indépendance de la magistrature parce qu'elle permet une intervention du législatif dans le domaine réservé au judiciaire.

b) La grâce amnistiante.

La grâce amnistiante efface ou réduit les condamnations pénales en laissant les autres effets de l'action publique ou de la condamnation.

La grâce amnistiante est donc une atteinte au principe de l'indépendance de la magistrature étant donné qu'elle modifie en quelque sorte la portée de la décision juridictionnelle.

c) Les lois interprétatives.

La loi interprétative, loi nouvelle, interprète une loi antérieure pour en préciser le sens et la portée[47]. Dans la mesure où le législateur interprète la loi alors que l'interprétation de la loi revient normalement au juge, on conclut qu'il empiète sur les pouvoirs du juge.

Mais à vrai dire, cette solution est moins grave qu'on pourrait le penser. En effet, l'interprétation n'intervient pas à propos d'une espèce concrète. Au contraire, la loi interprétative est une loi générale et impersonnelle qui fait corps avec la loi interprétée.

[47] H.ROLAND et L.BOYER, op.cit, p.24.

Signalons quand même que la pratique des lois interprétatives est critiquable dans la mesure où la loi interprétative prend effet avec rétroactivité au jour de la loi interprétée et, de ce fait, elle est de nature à peser sur la décision des procès en cours[48].

Section 3: Fondement du pouvoir judiciaire.

Nous avons vu précédemment que l'organisation judiciaire a commencé depuis les temps les plus reculés et qu'elle a évolué en se perfectionnant. Il faut toutefois faire remarquer qu'autrefois il a existé un système de justice privée mais qui aurait disparu dans tous les pays avec l'apparition de la notion de puissance publique et de souverainetés constituées.

C'est ainsi que ces dernières ont organisé la société en la dotant de règles obligatoires (pour régir les rapports sociaux) et en instituant des services publics pour sanctionner ces règles (cours et tribunaux).

§1. La nécessité de règles obligatoires.

Les règles obligatoires en société ont été instituées en réaction des méfaits de la justice privée et du règne et la coutume comme unique source du droit. Les opinions des auteurs sont partagées à propos du fondement et des finalités du Droit[49].

Certains auteurs pensent que le Droit a pour tendance d'assurer "le juste partage, la bonne conduite des individus, leur utilité, leur sécurité, leur bien-être

[48] S.BELAID, op.cit, p.28.
[49] E.CEREXHE, op.cit, p.257.

ou la puissance de la nation, le progrès de l'humanité, le fonctionnement régulier de l'organisme social, etc"[50].

D'autres évoquent à côté des finalités traditionnelles (la justice, l'ordre, la sécurité et le progrès) des finalités politiques (liberté, égalité, fraternité) ou d'autres garanties plus spécialement économiques et sociales (le droit au travail, à la santé et à la solidarité) ou la protection de l'environnement, de la qualité de la vie, des consommateurs, etc[51].

Nous constatons que les opinions des auteurs sont si nombreuses et disparates qu'il est difficile d'établir une concordance. On peut, cependant, les résumer en quatre grands objectifs à savoir la justice, l'utilité, la bonne conduite, le service des hommes et le service de la société[52].

§ 2. La nécessité d'un pouvoir public pour sanctionner ces règles.

Il ne suffisait pas seulement de créer et d'instituer des règles, contraignantes aux hommes mais encore fallait-il instituer des organes de l'Etat pour veiller à l'application et au respect de ces règles. C'est dans ce contexte que furent créées les cours et tribunaux pour empêcher la justice privée et imposer le recours à ces services publics tout en veillant à l'application de ces règles sociales.

En effet, n'eut été l'institution des cours et tribunaux, l'effort de codification serait vain. Remarquons aussi que dès que les cadres constitutionnels de l'Etat sont bien établis, l'esprit d'établir une bonne

---

[50] M.VILLEY, Philosophie du droit, Définition et fins du Droit, 2ème éd., Dalloz, 11, Rue Soufflot, 75240 Paris, 1978, p.51.

[51] M.WELL et F. TERRE, Droit Civil. Introduction générale, Imprimerie Saint-Paul, Dalloz. 11, Rue Soufflot, Paris, 1989, p.29.

[52] J.L.BERGEL, op.cit, p.28.

C. B

administration de la justice s'impose le premier[53]. Le pouvoir judiciaire est donc l'instrument privilégié pour assurer le respect des libertés publiques et privées. Le débat judiciaire permet de canaliser, de calmer et le plus souvent de rendre moins dramatique un procès qui, sans cela, aurait entraîné des violences[54].

Il faut, enfin de compte, savoir qu'une étape importante a été franchie par le passage de la justice privée à la justice rendue par les cours et tribunaux. En effet, s'il n'y avait pas de justice organisée par l'Etat, chacun ne devrait plus compter que sur soi pour la défense de sa propre sécurité, de celle de sa famille et de ses biens. Les citoyens auraient ainsi recours à la loi de la jungle, à la vindicte et même au lynchage. On serait dans une société de désordre où les droits de l'homme sont impunément violés. Les cours et tribunaux ont donc un rôle irremplaçable dans la protection des libertés individuelles et au maintien de l'ordre et de la paix sociale[55]. Toutefois, la portée du pouvoir de ces cours et tribunaux divise la doctrine.

Section 4: Portée du pouvoir judiciaire.

Il existe une controverse doctrinale au sujet de la portée du pouvoir judiciaire. D'une part, il existe une doctrine dite classique qui n'attribue au juge aucun rôle créateur. D'autre part, il existe une doctrine moderne qui réfute la thèse de plénitude de l'ordre légal enseignée par l'école classique reconnaissant au juge un rôle créateur[56].

---

[53] J.GILISSEN et J.VANDERLINDEN, Essai de synthèse, in l'Organisation judiciaire en Afrique noire, op.cit, p.10.

[54] J.VINCENT, S.GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A.VARINARD, La justice et ses institutions, 4ème Editions Dalloz, 31-35, Rue froideveaux, Paris, 1962, p.2.

[55] M.DUVERGER, op.cit, p.80

[56] S.BELAID, op.cit, p.49.

§1. Doctrine classique.

Les auteurs classiques considèrent que la mission du juge se réduit à un rôle d'application de la loi qui est censée avoir tout prévu. Quant à la jurisprudence, celle-ci ne peut être considérée comme une source du droit, car le juge n'a aucun rôle créateur ou normatif.

A. Rôle du juge.

Selon les auteurs classiques, le juge ne peut être un organe créateur du droit parce qu'il se trouve dans une situation inférieure par rapport aux autres organes de l'Etat[57].

Ces auteurs stipulent que le juge n'a aucun pouvoir de volonté propre. Ils prêchent la thèse de plénitude de l'ordre légal et dénient au juge le pouvoir de créer autrement que sur la base d'un texte.

En effet, le juge ne serait qu'un organe d'exécution de la volonté du législateur. Si les auteurs classiques reconnaissent au juge le pouvoir d'interpréter les règles de droit en vigueur, ils lui ôtent le pouvoir de combler les lacunes de la loi. A ce propos, S.BELAID a écrit: "...logiquement, les lacunes de la loi sont inconcevables et si l'on affirme leur exactitude, c'est un prétexte pour le juge de légiférer"[58].

L'école classique enseigne par ailleurs que le juge ne peut être un organe créateur pour cet autre motif que par la nature même de cette fonction, il ne peut

[57] M.MAURIAN, Précis de Droit constitutionnel, 2ème éd., Librairie du Recueil Sirey, 22, Rue Soufflot, Paris, 1979, p.40.
[58] S.BELAID, op.cit, p.19.

être considéré comme un pouvoir politique[59]. En effet, selon cette école, la qualité de pouvoir politique est essentielle pour exercer son rôle créateur. Par conséquent, la fonction juridictionnelle ne peut être un troisième pouvoir à côté du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

B. Le rôle de la jurisprudence.

Corrélativement à cette situation d'infériorité dans laquelle se trouve placé le juge, l'école classique soutient que la décision juridictionnelle elle-même ne peut être source de droit.

L'école classique souligne à cet égard que l'arrêt ou le jugement ne peut en aucun cas s'analyser comme une règle de droit véritable[60]. Deux raisons soutiennent cette idée.

D'une part, la décision juridictionnelle ne peut être qu'une décision déclaratoire, de nature interprétative et exécutive. Or, la règle de droit se définit par la généralité et l'impérativité.

D'autre part, la décision juridictionnelle ne peut avoir une valeur normative à titre de précédent. En effet, les auteurs classiques soulignent qu'on ne doit égard aux opinions des jurisconsultes ni aux jugements et arrêts antérieurs des tribunaux pour les décisions à venir[61].

Cette thèse refuse ainsi toute valeur normative aux règles d'origine jurisprudentielle même si elles sont constamment appliquées par les tribunaux.

---

[59] J.VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINAND, op.cit, p.48

[60] - G.VEDEL, Droit Administratif, P.U.F, 108, Boulevard Saint-Germain, Paris, 1961, pp 104
- S.BELAID, op.cit, pp 15-22

[61] G.VEDEL, Droit constitutionnel, P.U.F., 108, Boulevard Saint-Germain, Paris, 1951, p.200

A ce sujet, AUBRY et RAU soulignent: "La jurisprudence la plus constante, a-t-on pu écrire, ne peut être considérée comme constituant un élément de droit"[62]. Une réserve concerne le droit anglo-saxon où règne la valeur obligatoire des précédents judiciaires[63].

§2. Doctrine moderne.

A l'époque moderne, les restrictions et limitations qui avaient dominé à l'époque classique furent rejetées. La naissance de la science du droit comparé à attiré l'attention des auteurs sur les insuffisances de l'école classique et la nécessité de reconsidérer la fonction juridictionnelle. Dès lors, le juge joue dans certaines circonstances un rôle créateur mais l'opinion reste divisée à propos de la place de la jurisprudence parmi d'autres sources du droit.

A. Le rôle du juge.

Le courant moderne dit réaliste reconnaît au juge un pouvoir propre d'interprétation des règles de droit. Mais les opinions sont controversées quant au fondement de ce pouvoir.

M.MAURY tire le fondement de ce pouvoir dans la théorie des tribunaux eux-mêmes[64]. En effet, selon cet auteur, le juge devrait être envisagé comme un "pouvoir", c'est-à-dire un organe chargé d'une fonction technique par un texte législatif. Toutefois, cet auteur reconnaît à côté de la fonction régulièrement

---

[62] AUBRY et RAU, Droit civil français, Tome I, 7eme éd., Librairies Techniques, 24, Place Dauphine, Paris, 1980, p.39.

[63] J.L.BERGEL, op.cit, p.59.
J.M.AUBRY et M.DRAGO, Traité de Contentieux Administratifs, L.G.D.J, 11, Rue Soufflot, Paris 1975, p.11

[64] M.MAURY, Droit comparé, Théorie Générale du Droit et le Droit privé, Dalloz, 11, Rue Soufflot, Paris, 1960, pp 43-48

conférée au juge par la loi, un pouvoir dont il use en fait et qui lui permet de sortir du cadre rigoureusement fixé par loi.

Un autre auteur reconnaît au juge un rôle créateur et normatif mais trouve une explication dans la théorie de la réception implicite[65]. Cela veut dire que la validité d'une décision prise en l'absence de texte est subordonnée à l'absence complète de réaction du législateur.

La conception de cet auteur soulève des critiques. En effet, d'une part, le législateur ne peut pas connaître toutes les décisions jurisprudentielles. D'autres part, même s'il pouvait les reconnaître, l'abstention ne pourrait en aucun cas être tenue pour approbation tacite.

B. Le rôle de la jurisprudence.

Tous les auteurs modernes reconnaissent l'importance de la jurisprudence[66]. Toutefois, l'opinion est divisée quant à savoir si la jurisprudence est ou non une source de droit. C.DE MALBERG souligne dans ce sens: "Le tort commun de tous les auteurs modernes est de n'avoir pas su se dégager complètement de l'emprise de l'enseignement de l'école classique"[67].

Certains auteurs pensent que la jurisprudence peut être une source de droit moyennant la délégation expresse du législateur de créer le droit par une jurisprudence constante ou moyennant le consentement des intéressés[68].

---

[65] S. BELAID, op.cit, p.53.
[66] G.RIPERT, Les forces créatrices du droit, L.G.D.J., 11, Rue Soufflot, Paris, 1955, p.382.
[67] C.DE MALBERD, Théorie générale de l'Etat, vol.1, Sirey, 22, Rue Soufflot, Paris, 1920, p.20.
[68] J.MAURY, op.cit, p.48.

D'autres auteurs envisagent la jurisprudence comme une source indirecte du droit. En effet, la jurisprudence constitue un mode de formation de la coutume d'où la décision judiciaire n'est pas une source de droit distincte et indépendante de la coutume. Tel est le point de vue de F.GENY qui soutient que la jurisprudence est une source de droit mais qu'elle tire cette qualité de la coutume qui est, elle-même, une source de droit formelle[69].

La thèse de F.GENY est critiquable à plusieurs égards. D'une part, la coutume et la jurisprudence constituent deux concepts fondamentalement différents. En effet, alors qu'un seul arrêt peut faire jurisprudence, la coutume ne peut être constituée que par une suite d'usages. D'autre part, la jurisprudence est issue des jugements alors que la coutume est issue des pratiques des citoyens.

C. Critiques.

Nous avons vu que la fonction juridictionnelle et le rôle de la jurisprudence tels qu'ils sont présentés par l'école classique ne sont point fondés. Rien n'interdit en effet de reconnaître au juge un pouvoir qui lui revient tout naturellement.

Le courant moderne qui avait tenté de se rapprocher de la réalité s'est aussi soldé par un échec. En effet, le seul apport positif de ce courant est d'avoir mis en doute les enseignements de l'école classique et affirmé avec force l'existence du fait jurisprudentiel[70].

La grande faiblesse de l'école moderne est de n'avoir pas dégagé clairement la valeur de la jurisprudence. Elle fonde, en effet, la validité des

[69] F.GENY, Méthodes d'interprétation et sources du Droit privé positif, Tome II, L.G.D.J., 20. Rue Soufflot, Paris, 1954, p.234.
[70] C.DE MALBERG, op.cit. p.250.

règles jurisprudentielles sur de pures fictions (théorie de la délégation, de la réception implicite, du consentement des intéressés, ...).

Nous concluons donc que le courant moderne qui paraissait plus réaliste n'a pas su expliquer la réalité et les faits.

La fonction juridictionnelle est de par sa nature, source de pouvoirs importants surtout à l'époque contemporaine où les rapports sociaux et la société en général évoluent très vite. Par conséquent, indépendamment des systèmes juridiques, la jurisprudence occupe une place non négligeable parmi d'autres sources du droit. Cette jurisprudence tire surtout sa source dans les lacunes de la loi et le rôle créateur du juge devient dans ce cas incontestable.

CH. II: LE JUGE FACE A LA LACUNE DE LA LOI.

Si certains auteurs disent que tout travail interprétatif est créateur[71], il reste que le rôle créateur du juge est pleinement exercé lorsqu'il s'agit de combler les lacunes de la loi. Dans ce dernier cas, en effet, il s'agit indiscutablement de suppléer à la carence législative. Par contre, dans d'autres cas, l'intention du législateur peut être plus ou moins dégagée.

Dès lors, il importe d'exposer sommairement les généralités sur les lacunes de la loi , ses mécanismes d'application ainsi que du contrôle de l'interprétation telle qu'assurée au plus haut niveau par la cour de cassation.

Section 1: Généralités sur les lacunes de la loi.

§1. Définition d'une lacune de la loi.

Comme le souligne S.BELAID, la notion de lacunes en droit est une notion complexe et difficile à définir[72]. Toutefois, cet auteur fait, son approche, et définit la lacune de la loi comme "l'apparition de l'inadéquation du droit à une situation de fait" ou "l'hiatus entre le droit et l'évolution des faits"[73]. L'approche de BELAID est critiquable parce qu'elle confond l'inadaptation de la loi et la lacune de la loi.

---

[71] M.V.DE KERCHOVE, op.cit, p.121.
[72] S.BELAID, op.cit, p.311.
[73] ibidem.

P. FAURIERS, à son tour, définit la lacune de la loi comme "un manque dans un ordonnancement juridique d'une norme dont le juge puisse faire usage pour résoudre un cas déterminé"[74]. La faiblesse de cet auteur est qu'il ne vise qu'un seul aspect de la lacune de la loi (l'inexistence de la loi) et omet l'autre aspect (l'insuffisance de la loi).

En complétant P.FAURIERS, on peut simplement définir la lacune de la loi comme un manque ou une insuffisance dans un ordonnancement juridique d'une norme dont le juge puisse faire usage pour résoudre un cas déterminé. Cette définition nous permettra de dégager clairement les conditions d'existence d'une lacune.

§2. Conditions d'existence d'une lacune.

Au regard de la définition que nous venons de formuler ci-dessus, on peut dire que la lacune de loi existe sous deux conditions: quand la loi reste incomplète (a) ou muette (b) alors qu'il y a lieu de donner une solution au cas qui se présente.

a) La loi est incomplète.

La loi est incomplète quand elle ne règle que partiellement le litige c'est-à-dire quand elle ne contient pas tous les éléments nécessaires à son application[75]. On pourrait, à ce propos, donner l'exemple d'une disposition qui fixe un delai d'exécution d'une prestation sans en déterminer le point de départ.

---

[74] F. FAURIERS, "Les lacunes en droit", in "Le problème des lacunes en droit", Etudes publiées par CH. PERELMAN, Ets Emile Bruylant, 67, Rue de la Régence, Bruxelles, 1968, p.9.

[75] E. CEREXHE, op.cit, p.46.

Dans ce cas, le juge ne peut pas surseoir de statuer sous risque de tomber sous le coup de l'article 117 du Code de Procédure Civile. Dans le même sens, le juge ne peut pas prononcer un acquittement au seul motif que la loi est incomplète. Au cas contraire, il doit s'arranger pour compléter l'œuvre législative afin de pouvoir se prononcer complètement et définitivement sur le cas.

Certes, il pourra recourir aux méthodes d'analyse logique: raisonnement par analogie, par argument contraire, à fortiori ou par induction-déduction[76]. Il pourra ainsi dégager ce qu'aurait été la volonté du législateur sur les points où il a été incomplet. Le juge pourra également puiser la solution "dans sa conscience, dans sa raison, dans son sens du juste et de l'équitable voir dans les besoins et les aspirations du peuple"[77].

b) <u>La loi est muette.</u>

La loi est muette lorsqu'après l'utilisation de tous les moyens d'interprétation, on constate l'absence de disposition légale applicable. Cela se comprend aisément étant donné que la vie sociale fait apparaître chaque jour des besoins nouveaux et des situations nouvelles que le législateur ne peut ni prévoir, ni réglementer d'avance. A ce propos, DE PAGE a écrit que la vie n'a aucune prise sur l'avenir et qu'elle ne parvient même pas à épuiser le présent[78].

Dans ce cas d'absence de la loi applicable, le juge possède peu ou beaucoup de pouvoirs selon que l'on se trouve dans un système fermé ou ouvert.

---

[76] J. CARBONNIER, <u>op.cit</u>, p.260.

[77] Docteur D. NIMPAGARITSE, "<u>Introduction au Droit</u>", Notes de Cours, U.B., Faculté de Droit, 1ere Candidature, Bujumbura, A/A 1995-1996.

[78] H. DE PAGE, "<u>Traité élémentaire de Droit Civil</u>", Bruylant, 67, Rue de la Régence, Bruxelles, 1964, p.124.

Dans le système juridique fermé, si le cas soumis au juge ne fait objet d'aucune disposition légale, c'est la loi générale de liberté qui est dans l'application[79]. Dans ce cas, le juge est le serviteur fidèle de la loi. Il se borne à l'application de l'œuvre législative et si cette dernière fait défaut, il prononce l'acquittement. La liberté des sujets de droit est dans ce cas une règle générale en l'absence de texte imposant une obligation. La liberté d'appréciation du juge est sacrifiée au profit de la liberté du justiciable.

Dans le système juridique ouvert par contre, quand la loi est muette, le juge acquiert des pouvoirs importants. Il exerce un rôle créateur certain. Cela veut dire que lorsque la situation conflictuelle ne fait objet d'aucune réglementation, le juge doit s'ingénier pour trouver une solution. L'action du juge est créatrice parce qu'il crée une norme applicable pour les parties et en l'absence de toute disposition légale applicable.

Si, dans ces circonstances, le code civil suisse de 1907 accorde au juge le droit d'agir en législateur, il en est autrement du droit burundais.

Selon l'article 1er du Code Civil suisse de 1907: "A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et à défaut d'une coutume selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur"[80].

En droit burundais, par contre, la loi impose des directives à suivre conformément à l'O. du 14 mai 1886 de l'Administration Générale du Congo Belge rendue exécutoire au Burundi par l'O.R.U no. 11/82 du 21 juillet 1949. Au terme de l'article 1er de cette ordonnance, lorsque la matière n'est prévue par une

[79] P. FAURIERS, op.cit, p.23.
[80] CH. HUBERLANT, Les méchanismes institués in Le problème des Lacunes en droit, op.cit, p.61.

règle de droit, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit et l'équité[81].

Ce qui, en définitive, distingue les systèmes juridiques fermés des systèmes ouverts est que, pour les premiers, la décision prise en cas d'absence de texte est un acquittement. Par contre, dans les systèmes juridiques ouverts, l'acquittement n'est qu'une mesure parmi plusieurs autres qui peuvent être prises.

§ 3. Différentes sortes de lacunes.

On distingue plusieurs sortes de lacunes dont les caractères systématiques ne sont séparés avec précision[82].

A. Lacunes véritables et lacunes non véritables[83].

Il y a une lacune véritable lorsque la solution qu'on attend d'un litige fait défaut. On la nomme encore une lacune proprement dite.

Il y a une lacune non véritable ou non proprement dite encore appelée lacune de politique juridique ou critique lorsque le litige peut être réglé par la loi mais que la solution reste fausse.

---

[81] R. BELLON et P. DELFOSSE, op.cit, p.55.
[82] URLICH KLUG, Le rôle des facteurs en droit, in Le problème des lacunes en droit, op.cit, pp. 85-89.
[83] Idem, p.83.

B. Lacunes intentionnelles et lacunes non intentionnelles.

Les lacunes intentionnelles sont celles qui dépendent de la volonté de celui qui a établi la loi. Cela veut dire que le législateur prévoit intentionnellement une lacune pour qu'elle soit comblée par le juge. Cette lacune est encore appelée la lacune voulue ou lacune consciente.

Les lacunes non intentionnelles sont l'opposé des précédentes et sont celles qui surprennent la vigilance du législateur. Elles sont le corollaire du fait que le droit positif est une œuvre humaine et partant incapable de tout prévoir. Ces lacunes sont encore appelées lacunes non conscientes ou non voulues.

C. Lacunes primaires et lacunes secondaires[84].

Les lacunes primaires sont celles qui existaient déjà au moment de la naissance de la loi.

Les lacunes secondaires sont celles qui ne se sont manifestées que plus tard. Ces lacunes pourraient être conséquentes, par exemple, du progrès technique ou d'une appréciation modifiée du comportement.

D. Les lacunes dans la loi et lacunes dans le droit[85].

Il importe tout d'abord d'établir une distinction entre la loi et le droit.

La loi est l'ensemble des normes établies par le législateur.

---

[84] URLICH KLUG, op.cit., p.84.
[85] Idem, p.85.

Le droit, par contre, est "l'ensemble de propositions normatives "significatives", formulées ou non et susceptibles d'être utilisées par un juge pour mettre un terme, par une décision, à la contradiction des parties litigantes"[86].

Les lacunes dans la loi résultent du caractère incomplet de l'ordre légal. Ces lacunes sont appelées "lacunes provisoires" et peuvent être comblées par l'ordre du droit supra légal.

Pour notre droit positif, les lacunes dans la loi peuvent être comblées par la coutume locale, les principes généraux du droit ou l'équité conformément à l'O. du 14 mai 1886 (art. 1) précitée.

Les lacunes dans le droit sont par contre définitives et ne peuvent pas être comblées. Cela voudrait dire que, pour le droit burundais, ni la loi, ni la coutume locale, ni les principes généraux du droit, ni l'équité ne permettent de trouver solution. Ce qui reste un cas d'école étant donné que l'ordre juridique est généralement complet[87].

E. Lacunes de conflit et lacunes techniques[88].

Il y a lacune de conflit lorsque deux règles de droit d'un même système normatif sont contradictoires sans que soit précisée laquelle des deux doit être appliquée. Si donc l'on n'a pas précisé laquelle des deux élimine l'autre, aucune des deux normes n'est applicable. Il en résulte une lacune de conflit.

---

[86] D. D'AMBRA, op.cit, p.3.
[87] E. CEREXHE, op.cit, p.50.
[88] URLICH KLUG, op.cit, p.88.

Il y a lacune technique lorsque le législateur a établi une règle de droit mais sans avoir en même temps réglé son expression la plus directe. C'est le cas d'une loi qui ordonne que, dans une situation donnée, une personne donnée doit payer une taxe mais sans désigner l'autorité compétente pour la prélever.

Nous sommes loin d'épuiser la liste des différentes sortes de lacunes. Toutefois, l'essentiel n'est pas de nous éterniser dans l'énumération. Notre objectif était de montrer qu'il existe plusieurs catégories de lacunes qui doivent être indistinctement comblées par celui qui est chargé de dire le droit.

Dès lors, des mécanismes institutionnels ont été prévus par le législateur pour inspirer le juge dans cette mission (combler les lacunes) (I). Egalement, la doctrine (II) prévoit deux techniques différentes et complémentaires pour combler les lacunes de la loi.

Section 2: Mécanismes d'application.

§1. Les systèmes juridiques.

Nous avons constaté que l'existence de lacunes de la loi est inhérente à tout ordre normatif. Il reste à savoir les mécanismes juridiques prévus par le législateur pour les combler.

Au point de vue de la logique, on peut concevoir deux solutions opposées[89].

[89] CH. HUBERLANT, Les mécanismes institués in Le problème des lacunes en droit, op.cit, p.43.

D'une part, le juge sera autorisé à ne pas se prononcer et attendra l'intervention du législateur. Dans l'Etat actuel du droit positif, une telle solution n'existe plus.

D'autre part, le juge sera tenu, même en cas de lacunes de la loi, de prononcer une sentence.

Si l'on considère uniquement les législations qui obligent le juge à statuer, même en cas de lacunes de la loi; il en est qui se bornent à lui imposer cette obligation et d'autres qui fixent les principes que le juge doit suivre. Le premier cas sera représenté par le système français et le deuxième cas par le système burundais.

A. Le système français.

Le droit français s'est intéressé au problème des lacunes de la loi depuis fort longtemps. Déjà, au lendemain de la Révolution française, la loi des 16-24 août 1790 précitée avait institué le système de référé législatif pour combler les lacunes de la loi. Ce mécanisme qui contenait dès son institution les germes de sa destruction a été de très courte durée[90]. Il fut donc définitivement écarté dès la rédaction du Code Civil français de 1804.

Etant donné que le référé législatif constitue, en France, la première préoccupation de la lacune de la loi, il ne sera pas écarté dans notre travail (a). Par ailleurs, la suppression du référé législatif est à l'origine de l'élaboration des art 4(b) et 5 (c) du Code Civil français. En effet, les articles 4 et 5 constituent,

[90] CH. HUBERLANT, op.cit, p.46.

pour le juge, le cadre à l'intérieur duquel il peut exercer sont rôle créateur (en cas de lacunes de la loi) et définissent également les relations législateur - juge[91].

1. Le principe de référé législatif.

Le référé législatif clairement défini par la première loi française sur l'organisation et la compétence judiciaires à savoir la loi des 16-24 août 1790 s'inscrit dans un cadre historique bien précis et sa valeur devait conduire le plus rapidement possible à sa suppression.

a. Définition et cadre historique.

- Définition.

Le référé législatif était prévu à l'article 12 titre II de la loi des 16 - 24 août 1790 relative à l'organisation et la compétence judiciaires selon lequel: "les tribunaux ne pourront faire de règlements, ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaires soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle"[92].

Le référé législatif consistait donc à obliger le juge à recourir au législateur chaque fois qu'il s'agissait d'interpréter une loi ou d'en combler une lacune. Cette procédure était exclusivement réservée au tribunal de cassation lequel était compétent pour saisir le corps législatif aux fins, d'interpréter ou de compléter son œuvre[93].

---

[91] M.V. DE KERCHOVE, op.cit, p.346.
[92] J.GILISSEN, Introduction historique au droit, Bruylant, 67, Rue de la Régence, Bruxelles, 1979, p.26.
[93] P.VILLARD, op.cit, p.38.

- Cadre historique.

Le référé législatif a été conçu comme corollaire de la répartition des pouvoirs prévue par la Révolution de 1789. En effet, étant donné la conception rigide de la répartition des pouvoirs qu'elle avait décidée, l'A.N. devait réserver à l'organe auteur de l'acte, le devoir d'en dégager le sens véritable ou de le compléter en cas de lacune ou d'obscurité inopinée[94]. Cela permettait ainsi à l'A.N d'être conséquent avec ses propres décisions.

Le référé législatif a été tellement utilisé que la Convention était devenue une sorte de tribunal suprême[95].

Toutefois, à partir du Directoire, le tribunal de cassation a cherché à restreindre le champ d'application du référé en se fondant sur l'application des principes généraux du droit; en l'occurrence le principe de la séparation des pouvoirs, le principe de la non- rétroactivité des lois; avant même que le Code Civil ne mette un terme à tous ces problèmes[96].

Ce principe a été définitivement aboli depuis la rédaction du Code Civil français de 1804 encore appelé Code Napoléon. Ainsi, en son article 4, le Code Civil français dispose: " Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable du déni de justice".

Dès lors, le juge devient seul maître de l'application de la loi. Le législateur constate que les inconvénients du référé compromettent gravement le

---

[94] S. BELAID, op.cit, p.38.
[95] S.BELAID, op.cit, p.26.
[96] R. PERROT, op.cit, p. 34.

bon déroulement du procès et par conséquent la bonne administration de la justice.

b. La valeur du référé législatif.

- Avantage.

Le seul avantage du référé est qu'il permet le respect rigoureux de l'intention du législateur dans l'application de la loi. En effet, en cas de référé, c'est le législateur lui-même qui devient responsable de l'interprétation de son œuvre. Or, si c'est le juge qui interprète la loi, il est tenté, de bonne ou de mauvaise foi, de pouvoir substituer à l'intention du législateur sa propre intention et déformer ainsi l'œuvre législative.

- Inconvénients.

Trois principaux inconvénients caractérisent le référé législatif et constituent des obstacles à l'efficacité de la fonction juridictionnelle[97].

D'une part, le référé législatif entraîne une lenteur et un grand retard du prononcé des jugements et des arrêts. Cela désavantage plus particulièrement le justiciable qui a un grand intérêt à ce que le jugement soit prononcé le plus rapidement possible.

D'autre part, les lois intervenues en vertu du référé sont rétroactives et injustes pour ceux dont le litige aurait précédé l'intervention de ces lois.

---

[97] John GILISSEN, Evolution du Droit Médiéval et Moderne, in Le problème des lacunes en droit, op.cit p.239.

Enfin, le recours au législateur compromet la nature même de la loi qui statue pour tous et considère les hommes en masse et non comme des particuliers. Le législateur ne doit pas intervenir sur des affaires nées entre particuliers. Dans ce cas, il s'opère une confusion absolue entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire alors que c'est ce qu'on avait voulu éviter en instaurant le référé.

C'est en réaction de tous ces inconvénients que l'article 12 titre II de la loi précitée a été supprimé et remplacé par l'article 4 du Code Civil français tel que complété par l'article 5 du même code.

2. La portée de l'article 4 du Code Civil français.

Réagissant avec force contre les conceptions qui avaient inspiré l'institution du référé au corps législatif, le Code Civil français oblige, par son article 4, le juge à statuer même en cas de lacunes de la loi.

Si l'on analyse la lettre de l'article 4 (voir p. 43), on constate qu'il se borne à imposer au juge de statuer sans prévoir de solution légale à suivre en cas de lacunes de la loi. En effet, l'article 4 n'oblige en aucun cas le juge à combler les lacunes de la loi en faisant application des sources non écrites à l'instar de notre système judiciaire (art 1er de l'O. du 14 mai 1886). Or, cela peut constituer une entrave au contrôle judiciaire par l'intermédiaire des voies des recours et surtout la cassation.

Cette carence du Code Civil français peut être comblée par le recours aux travaux préparatoires. Ceux-ci ont ainsi prévu des sources subsidiaires où à défaut de textes, le juge pourrait, dans les matières civiles, puiser la règle de

droit à appliquer. Il s'agit des usages, de la jurisprudence, des maximes ou des principes du droit naturel[98].

Même si le droit positif français autorise le juge à combler les lacunes de la loi, la décision prise dans ces conditions n'a pas la force d'une loi. Le législateur a prévu une disposition qui interdit au juge de légiférer afin de maintenir le respect du principe de la séparation des pouvoirs. Il s'agit de l'article 5 du code civil français.

3. La portée de l'article 5 du Code civil français.

L'article 5 du Code Civil français dispose qu'il est défendu aux juges de prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises.

Cette disposition peut être interprétée comme signifiant une limitation de la portée de la compétence du juge et de la décision au cas d'espèce qu'il est appelé à régler. Il énonce clairement que les décisions des juges ne doivent pas avoir de caractère de généralité, caractère réservé à la règle de droit. En conséquence, le jugement qui est l'œuvre des juges, à l'opposé de la règle de droit, n'a de force qu'entre les parties. Dès lors, même si la décision judiciaire est prise en cas de lacunes de la loi, sa force sera toujours limitée par l'effet relatif de la chose jugée. C'est ce que prévoit l'article 1351 du Code Civil français selon lequel le droit dit par le juge ne vaut que comme le droit d'espèce. Cependant, de facto, la jurisprudence est une source de droit d'une importance incontestable en raison du mécanisme du précédent qui a pour point de départ l'obligation pour le juge de trancher tous les litiges qui lui sont soumis.

---

[98] CH. HUBERLANT, Les mécanismes institués, in Le problème des lacunes en droit, op.cit, pp 53-54.

B. Le système judiciaire burundais.

Comme nous l'avons indiqué plus haut, le système juridique burundais est parmi les systèmes qui, non seulement obligent le juge à trancher, quelles que soient les imperfections de la loi, mais aussi qui lui imposent des directives à suivre en cas de lacunes de la loi.

Il s'agit à présent d'analyser l'article 117 du C.P.C burundais relatif à l'obligation faite au juge de statuer sous peine de se rendre coupable du déni de justice (a). Il s'agit également d'étudier l'article 1er de l'O. du 14 mai 1886 relative aux principes à suivre en cas de lacunes de la loi (b).

1. La portée de l'article 117 du C.P.C. burundais.

L'article 117 du C.P.C burundais est énoncé comme suit: "Il y a déni de justice lorsque les magistrats refusent de procéder aux devoirs de leur charge ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées"[99].

A la lecture de l'article 117, on constate qu'il n'oblige point directement le juge à combler les lacunes de la loi. Il oblige uniquement le juge à toujours se prononcer chaque fois qu'une affaire lui est soumise sous peine du déni de justice. Cependant, étant donné que les insuffisances de la réglementation sont inhérentes à tout ordre normatif, le pouvoir de combler les lacunes de la loi se déduit logiquement de l'article 117 du C.P.C burundais. Dans ce cas, cette disposition peut être interprétée à la lumière de l'article 4 du Code Civil Français.

[99] R. BELLON et P.DELFOSSE, op.cit, p.232

En cas de lacunes de la loi, le juge burundais sera guidé par l'article 1er de l'O. du 14 mai 1886 de l'Administration Générale du Congo-Belge approuvé par le D. du 12 novembre 1886 rendu exécutoire au Burundi par l'ORU no 11/82 du 21 juillet 1949. Cette disposition constitue également l'article 1er du préliminaire du Code Civil burundais.

2. La portée de l'article 1er du préliminaire du Code Civil burundais.

L'article 1er du préliminaire du Code Civil burundais fixe les principes à suivre dans les décisions judiciaires en cas de lacunes de la loi. Quand la loi fait défaut, le juge recourt à la coutume locale, en cas d'absence de celle-ci, aux principes généraux du droit et à défaut de ceux-ci l'équité.

La coutume peut être définie comme "une règle émanant directement du peuple, générale et permanente, et qui est reconnue par l'autorité comme obligatoire"[100]. La coutume constitue donc un droit qui s'établit par l'habitude populaire.

Une conception classique distingue deux éléments dans la coutume, un élément matériel (objectif) et un élément psychologique (subjectif).

L'élément matériel de la coutume est composé d'une série d'actes ou de faits qui, par leur répétition continue et non contrariée constituent une habitude du milieu social[101]. Aussi, il faut que l'usage soit constant et durable. L'élément psychologique est le sentiment chez les sujets de droit du caractère obligatoire de la règle coutumière (opinio juris ou opinio necessitatis)[102]. Cela veut dire que

---

[100] (H.L.J.) MAZEAUD, op.cit, p. 110.

[101] J. CHEVALLIER et L. EACH, Droit Civil, Introduction à l'étude du droit, personnes physiques, La famille, les biens, Les obligations, les sûretés, Editions Sirey, 22, Rue Souffot, Paris, 1981, p.18.

[102] idem, p.19.

la coutume constitue la conviction chez les sujets de droit qu'ils sont obligés par le droit établi par la coutume. En droit burundais, toutes les affaires relatives à la succession demeurent entièrement régies par la coutume locale. Toutefois, étant donné que la coutume se révèle injuste à l'égard de la fille, une loi est en train d'être préparée visant la prise en compte de la succession de la fille vis-à-vis de ses parents.

Les principes généraux du droit sont "les règles de droit objectif et non de droit naturel ou idéal exprimées ou non dans les textes mais appliquées par la jurisprudence et dotées d'un caractère suffisant de généralité"[103]. Le principe selon lequel: " l'enfant simplement conçu est considéré comme déjà né chaque fois qu'il y va de son intérêt" est un principe général du droit. De même, le principe interdisant de statuer ultra petita est un principe général du droit. C'est ainsi que dans un pourvoi contre l'arrêt R.C.A 3251 du 22 avril 1994 rendu par la Cour d'Appel de Bujumbura, la SOCABU évoque plusieurs moyens entre autre la violation du principe interdisant de statuer ultra petita;... "Attendu que le premier moyen est pris de la violation du principe interdisant de statuer ultra petita"[104].

L'équité est un droit affranchi de règles et qui cherche une solution particulière pour chaque espèce. Elle permet en effet, au juge, de trancher en âme et conscience et conformément à ce qui est juste et bon[105]. L'équité permet de statuer ex æquo et bono (d'après ce qui est équitable et bon). L'évaluation des D.I physiques et moraux des victimes d'accidents de circulation est faite conformément à l'équité. Par conséquent, elle échappe à la censure de la Cour de Cassation parce qu'elle exige le réexamen de l'affaire au fond. C'est ainsi que dans son arrêt R.C.C 7794 du 18 octobre 1996, la Chambre de Cassation de la

[103]J.L. BERGEL, op.cit, p. 91.
[104] Cours Suprême, R.C.C. 7794, Bujumbura, le 18/10/1996.
[105] J. CARBONNIER, op.cit, p. 26.

Cour Suprême du Burundi a rejeté le pourvoi contre l'arrêt R.C.A 3251 rendu par la Cour d'Appel de Bujumbura au motif que la requérante remet en question la fixation des D.I alors que la dernière relève du pouvoir souverain du juge du fond.

..."Attendu qu'en estimant à 4 millions le seul préjudice physique et moral en l'absence du dommage économique, l'arrêt querellé ne s'est pas conformé à la jurisprudence de nos Cours et Tribunaux qui accordent à plus d'un million de francs burundais de dédommagement moral aux cas extrêmes de mort de la victime;

Attendu que le Conseil de la requérante conclut en rappelant que la souveraineté du juge dans l'évaluation des D-I physiques et moraux doit se placer dans les limites de la loi, de la jurisprudence et de l'équité;

Attendu que sous ce deuxième moyen, le Conseil du défendeur réplique en rappelant que la question de fixation des D.I relève du pouvoir souverain d'appréciation reconnu au juge du fond, pouvoir qui échapperait au contrôle de la cour de cassation, le conseil du défendeur (victime) allègue une série de décisions de la Haute Cour qui rejettent ce type de moyen de cassation en ce qu'il vise le réexamen de l'affaire au fond;

Qu'en conséquence, ce moyen touche essentiellement au fond qui échappe à la compétence de la Chambre de Cassation, qu'il est donc à rejeter"[106].

Dès lors, nous constatons que la contribution du juge est déterminante s'il est amené à juger selon l'équité. Ainsi, alors que les principes généraux du droit et la coutume existent et s'imposent à lui, l'équité permet au juge de créer

[106] L'arrêt R.C.C. 7794, précité.

librement et personnellement la solution applicable. Toutefois, afin de ne pas verser dans l'arbitraire, le juge doit tenir compte de l'environnement dans lequel il est placé. En outre, contrairement à l'équité, l'application de la coutume et des principes généraux du droit relève de la censure de la Chambre de Cassation.

Notons que le but de l'art. 1er de l'O. du 14 mai 1886 est contesté par certains auteurs. Tel est le cas de V.DEVAUX qui souligne que cet article ne vise pas les lacunes de la loi[107]. Il précise qu'en renvoyant à la coutume, aux principes généraux du droit et à l'équité, la loi elle-même règle la matière à laquelle il n'a pas été autrement pourvu. Cela veut dire que la prescription révélée par la coutume, le principe général du droit ou l'équité prennent la valeur d'une loi qui comble la lacune. Cet auteur n'envisagerait donc de lacune que si le juge pouvait être régulièrement saisi des contestations qui pourraient surgir hors des limites non seulement des lois, mais aussi des coutumes, des principes généraux du droit et de l'équité.

L'opinion de DEVAUX ne nous semble pas fondée. En effet, aussi longtemps que les sources auxquelles le juge recourt habituellement ne lui fournissent pas de règle pour le cas qu'il doit traiter, il se considérera comme placé devant une lacune. Dans ce cas, il recourra aux coutumes locales, à défaut aux principes généraux du droit et si ceux-ci ne donnent pas de solution, à l'équité. Le juge pourra donc puiser à la source réelle à défaut de l'une de ses sources formelles.

Le problème des lacunes de la loi n'a pas uniquement attiré l'attention du législateur mais également de la doctrine (II). Ainsi, le juge pourra puiser dans la loi et dans la doctrine des techniques lui permettant de combler les lacunes de la loi.

---

[107] V.DEVAUX, Dans le Droit de l'ancien Congo Belge, in le problème des lacunes en droit, op.cit, p. 254

§2. La position de la doctrine.

Deux courants doctrinaux situés à des époques différentes affrontent différemment le problème des lacunes de la loi. Il s'agit de la doctrine classique représentée par l'école de l'exégèse (a). Il s'agit, en outre, de la doctrine moderne représentée par la technique de la libre recherche scientifique (b).

A. La technique de l'exégèse.

C'est cette technique qui a dominé tout le 19ème siècle (avec l'élaboration du Code Napoléon) et cela pour deux raisons majeures[108]. D'une part, parce qu'à cette époque, la loi fit l'objet d'un véritable culte. D'autre part, parce que la promulgation des codes étant encore très proche, les règles qui s'y trouvaient édictées répondaient généralement aux besoins existants.

Dès lors, l'objectif des tenants de l'exégèse était de découvrir la véritable intention du législateur[109]. Pour y arriver, ils avaient recours à plusieurs techniques qui dépassaient singulièrement l'analyse littérale et grammaticale des textes. Ces techniques permettaient ainsi de "découvrir toute la richesse contenue dans les textes et d'effacer les ambiguïtés et les lacunes de la loi[110].

Pour remédier aux lacunes des textes, la méthode exégétique emploie essentiellement les procédés de la logique (1) ainsi que d'autres principes d'interprétation (2).

---

[108] J. CHEVALLIER et L.EACH, op.cit, p.28.
[109] J. CARBONNIER, op.cit, p.260.
[110] ibidem

1. Les procédés de la logique.

Les procédés de la logique permettent de donner solution aux cas que la loi n'a pas prévus directement ou expressément. Toutefois la recherche de l'intention de l'auteur de la loi ne doit souffrir d'aucune exception.

Parmi ces procédés, on distingue le raisonnement par analogie ou à pari, du raisonnement à plus forte raison ou a fortiori, du raisonnement par argument contraire ou a contrario et du raisonnement par induction- déduction.

- Le raisonnement a pari: cet argument met en application un raisonnement par analogie et considère que les mêmes causes caractérisent les mêmes effets (ubi eadem est legis ratio eadem est legis dispositio). De ce que la loi a donc statué pour une situation, on en déduit qu'elle est applicable aux situations semblables. On suppose que le législateur ayant réglé expressément telle hypothèse a voulu réserver le même traitement à telle autre hypothèse essentiellement semblable[111]. Cela se justifie par le fait que le législateur n'a pas raison de traiter différemment deux cas semblables.

- Le raisonnement a contrario: cet argument est la contrepartie négative de l'argument a pari. On déduit d'une opposition dans les hypothèses, une opposition dans les conséquences[112]. Si donc une règle est subordonnée à certaines conditions, la règle inverse doit s'appliquer quand ces conditions ne sont pas remplies.

Ce raisonnement est souvent traduit dans les maximes "qui dicit de uno, negat de altero" (quand le texte dit quelque chose, il est censé en nier le

[111] M.V.DE KERCHOVE, Interprétation en Droit, Approche pluridisciplinaire, Publication des Facultés Universitaires saint-Louis, Bd du Jardin Botanique, 43, Bruxelles, 1978, p.127.
[112] J. CHEVALLIER et L. EACH, op.cit, p.28.

contraire) et "inclusione inius fit exclusio alterius" (quand un objet est inclus dans une disposition de la loi, son contraire en est exclu)[113].

La mise en œuvre de cet argument ne pose pas beaucoup de problèmes quand le législateur a expressément manifesté son intention par l'usage d'une formule négative ou restrictive. Dans ce cas, le raisonnement s'opérera sans même se référer explicitement à l'argument a contrario. Le dispositif de la règle ne s'appliquera dans ce cas que "seulement si", "uniquement si", "exclusivement si".

Le véritable problème s'ouvre quand l'interprète de la règle de droit doit y déceler lui-même des formules négatives ou restrictives qui n'y sont pas expressément.

Exemple: l'article 32 CCL III burundais dispose: "la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs".

On peut renverser la proposition et dire que la cause est illicite quand elle n'est pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

- Le raisonnement a fortiori: Ce raisonnement a pour objet d'utiliser une proposition pour un objet autre que le sien parce que la raison qui la justifie s'applique encore mieux[114]. Cela veut dire qu'on étend une règle de droit à un cas non prévu parce que les motifs pour lesquels elle a été statuée s'y retrouvent avec plus de force.

[113] J. CARBONNIER, op.cit, p.260.
[114] J.L AUBERT, op.cit, p.57.

Ce type de raisonnement peut apparaître sous deux formes: " qui peut le plus peut le moins" (a maiori ad minus) et "qui ne peut le moins ne peut le plus"[115].

- Induction- déduction: C'est la recherche d'un principe général de solution pour une certaine catégorie de problèmes dont le législateur n'a envisagé et réglé que certains cas particuliers[116]. L'on envisagera donc les solutions particulières données par le législateur dans un certain nombre de cas. Ensuite, l'on en induira un principe général servant de fondement à toutes ces solutions. Du principe ainsi dégagé, l'on déduira de nouvelles applications particulières qui n'ont donc pas été prévues par les textes. Cependant, ces applications se rattachent à la lettre de la loi, à son esprit ou même à son intention présumée.

Tous ces procédés de la logique étaient complétés par d'autres principes d'interprétation permettant de sauvegarder l'intention du législateur tout en comblant les lacunes de la loi.

2. D'autres principes d'interprétation.

Le premier principe est l'interprétation stricte des exceptions (exceptio est strictissimae interpretationis). Il est représenté par des exceptions formelles énoncées par des formules telles que "toutefois", "néanmoins",... A côté de ces exceptions formelles, il est représenté par des exceptions virtuelles découlant de la nature de la disposition. Il s'agit par exemple d'une disposition qui établit une incapacité, un privilège, une déchéance car le droit commun est capacité, égalité et liberté. Ce principe signifie donc que "les exceptions admises par la loi doivent être renfermées dans leurs termes littéraux[117]. Il signifie, en outre, que

[115] M.V. DE KERCHOVE, op.cit, p.125.
[116] J. CHEVALLIER et L. EACH, op.cit, p. 29.
[117] M. V. DE KERCHOVE, op.cit, p.122.

l'interprète n'a pas le pouvoir d'admettre des exceptions (des privilèges, des incapacités, des pénalités) sans texte[118].

Le deuxième principe défend de distinguer là où la loi ne distingue pas (ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus). Ce principe signifie qu'il est interdit à l'interprète de restreindre l'application d'une loi conçue en termes généraux.

Le troisième et dernier principe dispose que la loi cesse là où cesse ses motifs (cessante ratione legis, cessat ejus dispositio). Cela veut dire que la loi ne doit pas être appliquée à des situations qui, tout en paraissant incluses dans la lettre se trouvent exclues de son esprit[119].

3. Critiques de l'exégèse.

Les techniques mises en œuvre par l'exégèse pour combler les lacunes de la loi sont d'une utilité indéniable. La preuve en est que ces techniques demeurent même actuellement d'application. Par ailleurs, GENY lui-même qui a largement critiqué l'exégèse n'est pas favorable à leur disparition.

Toutefois, deux principaux reproches peuvent être adressés à l'endroit de l'exégèse.

Premièrement, il est impossible pour le législateur de prétendre prévoir tous les cas susceptibles de se présenter au juge. L'œuvre législative étant d'abord et avant tout une œuvre humaine et partant incertaine, incomplète et faillible. Dès lors, les procédés de la logique mis en œuvre par l'exégèse ne

[118] J.CHEVALLIER et L.EACH, op.cit, p. 29.
[119] J. CARBONNIER, op.cit, p. 261.

permettent pas toujours de trouver la véritable intention du législateur. Ainsi, comme le souligne Michel VAN DE KERCHOVE, l'intention qu'on prête au législateur n'est souvent qu'une intention présumée[120]. Cela est dû au fait que le juge étend la loi à des matières ou à des cas que le législateur n'a pas prévus. Ce travail de l'esprit est qualifié de "métaphore du droit" étant donné qu'il s'agit de passer du connu à l'inconnu[121].

Deuxièmement, le vieillissement des textes rend impossible l'efficacité des techniques d'interprétation mises en œuvre par l'exégèse. Il en est le cas lorsque la réalité sociale ne correspond plus à celle pour laquelle il a été légiféré. Or, la réalité sociale évolue très vite surtout dans les sociétés contemporaines. Par conséquent, la lenteur de réforme des codes s'accorde mal à la rapidité de l'évolution sociale. A ce propos Jean Luc AUBERT a écrit: "... l'étude des codes et l'exposé de leur contenu article par article conduisait à une certaine sclérose"[122]. C'est en réaction à cette plénitude impossible dans le résultat des solutions légales qu'est née la libre recherche scientifique en l'honneur de F. GENY.

B. La technique de la libre recherche scientifique.

A la fin du XIXè siècle et au début du XXè siècle, une nouvelle méthode d'interprétation apparut en l'honneur de François GENY. Il s'agit de la méthode de la libre recherche scientifique. Selon cette méthode, si la loi doit être appliquée, il faut néanmoins quand elle est insuffisante laisser les tribunaux rechercher librement les solutions qui conviennent aux situations envisagées[123]. Ils pourront à ce moment s'inspirer des données économiques et sociales existant à ce moment.

---

[120] M.V. DE KERCHOVE, op.cit, p.127.
[121] J. CARBONNIER, op.cit, p.260.
[122] J. L. AUBERT, op.cit, p. 28
[123] F.GENY, Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif, tome 2, L.G.D.J, 20 Rue soufflot, Paris, 1954, p.77

La méthode de GENY a été qualifiée de recherche libre parce qu'elle se trouve soustraite à l'action propre d'une autorité positive[124]. Cela veut dire que le juge ne doit être soumis à aucune contrainte de l'autorité administrative lorsqu'il est en train de juger. Elle est, en outre, qualifiée de recherche scientifique parce qu'elle ne peut rencontrer ses bases solides que dans les éléments objectifs que la science peut seule lui révéler[125]. Le droit doit donc être une science vivante et doit rester en contact étroit avec la réalité sociale. Le droit doit s'inspirer de la réalité sociale et non la contredire, écrivait JOHN GILISSEN[126]. Il ajoute que le droit doit être de son temps et non être fossile[127].

A travers les développements précédents, on constate que la méthode de la libre recherche scientifique intervient à la fois pour compléter et corriger l'exégèse. L'objectif des tenants de l'exégèse de prétendre trouver tout dans les textes devient quelques fois impossible. Il est en effet utopique que le législateur ait parcouru tous les cas susceptibles de se présenter au juge. C'est dans ce contexte que GENY souligne que le texte de loi ne peut être dilaté jusqu'à l'infini[128]. A partir d'un certain temps, il y a un vide qui doit être comblé par la libre recherche scientifique. On aura, à ce moment, évité de prêter au législateur une intention qu'il n'a probablement pas eue.

Toutefois, même en cas de libre recherche scientifique, la liberté du juge n'est pas absolue. Sous risque de verser dans l'arbitraire, le juge devra élaborer une solution en tenant compte des données historiques, utilitaires, rationnelles et sentimentales d'où peut naître une règle[129]. A ce moment, la recherche qui

[124] F. GENY, op.cit. p.77.
[125] F. GENY, op.cit. p.78
[126] JOHN GILLISEN, op.cit, p.480
[127] ibidem
[128] F. GENY, op.cit. p.70
[129] idem, p.78

incombe au juge est fort analogue à celle incombant au législateur. Cependant, le juge, contrairement au législateur, intervient à l'occasion d'une situation donnée et pour adapter le droit à cette situation (principe de l'autorité relative de la chose jugée). Le juge devra, toutefois, former sa décision d'après les mêmes visées que celles incombant au législateur à savoir la justice et l'utilité sociale.

Il convient de souligner que l'application des principes généraux du droit ne relève pas de la libre recherche scientifique. En effet, le principe général du droit se forme en dehors du juge et s'impose à lui. Celui-ci ne se bornant qu'à constater l'existence d'un principe général du droit et à en assurer le respect in casu.

Ainsi donc, si le principe général peut ne pas être incorporé dans le droit positif national, il existe préalablement et le juge doit le connaître et l'appliquer en cas de lacunes de la loi.

En droit burundais, les principes généraux du droit sont extraits des législations qui ont inspiré le droit burundais. Il s'agit du droit belge et subsidiairement du droit français qui a lui-même inspiré le droit belge. En droit français par contre, les principes généraux du droit sont extraits de la constitution, des Préambules, de la loi ou de la coutume avec l'aide de la doctrine[130].

Face au problème des lacunes de la loi, le juge est nanti d'une marge d'appréciation très grande. Par conséquent, l'on peut craindre que, dans ces conditions, il ne se cache derrière l'indépendance de la magistrature pour s'écarter de la légalité. C'est pour cela que le législateur a prévu un garde-fou, l'organisation du pourvoi en cassation.

---

[130] D. D'AMBRA, op.cit, p.101.

Section 3: L'organisation du pourvoi en cassation.

Le pourvoi en cassation ayant déjà fait objet de plusieurs mémoires[131], notre étude à ce sujet sera faite sommairement. Nous dégagerons la définition du pourvoi en cassation (§1), les causes d'ouverture en cassation (§2) ainsi que le but de l'organisation du pourvoi en cassation (§ 3).

§1. Définition du pourvoi en cassation.

Le pourvoi en cassation est "une voie de recours extraordinaire, qui a pour objet de faire annuler par la Cour de Cassation les jugements ou arrêts en dernier ressort, rendus en violation de la règle de droit"[132].

On aperçoit à travers cette définition que l'objectif premier du pourvoi en cassation est de contrôler le respect de légalité par le juge du fond.

En droit burundais, cette procédure est régie par le D.L no. 1/51 du 23 juillet 1980 relatif au pourvoi en cassation et à la procédure suivie devant la chambre de cassation de la Cour Suprême[133].

§2. Les causes d'ouverture en cassation.

Le D.L no. 1/51 du 23 juillet 1980 n'énumère pas expressément les causes d'ouverture en cassation. Toutefois, elles peuvent être déduites des articles 2 et

---

[131] V. NDIKUMASABO, "La cassation en droit judicaire burundais", mémoire, U.B., Faculté de Droit, Bujumbura, décembre 1973.
- M. KALERA, Le pourvoi en cassation en droit burundais, commentaire du D.L no. 1/51 du 23 juillet 1980, mémoire, U.B., Faculté de Droit, Bujumbura, 1983.

[132] J. BORE, "La cassation en matière civile, préface de Lierre RAYNAUD, Sirey, 22, Rue Soufflot, 75005 Paris, 1980, p.101.

[133] BOB no. 10/80.

10 alinéa 1. Dès lors, trois cas peuvent motiver l'ouverture en cassation. Il s'agit de:

- La méconnaissance de la loi ou l'interprétation erronée de la loi,
- La violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité,
- L'excès de pouvoir.

A. La méconnaissance de la loi ou interprétation erronée de la loi.

La méconnaissance de la loi ou interprétation erronée d'une loi suppose déjà l'existence d'une règle ayant force de loi.

Méconnaître la loi, c'est donc "faire fi d'un texte légal ou se référer à un texte autre soit sciemment, soit par ignorance"[134].

Interpréter la loi de façon erronée c'est à notre avis interpréter une loi en ne tenant pas compte du cadre socio- culturel dans lequel s'applique la règle de droit.

B. Violation de formes substantielles ou prescrites à peine de nullité.

La loi n'a pas précisé ce que recouvrent les formes substantielles. Nous pensons avec A. SINDAYIGAYA, que cette cause vise surtout la violation de formes de procédure dont l'importance apparaît certaine[135]. On peut citer entre autres la composition du siège (principe de la collégialité), la publicité des audiences, le manque de motivation ou de base légale, etc.

---

[134] F. RIGAUX, La nature du contrôle de la Cour de Cassation, Ets Emile Bruylant, 67, Rue de la Régence, Bruxelles, 1953, p.21.

[135] A. SINDAYIGAYA, L'organisation et le fonctionnement de la Cour Suprême du Burundi, mémoire, U.B; Faculté de Droit, Bujumbura, décembre 1983, p.46.

Les formes prescrites à peine de nullité ne posent pas de difficultés particulières parce que la loi prévoit expressément la peine de nullité à l'encontre de l'inobservation de telle ou telle formalité.

C. L'excès de pouvoir.

Le D.L no. 1/51 du 23 juillet 1980 parle d'excès de pouvoir sans le définir (article 10 alinéa 1).

D'après la doctrine, l'excès de pouvoir apparaît quand "un tribunal a dépassé les limites de ses attributions pour empiéter sur celles du pouvoir législatif ou administratif comme dans le cas où il aurait interprété lui-même un acte administratif dont le sens est contesté"[136]. En ce qui concerne ce dernier cas, il faut qu'il ait empiété autrement qu'en connaissant du contentieux administratif parce qu'alors il y aurait incompétence et non plus excès de pouvoir[137].

Dès lors, il y aura incompétence si un tribunal a violé les règles relatives à la compétence matérielle ou territoriale des tribunaux telles que fixées par la loi no. 1/004 du 14 janvier 1987 portant réforme du C.O.C.J[138].

§3. Le but de l'organisation du pourvoi en cassation.

Le but de l'organisation du pourvoi en cassation est triple. Son premier but est le contrôle de la bonne application de la loi et l'unité de la jurisprudence. Le deuxième but comme toute voie de recours est d'assurer le contrôle des

---

[136] Nouveau Répertoire de droit, Tome I Dalloz, 31-35, Rue Froideveaux, 75685 Paris, 1982, au no. 102.
[137] J. VINCENT et S. GUINCHARD, op.cit, p.918.
[138] BOB no. 4/87.

défaillances de la science et de la conscience du magistrat. Le troisième but poursuivi est d'assurer le respect de l'intérêt privé du justiciable.

A. Le contrôle de la bonne application de la loi et l'unité de la jurisprudence.

Le but premier de l'organisation du pourvoi en cassation est d'assurer le respect du droit positif. Ce dernier doit être respecté de la même manière sur tout le territoire concerné[139]. Ainsi, ce résultat ne peut être obtenu que si l'unité d'application et interprétation de la loi est garantie. Telle est la mission de la Cour Suprême qui empêche que des décisions illégales, opposées ou contradictoires puissent être exécutées.

"Afin que la justice soit la même pour tous, il faut que les tribunaux fassent la même application des mêmes textes de loi"[140]. En censurant les décisions qui sont en violation de la loi, le pourvoi en cassation permet à la Cour Suprême de pouvoir imposer sa doctrine à toutes les juridictions du fond. Ainsi, obtient-on l'unité de la jurisprudence qui est le corollaire indispensable de l'unité de législation[141].

B. Le contrôle des défaillances de la science et de la conscience du magistrat.

Comme toute voie de recours, le pourvoi en cassation constitue une garantie contre les défaillances de la science et de la conscience du magistrat.

---

[139] E. NINDORERA, op.cit, p.11
[140] H. RUBBENS, Le droit judiciaire zaïrois, Tome II, Presses Universitaires du Zaïre, 1978, p.101
[141] J. BORE, op.cit, p.101

Ainsi, lorsque la Chambre de Cassation constate une irrégularité dans la procédure attaquée, elle casse la décision attaquée. Par conséquent, dans la crainte d'une éventuelle cassation qui implique en soi une certaine accusation implicite de malhonnêteté ou de partialité, les juges essayeront de statuer conformément à la loi.

En outre, le fait que, dans certains cas, la Cour, après avoir cassé la décision attaquée, dessaisit les juges qui ont statué sur l'affaire implique qu'ils sont suspects de malhonnêteté. L'honnêteté et l'impartialité sont encore mises en doute lorsque le tribunal de renvoi est une autre juridiction.

Cette dessaisine des magistrats qui ont siégé dans l'affaire est un grave reproche et devrait motiver les juges à rendre ultérieurement des décisions irréprochables.

C. L'intérêt du justiciable.

Le but essentiel du pourvoi en cassation est d'assurer le contrôle de l'application de la loi par les cours et tribunaux. Toutefois, la bonne application de la loi est, en fait, une garantie des droits du justiciable. Ainsi, le renvoi est ordonné lorsque la Cour estime que le juge du fond pourra éventuellement modifier la situation des parties.

Par ailleurs, si une partie se pourvoit en cassation (avec ou sans le M.P), ne le fait-elle pas pour un intérêt exclusivement privé? Evidemment, les moyens du pourvoi doivent rentrer dans le cadre de l'article 4 et 10 du D.L no. 1/51 du 23 juillet 1980. Toutefois, la partie qui se pourvoit en cassation le fait plus dans l'espoir d'y gagner des droits que dans celui de faire respecter la loi. Le deuxième but étant dans ce cas réalisé par voie de conséquence.

CH. III: L'ŒUVRE CREATRICE DE LA JURISPRUDENCE.

Le propre du pouvoir judiciaire est d'être investi de la fonction de juger (voir chapitre premier). Cette dernière se matérialise dans un acte qui porte suivant les juridictions le nom de "jugement" ou "arrêt". Cet acte se distingue fondamentalement des actes des pouvoirs exécutif et législatif par les attributs qui lui sont propres (l'autorité relative de la chose jugée et le dessaisissement du juge)[142].

L'accumulation des actes ou décisions judiciaires constitue ce que l'on appelle "la jurisprudence". Cette dernière constitue un élément d'une importance capitale dans la vie du droit. Notre objectif est de préciser sa notion (section 1), sa formation (section 2) ainsi que sa nature (section 3).

Section 1: Notion de jurisprudence.

La jurisprudence peut être définie comme "l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période, soit dans une matière (jurisprudence immobilière), soit dans une branche du Droit (jurisprudence civile, fiscale,...), soit dans tout le Droit[143].

Si l'on analyse cette définition, on constate qu'elle ne touche pas le caractère propre du fait jurisprudentiel. En effet, ce dernier se caractérise par une

---

[142] G. GIUDICELLI-DELAGE, op.cit, p.47.

[143] Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, publié sous la direction de Gérard CORNU, 6ème éd. PUF, 108 Boulevard Saint-Germain, 75006 Paris, 1987, p.475.

habitude (sous réserve des arrêts de la Cour de Cassation), ce qui n'a pas été clairement dégagé dans la définition ci-dessus.

Jean Luc AUBERT définit la jurisprudence comme la façon dont telle ou telle difficulté est habituellement tranchée[144]. Il est appuyé dans ce sens par Jean CARBONNIER qui définit à son tour la jurisprudence comme la solution généralement donnée par les tribunaux à une question de droit[145].

D'après Jean Luc AUBERT et Jean CARBONNIER, la jurisprudence est caractérisée par la loi de continuité et d'imitation sans laquelle elle ne serait pas concevable. Ainsi, en présence d'une question de droit qui se reproduit fréquemment, les tribunaux prennent plus ou moins l'habitude de juger de semblable manière. On dira qu'il y a naissance de jurisprudence. Toutefois, un seul arrêt de la cour de cassation qui tranche sur une question de droit fait jurisprudence. Mais là aussi, les juridictions inférieures saisies d'une affaire semblable adoptent spontanément le point de vue de la cour sous peine de cassation. Tel est le système qui règne dans les pays de la famille romano-germanique au modèle français (y compris le Burundi). Dans les pays de la Common-Law par contre, au modèle anglais, les tribunaux sont liés par les précédents judiciaires.

Cette loi d'imitation et de la continuité qui caractérise la jurisprudence garantit l'égalité et la sécurité des justiciables. Cette garantie peut cependant être contredite par les revirements de jurisprudence.

Par revirement de jurisprudence, il faut entendre l'abandon par les tribunaux eux-mêmes d'une solution qu'ils avaient jusqu'alors admise[146].

[144] J.L. AUBERT, op.cit, p.156.
[145] J. CARBONNIER, op.cit, p.100.
[146] Association Henri Capitant, op.cit, p.476.

Ce revirement s'effectue instantanément et sans annonce préalable d'où l'insécurité du justiciable.

L'interprétation peut donc à tout moment être renversée ou modifiée. Il suffit pour cela que les juges trouvent de nouvelles raisons les inclinant à donner à la règle de droit un sens différent à celui qu'ils lui reconnaissaient jusque là[147]. Le justiciable ayant tout naturellement tendance à se fier à la jurisprudence existante encourt le risque d'être frappé par son revirement.

Malgré cette instabilité relative de jurisprudence, cette dernière représente pour le juriste un élément d'étude particulièrement important. Ainsi, il n'est pas possible de connaître le droit sans examiner de près la façon dont les juges appliquent la loi[148].

Et à ce point, une question se pose de savoir comment la jurisprudence se forme.

Section 2: Formation de la jurisprudence.

Sous réserve de quelques exceptions comme un jugement annulant un décret pour l'illégalité, la décision judiciaire est une mesure individuelle ne réglant qu'un cas particulier[149].

Par conséquent, les décisions judiciaires ne sont pas revêtues de tous les attributs de la loi pour prendre rang parmi les règles de droit au sens strict. Dès

---

[147] J. L. AUBERT, op.cit, p.157.
[148] J.L. AUBERT, Introduction au droit, 1ère éd. , P.U.F, 108 Boulevard Saint-Germain, 75006 Paris, 1979, p.80.
[149] Idem, p.80

lors, comment passe-t-on d'un simple jugement à la jurisprudence considérée comme source du droit?

Trois éléments se conjuguent pour réaliser le passage: les motifs, les précédents et la hiérarchie[150].

§1. Les motifs.

Le point de départ pour comprendre le phénomène jurisprudentiel réside dans l'analyse des décisions de justice. En effet, les jugements constituent la matière première de toute jurisprudence. Ainsi, quand le juge statue, il ne se borne pas à viser uniquement le texte de la loi sur lequel il appuie sa décision. Le juge, par son pouvoir d'interprétation, "expose la signification qu'il donne à la règle de droit, les déductions logiques que le texte pourrait comporter, et décrit le raisonnement logique qui détermine sa conviction"[151].

Le jugement comporte ainsi deux grandes parties. D'une part, il existe des motifs précédés des termes "attendu que...", "considérant que...", "vu...", et qui sont des positions qui ont déterminé le juge. D'autre part, il existe le dispositif qui est introduit par la formule " par ces motifs" et qui contient la solution pratique mettant fin à la contestation (ordonnons..., annulons...).

S'il est vrai que l'ensemble du jugement a son importance, c'est uniquement avec les motifs, et spécialement les motifs de droit, que pourra se constituer la jurisprudence. C'est cette partie du jugement que Boris STARCK dénomme "la majeure" par opposition aux motifs de fait qu'il dénomme "la mineure" et qui constitue l'exposé de la cause[152].

---

[150] J. CARBONNIER, op.cit, p.233.
B. STARCK, op.cit, p.341.
[151] J. CARBONNIER, op.cit, p.149.
[152] B. STARCK, op.cit, p.34.

La mineure tout comme le dispositif ne peuvent constituer la jurisprudence étant donné qu'ils sont par nature contingents et n'ont de valeur que pour le conflit considéré.

Par contre, la majeure parce qu'elle est l'expression de l'opinion juridique que le juge s'est donné, à partir du cas particulier, possède une signification abstraite et par conséquent, une tendance à la généralisation[153]. Autrement dit, la majeure déborde le cas d'espèce et son abstraction lui donne vocation à régler des conflits similaires[154]. C'est pour cela que le même juge suivra spontanément, dans une cause analogue, le point de vue qu'il a précédemment dégagé à moins qu'il veuille se contredire ou s'imposer une nouvelle réflexion. En dehors de ce cas, il demeurera fidèle à sa position antérieure sans même que les plaideurs aient besoin de le lui rappeler. Cette tendance d'imitation s'observe également envers les points de vue des juridictions supérieures et surtout la Cour Suprême.

Les motifs de droit jouent ainsi un grand rôle dans la formation de la jurisprudence. Dès lors, sans ces motifs, il n'y aurait que les décisions individuelles isolées et réfractaires à tout système. C'est pour cela que les arrêts de la Cour d'Assises de France ne débouchent sur aucune jurisprudence étant donné qu'ils n'ont pas à être motivés[155].

S'il est vrai que les motifs jouent un grand rôle dans la formation de la jurisprudence, les précédents sont également indispensables pour les compléter.

---

[153] B. STARCK, op.cit, p.342.

[154] M. DE JUGLART, Cours de droit civil, Tome I, 1er volume, Introduction-Personne-Famille, 2eme éd., Editions Monchrestien, 158-160, Rue Saint-Jacques, Paris, 4ème, 1980, p.55.

[155] H. ROLAND et L.BOYER, Introduction au droit, 3ème éd., Editions Litec, 24, Place Dauphine, Paris 1991, p.341

§2. Les précédents.

Un précédent peut désigner "une décision antérieure prise comme référence relativement à une décision à prendre"[156]. Il constitue donc une décision déjà adoptée par le passé dans une affaire ou des circonstances semblables. Ce précédent peut, en matière juridictionnelle, avoir valeur d'exemple, d'autorité de fait ou de caractère obligatoire (stare decisis)[157].

La question qui se pose est de savoir comment une décision antérieure peut avoir une influence sur une décision à prendre alors que le juge doit se sentir complètement libre vis-à-vis de ce qui a été jugé par d'autres. En réalité, cette liberté est assez illusoire étant donné la force du précédent. Cela constitue une donnée psychologique constante qui tend à placer le juge sous la loi d'imitation. C'est ainsi que le juge aura une tendance naturelle à donner une solution semblable si le cas lui soumis a déjà fait objet d'un jugement antérieur. Si par contre, il y avait deux positions, ce sont les critères de date, de conviction et de hiérarchie qui sont déterminants pour le juge.

Toutefois, on ne doit pas perdre de vue que cette loi d'imitation n'est respectée que lorsque le juge ne trouve aucune raison à modifier l'opinion du juge antérieur. Au cas contraire, un revirement s'opère et se justifie par l'effort d'adaptation du droit que ne cesse de réaliser la jurisprudence.

Ainsi, la jurisprudence apparaît en principe comme un cumul de jugements. Boris STARCK parle d'un agrégat d'arrêts[158]. Cependant, un seul arrêt de la Cour Suprême peut faire jurisprudence. Mais tous les arrêts de la Cour Suprême n'ont pas de valeur jurisprudentielle. Il s'agit uniquement des arrêts qui tranchent

---

[156] Association Henri Capitant, op.cit, p.632.
[157] J.L.BERGEL, op.cit, p.28.
[158] B. STARCK, op.cit, p.347.

une question d'interprétation d'une règle de droit et qui prennent, de ce fait, la forme d'un arrêt de principe.

En revanche, tous les arrêts qui rejettent le pourvoi parce qu'il est irrecevable ou que la question soulevée par le demandeur au pourvoi est une question de fait n'ont pas de signification particulière. La raison en est que la cour de cassation ayant pour mission d'assurer l'unité d'interprétation, tant qu'elle ne s'est pas prononcée sur un point de droit controversé la jurisprudence n'est pas fixée.

C'est donc dire que l'origine de la décision n'est pas suffisante. Il faut, dans tous les cas rechercher, dans la décision elle-même, si la juridiction a affirmé un principe de droit qu'elle déclarait faire sien.

C'est ainsi que la Cour Suprême de Bujumbura, saisie d'un second pourvoi, a donné solution au problème longtemps discuté concernant la date à partir de laquelle doivent courir les intérêts judiciaires des D.I alloués en matière délictuelle. Par conséquent, l'arrêt prononcé à ce sujet est un arrêt de principe et fait ainsi jurisprudence.

..."Attendu que le jugement R.C. 7643 du Tribunal de Grande Instance de Bujumbura du 23 mai 1984 confirmé par l'arrêt R.C.A. 176 du 26 avril 1985 avait prononcé un intérêt à 6% l'an depuis la date de la décision jusqu'à parfait paiement volontaire ou forcé;

Attendu que la question d'intérêt avait été soumise encore devant le juge de renvoi a purement et simplement gardé un mutisme complet sur la question;

Attendu que le moyen est quant à ce fondé, que la Cour Suprême se doit d'évoquer la cause et d'apporter une réponse adéquate au problème posé et

trancher définitivement la question toujours discutée de savoir à quelle date doit-on faire courir les intérêts judiciaires des D.I. alloués en matière délictuelle;

Attendu que les uns font courir ces intérêts à partir du jour de la survenance du dommage soit le jour de l'accident; d'autres le jour de l'assignation en justice qui pour eux équivaut à la mise en demeure dans les obligations de paiement des sommes d'argent, d'autres du jour de la première décision en justice accordant les montants frappés; d'autres enfin du jour de la décision coulée en force de chose jugée, et mettant définitivement fin au litige;

Entendu le M.P en son avis recommandant de vérifier si le tribunal de renvoi s'est conformé à l'article 66 du D.L no. 1/51 du 23 juillet 1980 et quant au point de départ du calcul des intérêts judiciaires de fixer sa jurisprudence dans un arrêt définitif et de principe;

Sur quoi, la cour clôt les débats et pris la cause en délibéré;

Attendu que les intérêts judiciaires sont ceux alloués par le juge depuis qu'il est saisi par une action entre autre depuis le jour de l'assignation et ne constituent pas une troisième forme de D.I à côté des D.I moratoires représentant l'indemnisation du préjudice subi par le créancier en raison du retard dans l'exécution et de D.I. compensatoires représentant l'indemnisation du préjudice en cas d'inexécution (DE PAGE, T.III no. 99) mais une continuation de l'une ou de l'autre forme des D.I (cass. Belge, 28 sept. 1964, Pas. 1965 I, 88);

Attendu donc que les intérêts judiciaires sur les D.I alloués pour les préjudices tant matériels que moraux résultant d'un délit doivent courir à partir

de l'assignation en justice, que nos Cours et Tribunaux doivent consolider cette jurisprudence en la rendant fixe et unanime";[159]

Cette jurisprudence ainsi arrêtée par la Cour Suprême est fréquemment invoquée en matière délictuelle par le juge et le justiciable. Il en est ainsi dans l'arrêt suivant:

..."Attendu que pour ce qui est de la motivation erronée le juge d'appel a justifié sa décision sur base d'une jurisprudence qui est l'arrêt R.T.C. 4 rendu le 13 juillet 1987 par la Cour suprême siégeant toutes chambres réunies et que son autorité n'est plus remise en cause"[160].

Cette jurisprudence semble avoir acquis la force de la loi aussi longtemps qu'elle n'est pas contredite ou consacrée par le législateur ou qu'elle n'est pas contrariée par une autre jurisprudence par l'intermédiaire d'un revirement de jurisprudence.

Cette force de l'arrêt R.T.C.4 précité résulte du fait qu'il émane d'une juridiction située au sommet de la hiérarchie des juridictions judiciaires et qui est chargée d'assurer l'unité d'interprétation des cours et tribunaux. D'où l'importance de la hiérarchie dans la formation de la jurisprudence.

§3. La hiérarchie.

La hiérarchie judiciaire intervient dans la formation de la jurisprudence. Il est en effet, indispensable que les interprétations générales et abstraites, issues des motifs et des précédents, soient le plus rapidement possible ramenées à l'unité.

---

[159] Cour Suprême, R.T.C. 4, Bujumbura, 23 juillet 1987.
[160] Cour Suprême, R.T.C 7887, Bujumbura, 30 avril 1998.

Cette unité de la jurisprudence permet de garantir la sécurité du justiciable. Ce résultat ne peut être obtenu que par grâce à la hiérarchie de l'organisation judiciaire. Cette dernière permet de faire valoir deux voies de recours, l'appel et le pourvoi en cassation[161].

A. L'appel (article 49 et S. du C.P.C)[162].

Par l'appel, la partie qui s'estime lésée par la décision prononcée par le juge contradictoirement, sollicite la réformation du premier jugement avec réexamen de toute l'affaire par la juridiction du second degré[163]. L'appel permet donc l'examen successif au fond de la même affaire par deux juridictions d'un degré différent. Ce double examen doit rendre possible la réparation des erreurs et d'autres actes fautifs qu'auraient commis les juridictions du premier degré. C'est ainsi que l'appel apparaît à la fois comme une voie d'annulation et de réformation[164]. L'appel a également un intérêt préventif puisque l'éventualité de l'appel incline les magistrats à mieux peser et motiver leurs décisions. Pour cette même fin, les juges de premier degré préfèrent se conformer spontanément et par avance aux vues des juges de degré supérieur[165]. Ainsi, par appel se réalise petit à petit l'unité de la jurisprudence.

Soulignons à toutes fins utiles, que contrairement à certains autres systèmes (le système français par exemple où le tribunal compétent pour l'appel est exclusivement la Cour d'Appel), le système burundais reconnaît la compétence de l'appel à plusieurs tribunaux. Le tribunal compétent pour l'appel dépendant du tribunal qui a statué au premier degré. L'appel est donc porté devant le tribunal

---

[161] J. CARBONNIER, op.cit, p.142.
[162] R. BELLON et P. DELFOSSE, op.cit, p.229.
[163] J.L. AUBERT, Introduction au droit, op.cit, p.83.
[164] J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, 24è éd., Editions Dalloz, 31-35 Rue Froideveaux, 75685 Paris Cedx 14, 1996, p. 819.
[165] B. STARCK, op.cit, p.342.

de rang immédiatement supérieur à celui qui a rendu le jugement au premier degré. C'est ainsi que l'appel des décisions du Tribunal de Résidence est porté devant le Tribunal de Grande Instance. L'appel des jugements rendus en premier ressort par le Tribunal de Grande Instance est de la compétence de la Cour d'Appel.

A côté de l'appel, une autre voie de recours, le pourvoi en cassation, s'impose avec plus de force dans la formation de la jurisprudence.

B. Le pourvoi en cassation.

Le pourvoi en cassation est une voie de recours organisée dans le but de faire casser par la juridiction suprême une décision rendue en dernier ressort par le juge du fond[166].

Il est ouvert dans les 30 jours en matière pénale et 60 jours en toute autre matière sauf disposition législative contraire et expresse[167].

Les moyens du pourvoi peuvent être la méconnaissance ou interprétation erronée de la loi, des violations de forme substantielles ou prescrites à peine de nullité ou excès de pouvoir[168].

Lorsque la Cour Suprême est saisi d'un pourvoi, elle peut prononcer soit un arrêt de rejet (art 62 al 1), un arrêt de cassation (art 63), un arrêt d'irrecevabilité ou de déchéance ou un arrêt de non lieu à statuer (art 60).

---

[166] Boris STARCK, op.cit, p.343.

[167] Art 5 du D.L no 1/51 du 23 juillet 1980 relatif au pourvoi en cassation et à la procédure suivie devant la chambre de cassation de la Cour suprême in BOB no. 10/80.

[168] art 2 et 10 du D.L précité.

Quand le pourvoi est manifestement irrecevable, le Président de la Cour Suprême saisi par le Conseiller rapporteur ou agissant d'office rend un arrêt de non admission du pourvoi ou de non lieu à statuer dans les conditions fixées par les articles 52 et du 53 du D.L. précité.

L'influence de la Cour Suprême est d'autant plus importante que le sort du pourvoi dépendra du point de vue de cette dernière. Ainsi, si le jugement n'est pas conforme au point de vue de la Cour, son pourvoi aura de grandes chances d'être accueilli. Tel est le cas s'il prononce un arrêt de cassation.

Sans doute, le principe de l'autorité relative des jugements s'applique-t-il à la Cour elle-même. Il lui est en effet interdit de prononcer par voie de règlement. Cependant, quand elle a déjà affirmé l'exactitude ou l'inexactitude d'une interprétation, il faut des raisons graves pour qu'elle modifie son opinion[169]. Ainsi impose-t-elle ses vues au juge du fond sous peine de cassation ou d'évocation. C'est dans ce contexte que le juge suprême joue un rôle irremplaçable dans la formation et l'unification de la jurisprudence.

Au Burundi, ce pourvoi de la Cour de Cassation est renforcé à l'article 66 du D.L relatif au pourvoi en cassation et à la procédure suivie devant la Chambre de Cassation qui est ainsi libellé: " La juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de la chambre de cassation de la Cour Suprême sur tous les points de droit tranchés par cette dernière, aussi bien en ce qui concerne ceux qui ont été pris en considération pour prononcer la cassation que ceux qui ont été jugés mal fondés"[170].

---

[169] (H.L.J) MAZEAUD ; Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit, Tome I, Editions Monchrestien, 158-160, Rue Saint-Jacques, 75005, Paris, 1996, p.169.

[170] BOB no. 10/80.

En cas de violation de cette disposition, la chambre de cassation annule la décision rendue et évoque l'affaire au fond mais demeure tenue de se conformer aux points de fait jugés par la juridiction de renvoi (art. 68 du D.L. précité). Ainsi, plus de 300 jugements ont déjà été évoqués au fond suite à la violation de l'article 66[171].

Soulignons qu'en droit burundais, on ne peut pas se pourvoir en cassation plus de deux fois pour une même affaire. Par ailleurs, si le deuxième pourvoi est recevable, il n'y a plus de renvoi, ce sont les chambres réunies de la Cour Suprême qui deviennent compétentes pour juger de l'affaire au fond. Dans le temps, la pratique de plusieurs pourvois était admise. Toutefois, progressivement, on a constaté qu'il était indispensable de limiter le nombre de pourvois (à un maximum de deux) afin de répondre au souci d'éviter la lenteur de la justice.

L'appel et le pourvoi en cassation jouent un grand rôle dans la formation et l'unification de la jurisprudence. C'est grâce à eux qu'il se crée une jurisprudence que les juridictions du fond respectent généralement à l'égal de la loi[172]. Il est vrai que la jurisprudence peut se modifier. A l'épreuve des faits, il peut se révéler qu'une interprétation que l'on croyait correcte ait des conséquences fâcheuses ou ne corresponde plus à l'évolution. Mais un revirement de jurisprudence ne peut pas empêcher à la jurisprudence d'être source du droit qu'une modification législative ne retire à la loi son caractère essentiel de règle de droit[173].

Le grand problème surtout pour la jurisprudence burundaise est qu'elle est difficilement accessible aux intéressés, les magistrats et les justiciables. En effet,

---

[171] Informations recueillies auprès du Président de la Cour Suprême de Bujumbura, le 26 avril 1999.
[172] (H.L.J) MAZEAUD, op.cit, p.170.
[173] idem, p.171.

aucune revue de jurisprudence n'existe actuellement au Burundi. Cela constitue par conséquent un obstacle pour l'uniformité de la jurisprudence étant donné que le juge ne peut pas facilement connaître les solutions généralement adoptées par d'autres juridictions.

Dans ce cas, c'est surtout l'intérêt du justiciable qui est particulièrement touché étant donné qu'il s'expose parfois inutilement à l'appel et au pourvoi en cassation.

En effet, il existe des situations qu'on ne peut régler que sur base de la jurisprudence établie par d'autres juridictions et surtout la Cour suprême.

Ainsi, l'arrêt R.T.C. 4 précité a fixé définitivement, dans un arrêt de principe, la date à partir de laquelle on doit commencer à faire courir les intérêts judiciaires alloués en matière délictuelle. Cet arrêt est assorti d'une obligation faite aux cours et tribunaux de rendre fixe et unanime la jurisprudence ainsi dégagée.

"Attendu donc que les intérêts judiciaires sur les D.I. alloués pour les préjudices tant matériels que moraux résultant d'un délit doivent courir à partir de l'assignation en justice, que nos Cours et Tribunaux doivent consolider cette jurisprudence en la rendant fixe et unanime". On peut, cependant, se demander par quel mécanisme les tribunaux, surtout ceux des coins les plus retirés de l'intérieur du pays, pourront connaître l'existence et la portée d'une telle jurisprudence. Et qui plus est, il est souvent malaisé voire impossible pour le juge, surchargé déjà par le nombre de dossiers à traiter, de pouvoir parcourir les archives des tribunaux pour y chercher une jurisprudence. Au demeurant, même ces archives sont parfois conservées dans des conditions inappropriées

(poussière, manque d'éclairage; voir à ce propos la conservation des archives de la Cour Suprême de Bujumbura), l'accès du public n'étant pas libre.

Un clin d'œil doit donc être fait au Gouvernement pour doter le Ministère de la Justice des moyens suffisants afin d'élaborer et de publier des revues de jurisprudence burundaise. Il n'est donc pas normal que les seules revues à la disposition du juge burundais soient des revues étrangères. Certes, ces documents peuvent inspirer le juge burundais mais il faut qu'ils soient appuyés et complétés par des revues locales surtout qu'indépendamment de la jurisprudence étrangère, le juge burundais fait ses propres créations jurisprudentielles. Par ailleurs, même ces revues étrangères sont inexistantes à l'intérieur du pays. On espère, cependant, qu'avec le nouveau processus de réforme du secteur de la justice, le problème relatif à la publication de revues nationales de jurisprudence pourra trouver une solution.

Si la formation de la jurisprudence ne soulève pas de difficultés particulières, il en est autrement de la détermination de sa nature.

Section 3: La nature de la jurisprudence.

Déterminer la nature de la jurisprudence revient à préciser sa force ou encore sa place parmi d'autres sources du droit. A ce sujet, tous les auteurs ne sont pas unanimes sur l'autorité qu'il convient d'accorder à la jurisprudence.

La majorité des auteurs y voient une véritable source de droit sans s'entendre sur le fondement de sa force obligatoire (voir chapitre I, section 4).

Un autre courant doctrinal dénie à la jurisprudence tout pouvoir créateur (voir chapitre I, section 4). Les tribunaux devant ainsi se borner à appliquer la loi et ne sont pas qualifiés pour créer des règles de droit.

Toutefois, la doctrine récente est unanime pour reconnaître à la jurisprudence un rôle primordial dans la vie du droit et dans la pérennité de la loi ainsi que le montre ce passage: "la jurisprudence est pour la loi la fontaine de juvence"[174].

En tout état de cause, malgré les barrières juridiques (§1) et les inconvénients de la jurisprudence (§2), celle-ci demeure en pratique créatrice de règles de droit (§3) mais ce sont des règles fondamentalement différentes de la loi et de la coutume[175].

§1. Les barrières juridiques.

Si l'on se place du point de vue formel, il est hors de douter que le juge n'est pas une autorité qualifiée pour poser des règles de droit, ce pouvoir étant confié à l'organe législatif et exécutif par la constitution.

Ainsi, le juge chargé de trancher des litiges un par un, est enfermé dans des principes qui lui interdisent de créer une règle de droit semblable à la loi et à la coutume. Il s'agit de l'effet relatif de la chose jugée (A) et de la prohibition des arrêts de règlements (B)[176].

Le droit positif burundais ne prévoit expressément aucun de ces deux principes. Cependant, force a été de constater que ces derniers sont respectés à

---

[174] (H.L.J) MAZEAUD, op.cit, p.175.
[175] F.GENY, op.cit, p.112.
[176] J.L.BERGEL, op.cit, p.77.

titre de principes généraux du droit et comme corollaire du principe de la séparation des pouvoirs. C'est pourquoi dans l'étude de ces deux principes, nous ferons surtout référence au droit français lequel constitue une source subsidiaire du droit burundais.

A. L'effet relatif de la chose jugée.

Si le pouvoir créateur du juge est certain en cas de lacunes de la loi, il ne faut pourtant pas sacraliser le rôle des tribunaux. Il existe en effet un principe qui renferme le jugement dans certaines limites: c'est la limitation de l'effet du jugement à la sphère individuelle des parties.

Tandis que la règle de droit est générale et impersonnelle, la décision de justice est par essence particulière et personnelle. Elle est limitée aux parties au procès, à l'objet et à la cause de la demande[177]. La chose jugée n'a donc qu'une valeur relative.

Ce principe est prévu à l'article 1351 du Code Civil français qui dispose: "L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité"[178]. Autrement dit, l'autorité de la chose jugée est relative, relative à ceux-là seulement qui ont plaidé. Les tiers peuvent, par conséquent, tenir le jugement rendu en dehors d'eux pour inexistant à leur égard.

[177] E.CEREXHE, op.cit, p.452.
[178] Code Civil, Dalloz, 11, Rue Soufflot, Paris, 1992, p.910.

Cette inopposabilité aux tiers oppose ainsi le jugement à la norme qui est disposition générale rayonnant erga omnes. Certes, l'effet relatif de la chose jugée comporte des exceptions mais elles sont en nombre très limité. On peut citer entre autres trois cas illustratifs.

Premièrement, il s'agit d'un arrêt annulant un décret pour illégalité. Ce dernier possède tous les caractères d'une règle de droit et est opposable à tout le monde.

Deuxièmement, il s'agit de l'autorité absolue de ce qui est jugé au pénal, de sorte qu'une juridiction civile, statuant sur les faits mêmes déjà soumis à une juridiction répressive doit surseoir à statuer tant que la décision de cette juridiction n'est pas rendu afin de se conformer à cette décision. C'est par ailleurs ce qu'enseigne l'adage "le pénal tient le civil en l'état".

Troisièmement, en droit civil, l'autorité de la chose jugée est, dans certains cas, renforcée et elle devient absolue. C'est le cas des jugements constitutifs d'un état nouveau (exemple: le divorce) par opposition aux jugements simplement déclaratifs de droits antérieurs.

En outre, il existe au contraire une atténuation de l'autorité de la chose jugée pour certaines décisions. Ces dernières n'ont donc qu'une autorité provisoire (décisions relatives à la garde des enfants, les ordonnances de référé,...).

L'effet relatif de la chose jugée est renforcé à l'article 5 du code civil français qui interdit les arrêts de règlement.

B. La prohibition des arrêts de règlement.

Conformément à ce principe, "il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises" (article 5 du code civil français).

Cette règle est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs qui interdit toute immixtion du judiciaire dans les domaines législatif et exécutif. Les juges ne peuvent pas en principe participer à l'élaboration de la loi. Dans ce cas, ce serait une usurpation d'un pouvoir qui n'appartient qu'aux élus de la Nation[179]. Cette prohibition vise donc à faire obstacle à ce que la décision de justice puisse être élevée au rang de règle générale et abstraite.

C'est dans ce sens qu'un requérant inspiré sans doute par cette disposition a fait valoir comme motif à base de sa requête la violation du principe interdisant de statuer par voie de disposition générale par le juge d'appel étant donné que ce dernier avait statué conformément à la jurisprudence des cours et tribunaux. Il s'agit d'une affaire concernant l'allocation des D.I. aux ayants-droits de la victime d'une homicide involontaire. Cette affaire opposait la SOCABU à M.K.

"Attendu qu'il est encore fait grief au juge d'appel de s'être référé à la jurisprudence en allouant des D.I. forfaitaires et surtout en les réformant à la hausse sans motif;

Qu'il n'y a donc pas de base légale à la décision du juge, la seule référence à la réalité de la société et à la jurisprudence étant, pour le conseil de la

---

[179] G.MARTY et P.RAYNAUD, op.cit, p.218.

requérante, une façon de statuer par voie de disposition générale, une méthode qui doit être censurée par la Haute Cour"[180].

A coté de ces obstacles juridiques (article 1351 et 5 du code civil français) la force de la jurisprudence se heurte à des inconvénients qui sont ceux des règles extra-légales.

I. Les inconvénients de la jurisprudence.

La jurisprudence ne peut pas avoir une valeur équivalente à celle de la loi compte tenu des inconvénients qu'elle présente. Il s'agit de la lenteur de sa formation, de ses incertitudes ainsi que de l'insécurité liée aux revirements de jurisprudence.

a) La lenteur de sa formation.

Etant donné que la règle de droit peut être susceptible de plusieurs interprétations, la jurisprudence est souvent divisée[181]. Dès lors, pour que s'établisse une série de décisions concordantes, il est nécessaire que la question controversée soit soumise à l'examen de la Cour de cassation. Or, l'intervention de cette dernière exige souvent du temps en raison de l'appel qui peut être organisé et de la lenteur de la justice elle-même.

Il arrive également, quelques fois, que des juridictions du fond ne s'inclinent pas spontanément devant le point de vue de la juridiction suprême. Dans ce cas, on doit recourir à l'assemblée plénière dont l'intervention exige également du temps[182].

---

[180] Cour Suprême, R.C.C 6064, Bujumbura, 15/3/1993.
[181] B.STARCK, op.cit, p.345.
[182] idem, p.345.

Enfin, il arrive que la jurisprudence encrée dans les habitudes tarde parfois à s'adapter à l'évolution des réalités socio-économiques ou à assimiler les effets d'une réforme législative[183].

La jurisprudence ne peut donc pas avoir la valeur d'une loi étant donné que contrairement à cette dernière sa formation exige beaucoup de temps et même souvent des années.

b) <u>Les incertitudes de la jurisprudence.</u>

En deuxième lieu, on reproche à la jurisprudence l'incertitude qui lui est inhérente.

En effet, étant donné que les juges du fond sont confrontés à des situations de fait, il est souvent difficile de connaître la portée exacte de la solution retenue. Autrement dit, il n'est pas toujours aisé de relever le principe ainsi dégagé (dans un jugement) et qui peut servir de solution aux cas semblables. Dans ce cas, on est obligé de recourir à des interprétation (du précédent) qui peuvent, parfois, se révéler plus délicates que celles d'une loi[184].

Cette interprétation peut se révéler encore plus délicate dans les pays qui ne disposent pas de revues nationales de jurisprudence. En effet, ces dernières peuvent servir à établir une distinction entre arrêts qui méritent de faire jurisprudence et ceux qui ne le méritent pas.

---

[183] G. MARTY et P.RAYNAUD, <u>op.cit</u>, p.219.
[184] B. STARCK, <u>op.cit</u>, p.345.

Il en est ainsi en Turquie où la publication d'arrêts choisis doit aider à faire comprendre aux juristes le droit nouveau[185]. Il en est également, de façon plus discrète, en France où la Cour de Cassation n'attache d'autorité qu'aux arrêts dont elle-même a décidé la publication[186]. C'est le même cas en Allemagne où seules sont publiés les arrêts de principe de la Cour de Justice Administrative[187].

c) L'insécurité de la jurisprudence.

En troisième lieu, on peut inscrire à charge de la jurisprudence le grief provoqué par les revirements de jurisprudence. Ces derniers bouleversent les prévisions des particuliers, lesquels avaient contracté sur la foi de la jurisprudence antérieure sans être informés de sa précarité. C'est ce que Jean-Luc AUBERT appelle la précarité naturelle de la jurisprudence[188]. Dès lors, ceux qui ont agi en se référant à l'interprétation précédente sont trompés. C'est ainsi que l'arrêt RCC 2/257/86 ayant décidé que les intérêts des D.I en matière délictuelle doivent commencer à courir à la date du jugement a été contrarié par l'arrêt RTC 4 fixant cette date au jour de l'assignation. Par conséquent, c'est l'arrêt RTC 4 qui devient à partir de ce moment applicable tandis que, du même coup, l'arrêt RCC 2/257/86 tombe caduc. Pourtant, ce dernier arrêt est invoqué par le défendeur.

..."Attendu que dans la présente cause, le conseil du défendeur invoque pour rétorquer à celui des requérants sur le point précis, l'arrêt RCC 2/257/86 du 20 novembre 1986 qui décide que le préjudice en matière délictuelle ne peut être déterminé d'une façon précise que le jour de la décision judiciaire, que c'est à la

---

[185] J.L. BERGEL, op.cit, p.50.
[186] B. STARCK, op.cit, p.339.
[187] R. DAVID, op.cit, p.333.
[188] J.L.AUBERT. Introduction au droit, op.cit., p.98.

date du jugement que les intérêts des D.I. commencent à courir, qu'il vaudrait quant à lui qu'il soit respecté et maintenu cette jurisprudence[189].

La Cour, pour justifier le revirement de jurisprudence, a répondu à ce moyen de défense:

..."Attendu néanmoins que la jurisprudence n'est pas figée, qu'elle évolue et peut être changée tant que l'intérêt de la justice le justifie et pour la sauvegarde des droits des individus;

Attendu que lorsqu'il y a accident il naît l'obligation de réparer le préjudice qui en résulte, que la décision judiciaire retarde seulement l'exécution d'une obligation à réparer"[190].

Certains auteurs rapprochent aux revirements jurisprudentiels le grief provoqué par la rétroactivité de la jurisprudence[191]. En effet, la jurisprudence nouvelle s'applique toujours dans tous les procès nouveaux, sans que l'on prenne en considération la date à laquelle les faits du procès se sont produits et quand bien même ces faits seraient antérieurs au changement de jurisprudence.

Toutefois, nous pensons avec F.TERRE que, plus que rétroactive, la jurisprudence est, dans certains cas, à l'image des lois interprétatives déclarative. En effet, lorsque le juge donne un sens à une règle, la jurisprudence formée fait corps avec celle-ci[192]. Par conséquent, cette règle est censée avoir toujours en cette signification. Au contraire, lorsque cette règle n'existe pas (loi muette) et

---

[189] RTC 4 précité.
[190] RTC 4 précité.
[191] J.CARBONNIER, op.cit, p.165.
[192] F.TERRE, op.cit, p.315.

que le juge ne doit interroger que sa conscience, la jurisprudence devient rétroactive sous toute sa forme.

Les articles 1351 et 5 du code civil français ainsi que les inconvénients de la jurisprudence constituent des obstacles au développement d'un droit d'origine jurisprudentielle. Toutefois, ces obstacles ne sont pas déterminants. En effet, ils ne font obstacle qu'aux décisions à portée générale et réglementaire ou à un système analogue à celui du précédent anglo-saxon.

Toute autre est la question de savoir si par l'autorité juridique qui s'attache à la solution dégagée ou à l'accumulation des décisions dans le même sens, il ne se crée pas de règles de droit jurisprudentielles.

§3. La jurisprudence est-elle créatrice de règles de droit?

Avant de répondre à cette question, il importe tout d'abord de définir une règle de droit et d'en préciser les caractères.

A. Définition d'une règle de droit.

Plusieurs auteurs ont tenté de définir la règle de droit. Toutefois, de ces diverses définitions nous nous en tenons à celle de Jean-Louis BERGEL parce qu'elle rassemble tous les aspects que recouvre cette notion.

D'après cet auteur, les règles de droit sont définies comme " des règles de conduite, régissant les rapports sociaux, sanctionnées par le Droit et qui ont un caractère permanent, général et abstrait[193].

[193] J.L. BERGEL, op.cit, p.45.

Il ressort de cette définition que la règle de droit est une règle de conduite, coercitive, permanente, générale et abstraite, obligatoire ou impérative.

a) La règle de droit est une règle de conduite: cela ressort du but poursuivi par la règle de droit à savoir de permettre la vie en société. Son intervention s'arrête ainsi à ce qui intéresse cette vie. Son but n'est pas de perfectionner les consciences individuelles sauf si une telle action peut être utile à la société.

b) La règle de droit est coercitive: La sanction est un caractère spécifique de la règle de droit. En effet, sans la contrainte, la règle de droit ne saurait atteindre son but de faire régner l'ordre dans la société. Une règle de droit ne saurait être efficace si elle pouvait être impunément violée. C'est ainsi que des sanctions civiles et pénales ont été prévues pour assurer le respect de ces règles.

c) La règle de droit est permanente: Cela veut dire que la règle de droit s'applique à tous ceux qui en remplissent les conditions dès son entrée en vigueur jusqu'à son abrogation[194].

d) La règle de droit est générale et abstraite: C'est-à-dire que la règle de droit vise toute une catégorie de personnes placée dans les conditions établies pour son application et définies de manière abstraite[195]. Elle s'adresse à tous les citoyens ou à des catégories assez larges d'entre eux pour satisfaire son objectif d'harmonisation des relations sociales. Une réserve concerne les décisions à portée individuelle telles que les lois de nomination, d'octroi de nationalité, etc.

---

[194] J.L.BERGEL, op.cit, p.45.
[195] G. MARTY et P.RAYNAUD, op.cit, p.56.

e) La règle de droit est obligatoire ou impérative: Cela implique que la règle de droit s'impose à tous ceux qui sont sous la situation qu'elle réglemente[196]. Certes, il existe des degrés dans le caractère obligatoire des règles juridiques. Ainsi distingue-t-on les règles impératives qui s'imposent de façon absolue et les règles supplétives qui ne donnent une solution que dans le cas où les intéressés n'auraient convenu rien d'autre.

B. La jurisprudence est créatrice de règles de droit.

A l'analyse des principaux traits caractéristiques d'une règle de droit ci-dessus dégagés, on constate que tout jugement est une règle juridique individuelle[197]. C'est du reste ce qui se déduit de l'effet relatif de la chose jugée.

Toutefois, au delà de l'intérêt qu'elle présente pour les parties, la décision judiciaire a un intérêt pour tous. En effet, lorsque le juge est privé du secours d'un texte, il doit rechercher par lui-même la solution appropriée ou statuer en équité. Sans doute, même dans ce cas, le dispositif de la décision ainsi prise ne vaut que pour le cas particulier. Mais le principe de solution construit par le juge dépasse ce cas et conduit logiquement à la création jurisprudentielle des règles susceptibles de généralisation[198]. Par la suite, si un cas analogue se présente à nouveau, on aura la ressource de se reporter à ce principe pour juger dans le même sens. On dit alors qu'il y a un "précédent". Les autres cours et tribunaux auront généralement à s'aligner sur cette opinion indépendamment de toute injonction formelle. C'est en ce sens que l'on peut dire que la jurisprudence est créatrice de règles de droit, mais d'une nature tout à fait différente de la loi et de la coutume compte tenu des inconvénients qu'elles renferment.

---

[196] (H.L.J.) MAZEAUD, Leçons de droit civil. VI, Introduction à l'étude du droit, Editions Montchrestien, 158-160, rue Saint-Jacques, 75005, Paris, 1980, p.105.

[197] R.LEGEAIS, Droit Civil, Tome I, Introduction, Les personnes, Familles, Editions Cujas, 19, Rue Cujas, 1980, p.92.

[198] G.MARTY et . RAYNAUD, op.cit, p.2218.

Au Burundi, la valeur de la jurisprudence a été contestée par un justiciable si bien que ce dernier a fait valoir en cassation que la référence à la jurisprudence constitue une atteinte au principe interdisant le juge de disposer par la voie de disposition générale. Etant donné que la loi est muette à ce sujet, le juge suprême a rappelé dans un arrêt de principe la valeur qu'il faut attribuer à la jurisprudence.

..."Qu'il n'y a donc pas de base légale à la décision du juge, la seule référence à la réalité et à la jurisprudence étant pour le conseil de la requérante une façon de statuer par voie de disposition générale, une méthode qui doit être censurée par la Haute Cour;

Attendu que le même grief revient au quatrième moyen et qu'il sied d'y réserver une réponse unique;

Attendu que la référence à la jurisprudence des cours et tribunaux, loin d'être une méthode répréhensible, est unificatrice du droit;

Attendu que la jurisprudence est connue comme une source de droit, ..."[199].

La jurisprudence constitue donc au Burundi une source de droit. C'est ainsi qu'il n'est pas rare qu'un juge motive sa décision par référence, soit à "la jurisprudence de la Cour Suprême" (un seul arrêt de la Cour Suprême pouvant faire jurisprudence), soit à "la jurisprudence dominante" ou à "la jurisprudence de nos cours et tribunaux". De la même manière l'existence d'une jurisprudence peut être soulevée par le justiciable.

[199] R.C.C 6084 précité.

Les références à la jurisprudence des arrêts suivants prouvent qu'au Burundi la jurisprudence est en fait une source du droit d'une force incontestable.

..."Attendu que s'agissant du troisième moyen le défenseur soutient que le juge d'appel a condamné la demanderesse à réparer le préjudice causé au défendeur par la faute de son assuré et que pour ce qui est de la motivation erronée le juge d'appel a justifié sa décision sur base d'une jurisprudence qui est l'arrêt RTC 4 rendu le 23 juillet 1987 par la Cour Suprême siégeant toutes chambres réunies et que son autorité n'est plus remise en cause"[200].

..."Attendu que dans ce genre d'indemnisation (D.I matériels et moraux), la doctrine et la jurisprudence dominante admettent que le juge du fond n'est pas tenu de détailler ses calculs étant en la matière souverain pour apprécier le montant des D.I."[201].

..."Attendu qu'en estimant à 4 millions le seul préjudice physique et moral, en l'absence du dommage économique, l'arrêt querellé ne s'est pas conformé à la jurisprudence de nos cours et tribunaux qui accordent à plus d'un million de FBU de dédommagement moral aux cas extrêmes de mort de la victime"[202].

Il importe de signaler que la valeur de la jurisprudence oppose les pays de la famille romano-germanique aux pays de la Common-Law.

[200] Cour Suprême, R.C.C 7887, Bujumbura, 30/4/1998.
[201] Cour Suprême, R.C.C 7794, Bujumbura 18/10/1996
[202] R.C.C 7794 précité

1)Dans les pays de la famille romano-germanique (au modèle français) le précédent à une valeur indicative plutôt qu'impérative[203]. Une juridiction n'est pas liée par les précédentes décisions rendues par les juridictions qui lui sont supérieures ni par ses propres décisions. Des revirements de jurisprudence sont dès lors possibles et surviennent de temps à l'autre. Il se déduit de cette situation plusieurs conséquences dont les plus importantes sont les suivantes[204].

Premièrement, le moyen pris de la violation de la jurisprudence ne peut à lui seul donner ouverture à cassation.

Deuxièmement, la simple référence à la jurisprudence de la Cour Suprême ne peut constituer un motif de nature à donner une base légale à une décision.

Troisièmement, l'erreur sur la jurisprudence n'est pas une erreur de droit substantielle susceptible d'annuler un acte juridique.

Quatrièmement, le principe de la non-rétroactivité des règles de droit ne peut jouer à l'égard des solutions données par les tribunaux.

Cinquièmement, un jugement n'est pas suffisamment motivé lorsqu'il donne comme seul motif la simple référence à une jurisprudence.

Sixièmement et enfin, tous les précédents n'ont pas la même valeur et des degrés peuvent être observés entre eux suivant trois principaux critères. Il s'agit du critère de date, du critère de hiérarchie et du critère de conviction.

---

[203] M.DE JUGLART, op.cit, p.62
[204] G.GIUDICELLI DELAGE, op.cit, p.50.
J. CARBONNIER, op.cit, p.239.
(H.L.J.) MAZEAUD, op.cit, p.140.

Conformément au premier critère, une préférence est donnée à la jurisprudence la plus récente. En conséquence, entre deux arrêts contraires émanant d'une même juridiction, c'est le plus récent qui l'emporte[205].

Quant au second critère, qui correspond par ailleurs à la hiérarchie des tribunaux, le maximum de crédit se trouvera au sommet dans les arrêts de l'assemblée plénière de la cour de cassation.

Concernant le troisième critère, la force de la jurisprudence dépend du degré de conviction. Ainsi, il revient au juge du fond de convaincre les parties qu'il a choisi la bonne justice. Quant au juge suprême, il doit convaincre de la justesse de ses solutions pour leur donner force de persuasion.

2)Les pays de la Common-Law dont le droit anglais est le modèle sont essentiellement des droits jurisprudentiels. La loi n'apparaît en Angleterre que comme une source secondaire du droit, "se bornant à apporter une série d'errata et d'addenda au corps principal du droit anglais, constitué par le droit jurisprudentiel"[206]. Par contre, la jurisprudence est la source principale du droit. Les tribunaux sont donc liés par les décisions rendues dans les affaires semblables par eux-mêmes ou par les juridictions de rang supérieur[207]. C'est le règne de la valeur obligatoire du précédent judiciaire.

Toutefois, la valeur obligatoire des précédents judiciaires dans le système de la Common-Law connaît des atténuations dont les plus importantes sont les suivantes.

[205] J.CARBONNIER, op.cit, p.420.
[206] R.DAVID, op.cit, p.136.
[207] F.TERRE, op.cit, p.214.

Premièrement, une règle posée dans une décision antérieure ne peut lier le juge que si elle se rapporte à des faits analogues. Le juge pouvant dès lors l'écarter par l'effet de distinction[208].

Deuxièmement, même si les faits peuvent être considérés comme semblables, le juge peut estimer qu'il n'est pas lié par un précédent issu d'une décision antérieure si celle-ci n'en constitue pas le motif déterminant, c'est-à-dire la ratio decidendi. Le motif pouvant être superflu (obiter dictum), figurer dans une opinion dissidente (dissenting opinion) ou énoncer une règle dont la portée dépasse le cadre de l'affaire à juger[209].

Troisièmement et enfin, les décisions des juridictions inférieures ne constituent jamais des précédents dans les pays de la Common-Law.

En définitive, nous pouvons conclure qu'indépendamment des systèmes juridiques et des auteurs, le rôle créateur du juge est indéniable. Le passage de Marc SOMERHAUSEN le prouve clairement: "La jurisprudence est le supplément de la loi; en fait, la jurisprudence a plus d'autorité que la loi. La jurisprudence est imparfaite mais progressive. Après de longues fluctuations, elle aboutit à la vérité"[210].

C'est pour cela qu'on doit à la jurisprudence de nombreuses créations (le principe de l'enrichissement sans cause, le régime du contrat d'assurance, le droit de la responsabilité administrative,...)[211].

---

[208] M. FROMONT, Les grands systèmes de droit contemporain, Dalloz, 11, Rue Soufflot, Paris, 1987, p.45.
[209] R.DAVID, op.cit, p.348.
[210] M. SOMERHAUSEN, La motivation et la mission normative du juge in Motivation des décisions de justice, Etudes publiées par CH.PERELMAN et F.FAURIERS, Etablissement Emile Bruylant, Rue de la Régence 67, 1978, p.23.
[211] J.L. AUBERT, Introduction au droit, op.cit, p.160.

Corrélativement, la jurisprudence peut avoir une fonction d'incitation législative[212]. En effet, la fonction de juger fournit l'occasion de percevoir des défaillances, les insuffisances et les incohérences de l'ordre juridique légal et réglementaire. Dès lors, par ses décisions, le juge peut attirer l'attention du législateur sur la nécessité de réglementer tel ou tel domaine. D'où l'importance d'instaurer des mécanismes permanents de collaboration entre le législateur et le juge afin de permettre au premier de bénéficier de l'expérience du second. En outre, une importance particulière doit être donnée dans le même sens, aux revues nationales de jurisprudence. En effet, celles-ci permettent au législateur de connaître la jurisprudence existante et ainsi de pouvoir la consacrer par des règles légales. Or, le Burundi ne connaît ni ces mécanismes de collaboration, ni les revues de jurisprudence, ce qui prouve le peu d'intérêt attaché à la jurisprudence nationale.

[212] J.L.AUBERT, Introduction au droit, op.cit, p.206.

CONCLUSION GENERALE.

Au terme de notre travail, nous tenons à souligner les grandes questions qui ont particulièrement attiré notre attention au cours de son développement.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, nous nous sommes penchés sur l'étude du pouvoir du juge en général. Cette étude nous a permis de constater, par une analyse comparative (le système français et le système burundais), que jadis, le problème commun était la confusion du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire. Actuellement, le problème se présente sous un autre aspect; la magistrature n'est pas indépendante surtout vis-à-vis du pouvoir exécutif (nomination, signalement, promotion, révocation,...; des magistrats par l'exécutif). C'est pour cela qu'en France, on ne parle pas de pouvoir judiciaire mais d'autorité judiciaire. Au Burundi, à côté d'un C.S.M qui n'est pas indépendant, le juge burundais n'est pas protégé par la garantie d'inamovibilité. Ce qui fait qu'on n'a aucun espoir à avoir une magistrature indépendante. Il faudrait ainsi que le législateur modifie les règles relatives à la nomination, à la composition et aux attributions du C.S.M en vue d'accorder à cet organe un statut favorisant son indépendance. En outre, il faudrait doter le juge burundais de la garantie d'inamovibilité qui constitue à son tour une garantie pour l'indépendance du magistrat. Et qui plus est, le magistrat ne peut pas accomplir valablement sa mission s'il n'est pas indépendant.

Corrélativement à cette situation de l'organe judiciaire, la portée de son pouvoir est un problème qui intrigue beaucoup de penseurs et cela constitue un vieux problème[213]. Si les auteurs classiques considèrent le juge comme la

[213] M. SOMERHAUSEN, La motivation et la mission normative du juge in La motivation des décisions de justice, op.cit, p.23.

bouche du législateur, les auteurs modernes reconnaissent au juge le pouvoir de créer librement la solution appropriée en cas de lacunes de la loi.

La lacune de la loi peut se présenter sous plusieurs aspects (lacunes véritables, lacunes non véritables, lacunes intentionnelles, lacunes non intentionnelles,...) mais l'obligation reste pour le juge de pouvoir les combler tous sans même qu'il ait besoin de qualifier la lacune en question (article 117 du C.P.C. burundais, article 4 du code civil français). Les systèmes juridiques et les auteurs reconnaissent le problème des lacunes de la loi et y réservent des solutions différentes.

Le Droit français reconnaît implicitement l'existence des lacunes de la loi en son article 4 du code civil qui énonce l'obligation faite au juge de statuer sans pouvoir arguer du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. A propos des directives à suivre en cas de lacunes de la loi, le code reste muet mais est comblé par le recours aux travaux préparatoires. A la période révolutionnaire, l'article 12 titre II de la loi des 16-24 août 1790 prévoyait le recours au législateur en cas de lacunes de la loi par intermédiaire du référé législatif. C'est la suppression de cet article qui est la base de l'élaboration de l'article 4 du code civil français tel que complété par l'article 5 du même code.

Au Burundi, l'obligation faite au juge de statuer même en cas de lacunes de la loi ressort de l'article 117 du C.P.C. Quant à l'article premier du préliminaire du code civil burundais, il fixe des directives que le juge doit suivre en cas de lacunes de la loi. En cela, le code civil burundais se distingue du code civil suisse de 1907 en son article premier accordant au juge le droit de faire acte de législateur en cas de lacunes de la loi. Du reste, l'article premier du préliminaire du code civil burundais s'applique seulement en matière civile, en matière pénale et fiscale la légalité est en principe de rigueur.

La doctrine quant à elle prévoit deux techniques différentes et complémentaires pour combler les lacunes de la loi.

La doctrine classique qui a dominé tout le 19è siècle avec l'élaboration du Code Napoléon présente l'œuvre humaine comme une œuvre parfaite. Toutefois, cette doctrine, représentée par l'école de l'exégèse, a prévu des techniques pour combler les lacunes de la loi mais uniquement par la seule référence aux textes, l'intention du législateur devant être recherchée et retrouvée dans tous les cas. L'école de l'exégèse a été incapable de résoudre tous les cas susceptibles de se présenter au juge. C'est pour cela qu'elle a été complétée par l'école de la libre recherche scientifique.

La technique de la libre recherche scientifique initié par F.GENY présente la loi comme une œuvre humaine et partant imparfaite. Dès lors, cette méthode permet au juge d'élaborer librement la solution appropriée, en cas de lacunes de la loi. Il sera dans ce cas guidé par des données utilitaires, rationnelles, historiques et sentimentales d'où peut naître une règle.

Comme on peut le constater, la lacune de la loi est une occasion pour le juge de créer librement la solution appropriée et pour cela il y a risque d'arbitraire. Par conséquent, il existe une procédure permettant le contrôle du respect de la légalité par le juge du fond. C'est l'organisation du pourvoi en cassation telle que prévue et réglementée par le D-L no 1/51 du 23 juillet 1980 relatif au pourvoi en cassation et à la procédure suivie devant la chambre de cassation de la cour suprême. Ce pourvoi permet en outre de contrôler l'interprétation des cours et tribunaux et de réaliser ainsi l'unité de la jurisprudence.

La jurisprudence qui évoque en soi l'ensemble des décisions de justice se forme par l'intermédiaire des motifs, des précédents et de la hiérarchie.

Concernant la nature de la jurisprudence nous avons constaté qu'indépendamment des controverses doctrinales, elle varie d'une famille juridique à une autre et oppose les pays de la famille romano-germanique et les pays de la Common-Law.

Dans les pays de la famille romano-germanique, la jurisprudence constitue une source de droit mais dont la force est limitée par l'effet relatif de la chose jugée, l'interdiction des arrêts de règlement et d'autres inconvénients qui sont ceux des sources extra-légales. Dès lors, la jurisprudence constitue un mode de référence plutôt qu'une règle générale et impérative.

Dans les pays de la Common-Law, la jurisprudence constitue une règle de droit avec tous les caractères de cette dernière. Toutefois, le caractère obligatoire de la jurisprudence ne concerne que les décisions du juge de même rang ou de rang supérieur relativement à la juridiction saisie.

Au Burundi, en particulier, nous avons constaté que bien que faisant partie de la famille romano-germanique, la jurisprudence est une source de droit qu'on peut, en pratique, comparer à la loi surtout dans certains domaines comme la responsabilité civile (voir caractère contraignant des arrêts de principe de la Cour Suprême).

Toutefois, nous déplorons le peu d'intérêt qu'on attache aux revues de jurisprudence et aux mécanismes de collaboration du législateur et du juge. Nous avons ainsi attiré l'attention du législateur sur l'urgence de reconsidérer la fonction jurisprudentielle.

BIBLIOGRAPHIE.

I. Recueils de textes législatifs et réglementaires.

1. BELLON (R.) et DELFOSSE (P.), Codes et Lois du Burundi, Maison Ferdinand Larcier, Rue des Minimes, 39, Bruxelles, 1970, 1092 p.
2. Loi no 1/1004 du 14/1/1987 portant réforme du code de l'organisaton et de la compétence judiciaires in B.O.B n0 4/87.
3. D-L no 1/23 du 1/4/1970 portant statut des magistrats de la République du Burundi in B.O.B no 5/70.
4. D-L no 1/18 du 17/4/1980 portant création et organisation de la cour de Sûreté de l'Etat in B.O.B no 6/80.
5. D-L no 1/51 du 23/7/1980 relatif au pourvoi en cassation et à la procédure suivie devant la chambre de cassation de la Cour Suprême in B.O.B no 10/80.
6. D-L no 1/31 du 4/11/ 1991 portant abrogation du D-L no 1/18 du 17/4/1980 portant création et organisation de la Cour de Sûreté de l'Etat in B.O.B no 3/92.
7. D-L no 1/008 du 8/6/1998 portant promulgation de l'Acte Constitutionnel de Transition de la République du burundi in B.O.B no 7/98.
8. D. no 100/123 du 12/9/1979 portant modification du statut des magistrats in B.O.B no 11/79.

II. Ouvrages généraux.

1. Les Novelles, Procédure civile, Tome I, Maison Ferdinand Larcier, 26-28, Rue des Minimes, Bruxelles, 1958.
2. Nouveau Répertoire de Droit, Tome I, Dalloz, 31-35, Rue Froideveaux, 75685 Paris, 1980.
3. Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique publié sous la direction de Gérard CORNU, 6è éd., P.U.F, 108, Boulevard Saint-Germain, Paris 1987.

III. Ouvrages spéciaux.

1. AUBERT (J.L), Introduction au Droit, P.U.F, 108, Boulevard Saint-Germain, Paris, 1978, 127 pp.
2. AUBERT (J.L), Introduction au Droit et thèmes fondamentaux du Droit Civil, 3ème éd; Editions Armand Colin, 103, Boulevard Saint-Michel, Paris-Vè, 1988, 274 pp.
3. AUBRY et RAU, Droit Civil français, Tome I, 7è éd., Librairie Techniques, 24, Place Dauphine, Paris, 1964, 512 pp.
4. BELAID (S), Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, L.G.D.J, 20, Rue Soufflot, Paris, 1974, 355 pp.
5. BERGEL (J.L), Méthodes du Droit, Théorie Générale du Droit, 2è éd., Dalloz, 11, Rue Soufflot, 75240 Paris, 1989, 342 pp.
6. CARBONNIER (J.), Droit Civil, Introduction, PUF, 17è éd., 108, Boulevard Saint-Germain, Paris, 1988, 335 pp.
7. CHEVALLIER (J.) et EACH (L.), Droit Civil, Introduction à l'étude du Droit, Les personnes physiques, les biens, les obligations, les sûretés; Editions Sirey, 22, Rue Soufflot, Paris, 1981, 546 pp.

8. D'AMBRA (D.), L'objet de la fonction juridictionnelle; dire le droit et trancher les litiges, L.G.D.J, 20, Rue Soufflot, Paris, 1987, 367 pp.

9. DAVID (R.), Les systèmes de droit contemporains, Le Droit français, Tome II, L.G.D.J, 11 Rue Soufflot, Paris, 1977, 346 pp.

10. DE JUGLART (M), Cours de Droit Civil, Tome I, premier volume, Introduction, Personnes-Famille, 2è éd., Editions Monchrestien, 158-160, Rue Saint Jacques, Paris, Vè, 1980, 615 pp.

11. DE KERCHOVE (M.V.), Interprétation en Droit, Approche pluridisciplinaire, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 43, Boulevard du Jardin Botanique, Bruxelles, 1978, 579 pp.

12. DE MALBERG (C.), Théorie Générale de l'Etat, Volume I, Sirey, 22, Rue Soufflot, Paris, 1970, 463 pp.

13. DIDIER (J.), L'indépendance des magistrats selon la chambre criminelle de la Cour de Cassation, Dalloz, 31-35, Rue Froideveaux, Paris, 1983, 342 pp.

14. DUVERGER (M.), Institutions politiques et Droit Constitutionnel, P.U.F, 108, Boulevard Saint Germain, Paris, 1965, 246 pp.

15. FAUCHERE (J.), Droit Civil, Introduction à l'étude du Droit Privé, Droit des personnes, les biens, les contrats, la responsabilité délictuelle, les Cours de Droits, 158, Rue Saint-Jacques, Paris-Vè, 1980, 492 pp.

16. FROMONT (M.), Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 11, Rue Soufflot, Paris, 1987, 85 pp.

17. GENY (F), Méthodes d'interprétation et sources du Droit Privé Positif, Tome II, L.G.D.J, 20, Rue Soufflot, Paris, 1954, 422 pp.

18.GILISSEN (J.), Introduction historique au Droit, Bruylant, 67, Rue de la Régence, Bruxelles, 1979, 755 pp.

19.KAMTO (M.), Pouvoir et Droit en Afrique noire, Tome XIII, L.G.D.J, 20, Rue Soufflot, Paris, 1987, 346 pp.

20.LEGEAIS (R.), Droit Civil, Tome II, Introduction, les personnes-Famille, Editions Cujas, 19, Rue Cujas, Paris, 1980, 507 pp.

21.MARTY (G.), et RAYNAUD (P.), Droit Civil, Tome I, Introduction générale à l'étude du Droit, 2è éd., Editions Sirey, 22, Rue Soufflot, Paris-Vè, 1972, 532 pp.

22.MAURIOU (M.), Précis de Droit Constitutionnel, 2è éd., Librairie du Recueil Sirey, 22, Rue Soufflot, Paris, 1979, 248 pp.

23.MAURY (J.), Droit Comparé, Théorie générale du Droit et Droit Privé, Dalloz, 11, Rue Soufflot, Paris, 1960, 596 pp.

24.MAZEAUD (H;L;J.), Leçons de Droit Civil, Introduction à l'étude du Droit, Tome I, Editons Monchrestien, 158-160, Rue Saint-Jacques, Paris, 1996, 458 pp.

25.PERELMAN (C.), Le problème des lacunes en droit, Etudes publiées par C. PERELMAN, Bruylant, 67, Rue de la Régence, Bruxelles, 1968, 554 pp.

26.PERROT (R.), Cours d'institutions judiciaires. Les cours de Droit, 158, Rue Saint-Jacques, Paris, 1972, 410 pp.

27.RIGAUX (F.), La nature du contrôle de la cour de cassation, Ets Emile Bruylant, 67, Rue de la Régence, Bruxelles, 1966, 465 pp.

28.RIPERT (G.), Les forces créatrices du Droit, L.G.D.J, 11, Rue Soufflot, Paris, 1955, 431 pp.

29.ROLAND (H.) et BOYER (L.), Introduction au Droit, 3è éd., Editions Cujas, 24, Place Dauphine, Paris, 1991-1992, 667 pp.

30.RUBBENS (A.), Le Droit judiciaire zaïrois, Tome II, Presses universitaires du Zaïre, 1978, 340 pp.

31. VEDEL (G.), Droit constitutionnel, P.U.F, 108, Boulevard Saint-Germain, Paris, 1951, 964 pp.

32. VEDEL (G.), Droit Administratif, P.U.F, Boulevard saint-Germain, 108, Paris, 1988, 1206 pp.

33. VILLARD (P.), Histoire des Institutions Publiques de la France (de 1789 à nos jours), Dalloz, 11, Rue Soufflot, Paris, 1980, 178 pp.

34. VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), Procédure civile, 24è éd., Editions Dalloz, 31-35, Rue Froideveaux, Paris, 1996, 1046 pp.

35. VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.) et VARINARD (A.), La justice et ses institutions, 4è éd., Editions Dalloz, 31-35, Rue Froideveaux, Paris, 1996, 1002 pp.

36. WELL (M.) et TERRE (F), Droit civil, Introduction Générale, Dalloz, 11, Rue Soufflot, Paris, 1989, 563 pp.

IV. Bulletins, revues, articles et documents divers.

1. B.O.B, Bujumbura, Ministère de la Justice (no 5/70, n0 11/79, no 6/80, no 10/80, no 4/87, no 3/92, no 7/98).

2. DEVAUX (V.), Dans le droit de l'ancien Congo-Belge in Le problème des lacunes en droit, Etudes publiées par CH. PERELMAN, établissement Emile Bruylant, 67, Rue de la Régence, Bruxelles, 1969.

3. FAURIERS (P.), Les lacunes en droit in Le problème des lacunes en droit, Etudes publiées par CH. PERELMAN, établissement Emile Bruylant, 67, Rue de la Régence, Bruxelles, 1969.

4. HUBERLANT (CH.), Les mécanismes institués in Le problème des lacunes en droit, Etudes publiées par CH. PERELMAN, établissement Emile Bruylant, 67, Rue de la Régence, Bruxelles, 1969.

5. SOMERHAUSEN (M.), La motivation et la mission normative du juge in Motivation des décisions de justice, Etudes publiées par CH. PERELMAN et P.FAURIERS, Etablissement Emile Bruylant, 67, Rue de la Régence, 1978.

6. Revue juridique du Burundi publié par le Département des Affaires Juridiques et du Contentieux, Ministère de la Justice, Bujumbura, décembre 1992.

7. Rapport du Séminaire de Formation aux droits de l'homme et au rôle du pouvoir judiciaire dans une société démocratique, organisé par le C.N.U.D.H et le Gouvernement du Burundi, Bujumbura, 14-18 novembre 1994.

V. Mémoires et notes de cours.

1. KALERA (M), Le pourvoi en cassation en droit burundais, commentaire du D-L no 1/51 du 23 juillet 1980, mémoire, U.B., Faculté de Droit, Bujumbura, 1982, 77 pp.

2. NDIKUMASABO (V.), La cassation en Droit judiciaire burundais, mémoire, U.B., Faculté de Droit, Bujumbura, 1973, 77 pp.

3. NIZIGIYIMANA (S.), Le Conseil supérieur de la Magistrature sa nature juridique et son rôle en tant que garant de l'indépendance de la magistrature, mémoire, U.B, Faculté de Droit, Bujumbura, 1985, 72 pp.

4. NTAHOMVUKIYE (A), Le recrutement et l'organisation des carrières des magistrats, mémoire, U.B., Faculté de Droit, 1986, 120 pp.

5. SINDAYIGAYA (A.), L'organisation et le fonctionnement de la Cour Suprême du Burundi, mémoire, U.B., Faculté de Droit, Bujumbura, 1983, 104 pp.

6. KINT (R.), Cours de Droit Judiciaire du Burundi, Première Partie: Le pouvoir, l'organisation et la compétence judiciaire, Notes de cours, Bujumbura, U.B., Faculté de Droit, A/A 1980-1981.

7. NIMPAGARITSE (D.), Introduction générale au Droit, Notes de Cours, Bujumbura, U.B., Faculté de Droit, 1ère Candidature, A/A 1995-1996.

TABLE DES MATIERES.

Dédicace.....i
Remerciements.....ii
Abréviations et sigles.....iii
INTRODUCTION GENERALE.....1
CHAPITRE I: DU POUVOIR JUDICIAIRE EN GENERAL.....3
Section 1: Notion du pouvoir judiciaire.....3
§1. Définition du pouvoir judiciaire et ses diverses applications.....3
§2. Historique de l'organisation judiciaire.....5
A. En France.....5
1. Sous l'Ancien Régime.....5
2. L'Epoque Moderne.....6
B. Au Burundi.....7
1. La période précoloniale.....7
2. La période coloniale.....9
3. La période postcoloniale.....10
Section 2: La nature du pouvoir judiciaire.....12
§1. Indépendance de la magistrature.....12
A. Indépendance vis-à-vis du pouvoir judiciaire.....13
1. L'inamovibilité des magistrats du siège.....14
2. Le Conseil Supérieur de la Magistrature (C.S.M.).....17
B. Indépendance vis-à-vis du pouvoir législatif.....19
§2. Limites à l'indépendance de la magistrature.....20
A. Vis-à-vis du pouvoir exécutif.....20
a) La législation d'exception.....20
b) La libération conditionnelle.....20
c) Le droit de grâce.....21

d) Nomination, signalement, promotion et révocation des magistrats.....21
e) Les pouvoirs attribués au C.S.M.....22
f) Les moyens d'action.....22
B.Vis-à-vis du pouvoir législatif.....22
a) L'amnistie.....22
b) La grâce amnistiante.....23
c) Les lois interprétatives.....23
Section 3: Fondement du pouvoir judiciaire.....24
§1. La nécessité de règles obligatoires.....24
§2. La nécessité d'un pouvoir public pour sanctionner ces règles.....25
Section 4: Portée du pouvoir judiciaire.....26
§1. Doctrine classique.....27
A. Le rôle du juge.....27
B. Le rôle de la jurisprudence.....28
§2. Doctrine Moderne.....29
A. Le rôle du juge.....29
B. Le rôle de la jurisprudence.....30
C. Critiques.....31
CH.II: LE JUGE FACE A LA LACUNE DE LA LOI.....33
Section 1: Généralités sur les lacunes de la loi.....33
§1. Définition d'une lacune de la loi.....33
§2. Conditions d'existence d'une lacune.....34
A. La loi est incomplète.....34
B. La loi est muette.....35
§3. Différentes sortes de lacunes.....37
A. Lacunes véritables et lacunes non véritables.....37
B. Lacunes intentionnelles et lacunes non intentionnelles.....38
C. Lacunes primaires et lacunes secondaires.....38

D. Lacunes dans la loi et lacunes dans le droit.....38
E. Lacunes de conflits et lacunes techniques.....39
Section 2: Mécanismes d'application.....40
§1. Les systèmes juridiques.....40
A. Le système français.....41
1) Le principe de référé législatif.....42
a) Définition et cadre historique.....42
- Définition.....42
- Cadre historique.....42
b) La valeur du référé législatif.....44
- Avantage.....44
1. La portée de l'article 4 du code civil français.....45
2. La portée de l'article 5 du code civil français.....46
B. Le système judiciaire burundais.....47
1. La portée de l'article 117 du C.P.C. burundais.....47
2. La portée de l'article 1er du préliminaire du Code Civil français.....48
§2. La position de la doctrine.....52
A. La technique de l'exégèse.....52
1. Les procédés de la logique.....53
2. D'autres principes d'interprétation.....55
3. Critiques de l'exégèse.....56
B. La technique de la libre recherche scientifique.....57
Section 3: L'organisation du pourvoi en cassation.....60
§1. Définition du pourvoi en cassation.....60
§2. Les causes d'ouverture en cassation.....60
A. La méconnaissance de la loi ou interprétation erronée de la loi.....61
B. Violation de formes substantielles ou prescrits à peine de nullité.....61
C. L'excès du pouvoir.....62

§3. Le but de l'organisation du pouvoir en cassation.....62
A. Le contrôle de la bonne application de la loi
et l'unité de la jurisprudence.....63
B. Le contrôle des défaillances de la science
et de la conscience du magistrat.....63
C. L'intérêt du justiciable.....64
CH.III: L'ŒUVRE CREATRICE DE LA JURISPRUDENCE.....65
Section 1: Notion de jurisprudence.....65
Section 2: Formation de la jurisprudence.....67
§1. Les motifs.....68
§2. Les précédents.....70
§3. La hiérarchie.....73
A. L'appel.....74
B. Le pourvoi en cassation.....75
Section 3: La nature de la jurisprudence.....79
§1. Les barrières juridiques.....80
A. L'effet relatif de la chose jugée.....81
B. La prohibition des arrêts de règlement.....83
I. Les inconvénients de la jurisprudence.....84
a. La lenteur de sa formation.....84
b. Les incertitudes de la jurisprudence.....85
c. L'insécurité de la jurisprudence.....86
§3. La jurisprudence est-elle créatrice des règles de droit?.....88
A. Définition d'une règle de droit.....88
B. La jurisprudence est créatrice de règles de droit.....90
CONCLUSION GENERALE.....97
BIBLIOGRAPHIE.....101
TABLE DES MATIERES.....108