

Annexe B14 Publique : Copie des références doctrinales

**MEMOIRE D'APPEL DE LA DEFENSE DE M. FIDELE BABALA WANDU
CONTRE LA SENTENCE PRONONCEE PAR LA CHAMBRE DE PREMIERE
INSTANCE VII (ICC-01/05-01/13-2123-Corr)**

THÈSES DE SCIENCES HUMAINES

11

Jean-Pierre KILENDA KAKENGI BASILA

**Le contrôle
de la légalité
des actes du magistrat
dans l'administration
de la justice criminelle
en R.D.Congo**

ICC Library - Bibliothèque CPI



3 2004 00020626 2

ACADEMIA
A B
BRUYLANT

Jean-Pierre KILENDA KAKENGI BASILA

LE CONTRÔLE DE LA LÉGALITÉ DES ACTES DU MAGISTRAT

*dans l'administration de la justice criminelle
en République Démocratique du Congo*

Collection « Thèses de sciences humaines » N° 11

ACADEMIA



BRUYLANT

À mon épouse, Philomène,
à mes enfants, Béni, Jeanphi, Grâce et Olivia,
pour tout l'intérêt porté à ce travail.



Publié avec le concours de la Fondation Universitaire de Belgique.

D/2005/4910/3

ISBN 2-87209-701-5

© **Bruylant-Academia s.a.**
Grand'Place, 29
B- 1348 LOUVAIN-LA-NEUVE

Tous droits de reproduction, d'adaptation ou de traduction, par quelque procédé que ce soit, réservés pour tous pays sans l'autorisation de l'éditeur ou de ses ayants droit.

Imprimé en Belgique.

sont à ce prix car ils sont tributaires de la qualité des lois produites dans l'espace politique. Il en est du contrôle consultatif des lois comme du contrôle de la constitutionnalité et de la supranationalité ou de la conventionnalité des lois.

SECTION 2

CONTROLLER LA CONSTITUTIONNALITE ET LA SUPRANATIONALITE OU LA CONVENTIONNALITE DES LOIS

Le contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois n'est encore qu'une *rule of paper* étant donné son ineffectivité matérielle. Ce phénomène tient plus à l'inaptitude politico-culturelle des instances de saisine à l'Etat de droit et à la démocratie en raison de l'indifférence affichée vis-à-vis de cette mécanique par les dirigeants politiques qui, obstinés à asseoir un régime totalitaire, ne souffrent aucune critique de leur comportement législatif. On pourrait rappeler ici, en effet, que la Première République n'avait nullement actionné cette mécanique alors que toutes les structures matérielles et humaines étaient mises en place par la Loi fondamentale sur les structures du Congo. Le Conseil d'Etat de la Belgique dont une chambre de constitutionnalité était réservée au Congo n'avait jamais été saisi du contentieux de la constitutionnalité des lois. Et comme va le noter François Rigaux, «la loi congolaise du 18 juillet 1963 enleva au Conseil d'Etat comme à la Cour de cassation la compétence exceptionnelle que la loi fondamentale du 19 mai 1960 leur avait attribuée.»¹⁵³ Et comme on a pu le voir, à cette époque, les lois inconstitutionnelles étaient foison. Discutant d'ailleurs de l'opportunité et de la validité constitutionnelle de l'ordonnance du 12 novembre 1962 qui avait instauré un régime militaire d'exception à Léopoldville, les députés ne s'étaient pas empêchés de l'accuser d'instaurer «un régime de nazisme fasciste»¹⁵⁴.

Championne en l'édiction des lois inconstitutionnelles, la Deuxième République a toujours été décrite comme un des régimes totalitaires sanglant qu'ait connu le vingtième siècle. La violation des droits de l'homme, écrivait Nyabirungu mwene Songa, était le chapitre où la Deuxième République s'était affichée dans toute sa laideur¹⁵⁵. Maurice Kamto n'hésitait pas à lui coller toutes les caractéristiques qui singularisent les régimes totalitaires à travers le monde dont notamment «la dévalorisation ou le mépris du

¹⁵³ RIGAUX, F., «L'influence des changements de souveraineté territoriale sur les conflits de lois et les conflits de juridiction», *op. cit.*, p. 372.

¹⁵⁴ Les dossiers du CRISP, CONGO 1962, p. 86.

¹⁵⁵ NYABIRUNGU mwene SONGA, «Démocratie et Droits de la personne humaine», in *R. I. D. H.*, vol. I, Kinshasa, 1995, pp. 29-36.

droit»¹⁵⁶. Le mépris du droit ou sa dévalorisation était tel qu'au Zaïre de l'époque «la parole du chef de l'Etat avait force de loi»¹⁵⁷. Et l'avalanche des lois inconstitutionnelles sous le poids de laquelle les droits fondamentaux se sont écroulés résulte de cette attitude nihiliste des pouvoirs publics opposés à toute dialectique alors que celle-ci, «dialogue argumenté des points de vue», est de nature à édifier une société transparente où s'expriment sans entraves les libertés fondamentales.

Sous prétexte d'asseoir l'Etat de droit en instaurant la démocratie, le régime congolais actuel s'illustre par la même aversion à l'égard du contrôle juridictionnel des lois¹⁵⁸. Il va même jusqu'à renforcer «la constitutionnalisation des inconstitutionnalités». En effet, sous le régime prétendument transitoire qui était en place avant le 17 mai 1997, l'Acte constitutionnel de Transition du 09 avril 1994 recelait déjà nombre de dispositions inconstitutionnelles qui annihilaient notamment l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Matadi Nenga a écrit avec une justesse admirable que «ces dispositions portaient atteinte à la cohérence interne et externe de l'ordre juridique».¹⁵⁹

La législation pénale édictée après le 17 mai 1997 ne cesse de subir les assauts de l'indiscipline constitutionnelle du pouvoir législatif qui va de façon ostentatoire à l'encontre des prescrits constitutionnels du reste consacrés par les normes internationales souscrites par le pays¹⁶⁰.

La seule manière de faire l'économie de ces impolitesses constitutionnelles, d'assurer «la légitimité constitutionnelle» des lois et de protéger leur «validité internationale» est de passer véritablement de l'effectivité conceptuelle à l'effectivité matérielle du contrôle juridictionnel des lois. Deux voies possibles pour y arriver: d'abord intégrer l'Etat de droit et la démocratie dans la praxis politico-idéologique des politiques comme préalable culturel (§ 1) et ensuite se mettre en quête d'un modèle conséquent (§ 2).

¹⁵⁶ KAMTO, M., *op. cit.*, p. 483 et plus précisément p. 485.

¹⁵⁷ *Idem*, pp. 485-486; BOSHAB MABUDJ-ma-BILENGE, E., *La contractualisation du droit de la fonction publique. Une étude de droit comparé Belgique-Congo*, Louvain-La-Neuve, Academia Bruylant, 2001, pp. 89-90.

¹⁵⁸ La loi n° 001/2001 du 17 mai 2001 sus évoquée qui organise les partis politiques et la loi n° 002/2001 du 03 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce ne sont nullement passées par le filtre du contrôle de la constitutionnalité. L'affranchissement était déjà effectif à l'occasion de l'édiction du décret-loi précité créant la Cour d'Ordre Militaire, juridiction d'exception dont la présence dans le paysage judiciaire violait par ailleurs les engagements internationaux de l'Etat congolais qui bannissent ce genre de juridiction.

¹⁵⁹ MATADI NENGA GAMANDA, *Zaïre: démocratie improbable. Analyse des textes de la transition et projection des effets électoraux*, *op. cit.*, pp. 21-76.

¹⁶⁰ Voy. *supra* les comportements d'irrationalité législative décrits depuis l'arrivée au Pouvoir du régime KABILA.

§ 1. Intégrer l'Etat de droit et la démocratie dans la praxis politico-idéologique des politiques: un préalable culturel

L'omnipotence législative traduit une inaptitude politico-culturelle non congénitale à l'Etat de droit et à la démocratie. Elle est la volonté délibérée des gestionnaires législatifs d'être incontrôlés, d'imposer leurs vues sur la conduite de l'Etat et de ne souffrir aucune critique de leur agir normatif. Cette espèce de «totalitarisme législatif» est surtout gravissime dans une structure politique comme celle du Congo-Kinshasa où, à plusieurs reprises, le législateur national constitué en assemblée nationale s'est, de gré ou de force, éclipsé au profit des gouvernements-parlements et des individus-parlements. Il aboutit dès lors - ce «totalitarisme législatif» - à une «caporalisation» de la vie nationale par le «mépris du droit». Sous d'autres cieux, la prise de conscience des dangers d'une action législative débridée a conduit les autorités de l'Etat à ériger des garde-fous contre la divagation législative pour la sauvegarde des libertés fondamentales des citoyens. Il en est ainsi notamment des pays comme l'Espagne et le Portugal¹⁶¹ à leur «sortie de la dictature» et, aujourd'hui, de quantité de ceux qui formaient hier encore l'ancien bloc communiste¹⁶².

A tort ou à raison, la République Démocratique du Congo n'a jamais mis sur pied des structures matérielles et humaines - en tout cas pas de façon opérationnelle - capables d'assurer le contrôle du législateur - certainement à cause des intérêts et des calculs politiques mesquins - quand bien même elle ne minimise pas le bien-fondé d'un contrôle effectif des lois. C'est en effet une vérité d'évidence que depuis son accession à la souveraineté internationale, notre pays affiche une indifférence pathologique à l'endroit d'un tel contrôle. Ceci fait que, d'une manière générale, le législateur congolais est un législateur autocrate dont les actes sont affranchis des recherches juridictionnelles¹⁶³. Cet affranchissement, avions-nous vu, est la cause de ses dérives comportementales¹⁶⁴.

Lorsqu'on s'en tient cependant à des textes de base qui ont toujours régi notre pays sur le plan politique et celui de l'organisation judiciaire, on

¹⁶¹ Voy. RIVERO, J., *op. cit.*, p. 167.

¹⁶² CONSEIL DE L'EUROPE, CONSEIL DES MINISTRES, COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Rapport annuel d'activités pour 1997*, Strasbourg, le 31 mars 1998, pp. 1-46; GUARNIERI, C. et PEDERZOLI, p., *La puissance de juger*, Paris, éditions Michalon, 1996, p. 126.

¹⁶³ KILENDA KAKENGI BASILA, J.-P., «Référé législatif comme comportement judiciaire régressif dans l'activité herméneutique de la Cour Suprême de Justice de la République Démocratique du Congo», *op. cit.*, pp. 72-75.

¹⁶⁴ En ce sens, *idem*, pp. 75-76.

ministration...

dans la préalable

o-culturelle non
volonté délibérée
eurs vues sur la
r agir normatif.
issime dans une
lusieurs reprises,
st, de gré ou de
t des individus-
slatif» - à une
t». Sous d'autres
lative débridée a
tre la divagation
es citoyens. Il en
ll¹⁶¹ à leur «sortie
aient hier encore

la jamais mis sur
as pas de façon
- certainement à
il bien même elle
is. C'est en effet
la souveraineté
gique à l'endroit
e, le législateur
t affranchis des
s-nous vu, est la

ont toujours régi
on judiciaire, on

ES, COMMISSION
muel d'activités pour
DLI, p., La puissance

portement judiciaire
e de la République

s'aperçoit que selon leur lettre et leur esprit - en tout cas pour la plupart d'entre eux précisément constitutionnels -, l'ordonnancement juridique congolais est légaliste et démocratique. Ce label démocratique dont s'affuble le pays, malheureusement, n'a été souvent réclamé que pour se donner bonne conscience dans le concert des nations, sur l'échiquier international. Car, en effet, la triple rationalité - systémale, politique et pragmatique- que nous avons mise en évidence dans le titre liminaire de cet ouvrage pour justifier l'opportunité d'entreprendre la présente étude- a été souvent corrodée par un pouvoir politico-législatif peu soucieux de la cohérence systémique de l'ordonnancement juridique mis formellement en place. On a beau crier que le système répressif congolais est démocratique et légaliste, cela ne se reflète pas toujours dans le comportement législatif des acteurs institutionnels.

Malgré quelques audaces judiciaires qui conduisent quelquefois à l'annulation de certains actes législatifs - trop souvent ceux de l'exécutif ¹⁶⁵-, les lois au sens formel et les ordonnances - lois sont rarement si pas du tout inquiétées par les foudres de la justice constitutionnelle. Le totalitarisme politique justifie des comportements d'irrationalité législative qui entraînent «une hyper-raréfaction de l'espace des libertés». En effet, confisquer le pouvoir législatif; concentrer entre les mains de l'exécutif les pouvoir législatif, exécutif et judiciaire; soustraire ses actes à tous contrôles juridictionnel et consultatif, tout cela est la manifestation du «mépris du droit», de la méconnaissance du droit à la critique que les citoyens d'un Etat de droit démocratique doivent exercer sur les institutions étant entendu que «le respect des règles démocratiques est la pierre angulaire de la sécurité démocratique»¹⁶⁶.

Comme on le comprend sans doute si bien, un législateur omnipotent est celui dont les actes ne sont contrôlés par personne. Il ne consulte personne, n'écoute aucun conseil et, d'en haut, de façon verticale, impose ses orientations aux destinataires de la norme. Cette «régulation d'en haut», selon les mots de Jacques Commaille, qui mésestime «la régulation d'en bas» exclut quantité de forces socio-politiques, économiques et culturelles qui auraient pu, dans le processus de l'élaboration de la loi¹⁶⁷, militer pour le respect de la cohérence systémique - interne et externe - de l'ordre juridique.

¹⁶⁵ Tel est le cas de l'annulation par la Cour Suprême de Justice de l'ordonnance présidentielle ayant retiré la personnalité juridique à l'association sans but lucratif «Les Témoins de Jéhovah». Sur cette affaire, VUNDUAWA TE PEMAKO, «Réflexions sur la validité de l'Acte constitutionnel de Transition au regard du compromis politique global et de l'arrêt de la Cour Suprême de Justice», in *Le Soft*, n° 127 du 28 février 1993, pp. I-IV.

¹⁶⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, *idem*, p. 6.

¹⁶⁷ COMMAILLE, J. avec la collaboration de SARAH HILLCOAT-NALLETAMBY, «Une régulation juridico-politique du "privé" à la recherche politique d'un nouveau modèle démocratique?», in *Politique des lois en Europe*, sous la direction de ASSIER-ANDRIEU, L. et COMMAILLE, J., Droit et Société, Paris, L. G. D. J., 1995, p. 123.

compétence de la cour suprême de justice du Congo est par contre générale et globale»²⁰⁶. De même Dibunda Kabuinji qui note les tempéraments à ce principe en cas d'invocation d'un vice de motivation et de la violation de la foi due aux actes ou l'illégalité de la preuve²⁰⁷. Il en est même de nouveau en Belgique²⁰⁸. Sur quoi il faut constater que quelles que soient les limitations apportées à «l'intime conviction» du juge du fond suivant laquelle il apprécie tout aussi librement les moyens de preuve produits devant lui,²⁰⁹ «la cour de cassation ne contrôle pas le fait. Dès lors, le juge du fond est libre de l'interpréter comme il l'entend et même, dans bien des cas, de l'interpréter erronément»²¹⁰.

Pareil système - de l'intime conviction - est loin de continuer à bénéficier de nos suffrages car «fondé sur la foi en l'homme, il ne vaut que ce que valent les hommes. Et l'on comprend que cette constatation n'enthousiasme que les optimistes»²¹¹. Sans être pessimiste car une confiance minimale devrait toujours être accordée à l'homme, nous sommes cependant de ceux qui croient que la prudence la plus élémentaire en matière d'administration de la justice nécessiterait la récusation de la confiance la plus absolue en l'homme en raison de la faillibilité inhérente à sa nature. Mais, avant d'entrer de plain-pied dans le fond justificatif de l'effet dévolutif intégral à assigner à la censure de cassation, il ne nous semble pas superflu d'exposer sinon d'indiquer les orientations générales que la problématique du fait a pris dans la doctrine.

B. Etat actuel de la question sur la problématique du contrôle du fait en instance de cassation

Pensé sur le modèle de la connaissance scientifique qui élève la vérité au rang d'une vertu, le procès pénal est effectivement une «méthode dialectique de la découverte de la vérité». Le dialogue pénal étant, selon les mots de Walter Van Gerven, un dialogue dialectique et non éristique. Le juge appelé à trancher l'espèce qui lui est soumise, même dans le cas de défaut d'une partie, a l'obligation de rechercher la vérité des faits grâce aux ressources diverses tenant à la logique formelle, à l'expérience de la nature, de la science, de la technique, la relation exacte des faits pour lesquels est sollicitée une solution juridique. Ceci explique aussi pourquoi alors que jadis

²⁰⁶ BALANDA, G., *Le nouveau droit constitutionnel zaïrois*, Paris, Nouvelles éditions africaines, 1972, p. 88.

²⁰⁷ DIBUNDA KABUINJI, *idem*, p. 61.

²⁰⁸ VERHAEGEN, J. «Le contrôle conceptuel des motifs du jugement et les appréciations souveraines du juge du fond», *J. T.*, n° 4997, 1977, p. 321.

²⁰⁹ Sur ces limitations, HENRY, p., «De l'intime conviction», in *Les droits de la défense en matière pénale*, *op. cit.*, pp. 203-218.

²¹⁰ *Idem*, p. 219.

²¹¹ *Ibidem*, p. 223.

«reine des preuves» l'aveu n'est accueilli de nos jours qu'avec large circonspection.

Saisi *in rem*, le juge ne doit cependant pas gober les faits qui lui sont présentés car, ainsi que le soutiennent les Réalistes américains, «ni les faits ni les règles ne sont des données prêtes à l'emploi»²¹². Ceux-ci ne sont pas des dogmes pour être frappés par «l'argument théologique de l'impeccabilité»²¹³ encore qu'aujourd'hui, «les dogmes sont mortels»²¹⁴ ; «... les immortels principes du droit sont un leurre. Il n'est pas jusqu'au droit criminel qui ne soit soumis à cette loi du perpétuel changement...»²¹⁵. C'est à juste titre qu'un auteur en est venu à considérer les affaires pénales comme des «imbroglios» dont le juge ou le magistrat instructeur doivent élucider le mystère²¹⁶. Et ceci explique du coup l'importance du «jugement du fait»²¹⁷, de la «conceptualisation du fait»²¹⁸, présentant celui-ci comme «une masse brute d'événements existentiels s'offrant à être appréhendés par les concepts abstraits de la règle juridique»²¹⁹ et qui est plus un construit qu'un donné²²⁰ qui s'insère dans «toute cette dialectique du fait qui joue un rôle essentiel dans l'art de juger...»²²¹.

Nos textes d'organisation judiciaire semblent *expressis verbis* assigner cette tâche aux seuls juges du fond. En effet, la limitation du domaine de validité matérielle du contrôle de cassation aux règles juridiques mises en route par le juge du fond aux fins de donner une suite judiciaire aux faits extraits des prétentions respectives des parties a éveillé très tôt l'attention des scientifiques qui redoutaient des débordements du juge de cassation du cadre légal dans lequel le constituant et le législateur l'ont enfermé. Reconnaisant qu'à plusieurs reprises, la Cour de cassation - sans doute parce que y poussée par les parties - se comportait comme «un troisième degré de juridiction», les auteurs avaient entendu la ramener dans le «droit chemin»(?) en lui

²¹² VAN GERVEN, W., *La politique du juge. Essai sur la mission du juriste dans la société* traduit par Marie-Françoise RIGAUX et Benoît DEJEMEPPE, Bruxelles, éditions juridiques SWINNEN, 1983, p. 68 et p. 112 : «(...) Confronté à une hypothèse précise, le juriste suivra conjointement deux voies : d'un côté, il essaiera de s'imprégner de... ; (...) comme les perceurs de tunnel creusent des deux côtés à la fois, le juriste entreprendra concurremment chacun de ces examens : en balisant le terrain des faits, il imaginera une série de règles applicables et, juste retour des choses, il sélectionnera ensuite les règles à mesure que les faits se révéleront. Travail d'exploitation et d'analyse des faits.»

²¹³ COLLARD, G., *op. cit.*

²¹⁴ ANGEVIN, H., *op. cit.*

²¹⁵ LEVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, Paris, p. U. F., 1971.

²¹⁶ HOROMTALLAH, «La présomption d'innocence», *Penant*, n° 822, 1996, p. 261.

²¹⁷ MEEUS, A., «L'art de juger», in *Mélanges LEGROS*, *op. cit.*, p. 438.

²¹⁸ RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la cour de cassation*, *op. cit.*, pp. 79-80 n° 53.

²¹⁹ *Idem*, p. 79 n° 52.

²²⁰ En ce sens, *ibidem*, p. 79 n° 53.

²²¹ MEEUS, A., *op. cit.*, p. 441.

rappelant chaque fois le rôle qui est le sien dans son «parcours opératoire» comme juge de cassation²²². Se fondant sur les divers moyens mis à sa disposition pour élucider les faits de la cause, François Rigaux soutient l'irréversibilité de ceux-ci par la confiance qu' «il est sage de faire au juge du fond» en pontifiant:

«Enfin, qu'elle soit motivée par la violation de la foi due aux actes ou par le vice de motivation, la révision du jugement du fait s'opère en l'absence de tout débat contradictoire sur ce fait et il est l'œuvre des magistrats auxquels sont interdits toute initiative, toute mesure d'instruction, tout effort pour mieux s'informer du fait. Le juge du fond a entendu les parties ou ceux qui les représentaient, il a été éclairé sur les circonstances propres à la cause, aussi paraît-il plus sage de faire confiance à son appréciation et de décourager les plaideurs qui s'efforcent de transformer la cour de cassation en un troisième degré de juridiction»²²³.

Cette confiance quasiment aveugle qui interdit tout contrôle n'a pas effacé la faculté de discernement de la doctrine de la Cour de cassation française qui par un arrêt du 22 décembre 1965²²⁴ commenté tant en France²²⁵ qu'en Belgique²²⁶ est allée jusqu'à contrôler les appréciations souveraines du juge du fond non au niveau du «mérite logique» de son raisonnement mais directement à celui de sa pertinence substituant en clair sa propre appréciation du fait à celle du juge du fond - par la doctrine belge - rangeant cela parmi «les contrôles audacieux de la qualification»²²⁷.

Dans cette espèce, la Cour de cassation française faisait grief à un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 20 janvier 1965 qui avait acquitté une certaine Claudine Durand qui, au service de Milani Jean-Marie, avait exhibé ses seins en public vêtue d'un monokini. Le juge d'appel n'avait pas considéré ces faits comme rentrant dans la situation infractionnelle de l'outrage public à la pudeur que punissait l'article 330 du code pénal français de l'époque²²⁸. Se fondant notamment sur cette doctrine de la jurisprudence

²²² PIRET, J. M., «Un siècle de réflexion sur la justice». Discours prononcé par le Procureur Général près la cour de cassation à l'audience solennelle de rentrée du 1^{er} septembre 1999, *J. T.*, 1999, p. 614-615; LENAERTS, H., «Dire le droit en cassation aujourd'hui». Discours prononcé par le Procureur Général à l'audience solennelle de rentrée de la cour de cassation, le 2 septembre 1991, *J. T.*, 1991, p. 534.

²²³ RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la cour de cassation*, *op. cit.*, p. 407 n° 276.

²²⁴ Cass. Fr. (Ch. crim.), 22 décembre 1965, *J. T.*, 1966, pp. 303-304.

²²⁵ *Idem*, pp. 303-304.

²²⁶ VERHAEGEN, J., «Le contrôle conceptuel des motifs du jugement pénal et les appréciations souveraines du juge du fond», *op. cit.*, p. 323.

²²⁷ *Idem*, p. 323.

²²⁸ Voy. LAPLATTE, C., note sous cass. fr. (Ch. crim.), 22 décembre 1965, *J. T.*, 1966, pp. 37-41. Il serait élégant, afin de mieux juger du débridement de la compétence de la cour, de reproduire in extenso son raisonnement:

de la Cour de cassation française et à la lumière de certains arrêts belges lui emboîtant le pas, Jacques Verhaegen s'est interrogé, compte tenu de l'évolution qui était déjà amorcée au niveau du Conseil d'Etat en matière administrative, sur l'opportunité de l'octroi d'une garantie supplémentaire aux justiciables par l'extension du contrôle de la Cour de cassation sur les appréciations souveraines du juge du fond. Quoique formulées de façon interrogative, les diverses propositions qu'il émet à cette occasion n'en constituent pas moins, selon nous, une remise en question du rôle actuel de la cassation²²⁹. Postérieurement à cette réflexion faite au cours d'un exposé au centre National de Recherches de logique, le 13 novembre 1976, une autre doctrine a mordu à l'hameçon en insistant sur le contrôle de la Cour de cassation «juridiction suprême qui possède la faculté d'imposer aux juges du fond des règles qui vinculent leur liberté de raisonnement»²³⁰.

Insistant sur le lien nécessaire qui devrait exister entre les faits souverainement constatés par les juges du fond et les déductions qu'ils en tirent, dans une étude remarquablement fouillée, pensée et fortement documentée, Christiane Henneau et Jacques Verhaegen démontrent que «doctrine et jurisprudence ont dégagé le critère de l'exercice légitime d'un contrôle 'objectif' du raisonnement du fait, le distinguant de l'injustifiable empiètement sur l'appréciation souveraine du juge du fond»²³¹.

«(...) Attendu que le délit prévu et puni par l'article 330 du code pénal est constitué dans ses éléments essentiels, lorsqu'un fait contraire à la pudeur a été commis publiquement;

Attendu qu'il est constant que, dans l'après-midi du 7 juillet 1964, Claudine Durand, âgée de 21 ans, agissant à l'instigation de Milani, directeur de la plage "Hawaï Beach" aménagée sur la croisière à Cannes, a accepté, moyennant une rétribution de 35 francs, de se livrer en public au jeu de "ping pong", vêtue d'un simple cache sexe, dit "monokini", les seins restant entièrement nus; que cette exhibition, à laquelle mit fin l'intervention d'un agent de police, avait attiré un rassemblement d'une cinquantaine de personnes parmi les passants qui circulaient sur le trottoir surplombant la plage.

Attendu que, tout en admettant la matérialité des faits, l'arrêt attaqué, sans avoir égard aux circonstances particulières dans lesquelles ils s'étaient manifestés, a relaxé les prévenus, au motif que les parties sexuelles de la jeune femme étaient cachées par un slip "suffisamment opaque" et que Claudine Durand n'avait pris aucune attitude ni effectué aucun geste lascif ou obscène. Que les juges ajoutent que "le spectacle de la nudité du corps humain, fréquent à notre époque pour des raisons de sport, d'hygiène ou d'esthétique, n'a rien en soi qui puisse outrager une pudeur normale, même délicate, s'il ne s'accompagne de l'exhibition des parties sexuelles, ou d'attitudes ou gestes lascifs ou obscènes»;

Mais attendu qu'en refusant de faire application de l'article 330 aux faits poursuivis qui s'analysent en une exhibition provocante de nature à offenser la pudeur publique et à blesser le sentiment moral de ceux qui ont pu en être les témoins, la cour a violé les textes ci-dessus visés», in *J. T.*, 1966, p. 303 avec note LAPLATTE, *C. pp.* 303-304.

²²⁹ VERHAEGEN, J., «Le contrôle conceptuel des motifs du jugement pénal et les appréciations souveraines du juge du fond», *op. cit.*, pp. 321-327 voy. plus précisément pp. 325-327 point VII Pour de nouvelles extensions du contrôle.

²³⁰ HENRY, «De l'intime conviction», *op. cit.*, p. 213-222.

²³¹ HENNAU, CH. et VERHAEGEN, J. «Déductions injustifiables ou vices de logique? Une censure controversée», *J. T.*, 1996, pp. 269-279 plus précisément p. 272.

En République Démocratique du Congo, tant la doctrine que la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice, on l'a vu dans la première partie de cet ouvrage, légitiment le contrôle de la logique interne du raisonnement du juge du fond. Mais ici aussi, ainsi que nous l'avions également fait observer, ce contrôle laisse debout la version des faits retenue par le juge du fond. De quoi affirmer sans être contredit qu'ici, l'interdiction du juge de cassation, en l'occurrence la Cour Suprême de Justice, d'invalider les faits retenus par le juge du fond demeure de rigueur. Et si désormais la Cour Suprême de Justice connaissait du fond en instance de cassation?

III. Et si la Cour Suprême de Justice connaissait du fond en instance de cassation?

Il suit des réflexions qui précèdent qu'à l'instar de ses sœurs aînées belge et française, la Cour Suprême de Justice congolaise n'est pas un troisième degré de juridiction. Elle reste juge de la légalité des actes juridictionnels attraités devant elle et ne tolère pas que ses oreilles soient de nouveau souillées par les faits cristallisés par le juge du fond. En clair, elle ne se préoccupe pas de voir si les faits juridiquement subsumés par le juge du fond sont conformes à la réalité. Nous avons également vu que cette interdiction légale ne faisait nullement obstruction au «contrôle objectif» qu'elle doit effectuer du point de vue du «mérite logique» des déductions juridiques que le juge du fond tire des faits librement établis par lui. Nous en avons inféré que la Cour Suprême de Justice, quand bien même elle examine la logique interne du raisonnement du juge du fond, ne se soucie pas de l'exactitude matérielle des faits. La question à laquelle nous nous proposons de répondre, sous ce rapport, traduit sans ambiguïté le souci qui nous anime de suggérer l'extension du contrôle de la Cour Suprême de Justice saisie d'un pourvoi en cassation en matière pénale aux faits de la cause et la possibilité de son institution comme juge du fond, c'est-à-dire, ainsi que nous le savons depuis, comme juge appliquant le droit aux faits. La gravité de la question est telle qu'il faille rechercher tout d'abord le fondement philosophique de l'interdiction constitutionnelle (A) et de nous demander ensuite si une telle extension - l'extension souhaitée - ne serait pas perçue comme un déraillement dangereux des compétences de la Cour (B). Elle impliquerait enfin que nous nous attachions à démontrer si la constatation empirique fondée sur des données objectives n'autoriserait aucune réflexion sur un principe alternatif en conséquence de quoi devrions-nous nous interroger *ipso facto* sur le point de savoir si le système pénal congolais est apte à assumer les conséquences du nouveau précepte (C).

A. Fondement philosophique de l'interdiction constitutionnelle

Sur quelles raisons substantielles et scientifiquement plausibles repose la prohibition faite au juge statuant en instance de cassation de censurer les faits jugés par le juge du fond? Autrement dit, sur quoi serait assise l'interdiction de ramener la discussion des faits de la cause devant le juge de cassation? Pareille limitation ne répudie-t-elle pas arbitrairement la «litigiosité des faits» lorsque finalement le juge suprême de l'Etat s'en tient aux appréciations souveraines du juge du fond?

On devra à tout prix faire admettre que, contrairement en France où, comme on l'a vu, cette interdiction a une origine historique fondée sur l'hostilité du législateur à l'égard du «Conseil des Parties», le «Grand Conseil» dans son pouvoir d'évocation des causes débattues devant lui, au Congo, ce précepte est plutôt le résultat d'un mimétisme institutionnel, le droit congolais l'ayant hérité du droit belge – «sa principale source d'inspiration» - lui-même issu du droit français. Ce mimétisme a été précédé par la transplantation du modèle belge imposé au Congo de par le fait accompli de la colonisation et de la «civilisation».

Si l'on s'est félicité et réjoui au Congo de l'installation de la Cour Suprême de Justice en 1968 qui allait offrir aux justiciables une garantie supplémentaire pour la défense de leurs intérêts et la protection de leurs droits, nulle part il n'a été question, ni dans la doctrine, ni dans l'exposé des motifs de l'ordonnance-loi du 10 juillet 1968 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaires telle que modifiée à ce jour, des raisons, fussent-elles légères, qui ont conduit le législateur à évincer l'examen des faits du prétoire de la haute juridiction²³². Devrions-nous alors, devant ce mutisme, conclure, dans le chef du législateur, à une adoption implicite des motifs ayant milité pour la consécration de pareille règle, en Belgique notamment à savoir, comme l'avait souligné François Rigaux, la confiance investie en le juge du fond et l'outillage adéquat dont il disposait en matière d'établissement des faits par rapport au juge de cassation?

B. Extension du contrôle aux faits et institution de la Cour Suprême de Justice comme juge du fond: déraillement dangereux des compétences de la Cour Suprême de Justice?

Si, comme l'a écrit Théodore Ivainer, «juger c'est porter, en vertu d'un pouvoir dont on est investi, un jugement sur une séquence de la réalité

²³² Voy. RUBBENS, A., «La réforme judiciaire du 10 juillet 1968 en République Démocratique du Congo», *op. cit.*, p. 414 et pp. 424-425.

révolue ayant impliqué des sujets de droit²³³», disons que la reconstruction des faits comme «événements» s'étant le plus souvent produits en l'absence du juge - sauf cas fort connu de délit d'audience où ils se déroulent devant ses yeux et sa barbe - est une étape obligée du processus judiciaire tant la mineure (fait de la cause) occupe une place fondamentale dans la construction syllogistique du raisonnement judiciaire en vue de «la réalisation du ou des droits subjectifs.»²³⁴ Le juge, écrit Ivainer, doit être à même de discerner «ce qui dans le visible, l'acheminera le plus directement vers l'invisible»²³⁵.

En effet, «l'action en justice est un pouvoir légal grâce auquel une personne saisit l'autorité juridictionnelle à l'effet d'obtenir la sanction du droit dont elle se prétend titulaire». Dans cet ordre d'idées, la prestation juridictionnelle étatique consiste à dire le droit réellement applicable à l'espèce qui lui a été soumise. Fondée sur le vieux brocard latin *Da mihi factum dabo tibi jus*²³⁶ la fonction judiciaire ne réalisera sa pleine mission que lorsqu'elle aura réussi à cristalliser la règle de droit correcte à la relation exacte des faits. C'est la perspective de ce fil conducteur qui, sous toutes les latitudes, guide l'action des institutions judiciaires pour laquelle le législateur a aménagé un régime procédural et probatoire permettant au juge de mieux «conceptualiser les faits». Le principe de la liberté de la preuve au judiciaire pénal, celui de sa légalité et de sa régularité n'ont sens que la manifestation de la vérité qui demeure l'objectif de la procédure pénale en vue de mettre un terme à la conflictualité des rapports sociaux. De façon pénétrante, Walter Van Gerven compare le juge au «perceur de tunnel. Il balise le chemin des faits et celui du droit.»²³⁷

Cette métaphore de perceur de tunnel caractérise parfaitement le travail des juges des juridictions inférieures et non celui du juge de cassation devant qui l'examen des faits est évacué²³⁸ alors que «le premier devoir du juge est de

²³³ IVAINER, TH., *L'interprétation des faits en droit. Essai de mise en perspective cybernétique des lumières du magistrat*, Paris, L. G. D. J., 1988, p. 231 n° 267.

²³⁴ MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, 1991, p. 233.

²³⁵ *Idem*, p. 233 n° 269.

²³⁶ «Donne moi les faits et je te donne le droit.»

²³⁷ WALTER VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 112. Contra cependant MOTULSKY, H., *idem*, qui pense que c'est plutôt la démarche inverse, le juge recherchant d'abord la règle de droit «possible» puis les faits. *op. cit.*, p. 155 n° 138. Quel que soit le moment auquel intervient l'examen des faits, encore que nous ne partageons pas le point de vue de Henri MOTULSKY, il reste néanmoins important de noter que l'examen des faits est toujours indispensable à la cristallisation de la règle de droit. Le point de vue de cet auteur n'évacue pas l'importance de l'analyse des faits.

²³⁸ KRINGS, E., «Considérations sur l'Etat de droit, la séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire». Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1er septembre 1989, *J. T.*, 1989, p. 527 n° 22. En ce sens aussi, DUMON, F., «De l'Etat de droit».

constater que les faits invoqués sont établis»²³⁹ et que «le juge doit ensuite déterminer la règle du droit applicable au litige»²⁴⁰; que «l'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges»²⁴¹; que «la tâche essentielle du juge est, en effet, d'appliquer le droit aux faits. Tel est l'objet essentiel de ses fonctions»²⁴².

La dissociation du fait et du droit qui semble de la sorte s'instaurer au niveau de la Cour Suprême de Justice paraît dommageable chaque fois que le juge du fond aura failli à sa tâche de «perceur de tunnel» car alors elle qui veille à la rectitude juridique quant aux faits souverainement appréciés risque, dans ce cas, de ne pas énoncer la règle réelle aux faits réels mais une règle de droit somme toute existante dans le trésor juridique mais aux faits faux²⁴³, d'autant que, ainsi que le note François Rigaux, «(...) ce que le praticien appelle 'fait', la situation de vie qui lui est soumise, n'est pas vierge de toute imprégnation juridique.»²⁴⁴ René Foqué ne raisonne pas autrement qui avance que «(...) pour le juriste, les faits ne sont jamais des faits bruts. Le juriste les considère tout naturellement dans la lumière des normes applicables et des concepts qui y sont assortis, des intérêts culturels à protéger et des normes et valeurs à respecter (...)»²⁴⁵. Dans la pratique, on l'a vu, la Haute Juridiction vérifie, contrôle la cohérence logique du raisonnement du juge du fond ou les déductions qu'il tire de «ses» faits. Ainsi la voit-on écarter des «faits douteux», des «faits hypothétiques». Mais

Traduction du discours prononcé le 3 septembre 1978 à l'audience solennelle de rentrée de la cour de cassation, *J. T.*, 1979, pp. 477-478 et p. 495. Ce savant soutient même que le contraire serait violer l'Etat de droit par la méconnaissance des «règles de droit répartissant les attributions juridictionnelles» (pp. 477-478).

²³⁹ Voy., avec notes, KRINGS, E., «L'office du juge dans la direction du procès». Discours prononcé le 1^{er} septembre 1983 à l'audience solennelle de rentrée de la cour de cassation, *J. T.*, 1983, p. 518 n° 27.

²⁴⁰ *Idem*, p. 518 n° 28.

²⁴¹ d'AMBRA DOMINIQUE, *op. cit.*, 339 p.

²⁴² KRINGS, E., «Considérations sur l'Etat de droit», *idem*, p. 519 n° 32.

²⁴³ VAN GERVEN, W., «Réflexions sur le rôle du juge dans l'élaboration d'une solution de droit», in *R. Z. D.*, n° spécial, 1971, p. 44: «Les faits de la cause sont, comme le formule le professeur néerlandais Scholten, l'ensemble d'événements desquels surgit un combat judiciaire entre les personnes impliquées. Ces faits forment, pour celui qui recherche le droit, le point de départ afin de trouver la règle pour une solution du conflit».

²⁴⁴ RIGAUX, F., «La notion de fait en science juridique», in *Annales de droit de Louvain*, Tome XLVIII, 1/1988, p. 3. Sur la notion de fait, voir aussi HERBOTS, J., «Les notions de moyens de cassation et d'ouvertures à cassation», in *R. Z. D.*, n° spécial, Kinshasa, 1971, pp. 315-330.

²⁴⁵ FOQUE, R., «Le droit comme médiation», in *Droit négocié, Droit imposé ?*, sous la direction de GERARD, PH. et OST, F., Bruxelles, FUSL, 1996, p. 138. Cet auteur poursuit : «Lorsque, vers la fin des années soixante, un groupe d'étudiants manifestants avaient occupé les locaux de l'université, la police nettoyait les locaux et arrêtait les étudiants. Le juge commençait, bien sûr, par établir ce qu'on appelle les faits bruts, mais très vite cette description des faits est corrompue par des concepts typiquement juridiques, tels que violation de domicile, droit de propriété, culpabilité et illégalité, etc.».

ans l'administration...

le «le juge doit ensuite
que «l'objet de la
tâches»²⁴¹; que «la tâche
aux faits. Tel est l'objet

se s'instaurer au niveau
chaque fois que le juge
ar alors elle qui veille à
appréciés risque, dans
sels mais une règle de
mais aux faits faux²⁴³,
) ce que le praticien
est pas vierge de toute
ne pas autrement qui
mais des faits bruts. Le
lumière des normes
es intérêts culturels à
Dans la pratique, on l'a
phérence logique du
il tire de «ses» faits.
hypothétiques». Mais

ennelle de rentrée de la cour
même que le contraire serait
répartissant les attributions

rection du procès». Discours
de la cour de cassation, J. T.,

9 n° 32.

laboration d'une solution de
sont, comme le formule le
surgit un combat judiciaire
cherche le droit, le point de

nnales de droit de Louvain,
BOTS, J., «Les notions de
al, Kinshasa, 1971, pp. 315-

cié, *Droit imposé ?*, sous la
p. 138. Cet auteur poursuit :
nifestants avaient occupé les
diants. Le juge commençait,
ette description des faits est
ation de domicile, droit de

rien ne l'autorise à écarter des faits faux, des faits altérés. Dans ce cas, le plaideur sera-t-il réduit à recourir à la prise à partie en agissant éventuellement contre quelque comportement dolosif du juge du fond? La jurisprudence de la Cour Suprême de Justice, en matière de prise à partie, considère en effet comme dol une version sciemment tronquée des faits par le juge du fond. Cette attitude de la Cour Suprême de Justice ne supplée pour autant pas les carences du contrôle limité qu'elle exerce sur le juge du fond. Ce, pour les raisons suivantes.

Premièrement, toute version erronée des faits n'est toujours pas faite sciemment. Si la version des faits sciemment tronquée est le fruit de la malice d'un juge malveillant, les cas sont légion où le juge peut simplement avoir mal jugé les faits sans intention de nuire à quelque plaideur. Cette erreur du jugement du fait devrait être corrigée au niveau de la Cour Suprême de Justice dès lors que celle-ci serait investie de la mission d'en connaître en dehors du pourvoi en révision au moment même où elle statuerait sur le pourvoi en cassation.

Deuxièmement, la prise à partie est une institution procéduralement onéreuse. Elle exige une cascade d'opérations préalables et, au bout du compte, n'est pas suffisamment nantie de garanties des droits de la défense tant pour le magistrat s'il est condamné que pour les parties si elles sont déboutées²⁴⁶. Une mauvaise conceptualisation des faits qui n'est pas légalement un cas d'ouverture du pourvoi en cassation ne retiendra donc pas l'attention de la Cour Suprême de Justice. Serait-il alors possible d'agir au répressif contre un magistrat qui aurait sciemment altéré les faits dans son œuvre juridictionnelle? Ne serait-il pas à craindre, au nom de l'indépendance qui gouverne l'exercice de la fonction juridictionnelle, que pareille action soit vouée à l'échec sinon étouffée dans l'œuf? Rien a priori ne paraît s'opposer à cette démarche, le faux en écritures étant l'altération de la vérité dans un écrit quel qu'il soit²⁴⁷ - et les décisions judiciaires pouvant en constituer le support matériel -. Nous le verrons dans l'étude du favoritisme dans l'administration de la justice. Mais quelle sera l'incidence de cette condamnation pour faux sur le jugement en cours? Devrait-on surseoir à l'examen du fond de l'affaire répressive initiale en attendant le jugement sur les accusations de faux portées contre le juge? Le pénal devrait-il ici tenir le pénal en état? Statuant en instance de cassation, la Cour Suprême de Justice devrait-elle attendre l'issue des imputations de faux querellées contre le juge du fond avant de vider la procédure introduite devant elle? Ces questions

²⁴⁶ Action en responsabilité civile du magistrat pour cause de dol, concussion ou déni de justice, la prise à partie requiert, pour sa mise en œuvre, l'autorisation préalable du président de la Cour Suprême de Justice. Le refus d'autorisation n'ouvre aucun recours au requérant. De même qu'une condamnation éventuelle du magistrat pris à partie l'est en premier et dernier ressort.

²⁴⁷ Sur le faux, lire les articles 124 à 126 du code pénal congolais livre deuxième.

sont démonstratives des apories devant lesquelles on pourrait finalement se retrouver.

Le principe constitutionnel en examen nous paraît à l'évidence négatif car la mission juridictionnelle s'analyse comme une sorte «d'obligation de résultat»²⁴⁸ dans la mesure où dans le droit applicable à un conflit élevé entre parties, les faits sont à dégager de l'examen scrupuleux et correct de leurs prétentions respectives. S'inscrivent dans cette logique le jugement de rétractation et celui de réformation qui réexaminent l'ensemble du litige pour lui trouver une solution appropriée. Devant l'évidence que constitue de nos jours la déformation des faits par le juge du fond, le juge de cassation, d'ordre du législateur, préfère ne pas s'immiscer dans leur vérification et cantonner son contrôle plutôt à la légalité de ceux des faits que celui-là a retenus. Il y a là, manifestement, un illogisme qui contribue à répudier la litigiosité réelle des faits. Cet illogisme dont l'irréalisme sera bientôt davantage démontré devrait être expurgé de nos textes d'organisation et de compétence judiciaires. L'interdiction actuelle ne peut véritablement faire sens que dans un système judiciaire garantissant la perfection et l'infailibilité du jugement du fait; où les parties n'auraient absolument aucun grief précis à articuler contre le constat et les appréciations du fait élaborées par le juge du fond. Or, ce système nous semble le reflet d'une perfection qui n'est pas encore à la portée de l'œuvre humaine s'il ne constitue pas un «idéal-type». Plusieurs arguments peuvent être avancés à présent en faveur de l'extension du contrôle de la Cour Suprême de Justice à l'examen de l'exactitude matérielle des faits de la cause.

C. Pour un principe alternatif tiré de la constatation empirique basée sur des données objectives du vécu judiciaire congolais

En République Démocratique du Congo, du moins à notre connaissance, le fait - la problématique du fait - n'a jamais, dans la dogmatique juridique, donné lieu à polémique au point de susciter une réflexion sur l'accroissement des pouvoirs du juge de cassation. On se demandera alors ce qui, en l'absence de pareille controverse, aurait conduit à en faire un problème en l'état actuel du droit congolais quand on sait surtout que même le futur constituant de la Troisième République n'a pas entendu sortir la future Cour de cassation de son rôle traditionnel de juge gardien de la légalité. C'est au moins l'indifférence et à la rigueur le refus du législateur congolais de tirer les conséquences de cette problématique qui, à notre avis, se développe sournoisement et même parfois de façon ostentatoire lors des joutes prétorienne. Quelques faits nous fouettent les nerfs sur la question. Ils se

²⁴⁸ Dalcq considère ainsi la mission du magistrat. Voy., DALCQ, R., «La responsabilité de l'Etat du fait des magistrats», *J. T.*, 1992, p. 452.

de la République est sans conteste la réalisation de l'unité politique du pays en renforçant chez les citoyens le sentiment d'appartenance à une même Nation. La cassation, soutient Bayona-ba-Meya, a une «fonction politique» car «l'unité de jurisprudence créée un sentiment de confiance dans le chef de tous les habitants du pays et contribue, surtout en cas de cassation fondée sur la violation des coutumes, à raffermir l'unité nationale».²⁶¹

Cette contribution à l'unité politique du pays est sapée car vouée à l'échec à cause du fonctionnement parallèle de deux juridictions de cassation intégralement autonomes, leur débridement n'étant stoppé par quelque cour régulatrice supérieure. Est-ce pour écarter pareil danger que le futur constituant de la Troisième République entendrait introduire, mieux créer une nouvelle unité dans le paysage judiciaire congolais en l'affublant du nom de la Haute Autorité Judiciaire au rôle constitutionnel de cour régulatrice?²⁶²

L'on ne saurait, sur la problématique, hasarder une réponse péremptoire. Seule l'épreuve des faits à laquelle elle serait soumise donnerait des indications réelles et sûres quant à ses capacités opérationnelles de régulation des décisions des juridictions inférieures. Mais une question continuerait d'agiter toujours les esprits: la Cour de cassation étant par essence cour régulatrice, quel serait l'apport de la régulation de la Haute Autorité Judiciaire sur la régulation de la Cour de cassation? S'agirait-il d'un contrôle de la régulation de la régulation opérée par la Cour de cassation? Ne s'acheminerait-on pas là, une fois de plus, vers le risque des turbulences jurisprudentielles? Et comment en sortir?

c) Sortir des turbulences jurisprudentielles

On doit l'avoir certainement bien retenu que la problématique mise en lumière sous ce rapport comprend deux pans, à savoir, d'une part, le fonctionnement parallèle de deux pouvoirs de cassation sur le territoire congolais et, d'autre part, l'approche conceptuelle différente desdits pouvoirs au sein des ordres répressifs civil et militaire.

Le premier volet de la question trouverait solution en la réunion des compétences de cassation entre les mains d'une seule haute juridiction en

²⁶¹ BAYONA-ba-MEYA, *Procédure pénale*, op. cit., p. 185.

²⁶² Exposé des motifs du projet de constitution de la République Démocratique du Congo, Kinshasa, 10 février 1999, op. cit., p. VII: «La Haute Autorité Judiciaire a notamment pour attributions: (...) la surveillance, la régulation et le contrôle du pouvoir judiciaire». Or, le Pouvoir Judiciaire est, aux termes de l'article 138 (p. 56) de ce projet de constitution, dévolu aux cours et tribunaux civils et militaires ainsi qu'aux parquets y attachés. L'article 147 soumet les décisions des juridictions militaires au contrôle de la future cour de cassation (p. 59). L'article 162: «La Haute Autorité Judiciaire est l'organe supérieur de surveillance, de régulation et de contrôle du pouvoir judiciaire... » (p. 66).

l'occurrence la Cour Suprême de Justice. Le législateur devrait ici s'instruire de ce qui se passe à l'étranger, en Belgique et en Italie notamment où seule la Cour de cassation connaît des pourvois contre les décisions des juridictions civiles et militaires²⁶³. Ceci devrait appeler, comme nous le soutenions déjà plus haut, dans la perspective de l'extension des contrôles, un remodelage du paysage judiciaire congolais qui verrait alors s'effacer la Haute Juridiction Militaire au profit de la Cour de cassation. Cette solution est déjà en cours de *lege ferenda* car consacrée par l'article 147 du projet de constitution de la République Démocratique du Congo qui soumet les décisions des juridictions militaires au contrôle de la Cour de cassation. Cette solution n'est cependant que celle d'une tendance politique. Il serait à craindre que le triomphe d'un autre projet politique - celui de la légalité de la Conférence Nationale Souveraine par exemple - ne vienne la remettre en question car cet organe avait consacré l'autonomie des juridictions militaires par rapport aux juridictions civiles²⁶⁴.

Mais, dans ce dernier cas, afin que l'unité de la jurisprudence qui en sortira soit bien réelle, nous concevrons une Cour de cassation mixte devant impérativement inclure une chambre des affaires répressives militaires par l'incorporation dans l'effectif des magistrats des éléments professionnels militaires. Ce qui ferait faire l'économie des complexes divers tout autant déplacés que les uns pourraient cultiver vis-à-vis des autres. Dans cette logique, la Haute Autorité Judiciaire serait une renaissance brutale d'un deuxième pouvoir de régulation parallèle. Elle n'a pas, à notre avis, de place dans la nouvelle configuration judiciaire.

Ceci réalisé, le législateur devrait s'atteler à l'uniformisation et à la rationalisation de l'approche conceptuelle même de la cassation. Notre prédilection serait l'extension du contrôle de la Cour de cassation au fond de la cause. Cette thèse n'a rien d'évident et la réflexion ne doit pas être considérée comme clôturée après nos travaux tant elle pourrait ouvrir la voie à des recherches ultérieures et plus approfondies. Nous essayons néanmoins d'en esquisser quelques volets en fondant les soutènements sur les considérations ci-dessous développées.

²⁶³ Pour la Belgique, par exemple, BOSLY, H.-D., *Eléments de droit de la procédure pénale*, Académia Bruylant, Maison de droit de Louvain, 1997, p. 271.

²⁶⁴ En ce sens, Acte n° /CNS/92 relatif à l'indépendance de la justice militaire vis-à-vis du commandement militaire, *Actes de la Commission Juridique*, *op. cit.*, p. 15. Acte portant indépendance des magistrats des conseils de guerre vis-à-vis des auditeurs militaires, pp. 16-17, p. 17 article 3 : «Le port, par le chef hiérarchique des Magistrats du siège, du titre de Premier président du Conseil de Guerre général» ; Acte /CNS/ 92 relatif à la dépendance de la justice militaire vis-à-vis du Ministre de la défense et de celui de la justice», pp. 18-19.

Les leçons du droit comparé nous apprennent que deux conceptions de la cassation divisent l'univers juridique mondial. Les unes sont attachées à la conception belgo-franco-italienne de la condamnation de toute immixtion du juge de cassation dans le territoire des faits sauf contrôle du mérite logique des déductions du juge du fond. Les autres, par contre, affectionnent une telle ingérence et vont jusqu'à connaître du fond²⁶⁵. Notre pays, le Congo, ne gagnerait-il pas à opter pour ce second système en raison d'abord de son caractère logique et ensuite pour la nature dualiste de son droit.

- La logique de la solution

Les règles de droit sont élaborées en vue de leur correcte application aux cas d'espèce surgis des conflits élevés dans le commerce juridique des sujets de droit. De cette considération suit l'idée que la dissociation du fait et du droit paraît problématique en raison de l'hyper affectivité que fait et droit entretiennent donnant de la sorte raison à François Rigaux qui parle de «fausse dichotomie fait-droit»²⁶⁶ tant le «langage relie le fait et le droit»²⁶⁷ étant entendu «la nature artificielle de la distinction du fait et du droit»²⁶⁸.

D'ailleurs, «la matière première dont dispose le juge est constituée par l'ensemble des versions des faits alléguées par les parties, éventuellement enrichis par l'apport informationnel des mesures d'instruction ordonnées par lui»²⁶⁹; et c'est pour cette raison précise que «toutes les parties sont déboutées pour n'avoir pas établi les faits de la cause»²⁷⁰. On ne saurait manquer, dans ce registre, de souligner «la place prépondérante tenue par les faits (et leur preuve) dans les plaidoiries et les décisions de justice»²⁷¹.

Henri Motulsky note pour sa part que «la découverte des termes du syllogisme juridique constitue l'objectif propre d'une réalisation méthodique du droit»²⁷². Or, parmi ces termes, il faut compter les faits de la cause qui constituent la mineure du syllogisme judiciaire.

Etudiant «le rôle du juge dans l'œuvre de HUME», Maria Esolegui fait savoir que «la personne qui juge l'action d'un autre doit procéder en deux

²⁶⁵ Pour des développements beaucoup plus substantiels sur cette «*summa divisio*», voy. sous la direction de Pierre BELLET et André TUNC, *La cour judiciaire suprême. Une enquête comparative*, Paris, Economica, 486p. Lire surtout TUNC, A., «Synthèse», *op. cit.*, pp. 67-68.

²⁶⁶ RIGAUX, F., *La loi des juges*, *op. cit.*, p. 199; RIGAUX, F., «La notion de fait en science juridique», *op. cit.*, p. 12.

²⁶⁷ RIGAUX, F., *La loi des juges*, *idem*, p. 200.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 186.

²⁶⁹ IVAINER, TH., *op. cit.*, p. 37.

²⁷⁰ *Idem*, p. 38.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 44.

²⁷² En ce sens, MOTULSKY, H., *op. cit.*, pp. 149-161.

temps. Il s'agit d'abord de recourir au raisonnement pour connaître les faits et recueillir l'information et ensuite de les évaluer en jugeant la conformité ou la non conformité de ces actes à la loi²⁷³ étant entendu que «le juge élabore des règles d'adjudication légale qui donnent une solution au problème concret qui lui a été soumis ; que l'élaboration du jugement requiert une approche des faits et de l'agent, sujet de l'action. L'impartialité ne signifie pas qu'il faille rester à l'écart des faits»²⁷⁴. Problème concret, c'est-à-dire une réalité vécue, une «séquence sociale révolue», disait Théodore Ivainer, qu'il appartient au juge fût-il du fond ou de cassation de reconstruire s'il veut réellement donner une solution juste et équitable au différend qui oppose les parties. De là l'importance de «la dialectique du fait» mise en lumière par Albert Meeus²⁷⁵ car «l'art de juger, c'est appliquer le droit à un litige particulier»²⁷⁶, «le premier devoir du juge saisi d'un procès est de rechercher la vérité dans les faits»²⁷⁷ tant «il est comme un historien qui doit tenir compte de tous les faits pour comprendre l'événement»²⁷⁸. François OST signale même que «... le législateur se préoccupe désormais de produire des textes qui épousent d'aussi près que possible les réalités factuelles afin de pouvoir influencer sur leur déroulement selon les techniques proposées par les experts»²⁷⁹.

Au pénal, en effet, les normes incriminantes ne sont que la description des faits à partir desquels leur création a été pensée. On le voit bien dans les trois phases du raisonnement du juge pénal dont la première consiste à détecter l'incrimination: les faits visés par les préventions constituent-ils des infractions²⁸⁰.

C'est à partir du fonctionnement concret de la société, en tenant compte de ses réalités et spécificités économiques, sociales, culturelles et écologiques - pour ne citer que ces facteurs - que le législateur crée des nouvelles

²⁷³ ELOSEGUI, M., «Le rôle du juge: HUME et les théories contemporaines de l'interprétation juridique», in *R. I. E. J.*, 1994. 32, p. 173.

²⁷⁴ *Idem*.

²⁷⁵ MEEUS, A., «L'art de juger», *op. cit.*, p. 440.

²⁷⁶ *Idem*, p. 437.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 438.

²⁷⁸ *Ibidem*, pp. 438 et ss. et p. 439: «Mais une fois ce travail d'investigation terminé, le juge doit, comme l'historien, choisir les faits qui lui paraissent pertinents et qui sont de nature à justifier l'explication dont il a déjà de manière plus ou moins précise, l'intention». Et le savant auteur d'ajouter que «ce choix ne peut évidemment être arbitraire».

²⁷⁹ OST, F., «La légitimité dans le discours juridique: cohérence, performance, consensus ou dissensus?», *op. cit.*, p. 524.

²⁸⁰ PIRET, J.-M., «Le recours aux objectifs de la loi dans son application en droit pénal et procédure pénale belges», in *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Association Internationale de Méthodologie Juridique (éd.), Bruxelles, E. Story Scientia, Travaux préparatoires du Congrès des 10-12 septembre 1990 à Louvain-la-Neuve, Bruxelles, 1990, p. 59.

incriminations²⁸¹, des nouvelles lois²⁸². S'il existe en Belgique et en France l'infraction de blanchiment de l'argent sale, cette incrimination n'a pu être créée qu'à partir de certaines pratiques et donc de certains faits que la conscience sociale a réprouvés. Il en est du blanchiment d'argent sale comme de toutes les infractions qui forment l'ossature du code pénal livre deuxième et des lois particulières et complémentaires. C'est en stigmatisant certaines mœurs politiques, économiques et sociales que la Conférence Nationale Souveraine a recommandé l'érection de certains faits qui forment la substance de ce que nous avons nommé droit pénal de la Conférence Nationale Souveraine. Les réalités factuelles congolaises ont été prises en compte pour édicter des nouvelles normes incriminantes. N'est-ce pas à cause des dégâts causés par le parti unique mobutiste qu'il est venu à l'idée des Conférenciers et même du futur constituant de la Troisième République d'ériger le parti unique en crime de haute trahison ?²⁸³ Comment, lors des joutes prétoriennes, le juge pourrait-il sanctionner le chef d'un regroupement politique ou d'un parti politique accusé de ce crime s'il ne recherchait pas, dès l'abord, les faits de constitution et de fondation d'un parti unique? Il devient donc aberrant, dans ces conditions, d'opérer une distinction, une distanciation du fait et du droit sous prétexte que les deux mondes sont cloisonnés. Autre chose est leur interprétation en droit car à ce moment le juge s'adonne à l'opération de qualification qui consiste à retrouver l'appellation pénale exacte et le texte incriminateur adéquat²⁸⁴. Et même cette opération de qualification reste à tout prix subordonnée à la cristallisation des faits de la cause.

Cela montre que «fait et droit entretiennent des relations d'interdépendance dialectique». Ce qui appelle la nécessité de la réalité vraie des faits de la cause à partir de laquelle l'herméneute, s'il est juge, saura puiser dans le trésor juridique national les règles de droit conformes à l'espèce qu'il doit examiner. Dès que l'authenticité des faits est garantie et acceptée comme telle par les litigants sauf le cas où ils résulteraient des aveux de jactance, cela, et pourvu que le droit soit dit correctement, donnera le sentiment que justice est faite. N'est-ce pas en pensant par hasard, de façon intuitive, à la nécessité d'un tel élargissement du contrôle de la Cour Suprême de Justice que Fofe Djofia Malewa a écrit ces lignes profondément alléchantes à même

²⁸¹ En ce sens, AGOSTINI, E., *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988, p. 15.

²⁸² KILENDA KAKENGI BASILA, J.-P., «Lois pénales douces ou lois pénales salvatrices en droit pénal de la Conférence Nationale Souveraine du Zaïre», *op. cit.*, pp. 905-918; KILENDA KAKENGI BASILA, *La doctrine des lois pénales douces dans la politique juridique de la Conférence Nationale Souveraine du Zaïre*, 150 p. plus annexes.

²⁸³ Lire notre étude déjà citée sur Lois pénales douces ou lois pénales salvatrices en droit pénal de la Conférence Nationale Souveraine du Zaïre.

²⁸⁴ LIKULIA BOLONGO, *Méthode d'approche de la qualification des faits en droit pénal*, Kinshasa, p. U. Z., 1982, pp. 5-6 et pp. 9-10 et pp. 11-24.

de servir de vivier de réflexion pour la consécration formelle d'une telle extension de contrôle de pleine juridiction:

«C'est parce que les faits soumis au juge sont des réalités vécues, objectives, que celui-ci peut bien rendre son jugement que lorsqu'il aura reconstitué les faits tels qu'ils se sont réellement produits. Si le législateur en est venu à instituer tous les mécanismes d'institution préjuridictionnelle, préparatoire, à l'audience, l'audition des témoins, le recours aux experts, médecins, interprètes, la descente sur les lieux... C'est précisément dans le but d'aider le juge à parvenir à l'établissement de la vérité quant aux faits, c'est-à-dire de l'authenticité de la version des faits et de statuer sur cette base en droit. Il ne peut jamais, soulignons-le, y avoir deux authentiques versions des mêmes faits. Le juge doit, par des procédés didactiques, s'efforcer et parvenir absolument à identifier celle-ci et à l'écarter pour ne retenir que la seule vraie version. Le juge qui rendrait un jugement sur base d'une fausse version des faits devra s'assurer de la cassation de sa décision par une juridiction supérieure»²⁸⁵ ajoutant par ailleurs que «l'appréciation des faits par le juge, même si elle est fixée sur base de son intime conviction, ne doit pas être considérée comme étant irrévocablement l'authentique version des faits qui doit s'imposer, mais plutôt comme une interprétation de la relation des faits susceptible d'être contestée.»²⁸⁶

Ces considérations suggèrent l'effectivité à la fois conceptuelle et matérielle d'un contrôle de toutes les appréciations souveraines du juge du fond qui ne se conçoit pas sans celui des faits retenus par lui pour déboucher sur la règle de droit qu'il croit applicable à l'espèce concrète qui lui a été soumise. Cela parce que le jugement du droit, c'est-à-dire la solution juridique reste tributaire du jugement du fait. Si déjà, en elle-même, la décision de justice demeure perpétuellement «marquée du sceau de la conflictualité»²⁸⁷ quand bien même le juge aura correctement conceptualisé les faits en décrétant toujours un vainqueur et un vaincu, a fortiori devrait-il toujours en être ainsi lorsqu'elle est la suite d'une version erronée des faits, inauthentique qui, loin de ramener la paix sociale, ravive au contraire les rancœurs? N'est-ce pas la prise en compte de ce danger qui, sous d'autres cieux, légitime l'institution

²⁸⁵ FOFE DJOFIA MALEWA, «De l'interprétation à la qualification des faits et la théorie de l'erreur de droit à travers l'arrêt de la Cour Suprême de Justice du 13 juillet 1972», in *Annales de la faculté de droit* vol. IV-VII, 1975-1978, Kinshasa, Presses de l'Université de Kinshasa, 1984, p. 108.

²⁸⁶ *Idem*, p. 108.

²⁸⁷ OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., «Penser la complexité du droit: pour une théorie dialectique», in *Pour une théorie dialectique du droit. CHAIRE FRANCQUI AU TITRE BELGE 1994-1995*, U. L. B., 1ère édition 1994-1995, p. 14.

de la médiation pénale dont d'aucuns préconisent l'instauration en République Démocratique du Congo²⁸⁸.

La nécessité de contrôler «le jugement du fait» a tout son sens pour vérifier notamment l'usage que le juge du fond fait des «notions floues à contenu variable», ces concepts que le législateur n'a jamais définis et dont il laisse le soin au juge d'en déterminer le contenu au cas par cas car «inéluctablement, le recours aux notions floues a pour effet d'accroître le pouvoir de l'interprète»²⁸⁹.

«La question factuelle du qui-a-fait-quoi-comment-et-pourquoi»²⁹⁰ que l'on nomme aussi «faits adjudicatifs»²⁹¹ montre toute son importance dans la rétention du «fait inféré... qui est nécessaire à la mise en œuvre de la règle de droit.»²⁹² Elle est d'une importance telle que son inauthenticité génère la règle de droit que l'une des parties litigantes ou toutes les deux n'attendent pas du juge du fond. L'on saurait davantage mesurer l'importance et la nécessité de l'exactitude matérielle des faits à partir des incidences de l'autorité de la chose irrévocablement jugée au pénal dont les effets *erga omnes* font injonction à quiconque de tenir pour vrai ce que le juge répressif a jugé. Comme le rappellent fort heureusement Françoise Tulkens et Michel Van De Kerchove «ce sont les juridictions pénales qui sont appelées à nourrir un dossier qui se plaidera au civil»²⁹³. En raison des incidences multiples tant sur les affaires civiles que disciplinaires, il n'est que juste que «les faits inférés» par le juge du fond des «faits bruts» lui soumis par les parties litigantes fassent l'objet d'un contrôle. Fort en effet d'un jugement pénal ayant établi - à tort ou à raison - le faux en écritures suivi de stellionat à charge de X, même si c'est lui le véritable propriétaire de l'immeuble litigieux, il en perdra la propriété au profit de Y qui pourtant n'a ni titre ni

²⁸⁸ MATADI NENGA GAMANDA, *La question du pouvoir judiciaire en République Démocratique du Congo. Contribution à une théorie de réforme*, op. cit., pp. 272-273.

²⁸⁹ PINARD, D., «Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la charte canadienne des droits et libertés», in *Les cahiers de droit*, vol. 30, n° 1, 1989, p. 140 citant CH. PERELMAN, «L'usage et l'abus des notions confuses». Etude de logique juridique publiée par CH. PERELMAN, volume 7, Travaux du Centre National de recherches de logique, Bruxelles, 1973, note 3, p. 364 ici note 4: «Tenant compte de la variété infinie des circonstances, du fait qu'il n'est pas capable de tout préciser et de tout régler avec précision, admettant que des règles rigides s'appliquent malaisément à des situations changeantes, le législateur peut délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé, telles que l'équité, le raisonnable, l'ordre public, la faute grave, en laissant au juge le soin de les préciser dans chaque cas d'espèce.»

²⁹⁰ *Idem*, p. 146.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 155.

²⁹² *Ibidem*, p. 150: «En principe, il n'est pas directement prouvé, et fait plutôt l'objet d'argumentation et de raisonnement. Il est inféré du fait brut, sur la base de généralisation». Voy. aussi p. 151 et notes en bas de page.

²⁹³ TULKENS, F. et VAN de KERCHOVE, M., «Certitudes et incertitudes dans l'évolution du droit pénal en Belgique (1976-1987)», op. cit., p. 224.

droit juridiquement valable, les parties et le juge civil n'étant pas autorisés à remettre en question un jugement pénal coulé en force de chose jugée; l'exception de chose jugée étant d'ordre public²⁹⁴. Ce principe s'impose également sur le disciplinaire. En Belgique, par exemple, dans une jurisprudence constante et nettement fixée, la Cour de cassation ne remet pas en cause, en matière de discipline judiciaire, ce que le juge pénal a décidé contre un magistrat. Nous ferons état de cette jurisprudence lorsque nous parlerons prochainement de la discipline des magistrats.

Comme on le voit, «la chose jugée au pénal n'a pas de base dans les textes congolais». Elle est ainsi une construction doctrinale et jurisprudentielle²⁹⁵. En tant que «la chose jugée est l'affirmation de la vérité légale par un acte juridictionnel»²⁹⁶. Liant de la sorte, même par une version des faits complètement erronée, ce précepte est susceptible de bien de désagréments à l'encontre des justiciables. Aussi échet-il au législateur de veiller à la rectitude factuelle des causes qui sont soumises au juge du fond en l'assujettissant au contrôle du juge de cassation quant à ce. Cela est d'autant plus justifié que «notre justice n'a pas bonne presse»²⁹⁷.

Les dysfonctionnements de la justice pénale congolaise avaient donné l'occasion, longtemps avant nous, au Professeur Lihau qui fut Premier Président de la Cour Suprême de Justice, de plaider pour un contrôle de pleine juridiction au niveau de la haute cour. Voyant au contrôle du mérite logique du raisonnement du juge du fond effectué par cette juridiction dans l'affaire Gécomin une incursion dans le domaine des faits, l'éminent magistrat allait carrément préconiser l'examen par la Cour Suprême de Justice des faits de la cause. L'importance des réflexions qu'il avait émises à

²⁹⁴ Sur l'autorité absolue de la chose jugée sur les faits formellement constatés, voy. C. A., Elis., 13 janvier 1934, *R. J. C. B.*, 1934, 1934, p. 288; C. A., Elis., 5 février 1935, *R. J. C. B.*, 1935, p. 135; C. A., Léo., 2 octobre 1951, *R. J. C. B.*, 1952, p. 49; T. p. I. Kasai, 15 avril 1953, *R. J. C. B.*, 1953, pp. 302-303; T. p. I. Stan., 4 avril 1953, *R. J. C. B.*, 1953, p. 308; Appel Elis., 8 février 1955, *R. J. C. B.*, 1955, p. 177; C. A. Elis., 17 juin 1941: *R. J. C. B.*, 1941, p. 169; C. A. Elis., 21 avril 1945, *R. J. C. B.*, 1945, p. 73; Appel Kinsh., 18 mai 1966, *R. J. C. B.*, 1967, p. 27; C. A. Kinsh., 29 décembre 1966, *R. J. C. B.*, 1967, p. 126; Appel Léo., 22 octobre 1957, *R. J. C. B.*, 1957, p. 213; Kin, 11 janvier 1974, *R. J. Z.*, 1977, p. 74; C. S. J., 26 mai 1993, *R. J. Z.*, 1994, p. 34.

²⁹⁵ SOHIER, A. *Droit de procédure du Congo belge*, *op. cit.*, n° 711, 712 et 713; RUBBENS, A., *Le droit judiciaire congolais*, *op. cit.*, n° s 320 et 322 cité par la Cour Suprême de Justice, 26/5/1993, *R. J. Z.*, 1994, p. 34.

²⁹⁶ *Idem*, p. 34.

²⁹⁷ BAYONA-ba-MEYA MUNA KIMVIMBA, «La maxime «nul n'est censé ignorer la loi», *op. cit.*, p. 159. Lire aussi, avec de nombreuses références doctrinales sur la mauvaise administration de la justice congolaise, KILENDA KAKENGI BASILA, «Référé législatif comme comportement judiciaire régressif dans l'activité herméneutique de la Cour Suprême de Justice», *op. cit.*, pp. 78-79 note 76.; lire également *Administration de la justice et droits de l'homme en République Démocratique du Congo Actes du Séminaire*, *op. cit.*, 124 p.

cet effet est telle que leur exposé dans leur teneur littérale accrocherait certainement l'attention:

«(. .) Il y a d'abord les insuffisances de base relevées dans plusieurs décisions judiciaires émanant des juges du fond. Il faut l'avouer: brève demeure encore l'expérience du corps judiciaire congolais reconstitué rapidement après l'indépendance. Cette situation, espérons-le sera provisoire. Mais, en attendant, plusieurs déficiences apparaissent dans les décisions soumises au contrôle de la Cour Suprême. Elles sont d'autant plus graves qu'elles ont mené parfois à des solutions aberrantes sinon injustes qui ont porté atteinte tantôt à l'intérêt supérieur de l'Etat tantôt à des droits garantis aux particuliers. La contradiction, l'ambiguïté, le caractère confus des motifs, le manque de logique dont ils sont affectés, leur incorrection, leur insuffisance, les lacunes qu'ils comportent, toutes ces déficiences en raison des conséquences funestes qu'elles ont parfois entraînées, ne peuvent qu'inciter la Cour Suprême à s'engager résolument sur la voie d'un contrôle serré de la motivation des décisions judiciaires critiquées devant elle. Elle ne saurait dès lors, exercer son contrôle sans procéder préalablement à l'examen des faits, particulièrement lorsqu'il s'agit pour elle de vérifier si le juge du fond leur a donné une qualification exacte (...)»²⁹⁸.

Un argument réaliste pourrait aussi servir de fondement à l'effet dévolutif intégral du contrôle de cassation aux faits de la cause, effet dévolutif intégral, disons-le franchement, qui nous est aussi inspiré par un modèle en droit comparé, le droit de procédure pénale roumain instauré par le code de procédure pénale roumain de 1968 où la Cour de cassation examine en fait et en droit²⁹⁹.

- Le réalisme de la solution

Le caractère réaliste de la nouvelle règle qui instituerait la discussion sur les faits comme un cas d'ouverture du pourvoi en cassation serait assis sur la nature même du droit congolais qui est dualiste et dont la coutume est, par impératif constitutionnel et légal, nous l'avons vu, source de droit. Comment peut-on juger des questions coutumières en instance de cassation si on ne va pas au devant de la recherche de la règle coutumière dont les investigations s'apparentent aux recherches entreprises pour élucider les faits de la cause? A juste titre, avons-nous déjà écrit, le juge qui tranche suivant la coutume se livre en réalité à un double examen: celui de l'existence de la règle coutumière d'abord et celui de la conformité de cette coutume à la loi, à

²⁹⁸ LIHAU, M. A., «Le contrôle exercé par la cour suprême de justice sur la motivation d'une décision judiciaire et sur la qualification des faits adoptée par le juge du fond», *op. cit.*, p. 89.

²⁹⁹ GRIGORE GR. THEODURU, «Les traits particuliers de la réglementation des voies de recours dans la procédure pénale roumaine», in *Mélanges BOUZAT*, *op. cit.*, pp. 428-429.

magistrat dans l'administration...

Code pénal zaïrois annoté, livre
I général, Lubumbashi, édité

Le rôle juridictionnel des lois.
Paris, Aix-Marseille, Economica,

1. Les nouveaux instruments
juridiques 1999, in Les dossiers de
Bruxelles, La Charte, 1999,

ET, A., Manuel de procédure
à la faculté de droit, faculté de
droit, Liège, 1989, 1157 p.

en économie, Paris, François

psychologique et judiciaire,
Paris, 1952, 189 p.

entièrement refondue et mise
à jour, Paris, Sirey, 1972, 1006 p.

magistrats publics en droit
français, Paris,
Rousseau, 1883, 290 p.

pénale, Paris, Litec, 2000,

de l'ingénieur, Liège, H.

pénal général, Bruxelles,

Bibliographie

829

HERBOTS, J. H., *Afrikaans gewoonterecht en cassatie. Studie van de Kongolese koloniale rechtspraak en proeve de lege ferenda in toepassing van artikel 60 van de grondwet van 1967*, Brussel, Koninklijke Academie voor Overzeese Wetenschappen Klasse voor Morele en Politieke Wetenschappen, 1970, 583 p. Bijlagen 265 p.

HOEFFLER, J., *Traité de l'instruction préparatoire en matière pénale*, Courtrai, les éditions administratives UGA, 1956, 294 p.

HYACINTHE SARASSORO, *La corruption des fonctionnaires publics en Afrique. Etude de droit pénal comparé*, Paris, Economica, 1980, 230 p.

IVAINER, TH., *L'interprétation des faits. Etude de mise en œuvre cybernétique des « lumières du magistrat » en droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988, 361 p.

JADOT, B. et OST, F. (sous la dir.), *Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?* Bruxelles, F. U. S. L., 1999, 253 p.

JANSSEN, H., VERVAELE, J. et SCREVEENS, R., *Le ministère public et la politique de classement sans suite*, Bruxelles, publication du Centre national de criminologie, 1990, 418 p.

JOSSERAND, S., *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, L. G. D. J., 1998, 651 p.

KAMIDI OFIT, R., *Le système judiciaire congolais: organisation et compétence*, Kinshasa, éditions Fito, 1999, 303 p.

KATUALA KABA KASHALA, *Code pénal zaïrois annoté*, Kinshasa, éditions asyst S. P. R. L., 1995, 180 p.

KATUALA KABA KASHALA, *Code judiciaire zaïrois annoté*, Kinshasa, éditions asyst S. P. R. L., 1995, 232 p.

KELSEN, H., *Théorie générale du droit et de l'Etat suivie de la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*. Traduit par LAROCHE, B. et FAURE, V., Bruxelles, Bruylant, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997, 496 p.

KILENDA KAKENGI BASILA, *L'Affaire des 315 magistrats de Kinshasa. Une purge néo mobutiste*, L'Harmattan, Paris, septembre 2004, 290 p.

VANDERLINDEN, J., *Essai sur les juridictions de droit coutumier dans les territoires d'Afrique centrale*, Bruxelles, Académie royale des sciences coloniales, 1959, 218 p.

VAN GERVEN, W., *La politique du juge. Essai sur la mission du juriste dans la société*. Traduit par RIGAUX, M.-F. et DEJEMEPPE, B., Bruxelles, éditions juridiques Swinnen, 1983, 143 p.

VARINARD, A. et PRADEL, J., *Les grands arrêts du droit criminel*, tome I, Paris, Dalloz, 1995, 378 p.

VELU, J., *Représentation et Pouvoir judiciaire. Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée le 2 septembre 1996*, Bruxelles, établissements Emile Bruylant, 1996, 169 p.

VELU, J., ERGEC, R., VERDUSSEN, M., VAN COMPERNOLLE, J., RENCHON, J.-L., MULLER, L., FLAUSS, J.-F., LAMBERT, P. et AFSCHRIFT, T., *La mise en œuvre interne de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, 290 p.

VELU, M. J., *Considérations sur les rapports entre les commissions d'enquête parlementaire et le pouvoir judiciaire. Discours prononcé par le Procureur général à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1er septembre 1993*, Bruxelles, établissements Emile Bruylant, 1993, 112 p.

VELU, J. avec la collaboration de QUERTAINMONT, PH. et LEROY, M., *Droit public*, tome premier, Bruxelles, Bruylant, 1986, 884 p.

VERDUSSEN, M. (sous la dir.), *Le conseil supérieur de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 262 p.

VERHAEGEN, J. et HENNEAU, CH., *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 1991, 504 p.

VERHAEGEN, J., *La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Bruxelles, Bruylant, 1969, 502 p.

VERON, M., *Droit pénal spécial*, Paris, Masson, New York, Barcelone, Milan, 1976, 320 p.

Luxembourg 31 septembre-6 octobre 1984, Paris, numéros 1 et 2, 1985, pp. 260-274.

BAYONA-BA-MEYA MUNA KIMVIMBA, «La terminologie juridique à l'épreuve de la pratique légale, judiciaire et sociale au Zaïre», in «*Le droit aux prises avec les réalités socio-culturelles. Actes des Journées scientifiques organisées par la Faculté de droit du 25 au 26 avril 1997*», *Revue de la Faculté de droit*, Université Protestante au Congo, Faculté de droit, n° spécial, Kinshasa, 1998, pp. 9-28.

BEERNAERT, M.-A., «Vers une plus grande contradiction dans l'information et l'instruction: le référé pénal», in «La loi belge du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure au stade de l'information et de l'instruction», in *Les dossiers de la Revue du droit pénal et criminologie*, Bruxelles, 1998, pp. 59-67.

BELLET, P., «France: La Cour de cassation», in *Les cours judiciaires suprêmes*, BELLET, P. et TUNC, A. (Sous la dir.), Paris, Economica, 1978, pp. 193-215.

BEYA SIKU, G. et KILENDA KAKENGI BASILA, J.-P., «Le langage du droit est-il accessible à tous? 26 novembre 1999, Katholieke Universiteit Brussel, Note d'orientation», in *Le langage du droit: accessible à tous? Actes du Colloque tenu le 27 novembre 1999 à la Faculté de droit de la Katholieke Universiteit Brussel (KUB) avec le concours de Recherches et Documentation Juridiques Africaines (RDJA)*, Bruxelles, Editions R. D. J. A., 2000, pp. 3-4.

BIGOT, J., «Le statut du ministère public en France», in *Revue internationale de droit pénal*, 1992, pp. 585-592.

BOSHAB, E., «L'indigence des fonctionnaires en République Démocratique du Congo: rémunération d'indigence, indigence de rémunération?», in *Revue Africaine de Droit International et de Droit Comparé*, T. 10, n° 4, 1999, pp. 734-757.

BOSHAB, E., «La misère de la justice et justice de la misère en République Démocratique du Congo», in *Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif*, 1998-3, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp. 1163-1184.

BOSLY, H.-D., «L'information», in «La loi belge du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de

Bibliographie

843

EVARD, S., «La loi belge du 10 février 1999 relative à la corruption», in *Journal des Tribunaux*, 1999, pp. 337-340.

FLAUSS, J.-F., «Convention européenne des droits de l'homme et répression disciplinaire dans la fonction publique française», in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, pp. 201-228.

FOFE DJOFIA MALEWA, «De l'interprétation à la qualification des faits et la théorie de l'erreur de droit à travers l'arrêt de la cour suprême de Justice du 13 juillet 1972», in *Annales de la faculté de droit de l'Université de Kinshasa*, Vol. IV-VII, 1975-1978, Presses de l'Université de Kinshasa, 1984, pp. 105-146.

FRISON-ROCHE, M.-A., «La responsabilité des magistrats: l'évolution d'une idée», in *La Semaine Juridique*, n° 42, 1999, pp. 1869-1876.

GANSHOF VANDER MEERSCH, «Réflexions sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire». Traduction de la mercuriale prononcée par Monsieur le Procureur Général au cours de la séance solennelle de rentrée judiciaire de la Cour de cassation, le 3 septembre 1973, in *Journal des Tribunaux*, 1973, pp. 509-520.

GEMAR, J.-CL., «Le langage du droit au risque de la traduction. De l'universel au particulier», in *Français juridique et science du droit. Textes présentés au deuxième colloque international de la common law en français (CICLEF)*, Université de Moncton, Ecole du droit, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 123-154.

GIUDICELLI DELAGE, G., «La responsabilité des magistrats et de l'Etat en matière pénale», in *Justices Revue générale de droit processuel. La responsabilité des gens de justice*, n° 5, 1997, pp. 25 - 28.

GLASER, S., «Le principe de la légalité en matière pénale, notamment en droit codifié et en droit coutumier», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1966, pp. 899 -955.

GLESENER, A., «Le classement sans suite et l'opportunité des poursuites», in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1973, pp. 353-362.

GRIGORE, TH., «Les traits particuliers de la réglementation des voies de recours dans la procédure pénale roumaine», in *Mélanges BOUZAT*, Paris, A. Pedone, 1980, pp. 428- 429.

GUILLEMAIN, C., «Révision et criminalité dépendante. La portée des décisions de justice inconciliables», in *JCP-La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 6-7 février 2001, pp. 304-308.

GUINCHARD, S., CADIET, L., «Le double degré de juridiction», in *Justices Revue générale de droit processuel*, n° 4, 1996, pp. 1 - 8.

GUINCHARD, S., «La responsabilité des gens de justice», in *Justices. Revue générale de droit processuel*, n° 5, 1997, pp. 109-134.

HAYOIT DE TERMICOURT, R., «Les pourvois dans l'intérêt de la loi et les dénonciations sur ordre du Ministre de la justice», *Journal des Tribunaux*, 1964, pp. 477-488.

HAYOIT DE TERMICOURT, R., «Le conseil supérieur du Congo 1889-1930», discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1er septembre 1960, in *Journal des Tribunaux*, 1960, pp. 501-504.

HENNEAU, CH. et VERHAEGEN, J., «Dédutions injustifiables ou vices de logique? Une censure controversée», *Journal des Tribunaux*, 1976, pp. 269-279.

HERBOTS, J. H., «Les notions de moyens de cassation et d'ouvertures à cassation», in *Revue zaïroise de droit*, n° spécial, Kinshasa, 1971, pp. 315-330.

HYACINTHE CABOGO SARASSORO, «Justice, morale et droits de l'homme. La corruption et l'enrichissement sans cause en Afrique aujourd'hui», in *Afrique contemporaine*, vol. 29, n° 156, 1990, pp. 195-206.

KABUNDI, M., «Crise de la justice au Congo-Kinshasa: causes et remèdes», in *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, 4/99, pp. 444-460.

KALOMBO MBANGA, «L'article 180 du code pénal et le concours idéal d'infractions», in *Revue juridique du Zaïre*, 1981, pp. 1-11.

KALONGO MBIKAYI, «La problématique des jugements iniques», in *Revue de droit congolais*, n° 3, 2000, pp. 7-15.

KILENDA KAKENGI BASILA, J. P., «Le comportement linguistique du législateur dans un système répressif légaliste», in *Revue de droit africain. Le langage du droit accessible à tous? Actes du colloque tenu le 27 novembre 1999 à la faculté de droit de l'Université Catholique de Bruxelles avec le concours de Recherche et Documentation juridique africaines avec l'Ambassade de France en Belgique (délégation culturelle et pédagogique pour la Flandre)*, pp. 91- 124.

KILENDA KAKENGI BASILA, J. P., «Une nouvelle unité dans le paysage judiciaire congolais: la cour d'ordre militaire», in *Revue africaine de droit international et de droit comparé*, tome 10, n° 3, Londres, 1998, pp. 472 - 480.

KILENDA KAKENGI BASILA, J. P., «Référé législatif comme comportement judiciaire régressif dans l'activité herméneutique de la Cour Suprême de Justice de la République Démocratique du Congo», in *Revue de la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, tome 7, n° 1, Londres, 1998, pp. 56- 81.

KILENDA KAKENGI BASILA, J. P., «Le contrôle de la constitutionnalité des lois au Zaïre. Situation actuelle et perspective d'avenir», in *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, n° 3, Paris, 1996, pp. 310 -343.

KINYONGO, «Ethique et responsabilité», in *Ethique et société. Actes de la 3ème semaine philosophique de Kinshasa du 3 au 7 avril 1978*, Kinshasa, 1980, pp. 101 - 105.

KISAKA kia NGOY, «La suspension administrative de l'exécution des décisions de justice», in *Revue analytique de la jurisprudence zaïroise*, volume I, 1996, pp. 85-94 ou in «*Le droit aux prises avec les réalités socio-culturelles. Actes des Journées scientifiques organisées par la Faculté de droit du 25 au 26 avril 1997*», *Revue de la Faculté de droit*, Université Protestante au Congo, Faculté de droit, n° spécial, 1998, pp. 99-121.

KLEES, O. et VANDERMEERSCH, D., «La réforme 'FRANCHIMONT'. Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction», in *Journal des Tribunaux*, 1998, pp. 417- 448.

KRINGS, E., «Aspects de la contribution de la cour de cassation à l'édification du droit», *Journal des Tribunaux*, 1990, pp. 565 - 572.

Bibliographie

847

KRINGS, E., «Considérations sur l'Etat de droit, la séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire», *Journal des Tribunaux*, 1989, pp. 521-532.

KRINGS, E., «L'office du juge.» Discours prononcé le 1er septembre 1983 à l'audience solennelle de rentrée de la cour de cassation, *Journal des Tribunaux*, 1983, pp. 513

KOERING-JOULIN, R., «La notion européenne de «tribunal indépendant et impartial» au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme», in *Revue de science criminelle*, 4, 1990, pp. 765-774.

KUTY, F., «L'exigence de loyauté dans la recherche de la preuve pénale», note sous Cour militaire (ch. Fr. Perm.), 18 décembre 1997, in *R. D. P.*, 1999, pp. 254-268.

KUTY, F., «Regard sur la provocation policière et ses conséquences», observations sous Liège, 19 mai 1998, in *J. T.*, 1999, pp. 10-12.

KUTY, F., «Lorsque Strasbourg déclare que la provocation policière vicie ab initio et définitivement tout procès pénal», observations sous Cour européenne des droits de l'homme, in *J. L. M. B.*, 1998, pp. 1155-1156.

KUTY, F., «Doit-on admettre avec la Cour de cassation que 'la circonstance que le dénonciateur d'une infraction en a eu connaissance en raison d'une illégalité n'affecte pas la régularité de la preuve qui a été obtenue ultérieurement sans aucune illégalité?'», observations sous Cour de Cassation, 30 mai 1995, in *J. L. M. B.*, 1998, pp. 489-501.

LADO T., L. S. J., «La justice populaire en Afrique contemporaine: outrage à la vie, réminiscence, ou langage populaire?», in *Zaire-Afrique*, n° 292, 1995, pp. 91-103.

LEGROS, R., «L'influence des lois particulières sur le droit pénal général», extrait de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 2, 1968, Paris, Librairie Sirey, 1968, pp. 233-261.

LE GUNEHEC, F., «Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Deuxième partie: dispositions spécifiques à l'enquête et à l'instruction», *JCP-La Semaine Juridique*, édition générale, n° 27, 5 juillet 2000, pp. 1299-1302.

...dans l'administration...

...ement linguistique du
...Revue de droit africain.
... colloque tenu le 27
...Catholique de Bruxelles
...juridique africaines avec
...culturelle et pédagogique

...elle unité dans le paysage
...Revue africaine de droit
...Londres, 1998, pp. 472 -

...fééré législatif comme
...herméneutique de la Cour
...du Congo», in *Revue de
...et des Peuples*, tome 7,

...ble de la constitutionnalité
...ctive d'avenir», in *Revue
...n° 3*, Paris, 1996, pp. 310

...que et société. Actes de la
...u 7 avril 1978, Kinshasa,

...rative de l'exécution des
...la jurisprudence zaïroise,
...es avec les réalités socio-
...anisées par la Faculté de
...culté de droit, Université
...1998, pp. 99-121.

...orme 'FRANCHIMONT'.
...ve à l'amélioration de la
...l'instruction», in *Journal*

...la cour de cassation à
...0, pp. 565 - 572.