

avocats sans frontières

Etude de jurisprudence

L'APPLICATION DU STATUT DE ROME DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE PAR LES JURIDICTIONS DE LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

MARS 2009

avocats sans frontières

Avec le soutien de

USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE

ROYAUME DE BELGIQUE
Service public fédéral
Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement

Il va de soi que le contenu de ce rapport n'engage qu'Avocats Sans Frontières, et qu'il ne reflète pas nécessairement le point de vue du bailleur de fonds.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE 7

Introduction : Les fondements de l'application du Statut de Rome en RDC 13
1. La réception des traités dans l'ordre juridique congolais 14
2. L'application directe du Statut de Rome par les tribunaux nationaux 18
3. La hiérarchie des normes 20

CHAPITRE 1 LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ ET LES CRIMES DE GUERRE 25

1.1 Les crimes contre l'humanité 25
1.1.1 Définition des crimes contre l'humanité 26
A. Le Statut de la CPI 26
B. Le Code pénal militaire de la RDC 26
1.1.2. Les éléments constitutifs généraux 27
A. Le contexte : une « attaque généralisée ou systématique » 28
B. Lancée contre la population civile 34
C. La connaissance de cette attaque et l'intention d'y participer 36
1.1.3. Les crimes contre l'humanité par meurtre – éléments constitutifs 38
A. Le Statut de la CPI, les « Eléments des Crimes » et la jurisprudence des TPI 38
B. Le Code pénal militaire congolais 40
C. La jurisprudence des tribunaux congolais 40
1.1.4. Les crimes contre l'humanité par viol – éléments constitutifs 42
A. Le Statut de la CPI et les « Eléments des Crimes » 42
B. La jurisprudence des tribunaux congolais 44

1.2. Les crimes de guerre 48
1.2.1 Définition des crimes de guerre 48
A. Le Statut de la CPI 48
B. Le Code pénal militaire de la RDC 48
1.2.2. Les éléments constitutifs généraux 50
A. Le contexte : un conflit armé interne ou international 50
B. La connaissance de l'existence d'un conflit armé 59
C. Contre des personnes ou des biens protégés 60
1.2.3. Crimes de guerre par meurtre 64
1.2.4. Crimes de guerre par viol 68
1.2.5. Crime de guerre par recrutement d'enfants dans des forces ou groupes armés 70

CHAPITRE 2 RESPONSABILITÉ PÉNALE, CAUSES D'EXONÉRATION, ET CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES OU AGGRAVANTES 72

2.1. La responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques 72
2.1.1. Selon le Statut de Rome, la jurisprudence des TPI, et le Code pénal militaire congolais 72
A. Le Statut de Rome 72
B. La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux 74
C. Le Code pénal militaire congolais 75
2.1.2. La jurisprudence des juridictions militaires congolaises 76

2.2. Les motifs d'exonération de la responsabilité pénale 86
2.2.1. Selon les principes du droit pénal, du Statut de Rome et du Code pénal militaire congolais 86
A. Les principes de droit pénal 86
B. Le Statut de Rome 88
C. Le Code pénal militaire congolais 89
2.2.2. La jurisprudence militaire congolaise 90

2.3. Les circonstances atténuantes (causes d'excuse) ou aggravantes 93
2.3.1. Le Statut de Rome et la jurisprudence des TPI 93
2.3.2. Le droit pénal militaire 94
2.3.3. La jurisprudence militaire congolaise 94

CHAPITRE 3 LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ETAT 96

3.1. Selon le Statut de Rome, les normes internationales, et le droit congolais 96
3.1.1. Le Statut de Rome et les normes internationales 96
3.1.2. La législation congolaise : le Code civil 97

3.2. La jurisprudence des Cours et tribunaux militaires 98

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS GÉNÉRALES 106

REMERCIEMENTS 110

ANNEXE 1
PRÉSENTATION DES AFFAIRES ÉTUDIÉES (par ordre alphabétique) 111

ANNEXE 2
CONSTITUTIONS DE LA RDC (EXTRAITS) 125
Acte Constitutionnel de la transition (1994) 126
Décret loi de la RDC 28 mai 1997 126
Décret Loi 1998 127
Constitution de la transition de la République démocratique du Congo (2003) 129
Constitution de la République démocratique du Congo (février 2006 129

ANNEXE 3
STATUT DE ROME (EXTRAITS) 130

ANNEXE 4
Tableau récapitulatif des recommandations relatives
à l'application du Statut de Rome par les juridictions congolaises 138

avocats sans frontières Justice pour un monde équitable



MANDAT D'AVOCATS SANS FRONTIÈRES

Avocats Sans Frontières est une organisation non-gouvernementale internationale composée principalement d'avocats et de juristes mais aussi de toute autre personne intéressée, qui se donne pour mission de contribuer à la réalisation d'une société juste et équitable, dans laquelle le droit est au service des groupes et individu les plus vulnérables.

Au niveau local et international, Avocats Sans Frontières a pour objectifs :

• D'assurer une aide juridique efficace et effective pour les groupes les plus vulnérables au sein de la société et contribuer à la réalisation d'un système de droit qui est capable de protéger réellement ces groupes;

• De promouvoir le respect des droits fondamentaux, universels de l'homme et, en particulier, du droit à la défense et à un procès équitable;

• De promouvoir la responsabilité et « accountability » des acteurs publics notamment, mais aussi des acteurs privés, dans la sphère économique et sociale;

• De travailler à la réduction de la pauvreté par l'accès des populations à une justice sociale dans l'esprit d'une redistribution internationale des ressources et des compétences.

Pour plus d'information, veuillez consulter le site internet d'Avocats Sans Frontières www.asf.be

PRÉFACE

I. Contexte

A l'heure actuelle en République démocratique du Congo (RDC), pour tout contentieux relatif à des crimes dits internationaux (crime de guerre, crime contre l'humanité et crime de génocide), seuls les Tribunaux militaires de garnison (TMG), les Cours Militaires (CM) et la Haute Cour Militaire sont compétentes[1]. Même si le prévenu est civil, il sera jugé par les juridictions militaires.

Avant 2002, date où la RDC est devenue Partie au Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale (CPI), les juridictions militaires s'appuyaient uniquement sur les dispositions des articles du titre V du Code pénal militaire pour juger de tels crimes. Il aura fallu attendre 2006, pour que des magistrats congolais invoquent les dispositions du Statut de Rome dans leur jugement, comme les y invite le droit constitutionnel national qui prévoit que « *les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont* [...]*une autorité supérieure à celle des lois* [...][2] ». C'est ici l'occasion de se réjouir d'une telle avancée dans la pratique des juridictions internes, synonyme d'évolution positive de la jurisprudence en matière de crimes internationaux. A cet effet, on peut citer l'affaire *Songo Mboyo*, qui a permis aux juges d'adopter une vision progressiste du viol en tant que crime de guerre, par une interprétation plus large car étendue aux victimes hommes, que celle prévue par le droit congolais.

L'application directe d'un instrument international par des juges nationaux reste néanmoins source de défis, liés en ce qui concerne le Statut de Rome à la complexité du droit international pénal et à l'application malaisée de l'ensemble de son corpus de concepts et de règles au contexte si particulier de la RDC ; pays ravagé par plusieurs guerres successives où sont entrés en jeu une myriade de forces et groupes armés. Si nombre de décisions reflètent les efforts et le niveau remarquable de compréhension de la matière et de maîtrise de la jurisprudence des tribunaux internationaux *ad hoc*, l'on ne peut occulter certaines faiblesses liées :

- Aux irrégularités qui entachent le processus d'intégration du Traité dans l'ordre juridique interne et à l'absence d'une loi de mise en œuvre du Statut de Rome pour résoudre les problèmes de hiérarchie des normes en cas de conflits de lois. Ainsi,

1 Selon l'article 104 du Code de justice militaire, la compétence personnelle des juridictions militaires est déterminée par la qualité et le grade que porte le justiciable au moment de la commission des faits incriminés ou au moment de sa comparution. Si le prévenu est civil, il sera jugé par le TMG en première instance et par la CM en cas d'appel de la décision. Si le prévenu est un militaire, il sera justiciable suivant le même schéma que précédemment, à moins qu'il n'ait un certain grade. Dans cette hypothèse, la CM ou la Haute Cour militaire sont compétentes en première instance. Pour le détail des règles de compétences des juridictions militaires liées au grade, voir les articles 120 à 122 du Code de justice militaire.

2 Article 215 de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, *Journal Officiel* numéro spécial du 18 février 2006 (« Constitution de 2006 »).

en matière d'incriminations, il existe de nombreuses disparités entre les crimes de guerre et crimes contre l'humanité définis par le Statut et ceux contenus dans le droit pénal militaire congolais.

- A l'exposé lacunaire des raisonnements des magistrats dans les jugements. Peu de décisions font montre d'une motivation juridique suffisante au regard de la gravité des crimes commis. Le plus souvent, les magistrats omettent de transposer les éléments constitutifs des incriminations aux faits de l'espèce, lorsqu'ils ne font pas complètement l'impasse sur les critères constitutifs du crime.

- Au problème du défaut de confrontation des éléments de preuve aux faits sous examen. En réalité, les tribunaux et Cours négligent d'analyser chaque pièce à conviction afin d'en juger de sa valeur probante. Parallèlement, ils oublient de présenter les preuves qui ont été utiles pour fonder leur décision. Qu'il s'agisse par exemple d'un meurtre constitutif d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, peu de jugements identifient formellement les éléments de preuves retenus pour établir le décès, rechercher ses causes, et identifier l'auteur des faits.

L'absence d'une loi de mise en œuvre du Statut de Rome visant à harmoniser les dispositions nationales et internationales, le manque de qualification et d'indépendance des acteurs judiciaires sur une matière aussi complexe que le droit international pénal et le manque de ressources tant matérielles, financières, qu'humaines pour conduire à bien des procédures complexes, sont autant de facteurs responsables de ces écueils.

Ces faiblesses constituent de réels obstacles à la bonne application des dispositions du Statut de Rome par ces magistrats militaires congolais, qui doivent, au vu des décisions examinées au cours de la présente étude, être encouragés dans leurs efforts menés dans la lutte contre l'impunité et aidés pour que celle-ci soit efficacement menée, grâce à la mise en œuvre de solutions adaptées à la hauteur du combat.

Afin de remédier à ces difficultés il est indispensable qu'un certain nombre de mesures concrètes soient prises, telles que l'adoption d'une loi de mise en œuvre du Statut de Rome, le transfert aux juridictions civiles du contentieux en matière de crimes internationaux[3], la formation et l'octroi de ressources adéquates aux magistrats. Ces mesures devraient être prises dans les plus brefs délais, grâce à l'appui des autorités congolaises ainsi que de la communauté internationale.

3 Ce transfert de compétence est prévu tant dans le projet de loi de 2005 que dans la proposition de loi de mars 2008.

II. Objectif de l'étude :

Avocats Sans Frontières a décidé de mener cette étude de jurisprudence afin de (d'):

- identifier les défis et problèmes auxquels sont confrontés les magistrats dans l'exercice de leur fonction de juges du contentieux relatif aux crimes internationaux ;

- fournir une analyse détaillée des lois et de la pratique judiciaire en RDC relative à la répression des crimes internationaux ; notamment en exposant les raisonnements des juges lorsqu'ils qualifient ou non des faits infractionnels de crimes internationaux et lorsqu'ils recourent aux dispositions du Statut de Rome et autres textes complémentaires de l'arsenal juridique de la CPI (*Eléments de crimes* et *Règlement de procédures et de preuves*) ;

- permettre à la communauté professionnelle des juges, juristes, académiciens, étudiants et membres des barreaux, ainsi qu'aux autorités concernées, de bénéficier d'une meilleure compréhension des lois, règles de procédures, et jurisprudence, dans le domaine du droit international pénal en RDC ;

- présenter des recommandations afin de promouvoir l'amélioration des capacités du système judicaire et de la qualité des décisions rendues en RDC, particulièrement en matière de crimes internationaux. Ces recommandations visant à proposer des moyens de redresser les faiblesses constatées concernent notamment l'adoption d'une loi de mise en œuvre, la formation des juges, et la distribution de ressources adéquates au secteur de la justice.

III. Méthodologie

Avocats Sans Frontières (ASF) est une ONG internationale qui a pour mission de contribuer à la réalisation d'une société juste et équitable dans laquelle le droit est au service des groupes et individus les plus vulnérables. Présente en RDC depuis 2002, en 2005 ASF a mis en place un vaste programme de Justice internationale et transitionnelle afin d'apporter :

- un renforcement des capacités et des compétences des acteurs congolais jouant un rôle dans les poursuites judiciaires menées dans le pays et devant la CPI contre les auteurs présumés de crimes internationaux (formation d'avocats, de magistrats, d'ONG et organisation de tables-rondes) ;

- une aide juridique par le biais d'un soutien du travail des ONG et autres organismes de la société civile congolaise au profit des victimes de crimes internationaux, en vue de renforcer l'exercice de leurs droits devant les juridictions congolaises et devant la

CPI (encadrement et assistance juridiques des organismes qui font le lien entre les victimes et les avocats) ;

- une assistance judiciaire au profit des victimes et/ou prévenus des crimes internationaux devant les juridictions congolaises.

Pour la conduite de la présente étude, ASF s'est fondée sur l'ensemble des textes de lois congolais, les décisions pertinentes des cours et tribunaux militaires congolais, les instruments juridiques de la CPI, les grands principes du droit international pénal, et sur la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux.

De manière synthétique, il a été procédé à :

- la lecture des différents jugements nationaux relatifs aux crimes internationaux et textes de lois nationaux y afférent ;

- l'analyse des décisions des tribunaux militaires congolais du point de vue de leur qualité juridique ;

- des recherches et entretiens sur le terrain, en vue (i) d'identifier les points de droit pénal congolais et droit international pénal qui posent un problème aux juges et/aux avocats, et (ii) de rédiger les recommandations nécessaires pour remédier aux difficultés nées de l'application des dispositions du Statut de Rome devant les juridictions congolaises ;

- des recherches juridiques sur le droit congolais, le droit international pénal, et la jurisprudence des juridictions internationales en matière de crimes internationaux.

Il est important de souligner que cette étude concerne les décisions qui ont été rendues jusqu'en juillet 2008 et qui ont pu être accessibles au chercheur car dactylographiées et susceptibles de faire l'objet d'une levée copie. Les décisions postérieures à cette date (jusqu'en janvier 2009) sont signalées à titre de renseignement dans l'annexe 1 relative à la présentation des affaires étudiées.

En introduction, l'étude s'attachera à exposer les fondements de l'application du Statut de Rome en RDC, dans le cadre de laquelle la réception des traités dans l'ordre juridique congolais, l'application directe du Statut par les tribunaux nationaux, et la hiérarchie des normes seront adressées. L'analyse de la manière dont les juridictions militaires congolaises ont concrètement appliqué le Statut de Rome dans leurs décisions sera abordé dans un premier chapitre. Le deuxième chapitre sera quant à lui consacré aux questions liées à la responsabilité pénale, aux causes d'exonération et aux circonstances atténuantes ou aggravantes. Enfin, la responsabilité civile de l'Etat sera présentée dans un troisième chapitre.

Pour chacun de ces chapitres, une analyse des dispositions pertinentes du Statut de Rome, de la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux (TPI), et du droit et de la jurisprudence congolais en la matière a été entreprise. L'étude se termine par une conclusion générale comprenant un certain nombre de recommandations.

INTRODUCTION : LES FONDEMENTS DE L'APPLICATION DU STATUT DE ROME EN RDC

Après avoir été le terrain de nombreuses guerres successives depuis 1994, la RDC fait face aux défis de la reconstruction. Or reconstruire un Etat de droit suppose, entre autres, de mettre fin à l'impunité. Depuis janvier 2006, certains tribunaux militaires congolais, confrontés au contentieux des crimes internationaux, ont décidé d'appliquer les dispositions du Statut de Rome en lieu et place du Code pénal militaire national. Le Tribunal Militaire de Garnison (TMG) de Mbandaka a été la première juridiction à suivre cette voie dans un jugement avant dire droit et portant précisément sur cette question (*Mutins de Mbandaka*)[4]. Ce raisonnement pionnier a été confirmé par la décision sur le fond[5] et en appel[6]. L'applicabilité directe du Statut a de nouveau été prononcée par ce même tribunal en avril 2006 (affaire *Songo Mboyo*)[7] et confirmée en appel devant la Cour Militaire (CM) de l'Equateur[8]. A la même période, le TMG de l'Ituri s'engageait sur cette voie dans les affaires *Bongi*[9], *Kahwa*[10] et *Bavi*[11] et voyait sa démarche confirmée en appel par la Cour Militaire de la Province Orientale dans les affaires *Bavi*[12] et *Kahwa*[13].

A la lumière de ces décisions et des dispositions juridiques pertinentes, il convient de revenir sur les conditions et les étapes requises pour invoquer et appliquer directement le Statut de Rome devant les juridictions congolaises et d'examiner si celles-ci ont été respectées par les juges. Pour ce faire, il appartenait aux tribunaux et cours de vérifier si le Statut de la Cour pénale internationale (CPI) a été intégré dans l'ordre juridique interne, si les provisions contenues dans ce traité sont directement applicables et invocables devant les tribunaux et, si en cas de conflit entre ces dispositions et la législation nationale, la hiérarchie des normes leur accorde une position supérieure à la norme nationale.

4 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, 12 janvier 2006, RP 086/05.
5 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, 20 juin 2006, RP 086/05 - RP 101/06.
6 CM de l'Equateur, Affaire *Mutins de Mbandaka*, 15 juin 2007, RPA 615/2006,
7 TMG de Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo* , 12 avril 2006, RP 084/05.
8 CM de l'Equateur, Affaire *Songo Mboyo* , 7 juin 2006, RPA 014/06.
9 TMG de l'Ituri, Affaire *Bongi*, 24 mars 2006, RP 018/06.
10 TMG de l'Ituri, Affaire *Kahwa*, 2 aoûT 2006, RP 039/06.
11 TMG de l'Ituri, Affaire *Bavi*, 19 février 2007, RP 101/06.
12 CM de la Province Orientale, Affaire *Bavi*, 28 juillet 2007, RP 101/06 – RPA 003/07. Le jugement ne contient pas de motivation concernant l'application directe du Statut de Rome mais invoque l'article 8 du Statut de Rome, relatif aux crimes de guerre, pour fonder sa décision.
13 CM de la Province Orientale, Affaire *Kahwa*, 28 juillet 2007, RP 039/06 – RPA 023/07.

1. La réception des traités dans l'ordre juridique congolais

En ce qui concerne la procédure par laquelle la RDC est devenue Partie au Statut de Rome, il convient de rappeler qu'elle a signé ledit instrument le 8 septembre 2000 et un « *Décret-loi n° 003/2002 autorisant la ratification du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale* »[14] a été émis par le Président de la République le 30 mars 2002. Le dépôt des instruments de ratification est quant à lui intervenu le 11 avril 2002[15].

La République démocratique du Congo, en tant que pays généralement classé parmi les Etats à tendance moniste, n'exige aucune loi de transposition pour qu'un traité acquière la qualité de norme juridique au niveau national[16]. Les constitutions et autres textes fondamentaux successivement adoptés depuis 1994 ont presque tous prévu que les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois[17]. Aussi la Constitution de 2006, en son article 215, ne déroge pas à la règle[18].

En vertu de cette disposition et de celles qui l'ont précédée, il faut donc, pour déterminer si le Statut de Rome a bien été reçu dans l'ordre juridique de la RDC, analyser si le traité a été ratifié par les autorités congolaises compétentes, si le Statut a été publié au *Journal Officiel*, et si le traité a fait l'objet d'une application réciproque.

Toutefois, et sans entrer ici dans des détails techniques, l'on peut constater que les juges ne se sont pas attachés à vérifier scrupuleusement le respect de ces conditions. Les dispositifs et motivations des décisions susmentionnées restent souvent très laconiques.

En ce qui concerne la légalité de la ratification, les juridictions militaires congolaises se sont limitées à citer le Décret-loi du 30 mars 2002 du Président de la République autorisant la ratification du Statut[19], sans vérifier sa conformité avec les dispositions constitutionnelles

14 Décret-loi n° 003/2002 du 30 mars 2002 autorisant la ratification du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale du 17 juillet 1998, *Journal Officiel* du 5 décembre 2002 (numéro spécial « Instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par la République démocratique du Congo »).

15 L'instrument de ratification a été déposé le 11 avril 2002 (http://www.icc-cpi.int/asp/statesparties/country&id=5.html).

16 Traditionnellement en matière de droit des traités, la doctrine opère une distinction entre les Etats à tendance moniste et ceux qui ont opté pour un système dualiste. Dans un régime dualiste, l'ordre national et l'ordre international constituent deux sphères juridiques distinctes. Une transposition du contenu du traité par le biais d'une loi est nécessaire à son incorporation dans l'ordre interne. En revanche, dans un système moniste, l'ordre juridique est perçu comme un ensemble sans qu'il n'existe de distinction entre droit national et droit international. Les traités ratifiés sont directement incorporés dans l'ordre interne sans qu'aucune loi de transposition ne soit requise. Le TMG de l'Ituri dans l'affaire *Blaise Bongi* a confirmé l'existence d'un régime moniste avec primauté du droit international en RDC (décision du 24 mars 2006, op. cit.).

17 Article 112 de l'Acte constitutionnel de la transition (1994), article 193 de la Constitution de la transition de la République Démocratique du Congo du 4 avril 2003, *Journal Officiel* numéro spécial du 5 avril 2003 (« Constitution de 2003 »), article 216 de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, *Journal Officiel* numéro spécial du 18 février 2006 (« Constitution de 2006 »).

18 L'article 215 de la Constitution dispose que « *les traités et accords internationaux régulièrement conclus, ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque Traité ou accord, de son application par l'autre partie* ».

19 Tous les jugements analysés y font référence, à l'exception de l'arrêt de la Cour militaire dans l'affaire *Kahwa* qui omet de le citer et se fonde directement sur les articles du Statut (décision du 28 juillet 2007, op.cit.)

en vigueur au moment de cette ratification. Seule référence fut faite à la Constitution de 2006[20], postérieure à la ratification.

L'identification des dispositions constitutionnelles pertinentes permettrait pourtant d'identifier qui, du Président, du gouvernement ou du Parlement, disposait du pouvoir de ratifier un traité. Certains auteurs considèrent en effet que la procédure suivie en le cas d'espèce a violé le droit congolais et que la ratification est irrégulière en raison de l'absence d'autorisation parlementaire[21].

Tant la Constitution de 2006 que celles de 1965 et de 1967, ainsi que l'Acte constitutionnel de la transition de 1994 obligeaient le Parlement à autoriser la ratification des traités de paix, de commerce, ceux relatifs aux organisations internationales, au règlement des conflits internationaux, à l'état des personnes, ceux qui engagent les finances publiques, modifient les dispositions législatives ou comportent modification du territoire. *A contrario*, le Décret-loi constitutionnel 003 du 28 mai 1997, « *relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir en République démocratique du Congo* », abrogeait la Constitution de 1994 et reconnaissait en son article 29 au Président le droit d'exercer seul le pouvoir exécutif et législatif par voie de décret et décret-loi. Ce Décret-loi a tout de même fait l'objet d'une modification en 1998, qui imposait entre autres, une autorisation parlementaire pour les accords relatifs aux organisations internationales (art. 111). D'aucuns considèrent toutefois que l'*Assemblée constituante et législative* qui devait par ce Décret de 1998 assumer le pouvoir législatif n'a jamais existé[22], et qu'en outre un nouveau Décret-loi pris le 1er juillet 2001 conférait de nouveau la procédure de ratification au pouvoir réglementaire[23].

Comme l'on peut le voir, il est difficile pour les juristes congolais de se mettre d'accord sur le texte constitutionnel en vigueur au moment de la signature et de la ratification du Statut de Rome. En l'absence d'un consensus, il faut tout de même relever que si la ratification du Statut est irrégulière, faute d'autorisation par le pouvoir législatif, l'article 153 de la Constitution prévoit que « *les Cours et tribunaux, civils et militaires, appliquent les traités internationaux dûment ratifiés [...] pour autant qu'ils soient conformes aux lois...* ». Or à ce jour, aucun juge n'a écarté

20 A l'exception du jugement avant-dire droit du TMG de Mbandaka qui renvoie à la Constitution de transition de 2003 (décision du 12 janvier 2006, op.cit.).

21 Voir à ce sujet l'article de M. Wetsh'okonda Koso, « Le malaise soulevé par l'application directe du Statut de Rome par le jugement n° RP 084/2005 du 12 avril 2006 du Tribunal Militaire de Garnison de Mbandaka », *Revue « Horizons »,* n°2, 2006, p. 177-201 ; et la réponse contradictoire de P. K. Kambale, dans « L'application du Statut de Rome était-elle correctement faite ? Une brève réplique à Marcel Wetsh'okonda », *Revue « Horizons »*, n°2, 2006, pp. 202-203.

22 A la lecture de nombreux articles, il semblerait que cette Assemblée constituante et législative n'ait jamais assumé pleinement son mandat, laissant de fait le pouvoir législatif entre les mains du Président. Il semblerait d'ailleurs que le décret-loi de 1998 dans son ensemble n'ait eu qu'une existence virtuelle. En témoignent les préparations au dialogue inter-congolais qui ne font référence qu'au texte de 1997 sans citer les dispositions constitutionnelles le modifiant. Voir ainsi les conclusions de la réunion de Bruxelles des 15, 16, et 17 janvier 2002 « concertation informelle entre les composantes Opposition politique et Forces Vives aux négociations politiques inter-congolais », disponible sur le site web :
www.diplomatie.be/viennafr/posts/fr/press/homedetails.asp?TEXTID=65

23 Selon P.K. Kambale, op.cit., p. 202, l'article 5 du décret-loi 096-200 du 1er juillet 2001 disposerait que le Président de la République « *négocie et ratifie les traités et accords internationaux au nom de la République démocratique du Congo.* »

l'application du Statut de la CPI sur cette base. En tout état de cause, la *compétence* pour vérifier la régularité de la ratification du Statut de Rome n'appartient pas aux juridictions militaires congolaises. Le contrôle de constitutionnalité d'un instrument international relève du mandat de la Cour Suprême congolaise[24]. Ainsi, si une des parties à un procès soulève la question de la régularité de l'acte de ratification, le tribunal militaire est obligé de renvoyer l'exception à la Cour Suprême[25]. Comme il existe en RDC « *une forte présomption de régularité en faveur des lois publiées au Journal Officiel* »[26], il est peu probable qu'une telle question préjudicielle soit posée à la Cour Suprême.

En ce qui concerne sa publication, le Statut de la CPI été publié dans le *Journal Officiel* de la RDC le 5 décembre 2002[27], soit près de huit mois après sa ratification. Or, à la lecture des décisions citées, on constate que les juges ont presque toujours omis de vérifier si le Statut avait déjà été publié dans le *Journal Officiel* au moment des faits incriminés[28]. La question a pourtant une certaine importance puisqu'en principe, les dispositions d'un traité ne sont uniquement invocables à l'encontre de nationaux si elles leur ont été communiquées. Cette question revêt une importance particulièrement cruciale lorsque les dispositions en cause portent sur la criminalisation de comportements en droit interne. En théorie, le principe de *légalité* impose qu'on ne peut être condamné qu'en vertu d'un texte précis et clair, accessible et prévisible pour tous. Ce principe (*Nullum crimen sine lege*), s'il a été reconnu au niveau international par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (article 11.2) et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a néanmoins connu des aménagements en matière de répression des crimes internationaux et a souvent été appliqué avec souplesse. Bon nombre de pénalistes et juges considèrent qu'on peut condamner les auteurs de tels crimes en l'absence de textes, sur base de l'existence d'une coutume internationale érigeant le comportement en crime.

Selon l'article 215 de la Constitution, un traité est supérieur à une loi « *sous réserve pour chaque Traité ou accord, de son application par l'autre partie.* » Cette condition de réciprocité, bien qu'inscrite dans une majorité des systèmes constitutionnels, doit être relativisée lorsqu'il s'agit de conventions multilatérales ou lorsque celles-ci portent sur le respect de normes impératives. En effet, s'il existe une logique à inclure une telle clause dans un pacte bilatéral où les droits et devoirs des Etats contractants sont étroitement liés, la logique semble moins admissible pour une entente entre la majorité des pays membres de l'ONU. En outre, les

24 Voir l'article 160 de la Constitution qui dispose que « *la Cour constitutionnelle est chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi.* » et l'article 76. §4 du Code Judiciaire Militaire congolais qui prévoit que « [les juridictions militaires] *sont incompétentes pour statuer sur la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi. Les exceptions soulevées à cet effet sont portées devant la Cour Suprême de Justice qui statue, toutes affaires cessantes, en tant que Cour Constitutionnelle.* » .

25 L'article 162 de la Constitution dispose que « *la Cour constitutionnelle est juge de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant ou par une juridiction.* ».

26 Voir P.K.Kambale, op.cit., p. 202.

27 *Journal Officiel de la République démocratique du Congo*, instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par la République démocratique du Congo, 43ème année, numéro spécial du 5 décembre 2002, pp. 169-243.

28 Seuls les juges intervenus dans l'affaire *Bavi* ont mentionné la date de publication du Décret-loi de 2002 (mais pas celle du Statut de Rome) au *Journal Officiel* de la République, TMG de l'Ituri, décision du 19 février 2007, op.cit., feuillet 48.

instruments internationaux relatifs à la protection des droits humains dans leur ensemble ne peuvent être écartés en vertu d'un manque de réciprocité[29]. On considère en effet que ces conventions doivent être appliquées de façon objective par chaque Etat, indépendamment du comportement des autres Etats Parties.

En général, on substitue cette condition devenue obsolète par le respect de l'exigence de l'*entrée en vigueur* du traité. Bien que l'on s'abstienne dans ce cas de vérifier si le traité est appliqué *in concreto* par les autres membres, l'idée reste similaire : l'Etat en question ne veut pas être le seul contraint d'appliquer le traité conclu. L'entrée en vigueur objective du traité est donc souvent conditionnée à la signature d'un nombre minimum d'Etats.

Les rédacteurs du Statut de Rome ont ainsi prévu à l'article 126 qu'il entrerait en vigueur « *le premier jour du mois suivant le soixantième jour après la date de dépôt du soixantième instrument de ratification…* ». Le seuil des 60 Etats ayant été atteint le 11 avril 2002, lors de la ratification par la RDC et de neuf autres Etats, le Statut est effectivement entré en vigueur au niveau international le 1er juillet 2002, obligeant *ipso facto* les Parties à l'exécuter de bonne foi. Les jugements des juridictions militaires analysés dans le cadre de cette étude ne mentionnent pas l'entrée en vigueur en droit international du Statut de Rome.

Enfin, si de nombreuses questions sur la légalité de l'introduction du Statut de Rome dans l'arsenal juridique se posent en théorie juridique ; en tout état de cause, le fait qu'aucune irrégularité relative à l'adhésion de la RDC au Statut et à l'applicabilité de ce dernier n'ait été soulevée devant la CPI peut être perçu comme un signe de consensus général sur la validité de la ratification intervenue en 2002. Ni le Procureur, ni les juges, ni les avocats des Parties concernées n'ont invoqué de tels moyens dans le cadre des affaires actuellement pendantes devant la Cour. Faire un état des lieux des maladresses et autres omissions commises par les juges permet uniquement de tirer les leçons en vue d'améliorer la rédaction des dispositifs.

Ainsi, il est d'une importance cruciale au regard du fondement de leurs décisions que les juges citent dans le dispositif de ces jugements le Statut de Rome, en se référant au Décret-loi n° 003/2002 du 30 mars 2002 autorisant la ratification, en présumant que la ratification est régulière au regard des dispositions constitutionnelles en vigueur au moment où elle a eu lieu et en citant comme base légale, les Décrets-Lois constitutionnels de 1997 et 1998 et non la Constitution de transition de 2003 ou celle de 2006.

En ce qui concerne l'impératif de publication, il est également indispensable que les décisions fassent état de la publication du Statut de Rome dans le Journal Officiel du 5 décembre 2002 et comparent la date des faits de l'affaire avec celle de la publication au Journal Officiel pour déterminer l'applicabilité du Statut.

29 L'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (adoptée le 23 mai 1969), prévoit une suspension d'application d'un Traité en cas de non-respect d'obligations conventionnelles par les autres Parties ; exception faite des dispositions relatives à la protection de la personne humaine.

2. L'application directe du Statut de Rome par les tribunaux nationaux

La réception d'un traité dans l'ordre juridique interne doit être distinguée de son éventuelle application par les juridictions nationales. Alors que la réception touche aux modalités techniques et formelles de ratification/publication/entrée en vigueur qui laissent rarement la place à des remarques interprétatives, la question de l'application directe est souvent source de débats. Au niveau international, les critères qui permettent de déterminer l'application immédiate d'un traité ou de certaines de ses dispositions ne sont d'ailleurs pas uniformisés et leurs interprétations sont multiples.

Un principe de base domine cependant ces différences et controverses: celui du caractère *auto-exécutoire* (*self-executing*) du traité[30]. Un instrument international est considéré comme tel, lorsque la norme internationale est suffisamment claire et précise pour conférer des droits ou des obligations aux particuliers dans l'ordre juridique interne, sans que les Etats n'aient à adopter de mesures d'exécution. Un traité revêt donc cette qualité si deux conditions cumulatives sont réalisées ; à savoir que le titulaire du droit doit être visé par la norme internationale (*critère personnel*) et la norme doit être suffisamment précise et claire pour ne pas nécessiter de mesures nationales de mise en œuvre (*critère matériel*).

18

Pour satisfaire au critère *matériel*, l'interprétation des dispositions du traité doit être aisée, laissant une faible marge de manœuvre dans la mise en œuvre du contenu de l'instrument. De telles dispositions sont ainsi qualifiées de *self-sufficient*, puisqu'aucune mesure interne ou loi de transposition n'est nécessaire à leur application[31].

Pour satisfaire au critère *personnel*, un traité doit créer des droits et obligations dont les individus peuvent se prévaloir devant les juridictions internes. Les individus n'étant pas traditionnellement considérés comme des sujets à part entière du droit international, peu de conventions internationales sont considérées *ipso facto* comme auto-exécutoires[32]. Selon de nombreux auteurs, cette condition de *subjectivité* doit d'ailleurs être relativisée[33].

En application des principes définis ci-dessus, même si le Statut de Rome ne revêt pas *dans*

30 Le caractère *self executing* d'une convention internationale est une invention jurisprudentielle américaine. Voir J.A. Frowein, K. Oellers-Frahm, "L'application des traités dans l'ordre juridique interne", p. 24, *in L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique interne*, sous la direction de P.M. Eisemann, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 587p.

31 Il est important de noter que cet examen « d'objectivité » ne peut pas se faire à l'égard d'un traité pris dans son ensemble. Chaque disposition fera l'objet d'un tel contrôle afin de déterminer si elle est suffisamment claire et précise. A titre d'exemple, on peut faire référence à la Convention européenne des droits de l'homme, dont certains articles ont été reconnus comme auto-suffisants et d'autres non.

32 Puisque les traités multilatéraux sont conclus par des pays à tendances moniste et dualiste confondue, et qu'ils n'ont jamais pour objectif de créer directement des droits et obligations directement applicables, cette condition semble quelque peu caduque.

33 Le critère subjectif peut avoir son utilité pour les pays à tradition moniste, surtout lorsque des clauses explicites encourageant (ou empêchant) l'application directe sont prévues par le traité. On peut par ailleurs prendre en considération l'*intention* des rédacteurs du traité. Ainsi en fonction des termes employés, transparaît le rôle réservé aux Etats et à ses tribunaux pour donner plein effet au Ttraité.

son ensemble cette qualité, on peut toutefois présumer qu'un nombre non négligeable de dispositions ne requiert pas de mesures nationales de mise en œuvre. Dès lors qu'un organe juridictionnel - la Cour pénale internationale - a été institué pour poursuivre des personnes sur la base des articles du Statut, sans autres mesures d'exécution, on peut considérer l'instrument comme auto-exécutoire. Sans aucun doute possible, une majorité des articles est suffisamment claire et précise pour que la Cour puisse engager des procès équitables dans des délais raisonnables. Le Statut de Rome prévoit en outre les peines qu'encourent les auteurs de crimes énoncés[34]. Cet instrument respecte donc le principe de la *légalité* des crimes et des peines en matière pénale, satisfaisant sur ce point les conditions de clarté et de précision[35].

Toutefois, il est indéniable que l'entièreté de l'arsenal juridique de la CPI ne se prête pas à une application directe par les juridictions nationales. On peut citer par exemple le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, établi pour les affaires pendantes devant la Cour et non devant une juridiction nationale[36]. Adopté et entré en vigueur le 9 septembre 2002, il mentionne d'ailleurs explicitement qu'il « *n'affecte en rien les règles de procédure qu'applique tout tribunal ou système juridique national dans le cadre de poursuites nationales*[37]. » Même si cet article témoigne de l'intention des Etats Parties de ne pas s'immiscer dans les règles de procédure nationale, il n'exclut pas, qu'en cas de lacunes juridiques en droit interne, les juges puissent s'inspirer du Règlement de procédure et de preuve. C'est d'ailleurs ce qu'a fait le TMG de Mbandaka dans l'affaire *Songo Mboyo*[38]. Il faut cependant garder à l'esprit que contrairement au Statut, le Règlement n'a pas été « *reçu* » dans l'ordre juridique congolais de manière spécifique. On peut donc se demander si, comme le Statut, il a force de loi en droit congolais. L'article 52 du Statut répond à cette question en précisant que « *le Règlement de procédure et de preuve entre en vigueur dès son adoption par l'Assemblée des Etats parties …* ». On peut donc en déduire que l'adhésion au Statut implique l'acceptation du Règlement par un Etat Partie. En est-il de même des *Eléments des crimes*[39] du Statut de Rome ? Dans l'affaire *Songo Mboyo*, le TMG de Mbandaka à livré une interprétation *plus large* du crime de viol (et plus conforme aux *Eléments des crimes*) que celle inscrite dans le droit congolais. En effet, en droit interne seul le viol commis sur une femme était incriminé, alors que les *Eléments des crimes* prévoient que les hommes comme les femmes peuvent être victimes de viol[40].

34 Voir l'article 77 du Statut de Rome.

35 L'absence de peine est un argument souvent invoqué pour nier l'application directe des conventions relatives au droit international pénal. A titre d'exemple, la Convention contre la torture demande explicitement aux Etats Parties d'adopter une loi de mise en œuvre prévoyant la criminalisation de la torture et l'inscription d'une peine dans leur législation.

36 Voir aussi l'article 88 du Statut de Rome, qui incite expressément les Etats Parties à inclure dans leur législation des procédures facilitant la réalisation de la coopération avec la Cour pénale internationale.

37 Règlement de procédure et de preuve (RPP), adopté par l'Assemblée des Etats Parties, New York, 9 septembre 2002, Note explicative du titre, §2.

38 TMG Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo*, op.cit., p. 28.

39 *Eléments des crimes*, adopté par l'Assemblée des Etats Parties à New York, le 9 septembre 2002 et entré en vigueur à la même date (ICC-ASP/1/3). L'on rappellera que l'article 9 du Statut de Rome dispose que les *Eléments des crimes* aident la Cour à interpréter et appliquer les articles 6, 7 et 8 (crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre) et qu'ils sont explicitement considérés comme « *conformes* » au Statut.

40 TMG de Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo*, *op.cit.*, p.27.

Aucun des jugements analysés dans le cadre de cette étude ne mentionne la vérification du caractère *auto-exécutoire* du Statut de Rome. Dans presque toutes les affaires, les juridictions mentionnent le Décret-loi de 2002 autorisant la ratification et se contentent de déclarer l'applicabilité directe des dispositions conventionnelles en se référant à l'article 153 de la Constitution congolaise de 2006. Au terme de cet article, « *les Cours et tribunaux, civils et militaires, appliquent les traités internationaux dûment ratifiés…* ».

Par conséquent, une référence au caractère autosuffisant du Statut, et ce même lorsque la réception du Traité dans l'ordre interne a été mentionnée, se devrait d'être précisée afin de renforcer la justification juridique du fondement des jugements. Il appartient en outre aux juges de vérifier si, pour chaque article invoqué (ou chaque ensemble d'articles), les conditions d'application directe sont remplies, et ce grâce à l'examen du caractère suffisamment clair et précis de l'article.

3. La hiérarchie des normes

Comme nous venons de le voir, lorsqu'un traité a dûment été reçu en droit interne et que ses dispositions sont assez claires et précises que pour être directement appliquées, les tribunaux peuvent l'invoquer. Il peut toutefois arriver que les dispositions d'un traité soient en contradiction avec le droit interne d'un Etat Partie. On soulignera tout d'abord que, quelles que soient les solutions adoptées par le droit interne pour régler les conditions d'application directe d'un traité par les juridictions nationales, celles-ci n'affectent en rien le devoir de l'Etat d'en assurer l'application, sous peine d'engager sa responsabilité internationale. Le principe de la primauté du droit international sur le droit interne interdit en effet aux Etats de se prévaloir de leur législation nationale pour ne pas exécuter leurs obligations conventionnelles internationales. Ainsi, si l'Etat est libre de déterminer souverainement le système juridique qui règlera la relation entre le droit international et le droit interne, il n'en demeure pas moins obligé, sur le plan international, d'exécuter de bonne foi les dispositions du traité en question, comme le confirme l'adage international « *Pacta sunt servanda*. »

Si l'on se réfère aux textes constitutionnels de 2003 et de 2006, en vigueur lors de l'ensemble des procédures judiciaires ici sous étude, les traités dûment ratifiés, publiés, et entrés en vigueur bénéficient d'une position supérieure à celle des lois internes mais inférieure à celle de la Constitution[41]. En cas de conflit entre droit national et droit international, ce dernier corpus a bien, en vertu des deux dernières constitutions congolaises, une position supérieure dans la hiérarchie des normes congolaise.

En revanche, le Décret-loi constitutionnel de 1997, en vigueur au moment de la commission

41 Voir par exemple les articles 215 de la Constitution de 2006 et 193 de la Constitution de 2003.

de certains des faits étudiés, reste silencieux sur cette question. Si une juridiction décidait de se référer à ce décret, elle devrait définir elle-même la position des traités internationaux dans la hiérarchie des normes, et, pour ce faire, la juridiction pourrait se laisser guider par les Constitutions de 2003 et de 2006, qui reprennent d'ailleurs la même hiérarchie que celle de la Loi constitutionnelle de 1994. Cette position répétée et réaffirmée par les différents actes constitutionnels pourrait pousser les juridictions à considérer que la RDC a posé ce principe de hiérarchie des normes de façon coutumière.

L'argumentation qui fonde l'application directe du Statut de Rome en lieu et place de la législation congolaise varie quelque peu d'une juridiction à l'autre. L'examen des décisions révèle divers raisonnements fondant la supériorité du Statut de Rome sur le droit congolais. Si certaines décisions n'ont aucunement abordé la question du conflit des normes, comme par exemple dans l'affaire Kilwa[42], la majorité d'entre elles ont explicitement fondé leur décision sur les dispositions constitutionnelles de 2006, qui accordent la primauté aux traités internationaux régulièrement conclus et publiés[43]. Dans l'affaire MILOBS, le TMG de l'Ituri a ainsi conclu que « *le droit positif congolais a introduit dans son arsenal des lois le Statut de la Cour Pénale Internationale, lequel devient désormais un instrument juridique faisant partie intégrante de la législation pénale congolaise* »[44]. Le TMG de Mbandaka a quant à lui fait référence à la Constitution de transition de 2003 dans le jugement sur les *mutins de Mbandaka*[45].

Par ailleurs, certains juges considèrent que ce sont les lacunes ou contradictions de la législation congolaise qui justifient le recours aux dispositions du Statut de Rome. En matière d'*incriminations*, il existe des divergences importantes entre le Statut et le droit pénal militaire congolais quant à la définition des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. L'article 166 du Code pénal militaire congolais intègre à la définition des crimes contre l'humanité un grand nombre des incriminations constitutives de crimes de guerre dans le Statut de Rome[46]. Dans l'affaire des *mutins de Mbandaka*, le Tribunal a ainsi noté que le Code pénal militaire « *entretient une confusion entre le crime contre l'humanité et le crime de guerre qui du reste est clairement défini par le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale* »[47]. Dans son jugement avant dire droit dans l'affaire *Songo Mboyo*, le même Tribunal a de nouveau constaté les divergences entre la définition du crime contre l'humanité inscrite dans le Statut et celle du Code pénal militaire[48]. Quant à la définition des crimes de guerre, telle que posée par l'article 173 du Code pénal militaire, elle est si éloignée de celle du Statut, qu'elle n'a aucun rapport avec

42 CM du Katanga, Affaire *Kilwa*, 28 juin 2007, RP 010/2006, p. 30. La Cour militaire s'est contentée de se référer au Statut de Rome sans citer les dispositions constitutionnelles ou les principes qui justifient son application. Voir également les décisions de la Cour Militaire de la Province Orientale dans les affaires *Kahwa* et *Bavi*.

43 Par exemple, le TMG de l'Ituri se fonde pour chacun de ses jugements sur la Constitution de 2006. Voir notamment l'affaire *Kahwa*, 2 août 2006, op.cit., feuillet 24 et l'affaire *Milobs*, 19 février 2007, RP 103/2006, p. 11.

44 TMG de l'Ituri, Affaire *Milobs*, op.cit. , p. 11.

45 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, 20 juin 2006, p. 16.

46 Article 166 de la Loi n°024/2002 du 18 novembre 2002 portant Code Pénal Militaire, *Journal Officiel* numéro spécial du 20 mars 2003 (« Code Pénal Militaire). Voir *infra*, chapitre I.

47 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, 20 juin 2006, op.cit., p. 16.

48 TMG Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo*, 12 avril 2006, op.cit., p. 12.

celle retenue dans les principaux instruments de droit international humanitaire[49]. Tant le TMG de Mbandaka[50], que celui de l'Ituri, ont constaté l'existence de ce conflit des normes. Dans l'affaire *Bavi*, les juges militaires de l'Ituri se sont appuyés sur la Constitution de 2006 et sur les décisions précédemment rendues par les juridictions militaires pour écarter les dispositions pénales nationales et pour appliquer « *en toute sécurité les dispositions essentielles du Statut de Rome sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*»[51]. En outre, le Code pénal militaire omet certains actes qualifiés de crimes contre l'humanité par le Statut, comme les disparitions forcées[52], ou constitutifs de crimes de guerre, comme le recrutement d'enfants-soldats et l'homicide intentionnel[53].

En matière de *peines*, des questions importantes de hiérarchie des normes se posent également. Le Code pénal militaire ne prévoit aucune peine en cas de crimes de guerre. Afin de pallier à cette « omission », des juges pragmatiques ont choisi d'appliquer le Statut de Rome. Ainsi, dans l'affaire *Bongi*[54], le TMG de l'Ituri, saisi de faits constitutifs de crimes de guerre et constatant la « *lacune criante* » du Code pénal militaire, a considéré que « *le législateur congolais n'avait nullement l'intention de laisser impuni ce crime atroce dont il a reconnu la haute gravité en ratifiant le Traité de Rome* ». Il a dès lors conclu que l'absence de peine était « *manifestement une erreur matérielle* » et qu'il y avait lieu de « *combler les lacunes de la législation interne en trouvant appui sur le Traité de Rome* ». Soucieux de ne pas violer le principe de *légalité*[55], qui interdit d'imposer une peine qui n'était pas prévue par la loi au moment du crime, le tribunal a estimé que « *la ratification par la RDC fait partie de l'arsenal des lois de la RDC en vertu du monisme juridique avec primauté du droit international* », et qu'il était donc légitime d'appliquer directement tant les éléments matériels des crimes de guerre que les peines prévues par le Statut de Rome[56]. Le TMG de l'Ituri a donc présumé que le législateur n'avait pas eu l'intention de soustraire les criminels de guerre à une peine juste et qu'il convenait d'appliquer les dispositions du Statut

49 Article 173 du Code pénal militaire.

50 TMG Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, Avant dire droit, op.cit, p.6 ; et TMG Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, 20 juin 2006, op.cit., p.16.

51 TMG de l'Ituri, Affaire *Bavi*, 19 février 2006, feuillets 36-37.

52 Article. 7.1. i) du Statut de Rome.

53 Article 8.2. a) i) du Statut de Rome.

54 TMG de l'Ituri, Affaire *Bongi*, 24 mars 2006, op.cit., p. 10 et 11.

55 Le fait qu'aucune échelle de peine, ni de technique de « *pénalité par renvoi* » n'existent pour les crimes de guerre métamorphose le juge congolais en législateur et crée une distorsion dans l'application du principe « *nulla poena sine lege*» (il ne peut y avoir d'incrimination sans peine). Il s'agit là d'un principe de droit coutumier international reconnu par la Constitution et les lois nationales congolaises (notamment l'article 2 du Code pénal militaire). Voir à ce sujet L. Mutata Luaba, *Droit pénal militaire congolais. Des peines et des incriminations de la compétence des juridictions militaires en RDC*, Editions du Service de Documentation et d'Etudes du Ministère de la Justice et Garde des Sceaux, Kinshasa, p. 572.

56 Les juges, pour conforter cette position, évoquent les opinions des experts pénalistes congolais, dont Me Franck Mulenda, TMG de l'Ituri, Affaire *Bongi*, op.cit., p.11. Celui-ci suggère que la description des crimes de guerre dans le droit congolais diverge tellement de celle comprise dans le Statut de Rome, qu'il s'agit en fait de deux listes de crimes différents et que la question de conflit de loi ne se pose même pas. Selon lui, il faut appliquer non seulement les éléments matériels des crimes de guerre du Statut, mais également les peines prévues par l'article 77 du Statut de Rome.

de Rome pour répondre aux objectifs de la ratification du Traité par la RDC[57].

Enfin, le Code pénal militaire prévoit que la peine de mort peut être prononcée dans certaines circonstances pour sanctionner les crimes contre l'humanité[58], alors que la peine maximale prévue par le Statut est la réclusion à perpétuité. Certains tribunaux se sont donc appuyés sur ce constat pour écarter les peines prévues par la législation congolaise. Ils ont invoqué le principe général de l'*application de la peine la moins lourde* en cas de conflit de lois pour écarter celle-ci. Selon ce raisonnement, l'article 77 du Statut prévaut une nouvelle fois sur les dispositions du Code pénal militaire[59].

C'est ainsi que dans l'affaire des *mutins de Mbandaka*, les juges ont souligné que :« *le Statut de Rome, moins sévère aux prévenus paraît le mieux adapté en disposant des mécanismes protecteurs des droits des victimes (...) en outre, en présence de deux lois en conflit, la plus favorable au prévenu sera d'application* »[60]. Le même raisonnement a fondé la décision de ce Tribunal dans l'affaire *Songo Mboyo*[61]. On relèvera que dans les deux jugements, le tribunal militaire a également fondé sa décision sur la meilleure prise en compte des droits des victimes par le Statut. La Cour militaire de la Province Orientale a quant à elle, dans l'affaire *Bongi* considéré que « *les dispositions du Traité de Rome sont plus humanisantes, en effet, moins sévères par la peine, la peine capitale y étant méconnue contrairement au Code Pénal militaire ... que c'est pour ces motifs que la Cour militaire (...) a décidé d'appliquer le Traité de Rome* »[62].

57 L'incrimination d'un comportement doit comprendre deux volets distincts : la définition du crime (élément moral et élément matériel constitutifs de l'infraction) et la fixation d'une peine. Le Préambule du Statut de Rome rappelle aux Etats que « *les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national* » et « *qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux.* » Les Etats ont donc l'obligation de prendre toutes les mesures nationales nécessaires à cette fin. Or l'absence de peines pour des crimes de guerre en droit congolais, empêche la RDC de satisfaire à ses obligations puisque le triptyque pénal de dissuasion/prévention/répression n'est pas complet. Voir à ce sujet I. Fichet-Boyle, M. Mossé, « L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions », pp. 871-886, *in Droit international pénal*, sous la direction de H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, Paris, Pedone, 2000.

58 Article 167. §2 du Code pénal militaire.

59 L'on notera toutefois que la décision des juges de ne pas condamner à la peine capitale n'est pas exigée par les dispositions du Statut de Rome, puisque son article 80 a) a au contraire été conçu dans le but de laisser les Etats appliquer leurs peines nationales et la peine capitale en particulier. Cette disposition est le fruit d'un compromis entre les Etats en faveur de l'abolition de la peine de mort et ceux s'y opposant, tels que les pays Arabes, certains pays des Caraïbes, et même le Rwanda qui vient d'abolir la peine de mort pour laquelle il militait à l'époque. Ainsi, bien que le Statut prévoie comme peine maximale la réclusion à perpétuité, il n'interdit pas aux Etats Parties d'appliquer la peine de mort pour les crimes internationaux, si cette peine est prévue dans leur législation nationale. A ce sujet voir W. A. Schabas, « Penalties », p. 1505, *in The Rome Statute of the International Criminal Court : a Commentary*, A. Cassese et al (eds.), Oxford, Oxford University Press, vol. II, 2002.

60 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, avant dire droit, op.cit., p. 6 et 20 juin 2006, p. 16.

61 TMG Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo*, 12 avril 2006, op.cit., et décision avant dire droit, 20 janvier 2006, op.cit., p. 12. Ce raisonnement a été confirmé en appel le 7 juin 2006 par la Cour militaire de l'Equateur, op.cit., p. 25.

62 Cour Militaire de la Province Orientale, Affaire *Bongi*, 4 novembre 2006, RPA 030/06, p. 15 et 16.

Il est donc important que les juges fassent référence à la hiérarchie des normes congolaise, telle que définie par la Constitution et par la jurisprudence congolaise en la matière. En tout état de cause, en cas de conflit entre la législation congolaise et le Statut de Rome, surtout lorsqu'il s'agit de la définition des incriminations comprises dans les articles 6 à 8 du Statut de Rome, celui-ci doit prévaloir et être directement appliqué.

Il faut par ailleurs recommander à la RDC de se conformer à son engagement international d'adjoindre à la définition du crime de guerre une sanction pénale adéquate pour respecter la finalité du Statut: la lutte contre l'impunité.

CHAPITRE 1
LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ ET LES CRIMES DE GUERRE

Les juridictions saisies d'affaires qui se sont déroulées dans un contexte comme celui qu'a connu, et que connaît toujours la RDC, sont confrontées à la question essentielle de la qualification juridique des faits. Les juges ont en effet le pouvoir de décider si les faits présentés devant la Cour sont constitutifs de crimes contre l'humanité, crime de guerre ou d'un crime de droit commun. Dans ce chapitre, seront analysées les décisions des juridictions en fonction des infractions retenues par les Cours et Tribunaux militaires, sans omettre les décisions pour lesquelles la qualification de crime international n'a pas été retenue.

1.1 Les crimes contre l'humanité

La définition que le Code pénal militaire donne des crimes contre l'humanité n'est pas identique à celle du Statut de la Cour pénale internationale. Comme il a déjà été constaté dans l'introduction de cette étude, cette différence est source de conflits normatifs qui imposent aux juges de déterminer quelles dispositions (nationales ou internationales) sont applicables aux faits et de veiller à justifier ces choix avec clarté et précision dans la motivation de leurs jugements.

Au delà du choix du droit applicable, les divergences de définition des crimes contre l'humanité entre le Statut de Rome et le Code pénal militaire emportent des conséquences sur la qualification des faits et leur incrimination.

Dans cette section, l'on se penchera successivement sur les définitions retenues par le Statut et le Code pénal militaire (1.1.), sur la manière dont la jurisprudence internationale et la jurisprudence des tribunaux militaires congolais interprètent les éléments constitutifs généraux des crimes contre l'humanité (1.2.), ainsi que ceux constitutifs de crimes contre l'humanité par meurtre (1.3.) et par viol (1.4.).

1.1.1 Définition des crimes contre l'humanité

A. Le Statut de la CPI

Le crime contre l'humanité est défini par l'article 7 du Statut de Rome :

> « 1. *Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :*
>
> *a. Meurtre ;*
> *b. Extermination ;*
> *c. Réduction en esclavage ;*
> *d. Déportation ou transfert forcé de population ;*
> *e. Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;*
> *f. Torture ;*
> *g. Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;*
> *h. Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ;*
> *i. Disparitions forcées de personnes ;*
> *j. Crime d'apartheid ;*
> *k. Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.* »

Les *Eléments des crimes* donnent une description plus détaillée des comportements, conséquences et circonstances associés à chaque infraction. Les rédacteurs de cet instrument ont tenu à insister sur la gravité des crimes contre l'humanité, « *définis parmi les crimes les plus graves qui concernent l'ensemble de la communauté internationale* »[63]. Il est utile de souligner que c'est par leur caractère « inhumain » que ces comportements représentent une atteinte aux valeurs communes de l'humanité. Ce degré de gravité renforce l'application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

B. Le Code pénal militaire congolais

En droit congolais, les crimes contre l'humanité sont régis par les articles 165 à 172 du Code

63 Article 7. Introduction.1 des *Eléments des crimes*. Pour rappel, ils ont été adoptés afin d'aider la Cour à interpréter et appliquer les articles 6, 7 et 8 du Statut de Rome.

pénal militaire (CPM). A la lecture de ces articles, on constate immédiatement la confusion entretenue entre les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

L'article 165 définit les crimes contre l'humanité comme « *des violations graves du droit international humanitaire commises contre toutes populations civiles avant ou pendant la guerre* », tout en précisant que « *les crimes contre l'humanité ne sont pas nécessairement liés à l'état de guerre* »[64]. Cette référence au droit humanitaire est troublante puisqu'on sait que, par essence, une violation grave du droit humanitaire est liée à l'état de conflit armé alors qu'un crime contre l'humanité peut être commis en dehors de toute situation de conflit armé[65].

L'article 166 du Code pénal militaire intègre à la définition des crimes contre l'humanité un grand nombre d'incriminations constitutives de crimes de guerre selon le Statut de Rome. L'article 169, qui définit aussi le crime contre l'humanité, reprend les principaux éléments de l'article 7 du Statut tout en omettant certains actes incriminés par le Statut comme les disparitions forcées ou le crime d'apartheid[66]. Par contre, le même article érige en crime des comportements non prévus par l'article 7 du Statut comme la « *dévastation grave de la faune, de la flore, des ressources du sol ou du sous-sol* » et la « *destruction du patrimoine naturel ou culturel universel* ». Enfin, cette même disposition semble vouloir incriminer le *crime d'agression*, qui n'a pas encore été défini par les Etats parties au Statut, en faisant référence à une attaque lancée contre « *la République* »[67].

Face à ce constat, l'on peut se demander si cette « confusion des genres », assortie de l'absence de peines pour sanctionner les crimes de guerre, n'est pas le reflet de la volonté des rédacteurs du Code militaire de ne pas exposer leurs forces combattantes à des sanctions trop lourdes. Cette hypothèse doit évidemment être replacée dans le contexte de guerre que traversait la RDC au moment de l'adoption de ce Code pénal en 2002. Ces contradictions et lacunes compliquent le travail des juges qui préfèrent se référer aux dispositions du Statut de Rome, lorsque la qualification de crime international est retenue.

1.1.2. Les éléments constitutifs généraux

Pour définir les crimes contre l'humanité, tant l'article 7 du Statut, que l'article 169 du Code pénal militaire, se réfèrent à une « attaque généralisée ou systématique », contre une « population civile ». La connaissance de l'attaque en tant qu'élément moral est également une condition requise par ces deux articles.

64 *Ibidem*.
65 Voir à ce sujet la jurisprudence du TPIY dans l'affaire *Tadic* : « *L'absence de lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé international est maintenant une règle établie de droit international coutumier* », TPIY, *Procureur c/ Tadic*, Ch. d'appel, 2 octobre 1995, § 141 et pour plus de détail, voir également E. David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, Edition 1999, pp. 643-645.
66 Respectivement, article 7.1. i) et j) du Statut de Rome.
67 Préambule de l'article 169 du Code pénal militaire.

A. Le contexte : une « attaque généralisée ou systématique »

Le caractère *généralisé* ou *systématique* est sans aucun doute un des éléments contextuels les plus difficiles à établir dans le cadre de la poursuite des crimes contre l'humanité. On constate d'ailleurs des divergences à ce sujet entre la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* et le Statut de la CPI. Selon celui-ci, la commission d'un crime contre l'humanité exige, « *sinon un Etat de guerre, au moins une situation générale de troubles et de tensions caractérisées par des violations graves et multiples des droits de l'homme commises de manière planifiée ou concertée* »[68].

Selon le Statut de la CPI et la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*

Le Statut du TPIY ne fait aucune référence à la condition d'attaque «généralisée » et/ou « systématique» pour définir les crimes contre l'humanité[69]. La version originale française du Statut du TPIR exige quant à elle que l'attaque soit généralisée *et* systématique, contrairement à la version anglaise de ce Statut, déclarant que l'attaque doit être généralisée *ou* systématique[70].

Dans le jugement *Kunarac* en appel, le TPIY a considéré que :

> « *Déterminer ce qui constitue une attaque « généralisée » ou « systématique » est, par essence, un exercice relatif, dans la mesure où cela dépend de la population qui aurait été attaqué. [Une Cour] doit donc tout d'abord identifier la population visée par l'attaque et déterminer ensuite, à la lumière des moyens, des méthodes, des ressources mises en œuvre et des conséquences pour la population, si l'attaque était effectivement généralisée ou systématique. Les conséquences de l'attaque sur la population visée, le nombre des victimes, la nature des actes, l'éventuelle participation de responsables ou d'autorités, ou tout scénario criminel identifiable pourraient être pris en compte pour déterminer si l'attaque contre cette population civile satisfait l'une de ces conditions (« généralisée » ou « systématique ») ou les deux*[71]. »

Dans les affaires *Akayesu*[72] et *Bagilishema*, le TPIR a confirmé, conformément à la version anglaise du Statut du Tribunal, qu'une des deux conditions est suffisante. Pour être retenue comme constitutive de crime contre l'humanité « *l'attaque doit être au moins généralisée ou systématique, sans qu'il soit nécessaire qu'elle revête ce double caractère »*[73]. En réalité, ce qui importe,

68 E. David, *Principes de droit des conflits*, op.cit., § 4.125, p. 645.

69 Article 5 du Statut du TPIY, annexe de la Résolution S/RES/827 du Conseil de sécurité des Nations Unies, adoptée à sa 3217ème séance, le 25 mai 1993.

70 Article 3 Statut du TPIR, annexe à la Résolution S/RES/955 du Conseil de Sécurité des Nations Unies à sa 3453ème séance, le 8 novembre 1994.

71 TPIY, *Procureur c/Kunarac et consorts*, Ch. d'appel, 12 juin 2002 (IT-96-23&23/1), § 95.

72 TPIR, *Procureur c/ Akayesu*, Ch. 1ère inst. I, 2 septembre 1998, (ICTR 96-4-T), § 579 et note accompagnée 143 : « *Il est une condition sine qua non : l'acte doit s'inscrire dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique et ne saurait être un acte de violence isolé. Toutefois, il n'est pas exigé qu'il revête ce double caractère.* » Note 143 : « *Dans la version originale française du Statut, ces exigences sont cumulatives : «dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique», ce qui relève sensiblement le seuil d'application de cette disposition. Dans la mesure où le droit international coutumier se borne à exiger que l'attaque soit généralisée ou systématique, il y a tout lieu de croire que la version française souffre d'une erreur de traduction* ».

73 TPIR, *Procureur c/ Bagilishema*, Ch. 1ère inst. I, 7 juin 2001, (ICTR-95-1A-T), §77.

c'est que « *chacune de ces deux conditions, est de nature à entraîner l'exclusion des actes inhumains perpétrés de manière isolée, tout aussi bien que des crimes commis de manière fortuite ou encore, à des fins purement personnelles.*[74] » Par la suite, le TPIY a soutenu cette position[75].

Le Statut de la CPI n'est porteur quant à lui d'aucune ambiguïté. L'article 7 mentionne clairement « *une attaque généralisée ou systématique* ». Il définit l'attaque comme « *le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque*[76] ». Les *Eléments des crimes* précisent que les actes ne doivent pas nécessairement constituer une attaque militaire[77].

Il est donc nécessaire d'examiner ce qu'il faut entendre par une attaque *généralisée* ou *systématique*. Les critères pour caractériser chacune des deux situations ne sont pas toujours faciles à déterminer.

Dans l'affaire *Blaskic*, le TPIY a considéré qu':

> « *en pratique, ces deux critères seront souvent difficiles à séparer l'un de l'autre : une attaque d'ampleur qui vise un grand nombre de victimes repose généralement sur une forme quelconque de planification ou d'organisation. Le critère quantitatif n'est, en effet, pas objectivement définissable : ni les textes internationaux, ni la jurisprudence, qu'elle soit internationale ou interne, ne fournissent de seuil à partir duquel le crime contre l'humanité est réalisé.* »[78] Nombre d'auteurs ont d'ailleurs souligné qu'un acte commis contre une seule personne pouvait constituer un crime contre l'humanité[79].

Dans le jugement *Akayesu*, le TPIR a précisé que :

> « *Le caractère «généralisé» résulte du fait que l'acte présente un caractère massif, fréquent, et que, mené collectivement, il revêt une gravité considérable et est dirigé contre une multiplicité de victimes. Le caractère «systématique» tient, quant à lui, au fait que l'acte est soigneusement organisé selon un modèle régulier en exécution d'une politique concertée mettant en œuvre des moyens publics ou privés considérables.*»[80].

En synthèse, l'on peut donc avancer qu'une attaque *généralisée* est une attaque massive (d'envergure), fréquente, menée collectivement et dirigée contre une multiplicité de victimes, alors qu'une attaque *systématique* est celle qui est perpétrée sur la base d'une politique ou d'un plan préconçu.

---

74 TPIR, *Procureur c/ Kayishema et Ruzidana*, Ch. 1ère inst., 21 mai 1999, (ICTR-95-1), §123

75 TPIY, *Procureur c/ Jelisic*, Chambre 1ère inst. I, 14 décembre 1999, (IT-95-10-T) §§ 53-57 et *Procureur c/Blaskic*, Ch.1ère inst. I, 3 mars 2000, (IT-95-14), § 207 qui réfère aux différents jugements du TPIR, entre autres Akayesu.

76 Article 7.2. a) du Statut de Rome.

77 Article 7. Introduction. 3 des *Eléments des crimes*.

78 TPIY, *Procureur c/ Blaskic*, op. cit., §.207.

79 Voir notamment E. David, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., §. 656.

80 TPIR, *Procureur c/ Akayesu*, op.cit., §580 et confirmé dans l'affaire *Procureur c/ Kayishema et Ruzidana*, op.cit., §123.

L'on peut concrètement se demander ce qu'il faut entendre par la politique ou le plan préconçu d'un Etat ou d'une organisation.

Dans l'affaire *Akayesu*, le TPIR considère qu'il s'agit d'une politique « *mettant en œuvre des moyens publics ou privés considérables. Il n'est nullement exigé que cette politique soit officiellement adoptée comme politique d'Etat. Il doit cependant exister une espèce de plan ou de politique préconçus* »[81]. Le TPIY a confirmé qu'il n'était pas nécessaire que la politique soit « *énoncée formellement* »[82].

D'après Mario Bettati, il faut que soit établi, au delà de tout doute raisonnable, que l'acte commis exprime un dessein, traduise un calcul, « *révèle une préméditation politique, idéologique ou dogmatique, ... une visée délibérée* »[83]. Eric David souligne quant à lui que « *toute politique suppose une concertation et une planification préalables* »[84].

Selon les *Eléments des crimes* du Statut de la CPI, « *pour qu'il y ait 'une politique ayant pour but une telle attaque', il faut que l'Etat ou l'organisation favorise ou encourage activement une telle attaque contre une population civile* ». Une note de bas de page précise :

> « *La politique qui a pour but une attaque contre la population civile en tant que telle se manifeste par l'action d'un Etat ou d'une organisation. Dans des circonstances exceptionnelles, une telle politique peut prendre la forme d'une abstention délibérée d'agir, par laquelle l'Etat ou l'organisation entend consciemment encourager une telle attaque. On ne peut inférer l'existence d'une telle politique du seul fait que l'Etat ou l'organisation s'abstienne de toute action* »[85].

Il s'agit à présent d'examiner la manière dont les juridictions militaires congolaises ont interprété les dispositions du Statut concernant le caractère *généralisé* ou *systématique* d'une attaque, et ce à la lumière de la jurisprudence des TPI.

Selon la jurisprudence des juridictions militaires congolaises

Dans l'affaire *Songo Mboyo*, la défense a demandé au TMG de Mbandaka de ne pas retenir la qualification de crime contre l'humanité au motif que les viols n'auraient pas été commis « *en application ou dans la poursuite de la politique de la République Démocratique du Congo ou du Mouvement de Libération National ou de toute autre organisation. C'était plutôt la résultante du mécontentement de militaires ...* ». Les juges n'ont pas suivi cet argumentaire. En basant leur raisonnements sur les grands principes dégagés par les Tribunaux internationaux *ad hoc*, ils ont déterminé que :

81 TPIR, *Procureur c/ Akayesu*, op.cit., § 580.
82 TPIY, *Procureur c/ Tadic*, Ch.1ère inst. II, 7 mai 1997, (affaire n°IT-94-1), §.653.
83 M. Bettatti, *Le crime contre l'humanité*, pp.300-301, *in Droit international pénal*, sous la direction de H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, op.cit.
84 E. David, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., § 4.136a, p. 657.
85 Article 7.Introduction, §3 et note de bas de page n°6 des *Eléments des crimes*.

> « *L'attaque généralisée doit se distinguer de l'attaque systématique ; en effet, si la première présente un caractère massif par la pluralité des victimes et que menée collectivement présente une gravité extrême, la deuxième, quant à elle, implique la nécessité d'un plan préconçu ou une politique [...] L'attaque généralisée tient du fait de la pluralité des victimes, celle systématique tient du fait que l'acte est soigneusement organisé selon un modèle régulier en exécution d'une politique concertée mettant en œuvre des moyens publics ou privés considérables [...] Il n'existe pas un critère quantitatif ou un seuil à partir duquel le crime contre l'humanité est réalisé. Il appartient au juge de fond d'en apprécier* »[86].

Ainsi, ils en ont conclu que *« dans le cas sous examen, la pluralité des victimes prises dans le contexte de la réalisation du crime suffit pour caractériser l'aspect généralisé de l'attaque* » [87].

En appel, la Cour Militaire de l'Equateur a confirmé le caractère *généralisé* de l'attaque en rappelant « *qu'il a été jugé que le caractère généralisé peut résulter du fait que l'acte présente un caractère massif, fréquent, et que, mené collectivement, il revêt une gravité considérable et est dirigé contre une multiplicité de victimes (chambre première instance, 6 décembre 1999, page 69, MUSOMA, TPIR)* »[88].

Comme le TMG et la Cour Militaire, l'on se doit de reconnaître que le nombre élevé de victimes et le fait que les auteurs ont agi en groupe fondent *de facto* les caractères *massifs* et *collectifs* de l'attaque. En revanche, le caractère fréquent, également requis pour caractériser une attaque de *généralisée,* n'est pas nécessairement envisagé selon un critère de répétition dans le temps par les juges congolais, puisqu'en l'espèce tous les crimes ont été commis le même soir.

Dans l'affaire des *Mutins de Mbandaka*, le Tribunal Militaire de Garnison, se basant sur la jurisprudence du TPIR, rappelle que «*l'attaque doit être généralisée ou systématique et pas les deux à la fois [...]Le caractère généralisé tient du fait que l'acte présente un caractère massif, fréquent [...] mené collectivement [...]et est dirigée contre une multiplicité de victimes* »[89]. En appel, la Cour Militaire de l'Equateur a retenu la même définition du caractère généralisé de l'attaque[90].

Dans ces deux affaires, les juges congolais ont tenté de définir si l'attaque était généralisée ou systématique. En l'espèce, ils ont considéré que c'est le caractère *généralisé* qui devait être pris en considération ; sans qu'aucun élément de preuve spécifique ne soit toutefois invoqué pour étayer leur décision. Ils se sont contentés d'indiquer qu'en l'absence d'un quelconque critère quantitatif ou d'un nombre minimal de victimes requis, il appartenait souverainement au juge d'en décider. Aucun des jugements précités ne nous éclaire sur les éléments précis (nombre de victimes, nombre d'attaques, ...) qui ont été identifiés et retenus pour qualifier l'attaque.

86 TMG de Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo*, op.cit., p. 34.
87 Ibid., p. 34.
88 CM de l'Equateur, Affaire *Songo Mboyo*, op.cit., p. 27.
89 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, op.cit., p. 23.
90 CM de l'Equateur, Affaire *Mutins de Mbandaka*, p. 14.

Au contraire, dans l'affaire *Kahwa* le TMG de l'Ituri a fait montre d'une plus grande rigueur sur cette question en détaillant quelques éléments matériels pour qualifier l'attaque de *généralisée* :

> « *le comportement des milices du PUSIC faisait partie d'une attaque généralisée* [...] *l'ampleur de l'attaque était vaste et à grande échelle* [...] *contre la population civile* [...] *l'élément 'attaque généralisée' est ici pris en compte par rapport à la grande échelle de l'attaque matérialisée par l'effectif des armes lourdes, armes légères, effectifs de plusieurs hommes tous habillés en tenue militaire et détenant des motorolats* [...], *faisant la force de la milice PUSIC* [...]*la grande échelle de l'attaque est aussi matérialisée par le nombre élevé des victimes*[...]*tel que dénoncé ici par les dépositions des victimes à l'audience et par un rapport de l'ONG Human Rights* [*Watch*] *versé au dossier du ministère public* »[91].

Dans ce cas d'espèce, les conditions d'une attaque *généralisée* semblent être réunies. Le tribunal aurait également pu se référer à la fréquence des attaques, telle qu'elle ressort des faits.

L'on notera au passage que les jugements *Songo Mboyo*[92] et *Mutins de Mbandaka*[93] mentionnent à tort « *les moyens utilisées par les agents* » comme un élément constitutif de crimes de guerre. L'on peut supposer que les juges ont commis cette erreur parce qu'ils étaient animés de la nécessité de prendre en compte l'examen des moyens utilisés pour qualifier l'attaque. Fort heureusement, cette erreur ne figure plus dans les décisions en appel.

En ce qui concerne l'existence d'un élément de planification, il a déjà été vu que le Tribunal a rejeté dans l'affaire *Songo Mboyo* l'argument de la défense selon lequel l'attaque doit s'inscrire dans les plans ou la politique d'un Etat ou d'une organisation pour être *généralisée*[94].
Le TMG de l'Ituri a suivi la même voie dans l'affaire des *Mutins de Mbandaka.* En appel, suite à un argument soulevé par la défense qui soulignait « *l'absence d'une organisation ayant pour but une telle attaque* »[95], la Cour Militaire de l'Equateur a été plus circonstanciée que la juridiction de premier degré en jugeant que « *l'organisation se dégage des actes posés pour atteindre le but notamment le casse du dépôt d'armement du camp Bokala pour lancer une attaque généralisée contre la population. Il s'agit d'une organisation circonstancielle due au décès du Sergent Alia Charles* »[96]. Cette interprétation flexible vis-à-vis du concept d'*organisation* se réfère à la jurisprudence *Tadic* du TPIY qui précise que la « politique » ne doit pas être énoncée formellement et suggère que dans certaines circonstances, l'existence d'une politique peut être déduite de la façon dont les actes ont été menés[97]. La révolte de militaires à Mbandaka ne présente sûrement pas le même degré de planification que l'épuration ethnique en ex-Yougoslavie, mais l'on

91 TMG de l'Ituri, Affaire *Kahwa*, op.cit., p. 25-26.
92 TMG Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo*, op. cit., p.26.
93 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, op.cit., p.19.
94 TMG Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo*, op. cit., p. 34.
95 CM de l'Equateur, Affaire *Mutins de Mbandaka*, p. 13.
96 Ibid., p. 14.
97 TPIY, *Procureur c/Tadic*, op.cit., § 653.

peut surtout retenir de cette décision que la position adoptée par la Cour militaire, qui a recherché les éléments établissant le caractère « organisé » de l'attaque, est davantage en conformité avec l'article 7.2.a) du Statut de Rome qui énonce sans équivoque la condition : « *en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* ».

Pour terminer, la décision de renvoi du chef Maï-Maï *Gédéon* devant le TMG du Haut-Katanga pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre[98] peut ici être citée. Le détail des préventions mises à la charge du prévenu et la description de crimes fréquents impliquant un très grand nombre de victimes laissent peu de doutes sur le fait que l'auditeur militaire a considéré à juste titre que ces évènements s'inscrivaient dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique.

En conclusion, il convient de remarquer que les juridictions congolaises ne procèdent pas à une analyse stricte des faits qui démontrerait que, conformément à l'article 7.2 du Statut l'attaque a été menée « *en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* ». Même dans l'affaire *Kahwa*, où les faits permettent sans doute de déduire une forme de planification, les juges n'ont pas démontré cette planification grâce à une analyse en profondeur, que ce soit au premier degré comme en appel.

A l'avenir, les juges congolais devraient être plus attentifs à cette condition pour retenir la qualification de crime contre l'humanité. L'identification par les juges d'éléments de preuve établissant l'existence d'une organisation, dont les méthodes et moyens suggéreraient une certaine forme de planification, leur permettrait de s'engager sur la voie de la rigueur. Rigueur nécessaire en matière de droit international pénal, puisque tant les principes généraux du droit que l'article 7.1 de l'*Introduction* des *Eléments des crimes* prônent l'interprétation stricte de la loi pénale.

Enfin, on notera que s'il est vraiment trop difficile pour l'accusation d'établir les éléments de faits qui permettent de qualifier l'attaque de généralisée ou de systématique, elle peut toujours vérifier si les crimes n'ont pas été commis dans le cadre d'un conflit armé. Celui-ci étant parfois plus facile à établir, l'accusation pourrait poursuivre les auteurs pour crimes de guerre.

98 Auditorat militaire près le TMG du Haut-Katanga, Affaire *Gédéon*, 10 juillet 2007, RMP N° 0468/MAK/2007.

B. Lancée contre la population civile

Selon le Statut de la CPI et la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*

L'article 7.1 du Statut de Rome énonce que l'attaque doit être lancée contre « *une population civile* », pour être constitutive d'un crime contre l'humanité. L'article 7.2 précise qu'il doit s'agir d'une « *population civile quelconque* ».
L'on relèvera tout d'abord que le terme « population » implique des crimes de nature collective, excluant des actes individuels ou isolés[99].

Par contre, il n'est pas nécessaire que toute la population ait été touchée. Le TPIY s'est prononcé en ce sens dans l'arrêt *Stakic* :

> « *[…] Il suffit de démontrer qu'un nombre suffisant d'individus ont été pris pour cible au cours de l'attaque, ou qu'ils l'ont été d'une manière telle que la Chambre est convaincue que l'attaque était effectivement dirigée contre une population civile, plutôt que contre un nombre limité d'individus choisis au hasard. En outre, l'expression 'dirigée contre' doit être interprétée comme signifiant que la population civile doit être la cible principale de l'attaque* »[100].

L'on retiendra également que les termes « population civile » doivent être interprétés largement[101] et que la présence de certaines personnes non civiles ne disqualifie pas la qualification de l'infraction[102].

Enfin, il ressort clairement de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* que les combattants et les personnes appartenant à un mouvement de résistance (en uniforme ou non), mais qui ne participent plus aux hostilités au moment de la réalisation des crimes (c'est-à-dire *hors de combat* parce que prisonniers, blessés, …), sont également assimilés à des civils[103].

La jurisprudence des juridictions militaires congolaises

Les juges congolais qui ont retenu la qualification de crime contre l'humanité ont énoncé de manière similaire la façon dont le concept de *population civile* devait être interprété. S'il est constaté que les attaques étaient clairement dirigées contre cette catégorie de population, toutefois peu de jugements laissent transparaitre un grand souci d'appliquer l'interprétation donnée aux faits précis de la cause.

---

99 P. Currat, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Faculté de droit de Genève, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2006, p. 106 et énumération des jugements en note de bas de page 64 et 65.
100 TPIY, *Procureur c/ Stakic*, Ch. 1ère inst. II, 31 juillet 2003, (IT-97-24), § 624.
101 P. Currat, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour Pénale Internationale*, op. cit., p.107.
102 TPIY, *Procureur c/ Blaskic*, op.cit., §214. **Cette jurisprudence se fonde sur l'article 50 al. 3 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux.**
103 TPIY, *Procureur c/ Jelisic*, op.cit., § 54 et *Procureur c/Tadic*, op.cit., §639. Le TPIR a adopté la même position dans les affaires *Procureur c/ Akayesu*, op.cit., § 582 et *Procureur c/ Kayishema*, op.cit., § 128.

Le jugement de *Songo Mboyo* affirme ainsi :

> « *Par la population civile il faut entendre les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités y compris les membres des forces armées qui ont déposés les armes et les personnes qui ont été mises hors combats. Mieux, la population civile vise les crimes d'une nature collective et exclus de ce fait des actes individuels des crimes au regard de la législation nationale, n'atteignant pas le degré d'importance de crime contre l'humanité* ».

En appliquant cette interprétation aux faits, les juges se contentent de dire que « *dans les cas sous examen, les victimes de viol de SONGOMBOYO par leur nature et par la réalisation du crime répondent à la définition de la population civile, objet de l'attaque* »[104]. En appel, la Cour Militaire de l'Equateur n'a pas examiné si l'attaque avait bel et bien visé la population civile, et ce alors même qu'elle avait rappelé qu'il s'agissait d'un élément constitutif du crime contre l'humanité[105].

Dans l'affaire des *Mutins de Mbandaka*, le jugement répète et confirme que « *par la population civile, il faut entendre les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités y compris les membres des Forces Armées qui sont hors combat* »[106]. A nouveau, les juges n'ont pas examiné si les faits de la cause correspondaient précisément à cette interprétation. Le jugement note toutefois que « *le terme civil doit être interprété de façon plus large comprenant la population d'un territoire, ou d'une ville à l'instar des quartiers de BONGONDJO et MBANDAKA II, quartiers environnant au CBR/BOKALA* »[107]. En appel, la Cour se montre plus explicite en relevant que les différents viols ont été commis sur « la population féminine » de certains quartiers[108].

Le jugement *Kahwa* au premier degré, se contente lui aussi d'énoncer que l'attaque « *a été commise contre la population civile qui ne participe pas aux hostilités, c'est-à-dire qui ne devait pas être considérée comme cible, n'ayant ni arme, ne contenant et ne protégeant aucun militaire ou cible militaire* »[109].

A l'avenir, l'on peut donc espérer que les magistrats s'attacheront davantage à établir clairement, dans les jugements rendus en la matière, les éléments de preuve qui établissent que l'attaque a été dirigée contre la population civile.

104 TMG de Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo*, op.cit., p. 35.
105 CM de l'Equateur, Affaire *Songo Mboyo*, p. 26.
106 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, op.cit., p. 24.
107 Ibid.
108 CM de l'Equateur, Affaire *Mutins de Mbandaka*, op.cit., p. 12
109 TMG de l'Ituri, Affaire *Kahwa*, op.cit., p. 27.

C. La connaissance de cette attaque et l'intention d'y participer

Selon le Statut de la CPI et la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*

L'article 30 du Statut de Rome définit l'élément moral (psychologique) des crimes :

1. « 1. *Sauf disposition contraire, nul n'est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance.*
2. *Il y a intention au sens du présent article lorsque :*
   a) Relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement ;
   b) Relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements.
3. *Il y a connaissance, au sens du présent article, lorsqu'une personne est consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. «Connaître» et «en connaissance de cause» s'interprètent en conséquence.* »

L'élément moral englobe deux aspects complémentaires: l'intention et la connaissance.

Pour établir ces deux conditions dans la poursuite d'un crime contre l'humanité, il est nécessaire d'établir un lien entre l'acte criminel de l'auteur et l'attaque généralisée ou systématique contre une population civile[110]. Plusieurs conditions doivent être réunies :

- l'acte criminel doit faire partie de l'attaque ;
- l'auteur doit vouloir adopter le comportement criminel (intention) ;
- l'auteur doit savoir que l'attaque est menée contre la population civile (connaissance).

L'article 7 du Statut comprend une référence expresse à la « *politique d'un Etat ou d'une organisation* ». La connaissance et l'intention de l'auteur doivent donc aussi porter sur cet élément de planification[111]. L'auteur doit savoir que l'attaque est menée par l'Etat ou une organisation ayant pour but une telle attaque, et doit connaître la politique ou le plan de l'Etat ou de l'organisation qui mène cette attaque[112].

Le TPIR a considéré que l'auteur du crime doit commettre le crime en connaissance de cause, c'est-à-dire qu'il doit comprendre le contexte général criminel dans lequel s'inscrit son acte[113]. Le TPIY a considéré que l'accusé doit avoir l'intention de commettre l'infraction[114], mais que ses motivations de prendre part à l'attaque ne doivent pas être prises en considération. Il

110 P. Currat, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour Pénale Internationale*, *op. cit*, p.111-112.
111 Ibid, p. 112.
112 Ibid, p.115.
113 TPIR, *Procureur c/Kayishema et Ruzidana*, op.cit., §§133-134.
114 TPIY, *Procureur c/Vasiljevic*, Ch. 1ère inst., 29 novembre 2002, (IT-98-32), § 37.

n'est pas nécessaire qu'il « partage » les objectifs de l'attaque[115]. Le fait que l'auteur ait eu l'intention de diriger son acte contre la population ou contre sa victime n'est pas pertinent, c'est l'attaque, et pas les actes de l'accusé, qui doit être dirigée contre la population ciblée. L'accusé doit seulement savoir que son acte fait partie de l'attaque[116]. Pour condamner un suspect pour crimes contre l'humanité, il faut donc prouver que les crimes étaient liés à l'attaque sur une population civile et que l'accusé le savait[117]. La connaissance du risque que son acte puisse faire partie d'une telle attaque est en réalité suffisante et ce indépendamment de sa connaissance des détails de celle-ci[118].

Jurisprudence des juridictions militaires congolaises

Les jugements analysés dans le cadre de cette étude témoignent d'une assez bonne connaissance théorique des conditions d'*intention* et de *connaissance*. A l'instar des observations sur les éléments matériels, les juges ont tendance à ne pas présenter les éléments de preuve qui ont été considérés comme pertinents par la juridiction.

Dans l'affaire *Songo Mboyo*, les juges ont rappelé :

> « *Il y a intention au sens du présent statut lorsque relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement et relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendrait dans le cours normal des événements ; [...] L'agent doit être conscient que son acte faisait partie d'une attaque généralisée lancée contre la population civile ou entendait qu'il* [en] *fasse partie. En effet, l'auteur du crime contre l'humanité doit avoir agi en connaissance de cause. C'est-à-dire que l'agent doit comprendre le contexte général dans lequel s'inscrit son acte* »[119].

Afin de vérifier que ces éléments étaient en l'espèce réunis, les juges énoncent laconiquement que « *dans le cas sous examen, les prévenus connaissaient, chacun en ce qui le concerne, que les actes cruels posés s'inscrivaient dans le cadre d'une attaque généralisée que les éléments du 9ème Bataillon infanterie avaient lancé sur la population civile de SONGOMBOYO* »[120]. Le jugement ne fournit aucune information sur les éléments de preuves qui ont été utiles pour tirer cette conclusion. En appel, la Cour militaire n'a pas relevé la faiblesse du raisonnement des juges et n'a pas, elle non plus, précisé les éléments de preuve retenus pour établir l'élément moral.

Le jugement rendu dans l'affaire des *Mutins de Mbandaka* suit le même raisonnement, en établissant que « *l'auteur du crime contre l'humanité doit avoir agi en connaissance de cause et*

115 TPIY, *Procureur c/Tadic*, Ch. d'appel, 15 juillet 1999, (affaire n° IT-94-1-A), §§ 248 et 252, et confirmé dans l'affaire *Procureur c/Kunarac, Kovac et Vokovic*, Ch. d'appel, 12 juin 2002, (IT-96-23&23.1), § 103.
116 Ibid.
117 TPIY, *Procureur c/Tadic*, Chambre d'appel, op.cit., § 271.
118 TPIY, *Procureur c/Kunarac, Kovac et Vokovic*, op.cit., § 102.
119 TMG de Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo,* op.cit., p. 35.
120 Ibid.

librement ». Le tribunal s'appuie sur le fait que « *chacun des prévenus ont reconnus avoir connaissance que les actes posés par eux faisaient parties de l'attaque généralisée lancée par les insurgés contre la population civile* »[121]. En appel, la Cour souligne que la planification est un élément constitutif et constate que « *les appelants (...) ont reconnu avoir fait partie des militaires insurgés qui ont attaqué la population civile (...) ils ont reconnu avoir été porteurs d'armes dont ils se sont servis pour agresser les civils* »[122]. Ceci constitue donc l'aveu qui a permis aux juges d'établir l'élément intentionnel.

Dans le jugement *Kawha*, les juges n'abordent pas l'aspect intentionnel et procèdent uniquement à la vérification des faits en ce qui concerne la *connaissance* :

> « *En l'occurrence, le prévenu Kahwa était au courant de l'attaque de Zumbe, car il contrôlait tout ce secteur ; que sa qualité de Chef de collectivité et Chef de milice PUSIC, et après avoir été ministre de la défense d'une autre milice l'UPC ne pouvait pas le mettre dans une situation d'ignorance de l'attaque engagée par les membres du PUSIC à Zumbe et, par-dessus tout, les conseils du prévenu confirment que cette attaque de Zumbe était dans le cadre d'une contre attaque organisée et commandée par le prévenu* »[123].

Par conséquent, il est essentiel de souligner sur la nécessité d'établir plus fortement l'existence de l'élément moral en recherchant les éléments de preuves qui permettent d'établir que les conditions d'*intention* **et de** *connaissance* **sont bien réunies en l'espèce.**

Ces conditions pourraient notamment être recherchées dans les ordres écrits, dans les témoignages des supérieurs hiérarchiques, des subalternes ou des autres combattants ou de la population civile ; elles pourraient également être déduites de l'attitude ou des agissements des auteurs. Dans ce cas précis, il est d'autant plus important que les juges expliquent clairement leur raisonnement et les éléments de preuve qui le fonde.

1.1.3. Les crimes contre l'humanité par meurtre – éléments constitutifs

A. Le Statut de la CPI, les « Eléments des Crimes » et la jurisprudence des TPI

L'article 7 du Statut de Rome cite le *meurtre* comme un acte constitutif de crime contre l'humanité. Les *Eléments des crimes* précisent quant à eux les conditions à établir et confirment la position adoptée par les tribunaux ad hoc:

121 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, op.cit., p. 25.
122 CM de l'Equateur, Affaire *Mutins de Mbandaka*, op.cit., p. 14.
123 TMG de l'Ituri, Affaire *Kahwa*, op.cit, p. 26.

1. *« L'auteur a tué une ou plusieurs personnes.*
2. *Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.*
3. *L'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie. »*

Une note de bas de page précise que « *le terme « tué » est interchangeable avec l'expression « causé la mort de ». La présente note s'applique à tous les éléments qui utilisent l'une de ces deux expressions* ». On constate immédiatement que même si l'auteur doit avoir eu l'intention de participer à l'attaque contre la population civile dans le cadre d'un plan général, il n'est pas nécessaire qu'il ait planifié le meurtre de la victime, ni qu'il ait lui-même donné la mort.

En ce qui concerne l'élément intentionnel, l'article 30 du Statut exige que l'auteur ait agi avec intention et connaissance. Dans le cas du meurtre, l'auteur doit donc avoir eu l'intention d'adopter un comportement en étant conscient que ce comportement provoquera la mort de la victime au cours normal des évènements. Il est peu probable que celui qui infligerait intentionnellement à sa victime des atteintes graves à son intégrité physique, sans être conscient que ces actes peuvent provoquer la mort de ladite victime, puisse être condamné pour meurtre[124].

Il est inutile de revenir sur le caractère général ou systématique de l'attaque, ainsi que sur l'élément intentionnel, ces sujets ayant déjà fait l'objet d'une analyse dans le cadre de la section précédente de ce chapitre.

La jurisprudence du TPIR est quelque peu confuse en raison d'une divergence entre les versions anglaise et française du Statut du TPIR[125]. Le tribunal définit le meurtre comme l'intention illégale de donner la mort[126]. Pour qu'un accusé soit reconnu coupable de meurtre, il faut que dans le cadre d'un comportement illégal, il ait: (1) causé la mort d'une victime, (2) par un acte ou une omission prémédités, (3) avec l'intention de tuer une personne ou avec l'intention de provoquer des atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne[127].

Le tribunal souligne dans plusieurs décisions que l'élément de préméditation est obligatoire pour considérer qu'il y a eu crime contre l'humanité mais que l'intention préalable ne doit pas avoir existé longtemps à l'avance ; un moment de calme réflexion est jugé suffisant[128]. Le fait que l'accusé ait eu l'intention de tuer des civils au cours de l'attaque généralisée ou systématique suffit[129]. Cependant, cette position est contredite par une autre décision du

124 P. Currat, *op. cit.*, p. 149.
125 L'article 3.a) du Statut du TPIR, version française utilise le terme « *assassinat* », alors que la version anglaise utilise le terme « *murder* ». Or on sait que, contrairement au meurtre, l'assassinat requiert un élément de préméditation.
126 TPIR, *Procureur c/Akayesu*, op.cit., § 589.
127 Voir notamment TPIR, *Procureur c/Kayishema et Ruzidana*, op.cit., §§136-140.
128 TPIR, *Procureur c/ Kayishema et Ruzidana*, ibid., §§137-140 et *Procureur c/ Semanza*, Chambre de 1ère inst., 15 mai 2003, (ICTR-97-20-T), §§ 334-339.
129 TPIR, *Procureur c/ Semanza*, op.cit., §§ 334-339.

tribunal qui considère qu'en vertu du droit international coutumier, c'est le meurtre, et non l'assassinat, qui constitue un crime contre l'humanité[130].

La jurisprudence du TPIY retient également le meurtre, et non l'assassinat, comme constitutif de crime contre l'humanité. Les éléments constitutifs du meurtre sont :

- « *Le décès de la victime ;*
- *résultant d'un acte ou d'une omission de l'accusé ou de son subordonné;*
- *alors que l'accusé ou son subordonné était animé de l'intention de donner la mort à la victime ou de porter des atteintes graves à son intégrité physique, dont il ne pouvait que raisonnablement prévoir qu'elles étaient susceptibles d'entraîner la mort* »[131].

Il faut que l'intention de l'auteur soit de tuer ou d'infliger des atteintes graves à l'intégrité physique de sa victime sans égard pour sa vie[132].

B. Le Code pénal militaire congolais

L'article 169 du Code pénal militaire cite le meurtre comme un des actes constitutifs de crime contre l'humanité, s'il est commis dans le cadre d'une « *attaque généralisée ou systématique lancée sciemment contre la République ou contre la population* ».

C. La jurisprudence des tribunaux congolais

Dans l'affaire *Songo Mboyo*, des militaires ont été condamnés pour crime contre l'humanité en raison d'actes de viol et non de meurtre. La décision en appel relève pourtant que, notamment selon le rapport d'un gynécologue requis par le ministère des droits humains, « *plusieurs femmes ont été violées et l'une d'elles, la nommée* EUGENE BONYOLE *était décédée des suites de viol* »[133]. Compte tenu des précisions inscrites dans les *Eléments des crimes* (« *avoir causé la mort* »), les auteurs de ce viol auraient donc également pu être poursuivis pour meurtre si l'on avait pu établir qu'ils ne pouvaient pas raisonnablement ignorer que le viol pouvait causer, même à terme, le décès. A cet égard, le fait que l'auteur du viol sache qu'il est atteint du VIH pourrait ouvrir la voie à une condamnation pour meurtre puisque le virus est susceptible de causer la mort.

Dans l'affaire des *Mutins de Mbandaka*, après avoir rappelé que « *le meurtre quant à lui s'entend comme le fait pour l'agent de donner volontairement la mort à une personne humaine* », le TMG précise que « *dans le cas sous examen les témoignages, les renseignements ainsi que les pièces versées au dossier*

130 TPIR, *Procureur c/Akayesu*, op.cit., § 588.
131 TPIY *Procureur c/ Blaskic*, op. cit., § 217.
132 P. Currat, op. cit., p. 148.
133 CM de l'Equateur, Affaire *Songo Mboyo*, op.cit., p. 17.

prouvent à suffisance le décès de plusieurs personnes dont BOONGO NDJOLI (...) »[134]. Le tribunal constate ensuite que si *« le meurtre est établi dès lors qu'il y a réunion des éléments matériels et intellectuels »*, cette dernière exigence ne serait pas toujours requise en droit international[135]. Il se réfère explicitement à l'affaire *Banovic*[136], dans laquelle le TPIY a considéré que le meurtre est établi même lorsque l'intention de donner la mort fait défaut. L'interprétation de cette jurisprudence internationale par le juge congolais est à nuancer puisque l'élément moral est au moins présent dans la connaissance qu'a l'auteur de participer à une attaque généralisée ou systématique contre une population civile.

En revanche, en appel de cette décision, la Cour militaire ne prend pas les faits de meurtres (mais bien les viols) en considération pour établir les crimes contre l'humanité[137]. Elle ne justifie pas cette « omission », alors pourtant qu'elle a constaté que « *lors de cette agression on a déploré la mort des personnes suivantes dont* [noms des victimes], *les prévenus sus identifiés savaient qu'en utilisant des armes de guerre pour venger un des leurs, ils donneraient la mort aux civils »*[138].

Dans l'affaire *Kahwa*, le principal prévenu est notamment poursuivi pour avoir commis un crime contre l'humanité par meurtres. En l'espèce, le tribunal relève que : « *le prévenu n'a pas été vu par les victimes en train de tuer mais que les miliciens qui sont venus les agresser à ZUMBE le 15 et 16 octobre 2002 étaient les membres de la milice PUSIC commandée par le prévenu KAWA [...] car l'attaque de ce jour là provenait de trois axes [...]que ces secteurs sont alors sous contrôle de la milice du prévenu et il ressort de l'instruction que plusieurs personnes civiles ont trouvé la mort ce jour »*[139].

En l'occurrence, le statut de commandant de la milice qui contrôlait la zone dont provenaient les attaques, du principal prévenu, conduit le tribunal à condamner ce dernier pour ces meurtres. Même si les magistrats auraient pu davantage préciser les éléments de preuve qui établissent que les miliciens ont bien commis les meurtres et ont agi sous le commandement du prévenu, l'on peut relever avec intérêt que les juges ont considéré que le prévenu était l'auteur d'*actes qui ont causé la mort* des victimes, et ce même s'il ne les a pas accomplis lui-même. Cette nouveauté jurisprudentielle constitue en la matière une réelle avancée, qui mérite d'être ici soulignée.

134 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, p. 19.
135 Ibid.
136 TPIY, *Procureur c/Banovic*, Ch. 1ère inst., 28 octobre 2003, (IT-02-65/1-3), note 93 : « *Il va sans dire que l'intention spécifique de donner la mort n'est pas un élément requis pour qu'un accusé soit reconnu coupable de meurtre en tant que crime contre l'humanité en vertu du droit international coutumier. Voir par exemple Jugement Vasiljevic, par. 205 ; Jugement Krnojelac, par. 324 ; Le Procureur c/ Kvocka et consorts, Jugement, affaire n° IT-98-30/1-T, 2 novembre 2001, par. 132 ; Le Procureur c/ Krstic, Jugement, affaire n° IT-98-33-T, 2 août 2001, par. 485 ; Le Procureur c/ Kordic et Cerkez, Jugement, affaire n° IT-95-14/2-T, 26 février 2001, par. 235 et 236 ; Jugement Kupreskic, par. 560 et 561 ; Le Procureur c/ Blaskic, Jugement, affaire n° IT-95-14-T, 3 mars 2000, par. 217 ; Le Procureur c/ Jelisic, Jugement, affaire n° IT-95-10-T, 14 décembre 1999, par. 35 ; Jugement Celebici, par. 422 et 439.* »
137 « *En effet, dans le cas d'espèce, ce sont les différents viols commis massivement sur la population féminine du quartier (...) qui constituent l'infraction de crime contre l'humanité* », CM de l'Equateur, Affaire *Mutins de Mbandaka*, op.cit., p. 12.
138 Ibid., p. 14.
139 TMG de l'Ituri, Affaire *Kahwa*, op.cit., p. 25.

En conclusion, il faut noter que si les juges congolais maîtrisent les avancées jurisprudentielles des tribunaux internationaux ad hoc, peu de jugements précisent par contre quels sont les éléments de preuve qui ont été retenus pour établir le décès, rechercher ses causes, et identifier l'auteur des faits avec certitude.

Les éventuels témoignages, aveux, éléments matériels, ou rapports d'experts (tels que les autopsies) devraient être systématiquement mentionnés dans le prononcé de la décision. Il peut toutefois être noté que selon la jurisprudence du TPIY, la preuve de la mort de la victime ne signifie pas que le corps soit retrouvé ou identifié[140]. La mort de la victime peut être établie à la lumière des circonstances de l'espèce et de l'ensemble des éléments de preuve présentés à l'audience, tels que, par exemple, des preuves de mauvais traitements de la victime, le climat général de violence sur le lieu de commission du meurtre, le temps écoulé depuis la disparition de la personne, et l'absence de contacts avec des proches.

En outre, il est du ressort des juges de s'attacher à établir tous les éléments constitutifs du crime tels qu'énumérés par l'article 7 du Statut et dans les Eléments des crimes, en s'appliquant particulièrement à s'assurer que c'est, sans doute possible, le prévenu qui a causé la mort (même sans intention de la donner).

1.1.4. Les crimes contre l'humanité par viol – éléments constitutifs

A. Le Statut de la CPI et les « Eléments des Crimes »

L'article 7 du Statut ne donne aucune précision sur la définition du viol. Ce sont à nouveau les *Eléments des crimes* qui remplissent ce rôle en s'inspirant de la définition établie par le TPIR dans l'affaire *Akayesu*[141] :

1. « *L'auteur a pris possession du corps d'une personne de telle manière qu'il y a eu pénétration, même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute partie du corps.*
2. *L'acte a été commis par la force ou en usant à l'encontre de ladite ou desdites ou de tierces personnes de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement.*
3. *Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.*

140 TPIY, *Procureur c/Krnojelac*, Ch. 1ère inst., 15 mars 2002, (IT-97-25), § 326.
141 TPIR, *Procureur c/Akayesu*, op. cit, §§ 596-598.

4. *L'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie.* »[142]

La règle 70 du *Règlement de procédure et de preuve* de la CPI comporte des précisions intéressantes. Elle prévoit notamment que le consentement d'une victime ne peut être déduit de son silence, de son manque de résistance, de ses paroles ou de sa conduite, lorsqu'elle a été forcée ou menacée ou qu'elle n'était pas en état de donner son consentement. La règle précise aussi que la crédibilité, l'honorabilité ou la disponibilité sexuelle d'une victime ou d'un témoin ne peut être déduite de son comportement sexuel antérieur ou postérieur.

En ce qui concerne l'usage de la force, la jurisprudence des tribunaux internationaux *ad hoc* ainsi que la doctrine reconnaissent qu'un environnement coercitif peut suffire à constituer l'emploi de la force. De plus, le viol devant être commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique pour être constitutif d'un crime contre l'humanité, l'environnement coercitif est intrinsèquement présent et ne doit plus être démontré[143].

L'article 169 du Code pénal militaire cite le viol comme un des actes constitutifs de crime contre l'humanité, s'il est commis dans le cadre d'une « *attaque généralisée ou systématique lancée sciemment contre la République ou contre la population* ».

Le 20 juillet 2006, de nouvelles dispositions ont été introduites dans le Code pénal congolais en vue de la répression des crimes d'agressions sexuelles et de viol[144]. Ce texte a été adopté face à la « *nécessité de prévenir et réprimer sévèrement les infractions se rapportant aux violences sexuelles* » et d'adapter la législation congolaise aux « *règles de droit international humanitaire en matière de violences sexuelles* »[145]. Il prévoit notamment que la qualité officielle n'est pas un motif d'exonération, tout comme l'ordre d'un supérieur n'exonère pas l'auteur d'une infraction relative aux violences sexuelles. Ce texte incrimine et définit notamment l'attentat à la pudeur, le viol, d'excitation de mineurs à la débauche, la prostitution forcée, la prostitution d'enfants, l'esclavage sexuel, et les mutilations sexuelles. La définition du viol n'est pas identique à celle contenue dans les *Elements de Crimes* de la CPI, mais témoigne d'une prise en compte beaucoup plus réaliste et équilibrée des cas de viols, notamment en incriminant le viol sur la personne d'un homme. La loi prévoit également des circonstances aggravantes qui imposent une peine plus lourde, notamment lorsque le viol est commis sous la menace d'une arme, sur des personnes détenues ou par des agents publics qui ont abusé de leur fonction. Bien entendu, le principe de non rétroactivité de la loi pénale n'autorise pas les juges à se référer à ce texte pour des faits antérieurs à son entrée en vigueur (1er août 2006) ; mais à l'avenir il devra être invoqué pour toutes les infractions qu'il vise.

142 Article 7.1) g)-1-Viol, des *Eléments des crimes*.
143 Voir à ce sujet P. Currat, *op. cit.*, p. 396.
144 Loi n° 06/18 du 20 juillet 2006, *Journal Officiel*, n° 15 du 1er août 2006.
145 Voir exposé des motifs.

B. La jurisprudence des tribunaux congolais

En octobre 2005, le TMG de Kindu rendait un jugement dans l'affaire *Kalonga*[146], par lequel il condamnait à mort un combattant Maï-Maï qui avait ordonné et participé à l'enlèvement et au viol de dix femmes. Les juges ont retenu l'infraction de crime contre l'humanité, telle que définie par le Code pénal militaire et n'ont pas fait application du Statut de Rome. On notera surtout que l'énumération des éléments constitutifs est entachée d'erreurs et que les juges se sont contentés de l'aveu du prévenu, sans faire état des témoignages des victimes ou d'éventuelles preuves matérielles corroborant les aveux.

Dans l'affaire de *Songo Mboyo*, les militaires étaient notamment poursuivis pour crimes contre l'humanité pour avoir « *commis des viols massifs de femmes* »[147]. Le jugement rendu en première instance se démarque par la qualité et la rigueur du raisonnement des juges sur les préventions de viol. L'on constate qu'ils se sont appliqués à établir les quatre éléments constitutifs de viol, tels que les énumèrent les *Eléments des crimes* du Statut de Rome.

Quant à la définition même de l'acte, le tribunal reconnaît que « *le viol comme acte inhumain se définit différemment selon que l'on se trouve en droit interne ou en droit international. En effet, l'interprétation comprise dans les* Eléments des crimes, *source complémentaire au Statut de Rome, donne au viol une extension très large comprenant ainsi tout acte inhumain à connotation sexo-spécifique* ».[148] L'application directe du Statut de Rome dans l'affaire *Songo Mboyo* a donc permis au TMG de Mbandaka de livrer une interprétation plus large du crime de viol que celle initialement prévue par le droit congolais. Le droit interne congolais n'incriminait à l'époque que le viol commis sur une femme, alors que l'annexe *Eléments des crimes* du Statut de Rome indiquait qu'aussi bien les femmes que les hommes peuvent être victimes de viol[149].

Après avoir rappelé ces éléments, le tribunal a précisé qu'en l'espèce, « *il s'est agit de la conjonction sexuelle, l'intromission du membre viril des agents dans les parties vaginales des victimes* »[150].

La défense des prévenus a tenté de contester le viol en invoquant l'absence de preuve. En réponse, le tribunal a développé un argumentaire assez remarquable sur la difficulté de rapporter la preuve en matière de viol et sur la situation très délicate des victimes, qu'il convient ici de rapporter intégralement :

> « *Attendu cependant que contrairement à la défense l'atteinte sexuelle est une des choses les plus difficiles à signaler à cause du contexte socio-culturel. Dans presque toutes les sociétés, une femme,*

146 TMG de Kindu, Affaire *Kalonga*, RP 011/05, décision du 26 octobre 2005.
147 TMG de Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo*, op.cit., p. 9.
148 Ibid., p. 27.
149 Cela ne veut pas dire pour autant qu'il faut automatiquement s'accorder sur le fait que le TMG ait appliqué directement cette annexe « Eléments de crimes » en droit interne. En effet, ce document n'a pas été incorporé dans l'ordre juridique congolais comme nous en avons décrit les modalités *supra*. Toutefois, il semble que rien n'empêche d'interpréter le Statut de Rome tel que la Cour pénale internationale est encouragée à le faire, ne serait-ce que par souci d'uniformité entre l'interprétation au niveau international et au niveau national.
150 Ibid.

un homme ou un enfant qui porte des allégations des viols, de violence ou d'humiliation sexuelle a beaucoup à perdre et risque de faire l'objet d'énormes pressions ou d'ostracisme de la part des membres de sa famille immédiate et de la société en général ;
Compte tenu de son caractère d'intimité et d'humiliation il paraît trop difficile de réunir pour la réalisation du crime autant des témoignages possibles, c'est ainsi, au regard de cette difficulté de la victime de l'infraction passe pour premier témoin parce que ayant vécu elle même le fait ;
S'agissant de la faillibilité de certains témoignages des victimes d'agression sexuelle il est vrai que les victimes pour éviter de revivre les moments pénibles ou encore par gène ou par honte se taisent de certaines choses ou encore éprouvent d'énormes difficultés à se remémorer fidèlement certains épisodes de ce qu'elles ont vécues et confondent les lieux ou les dates ou ajoutent d'autres détails qui leur viennent à l'esprit à mesure qu'elles se sentent en confiance. Cette attitude peut donner à tort l'impression que les témoignages ne sont pas fiables voire qu'ils ne sont pas crédibles. Il en est de même de celles qui peuvent ressentir le besoin d'en rajouter le plus possible pour que leur histoire fasse forte impression et soit cruelle. Il appartient donc au juge de fond de filtrer les témoignages en se débarrassant des choses exagérément déclarée»[151].

Quant aux preuves recueillies, le tribunal relève que :

« Le Ministère public [...] fait asseoir son accusation sur les témoignages des victimes, sur ceux de leurs conjoints et ceux des membres de leurs familles respectives. Au surplus, le ministère public se fonde également sur le rapport médical établi par le Docteur LUBAGA, gynécologue requis par le Ministère des Droits Humains ainsi que des renseignements tirés de l'instruction de la présente cause [...]Il ressort du rapport médical établi par le Dr LUBAGA, [...]que nonobstant l'écoulement du temps à dater de l'évènement, les traumatismes sont toujours présents dans le chef des victimes dont plus de 80% sont atteintes d'infection sexuellement transmissible »[152].

Le recours à un expert médical pour certifier les lésions et identifier leur cause est à saluer, même s'il ne ressort pas clairement du dispositif du jugement si celui-ci a été entendu en audience.

Les juges procèdent ensuite à l'analyse des preuves invoquées à l'encontre de chaque prévenu. L'on relèvera ici les extraits les plus pertinents :

- *« Il ressort des témoignages établis de la victime (...), des renseignements tirés de l'instruction, et du certificat médical établi, l'évidence du viol reproché aux prévenus »*[153].

- *« La qualité de parents ou d'alliance révélée ne fait pas défaut à la réalisation du crime dès lors que les éléments constitutifs sont remplis »*[154].

151 Ibid, p. 27-28.
152 Ibid.
153 Ibid. p. 29.
154 Ibid., p. 30.

- Alors que la défense d'un prévenu tente d'établir l'incapacité de son client à commettre un acte de viol en raison de son impuissance, le ministère public appelle plusieurs victimes qui décrivent « *de manière constante le membre viril du prévenu [...] la tenue militaire [...] sa voix rock imitée par plusieurs victimes* » et relève la naissance d'une enfant dont la date de conception atteste que le prévenu n'était pas impuissant au moment des faits.

- Le tribunal a également considéré qu'un supérieur hiérarchique peut être condamné comme « *auteur moral* » pour un fait de viol commis par « *un militaire faisant partie de sa suite* » parce qu'il a lui même violé une autre victime, et que ce comportement « *constitue pour les subalternes un encouragement aux actes analogues* »[155].

- Alors que la défense invoque que le viol ne peut se commettre contre une personne de sexe masculin, et que, à tort, le ministère public reconnaît le bien fondé de ce moyen, le tribunal conteste cette affirmation en invoquant la définition donnée par les *Eléments des crimes*[156].

- Concernant la déposition d'une des victimes, les juges relèvent que « *la flexibilité et l'imprécision dans la déposition de Mr LOFEKA LOKULI [...] ne peuvent renverser les témoignages des victimes d'agression sexuelle dont la force est reconnue par les instruments juridiques internationaux* »[157].

- Une des victimes s'étant contredite dans ses dépositions, le tribunal a considéré que « *le besoin exprimé par la victime de rajouter le plus possible le nombre d'agresseur pour donner au fait forte impression et soit crue des juges ne signifie pas forcément que le témoignage raconte les mensonges, il appartient donc au juge d'apprécier la valeur du témoignage en filtrant les choses qui ont été exagérées. Dans le cas sous examen, le tribunal retient seul pour vrai le viol commis par le prévenu [...] écartant des commentaires et rajouts [...] sujets à contradiction* »[158].

Enfin, le jugement relève que « *l'acte matériel de viol a été commis par la force dans un environnement coercitif manifeste. En effet, outre la qualité des militaires les prévenus disposaient, chacun en ce qui concerne, une arme de guerre [...] fait ayant annihilé la possibilité de résistance dans le chef des victimes ainsi fragilisées* »[159]. Une légère omission est à relever dans le dispositif du jugement qui déclare certains des prévenus « *coupables de crimes contre l'humanité* » sans préciser qu'il s'agit de crimes par viol.

En appel, la Cour militaire complète le jugement de première instance en énonçant que « *le viol commis par les militaires dans le cas de figure constitue une forme de torture à des fins d'humiliation* »[160]. En matière de preuve, les juges d'appel estiment que « *partant du principe de la liberté des preuves,*

155 TMG de Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo*, op.cit., p. 31.
156 Ibid., p. 32.
157 Ibid., p. 24.
158 Ibid., p. 34.
159 Ibid., p. 34.
160 CM de l'Equateur, Affaire *Songo Mboyo*, op.cit., p. 27.

[…] les déclarations d'une victime faites de façon plus complète peuvent constituer des preuves à charge des prévenus dès lors qu'elles sont corroborées par d'autres témoignages analogues »[161]. La Cour souligne en outre que « *la réalisation du viol n'est pas soumise à la satisfaction sexuelle éprouvée par l'agent. Il faut et il suffit seulement qu'il y ait intromission de l'organe masculin dans celui de la femme* »[162].

Dans l'affaire des *Mutins de Mbandaka*, le tribunal reprend la définition du viol qu'il a donné dans le jugement de *Songo Mboyo*[163]. Les auteurs ayant agi en dissimulant leur visage, « *aucune victime n'a reconnu son agresseur parmi les prévenus et ce, tout au long de la procédure* »[164]. Alors que les viols semblent établis (« *Des certificats et rapports médicaux […] font état de 6 décès, 12 blessés et 46 victimes de viol* »[165]), la preuve de la responsabilité des prévenus est beaucoup plus difficile à apporter. Les juges ont condamné la plupart des auteurs sur la base des témoignages des victimes mais ont aussi décidé, pour un des auteurs présumés, que « *dans le cas sous examen, la description physique du prévenu faite par les victimes ne suffit pas pour spécifier le prévenu parmi tant d'autres […] et que devant cette situation, le tribunal se trouve devant un doute qui en principe ne peut que profiter au prévenu* »[166]. Si on se doit de reconnaître la rigueur des juges pour établir la responsabilité de cet individu, on regrettera qu'ils aient en partie justifié cette décision en considérant que « *en ce qui concerne les victimes d'agression sexuelle, les dépositions des victimes en reconnaissance de leurs agresseurs doivent être pris avec beaucoup de réserve car il a été suffisamment démontré que la quasi-totalité paraît plus erronée que juste* »[167].

En appel, la Cour confirme le raisonnement du tribunal concernant la définition du crime de viol, tout en reconnaissant la valeur probante des témoignages des victimes dans l'établissement de la prévention pour viol :

> « *Il se dégage des attestations médicales établies par les médecins des différents hôpitaux et cliniques qui ont accueilli les victimes qu'il y a eu pénétration de l'organe sexuel masculin dans celui de la femme (…) ceci a été confirmé par les victimes lors de leur audition au niveau de l'instruction préparatoire, or, le Statut de Rome veut qu'en cette matière, c'est plutôt la victime du viol qui est le témoin de l'acte* »[168].

Toutefois, rien dans le Statut ou les autres instruments de la Cour ne permet de déduire un tel principe en matière de pertinence et d'admissibilité des modes de preuves. Seule la règle 66.4 du Règlement de procédure et de preuve relatif à l'administration de cette dernière prévoit que « *les Chambres n'imposent pas l'obligation juridique de corroborer la preuve des crimes relevant de la compétence de la Cour, en particulier des crimes de violences sexuelles.* »

161 Ibid.
162 Ibid., p. 28.
163 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, op.cit., p. 19.
164 Ibid., p. 10.
165 Ibid., p. 10.
166 Ibid., p. 22.
167 Ibid.
168 CM de l'Equateur, Affaire *Mutins de Mbandaka*, op.cit, p.15.

Enfin, dans la décision de renvoi de *Gédéon* devant le TMG du Haut-Katanga, l'auditeur militaire fait référence à des faits qui devraient être qualifiés de viol (« *intrusion d'un bâton dans le sexe de K.V* »[169]), en application de la définition du viol donnée par les *Eléments des crimes*.

En ce qui concerne le crime contre l'humanité par viol, il appartient aux juges d'établir tous les éléments constitutifs tels qu'énumérés par les dispositions pertinentes de la loi du 20 juillet 2006 sur les violences sexuelles et/ou par l'article 7 du Statut et les Eléments des crimes, s'il s'agit d'un crime contre l'humanité.

Mention dans le jugement devrait être plus systématiquement faite des preuves qui ont permis d'établir ces éléments. En outre, une attention particulière au témoignage des victimes de viol, souvent seule source de preuve dans ce domaine, et ce tout en tenant compte de l'état psychologique et du statut social souvent fragile des victimes, est d'une grande importance.

1.2. Les crimes de guerre

1.2.1 Définition des crimes de guerre

A. Le Statut de la CPI

Le crime de guerre est défini par l'article 8 du Statut de Rome. Les *Eléments des crimes* donnent une description plus détaillée des comportements, conséquences et circonstances associés à chaque infraction.

B. Le Code pénal militaire congolais

En droit congolais, les crimes de guerre sont régis par les articles 173 à 175 du Code pénal militaire.

L'article 173 définit les crimes de guerre comme « *toutes infractions aux lois de la République commises pendant la guerre et qui ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre*[170] ». La référence aux *lois et coutumes de la guerre* aurait pu être considérée comme un renvoi clair au *Jus cogens*, autorisant formellement les juridictions à se référer au droit international

169 Auditorat militaire près le TMG du Haut-Katanga, op.cit.
170 Art. 165 §1 du Code pénal militaire.

humanitaire coutumier[171]. En réalité, la définition se limite aux comportements incriminés par le droit national congolais et ne correspond pas du tout à celle de l'article 8 du Statut de Rome.

Quant à l'article 174, sa formulation est ambiguë. Elle laisse entendre que les individus qui peuvent être poursuivis pour *crimes de guerre*, tels que définis par l'article 173, sont exclusivement des personnes au service de l'ennemi[172].

De plus, comme nous l'avons précédemment souligné, l'article 166 du Code intègre à la définition des crimes contre l'humanité un nombre important des incriminations constitutives de crimes de guerre dans le Statut de Rome[173]. Cette particularité, source d'erreurs de qualification entre les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, a justifié l'application par les juges des dispositions du Statut de Rome. Dans l'affaire des *Mutins de Mbandaka*, le TMG a ainsi considéré que le Code pénal militaire « *entretient une confusion entre le crime contre l'humanité et le crime de guerre qui du reste est clairement défini par le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale* »[174], tandis que dans l'affaire *Bavi*, le TMG de l'Ituri a décidé d'écarter les dispositions pénales nationales pour appliquer « *en toute sécurité les dispositions essentielles du Statut de Rome sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*[175]. »

Comme il a été vu dans l'introduction de cette étude, le Code pénal militaire ne prévoit aucune peine en cas de crimes de guerre. D'après le TMG de l'Ituri, « *pour ce qui est des crimes de guerre (...) le législateur congolais entendait, pour leur répression, que le juge militaire se réfère aux peines prévues en droit interne* »[176].

Enfin, l'on notera que le Code pénal militaire ne distingue pas les conflits selon qu'ils sont internes ou internationaux.

171 Voir l'étude menée par le CICR à ce sujet : J.M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, ICRC, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

172 « *Sont poursuivis devant les juridictions militaires, [...] ceux qui, lors de la perpétration des faits, étaient au service de l'ennemi ou d'un allié de l'ennemi, à quelque titre que ce soit, notamment en qualité de fonctionnaires de l'ordre administratif ou judiciaire, de militaires ou assimilés, d'agents ou préposés d'une administration ou de membres d'une formation quelconque ou qui étaient chargés par eux d'une mission quelconque[...]* »

173 Article 166 du Code pénal militaire.

174 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, op.cit., p. 16.

175 TMG de l'Ituri, Affaire *Bavi*, op.cit., pp.36-37.

176 TMG de l'Ituri, Affaire *Milobs*, op.cit, p. 12.

1.2.2. Les éléments constitutifs généraux

A. Le contexte : un conflit armé interne ou international

Selon les instruments internationaux de droit humanitaire, le Statut de la CPI et la jurisprudence des tribunaux pénaux *ad hoc*

Les *Eléments des crimes* prévoient que pour être constitutif de crime de guerre, le comportement doit avoir eu lieu « *dans le contexte de et était associé à* » un conflit armé.

Les Commentaires de Jean Pictet sur les Conventions de Genève précisent que le terme « conflit armé » a été choisi pour éviter les controverses qui auraient eu lieu, si le terme « guerre » avait été utilisé[177].

L'on retiendra que c'est avant tout la situation de fait qui détermine l'existence d'un conflit armé. Les situations de tensions internes et de troubles intérieurs comme les émeutes ou les actes isolés et sporadiques de violence ne sont pas considérés comme des conflits armés. Le droit international humanitaire ne s'applique donc pas en principe aux situations qui n'atteignent pas l'intensité d'un conflit armé. Dans ce cas, ce sont les dispositions du droit international des droits de l'homme ainsi que la législation interne qui peuvent être invoquées.

Pour déterminer s'il y a conflit armé, le juge devra donc examiner plusieurs éléments dont l'intensité (et la durée) ainsi que le degré d'organisation des forces en présence[178]. Les Commentaires de Jean Pictet sur l'article 3 commun aux Conventions de Genève suggèrent des critères utiles mais non exhaustifs pour déterminer l'existence d'un conflit armé. Le fait que les opposants au gouvernement possèdent une force militaire organisée, dirigée par une autorité responsable de ses actes, agissant sur un territoire déterminé et disposant de moyens de respecter et faire respecter les Conventions de Genève ; le fait que le gouvernement soit contraint de recourir aux forces militaires régulières contre des insurgés qui contrôlent une partie du territoire, qu'il y ait reconnaissance ou déclaration de belligérance ou que le conflit ait été porté à l'agenda du Conseil de Sécurité ou de l'Assemblée générale des Nations Unies comme une menace pour la paix ou un acte d'agression[179], sont autant d'indicateurs possibles à prendre en compte.

Le droit international humanitaire reconnaît deux catégories de conflits armés : internationaux et non internationaux. Le caractère international ou non d'un conflit est une question centrale pour le juge, puisqu'il va déterminer quelles règles du droit international humanitaire sont applicables à la situation qui lui est déférée.

177 Il soutient qu' «*Il suffit, pour que la Convention soit applicable, qu'il y ait, en fait, un conflit armé. Reste à savoir ce qu'il faut entendre par « conflit armé » C'est à dessein que l'on a remplacé le mot « guerre » par cette expression beaucoup plus générale.*», J. Pictet, *Commentaire des Conventions de Genève du 12 aout 1949*, CICR, Genève, 1952, vol. II, p.28.
178 TPIR, *Procureur c/Akayesu*, op.cit., § 620.
179 Pour plus de détails, voir J.Pictet, op.cit, Article 3, Para. 1, Dispositions applicables.

En synthèse, le droit international humanitaire connaît deux régimes de protection :

1. *S'il y a conflit armé international*, les Conventions de Genève de 1949 et le Protocole I de 1977 s'appliquent et protègent tout individu ou catégorie d'individus ne participant pas ou ne participant plus activement au conflit, soit:
    - les militaires blessés ou malades dans la guerre terrestre, ainsi que les membres des services sanitaires des forces armées ;
    - les militaires blessés, malades ou naufragés dans la guerre maritime, ainsi que les membres des services sanitaires des forces navales ;
    - les prisonniers de guerre ;
    - la population civile, par exemple :
        - les civils étrangers sur le territoire des parties au conflit, y compris les réfugiés;
        - les civils dans les territoires occupés ;
        - les détenus et les internés civils ;
        - le personnel sanitaire, religieux, des organismes de protection civile.

2. Si *le conflit armé ne présente pas un caractère international*, seul l'article 3 commun aux quatre Conventions et le Protocole II de 1977 s'applique[180]. Le droit humanitaire s'adresse alors aux forces armées, régulières ou non, qui prennent part au conflit, et protège tout individu ou catégorie d'individus ne participant pas ou ne participant plus activement aux hostilités, tels que :
    - les combattants blessés ou malades ;
    - les personnes privées de liberté en raison du conflit ;
    - la population civile ;
    - le personnel sanitaire et religieux.

Le Statut de Rome opère la même distinction entre conflit interne et conflit international. Le caractère du conflit détermine les préventions qui peuvent être retenues contre les auteurs des crimes. L'évolution de la pratique tend toutefois à réduire les différences qui existent entre les règles applicables aux conflits internationaux et celles applicables aux conflits internes[181].

Il est à ce stade pertinent de se demander comment il peut être déterminé si un conflit présente, ou ne présente pas, un caractère international.

180 Il convient de préciser que les conditions d'application du Protocole II sont plus strictes que celles prévues par l'article 3.

181 A ce sujet, voir notamment E. David, *Principes de droit des conflits armés*, op.cit., § 1.44, pp. 95 et 96.

Un conflit armé international se caractérise généralement par la confrontation des forces armées d'un État contre celles d'un autre État, par l'intervention armée des forces d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat ou par l'occupation de tout ou une partie du territoire d'un Etat[182]. Un conflit armé non international se caractérise par des hostilités entre les forces armées d'un gouvernement et des groupes armés organisés, ou entre de tels groupes, au sein d'un État[183].

Le Statut de Rome ne définit pas le conflit armé international. L'article 8.2.f) donne une indication sur les conflits armés ne présentant pas un caractère international. Il s'agit de « *[...] conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un Etat les autorités du gouvernement de cet Etat et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux* ».

Si les forces armées d'un autre Etat interviennent dans un conflit qui se déroule sur le territoire d'un Etat entre des forces gouvernementales et un ou plusieurs groupes armés ou entre ces groupes armés, le conflit peut s'internationaliser. Pour ce faire, il faut que les forces de l'Etat tiers emploient la force en s'engageant au côté d'une des parties ou se battent pour le compte de leur Etat. C'est certainement dans cette situation que se trouvait la RDC, lorsque des troupes étrangères comme celles du Rwanda, de l'Angola ou de l'Ouganda combattirent sur son territoire. Les interventions militaires du Rwanda et de l'Ouganda en Ituri présentaient également ces caractéristiques. A certaines périodes au moins, ces interventions militaires étrangères en RDC laissent peu de doutes sur le caractère international du conflit. Cette question fera l'objet d'un développement ultérieur.

Plus délicate est la question du soutien financier et technique de certaines parties au conflit par des Etats étrangers. Dans ce cas, l'internationalisation dépend du degré d'intervention de l'Etat étranger, question sur laquelle aucune tendance jurisprudentielle ou doctrinale majoritaire ne se dégage. On notera toutefois que dans l'affaire *Nicaragua c. Etats-Unis*, la Cour Internationale de Justice (CIJ) a considéré que le conflit s'était internationalisé alors qu'il n'y avait pas de troupes américaines au côté des rebelles *Contras* à partir du moment où les Etats-Unis les soutenaient financièrement et techniquement et avaient contribué au minage des ports[184]. Dans l'affaire *Tadic*, le TPIY a retenu le critère du *contrôle* exercé par l'Etat étranger sur les groupes armés, en considérant qu'il fallait que l'Etat joue un rôle dans l'organisation, la coordination et la planification des actions militaires en plus de le financer, l'entraîner, l'équiper ou lui apporter un soutien opérationnel[185]. La question du soutien de certains groupes rebelles qui combattent sur le territoire de la RDC par des Etats étrangers mérite donc d'être examinée au cas par cas pour déterminer le caractère international ou non du conflit. C'est ce qu'a fait la Chambre préliminaire de la CPI dans la décision de confirmation des charges contre Thomas Lubanga en considérant que l'Ouganda exerçait bien un contrôle

182 Article 2 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949.
183 Article 1 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève du 12 août 1949 ; voir aussi TPIY, *Procureur c/Tadic,* Chambre d'appel, op.cit., § 70.
184 Sur toutes ces questions, on se réfèrera notamment à E. David, *Principes de droit des conflits armés*, op.cit., § 1.44, pp. 92-181 et CIJ, *Nicaragua c/ Etats-Unis*, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, 27 juin 1986,
185 TPIY, *Procureur c/Tadic,* Chambre d'appel, op.cit., § 84.

sur certaines milices actives en Ituri et que cette intervention internationalisait le conflit[186].

L'intervention des forces de maintien de la paix des Nations Unies peut également avoir un impact sur la qualification du conflit. En principe, elles ne sont pas envoyées dans un Etat pour participer au conflit et comme le relève le professeur Eric David, « *la seule présence des forces de maintien de la paix de l'ONU sur le territoire d'un Etat déchiré par un conflit armé ne suffit pas à internationaliser ce conflit* »[187]. Mais, prenant notamment l'exemple des affrontements entre les forces de l'ONU et les forces sécessionnistes katangaises en 1962 et 1963, il souligne que lorsque le Conseil de sécurité de l'ONU autorise les forces de maintien de la paix à utiliser les armes contre une ou plusieurs parties au conflit, « *l'ONU devient elle-même Partie au conflit interne [...] Cette situation d'opposition armée entre l'ONU et une partie au conflit s'apparente donc bien à une situation de conflit international* »[188]. Le mandat de la MONUC, autorisée à utiliser la force dans certaines circonstances peut conduire à s'interroger sur l'internationalisation, au moins partielle, du conflit en RDC. Les récents affrontements entre les FARDC, soutenues par la MONUC, et les troupes du général Laurent Nkunda apporte à cette question un éclairage très actuel.

Le magistrat qui veut déterminer le caractère international ou interne du conflit doit tenir compte de la situation qui prévalait au moment des faits qu'il est appelé à juger. Que les combats se déroulent à l'endroit précis des faits importe peu. Les tribunaux pénaux internationaux ont rappelé que lorsque l'existence d'un conflit armé est établie, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des Etats belligérants ou, dans le cas des conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non, et ce, au moins jusqu'à ce qu'un accord de paix soit effectivement mis en œuvre ou qu'une conclusion pacifique soit trouvée au conflit[189]. Bien sûr, le juge doit toujours veiller à ce qu'il existe un lien entre le comportement criminel et le conflit armé mais ce lien n'implique pas forcément que l'infraction ait été commise à l'endroit où se déroulent les hostilités. Le conflit doit avoir joué un rôle substantiel dans la commission du crime (capacité de l'auteur à commettre le crime, décision de le commettre, manière dont il a été commis, but dans lequel il a été commis). Les facteurs suivants ont été pris en compte par le TPIR pour lier le crime au conflit armé : le fait que l'auteur soit un combattant, le fait que la victime ne soit pas un combattant, le fait que la victime appartienne au camp ennemi, le fait que le crime serve un objectif militaire, le fait que le crime soit commis par l'auteur dans le cadre de ses fonctions officielles[190].

La qualification que la CPI donnera au conflit dans le cadre du jugement de Thomas Lubanga devrait constituer une indication claire pour les magistrats congolais qui ont à juger des

186 CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, décision du 29 janvier 2007, (ICC-01/04-01/06), §§ 200-237.
187 E. David, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., § 1.103, p. 146.
188 Ibid, § 1.101, p. 143.
189 TPIR, *Procureur c/ Rutaganda*, op.cit., §§ 102-103 ; *Procureur c/ Akayesu*, op.cit., § 635 ; *Procureur c/ Kayishema et Ruzidana*, op.cit., §§ 182-183 ; *Procureur c/ Bagilishema*, op.cit., § 101 et TPIY, *Kordic et Cerkez*, Ch 1ère inst., 26 février 2001, (IT-95-14/2-T), § 32 ; *Procureur c/ Kunarac, Kovac et Vokovic*, op.cit., § 57.
190 TPIY, *Procureur c/ Kunarac, Kovac et Vokovic*, op.cit., §§ 58-59.

crimes commis en Ituri. La décision de confirmation des charges par la Chambre préliminaire est déjà assez détaillée à ce sujet[191]. La Chambre considère que l'intervention de l'Ouganda dans le conflit en tant que puissance occupante, ce qui a notamment été établi par le fait que l'Ouganda a procédé à la nomination d'un gouverneur ou est intervenu pour faire libérer Lubanga, prisonnier d'une autre milice, lui a conféré un caractère international, et ce jusqu'au retrait des troupes ougandaises en juin 2003. La Chambre considère qu'après cette date, le conflit ne présentait plus ce caractère international et doit par conséquent être examiné comme un conflit interne. Pour fonder son raisonnement en droit, la Chambre s'appuie sur les traités et les principes du droit des conflits armés, notamment sur l'article 2 commun aux Conventions de Genève qui définit le conflit armé international, sur le Protocole additionnel II aux Conventions (conflit interne) et sur l'article 8-2-f du Statut. Elle se réfère également à la décision du 19 décembre 2005 de la CIJ dans l'affaire opposant la RDC à l'Ouganda au sujet de l'occupation de l'Ituri. La Cour a considéré que l'Ouganda avait illégalement recouru à la force et pouvait être considérée comme une puissance occupante. La Chambre préliminaire de la CPI mentionne également plusieurs témoignages qui établissent l'intervention directe de l'Ouganda dans le conflit. Cette décision bien documentée, ainsi que celle de la CIJ, peuvent aider les juges congolais devant qualifier le conflit en Ituri.

Il est à présent pertinent d'examiner la manière dont les juridictions militaires congolaises ont fait application de ces dispositions.

La jurisprudence des juridictions militaires congolaises

Dans l'affaire *Bongi*, le TMG de l'Ituri relève que, dans son analyse des éléments constitutifs des crimes de guerre par pillage et par homicide intentionnel, le ministère public invoque des dispositions du Statut qui font référence à un *« comportement qui a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé international »*[192], mais omet de prouver le caractère international du conflit et « *se contente d'évoquer l'attaque généralisée entre deux milices armées internes, les FARDC et les FRPI, effaçant ainsi le caractère international du dit conflit armé* »[193]. Le tribunal requalifie alors les infractions sur la base des articles du Statut qui prévoient les crimes de guerre par pillage ou par atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle dans le cadre d'un conflit ne présentant pas un caractère international, ou en tout cas, n'excluant pas les conflits internes. Constatant que le Statut de Rome ne définit pas le conflit armé présentant un caractère international, les juges le définissent par le biais d'un long développement théorique avant de conclure, « *qu'en l'espèce toutes les hypothèses de crimes de guerre commis dans le contexte d'un « conflit armé international » sont écartées car les FRPI, l'UPC armée, le FNI armé, le PUSIC armé ne sont en effet que des milices ou groupes armés internes organisés qui se battent contre les FARDC* »[194]. Pourtant en décrivant le conflit en Ituri, le tribunal avait postérieurement relevé que « *les armées étrangères dont celle*

191 CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, op.cit., §§ 200-237.
192 TMG de l'Ituri, Affaire *Bongi*, p. 12.
193 Ibid.
194 Ibid, p. 13-14.

de l'Ouganda et autres ont aggravé cette situation en apportant leur soutien en matériel de guerre, en finances ou en personnel à l'un ou l'autre de ces groupes armés »[195].

En appel, la Cour militaire de la province Orientale confirme l'interprétation du tribunal en précisant que « *le comportement a eu lieu dans un contexte qui était associé à un conflit armé ne présentant pas un caractère international »* et en écartant la qualification de troubles internes puisqu'« *en l'espèce les affrontements entre les FARDC et les FRPI constituent des conflits armés non internationaux quand on tient compte de leur intensité, de leur organisation et de la durée de participation à ces conflits »*[196].

Dans l'affaire *Kahwa*, le prévenu est condamné pour crime de guerre pour avoir mené une attaque contre des biens protégés (centre de santé, église et écoles). Concernant la qualification du conflit, le tribunal considère que « *le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit ne présentant pas un caractère international, en l'occurrence les milices Hema et Lendus se battaient entre eux* »[197]. Mais le jugement mentionne toutefois le fait que le prévenu « *s'est organisé en commandant les armées de l'Ouganda et du Rwanda [...] pour combattre les ennemis qui menaceraient sa communauté HEMA de génocide* »[198]. Si les juges avaient en leur possession des éléments de preuve établissant une intervention déterminante de troupes étrangères sur le territoire congolais, ils auraient pu juger qu'il s'agissait d'un conflit à caractère internationalisé.

Dans l'affaire *Bavi*, la défense du principal prévenu a plaidé le rejet de la qualification de crime de guerre, en soutenant que « *l'article 29 du code judiciaire militaire veut que le temps de guerre ne commence qu'au jour fixé par le Président de la République pour la mobilisation des forces armées, condition non réalisée en l'espèce* »[199]. Le tribunal a judicieusement répondu que « *ces dispositions ont été adoptées comme circonstances aggravantes de certaines infractions* » mais n'ont « *aucun rapport avec l'infraction 'crime de guerre' qui n'exige simplement que l'existence d'un conflit armé pour qu'un acte soit qualifié de crime de guerre* »[200]. Pour établir l'existence de ce conflit, le tribunal relève qu'« *en l'espèce, il ressort de l'instruction que pendant la période du [...],au [...], les Forces Armées de la République Démocratique du Congo sont en conflit armé avec une milice armée commandée par le dénommé COBRA MATATA* (suit la description du lieu) »[201] et que « *le bataillon auquel appartiennent tous les prévenus étaient en hostilités avec le groupe armé commandé par le sieur COBRA[...],*»[202] Citant la jurisprudence du TPIR, le tribunal concède qu'il doit exister un lien entre le comportement criminel et le conflit armé mais que ce lien n'implique pas forcément que l'infraction ait été commise à l'endroit où se déroulent les hostilités. En appel, la Cour se contente de constater que les meurtres, viols et pillages ont eu lieu dans les mêmes circonstances, « *c'est-à-dire celui d'un*

195 Ibid, p. 5.
196 CM Province Orientale, Affaire *Bongi*, 4 novembre 2006, RPA 030/06, p.19.
197 TMG de l'Ituri, Affaire *Kahwa*, op.cit., p. 29.
198 Ibid.
199 TMG de l'Ituri, Affaire *Bavi*, op.cit., p. 37.
200 Ibid, p. 37-38.
201 Ibid, p. 38.
202 Ibid, p. 41.

conflit armé ne présentant pas un caractère international, soit entre le Bataillon intervention de la 1ère Brigade intégrée et une milice armée de l'Ituri commandée par un certain COBRA MATATA »[203].

Dans l'affaire *MILOBS*, le TMG de l'Ituri confirme sa jurisprudence en considérant que le conflit ne présente pas un caractère international, et ce en se basant sur les constats suivants : « *en l'espèce la milice FNI est en hostilité armée avec celle dénommée UPC [...], en l'espèce les prévenus étaient devenus si violents car une attaque de la localité MUNGWALU par la milice armée UPC commandée par un certain Thomas LUBANGA* »[204].

D'un autre côté, plusieurs décisions n'ont même pas retenu la qualification de crime de guerre, ni fait application du Statut de Rome, alors que les éléments constitutifs de cette prévention semblaient réunis.

Dans l'affaire *Ankoro*[205], la Cour militaire du Katanga n'a pas retenu la qualification de crimes de guerre, alors que les faits laissent penser que les crimes ont bien été commis dans le cadre d'un conflit armé qui opposait, entre autres, les FARDC aux miliciens Maï-Maï. C'est d'ailleurs ce qu'ont plaidé sans succès les parties civiles[206]. La description des évènements fait pourtant état d'affrontements armés de grande ampleur présentant un degré d'organisation certain et d'infractions constitutives de crimes de guerre. Selon le tribunal :

> « *Le prévenu savait que les localités [...], hébergeaient les Maï-Maï et Hutu mêlés à la population civile [...], c'est intentionnellement pour s 'assurer l'anéantissement de ses ennemis qu'il lança des bombes dans cette direction espérant atteindre par là les ennemis, bombes qui atteignirent les civils qui n'étaient pas concernés par cette guerre »*[207].

Traitant de la question de la responsabilité civile de l'Etat congolais, la Cour militaire du Katanga fait encore état de combats: « *certains militaires de la 95ème Brigade [...], tuèrent des personnes non engagées dans les hostilités et en blessèrent d'autres* »[208]. A la lecture des faits, on peut même se demander s'ils n'ont pas eu lieu dans le cadre d'un conflit armé à caractère international, puisque la Cour reconnaît l'intervention de « *compagnies Hutu, c'est-à-dire les réfugiés rwandais hutus* » et que les évènements ont eu lieu en novembre 2002, époque à laquelle des troupes étrangères étaient encore présentes sur le territoire de la RDC. Quoi qu'il en soit, les arguments avancés par la Cour pour écarter la demande de requalification en crime de guerre sont sans rapport aucun avec la définition des crimes de guerre[209]. Pire, la Cour a disqualifié l'infraction de crime contre l'humanité retenue contre un prévenu en celle de meurtre[210].

---

203 CM de la Province Orientale, Affaire *Bavi*, 28 juillet 2007, RPA 003/07, p. 30.
204 TMG de l'Ituri, Affaire *Milobs*, op.cit., pp. 14 et 15.
205 CM du Katanga, Affaire *Ankoro*, 20 décembre 2004, RP 01/2003 et RP 02/2004.
206 ACIDH, « *Procès de la Cour militaire du Katanga sur les crimes commis à Ankoro* », Rapport final, Lubumbashi, mars 2005, p. 27 et 57.
207 Ibid., p. 58.
208 CM du Katanga, Affaire *Ankoro*, op.cit. et ACDH, op.cit., p. 63.
209 ACDH, op. cit., p. 57.
210 Ibid.

Dans l'affaire *Mitwaba*, la même Cour s'est contentée d'une condamnation pour non-assistance à personne en danger, alors que les faits tels qu'ils sont décrits laissent peu de doute sur l'existence d'un conflit armé et la commission de crimes de guerre. La défense des parties civiles avaient d'ailleurs demandé une requalification en ce sens[211]. Pour présentation :

> « *Le 17 mars 2005, le 632e bataillon infanterie basé à Konga fut attaqué par les insurgés Mai-Mai [...],le 632 e Bn Inf se réorganisa rapidement pour la contre-attaque et récupéra la localité de Konga le 18 mars 2005 [...], que suite à la guérilla pratiquée par les insurgés Mai-Mai en entrant dans les localités qu'ils veulent attaquer par infiltration dans la population civile, le Major[...],décida de les dépister et de les arrêter[...],que cette opération d'arrestation des Mai-Mai infiltrés débuta le 18 mars 2005 (...) que 95 Mai-Mai furent arrêtés et détenus à la prison centrale de Mitwaba [...], furent regroupés dans trois cellules de trois mètres sur deux, où 17 périrent les uns après les autres suite aux mauvaises conditions telles que les maladies, privation de nourriture et d'eau potable ; que les rescapés furent libérés suite à l'intervention du CICR* »[212].

Les arguments avancés par la Cour pour écarter la qualification de conflit armé ne sont pas pertinents :

> « *les pièces du dossier et l'instruction à l'audience démontrèrent que parmi les 95 Mai-Mai, il y eu de purs civils composés surtout de femmes et d'enfants, qui n'étaient pas Mai-Mai [...]La Cour remarqua que le crime de guerre et le crime contre l'humanité proposés respectivement par les parties civiles et par le ministère public[...]ne cadrent pas avec les faits mis à charge des prévenus [...] elle requalifie les faits en non assistance à personnes en danger* »[213].

La relation des faits ne laisse aucun doute sur la commission de crimes dans le cadre d'un conflit armé interne : les combats opposent l'armée régulière à une faction armée et ont une certaine intensité, ces combats s'inscrivent dans le prolongement d'affrontements plus anciens, et ils témoignent d'un degré d'organisation assez important. Ils ne peuvent donc être considérés comme un simple soulèvement ou comme des troubles internes. L'intervention du CICR pour demander la libération des prisonniers laisse également penser que les personnes détenues étaient bien des prisonniers de guerre ou des internés civils, privés de liberté dans le cadre d'un conflit armé. Dans ce contexte, plusieurs crimes de guerre au moins auraient dû être poursuivis, notamment pour atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle (meurtres et traitements cruels)[214]. De plus, le fait que certaines victimes soient des civils ne disqualifie en rien l'infraction. Ni le Statut de Rome, ni le droit international humanitaire ne conditionnent l'existence de tels crimes au fait que les victimes soient des militaires. La Cour aurait même pu retenir des circonstances aggravantes car une partie des personnes détenues étaient mineures.

211 CM du Katanga, Affaire *Mitwaba*, 25 avril 2007, RP 011/2006, p. 7. Curieusement, le Ministère public a demandé une requalification en crime contre l'humanité, considérant sans doute qu'il n'y avait pas de conflit armé.

212 CM du Katanga, Affaire *Mitwaba*, op.cit., p. 6.

213 Ibid., p. 8.

214 Art. 8.2. c) i) du Statut de Rome.

Comme il a déjà été vu, le TMG de l'Ituri n'a pas retenu la qualification de crime de guerre dans l'affaire des *Mutins de Bunia* (et n'a d'ailleurs pas fait application du Statut de Rome), alors que de nombreux actes de pillage avait été commis par les forces armées congolaises à l'encontre de nombreuses victimes, au moment où l'Ituri était en proie à un conflit armé[215].

Dans l'affaire *Kilwa*[216], le Ministère public a requis la condamnation de plusieurs prévenus (notamment des représentants de la société minière *Anvil Mining*) pour crimes de guerre commis dans le cadre d'une « contre-attaque », au cours de laquelle une brigade des FARDC a pilonné la cité de Kilwa à coups de mortiers (causant des incendies de maisons), a exécuté sommairement des personnes civiles et commis des viols, des tortures et des pillages. La Cour militaire du Katanga n'a pas suivi les réquisitions du Ministère public en invoquant surtout l'insuffisance des preuves à charge des prévenus. En l'espèce, les magistrats de la Cour n'ont pas cherché à déterminer l'existence d'un conflit et ne se sont donc pas prononcés sur la qualification de crime de guerre.

Dans la décision de renvoi du chef Maï-Maï *Gédéon* devant le TMG du Haut-Katanga pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre[217], l'auditeur militaire fait précéder le détail des préventions d'une mise en contexte dans laquelle il se réfère tant aux infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 qu'aux violations de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, tout en précisant que ces dispositions ne s'appliquent pas aux situations de troubles ou tensions internes. Il parait évident que le ministère public a ainsi tenté de couvrir les deux caractères possibles de conflit (international et interne), sans doute parce qu'il lui était difficile de procéder lui-même à cette qualification. La description des crimes laisse peu de doutes sur le fait que l'auditeur militaire a considéré à juste titre que ces évènements s'inscrivaient bien dans le cadre d'un conflit armé et sont constitutifs de crimes de guerre. Une des incriminations retenues est d'ailleurs le recrutement d'enfants de moins de 15 ans dans un mouvement armé, infraction prévue et sanctionnée par les articles 8.2.b) xxvi) (conflit à caractère international) et 8.2.e) vii) (conflit interne) du Statut de Rome.

La qualification même du (ou des) conflit(s) en RDC reste une question centrale pour les juges militaires. Plusieurs points épineux méritent notre intention : jusqu'à quelle date le conflit était-il international ? Les accords de paix intervenus mettent-ils fin au conflit international ? Alors que des combats ont encore eu lieu dans plusieurs régions du pays, peut-on considérer que les dispositions du droit humanitaire sur les conflits armés non internationaux sont applicables sur tout le territoire ? Toutes ces questions restent sans réponse devant les juridictions congolaises, indéniablement du fait la sensibilité politique de ces premières.

215 TMG de l'Ituri, Affaire *Mutins de Bunia*, 18 juin 2007, RP 008/2007.
216 CM du Katanga, Affaire *Kilwa*, 28 juin 2007, RP 010/2006, p. 30.
217 Auditorat militaire près le TMG du Haut-Katanga, Affaire *Gédéon*, op.cit.

En conclusion de ce point, l'on constate que les juges ont parfois ignoré l'existence d'un conflit armé, voire ont écarté la qualification de crime de guerre pour des motifs qui semblent erronés, comme tel est le cas dans l'affaire *Mitwaba***.**

De surcroît, les juges ont à chaque fois qualifié d'interne les conflits armés qu'ils ont eu à qualifier, et ce même lorsque l'intervention de troupes étrangères est mentionnée dans le jugement. Si dans les affaires étudiées ce choix a peu de conséquences au vu des incriminations retenues (prévues tant pour les conflits internationaux que pour les conflits internes dans le Statut de la CPI), l'on rappellera que le Statut incrimine davantage de comportements dans le cadre de conflits à caractère international que dans le cadre de conflits internes. Le corpus de règles sur lequel le juge peut s'appuyer est donc beaucoup plus réduit dans ce dernier cas. De plus, le statut de personne ou de bien *protégé* **est un des éléments constitutifs des crimes de guerre énumérés dans les** *Eléments des crimes, ainsi* **qu'il sera étudié ultérieurement ; or la protection offerte par le corps de règles qui s'applique en cas de conflit armé international est de la même manière considérablement plus étendue.**

Au vu de ces derniers développements, il est donc primordial que les juges vérifient et mentionnent dans chacune de leurs décisions, les éléments qui leur ont permis de déterminer l'existence d'un conflit armé et son caractère international ou interne.

B. La connaissance de l'existence d'un conflit armé

Le fait pour l'auteur de savoir qu'un conflit armé est en cours est un élément constitutif de tous les crimes de guerre.

Les *Eléments des crimes* requièrent que l'auteur ait eu « *connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé* », sans qu'il soit nécessaire d'établir que l'auteur ait déterminé sur le plan juridique l'existence d'un conflit armé ou le caractère international ou non international du conflit[218].

L'on peut maintenant se poser la question de savoir comment la justice militaire congolaise a tenu compte de cet élément constitutif.

Dans l'affaire *Bongi*, le TMG avait retenu que « *le capitaine Blaise BONGI MASSABA [...], en qualifiant les élèves amenés par devers lui de PRISONNIERS de guerre, avait connaissance de l'existence d'un conflit armé* »[219]. En appel, la Cour militaire a précisé que « *le prévenu Blaise Bongi Massaba savait que son unité était engagée dans l'offensive déclenchée pour démanteler les poches de résistance des miliciens [...] le prévenu ne pouvait ignorer l'existence des hostilités dans le secteur où son unité était déployée*»[220].

218 Voir l'introduction concernant l'article 8 et le point 5 de l'Article 8.2.a) i) des *Eléments des crimes*, par exemple.
219 TMG de l'Ituri, Affaire *Bongi*, op.cit., p. 19.
220 CM Province Orientale, Affaire *Bongi*, op.cit., p. 23.

Dans le jugement *Kahwa*, le tribunal relève que le prévenu avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé, « *à tel enseigne qu'il s'est organisé en commandant les armées de l'Ouganda et du Rwanda [...] pour combattre les ennemis qui menaceraient sa communauté HEMA de génocide* »[221].

Dans l'affaire *Bavi*, les juges ont rattaché la connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé sur l'existence d'un ordre écrit[222]. L'idée de rechercher dans les ordres écrits des supérieurs est bonne, mais l'on regrettera que le tribunal ne se soit pas référé à des extraits pertinents de l'ordre en question lorsqu'il a vérifié les éléments constitutifs de l'infraction, alors qu'il avait détaillé une partie de son contenu lors de l'examen des faits[223]. En appel, la Cour militaire n'a pas été amplement plus loin dans l'examen en avançant que « *le prévenu étant lui même commandant en chef dudit bataillon avait connaissance, autant que les autres co-prévenus, tous membres du même bataillon de l'existence d'un conflit armé* »[224].

Afin d'établir les éléments constitutifs de crime de guerre par meurtre, les juges dans le dossier *MILOBS* se sont appuyés sur le fait que le véhicule des victimes « *portait la mention visible MONUC et est de couleur blanche* »[225] ; permettant ainsi de conclure à la connaissance de l'existence d'un conflit armé par les auteurs. Cette motivation est un peu légère pour établir la connaissance d'un conflit armé.[226] Les juges ont tenu un raisonnement plus probant pour établir le crime de guerre par attaque contre le personnel d'une mission de maintien de la paix, en constatant que « *tous les prévenus savaient pertinemment bien qu'ils étaient en plein conflit armé avec le groupe armé UPC* »[227].

Enfin, tant dans le dossier *Ankoro* que dans ceux de *Mitwaba* ou de *Kilwa*, l'ampleur des combats et la qualité d'officier de certains des prévenus laissaient peu de doute sur le fait que les auteurs avaient connaissance de l'existence d'un conflit armé. Cependant, l'on est conscient que la qualification de crime de guerre n'a malheureusement pas été retenue dans ces trois affaires.

C. Contre des personnes ou des biens protégés

Savoir que la victime ou le bien bénéficie d'une *protection* particulière en vertu du droit des conflits armés est un élément constitutif de tous les crimes de guerre. Les *Eléments des crimes* requièrent d'ailleurs que l'auteur ait eu connaissance des circonstances de fait établissant ce statut de personne ou de bien protégé[228].

221 TMG de l'Ituri, Affaire *Kahwa*, op.cit., p. 28-29.
222 TMG de l'Ituri, Affaire *Bavi*, op.cit., p. 25 et 41.
223 Ibid., p. 21.
224 CM de la Province Orientale, Affaire *Bavi*, op.cit., p. 30.
225 TMG de l'Ituri, Affaire *Milobs*, op.cit., p. 14.
226 Voir note 185 supra.
227 Ibid., p. 16.
228 Voir par exemple le point 3 de l'article 8.2.a) i) des *Eléments des crimes*.

Afin que le comportement soit qualifié de crime de guerre, il faut donc que la personne ou le bien soit *protégé* et que l'auteur ait eu connaissance de ce statut.

Dans le cadre du droit international humanitaire, les personnes protégées sont celles auxquelles s'applique une Convention particulière leur offrant un régime de protection lorsqu'elles se trouvent au pouvoir de la partie belligérante adverse. Au sens plus large, les personnes protégées sont celles auxquelles le droit humanitaire conventionnel et coutumier assure une protection, notamment les personnes mises hors de combat (tels que les blessés, malades et naufragés), les prisonniers de guerre et autres personnes privées de liberté (y compris civiles) en raison d'un conflit armé, les personnes civiles, le personnel sanitaire et religieux, ainsi que le personnel participant aux actions de secours et le personnel des organismes de protection civile.

Similairement, sont considérés comme biens protégés en cas de conflit armé, les biens auxquels le droit coutumier ou des conventions internationales accordent une protection contre des attaques ou autres actes hostiles (destruction, représailles, capture, confiscation etc.). L'on peut citer à titre d'exemple les biens à caractère civil (écoles), les biens culturels, les lieux de culte, les unités de soins (hôpitaux, centres de santé) et les moyens de transport sanitaire.

Quant au degré de connaissance du statut de protection que doit avoir l'auteur des actes criminels, il n'est pas nécessaire d'établir qu'il ait déterminé sur le plan juridique la protection dont bénéficiait la victime ou le bien attaqué. La connaissance de circonstances de fait établissant la protection est suffisante.

Il est maintenant utile d'examiner comment les juridictions militaires ont pris en compte ces éléments constitutifs.

Dans l'affaire *Ankoro*[229], même si la Cour militaire n'a pas fait application du Statut de Rome, n'a pas retenu la qualification de crime de guerre et n'a pas cherché à déterminer si les prévenus avaient connaissance du statut des victimes, il est évident que des crimes ont été commis contre des personnes et des biens protégés. L'attaque a été lancée, sans doute de manière disproportionnée par rapport aux objectifs, contre la *population civile*, faisant de nombreuses victimes. Des bâtiments, tels que des hôpitaux, des écoles, des églises et plusieurs milliers de maisons, ont été détruits et pillés.

Le même problème se pose dans l'affaire *Mitwaba*[230], dans laquelle les juges ne se sont pas penché sur cette question alors que la détention des victimes leur conférait automatiquement le statut de personnes protégées, et ce, qu'elles soient militaires ou civiles.

229 CM du Katanga, Affaire *Ankoro*, op.cit.
230 CM du Katanga, Affaire *Mitwaba*, op.cit., 2007.

Dans l'affaire *Kilwa*, l'auditeur militaire supérieur poursuit notamment les prévenus pour avoir exécuté sommairement des civils « *n'ayant pas pris part aux combats* »[231] Cependant, il a déjà été noté que la Cour ne les a pas condamnés pour crimes de guerre.

De même, dans l'affaire *Biyoyo*[232], le TMG de Bukavu n'a pas retenu l'infraction de recrutement d'enfants dans des groupes armés, alors qu'il est évident que les enfants, a fortiori de moins de quinze ans, entrent dans la catégorie des personnes *protégées* en droit humanitaire.

Le TMG de l'Ituri a quant à lui rappelé que le capitaine Blaise *Bongi* a fait arrêter *« des personnes civiles [...] élèves en humanité pédagogique [...] un autre élève [...] lequel s'apprêtait à aller à l'école »*[233]. Pour les juges, il est indéniable que le prévenu avait connaissance du statut spécial réservé au prisonnier de guerre, « *[...] en qualifiant les élèves amenés par devers lui de PRISONNIERS de guerre* »[234]. On constate cependant que le TMG n'a pas pris la peine de relever spécifiquement que ces personnes étaient protégées juridiquement et que le prévenu ne pouvait l'ignorer. En appel, la Cour militaire s'est montrée plus rigoureuse. Elle a d'abord énoncé ce qu'il faut entendre par « *personnes protégées* » au sens de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, se référant donc aux dispositions applicables en cas de conflit non international. La Cour a ensuite vérifié si, en l'espèce, les victimes du capitaine Bongi entraient dans cette catégorie et s'il le savait :

> « *Dans le cas sous examen, les cinq élèves rentrent dans la première catégorie comme toute personne civile ne participant pas directement aux hostilités ; c'étaient des élèves qui fuyaient la guerre [...] même s'ils étaient des miliciens [...] comme le prétend le prévenu ils devraient bénéficier de la protection des Conventions [...] étant mis hors de combat par leur capture [...] cette protection est reconnue aux combattants capturés et désarmés [...] Le prévenu ne pouvait pas se méprendre sur la qualité des cinq personnes [...] habillés en uniforme scolaire [...] De par sa formation et de par sa fonction, le prévenu est censé connaître le droit international humanitaire* »[235].

Il est nécessaire de souligner le souci de la Cour de préciser que même si elles avaient été considérées comme combattantes, les victimes bénéficiaient d'une protection puisqu'elles étaient « hors de combat ». De plus, le fait de considérer qu'un officier supérieur ne peut ignorer les règles essentielles du droit humanitaire constitue un précédent juridique remarquable qui, espérons-le, sera confirmé dans d'autres jugements.

Dans l'affaire *Kahwa*, alors que le TMG de l'Ituri relève que « *les attaquants ont [...] tué plusieurs personnes civiles qui ne participaient pas à ces hostilités* »[236], il condamne le prévenu pour crime contre l'humanité et non pour crime de guerre. Enumérant les éléments constitutifs d'un

231 Cour militaire du Katanga, Affaire *Kilwa,* op.cit., p. 3.
232 TMG de Bukavu, Affaire *Biyoyo*, 17 mars 2006, RP 096/2006 et RP 101/2006.
233 TMG de l'Ituri, Affaire *Bongi,* op.cit., p. 6.
234 Ibid., p. 19.
235 CM Province Orientale, Affaire *Bongi*, p. 22-23.
236 TMG de l'Ituri, Affaire *Kahwa,* op.cit., p. 16

crime de guerre par attaque contre des biens protégés tels que décrits par les *Eléments des crimes*, le tribunal constate qu' « *il ressort des dépositions des victimes que l'attaque [...]a porté sur les bâtiments du centre de santé [...] l'Eglise [...], l'école primaire [...] Qu'en l'occurrence, en s'attaquant à tous ces biens, les hommes de Kawa savaient que ces biens n'étaient pas des biens militaires[...]qu'en effet, il n'y avait pas de cible militaire pour prétendre qu'ils ont attaqué ce bâtiment parce qu'occupés par des hommes armés* »[237].

Dans l'affaire *Bavi*, le TMG relève que le critère de *personne protégée* est rempli puisqu'« *en l'espèce, ces personnes étaient civiles et hors combat, car elles étaient capturées, identifiées et puis tuées* »[238]. Les juges se réfèrent à l'affaire *Akayesu* en rappelant qu'il s'agit de « *toutes les personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités* ». Un autre extrait de ce jugement, relatif à la responsabilité civile de l'Etat, mérite d'être ici rapporté :

> « *La jurisprudence décide qu'il suffit que la faute ait été commise au cours du service par le préposé, même si celui-ci a passé outre à une défense du commettant [...] laquelle défense, en l'espèce , est la consigne générale connue de tous les militaires des FARDC que les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités (civils, prisonniers de guerre, etc.) ne doivent pas être tuées* »[239].

Cette présomption que tous les militaires des FARDC savent que les personnes qui ne participent pas aux hostilités doivent être « épargnées » peut être très utile pour établir qu'un militaire, par sa fonction même, sait que la personne était « protégée ». Le tribunal reprend donc le raisonnement tenu dans l'affaire *Bongi*[240].

Les observateurs d'une mission de maintien de la paix, même s'ils sont militaires bénéficient eux aussi d'une protection juridique. C'est ce qu'a considéré le TMG de l'Ituri dans l'affaire *MILOBS* en énonçant qu' « *en l'espèce ce véhicule, bien d'une mission internationale de maintien de la paix l'ONU, qu'est la MONUC a droit à la protection du droit international [...] Qu'en l'espèce, il n'existe aucun doute quant à la connaissance par ce prévenu que les véhicules de la MONUC sont sous la protection du Droit international* »[241]. Si ce raisonnement est bien fondé, les magistrats auraient toutefois dû se référer à la qualité de membres du personnel des victimes, puisque l'attaque a aussi et surtout été dirigée contre des personnes. C'est d'ailleurs ce qu'ont fait les juges pour les préventions de crimes de guerre par meurtre :

> « *en l'espèce ces deux observateurs militaires de la MONUC ne participaient pas aux hostilités [...] les prévenus étant tous membres d'un groupe armé, le FNI-FRPI, savaient tous que ces deux officiers de la MONUC très populaires à MUNGWALU ne participaient pas aux hostilités* »[242].

237 Ibid., p. 28-29.
238 TMG de l'Ituri, Affaire *Bavi*, op.cit., p. 40.
239 Ibid., p. 47.
240 TMG de l'Ituri, Affaire *Bongi*, op.cit,, p. 17.
241 TMG de l'Ituri, Affaire *Milobs*, op.cit., p. 13.
242 Ibid., pp. 14-15.

En ce qui concerne la qualité de personne protégée, il serait souhaitable que les juges s'attachent à systématiquement vérifier et mentionner le statut des victimes au moment des faits (civils, prisonniers de guerre, blessés, mineurs, personnel humanitaire ou d'une mission de maintien de la paix, etc.), afin de s'assurer que ces personnes étaient réellement protégées en vertu des Conventions de Genève ou du droit international humanitaire coutumier.

Il est également important que les juges se préoccupent d'établir que le prévenu connaissait ce statut ou ne pouvait l'ignorer. A cet égard, le fait de considérer qu'un officier supérieur ne peut ignorer les règles essentielles du droit humanitaire est une voie à poursuivre. En ce qui concerne les biens, les juges procèderont aux mêmes vérifications, en s'assurant que les biens n'ont pas perdu leur protection en raison de leur utilisation à des fins militaires par l'ennemi.

1.2.3. Crimes de guerre par meurtre

L'article 8 du Statut de Rome ne donne aucune définition du meurtre. En cas de conflit armé international, il est qualifié d'*homicide intentionnel*[243] et en cas de conflit ne présentant pas un caractère international, il est qualifié de *meurtre*[244].

Les *Eléments des crimes* exigent qu'il soit établi que *« L'auteur a tué une ou plusieurs personnes »*[245]. Une note de bas de page précise que « *le terme 'tué' est interchangeable avec l'expression 'causé la mort de'. La présente note s'applique à tous les éléments qui utilisent l'une de ces deux expressions* ». A l'instar des crimes contre l'humanité, même si l'auteur doit avoir eu connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé et le statut de personne protégée de la victime, il n'est pas nécessaire qu'il ait planifié le meurtre, ni même qu'il ait lui-même donné la mort. Un supérieur hiérarchique peut donc être condamné pour un meurtre commis par un de ses subordonnés.

Quant à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux en matière de crimes de guerre par meurtre, elle s'inscrit dans la lignée de celle sur les crimes contre l'humanité par meurtre. D'après les TPI, les éléments constitutifs de ce type de crime sont :

- Le décès de la victime ;
- résultant d'un acte illégal ou d'une omission illégale de l'accusé ou de son subordonné;

243 Art. 8.2. a) i) du Statut de Rome.
244 Art. 8.2.c) i) du Statut. Le TPIY a précisé que les éléments constitutifs du meurtre sont similaires à ceux de l'homicide intentionnel, si ce n'est qu'en vertu de l'article 3, le crime ne doit pas avoir été commis contre une 'personne protégée' mais contre une personne 'qui ne participe pas activement aux hostilités', *Procureur c/Kordic et Cerkez*, op.cit., § 233.
245 Art. 8.2. a) i) – Homicide intentionnel et Art. 8. 2. c. i)-1 – Meurtre.

- alors que l'accusé ou son subordonné était animé de l'intention de donner la mort à la victime ou de porter des atteintes graves à son intégrité physique, dont il ne pouvait que raisonnablement prévoir qu'elles étaient susceptibles d'entraîner la mort[246].

L'intention doit être établie mais la préméditation n'est pas requise[247]. La preuve qu'une personne a bien été tuée ne doit pas nécessairement découler de la preuve que le corps de cette personne a été retrouvé ; elle peut être déduite des circonstances et de tous les éléments de preuves présentés devant le tribunal[248].

Dans l'affaire *Bongi*, le tribunal cite méthodiquement les cinq éléments constitutifs du meurtre prévu par les *Eléments du crime* (article 8, 2. c. i) et les lient aux faits de la cause :

1. « *L'auteur a tué une ou plusieurs personnes, dans le cas sous examen, le capitaine BMM a tué cinq personnes, les nommés* [...]
2. *les dites personnes étaient hors de combat ou des personnes civiles* [...], *en l'espèce il s'agissait des élèves de l'école secondaire* [...] ;
3. *l'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant ce statut, en l'espèce, le capitaine BMM, qui dans le centre de brassage a réappris le droit de la guerre, de surcroît pédagogue de formation* [...] *a vu certaines victimes en uniforme scolaire* [...] *prises sur la route de l'école portant des cahiers scolaires ; il a en outre eu tout son temps pour les identifier, car il les arrêtait de son propre chef ;*
4. *Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé ne présentant pas un caractère international, en l'espèce le capitaine BMM commandait des militaires en pleine opération d'attaque contre les poches de résistance armées de l'Ituri* [...] ;
5. *L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé ; en l'occurrence, étant lui-même le commandant d'une compagnie. Il savait qu'il était en plein conflit armé contre les milices armées FRPI et autres, contre lesquelles il organisait des patrouilles de combat* »[249].

Le jugement n'apporte malheureusement aucune lumière sur les preuves qui permettent d'établir les faits. En revanche, l'on retiendra que les juges ont pris en compte le fait que le prévenu a bénéficié d'une formation (ou au moins d'un rappel) sur les règles du droit de la guerre, lorsqu'il était dans un centre de brassage des troupes. Cet argument pourrait inspirer d'autres juges appelés à juger des militaires qui auraient suivi de telles formations.

En appel de cette décision, la Cour mentionne l'élément de preuve qui lui a permis d'identifier l'auteur, en relevant que le prévenu « *a reconnu avoir donné l'ordre à l'équipe* [...] *pour exécuter promptement les élèves qui avaient tous porté les biens pillés* »[250]. Elle cite ensuite avec précision l'identité des victimes. Par ailleurs, alors que le prévenu tente de se défendre en prétendant avoir reçu un ordre d'exécution de son supérieur hiérarchique, la Cour rappelle qu'en vertu

246 TPIR, *Procureur c/Musema*, Ch. 1ère instance, 27 janvier 2000, (ICTR-96-13), § 215.
247 TPIR, *Procureur c/Semanza*, op.cit., § 373.
248 TPIY, *Procureur c/ Krnojelac* , op.cit., § 326.
249 TMG de l'Ituri, Affaire *Bongi*, op.cit., p. 15.
250 CM Province Orientale, Affaire *Bongi*, op.cit, p. 21.

de l'article 28 de la Constitution de la RDC, « *Nul n'est tenu d'exécuter un ordre manifestement illégal* » et que « *l'illégalité de l'ordre qu'aurait donné le Major FK n'aurait pu être douteuse et le prévenu [...] aurait dû refuser de l'exécuter si réellement un tel ordre avait été donné* »[251].

Dans l'affaire *Bavi*, le TMG de l'Ituri se contente de soutenir que « *les faits ont démontré que les prévenus [...] ont tué un total de 30 personnes* »[252]. La lecture des faits apportent certains détails sur l'identité des victimes probables, sur la découverte d'une fosse commune que le prévenu a tenté de faire disparaître pendant l'instruction, sur des communiqués d'ONG qui ont dénoncé les arrestations et disparitions. Le jugement donne cependant peu d'indications sur le texte de ces communiqués ou sur la manière dont le tribunal a pu établir que les corps retrouvés dans la fosse étaient bien ceux des personnes arrêtées par le prévenu et ses hommes. Par contre, le témoignage d'un sous-officier qui aurait eu connaissance des meurtres semble déterminant pour relier les différents éléments de preuve et établir la responsabilité directe du principal prévenu. Le nom et le grade de ce témoin sont mentionnés dans le jugement, qui le qualifie d'ailleurs de « *témoin au sens de l'article 249 du Code judiciaire militaire* »[253], ce qui implique sans doute qu'il a été entendu en audience. On constate toutefois que le tribunal n'a malheureusement pas fait état de manière précise du récit des faits par ce témoin, pourtant capital à défaut d'autopsie ou d'expertise médicale établissant l'identité des corps retrouvés.

En appel, la Cour militaire résout ce problème de preuve en faisant état de l'aveu de tous les co-prévenus[254].

Cette affaire mérite également un examen plus approfondi, au vu des faits établis lors de l'instruction :

> « *de toute évidence ce genre d'exécution de civils étaient une habitude au sein de cette unité militaire où le prévenu Capitaine François MULESA MULOMBO a réussi à inculquer à ses hommes, plus particulièrement les soldats de sa garde rapprochée, l'idée que toute personne d'origine tribale « NGITI » était un milicien à abattre à tout prix, un ennemi potentiel à tuer, sans distinction d'âge, de sexe ou de profession* »[255].

Si l'instruction a pu établir cette intention, on peut se demander si le principal prévenu n'aurait pas dû être poursuivi pour crime de génocide, tel que prévu par l'article 6 du Statut de Rome et par l'article 164 du Code pénal militaire. De par ces dispositions, le meurtre des membres d'un groupe est en effet constitutif d'un crime de génocide « *lorsqu'il est commis dans l'intention de détruire en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux* »[256]. Le groupe tribal ne se différencie guère du groupe ethnique, en ce sens que les individus le composant partagent la même langue et la même culture. En outre, le régime de protection

251 Ibid., p. 21.
252 TMG de l'Ituri, Affaire *Bavi*, op.cit, p. 40.
253 C'est-à-dire entendu au cours des débats sur autorisation du Président.
254 CM de la Province Orientale, Affaire *Bavi*, p. 26, 28 et 29.
255 Ibid., p. 32.
256 Article 6 du Statut de Rome.

et de répression du génocide, tel qu'instauré par la Convention de 1948 et repris par les Statuts des Tribunaux internationaux, se fondait à l'origine sur la volonté de protéger des individus appartenant de façon stable et permanente à un groupe[257] , ce qui est le cas des individus qui font partie d'un groupe tribal. En tout état de cause, la jurisprudence des TPI reconnait aujourd'hui l'approche subjective qui permet la reconnaissance d'un groupe sans que celui-ci ne soit objectivement constitué. Il suffit en effet qu'il s'agisse d'« *un groupe dont les membres ont en commun une langue et une culture; ou un groupe qui se distingue comme tel (auto-identification) ; ou un groupe reconnu comme tel par d'autres, y compris les auteurs des crimes (identification par des tiers)*[258] *».*

Dans le dossier *Kilwa*, non seulement la Cour militaire du Katanga n'a pas retenu la qualification de crime de guerre, mais elle a également rejeté toutes les accusations de meurtre que le Ministère public avait formulé contre le colonel des FARDC en charge des opérations. La lecture de l'arrêt montre qu'en dépit des nombreux témoignages à charge, la Cour a considéré que les preuves réunies étaient insuffisantes, voire contradictoires, pour imputer les décès des victimes au prévenu et à ses hommes. Si cette rigueur est « normale » dans le cadre d'une procédure pénale, il semble toutefois que la Cour militaire n'ait pas montré autant de diligence à rechercher les preuves matérielles à charge, comme elle l'a fait pour les éléments à décharge. À titre d'exemple, il semblerait que la Cour n'ait pas interrogé les délégués de la Croix-Rouge du Congo, qui ont pourtant procédé à l'enterrement des corps et qui auraient pu éclairer les juges sur les lieux où ils ont été trouvés ; question centrale dans l'argumentaire développé pendant la procédure[259].

Dans la décision de renvoi du milicien *Gédéon* devant le TMG du Haut-Katanga, l'on notera que l'auditeur militaire a préféré s'appuyer sur plusieurs dispositions du Statut de Rome qui incriminent le meurtre, sans doute pour ne pas se heurter au problème de qualification de conflit (international ou pas).

En conclusion, à l'instar des crimes contre l'humanité par meurtre, il est d'une grande importance qu'à l'avenir les juges s'appliquent à établir l'identité des victimes, à constater les décès, soit parce que les corps ont été retrouvés et identifiés, soit en le déduisant des circonstances et des preuves rassemblées, et à en rechercher les causes. L'objectif principal est clairement de s'assurer que le prévenu est bien celui qui a causé la mort. Les éventuels témoignages, aveux, éléments matériels ou rapports d'experts (ex. : autopsies) méritent d'être systématiquement mentionnés.

257 Ceci explique l'exclusion des groupes politiques et économiques des instruments internationaux en matière de crime de génocide.
258 TPIR, *Procureur c/ Kayishema et Ruzindana*, op.cit., § 98.
259 Cour militaire du Katanga, Affaire *Kilwa*, op.cit., p. 16-21.

1.2.4. Crimes de guerre par viol

Le viol en tant que crime de guerre est prévu à l'article 8.2) b) xxii) (applicable aux conflits internationaux) et à l'article 8.2.e vi) (applicable aux conflits ne présentant pas un caractère international) du Statut de Rome.

Comme pour le crime contre l'humanité par viol, les *Eléments des crimes* sont inspirés de la définition établie par le TPIR dans l'affaire *Akayesu*[260] :

1. *L'auteur a pris possession du corps d'une personne de telle manière qu'il y a eu pénétration, même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute partie du corps.*
2. *L'acte a été commis par la force ou en usant à l'encontre de ladite ou desdites ou de tierces personnes de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement.*
3. *Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé international / ne présentant pas un caractère international.*
4. *L'auteur avait connaissances des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé.*

À nouveau, le Statut prévoit que les viols peuvent être commis par et sur des hommes et des femmes. La jurisprudence des TPI a clairement énoncé que l'élément coercitif peut être inhérent à certaines circonstances, telles qu'un conflit armé ou une présence militaire[261].
L'on rappellera également la règle 70 du *Règlement de procédure et de preuve* de la CPI, déjà mentionnée dans la section relative aux crimes contre l'humanité par viol, qui énonce que le consentement d'une victime ne peut être déduit de son silence, de son manque de résistance, de ses paroles ou de sa conduite lorsqu'elle a été forcée ou menacée ou qu'elle n'était pas en état de donner son consentement ; que la crédibilité, l'honorabilité ou la disponibilité sexuelle d'une victime ou d'un témoin ne peut être déduite de son comportement sexuel antérieur ou postérieur.

Pour rappel, il a déjà été mentionné que de nouvelles dispositions ont été introduites le 20 juillet 2006 dans le Code pénal congolais pour réprimer les crimes d'agressions sexuelles[262] et qu'elles s'appliquent aux faits de violences sexuelles commis après le 1er août 2006, date de publication de la loi.

La jurisprudence militaire congolaise peut maintenant être examinée.

260 Ibid.
261 TPIR, *Procureur c/Akayesu*, op.cit., § 688.
262 Loi n° 06/18 du 20 juillet 2006, *Journal Officiel*, n° 15, 1er août 2006.

Dans l'affaire *Bavi*, le commandant d'un bataillon des FARDC est poursuivi pour avoir « *fait violer par ses militaires cinq femmes qui étaient du nombre de 18 personnes arrêtées ce même jour et qui seront tuées après le viol* »[263]. Le prévenu est poursuivi sur la base des articles 5 et 6 du Code pénal militaire, pour avoir donné des instructions de commettre les viols. La prévention initiale s'appuie également sur le Statut de Rome mais sans toutefois citer les bonnes dispositions[264]. Cette erreur est corrigée par la suite[265], lorsque le tribunal examine si tous les éléments constitutifs sont réunis. Concernant les deux premiers éléments requis par les *Eléments des crimes* pour établir la commission d'un crime de guerre par viol dans le cadre d'un conflit armé ne présentant pas un caractère international[266], le tribunal relève :

1. « *[…] qu'en l'espèce le sang qui coulait entre les jambes d'une des filles violées au sol dans la tente voisine de celle du prévenu Capitaine MULESA, les propos de dérision de ce dernier à l'adresse du prévenu lieutenant ASSANI : […] 'entre dans la tente et voit les exploits de tes soldats', la réponse d'une de ces femmes à la question posée par le lieutenant MAKUNDIKILA sur le motif de cette hémorragie, montrent qu'il y a eu viol* »;
2. « *[…] en l'espèce les femmes et fillettes violées étaient arbitrairement arrêtées et l'existence du conflit armé constituait un environnement coercitif* »[267].

Les juges ont essayé d'identifier les preuves établissant le crime de guerre par viol, mais ils auraient dû mentionner avec plus de précision la source de ces témoignages et à tout le moins, tenter d'identifier chacune des victimes.

La Cour militaire du Katanga n'a pas condamné les militaires poursuivis dans l'affaire *Kilwa* pour crimes de guerre. Concernant les faits de viols, il est toutefois intéressant de lire que la Cour a relevé « *qu'aucun document médical ni procès-verbal d'OPJ n'attestèrent le viol ou l'hospitalisation de feue KUNDA (…) ; qu'aucune plainte ne fut déposée à un quelconque service de l'Etat quant à ce ; qu'elle reprit sa vie de femme adulte normalement et mourut à Lubumbashi, bien des mois après, pendant l'accouchement* »[268].

263 TMG de l'Ituri, Affaire *Bavi*, op.cit., p. 10.
264 L'article 8. 2. c) i) est cité alors que c'est l'article 8. 2. e) vi) qui aurait dû être invoqué, Ibid., p. 10.
265 Ibid., p. 42.
266 Article 8.2.e) vi)-1 des *Eléments des crimes*.
267 Ibid., p. 42-43.
268 Cour militaire du Katanga, Affaire *Kilwa*, op.cit., p. 23.

1.2.5. Crime de guerre par recrutement d'enfants dans des forces ou groupes armés

Faire participer des enfants de moins de 15 ans aux hostilités est une violation des règles du droit international humanitaire[269]. Le Statut de Rome érige ce comportement en crime de guerre, tant dans le cadre de conflits internationaux qu'internes. Ainsi est incriminé le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans, ou de les faire participer activement à des hostilités dans les forces armées nationales lors d'un conflit armé international[270] et dans les forces armées et autres groupes armés lors d'un conflit armé non international[271]. La conscription se réfère au recrutement forcé et l'enrôlement à une démarche « volontaire ». Les travaux préparatoires du Statut précisent que tant la participation directe (dans les combats) qu'indirecte (en tant qu'éclaireurs, espions, messagers) sont couvertes par le Statut[272].

Les *Eléments des crimes* énumèrent cinq éléments constitutifs:

1. *« L'auteur a procédé à la conscription, à l'enrôlement d'une ou plusieurs personnes dans les forces armées nationales ou les a fait participer activement aux hostilités.*
2. *Ladite ou lesdites personnes étaient âgées de moins de 15 ans.*
3. *L'auteur savait ou aurait dû savoir que ladite ou lesdites personnes étaient âgées de moins de 15 ans.*
4. *Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé international / ne présentant pas un caractère international*[273]*.*
5. *L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé. »*

L'affaire *Lubanga*, actuellement soumise à la CPI, porte sur le recrutement d'enfants au sein de la milice du FPLC, branche armée de l'UPC[274]. Elle devrait constituer une jurisprudence intéressante pour les magistrats congolais.

Le Code pénal militaire congolais n'incrimine pas spécifiquement le recrutement, forcé ou volontaire, d'enfants dans les forces et groupes armés. Et à l'heure actuelle, peu de décisions des juridictions militaires portent sur le recrutement d'enfants dans les forces et groupes armés.

269 Pour un aperçu des règles protégeant les enfants dans les conflits armés, voir R. Galand et I. Küntziger, « Quels règles et mécanismes internationaux pour protéger les enfants dans la guerre ? », pp. 127-147, *in La guerre enfants admis*, Grip-Editions Complexe, Bruxelles, 2001.
270 Article 8.2. b) xxxvi) du Statut de Rome.
271 Article 8.2.e) vii) du Statut de Rome.
272 R. Galand et I. Küntziger, op. cit., note de bas de page 18, p. 132. C'est pourquoi la terminologie d'EAFGA (Enfants associés aux forces et groupes armés) doit être privilégiée car reflétant mieux les diverses formes d'utilisation des enfants durant les hostilités.
273 Respectivement selon l'article 8.2. b) xxxvi) ou l'article 8.2.e) vii) du Statut de Rome.
274 CPI, *Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, 29 janvier 2007, op.cit., §§ 242-258.

Dans l'affaire *Biyoyo*[275], le TMG de Bukavu n'a pas invoqué l'incrimination prévue par le Statut mais seulement l'*enlèvement par ruse*, qui comprend également le fait de détenir illégalement une personne.

Les faits démontrent pourtant qu'il s'agissait bien d'un recrutement d'enfants dans un groupe armé puisque selon les magistrats:

> « *le Comd KBJ avait transformé ladite mission en recrutant également des enfants militaires démobilisés [...] le Comd. KBJ usera de la ruse pour prendre les enfants soldats démobilisés de Kadutu [...] récupérera, tant d'autres enfants soldats démobilisés par force et les acheminer à MULU pour un recyclage [...] 407 enfants soldats et démobilisés furent regroupés [...] et le Comd KB s'opposera à toute inspection de ce site par les organisations non gouvernementales de protection des enfants* »[276].

Le jugement mentionne en outre le recours à des menaces d'arrestation pour le recrutement[277]. Le prévenu a tenté de se justifier en affirmant qu'il avait arrêté et enlevé les enfants soldats démobilisés au motif que « *ce sont eux qui semaient la terreur* »[278].

Même si le jugement ne nous informe pas sur l'âge des enfants, il semble que tous les autres éléments constitutifs du crime de guerre par conscription ou enrôlement soient réunis. Le tribunal aurait pu poursuivre sur cette base plutôt que pour l'infraction ordinaire d'enlèvement. L'auteur n'a d'ailleurs été condamné qu'à cinq ans de prison[279], alors que le Statut prévoit une peine beaucoup plus sévère pour ce crime.

La décision de renvoi dans l'affaire *Gédéon* devant le TMG mentionne qu'il est notamment poursuivi pour « *avoir enrôlé dans son mouvement plus ou moins 300 enfants âgés de moins de 15 ans parmi lesquels 270 ont été identifiés et démobilisés par la CONADER [...] et du nombre desquels se trouvent : KNR, recruté à 14 ans, [...]* »[280]. L'auditeur militaire s'est référé aux dispositions pertinentes du Statut de Rome pour poursuivre ce crime et a déjà pris soin de mentionner l'âge des enfants.

L'on peut donc souligner l'importance cruciale que revêt la nécessité pour les juridictions de se référer au Statut de Rome et de toujours vérifier si les cinq éléments constitutifs de ce crime sont bien réunis. Il est également crucial que les jugements fassent état des éléments de preuve qui ont été utiles au prononcé de la décision.

275 TMG de Bukavu, Affaire *Biyoyo*, op.cit.
276 Ibid., p. 7.
277 Ibid., p. 9.
278 Ibid.,, p. 10.
279 Mais condamné à mort pour mouvement insurrectionnel.
280 Auditorat militaire près le TMG du Haut-Katanga, Affaire *Gédéon*, op.cit., p. 5.

CHAPITRE 2 RESPONSABILITÉ PÉNALE, CAUSES D'EXONÉRATION, ET CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES OU AGGRAVANTES

La responsabilité pénale internationale est « *la règle du droit pénal international aux termes de laquelle tout auteur d'un fait qui constitue une infraction internationale est responsable de ce chef et est passible d'un châtiment qui est prononcé, selon le cas, par un tribunal interne ou une juridiction pénale internationale.*[281] ». Cependant, le droit international pénal et le droit national reconnaissent des causes d'exonération de cette responsabilité pénale, ainsi que des circonstances atténuantes ou aggravantes qui ont pour effet de modifier la nature et le degré de la responsabilité pénale. Ces questions seront examinées dans les sections qui suivent.

2.1. La responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques

La responsabilité pénale individuelle est un principe qui connaît un certain nombre d'aménagements. Certains de ces aménagements sont classiques, comme ceux qui incriminent la complicité, et d'autres sont plus spécifiques au droit international pénal et au droit pénal militaire, qui prévoient que les supérieurs hiérarchiques peuvent, dans certaines circonstances, être condamnés pour des crimes commis par leurs subordonnés.

Après un rappel des dispositions contenues dans le Statut de Rome, le Code pénal militaire et une synthèse de la jurisprudence des tribunaux internationaux, la manière dont les juridictions militaires congolaises ont traité cette question pourra être examinée.

2.1.1. Selon le Statut de Rome, la jurisprudence des TPI, et le Code pénal militaire congolais

A. Le Statut de Rome

L'article 25 du Statut de Rome rappelle premièrement le principe de la responsabilité pénale individuelle : « *Quiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni conformément au Statut* »[282]. Il ouvre ensuite la voie à d'autres modes de participation que la commission directe des crimes : *« Une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime (...) si :*

281 J. Salmon, Dictionnaire de droit international, Paris, Bruylant, 2001, p. 998.
282 Article 25.2 du Statut de Rome.

a) Elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ;

b) Elle ordonne, sollicite ou encourage [...] ;

c) En vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission ;

d) Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :

i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou

ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ;

e) S'agissant du crime de génocide, elle incite directement et publiquement autrui à le commettre ;

f) Elle tente de commettre un tel crime par des actes qui, par leur caractère substantiel, constituent un commencement d'exécution mais sans que le crime soit accompli en raison de circonstances indépendantes de sa volonté. Toutefois, la personne qui abandonne l'effort tendant à commettre le crime ou en empêche de quelque autre façon l'achèvement ne peut être punie en vertu du présent Statut pour sa tentative si elle a complètement et volontairement renoncé au dessein criminel.

L'on peut noter qu'il n'est pas nécessaire que le co-auteur ou l'intermédiaire soit pénalement responsable pour condamner son complice ou commanditaire. L'on remarque aussi à la lecture de ces dispositions que la tentative de commission est punissable.

Le Statut aborde également et de manière spécifique la question de la responsabilité des commandants. L'article 28 sur la responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques est libellé en ces termes :

Outre les autres motifs de responsabilité pénale au regard du présent Statut pour des crimes relevant de la compétence de la Cour :

a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et

ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ;

b) En ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a), le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les

cas où :

i) Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;

ii) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et

iii) Le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

B. La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux

La jurisprudence des TPI est assez riche sur le sujet et peut de fait constituer une source d'inspiration pour des juges confrontés à cette question[283].

L'article 6 du Statut du TPIR prévoit la responsabilité criminelle des supérieurs hiérarchiques lorsqu'ils savaient ou avaient des raisons de savoir que leur subordonné allait commettre ou avait commis un crime et qu'ils n'ont pas pris les mesures « *nécessaires et raisonnables* » pour l'en empêcher. Conformément à cette disposition, la jurisprudence du tribunal a établi que les éléments essentiels requis pour établir la responsabilité des supérieurs hiérarchiques sont : l'existence d'une relation de supérieur à subordonné impliquant le contrôle effectif entre l'accusé et l'auteur du crime, la connaissance par l'accusé que le crime allait être ou avait été commis et, le fait que l'accusé n'ait pas pris les mesures « utiles et raisonnables » pour prévenir, arrêter ou sanctionner le crime[284].

La jurisprudence du TPIY va dans le même sens. Elle est basée sur l'article 7.3 du Statut du tribunal. Elle retient trois éléments pour établir la responsabilité des supérieurs hiérarchiques[285] : (1) l'existence d'une relation de supérieur à subordonné entre le commandant (l'accusé) et l'auteur du crime, (2) la connaissance par le supérieur que son subordonné a commis ou est sur le point de commettre un crime, et (3) le fait que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir le crime ou sanctionner l'auteur. A la lumière des développements jurisprudentiels du tribunal, des indications précises quant à la réunion de ces trois éléments ont pu être dégagées[286].

Il est intéressant de souligner que des autorités civiles peuvent également être déclarées responsables lorsqu'elles laissent commettre des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, alors qu'elles auraient été en mesure de les empêcher. Les Statuts des tribunaux

283 Un outil très utile sur la jurisprudence du TPIY et du TPIR: Human Rights Watch, *Genocide, War Crimes, and crimes against humanity : topical digest of the case law of the international criminal tribunal for Rwanda and the international criminal tribunal for the former Yougoslavia*, 2004, disponible à l'adresse Web : http://www.hrw.org/reports/2004/ij/.

284 Voir notamment TPIR, *Procureur c/ Bagalishema*, op.cit., § 38 ; *Procureur c/ Kayishema et Ruzindana*, op.cit., §§ 217-231 ; *Procureur c/ Musema*, op.cit, §§ 141-148.

285 TPIY, *Kordic et Cerkez*, op.cit, § 401 ; TPIY, *Blaskic*, op.cit, § 294.

286 Voir Human Rights Watch, *op. cit.*, pp. 219-229.

de Nuremberg et de Tokyo[287] prévoyaient déjà que les dirigeants ayant pris part aux plans visant à commettre de tels crimes soient tenus comme responsables des actes accomplis par d'autres en exécution de ces plans[288].

L'application de cette théorie en RDC pourrait ouvrir la voie à la mise en cause de la responsabilité de hauts fonctionnaires civils, de ministres, et autres représentants gouvernementaux, s'il est établi qu'ils ont eu connaissance de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre qu'ils n'auraient pas empêchés, sanctionnés ou dénoncés, alors même qu'ils disposaient du pouvoir de le faire.

C. Le Code pénal militaire congolais

Les dispositions du droit pénal militaire congolais en matière de responsabilité des supérieurs hiérarchiques sont beaucoup plus concises que celles contenues à l'article 28 du Statut.

L'article 175 du Code pénal militaire prévoit que « *lorsqu'un subordonné est poursuivi comme auteur principal d'un crime de guerre et que ses supérieurs hiérarchiques ne peuvent être recherchés comme co-auteurs, ils sont considérés comme complices dans la mesure où ils ont toléré les agissements criminels de leur subordonné* ».

En vertu de ces dispositions, un chef militaire peut donc être poursuivi pour crime de guerre uniquement si l'un de ses subordonnés l'est aussi. Il peut être considéré comme co-auteur ou comme complice mais non comme auteur principal d'un crime commis sous ses ordres[289]. C'est donc plutôt la responsabilité par abstention ou omission volontaire d'exercer un contrôle ou d'empêcher ses troupes de commettre un crime, qui est ici incriminée par le droit pénal militaire. Lui est reproché, non pas l'acte criminel commis par son subordonné mais un manquement personnel à ses obligations de contrôle et de commandement. Cette mise en cause de sa responsabilité est renforcée par l'article 165 du code pénal militaire qui prévoit que :

> « *Constituent des crimes contre l'humanité et réprimées conformément aux dispositions du présent Code, les infractions graves énumérées ci-après portant atteinte, par action ou par omission, aux*

287 Le Tribunal militaire international de Nuremberg a été institué par l'Accord de Londres du 8 août 1945 et le Tribunal militaire international pour l'Extrême Orient par une déclaration du Commandant suprême des Forces Alliées, le 19 janvier 1946. Ils ont été mis en place pour juger les responsables des crimes de guerre et crimes contre l'humanité nazis et japonais pendant la deuxième guerre mondiale.

288 Article 6 *in fine*, du Statut du tribunal militaire international de Nuremberg et article 5 *in fine*, du Statut du tribunal militaire international de Tokyo.

289 Les concepts de la participation en tant que co-auteur ou complice sont expliqués aux articles 5 et 6 du Code pénal militaire. Les modes légaux de la correité ou coactivité se réalisent par l'exécution matérielle (le fait de poser un acte constitutif de l'infraction ou de participer à sa réalisation), la coopération directe (le fait d'intervenir directement dans la commission de l'infraction), l'aide et l'assistance indispensable sans quoi l'infraction n'aurait pu être commise et la provocation (le fait d'inciter l'auteur à commettre l'infraction). La participation criminelle par complicité implique que la personne concernée a fourni une aide utile mais non indispensable à la réalisation de l'infraction.

personnes et aux biens protégés par les conventions de Genève du 12 août 1949 et les protocoles additionnels du 8 juin 1977, sans préjudice des dispositions pénales plus graves prévues par le Code pénal ordinaire.»

A noter que l'article 4 du Code pénal militaire énonce que « *la tentative de commettre une infraction est punie de la même manière que l'infraction consommée* ». Même si aucune des décisions analysées n'a retenu la tentative de crime de guerre ou de crime contre l'humanité à charge d'un prévenu, cette hypothèse est possible.

2.1.2. La jurisprudence des juridictions militaires congolaises

A la lumière des décisions sous examen, on constate que la première juridiction qui aurait dû prendre une décision en matière de responsabilité pénale des chefs hiérarchiques est la Cour militaire du Katanga dans l'affaire *Ankoro*[290]. Elle n'a malheureusement pas saisi l'opportunité de produire une jurisprudence pertinente à ce sujet.

Plus de 20 combattants « *à partir du grade de lieutenant colonel jusqu'à celui de (...) commandant de milice Mai-Mai*»[291] ont été arrêtés en décembre 2002 pour avoir déclenché ou participé à une attaque contre la population civile, causant la mort de nombreuses personnes qui ne participaient pas aux combats ainsi que la destruction de bâtiments publics et de milliers de maisons.

Le principal prévenu est un colonel qui commandait les troupes des FARDC au moment de l'offensive.

La Cour a décidé de ne pas retenir contre lui la prévention de crime contre l'humanité au motif qu'

> « *aucun militaire n'a reconnu avoir agi sur ordre personnel du Lieutenant Colonel Emile TWABANGU* »[292], et qu'« *il fut prouvé de façon constante que le prévenu TWABANGU, en sa qualité de Commandant de brigade avait tout fait pour empêcher les affrontements et que d'autres parties civiles et autres chefs Mai-Mai furent sauvés grâce à son intervention personnelle (...) TWABANGU ordonna des perquisitions dans les maisons des militaires pour rechercher et récupérer les biens provenant des pillages dès qu'il en eu l'information* »[293].

Cependant, l'arrêt ne donne aucune indication sur les éléments de preuve retenus par la Cour pour fonder sa décision. De plus, même dans l'hypothèse où le prévenu aurait tenté d'éviter

290 CM du Katanga, Affaire *Ankoro*, op.cit.
291 ACIDH, « *Procès de la Cour militaire du Katanga sur les crimes commis à Ankoro* », Rapport final, Lubumbashi, mars 2005, p. 11.
292 Ibid., p. 19.
293 Ibid, p. 57.

l'affrontement et aurait pris des mesures pour récupérer les biens pillés par ses soldats, les rares éléments de preuve mentionnés ne permettent pas de conclure que ce colonel a fait tout ce qui était en son pouvoir pour empêcher le bombardement de civils et les pillages, ni même qu'il a sanctionné les responsables de ces actes ou qu'il en a référé à ses supérieurs.

Les conseils des Parties civiles ont tenté de démontrer la commission de crimes de guerre et ont invoqué l'article 175 du Code pénal militaire, afin que la Cour juge « *chaque militaire [...] individuellement responsable pénalement des actes qu'il avait posé et les chefs militaires ou commandants [...] considérés comme des complices, se fondant sur la criminalité d'emprunt (article 175 du nouveau code pénal militaire) dans la mesure où ils ont toléré les agissements de leurs subordonnés* »[294]. Cependant, les juges ne les ont pas suivis.

La Cour n'a pas retenu les charges de crime contre l'humanité, soulignant que « *l'organe de la loi, les témoins, les parties civiles, les victimes et les renseignants furent dans l'impossibilité d'identifier un seul des prévenus comme étant co-auteurs ou complices d'incendie d'une maison ou de mort d'une personne déterminée* »[295]. L'insuffisance de preuve aurait ainsi empêché la condamnation des supérieurs hiérarchiques comme co-auteurs ou complices. La lecture du libellé de l'arrêt laisse supposer que la Cour considère qu'aucune preuve de participation directe des supérieurs hiérarchiques aux incendies, pillages, et meurtres n'a pu être établie, et que cela suffit à les acquitter.

L'on peut rappeler qu'en vertu de l'article 175 du Code pénal militaire (et à fortiori de l'article 28 du Statut), il suffit de prouver « *qu'ils ont toléré les agissements criminels de leurs subordonnés* » pour être condamnés comme complices. La Cour n'aurait donc pas dû se contenter, comme le laisse supposer l'arrêt, d'établir qu'ils ont eux-mêmes participé directement aux crimes ou qu'ils les ont ordonnés.

Au cours du procès, l'organisation non gouvernementale congolaise ACIDH a constaté:

> « *Le général KYABU KANIKI de l'ex-4ème région militaire (Lubumbashi) et le Général MABIAL de l'ex-9ème région militaire (Kamina) étaient régulièrement cités par les prévenus comme ayant été sur les lieux de commandement lors des évènements d'Ankoro. Leur présence était signalée dès le 12 novembre 2002. Ce qui avait expliqué leur solidarité à la 95ème brigade en ce qu'ils n'ont ni réprimé ni déféré devant une juridiction compétente les auteurs présumés* »[296].

Le rapport de cette ONG fournit un certain nombre de détails pertinents sur le déroulement des faits:

> « *Le 12 novembre, les généraux (...) arrivent en hélicoptère des FAC à Ankoro. Le soir, ils tiennent deux réunions, d'abord avec l'Etat Major de la 95ème brigade et plus tard avec les autorités politiques ; le 13 novembre, les deux généraux visitent Ankoro et constatent l'ampleur des dégâts causés par leurs*

294 Ibid, p. 27.
295 Ibid, p. 55.
296 ACIDH, Rapport final, op.cit, p. 12.

forces ; le 15 novembre 2002, l'artillerie lourde est à nouveau utilisée au motif de désarmer leurs alliés miliciens »[297].

Le rapport relève également que « *les généraux cités au cours des audiences par les prévenus comme ayant pris le commandement (...) Bien que leur audition ait été avérée nécessaire pour établir la vérité sur les crimes contre l'humanité, aucune procédure n'avait été ouverte à leur encontre* »[298]. L'on peut donc supposer qu'ils n'ont été ni convoqués, ni entendus comme témoins et encore moins poursuivis. À tout le moins, ils auraient pu être interrogés, ne fût-ce que pour lever tout doute sur leur éventuelle responsabilité.

Au terme de ce procès, la Cour a donc acquitté les officiers supérieurs et condamné des soldats et officiers de grade inférieur pour des infractions secondaires, alors que certaines d'entre elles étaient *prima facie* constitutives de crimes contre l'humanité ou crimes de guerre.

La première juridiction à réellement traiter de la question de la responsabilité des chefs militaires (ou de groupes armés) est le TMG de Mbandaka dans le jugement *Songo Mboyo.*

Pour contester sa responsabilité civile, la RDC a plaidé que celle-ci était subordonnée « *à celle du Capitaine R considéré comme chef hiérarchique et ce en vertu de l'article 28 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale qui dispose que le Chef militaire (...) est pénalement responsable des crimes commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectif* »[299]. Considérant que cette demande est une manœuvre dilatoire pour prolonger le procès, le tribunal la rejette en rappelant que « *l'article 28 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, faisant allusion à la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique ne dispose pas que les poursuites engagées contre les éléments sous contrôle sont subordonnées à celles de l'autorité hiérarchique* »[300]. L'on peut relever au passage que par la voix de son avocat, l'Etat congolais a lui-même invoqué l'application du Statut de Rome.

Sur le fond, la décision aborde la question de la responsabilité au regard du droit pénal congolais. Alors que le Ministère public invoquait une responsabilité criminelle par abstention concernant l'infraction de vols d'armes et de munitions de guerre, au motif que le prévenu disposait des moyens pour dissuader les insurgés, les juges rejettent ce raisonnement en considérant:

« *Le droit congolais à l'instar du droit belge ne retient pas l'inaction, même intentionnelle, comme un des éléments d'une participation criminelle. Cependant, certaines abstentions révèlent avec éclat la manifestation d'une volonté criminelle dangereuse, [...], c'est ainsi en droit pénal militaire la responsabilité du chef hiérarchique est toujours présumée pour son inaction aux actes constitutifs de crimes de guerre commis par ses subalternes. Or dans le cas sous examen, les actes commis par les*

297 Ibid., p. 72.
298 Ibid., p. 79.
299 TMG de Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo,* op.cit, p. 5.
300 Ibid., p. 6.

mutins ne sont pas constitutifs de crime de guerre pour engager la responsabilité du prévenu E.N., alors commandant »[301].

Même s'il écarte l'argument de l'Auditeur militaire, le tribunal souligne qu'en matière de crimes de guerre, l'abstention du commandant est punissable.

Toujours dans l'affaire *Songo Mboyo*, nous avons vu dans le premier Chapitre de cette étude, que le tribunal a estimé que même si la responsabilité est individuelle aux termes de l'article 25 du Statut de Rome, un supérieur hiérarchique peut être condamné comme « *auteur moral* » pour un fait de viol commis par « *un militaire faisant partie de sa suite* », parce qu'il a lui même violé une autre victime et que ce comportement « *constitue pour les subalternes un encouragement aux actes analogues* »[302].

Dans l'affaire *Bongi*, le TMG de l'Ituri a mené un raisonnement en matière de responsabilité du supérieur hiérarchique qui mérite d'être ici rapporté. Après avoir rappelé le principe de la responsabilité pénale individuelle qui « *est battu en brèche en droit pénal international ; où la culpabilité du supérieur hiérarchique peut être retenue pour des actes répréhensibles de leurs inférieurs* »[303], les juges se réfèrent à la jurisprudence du TPIR (affaire *Bagalishema*) pour retenir trois conditions qui vont asseoir cette « *responsabilité pénale d'emprunt* ». Malheureusement, le tribunal n'en cite qu'une, celle du « *lien de subordination plaçant l'auteur du crime sous le contrôle effectif de l'accusé* ». Par référence aux « *articles 85 à 87 du protocole additionnel I de la Convention de Genève et l'article 28 du Statut de Rome* » ainsi qu'à la jurisprudence internationale, les juges ont recherché avec une certaine rigueur les éléments qui permettent d'établir cette responsabilité[304] :

- Le lien de subordination :
  « *il ressort de l'examen de la cause que le fait pour le prévenu [...] d'inclure ses propres gardes du corps dans le peloton de patrouille [...] au village Tchekele, établit à suffisance cette subordination requise pour l'établissement de l'infraction[...]Que le lien de subordination s'apprécie par rapport au rang dont jouit le prévenu BM, coupable secondaire vis-à-vis des militaires agissant sous le commandement de KW, les coupables originaires [...]*»[305] ;

- La capacité de prévenir et sanctionner les crimes et l'abstention de le faire :
  « *le prévenu a une prééminence fonctionnelle, c'est-à-dire la capacité matérielle de prévenir et de sanctionner les violations du droit humanitaire [...] Attendu qu'à la remise des biens pillés, le prévenu[...]au lieu de punir les pilleurs, au contraire, s'est approprié les biens en déclarant à son épouse et même dans sa plainte que c'était des butins de guerre [...]* »[306] et plus loin « *qu'enfin le prévenu[qui]avait le contrôle et l'autorité sur les éléments pilleurs n'a pu ni saisir*

301 TMG de Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo*, op.cit, p. 20.
302 Ibid, p. 31.
303 Cour Militaire de la Province Orientale, Affaire *Bongi*, op.cit., p. 19.
304 Nous reprenons ici l'ordre dans lequel le tribunal les a énumérés.
305 Cour Militaire de la Province Orientale, Affaire *Bongi*, op.cit., p. 20.
306 Ibid, p. 20.

une juridiction compétente, ni ouvrir une action disciplinaire »[307] ;

- La connaissance des crimes ou la volonté délibérée de ne pas s'en informer : « *Attendu que le prévenu avait des raisons non seulement de savoir mais surtout de s'assurer que ses militaires allaient et, par la suite, avaient pillé la localité de Tchekele [...] qu'ainsi le prévenu devra-t-il partager la responsabilité avec ses militaires, auteur du pillage »*[308] ; et plus loin, citant l'article 28 du Statut « *le prévenu [...] savait bien que ces troupes allaient commettre le pillage, raison pour laquelle son garde du corps VALAKA et son informateur devaient faire partie de cette patrouille pour ramener avec sécurité les biens pillés »*[309] ;

- La commission directe par ordre :
« *Qu'il a en outre lui même organisé ce pillage en tenant compte des informations reçues (...) qui devaient conduire les patrouilleurs aux adresses déjà identifiées »*[310].

Dans son analyse sur la responsabilité du chef de milice *Kahwa*, le TMG de l'Ituri relève « *qu'il a été prouvé que Kawa a dans son attitude négative eu à tolérer les violations commises par ses hommes lors de l'attaque du 15 au 16 octobre 2002 ; que ses troupes, en effet, ont opéré dans le territoire contrôlé par lui en sa qualité de chef de collectivité, actes qu'il ne peut prétendre avoir ignorer*[311]*. »* Sur base légale des articles 85 à 87 du Protocole additionnel des Conventions de Genève et l'article 28 du Statut de Rome sur la responsabilité du supérieur hiérarchique, les juges en ont conclu qu' *« en l'espèce, Kawa en sa qualité de chef de milice HEMA et chef de collectivité (...) agressant les LENDU n'a rien fait pour empêcher ces drames ; que son silence constitue ainsi une approbation, soit un ordre tacite»*[312]. C'est donc ici l'abstention d'agir pour empêcher les crimes et pour les réprimer qui est constitutive de la mise en cause de la responsabilité du chef[313]. Même si le jugement ne nous informe pas sur les éléments de preuve dont le tribunal dispose pour étayer ses conclusions, son raisonnement aborde les éléments constitutifs de la responsabilité des chefs : il était le commandant, il avait connaissance et ne peut nier qu'il avait connaissance, et il a (au moins) laissé commettre les crimes.

Afin d'établir la responsabilité pour « *infraction de non assistance à personne en danger* »[314] des officiers qui ont ordonné l'emprisonnement et causé la mort des détenus de *Mitwaba*, la Cour militaire du Katanga s'est basée sur :

> « *l'abstention et l'omission des prévenus de conjurer le péril auquel les détenus étaient exposés [...] ; Qu'en effet les prévenus[...]ne dressèrent aucun procès verbal d'audition des détenus [...] ne prirent*

307 Ibid, p. 21.
308 Ibid, p. 20.
309 Ibid, p. 21.
310 Ibid, p. 21.
311 TMG de l'Ituri, Affaire *Kahwa*, op.cit, p.29.
312 TMG de l'Ituri, Affaire *Kahwa*, op.cit, p. 31.
313 À titre anecdotique, l'on peut noter au passage que la référence au Protocole additionnel I implique l'existence d'un conflit à caractère international, et qu'en l'espèce, le tribunal n'a pas donné cette qualification au conflit. Par ailleurs, les extraits cités ne correspondent pas au libellé des articles en question.
314 En réalité constitutive de crime de guerre comme il a été vu dans le Chapitre II de cette étude.

aucune mesure de libération des non Mai-Mai [...] n'organisèrent pas de visites médicales [...] en vue de prévenir des maladies ou de les soigner ; [...] savaient que toute personne vivant dans ces conditions d'incarcération succomberait ; Qu'ils maintinrent cependant ces conditions malsaines et indécentes pendant plusieurs jours, gardèrent les détenus en prison malgré leur affaiblissement physique et la première mort constatée, et ne libérèrent les autres détenus que malgré eux »[315].

Même si la Cour n'a pas retenu la qualification de crime de guerre, c'est donc l'omission d'agir, telle que décrite à l'article 28. a) du Statut de Rome qui est retenue comme mode de commission de l'infraction. L'on notera également que les officiers qui ont transmis cet ordre, tout en ne pouvant ignorer ses conséquences, ont également été condamnés, quoique à des peines moins lourdes.

Le jugement rendu dans l'affaire des *Mutins de Bunia* ne condamne pas le lieutenant Aboti, qui commandait les troupes, pour crime de guerre ou crime contre l'humanité, mais pour « *incitation des militaires à commettre des actes contraires au devoir ou à la discipline* »[316] ; le prévenu ayant « *invité les militaires moins gradés de la même première Brigade intégrée à aller piller en vue de se payer au détriment des particuliers* »[317]. Dans cette affaire, même si le Statut de Rome n'est pas invoqué, l'on constate que la responsabilité est établie sur la base de la *sollicitation* ou de l'*encouragement* à commettre les crimes, comme le prévoit l'article 25.3.b) du Statut de la Cour pénale internationale.

Enfin, dans l'affaire *Kilwa*, le colonel Ilunga Adémar qui commandait les troupes ayant pilonné la ville, était poursuivi comme « *auteur, coauteur ou complice* » de crime de guerre, notamment parce qu'il a « *par abus de pouvoir et d'autorité, ordonné à ses hommes* » d'entre autre bombarder la cité, « *d'exécuter sommairement des personnes civiles* », de faire arrêter arbitrairement et détenir des personnes civiles...[318] Comme il a été vu précédemment, la Cour militaire n'a pas retenu la prévention de crime de guerre et a condamné ce colonel pour le seul meurtre de deux élèves.

Pour qu'un supérieur hiérarchique soit condamné parce qu'il a toléré, encouragé, appuyé ou ordonné un crime, il faut qu'il soit au préalable poursuivi. Dans la procédure pénale congolaise, l'ouverture de poursuites pénales incombe à l'auditorat militaire qui, une fois l'instruction menée, peut s'il *« estime que le fait visé constitue une infraction de la compétence de la juridiction militaire et que l'inculpation est suffisamment établie, [...] [renvoyer] l'inculpé devant cette juridiction »*[319]. Cet article renvoie à la disposition pertinente en matière de mode de saisine des juridictions militaires ; cette saisine se fait « *par voie de traduction directe ou par décision de renvoi émanant de l'auditeur militaire près la juridiction compétente »*[320].

315 CM du Katanga, Affaire *Mitwaba*, p. 8 et 9.
316 TMG de l'Ituri, Affaire *Mutins de Bunia*,op.cit., p. 30.
317 Ibid., p. 26.
318 Cour militaire du Katanga, Affaire *Kilwa,* op.cit, p. 2 et 3.
319 Article 200 du Code judiciaire militaire, Loi n° 023-2002 portant Code judiciaire militaire du 18 novembre 2002.
320 Article 214 du Code judiciaire militaire.

Le jugement avant dire droit rendu dans l'affaire *Bavi* aborde la question de la saisine de la justice et de la mise en cause d'un supérieur hiérarchique non visé par un acte de renvoi. En l'espèce le tribunal répondait à un moyen d'appel soulevé par le conseil du prévenu principal Bozizé et visait un colonel qui avait été informé par son officier de renseignement (lieutenant) des agissements et des crimes commis par le principal prévenu de l'affaire.

Au cours de la procédure judiciaire devant le TMG, le lieutenant a déclaré « *qu'il aurait longtemps avant tenu le colonel E. informé de ces crimes perpétrés sur le terrain par le Bataillon d'intervention ; mais qu'en revanche, ce Colonel, au lieu de procéder à la vérification de ces graves dénonciations aurait purement et simplement à son tour, par complaisance, informé le prévenu Capitaine FMM de ces dénonciations* »[321]. Le jugement met également à jour le fait que, malgré ses dénégations, le Colonel a reconnu au moins partiellement dans une lettre adressée à l'auditeur militaire avoir conversé avec le lieutenant dénonciateur qui lui faisait part de sa volonté de quitter son poste par peur d'être tué par le colonel Bozize[322]. Le tribunal constate que le colonel a considéré avec plus de gravité cette soi-disant désertion que « *les accusations de crimes graves dont est accusé le bataillon d'intervention qui dépend de son autorité hiérarchique* »[323] ; et qu'il a même sanctionné le lieutenant en procédant à la retenue de sa solde pour le contraindre à rejoindre son unité « *sans le moindre souci de procéder à la rigueur, à une enquête, ne fut-ce que sur les raisons de la menace de mort* »[324]. En dépit de ces éléments accablants et corroborés, le colonel n'a pas été poursuivi par le Ministère public.

L'enquête a également laissé apparaître qu'un général commandant l'ensemble des opérations dans la région avait été alerté par une ONG locale des crimes commis par les soldats concernés, sans qu'aucune investigation ne soit ordonnée. Là encore, malgré les observations pertinentes des juges[325], l'auditeur militaire s'est abstenu de toute poursuite à l'encontre de ce haut gradé.

Les éléments de preuve mis à la disposition du Ministère public n'ont pu aller à l'encontre des dispositions du Code de procédure pénale militaire ; le tribunal n'a donc condamné ni l'un, ni l'autre, de ces deux officiers supérieurs, en considérant :

> « *Que la saisine des juridictions militaires en l'état actuel du droit procédural militaire n'appartient qu'au Ministère Public ; Que la responsabilité de ces supérieurs hiérarchiques pour crimes de guerre,*

321 TMG de l'Ituri, Affaire *Bavi*, op.cit, p. 28.
322 Ibid., p. 29.
323 Ibid., p. 29.
324 Ibid., p. 30.
325 Ibid., p.27-28 : Les juges ont observé que : « *le Général MS, saisi depuis le 3 octobre 2006 par ledit communiqué de l'organisation JUSTICE PLUS et par la lettre sus évoquée du 25 septembre 2006, adressée entre autres à ce général en sa qualité de commandant des opérations FARDC en Ituri [...] semble n'avoir pas accordé crédit aux dénonciations lui adressées et faites en son temps par la susdite Organisation Non Gouvernementale « Justice Plus » à moins, en effet, qu'il ne démontre avoir organisé et obtenu d'une commission d'enquête objective et fiable un rapport d'enquête démentant ces faits ; à défaut d'avoir saisi d'office le Ministère Public Militaire (...) Qu'en effet, au vu de la gravité des faits prétendus par ces flots de dénonciation (...) il était de bon sens qu'une enquête soit ordonnée par ce ci-dessus cité Général.* »

au terme de l'article 175 du Code pénal militaire s'agissant de crimes de guerre ne peut s'établir que s'il est prouvé à l'issue d'un procès dans quelle mesure ils ont toléré les agissements criminels de leur subordonnés »[326].

De ce constat d'incapacité, la Cour a conclu :

« qu'en l'espèce, le Tribunal compétent pour établir si oui ou non le Colonel EM ou le Général M ont toléré les agissements du prévenu Capitaine M et consorts dans cette cause et que le Colonel N ou que le Capitaine GU se sont abstenus de dénoncer les faits criminels de ces mêmes prévenus ne peut être que le tribunal que saisira le ministère public militaire s'il estime fondée ces allégations »[327].

À la date de publication de cette étude, nulle poursuite n'a été engagée contre l'un de ces officiers. Les éléments de preuve déjà rassemblés par le tribunal qui a condamné les subalternes sont pourtant entre les mains du Ministère public. A défaut pour l'auditorat militaire de déclencher une action à leur encontre comme complices en vertu de l'article 175 du Code pénal militaire, voire en invoquant l'application directe de l'article 28 du Statut de Rome, rien n'empêcherait que cette affaire soit portée devant la Cour pénale internationale.

Il est évident que la responsabilité de poursuivre expose les auditeurs militaires à de fortes pressions, lorsque de hauts gradés ou des militaires influents sont impliqués. S'il n'existe pas en droit congolais de mécanisme de saisine d'office par le tribunal[328], même lorsqu'il s'agit de crimes internationaux, certaines voies pourraient être explorées pour tenter de contourner une éventuelle « réticence » du magistrat instructeur. En cas d'inaction, il est toujours possible d'en référer à son supérieur hiérarchique qui pourrait lui donner injonction d'instruire et de poursuivre[329]. Les ministres de la justice et de la défense disposent également d'un droit d'injonction positif pour ordonner l'ouverture d'une enquête ou des poursuites[330]. Mais que faire en cas d'inertie de cette hiérarchie ?

Si le Ministère public ne poursuit pas lui-même des supérieurs hiérarchiques contre lesquels il existe des preuves ou des soupçons de responsabilité, les juges saisis des faits, plutôt que d'attendre une action de l'auditeur militaire, pourraient eux même agir en application de l'article 219 du Code judiciaire militaire qui prévoit que « *le juge militaire saisi peut, si l'instruction préparatoire lui semble incomplète ou si des éléments nouveaux sont révélés depuis sa clôture, ordonner tous actes d'instruction qu'il estime utiles. Il est procédé à ces actes conformément aux dispositions relatives à l'instruction préparatoire par l'Auditeur militaire* [...] » Or, parmi les pouvoirs

326 Ibid., p. 39.
327 Ibid., p. 40.
328 Exception faite en ce qui concerne les délits d'audience. Selon l'article 214 du Code judiciaire militaire, lorsqu'une infraction est commise dans la salle et pendant la durée de l'audience d'une juridiction, la saisine d'office est possible.
329 Dans tous les cas, c'est l'Auditeur général des Forces armées, en tant que chef hiérarchique de tous les magistrats du Ministère public militaire qui a le pouvoir « *d'ordonner aux magistrats militaires d'instruire, de poursuivre ou de s'abstenir de poursuivre.* » (Article 42 du Code judiciaire militaire)
330 Voir les articles 47, 162 et 130 du Code judiciaire militaire.

d'instruction en question, similaires à ceux du juge d'instruction[331], on retrouve notamment le pouvoir d'inculper. Le juge pourrait ainsi user de tous les moyens traditionnels d'enquête et, le cas échéant, inculper un supérieur hiérarchique qui ne serait pas poursuivi par le Ministère public.

D'aucuns pourraient objecter que l'article 219 se situe dans la section du Code judiciaire consacrée à la « *procédure antérieure aux débats* »[332] mais l'on peut répondre à cela qu'il ne s'agit que d'un titre du Code et que l'esprit de l'article 219 est vraisemblablement de compléter une instruction qui serait lacunaire. Le fait de ne pas chercher à établir la responsabilité éventuelle d'un supérieur et, le cas échéant, de ne pas l'inculper ne rend-il pas l'instruction incomplète ?

Dans le cas où cette voie ne serait exploitable, les juges ont toujours la possibilité de requérir du Parquet un supplément d'information conformément à l'article 253.3 du Code judiciaire militaire. Une requête en ce sens peut d'ailleurs être présentée par la partie civile, la défense, ou le prévenu.

D'un point de vue institutionnel, une modification législative autorisant la constitution directe de Parties civiles devant les juges du fond pourrait constituer un moyen d'éviter que le Parquet militaire bloque une enquête ou des poursuites. Afin de pallier au risque que les juridictions se retrouvent submergées, cette possibilité pourrait être limitée à certains crimes, tels que les crimes de génocide, de guerre, les crimes contre l'humanité et autres violations graves et massives des droits de l'homme.

En clôture de cette section, un autre mode de participation mérite d'être évoqué : celui de l'*association de malfaiteur.* En droit belge, l'article 322 du Code pénal prévoit : « *Toute association formée en vue d'attenter aux personnes ou aux propriétés est un crime ou un délit qui existe par le seul fait de l'organisation de la bande ».*

D'après le Code pénal français : « *Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits* »[333].

Le droit anglo-saxon connaît également un concept similaire : la « *conspiracy ».* La simple appartenance à une entreprise collective criminelle (en préparation) est donc constitutive de l'infraction. Le recours à cette incrimination permet aux juges de contourner des complications dues à un manque de preuve dans des affaires où les témoins sont parfois réticents face à des risques de représailles de la part des prévenus ou de leurs proches ou alliés.

331 Article 170 du Code judiciaire militaire.
332 Titre II, Chapitre I, Section 2 du Code judiciaire militaire.
333 Article 450-1 du Code pénal français, Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, Journal Officiel du 16 mai 2001.

Ainsi, dans l'affaire des *Mutins de Mbandaka* les juges ont estimé que :

> *« le seul fait pour les prévenus de reconnaître avoir fait partie de la bande des insurgés ayant lancé volontairement et sciemment l'attaque contre la population civile établie de manière non équivoque leur culpabilité ; [...] l'instruction a démontré à suffisance que les prévenus sus identifiés ont pris part à l'attaque et ont été appréhendés avec armes de guerre et biens pillés »*[334].

En le cas d'espèce, les juges peuvent établir la responsabilité des auteurs des crimes grâce à un faisceau de preuves indirectes. Pourtant, les juges ont fondé ce raisonnement, très proche de celui *d'association de malfaiteurs*, sur le concept *d'emprunt de criminalité*[335]. Or, l'*emprunt de criminalité* se conçoit en principe de la manière suivante : pour qu'un individu puisse être condamné en tant que complice, une infraction principale doit au préalable avoir été commise. Il s'agit donc d'un rejet de l'idée selon laquelle le complice est l'auteur d'un délit autonome. La doctrine utilise cette expression pour signifier que le complice emprunte sa propre criminalité à celle de l'auteur principal, en sorte que l'auteur et le complice soient « liés dans l'infraction ». Les juges ont donc en l'espèce commis une erreur de qualification quant au mode de participation.

En conclusion, il serait utile que les juges se réfèrent au Statut de Rome, plus complet sur les modes d'incrimination, lorsqu'ils sont confrontés à des crimes qui impliquent la mise en cause de la responsabilité d'un supérieur hiérarchique.

Lorsque des crimes sont commis par des auteurs appartenant à un corps organisé tel que les forces armées, les milices, les services publics, ou les partis politiques, il est important que les magistrats déterminent minutieusement dans quelle mesure les supérieurs hiérarchiques ou les détenteurs de l'autorité ont ordonné, encouragé, appuyé ou toléré les comportements criminels. Dans cette optique, reconstituer l'ensemble de la chaîne de commandement en rapport avec les faits criminels constitue l'unique moyen pour établir « Qui a émis l'ordre ? Qui l'a transmis ? Comment ? Qui en avait connaissance ? Qui aurait dû en avoir connaissance ? Qui a agi (et comment) pour empêcher les crimes ? Qui aurait dû agir ?»

Dans l'hypothèse où les auteurs et leurs supérieurs hiérarchiques sont identifiés mais que le supérieur ne peut être poursuivi comme auteur principal parce qu'il n'a pas lui même ordonné le crime, il appartient aux juges d'évaluer:

---

334 Ibid.

335 Selon le raisonnement des juges, « *Dans la difficulté d'identifier spécifiquement les auteurs des actes [...], tous les membres de la bande seront tenus pénalement responsables pour les actes conséquences et ce en vertu du principe d'emprunt de criminalité qui est du reste, une exception au principe de l'individualisation.* » TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, op.cit., p. 20. En principe, *l'emprunt de criminalité* se conçoit de la manière suivante : pour qu'un individu puisse être condamné comme complice, il faut d'abord qu'une infraction principale ait été commise. Il s'agit donc d'un rejet de l'idée selon laquelle le complice est l'auteur d'un délit autonome. La doctrine utilise l'expression : « emprunt de criminalité », qui signifie que le complice emprunte sa propre criminalité à celle de l'auteur principal, en sorte que l'auteur et le complice sont « liés dans l'infraction ». Deux traits caractérisent l'emprunt de criminalité : d'une part l'acte de l'auteur et du complice ont la même qualification; d'autre part si l'acte commis par un individu n'est pas pénalement qualifiable, celui qui y coopère n'est pas un complice.

1. **le lien de subordination entre l'auteur et le supérieur, en déterminant s'il existe une relation de supérieur à subordonné impliquant le contrôle effectif sur l'auteur du crime,**
2. **la capacité du supérieur de prévenir et sanctionner les crimes, en s'assurant notamment du fait qu'il a eu connaissance que le crime allait être ou avait été commis ou qu'il s'est volontairement abstenu de s'informer,**
3. **le fait que le supérieur n'ait pas pris de mesures pour prévenir, arrêter, sanctionner, ou dénoncer le crime.**

Lorsqu'un supérieur est soupçonné ou poursuivi pour son abstention d'agir, il serait malvenu que les juges se satisfassent de seuls témoignages directs qui établiraient sa « complicité active ». Il est primordial de rechercher les preuves qui permettent de conclure que le supérieur a fait tout ce qui était en son pouvoir pour empêcher les crimes, pour les sanctionner, ou pour dénoncer leur commission.

Au cours d'une procédure, s'il apparaît que des supérieurs hiérarchiques, même de haut niveau, pourraient porter une responsabilité, ou détiendraient des informations importantes pour comprendre la chaîne de responsabilité, il est clairement nécessaire que les juges les convoquent afin de les entendre comme témoins ou le cas échéant, les mettre en accusation.

Si le Ministère public ne poursuit pas lui-même des supérieurs hiérarchiques contre lesquels il existe des preuves ou des soupçons de responsabilité, les magistrats sont en droit de faire application de l'article 219 du Code judiciaire militaire pour ordonner tous actes d'instruction utiles et/ou d'invoquer l'article 220 pour ordonner un supplément d'information au Ministère public.

2.2. Les motifs d'exonération de la responsabilité pénale

2.2.1. Selon les principes du droit pénal, du Statut de Rome et du Code pénal militaire congolais

A. Les principes de droit pénal

Le droit pénal classe généralement les motifs d'exonération de la responsabilité pénale en deux grandes catégories : les causes de justification et les causes de non imputabilité.

Les causes de justification (ou justificatives) sont des causes légales ou jurisprudentielles

neutralisant l'élément légal de l'infraction. Elles affectent l'existence même de l'infraction. Parmi les plus courantes, on retrouve :

- l'ordre de la loi : une cause qui peut, dans certaines hypothèses, justifier des actes normalement répréhensibles posés en exécution d'une disposition légale ou d'un ordre régulier de l'autorité (par exemple lorsqu'un militaire abat un ennemi combattant dans le cadre d'un conflit armé, sans violer le droit de la guerre) ;

- l'état de nécessité : une situation dans laquelle se trouve une personne qui n'a d'autre ressource que de commettre une infraction pour sauvegarder un intérêt égal ou supérieur à celui que cette infraction menace ;

- la légitime défense : une forme d'état de nécessité où le sujet, victime ou témoin d'une agression actuelle ou imminente, grave et injustifiée, se trouve dans l'alternative de subir (ou laisser subir) cette agression ou d'infliger une lésion à la personne de l'agresseur.

Les causes de non imputabilité sont des causes laissant subsister l'infraction mais effaçant la culpabilité de l'agent. Les plus fréquentes sont :

- la minorité d'âge : une cause d'incapacité fondée sur la présomption générale d'absence de discernement du mineur et qui empêche de lui imputer la responsabilité pénale de ses actes. Cette présomption est le plus souvent irréfragable ;

- la démence : une cause due à l'altération grave des facultés mentales de l'agent, excluant sa responsabilité pénale car affectant sa capacité (*conscience* et *volonté libre*) ;

- la contrainte irrésistible : une force (facteurs physiques ou moraux) annihilant la *volonté* de l'agent et à laquelle il ne peut résister (elle doit être antérieure au fait reproché) ;

- l'ignorance (ou encore erreur invincible, de droit ou de fait) : une absence ou erreur d'appréciation sur une question donnée que toute personne, normalement prudente et diligente, placée dans les mêmes circonstances, aurait également commise.

D'autre part, la plupart des systèmes juridiques prévoient également des mécanismes qui ont pour effet d'exclure la poursuite de l'auteur présumé d'une infraction donnée. Un exemple de tels mécanismes est l'immunité attachée à une fonction, telle que l'immunité diplomatique ; l'immunité de fonction ne concerne généralement que les actes commis dans l'exercice de la fonction et est le plus souvent provisoire. De la même manière, la prescription et l'amnistie ont pour effet de mettre fin à la possibilité d'engager une action publique : pour la prescription du fait de l'écoulement d'un délai légal entre la commission de l'infraction et la possibilité de poursuite pénale de l'auteur présumé de cette infraction , et pour l'amnistie par un acte du pouvoir législatif qui exclut la possibilité pour les auteurs d'une infraction donnée d'être poursuivis en justice.

B. Le Statut de Rome

L'article 31.1 du Statut énumère un certain nombre de motifs d'exonération de la responsabilité pénale :

> *« Outre les autres motifs d'exonération de la responsabilité pénale prévus par le présent Statut, une personne n'est pas responsable pénalement si, au moment du comportement en cause :*
>
> *a) Elle souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi ;*
>
> *c) Elle était dans un état d'intoxication qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi, à moins qu'elle ne se soit volontairement intoxiquée dans des circonstances telles qu'elle savait que, du fait de son intoxication, elle risquait d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour, ou qu'elle n'ait tenu aucun compte de ce risque ;*
>
> *d) Elle a agi raisonnablement pour se défendre, pour défendre autrui ou, dans le cas des crimes de guerre, pour défendre des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire, contre un recours imminent et illicite à la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que couraient l'autre personne ou les biens protégés. Le fait qu'une personne ait participé à une opération défensive menée par des forces armées ne constitue pas en soi un motif d'exonération de la responsabilité pénale au titre du présent alinéa ;*
>
> *e) Le comportement dont il est allégué qu'il constitue un crime relevant de la compétence de la Cour a été adopté sous la contrainte résultant d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique ou à celle d'autrui, et si elle a agi par nécessité et de façon raisonnable pour écarter cette menace, à condition qu'elle n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter. Cette menace peut être :*
>
> *i) Soit exercée par d'autres personnes ;*
>
> *ii) Soit constituée par d'autres circonstances indépendantes de sa volonté.*

Il semble important de souligner que des voix se sont élevées pour dénoncer la reconnaissance par le Statut de la détresse, et plus encore de la nécessité militaire, comme cause de justification de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité[336]. La gravité de ces crimes permet en effet de s'interroger sur la possibilité de voir certains d'entre eux justifiés par la nécessité d'accomplir une mission militaire, de défendre des biens ou même de se défendre.

336 Voit E. David, *Principes de droit des conflits armés*, op.cit, § 4.184c, p. 692 et F. Delooz et R. Galand, « L'article 31 du Statut de la Cour Pénale internationale, synthèse des débats de l'atelier de la commission consultative de droit humanitaire », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Genève, n°842, Juin 2001.

L'article 32 du Statut prévoit que l'erreur de fait ou de droit peut également être un motif d'exonération si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime.

L'article 33 admet que l'ordre d'un supérieur ou de la loi peut exonérer l'auteur d'un crime de guerre de sa responsabilité pénale mais à des conditions très strictes et cumulatives : la personne avait l'obligation légale d'obéir, elle n'a pas su que l'ordre était illégal, et l'ordre n'était pas manifestement illégal. Le Statut présume que l'ordre de commettre un crime contre l'humanité ou un génocide est manifestement illégal et exclut donc la possibilité d'invoquer l'ordre supérieur pour de tels crimes.

L'article 27 écarte spécifiquement les immunités attachées, tant par le droit interne que le droit international, à la qualité officielle (chef d'Etat, de gouvernement, membre d'un gouvernement ou d'un parlement). Le Statut précise également que ces fonctions ne constituent pas un motif de réduction des peines.

Enfin, l'article 29 énonce très clairement que « *les crimes de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas* ». Par extension, on peut également considérer qu'ils ne sont pas amnistiables. En effet, en droit international, on considère généralement que l'imprescriptibilité d'un crime implique qu'il ne peut faire l'objet d'une amnistie, puisque les conséquences de celle-ci sont encore plus étendues que celles de la prescription, qui ne fait pas, contrairement à l'amnistie, disparaître la possibilité d'une action en justice contre l'auteur présumé de l'infraction [337].

C. Le Code pénal militaire congolais

En droit pénal congolais, nul article de loi en particulier ne pose spécifiquement les causes d'exonération de la responsabilité pénale. Il faut ainsi rapprocher plusieurs instruments juridiques pour établir lesquelles sont reconnues par les lois du pays.

Concernant l'ordre d'un supérieur hiérarchique, l'article 28 de la Constitution de la RDC est sans ambiguïté :

> « *Nul n'est tenu d'exécuter un ordre manifestement illégal. Tout individu, tout agent de l'Etat est délié du devoir d'obéissance, lorsque l'ordre reçu constitue une atteinte manifeste au respect des droits de l'homme et des libertés publiques et des bonnes mœurs. La preuve de l'illégalité manifeste de l'ordre incombe à la personne qui refuse de l'exécuter* ».

Quant aux immunités de fonction, l'article 163 du Code pénal militaire prévoit que « *l'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne ne l'exonère pas des poursuites pour crimes de guerre ou crimes contre l'humanité* ». L'on notera que cette absence d'immunité de fonction n'est pas formellement énoncée pour le crime de génocide. De nombreux auteurs en la matière considèrent toutefois que le génocide est la forme la plus grave de crime contre l'humanité.

337 Voir notamment E. David, op. cit., § 4.212, p. 714.

En ce qui concerne la prescription, l'article 10 du Code pénal militaire énonce clairement que les crimes de génocide, crimes contre l'humanité, et crimes de guerre sont imprescriptibles. L'article 11 de ce même Code prévoit également l'imprescriptibilité des peines en cas de condamnation par défaut.

La loi d'amnistie adoptée le 19 décembre 2005, qui abroge le décret-loi N° 003/001 du 15 avril 2003, prévoit l'amnistie pour les faits de guerre ainsi que les infractions politiques et d'opinion commises entre le 20 août 1996 et le 30 juin 2003 (date considérée comme marquant la fin de la transition). L'article 2 de la loi définit les trois concepts et l'article 3 stipule clairement que « *La présente loi ne concerne pas les crimes de guerre, les crimes de génocide, et les crimes contre l'humanité* ».

Les mineurs d'âge sont cependant présumés non pénalement responsables ; sont mineurs en droit congolais les enfants âgés de moins de 18 ans au moment de la commission de l'infraction[338].

2.2.2. La jurisprudence militaire congolaise

Le TMG de Mbandaka a procédé à une analyse assez remarquable des *faits justificatifs* et des *causes de non imputabilité* dans l'affaire *Songo Mboyo*[339]. Après avoir constaté que tous les éléments du crime contre l'humanité sont réunis dans le chef des prévenus, le jugement énumère les éléments les plus importants, les définit brièvement, et vérifie si, en l'espèce, les prévenus peuvent s'en prévaloir.

Parmi les faits justificatifs, le tribunal cite la légitime défense, l'ordre de la loi ou le commandement de l'autorité légitime, et l'état de nécessité. En ce qui concerne les causes de non imputabilité, le tribunal relève la démence, la contrainte, la minorité d'âge, et l'erreur de droit. Cependant, l'on peut remarquer qu'il n'en accorde pratiquement aucune. Voici certains extraits de la décision qui pourraient inspirer d'autres juges :

- concernant la légitime défense : « *la légitime défense ne peut être retenue que dans la mesure où elle est proportionnelle à l'attaque dont l'agent a été victime. Dans le cas sous examen, les prévenus ne peuvent justifier leur comportement à défaut pour eux de rapporter la preuve de l'attaque dont ils ont été victimes de la part de la population* » ;

- concernant l'ordre de la loi ou d'un supérieur : « *les prévenus ont agi de leur propre gré sans ordre d'une autorité quelconque qui, le cas échéant, pouvait voir sa responsabilité*

338 L'article 41 de la Constitution de 2006 est en contradiction avec l'article 1 du Décret du 6 décembre 1950 sur l'enfance délinquante qui fixe la majorité pénale à 16 ans. Mais en vertu de la hiérarchie des normes, la Constitution prime sur l'ensemble des autres textes juridiques nationaux, y compris les décrets.
339 TMG de Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo*, op.cit.

pénale engagée du fait du caractère manifestement illégal entaché à pareil ordre » ;

- concernant l'état de nécessité : « *le retard enregistré dans la paie de solde, motif de l'insurrection des militaires, ne peut constituer une situation de péril éminent pouvant justifier les infractions* » ;

- concernant l'erreur de droit : « *dans le cas sous examen, ayant reçue mission de protéger les personnes et leurs biens, les prévenus ne peuvent se prévaloir de l'erreur de droit à travers les actes manifestement illégaux commis par eux à Songo Mboyo, qui du reste constituent un revirement à la mission primaire qu'ils ne peuvent ignorer* »[340].

Cette dernière considération sur l'erreur de droit est particulièrement intéressante puisque le tribunal considère que le militaire, par sa fonction même, ne peut ignorer sa mission de protéger la population. L'on peut également noter qu'en ce qui concerne la légitime défense, la charge de la preuve repose sur les militaires qui prétendent avoir été attaqués par la population civile.

L'article 31 du Statut de Rome est souvent invoqué dans plusieurs des affaires étudiées, notamment par la défense des prévenus et ce pour des motifs sans rapport avec la définition qu'il donne des motifs d'exonération.

Dans le cas de *Bongi*, la défense a invoqué l'exonération de responsabilité pénale sur base de l'état d'ivresse dans lequel se trouvait le principal prévenu au moment des faits. Après avoir relevé « *que le prévenu avait bu et avait enivré les militaires chargés par lui de l'exécution des élèves* », la Cour a judicieusement conclu « *qu'il s'agit de l'ivresse volontaire qui ne peut être invoquée comme cause de non imputabilité ; Que dès lors ce moyen est inopérant , dans la mesure où le prévenu BBM s'était enivré volontairement et avait enivré ses militaires pour avoir le courage d'exécuter la sale besogne* »[341].

Toujours dans le cadre de la même affaire, le TMG de l'Ituri a eu à se prononcer sur un cas où le prévenu a invoqué l'ordre d'un supérieur hiérarchique pour tenter de justifier le meurtre de cinq victimes civiles. À juste titre, le tribunal a rejeté cet argument sur la base de l'article 28 de la Constitution et en se référant à la jurisprudence militaire belge : « *attendu que l'illégalité de l'ordre qu'aurait donné le Major Faustin KAKULE n'aurait pu être douteuse et le prévenu [...] aurait dû refuser de l'exécuter si réellement un tel ordre avait été donné* »[342].

La défense d'un des principaux prévenus poursuivis dans l'affaire des *Mutins de Mbandaka* a tenté d'établir l'incapacité de son client à commettre un acte de viol en raison de son impuissance. A ce sujet, le tribunal a relevé « *que s'agissant de l'impuissance temporaire, le statut de Rome de la Cour Pénale Internationale à son article 31 retient la maladie comme un des motifs d'exonération de la responsabilité pénale* »[343]. Il semblerait que le tribunal s'est engagé sur une

340 Ibid., p. 36.
341 CM Province Orientale, Affaire *Bongi*, op.cit, p. 24-25.
342 TMG de l'Ituri, Affaire *Bongi*, op.cit., p. 22.
343 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, op.cit., p. 31.

interprétation erronée de l'article 31, qui exonère une personne de sa responsabilité pénale si elle souffrait « *d'une maladie (…) qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement* »[344]. L'impuissance sexuelle ne correspond pas le moins du monde à cette définition et fort heureusement, cet argument de la défense n'a finalement pas été pris en compte par les juges.

En ce qui concerne l'amnistie, la Cour Militaire de la Province Orientale dans l'affaire *Kahwa* a invoqué la loi d'amnistie du 19 décembre 2005 et le décret-loi N° 003/001 du 15 avril 2003, considérant que le juge de première instance aurait dû soulever d'office cette exception. Dans cette décision et sur fondement de la loi d'amnistie, la CM annule donc la décision du TMG de l'Ituri condamnant en première instance le chef de milice *Kahwa* pour l'infraction de mouvement insurrectionnel et celle de détention d'armes de guerre. Cependant, la CM n'a fort heureusement pas retenu l'amnistie pour les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. De surcroît, la CM a jugé que la saisine du premier juge par le Ministère public sur chefs de crimes de guerre et crimes contre l'humanité était irrégulière pour questions de procédure[345] tout en soulignant à l'intention de l'Auditorat « *que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles et peuvent à tout moment être poursuivis par le ministère public* »[346] .

Un mandat d'arrêt a été émis le 1er mars 2008 contre *Kahwa* par l'Auditeur Général et l'Auditeur militaire de Bunia pour crimes contre l'humanité, crimes de guerre, meurtre, attaques, et coups et blessures aggravés pour d'autres faits mis à sa charge. Par ailleurs, un recours en annulation devant la Haute Cour Militaire a été initié par l'Auditeur supérieur de Kisangani, au motif que la loi d'amnistie ne peut s'appliquer aux infractions de mouvement insurrectionnel et à l'infraction de détention illégale d'armes de guerre, puisque les faits auraient été commis postérieurement à la période couverte par ladite loi (20 août 1996- 30 juin 2003). La Haute Cour Militaire a fait droit à la requête de l'Auditeur supérieur dans un arrêt du 9 septembre 2008, qui annule la décision de la Cour Militaire de Kisangani et renvoie l'affaire devant la même juridiction autrement composée.

En conclusion, en matière de motifs d'exonération de la responsabilité pénale, il serait opportun que les juges se réfèrent au Statut de Rome, plus complet que le droit congolais.

Vérifier que les conditions pour établir une exonération de responsabilité sont réunies et vérifier si en l'espèce le prévenu peut s'en prévaloir, constituent les étapes qui ne peuvent être occultées par les juges. De manière générale, il ne doit jamais être perdu de vue que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles et non amnistiables.

344

345 D'après la CM, « *Le ministère public n'a jamais porté à la connaissance du prévenu (…) le mandat d'arrêt* » et « *le prévenu Kahwa n'a jamais été entendu par le ministère public sur les préventions de crime de guerre, crimes contre l'humanité, assassinat et coups et blessures aggravés mis à sa charge* » ; CM Province Orientale, Affaire *Kahwa*, op.cit, p. 10 et pg.15.

346 Ibid., p. 11.

2.3. Les circonstances atténuantes (causes d'excuse) ou aggravantes

Pour rappel, les circonstances dans le cadre desquelles une infraction à la loi pénale a été commise, sont de nature à influer tant sur la gravité de l'infraction que sur la culpabilité morale de son auteur. Ces circonstances peuvent donc avoir pour conséquence d'aggraver ou d'atténuer la gravité de l'infraction.

Les circonstances atténuantes sont des conditions ou des éléments de fait qui ne peuvent pas servir d'excuse ou de justification d'un comportement criminel, mais qui permettent au juge d'abaisser le taux de la peine légalement encourue par le délinquant sur fondement de l'équité ou de l'indulgence. A l'inverse, les circonstances aggravantes sont des éléments de fait divers liés aux conditions dans lesquelles une infraction a été commise, ou aux particularités concernant l'auteur ou la victime d'une conduite délictueuse, et qui ont pour effet d'alourdir la peine prévue par la loi. En pratique, les circonstances atténuantes ou aggravantes sont prises en compte au moment de la fixation de la peine et le juge doit les préciser s'il décide de retenir telles circonstances.

2.3.1. Le Statut de Rome et la jurisprudence des TPI

Selon l'article 78.1 du Statut de Rome, « *Lorsqu'elle fixe la peine, la Cour tient compte, conformément au règlement de procédure et de preuve, de considérations telles que la gravité du crime et la situation personnelle du condamné* ».

Au regard de la jurisprudence du TPIR, le motif le plus fréquemment invoqué pour accorder le bénéfice de circonstances atténuantes reste la collaboration avec la justice (sous forme d'aveux et de témoignages) en ayant aidé la justice, facilité les enquêtes et accéléré les procédures[347]. Le fait d'avoir sauvé certaines victimes d'autres crimes[348], le repentir (ou les remords exprimés) envers les victimes[349], l'état de santé défaillant[350] et l'absence d'antécédents[351] ont été reconnus comme autant de circonstances atténuantes par le TPIR. Il est important de souligner que les chambres du tribunal ont souvent considéré que des circonstances aggravantes (telles que l'ampleur du crime) annihilaient le bénéfice des circonstances atténuantes[352]. L'on peut également noter que l'article 6.4 du Statut du TPIR prévoit que le fait pour un accusé d'avoir agi sur ordre d'un supérieur hiérarchique ou d'un gouvernement ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale mais peut être considéré comme un motif de diminution de la peine.

347 Voir notamment TPIR, *Procureur c/ Kambanda*, Ch. 1ére inst, 4 septembre 1998, (ICTR-97-23), §§ 36-37, 56-58, 61-62 ; *Procureur c/ Kayishema et Ruzindana*, op.cit, §§ 19-23 ; *Procureur c/ Ruggiu*, Ch. 1ére inst, 1er juin 2000, (ICTR-97-32), §§ 53-80.
348 TPIR, *Procureur c/ Niyitegeka*, Ch. 1ére inst, 16 mai 2003, (ICTR-96-14), §§ 495-498.
349 TPIR, *Procureur c/ Kayishema et Ruzindana*, op. cit. ; *Procureur c/ Musema*, op.cit, §§ 1005-1008.
350 TPIR, *Procureur c/ Ntakirutimana et Ntakirutimana*, Ch.1ére inst, 21 février 2003, (ICTR 96-10 ; ICTR 96-17), §§ 908-909.
351 TPIR, *Procureur c/ Ruggiu*, Ch. 1ére inst, 1er juin 2000, op. cit.
352 Voir notamment TPIR, *Procureur c/ Kambanda*, op. cit et *Procureur c/ Musema*, op. cit.

Le TPIY distingue deux catégories de circonstances atténuantes dans l'affaire Erdemovic : celles qui sont « *contemporaines à l'accomplissement du fait criminel* » (l'état d'incapacité mentale, la nécessité dans laquelle se serait trouvé Drazen Erdemovic, la contrainte, son niveau dans la hiérarchie militaire), et celles qui sont *« postérieures à la commission des faits* » (les remords, la coopération avec le Bureau du Procureur)[353].

2.3.2. Le droit pénal militaire

L'article 255 du Code judiciaire militaire congolais prévoit que « *chaque circonstance aggravante ; chaque cause d'excuse invoquée fait l'objet d'une question distincte* » à être abordée par les juges. De plus, l'article 261 §1 du même Code confirme que « *si le prévenu est déclaré coupable, le président [du tribunal] doit poser la question de savoir s'il existe des circonstances atténuantes* ». En réalité, tant le Code judiciaire militaire que le Code pénal militaire[354] ne décrit, ni ne fournit, d'exemples ou d'informations complémentaires sur la nature des circonstances qui peuvent être déclarées atténuantes. Le tribunal est seul maître en la matière.

2.3.3. La jurisprudence militaire congolaise

Dans l'affaire d'Ankoro, « *le procureur militaire avait demandé à la Cour de tenir compte des larges circonstances atténuantes à l'égard de ceux qui seraient reconnus coupables dans tous les cas* »[355]. L'auditeur recherchait donc la collaboration avec la justice dans le cas d'espèce. La Cour s'est quant à elle montrée très clémente envers les condamnés. Pour l'un d'entre eux, alors que l'infraction de meurtre était établie, et que celles de crime de guerre et de crime contre l'humanité avaient été écartées de manière douteuse, elle a considéré qu'« *il peut bénéficier de circonstances atténuantes à raison de sa qualité de délinquant primaire, de son jeune âge, de son inexpérience professionnelle et de bons services qu'il pourra rendre à l'armée* »[356]. La Cour a donc pris en considération un événement futur, autre que la réinsertion du condamné, pour diminuer la peine. Pour un autre condamné, elle a relevé les mêmes circonstances ainsi que la « *récupération de tous ces biens* » par les victimes des pillages.

Pour deux des prévenus auxquels il reconnaît le bénéfice des circonstances atténuantes en raison de leur jeune âge dans l'affaire de *Songo Mboyo*, le tribunal décide que les « *circonstances aggravantes qui entourent la commission des crimes par les deux prévenus [...] l'emportent largement sur les circonstances atténuantes qui plaident en leur faveur* »[357]. Cependant, le jugement ne donne

353 TPIY, *Procureur c/Erdemovic*, Ch. 1ère inst, 29 novembre 1996 (IT-96-22), §
354 Les articles 35 et 38 du Code pénal militaire invoquent au titre de la décision sur la peine, la possibilité de prendre en compte des circonstances atténuantes et de réduire, si elles sont admises, la peine infligée.
355 ACIDH, « *Procès de la Cour militaire du Katanga sur les crimes commis à Ankoro* », op.cit., p. 20.
356 Ibid., p. 59.
357 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, op.cit, p. 37.

aucune indication permettant de déterminer quelles circonstances le tribunal a considéré comme *aggravantes.*

Dans l'affaire *Bongi*, alors que le principal prévenu a été condamné pour crimes de guerre pour atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle, la Cour militaire a accordé à ce prévenu le bénéfice de circonstances atténuantes « *-du fait qu'il est délinquant primaire ; -du fait qu'il est père de famille nombreuse ; - du fait de son inexpérience dans le commandement* »[358].

Dans l'affaire *Bavi*, les juges ont reconnu l'existence de circonstances atténuantes à un capitaine poursuivi pour s'être abstenu volontairement de dénoncer l'ordre reçu de son commandant de déterrer et de dissimuler les corps des victimes des crimes (faits punis par l'art. 189 du CPM). Les motifs retenus par le tribunal sont « *la délinquance primaire et l'aveu actif* », alors même que les aveux étaient partiels puisque intervenus au cours de l'instruction de l'affaire[359].

En appel, la Cour reconnaît à la quasi totalité des co-prévenus (à l'exception de leur commandant) le bénéfice de circonstances atténuantes. Le motif principal de cette « clémence » est la reconnaissance des faits par les co-prévenus, une forme de « *repentir actif bien que tardif* » mais néanmoins considéré comme une « *collaboration avec la justice* »[360]. Dans le dispositif du jugement, la « *pression psychologique* » est également invoquée comme circonstance atténuante pour chacun des co-prévenus[361]. Ce dernier argument aurait plutôt dû être invoqué comme une cause de justification, s'il répondait aux critères d'une telle cause.

Par conséquent, l'on constate au vu des décisions analysées que les circonstances aggravantes ne sont jamais mentionnées par les juges, alors que les circonstances atténuantes sont retenues de manière parfois « légère » pour des crimes aussi graves que des crimes internationaux. En effet, si l'on peut admettre l'accord par les juges du bénéfice de circonstances atténuantes aux prévenus en raison de leur collaboration avec la justice (en vue de faire avancer des enquêtes souvent difficiles) ou à la réparation des dommages causés aux victimes, l'on s'étonnera de voir admise la situation familiale du condamné ou son inexpérience du commandement comme circonstance atténuante suite à de tels crimes.

Quoi qu'il en soit, il est important que les juges veillent à toujours mettre en balance les circonstances atténuantes qu'ils envisagent de reconnaître avec la gravité des crimes, et, dans les cas des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre, à être attentifs à ne pas transformer cet outil pénal en mécanisme permettant une certaine forme d'impunité.

358 CM Province Orientale, Affaire *Bongi*, op.cit, p. 24 et 30.
359 TMG de l'Ituri, Affaire *Bavi*, op.cit, p. 43 et 52-53.
360 CM de la Province Orientale, Affaire *Bavi*, op.cit, p. 29
361 Ibid., p. 36-38.

CHAPITRE 3
LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ETAT

De par la nature massive des crimes internationaux, l'Etat joue souvent un rôle important dans la commission des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.

L'application de la politique d'un Etat (ou d'une organisation) est d'ailleurs un des éléments requis par le Statut de Rome pour considérer qu'il y a bien eu planification d'une attaque systématique en matière de crime contre l'humanité. En outre, des individus poursuivis pour crimes contre l'humanité ou crimes de guerre sont fréquemment des agents ou des représentants de l'Etat ou des personnes ayant agi en son nom.

3.1. Selon le Statut de Rome, les normes internationales, et le droit congolais

3.1.1. Le Statut de Rome et les normes internationales

L'article 25 du Statut de Rome énonce clairement que la Cour est compétente à l'égard des personnes physiques. Le Statut rejette ainsi implicitement la responsabilité des personnes morales, y compris les Etats[362].

L'article 25 alinéa 4 du Statut énonce également qu'« *aucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des Etats en droit international* ». Il est toutefois important de souligner que les incriminations relatives aux personnes physiques se différencient radicalement des comportements qui peuvent engager la responsabilité internationale d'un Etat ; il en est de même si l'individu agit en tant qu'agent de l'Etat. « *L'aspect pénal n'existe pas dans la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat* »[363]. Par ailleurs, l'Etat ne pourra pas contester sa responsabilité internationale en invoquant les poursuites ou les condamnations contre les auteurs d'un crime.

À la lecture de certaines décisions, il semble également important d'insister sur le fait que le Statut ne conditionne en aucun cas la responsabilité de l'Etat (civile en l'espèce) à l'établissement de la responsabilité pénale du chef hiérarchique des auteurs des crimes.

L'article 75 du Statut traite de la réparation en faveur des victimes. Il ne dit pas qu'un Etat

362 P. Currat, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour Pénale Internationale*, op.cit, p. 589.
363 Ibid., p. 599.

peut être condamné à réparer les dommages causés par ses agents mais il précise que « *les dispositions du présent article s'entendent sans préjudice des droits que le droit interne ou le droit international reconnaissent aux victimes*[364] ». Cette disposition permet de déduire qu'une victime de violation du droit international humanitaire pourrait demander réparation à un Etat[365]. La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée à ce sujet dans l'affaire *Akdivar et consorts c. Turquie*, en énonçant qu'il existe une obligation légale pour un Etat qui viole la Convention européenne des droits de l'homme de mettre fin à cette violation et de réparer les conséquences de celle-ci[366].

Comme l'a souligné le professeur Eric David, « *Les victimes de violations du droit des conflits armés pourraient parfaitement en demander directement réparation à l'Etat responsable, à condition, bien entendu qu'il existe des recours internes efficaces qui leur soient ouverts* »[367].

3.1.2. La législation congolaise : le Code civil

L'article 258 livre III du Code civil congolais, pierre angulaire du principe de la responsabilité civile, dispose que « *tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »

Parallèlement, l'article 260 du même Code établit le principe de la responsabilité des maîtres et commettants sur les actes de leurs préposés : « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.* »

Quatre conditions sont exigées pour l'application de cet article à un cas d'espèce:

1. l'existence d'un lien de commettant à préposé (il y a lien de commettant à préposé lorsqu'une personne a autorité sur une autre, et que cette dernière est le subordonné et agit selon les ordres ou instructions de la première);
2. le dommage doit avoir été causé par la faute du préposé ;
3. le dommage doit être survenu dans l'exercice des fonctions auxquelles le préposé était employé au moment des faits ;
4. le dommage doit être causé à un tiers.

C'est en établissant d'abord la responsabilité civile des auteurs directs des infractions que les juridictions pénales sont en mesure d'établir celle de l'Etat et, le cas échéant, condamner les auteurs directs ainsi que l'Etat solidairement à réparation. Le plus souvent elle se fait par paiement de dommages et intérêts aux victimes. Une condamnation est prononcée

364 Article 75.6 du Statut de Rome.
365 J.M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, op. cit., p. 546.
366 CEDH, *Akdivar et consorts c. Turquie*.
367 E. David, *op. cit.*, § 4.28, p. 571.

in solidum, lorsque chacune des Parties peut se voir réclamer une fraction ou la totalité du montant de la réparation. Ce type de condamnation est évidemment recommandé lorsqu'un agent ou un préposé d'un Etat ou d'une organisation qui a été condamné à réparer ne pourra supporter cette charge, contrairement à son commettant (l'Etat ou l'organisation) qui lui a les moyens d'assumer[368].

3.2. La jurisprudence des Cours et tribunaux militaires

Le plus souvent, la responsabilité de l'Etat congolais est invoquée en vue de le voir condamner au paiement de dommages et intérêts dus aux victimes ou à leurs ayant droits. Les juges invoquent dans la grande majorité des cas l'article 260, alinéa 3, du Code civil pour motiver leur décision. Ce raisonnement, selon la doctrine congolaise et la jurisprudence rendue en matière civile, se fonde sur le fait que l'Etat congolais est le commettant puisqu'employeur des personnes condamnées à travers son administration et ses institutions publiques (l'armée ou la Police Nationale) et lorsque le service public qu'il est censé délivrer n'a pas, ou mal, ou tardivement, fonctionné[369].

La responsabilité de l'Etat congolais a été reconnue par la Cour militaire du Katanga dans l'affaire d'*Ankoro*, sur base des articles 258 et 260 du Code civil :

> « *Certains militaires de la 95ème Brigade dans l'accomplissement de leur mission traditionnelle d'assurer la sécurité des personnes et de leurs biens, incendièrent des maisons d'habitation et de prière ; tuèrent des personnes non engagées dans les hostilités et en blessèrent d'autres ; Que ces militaires sont des préposés de l'Etat congolais, travaillant à temps plein à son nom et pour son compte* »[370].

La Cour rappelle à juste titre la mission de protection que doivent assumer les forces armées à l'égard de la population. Plus intéressant encore, la Cour considère que les milices qui ont combattu au côté des forces régulières doivent également être considérées comme « préposés » de l'Etat congolais, engageant aussi sa responsabilité :

> « *Attendu que les combattants Maï-Maï qui se trouvaient à Ankoro au moment des faits, constituent une entité formée par l'Etat congolais qui les avait dotés en armes et munitions de guerre et qui les utilisaient ; Qu'à ce titre, ils doivent être considérés comme étant des préposés de l'Etat congolais qui bénéficiait de leurs services ; Attendu que les réfugiés rwandais Hutu, comme les combattants Maï-Maï, formaient aussi une entité armée appuyant les FAC dans leurs actions contre les forces*

368 Une obligation est dite solidaire, lorsqu'il existe un lien entre tous les débiteurs ou tous les créanciers ; lien en vertu duquel les actes accomplis par l'un au sein du rapport d'obligation sont opposables aux autres.
369 K. Mbikayi, Responsablité civile et socialisation des risques en droit zaïrois, PUZ, Kinshasa, 1974, p.152. Se référer également à l'arrêt de la Cour Suprême de justice, RPP 137, 11 octobre 2002 in B.A. CSJ Kin 2004, p.200.
370 CM du Katanga, Affaire *Ankoro*, op.cit. et ACIDH, « *Procès de la Cour militaire du Katanga sur les crimes commis à Ankoro* », op.cit., p. 63.

rebelles du RCD et par conséquent sont considérés également comme étant des préposés de l'Etat congolais »[371].

La dotation en armes et munitions, tout comme l'appui aux miliciens, est donc perçu comme autant d'éléments de preuve attestant du contrôle que l'Etat congolais aurait dû exercer sur les milices. En l'espèce, la Cour condamne l'Etat seul au paiement d'une indemnisation aux Parties civiles.

Dans l'affaire *Kalonga*, le TMG de Kindu, après énumération des conditions exigées par l'article 260 du Code civil, conclu « *que la responsabilité de l'Etat congolais fut totalement engagée en tant que commettant et l'unité propriétaire des armes pour faire terreur à la population civile »*[372]. Le tribunal ne motive en droit et en fait que sommairement la condamnation *in solidum* de l'Etat et des auteurs. On remarque toutefois que l'Etat est tenu responsable de crimes commis par des miliciens (Maï-Maï), sans qu'aucun lien entre eux et leur « commettant » ne soit formellement établi.

Egalement de manière laconique, le TMG de Mbandaka a conclu dans l'affaire des *Mutins de Mbandaka* « *que la responsabilité de l'Etat congolais fondée sur les articles 258 et 260 CCL III demeure engagée au motif que les prévenus étant tous militaires, sont ses préposés. En effet, les militaires travaillant à temps plein à son nom et pour son compte »*[373]. Le tribunal condamne l'Etat, en qualité de commettant, à payer des dommages et intérêts à chaque Partie civile. En revanche, il ne condamne pas les prévenus à un quelconque dédommagement[374]. En appel, la Cour militaire corrige le jugement de première instance en prononçant une condamnation à réparation *in solidum*[375].

Comme il a déjà été mentionné, dans le jugement de *Songo Mboyo*, la RDC soutenait que sa responsabilité civile était subordonnée « *à celle du Capitaine R considéré comme chef hiérarchique et ce en vertu de l'article 28 du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale qui dispose que le Chef militaire [...] est pénalement responsable des crimes commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectif »*[376]. Le tribunal a rejeté cette position en rappelant que « *l'article 28 du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, faisant allusion à la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique ne dispose pas que les poursuites engagées contre les éléments sous contrôle sont subordonnées à celles de l'autorité hiérarchique »*[377]. Statuant sur les réparations civiles, le tribunal condamne l'Etat congolais en sa qualité de commettant à payer des dommages et intérêts à chaque Partie civile (c'est-à-dire aux victimes de viol, à un ayant-droit d'une victime décédée et aux victimes de pillage). Les juges considèrent donc que l'Etat est responsable en sa qualité de commettant des militaires qui ont commis les crimes. Et là encore, il ne condamne pas les

371 Ibid., p. 63.
372 TMG de Kindu, Affaire *Kalonga*, 26 octobre 2005, RP 011/05, p. 7.
373 TMG de Mbandaka, Affaire *Mutins de Mbandaka*, p. 41.
374 Ibid., p. 44.
375 CM de l'Equateur, Affaire *Mutins de Mbandaka*, op.cit., p. 21.
376 TMG de Mbandaka, Affaire *Songo Mboyo*, op.cit, p. 5.
377 Ibid., p. 6.

auteurs au paiement des dommages et intérêts[378].

En appel, les conseils des Parties civiles demandent que les prévenus soient condamnés *in solidum* avec la RDC au paiement des dommages et intérêts ;[379] la RDC demande l'annulation du jugement dans ses dispositions relatives aux dommages et intérêts « *en ce qu'il condamne la République Démocratique du Congo seule au paiement de ceux-ci* », et requiert également une condamnation des prévenus au paiement *in solidum* avec leur civilement responsable[380].

Le raisonnement développé par la Cour militaire pour justifier de la responsabilité de la RDC mérite que l'on s'y attarde :

> « *L'action civile résultant d'une infraction peut également être dirigée contre les personnes responsables en vertu de l'article 260 du Code Civil Congolais livre III aux termes duquel 'on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde »*[381].

La Cour cite alors l'intéressante jurisprudence militaire et la doctrine congolaise qui fondent son raisonnement.

Elle relève tout d'abord que la mauvaise tenue des services publics suffit à engager la responsabilité de l'Etat sans que la faute des agents soit requise, et même qu'il existe une présomption de faute dans le choix et la surveillance des agents en cas de défaillance :

> « *Cette responsabilité découle de la présomption de faute que commet l'administration ou l'Etat dans le choix et la surveillance de ses agents. Pour que cette faute se forme, il n'est pas nécessaire que les agents soient en faute, il suffit de relever une mauvaise tenue générale du service public dans son ensemble, d'établir sa mauvaise organisation ou son fonctionnement défectueux ; ces dernières notions étant elles-mêmes appréciées objectivement par référence à ce que l'on doit attendre d'un service public moderne, de son fonctionnement normal (Haute Cour militaire, 5 octobre 2004). »*[382]

Elle souligne la responsabilité de l'Etat pour les actes de ses agents :

> *« Bénéficiaire de l'activité accomplie pour son compte par ses agents, il n'est que logique et de principe d'équité élémentaire que l'administration publique soit appelée à réparer le mal résultant de service dont elle tire profit en tant que maître (KABANGE NTABALA, 'Responsabilité de l'Administration Publique des services publics décentralisés du fait des actes de leurs préposés ou organes' in RJZ, Jan-Août 1976, N° 142, p. 16) [...] La Cour note également que conformément à la théorie de l'organe et de préposé, lorsqu'un organe de l'Etat agit, c'est l'Etat lui-même qui agit et par conséquent lorsqu'un agent commet une faute dans l'exercice de ses fonctions, cette faute engage tout l'Etat (KALONGO*

378 Ibid., p. 38.
379 CM de l'Equateur, Affaire *Songo Mboyo*, op.cit, p. 13.
380 Ibid, pp. 13-14.
381 Ibid., p. 42.
382 Ibid., p. 43.

MBIKAYI, Responsabilité civile et socialisation des risques en Droit Zaïrois, P.U.Z. Kin 1974, p. 158) »[383].

La Cour rappelle également les responsabilités qu'a l'Etat d'assurer la sécurité de ses citoyens et le rôle particulier des militaires:

« la Cour note que la sécurité de la population et de leur bien rentre dans les prérogatives de l'Etat en tant que puissance publique et celui-ci doit y veiller constamment [...] La Cour note enfin que les militaires dans l'exercice de leurs fonctions doivent être considérés comme un organe de l'Etat (1ère Inst L'Shi 15 juin 1966, RJC, 1966, N° 8, p. 259) dont la mission primordiale est d'assurer la sécurité des personnes et de leurs biens [...] Il a été jugé que la responsabilité de l'Etat est engagée dans le cas de l'assassinat d'un concitoyen comme dans tous les autres cas d'agression et d'atteintes aux personnes et aux biens dans lesquelles non seulement des militaires sont impliqués mais aussi l'Etat du fait d'avoir manqué à sa mission de sécurisation des particuliers (Haute Cour Militaire, 5 octobre 2004, p. 175) »[384].

Elle vérifie enfin l'application de ces principes au fait de la cause et condamne l'Etat et les auteurs *in solidum* :

« La Cour constate que les militaires des Forces Armées de la République Démocratique du Congo basés à Songo Mboyo ont du fait du fonctionnement défectueux du 9ème Bataillon dont ils relèvent, manqué à leur premier devoir de sécuriser la population et leurs biens ; Pour la Cour, la responsabilité de l'Etat est engagée et l'action des parties civiles est, à bon droit, dirigée contre lui ; En conséquence, la Cour militaire condamne les prévenus [...] in solidum avec la République Démocratique du Congo, civilement responsable »[385].

Dans l'affaire *Bongi*, le TMG de l'Ituri établit d'abord la responsabilité individuelle des prévenus[386]. Après un rappel des conditions d'application de l'article 260 alinéa 3, il précise que même si le commettant (en l'occurrence l'Etat) a donné une consigne de ne pas commettre de crimes et que celle-ci n'est pas respectée, il reste responsable des actes criminels de ses agents (ici, les militaires) :

« La jurisprudence décide qu'il suffit que la faute ait été commise au cours du service par le préposé, même si celui-ci a passé outre à une défense du commettant (Trib. District Haut LOMAMI, 20 mai 1948, RCJB, 1949, p. 67) laquelle défense, en l'espèce, est la consigne générale connue de tous les militaires des FARDC que les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités (civils, prisonniers de guerre, etc.) ne doivent pas être tuées »[387].

Après avoir déclaré que les quatre conditions de l'article 260 du Code civil sont réunies (mais

383 Ibid., p. 43.
384 Ibid.,p. 43-44.
385 Ibid., pp. 43-44.
386 TMG de l'Ituri, Affaire *Bongi*, op.cit., p. 16.
387 Ibid., p. 17.

n'en citant en réalité que trois), le tribunal conclut que la responsabilité de la RDC, en sa qualité de commettant, est « *totalement engagée* » et la condamne *in solidum* avec les prévenus au paiement de dommages et intérêts. L'on note toutefois que les éléments qui permettent aux juges de considérer que la responsabilité est établie sont peu détaillés et non pertinents en ce qui concerne les éléments de preuve de l'appartenance à l'armée des prévenus ainsi que ceux relatifs à la commission des meurtres.

En appel de cette décision, la Cour militaire confirme la condamnation *in solidum* du prévenu et de la RDC. Elle fonde sa décision sur « *la présomption de faute que peut commettre l'administration ou l'état dans le choix et dans la surveillance de ses agents* »[388]. La Cour invoque également la doctrine sur la responsabilité des services publics en droit zaïrois :

> « *Le bénéficiaire de l'activité accomplie pour son compte par ses agents, il n'est que logique et de principe d'équité élémentaire que l'Etat soit appelé à réparer le mal résultant du service dont il tire profit en tant que maître [...] le développement des services publics dont la gestion a entraîné de nombreux dommages professionnels ainsi que divers préjudices aux particuliers a fait qu'aujourd'hui, tous les actes de l'Etat, sans distinction, donnent lieu à la responsabilité civile de celui-ci [...] ; l'Etat [...] doit répondre des dommages causés par ses agents dans l'exercice de leur fonction, non pas parce qu'il a pu commettre quelque faute [...] mais parce qu'il a l'obligation de garantir la sécurité des individus contre les actes dommageables de ceux qui exercent une activité en son nom et pour son compte* »[389].

La Cour précise également à deux reprises que « *l'abus de la fonction n'est pas un obstacle à la responsabilité du maître* »[390]. Cependant, c'est surtout le fait que l'Etat congolais ait « *manqué à sa mission de sécurisation des particuliers* »[391] qui convainc la Cour que la responsabilité de la RDC est engagée « *dans le cas de l'assassinat de cinq élèves de Tchekele par les militaires de la troisième compagnie sur ordre du prévenu BMB ; Qu'il en est de même des autres actes d'atteinte aux biens* »[392].

Le TMG de l'Ituri confirme sa position dans l'affaire *Bavi* en se référant à la même jurisprudence que dans le jugement de *Bongi*[393]. Les juges vérifient si les faits de la cause répondent aux quatre conditions de l'article 260, tout en n'en citant à nouveau que trois. Le tribunal conclut là encore que la responsabilité de la RDC est engagée et la condamne *in solidum* avec les prévenus au paiement de dommages et intérêts. L'on notera exactement les mêmes imprécisions que dans l'affaire *Bongi*. En outre, il est intéressant de souligner que le TMG a précisé que par *tiers*, on entend généralement toute personne autre que le commettant

388 CM Province Orientale, Affaire *Bongi*, op.cit, p. 27
389 Ibid., p. 28. La Cour cite N. Kabange, « Responsabilité de l'administration publique des services publics décentralisés du fait des actes de leurs préposés ou organes », *Revue juridique du Zaïre*, janvier - août 1976 numéros 1 et 2 page 16 ; KALONGO, *Responsabilité civile et socialisation des risques en droit Zaïrois*, op.cit., pp. 147, 158 et 163.
390 Ibid., p. 28, §§ 6 et 8.
391 Ibid., p. 29.
392 Ibid.
393 TMG de l'Ituri, Affaire *Bavi*, op.cit., p. 47.

ou le préposé et que les « *autres préposés* » (c'est-à-dire les autres militaires) peuvent aussi être considérés comme des tiers s'ils sont victimes des crimes[394].

Sur ces aspects, la décision du TMG est entièrement confirmée en appel par la Cour Militaire de la Province Orientale[395].

La Cour militaire du Katanga a condamné l'Etat congolais *in solidum* avec les officiers responsables de la mort des détenus de *Mitwaba* au paiement de dommages et intérêts aux victimes. Sa décision se fonde sur l'article 260 du Code civil :

> « *Attendu que les prévenus furent effectivement les préposés de l'Etat congolais par le contrat d'engagement professionnel qui les liait à ce dernier ; Que les prévenus agirent dans l'exercice des fonctions leur confiées par l'Etat ; (...) Qu'ils agirent en outre en ces différentes qualités à l'égard des 95 détenus ; Que les prévenus agissaient au nom et pour le compte de l'Etat qui les employait* »[396].

L'on note la plus grande attention qu'a accordée la Cour à établir le lien de préposé à commettant. La RDC tenta de contester sa responsabilité civile en avançant qu'elle ne peut répondre « *des faits des prévenus qui ont abusé de leur pouvoir* »[397], mais la Cour n'a pas suivi cet argument, et ce malheureusement sans y répondre.

Dans son jugement rendu dans l'affaire des *Mutins de Bunia*, le TMG de l'Ituri commence par établir la responsabilité civile des prévenus sur la base de l'article 258 du Code civil[398]. Il énumère les conditions de l'article 260, alinéa 3, du Code civil sur la responsabilité des maîtres et commettants sur leurs préposés:

> « *Qu'en effet, quatre conditions sont exigées pour l'application de cet article, à savoir : l'existence d'un lien de commettant à préposé, la preuve que le dommage a été causé par la faute et la survenance du dommage dans l'exercice des fonctions auxquelles le préposé a été employé en dernier lieu, le dommage doit être causé à un tiers* »[399].

394 Ibid., p. 47.
395 CM de la Province Orientale, Affaire *Bavi*, op.cit., p. 34-35.
396 CM du Katanga, Affaire *Mitwaba*, op.cit, p. 10.
397 Ibid., p. 10.
398 TMG de l'Ituri, Affaire *Mutins de Bunia*,op.cit, p. 27.
399 L'expression « *en dernier lieu* » ne se rapporte sans doute pas à la fonction mais introduit plutôt la quatrième condition, Ibid., p. 27.

Le tribunal vérifie ensuite si ces conditions sont applicables aux faits de la cause :

> « *De l'existence du lien de commettant à préposé :*
> 1. *Il y a lien du commettant à préposé lorsqu'une personne a autorité sur l'autre qui est son subordonné et agit selon les ordres ou instructions de la première ; Qu'en l'espèce ce lien existe entre l'Etat Congolais et les prévenus qui sont des militaires engagés sous le service et au service de l'Etat congolais ;*
> 2. *Il faut que la victime prouve que le dommage a été causé par la faute du préposé ; Qu'en l'espèce tous les dommages retenus sont la conséquence directe du comportement délinquant des prévenus ;*
> 3. *Il faut que le dommage soit causé à un tiers ; Qu'en l'espèce toutes les Parties civiles ne sont ni militaires ni du nombre des pillards ;*
> 4. *Il faut enfin que le préposé ou le domestique ait causé le dommage dans l'exercice de ses fonctions dans lesquelles il est employé »*[400].

Cependant, c'est à nouveau la présomption de faute de l'administration dans le choix et la surveillance de ses agents qui fonde de manière déterminante la responsabilité de l'Etat :

> « *Que toutefois, analysant le fondement de la responsabilité civile de l'Etat dans son arrêt N ° RP 001/2004, la Haute Cour militaire note que cette responsabilité découle plutôt de la présomption de faute que peut commettre l'administration ou l'Etat dans le choix et dans la surveillance de ses agents dont, à titre illustratif, le retard de fonctionnement du service public ; Qu'en l'espèce, l'Etat devrait au moins intervenir à temps pour empêcher aux prévenus, de surcroît ses préposés, de commettre leurs forfaits ; Que eu égard de ce qui précède, la responsabilité civile du commettant, à savoir la République Démocratique du Congo, par son armée (les FARDC) interposée, demeure totalement engagée »*[401].

Le tribunal condamne la RDC, *in solidum*, avec les prévenus[402].

Bien qu'il ne s'agisse pas d'une affaire en matière de crime international, la décision rendue par la Cour militaire du Katanga dans l'affaire de la *tante de Kabila* mérite de faire ici l'objet de quelques observations. Pour condamner la RDC *in solidum* avec l'auteur du crime, à 36 millions de dollars de dommages et intérêts, la Cour considère que la responsabilité de l'Etat découle de la présomption de faute dans le choix et la surveillance des agents et qu'il suffit pour que la faute de « *service public* » se réalise « *de relever une mauvaise tenue générale du service public dans son ensemble, d'établir sa mauvaise organisation ou son fonctionnement défectueux* »[403]. La Cour observe également que « *la sécurité des individus est la raison de l'organisation de sociétés et que l'Etat doit y veiller constamment* »[404]. L'élément déterminant de la responsabilité de l'Etat est le

400 Ibid., pp. 27-28.
401 Ibid.,p. 28.
402 Ibid., p. 37.
403 CM du Katanga, 3 août 2005, RP 05/2005, p. 20.
404 Ibid., p. 20.

fait que l'administration « *n'a pas pris des dispositions pour mettre toutes les armes des ex-FAP sous le contrôle et la gestion des FARDC* »[405]. La Cour sous-entendant ici, sans le dire, que l'arme avec laquelle le meurtre a été commis provenait de ces stocks.

En conclusion, l'on rappellera qu'il convient en premier lieu d'établir la responsabilité individuelle des auteurs des crimes avant de notifier toutes les conditions d'application de l'article 260 alinéa 3 du Code civil ; à savoir l'existence d'un lien de commettant à préposé, la preuve que le dommage a été causé par la faute du préposé, la preuve de la survenance du dommage dans l'exercice des fonctions auxquelles le préposé était employé, et que le dommage doit être causé à un tiers. Vérifier l'application de ces conditions au fait de la cause constitue là encore une étape essentielle à ne pas négliger.

Il appartient aux juges de détailler les éléments qui permettent de considérer que la responsabilité est établie et de vérifier que l'Etat a ad minima tenté d'intervenir à temps pour empêcher ses préposés de commettre leurs forfaits.

Les juges peuvent également saisir l'occasion de rappeler les responsabilités qu'a l'Etat d'assurer la bonne tenue ou le bon fonctionnement des services publics, et ce sans que la faute des agents soit requise, et en rappelant la doctrine selon laquelle il peut exister une présomption de faute dans le choix et la surveillance des agents en cas de défaillance. Souligner la mission de l'Etat d'assurer la sécurité de ses citoyens et de les protéger des forces armées et contre les actes dommageables de ceux qui exercent une activité en son nom et pour son compte sont autant d'éléments qui doivent être présentés dans les décisions.

Il est également nécessaire pour les juges de considérer l'Etat comme responsable des actes criminels de ses agents, même s'il a donné une consigne de ne pas commettre de crimes et que celle-ci n'est pas respectée. De plus, les milices soutenues par l'Etat ont un statut de « préposés » engageant responsabilité de ce premier ; en développant cet argument, il est important que les juges prennent soin de préciser les éléments qui permettent d'établir le lien entre la milice et l'Etat.

Il ne serait pas pertinent de conditionner la responsabilité de l'Etat à l'établissement de la responsabilité du chef hiérarchique. Enfin, il est nécessaire, comme les juges l'ont déjà fait à maintes reprises, de continuer à condamner l'Etat in solidum avec les auteurs au paiement de dommages et intérêts aux parties civiles.

405 Ibid., p. 21

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS GÉNÉRALES

La lutte contre l'impunité passe en premier lieu par la prise en charge nationale du contentieux des crimes internationaux. La justice internationale, telle qu'instituée par la Cour pénale internationale, n'intervient qu'en complément, lorsque l'Etat ne veut pas ou ne peut pas s'engager vers la répression de tels crimes. En appliquant directement le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, les tribunaux congolais ont entériné ce principe et ont encouragé la réforme au niveau national de la répression des crimes internationaux. Cette dernière a permis de combler les lacunes et imprécisions d'un législateur qui tarde à adopter une loi de mise en œuvre du Statut de Rome, ratifié depuis plus de six ans.

Toute salutaire qu'elle soit, cette avancée notable ne doit pas masquer les carences relevées par l'analyse des décisions de justice, lorsqu'il s'agit d'appliquer aux faits de l'espèce des notions complexes du droit international pénal. Au sens d'ASF, le plus grand écueil relatif à la jurisprudence des tribunaux congolais concerne la faiblesse en termes de motivation juridique des jugements. Alors que l'article 21 de la Constitution impose que « *tout jugement est écrit et motivé* », les juges ne s'attachent pas à systématiquement rappeler les éléments constitutifs des crimes ou les étapes essentielles à la qualification juridique et omettent le plus souvent d'identifier les éléments de preuve qui ont fondé leur décision.

En réalité, l'application directe du Statut de Rome par les juridictions congolaises est un premier pas mais elle ne peut se suffire à elle-même. Pour satisfaire pleinement au principe de complémentarité, une loi de mise en œuvre de ce Statut se doit d'être adoptée. Cette loi constitue un outil adéquat afin de rendre effectif le Statut et contribuer ainsi à l'émergence d'une justice pénale cohérente en matière de crimes de guerre, crimes contre l'humanité, et crimes de génocide.

Une loi de mise en œuvre du Statut de Rome permettrait ainsi:

- D'harmoniser les dispositions du droit pénal général congolais et la procédure pénale congolaise sur le modèle des dispositions pertinentes du Statut de Rome et autres textes connexes, afin d'effacer les distorsions et ambigüités du droit interne. L'on peut, à titre d'illustration, citer l'article 165 du Code pénal militaire qui entretient la confusion entre les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre en définissant les premiers comme « *des violations graves du droit international humanitaire commises contre toutes populations civiles avant ou pendant la guerre* », alors même que les violations graves du droit international humanitaire sont constitutives de crimes de guerre selon le Statut de Rome. L'on peut également souligner que les incriminations d'enrôlement, de recrutement, de conscription, et d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées, ne sont pas spécifiquement prévues par le droit interne ; dans la seule

affaire devant les juridictions congolaises qui avait trait à cette matière, le prévenu fut condamné pour enlèvement par ruse et détention illégale d'une personne[406]. Enfin lorsqu'il s'agit de mettre en cause la responsabilité du supérieur hiérarchique, le droit congolais, contrairement au Statut de Rome, prévoit que le chef militaire sera poursuivi pour crime de guerre seulement à la condition qu'un subordonné soit poursuivi, et ce uniquement en tant que co-auteur ou complice, et non en tant qu'auteur principal.

- De garantir le respect des instruments juridiques internationaux relatifs aux droits de l'homme et aux garanties d'un procès équitable, notamment en transférant la compétence de juger des crimes internationaux aux juridictions de droit commun. En dehors du fait qu'à différents niveaux, le commandement militaire sur sa propre initiative et/ou sur celle des autorités politiques influe sur le fonctionnement de la justice militaire au gré des enjeux politiques et de la présence de juges assesseurs qui disposent d'une voix délibérative alors qu'ils n'ont pas les compétences juridiques requises en matière de crimes internationaux, les règles de procédure devant les juridictions militaires sont soumises aux principes de la célérité et de l'exemplarité. Ces règles ne garantissent pas toujours une bonne application des droits des justiciables, et spécifiquement du droit à un procès équitable.

- De mettre en place un système cohérent de protection des victimes de crimes internationaux, qui prévoit notamment des garanties de sécurité physique (anonymat, procédure de levée de copie des pièces, possibilité de déplacement...) et des facilités procédurales telles que l'exemption de paiement de frais de justice, la simplification des procédures d'exécution des décisions judiciaires, et une garantie contre l'organisation de l'insolvabilité de l'auteur présumé des crimes avant le rendu de la décision.

L'adoption de cette loi si primordiale et tant attendue ne réglera malheureusement pas toutes les problématiques liées à la répression des crimes internationaux en RDC. Car se posent également des questions de volonté politique et de capacité des acteurs judiciaires à prendre en charge un contentieux complexe de crimes s'étendant sur plus de deux décennies, sur un territoire immense, et ayant été commis par des personnes appartenant à des groupes armés nombreux qui ont depuis lors été pour certains intégrés à l'appareil étatique.

Cette analyse de la situation est confortée par les faits. Il est en effet difficile de sous-estimer la dimension politique et sensible de ce type de contentieux au vu du faible nombre de procédures ouvertes en la matière et des dossiers qui en 2007-2008 se sont clôturés sans porter condamnation pour crimes internationaux. De fortes pressions sur les victimes pour qu'elles retirent leur plainte, une immixtion de l'Exécutif, des trafics d'influence, une absence de poursuites contre des autorités militaires de rang élevé, et nombreuses évasions

406 TMG de Bukavu, Affaire *Biyoyo*, 17 mars 2006 et confirmation en appel par la Cour Militaire le 12 janvier 2007.

ont ainsi été observées. Par exemple, dans l'affaire dite de « Mitwaba » le major Ekembe, à qui il était reproché d'avoir emprisonné dans des conditions inhumaines 95 personnes dans trois petites cellules tout en les privant de nourriture, a été simplement poursuivi pour violations des droits garantis aux particuliers et condamné à 15 mois de servitude pénale pour « *non assistance en personne en danger* ».

En outre, si les magistrats militaires et prochainement civils du siège et du parquet ont un rôle prépondérant à jouer dans la poursuite des crimes internationaux commis en RDC, peu d'entre eux bénéficient d'un niveau de formation suffisant. Le constat est le même en ce qui concerne les inspecteurs et officiers de police judiciaire en matière de techniques d'enquête. Il est donc nécessaire de prévoir leur formation sur cette matière complexe qui oblige tous les intervenants judiciaires à maîtriser des concepts qui ne sont que peu connus des systèmes nationaux. Au-delà des formations de magistrats, il convient aussi d'octroyer au secteur judiciaire des moyens financiers, humains et logistiques à la hauteur de leur mission. A cet égard, la part budgétaire allouée au secteur de la justice congolaise est malheureusement trop restreinte pour relever les défis d'une justice en lutte contre l'impunité. Ainsi, en 2007 seulement 0,75 % des dépenses publiques furent allouées au fonctionnement de l'appareil judiciaire[407] et le budget prévisionnel pour la justice en 2009 s'élèverait à 0,6% du Budget total. De plus, l'effectif du personnel judiciaire est clairement insuffisant pour couvrir toute l'étendue des crimes et du territoire ; cette faiblesse a une incidence sur le traitement des dossiers. Il suffit d'une récusation ou d'un prévenu plus gradé que le chef de juridiction pour que la procédure en pâtisse, comme il a été constaté dans le cadre du dossier Alunda Kapopo devant l'auditorat supérieur de Bukavu, où Kapopo avait le grade de colonel full alors que le 1er président de la Cour Militaire et l'auditeur supérieur avaient le grade de lieutenant colonel.

S'il est essentiel de garder à l'esprit que le processus de lutte contre l'impunité est encore jeune et ne peut de ce fait évoluer de manière linéaire et rapide, toutefois Avocats Sans Frontières juge utile, parallèle aux suggestions et impressions émises quant à l'application du Statut de Rome par les juridictions congolaises, de proposer les recommandations d'ordre général suivantes :

407 Ce budget constitue une faible augmentation par rapport au 0.6% du budget en 2005 et 2006. Ces chiffres ont été collectés par le « *Rapport de l'expert indépendant sur la situation des droits de l'homme en République démocratique du Congo* », A/HRC/7/25, 29 février 2008, §27. A titre indicatif, en général, le budget de la justice s'échelonne dans la plupart des pays entre 2 et 6 %.

Recommandations

Aux autorités nationales et parlementaires :

- De mettre à l'agenda et voter, à l'occasion de la prochaine session parlementaire, la proposition de loi de mise en œuvre du Statut de Rome, vitale à l'application cohérente et effective du principe de complémentarité par les juridictions nationales.
- D'allouer un budget conséquent au système judiciaire afin que les acteurs judiciaires disposent des ressources nécessaires au traitement du contentieux des crimes internationaux.
- D'affecter de nouveaux magistrats tant civils que militaires à l'intérieur du pays et au sein des juridictions qui en ont le plus besoin. Le manque de magistrats que l'on peut actuellement constater et qui influe sur le traitement efficace des dossiers de crimes internationaux serait par conséquent comblé par le recrutement de nouveaux professionnels ; les effectifs de magistrats supplémentaires feraient l'objet d'une répartition géographique équilibrée et équitable.

A la communauté internationale :

- De soutenir la RDC en l'encourageant à adopter, dans les plus brefs délais, la loi de mise en œuvre du Statut, à transférer le contentieux des crimes internationaux aux juridictions civiles, et à allouer les ressources et fournir aux juges la formation nécessaires au traitement de ce contentieux.
- De fournir une assistance quant à la réalisation du travail de la MONUC, visant à dresser un état des lieux des violations massives commises (crimes de guerre et crimes contre l'humanité) de 1993 à 2003.

REMERCIEMENTS

Cette étude est le résultat de la collaboration entre plusieurs membres de l'équipe d'Avocats Sans Frontières et un consultant externe. L'étude a été réalisée par Renaud Galand, ancien consultant et Myriam Khaldi, analyste thématique à la mission d'Avocats Sans Frontières en République Démocratique du Congo, qui l'a révisée et mise à jour. Flora Mbuyu Anjelani et Papy Ndondoboni Nsankoy, respectivement l'ancienne et l'actuel coordinateur de projet à la mission d'Avocats Sans Frontières en RDC, ont fourni une assistance dans le processus de rédaction, alors que Martien Schotsmans, ancien chef du département thématique, a contribué à la conception et au développement initial de l'étude.

Dadimos Haile, chef du programme de la justice internationale et droits de l'homme et Chantal Van Cutsem, Desk Officer pour la RDC, ont relu l'étude et fourni des orientations et des données précieuses. Sylviane Puertas, du département des finances, a fourni d'utiles commentaires rédactionnels. Géraldine De Vries, stagiaire juridique dans le programme justice internationale et droits de l'homme, a apporté une aide précieuse dans la relecture et la mise en forme de la version finale de l'étude. Chloé Lermuzeaux, Junior Communications Officer, a contribué à la préparation de la version de l'étude destinée à la publication.

Avocats Sans Frontières tient à exprimer sa gratitude à USAID pour son appréciable soutien financier ainsi qu'à toutes les personnes et les institutions qui ont contribué à la réalisation de cette étude. Toutefois, le contenu de l'étude n'engage qu'Avocats Sans Frontières.

ANNEXE 1
PRÉSENTATION DES AFFAIRES ÉTUDIÉES (PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE)

AFFAIRE ANKORO

Faits :

Entre le 10 et 22 novembre 2002, les militaires de la 95ème brigade des FARDC ont déclenché une attaque contre la population civile d'Ankoro ; causant la mort de plus de 60 personnes, l'incendie et la destruction de plus de 4000 maisons, et le pillage de plus de 170 maisons et bâtiments publics.

Instance judiciaire et parties

- Cour Militaire du Katanga
- Ministère Public et 55 Parties civiles contre 27 prévenus militaires (prévenu principal : le Lieutenant Colonel Emile TWABANGU)

Procédure :

- **16 décembre 2002** : institution d'une commission d'enquête conduite par les Ministres de l'intérieur, des droits humains et de la défense. A l'issue de l'enquête, 23 militaires sont arrêtés et mis à la disposition du Parquet près de Lubumbashi.
- **20 décembre 2004 :** décision portant 6 condamnations à 20 mois de prison pour pillage, 1 condamnation à 20 mois de prison pour meurtre et 2 condamnations à 18 mois de prison pour recel d'objet. Comme tous les condamnés avaient déjà passé plus de deux ans en prison au titre de la détention préventive, ils ont tous été libérés après le verdict. La Cour a en outre prononcé 13 acquittements.
- Le ratio établi pour le paiement de dommages et intérêt a été établi selon ce qui suit : 5.000$ par décès, 2.000$ par personne qui a un membre amputé, 50$ par personne légèrement blessée, 100$ par maison incendiée.

AFFAIRE BIYOYO

Faits :

Jean-Pierre Karhanga Biyoyo est initiateur du mouvement insurrectionnel dénommé FSP (Front social pour le Progrès), acteur de la déstabilisation de la province du Sud Kivu. Les 5 militaires arrêtés sont soupçonnés de désertion des rangs de l'armée nationale, d'organisation d'un mouvement insurrectionnel, de recrutement d'adhérents et combattants à Uvira dans deux pays étrangers (Rwanda et Burundi), d'enlèvement, arrestations et détentions arbitraires de mineurs (avec la collaboration du prévenu civil), de recrutement d'enfants soldats, et d'enrôlement dans les troupes combattantes étrangères (pour tous les prévenus). Tous ces faits se sont déroulés entre juin 2004 et juillet 2005.

Instance judiciaire et parties

- *1er degré* : TMG de Bukavu et en *Appel* : Cour Militaire de Bukavu
- Ministère public contre 6 prévenus (5 militaires et un enseignant). Pas de Parties civiles

Procédure :

- **17 mars 2006 :** Condamnation des six prévenus à des peines allant de la peine de mort pour BIYOYO, à 5 ans de servitude pénale pour trois autres prévenus et à 2 ans de servitude pénale pour le seul prévenu civil.
- **12 janvier 2007 :** arrêt de la Cour militaire de Bukavu qui confirme la décision du premier degré.
- Après avoir été capturé, Biyoyo s'est évadé et s'est réfugié au Rwanda avant d'être capturé à nouveau en octobre 2005 et de pouvoir s'évader une deuxième fois le 3 juin 2006.

AFFAIRE BLAISE BONGI

Faits :

Blaise Bongi Massaba, Capitaine et Commandant d'une compagnie au sein de la 4ère Brigade intégrée des FARDC est accusé d'avoir pillé des biens de la population civile (une moto, une motopompe, deux panneaux solaires, une radio et deux baffles) du village Tshekele en Ituri, le 20 octobre 2005, pendant les affrontements entre les FARDC et les miliciens du FRPI. 5 personnes, toutes élèves, avaient été réquisitionnées pour transporter le butin du pillage puis exécutées dans le village de Bussinga.

Instance judiciaire et parties

- 1er *degré :* TMG de Bunia et *Appel :* Cour Militaire de Kisangani
- Ministère public et 4 Parties civiles contre le Capitaine Bongi.

Procédure :

- **24 mars 2006** : Condamnation à la prison à perpétuité pour crimes de guerre. Et condamnation *in solidum* avec l'Etat congolais au paiement de 75.000$ pour chaque victime.
- **04 novembre 2006 :** arrêt en appel qui réduit d'un côté la peine du Capitaine Bongi à 20 ans de prison et augmente d'autre part les dommages et intérêts à hauteur de 265.000$; toujours *in solidum* avec l'Etat congolais.
- Le Capitaine Bongi s'est évadé depuis mars 2007 de la prison de Bunia
- Le jugement a été signifié pour paiement des dommages et intérêts au commandement le 7 juin 2008. L'itératif commandement a été pris le 16 septembre 2008.

AFFAIRE GÉDÉON

Faits :

Entre octobre 2003 et le 12 mai 2006, jour de sa reddition, Gédéon contrôlait une partie du Katanga. Pendant ces années, il commandait un groupe important de Maï-Maï (environ 2.000 combattants), réfractaires au brassage et qui ont détruit un vaste espace autour de Mitwaba, sa ville natale. Les enquêtes menées par les ONG accusent Gédéon et ses troupes d'avoir assassiné la femme du Directeur du Parc Upemba, d'avoir enrôlé et utilisé des enfants dans ses troupes combattantes, de cannibalisme, d'utilisation d'armes à feu, de création de mouvement insurrectionnel, de pillages et destruction ainsi que de viols en masse dans tous les territoires dont ses troupes avaient le contrôle.

Instance judiciaire et Parties :

- *1er degré* : TMG de Kipushi
- Ministère public contre 24 prévenus : Commandant KYUNGU MUTANGA Gédéon, sa femme, son frère ainé, deux de ses enfants, les agents de sa garde rapprochée et consorts

Procédure :

- En détention depuis le 19 mai 2006 sur décision de l'Auditorat Supérieur
- Le procès à débuté le 07.08.2007
- Le 6 mars 2009 Gédéon est condamné par le TMG à la peine de mort pour «crimes de guerre, crimes contre l'humanité, mouvement insurrectionnel et terrorisme» ; par la même décision, L'Etat congolais a été condamné à payer une compensation à 75 familles de victimes pour avoir fourni un soutien financier et armé aux milices Maï-Maï.

AFFAIRE GETY/BAVI

Faits :

Au mois d'octobre 2006, un charnier contenant plus d'une trentaine des corps d'hommes, de femmes, et d'enfants a été découvert dans les collines **de** Gety et de Bavi (60 Kms de Bunia). Le massacre a été imputé aux membres de la 1ère Brigade intégrée des FARDC. Certaines des victimes auraient été torturées, violées avant d'être tuées et d'autres auraient été enterrées vivantes. Les faits se seraient déroulés entre août et septembre 2006.

Instance judiciaire et Parties

- 1er *degré* : TMG de Bunia et *Appel :* Cour Militaire de Kisangani
- Ministère public et 19 Parties civiles contre 15 militaires des FARDC (dont 4 capitaines et 4 prévenus jugés par contumace). Prévenu principal : Capitaine Mulesa Mulombo (alias Bozize)

Procédure :

- **19 février 2007** : condamnation de 13 des 15 prévenus à la servitude pénale à perpétuité pour crimes de guerre. Le capitaine qui est passé aux aveux a été condamné à 180 jours de prison ; tandis que le dernier prévenu a été acquitté. Au total, les dommages et intérêts s'élèvent à 315.000$.
- 9 condamnés ont interjeté appel immédiatement après le prononcé du verdict.
- **28 juillet 2007 :** arrêt qui confirme la décision du 1er degré en ce qui concerne la détention à perpétuité pour le prévenu principal Bozize. Les condamnations des autres appelants ont toutes été réduites à 15 ans et 10 ans pour circonstances atténuantes liées à la pression psychologique et à leur collaboration avec la justice. La somme globale d'allocation des dommages-intérêts est passée de 315.000$ à 481.000$.
- Signification au commandement depuis le 07 juin 2008, suivi d'un itératif commandement du 16 septembre 2008
- Le Capitaine Mulesa aurait diligenté un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour Militaire de Kisangani.

AFFAIRE KAHWA

Faits :

Il est reproché à KAHWA d'avoir créé en 2002 le mouvement insurrectionnel du « *Parti pour l'unité et la sauvegarde de l'intégrité du Congo* », d'avoir illégalement détenu des armes de guerre, avec lesquelles il aurait commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, notamment lors de l'attaque de la localité de Zumbe. Il a été arrêté le 09/04/05 par les autorités congolaises et la MONUC.

Instance judiciaire et Parties

- *1er degré* : TMG de l'Ituri et en *Appel* : Cour Militaire de Kisangani
- Ministère public et 13 Parties civiles contre le prévenu KAHWA
- *Recours en annulation:* Haute Cour Militaire (HCM)

Procédure :

- **02 août 2006** : Condamnation à 20 ans de prison pour toutes les préventions mises à sa charge et dommages intérêts à payer s'élevant à 500.500$.
- Le prévenu a interjeté appel principal et les parties civiles ont interjeté appel incident durant l'instance d'appel.
- **28 juillet 2007** : Acquittement par la Cour Militaire de Kisangani, au motif que le prévenu a bénéficié d'une amnistie pour toutes les charges exceptées celles de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Pour celles-ci, le juge d'appel a considéré que le premier juge avait été irrégulièrement saisi, annulant de ce fait le premier jugement.
- **Recours en annulation** initié par l'auditeur supérieur de Kisangani, devant la Haute Cour Militaire.
- **9 septembre 2008** : arrêt qui annule la décision de la Cour Militaire de Kisangani et renvoie la cause devant la même juridiction autrement composée.
- **1er mars 2008** : un mandat d'arrêt a été émis contre KAHWA par l'Auditeur Général et l'Auditeur militaire de Bunia pour crimes contre l'humanité, crimes de guerre, meurtre, attaques et coups et blessures aggravés en ce qui concerne des faits différents de ceux pour lesquels il a été acquitté. En date du 2 septembre 2008, la HCM a confirmé son maintien en détention.

AFFAIRE KALONGA KATAMASI

Faits :

En 2004, les prévenus (des miliciens Maï-Maï) ont enlevé, dans le village de Kimanga au Maniema 10 femmes et les ont abusées sexuellement dans la forêt. Une des victimes fût contrainte de rester pendant 3 mois en tant que maîtresse forcée du prévenu principal.

Instance judiciaire et parties

- TMG de Kindu
- Ministère public et 3 Parties civiles c ontre Kalonga KATAMISI, ALIMASI (en fuite) et consorts (non autrement identifiés)

Procédure :

- **26 octobre 2005** : Condamnation à la peine de mort et à payer solidairement avec l'Etat congolais 20.000$ de dommages et intérêts aux victimes pour crime contre l'humanité à l'encontre de Kalonga Katamasi, Alimasi et consorts.

AFFAIRE KILWA

Faits :

Le 18 octobre 2004, plus d'une centaine de personnes sont tuées dans le village minier de Kilwa lors d'une contre-offensive de la part des FARDC contre le groupe rebelle MRLK qui avait pris le village quelques jours auparavant (assez mal équipé et mal organisé selon MONUC). Il apparaît qu'un bon nombre des victimes ont été exécutées arbitrairement et que le village a été pillé aussi bien pendant l'attaque qu'après la fuite d'un grand nombre d'habitants. La compagnie minière *Anvil Mining* aurait fourni une aide logistique aux FARDC au moment de l'attaque : des véhicules auraient servi à transporter des victimes à exécuter, des biens pillés et des cadavres. Des engins de terrassement de la société auraient également été utilisés pour enterrer des corps.

Instance judiciaire et Parties :

- *1er degré* : Cour Militaire du Katanga à Lubumbashi et en *Appel :* Haute Cour Militaire de Katanga
- *1er degré* : Ministère public et 144 Parties civiles contre les accusés le Colonel Ilunga, 8 autres militaires, l'entreprise Anvil Mining et 3 de ses agents (Pierre Mercier, DG de la filiale congolaise, Peter Van Niekerk, ancien chef de la sécurité et Cédric, ancien responsable de la sécurité)
- *Appel* : Ministère public et 1 Partie civile contre le Colonel Ilunga et le capitaine Sadiaka.

Procédure :

- **12 décembre 2006** : ouverture du procès. Sur les 9 prévenus militaires, 7 ont comparu, 2 étant en fuite. 3 anciens agents d'Anvil Mining absents la plupart du temps étaient représentés par leurs avocats.
- **28 juin 2007** : Arrêt de la Cour Militaire qui condamne le colonel Ilunga Ademar et le capitaine Sadiaka à la prison à perpétuité pour meurtre. Toutes les préventions pour crimes de guerre ont été abandonnées. Le sous-lieutenant Kasongo Kayembe est condamné à 5 ans de servitude pénale principale pour arrestation arbitraire, le sous-lieutenant Ilunga Kashila à un an de servitude pénale avec paiement de 30 000 francs d'amende. Les autres prévenus sont acquittés.
- Le Ministère public, les 2 condamnés à perpétuité ainsi que la partie civile ont formé appel contre la décision. Le procès en appel à commencé le 7 décembre 2007**.**
- **30 octobre 2008** : la Haute Cour Militaire a confirmé les condamnations à l'égard du Colonel Ademar et capitaine Sadiaka, mais a allégé les sanctions en les faisant bénéficier de larges circonstances atténuantes, de telle sorte les peines ont été réduites de la servitude pénale à perpétuité à 5 ans de prison. Quant aux 5 parties civiles, pour 4 d'entre elles, les appels ont été déclarés irrecevables, tandis que la 5ème demande d'appel s'est vue déclaré recevable mais non fondé.

AFFAIRE MILOBS

Faits :

Deux militaires-observateurs de la MONUC (un malawite et un jordanien) sont assassinés en mai 2003 à Mungwalu (Bunia). Selon l'instruction menée, ce double meurtre aurait été commis du fait de la suspicion des membres du FNI (Front Nationaliste et Intégriste) à l'égard de la MONUC, soupçonnée d'être du coté de l'UPC.

Instance judiciaire et Parties

- *1er degré* : TMG de l'Ituri et en *Appel* : Cour Militaire de Kisangani
- Le Ministère public contre sept miliciens membres du FNI, dont un évadé de la prison centrale de Bunia (Kwisha)

Procédure :

- **19 février 2007** : Décision de condamnation de 4 miliciens (dont un par défaut) à la prison à perpétuité, un à 20 ans et un autre à 10 ans de prison. Le dernier prévenu est acquitté.
- Tous les condamnés présents ont interjeté appel de la décision.
- La Cour Militaire de Kisangani siégeant en foraine à Bunia a rejeté l'appel de 3 d'entre eux pour cause de délai légal dépassé.
- L'arrêt en appel a confirmé le jugement en premier degré.
- **12 novembre 2007** : le TMG de Bunia confirme sur opposition la sentence de la réclusion à perpétuité qui avait été rendue par défaut contre AGENONGAA Ufoyuru alias Kwisha ; évadé le 12/01/07 et capturé le 06/10/07.

AFFAIRE MITWABA

Faits :

Dans le cadre d'attaques réciproques entre les FARDC et les Maï-Maï en mars-avril 2005, des militaires de la 63ème brigade FARDC ont emprisonné et torturé 95 civils prétendus Maï-Maï. 17 d' entre eux n'ont pas survécu.

Instance judiciaire et Parties

- Cour Militaire de Lubumbashi
- Le Ministère public et 14 Parties civiles (+ 1 rejetée) contre 4 militaires des FARDC dont le Major Ekembe et le Lieutenant Baseme (par contumace).

Procédure :

- Le procès s'est ouvert dès le 21 mars 2007. Les quatre prévenus étaient au départ poursuivis pour violations des droits garantis aux particuliers, alors que les Parties civiles demandaient, par l'intermédiaire de leurs avocats la requalification des faits en crimes de guerre.
- 25 avril 2007 : Condamnation pour non assistance à personne en danger des prévenus à 15 mois de servitude pénale et au paiement *in solidum* avec l'Etat de 10.000$ de dommages et intérêts au profit de chaque victime. Par contumace, elle a condamné Baseme à 10 ans de prison.

AFFAIRE MUTINS DE BUNIA

Faits :

Dans la nuit du jeudi 11 janvier 2007, plusieurs dizaines d'éléments de la 1ère brigade intégrée des FARDC se sont mutinés, en tirant à l'arme automatique et au lance-roquette. Ils réclamaient le paiement de leur prime promise par le gouvernement pour l'année 2006 et évaluée à 50$. Lors du soulèvement, 7 femmes ont été violées, un policier grièvement blessé ainsi que plusieurs boutiques et maisons du Quartier Bankoko pillées.

Instance judiciaire et Parties

- *1er degré* : TMG de l'Ituri et en *Appel :* Cour Militaire de Kisangani
- Ministère public et 54 parties civiles contre 17 prévenus (dont 2 par contumace).

Procédure :

- **18 juin 2007** : Condamnation de tous les prévenus pour « *pillages, dissipations de munitions de guerre et violation de consigne* ». Trois d'entre eux ont été condamnés à 20 ans de prison et les autres à 10 ans. L'Etat et les militaires ont solidairement été condamnés à verser 98.200$ de dommages et intérêts aux victimes.
- Appel interjeté par les condamnés et par 7 Parties civiles qui considéraient le montant des dommages et intérêts alloués insuffisant. En attente de la fixation de l'affaire en appel.
- **23 août 2008** : arrêt en appel qui confirme les condamnations de premier degré mais allège les peines entre 3 ans et 6 ans. Les Dommages et intérêts des parties civiles sont majorés de 50%.

AFFAIRE MUTINS DE MBANDAKA

Faits :

Le 30 juin 2005, date de la fin de la transition, l'ordre était donné à tous les militaires de la province de l'Equateur de rester dans les casernes. Un d'eux, sous-lieutenant appartenant au contingent du MLC, avait refusé d'obtempérer à cet ordre, est sorti la nuit et a été retrouvé mort tôt le matin. Sa mort a servi de prétexte à ses camarades (entre 3.000 et 4.000 hommes) pour se mutiner et piller une partie de la ville entre le 3 et le 5 juillet. Ils ont cassé le magasin d'armes et se sont déversés dans les rues de la ville, pillant tout sur leur passage, tuant 6 personnes, violant 46 autres, torturant, etc. et ce dans un rayon d'environ 10 km, avant d'être freinés par des loyalistes locaux et des renforts dépêchés de Kinshasa.

Instance judiciaire et Parties

- 1er *degré* : TMG de Mbandaka et en *Appel :* Cour Militaire de Mbandaka
- 1er *degré :* Le Ministère public et 163 parties civiles c/ 62 prévenus dont 2 évadés, 1 décédé, 3 hospitalisés. Principal prévenu : Sous-lieutenant MOHINDO MAMBUSA. En *Appel :* Ministère public contre Appel interjeté par 10 condamnés et 25 parties civiles.

Procédure :

- **12 janvier 2006** : Jugement avant dire droit
- **20 juin 2006 :** Décision portant condamnation à la servitude pénale à perpétuité de 9 accusés pour crimes contre l'humanité. 1 militaire fut condamné à 20 ans de servitude pénale et deux autres à 5 ans. 29 accusés ont été condamnés à des peines comprises entre 12 et 24 mois. 15 prévenus ont formellement été acquittés. L'Etat a été solidairement condamné avec les accusés à payer à titre de dommages et intérêts de 500 à 15.000 USD aux familles des victimes décédées, aux victimes de pillage et de viol ainsi qu'aux victimes blessées.
- Appel interjeté par 10 condamnés et 25 parties civiles.
- **15 juin 2007 :** arrêt en appel qui confirme 8 condamnations dont seulement 3 pour « *crime contre l'humanité* » et 2 autres ont été acquittés. Quant aux prétentions des Parties civiles, la Cour a reconduit les dommages-intérêts prononcés au premier degré. Elle a aussi agréé 7 nouvelles victimes, à qui elle a accordé des dommages-intérêts. Au total et en définitive l'Etat congolais devra payer la somme de 126.000 $.
- L'arrêt a été signifié à l'Etat congolais par le truchement du Gouverneur de la province de l'Equateur le 19 décembre 2007. Il s'en est suivi la signification de l'itératif commandement en date du 17 mars 2008

AFFAIRE SONGO MBOYO

Faits :

Le 21 décembre 2003, des militaires du 9ème bataillon FARDC, basés dans les localités de Songo Mboyo réclamèrent leurs soldes, détournées selon eux par leur hiérarchie. Ils se révoltent en prenant la population civile locale pour cible. Deux séries des viols massifs ont été commis à cette occasion ; y compris sur les femmes de certains officiers supérieurs de l'armée.

Instance judiciaire et Parties

- *1er degré* : TMG de Mbandaka et en *Appel* : Cour Militaire de l'Equateur
- *1er degré* : le Ministère public et 35 parties civiles c/ 12 militaires (dont les plus gradés sont les Lieutenants-colonels Eliwo Ngoy et Bokila Lolemi). En *Appel* : le Ministère public et 43 parties civiles contre 7 prévenus dont le Colonel Bokila Lolemi

Procédure :

- **07 mars 2006** : Jugement avant-dire droit
- **12 avril 2006** : condamnation de 7 des 12 prévenus à la servitude pénale à perpétuité pour crimes contre l'humanité et autres infractions à caractère militaire. Les 5 autres prévenus ont été acquittés.
- Appel interjeté par les 7 militaires condamnés, les Parties civiles, le Ministère public et la RDC
- **7 juin 2006** : arrêt en appel qui confirme la décision intervenue au premier degré pour 6 prévenus et acquitte le dernier. Il a été alloué à 43 Parties civiles une somme totale de 165.317$ en guise des dommages et intérêts, somme qui doit être payée solidairement par les condamnés et l'Etat congolais[1].
- Les condamnés avaient amorcé une procédure de pourvoi en cassation mais à défaut d'avoir pu obtenir la désignation d'un avocat près la Cour Suprême de Justice ; la phase d'exécution de la décision a été déclenchée[408].

408 Les juges ont adopté le ratio suivant : 10.000 $ pour la famille d'une femme décédée à la suite des sévices et du viol, 5.000 $ à chacune des autres victimes du viol. Les familles, dont les maisons avaient été pillées ont eu entre 200 et 500 $ de dommages et intérêts.

ANNEXE 2
CONSTITUTIONS DE LA RDC (EXTRAITS)

Acte Constitutionnel de la transition (1994)

TITRE VI : DES TRAITES ET ACCORDS INTERNATIONAUX

Article 110 :
Le Gouvernement négocie les traités et accords internationaux sous l'autorité du Président de la République. Après autorisation du Haut Conseil de la République - Parlement de Transition, le Président de la République ratifie les traités...

Article 111 :
Les traités de paix, les traités de commerce, les traités et accords relatifs aux organisations internationales et aux règlements des conflits internationaux, ceux qui engagent les finances publiques, ceux qui modifient les dispositions législatives, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi....

Article 112 :
Les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dés leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque Traité ou accord, de son application par l'autre partie.

Décret-loi de la RDC 28 mai 1997

Article I
Ce décret-loi restera en vigueur jusqu'à l'adoption de la Constitution par l'assemblée constituante. L'organisation et l'exercice du pouvoir relèvent du chef de l'Etat.

Article III
Les institutions de la République sont le président de la République, le gouvernement et les cours et tribunaux.

Article V
Le président de la République exerce le pouvoir législatif par décrets-lois délibérés en conseil des ministres.
Il est le chef de l'exécutif et le chef des Forces armées.
Il exerce ses pouvoirs par voie de décrets.
Il a le droit de battre monnaie et d'émettre du papier-monnaie en exécution de la loi.

Article VIII
Le gouvernement conduit la politique de la Nation telle que définie par le président de la République.
Il exécute les lois de la République et les décrets du chef de l'Etat.
Il négocie les accords internationaux sous l'autorité du chef de l'Etat.
Il dispose de l'administration et des Forces armées.

Article XIII
S'ils ne sont pas contraires aux dispositions du présent décret-loi constitutionnel, les textes législatifs et réglementaires existants à la date de sa promulgation restent en vigueur jusqu'au moment de leur abrogation.

Article XIV
Toutes les dispositions constitutionnelles légales et réglementaires antérieures au présent décret-loi constitutionnel sont abrogées.

Décret- Loi 1998

Article III modifié :
Les institutions de la République sont :

- le Président de la République
- l'assemblée Constituante et Législative

Article V :
[Le Président de la République] exerce le pouvoir réglementaire par voie de décret.
Il assure la promulgation des lois de la République démocratique du Congo votées par l'Assemblée Constituante et législative.

Article VIII
L'Assemblée Constituante et Législative est chargée notamment de : [...]
Exercer le pouvoir législatif pendant la période de transition.

Constitution de la transition de la République démocratique du Congo (2003)

Article 191**:**
Le Président de la République ratifie ou approuve les traités et accords internationaux.
Le Gouvernement conclut les accords internationaux non soumis à ratification après délibération en Conseil des Ministres. Il en informe l'Assemblée nationale.

Article 192:
Les traités de paix, les traités de commerce, les traités et accords relatifs aux organisations internationales et au règlement des conflits internationaux, ceux qui engagent les finances publiques, ceux qui modifient les dispositions législatives, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent échange et adjonction de territoire ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.
Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans l'accord des populations intéressées, consultées par voie de référendum.

Article 193:
Les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque Traité ou accord, de son application par l'autre partie.

Article 194**:**
Si la Cour suprême de justice, consultée par le Gouvernement, l'Assemblée nationale ou le Sénat, déclare qu'un Traité ou accord international comporte une clause contraire à la présente Constitution, la ratification ou l'approbation ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution.

Constitution de la République démocratique du Congo (février 2006)

Article 213 :
Le Président de la République négocie et ratifie les traités et accords internationaux.
Le Gouvernement conclut les accords internationaux non soumis à ratification après délibération en Conseil des ministres. Il en informe l'Assemblée nationale et le Sénat.

Article 214 :
Les traités de paix, les traités de commerce, les traités et accords relatifs aux organisations internationales et au règlement des conflits internationaux, ceux qui engagent les finances publiques, ceux qui modifient les dispositions législatives, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent échange et adjonction de territoire ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.
Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans l'accord du peuple congolais consulté par voie de référendum.

Article 215 :
Les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque Traité ou accord, de son application par l'autre partie.

Article 216 :
Si la Cour constitutionnelle consultée par le Président de la République, par le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale ou le Président du Sénat, par un dixième des députés ou un dixième des sénateurs, déclare qu'un Traité ou accord international comporte une clause contraire à la Constitution, la ratification ou l'approbation ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution.

ANNEXE 3
STATUT DE ROME (EXTRAITS)

Article 7
CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

1. Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

a) Meurtre ;

b) Extermination ;

c) Réduction en esclavage ;

d) Déportation ou transfert forcé de population ;

e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;

f) Torture ;

g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;

h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ;

i) Disparitions forcées de personnes ;

j) Crime d'apartheid ;

k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ;

b) Par « extermination », on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population ;

c) Par « réduction en esclavage », on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des être humains, en particulier des femmes et des enfants ;

d) Par « déportation ou transfert forcé de population », on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où

elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international ;

e) Par « torture », on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ; l'acception de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ;

f) Par « grossesse forcée », on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse ;

g) Par « persécution », on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ;

h) Par « crime d'apartheid », on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ;

i) Par « disparitions forcées de personnes », on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

3. Aux fins du présent Statut, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens.

Article 8
CRIMES DE GUERRE

1. La Cour a compétence à l'égard des crimes de guerre, en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle.

2. Aux fins du Statut, on entend par « crimes de guerre » :

a) Les infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'ils visent des personnes ou des biens protégés par les dispositions des Conventions de Genève :

i) L'homicide intentionnel ;

ii) La torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques ;

iii) Le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé ;
iv) La destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire ;
v) Le fait de contraindre un prisonnier de guerre ou une personne protégée à servir dans les forces d'une puissance ennemie ;
vi) Le fait de priver intentionnellement un prisonnier de guerre ou toute autre personne protégée de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement ;
vii) La déportation ou le transfert illégal ou la détention illégale ;
viii) La prise d'otages ;

b) Les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international, à savoir, l'un quelconque des actes ci-après :

132

i) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des civils qui ne participent pas directement part aux hostilités ;
ii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des biens de caractère civil, c'est-à-dire des biens qui ne sont pas des objectifs militaires ;
iii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre le personnel, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et aux biens de caractère civil ;
iv) Le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu ;
v) Le fait d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus et qui ne sont pas des objectifs militaires ;
vi) Le fait de tuer ou de blesser un combattant qui, ayant déposé les armes ou n'ayant plus de moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion ;
vii) Le fait d'utiliser indûment le pavillon parlementaire, le drapeau ou les insignes militaires et l'uniforme de l'ennemi ou de l'Organisation des Nations Unies, ainsi que les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève, et, ce faisant, de causer la perte de vies humaines ou des blessures graves ;
viii) Le transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante d'une partie de sa population civile, dans le territoire qu'elle occupe, ou la déportation ou le transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d'une partie de la population de ce territoire ;
ix) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments

historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades ou des blessés sont rassemblés, à condition qu'ils ne soient pas des objectifs militaires ;
x) Le fait de soumettre des personnes d'une partie adverse tombées en son pouvoir à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques quelles qu'elles soient qui ne sont ni motivées par un traitement médical, dentaire ou hospitalier, ni effectuées dans l'intérêt de ces personnes, et qui entraînent la mort de celles-ci ou mettent sérieusement en danger leur santé ;
xi) Le fait de tuer ou de blesser par traîtrise des individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie ;
xii) Le fait de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier ;
xiii) Le fait de détruire ou de saisir les biens de l'ennemi, sauf dans les cas où ces destructions ou saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ;
xiv) Le fait de déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice les droits et actions des nationaux de la partie adverse ;
xv) Le fait pour un belligérant de contraindre les nationaux de la partie adverse à prendre part aux opérations de guerre dirigées contre leur pays, même s'ils étaient au service de ce belligérant avant le commencement de la guerre ;
xvi) Le pillage d'une ville ou d'une localité, même prise d'assaut ;
xvii) Le fait d'employer du poison ou des armes empoisonnées ;
xviii) Le fait d'employer des gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que tous liquides, matières ou procédés analogues ;
xix) Le fait d'utiliser des balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que des balles dont l'enveloppe dure ne recouvre pas entièrement le centre ou est percée d'entailles ;
xx) Le fait d'employer les armes, projectiles, matières et méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ou à frapper sans discrimination en violation du droit international des conflits armés, à condition que ces armes, projectiles, matières et méthodes de guerre fassent l'objet d'une interdiction générale et qu'ils soient inscrits dans une annexe au présent Statut, par voie d'amendement adopté selon les dispositions des articles 121 et 123 ;
xxi) Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants ;
xxii) Le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, telle que définie à l'article 7, paragraphe 2, alinéa f), la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle constituant une infraction grave aux Conventions de Genève ;
xxiii) Le fait d'utiliser la présence d'un civil ou d'une autre personne protégée pour éviter que certains points, zones ou forces militaires ne soient la cible d'opérations militaires ;
xxiv) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre les bâtiments, le matériel, les unités et les moyens de transport sanitaires, et le personnel utilisant, conformément au droit international, les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève ;
xxv) Le fait d'affamer délibérément des civils comme méthode de guerre, en les privant de biens indispensables à leur survie, y compris en empêchant intentionnellement l'envoi

des secours prévus par les Conventions de Genève ;

xxvi) Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées nationales ou de les faire participer activement à des hostilités ;

c) En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international, les violations graves de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir l'un quelconque des actes ci-après commis à l'encontre de personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention ou par toute autre cause :

i) Les atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels et la torture ;

ii) Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants ;

iii) Les prises d'otages ;

iv) Les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables ;

d) L'alinéa c) du paragraphe 2 s'applique aux conflits armés ne présentant pas un caractère international et ne s'applique donc pas aux situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire ;

e) Les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international, dans le cadre établi du droit international, à savoir l'un quelconque des actes ci-après :

i) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des personnes civiles qui ne participent pas directement aux hostilités ;

ii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre les bâtiments, le matériel, les unités et les moyens de transport sanitaires, et le personnel utilisant, conformément au droit international, les signes distinctifs des Conventions de Genève ;

iii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre le personnel, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et aux biens de caractère civil ;

iv) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades et des blessés sont rassemblés, pour autant que ces bâtiments ne soient pas des objectifs militaires ;

v) Le pillage d'une ville ou d'une localité, même prise d'assaut ;

vi) Le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, telle que définie à

l'article 7, paragraphe 2, alinéa f), la stérilisation forcée, ou toute autre forme de violence sexuelle constituant une violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève ;

vii) Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées ou dans des groupes armés ou de les faire participer activement à des hostilités ;

viii) Le fait d'ordonner le déplacement de la population civile pour des raisons ayant trait au conflit, sauf dans les cas où la sécurité des civils ou des impératifs militaires l'exigent ;

ix) Le fait de tuer ou de blesser par traîtrise un adversaire combattant ;

x) Le fait de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier ;

xi) Le fait de soumettre des personnes d'une autre partie au conflit tombées en son pouvoir à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques quelles qu'elles soient qui ne sont ni motivées par un traitement médical, dentaire ou hospitalier, ni effectuées dans l'intérêt de ces personnes, et qui entraînent la mort de celles-ci ou mettent sérieusement en danger leur santé ;

xii) Le fait de détruire ou de saisir les biens d'un adversaire, sauf si ces destructions ou saisies sont impérieusement commandées par les nécessités du conflit ;

f) L'alinéa e) du paragraphe 2 s'applique aux conflits armés ne présentant pas un caractère international et ne s'applique donc pas aux situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire. Il s'applique aux conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux.

3. Rien dans le paragraphe 2, alinéas c) et e), n'affecte la responsabilité d'un gouvernement de maintenir ou rétablir l'ordre public dans l'État ou de défendre l'unité et l'intégrité territoriale de l'État par tous les moyens légitimes.

Article 30
ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE

1. Sauf disposition contraire, nul n'est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance.

2. Il y a intention au sens du présent article lorsque :

a) Relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement ;

b) Relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements.

3. Il y a connaissance, au sens du présent article, lorsqu'une personne est consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. « Connaître » et « en connaissance de cause » s'interprètent en conséquence.

Article 31
MOTIFS D'EXONÉRATION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

1. Outre les autres motifs d'exonération de la responsabilité pénale prévus par le présent Statut, une personne n'est pas responsable pénalement si, au moment du comportement en cause :

a) Elle souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi ;

b) Elle était dans un état d'intoxication qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi, à moins qu'elle ne se soit volontairement intoxiquée dans des circonstances telles qu'elle savait que, du fait de son intoxication, elle risquait d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour, ou qu'elle n'ait tenu aucun compte de ce risque ;

c) Elle a agi raisonnablement pour se défendre, pour défendre autrui ou, dans le cas des crimes de guerre, pour défendre des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire, contre un recours imminent et illicite à la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que couraient l'autre personne ou les biens protégés. Le fait qu'une personne ait participé à une opération défensive menée par des forces armées ne constitue pas en soi un motif d'exonération de la responsabilité pénale au titre du présent alinéa ;

d) Le comportement dont il est allégué qu'il constitue un crime relevant de la compétence de la Cour a été adopté sous la contrainte résultant d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique ou à celle

d'autrui, et si elle a agi par nécessité et de façon raisonnable pour écarter cette menace, à condition qu'elle n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter. Cette menace peut être :

i) Soit exercée par d'autres personnes ;

ii) Soit constituée par d'autres circonstances indépendantes de sa volonté.

2. La Cour se prononce sur la question de savoir si les motifs d'exonération de la responsabilité pénale prévus dans le présent Statut sont applicables au cas dont elle est saisie.

3. Lors du procès, la Cour peut prendre en considération un motif d'exonération autre que ceux qui sont prévus au paragraphe 1, si ce motif découle du droit applicable indiqué à l'article 21. La procédure d'examen de ce motif d'exonération est fixée dans le Règlement de procédure et de preuve.

Article 32
ERREUR DE FAIT OU ERREUR DE DROIT

1. Une erreur de fait n'est un motif d'exonération de la responsabilité pénale que si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime.

2. Une erreur de droit portant sur la question de savoir si un comportement donné constitue un crime relevant de la compétence de la Cour n'est pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale. Toutefois, une erreur de droit peut être un motif d'exonération de la responsabilité pénale si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime ou si elle relève de l'article 33.

Article 33
ORDRE HIÉRARCHIQUE ET ORDRE DE LA LOI

1. Le fait qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été commis sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, n'exonère pas la personne qui l'a commis de sa responsabilité pénale, à moins que :

a) Cette personne n'ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question ;

b) Cette personne n'ait pas su que l'ordre était illégal ; et

c) L'ordre n'ait pas été manifestement illégal.

2. Aux fins du présent article, l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal.

ANNEXE 4
TABLEAU RÉCAPITULATIF DES RECOMMANDATIONS RELATIVES À L'APPLICATION DU STATUT DE ROME PAR LES JURIDICTIONS CONGOLAISES

Sont ici présentés les éléments qu'il serait utile de voir figurer dans les dispositifs des jugements. Au vu des remarques formulées précédemment, il apparaît que la première faiblesse des décisions rendues sur base de l'application du Statut de Rome concerne le manque de précisions dans les motivations des jugements. En effet, si la Constitution prévoit que « *tout jugement doit être écrit et motivé* », en l'espèce trop peu de décisions exposent avec clarté les éléments de droit pertinents, les éléments de preuve qui ont été retenus, et l'application des concepts juridiques aux faits du cas d'espèce.

En résumé, ASF tient donc souligner l'importance primordiale pour les magistrats de s'attacher à faire apparaître dans leurs jugements les éléments ci-après mentionnés, et à adopter un comportement juridique conforme aux dispositions du Statut de la Cour pénale internationale.

Application du Statut de Rome	Ratification	Publication	Caractère auto-exécutoire	Hiérarchie des normes
	• Faire référence au Statut de la CPI, tel qu'adopté à Rome, le 17 juillet 1998 ; • Se référer à l'adhésion de la RDC au Statut en mentionnant le Décret-loi n° 003/2002 du 30 mars 2002 autorisant la ratification, en présumant que celui-ci est régulier au regard des dispositions constitutionnelles en vigueur au moment de sa ratification ; • Citer comme base légale, les Décrets-Lois constitutionnels de 1997 et 1998 et non la Constitution de transition de 2003 ou celle de 2006.	• Renvoyer à la publication du Statut de Rome dans le Journal Officiel du 5 décembre 2002 ; • Comparer la date des faits de l'affaire avec celle de la publication au Journal Officiel pour déterminer l'applicabilité du Statut.	• Faire référence au caractère autosuffisant du Statut, même lorsque la réception du Traité dans l'ordre interne a été mentionnée; • Vérifier pour chaque article invoqué ou chaque catégorie d'article, si les conditions d'application directe sont remplies, c'est-à-dire que l'article est clair et précis et que son application directe n'est pas explicitement exclue.	• Garder la référence à la hiérarchie des normes congolaise telle que définie par la Constitution ou par la jurisprudence congolaise en la matière ; • Appliquer directement le Statut de Rome lorsqu'il y a un conflit entre la législation congolaise et le Statut ; • Appliquer directement les incriminations comprises dans les articles 6 à 8 du Statut ; • Que la RDC se conforme à son engagement international d'adjoindre à la définition du crime de guerre une sanction pénale adéquate.

	Sur les Eléments constitutifs généraux	Pour le crime contre l'humanité par meurtre	Pour le crime contre l'humanité par viol
Les Crimes contre l'humanité	• Se conformer strictement à l'article 7.2. du Statut qui énonce la condition d'application ou de « *poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* ». S'ils ne disposent pas d'éléments prouvant cette politique, les magistrats peuvent essayer d'identifier les éléments qui permettent d'établir l'existence d'une organisation, dont les méthodes et les moyens permettraient de conclure à l'existence d'une forme de planification en vue de commettre les crimes contre la population ; • S'il est trop difficile pour l'accusation d'établir les éléments de fait qui permettent de qualifier l'attaque de généralisée ou de systématique, il est possible de vérifier si les crimes n'ont pas été commis dans le cadre d'un conflit armé. Celui-ci étant parfois plus facile à établir, l'accusation poursuivre les auteurs pour crimes de guerre. • Mettre en évidence les éléments de preuve qui prouvent que l'attaque était dirigée contre la population civile ; • Vérifier si les éléments de preuve permettent d'établir la réalisation des conditions d'intention et de connaissance, notamment en recherchant dans les ordres écrits, dans les témoignages des supérieurs hiérarchiques, des subalternes, des autres combattants ou de la population civile, ou à défaut, en les déduisant de l'attitude ou des agissements des auteurs. Dans ce cas, il est d'autant plus important que les juges expliquent clairement leur raisonnement et les éléments qui le fondent.	• Etablir tous les éléments constitutifs tels qu'énumérés par l'article 7 du Statut et les *Eléments des crimes* ; • S'appliquer à établir l'identité des victimes, essayer de constater leurs décès (ou le déduire des éléments de preuve), et en rechercher les causes ; • S'assurer que c'est bien le prévenu qui a causé la mort; • Mettre en évidence les éléments de preuve qui ont permis d'établir le raisonnement.	• Etablir tous les éléments constitutifs tels qu'énumérés par les dispositions pertinentes de la loi du 20 juillet 2006 sur les violences sexuelles et/ou par l'article 7 du Statut et les *Eléments des crimes* s'il s'agit d'un crime contre l'humanité ; • Mettre en évidence les éléments de preuve qui ont permis d'établir le raisonnement ; accorder une attention particulière au témoignage des victimes de viol, souvent seule source de preuve dans ce domaine, tout en tenant compte de l'état psychologique et du statut social souvent fragile des victimes.

ICC-01/04-01/07-1198-Anx 10-06-2009 140/144 VW T

	Sur le conflit armé	Sur les personnes et biens protégés	Sur le crime de guerre par meurtre	Sur le crime de guerre par viol	Sur le crime de guerre par recrutement d'EAFGA
Les Crimes de guerre	• Toujours vérifier et mettre en évidence les éléments de preuve qui permettent de déterminer l'existence d'un conflit armé (l'intensité, le degré d'organisation des affrontements et leur durée); • Déterminer le caractère international ou interne du conflit armé en tenant compte de la situation qui prévaut au moment des faits ; • Veiller à ce qu'il existe un lien entre le comportement criminel et le conflit armé sans que ce lien implique forcément que l'infraction ait été commise à l'endroit où se déroulent les hostilités ; • S'inspirer de la jurisprudence internationale, et notamment des décisions de la CIJ et de la CPI qui concernent la RDC ; • Toujours s'assurer que le prévenu avait connaissance de l'existence d'un conflit et mentionner les éléments qui établissent cette conviction.	• Systématiquement vérifier le statut des victimes au moment des faits (civils, prisonniers de guerre, blessés, mineurs, personnel humanitaire ou d'une mission de maintien de la paix, etc.) afin de s'assurer que ces personnes étaient protégées en vertu des dispositions des Conventions de Genève ou du droit international humanitaire coutumier; • Etablir que le prévenu connaissait ce statut ou ne pouvait l'ignorer (sans devoir établir que l'auteur a déterminé sur le plan juridique la protection dont bénéficiait la victime ou le bien attaqué ; la connaissance de circonstances de fait établissant la protection étant suffisante) ; • Rechercher si le prévenu a bénéficié d'une formation (ou au moins d'un rappel) sur les règles du droit de la guerre (notamment dans un centre de brassage s'il y a transité) ; • Concernant les biens, procéder aux mêmes vérifications, en s'assurant qu'ils n'ont pas perdu leur protection en raison de leur utilisation à des fins militaires par l'ennemi.	• Etablir tous les éléments constitutifs tels qu'énumérés par les dispositions pertinentes de l'article 8 du Statut et les *Eléments des crimes* (en fonction du caractère international ou non du conflit) ; • S'appliquer à établir l'identité des victimes, à constater leurs décès et à en rechercher les causes ; • S'assurer que c'est bien le prévenu qui a causé la mort (même sans intention de la donner) ; • Mettre en évidence les éléments de preuve qui ont permis d'établir le raisonnement.	• Etablir tous les éléments constitutifs tels qu'énumérés par les dispositions pertinentes de la loi du 20 juillet 2006 sur les violences sexuelles et/ou l'article 8 du Statut et les *Eléments des crimes* (en fonction du caractère international ou non du conflit) s'il s'agit d'un crime de guerre ; • Mettre en évidence les éléments de preuve qui ont permis d'établir ce raisonnement ; accorder une attention particulière au témoignage des victimes de viol, souvent seule source de preuve dans ce domaine, tout en tenant compte de l'état psychologique et du statut social souvent fragile des victimes ; • Garder à l'esprit que l'élément coercitif d'un viol peut être inhérent à certaines circonstances, telles qu'un conflit armé ou une présence militaire.	• En ce qui concerne la conscription ou le recrutement d'enfants soldats, se référer au Statut de Rome ; • Vérifier si les cinq éléments constitutifs de ce crime sont bien réunis et faire état des éléments de preuve qui permettent de l'établir.

ICC-01/04-01/07-1198-Anx 10-06-2009 141/144 VW T

La Responsabilité du supérieur hiérarchique

- Se référer au Statut de Rome, plus complet sur les modes d'incrimination, lorsque l'on est confronté à des crimes qui impliquent ce mode de responsabilité ;
- Lorsque des crimes sont commis par des auteurs appartenant à un corps organisé (forces armées, milices, services publics, partis politique, ...), déterminer dans quelle mesure les supérieurs hiérarchiques (ou les détenteurs de l'autorité) ont ordonné, encouragé, appuyé ou toléré les comportements criminels ;
- Tenter de reconstituer l'ensemble de la chaîne de commandement en rapport avec les faits criminels. Qui a émis l'ordre ? Qui l'a transmis ? Comment ? Qui avait connaissance? Qui aurait dû avoir connaissance ? Qui aurait du agir ? Qui a agi (et comment) pour empêcher les crimes ?
- Si les auteurs et leurs supérieurs hiérarchiques sont identifiés et que le supérieur ne peut être poursuivi comme auteur principal parce qu'il n'a pas lui même ordonné le crime, établir :
    - 1. le lien de subordination : l'existence d'une relation de supérieur à subordonné impliquant le contrôle effectif sur l'auteur du crime,
    - 2. la capacité de prévenir et sanctionner les crimes et l'abstention de le faire : notamment la connaissance que le crime allait être ou avait été commis ou l'abstention volontaire de s'informer),
    - 3. le fait que le supérieur n'ait pas pris de mesures pour prévenir, arrêter, sanctionner ou dénoncer le crime ;
- Lorsqu'un supérieur est soupçonné ou poursuivi pour son abstention d'agir, ne pas se contenter de rechercher des témoignages directs qui établiraient sa « complicité active » mais aussi rechercher les éléments de preuve qui permettent de conclure qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour empêcher les crimes, pour les sanctionner, ou pour dénoncer leur commission ;
- Lorsqu'il apparaît que des supérieurs hiérarchiques, même de haut niveau, pourraient porter une responsabilité, ou détiendraient des informations importantes pour comprendre la chaîne de responsabilité, les convoquer et les entendre comme témoins et le cas échéant, les mettre en accusation ;
- Si le Ministère public ne poursuit pas lui-même des supérieurs hiérarchiques contre lesquels il existe des preuves ou des soupçons de responsabilité, appliquer l'article 219 du Code judiciaire militaire pour ordonner tous actes d'instruction utiles et/ou l'article 220 pour ordonner un supplément d'information au Ministère public .

ICC-01/04-01/07-1198-Anx 10-06-2009 142/144 VW T

Les motifs d'exonération de la responsabilité pénale	• Se référer au Statut de Rome, plus complet que le droit congolais ; • Vérifier les conditions nécessaires pour établir l'existence d'un motif d'exonération et vérifier si, en l'espèce (sur la base des éléments de preuve dont dispose le juge), les prévenus peuvent s'en prévaloir ; • Ne jamais perdre de vue que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles et non amnistiables.
Les circonstances attenuantes	• Toujours mettre en balance les circonstances atténuantes que les juges envisagent de reconnaître avec la gravité des crimes. Et dans les cas des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre, être attentifs à ne pas transformer cet outil pénal en mécanisme organisant une certaine forme d'impunité.
La responsabilité civile de l'état	• D'abord établir la responsabilité individuelle des auteurs des crimes ; • Rappeler les conditions d'application de l'article 260, alinéa 3 du Code civil : 1. existence d'un lien de commettant à préposé, 2. preuve que le dommage a été causé par la faute du préposé, 3. preuve de la survenance du dommage dans l'exercice des fonctions auxquelles le préposé était employé, 4. le dommage doit être causé à un tiers ; • Vérifier l'application de ces conditions aux faits de l'espèce ; • Détailler les éléments qui permettent de considérer que la responsabilité est établie : preuves des meurtres, preuves de l'appartenance à l'armée, lien de préposé à commettant ; • Rappeler la responsabilité qu'a l'Etat d'assurer la bonne tenue ou le bon fonctionnement des services publics (sans que la faute des agents soit requise et en rappelant la doctrine qui considère qu'il peut exister une présomption de faute dans le choix et la surveillance des agents en cas de défaillance) ; • Rappeler la responsabilité qu'a l'Etat d'assurer la sécurité de ses citoyens et la mission de protection de la population des forces armées.; • Rappeler que lorsqu'un agent commet une faute dans l'exercice de ses fonctions, cette faute engage l'Etat, qui doit répondre des dommages causés par ses agents parce qu'il a l'obligation de garantir la sécurité des individus contre les actes dommageables de ceux qui exercent une activité en son nom et pour son compte ; • Vérifier si l'Etat a au moins essayé d'intervenir à temps pour empêcher ses préposés de commettre leurs forfaits ; • Considérer que l'Etat est responsable des actes criminels de ses agents, même s'il a donné une consigne de ne pas commettre de crimes et que celle-ci n'a pas été respectée ; • Considérer les milices soutenues par l'Etat (dotation en armes et munitions, appui par/aux forces régulières) comme des « préposés » engageant sa responsabilité ; préciser les éléments de preuve qui permettent d'établir le lien entre la milice et l'Etat ; • Garder à l'esprit que la responsabilité de l'Etat n'est pas conditionnée à l'établissement de la responsabilité du chef hiérarchique ; • Considérer que l'Etat peut être condamné in solidum avec les auteurs au paiement de dommages et intérêts aux parties civiles.

ICC-01/04-01/07-1198-Anx 10-06-2009 143/144 VW T

Copyright et droits d'auteur

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle, par quelque procédé que ce soit, faite sans autorisation de Avocats Sans Frontières est illicite et constitue une contrefaçon.

Conformément aux dispositions du code de la propriété intellectuelle, seules sont autorisées, d'une part, les reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, et, d'autre part, les citations justifiées par le caractère scientifique ou d'information de l'article dans lequel elles sont incorporées.

Editeur responsable
Francesca Boniotti, Rue de Namur 72, 1000 Bruxelles

Photo couverture
Avocats à une audience en RDCongo
© ASF, Valérie Dumoulin

Avocats Sans Frontières asbl
Rue de Namur 72
B- 1000 Bruxelles - Belgique

TÉL : +32 2 223 36 54
FAX : +32 2 223 36 14
COURRIEL : info@asf.be

Avocats Sans Frontières à Kinshasa
1, Place du Marché Imm. N.B.K.
Kinshasa/Gombe
République démocratique du Congo

COURRIEL : rdc-cmkin@asf.be

www.asf.be

Contribuez à la réalisation d'une société plus juste.
Votre engagement fait la différence !

ING | Privalis 630-0227491-85
IBAN: BE89 6300 2274 9185
BIC: BBRUBEBB