La jurisprudence congolaise en matière de crimes de droit international

Une analyse des décisions des juridictions militaires congolaises en application du Statut de Rome



Une étude de
l'Open Society Initiative for Southern Africa (OSISA)

2016

Jacques B MBOKANI

OPEN SOCIETY
FOUNDATIONS

Publié par African Minds pour
Open Society Foundations
224 West 57th Street
New York, NY 10019
www.opensocietyfoundations.org

Open Society Initiative for Southern Africa
President Place, 1 Hood Avenue, Rosebank
Johannesburg, 2196, South Africa
www.osisa.org

African Minds
4 Eccleston Place, Somerset West, 7130, Cape Town, South Africa
info@africanminds.org.za
www.africanminds.org.za

© 2016
Sauf mention contraire, le contenu de cette publication est sous licence internationale obtenue par Creative Commons Attribution Non-Commercial 4.0

ISBNs
978-1-928331-42-1 Print
978-1-928331-43-8 EBook
978-1-928331-44-5 e-Pub

Ce document peut être gratuitement téléchargé au site www.africanminds.org.za

Pour obtenir la version imprimée de ce document, s'adresser à:
African Minds
Email: info@africanminds.org.za
Si vous êtes en dehors de l'Afrique:
African Books Collective
PO Box 721, Oxford OX1 9EN, UK
Email: orders@africanbookscollective.com

Table des matières

Liste des abréviations et sigles iv
Liste chronologique des affaires étudiées vi
Remerciements ix
I. Introduction générale 1
II. Cadre juridique : combler les lacunes du droit interne 9
A. Les textes juridiques internationaux 9
B. Les textes juridiques nationaux 16
III. Pertinence des qualifications juridiques : quelle place pour les exigences contextuelles ? 26
A. Génocide 26
B. Crimes contre l'humanité 35
C. Crimes de guerre 115
D. Conclusion 204
IV. Formes de responsabilité pénale : le défi de l'individualisation des crimes de masse 207
A. Observations préliminaires 207
B. La responsabilité directe tirée de l'article 25 du statut de Rome 210
C. La responsabilité du supérieur hiérarchique fondée sur l'article 28 du statut de Rome 238
D. Principales tendances 275
V. La fixation de la peine par les juridictions militaires congolaises : une sévérité excessive ? 279
A. Rejet de la peine de mort 279
B. Les circonstances atténuantes 287
C. Les circonstances aggravantes 304
D. L'exécution des peines : reflet d'une justice de façade ? 308
VI. Le respect du droit au procès équitable : combattre le monstre sans le devenir 311
A. Le volet pénal du droit à un procès équitable 313
B. La phase pré-juridictionnelle 314
C. La phase juridictionnelle 318
D. L'après-procès 340
E. Conclusion 346
VII. Les victimes dans la répression des crimes en RDC : être ou ne pas être 347
A. La victime dans le droit congolais 347
B. Les droits procéduraux des victimes devant les juridictions militaires congolaises 349
C. Le défi des réparations en faveur des victimes en RDC 375
D. Conclusion 400
VIII. Observations finales 402

Liste des abréviations et sigles

ACCI	Association canadienne contre l'impunité
ACDI	Annuaire de la Commission du droit international
AFDL	Alliances des forces démocratiques pour la libération du Congo
AJIL	American Journal of International Law
AMC	Anvil Mining Company
APC	Armée populaire congolaise
ASADHO	Association africaine des droits de l'homme
ASF	Avocats sans frontières
CCT	Comité contre la torture
CDH	Comité des droits de l'homme
CDI	Commission du droit international
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de justice
CICR	Comité international de la Croix Rouge
CLF	Criminal Law Forum
CM	Cour militaire
CNDP	Congrès national pour la défense du peuple
CPI	Cour pénale internationale
CUP	Cambridge University Press
DDR	Désarmement, Démobilisation, réinsertion
FAL	Force armée de libération
FAPC	Forces armées du peuple congolais
FARDC	Forces armées de la République démocratique du Congo
FAZ	Forces armées zaïroises
FDLR	Forces démocratique de libération du Rwanda
FDR	Forces de défense rwandaises
FNI	Front des nationalistes et intégrationnistes Lendu
FRPI	Forces/Front de résistance patriotique de l'Ituri
HCDH	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme
HCM	Haute Cour militaire
HRW	Human Rights Watch
JICJ	Journal of International Criminal Justice
LJIL	Leiden Journal of International Law
MLC	Mouvement de libération du Congo
MLRK	Mouvement révolutionnaire pour la libération du Katanga

MONUC	Mission de l'Organisation des Nations Unies au Congo
[MONUSCO]	Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la Stabilisation au Congo
MP	Ministère Public (ou Procureur ou Auditeur (procureur) militaire)
M23	Mouvement du 23 mars 2009
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
OUP	Oxford University Press
PC	Partie civile (victime participant au procès)
PNC	Parti national congolais
PUSIC	Parti pour l'unité et la sauvegarde de l'intégrité du Congo
RBDI	Revue belge de droit international
RDC	République Démocratique du Congo
RCD	Rassemblement congolais pour la démocratie
RCD/ML	Rassemblement congolais pour la démocratie/Mouvement de libération
RFO	Réserve de faune de l'Okapi
RGDIP	Revue générale de droit international public
RICR	Revue internationale de la Croix rouge
RPP	Règlement de procédure et de preuve devant la CPI
RP	Rôle pénal
SPP	Servitude pénale principale
TGI	Tribunal de grande instance
TMI	Tribunal militaire international de Nuremberg
TMG	Tribunal militaire de garnison
TPI	Tribunaux pénaux internationaux
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TSSL	Tribunal spécial pour la Sierra Leone
UDC	Union des Congolais pour la démocratie
UPC	Union des patriotes congolais

Liste chronologique des affaires étudiées

Affaire	Juridiction ayant rendu la décision *(+ juridiction de première instance)*	Crime du Statut de Rome retenu/ examiné par les juges	Date de la décision *(+ date en première instance)*
Affaire *Ankoro* *(MP et 54 PC c. M. Émile Tabwangu Kayembe et 29 autres)*	CM/Katanga	Crime contre l'humanité	20 décembre 2004
Affaire *Kalonga et consorts* *(MP et PC c. Kalonga et consorts)*	TMG/Kindu	Crime contre l'humanité	26 octobre 2005
Affaire *Songo Mboyo* *(MP et PC c. Bokila et consorts)*	CM/Équateur (appel) *(TMG/Mbandaka)*	Crime contre l'humanité	7 juin 2006 (*12 avril 2006*)
Affaire des *Mutins de Mbandaka*	TMG/Mbandaka	Crime contre l'humanité	20 juin 2006
Affaire *Bongi* *(MP et PC c. Bongi Massaba)*	CM/Kisangani (appel) *(TMG/Ituri)*	Crime de guerre	4 novembre 2006 *(24 mars 2006)*
Affaire *Waka-Lifumba* *(MP et PC c. Botuli)*	TMG/Mbandaka	Crime contre l'humanité	18 février 2007
Affaire *Milobs* *(MP et PC c. Jules Asida et consorts)*	TMG/Ituri	Crimes de guerre	19 février 2007
Affaire *Mitwaba* *(MP et PC c. Ekembe et consorts)*	CM/Lubumbashi	Crime de guerre	25 avril 2007
Affaire *Kilwa* *(MP et PC c. Adémar Ilunga et consorts)*	Haute Cour militaire (appel) *(CM/Katanga)*	Crime de guerre	30 octobre 2008 *(28 juin 2007)*
Affaire *Bavi-Ghety* *(MP et PC c. Mulesa et consorts)*	CM/Kisangani (appel) *(TMG/Ituri)*	Crime de guerre	28 juillet 2007 *(2 août 2006)*
Affaire *Procès de Walikale* *(MP et PC c. Kalambay et consorts)*	TMG/Goma	Crime contre l'humanité	24 avril 2009

Affaire	Juridiction ayant rendu la décision *(+ juridiction de première instance)*	Crime du Statut de Rome retenu/ examiné par les juges	Date de la décision *(+ date en première instance)*
Affaire *Basele et consorts* *(MP et PC c. Basele Lutula alias « colonel Thom's », Osumaka Loleka André alias « Effacer le tableau », Kipeleka Nyembo Bumba alias « Kata Moto », Okanga Likunde alias « Musique », Koti Okoke alias « Nkoy Likolo ya Ngomba »)*	TMG/Kisangani	Crime contre l'humanité	3 juin 2009
Affaire *Kakado* *(MP et PC c. Kakado Barnaba)*	TMG/Bunia	Crime de guerre	9 juillet 2010
Affaire *Gédéon (**MP et 102 Parties civiles c. Kyungu Mutanga Gédéon et 25 consorts)*	CM/Katanga (appel)	Crime contre l'humanité	16 décembre 2010
Affaire *Kibibi* *(MP et PC c. Daniel Kibibi et consorts)*	CM/Bukavu	Crime contre l'humanité	21 février 2011
Affaire *Balumisa et consorts* *(MP et PC (154) c. Balumisa et 10 autres)*	CM/Bukavu	Crime de guerre	9 mars 2011
Affaire *Maniraguha et Sibomana* *(MP et PC (400) c. Jean Bosco Maniraguha alias « Kazungu » et Sibomana Kabanda alias « Tuzargwana »)*	TMG/Bukavu	Crime contre l'humanité	12 août 2011
Affaire *Pantove* *(MP c. Pantove Merike et Bose Nibamwe)*	TMG/Bukavu	Crime de guerre	2 octobre 2011
Affaire *Kamona et Crts* ou **affaire *Lemera*** *(MP et PC c. Kamona et consorts)*	CM/Bukavu (appel) *(TMG/Uvira)*	Crime contre l'humanité	17 novembre 2011 *(30 octobre 2010)*
Affaire *Kimbanguistes* *(MP et PC c. Kumba et consorts)*	TGI/Kalamu, Kinshasa	Génocide	17 décembre 2011

Affaire	Juridiction ayant rendu la décision *(+ juridiction de première instance)*	Crime du Statut de Rome retenu/ examiné par les juges	Date de la décision *(+ date en première instance)*
Affaire *Kyat Hend et consorts* *(MP et PC c. Kyat Hend Dittmann et 27 autres)*	CM/Bukavu	Crime contre l'humanité	15 octobre 2012
Affaire *Kabala et consorts* ou **affaire *Mupoke*** *(MP et 107 PC c. Kabala Mandumba et consorts)*	CM/Bukavu (appel) *(TMG/Bukavu)*	Crime de guerre	20 mai 2013 *(15 octobre 2012)*
Affaire *Morgan* *(MP et PC c. Masumbuko Papy et autres)*	TMG/Ituri	Crime contre l'humanité + Crime de guerre	16 avril 2014
Affaire *Minova* *(MP et PC (1016) c/ Nzale Nkumu Ngando et 38 autres)*	CM/Goma	Crime de guerre	5 mai 2014
Affaire *Kahwa* *(MP et PC c. Kahwa et consorts)*	CM/Kisangani (appel) *(TMG/Ituri)*	Crime contre l'humanité + Crime de guerre	13 août 2014 *(2 août 2006)*
Affaire *Kakwavu* *(MP et PC c. Jérôme Kakwavu Bukande)*	Haute Cour militaire	Crimes de guerre	7 novembre 2014
Affaire *Colonel 106* *(MP et (307) PC c. Bedi Mobuli Engangela alias « colonel 106 »)*	CM/Bukavu	Crime contre l'humanité	15 décembre 2014
Affaire *Kizima* *(MP et (454) PC c. Kizima Lenine)*	TMG/Bukavu	Crime contre l'humanité	29 décembre 2014
Affaire *Amuri* *(MP et PC c. Amuri Mpiya)*	CM/ Kindu	Crimes contre l'humanité	31 octobre 2015

Remerciements

Cette étude est le fruit des contributions de plusieurs personnes et institutions que nous tenons à remercier. Les recherches pour cette étude ont été menées par Monsieur Jacques Mbokani, docteur en droit de l'Université catholique de Louvain, professeur à l'Université de Goma et ancien stagiaire à la Division des poursuites du bureau du procureur de la Cour pénale internationale (CPI). En plus d'assembler les décisions soumises à une analyse rigoureuse dans ce volume, Jacques Mbokani a mené les entretiens avec les personnes concernées avant d'assurer la préparation et la rédaction de cette étude.

Une première version de cette étude a été soumise à la lecture critique d'une équipe de chercheurs et praticiens qui ont ajouté une inestimable plus-value à son contenu. Il s'agit de M. Nyabirungu Mwene Songa, professeur émérite et ancien doyen de la faculté de droit de l'Université de Kinshasa, ancien avocat au Tribunal pénal international pour le Rwanda et ancien directeur de cabinet au ministère de la Justice ; du colonel Martin Ekofo, juge et président de Chambre à la Haute Cour Militaire ; et de Monsieur Samuel Bokolombe, professeur à la faculté de droit de l'Université de Kinshasa (UNIKIN) et membre de l'assemblée nationale où il est coauteur de la Loi de mise en œuvre du statut de la CPI. Il nous est un devoir agréable de remercier de tout cœur ces trois personnalités, qui figurent sans aucun doute parmi les autorités intellectuelles en matière des poursuites des crimes graves en RDC.

Il est également pour nous un réel plaisir de remercier de façon toute particulière les personnes suivantes et, à travers elles, les institutions qu'elles représentent, pour leur participation à l'atelier de validation de cette étude. Au cours de cet atelier, tenu en juin 2016, ces personnes ont passé l'étude sous une critique aussi rigoureuse qu'utile, et émis des propositions pertinentes d'amélioration qui ont contribu é à enrichir le contenu et la forme de cette étude. Il s'agit de : Prosper Djuma Bilali, avocat au barreau de Kinshasa/Gombe et assistant à l'Unikin; Eugene Bakama Bope, président du « Club des amis du droit du Congo » ; Joseph Cihunda, avocat au barreau de Kinshasa/Matete ; Clovis Elongama, assistant à l'UNIKIN; Iluta Ikombe, magistrat au parquet général de la République ; Edouard Mukendi Kalambayi, avocat au barreau de Kinshasa/Gombe ; Alexandre Muhindo Kamasitha, premier président de la Cour d'appel de Goma ; Rebecca Kambay, chargée de droits de l'homme au Bureau conjoint des Nations unies pour les droits de l'homme (BCNUDH) ; Me Dominique Kamuandu, chargé de programme d'Avocats Sans Frontières ; Jean Pierre Kuboya, avocat au barreau de Lubumbashi et secrétaire exécutif de l'Institut des droits de l'homme (IDH) ; colonel Nzau Keba, président à la Haute cour militaire; Serge Makaya Kiela, professeur à l'UNIKIN ; colonel Rémy Kilimpimpi, président à la Haute cour militaire ; Alphonse Koyakosi, avocat au barreau de Kinshasa/

Gombe ; Jospeh Makelele, magistrat à l'Auditorat supérieur militaire; colonel Innocent Mayamba, premier président de la Cour militaire de Mbandaka ; Jules Mbokani, avocat au barreau de Goma ; colonel Freddy Mukendi, avocat général des FARDC à l'Auditorat général ; Franck Mulenda, avocat au barreau de Kinshasa/Gombe et à la CPI ; colonel Toussaint Muntazini, directeur de cabinet de l'Auditeur général des FARDC ; Beaupaul Mupemba, chargé de programme à l'ACAJ (Association Congolaise pour l'Accès à la Justice) ; colonel Laurent Mutata, avocat général des FARDC à l'Auditorat général ; Josiane Mutombo, chargée de droits de l'homme au Bureau conjoint des Nations unies pour les droits de l'homme (BCNUDH) ; Kabasele Nzembele, président à la Cour d'appel de Matadi ; Patrick Tshibuyi, chargé de la sensibilisation au bureau de la CPI en RDC ; et Lazare Banide Wafole, premier président de la Cour d'appel de Bukavu. Nous remercions chacune de ces personnes et institutions, ainsi que plusieurs autres personnes dont nous n'avons pas pu mentionner les noms ici, pour leurs précieuses et inestimables contributions à la réussite de ce projet.

Ce projet a vu le jour à l'initiative et sous la supervision d'OSISA. Nick Elebe ma Elebe, directeur du programme RDC d'OSISA, et Frank Kamunga, coordonnateur du programme des droits humains d'OSISA ont prêté leur soutien et prodigué des conseils précieux tout au long du projet. Nos remerciements s'adressent de façon toute particulière à Roger Mvita, chargé de justice et droits humains d'OSISA-RDC, qui a dirigé tout le processus pour ce projet en s'assurant avec professionnalisme du bon fonctionnement de toutes les étapes de la recherche. Cette étude a été réalisée sous la direction éditoriale de Pascal Kambale, conseiller spécial au bureau régional pour l'Afrique du réseau des Fondations Open Society.



Introduction générale

La présente étude porte sur la jurisprudence des Cours et tribunaux congolais en matière des crimes de droit international, c'est-à-dire le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. La question essentielle consiste à savoir dans quelle mesure cette jurisprudence s'aligne sur celle des tribunaux pénaux internationaux (TPI), et tout particulièrement, sur celle de la Cour pénale internationale (CPI) dont les juridictions congolaises affirment appliquer directement le Statut. Cette question générale peut être subdivisée en cinq sous-questions. Premièrement, les faits que les tribunaux congolais ont qualifiés de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre le sont-ils effectivement au regard tant du Statut de Rome que de la jurisprudence de la CPI ? Deuxièmement, l'application des définitions des crimes tirées du Statut de Rome est-elle soutenue par celles des formes de responsabilité tirées du même texte juridique ? Dans l'affirmative, quelle interprétation les tribunaux congolais ont-ils faite des dispositions du Statut de Rome ? Et dans la négative, quel résultat entraîne le fait d'associer les définitions des crimes tirées du Statut de Rome et les définitions des formes de participation criminelle tirées du droit interne ? Troisièmement, au moment de fixer les peines contre les individus reconnus coupables, les tribunaux congolais font-ils preuve d'une clémence exagérée ou d'une sévérité excessive à l'égard des condamnés ? Et puisqu'il s'agit d'appliquer le Statut de Rome, ces tribunaux tiennent-ils compte de tous les éléments exigés notamment par l'article 77 du Statut de Rome et la règle 145 du règlement de procédure et de preuve (RPP) devant la CPI ? Le système carcéral congolais permet-il l'exécution effective des peines prononcées ? Quatrièmement, la répression de ces crimes graves par les tribunaux congolais est-elle faite dans le respect des droits de l'homme internationalement reconnus, et tout particulièrement des normes relatives au procès équitable des personnes accusées, ainsi que l'exige l'article 21(3) du Statut de Rome ? Cinquièmement enfin, quelle est la place des victimes dans cette répression et surtout que gagnent-elles concrètement à l'issue de tout ce processus judiciaire ?

La compréhension des enjeux de cette étude appelle une contextualisation de la problématique de la répression des crimes de droit international en République démocratique du Congo (RDC). La fin de plus de 30 ans de dictature du président Mobutu (1965-1997), renversé du pouvoir le 27 mai 1997 par une coalition des forces politico-militaires dénommées l'Alliance des forces démocratiques pour la libération du

Congo (AFDL), dont le porte-parole était Laurent-Désiré Kabila, a marqué le début d'une longue crise politique et d'une série de conflits armés en RDC. Une fois installé au pouvoir, le régime de Laurent-Désiré Kabila a, à son tour, fait face à deux importants mouvements rebelles : d'une part le Rassemblement congolais pour la démocratie (RCD) basé à Goma et soutenu par le Rwanda et d'autre part le Mouvement de libération du Congo (MLC), fondé et présidé par Jean-Pierre Bemba avec le soutien de l'Ouganda. Ces deux mouvements rebelles ont réussi, en peu de temps, à arracher au pouvoir central le contrôle de vastes étendues du territoire national. Cependant, tant le gouvernement central que les deux principaux mouvements rebelles précités ont exercé un faible contrôle territorial sur les parties du pays se trouvant sous leur autorité. Leur présence était généralement visible dans de grandes villes tandis que dans les villages et autres contrées reculées, l'administration était quasi inexistante. Il faut d'ailleurs rappeler que le RCD lui-même a éclaté en plusieurs autres parties, notamment le RCD/K-ML présidé par M. Mbusa Nyamwisi à Beni, dans la partie orientale de la RDC, ainsi qu'on le verra plus tard. Ce faible contrôle territorial a fini par créer un vide d'autorité que n'ont pas tardé à combler divers groupes armés tant nationaux (notamment les Maï-Maï) qu'étrangers (tels que les Forces démocratiques pour la libération du Rwanda (FDLR)). La RDC a rapidement été le théâtre des affrontements quasi généralisés sur son territoire. Ces affrontements ont opposé d'une part le gouvernement central, parfois allié à certains groupes armés, dont les Maï-Maï, contre les mouvements rebelles, et autres groupes armés. D'autre part, ils ont opposé les groupes armés entre eux, dans les querelles du contrôle des territoires riches en matières premières, étant entendu que ces groupes armés étaient eux-mêmes parfois soutenus par certains États voisins, tels que le Rwanda et l'Ouganda.

L'ampleur et le caractère prolongé de ces affrontements ont poussé certains auteurs à parler carrément de la « Grande Guerre africaine »[1]. Ces affrontements se sont toutefois déroulés en violation flagrante des lois et coutumes de guerre et ont été accompagnés d'une longue série d'abus et atrocités contre les populations civiles, abus imputés tant aux différents groupes armés (nationaux et étrangers) qu'aux forces armées gouvernementales[2]. Parmi ces violations graves, l'on dénombre les massacres des populations civiles, les actes de tortures, les pillages des biens tant privés que publics, la conscription ou l'enrôlement d'enfants-soldats et le fait de les faire participer activement à des hostilités, les viols et autres formes de violences sexuelles, etc. En 2007, certaines études ont évalué le nombre des personnes mortes des causes directes et indirectes des conflits armés depuis 1998 à 5,4 millions[3]. À ce jour, dix ans plus tard, ce chiffre a probablement doublé puisque les

1 David van Reybrouck, *Congo, une histoire*, (traduit du néerlandais (Belgique) par Isabelle Rosselin), éditions Actes Sud, p. 465.

2 Auguste Mampuya, « Responsabilité et réparations dans le conflit des grands-lacs au Congo-Zaïre », *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 2004, p. 686.

3 International Rescue Committee, *Mortality in the Democratic Republic of Congo : An Ongoing Crisis*, disponible en ligne sur http://www.rescue.org/sites/default/files/resource-file/2006-7_congoMortalitySurvey.pdf (visité le 5 mai 2016).

conflits armés et les déplacements des populations ne se sont pas arrêtés en 2007. Par ailleurs, l'envoyée spéciale des Nations Unies sur les violences faites aux femmes et aux enfants dans les conflits armés, M^me^ Margot Wallström, en est arrivée, en 2010, à qualifier la RDC de « capitale mondiale du viol » et à appeler le Conseil de sécurité à agir pour mettre un terme à ces violences[4]. Une cartographie plus ou moins complète de l'ensemble de ces violations commises depuis 1993 est d'ailleurs fournie par un important rapport de plus de 560 pages rédigé par les Nations Unies en 2010, rapport mieux connu sous le nom de « Rapport Mapping »[5]. Dans ce rapport, les Nations Unies en sont arrivées à envisager la qualification de génocide dans certains incidents particuliers[6].

Certains de ces abus ont fait l'objet des poursuites pénales tant devant la CPI que devant les cours et tribunaux nationaux. Il est courant d'entendre dire que le président Joseph Kabila aurait demandé aux Nations Unies la création d'un tribunal spécial pour la RDC[7]. En réalité, les informations concernant cette « demande » sont plutôt vagues. Ce qui est certain, c'est que le président Joseph Kabila avait exprimé, dans un discours à l'assemblée générale des Nations Unies, un simple « vœu » de voir un tribunal spécial pour la RDC être créé[8]. En l'absence d'une véritable demande émanant du gouvernement congolais, il n'est pas surprenant que les Nations Unies n'aient réservé aucune suite favorable à cette prétendue demande.

Par rapport aux tribunaux nationaux, il apparaît que ce sont exclusivement les tribunaux congolais qui se sont montrés plus actifs. Aussi curieux que cela puisse paraître, les crimes commis en RDC, malgré leur gravité et leur ampleur, n'ont fait l'objet d'aucune poursuite extraterritoriale de la part des tribunaux étrangers (africains, européens, etc.) sur la base par exemple de la compétence universelle dont la Belgique s'était pourtant, à une certaine période, montré la championne[9]. La seule exception connue à ce jour est

4 Voy. le PV de la 6302ème séance de la réunion du Conseil de sécurité des Nations Unies, Doc. ONU S/PV.6302, 27 avril 2010, p. 4.

5 Voy. *Rapport Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo,* août 2010 (ci-après, « rapport *Mapping* »), disponible en ligne sur http://www.ohchr.org/Documents/Countries/CD/DRC_MAPPING_REPORT_FINAL_FR.pdf (visité le 2 mai 2016).

6 Voy. *La guerre d'agression en République démocratique du Congo, Trois ans de massacres et de génocide « À huis clos »,* Livre blanc (Numéro spécial) du ministère des Droits humains, Kinshasa, octobre 2001.

7 Éric David, « La pratique du pouvoir exécutif et le contrôle des Chambres législatives en matière de droit international (1999-2003) », *Revue belge de droit international (RBDI)*, 2005/1-2, p. 409 ; Nyabirungu Mwene Songa, *Droit international pénal, Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, Kinshasa, Edition Droit et Société, 2013, p. 142 ; Jean-Pierre Fofé Djofia Malewa, *La Cour pénale internationale : Institution nécessaire aux pays des grands lacs africains : la justice pour la paix et la stabilité en R-D Congo, en Ouganda, au Rwanda et au Burundi*, L'Harmattan, 2006 ; M. Schotsmans, « La justice transitionnelle pendant la période la transition politique en RDC », *in* Stephaan Marysse, Filip Reyntjens et Stef Vandeginste (dir.), *L'Afrique des grands Lacs, Annuaire 2006-2007*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 214 (note 35).

8 Voy. P.-V. de l'Assemblée générale de l'ONU du 24 septembre 2003 (Doc. ONU A/58/PV.10), p. 16.

9 Pierre d'Argent, « L'expérience belge de la compétence universelle : beaucoup de bruit pour rien ? », *RGDIP*, 2004, vol. 3, pp. 597-632.

toutefois celle des tribunaux allemands dans la poursuite des crimes imputés aux FDLR[10]. Cependant, pour des raisons linguistiques, l'on ne s'étendra pas sur cette affaire, la langue du procès et du jugement ayant été l'allemand.

Cette étude porte exclusivement sur les décisions judiciaires militaires ayant porté sur les « crimes de droit international », c'est-à-dire le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Ces trois crimes, encore appelés crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, constituent une sous-catégorie de cet ensemble plus vaste des « crimes internationaux »[11]. En effet, dans le cadre des travaux de la Commission du droit international (CDI) sur le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la CDI avait classé les crimes internationaux en trois sous-catégories. La première, qui comprend « *les crimes de droit international* proprement dit ou *crimes internationaux par nature* », vise, selon le rapporteur de la CDI, Doudou Thiam, les crimes « qui portent atteinte à des valeurs sacrées, à des principes de civilisation, qui doivent être protégés en tant que tels : ainsi les droits de l'homme, la coexistence pacifique des nations ». La seconde sous-catégorie vise les « crimes qui ne sont devenus internationaux que pour les besoins de la répression, et que des conventions adoptées à cet effet ont portés du plan national au plan international ». Enfin, la troisième sous-catégorie concerne des « cas où un concours de circonstances transfère l'infraction du droit interne au droit international ». Dans cette dernière catégorie, on trouve « ceux dans lesquels un État s'est rendu auteur ou complice du crime ». Toutefois, le rapporteur Thiam a estimé que « cette catégorie n'a aucun caractère *sui generis* puisqu'elle englobe des crimes qui sont des crimes internes et dont l'internationalisation découle seulement de l'intervention d'un État dans leur perpétration »[12]. Il apparaît ainsi que l'expression « crimes de droit international » (ou « *crimes under international law* » en anglais), expression qui est préférée dans cette étude, recouvre une réalité plus restreinte que celle des crimes internationaux. En précisant ainsi la nature de ces trois crimes de droit international qui feront l'objet de la présente étude, l'on aura compris que seront donc exclues de ladite étude les affaires qui, tout en se rapportant à des faits graves, concernent néanmoins les crimes de droit commun[13] ou les

10 Voy. le jugement du 28 septembre 2015 rendu par le Tribunal régional supérieur de Stuttgart contre Murwanashyaka et Musoni. Pour une synthèse de l'ensemble de la procédure, voir l'article de la *European Center for Constitutional and Human Rights*, « Groundbreaking trial in Germany: Rwandan FDLR rebel leaders sentenced », disponible en ligne sur http://www.ecchr.eu/en/our_work/international-crimes-and-accountability/congo-war-crimes-trial.html (visité le 2 mai 2016). Voy. aussi les quatre rapports publiés par le Centre précité à l'adresse internet indiquée, Centre qui a observé le déroulement de ce procès.

11 Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2ème éd., TMC Asser Press, 2009, p. 42; Gerhard Werle et Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, 3ème éd., Oxford, Oxford University Press (OUP), 2014, p. 31 *et seq*.

12 Doudou Thiam, « Premier rapport sur le projet de codes des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », Doc. A/CN.4/364, *Annuaire de la Commission du droit international (ACDI),* 1983, vol. II (1), p. 148, § 34.

13 L'on n'analysera donc pas ici les affaires telles que celles portant sur les assassins du défenseur des droits de l'homme Floribert Chebeya, du journaliste Serge Maheshe (RP 186/2007), du colonel Mamadou Ndala, ou encore l'affaire concernant le commerçant Kambale Kisoni, etc. Dans ce même ordre d'idée, l'on n'étudiera pas non plus les affaires qui se rapportant au viol et autres formes de violences sexuelles lorsque ces actes ont été commis en dehors de tout contexte propres aux crimes de droit international.

autres « crimes internationaux » tels que le trafic des stupéfiants, le trafic des êtres humains, le terrorisme international, etc.

La réalisation de cette étude a été confrontée à certaines difficultés dont il convient de faire état pour en comprendre certaines limites. La première difficulté est liée à l'accès aux décisions judiciaires des juridictions militaires. Il n'existe pas de recueil jurisprudentiel ni de site internet dans lequel ces décisions sont publiées et rendues accessibles. Certes, il existe un Bulletin des arrêts de la Haute Cour militaire dont la 3e édition (et dernière en date – document que la Haute Cour militaire a gracieusement mis notre disposition) a été publiée en 2013. Cette initiative est importante et mérite d'être encouragée. Cette importante publication comporte toutefois quelques limites dont il conviendra de tenir compte lors de la publication des prochaines éditions. En effet, dans son « éditorial » signé par le premier président de la Haute Cour militaire, il n'est pas précisé le critère de sélection des décisions qui y sont publiées. Cette absence de précision entraîne trois séries de problèmes. Premièrement, son intitulé fait croire à tort qu'il contient uniquement des décisions de la Haute Cour militaire alors qu'on y trouve aussi des arrêts des Cours militaires qui sont d'ailleurs plus nombreux que ceux de la Haute Cour militaire. Deuxièmement, il n'est pas non plus précisé la période couverte par cette publication, les arrêts publiés n'étant d'ailleurs pas classés suivant un ordre chronologique. Troisièmement, par rapport au contenu de ces arrêts, on y trouve des décisions rendues sur diverses matières (vol, escroquerie, assassinat, etc.) ; et des arrêts tant sur le fond que certains arrêts avant dire droit (comme dans l'affaire *Kakwavu*), sans qu'il ne soit expliqué l'intérêt de publier de telles décisions (avant dire droit) sur des procès en cours. On est surtout frappé par la rareté, sinon la quasi-absence des décisions se rapportant à l'application directe du Statut de Rome. En parcourant toutes les trois éditions du Bulletin publiées à cette date, on constate que la seule décision de fond se rapportant à l'application du Statut de Rome est l'arrêt *Gédéon* rendu par la Cour militaire du Katanga en 2010 et publiée dans la troisième édition[14]. Et pourtant, comme on le verra dans cette étude, il existe beaucoup d'autres arrêts des Cours militaires et même de la Haute Cour militaire relatifs à l'application du Statut de Rome rendus au cours de la période allant de 2006 à 2013 et qui ne figurent pas dans ce Bulletin. Au regard de ces limites (auxquelles les autorités de la Haute Cour feront attention lors de la prochaine publication), l'on comprend que c'est beaucoup plus par des contacts personnels avec le personnel judiciaire (notamment les greffiers) que l'on peut avoir accès à ces décisions. Mais, cet accès individuel est soumis à des tracasseries administratives difficiles à surmonter, en particulier lorsqu'on n'a pas été partie au procès.

14 CM/Katanga, *MP et 102 Parties civiles c. Kyungu Mutanga Gédéon et 25 autres*, affaire RPA n° 025/09, 16 décembre 2010 (ci-après, « Arrêt *Gédéon* »), *in Bulletin des arrêts de la HCM, op. cit.*, pp. 267 *et seq.*

Pourtant, cette difficulté d'accès comporte au moins deux incidences négatives qu'il importe de mettre en évidence. La première incidence négative est relative au domaine de la recherche dans la mesure où il n'existe pas beaucoup de travaux de recherche effectués sur ces décisions par des Congolais[15]. Par rapport à la présente étude d'ailleurs, il est important d'avertir le lecteur que (i) bien que cette étude concerne les décisions rendues depuis l'arrêt *Ankoro* de la Cour militaire du Katanga en 2004 et se clôture avec l'arrêt *Amuri* rendu par la Cour militaire de Kindu en octobre 2015, il est quasiment certain qu'elle ne couvre pas toutes les décisions rendues par les juridictions congolaises durant toute cette décennie (2004-2015) ; (ii) certaines décisions commentées ont probablement fait l'objet de recours dont nous ne sommes pas au courant ; enfin (iii) dans cette étude, les références (pages) à ces décisions ne sont pas uniformes et doivent être prises avec une certaine prudence parce qu'elles dépendent de l'institution (privée) qui a publié les décisions[16]. Dans certains cas, il n'est même pas possible de renvoyer aux pages de la décision parce que celle-ci n'a tout simplement pas été publiée ni dactylographiée ou parce que plusieurs versions de cette même décision sont en circulation, chacune d'elles contenant sa propre pagination[17].

La deuxième incidence négative porte sur la qualité jurisprudentielle. En rendant leurs décisions, les juridictions militaires congolaises ont du mal à faire des liens entre leurs propres décisions et instaurer ainsi une sorte de « dialogue jurisprudentiel ». Ainsi, ces juridictions ne profitent pratiquement pas de l'expérience que certaines d'entre elles peuvent avoir acquise dans le traitement des affaires portant sur des faits similaires. En outre, lorsqu'un juge sait d'avance que sa décision ne sera pas publiée et qu'elle finira par moisir sur une étagère poussiéreuse dans un obscur local réservé aux archives du tribunal, un tel juge sera beaucoup plus tenté par la complaisance et la loi du moindre effort dans la rédaction de sa décision, alors que s'il est conscient que sa décision sera publiée et donc soumise au contrôle du public et donc soumise au contrôle du public et exposée

15 Les quelques travaux publiés par des Congolais sont les suivants : Club des amis du droit du Congo (CAD), *La répression des crimes internationaux par les juridictions congolaises*, mai 2010, disponible en ligne sur http://www.iccnow.org/documents/CAD_LaRepressiondesCrimes_Dec2010.pdf (visité le 18 août 2016) ; Joseph Kazadi Mpiana, *La position du droit international dans l'ordre juridique congolais et l'application de ses normes*, Paris, Publibook, 2013 ; Jacques B. Mbokani, « L'application du Statut de Rome par les tribunaux militaires congolais : vers une banalisation des crimes de droit international ? », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2014/1 ; Jean-Michel Kumbu, « National Courts : the Situation in the Democratic Republic of Congo », *in* Heike Krieger (dir.), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, Cambridge, CUP, 2015, pp. 217 et suivantes.

16 Ainsi, le jugement *Songo Mboyo* a été publié dans la Revue *Horizon* de l'Université catholique du Graben à Butembo (*Revue de Droit et de Science Politique du Graben*, n° 2, publiée en juin 2006, p. 53-91). De même, l'organisation Avocats sans frontières (ASF) a publié deux études sur la jurisprudence congolaise en matière des crimes internationaux en 2009 et en 2014, mais surtout un recueil contenant certaines décisions rendues par les juridictions militaires congolaises (voy. ASF, *Recueil de jurisprudence congolaise en matière des crimes internationaux : édition critique*, décembre 2013 (ci-après, « *Recueil ASF*, 2013 »). Dans l'un comme dans l'autre cas, la pagination attribuée à ces décisions tout au long de cette étude, n'est pas celle de la juridiction qui a rendu la décision (présentée généralement sous forme de « feuillets »), mais celle que lui a donnée l'institution (privée) qui a publié la décision.

17 Voir par exemple l'arrêt *colonel 106* rendu par la Cour militaire de Bukavu en 2014 et l'arrêt *Kakwavu* rendu en 2014 par la Haute Cour militaire.

aux feux des critiques scientifiques parfois acerbes, il y a fort à parier que ce juge fera un peu plus attention dans la rédaction de sa décision et se montrera plus rigoureux dans l'argumentation qu'il avance pour justifier ses conclusions. Il est donc impérieux de faciliter l'accès aux décisions judiciaires et, au besoin, leurs publications, pour renforcer la qualité des décisions judiciaires des juridictions militaires.

La deuxième difficulté rencontrée dans la réalisation de cette étude est liée à la qualité rédactionnelle de ces décisions. La plupart d'entre elles sont mal rédigées et mal structurées, tandis que d'autres renvoient à la jurisprudence internationale de manière maladroite et parfois inexacte, tout en comportant des erreurs des dates. Il est alors difficile d'exposer un résumé des faits qu'elles ont retenus et de retracer les grandes lignes de leur l'argumentation juridique. Comme on le verra plus tard, les ambiguïtés et imprécisions dans ces décisions judiciaires comportent une incidence sur le respect de la dignité humaine et sur les droits de la défense : ce sont en effet des êtres humains qui se voient ainsi condamnés à des lourdes peines sur la base des décisions judiciaires ambigües.

Quoi qu'il en soit et malgré ces difficultés, l'on essayera, autant que possible, de mener cette étude suivant une méthode comparative, dans une sorte de jeu de miroir dans lequel il sera question de vérifier dans quelle mesure la jurisprudence congolaise se rallie à ou s'écarte de celle des tribunaux pénaux internationaux (et internationalisés) et tout particulièrement de la CPI. Pour cela, les questions seront systématiquement traitées de façon transversale, c'est-à-dire regroupées autour d'une question précise et analysées de façon chronologique, ce qui fait défaut dans certains écrits[18]. L'analyse de chaque jurisprudence débutera par un résumé des faits suivi de l'exposé de l'argumentation juridique tenue par la juridiction par rapport à la question traitée et se termine par les observations critiques.

Après cette précision, il importe dès lors de présenter la structure globale de cette étude et l'approche méthodologique. Six points principaux (chapitres) seront traités dans cette étude. L'on commencera, dans un premier chapitre, par les problèmes que pose le cadre juridique de la répression des crimes de droit international en RDC. Il sera question de vérifier essentiellement si ce cadre juridique est approprié pour la répression par les tribunaux congolais des crimes prévus par le Statut de Rome. Dans un deuxième chapitre, l'on se penchera sur la question de la pertinence des qualifications des crimes de droit international employées dans ces décisions. L'enjeu de ce chapitre consistera à évaluer dans quelle mesure les tribunaux congolais établissent préalablement les exigences contextuelles de ces crimes avant d'employer les qualifications des crimes de droit international. Cela permettra aussi de vérifier le niveau de distinction entre d'une part les crimes de droit international et les crimes de droit commun et, d'autre part, les différents crimes de droit internationalentre eux. Le troisième chapitre sera focalisé sur la définition des formes de

18 Voy. notamment *Recueil ASF*, 2013. Dans cette étude, les auteurs ont commenté la jurisprudence congolaise sans suivre un ordre chronologique. En procédant ainsi, ils n'ont pas été en mesure de dire s'il y avait une évolution dans la manière dont les tribunaux congolais traitaient les affaires liées aux crimes de droit international. Dans cette étude, des décisions judiciaires rendues dans la même affaire (l'une au 1er degré et l'autre au second) ont été commentées *séparément* sans faire un *rapport* entre les deux argumentations.

responsabilité pénale individuelle des crimes de droit international. Il sera question de voir dans quelle mesure les exigences contextuelles des crimes de droit international influent sur les formes de responsabilité. L'on verra ainsi que lorsque les exigences contextuelles de ces crimes n'ont pas été clarifiées, il sera difficile de faire recours à certaines formes de responsabilité pénale propres à ces crimes telles qu'elles sont prévues aux articles 25 et 28 du Statut de Rome. En quatrième lieu, l'on étudiera la manière dont les juridictions congolaises fixent les peines lorsqu'elles ont établi la culpabilité de la personne poursuivie devant eux pour les crimes de droit international. L'objectif de ce chapitre n'est pas de débattre sur le taux des peines appliquées. Cette question relève en effet des pouvoirs souverains des juges. Il sera plutôt question d'analyser les éléments mis en avant à titre de circonstances atténuantes ou de circonstances aggravantes pour justifier les peines prononcées. L'objectif d'une telle démarche est de voir dans quelle mesure l'obligation de l'individualisation de la peine et la règle de la proportionnalité de la peine sont respectées par les juridictions militaires congolaises. Le cinquième chapitre portera sur le niveau du respect, par les juridictions congolaises, du droit au procès équitable des accusés dans la mesure où la répression des crimes de droit international doit être réalisée dans le respect des droits de l'homme internationalement reconnus. Le sixième et dernier chapitre sera consacré aux droits des victimes dans la répression des crimes de droit international devant les juridictions congolaises. L'on analysera ainsi les enjeux de la participation des victimes dans la répression des crimes et les défis (et limites) des réparations dues aux victimes de ces crimes par la voie judiciaire. L'on clôturera par une conclusion générale synthétisant les différentes leçons découlant de l'ensemble de cette étude.



II

Cadre juridique : combler les lacunes du droit interne

À ce jour, la répression des crimes de droit international commis en RDC a été réalisée sur la base d'un cadre juridique comprenant deux niveaux. Le premier niveau est le niveau international. Il comprend l'ensemble des textes juridiques internationaux. Le second niveau est celui du droit interne. Il comprend les textes juridiques nationaux se rapportant à la répression des crimes précités.

A. Les textes juridiques internationaux

La RDC est partie à toute une série de Contentions et traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, au droit humanitaire et à la justice pénale internationale.

Par rapport aux traités relatifs aux droits de l'homme, deux textes principaux peuvent être cités, à titre illustratif. Le premier est le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ainsi que son protocole facultatif de la même date, ratifiés par la RDC le 1er novembre 1976[19]. Ce texte proclame une série des droits et libertés fondamentaux des individus et oblige les États « à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte »[20]. L'obligation de garantir le respect des droits ainsi proclamés a été considérée comme générant une obligation à charge des États de poursuivre les individus responsables des violations desdits droits dès lors que ces violations sont graves et intentionnelles[21]. À ce titre, la RDC a, à plusieurs reprises, été condamnée par le Comité

19 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171 et vol. 1057, p. 407 ; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171.

20 Article 2(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

21 Anja Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford, OUP, 2009, p. 113.

des droits de l'homme (CDH) des Nations Unies, institué par le Pacte précité, pour n'avoir pas enquêté ni poursuivi les responsables de telles violations[22].

Le second texte international est la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 ratifiée par la RDC le 18 mars 1996[23]. L'article 2(1) de cette Convention définit la torture comme « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ». Selon ce même article, ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ». L'article 2(2) quant à lui précise qu'« aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture ». Enfin, l'article 7 de cette Convention prévoit à charge des États parties, une obligation de poursuivre à défaut d'extrader, les responsables d'actes de tortures[24]. Notons par ailleurs que la RDC est également partie, depuis le 23 septembre 2010, au Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, signé à New York, 18 décembre 2002[25]. Ce Protocole a pour objectif « l'établissement d'un système de visites régulières, effectuées par des organismes internationaux et nationaux indépendants, sur les lieux où se trouvent des personnes privées de liberté, afin de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants »[26]. Par rapport à l'interdiction de la torture et à l'obligation d'en poursuivre pénalement les responsables, l'on rappellera que la RDC a déjà été condamnée par le Comité contre la torture pour n'avoir pas enquêté

22 Comité des droits de l'homme (CDH), *Muteba c. Zaïre*, Communication n° 124/1982, 25 mars 1983, § 13 ; CDH, *Isidore Kanana Tshiongo a Minanga c. Zaïre*, Communication n° 366/1989, 2 novembre 1993, § 7 ; CDH, *Philémon Basongo Bondonga c. République démocratique du Congo*, Communication n° 1483/2006, 30 juillet 2009, §§ 7 et 8 ; CDH, *Franck Kitenge Baruani c. République démocratique du Congo*, Communication n° 1890/2009, 27 mars 2014, § 8 ; CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, République Démocratique du Congo*, Doc. ONU CCPR/C/COD/CO/3, 26 avril 2006, § 10.

23 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 85.

24 Comité contre la torture (CCT), *Suleymane Guengueng et autres c. Sénégal*, Communication n° 181/2001, Doc. ONU CAT/C/36/D/181/2001 (2006), 19 mai 2006, § 9.7 ; Cour internationale de justice (CIJ), *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, 20 juillet 2012, §§ 94-95.

25 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2375, p. 237.

26 Article 1er dudit protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels du 18 décembre 2002.

ni engagé des poursuites pénales contre les responsables des actes de torture se trouvant en RDC[27].

Il existe une troisième Convention qui présente une pertinence à la présente étude qu'il convient de mentionner, même si elle n'est pas encore ratifiée par la RDC : la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées entrée en vigueur le 23 décembre 2010. Après avoir précisé en son article 1er, paragraphe 1er, qu' « aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la disparition forcée », l'article 2 de cette Convention définit les disparitions forcées comme étant « l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi ». L'article 11 de cette Convention prévoit un mécanisme de répression des disparitions forcées identique à celui de la Convention contre la torture puisque ladite disposition prévoit la clause dite « *aut dedere aut judicare* » par laquelle l'État partie est obligé, s'il n'extrade pas, de traduire devant ses propres tribunaux criminels les responsables des disparitions forcées trouvés sur son territoire. Dès lors que les disparitions forcées peuvent constituer une sous-catégorie des crimes contre l'humanité ainsi que le disent d'ailleurs clairement l'article 5 de ladite Convention[28] et l'article 7(1)(i) du Statut de Rome, il est important que la RDC ratifie cette Convention pour faciliter sa répression devant les tribunaux congolais.

Dans le domaine du droit international humanitaire, l'on se bornera à citer deux séries de textes d'une importance capitale. La première série comprend la Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide du 9 décembre 1948 ratifiée par la RDC depuis le 31 mai 1962[29]. L'article II de cette Convention définit le génocide, comme « l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel: a) meurtre de membres du groupe; b) atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe; c) soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa

27 CCT, *Conclusions et recommandations du Comité contre la torture, République démocratique du Congo*, Doc ONU CAT/C/DRC/CO/1, 1er avril 2006, § 6. Dans ce paragraphe, le Comité contre la torture a exprimé ses préoccupations par rapport aux « allégations récurrentes de tortures et de mauvais traitements généralisés imputés aux forces et services de sécurité de l'État partie, ainsi que par l'impunité apparente dont bénéficient les auteurs de ces actes ». Il a en conséquence demandé à la RDC de « prendre des mesures énergiques pour que soit éliminée l'impunité des auteurs présumés d'actes de torture et de mauvais traitements, que des enquêtes promptes, impartiales et exhaustives soient menées à ce sujet, que les auteurs de ces actes soient jugés et, s'ils sont reconnus coupables, condamnés à des peines appropriées, et que les victimes soient convenablement indemnisées ».

28 Selon l'article 5 de la Convention contre les disparitions forcées, « la pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité, tel qu'il est défini dans le droit international applicable, et entraîne les conséquences prévues par ce droit ».

29 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, p. 277.

destruction physique totale ou partielle; d) mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe; e) transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe ». L'obligation de poursuivre les responsables du génocide est affirmée tant par l'article I[er] que par l'article VI aux termes duquel « les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis ou devant la Cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction ».

La seconde série comprend toutes les Conventions relatives au droit des conflits armés. Il s'agit d'abord et avant tout des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, ratifiées par la RDC depuis le 24 février 1961[30]. Chacune de ces Conventions prévoit un article 3 commun ainsi formulé : « en cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes: les 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 pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. À cet effet, sont et demeurent prohibées, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus : a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ; b) les prises d'otages ; c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ; d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés ». Cet article 3 commun est considéré comme constituant la base coutumière des crimes de guerre commis dans le contexte des conflits armés non internationaux[31]. Quant aux conflits armés internationaux, les articles 50/51/130/147 communs à ces quatre Conventions prévoient une série d'actes considérés comme constituant des « infractions graves » dès lors que ces actes sont commis contre les biens et les personnes protégées, c'est-à-dire appartenant à l'ennemi[32]. Ces quatre articles prévoient par ailleurs une obligation, à charge des États parties, de rechercher et de déférer devant leurs tribunaux criminels

30 Voy. le site internet du Comité international de la Croix rouge et du Croissant rouge (Traités, Etats parties et commentaires) à l'adresse : https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=CD&nv=4 (visité le 03 juin 2016).

31 TPIY (Ch. Appel), *Procureur c. Tadić*, « Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence », 2 octobre 1995 (ci-après, « arrêt *Tadic* (exception préjudicielle d'incompétence »), §§ 79-85.

32 Article 4 de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949.

les responsables de ces actes, à défaut de les extrader[33]. Ces quatre Conventions sont par ailleurs développées et complétées par deux protocoles additionnels du 8 juin 1977, également ratifiés par la RDC[34], se rapportant à la protection des victimes des conflits armés, l'un concernant les conflits armés internationaux (Protocole I) et l'autre, les conflits armés non internationaux (Protocole II).

Les textes internationaux relatifs à la justice pénale internationale comprennent les divers statuts des tribunaux pénaux internationaux ou internationalisés depuis le procès de Nuremberg, ainsi que l'abondante jurisprudence rendue par ces tribunaux. Ils comprennent tout particulièrement le Statut de Rome créant la CPI du 17 juillet 1998, ratifié par la RDC depuis le 11 avril 2002 et qui est entré en vigueur le 1er juillet 2002[35]. L'importance que revêt ce texte par rapport à la présente étude mérite qu'on s'y attarde un peu.

Deux caractéristiques essentielles de la CPI méritent d'être rappelées pour leur incidence sur l'objet de la présente étude. La première caractéristique, sur laquelle l'on ne s'attardera pas, est que la compétence temporelle de la CPI est limitée aux crimes commis *après* l'entrée en vigueur du Statut de Rome, c'est-à-dire après le 1er juillet 2002. Cela implique qu'une grande partie des crimes commis en RDC avant le 1er juillet 2002 échappera à la compétence de la CPI.

La seconde caractéristique est le caractère complémentaire de la CPI posé dans le préambule du Statut de Rome lui-même et aux articles 1er et 17. Comme le rappelle le préambule du Statut de Rome, c'est d'abord aux États que revient la *responsabilité principale* de poursuivre les auteurs des crimes de droit international. La CPI n'est censée intervenir que lorsque les États ne s'acquittent pas adéquatement de l'obligation de poursuivre les crimes qui menacent la paix et la sécurité de l'humanité. Ainsi, « les États parties au Statut de Rome conservent la compétence principale dans la répression des crimes relevant dudit Statut, tandis que la Cour pénale internationale intervient de manière subsidiaire lorsque les États n'agissent pas ou que leur action se révèle défaillante »[36]. C'est pour cette raison que le Statut de Rome consacre la primauté des juridictions nationales sur la CPI dans la répression des crimes de droit international. Tel est le sens

33 Paola Gaeta, « Chapter 31 : Grave Breaches of the Geneva Conventions », *in* Andrew Clapham, Paola Gaeta et Marco Sassòli (dir.), *The 1949 Geneva Conventions : A Commentary*, Oxford, OUP, 2015, p. 632.

34 Le Protocole I a été ratifié par la RDC depuis le 03 juin 1982, tandis que le Protocole II ne l'a été que depuis le 12 décembre 2002 (voir, le site internet du CICR).

35 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, p. 3. La RDC a signé le Statut de Rome instituant la CPI, le 8 septembre 2000. Le 30 mars 2002, le président de la RDC a signé le décret-loi n° 003/2002 autorisant la ratification du Statut de Rome. Le dépôt de l'instrument de ratification dudit Statut de Rome auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (ONU) a été effectué le 11 avril 2002. La publication du décret de ratification au journal officiel congolais a été effectuée le 5 décembre 2002. La ratification du Statut de Rome par la RDC a été la soixantième et a permis audit Statut d'atteindre le seuil exigé de 60 États parties pour son entrée en vigueur ; et il est effectivement entré en vigueur le 1er juillet 2002.

36 Vincent Chetail, « Tous les chemins ne mènent pas à Rome. La concurrence des procédures dans le contentieux international pénal à l'épreuve du principe de complémentarité », *in* Yann Kerbrat (dir.), *Forum Shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 130.

du principe de complémentarité présenté comme « pierre angulaire » du système de justice pénale instauré par le Statut de Rome[37].

Les implications du principe de la complémentarité sont à l'origine d'un malentendu qu'il importe de dissiper. Selon certains écrits, le principe de la complémentarité entraînerait une obligation à charge des États de poursuivre les crimes relevant de la compétence de la CPI de telle sorte que lorsqu'un État poursuit ces crimes, il met en œuvre le principe de la complémentarité[38]. On trouve une telle approche dans le droit sud-africain[39]. Le droit congolais est, sur cette question, plutôt ambigu[40]. Pourtant, un tel raisonnement ne convainc qu'à moitié puisque d'une part, il conduit à inverser le sens du principe de la complémentarité en impliquant indirectement que ce sont les juridictions nationales qui complètent l'action de la CPI alors que c'est l'inverse qui est vrai. D'autre part, il implique que les États ne seraient obligés de poursuivre les crimes prévus dans le Statut de Rome qu'après l'entrée en vigueur de ce dernier, alors que cela n'est pas correct. En réalité, le principe de complémentarité n'implique pas une obligation de poursuivre les crimes prévus dans le Statut de Rome puisque l'objet de ce dernier se limite à l'institution d'une CPI et

37 *Idem*, p. 132.

38 Voy. le *Rapport intérimaire de la Rapporteuse spéciale sur la situation des droits de l'homme en République démocratique du Congo*, Doc. ONU A/58/534, 24 octobre 2003, § 55 ; Jann K. Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford, OUP, 2008, pp. 235-236 ; conférence de révision du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Kampala du 31 mai au 11 juin 2010, première partie, doc. RC/11, p. 5, § 27 ; et la Résolution RC/Res.1 sur la complémentarité, adoptée à la neuvième séance plénière, le 8 juin 2010, § 2. *Recueil ASF*, 2013, p. 8 (introduction générale) : « La publication de ce recueil vise également à faire connaitre au grand public le niveau de la mise en œuvre du principe de complémentarité de la Cour Pénale Internationale en RDC, à travers la portée des décisions rendues en matière de crimes internationaux et, par là, renforcer la lutte contre l'impunité de tels actes, et à informer la communauté internationale des efforts entrepris par les juridictions congolaises dans la résolution du contentieux en matière de crimes internationaux ».

39 Voy. la Section 5(3) de l' *Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act*, du 18 juillet 2002, dans laquelle le législateur sud-africain demande au bureau du procureur national, lorsqu'il décide de poursuivre une affaire, de le faire de manière à donner effet à « l'obligation » qu'a la République d'Afrique du Sud d'exercer, en premier lieu et en droite ligne avec le principe de la complémentarité, sa compétence et sa responsabilité de poursuivre les personnes suspectées de crimes du Statut de Rome.

40 En effet, dans le préambule de la loi n° 15/022 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal, le législateur congolais déclare que « la compétence de la Cour étant complémentaire à celle des juridictions nationales, les Etats parties ont souscrit à la double obligation ci-après : d'une part, coopérer pleinement avec la Cour dans les enquêtes et les poursuites à mener pour les crimes relevant de sa compétence et, d'autre part, procéder à l'harmonisation de son droit pénal avec les dispositions dudit Statut ». En disposant ainsi, le législateur congolais ne dit pas clairement s'il considère cette « obligation d'harmonisation » du droit pénal interne comme simplement un moyen permettant la coopération de la RDC avec la CPI sans nécessairement impliquer une obligation pour la RDC de poursuivre devant ses propres tribunaux les responsables de ces crimes ou si au contraire, le législateur congolais considère que l'obligation d'harmonisation supposée découler de la ratification du Statut de Rome entraîne une obligation de poursuivre les crimes en question devant les tribunaux congolais. En revanche, dans le préambule de la loi n° 15/024 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 06 août 1959 portant Code de procédure pénale, le législateur congolais a, sans détour, soutenu que « [la ratification par la RDC du Statut de Rome] implique d'une part le devoir de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables des crimes internationaux définis dans le Statut de Rome et d'autre part l'obligation de coopérer pleinement avec la Cour pénale internationale ». Ici, il est clair que l'obligation de poursuivre les crimes prévus dans le Statut de Rome devant les tribunaux congolais est affirmée.

à l'organisation des rapports que cette Cour est appelée à entretenir avec les systèmes de justice pénale nationaux[41]. Même si l'on admettait que ce principe entraîne l'obligation d'harmoniser le droit pénal interne, une telle obligation doit avant tout être lue à la lumière de l'obligation générale des États de coopérer avec la CPI dans ses enquêtes et ses poursuites. Il serait en effet juridiquement difficile pour un État n'ayant pas harmonisé son droit pénal interne avec les dispositions du Statut de Rome de coopérer pleinement avec la CPI dans les enquêtes et les poursuites de cette dernière. Mais, cela n'implique pas nécessairement que cet État est obligé de poursuivre lui-même les crimes prévus dans le Statut de Rome devant ses propres tribunaux. Ainsi, au regard du principe de la complémentarité, ce ne sont pas les tribunaux nationaux, à l'instar de ceux de la RDC, qui sont complémentaires à la CPI, mais l'inverse. Lorsqu'un État poursuit les crimes de droit international, il ne le fait pas en vertu du Statut de Rome puisque celui-ci ne lui impose pas une telle obligation.[42]. Cette obligation découle toutefois des autres traités de droit international humanitaire et ceux des droits de l'homme vus précédemment. C'est pour cela qu'il est important que la RDC procède à la ratification de la Convention contre les disparitions forcées. L'obligation de poursuivre dont on parle découle aussi, dans une certaine mesure, du caractère impératif (*jus cogens*) de l'interdiction de commettre ces crimes[43].

Ayant ainsi clarifié l'implication du principe de la complémentarité, notons que dans le cadre de son activité en RDC, la CPI a ouvert une série d'enquêtes depuis 2004. Ces enquêtes ont, à ce jour, entraîné des poursuites pénales à l'encontre de six individus, à savoir Thomas Lubanga, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo et Bosco Ntaganda, tous quatre ayant été des seigneurs de guerre très actifs dans les conflits armés à caractère ethnique survenus en Ituri ; Concernant les crimes commis au Nord et au Sud Kivu, les poursuites ont visé M. Callixte Mbarushimana et le « général » Sylvestre Mudacumura, tous deux étant des hauts dirigeants des FDLR. Comme on peut le constater, le nombre d'individus poursuivis par la CPI en lien avec les crimes commis en RDC reste trop faible. Par ailleurs, au lieu de se focaliser sur les plus hauts responsables des crimes commis en RDC (gros poissons), responsables des crimes que les juridictions nationales auraient eu du mal à poursuivre, il est apparu que la CPI s'est plutôt intéressée à du « menu fretin » qu'elle s'est disputé avec les autorités judiciaires congolaises (affaires Lubanga et Katanga), laissant ceux qu'elle aurait dû poursuivre couler des jours tranquilles[44].

41 Jacques Mbokani, *L'amnistie et la répression des crimes de droit international au regard de l'avènement de la Cour pénale international*, Thèse, inédit, Université catholique de Louvain, 7 septembre 2015.

42 Payam Akhavan, « Whither National Courts? The Rome Statute's Missing Half. Towards an Express and Enforceable Obligation for the National Repression of International Crimes », *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, vol. 8, 2010, pp. 1245-1266.

43 Olivier de Schutter, *International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press (CUP)., 2014, p. 91.

44 Pascal K. Kambale, « A Story of Missed Opportunities : The Role of the International Criminal Court in the Democratic Republic of Congo », *in* Christian de Vos, Sara Kendall et Carsten Stahn (dir.), *Contested Justice: the Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, Cambridge, CUP, 2015, pp. 171 *et seq.*

B. Les textes juridiques nationaux

Le cadre juridique national de la répression des crimes de droit international en RDC appelle à la distinction des deux périodes. La première est celle de la compétence exclusive des tribunaux militaires dans la répression des crimes de droit international et qui peut être située entre 2002 et 2013 et la seconde est celle de la compétence concurrente entre les juridictions militaires et les juridictions non militaires et qui commence à partir de 2013.

1. La période de la compétence exclusive des juridictions militaires

Jusqu'en 2013, la répression du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre reposait essentiellement sur le Code judiciaire militaire[45] et sur le Code pénal militaire[46] promulgués le 18 novembre 2002. Ces deux lois prévoyaient des dispositions qui dérogeaient au droit commun et qui étaient spécifiques à l'environnement militaire. Elles précisaient toutefois que pour les questions non traitées par elles, c'est le droit commun qui s'appliquait. Le « droit commun » dont il s'agissait ici renvoyait principalement au Code pénal ordinaire, au Code de procédure pénale et au Code de l'organisation et de la compétence judiciaire (Code d'OCJ)[47]. Ces deux lois, complétées dans la suite par trois autres lois (Loi n° 06/018 du 20 juillet 2006 modifiant et complétant le Code pénal congolais, la Loi 06/019 du 20 juillet 2006, la Loi n° 01/009 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant) destinées à renforcer la répression des violences sexuelles et par la Loi n° 11/008 du 9 juillet 2011 portant criminalisation de la torture, confiaient aux juridictions militaires une compétence exclusive dans la répression des crimes prévus dans le Statut de Rome[48]. C'est en effet dans le Code pénal militaire qu'étaient définis les trois principaux crimes de droit international, à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

Cependant, il s'est révélé que les définitions contenues dans le Code pénal militaire étaient vagues et imprécises. L'exemple le plus souvent cité est l'article 166 qui définissait les crimes contre l'humanité comme étant « les infractions graves énumérées ci-après portant atteinte, par action ou par omission, aux personnes et aux biens protégés par les Conventions de Genève du 12 août 1949 et les Protocoles additionnels du 8 juin 1977,

45 Loi n° 023/2002 du 18 novembre 2002 portant Code judiciaire militaire (ci-après, le « Code judiciaire militaire »).

46 Loi n° 024/2002 du 18 novembre 2002 portant Code pénal militaire (ci-après, le « Code pénal militaire »).

47 Voy. l'article 1er du Code pénal militaire dispose que « sous réserve du présent Code, les dispositions du Livre Premier du Code Pénal ordinaire sont applicables devant les juridictions militaires » ; tandis que l'article 2, alinéa 2, du Code judiciaire militaire dispose quant à lui que « sous réserve des dispositions de ce Code, le Code de l'Organisation et de la Compétence Judiciaires de droit commun est applicable aux Cours et tribunaux militaires ». On retrouve une disposition similaire à l'article 40 du même Code judiciaire militaire.

48 Voy. l'article 76 du Code judiciaire militaire et les articles 161 et 162 du Code pénal militaire. Voir surtout l'article 207 du Code pénal militaire : « Sous réserve des dispositions des articles 117 et 119 du Code Judiciaire Militaire, seules les juridictions militaires connaissent des infractions prévues par le présent Code ».

sans préjudice des dispositions pénales plus graves prévues par le Code pénal ordinaire (…) ». Comme l'écrit Patryk I. Labuda, la disposition confondait manifestement les crimes de guerre, et tout particulièrement les infractions graves aux quatre Conventions de Genève de 1949 et les crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis à l'article 7 du Statut de Rome[49]. Pourtant, contrairement aux crimes de guerre qui ne peuvent être commis qu'au cours d'un conflit armé, les crimes contre l'humanité peuvent être commis aussi bien en temps de paix qu'en temps de conflit armé. C'est à l'article 169 du Code pénal militaire qu'on retrouve toutefois une définition qui présente quelque parenté avec celle du Statut de Rome, mais qui renferme des dispositions étranges. Ainsi, selon cette disposition, « constitue également un crime contre l'humanité et puni de mort, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, l'un des actes ci-après perpétrés dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée sciemment contre la République ou contre la population civile ». L'article ne précise toutefois pas ce qu'il entend par « attaque lancée contre la République ». En outre, tout en omettant les actes tels que l'apartheid et les disparitions forcées prévus pourtant à l'article 7(1) du Statut de Rome, l'article en question a inséré de nouveaux concepts mal définis tels que « 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 »[50]. Concernant les crimes de guerre, l'article 173 les définit de manière très sommaire comme renvoyant à « 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 ». Cette imprécision est d'ailleurs fort étonnante dès lors que le Code pénal militaire a été promulgué le 18 novembre 2002, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur du Statut de Rome. Il était pourtant plus simple pour le législateur congolais de s'inspirer des définitions contenues dans le texte même du Statut de Rome que la RDC avait ratifié depuis mars 2002.

Le Code judiciaire militaire présentait par ailleurs deux autres défauts majeurs : la possibilité d'appliquer la peine de mort aux individus reconnus coupables de ces crimes ; le silence sur des questions aussi importantes que celles de la protection des victimes et des témoins, en particulier lorsque les victimes souhaitent participer à ce type de procès généralement très sensibles ; et le silence sur les formes de responsabilité pénale individuelle propres aux crimes de droit international. Notons d'ailleurs que l'article 175 du Code pénal militaire contient une allusion très ambiguë de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques en disposant que « lorsqu'un subordonné est poursuivi comme auteur principal d'un crime de guerre et que ses supérieurs hiérarchiques ne peuvent être recherchés comme coauteurs, ils sont considérés comme complices dans la mesure où ils ont toléré les agissements criminels de leur subordonné ». Ainsi présentée, la gravité de la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques est atténuée puisqu'en droit pénal congolais, les complices sont punis « d'une peine qui ne dépassera pas la moitié de la

49 Patryk I. Labuda, « Applying and "Misapplying" the Rome Statute in the Democratic Republic of Cong », *in* Christian de Vos, Sara Kendall et Carsten Stahn (dir.), *Contested Justice…, op. cit.*, p. 420.

50 *Idem*, p. 420.

peine qu'ils auraient encourue s'ils avaient été eux-mêmes auteurs »[51]. Certains ont soutenu que les ambiguïtés et contradictions du Code pénal militaire n'étaient pas accidentelles ; qu'elles étaient voulues puisque les autorités militaires congolaises craignaient de voir ces dispositions se retourner contre elles et que pour cela elles souhaitaient se protéger en prévoyant intentionnellement des dispositions floues[52]. Cela est tout à fait possible, même si l'on ne voit pas trop bien dans quelle mesure les dispositions pénales floues, c'est-à-dire trop extensives, seraient plus protectrices que celles qui sont plus précises.

Quoi qu'il en soit, c'est donc l'ensemble de ces défauts qui a poussé les juridictions militaires congolaises à recourir aux dispositions du Statut de Rome en prenant appui sur le prescrit de l'article 153 de la Constitution congolaise de 2006. Cet article permet en effet aux tribunaux congolais de mettre en œuvre les instruments du droit international. En outre, selon l'article 215 de cette même Constitution, « 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 ». Cette dernière disposition est généralement considérée comme consacrant le monisme du système juridique congolais, par opposition au dualisme, et a souvent été invoquée par les tribunaux congolais pour justifier l'applicabilité directe du Statut de Rome, quant aux définitions des incriminations et des formes de responsabilité pénale, aux affaires qui ont été soumises à leur examen. Cependant, comme le dit à juste titre une étude d'Avocats sans frontières (ASF), « cette disposition ne préjuge toutefois pas de l'applicabilité des normes internationales devant les juridictions internes. L'applicabilité directe d'une norme internationale, qu'il s'agisse de monisme ou de dualisme, requiert en effet la précision et la publicité, deux critères qui, en pratique, sont souvent bien plus importants que la distinction entre monisme et dualisme »[53].

Concernant le Statut de Rome, l'on peut soutenir que la définition des incriminations ainsi que celle des formes de responsabilité pénale individuelle sont très claires et très détaillées et que cette clarté permet donc aux juges congolais qui les appliquent directement d'agir en conformité au principe de la légalité des incriminations. Libre à chacun de condamner quiconque, à l'instar du tribunal militaire de garnison (TMG) siégeant dans la célèbre affaire *Songo Mboyo*, oserait conclure à l'applicabilité directe du Statut de Rome en dépit des irrégularités de sa ratification par l'État congolais[54]. Cependant, comme le dit Pascal K. Kambale, l'intérêt de ce débat est limité en raison notamment de la « présomption

51 Article 23 (2) du Code pénal ordinaire.

52 Patryk I. Labuda, *op. cit.*, pp. 421-422.

53 ASF, *La mise en œuvre judiciaire du Statut de Rome en République démocratique du Congo*, Bruxelles, édition ASF, 2014, p. 10.

54 Marcel 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 », *in Horizons, Revue de Droit et de Science Politique du Graben,* Numéro 2, 2006, p. 108 *et seq.*

de régularité en faveur des lois publiées au journal officiel, que ces lois soient d'origine nationale ou internationale »[55].

En outre, lorsqu'on aborde la question de l'applicabilité directe ou non du Statut de Rome ou encore son caractère *self executing* ou non, l'on doit toujours garder en tête que le Statut de Rome n'est pas un traité comme n'importe quel autre, par exemple ceux qui ont trait à l'Organisation sur l'harmonisation du droit des affaires (OHADA). Le Statut de Rome n'a pas pour but de créer des nouvelles incriminations ni d'obliger les États à les incorporer dans son arsenal juridique interne. Son objet est d'instituer un organe judiciaire international chargé de la répression des crimes de droit international coutumier, lorsque les États ne s'acquittent pas de leurs obligations en cette matière. Autrement dit, le Statut de Rome n'est pas le texte juridique qui crée le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Comme le dit Cherif Bassiouni, « les trois crimes relevant de la compétence de la CPI sont à ce jour bien établis en droit pénal international, la CPI ne crée pas de nouveaux crimes, mais met en application et résume le droit pénal international préexistant »[56]. Le Statut de Rome a donc procédé à une véritable codification des normes existantes du droit international coutumier. Ainsi, depuis le Tribunal militaire international (TMI) de Nuremberg et celui de Tokyo en 1945, et bien avant l'avènement du Statut de Rome, les trois crimes relevant de la compétence de la CPI avaient déjà fait l'objet des poursuites pénales au niveau national, notamment dans le cadre de la loi n° 10 du Conseil de contrôle et alliés[57], et au niveau international, avec notamment l'institution des deux TPI *ad hoc* des Nations Unies pour le Rwanda et pour l'ex-Yougoslavie. Le rapport du Secrétaire général des Nations Unies relatif à la création du TPIY précisait d'ailleurs qu'en vertu du principe de légalité des incriminations, ce tribunal ne devait appliquer que des normes de droit pénal qui font, sans aucun doute possible, partie du droit international coutumier[58]. Ces trois crimes ont également été poursuivis par des tribunaux pénaux internationalisés, comme celui de la Sierra Léone, du Timor oriental, du Cambodge, les Chambres africaines extraordinaires au Sénégal ainsi que devant certains tribunaux spéciaux nationaux comme le tribunal spécial irakien. Il est d'ailleurs intéressant de noter que les définitions des crimes de droit international contenues dans le statut de ces tribunaux ont été calquées sur celles du Statut de Rome, alors que celui-ci n'était pas encore entré

55 Pascal K. Kambale, « L'applicabilité du Statut de Rome était-elle correctement faite ? Une brève réplique à Marcel Wetsh'okonda », *in Horizons (2006)*, p. 124 *et seq.*

56 Cherif Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 239.

57 La loi n° 10 du Conseil de contrôle édictée à Berlin le 20 décembre 1945 (*Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, Berlin, n° 3, 31 janvier 1946).

58 *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993)*, Doc ONU S/5704, 3 mai 1993, § 34.

en vigueur et que ces tribunaux étaient appelés à poursuivre des crimes commis plusieurs années avant leur création[59].

Le Statut de Rome n'a donc qu'un caractère purement déclaratif des normes pénales du droit international coutumier[60]. C'est ce même caractère qu'il faut également reconnaître à certaines dispositions du RPP devant la CPI et aux Éléments du crime.

L'application du RPP et des Éléments du crime par les tribunaux congolais a fait l'objet des critiques de la part de certains[61]. De même, lors de l'atelier de validation de la présente étude, un certain nombre d'intervenants ont exprimé leurs préoccupations par rapport à l'application directe du RPP et des Éléments du crime. Certains ont même regretté que dans certaines affaires, telles que dans l'affaire *Bongi*, des condamnations ont été prononcées sur la seule base des Eléments du crime. Il importe pourtant de rappeler qu'aux termes de l'article 9 du Statut de Rome, les Éléments du crime sont destinés à aider la CPI « à interpréter et à appliquer les articles 6, 7 et 8 [du Statut de Rome] ». Le même article précise par ailleurs que « les éléments du crime et les amendements s'y rapportant [doivent être] conformes au Statut de Rome lui-même ». Par rapport au RPP, l'article 51(4) du Statut de Rome précise que ce texte doit être « conforme au Statut de Rome » lui-même. Il s'ensuit que, bien qu'il s'agisse des textes établis « pour la CPI » et non pour les États, ainsi que l'a relevé à juste titre l'étude de l'organisation ASF[62], la valeur interprétative de ces textes par rapport au Statut de Rome n'est pas négligeable. De même que les tribunaux congolais peuvent recourir à la jurisprudence de la CPI pour interpréter

59 Voir par exemple, les Sections 5 (crimes contre l'humanité) et 6 (crimes de guerre) du *Règlement 2000/15* du 6 juin 2000 de l'Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental relatif à l'établissement des Chambres spéciales au Timor oriental ; les articles 11 à 13 du statut du tribunal spécial irakien du 10 décembre 2003 ; l'article 5 (crimes contre l'humanité) de la *Loi sur la création des chambres extraordinaires* cambodgiennes, avec inclusion d'amendements, promulguée le 27 octobre 2004 (NS/RKM/1004/006), étant entendu que ces Chambres étaient créées pour juger des individus accusés d'actes criminels « commis pendant la période comprise entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979 » (Article 1er de l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique, annexé au rapport précité du Secrétaire général, Doc. ONU A/57/769, 31 mars 2003) ; Article 6 (crimes contre l'humanité) du Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1er décembre 1990.

60 Philippe Kirsh, « Foreword », *in* Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, CUP, 2003, xiii: « general agreement that the definitions of crimes in the ICC Statute were to reflect existing customary law, and not to create new law ». Voy. aussi Marco Milanovic, « Is the Rome Statute Binding on Individuals? (And Why We Should Care) », *in JICJ*, 2010.

61 Patryck I. Labuda, *op. cit.*, p. 425 : « The legality of the direct application of the Rome Statute's Elements of Crimes (EoC) and Rules of Procedure and Evidence (RPE) to displace binding domestic law is equally problematic. None of the judgments examine the legal status of the EoC under international law or its relationship to Congolese criminal law and procedure. For instance, the *Bavi* and *Kahwa* decisions determine culpability on the basis of the EoC, but fail to mention it as a source of law. Likewise, the *Bongi* decision, which rigorously analyses the constitutive elements of pillage and homicide as war crimes by applying the five-pronged test from the EoC, fails to acknowledge it as the source of this new legal standard. Some judgments go even further and make direct use of the Rome Statute's RPE. For instance, in *Kibibi* the Military Court of South Kivu, after endorsing the Songo Mboyo and Mutins de Mbandaka decisions, applied the rules relating to victim protection and testimony ».

62 ASF, *La mise en œuvre judiciaire du Statut de Rome…, op. cit.*, p. 10.

les dispositions du Statut de Rome, sans que cela ne pose un problème d'applicabilité directe de la jurisprudence internationale en droit interne, de même l'on ne voit pas ce qui les empêcherait de recourir aux RPP et aux Éléments du crime pour interpréter le même Statut de Rome. Le problème ne doit donc pas être posé en termes d'applicabilité directe de ces textes juridiques (Éléments du crime et du RPP). Il doit plutôt se poser en termes du recours à ces textes comme « source d'interprétation » du Statut de Rome, ce dernier étant applicable en droit interne. Ainsi, dans la mesure où il est démontré que ces textes sont « conformes » au Statut de Rome, le fait que les juridictions nationales appliquant le Statut de Rome y font recours ne pose pas des problèmes. Nul ne s'est, à ce jour, risquer de contester la non-conformité de ces textes au Statut de Rome. Il est d'ailleurs difficile d'imaginer une applicabilité directe du Statut de Rome sans les textes juridiques qui lui sont associés.

En mettant en avant le caractère déclaratif du Statut de Rome et de ses textes complémentaires (RPP et Eléments du crime), l'intérêt du débat sur l'applicabilité directe du Statut de Rome quant à la définition des crimes et des formes de responsabilité pénale est considérablement réduit. Un tel débat n'aurait eu d'intérêt que si ces incriminations étaient nées du Statut de Rome et ne lui étaient pas antérieures. Certes, il existe quelques controverses sur certains actes matériels faisant partie des grandes incriminations prévues dans le Statut de Rome. Tel est le cas de la conscription ou le recrutement d'enfants de moins de 15 ans qu'il soit forcé ou "volontaire", incrimination qui ne faisait apparemment pas encore partie du droit coutumier au moment de l'adoption du Statut de Rome[63]. Tel est également le cas des crimes de guerre d'attaques contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé. Il importe toutefois d'observer que la jurisprudence du TPIR sur les attaques contre le personnel des Nations Unies, notamment dans l'affaire *Bagosora et consorts*[64] et celle du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL) sur l'enrôlement des enfants de moins de 15 ans notamment dans l'affaire *Fofana et Kondewa*[65] n'ont pas confirmé le caractère « nouveau » de ces incriminations[66]. Au contraire, ces jurisprudences ont inscrit ces incriminations dans le droit international coutumier.

Pour s'opposer à l'argument de l'applicabilité directe du Statut de Rome par les tribunaux congolais, le professeur Sam Bokolombe a, lors de l'atelier de validation de la présente étude, invoqué toute une série d'arguments et tout particulièrement le fait que d'une part, « la matière sous examen est pénale » ; qu' « elle obéit donc au principe

63 *Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, Doc. ONU S/2000/915, 4 octobre 2000, § 18.

64 TPIR (Ch. 1ère Inst. I), *The Prosecutor v. Théoneste Bagosora et al.*, affaire n° ICTR-98-41-T, 18 décembre 2008, § 2239.

65 TSSL (Ch. Appel), *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, « Judgment », affaire n° SCSL-04-14-A, 28 mai 2008.

66 Sur ces deux incriminations, voy. Ola Engdahl, « Prosecution of Attacks against Peacekeepers in International Courts and Tribunals », *Revue de droit militaire et droit de la guerre*, vol. 51, 2012, p. 249 *et seq.* ; Alison Smith, « Child Recruitment and the Special Court for Sierra Leone », *JICJ*, vol. 2, 2004, p. 1141; Sandesh Sivakumaran, « War Crimes before the Special Court for Sierra Leone Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments », *JICJ*, vol. 8, 2010, pp. 1009-1034.

de la légalité des incriminations, des peines et des procédures, selon le principe pénal fondamental que traduit l'aphorisme latin "nullum crimen, nulla poena, nullum judicium sine lege" » ; et que « ce principe n'atteint la perfection de son expression qu'en droit interne ». Le professeur précité a également soutenu que « s'agissant des instruments juridiques internationaux porteurs de la norme internationale pénale, ils doivent impérativement faire l'objet de mise en œuvre idoine pour avoir vocation à être appliqués par les juridictions nationales dans la répression pénale ». Il convient toutefois de relever que cette approche très formaliste du principe de la légalité des incriminations n'a pas une portée universelle. Si elle est généralement appliquée par les États de tradition romano-germanique, elle n'est pas suivie dans les États de *common law* ou de tradition anglo-saxonne[67]. Même si la RDC peut être rangée dans les États de tradition romano-germanique, l'on ne peut, sur cette base, reprocher à ses tribunaux criminels d'avoir écarté les textes juridiques nationaux ambigus au profit des normes pénales internationales, qui faisaient partie de l'ordre juridique national, pour assurer une répression efficace des crimes aussi graves que ceux de droit international.

Puisque le Statut de Rome et le RPP ont un caractère déclaratoire, deux conséquences importantes peuvent ainsi être tirées de cette approche. Premièrement, rien ne s'oppose à ce que les tribunaux militaires congolais appliquent directement les normes du droit international pénal consacrées dans le Statut de Rome lorsque les dispositions du droit national se révèlent ambiguës. Deuxièmement, et plus fondamentalement, ces tribunaux peuvent étendre l'application de ces normes aux faits antérieurs à l'entrée en vigueur du Statut de Rome sans nécessairement violer la règle de la non-rétroactivité des normes pénales. Certes, cette approche n'est pas partagée par certains auteurs[68]. Il semble pourtant important de rappeler ici encore qu'en matière des crimes aussi graves que ceux de droit international, le principe de la légalité et de celui de la non-rétroactivité de la loi pénale ne sont pas des principes *absolus*, ainsi que l'avaient rappelé Henri Donnedieu de Vabres[69], le juge français au procès de Nuremberg, et la Cour suprême d'Israël dans la célèbre affaire *Eichmann*[70]. L'article 15(2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit d'ailleurs à cet égard que « rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, *d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble*

67 High Court of Australia, *Polyukhovich v. The Commonwealth of Australia and Another*, 14 août 1991, cité par Marc Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de Droit de Genève, Bruylant, 2000, p. 427 ; Cour suprême du Canada, *Reine c. Finta*, 24 mars 1994, cité par Marc Henzelin, *op. cit.*, p. 427.

68 Luzolo Bambi Lessa et Bayona ba Meya, *Manuel de procédure pénale*, Kinshasa, Presses Universitaires du Congo, 2011, p. 764 ; Patryk I. Labuda, *op. cit.*, p. 417 : « Drafts of the specialised chambers' bill incorporated the Rome Statute's de finitions of international crimes, and applied them retroactively to crimes committed before 2002, which would have violated the principle of *nullum crimen sine lege* ».

69 Henri Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, Tome 70, 1947, p. 574.

70 Cour suprême d'Israël, *Attorney-General c. Adolph Eichmann*, 29 mai 1962 (arrêt *Eichmann*), § 8.

des nations »[71]. Une distinction nette doit donc être faite entre la limitation de la compétence temporelle de la CPI, limitation qui obéit à des raisons purement pratiques pour ne pas trop charger cette nouvelle Cour, et l'existence préalable de ces trois incriminations en droit international tant conventionnel que coutumier. Ce n'est pas parce que la CPI ne peut juger des faits relatifs au génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre antérieurs au 1er juillet 2002, que les États, en l'occurrence la RDC, n'auraient pas ce droit, voire cette obligation.

2. La période de la compétence concurrente entre les juridictions militaires et les juridictions non militaires

Le 11 avril 2013, le Parlement congolais a adopté la Loi organique n° 13/011-B portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire. Cette loi a mis fin à la compétence exclusive des tribunaux militaires dans la répression des crimes de droit international. La disposition la plus importante de cette loi, du moins pour la problématique traitée présentement, est l'article 91(1). Cet article dispose que « les Cours d'appel connaissent (…) au premier degré (…) du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis par les personnes relevant de leur compétence et de celle des tribunaux de grande instance ».

L'adoption de cette loi est une avancée timide vers l'application du principe 9 des Principes des Nations Unies sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires. Ce principe dispose qu'« en toutes circonstances, la compétence des juridictions militaires doit être écartée au profit de celle des juridictions ordinaires pour mener à bien les enquêtes sur les violations graves des droits de l'homme, telles que les exécutions extrajudiciaires, les disparitions forcées, la torture, et poursuivre et juger les auteurs de ces crimes ». Le commentaire de ce principe montre d'ailleurs que la crainte est de voir les autorités militaires être tentées d'étouffer certaines affaires[72]. Dans le contexte de la RDC, le Comité des droits de l'homme avait critiqué en 2006, « le maintien des juridictions militaires, et l'absence de garanties d'un procès équitable dans la procédure devant ces juridictions ». Sur la base de l'article 14 du Pacte de 1966, il avait alors demandé à la RDC d'« abolir la juridiction militaire pour les crimes ordinaires »[73]. Il faudra par ailleurs observer que les critiques généralement émises contre les juridictions militaires, y compris par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, tiennent au fait qu'elles fonctionnent souvent comme des tribunaux spéciaux et n'ont pas le même niveau de respect des droits de la défense et des droits des victimes comme les tribunaux de l'ordre civil, qu'elles manquent souvent d'indépendance par rapport

71 C'est nous qui soulignons.

72 *Question de l'administration de la justice par les tribunaux militaires Rapport présenté par le Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Emmanuel Decaux,* Doc. ONU E/CN.4/2006/58, 13 janvier 2006, ci-après (ciaprès, « les Principes *Decaux* »), p. 14, § 32.

73 CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, République Démocratique du Congo,* Doc. ONU CCPR/C/COD/CO/3, 26 avril 2006, § 21.

au pouvoir exécutif, et que les juges qui les composent ne sont pas nécessairement des juristes ou des magistrats professionnels[74].

La Loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2011 présente néanmoins quatre difficultés majeures : (i) le membre de phrase « commis par des personnes relevant de leur compétence et de celle des tribunaux de grande instance contenu à l'article 91(1) de la loi précitée aurait apparemment été « ajouté au texte de loi *après* son adoption finale par le parlement et avant sa promulgation, ce qui rend sa légalité très contestable »[75] ; (ii) ce membre de phrase semble avoir pour objectif de « restreindre la compétence des cours d'appel auxdits crimes commis par des civils (qui relèvent traditionnellement de la compétence des juridictions susmentionnées) et d'exclure le personnel militaire (qui relève traditionnellement de la compétence du système judiciaire militaire) » ; (iii) cette loi ne supprime pas la compétence des juridictions militaires dans la répression des crimes de droit international ni ne règle les problèmes potentiels de conflits positifs de compétence pouvant naître de l'exercice de la compétence concurrente entre ces deux types de juridictions ; (iv) cette loi ne comporte pas de définition des incriminations ni celle des formes de responsabilité pénale individuelle. Ainsi, les juridictions civiles ne pourront pas non plus échapper à la question de l'applicabilité directe ou non du Statut de Rome. des définitions des crimes et des formes de responsabilité prévues dans le Statut de Rome. À ce jour, il n'existe pas de décisions judiciaires rendues par les tribunaux non militaires en application de cette loi.

Pour terminer, il convient de signaler que le 31 décembre 2015, le parlement congolais a adopté trois lois de mise en œuvre du Statut de Rome. La première est la Loi n° 15/022 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal ordinaire. L'article 2 de cette loi insère notamment dans le Code pénal ordinaire un article 21*bis* qui reprend en fait les dispositions de l'article 25 du Statut de Rome relatives aux formes de responsabilité pénale individuelle. Il insère également un article 22*bis* reprenant l'article 28(b) du Statut de Rome qui prévoit la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques non militaires. La Loi n° 15/022 prévoit par ailleurs un article 4 par lequel elle insère au Livre II du Code pénal ordinaire notamment un Titre IX intitulé « Des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité » ainsi que les articles 221 à 224 dans lesquels cette elle définit, selon le Statut de Rome, le génocide à l'article 221, les crimes contre l'humanité à l'article 222 et, enfin les crimes de guerre à l'article 223. Dans ces mêmes articles, la loi a prévu par ailleurs des peines contre les individus qui seraient reconnus coupables de ces trois crimes : la peine de mort. Il importe de relever que pour ce qui est des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la loi n'a fait aucune distinction entre les auteurs ou coauteurs et les complices : tous sont passibles de la même peine.

74 Elisabeth Lambert Abdelgawad, « Les tribunaux militaires et juridictions pénales spéciales sous le contrôle de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples », *in* Elisabeth Lambert Abdelgawad (dir.), *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation, Perspectives comparées et internationales*, Montréal, Agence universitaire de la francophonie, 2007, p. 609.

75 Human Rights Watch (HRW), *Justice pour les atrocités perpétrées en République démocratique du Congo : Soutenir la proposition du gouvernement de mettre en place des Chambres Spécialisées Mixtes et autres réformes judiciaires connexes*, 1er avril 2014.

La deuxième loi est la Loi n° 15/023 du 31 décembre 2015 modifiant la loi n° 024-2002 du 18 novembre 2002 portant Code pénal militaire. L'article 1er de cette loi rend applicables devant les juridictions militaires les dispositions du livre Ier et le titre IX du Livre II du Code pénal ordinaire avec les modifications dont on vient de parler. La loi précitée insère également dans l'article 1er du Code pénal militaire le principe de la responsabilité pénale des chefs militaires tel qu'il est formulé à l'article 28(a) du Statut de Rome. À l'article 2 la loi n° 15/023 abroge le Titre V et l'article 207 du Code pénal militaire qui confiait aux juridictions militaires une compétence exclusive sur les crimes internationaux.

Les exigences tant de la répression nationale que de la coopération internationale pour les enquêtes et les poursuites relatives à ces crimes particuliers ont commandé elles aussi une modification des règles de la procédure pénale congolaise. C'est ainsi qu'a été votée la Loi n° 15/024 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 06 août 1959 portant Code de procédure pénale.

En conclusion de ce chapitre, l'on relèvera que, par rapport aux textes juridiques internationaux, la RDC a ratifié l'essentiel des textes juridiques pertinents pour la répression des crimes prévus dans le Statut de Rome. L'on peut toutefois formuler la recommandation de voir la RDC ratifier la récente Convention contre les disparitions forcées. Quant aux textes juridiques nationaux, des efforts louables ont été faits pour l'incorporation en droit interne des dispositions pertinentes du Statut de Rome. Avec les lois du 31 décembre 2015 en effet, le débat doctrinal sur l'applicabilité directe du Statut de Rome peut être, à présent, considéré comme dépassé. L'on notera toutefois que (i) cet arsenal ne constitue pas le cadre juridique dans lequel la jurisprudence analysée dans la présente étude a été rendue et que c'est en grande partie pour répondre aux difficultés que les juges ont rencontrées dans la répression de ces crimes que ces lois ont été adoptées ; et (ii), le problème qui risquerait de continuer à se poser est celui de l'application de la peine de mort puisque, dans les trois lois de 2015, le parlement congolais s'est certainement prévalu de la marge d'appréciation lui reconnue par l'article 80 du Statut de Rome dans le choix des peines appropriées pour les crimes prévus dans le Statut de Rome[76], et a ainsi prévu (ou maintenu) la peine de mort pour les trois crimes relevant de la compétence de la CPI. Dès lors que, comme on le verra, l'un des arguments avancés par les tribunaux militaires congolais pour écarter le droit interne congolais et préférer le Statut de Rome est que celui-ci ne prévoit pas la peine de mort et est, à ce titre, considéré comme plus doux que le droit pénal interne, la question de l'applicabilité directe du Statut de Rome risque de continuer à se poser sur cet aspect.

76 L'article 80 du Statut de Rome, intitulé « le Statut, l'application des peines par les Etats et le droit national », est ainsi formulé : « Rien dans le présent chapitre n'affecte l'application par les États des peines que prévoit leur droit interne, ni l'application du droit des États qui ne prévoient pas les peines prévues dans le présent chapitre ».



III

Pertinence des qualifications juridiques : quelle place pour les exigences contextuelles ?

La jurisprudence congolaise recensée au cours de la période 2004-2015 regorge des décisions dans lesquelles les juridictions militaires ont eu à se prononcer sur le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Les lignes qui suivent seront consacrées à chacune de ces trois incriminations. Dès lors que la question essentielle dans ce chapitre est de vérifier la pertinence des qualifications de crimes de droit international employées dans les décisions judiciaires étudiées, l'accent sera placé beaucoup plus sur les *exigences contextuelles* de ces crimes que sur les actes matériels qu'exigent ces incriminations. Dans ce chapitre, qui sera le plus long de la présente étude, l'on regroupera les affaires traitées selon les qualifications juridiques. Les affaires dans lesquelles les juges se sont prononcés sur deux ou trois qualifications seront analysées dans chacune des sections consacrées à ces qualifications. Excepté la section première, consacrée au génocide et qui ne comprend qu'une affaire, l'on étudiera dans les deux autres sections les affaires les unes après les autres en commençant toujours par un résumé des faits, suivi de l'exposé de l'argumentation de base et des observations relatives uniquement aux exigences contextuelles. Ces deux sections se termineront par un paragraphe consacré à la synthèse des principales tendances de la jurisprudence congolaise afin de mieux formuler les recommandations.

A. Génocide

1. L'affaire des Kimbanguistes

La qualification de génocide a été appliquée dans l'affaire dite des Kimbanguistes. Cette affaire tire son origine d'une attaque à coups de pierre perpétrée à Kinshasa par des jeunes du quartier Selembao et ceux des quartiers environnants contre les membres de l'Église

kimbanguiste à Kinshasa[77]. Il était reproché à ces derniers d'avoir apporté leur soutien au président Kabila lors des élections présidentielles de 2011 à l'issue desquelles il a été proclamé vainqueur par la Commission électorale. Le bilan de cette attaque comprend le décès du pasteur de l'Église précitée, une dizaine de blessés, le pillage et la destruction d'un certain nombre de biens appartenant à ladite Église. C'est précisément par rapport au décès du pasteur que le Tribunal de grande instance (TGI) de Kalamu a conclu au génocide en application de l'article 6 du Statut de Rome et a condamné les accusés concernés à la peine de servitude pénale à perpétuité.

Le jugement ainsi prononcé constitue le seul dans lequel une juridiction non militaire a appliqué le Statut de Rome. Il constitue par ailleurs, le seul dans lequel les tribunaux congolais ont engagé des poursuites pour les actes de génocide commis sur le territoire de la RDC. En effet, bien que la RDC a ratifié la Convention contre le génocide depuis le 31 mai 1962 et que l'article I[er] combiné à l'article VI de cette Convention oblige cet État à poursuivre les responsables de génocide survenus sur son territoire, les tribunaux congolais n'avaient jamais encore eu à exercer des poursuites pour ce type de crimes.

Pourtant, ce ne sont pas les allégations d'actes de génocide commis sur le territoire de la RDC qui font défaut. Les actes de génocide ont été dénoncés dans au moins deux rapports importants des Nations Unies concernant les massacres à caractère ethnique perpétrés par l'armée rwandaise sur le territoire congolais au cours des années 1996[78]. Le caractère génocidaire de ces massacres a, par ailleurs, été confirmé par le gouvernement congolais notamment dans le Livre blanc du ministère de la Justice et des droits humains publié en 2001, document dont l'intitulé est lui-même très révélateur : « la guerre d'agression en République démocratique du Congo : trois ans de massacre et de génocide "à huis clos" »[79]. Les ONG nationales ont, elles aussi, dénoncé d'autres actes de génocide commis sur le territoire congolais. Tel est le cas de la société civile du Nord –Kivu qui a dénoncé des assassinats ciblés commis dans certains territoires du Nord-Kivu au cours de l'année 2004[80]. Tel est aussi le cas de l'organisation la « Voix des sans Voix » (VSV) concernant le massacre commis à l'encontre des adeptes du mouvement politico-religieux dénommé

77 Tribunal de grande instance (TGI) de Kalamu à Kinshasa, *Ministère public et parties civiles c. Kumba et consorts*, RP 11.154/11.155/11.156, 17 décembre 2011 (ci-après, le « jugement *Kimbanguistes* », in *Recueil ASF*, 2013, p. 11 *et seq.*). Les accusés finalement reconnus coupables de génocide dans cette affaire sont les suivants : Ado Kumba, Nsimba Katuzayako, Mwadi Kapele, Bungu Kinyaka, Lufundu Nzolameso Miguel, Makele Zono Gauthier et Nseka Merdi.

78 Voy. *Rapport de la mission conjointe chargée d'enquêter sur les allégations de massacres et autres atteintes aux droits de l'homme ayant lieu dans l'est du Zaïre (actuellement RDC) depuis septembre 1996*, Doc. ONU A/51/942, 2 juillet 1997, § 80 ; *Rapport Mapping*, §§ 512 et 513.

79 Voy. le document disponible en ligne à l'adresse http://www.droitcongolais.info/files/Livre-blanc-du-Ministere.pdf (visité le 16 juillet 2015). Sur ces allégations, voy. également Auguste Mampuya, « Responsabilité et réparations dans le conflit des grands-lacs au Congo-Zaïre », *op. cit.*, p. 680.

80 Voy. le rapport de la société civile du Nord Kivu, *Génocide et crimes de guerre au Nord Kivu : planification, exécution et bilan provisoire*, 31 décembre 2004. Dans ce rapport, la société civile a dénoncé des actes de génocide perpétrés au Nord Kivu par un groupe d'individus dont le chef était le gouverneur du Nord Kivu, monsieur Eugène Serufuli. Les victimes de ces actes, victimes dont la liste était annexée au rapport précité, étaient essentiellement les membres des ethnies Hunde, Nande, Nyanga, Kano, Kumu, Tembo, Twa, Shi et certains Hutu et tutsi qui ont dénoncé ces actions.

Bundu-dia-Kongo (BDK)[81]. Malgré la gravité de ces allégations et le fait que, comme vu précédemment, la Convention contre le génocide oblige la RDC à poursuivre les responsables de génocide commis sur son territoire, aucune de ces allégations n'a fait l'objet d'une enquête criminelle approfondie ni des poursuites de la part des autorités judiciaires congolaises. Le jugement dans l'affaire des kimbanguistes constitue donc une première dans ce sens.

2. Argumentation

Pour établir le génocide, le tribunal a commencé par rappeler l'article 6 du Statut de Rome qui définit le génocide. Le tribunal a ensuite dit que le meurtre constitutif de génocide doit être défini par référence aux articles 44 et 45 du Code pénal ordinaire aux termes desquels le meurtre est un homicide commis avec l'intention de donner la mort. À partir de la définition tant du génocide, selon le Statut de Rome, que du meurtre selon le Code pénal congolais, le tribunal a soutenu que « l'élément essentiel du génocide par meurtre se trouve être l'intention de détruire par un coup ou autre moyen pouvant provoquer plus ou moins promptement la suppression, en tout ou en partie, d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux »[82]. Par rapport à l'affaire soumise à son examen, le tribunal est parti du fait que le pasteur de l'Église kimbanguiste « est décédé sur place du fait de la lapidation, c'est-à-dire des coups de pierres lui administrés par les [accusés] » ; et que « l'intention criminelle en l'espère découle du mécontentement généralisé au quartier, tel que reconnu par les prévenus eux-mêmes, du fait que les Kimbanguistes eurent soutenu le chef de l'État aux élections présidentielles de 2011 ; ce qui a entraîné en eux de la haine et de l'animosité contre les Kimbanguistes et a fait qu'ils refusassent, par des coups de pierre de nature à entraîner la mort d'homme, leur présence ou leur existence dans leur milieu, à savoir la commune de Selembao »[83].

3. Observations

Le génocide est défini comme un ensemble d'actes criminels commis dans l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe national, racial, ethnique ou religieux en tant que tel. Cette définition, contenue dans l'article II de la Convention contre le génocide, est restée la même dans les statuts des deux TPI *ad hoc* et dans le Statut de Rome (article 6). Il en découle deux éléments essentiels dans la définition du génocide : l'existence d'un groupe protégé et l'intention spéciale du génocide, celle de détruire en tout ou en partie un des quatre groupes protégés en tant que tels.

81 La Voix des Sans-voix pour les droits de l'homme (VSV), *La répression sanglante et disproportionné des adeptes de Bundu dia Kongo (BDK) dans la province du Bas-Congo, mars 2008*, p. 12, disponible en ligne sur http://www.vsv-rdc.org/pdf/rapport_luozi.pdf (visité le 16 juillet 2015): « le massacre des adeptes de BDK constitue bien un acte de génocide. Les actes commis sur la population dans la province du Bas-Congo sont allés de la préméditation jusqu'à pouvoir détruire le groupe des adeptes du mouvement politico-religieux BDK à travers des tueries ciblées ».

82 Jugement *Kimbanguistes*, p. 17.

83 *Idem*, p. 18.

Existence d'un groupe protégé

Existait-il dans l'affaire des *Kimbanguistes*, un des groupes protégés par l'incrimination du génocide ? Avant de répondre à cette question, il est important de savoir ce qu'il faut entendre par chacun de ces groupes. Au regard du droit international coutumier, le génocide ne peut se concevoir que contre quatre groupes humains : les groupes raciaux, les groupes ethniques, les groupes nationaux et les groupes religieux. Quel est le contenu exact de chacun de ces groupes ? Le jugement *Akayesu* du TPIR constitue à cet égard l'une des tentatives de définition scientifique de chacun de ces groupes. Ce jugement a en effet commencé par soutenir qu' « il apparaît, à la lecture des travaux préparatoires de la Convention sur le génocide, que le crime de génocide aurait été conçu comme ne pouvant viser que des groupes "stables", constitués de façon permanente et auxquels on appartient par la naissance, à l'exclusion des groupes plus "mouvants", qu'on rejoint par un engagement volontaire individuel, tels que les groupes politiques et économiques »[84]. Cela lui a alors permis de dégager ce qu'il a considéré comme « un critère commun aux quatre ordres de groupes protégés par la Convention sur le génocide », à savoir « que l'appartenance à de tels groupes semblerait ne pouvoir être normalement remise en cause par ses membres, qui y appartiennent d'office par naissance, de façon continue et souvent d'irrémédiable »[85].

Le jugement *Akayesu* a ensuite procédé à une tentative de définition de chacun de ces groupes. Concernant le groupe « national », le jugement s'est inspiré de l'arrêt *Nottebohm* de la CIJ pour soutenir qu'il renvoie à un « ensemble de personnes considérées comme partageant un lien juridique de base sur une citoyenneté commune, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs »[86]. En d'autres termes, le groupe national renvoie à la nationalité ou à la citoyenneté. La confusion entre le groupe national et la nationalité a cependant, et à juste titre, été critiquée par le professeur Nyabirungu, dans la mesure où celle-ci « est essentiellement définie par le lien juridique entre un citoyen et un État, alors que le groupe national renvoie à des minorités nationales, qui peuvent avoir des liens avec un État donné, comme elles peuvent être sans État »[87]. Quant au groupe « ethnique », le TPIR l'entend comme celui dans lequel « les membres partagent une langue ou une culture commune »[88] ; tandis que le groupe « racial » est celui qui, selon le TPIR, dans sa « définition classique (…) est fondé sur les traits physiques héréditaires, souvent identifiés à une région géographique, indépendamment des facteurs linguistiques, culturels, nationaux ou religieux »[89]. En réalité, la distinction entre les groupes ethniques et les groupes raciaux est plus compliquée qu'on peut se l'imaginer au regard des décisions du Comité pour

84 TPIR (Ch. 1ère Inst. I), *Le Procureur c. Akayesu*, affaire n° CTR-9-4-T, 2 septembre 1998 (ci-après, « jugement *Akayesu* »), § 511.
85 *Idem.*
86 *Idem*, § 512.
87 Raphaël Nyabirungu Mwene Songa, *Droit international pénal, Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, Kinshasa, édition Droit et Société, 2013, p. 221.
88 Jugement *Akayesu*, § 513.
89 *Idem*, § 514.

l'élimination de la discrimination « raciale »[90]. Enfin, le groupe « religieux », selon toujours le TPIR, est celui « dont les membres partagent la même religion, confession ou pratique de culte »[91]. Le groupe religieux suppose donc l'existence d'une « religion » ainsi que nous le verrons plus loin.

Notons toutefois que cette approche scientifique dans la définition des groupes protégés a rapidement révélé ses limites dès l'instant où il est apparu que ces groupes ne pouvaient pas être définis de manière objective, mais plutôt de manière subjective, c'est-à-dire sur la base de la perception, erronée fut-elle, des auteurs des actes génocidaires[92]. Cela étant, le jugement *Akayesu* a tout de même le mérite de donner une idée globale de la réalité que recouvre chacun de ces groupes.

Dès lors que la définition des groupes protégés contre le génocide est plus ou moins claire, la question à poser à présent est celle de savoir lequel de ces quatre groupes était visé par le jugement du TGI. Sur ce point, l'on constate que le tribunal n'a nulle part précisé la nature du groupe qui serait menacé de destruction totale ou partielle. S'agissait-il d'un groupe racial, ethnique, national ou religieux ?

Les Kimbanguistes : un groupe religieux ?

Dès lors qu'il s'agissait des membres de l'*Église* kimbanguiste, l'on peut, dans un premier temps, suggérer que le jugement visait implicitement un « groupe religieux ». Dans cette hypothèse, l'on doit admettre que puisqu'un groupe religieux est celui dont les membres partagent la même religion, la même dénomination ou le même mode d'adoration[93], l'existence d'une « religion » constitue donc l'élément préalable à déterminer dans la définition d'un génocide contre un « groupe religieux ». Selon une approche consacrée tant par les Nations Unies que par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), le terme « religion » doit être interprété de manière large ; il ne peut être limité aux religions traditionnelles ou aux religions et croyances comportant des caractéristiques ou des pratiques institutionnelles analogues à celles des religions traditionnelles. Ainsi, aux fins de la protection de la liberté de religion, le terme « religion » peut donc s'appliquer à des groupes considérés comme des sectes[94].

Cette interprétation large ne peut toutefois être poussée à l'extrême. Ainsi, dans l'affaire *M. A. B. et al. c. Canada*, le CDH a refusé de reconnaître la qualité de groupe religieux à

90 Voy. par exemple Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Lacko c. Slovaquie*, Communication n° 11/1998, Doc. ONU CERD/C/59/D/11/1998 (2001), 9 août 2001.

91 Jugement *Akayesu*, § 515.

92 Voy. TPIY (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Jelisić*, « Jugement », affaire n° IT- 95-10- T, 14 décembre 1999, § 70 (références omises). William A. Schabas, « The *Jelisić* case and the *mens rea* of the crime of genocide », *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, p. 125 ; Otto Triffterer, « Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such », *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, vol. 14, 2001, p. 399.

93 Jugement *Akayesu*, § 515.

94 Theo van Boven, *Elimination of all Form of Intolerance and Discrimination Based on Religious Belief*, Doc. ONU E.CN.4/Sud.2/1989/32, 11 juillet 1989, § 5 ; CDH, *Observation générale n° 22 (48)*, article 18, 27 septembre 1993, § 2 ; CEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, §§ 48-49 ; William A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge, CUP, 2000, pp. 127-129.

un groupe dénommé *Assembly of the Church of the Universe* « dont les croyances et pratiques impliqu[ai]ent forcément le soin, la culture, la possession, la distribution, l'entretien, l'intégrité et le culte du "Sacrement" de l'Église »[95]. Selon les auteurs de la communication, ce « Sacrement » qui est aussi synonyme de « l'Arbre de la vie de Dieu », désignait le « *cannabis sativa* ou [la] *marijuana* »[96]. Par rapport à cette communication, le Comité avait en effet estimé qu'« une croyance qui consiste essentiellement ou exclusivement dans le culte et la distribution d'un stupéfiant ne saurait entrer dans le champ d'application de l'article 18 du Pacte (liberté de religion et de conscience) »[97].

Dans l'affaire des *Kimbanguistes* toutefois, la question de l'existence d'une « religion kimbanguiste » n'a curieusement pas été abordée alors qu'elle en valait la peine compte tenu de l'histoire particulière de cette « Église »[98]. Cependant, même si l'on concluait au fait que les membres de l'Église kimbanguiste constituaient un groupe « religieux » protégé contre le génocide, le problème posé n'en serait pas pour autant résolu puisque, comme le note à juste titre une étude d'Avocats sans frontières (ASF), les Kimbanguistes ont été attaqués non pas en raison de leur religion, mais en raison du soutien politique qu'ils ont apporté au président Joseph Kabila lors de l'élection présidentielle de 2011[99].

Les Kimbanguistes : un groupe politique ?

Lors des travaux préparatoires de la Convention contre le génocide, les groupes politiques, pourtant visés tant dans la résolution 96-I du 11 décembre 1946 de l'Assemblée générale des Nations Unies que dans le projet de Convention élaboré par le Comité spécial sur le génocide[100], avaient finalement été écartés de la version finale du texte pour des raisons

95 CDH, *M. A. B., W. A. T. et J.- A. Y. T. c. Canada*, Communication n° 570/1993, Doc. ONU CCPR/C/50/D/570/1993 (1994), 8 avril 1994, § 2.1.

96 *Idem*.

97 *Idem*, § 4.2.

98 L'église kimbanguiste est une église indépendante africaine chrétienne de type prophétique. Elle a été créée le 6 avril 1921 par Simon Kimbangu. Le 24 décembre 1959, Joseph Diangenda Kuntima, fils de Simon Kimbangu, crée officiellement l'Église de Jésus Christ sur la terre par son envoyé spécial Simon Kimbangu, église qu'il dirige jusqu'à sa mort en 1992. L'église kimbanguiste a fait partie du Conseil œcuménique des Églises (COE) à partir de 1969 et de la Conférence des Églises de toute l'Afrique (CETA) à partir de 1974. Depuis 2001, le kimbanguisme ne fait plus partie de l'œcuménisme suite à l'auto- proclamation du fi ls de Simon Kimbangu, Salomon Dialungana Kiangani, comme étant la « réincarnation du Seigneur Jésus-Christ ». Sur l'église kimbanguiste, voy. Joseph Diangenda Kuntima, *L'histoire du kmbanguisme*, Éditions Kimbanguistes ; F. Luwawanu, *Kimbangu, le plus vieux et le plus jeune des ancêtres de l'humanité*, éd. Bibliorama, Paris, 2009 ; Suzan Asch, *L'Église du prophète Kimbangu. De ses origines à son rôle actuel au Zaïre (1921-1981)*, Éditions Karthala, Paris, 1983 ; Matondo. Nzakimwena, *La personnalité spirituelle de Simon Kimbangu*, Éditions EKI, Rouen, 2004 ; Simon Nsiangani, *Éphémérides kimbanguistes*, Éditions EKI, Rouen, 2004.

99 *Recueil ASF (2013)*, p. 29 : « (…) quoique des fidèles kimbanguistes aient été visés, il n'est pas établi qu'ils l'aient été à cause de leur appartenance religieuse. Ce qui par contre est affirmé est qu'ils l'ont été pour leur choix porté sur la personne du Président de la République élu ».

100 L'article 2 de ce projet de convention élaboré par le Comité spécial du génocide, dépendant de l'ECOSOC, était ainsi formulé : « Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes prémédités ci-après, commis dans l'intention de détruire un groupe national, racial, religieux ou politique en raison de l'origine nationale ou raciale, des croyances religieuses ou des opinions politiques de ses membres (…) ».

politiques[101]. Comme l'écrit Joe Verhoeven, cette restriction des groupes protégés s'explique certainement par « la seule volonté politique d'une majorité de voir une convention sur la prévention et la répression du crime de génocide ratifiée par des États (socialistes) qui l'eussent catégoriquement rejetée si les groupes politiques avaient été visés dans la définition de celui-ci »[102]. Cet argument est sans doute convaincant concernant la Convention contre le génocide puisque cette dernière a été signée dans le contexte de la Guerre froide. Toutefois, il l'est moins pour ce qui concerne le Statut de Rome puisque ce texte a été signé en 1998, c'est-à-dire 8 ans après la fin de cette Guerre froide. Par ailleurs, il n'explique pas l'exclusion des autres groupes tels que les groupes culturels, linguistiques, géographiques et économiques[103]. La limitation, à quatre, des groupes protégés contre le génocide se révèle donc d'une certaine manière arbitraire.

Mais, cette limitation n'a pas empêché certains États à incorporer dans leurs législations nationales d'autres groupes[104] et tout particulièrement les groupes politiques. Le droit éthiopien prévoyait par exemple la possibilité d'un génocide contre des groupes politiques. C'est sur cette base que la justice éthiopienne a exercé les poursuites et prononcé la condamnation pour « génocide » à l'encontre de l'ancien président éthiopien Mengistu et ses collaborateurs[105]. Mengistu s'étant réfugié au Zimbabwe où le droit national ne prévoyait pas de génocide contre les groupes politiques, il a réussi à échapper à la justice de son pays. Le second exemple, encore plus intéressant, est celui du droit congolais (RDC). L'article 164 du Code pénal militaire congolais (loi n° 024/2002 du 18 novembre 2002) disposait en effet que « par génocide, il faut entendre l'un des actes ci-après commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, *politique*, racial, ethnique, ou religieux (…) »[106]. Le droit congolais était donc resté dans la même logique que celle de la résolution 96-I de l'Assemblée générale en étendant la notion de génocide aux « groupes politiques ». Il faudra toutefois noter qu'aux termes de l'article 221 du Code pénal ordinaire (Loi n° 15/022 du 31 mars 2015), la référence aux groupes politiques a été supprimée. Le génocide ne peut donc plus être commis contre de tels groupes en RDC. En supprimant les groupes politiques, le législateur congolais n'a pas pourtant autant expliqué ce choix. L'on

101 Sur l'analyse des travaux préparatoires de la Convention de 1948, voy. William A. Schabas, « L'affaire *Akayesu* et ses enseignements sur le droit du génocide », *in* Katia Boustany et Daniel Dormoy (dir.), *Génocide (s)*, Réseau Vitoria, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 117.

102 Joe Verhoeven, « Le crime de génocide : originalité et ambigüité », *RBDI*, vol. 1, 1991, p. 21.

103 Lyal S. Sunga, « The Crimes within the Jurisdiction of the ICC (Part II, Article 5-10) », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, p. 377-383 ; Daniel David Ntanda Nsereko, « Genocide: A Crime against Mankind », *in* Gabrielle Anne Kirk McDonald et Olivia Swaak-Goldman (dir.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, vol. I, The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 113-130 ; Francis Delpérée, « Comment définir, constater et punir le crime de génocide ? », in *Liber Amicorum Henri-D. Bosly*, Bruxelles, La Charte, 2009, p. 170.

104 Gerhard Werle, et Florient Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, 3e éd., Oxford, OUP, 2014.

105 Ferew Kebede Tiba, « Mass Trials and Modes of Criminal Responsibility for International Crimes: The Case of Ethiopia », *in* Kevin Jon Heller et Gerry Simpson, (dir.), *The Hidden Histories of War Crimes Trials*, Oxford, OUP, 2013, pp. 306 *et seq.*

106 C'est nous qui soulignons.

ne peut donc pas savoir pourquoi, il avait inséré les groupes politiques dans la loi de 2002 et pourquoi il leur a retiré de la protection contre le génocide dans la loi de 2015.

Dans le jugement sous examen, la législation nationale qui aurait pu justifier l'application par le TGI du terme génocide aux groupes politiques était le Code pénal militaire puisque sa définition du génocide était encore en vigueur. Or, c'est précisément cette législation militaire que le tribunal en question a jugé opportun d'écarter au profit du Statut de Rome qui ne prévoit pas la possibilité d'un génocide contre des groupes politiques. Le tribunal était apparemment confronté à un dilemme par rapport à la désignation du groupe protégé : s'il avait soutenu qu'il s'agissait d'un génocide commis contre un *groupe politique*, la base juridique valable pour un tel constat aurait été le Code pénal militaire et non le Statut de Rome. Mais, dans ce cas, l'incompétence matérielle de ce tribunal aurait été incontestable, puisque ce tribunal n'est manifestement pas une juridiction « militaire » à laquelle reviendrait la charge d'appliquer le droit pénal militaire. Si le tribunal avait soutenu qu'il s'agissait d'un génocide commis contre un *groupe religieux*, il aurait été à l'aise d'appliquer le Statut de Rome. Mais, dans ce cas, il aurait eu du mal à établir que les Kimbanguistes ont été attaqués non pas en raison de leur opinion politique imputée, mais en raison de leur religion. Il est donc probable que ce soit ce malaise qui a justifié le silence des juges du TGI sur la nature du groupe protégé qu'ils avaient en tête. Dans tous les cas, en parlant d'un génocide sans préciser la nature du groupe humain qui a été attaqué, le jugement révèle l'une de ses principales faiblesses.

Existence d'une intention génocidaire

Même si l'identification du groupe protégé était résolue, l'autre question qui resterait posée dans cette affaire serait celle de l'établissement de l'*intention spéciale* de détruire en tout ou en partie un groupe protégé dès lors qu'il n'y a eu qu'une seule victime. À cet égard, deux difficultés naissent du jugement sous examen : le jugement parle d'un génocide par meurtre, mais ce meurtre a-t-il été établi ? En d'autres termes, l'homicide du pasteur kimbanguiste était-il *intentionnel* pour constituer un meurtre ? Deuxièmement, peut-on établir un génocide à partir d'un seul meurtre, au cas où celui-ci était démontré ?

Par rapport au meurtre, le tribunal a correctement soutenu que le meurtre, tel que défini par les articles 44 et 45 du Code pénal ordinaire, est un « homicide commis avec *l'intention de donner la mort* » et qu'il exige « un acte positif et matériel consistant en un coup ou autre moyen pouvant provoquer plus ou moins promptement la mort, *et un élément intentionnel ou moral* consistant en la volonté de tuer une personne vivante, c'est-à-dire de lui donner la mort ». Si le tribunal a établi l'élément matériel constitutif de meurtre, à savoir les coups de pierre portés contre le pasteur, il n'en est rien de l'élément intentionnel. Le tribunal n'a en effet pas cherché à savoir si ces coups de pierre ont été portés *avec l'intention de donner la mort*. Il est ainsi directement passé à l'intention génocidaire, sans avoir préalablement établi l'élément moral du meurtre. En procédant ainsi, le tribunal a sauté une étape importante de la démonstration d'un acte matériel du génocide : le meurtre. Cette omission est préoccupante puisque, rien ne permet de rejeter a priori la thèse selon

laquelle le pasteur décédé a été victime d'un homicide involontaire et qu'un génocide ne peut être commis par un acte non intentionnel.

En admettant qu'il y ait eu effectivement l'intention de donner mort qui est constitutive du meurtre, peut-on établir un génocide à partir d'un seul meurtre, d'autant plus que l'incrimination de génocide vise la destruction, en tout ou en partie, d'un des « groupes » protégés, le terme « groupe » renvoyant, bien entendu, à plus d'un individu. À cet égard, relevons qu'il existe au sein de la jurisprudence du TPIR une controverse sur la possibilité d'établir un génocide à partir d'un seul meurtre. En effet, alors que dans l'affaire *Akayesu* une telle possibilité était admise[107], dans l'affaire *Kayishema et Ruzindana*, elle a plutôt été exclue[108]. Les Éléments des crimes du Statut de Rome semblent quant à eux s'être ralliés à la jurisprudence *Akayesu*[109] prévoyant, sous certaines conditions, la possibilité d'un génocide à partir d'un seul meurtre. Cela dit, si en théorie, l'on ne peut exclure la possibilité d'un génocide sur la base du meurtre d'une seule personne, l'établissement d'un tel génocide exige toutefois de démontrer (i) que cet acte était le commencement d'une vaste campagne destinée à détruire en tout ou en partie un des groupes protégés, auquel cas, la mort d'une seule personne serait considérée comme un acte de commencement d'une campagne beaucoup plus vaste ; ou (ii) que le décès de l'unique victime impliquait l'élimination du groupe, comme tel peut être le cas d'un génocide qualitatif[110]. Dans l'affaire des *Kimbanguistes*, rien n'indique que le meurtre du pasteur était le début d'une série de tueries qui allaient se poursuivre contre les autres membres de l'église précitée ni que, par ce meurtre, les agresseurs espéraient en réalité « décapiter » le groupe en question, afin de l'éliminer.

Il apparaît ainsi que le TGI a conclu à l'existence d'un génocide sans avoir démontré l'existence d'un groupe humain protégé contre ce crime ni l'intention spéciale requise pour établir un génocide. En concluant que les faits sont constitutifs de génocide, le jugement manque de base juridique et présente un risque de banalisation du génocide. L'on peut toutefois espérer que ce jugement stimulera les autorités judiciaires congolaises (civiles comme militaires) à s'intéresser à cette qualification et à l'appliquer dans des affaires qui le méritent effectivement et qui portent sur des massacres à caractère ethnique comme ceux qui ont été dénoncés par les Nations Unies, par le gouvernement congolais dans le livre blanc du Ministère de la Justice et des droits humains et par les ONG nationales congolaises.

107 Jugement *Akayesu*, § 521.

108 TPIR (Ch. 1ère Inst. II), *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, « Jugement », affaire n ICTR- 95-1- T, 21 mai 1999, § 97 : « The Trial Chamber opines, therefore, that "in part" requires the intention to destroy a considerable number of individuals who are part of the group. Individuals must be targeted due to their membership of the group to satisfy this definition ». Notons que ce paragraphe a curieusement été omis dans la version française de ce jugement.

109 Éléments des crimes, Doc. ONU PCNICC/2000/1/Add.2 (2000), Art 6- a-1 : « L'auteur a tué une ou plusieurs personnes ».

110 Sur cette question, voy. Antonio Cassese, « Genocide », *in* Antonio Cassese, Paola Gaeta et John Jones (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, vol. I, Oxford, OUP, 2002, p. 349 ; William A. Schabas, « Le génocide », *in* Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Allain Pellet (dir.), *Droit international pénal*, 2ème éd., 2012, p. 127.

B. Crimes contre l'humanité

Les crimes contre l'humanité sont définis à l'article 7 du Statut de Rome comme « 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 ». Ces actes sont énumérés de façon limitative au premier paragraphe de cet article[111]. Au second paragraphe, l'article 7 définit chacun de ces actes avec toute la précision nécessaire. Plus spécifiquement, ce second paragraphe commence par préciser l'expression « attaque lancée contre une population civile » comme étant « 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 ».

Il suit de cet article que la pertinence de la qualification des crimes contre l'humanité employée par les tribunaux militaires congolais, au regard des exigences contextuelles de ces crimes, peut être appréciée à l'aune des trois critères principaux à savoir : (i) l'existence d'une *attaque généralisée ou systématique* ; (ii) l'existence d'un *État* ou d'une *organisation* derrière ces attaques ; et (iii) l'existence d'un *élément politique* propre aux crimes contre l'humanité. C'est sur la base de ces trois critères que l'on analysera, dans la présente section, la pertinence de la qualification des crimes contre l'humanité employée dans les 17 affaires traitées par les juridictions militaires et l'on essayera de synthétiser les principales tendances et les problèmes qu'elles suscitent à la fin de cette section.

1. Affaire Ankoro

L'affaire *Ankoro* tire son origine d'une série d'attaques armées menées par une coalition des groupes armés désignés par la Cour militaire comme étant des « miliciens Maï-Maï », des « Hutus rwandais » et parfois des pygmées contre les forces armées de la RDC (les FARDC) dans la collectivité d'Ankoro en ex-province du Katanga entre les 10 et 16 novembre 2002[112]. Ces attaques interviennent alors que ces protagonistes étaient alliés contre les rebelles du RCD soutenus par ceux que la Cour militaire qualifie de « Tutsis rwandais ». Les incidents d'Ankoro étaient donc une espèce de « guerre dans la guerre »

111 L'article 7 du Statut de Rome énumère les actes suivants comme pouvant constituer des crimes contre l'humanité lorsqu'ils sont 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.

112 CM/Katanga, *MP et (54) PC c. Émile Tabwangu Kayembe et 29 autres*, « Arrêt », affaire n° RP 01/2003, 20 décembre 2004 (ci-après, « arrêt *Ankoro* »).

dont la cause principale résidait dans une tentative mal organisée de désarmement des miliciens précités suivant un ordre venant du Commandant de la 9e région militaire reçu le 1er novembre 2002.

Cinq incidents majeurs méritent d'être relevés à cet égard. Le tout premier intervient le 10 novembre 2002 lorsque les Maï-Maï et les Hutus rwandais, qui devaient être désarmés, décident d'attaquer le camp militaire Tshatshi occupé par les militaires du 953e bataillon des FARDC. Les assaillants ont finalement été repoussés en raison de l'insuffisance de leurs munitions. Le deuxième et le troisième incidents interviennent le lendemain, le 11 novembre 2002 lorsque les Maï-Maï décident d'attaquer le 951e bataillon infanterie des FARDC se trouvant dans le quartier Kamange et Ankoro Sud. Cette attaque provoqua la fuite de la population civile vers la cathédrale et la résidence du Commissaire de district du Tanganyika. À la suite de cette attaque, les FARDC firent tirer quatre bombes de mortier de 82 mm dans la brousse située entre une école en construction et les premières cases d'Ankoro/Sud, endroit où ils avaient apparemment localisé les assaillants. Selon la Cour militaire, ces « bombes mirent en déroute les combattants Maï-Maï sans causer des morts ni détruire des maisons tel que l'avait attesté le sieur Mande, chef d'État-Major de la brigade Maï-Maï Ankoro/Sud » lors d'une audience tenue à Ankoro.

Ce même jour du 11 novembre, sur un autre front, les Maï-Maï décidèrent d'attaquer une deuxième fois le camp Tshatshi toujours occupé par le 953e bataillon qu'ils venaient d'attaquer sans succès la veille. Ils essuyèrent, en réplique, des tirs de bombes de mortiers de 82 mm lancés par les FARDC du côté des localités Kiyanga et Nyuta. Cette deuxième tentative, dont le nombre de victimes n'a pas été établi, se solda elle aussi par un échec. Ce deuxième échec ne découragea pas pour autant les Maï-Maï. En effet (quatrième incident majeur), le 15 novembre 2002, ils revinrent à la charge. Ils réussirent, cette fois-ci, à pénétrer dans le camp Tshatshi. Selon la Cour militaire, ils « tuèrent et dépecèrent à la machette trois épouses et cinq enfants des militaires, brulèrent des cases et s'emparèrent des divers biens de valeurs [y compris des tenus militaires], brulèrent des cases et s'emparèrent des caisses de munitions de guerre ». Le 953e bataillon, ayant reçu de la part de la 95e brigade/infanterie, un renfort en hommes et munitions, réussit dans la suite à déloger les Maï-Maï et les Hutus rwandais du camp Tshatshi grâce notamment aux tirs de mortier de 82 mm lancés sur la route de Kahanga. Selon la Cour militaire, « il eut, parmi la population civile 8 morts et des blessés graves et légers ».

Le cinquième incident intervient le 16 novembre 2002. Alerté par un pasteur dénommé ou surnommé Lumumba, de la présence sur la rive droite du fleuve Luvua d'une forte concentration des Maï-Maï et des Hutus rwandais, le commandant du 953e bataillon basé au camp Tshatshi se rendit au premier niveau de la Cathédrale d'où, à l'aide des jumelles, il observa des mouvements suspects des hommes en uniformes se préparant à installer une batterie ou une pièce d'artillerie au bord de la rivière. Il fit alors appel à un autre compagnon d'armes qui confirma son constat et, devant cette menace imminente, ordonna à l'un de ses collaborateurs de détruire l'objectif en cause par quatre tirs de lance-roquettes de 107 mm dont l'un fut défectueux. Le bilan de cette attaque n'a pas été précisément établi

par la Cour militaire. Cette dernière donne plutôt un bilan global de ces cinq incidents qui ont entraîné des dégâts humains et matériels importants : 51 civils tués, parmi lesquels 3 épouses et 5 enfants des militaires ; 12 militaires tués et 5 disparus ; 13 civils ; 25 militaires blessés ; 178 maisons pillées. L'arrêt ne donne toutefois que le nombre des militaires (ainsi que leurs familles) et celui des victimes civiles. Il reste silencieux sur le nombre des Maï-Maï et des Hutus rwandais tués ou blessés au cours de ces affrontements. Il ne précise pas non plus si ces morts et blessures sont le fait des FARDC ou de la coalition des Maï-Maï et des Hutus rwandais.

Poursuites et argumentation

À la suite de ces incidents, un total de 30 individus, officiers de l'armée congolaise pour la plupart au regard de leurs grades, ont été poursuivis devant la Cour militaire (anciennement dénommée Cour d'ordre militaire) pour crimes contre l'humanité, meurtres, arrestations arbitraires, incendie volontaire, dissipation des munitions de guerre, violences envers la population et violation des consignes. L'acte d'accusation n'invoque toutefois pas la base juridique sur laquelle le ministère public s'appuie pour justifier les poursuites pour crimes contre l'humanité. C'est plus tard dans son argumentation que l'arrêt invoque l'article 7 du Statut de Rome.

À l'issue du procès, aucun accusé n'a été reconnu coupable des crimes contre l'humanité, le tribunal ayant, en cours de procès, décidé de requalifier les faits en meurtre simple en lieu et place des crimes contre l'humanité. Pour procéder à cette requalification, l'argumentation de du tribunal ne tient qu'à une phrase : « (…) le tribunal, qui est saisi des faits et non de la qualification telle que retenue dans l'acte d'accusation, disqualifiera l'infraction de crimes contre l'humanité (…) en celle de meurtre simple (…) »[113]. Cette requalification a été faite sur proposition du ministère public avec l'approbation de l'avocat des parties civiles. Ce dernier proposait toutefois de requalifier les faits en crimes de guerre « sur pied de l'article 173 et 174 du Code pénal militaire, afin de ne pas laisser ces faits impunis et de ne pas commettre ainsi un déni de justice ». Sa proposition n'a toutefois pas convaincu la Cour. Cette dernière s'est notamment référée aux travaux du professeur Akele Adau et de M^me^ Sita Mwila Akele pour soutenir que « le conflit armé ayant opposé de manière intermittente les éléments de la 95^e^ brigade infanterie à leurs alliés Maï-Maï associés aux Hutus rwandais ne peut être assimilé à un conflit armé interne, les derniers cités ne constituant pas des groupes armés organisés évoluant sous un commandement responsable et exerçant sur une partie du territoire congolais un contrôle leur permettant de mener des opérations soutenues et concentrées »[114]. Sur cette base, la Cour a finalement conclu que les faits étaient constitutifs des meurtres simples à charge de l'un des prévenus, le sieur Beya, du fait que, même après la libération du camp Tshatshi, celui-ci a continué à

113 Arrêt *Ankoro*, p. 46.
114 *Idem*, p. 47.

lancer de bombes sachant que ces bombes toucheraient, en plus des combattants Maï-Maï, la population civile d'Ankoro qui s'y était réfugiée, fuyant les combats.

Observations

L'arrêt *Ankoro* constitue une première tentative de la part des juridictions congolaises d'appliquer les qualifications juridiques prévues dans le Statut de Rome. Dans cette affaire, la Cour militaire est parvenue au constat selon lequel les faits soumis à son examen ne constituaient ni crimes contre l'humanité ni crimes de guerre, mais qu'ils étaient constitutifs de meurtres simples. Pour écarter ces deux qualifications, la motivation de l'arrêt n'est toutefois pas détaillée.

Par rapport aux crimes contre l'humanité, s'il est possible d'établir que le nombre des victimes était effectivement élevé et d'en déduire d'une certaine manière le caractère généralisé des attaques, il est en revanche difficile d'établir que ces attaques étaient commises « en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque », ainsi que l'exige l'article 7(2)(a) du Statut de Rome. Même par rapport au caractère généralisé de ces attaques, l'arrêt présente une difficulté certaine lorsqu'il se limite à donner le nombre total des victimes sans les répartir en fonction des parties au conflit de sorte qu'il est difficile d'imputer la souffrance de telles victimes à l'une ou l'autre partie au conflit.

Quant aux crimes de guerre, l'arrêt présente quelques difficultés. Premièrement, son argumentation semble trahir le fait que l'arrêt a cherché à appréhender la notion de conflit armé non international par référence à l'article 1er du Protocole II, qui exige (i) un conflit armé prolongé ; (ii) le caractère organisé des groupes armés impliqués dans ledit conflit armé, (iii) un commandement responsable et même (iv) un contrôle territorial. L'arrêt semble donc avoir écarté l'article 8(2)(f) du Statut de Rome qui n'exige que le caractère organisé des groupes armés et le caractère prolongé du conflit armé, c'est-à-dire plus précisément l'intensité du conflit. Il est donc surprenant qu'un tribunal qui prétend appliquer le Statut de Rome écarte celui-ci pour se référer au Protocole II sur la question de la définition du conflit armé non international.

Deuxièmement, l'examen des incidents d'Ankoro indique que le conflit avait une intensité suffisante pour ne pas le ramener à des actes sporadiques de violences : même si les affrontements n'ont duré que quelques jours, les moyens qui ont été mobilisés ainsi que le nombre des victimes que ce conflit a occasionné étaient suffisamment importants pour établir cette intensité.

Troisièmement, le caractère organisé des groupes armés semble lui aussi avoir été présent. Certes, l'arrêt se réfère à plusieurs reprises à « un Maï-Maï porteur d'armes de guerre et d'un tricot bleu avec des étoiles jaunes devant »[115] sans que l'on sache qui exactement était cet individu par rapport aux groupes armés des Maï-Maï (était-ce le chef des Maï-Maï ?). Au regard de cet élément, l'on peut être porté à croire que la Cour militaire

115 *Idem*, p. 28.

ne disposait pas d'élément lui permettant de dire que les FARDC avaient un interlocuteur valable devant elles et que cette coalition entre Maï-Maï et Hutus rwandais constituait des groupes armés non organisés et non dotés d'un commandement responsable. En réalité, la Cour n'a pas approfondi cette question. En effet, il est curieux que la Cour militaire parle de « Hutu-rwandais » sans jamais mentionner les « FDLR », alors que d'une part, l'on sait qu'en 2004, année de l'arrêt *Ankoro*, ces Hutus-rwandais étaient déjà organisés au sein des FDLR dont l'apparition remonte à 2000, et que d'autre part, la naissance de ce groupe armé était en partie l'œuvre du président Laurent-Désiré Kabila qui cherchait à créer des groupes paramilitaires contre le RCD dans le cadre de ce qui a été appelé la Deuxième Guerre du Congo. En effet, la première fois qu'on voit apparaître le sigle « FDLR » dans un rapport (le neuvième) du Secrétaire général des Nations Unies c'est en 2001. Dans ce 9e rapport, il était fait allusion aux « combattants censés être des Rwandais » basés dans le camp militaire de Kamina au Katanga et représentés par des FLDR qui manifestement avaient le soutien du gouvernement congolais de l'époque[116]. Avant ce 9e rapport, les combattants rwandais étaient désignés par des mots tels que les « Hutu-rwandais »[117] ou encore les « FAR/Interahamwe », étant entendu que le sigle « FAR » désigne les Forces armées rwandaises, l'armée du président Habyarimana, tandis que la milice Interahamwe était celle qui avait soutenu politiquement ce régime[118]. Il est ainsi étrange que la Cour militaire du Katanga, se prononçant en 2004, ait continué à employer l'appellation des « Hutus rwandais » ; qu'elle n'ait pas cherché à établir des liens entre ces Hutus rwandais et les FDLR ; et finalement qu'elle ait mis en doute leur organisation interne.

Finalement, s'il est moins contestable que les incidents d'Ankoro aient été constitutifs des crimes contre l'humanité au regard de l'article 7 du Statut de Rome, il semble toutefois que la Cour ait eu tort de rejeter la qualification des crimes de guerre proposée par l'avocat des parties civiles et qu'en procédant comme elle l'a fait, la Cour n'a pas donné aux faits la qualification juridique qu'ils méritaient.

116 *Neuvième rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo*, S/2001/970, 16 octobre 2001, § 36-37. Dans ce rapport, on trouve un chapitre intitulé les « Combattants rassemblée à Kamina ». Par rapport à ceux combattants, le Secrétaire général affirme qu' « au cours de [son] séjour, le président [Laurent-Désiré] Kabila a invité la MONUC à visiter le camp de Kamina (Province du Katanga), où seraient regroupés quelque 3000 hommes censés être des combattants rwandais » (§ 36). Le même rapport renseigne également (§ 37) qu' « à sa demande, l'équipe de la MONUC a été accompagnée par des représentants du Gouvernement de la République démocratique du Congo. La délégation du Gouvernement a été menée par le Ministre de sécurité Mwenze Kongolo, qui a inclus dans sa suite des membres d'un groupe rwandais appelé les Forces démocratiques de libération du Rwanda (FDLR). Certains membres du Corps diplomatique ont fait partie de ce déplacement. Les FDLR se sont présentées eux-mêmes comme représentant les combattants rassemblés à Kamina et ont formulé un certain nombre de revendications d'ordre politique à l'intention du Gouvernement Rwandais ».

117 *Cinquième rapport du Secrétaire général sur la Mission de l'ONU en RDC*, Doc. ONU S/2000/1156, 6 décembre 2000, § 67.

118 *Neuvième rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo*, S/2001/970, 16 octobre 2001, § 22. Dans ce paragraphe de ce rapport, le RCD a dénoncé le fait que, selon lui, « un avion s'était posé à 180 km à l'ouest de Bukavu pour ravitailler les combattants Maï-Maï et ceux des ex-FAR/Interahamwe ».

2. Affaire *Kalonga et consorts*

L'affaire *Kalonga* tire son origine d'une attaque perpétrée au courant de l'année 2004 par des individus que le TMG de Kindu qualifie de « miliciens Mayi-Mayi » contre les habitants de la localité de Kimanga en province du Maniema pendant que les hostilités avaient pratiquement pris fin[119]. En ce soir du jour de l'attaque, le groupe de miliciens précités, dont le nombre exact n'est pas déterminé dans le jugement, a forcé les portes des habitations de la population de Kimanga et y a pénétré. Armes à la main, ils ont pillé ces habitations et ont enlevé 10 femmes au total qu'ils ont emmenées jusqu'à leur point de commandement. Ces femmes se sont vues imposer des rapports sexuels durant toute la nuit par ces miliciens. Le lendemain matin, ayant constaté que certaines d'entre ces femmes avaient des seins gonflés du fait qu'elles allaitaient encore leur bébé, ces miliciens les ont libérées, tout en gardant cependant l'une d'elles qui ne présentait pas de signe d'allaitement. Cette dernière a été soumise à l'esclavage sexuel pendant près de 3 mois.

Ces faits ont entraîné les poursuites devant le TMG de Kindu d'un nombre indéterminé d'individus, dont M. Kalonga Katamisi Constantin et M. Amisi (non autrement identifié) en fuite, pour « avoir, par coopération directe, enlevé du village de Kimanga dix personnes de sexe féminin (…) pour aller en abuser sexuellement dans la forêt ». La qualification juridique employée dans l'acte d'accusation était celle de crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome. À l'issue de leur procès, tous les accusés, dont un seul a été identifié, ont été reconnus coupables de crimes contre l'humanité. Ils ont, en conséquence, été condamnés à la peine capitale.

Argumentation

Pour retenir la qualification des crimes contre l'humanité, le tribunal a estimé que cette incrimination exige la réunion de trois éléments constitutifs[120]. Le premier se rapporte à « l'auteur de l'infraction ». Le tribunal l'a jugé établi puisque les accusés étaient « des personnes physiques et non des mineurs »[121] ; qu' « étant dans la milice Maï-Maï [ils étaient] parmi les détenteurs de la puissance publique puisque détenteurs d'arme et d'autorité » ; et qu' « ils [étaient] poursuivis à titre individuel et non pas en tant que membre du mouvement Maï-Maï »[122]. Le deuxième élément énoncé par le tribunal est l'existence des « faits punissables, c'est-à-dire, les violations graves du droit international ». Le tribunal l'a jugé établi en énumérant les textes légaux punissant les comportements visés. Le troisième élément enfin est l'élément intentionnel. Le tribunal l'a estimé « établi par le fait que nul n'est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime s'il le commet sans intention et connaissance »[123] ; que « les accusés avaient adopté leur comportement avec

119 TMG/Kindu, *MP et PC c. Kalonga et consorts*, affaire n° RP 011/05, 26 octobre 2005 (ci-après, « jugement *Kalonga et consorts* »).
120 Jugement *Kalonga*, p. 5- 6.
121 *Idem*, p. 5.
122 *Idem*.
123 *Idem*.

intention et connaissance » et que Kalonga et ses compagnons avaient lancé leur attaque contre une « population civile » que constituaient les femmes enlevées puis violées[124]. Sur cette base, le TMG de Kindu a conclu « qu'il ne faisait plus l'ombre d'aucun doute que tous les éléments requis sont suffisants pour faire application (…) [de l'article 7 du Statut de Rome] »[125].

Observations

Le jugement *Kalonga et consorts* peut être considéré comme le premier dans lequel un tribunal militaire a effectivement appliqué les qualifications juridiques tirées du Statut de Rome. La manière dont cette qualification a été faite n'est toutefois pas entièrement convaincante, ainsi qu'on le démontrera à travers deux observations principales, l'une portant sur les peines prononcées et l'autre sur les exigences contextuelles propres aux crimes contre l'humanité.

Par rapport aux peines appliquées, on a vu que les accusés ont tous été condamnés à la peine capitale alors que cette peine n'est pas prévue dans le Statut de Rome et que le ministère public avait requis une peine de servitude pénale à perpétuité. En outre, cette condamnation à mort a été prononcée contre des inconnus dont le nombre n'est même pas déterminé. Sur la question des poursuites et de la condamnation des inconnus, l'affaire *Kalonga et consorts* semble être une application des dispositions ambiguës (articles 167 et 168) du Code judiciaire militaire qui autorisent les poursuites contre les inconnus[126]. Par ailleurs, ces accusés ont également été condamnés au paiement des frais d'instance ou, à défaut, à 30 jours de contrainte par corps. Pourtant, ici aussi l'on peut se demander d'où ces individus (inconnus) tireraient les 30 jours pour « purger » la contrainte par corps, puisqu'ils seraient, en principe, déjà exécutés.

Quant aux exigences contextuelles des crimes contre l'humanité, l'argumentation est très lacunaire. Le jugement affirme que ces actes constituent des crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome. L'on sait que cet article définit les crimes contre l'humanité comme comprenant une attaque de caractère généralisé ou systématique lancée dans la poursuite ou en application de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque. Ainsi, les enjeux de cette qualification résident dans ses exigences contextuelles que sont le caractère généralisé ou systématique de l'attaque et dans l'élément politique de cette attaque, c'est-à-dire être lancée dans la poursuite ou en application de la politique d'un État ou une organisation ayant pour but une telle attaque.

Dans le jugement *Kalonga et consorts*, il n'a été démontré ni le caractère généralisé ou

124 *Idem*, p. 6.

125 *Idem*.

126 L'article 167 du Code judiciaire militaire congolais est ainsi formulée : « lorsqu'une infraction de la compétence des juridictions militaires est commise et que les auteurs en sont restés inconnus ou lorsque l'identification ne résulte pas expressément des pièces produites, il y a présomption que la qualité des auteurs les rend justiciables de ces juridictions ». L'article 168 du même Code quant à lui dispose que « l'ordre de poursuites peut, dans le cas prévu à l'article 167, être donné contre les personnes non identifiées ».

systématique de l'attaque ni l'existence d'une organisation ni encore l'élément politique de cette attaque. Certes, par rapport au caractère généralisé de l'attaque, le nombre relativement élevé des victimes de viol peut permettre de l'établir. Toutefois, l'existence d'une organisation est plus que douteuse puisque le jugement dit lui-même que ces individus « sont poursuivis comme des personnes physiques et non pas tout le mouvement Mayi-Mayi »[127]. Certes, pour commettre un crime contre l'humanité, l'auteur n'a pas besoin de faire partie de l'organisation qui planifie, ordonne ou encourage les attaques contre une population civile, ainsi que l'ont rappelé le jugement *Katanga* et le jugement *Bemba* rendus par la CPI[128]. Il est donc possible qu'un individu isolé commette un crime contre l'humanité dès lors que par son acte, il entend contribuer à une attaque ordonnée ou encouragée par un État ou une organisation ayant pour but une telle attaque. La situation de ceux qu'on appelle communément des « loups solitaires », qui contribuent aux attaques de l'organisation terroriste de l'État islamique (Daesh) sans nécessairement ou formellement en faire partie rentre dans cette hypothèse. Toutefois, même dans cette hypothèse, il est toujours nécessaire d'établir l'existence de l'organisation qui est à l'origine des attaques et le lien entre les attaques de ces loups solitaires et la politique de cette organisation.

Dans l'affaire *Kalonga et consorts*, il était donc important d'établir l'existence d'une organisation. À cet égard, se contenter de parler des « Mayi-Mayi » ou encore de « mouvement Maï-Maï » sans autres précisions n'est pas suffisant puisqu'il n'existe pas un seul groupe Maï-Maï, mais plusieurs groupes voire des groupuscules de ce type sans coordination entre eux. Il était donc important que le tribunal précise quels Maï-Maï il s'agissait et de décrire l'organisation interne de ce groupe armé. Et comme, la preuve de l'existence d'une organisation n'a pas été fournie, il devient difficile de chercher l'élément politique consistant au fait que les actes en question ont été ordonnés ou encouragés par cette organisation dont l'existence n'a pas été établie. Finalement, il devient très difficile de voir dans les actes commis par M. Kalonga et les autres, des crimes perpétrés dans la poursuite ou en application de la politique d'une organisation.

Il s'ensuit donc que les exigences contextuelles des crimes contre l'humanité n'ont pas été établies dans cette affaire. Dans ces conditions, il devient douteux de soutenir la qualification des crimes contre l'humanité. En remettant en cause la pertinence de la qualification des crimes contre l'humanité, cela n'implique toutefois pas que le comportement de ces miliciens est licite et que ces individus doivent bénéficier de l'impunité. Tel qu'il ressort des éléments du jugement cependant, l'affaire semble avoir trait à un cas de banditisme de quelques hors-la-loi qui se faisaient passer pour des « miliciens Mayi-Mayi ».

127 *Idem*, p. 6.

128 CPI (Ch. 1ère Inst. II), *Le Procureur c. Katanga*, « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », Doc. ICC-01/04-01/07-3436, 7 mars 2014 (ci-après, le « Jugement *Katanga* »), § 1115 ; CPI (Ch. 1ère Inst. III), *Le Procureur c. Bemba*, « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », Doc. ICC-01/05-01/08, 21 mars 2016 (ci-après, le « Jugement *Bemba* »), § 161.

3. Affaire *Songo Mboyo*

L'affaire *Songo Mboyo* concerne une révolte des militaires du 9e bataillon-infanterie basé à Songo Mboyo dans l'ex-province de l'Équateur face au détournement de leur solde par leur supérieur hiérarchique, le capitaine Ramazani. Dans cette révolte qui a eu lieu le 23 décembre 2003, ces militaires ont, dans un premier temps, cherché à mettre la main sur le capitaine précité. N'y étant pas parvenus parce que l'intéressé s'était déjà enfoui avec l'enveloppe salariale, ils se sont alors déchaînés sur la population civile. Armes à la main et sous le crépitement des balles, ils se sont livrés au pillage et au viol d'au moins 31 femmes, y compris sur la personne de dame Eugénie Bonyole, épouse du capitaine Ramazani. Le viol collectif commis sur cette dernière l'a été d'une manière tellement brutale que l'infortunée en est décédée quelques jours plus tard.

Ces actes ont entraîné des poursuites contre 12 militaires devant le TMG de Mbandaka, siégeant à Songo Mboyo, pour complot militaire, incitation des militaires à s'armer contre la population civile, outrage à supérieur, usurpation du commandement militaire, détournement d'armes de guerre, dissipation des munitions de guerre et pillage. En plus de ces crimes de droit commun reprochés aux 12 militaires arrêtés, 8 de ces militaires ont été poursuivis pour viols en tant que crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome. À l'issue de leur procès au premier degré, tous les accusés poursuivis pour viol en tant que crimes contre l'humanité en ont été reconnus coupables et ont été condamnés à la servitude pénale à perpétuité, bien qu'ayant été acquittés pour complot militaire[129]. Cette sentence a, dans la suite, été confirmée par la Cour militaire de l'Équateur[130]. Les deux décisions (1er et 2e degrés) n'ont toutefois pas précisé le sort réservé au capitaine Ramazani ni déterminé ce qu'est devenue l'enveloppe salariale qui était à l'origine de ce drame humain[131].

Argumentation

Pour conclure au viol en tant que crimes contre l'humanité, le TMG a commencé par définir et établir le viol en tant qu'acte matériel de ces crimes avant de vérifier si ces actes criminels ont été commis dans le contexte propre aux crimes contre l'humanité, c'est-à-dire dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, comme l'exige l'article 7 du Statut de Rome. L'approche adoptée par le TMG sur la question du viol est assez pertinente pour que l'on s'y attarde un peu avant d'analyser les exigences contextuelles des crimes contre l'humanité.

129 TMG/Mbandaka, *MP et PC c. Bokila et consorts*, « Jugement », RP 084/2005, 12 avril 2006, (ci-après, « Jugement *Songo Mboyo* »), *in* Revue *Horizons (2006),* p. 53-91.

130 CM/Equateur, *MP et PC c. Bokila et consorts*, RPA 014/2006, 7 juin 2006 (ci-après, « Arrêt *Songo Mboyo* ») non publié.

131 Jean-Pierre Fofe Djofia Malewa, « Commentaire du jugement *Songo Mboyo* : une illustration de l'éclairage de la justice nationale par les textes et la jurisprudence pénaux internationaux », *in Horizons (Revue de Droit et de Science Politique du Graben)*, vol. 2, juin 2006, pp. 102-103.

Viol : définition et preuve

Par rapport à la définition du viol, le tribunal a précisé que « le viol, comme acte inhumain, se définit différemment selon que l'on se trouve en droit interne qu'en droit international » ; que « l'interprétation comprise dans les éléments du crime, source complémentaire au Statut de Rome, donne au viol une extension très large comprenant ainsi tout autre acte inhumain à connotation sexospécifique ». Ainsi, poursuit le tribunal, « constitue le viol au sens du [Statut de Rome], « [le fait pour l'agent de prendre] 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, de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute partie du corps ». Appliquant cette approche aux faits qui lui ont été soumis, le tribunal a conclu que « dans le cas sous examen, il s'est agi de la conjonction sexuelle, l'intromission du membre viril des agents dans les parties vaginales des victimes de Songo Mboyo ». Même si le tribunal ne le dit pas spécifiquement, il apparaît que cette définition du viol est tirée du 1er alinéa des Éléments du crime relatif au viol en tant que crime contre l'humanité[132].

Cependant, en définissant ainsi le viol, la grande question est celle de sa preuve, compte tenu des difficultés que les victimes peuvent avoir pour témoigner. Le tribunal en est lui-même conscient lorsqu'il déclare que « l'atteinte sexuelle est l'une des choses les plus difficiles à signaler à cause du contexte socio – culturel » puisque « dans presque toutes les sociétés, une femme, 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 » ; et que « 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 »[133].

Face à cette difficulté, la solution prônée par le tribunal consiste en ce que « la victime de l'infraction passe pour premier témoin parce qu'ayant vécu elle-même le fait ». Notons que cette solution, inspirée sans doute de la règle 63(4) du Règlement de procédure et de preuve devant la CPI, constitue une exception à deux principes importants : le principe selon lequel nul ne peut être témoin dans sa propre cause et celui qui veut que la crédibilité du témoignage soit aussi fonction du fait qu'il a été corroboré par d'autres témoignages de même qualité. Ainsi, en matière d'agression sexuelle, la corroboration n'est plus nécessaire[134]. L'approche est donc très favorable aux victimes. L'on notera cependant que, malgré la clarté de ce raisonnement, la Cour militaire de l'Équateur, siégeant en appel, est venue brouiller la question en soutenant, de façon surprenante, que « partant du principe de la liberté de la preuve, les déclarations d'une victime faites de façon complète peuvent constituer des preuves à charge des prévenus dès lors qu'elles sont corroborées par d'autres témoignages analogues »[135]. Outre le fait que cette affirmation est contraire à l'état de la

132 Jugement *Songo Mboyo*, in Revue *Horizons (2006)*, pp. 77 à 78.
133 *Idem*, p. 78.
134 Règle 63(4) du RPP.
135 Arrêt *Songo Mboyo*, p. 27.

pratique judiciaire internationale qui n'exige pas la corroboration par d'autres éléments de preuve en matière d'agressions sexuelles, l'on notera que la Cour a avancé cette affirmation sans citer aucune source crédible.

En disant qu'en matière d'agressions sexuelles, la corroboration du témoignage de la victime n'est pas nécessaire, le jugement Songo Mboyo n'a pas voulu dire qu'il est interdit de vérifier la crédibilité de ce témoignage, qu'il faut prendre les déclarations de la victime pour une parole d'évangile ou la croire sur parole. Cependant, cette vérification doit être faite en ayant en tête la délicatesse du problème. En effet, l'on sait que la crédibilité d'un témoignage est généralement fonction de sa cohérence et de sa constance. Pourtant, en matière d'agressions sexuelles, ces exigences sont difficiles à satisfaire. Le tribunal lui-même le reconnaît lorsqu'il écrit que « les victimes, pour éviter de revivre les moments pénibles ou encore par gêne 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 vécus 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 » ; que « cette attitude peut donner à tort l'impression que les témoignages ne sont pas fiables voire qu'ils ne sont pas crédibles » ; et qu' « il en est de même de celles qui peuvent ressentir le besoin d'en ajouter le plus possible pour que leur histoire fasse forte impression et soit crue ». Face à une telle situation, le tribunal a estimé qu' « il appartient donc au juge de fond de filtrer les témoignages en se débarrassant des choses exagérément déclarées »[136].

Les témoignages dont il s'agit ici sont ceux qui sont faits par voie de déposition devant le juge. Mais, l'affaire *Songo Mboyo* met en avant un autre mode d'administration de la preuve de viol par témoignage : celui du testament rédigé par une victime décédée. Dans cette affaire en effet, l'une des victimes, M^me^ Bonyole, est décédée à la suite d'un viol collectif sur sa personne. Avant de rendre l'âme toutefois, elle a rédigé un testament dans lequel elle dénonçait les auteurs du viol, en les désignant par leurs prénoms, voire par leurs surnoms. Le ministère public a versé ce testament au dossier de preuve à charge des accusés. Lors du procès, les accusés ont contesté ce mode d'administration de preuve par testament au motif que « l'acte ne s'est pas conformé aux conditions de fond et de forme prescrites aux articles 766 et 770 du Code de la Famille », lesquelles conditions seraient prescrites à peine de nullité du testament.

Le tribunal a toutefois écarté cet argument en soutenant que, « par rapport à sa force probante, il appartient au juge de fond d'en apprécier, car l'instance pénale est régie par le principe de la liberté de preuve » ; et que « ne disposant rien du testament quant à sa forme et à son contenu, l'écrit de [la victime décédée] doit être retenu comme témoignage préétabli et, ce, conformément à la règle 68 du règlement de procédure et de preuve »[137]. On notera toutefois que cette règle fait allusion à un témoignage qui avait été déposé devant une autorité judiciaire nationale ou internationale et soumet la validité dudit témoignage au

136 Jugement *Songo Mboyo*, p. 76.
137 *Idem*, p. 79.

fait que le procureur et la Défense ont eu l'occasion de procéder à un contre-interrogatoire lors de cette déposition. Étendre cette règle à l'hypothèse d'un testament rédigé de façon libre par une victime et qui n'a même pas été déposé devant un notaire paraît discutable. Quoi qu'il en soit, c'est au tribunal d'apprécier le niveau de crédibilité d'un tel écrit, et le tribunal a bien raison de le rappeler.

Si l'on peut reconnaître à la victime du viol la qualité de témoin, ce qui est déjà une exception au principe selon lequel nul ne peut témoigner dans sa propre cause, cette qualité de témoin s'étend-elle aux dépositions portant sur des actes connexes au viol ? L'affaire *Songo Mboyo* porte en effet sur une situation où les agressions sexuelles ont été précédées d'actes de pillage de biens meubles des mêmes victimes. Il se faisait ainsi que les victimes du viol ont été en même temps les victimes du pillage de sorte que leur témoignage concernant le viol comprenait aussi et inévitablement celui du pillage. Le tribunal devait-il les considérer comme témoins uniquement du viol et ne pas leur reconnaître cette même qualité pour les actes de pillage commis dans le même contexte ? Ce n'est pas dans ce sens que les juges ont réfléchi. Pour eux en effet, dès lors que le tribunal a considéré que, conformément aux dispositions du Règlement de procédure et de preuve devant la CPI, en matière d'agression sexuelle, les dépositions des victimes faites sous serment peuvent être retenues comme témoignage avec force y afférent, ce même statut peut être étendu aux dépositions de ces mêmes victimes pour les actes connexes au viol, c'est-à-dire le pillage.

Exigences contextuelles des crimes contre l'humanité

Sur la question des exigences contextuelles des crimes contre l'humanité, il faut rappeler que la Défense soutenait que « les faits déplorés ne [s'inscrivaient] pas dans le cadre d'une attaque généralisée faute d'élément de la planification et de la politique » puisque selon elle, « il [fallait] que l'État ou l'organisation favorise ou encourage activement une telle attaque ». Or, selon la Défense, « dans le cas sous examen, les viols de Songo Mboyo ne se sont pas commis en application ou dans la poursuite de la politique de la [RDC] ou du Mouvement de libération du Congo ou de toute autre organisation ». La Défense soutenait donc que cette attaque « était plutôt la résultante du mécontentement des militaires de l'ex 9e bataillon de fait du retard constaté dans la paie de leur solde ».

Cet argument n'a toutefois pas convaincu le TMG. Celui-ci a commencé par préciser que « l'attaque généralisée doit se distinguer de l'attaque systématique » de sorte que « si la première présente un caractère massif par la pluralité des victimes et que, menée collectivement, elle présente une gravité extrême, la deuxième quant à elle, implique la nécessité d'un plan préconçu ou une politique ». Ainsi, poursuit le tribunal, « 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 ». Par rapport spécifiquement au caractère généralisé de l'attaque, le tribunal a tenu à préciser « qu'il n'existe pas un critère quantitatif ou un tout à partir duquel le crime contre l'humanité est réalisé » ; qu' « il appartient au juge de fond d'en apprécier » ; et 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 »[138].

Ayant établi le caractère généralisé de l'attaque, le tribunal n'a pas jugé opportun d'aborder son caractère systématique, puisque les deux conditions sont alternatives. Il est directement passé à la question de savoir s'il s'agissait d'une « attaque lancée contre une population civile ». Sur ce point, le tribunal a commencé par définir cette expression en soutenant que « par population civile, il faut entendre les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres des forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors combats ». Le tribunal a aussi soutenu que les termes « population civile » visent « les crimes d'une nature collective et exclut 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 » ; que « dans le cas sous examen, les victimes de viol de Songo Mboyo, par leur nature collective et par la réalisation du crime répondent à la définition de la population civile, objet de l'attaque »[139]. Il a enfin soutenu que les accusés étaient conscients que leurs actes faisaient partie d'une attaque généralisée lancée contre la population civile ou, en tout cas, entendaient qu'ils en fassent partie.

Ce raisonnement a pratiquement été confirmé en appel par la Cour militaire de l'Équateur. Contrairement au TMG dont le jugement brille par sa clarté, la Cour militaire a cependant avancé une argumentation empreinte d'un certain nombre d'ambiguïtés. En effet, sur les exigences contextuelles, l'argumentation de la Cour se résume en trois choses. Premièrement, elle a rappelé les éléments constitutifs du crime de viol en tant que crimes contre l'humanité, en reprenant pratiquement ce que le TMG venait de dire. Ensuite, s'inspirant apparemment du jugement *Musema* du TPIR, elle est revenue sur la signification du caractère généralisé d'une attaque en soutenant 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 des victimes »[140]. Enfin, elle a déclaré que « le viol commis par les militaires dans le cas de figure constitue une forme de torture à des fins d'humiliation » ainsi qu' « une atteinte à la dignité de la personne dès lors qu'il est commis par un agent de la fonction publique ». Le reste de son raisonnement se rapporte à la preuve du viol.

Observations

Tant le jugement que l'arrêt *Songo Mboyo* appellent quelques observations sur les exigences contextuelles. Avant de les formuler, il importe d'abord de saluer la qualité rédactionnelle du jugement du TMG. Ce jugement a en effet été rédigé dans un style correct, clair, précis et incontestablement marqué par un esprit de synthèse. Il traduit la volonté des juges de ne pas se perdre dans des considérations superflues grossissant inutilement le nombre de

138 *Idem*, p. 85.
139 *Idem*.
140 Arrêt *Songo Mboyo*, p. 27.

pages. Il se caractérise par ailleurs par une argumentation ordonnée suivant une structure cohérente et logique dans lequel le lecteur se retrouve facilement. L'on ne peut cependant pas en dire autant de l'arrêt rendu par la Cour militaire dans la même affaire ni de certaines autres décisions judiciaires qui seront examinées dans le cadre de cette étude.

Au-delà de la qualité rédactionnelle du jugement *Songo Mboyo* ainsi que de l'importance de l'apport qu'il fournit sur le mode d'administration de la preuve du viol en tant que crimes contre l'humanité, il s'avère toutefois que dans le fond, son approche appelle quelques remarques d'abord sur la définition du viol ensuite sur les exigences contextuelles des crimes contre l'humanité.

Concernant la définition du viol, l'on peut certes se féliciter de l'approche soutenue par le tribunal consistant à enlever au viol une connotation sexospécifique. Cette approche était importante puisqu'au moment où le jugement a été rendu, le droit congolais limitait la notion de viol aux seuls actes commis par un homme contre une femme. Ainsi, les agressions sexuelles dont pouvaient être victimes les hommes par d'autres hommes, telles que celles qui sont survenues dans le cadre du procès de Walikale qu'on verra plus loin, échappaient à l'incrimination du viol. Notons toutefois que le recours au droit international quant à la définition du viol n'était pas nécessaire dans cette affaire puisqu'aucun viol n'a été commis contre un homme. Mais, la difficulté de ce jugement réside essentiellement dans son silence sur un élément caractéristique du viol qu'est l'absence de consentement de la victime. Les Éléments du crime ont précisé à cet égard que pour qu'il y ait viol, il faut démontrer que « 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 ». Il est étonnant que le tribunal soit resté silencieux sur cette exigence qui fonde pourtant la particularité du viol. Il existe apparemment une controverse sur la question de savoir si l'élément caractéristique du viol doit résider dans l'usage de la force, ainsi que le soutient les Éléments du crime, et plus tard le jugement *Bemba*[141], tel qu'il a été récemment commenté par un auteur[142], ou si la particularité du viol devrait plutôt résider dans l'absence de consentement. C'est en effet cette dernière approche qui a été mise en avant par la Cour européenne des droits

141 CPI (Ch. 1ère Inst. III), *Le Procureur c. Bemba*, « Judgment pursuant to Article 74 of the Statute », Doc. ICC-01/05-01/08-3343, 21 mars 2016, §§ 105-106 : « The Chamber notes that the victim's lack of consent is not a legal element of the crime of rape under the Statute. The preparatory works of the Statute demonstrate that the drafters chose not to require that the Prosecution prove the non-consent of the victim beyond reasonable doubt, on the basis that such a requirement would, in most cases, undermine efforts to bring perpetrators to justice. Therefore, where "force", "threat of force or coercion", or "taking advantage of coercive environment" is proven, the Chamber considers that the Prosecution does not need to prove the victim's lack of consent ».

142 Janine Natalya Clark, « The First Rape Conviction at the ICC: An Analysis of the *Bemba* Judgment », *JICJ*, vol. 14, 2016, pp. 667-687.

de l'homme dans l'affaire *M.C. c. Bulgarie*[143]. Il est intéressant de noter que pour parvenir à cette conclusion la Cour européenne s'est notamment fondée sur le jugement *Kunarac* et consorts dans lequel la Chambre de première instance du TPIY avait critiqué l'approche adoptée dans le jugement *Furundžija* qui exigeait la force ou la menace de son usage pour qu'il y ait viol[144]. L'approche de la Cour européenne apparaît en effet la plus appropriée pour réprimer un viol commis sans aucune violence, c'est-à-dire sans l'usage (ou menace) de la force, mais qui n'en est pas moins un véritable viol puisque le consentement y est absent.

Quant aux exigences contextuelles des crimes contre l'humanité, l'on a vu que l'article 7 exige de l'attaque d'être généralisée « ou » systématique, ce qui implique que ces deux caractères ne sont pas cumulatifs, mais alternatifs de telle sorte qu'une fois établi le caractère généralisé d'une attaque, il n'est plus nécessaire d'en rechercher le caractère systématique. L'on a également vu que cet article exige que les crimes contre l'humanité soient commis dans le cadre d'une attaque lancée dans la poursuite ou en application de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque.

Dans l'affaire *Songo Mboyo*, la manière dont les juges ont défini l'attaque généralisée correspond avec celle des TPI et surtout avec celle de la CPI. Ces juges ont également raison de soutenir que les deux caractères (généralisé ou systématique) sont alternatifs et que l'établissement de l'un des caractères rend inutile de rechercher l'autre. Cependant, les exigences contextuelles des crimes contre l'humanité ne s'arrêtent pas là. Le caractère généralisé d'une attaque n'est pas suffisant à lui seul pour établir les crimes contre l'humanité. Encore faut-il démontrer que cette attaque a été « lancée contre une population civile ». Que signifie exactement cette expression ? Il apparaît que pour les juges de Songo Mboyo (TMG comme Cour militaire), cette expression signifie qu'il faut établir que les victimes appartenaient à la population civile par opposition aux combattants. En interprétant cette expression de cette manière-là, l'on constate que les juges en question n'ont pas recouru au paragraphe 2 (a) de l'article 7 du Statut de Rome, consacré pourtant à la définition de cette expression. Ils se sont plutôt placés dans le contexte du droit des conflits armés en parlant des combattants et de population civile, alors que les crimes contre l'humanité peuvent être commis en période de paix et que dans le cadre de l'affaire *Songo Mboyo*, nul n'a prétendu qu'il existait un « conflit armé » au sens du droit international des conflits armés.

Pourtant, la signification de l'expression « attaque lancée contre la population civile » ne réside pas dans la distinction entre combattant et population civile. L'article 7(2)(a) du Statut de Rome a tenu à préciser que « par "attaque lancée contre une population civile", on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe

143 CEDH, *M.C. c. Bulgarie*, « Arrêt », requête n° 39272/98, 4 décembre 2003, § 166: « In the light of the above, the Court is persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual's sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim ».

144 *Idem*, §§ 104-105.

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 ».

Les travaux préparatoires du Statut de Rome renseignent que lors de la conférence de Rome, l'enjeu dans la rédaction de l'article 7 du Statut de Rome ne reposait pas sur la définition de la « population civile » par opposition aux combattants. Il portait plutôt sur la question de savoir si l'on devait exiger d'une attaque d'être à la fois généralisée « et » systématique ou si ces deux caractères étaient alternatifs, c'est-à-dire l'un ou l'autre et pas les deux en même temps[145]. Le compromis qui a finalement été trouvé consistait à approuver l'approche alternative (attaque généralisée *ou* systématique) à condition que la définition légale de « l'attaque dirigée contre une population civile » soit introduite à l'article 7 (2)(a) du Statut. C'est ainsi que « l'attaque dirigée contre une population civile » a été définie par l'article 7 comme renvoyant à une attaque « lancée en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ».

En définissant ainsi « l'attaque dirigée contre une population civile », l'on a pu se demander si l'article 7(2)(a) n'avait finalement pas rendu cumulatives ces deux exigences[146]. La décision de confirmation des charges dans l'affaire *Gbagbo* (ci-après, la « Décision *Gbagbo* ») apporte toutefois un éclairage important sur cette question. Cette décision précise en particulier la signification de l'expression « attaque lancée contre une population

145 Pour plus de détails sur cette question, voy. Darryl Robinson, « Defining "Crimes against Humanity" at the Rome Conference », in *American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 93, 1999, pp. 47-48; Stephan Meseke, « La contribution de la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda à la concrétisation de l'incrimination du crime contre l'humanité », in Mario Chiavario (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Ed. Giuffre Editore, Dalloz, 2003, pp. 183-184 : « [s]i, lors des négociations sur le Statut de Rome, on s'est vite accordé sur l'introduction des éléments constitutifs "généralisés" et "systématique" dans l'incrimination, la question de savoir si ces deux critères devaient être "alternatifs" ou "cumulatifs" a été controversée. Le grand groupe des États "like-minded" ou " Etats-pilotes", composé d'environ 60 États, a défendu, en se référant à l'article 3 du Statut du TPIY ainsi qu'au jugement du TPIY dans l'affaire Tadic, que ces deux conditions constituaient des alternatives. À l'inverse, plusieurs membres permanents du Conseil de sécurité, ainsi que de nombreux représentants des États arabes et asiatiques considéraient que les deux éléments constitutifs devaient être remplis cumulativement et critiquaient la proposition des États "like-minded" en ce qu'elle étendait trop, selon eux, le champ d'application de l'incrimination. Les partisans de la thèse alternative objectèrent alors que de telles craintes étaient de toute façon balayées par l'exigence de l'attaque contre une population civile. Finalement, la thèse alternative a été approuvée à condition que la définition légale de "l'attaque [...] dirigée contre une population civile" soit introduite à l'article 7, § 2 a du Statut de la CPI ».

146 Kai Ambos, « Crimes against Humanity and the International Criminal Court », *in* Leila N. Sadat (dir.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge, CUP, 2011, p. 285: « Article 7 seems to obscure this apparently clear interpretation by defining the context element of paragraph 1 ("attack directed against any civilian population") in its paragraph 2 as "a course of conduct involving the multiple commission of acts..., pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack". This definition replaces "widespread" with "multiple commissions of acts" and systematic" with "a State or organizational policy", yet, more importantly, it no longer phrases these two elements in the alternative mode, but interconnects them insofar as the "multiple commission" must be based on "policy". This means that the policy element is indispensable and its absence cannot be compensated, for example, by a particularly high number of acts into [crimes against humanity]. In other words, sheer quantity does not convert a number of acts into [crimes against humanity]; otherwise, a serial killer would qualify as a criminal against humanity for the mere fact that he acted on a large scale. Instead, the decisive element is that of a policy: only its existence turns multiple acts into [crimes against humanity] ».

civile », définie à l'article 7(2)(a) du Statut de Rome comme renvoyant à un « 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 ».

Compte tenu de l'importance de cette décision par rapport à la conceptualisation des crimes contre l'humanité, il nous semble important de nous y attarder un peu. En effet, la Décision *Gbagbo* observe que « cette définition présente donc déjà — quoique dans une moindre mesure — des aspects quantitatifs et qualitatifs qui peuvent aussi se révéler utiles pour statuer sur le caractère "généralisé" ou "systématique" de l'attaque telle que visée à l'article 7-1 du Statut »[147]. Ensuite, elle approfondit son analyse en disséquant cette expression en deux : d'une part, l'expression « le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés à l'article 7(1) du Statut à l'encontre d'une population civile quelconque » ; et d'autre part, le « comportement adopté en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ».

Par rapport au premier membre de cette expression, la Décision *Gbagbo* déclare que « le terme "comportement" revêt déjà (…) un aspect systémique, puisqu'il décrit une série ou une suite globale d'événements par opposition à un simple agrégat d'actes fortuits » ; et qu' « il implique l'existence d'une certaine ligne de conduite étant donné que le terme "attaque" renvoie à une "campagne ou à une opération dirigée contre la population civile", consistant en la commission multiple d'actes visés à l'article 7-1 du Statut à l'encontre de tout groupe identifiable par sa nationalité, son ethnie ou tout autre attribut distinctif, y compris son affiliation politique (supposée) »[148]. Par conséquent, selon la Décision *Gbagbo*, « si un comportement implique nécessairement des actes multiples, l'occurrence de ces actes n'est pas le seul élément qui pourrait se révéler utile pour en prouver l'existence. Au contraire, puisque le comportement requiert une certaine "ligne de conduite", les éléments tendant à prouver le degré de planification, de direction ou d'organisation par un groupe ou une organisation sont également utiles pour apprécier les liens et les caractéristiques communes unissant entre eux des actes distincts, liens et caractéristiques qui démontrent l'existence d'un "comportement" au sens de l'article 7-2-a du Statut »[149].

Quant au second membre de l'expression analysée, à savoir un « comportement adopté en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque », la Décision *Gbagbo* a observé qu'il est précisé dans les Éléments des crimes que, « dans le contexte du Statut, l'élément de "politique" s'entend du fait pour un État ou une organisation de favoriser ou d'encourager activement une attaque contre une population civile » ; et que « ni le Statut ni les Éléments des crimes n'incluent les raisons ou les motivations de la politique au nombre des éléments requis par la définition » ;

147 CPI (Ch. Prél. I), *Le Procureur c. Gbagbo*, « Décision relative à la confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo », Doc. ICC-02/11-01/11-656-Red-tFRA, 12 juin 2014 (ci-après, la « Décision *Gbagbo* »), § 208.

148 *Idem*, § 209.

149 *Idem*, § 210.

mais que « déterminer le motif sous-jacent peut se révéler utile pour mettre au jour les caractéristiques communes aux actes et les liens qui unissent ceux-ci »[150]. Selon toujours la Décision *Gbagbo*, « en l'état de la jurisprudence de la Cour, une attaque planifiée, dirigée ou organisée — par opposition à des actes de violence spontanés ou isolés — satisfait au critère d'existence d'une politique et qu'il n'est pas nécessaire que la politique ait été formellement adoptée »[151].

Concernant le rapport éventuel entre l'élément politique et le caractère systématique d'une attaque, la Décision *Gbagbo* a précisé que « les notions de "politique" et de caractère "systématique" de l'attaque dans le contexte de l'article 7-1 du Statut renvoient l'une et l'autre à un certain degré de planification de l'attaque » ; et qu' « en ce sens, la preuve qu'un État ou une organisation a planifié, organisé ou dirigé l'attaque peut être utile pour établir tant l'existence d'une politique que le caractère systématique de l'attaque, mais les deux notions ne doivent pas être amalgamées, car elles servent des fins différentes et correspondent à des critères différents au regard des articles 7-1 et 7-2-a du Statut »[152].

Par rapport à l' « organisation » à laquelle doit être imputée cette politique, la Décision *Gbagbo* a constaté que « l'article 7-2-a du Statut précise que la politique ayant pour but l'attaque lancée contre la population civile doit être attribuée à un État ou une organisation » ; et que « pour ce qui est de la notion d'organisation, les Chambres de la Cour ont constamment considéré qu'une telle politique peut être mise en place par des groupes de personnes dirigeant un territoire donné ou par toute organisation capable de commettre une attaque généralisée ou systématique contre une population civile ». Il est possible qu'il y ait quelques controverses sur le terme organisation. Mais la Décision *Gbagbo* a souligné qu' « en tout état de cause, quelle que soit l'interprétation retenue pour la notion d'organisation, il est important que dans le cadre de son analyse des faits en cause, la Chambre puisse comprendre le fonctionnement de l'organisation (en déterminant par exemple s'il existait une chaîne de commandement ou un système interne de subordination) afin de déterminer si la politique ayant l'attaque pour but peut être attribuée à l'organisation »[153].

En appliquant ces exigences à l'affaire *Songo Mboyo*, l'interrogation principale à se poser est celle de savoir si l'incident de Songo Mboyo peut être analysé en termes d'un « comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés à l'article 7(1) du Statut de Rome 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 ». En d'autres termes, dans cet incident, a-t-on affaire à un « simple agrégat d'actes fortuits » ou s'agissait-il d' « une campagne ou une opération dirigée contre la population civile ». Plus particulièrement, peut-on en déduire une certaine « ligne de conduite » entre les différents actes criminels (viols et pillages) ?

150 *Idem*, § 214.
151 *Idem*, §215.
152 *Idem*, § 216.
153 *Idem* , § 217.

À ces questions, il est difficile de répondre par l'affirmative. Certes, dans l'affaire *Songo Mboyo* les victimes étaient nombreuses de sorte que le caractère généralisé de cette attaque est difficile à contester. Cependant, il est difficile de voir dans ces actes « une série ou une suite globale d'événements » et encore moins une certaine « ligne de conduite ». Il est en particulier difficile de démontrer que dans ces actes, il existe des « éléments tendant à prouver le degré de planification, de direction ou d'organisation par une organisation pour apprécier les liens et les caractéristiques communes unissant entre eux des actes distincts », comme l'exige le paragraphe 210 de la Décision *Gbagbo*. Concernant spécifiquement l'existence d'une organisation, certes, dans l'incident de Songo Mboyo, les militaires poursuivis ont été condamnés pour avoir commis un pillage « en bande » ; et que, selon le jugement et l'arrêt *Songo Mboyo*, cette exigence implique que les individus poursuivis aient été « embarqués en bande » et qu' « il y a impérieuse nécessité que les agents matériels soient en bande constituant un groupe de hors-la-la-loi, l'infraction étant par nature plurale »[154].

Mais de là, dire que ces militaires constituaient une « organisation » ou un « État » au sens de l'article 7(2)(a) du Statut de Rome est un pas que l'on ne peut pas franchir d'autant plus que, faut-il le rappeler, les accusés ont tous été acquittés pour l'infraction de « complot » militaire également mise à leur charge[155], l'article 62 du Code pénal militaire définissant le complot comme « la résolution d'agir concertée et arrêtée entre deux ou plusieurs individus ». L'on ne peut non plus soutenir qu'ils ont agi dans la poursuite d'une politique quelconque de cet État ou cette organisation. L'on a plutôt affaire à des militaires révoltés qui se sont déchaînés sans préméditation ni organisation sur une population civile désarmée. Dans un tel contexte, parler des crimes contre l'humanité se révèle exagéré. Cette observation n'implique toutefois pas que les actes de viol devraient rester impunis. Il y avait toujours moyen de les punir en tant que crimes de droit commun sans nécessairement faire appel au Statut de Rome. Les articles 103 et 104 du Code pénal militaire, qui prévoient des infractions de « violences envers les populations civiles », offrent à cet égard une des possibilités de répression par le droit interne des actes comparables à ceux survenus dans le cadre de l'incident de Songo Mboyo[156].

4. Affaire des *Mutins de Mbandaka*

L'affaire dite des Mutins de Mbandaka porte sur un incident survenu dans la ville de Mbandaka en province d'Équateur[157]. En effet, entre le 3 et le 5 juillet 2005, un groupe de

154 Jugement *Songo Mboyo*, pp. 64-65 ; arrêt *Songo Mboyo*, p. 23

155 Voy. jugement *Songo Mboyo* ; l'arrêt *Songo Mboyo* ne reprend même pas cette incrimination.

156 L'article 103 du Code pénal militaire dispose que « tout militaire ou assimilé qui se rend coupable des violences ou sévices graves à l'endroit des populations civiles, en temps de guerre ou pendant les circonstances exceptionnelles, est puni de mort » ; tandis que l'article 104 dispose de son côté que « tout militaire ou assimilé qui se rend coupable d'acte arbitraire ou attentatoire aux droits et libertés garantis aux particuliers par la loi à l'encontre d'une personne civile sera puni de quatre ans de servitude pénale » ; et que « si le fait est constitutif d'une infraction punie de peines plus fortes, le coupable sera puni à ces peines ».

157 Voy. TMG/Mbandaka, « Jugement », RP 101/006, 20 juin 2006, (ci-après, « Jugement *Mutins de Mbandaka* ») non publié.

près de 61 militaires s'était décidé à aller venger leur compagnon d'armes retrouvé mort sur l'avenu Bonsomi dans la ville de Mbandaka au lendemain de la fête nationale (30 juin de chaque année). Ayant considéré les habitants de cette avenue collectivement responsables de la mort de leur compagnon d'armes, ces militaires se sont livrés à des tueries aveugles, au viol et au pillage des biens des habitants de l'avenue où le corps de leur compagnon a été trouvé. Le bilan de ces attaques était très lourd : 6 personnes tuées, 12 blessées, 46 personnes violées et 96 victimes de pillages.

Poursuites et argumentation

Ces actes ont entraîné la poursuite de plusieurs militaires, entre autres, pour viols en tant que crimes contre l'humanité devant le TMG de Mbandaka. À l'issue de leur procès, les accusés ont été reconnus coupables notamment de viol en tant que crimes contre l'humanité. Pour établir les crimes contre l'humanité, le tribunal s'est essentiellement fondé sur le fait que l'attaque était généralisée au regard du nombre des victimes. Il n'a pas cherché à savoir si ladite attaque était lancée « en application de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ». En cela, le jugement a suivi la même démarche et est caractérisé par les mêmes limites que celles qu'on a relevées dans la jurisprudence *Songo Mboyo*. L'on peut également critiquer la démarche de ce tribunal en ce qu'il s'est beaucoup plus intéressé au viol, au point de lui appliquer la qualification des crimes contre l'humanité, qualification non appropriée dans ce contexte, et n'a pas fait de même pour d'autres actes aussi graves tels que les meurtres et les blessures dont ont été victimes plusieurs personnes.

5. Affaire *Waka-Lifumba*

L'affaire *Waka-Lifumba* porte sur une expédition punitive qu'un groupe de 12 policiers a organisée entre le 19 et le 22 février 2007 à l'encontre de la population de la localité de Waka-Lifumba dans l'ex-Province orientale. L'affaire repose en fait sur une série de malentendus. Tout commence par une mission de service qu'effectuent deux policiers (Botuli Ikofo et Patrick Sedeka) dans la localité précitée. Au cours de cette mission, l'un des deux policiers, Botuli Ikofo, agresse un des habitants de la localité pour un litige privé et s'enfuit dans la brousse. Les habitants de cette localité vont s'en prendre au deuxième policier, Patrick Sedeka, qui tentait de s'interposer lors de la bagarre, ces habitants ayant cru que c'était lui l'auteur de l'agression. Finalement M. Sedeka parvint à s'échapper et s'enfuit à son tour. Mais, dans sa fuite, son chemin va croiser celui de bandits non identifiés qui vont alors le rouer des coups. Informés de cette agression dont a été victime leur collègue, les autres policiers vont imputer ladite agression aux habitants de Waka-Lifumba et vont se décider d'organiser une expédition punitive contre eux. Initialement composé de 8 individus, ce groupe de policiers s'est renforcé en cours de chemin par quatre autres policiers, dont un certain Baende Longilima. Ce groupe de 12 policiers au total procédera, dans la nuit du 19 février jusqu'au 22 février 2007, à l'attaque contre la population civile. Selon le tribunal, « dans leur stratégie d'attaque, ils procédèrent de porte-à-porte, en arrêtant, enlevant,

torturant et violant les filles et femmes ». Le jugement rapporte également que « tous les hommes et femmes arrêtés dans le cadre de cette opération furent conduits dans la parcelle du chef de localité précitée où les assaillants avaient installé leur quartier général » ; et que ces arrestations avaient pour but « d'arracher leurs aveux et extorquer leurs monnaies, soit des chèvres, poules, etc. sous prétexte des amendes transactionnelles ». Le jugement rapporte enfin qu'à la fin des opérations, ces policiers-assaillants se sont partagé les butins et ont réservé une autre partie à leur hiérarchie. Celle-ci, à son tour, s'est partagé le butin suivant le grade et la fonction de chacun, les plus hauts gradés recevant une part plus importante que les moins gradés.

Ces actes ont, par la suite, entraîné des poursuites à l'encontre des deux policiers. Le premier est le sieur Botuli qui s'est bagarré, mais qui n'a pas pris part à l'expédition punitive. Le second est le sieur Baende Longilima qui a rejoint l'équipe partant pour l'expédition punitive et dont le rôle dans ce groupe était d'assurer la garde des biens pillés et des personnes arrêtées parmi lesquelles il y a eu des victimes de viol. Seul ce dernier a été poursuivi pour d'une part, l'extorsion et le pillage et, d'autre part, pour viols, arrestations arbitraires et détentions illégales et tortures en tant que crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome. À l'issue de son procès, M. Baende Longilima a finalement été reconnu coupable des crimes contre l'humanité et a été condamné à une peine de servitude pénale de 20 ans pour les crimes contre l'humanité, le tribunal ayant retenu en sa faveur une circonstance atténuante en raison de sa « mentalité fruste », expression non explicitée dans le jugement[158].

Argumentation

Le raisonnement juridique ayant conduit à l'établissement des crimes contre l'humanité est très difficile à schématiser en raison de la médiocrité de la rédaction du jugement[159]. Cependant, de manière générale, il apparaît que les juges ont considéré que des crimes contre l'humanité ont eu lieu parce que l'attaque de Waka-Lifumba avait un caractère généralisé en raison du fait qu'elle a été commise par une multiplicité des policiers sur une grande échelle des victimes dans la nuit du 20 au 22 février 2007. Notons toutefois que le jugement n'a pas précisé le nombre exact des victimes.

Par rapport à l'argument de la Défense qui contestait la qualification de crimes contre l'humanité en raison, selon elle, de l'absence de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque, le tribunal, se fondant sur le jugement *Semanza* du TPIR, a laissé entendre qu'il s'agit là d'un « élément de preuve » du caractère généralisé ou

158 TMG/Mbandaka, *MP et PC. c. Botuli*, « Jugement », RP 134/2007, 18 février 2007 (ci-après, « jugement *Waka-Lifumba* »), in *Recueil d'ASF (2013)*, p. 32.

159 Le jugement est en effet caractérisé par d'incroyables fautes d'orthographe et de grammaire, y compris les erreurs de ponctuation, le non-respect des règles de concordance de temps, etc., erreurs qui poussent finalement à s'interroger sur le niveau et la qualité de la formation des auteurs de la décision. Il est en effet très difficile de situer le début et la fin des phrases ou de comprendre leurs structures. Même la structure des paragraphes et celle du raisonnement dudit jugement dans son ensemble semblent obéir à une logique du coq à l'âne où il est fréquent de perdre pied.

systématique de l'attaque, mais pas d'un élément constitutif et distinct des crimes contre l'humanité. Pour le tribunal en effet, la politique d'un État ou d'une organisation est non pertinente en matière des crimes contre l'humanité dans la mesure où, selon lui, « il suffit seulement qu'une multitude de hors-la-loi s'engage à commettre des actes tels qu'énumérés par l'article 7 du Statut de Rome sur une grande échelle contre une population civile bien déterminée ». Le tribunal a également déclaré que par population civile, il faut entendre d'abord les civils au sens propre du terme, par opposition aux militaires, policiers et leurs services assimilés et que, dans le souci de protéger les personnes qui ne participent pas aux hostilités, il faut également y inclure les membres des forces armées qui ont déposé les armes et les personnes mises hors de combat par maladie, blessures ou pour toute autre raison, et ce en vertu des Conventions de Genève de 1949 et ses deux protocoles additionnels[160].

La Défense des accusés a également contesté la pertinence de la qualification des crimes contre l'humanité en soutenant que le ministère public n'avait pas établi un motif discriminatoire qui, selon la défense, serait caractéristique des crimes contre l'humanité. Ce moyen a lui aussi été rejeté par les juges. Ces derniers en effet, s'appuyant sur un passage du jugement *Bagilishema* du TPIR, ont estimé que « la discrimination (…) est négligeable dès lors que [le crime] a été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ». Sur cette base, les juges ont déclaré que ce qui est exigé c'est que l'attaque soit généralisée et dirigée contre une population civile en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse. Selon eux, l'élément discriminatoire doit être considéré comme une caractérisation de la nature de l'attaque et non comme la *mens rea* de l'auteur. Ainsi, pour les juges, les motifs discriminatoires ne sont pas des éléments indispensables des crimes contre l'humanité dès lors que l'acte criminel a été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique.

Observations

Le jugement ainsi résumé appelle trois observations. Premièrement, sur la forme, le jugement *Waka Lifumba* est, en plus de sa qualité rédactionnelle médiocre dont on a déjà parlé, caractérisé par l'incohérence des dates. Par exemple, le jugement est daté du 18 février 2007 alors que, dans son préambule, il se réfère à des décisions avant dire droit (ADD) qui lui sont postérieures[161].

Deuxièmement, sur le fond, dans l'analyse des éléments contextuels des crimes contre l'humanité, le tribunal soutient que l'attaque avait un caractère généralisé alors qu'aucun chiffre approximatif du nombre des victimes n'a été avancé. Certes, comme l'a dit pertinemment le jugement *Songo Mboyo*, il n'existe pas de seuil à partir duquel les crimes

160 Jugement *Waka-Lifumba*, p. 50.

161 Le jugement qui date du 18 février 2007, se réfère ainsi, dans son préambule, à une ordonnance de fixation de la cause du président dudit tribunal datant du 02 septembre 2007 pour une audience publique du 10 septembre 2007. Toujours dans son préambule, le jugement fait allusion au procès-verbal du 04 août 2007 relatif au tirage au sort des membres assesseurs de la composition du siège du tribunal, aux audiences qui se seraient déroulées respectivement le 10 et 18 septembre 2007 et du 17 au 20 octobre 2007, exactement comme si le jugement était antérieur aux audiences d'instruction de la cause !

contre l'humanité sont réalisés. Mais de là à conclure qu'il n'est plus nécessaire d'avancer un chiffre tout au moins approximatif du nombre des victimes est un pas difficile à franchir.

Troisièmement, le jugement *Waka Lifumba* a fait un recours trop maladroit à la jurisprudence des deux TPI *ad hoc*. Certes, le recours en lui-même n'est pas condamnable, bien au contraire. Toutefois, un tel recours doit être fait en tenant compte des spécificités de chaque texte juridique, et tout particulièrement du Statut de Rome. En effet, en dépit du fait que les juges prétendent appliquer l'article 7 du Statut de Rome, la lecture de leur jugement indique que, sous prétexte d'une démarche comparative avec la jurisprudence des TPI *ad hoc*, ils ont appliqué les statuts de ces deux tribunaux alors que (i) la définition des crimes contre l'humanité dans le statut du TPIY diffère déjà de celle du statut du TPIR et (ii) la définition adoptée par le Statut de Rome n'est ni celle du TPIY ni celle du TPIR. L'article 5 du Statut du TPIY définit les crimes contre l'humanité comme renvoyant à des crimes « *commis au cours d'un conflit armé*, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile, quelle qu'elle soit ». Il faut noter que cet article prévoit un paragraphe (h) relatif au crime de « persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses ». Tandis que l'article 3 du statut du TPIR définit les crimes contre l'humanité comme étant des crimes « commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile, quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse ». Cet article prévoit lui aussi un paragraphe (h) relatif aux crimes de « persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses ».

L'on remarque ainsi que la formulation de ces articles diffère déjà entre eux, mais, en plus, elle est différente de celle que prévoit l'article 7 du Statut de Rome. Par ailleurs, la manière dont le statut du TPIY a défini les crimes contre l'humanité a fini par susciter la question de savoir si le mobile discriminatoire exigé pour le crime de persécutions était également exigé pour les autres crimes contre l'humanité. Sur cette question, l'on sait toutefois que l'arrêt *Tadić* (fond) a conclu qu'une telle intention discriminatoire n'était exigée que pour le crime de persécutions et pas pour tous les crimes[162] et que pour y arriver, l'arrêt en question a fait primer la lettre du Statut du TPIY sur les travaux préparatoires du Statut tirés essentiellement du rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur la création de ce tribunal.[163].

L'arrêt *Tadić* s'est donc inscrit en faux contre cette approche et a fait primer la lettre du statut de son tribunal qui, d'ailleurs à ses yeux, était le plus conforme à l'état du droit international coutumier. Ainsi, alors que dans la jurisprudence des deux TPI *ad hoc*, la question était résolue depuis longtemps, il est étonnant de constater que le jugement *Waka-Lifumba* est revenu sur cette question au mépris de la jurisprudence internationale et au

162 TPIY (Ch. Appel), *Le Procureur c. Tadić*, « Arrêt », affaire n° IT-94-1-A 15 juillet 1999 (ci-après, « Arrêt *Tadić* (Fond)»), § 305 ; TPIY (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Blaškić*, « Jugement », 3 mars 2000, § 244 et 260 ; TPIY (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Kordic and Čerkez*, « Jugement », 26 février 2001, § 186 ; TPIY (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Todorovic*, « Jugement », affaire n° IT-95-9/1, 31 juillet 2001, § 113.

163 Dans ce rapport, le Secrétaire général considérait que le mobile discriminatoire était exigé pour tous les crimes contre l'humanité : *Report of the Secretary-General Pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993)*, Doc. ONU S/25704, 3 mai 1993, § 48.

mépris de la lettre et de l'esprit du Statut de Rome. L'erreur des juges congolais apparaît d'ailleurs clairement lorsqu'ils rejettent l'exigence de l'élément politique des crimes contre l'humanité, au motif qu'il s'agit d'un élément de preuve du caractère généralisé ou systématique et pas d'un élément constitutif distinct des crimes contre l'humanité. Pourtant, cette exigence est expressément inscrite à l'article 7(2)(a).

Dans l'affaire *Waka-Lifumba*, si l'on considérait l'élément politique non pas dans un sens bureaucratique, mais comme simplement le fait que l'attaque était préparée ou préméditée, l'on peut conclure à l'établissement de cet élément politique. Toutefois, ce qui risque de faire défaut dans cette affaire c'est le caractère organisé des assaillants. Le jugement ne dit rien sur cet élément. Certes, les chefs hiérarchiques n'ont pas été gênés de profiter des biens provenant du pillage des habitants de Waka-Lifumba. Mais, il est difficile de dire que les assaillants constituaient un État ou une « organisation » à laquelle on pouvait imputer cet élément politique. Il est par ailleurs difficile de dire que les policiers auteurs de cette agression relevaient d'une certaine unité de police, pour suggérer que les actes pouvaient être imputables à cette unité de la police. C'est précisément l'absence d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque qui semble faire défaut dans cette affaire et qui sème le doute sur la pertinence de la qualification des crimes contre l'humanité, même si l'attaque a apparemment été préméditée par un groupe d'individus.

6. Procès de Walikale

Les faits à l'origine de cette affaire concernent des exactions perpétrées contre les pygmées par les militaires de la 85e brigade des FARDC commandée par le sous-lieutenant Kalambay lors d'un déplacement effectué par ces militaires entre la cité de Walikale et celle de Hombo entre le 18 et le 19 mars 2009[164]. Ces exactions comprennent le pillage, mais surtout le viol à l'encontre des hommes et des femmes de tout âge. Le viol en particulier était motivé par une étrange superstition, le « *kilemba* », selon laquelle l'acte sexuel avec un pygmée conférait une immunité contre les maladies et les balles des fusils et rendait son auteur invisible sur le champ de bataille. Ici encore, le nombre total des victimes n'est pas précisé. Toutefois, le jugement en a énuméré 16 qui se sont fait connaître. Il apparaît également que 23 parties civiles se sont greffées à l'action publique. Ces actes ont entraîné la poursuite d'au moins 11 militaires, dont 6 étaient en fuite, pour crimes contre l'humanité. À l'issue de leur procès, presque tous les accusés, excepté un certain Amuli Murefu, ont été reconnus coupables des crimes mis à leurs charges et tout particulièrement du viol en tant que crime contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome.

Argumentation

Pour établir les crimes contre l'humanité, l'argumentation du TMG est, une fois de plus, difficile à schématiser. Il apparaît toutefois que le tribunal a commencé par rappeler le

164 TMG/Goma, *MP et PC c. Kalambay et consorts,* affaire n° RP 356/2009 RMP 0042/KNG/09, 24 avril 2009, (ci-après, le « Jugement *Walikale* »).

chapeau de l'article 7 et la définition de l'expression « attaque lancée contre une population civile », ainsi que cela découle de l'article 7(2)(a) du Statut de Rome. Appliquant cette définition aux faits de la cause, le tribunal s'est contenté d'affirmer que l'exigence d'une attaque lancée contre une population civile était satisfaite dès lors que l'attaque était lancée contre « une population civile en raison de l'appartenance des victimes à la population pygmées ». Le tribunal a ensuite défini le viol en s'inspirant de la jurisprudence du TPIY dans l'affaire *Furundžija* et celle du TPIR dans l'affaire *Akayesu*, pour conclure « qu'il ressort[ait] de l'instruction du dossier que les militaires de la 85e brigade (…) [avaient] commis des exactions à grande échelle dans les villages [précités] » ; que ces exactions étaient motivées par de « fausses croyances distillées parmi les militaires » ; et que « ces atrocités [étaient] perpétrées dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique sur une population civile en raison de l'appartenance des victimes à la population pygmée »[165].

Observations

Le jugement *Walikale* a retenu l'attention des rédacteurs du Projet *Mapping*, quoique sur la base d'une référence apparemment erronée[166]. Ce rapport s'en est montré particulièrement élogieux en le considérant comme étant « l'une des rares initiatives judiciaires connues dans la lutte contre l'impunité dans la province du Nord-Kivu »[167]. Les rédacteurs de ce rapport ne se sont toutefois pas penchés sur la pertinence de la qualification des crimes contre l'humanité qui y a été employée.

Cette question a toutefois été traitée dans le *Recueil de jurisprudence en matière pénale*, publié par le Programme de réhabilitation de la justice à l'est du Congo (Rejusco) et préfacé par le professeur Pierre Akele Adau, conseiller chargé de la réforme de la justice. Dans ce recueil, l'on soutient que la qualification des crimes contre l'humanité n'était pas appropriée dans cette affaire et que c'était plutôt celle de crimes de guerre qui l'était. Pour justifier la préférence de la qualification des crimes de guerre en lieu et place de celle des crimes contre l'humanité, les auteurs du recueil affirment que « pour les faits semblables, le tribunal militaire de garnison de l'Ituri dans l'affaire *Bongi*, (…) avait préféré retenir la qualification de crime de guerre sur pied de l'article 8, alinéa 2 du Statut de Rome sans se référer aux

165 *Idem*.

166 La note de bas de page n° 1552 du Rapport *Mapping* (page 416) renvoie au jugement RP 353/2009 et RMP0039/KNG/09, rendu par le TMG de Goma le 24 avril 2009. Le Rapport désigne ce jugement comme étant celui du « procès de Walikalé ». Pourtant, lorsqu'on lit le jugement ainsi référencié, on constate qu'il concerne une affaire de viol en tant que crime de droit commun, commis à Walikale par le nommé Amuli Murefu Dieu-Merci, militaire des FARDC sur une fille mineure de 16 ans. Nulle part dans ce jugement, il est fait allusion aux crimes contre l'humanité ni au Statut de Rome. Les références exactes du « procès de Walikalé » sont donc l'affaire RP 356/2009 RMP 0042/KNG/09. Il importe néanmoins de relever que les deux jugements ont été rendus le même jour, c'est-à-dire le 24 avril 2009, au même endroit (à Walikalé), par la même composition du TMG de Goma, siégeant en chambre foraine à Walikalé et que l'accusé Amuli Murefu acquitté au procès de viol des pygmées dans le cadre de l'affaire RP 356/2009, a néanmoins été reconnu coupable de viol sur mineure de 16 ans dans l'affaire RP 353/2009. La confusion entretenue dans le Rapport *Mapping* sur les références du procès de Walikalé est donc largement compréhensible.

167 Rapport *Mapping*, *op. cit.*, p. 416, § 880. Ce Rapport l'a considéré comme « l'une des rares initiatives judiciaires connues dans la lutte contre l'impunité dans la province du Nord-Kivu ».

dispositions du Code pénal militaire »[168]. Selon eux, « lorsqu'une juridiction est confrontée au problème de qualifications des faits infractionnels dont les inculpés se sont rendus coupables pendant la guerre ou au cours des opérations militaires, il est important qu'à l'absence des références jurisprudentielles doctrinales (…) explicitant la différence entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, on se réfère au contenu même du Statut de Rome pour y déceler les nuances de cette différence »[169]. Ils expliquent que « l'article 7 du Statut de Rome définit les crimes contre l'humanité comme "l'un quelconque des actes énumérés lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile et en connaissance de cette attaque" » ; et que « l'article 8 alinéa 2 du même statut définit quant à lui les crimes de guerre comme des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1942, notamment l'un quelconque des actes énumérés lorsqu'ils visent des personnes ou des biens protégés par les dispositions de ces Conventions de Genève ».

Selon les auteurs du recueil encore, « il ressort de ces deux définitions que les actes qui ne sont pas perpétrés dans le cadre d'une attaque qualifiée de généralisée et systématique contre les populations civiles entendues dans le sens des communautés rentrent dans la catégorie de crimes de guerre ». Le cadre juridique ainsi tracé amène ces auteurs à soutenir que « dans le cas sous examen, bien que les actes criminels aient touché un grand nombre de victimes, on n'est pas dans l'hypothèse d'une attaque généralisée et systématique des populations civiles ; on est bien en présence des cas énumérés à l'article 8 alinéa 2 du Statut de Rome qui visent des personnes ou des biens protégés, car en réalité il s'agit bien des actes commis de manière ponctuelle contre les individus à l'occasion des opérations militaires et non des actes programmés » ; et que « les actes de viol et pillages, sodomisation, tortures et autres traitements dégradants commis contre les personnes des villages énumérés rentrent dans cette catégorie, parce que notamment énumérés par l'article 8 du Statut de Rome »[170].

L'analyse effectuée par les auteurs de ce recueil, reproduite intégralement dans l'ouvrage de Luzolo Bambi Lessa et M. Bayona ba Meya sur la procédure pénale congolaise[171], n'est toutefois pas convaincante pour trois raisons. Premièrement, la comparaison avec l'affaire *Bongi* n'est pas appropriée : l'affaire *Bongi*, sur laquelle l'on reviendra plus loin, portait sur des faits se déroulant en Ituri au cours d'une période où cette partie du territoire congolais était en proie à des conflits armés interethniques, alors que celle du procès de Walikale se passe en dehors de tout conflit armé.

Deuxièmement, en définissant les crimes de guerre comme des « infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, notamment l'un quelconque des actes énumérés lorsqu'ils visent des personnes ou des biens protégés par les dispositions de ces Conventions de Genève », les auteurs du recueil, et ceux qui les ont suivis, ont certainement omis

168 Rejusco [programme de réhabilitation de la justice à l'est du Congo], *Recueil de jurisprudence en matière pénale, la justice restaurée, kurudisha Upya, application des lois nationales à des cas judiciaires recensés à l'est de la République Démocratique du Congo*, Rejusco 02/2010, p. 73.

169 *Idem*, pp. 73-74.

170 *Idem*, p. 74.

171 Luzolo Bambi Lessa et Bayona ba Meya, *op. cit.*, p. 736.

de prendre en compte le fait que les termes « infractions graves » constituent une *notion technique* qui ne s'applique que dans les conflits armés *internationaux* et que cette notion n'est pas applicable dans le cadre des conflits armés *non internationaux*. Il en est de même de la notion de « personnes ou des biens protégés par les dispositions de ces Conventions de Genève ». Dans l'esprit des Conventions de Genève, il s'agit en principe des personnes ayant la nationalité de l'État ennemi[172], ce qui n'est possible que dans les conflits armés interétatiques. En tout état de cause, ces auteurs n'ayant pas démontré l'existence d'un conflit armé (international ou non international), l'on ne voit pas sur quelle base la qualification des crimes de guerre qu'ils proposent tiendrait.

Troisièmement enfin, ces auteurs ont soutenu que « bien que les actes criminels aient touché un grand nombre de victimes, on n'est pas dans l'hypothèse d'une attaque généralisée et systématique des populations civiles ». D'un point de vue théorique, cette affirmation est surprenante d'abord parce que la jurisprudence internationale, par ailleurs reprise dans l'affaire *Songo Mboyo*, définit le caractère généralisé d'une attaque précisément par le nombre de victimes touchées. Ensuite, cette même affirmation semble vouloir dire que pour établir les crimes contre l'humanité, il faut que les actes criminels soient en même temps généralisés *et* systématiques (approche cumulative) alors que le droit international pose ces deux critères dans une approche alternative. Finalement, les reproches formulés par les auteurs de ce recueil (et ceux qui les ont suivis) sur la qualification des crimes contre l'humanité appliquée par le TMG de Goma se révèlent peu convaincants.

Pour évaluer la pertinence de la qualification des crimes contre l'humanité dans cette affaire, il est important de vérifier (i) si l'on a affaire à une attaque généralisée ou systématique ; (ii) s'il existe un État ou une organisation derrière cette attaque ; enfin (iii) établir l'élément politique derrière cette attaque.

Par rapport à l'existence d'une attaque généralisée ou systématique, il apparaît que pour conclure au fait que le viol des pygmées revêtait un caractère généralisé, le jugement n'a apparemment pas opéré de distinction entre les victimes et les parties civiles. En effet, il a énuméré « 16 victimes qui se sont fait connaître » et « 23 parties civiles qui se sont greffées à l'action publique ». Cependant, le même jugement ne dit pas si ces 16 victimes étaient toutes des victimes de viol, ou si parmi elles, il faut aussi compter celles des pillages, des tortures, etc. Il ne dit pas non plus si les 16 victimes sont comprises dans les 23 parties civiles. L'on ne sait donc pas si, dans la tête et sous la plume des juges de Walikale, les « parties civiles » sont différentes des « victimes ».

Pourtant, le terme « partie civile » peut recouvrer deux catégories de victimes. La première est celle des « victimes directes », c'est-à-dire celles qui ont *physiquement* été affectées par le crime (par exemple, pour le meurtre ou l'assassinat, il faudra dénombrer le nombre des morts). La deuxième est celle des « victimes indirectes » qui comprend à son tour deux sous- catégories : (i) les proches des victimes directes (par exemple les parents,

172 Article 4 de la Convention IV de Genève de 1949.

le conjoint survivant, les héritiers, etc.)[173]; et (ii) les « victimes des victimes », comme pour le cas des victimes des crimes des enfants- soldats, étant entendu qu'à la base, ces derniers ont, eux-mêmes, été victimes de la conscription ou de l'enrôlement dans les groupes armés ou les forces armées nationales. Concernant cette dernière sous-catégorie, rappelons que la CPI a refusé de leur accorder le droit de participer à la procédure, estimant que le Statut de Rome comme le Règlement de procédure et de preuve (RPP) n'ont visé que les victimes directes et celles de la première sous-catégorie des victimes indirectes[174].

En précisant ainsi le contenu du terme « partie civile », la question qui s'ensuit est celle de savoir si l'évaluation du caractère généralisé d'une attaque en fonction du nombre des victimes nécessite une prise en compte, comme l'a fait le tribunal de Walikale, de toutes les catégories des victimes (directes et indirectes) ou seulement certaines d'entre elles. Face à cette question, l'on peut d'abord observer qu'il est difficile de prendre en compte les victimes indirectes de la seconde catégorie (les victimes des victimes). En tout état de cause, cette question ne se pose pas dans le cadre du procès de Walikale. Quant à la première catégorie de victimes indirectes (les proches des victimes directes), excepté pour le cas de la torture, l'on ne peut pas, en principe, la prendre en compte pour établir le caractère généralisé d'une attaque. En prenant l'exemple du meurtre en tant que crimes contre l'humanité, c'est le nombre de morts qui doit être pris en compte et non le nombre des personnes alléguant, à titre de parties civiles, avoir subi un préjudice moral à la suite de ce meurtre. Ainsi, le fait qu'un meurtre entraîne plusieurs parties civiles n'implique pas nécessairement qu'il revêt un caractère massif ou généralisé. La seule catégorie des victimes qui peut donc être prise en compte dans l'évaluation du caractère généralisé d'une telle attaque est celle des victimes *directes*. Une telle approche paraît d'ailleurs plus conforme à la règle de l'interprétation stricte des incriminations inscrite à l'article 22(2) du Statut de Rome. En appliquant ces précisions au jugement sous examen, on constate que même si dans son jugement, le TMG de Goma n'a pas précisé le nombre total des victimes, il apparaît toutefois qu'il en a énuméré 16 qui se sont fait connaître et 23 parties civiles qui se sont greffées à l'action publique. Qu'il s'agisse de 16 ou 23 victimes, ces chiffres paraissent suffisants pour conclure au caractère généralisé de ces actes.

Quant au caractère systématique de l'attaque (viol) des pygmées, l'on peut certes douter à l'établir puisqu'il s'agit d'un seul incident survenu au cours d'une nuit. Il ne s'agit donc pas d'une attaqué répétée ou encore de plusieurs incidents qui peuvent être comparés les uns aux autres pour en dégager les caractéristiques communes, voire une certaine « ligne de conduite » à laquelle faisait allusion la Décision *Gbagbo*. C'est sans doute pour cette raison que les commentateurs de la Rejusco, ont mis en avant le fait qu'il s'agissait, selon eux, « des actes commis de manière ponctuelle contre les individus à l'occasion des opérations

173 Relevons toutefois que la distinction entre « victimes directes » et « victimes indirectes » de cette première catégorie peut être malaisée pour le cas de la torture. Car il est possible d'infliger une souffrance physique à une personne A pour torturer une personne B qui est généralement un proche de A.

174 Sur cette question, voy. CPI (Ch. Prél. I), *Le Procureur c. Lubanga*, « Redacted version of "decision on 'indirect victims'" », Doc. ICC- 01/04-01/06-1813, 8 avril 2009 ; pour un commentaire, Valentina Spiga, « 'Indirect Victims' Participation in the *Lubanga* Trial », *JICJ*, vol. 8, 2010, pp. 183-198.

militaires et non des actes programmés »[175] pour contester la pertinence de la qualification des crimes contre l'humanité appliquée à cette affaire. Leur approche est d'ailleurs comparable à celle du jugement *Saddam Hussein et consorts*, dans lequel le tribunal spécial irakien, dont le statut définit les crimes contre l'humanité de la même manière que le Statut de Rome, a soutenu que le caractère généralisé d'une attaque impliquait la *répétition* des actes criminels[176]. Sur cette question toutefois, la jurisprudence du TPIY a adopté une approche différente, par ailleurs conforme à celle de la CDI dans son projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[177]. Selon le TPIY en effet, « un crime peut être massif ou de grande échelle par l'effet cumulé d'une série d'actes inhumains ou par l'effet singulier d'un seul acte de grande ampleur »[178]. L'exemple qui a parfois été donné en doctrine pour illustrer cette hypothèse est celui d'une attaque par une bombe atomique qui est capable de causer des destructions sur une grande échelle d'un seul coup[179]. Il s'ensuit que le caractère généralisé d'une attaque ne requiert pas nécessairement une *répétition* d'actes criminels sur une échelle de temps, mais juste le nombre élevé des victimes[180].

Dans le cadre de l'incident de Walikale, il apparaît que même s'il s'agit d'un seul incident, plusieurs crimes y ont été commis et la pluralité des victimes peut établir en elle-même le caractère généralisé de l'attaque. L'on constate par ailleurs que ces crimes ont au moins trois caractéristiques communes : (i) les victimes n'étaient pas choisies au hasard, mais l'étaient en raison de leur appartenance à la communauté des pygmées ; (ii) l'acte de viol était pratiqué par ces militaires selon un modèle régulier[181] ; et (iii) l'objectif de ces actes n'était pas la satisfaction d'un instinct sexuel, mais la recherche des pouvoirs surnaturels (superstitieux). Au regard de ces trois caractéristiques communes, l'on peut soutenir que ces actes étaient prémédités au sein même de la structure militaire en cause et que le caractère *systématique* du viol des pygmées était établi. En démontrant ainsi le caractère systématique de l'attaque, c'est implicitement l'élément politique qui est établi puisque, comme l'a soutenu la Décision *Gbagbo* précédemment citée, « une attaque planifiée, dirigée ou organisée — par opposition à des actes de violence spontanés ou isolés — satisfait au critère d'existence d'une politique et qu'il n'est pas nécessaire que la politique ait été

175 Voir le recueil de la jurisprudence de Rejusco, déjà cité, p. 73.

176 Voy. Tribunal spécial irakien, *Le Procureur c. Saddam Hussein et consorts*, (affaire *Dujail*), n° 1/C 1/2005, 11 mai 2005 (traduit de l'arabe vers l'anglais par Human Rights Watch dans une version disponible en ligne sur hrw.org/pub/2007/ij/dujail_judgment_web.pdf). Pour un commentaire, voy. Bernhard Kuschnik, « The Legal Findings of Crimes against Humanity in the *Al-Dujail* Judgments of the Iraqi High Tribunal: A Forerunner for the ICC? », *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, p. 472, § 39.

177 Rapport de la Commission du droit international (CDI), Doc. ONU A/51/10, 1996, § 3.

178 TPIY (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Blaškić*, « Jugement », affaire n° IT-95-14-T, 3 mars 2000, § 206 ; TPIY, *Le Procureur c. Mrksić et consorts*, « Decision on Review of Indictment Pursuant to Rule 61 », affaire n° IT-95-13-R61, 3 avril 1996 ; TPIY (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Tadić*, affaire n° IT-94-1-T, 7 mai 1997, § 649.

179 Bernhard Kuschnik, *op. cit.*, § 39.

180 Kai Ambos et Steffen Wirth, « The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of the UNTAET Regulation 15/2000 », *Criminal Law Forum (CLF)*, vol. 13, 2002, p. 21.

181 À la lecture du jugement, l'on peut observer que l'acte en question consistait dans l'introduction d'un doigt dans l'anus d'un homme pygmée. Cet acte a été posé de la même manière sur au moins trois victimes.

formellement adoptée »[182]. Même si le tribunal n'a pas suffisamment démontré cet élément, il est néanmoins difficile de soutenir que l'attaque contre les pygmées, perpétrée dans les circonstances que l'on connait, était un acte fortuit.

Ainsi, en établissant l'élément politique des crimes contre l'humanité, la question qui reste à résoudre est celle de savoir à qui imputer cette politique : est-ce la politique d'un État ou celle d'une organisation ayant pour but une telle attaque ? Le TMG de Goma n'a pas abordé cette question. Pourtant, elle présente un intérêt dans la mesure où d'une part, il s'agit d'un élément essentiel de l'article 7(2)(a) du Statut de Rome et, d'autre part, les agresseurs ne sont pas issus d'un groupe armé, mais d'une structure de l'armée congolaise (85e brigade des FARDC). Était-ce alors une politique d'État ? Une question similaire a été abordée par la CPI dans l'affaire *Gbagbo*, ainsi que l'a fait observer à juste titre Gilbert Bitti[183]. En effet, dans sa requête visant à obtenir l'autorisation d'enquêter dans la situation en Côte d'Ivoire, le Procureur a soutenu que les attaques lancées contre la population civile en Côte d'Ivoire par les forces pro-Gbagbo avaient été menées en « application de la politique de l'État ivoirien dirigé par l'ancien président Gbagbo »[184], alors que dans sa requête sollicitant un mandat d'arrêt à l'encontre de Laurent Gbagbo, le même Procureur avait estimé que l'attaque avait été menée en application de la politique d'une « organisation constituée par l'intéressé et son entourage immédiat », la référence à l'État ivoirien ayant disparu[185]. Face à ce changement, la Chambre préliminaire a dit qu'elle « pourrait, à un stade ultérieur de la procédure, devoir réexaminer la question de savoir si les attaques commises par les forces pro-Gbagbo lors des violences postélectorales, à partir du 28 novembre 2010, l'ont été en application d'une politique d'État »[186]. Finalement, dans la décision de confirmation des charges, la Chambre a soutenu que la politique en question pouvait être attribuée aussi bien à une « organisation » que constituaient les forces pro-Gbagbo[187], qu'à l'État, dès lors que cette organisation « comprenait une partie de l'appareil d'État »[188].

En transposant cette approche au procès de Walikale, l'on peut ainsi soutenir que la politique derrière les attaques contre les pygmées peut être attribuée à une « organisation » que constitue le groupe de M. Kalambay. Par ailleurs, dès lors que ce groupe est en fait composé des membres d'une structure de l'armée congolaise, l'on peut aussi soutenir qu'il s'agit d'une politique « d'État », mais pratiquée ou définie au niveau local (au sein de

182 Décision *Gbagbo*, § 215.

183 Gilbert Bitti, « Chronique de jurisprudence de la Cour pénale internationale 2012 », *Revue de science criminelle*, 2013, pp. 945 *et seq.*

184 CPI (Ch. Prél. III), *Situation en République de Côte d'Ivoire,* « Rectificatif à la Décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome », Doc. ICC-02/11-14-Corr-tFRA, 15 novembre 2011 (la décision de la Chambre préliminaire a été prise le 3 octobre 2011 mais a fait l'objet d'un rectificatif le 15 novembre 2011 qui est la seule version accessible sur le site internet de la Cour), § 47.

185 CPI (Ch. Prél. III), *Le Procureur c. Gbagbo*, « Décision relative à la demande de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Laurent Koudou Gbagbo, déposée par le Procureur en vertu de l'art. 58 », Doc. ICC-02/11-01/11-9-Red-tFRA, 30 novembre 2011, § 38.

186 *Idem.,* § 47-48.

187 Décision *Gbagbo*, § 219.

188 *Idem*, § 220.

cette structure de l'armée congolaise). Les deux hypothèses sont donc défendables et il appartient au juge de fond de choisir celle qui lui paraît la plus convaincante au regard des éléments des faits.

En définitive, au-delà des erreurs et omissions dans l'argumentation, il s'avère que dès lors que les actes criminels en question ont été commis de manière généralisée et systématique et qu'ils sont imputables à une organisation ou à une structure de l'armée congolaise et donc à l'État congolais, l'on peut soutenir que le TMG de Goma a bien dit le droit en qualifiant ces actes de crimes contre l'humanité.

7. Affaire *Basele et consorts*

L'affaire *Basele et consorts*, encore appelée « affaire colonel Thom's », tire son origine d'un certain nombre d'exactions, et tout particulièrement d'un viol de masse de 31 femmes (dont 8 mineures parmi lesquelles deux ont enfanté à la suite du viol), commis dans la localité de Lieke Lesole, en Province orientale, par un groupe de cinq individus comprenant un soldat de 2e classe, M. Basele Lutula alias « colonel Thom's » et quatre prétendus Maï-Maï[189]. Tout commence par un ordre que M. Basele donne à ses quatre compagnons de procéder à l'arrestation des deux personnes dans la localité précitée et de demander aux hommes de la localité en question d'effectuer des soi-disant travaux d'intérêt général, c'est-à-dire d'abattre tous les arbres fruitiers de cette localité.

Désapprouvant cette initiative, les hommes ainsi « réquisitionnés » ne se sont pas exécutés et ont pris la fuite, laissant derrière eux leurs femmes et enfants à la merci des hommes de Basele. Le soir venu, ces derniers ont procédé à des fouilles, maison par maison, pour tenter de retrouver les hommes en fuite. Au cours de ces fouilles, ils se sont livrés au viol des femmes et filles qu'ils trouvaient dans ces habitations. Ce comportement criminel s'est d'ailleurs répété durant les jours suivants et la rumeur s'est répandue dans les localités voisines jusqu'aux oreilles des autorités judiciaires. Poursuivis devant le TMG de Kisangani pour plusieurs charges et dont notamment les viols en tant que crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome, les cinq accusés en ont été reconnus coupables et ont été condamnés, presque tous, à la servitude pénale à perpétuité sans admission des circonstances atténuantes, le sieur Basele ayant été considéré comme un chef militaire *de facto* en application de l'article 28 du Statut de Rome.

Argumentation

Pour appliquer la qualification des crimes contre l'humanité aux viols, le TMG a commencé par établir le viol en tant que tel en recourant au droit interne congolais. Il a ensuite vérifié si ces actes réunissaient les exigences contextuelles des crimes contre l'humanité, à savoir être commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la

189 TMG/Kisangani, *MP et PC c. Basele Lutula alias « colonel Thom's », Osumaka Loleka André alias « Effacer le tableau », Kipeleka Nyembo Bumba alias « Kata Moto », Okanga Likunde alias « Musique », Koti Okoke alias « Nkoy Likolo ya Ngomba »*, « Jugement », affaire n° RP 167/09, 03 juin 2009 (ci-après, « jugement *Basele et consorts* »).

population civile. À cet égard, le tribunal a conclu que ces actes ont effectivement eu un caractère généralisé en raison (i) du nombre élevé des victimes, (ii) du fait que les accusés ont agi en groupe, à savoir quatre individus armés de fusils de guerre, et (iii) que lesdits actes ont eu un caractère fréquent puisqu'ils ont été répétés pendant près de deux semaines sur une période allant du 14 au 28 juillet 2007. Enfin, le tribunal a conclu que lesdits actes ont été perpétrés contre une « population civile », c'est-à-dire, un ensemble des « personnes vivant dans une localité entité géographique déterminée et qui ne sont pas des militaires » ; et que les accusés savaient que leur attaque était menée contre la population civile de Lieke-Lesole.

Observations

L'affaire *Basele et consorts* est une illustration de la faible présence de l'Etat congolaise dans certaines contrées reculées du pays. Comme on l'a dit en introduction générale, cette faible présence crée un vide d'autorité que ne tardent pas de combler certains groupes armés opportunistes. Le jugement *Basele et consorts* est une jurisprudence qui soulève d'importantes questions sur les exigences contextuelles des crimes contre l'humanité.

En commençant par le caractère généralisé de l'attaque, son établissement est pratiquement facilité par le fait qu'il ne s'agit pas, comme dans le procès Walikalé, des crimes commis au cours d'un seul incident survenu au cours d'une seule nuit. Ces actes criminels se sont déroulés pendant près des deux semaines contre des civils. Ainsi, le caractère généralisé peut être établi non seulement en raison du nombre des victimes, mais aussi en raison du fait que ces actes criminels étaient « fréquents ». Rappelons toutefois noter que la fréquence n'est pas en soi une exigence du caractère généralisé d'une attaque, même si elle peut en être un élément révélateur.

Mais le véritable problème dans ce jugement réside dans l'établissement de l'élément politique propre aux crimes contre l'humanité. En effet, pour établir que les actes en question, notamment le viol, constituaient une « attaque contre une population civile », le jugement *Basele et consorts* a soutenu que les accusés ont agi en « groupe », ce qui impliquerait l'existence d'une « organisation ». Ensuite, les juges du tribunal ont pensé que ce qui leur était exigé c'était de démontrer que les victimes étaient des civils par opposition aux combattants. Or, comme on l'a déjà vu, cette exigence n'a pas beaucoup de sens puisque les actes se passent en temps de paix où tout le monde est civil et que les termes de « population civile » et de « combattants » relèvent du droit des conflits armés. En l'absence de tout conflit armé (international ou non international) cette démonstration est sans intérêt pratique. En réalité, le tribunal a omis de se référer à l'article 7(2)(a) du Statut de Rome qui définit cette expression et y insère, comme vu précédemment, l'élément politique propre aux crimes contre l'humanité.

Lorsqu'on recherche l'élément politique, l'on constate premièrement qu'il est difficile de voir dans ces actes criminels, et tout particulièrement le viol, des caractéristiques communes pouvant faire penser à l'existence d'une certaine « ligne de conduite ». Il apparaît que les compagnons de M. Basele ont reçu de la part de ce dernier l'ordre de faire exécuter les

travaux dits d'intérêt général consistant dans l'abattage des arbres fruitiers, mais n'ont pas expressément reçu l'ordre de violer les femmes en cas des refus de leurs maris d'exécuter ces soi-disant travaux d'intérêt général. Il apparaît également que ces quatre individus n'ont pas prévu que les hommes du village allaient faire de la résistance et prendre la fuite dans la brousse pour ne pas exécuter ces prétendus travaux d'intérêt général. C'est en essayant de dénicher ces hommes que les compagnons de M. Basele se sont livrés à des débordements (viol et pillage). S'il est vrai qu'ils ont procédé par des perquisitions maison par maison, rien ne permet de dire que ces perquisitions étaient effectuées de manière sélective, auquel cas, l'on aurait pu établir certaines caractéristiques communes entre les victimes.

Deuxièmement, même si l'on établissait le caractère planifié de ces attaques, l'autre défi de l'affaire *Basele et consorts* réside également dans l'existence d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque. En effet, le groupe de Basele comprend pratiquement cinq individus, dont un seul est membre des FARDC. Contrairement au procès de Walikale où il s'agissait de toute une brigade de l'armée congolaise impliquée dans une conduite criminelle, le groupe de Basele ne constitue pas une structure de l'armée congolaise. Il est donc difficile de soutenir, dans ce contexte, l'existence d'une politique d'État même définie au niveau local.

Dans ce cas, peut-on alors parler d'une « organisation » ? L'on sait que le rapport de la CDI sur le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité avait soutenu que les crimes contre l'humanité peuvent être commis par les États, les organisations et même par des « groupes ». En effet, lors de sa 43e session, la CDI était d'avis que « des individus « pourvus d'un pouvoir de fait ou organisés en bande » sont tout aussi capables que des dirigeants d'un État de mettre en œuvre une politique de terreur à grande échelle et de commettre des exactions massives »[190]. Dans son projet de 1996, la CDI a prévu un article 18 relatif aux crimes contre l'humanité dans lequel elle sous-entendait que ce type de crimes pouvait être commis « à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un *groupe* ». Le commentaire de la CDI sur cette disposition précisait d'ailleurs ce qui suit : « cette alternative est destinée à exclure les situations où un individu commet un acte inhumain de sa propre initiative dans la poursuite de son propre dessein criminel, en l'absence de tout encouragement ou de toute directive de la part soit d'un gouvernement, soit d'un groupe ou d'une organisation. Ce type de comportement criminel isolé de la part d'un individu agissant seul ne constituerait pas un crime contre l'humanité. Il serait extrêmement difficile à un individu agissant seul de commettre les actes inhumains en question (…). Ce sont l'instigation ou les directives soit d'un gouvernement ou d'une organisation ou d'un *groupe*, que ceux-ci aient ou non un lien avec le gouvernement, qui donnent à l'acte sa dimension et en font un crime contre l'humanité, imputable à des particuliers ou à des agents d'État »[191]. L'on sait également que cette approche a par ailleurs été confirmée par le TPIY dans l'affaire *Blaškić*[192].

190 Rapport de la Commission du droit international 1991, p. 290.

191 Voy. *ACDI*, 1996, vol. II, 2ème partie, p. 50, § 5.

192 TPIY (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Blaškić*, « Jugement », affaire n° IT-95-14-T, 3 mars 2000, § 205.

Toutefois, il apparaît que l'article 7(2)(a) du Statut de Rome n'a retenu que « l'État » et « l'organisation », le mot « groupe » ayant été retiré. Il est donc fort probable que les rédacteurs du Statut de Rome aient estimé que les crimes contre l'humanité ne pouvaient être commis que par des groupes d'une certaine importance, ce qui était reflété dans le mot « organisation ». De même que la CDI a voulu exclure de la notion des crimes contre l'humanité les actes commis par un seul individu (tueur en série fût-il), l'on peut également penser que dans cette même optique, les rédacteurs du Statut de Rome ont voulu exclure du concept des crimes contre l'humanité, la conduite criminelle émanant de petites bandes armées sans organisation interne. Si tel est le cas, l'affaire *Basele et consorts* peut être citée en illustration de ces propos puisqu'il porte sur une conduite criminelle d'un petit groupe de cinq individus sans aucune organisation interne. Soutenir que la conduite criminelle de ces individus constitue des crimes contre l'humanité devient dès lors douteux. Ainsi, si le caractère généralisé des viols survenus à Lieke-Lesole ne prête pas à doute, il en est autrement de l'exigence relative à une attaque perpétrée « en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ». Ici encore, il est important de préciser que la remise en cause de la qualification des crimes contre l'humanité n'implique pas que les actes en question étaient non criminels.

8. Affaire *Gédéon*

L'affaire *Gédéon* porte sur des atrocités perpétrées entre 2003 et 2006 dans certaines localités de l'ex-province du Katanga par le groupe armé des Maï-Maï dirigé par M. Gédéon Kyungu Mutanga[193]. Le mouvement Maï-Maï de Gédéon était précédemment allié aux forces gouvernementales lors du conflit armé qui opposait ces dernières aux rebelles du RCD soutenus par la coalition rwando-ougandaise entre 1998 et 2003. Après la signature de l'Accord global et inclusif de décembre 2002 et la promulgation de la nouvelle Constitution de 2003, ce conflit armé prit officiellement fin.

Cependant, les militaires du nouveau gouvernement issu de l'accord de paix ne se sont pas toujours montrés à la hauteur de leur tâche et se sont illustrés par des exactions contre la population civile. C'est alors que Gédéon Kyungu a résolu de faire renaître de ses cendres son mouvement Maï-Maï vers octobre 2003 et a organisé toute une série d'attaques contre les positions des FARDC. Il a pris le contrôle de certaines localités de l'ex-province du Katanga et y a établi une administration vouée à sa cause. Dans la plupart de cas, les attaques des Maï-Maï de Gédéon se soldaient par la mort des militaires et de certains civils suspectés, à tort ou à raison, de collaborer avec eux. Ces morts étaient généralement précédées d'actes de tortures atroces, puis suivies de mutilations et même d'actes de cannibalisme.

Pour des raisons non encore élucidées par la justice congolaise, vers mai 2006, M. Gédéon Kyungu a décidé de se rendre aux autorités congolaises. Il a alors été arrêté avec

193 Les éléments du nom de l'intéressé seraient les suivants : Gédéon Kyungu Mutanga wa Bafunkwa Kanonga Nkambo Kitobo kya Mikishi Kalunga Mbikavu (voy. *Bulletin des arrêts de la HCM*, p. 341). Pour faire court, on le désignera par le nom de « Gédéon Kyungu ».

sa bande. Par rapport aux exactions commises par ce groupe armé, 26 individus au total[194] ont été poursuivis pour diverses infractions et notamment pour création et participation à un mouvement insurrectionnel, terrorisme, crimes contre l'humanité et crimes de guerre devant le TMG du Haut-Katanga siégeant à Kipushi. À l'issue de leur procès le 5 mars 2009, le TMG précité a reconnu certains des accusés, dont Gédéon Kyungu, coupables notamment des crimes contre l'humanité. Pour ce crime, les coupables ont, pour la plupart, été condamnés à la servitude pénale à perpétuité. Cependant, comme ils ont aussi été déclarés coupables d'actes de terrorisme, et que pour cette infraction, ils ont été punis à la peine capitale, seule cette dernière peine a été prononcée contre eux. Les accusés ont été acquittés des charges relatives aux crimes de guerre, le tribunal ayant estimé que la condition préalable pour établir les crimes de guerre, à savoir l'existence préalable d'un « état de guerre », faisait défaut. Ce jugement a pratiquement été confirmé en appel par la Cour militaire du Katanga dans son arrêt rendu le 16 décembre 2010[195]. Dans la suite toutefois, M. Gédéon Kyungu s'est évadé de sa prison en 2011, replongeant les populations du Katanga dans le cauchemar de l'activité de sa milice. Selon le Groupe des experts des Nations Unies, il dirige actuellement un autre groupe armé, dénommé « Kata Katanga » et bénéficierait même de la complicité de certaines autorités politico-militaires tant au niveau provincial (Katanga) qu'au niveau national[196].

Argumentation

Pour établir les crimes contre l'humanité, l'argumentation tenue par la Cour est assez difficile à schématiser en raison de l'incohérence de sa structure globale et de l'inexactitude de certaines de ses affirmations. Ce que l'on peut toutefois retenir est que pour établir les crimes contre l'humanité, la Cour est partie de l'analyse de ce qu'elle considérait comme « les éléments constitutifs généraux », c'est-à-dire (i) le contexte d'une attaque généralisée ou systématique ; (ii) l'attaque lancée contre la population civile ; et (iii) la commission de cette attaque et l'intention d'y participer[197].

Concernant l'existence d'une attaque généralisée ou systématique, la Cour militaire, se fondant apparemment sur les écrits du professeur Éric David, a laissé entendre que « selon le Statut de Rome, la commission d'un crime contre l'humanité exige, si pas un état de guerre, au moins une situation générale de troubles et de tensions caractérisée par des violations graves et multiples des droits de l'homme commises de manière planifiée ou concertée ». Après avoir rappelé l'article 7(2)(a) du Statut de Rome, la Cour

194 Le nombre des accusés n'est pas précis. Dans la liste des accusés, on trouve 20 personnes y compris M. Gédéon Kyungu. Mais, lorsqu'on lit les différentes préventions formulées à l'encontre de chacun des accusés, on constate qu'ils sont à 26, y compris M. Gédéon lui-même.

195 Arrêt *Gédéon in Bulletin des arrêts de la HCM*, pp. 267-380).

196 *Rapport à mi-parcours du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2013/433, 19 juillet 2013, § 83 ; *Rapport final du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2014/42, 23 janvier 2014, § 47-57 (le nom généralement cité est celui du général John Numbi, ancien inspecteur général de la police).

197 *Bulletin des arrêts de HCM*, p. 354.

a également soutenu que « les éléments des crimes précisent que les actes ne doivent pas nécessairement constituer une attaque militaire ». Elle a conclu ce cadre théorique en soutenu que « l'on peut, en synthèse, avancer qu'une attaque généralisée est une attaque massive d'envergure, fréquente, menée collectivement et dirigée contre une multiplicité des victimes contrairement à une attaque systématique qui est celle perpétrée sur base d'une politique ou d'un plan préconçu » ; et que « dans cette attaque, il y a lieu de préciser le nombre des victimes, le nombre d'attaques menées, les localités visées, etc. pour qualifier l'attaque de généralisée »[198].

Appliquant ce cadre théorique aux faits soumis à son examen, la Cour militaire a soutenu que « les détails donnés par les préventions mises à charges [des accusés] dans la description des [faits] impliqua[ient] un très grand nombre de victimes ». Elle a par ailleurs ajouté que « le premier juge a démontré, dans une analyse stricte des faits que [ces attaques] l'ont été en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque »[199]. Après le rappel de quelques éléments de la jurisprudence internationale et de la doctrine, la Cour a également soutenu que le critère d'une attaque « lancée contre une population civile » était réuni, car, « dans le cas d'espèce, les attaques menées par le prévenu Gédéon Kyungu et ses membres ont été dirigées contre la population civile dont, dans ses nombreux écrits, devait être protégée des tracasseries de ses combattants ; en outre, le fait [qu'il y ait eu parmi les victimes] les membres des Forces armées, n'enlève en rien la qualification de la population civile victime »[200].

Quant à l'élément moral (intention et connaissance), la Cour a conclu qu'il était établi dans la mesure où les accusés « avaient pleinement la volonté [d'attaquer plusieurs villages de la contrée du Triangle de la Mort (territoires de Pueto, Manono et Mitwaba)] en toute connaissance de cause » ; et que « ces éléments procèdent de leurs propres déclarations, de celles des autres combattants repentis, de la population civile, également des déductions de leur attitude et de leurs agissements »[201]. C'est donc après avoir analysé et établi ce qu'elle a qualifié « éléments constitutifs généraux » des crimes contre l'humanité, que la Cour a ensuite analysé les actes spécifiques les constituant, à savoir le meurtre et le viol, et a conclu à l'existence des crimes contre l'humanité.

Observations

Comme on l'a dit au début, les faits relatifs à cette affaire portent sur des faits d'une incontestable gravité et méritent une répression exemplaire. Avant d'aborder l'analyse faite par la Cour militaire des exigences contextuelles des crimes contre l'humanité, il convient toutefois de relever une incohérence. Dans l'analyse du crime contre l'humanité par meurtre, l'arrêt *Gédéon* tente d'établir un dialogue jurisprudentiel avec le jugement *Kahwa*

198 *Idem*, p. 354.
199 *Idem*.
200 *Idem*, pp. 354-355.
201 *Idem*, p. 357.

rendu par le TMG de l'Ituri[202]. Un tel dialogue est intéressant et doit être encouragé. Le problème c'est que, dans l'arrêt *Gédéon* rendu en 2010, la Cour militaire du Katanga n'a pas pris en compte le fait que ce jugement *Kahwa* avait, sur la question de la condamnation de Kahwa pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité, été *annulé* par la Cour militaire de Kisangani dans son arrêt du 28 juillet 2007. Certes, ce dernier arrêt a, à son tour été annulé par la Haute Cour militaire, le 12 septembre 2008[203] et, comme on le verra plus loin dans cette étude, la condamnation initiale de Kahwa a finalement été confirmée par la Cour militaire de Kisangani en 2014. Cependant, l'on ne peut pas perdre de vue le fait qu'au moment où la Cour militaire du Katanga rendait son arrêt Gédéon en 2010, la référence au jugement *Kahwa*, dont l'avenir était encore incertain, restait maladroite. Cette maladresse est d'autant plus évidente que les juges de la Cour militaire du Katanga n'ont rien dit des différents recours dont a fait l'objet ce jugement.

Par rapport aux éléments contextuels des crimes contre l'humanité tels qu'ils ont été établis par l'arrêt Gédéon, l'on peut observer que la Cour militaire a avancé deux affirmations importantes qui n'ont cependant pas été démontrées. En premier lieu, elle a conclu au caractère généralisé des attaques alors qu'aucun chiffre, même approximatif, des victimes directes de meurtres ou de viol n'a été avancé et qu'il est fort probable qu'elle se soit plutôt fondée sur le nombre des « parties civiles », à savoir 102, pour conclure au caractère généralisé de ces attaques. Comme nous l'avons vu, une telle approche est fort peu convaincante puisque victimes et parties civiles ne signifient pas nécessairement la même chose. Un autre élément que la Cour aurait dû mettre en évidence aux fins d'établissement du caractère généralisé de l'attaque contre la population civile est le fait que les crimes en question ont été commis de manière répétée. En effet, il ne s'agissait pas d'une seule attaque qui a occasionné autant de victimes. L'affaire porte sur une série d'attaques qui se sont déroulées sur une longue période au cours de laquelle les populations des localités qui tombaient entre les mains de la milice de M. Gédéon Kyungu étaient martyrisées.

La Cour aurait également dû soutenir que ces actes revêtaient un caractère systématique puisque les victimes n'étaient pas choisies au hasard, mais en fonction de leur lien réel ou supposé avec l'ennemi, c'est-à-dire le pouvoir central à Kinshasa (les FARDC).

Deuxièmement, la Cour a soutenu que ces attaques ont été perpétrées en application de la politique d'une organisation ayant pour but de telles attaques. Pourtant en avançant cette argumentation, la Cour ne tente même pas d'établir l'élément politique propre aux crimes contre l'humanité ni traiter la question de savoir si cette politique, au cas où elle était effectivement établie, serait imputée à un État ou à une « organisation » ayant pour but une telle attaque. Elle était plutôt préoccupée par la question de savoir si les victimes étaient des civils ou non, raison pour laquelle elle a soutenu que la présence des membres des forces armées dans une population ne lui enlève pas son caractère civil.

202 *Idem*, p. 358.

203 HCM, *MP c. Kahwa*, « Arrêt en annulation », affaire RA n° 008/07, 12 août 2008, in *Bulletin des arrêts de la HCM*, p. 50 *et seq.*).

Pourtant, la question consistait à vérifier si les faits de la cause traduisaient un élément politique propre aux crimes contre l'humanité. Cette omission est regrettable puisque l'arrêt contient des éléments permettant d'établir ce caractère systématique, comme vu précédemment ; et qu'en établissant le caractère systématique, c'est implicitement l'élément politique qui est établi. Par ailleurs, l'arrêt contient des éléments permettant de conclure à l'existence (i) d'une véritable organisation centralisée et chapeautée par M. Gédéon Kyungu Mutanga et (ii) d'une politique de terreur destinée, sans doute, à déstabiliser l'adversaire ou à dissuader ceux qui seraient tentés de collaborer avec les FARDC contre la milice de Gédéon, ainsi que cela découle de la manière dont les victimes sont mutilées. Ainsi, même si la motivation de l'arrêt n'est ni complète ni convaincante en ce qu'elle laisse des points importants relatifs aux exigences contextuelles sans réponse, l'on ne peut pas pour autant contester que les faits soumis à son examen constituaient effectivement des crimes contre l'humanité. C'est donc à bon droit que la Cour militaire les a qualifiés de crimes contre l'humanité.

9. Affaire *Kibibi et consorts*

Les faits à l'origine de cette affaire peuvent être ainsi résumés[204]. Le jour du Nouvel An de 2011, dans la localité de Fizi en province du Sud-Kivu, un militaire du 43e Secteur des FARDC, le nommé Petro Ndaisaba, en état d'ébriété tire à bout portant sur le nommé Faizi Kabiona à la suite d'une querelle qui a dégénéré[205]. Cet acte lui attire alors la vindicte populaire. L'infortuné finit par être lynché par la population locale. Si Faizi Kabiona n'a finalement pas trouvé la mort des suites de ses blessures par balles puisqu'il a été dépêché vers un hôpital proche, la Cour militaire de Bukavu rapporte cependant que Petro Ndaisaba n'a pas eu cette chance puisqu'il est décédé à la suite de ce lynchage par la population. Choqués par ce dernier acte, ses compagnons d'armes commandés par l'accusé Kibibi lancent immédiatement une expédition punitive contre cette population. Ils se livrent ainsi au viol d'au moins 55 femmes, à l'arrestation arbitraire et détention illégale suivie de tortures d'une douzaine de civils trouvés par hasard sur place. À la suite de ces actes, 11 militaires, y compris leur commandant Kibibi, sont poursuivis devant la Cour militaire de Bukavu pour viols, emprisonnements et autres actes inhumains de caractère analogue en tant que crimes contre l'humanité en application directe de l'article 7 du Statut de Rome. À l'issue de leur procès, presque tous les accusés sont reconnus coupables des crimes contre l'humanité et sont condamnés à des peines allant de 10 ans à 20 ans, la Cour ayant retenu en leur faveur des circonstances atténuantes tenant de leur qualité de délinquant primaire, des services rendus au sein de l'armée, du bas niveau d'instruction et

204 CM/Bukavu, *MP et PC c. Daniel Kibibi et consorts*, « arrêt », RP n° 043, 21 février 2011, (ci-après, « arrêt *Kibibi* ») non publié.

205 Petro Ndaisaba avait tiré dans le ventre de la victime Faizi Kabiona une balle parce que ce dernier refusait de ramener au supérieur hiérarchique de Ndaisaba une fille que ce supérieur souhaitait courtiser à l'occasion des festivités du Nouvel An.

de la nature fruste. Selon le Bureau d'étude de la Haute Cour militaire, cette affaire serait actuellement en instance d'appel devant la Haute Cour.

Argumentation

Pour établir les crimes contre l'humanité, la Cour militaire a commencé par établir les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité « en général ». Selon elle, ces éléments comprenaient : (i) une attaque généralisée ou systématique ; (ii) une attaque lancée contre une population civile ; (iii) la connaissance de cette attaque ; et enfin, (iv) l'intention de participer[206]. Pour définir l'attaque généralisée ou systématique, la Cour militaire a rappelé et fait siennes l'analyse du jugement *Songo Mboyo* et celle du jugement des *Mutins de Mbandaka* déjà vues, où l'attaque généralisée a été définie comme celle qui porte sur un grand nombre des victimes et l'attaque systématique comme celle qui procède d'une planification et que, selon elle, l'article 7 n'exige pas les deux en même temps, mais pose ces deux exigences de façon alternative.

Quant à la signification de « attaque lancée contre une population civile », la Cour militaire a d'abord défini le terme « attaque » comme visant « une campagne ou une opération dirigée contre la population civile ». Elle a ensuite abordé le terme « population civile », qu'elle a défini « par opposition aux membres des forces armées et aux combattants légitimes ». Elle a enfin déclaré qu' « il faut entendre par 'politique' une stratégie, une manière d'agir d'une organisation, d'un groupe organisé, structuré d'individus » et qu' « en l'espèce, les militaires du 43e Secteur constituaient bien un *groupe organisé*, hiérarchisé même et [que] ce groupe a[vait] appliqué une stratégie d'attaque généralisée contre des civils »[207]. C'est donc sur cette base que la Cour a conclu que les actes faisant l'objet des poursuites étaient constitutifs de crimes contre l'humanité.

Observations

La condamnation de Daniel Kibibi a été saluée par certaines ONG, telle qu'ASF qui s'en est félicitée en estimant que cette condamnation « représent[ait] une avancée en matière de jurisprudence consacrant le Droit pénal international » ; qu'elle « constitu[ait] également un grand pas en avant dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux – et plus particulièrement ceux impliquant des violences faites aux femmes – engagée par le gouvernement congolais et les acteurs internationaux dans une région cruellement touchée par des conflits, ayant érigé les violences sexuelles en arme de guerre »[208].

L'on peut ensuite observer que l'affaire *Kibibi et consorts* présente des ressemblances avec les affaires des *Mutins de Mbandaka* et *Waka-Lifumba* en ce qu'elles traitent d'une situation dans laquelle des éléments des forces nationales (policiers ou militaires) se sont lancés dans une expédition punitive contre les habitants d'une localité où l'un de leurs compagnons

206 Arrêt *Kibibi*, p. 23.

207 *Idem*, p. 23.

208 ASF, « Condamnation de Daniel Kibibi Mutware (RDC) », disponible en ligne sur http://www.asf.be/fr/condamnation-de-daniel-kibibi-mutware-rdc (visité le 23 mai 2012).

a été agressé. Dans cette même optique, il convient à cet égard de saluer ce dialogue jurisprudentiel que les juges de la Cour militaire ont établi entre l'affaire *Kibibi* et les affaires *Songo-Mboyo* et *Mutins de Mbandaka*, même si l'argumentation tenue par les juges dans ces deux affaires a été précédemment critiquée. Ceci posé, comme dans les précédentes affaires, ici aussi il convient de rechercher (i) s'il s'agissait d'une attaque généralisée ou systématique ; (ii) si l'élément politique propre aux crimes contre l'humanité a été établi ; et (iii) si cette politique est imputable à un État ou à une organisation ayant pour but une telle attaque.

Par rapport au caractère généralisé ou systématique des crimes, l'arrêt de la Cour a bien défini cette exigence, mais ne l'a pas confrontée aux faits de la cause. La Cour s'est contenté de noter que « dans le cas d'espèce, il y a bel et bien une attaque généralisée dans les quartiers Misufi, S/Hôpital I, S/Hôpital II et Kalembelembe, comme l'attestent les victimes et les dépositions des témoins et même des prévenus »[209]. Mais, l'arrêt ne s'est pas risqué à avancer de chiffre approximatif des victimes. Pourtant, il découle de l'analyse des faits que le viol a touché au moins 55 victimes ; et que cela constitue un nombre bien élevé des victimes et satisfait à l'exigence du caractère généralisé de l'attaque. Par ailleurs, l'attaque a été l'œuvre des militaires du 43e secteur de l'armée congolaise, ce qui implique que les assaillants étaient multiples. Enfin, l'attaque a été menée sur un espace géographique vaste lorsqu'on prend en compte les différents quartiers énumérés par l'arrêt. Il convient rappeler à cet égard que dans le récent jugement *Bemba*, la portée géographique d'une attaque a été considérée par la CPI comme établissant le caractère généralisé d'une attaque[210]. Ainsi, au regard de ces trois éléments, l'on peut soutenir que le caractère généralisé de ces crimes reste valable quand bien même l'attaque n'a pas été *répétée* sur plusieurs jours ou nuits.

La commission de ces crimes revêtait-elle un caractère systématique ? Cette question n'a pas été abordée par la Cour. Pourtant, il apparaît que même si les victimes étaient apparemment prises au hasard parce qu'elles n'étaient pas individuellement identifiées d'avance, seuls étaient visés ceux qui habitaient ou, en tout cas, étaient trouvés aux environs de l'endroit où le militaire a été lynché. Cet élément peut pousser à soutenir le caractère systématique de l'attaque d'autant plus qu'elle était précédée d'une réunion entre les militaires qui ont commis ces actes et leur supérieur hiérarchique. L'existence de cette réunion montre qu'il ne s'agissait pas d'actes fortuits, mais que l'attaque était préméditée et soutenue au niveau de la hiérarchie. Si ces éléments ne suffisaient pas à établir le caractère systématique, ils se révèleront utiles pour établir l'élément politique de ces crimes, si l'on suit la logique de la Décision *Gbagbo* dans laquelle la CPI a soutenu que cet élément doit simplement être entendu au sens que les actes criminels ont été préparés ou ordonnés et que ce mot ne doit pas être entendu au sens bureaucratique. La position de la Cour militaire, selon laquelle l'élément politique renvoie à « une stratégie,

209 Arrêt *Kibibi et consorts*, p. 23.
210 Jugement *Bemba*, §§ 688-689.

une manière d'agir d'une organisation, d'un groupe organisé, structuré d'individus » n'a, par contre, aucune base juridique. En parlant de l'élément politique, l'on est amené à déterminer à qui imputer cette politique. Est-ce à l'État ou à une organisation ? Comme dans le procès de Walikale, ici aussi on peut soutenir que les deux hypothèses sont valables. La politique peut être celle de l'État, définie au niveau local, c'est-à-dire au niveau de cette structure de l'armée congolaise qu'est le 43e secteur ; comme elle peut être aussi celle d'une « organisation » comprenant le colonel Kibibi et ses éléments qui ont perpétré ces crimes. Ainsi, au-delà de quelques lacunes et imperfections dans l'argumentation, la qualification des crimes contre l'humanité employée dans cette affaire semble effectivement appropriée.

10. Affaire *Balumisa et consorts*

L'affaire *Balumisa et consorts* tire son origine notamment d'un incident survenu dans la localité de Katasomwa en Territoire de Kalehe dans la province du Sud-Kivu entre le 26 et le 29 septembre 2009[211]. Tout commence, par le meurtre d'un militaire de l'armée congolaise, surnommé « Le Blanc ». Ce dernier avait arbitrairement arrêté un homme et l'avait obligé, arme à la main, à transporter pour lui un bidon de près de 20 litres de boisson locale alcoolisée, communément appelée le « lotoko ». Chemin faisant, sa victime a réussi à lui arracher son arme, à lui tirer dessus à bout portant et à s'enfuir, le laissant mourir. Alertés par le coup de feu, les compagnons d'armes de l'infortuné se sont immédiatement déployés sur le lieu, apparemment sur ordre du lieutenant-colonel Balumisa Manassé. Ils se sont mis à tirer en désordre des coups de feu partout. Voyant le corps inerte de leur compagnon, et sans même chercher à savoir ce qui s'était passé, ils se sont déchaînés sur la population civile de la localité de Katasomwa pendant près de quatre jours au cours desquels ils se sont livrés au pillage, aux actes de viol, commis parfois en présence des membres de famille des victimes. Ils se sont également mis à tabasser les hommes qui tentaient de s'interposer pour protéger les femmes contre les agressions sexuelles, leur causant ainsi des coups et blessures. Dans leur folie meurtrière, ils ont même tué un enfant de 8 ans et détruit une école de l'archevêché de Bukavu.

Ces actes ont entraîné des poursuites pénales de 11 militaires du 1er bataillon de la 332e de Katasomwa devant la Cour militaire de Bukavu, pour notamment viols et autres actes inhumains (pillages) en tant que crimes contre l'humanité en application de l'article 7 du Statut de Rome. À l'issue de leur procès auquel près de 154 parties civiles se sont jointes à l'action du ministère public, les accusés ont été reconnus coupables et ont été condamnés à des peines de servitude pénale allant de 15 à 20 ans, la Cour ayant reconnu à certains d'entre eux des circonstances atténuantes tirées de leur formation insuffisante et de leur qualité de délinquant primaire. Selon le Bureau d'étude de la Haute Cour militaire, cette affaire serait actuellement en instance d'appel devant la Haute Cour.

211 CM/Bukavu, *MP et PC (154) c. Balumisa et 10 autres*, « Arrêt », affaire n° RP 038, 09 mars 2011 (ci-après, « Arrêt *Balumisa* ») non publié.

Argumentation

Pour établir les crimes contre l'humanité, la Cour militaire a examiné séparément le viol et les autres actes inhumains en tant que crimes contre l'humanité. Par rapport au viol, la Cour a commencé par les formes de responsabilités, c'est-à-dire analyser le rôle joué par chacun des accusés dans la commission de ces crimes au regard de l'article 25 du Statut de Rome. L'on y reviendra plus tard. Ensuite, elle a abordé la question des exigences contextuelles pour terminer avec le viol en tant que tel. Concernant les exigences contextuelles des crimes contre l'humanité (viol), la Cour a soutenu qu' « il y a bien eu attaque parce que les éléments du 1er bataillon déployé à Katasomwa se sont livrés à des actes de violence, en frappant des personnes (…) et les deux hommes qui accompagnaient le groupe des seize femmes violées en brousse le 29 septembre 2009 alors qu'elles venaient de constater le pillage de leurs marchandises à Katasomwa, en violant des femmes, en cassant des portes et en pillant les biens et même en tirant sans sommation dans les portes des habitations »[212]. La Cour a observé que « la cible principale de cette attaque était bien la population civile, considérée comme groupe dont l'un des membres était auteur de la mort du militaire Le Blanc ». La Cour a ensuite soutenu que cette attaque « était généralisée parce qu'elle [était] menée par tous les militaires du bataillon, c'est-à-dire les quatre compagnies avec leurs commandants sur le terrain » ; et qu' « elle était dirigée contre toute la population civile sans distinction et donc elle a revêtu un caractère massif, collectif et d'une gravité considérable, vu le nombre de personnes victimes de viol et de pillage ». Selon la Cour, cette attaque était menée en connaissance de cause parce que « c'était une véritable opération de représailles pour venger la mort de leur compagnon qui a été menée par ces militaires, collectivement, et chacun savait pertinemment bien qu'il agissait dans ce cadre-là ». Pour la Cour donc, « il ne s'agissait pas d'actes isolés, mais bien d'une action d'envergure menée par les militaires de tout un bataillon pendant plus de deux jours »[213]. Ayant estimé que les exigences contextuelles du viol en tant que crimes contre l'humanité étaient réunies, elle s'est attelée à examiner ce qu'il faut entendre par viol.

Après le viol, la Cour militaire a examiné les « autres actes inhumains » en tant que crimes contre l'humanité. À ce propos, après avoir rappelé que le TPIR avait déclaré dans l'affaire *Kayishema* que « la douleur mentale peut être subie par un tiers sous les yeux duquel sont perpétrés des crimes sur autrui, en particulier lorsqu'il s'agit des membres de sa famille ou de ses amis », la Cour militaire a estimé que « dans le cas d'espèce, les pillages, la terreur causée par des tirs nourris, la perte d'un enfant par la F17, le spectacle des viols commis sur les campagnes de route, les amies, les voisines sont autant d'actes inhumains qui ont causé de grandes souffrances ». Selon la Cour, « les actes consistant à priver les victimes des moyens de survie en emportant les produits de leur dur labeur, renverser des femmes et les déshabiller devant leurs enfants et proches, piller leur petit commerce, etc…

212 *Idem*, p. 12.
213 *Idem*, p. 25.

présentent bien un caractère grave, inhumain, analogue à ceux des autres comportements visés à l'article 7-1 du Statut »[214].

Par rapport aux exigences contextuelles de ces « autres actes inhumains » en tant que crimes contre l'humanité, la Cour a simplement renvoyé à l'analyse précédemment faite par rapport au viol et a conclu que « cela ne fait l'ombre d'aucun doute comme dit ci-avant »[215]. C'est donc sur cette base que la Cour a conclu que les actes criminels en cause étaient constitutifs des crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome.

Observations

L'arrêt *Balumisa et consorts* est présenté dans une structure peu cohérente. D'abord l'arrêt commence par aborder la question des formes de responsabilité avant d'établir les faits. Pourtant, il semble plus cohérent de commencer par établir les faits et voir ensuite le rôle que les accusés ont joué dans la survenance de ce fait. Ensuite, par rapport aux crimes en question (viol et autres actes inhumains), l'arrêt commence par les exigences contextuelles pour terminer avec les actes matériels, alors que logiquement, c'est par ceux-ci que la Cour aurait dû commencer pour plus tard les situer dans le contexte et vérifier si ce contexte est celui des crimes contre l'humanité. Il y a donc un problème de cohérence logique de la structure de l'argumentation de cet arrêt.

Les faits à l'origine de l'arrêt *Balumisa et consorts* ressemblent à beaucoup d'égards à ceux des affaires *Kibibi et consorts*, *Mutins de Mbandaka* et *Waka-Lifumba* parce qu'ils portent sur une sorte d'expédition punitive mise en place par des militaires de l'armée congolaise contre les habitants d'une localité où l'un de leurs camarades s'est fait agresser, peu importe qu'il ait été fautif. Ici aussi, l'évaluation de la pertinence de la qualification des crimes contre l'humanité employée se fera à la lumière des réponses qui seront données aux trois questions énoncées dans l'affaire *Kibibi et consorts*.

Les crimes avaient-ils un caractère généralisé ou systématique ? L'arrêt *Balumisa et consorts* a établi le caractère généralisé de l'attaque en se fondant sur le fait qu'elle a porté sur un nombre élevé des victimes et qu'elle a été conduite par tout un bataillon de l'armée congolaise. Toutefois, le nombre précis des victimes n'a pas été avancé. L'on sait que l'arrêt a fait allusion au fait qu'il y a eu 150 parties civiles qui se sont greffées à l'action du ministère public. Mais, comme vu précédemment, victimes et parties civiles ne signifient pas nécessairement la même chose aux fins de l'examen du caractère généralisé d'une attaque. Sur ce point, l'arrêt demeure donc imprécis. L'on sait également que dans ce même arrêt, la Cour a fait allusion à un nombre de 16 femmes qui ont été violées dans la brousse[216]. L'on peut tout au moins se fonder sur cet élément pour établir que, concernant le viol, les victimes étaient nombreuses et que le caractère généralisé de cette attaque est établi.

214 *Idem*, p. 26-27.
215 *Idem*, p. 27.
216 *Idem*, p. 12.

L'attaque était-elle aussi systématique ? Cette question n'a pas été abordée par la Cour militaire. L'examen des faits révèle toutefois que le caractère systématique de cette attaque est difficile à établir puisque ladite attaque n'était pas préméditée. D'ailleurs, lorsque les militaires ont été déployés à Katasomwa, ils étaient simplement alertés par le coup de feu et ne savaient pas encore ce qui venait de se passer.

L'attaque a-t-elle été commise dans la poursuite ou en application de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ? Cette question n'a pas non plus été abordée par la Cour militaire. Pourtant, l'élément politique de l'attaque peut être établi à partir du fait que les officiers responsables du bataillon qui a commis les crimes, après avoir été informés de ce qui venait d'être fait à l'endroit du militaire « Le Blanc », et surtout après avoir été informés de la conduite criminelle de leurs subordonnés qui s'étaient lancés dans une opération de représailles contre la population civile de Katasomwa, ont choisi de les laisser faire pendant près de quatre jours. En faisant ainsi preuve de passivité, dans les circonstances propres à cette affaire, ces officiers ont implicitement soutenu ces attaques de représailles, confirmant par là cet élément politique propre aux crimes contre l'humanité. Il faut rappeler à cet égard que les Éléments des crimes contre l'humanité ont précisé que « dans des circonstances exceptionnelles, une telle politique peut prendre la forme d'une abstention délibérée d'agir, par laquelle l'État ou l'organisation entend consciemment encourager une telle attaque »[217].

C'est ainsi que dans le jugement *Bemba*, la CPI a pris en compte l'abstention de Bemba et des autres commandants militaires du MLC de prendre des mesures nécessaires et raisonnables pour mettre fin à la conduite criminelle des forces du MLC qui venait de durer près de cinq mois pour soutenir que cette abstention était « délibérément destinée à *encourager* » les attaques contre les populations civiles centrafricaines. Puisque, comme l'a dit la Décision *Gbagbo*, l'élément politique des crimes contre l'humanité ne doit pas être entendu dans un sens bureaucratique ou dans celui d'une politique formalisée et qu'il peut être établi par le fait que les attaques ont été « encouragées » par un État ou une organisation, la CPI a donc considéré que l'élément politique de ces attaques perpétrées par les forces du MLC était établi[218]. En appliquant cette argumentation dans l'affaire *Balumisa*, l'on peut également soutenir que l'abstention du colonel Balumisa de mettre fin aux expéditions punitives de ses éléments, alors qu'il en avait la connaissance, était, elle aussi délibérément destinée à encourager cette conduite criminelle et que, dès lors que ces actes ont été, en quelque sorte, « encouragés » par la hiérarchie militaire, l'on peut soutenir que l'élément politique propre aux crimes contre l'humanité était établi.

Cette politique est-elle imputable à un État ou à une organisation ayant pour but une telle attaque ? L'arrêt *Balumisa* n'y a pas répondu. À vrai dire, l'on a déjà rencontré une

217 Voy. les *Éléments des crimes* contre l'humanité (introduction, § 3) ; CPI (Ch. Prél. I), *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, « Décision relative à la confirmation des charges », Doc. ICC-01/04-01/07-717-tFRA, 30 septembre 2008 (ci-après, « Décision *Katanga et Ngundjolo* »), § 393 ; William A. Schabas, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, OUP, 2010, p. 150.

218 Jugement *Bemba*, §§ 675-687.

question similaire dans les affaires précédemment analysées, notamment dans le procès de Walikalé et dans l'affaire *Kibibi*. Ainsi, tirant les enseignements de ces deux affaires, dans l'affaire *Balumisa et consorts*, il est possible de soutenir les deux thèses. D'un côté, cette politique est imputable à l'État congolais puisque définie au niveau local de la structure de l'armée congolaise qu'est le bataillon commandé par M. Balumisa ; de l'autre côté, cette politique est imputable à une « organisation », comprenant M. Balumisa et ses collaborateurs.

En définitive, même si l'arrêt est lacunaire dans sa motivation, l'on peut soutenir que les exigences contextuelles des crimes contre l'humanité étaient réunies pour que les actes matériels de viol et autres crimes soient qualifiés de crimes contre l'humanité au regard de l'article 7 du Statut de Rome.

11. Affaire *Maniraguha et Sibomana*

L'affaire *Maniraguha et Sibomana* est la première décision judiciaire dans laquelle les juridictions congolaises se sont penchées sur l'activité criminelle des FDLR sur le territoire congolais[219]. Pour rappel, les FDLR constituent un groupe politico-militaire composé d'opposants au régime politique du président rwandais Paul Kagamé[220]. Selon le TMG de Bukavu, les attaques répétées contre les FDLR par les FARDC soutenues parfois par les forces rwandaises et celles des Nations Unies (Mission d'observation des Nations Unies au Congo (MONUC))[221], ont poussé les FDLR à s'organiser en sous-groupes disséminés dans les montagnes et forêts des provinces du Maniema, Nord-Kivu et Sud Kivu, dans l'espoir de déjouer la vigilance des FARDC. Dans ce contexte, le premier accusé, M. Maniraguha, s'est retrouvé à la tête d'un sous-groupe, dénommé FDLR-Rasta (ci-après, les « Rasta ») fort de près de 130 hommes.

Dans un premier temps, et au cours de la période allant de juin à juillet 2006, les Rasta se sont installés dans la collectivité-secteur de Kalonge dans le Sud-Kivu. Ils y ont perpétré plusieurs attaques meurtrières contre la population habitant les villages avoisinants. Le bilan de ces attaques est assez lourd : une soixantaine de morts, plusieurs victimes de viol, plusieurs biens pillés et maisons incendiées, etc. Quelques jours plus tard, ils ont été attaqués par les FARDC qui les ont délogés de leur base de Kalonge et les ont réduits presque à néant ; leur « noyau dur » ayant toutefois réussi à s'échapper. Selon le jugement, ce noyau comprenait près de quatre individus, dont M. Maniraguha. Après, cette défaite, ce qui restait des Rasta s'est installé dans le Secteur de Bunyakiri durant une période allant d'août 2006 à janvier 2007. C'est en ce moment que le second accusé Sibomana Kabanda, resté dans l'une des bases militaires des FDLR à Masisi pour suivre une formation militaire, est entré en scène. Au sein des Rasta, la tâche principale de Sibomana consistait

219 TMG/Bukavu, *MP et PC (400) c. Jean Bosco Maniraguha alias « Kazungu » et Sibomana Kabanda alias « Tuzargwana »*, « Jugement », RP 275/09 et 521/10, 12 août 2011 (ci-après, « Jugement *Maniraguha et Sibomana* »), *in Recueil d'ASF (2013)*, pp. 100 *et seq.*

220 Les FDLR ont établi l'une de leurs principales bases militaires dans le territoire de Masisi au Nord Kivu.

221 La MONUC est devenue plus part la Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République démocratique du Congo (MONUSCO).

essentiellement à assurer la garde du « butin de guerre », en ce compris les femmes et filles enlevées de force et maintenues en esclavage sexuel. Installé dans le Secteur de Bunyakiri, le petit groupe des Rasta s'est encore illustré dans des attaques contre les villages avoisinants. De ces attaques, il en a résulté des tueries, des actes de torture, des viols, de pillage et des incendies de maisons. Le jugement n'en précise pas l'ampleur, mais cite certaines victimes à titre illustratif. Les Rasta ont, une fois de plus, été attaqués par les FARDC qui ont réussi, cette fois-ci, à mettre un terme à la cavale de M. Maniraguha et de sa bande.

Les activités criminelles de M. Maniraguha et M. Sibomana au sein des Rasta à Kalonge et Bunyakiri ont entraîné des poursuites pénales à leur encontre devant le TMG de Bukavu pour meurtres, viols, tortures et emprisonnement ou autres formes de privation grave de liberté physique en tant que crimes contre l'humanité en application de l'article 7 du Statut de Rome. À l'issue de leur procès, auquel participaient près de 400 victimes, les deux accusés ont été reconnus coupables des crimes précités. M. Maniraguha qui a été reconnu coupable de tous les crimes mis à sa charge et qui était le chef de bande a été condamné à la servitude pénale à perpétuité, le tribunal n'ayant trouvé en sa faveur aucune circonstance atténuante. Quant à M. Sibomana, le garde-butin, le tribunal l'a acquitté des crimes de viol et meurtre[222], mais l'a reconnu coupable des crimes contre l'humanité par torture et par emprisonnement ou autres formes de privation grave de liberté physique. Il a, en conséquence, été condamné à une peine de servitude pénale principale de 30 ans. Le tribunal a par ailleurs condamné la RDC seule à payer les dommages et intérêts aux victimes, en soutenant que la responsabilité de cette dernière était engagée pour avoir failli à sa mission de sécuriser la population des localités attaquées par les FDLR. Selon des informations obtenues sur place à Bukavu, cette affaire serait en appel devant la Cour militaire de Bukavu.

Argumentation

Pour établir les crimes contre l'humanité, le tribunal a tenu un raisonnement juridique difficile à schématiser en raison, non seulement de l'incohérence de la structure de l'argumentation[223], mais aussi en raison des confusions et inexactitudes entretenues autour des formes de responsabilité prévues à l'article 25 du Statut de Rome, et en particulier celle de la coaction et celle de l'entreprise criminelle commune. L'on y reviendra plus tard. Par rapport aux exigences contextuelles des crimes contre l'humanité, le TMG a commencé par la question des crimes contre l'humanité « en général ». Il a alors soutenu que ces crimes

222 Cet acquittement tient au fait qu'il n'avait pas encore rejoint les Rasta lors de certaines de ses attaques meurtrières.

223 Les juges ont commencé par analyser les formes de responsabilité criminelle au regard de l'article 25 du Statut de Rome pour terminer par l'établissement des crimes contre l'humanité, alors que la démarche inverse aurait été sans doute la plus logique. En effet, il semble plus logique de commencer par établir l'existence des crimes avant de se poser la question de la forme de responsabilité à appliquer à l'accusé. Par ailleurs, ces juges ont traité la question de l'administration des éléments de preuves en quatrième position alors qu'il s'agit des questions d'ordre méthodologique, et même préliminaires, qui auraient dues être abordées tout au début du jugement.

exigent que soient établis (i) une attaque généralisée ou systématique ; (ii) une attaque lancée contre une population civile ; (iii) la connaissance de cette attaque ; et (iv) une intention d'y participer. Le tribunal a ensuite soutenu que l'attaque était « généralisée » lorsqu'elle était « massive ou d'envergure, fréquente, menée collectivement et dirigée contre une multiplicité de victimes » ; qu'elle se distinguait de l'attaque « systématique qui [procédait] d'un plan préconçu ou d'une politique »[224]. Ayant posé ce cadre théorique d'une attaque généralisée, le tribunal a toutefois omis de le confronter à l'affaire soumise à son examen et n'a donc pas pu se prononcer sur la question de savoir si les attaques de Kalonge et de Bunyakiri perpétrées entre 2006 et 2007 avaient effectivement un caractère généralisé.

Abordant le sens de l'expression « attaque lancée contre la population civile », le TMG de Bukavu a commencé par définir le terme « attaque » qu'il a compris comme visant « une campagne ou une opération dirigée contre la population civile » et que « la terminologie appropriée [était celle qui figurait] à l'article 7(2)(a) du statut où il est question de « comportement » ». Concernant le terme « population civile », il l'a défini « selon un principe bien établi du droit international humanitaire (…), par opposition aux membres des forces armées et aux autres combattants légitimes »[225]. Quant au sens du terme « politique », le TMG l'a compris comme visant une « politique, une stratégie, une manière d'agir d'une organisation, d'un groupe organisé, structuré d'individus »[226], rejoignant ainsi l'arrêt *Kibibi et consorts*, comme vu précédemment. Appliquant cette fois-ci le cadre théorique ainsi tracé aux faits de la cause, le tribunal a conclu que les Rasta « constituaient bien un groupe organisé d'autant [plus] qu'on pouvait les identifier par l'appellation de leur groupe "Rasta", [qu'ils étaient] hiérarchisé[s] » parce qu'ils avaient un commandant, en la personne de Maniraguha, un infirmier, deux gardes butins : Sibomana et Lukasse » ; et que « ce groupe a certes appliqué une stratégie d'attaque généralisée contre les civiles (…) »[227].

Observations

Le jugement *Maniraguha et Sibomana* appelle trois principales observations sur les exigences contextuelles des crimes contre l'humanité.

Attaque généralisée ou systématique ?

Par rapport à la question de savoir si l'attaque des FDLR avait un caractère généralisé et/ou systématique, l'on constate que le tribunal s'est limité à une approche théorique qu'il n'a pas confrontée aux faits soumis à son examen. Cette omission est regrettable parce que les faits contiennent des éléments de discussion intéressants. Il semble qu'ici encore, le tribunal ait confondu le nombre des victimes à celui des parties civiles (400) pour conclure que l'attaque était généralisée. Il existe néanmoins quelques chiffres qui

224 Voy. Jugement *Maniraguha et Sibomana*, *in Recueil ASF* (2013), p. 114.
225 *Idem*.
226 *Idem*, p. 115.
227 *Idem*.

ont été avancés dans le jugement notamment lors de l'attaque de Kalonge qui a fait une soixantaine de morts, plusieurs victimes de viol, etc. Le nombre (approximatif) des victimes de l'attaque de Kalonge ainsi avancé est suffisamment élevé et permet de dire, sur cette base, que l'attaque était généralisée. Le deuxième élément est le caractère fréquent des attaques. Le jugement ne traite pas d'un seul incident, mais de plusieurs incidents au cours desquels des crimes (meurtres, viol, pillages, incendies des maisons, etc.) ont été commis. Le jugement est certes critiquable de n'avoir pas été précis par rapport au bilan de chacune de ces attaques. Mais, il est difficile de douter du nombre élevé des victimes compte tenu de la pluralité des incidents au cours desquels des crimes ont été commis. Le troisième élément est le nombre des assaillants. On constate en effet que les attaques ont été perpétrées par un nombre important des individus. L'attaque de Kalonge, par exemple, a eu lieu pendant que les Rasta étaient évalués à plus de 130 individus. Au regard de ces trois éléments, l'on peut soutenir que ces attaques revêtaient effectivement un caractère généralisé.

Ces attaques étaient-elles systématiques ? Cette question n'a été abordée dans le jugement que de manière théorique et sans aucune confrontation aux faits. Il s'avère toutefois que ce caractère systématique n'était pas établi parce qu'en comparant les divers incidents les uns aux autres, il est difficile d'y trouver des caractéristiques communes permettant d'y dégager une certaine « ligne de conduite ».

Attaque imputable à une organisation ?

Le TMG de Bukavu a soutenu que les Rasta constituaient un groupe armé organisé en se fondant sur deux éléments : (i) l'appellation de leur groupe "Rasta" ; (ii) le fait qu'ils étaient hiérarchisés parce qu'ils avaient un commandant, en la personne de Maniraguha, un infirmier, deux garde-butins : Sibomana et Lukasse. Cette approche est toutefois peu convaincante pour trois raisons principales.

Premièrement, il est vrai qu'il existe quelques controverses sur la question de savoir si les groupes armés peu structurés sont capables de commettre des crimes contre l'humanité. Toutefois, comme l'ont dit le jugement *Katanga* et le jugement *Bemba*, l'organisation en question doit disposer « d'un ensemble de structures ou de mécanismes, quels qu'ils soient, suffisamment efficaces pour assurer la coordination nécessaire à la réalisation d'une attaque dirigée contre une population civile ». Le jugement *Katanga* a par ailleurs soutenu que l'organisation dont il est question ici « doit disposer des moyens suffisants pour favoriser ou encourager l'attaque sans qu'il y ait lieu d'exiger plus ». Il a également expliqué qu'« il est loin d'être exclu, tout particulièrement dans le contexte des guerres asymétriques d'aujourd'hui, qu'une attaque dirigée contre une population civile puisse être aussi le fait d'une entité privée regroupant un ensemble de personnes poursuivant l'objectif d'attaquer une population civile, en d'autres termes d'un groupe ne disposant pas obligatoirement d'une structure élaborée, susceptible d'être qualifiée de quasi étatique ». Finalement, pour le jugement *Katanga*, « le fait que l'attaque doive par ailleurs être qualifiée de généralisée ou de systématique ne signifie pas, pour autant, que l'organisation qui la favorise ou

l'encourage soit structurée d'une manière telle qu'elle présente les mêmes caractéristiques que celles d'un État. Pour la Chambre, ce qui compte avant tout ce sont, une nouvelle fois, les capacités d'action, de concertation et de coordination, autant d'éléments essentiels à ses yeux pour définir une organisation qui, en raison même des moyens et des ressources dont elle dispose comme de l'adhésion qu'elle suscite, permettront la réalisation de l'attaque »[228].

Lorsqu'on applique cette exigence aux Rasta, l'on constate que le TMG n'a traité la question de l'existence d'une organisation que de façon trop superficielle. Le tribunal a donc omis d'évaluer les capacités d'action des Rasta, leurs capacités de concertation et de coordination, leurs moyens et les ressources dont ils disposent, etc. Par ailleurs, dans l'analyse du caractère organisé des Rasta, en tant que groupe armé, l'on ne doit pas perdre de vue une question essentielle : qui est Jean Bosco Maniraguha, le chef des Rasta ? C'est en fait un petit jeune dont l'âge a amené le tribunal à se poser la question de sa compétence personnelle puisque les juridictions militaires ne peuvent juger des personnes de moins de 18 ans. D'ailleurs, la question de l'âge de cet accusé a été résolue d'une manière peu convaincante par le tribunal[229]. Un individu de cet âge-là peut-il disposer d'une organisation capable de commettre des crimes contre l'humanité ? En tout cas, la question méritait d'être abordée par le tribunal.

Deuxièmement, la démarche adoptée par le TMG pour établir l'existence d'une organisation au sein des Rasta est difficile à suivre parce qu'elle ne permet pas de distinguer le degré d'organisation des Rasta quand ils étaient forts de plus de 130 individus lors des attaques de Kalongue et leur degré d'organisation lors de l'attaque de Bunyakiri alors qu'ils étaient réduits à moins d'une dizaine d'individus (le jugement parle même de 4 individus). Lorsque les Rasta étaient à plus de 130 individus, l'on peut à la rigueur soutenir qu'un groupe armé d'une telle importance ne peut pas ne pas avoir un minimum d'organisation interne. L'importance du groupe armé peut donc faire présumer son caractère organisé. Mais, les Rasta étant réduits à moins d'une dizaine d'individus ou, plus exactement à quatre individus, comme lors des attaques de Bunyakiri, il est douteux de dire qu'il s'agissait d'une véritable organisation. Dans ce cas, il s'agissait d'une petite bande des hors-la-loi comme dans l'affaire *Basele et consorts* précédemment vu. Compte tenu de l'importance de ce groupe, et pour les mêmes raisons que celles précédemment invoquées dans l'affaire *Basele et consorts*,

228 Jugement *Katanga*, § 1119 ; jugement *Bemba*, § 158.

229 Voy. Jugement *Maniraguha et Sibomana, in Recueil ASF* (2013), pp. 106-107. Dans la présentation de l'accusé, le jugement dit que le soldat Maniraguha est âgé de plus ou moins 28 ans (voy. *Recueil ASF* (2013), p. 100). Mais, dans son argumentation, le même jugement rapporte qu'« à l'audience du lundi 08 août 2011, le prévenu a prétendu avoir 22 ans d'âge. Il s'ensuit qu'au moment des faits lui incriminés, il aurait 15 ans d'âge au plus ». L'expert médical requis par le tribunal a estimé « le prévenu Maniraguha aurait, deux mois plus tard après son arrestation, soit le 29 mars 2007, un âge situé entre dix-neuf à vingt-quatre ans ». Finalement, ayant pris en compte les déclarations de l'accusé selon lesquelles « il est parti du Rwanda pour la RDC à l'âge de six ans, soit après la disparition tragique du président rwandais Habyarimana », c'est-à-dire en 1994 ; et que le même accusé a déclaré avoir déjà passé 12 à 13 ans en RDC, le tribunal a conclu que « le prévenu ignorait son âge, mais aussi il en résulte par opération arithmétique qu'il pouvait avoir au moment des faits incriminés, un âge estimé à dix-huit ans ».

il est difficile de dire que la conduite criminelle de ce petit groupe d'individus constituait des crimes contre l'humanité, quand bien même les victimes seraient nombreuses.

Troisièmement, la démarche du TMG de Bukavu est contestable puisqu'elle ne permet pas de situer les Rasta au sein de cet ensemble plus global des FDLR dont ils se réclament. Rappelons que, selon certaines informations, non contenues dans le jugement sous examen, les FDLR sont un groupe armé qui existait déjà vers les années 2000 et était commandé par un certain « colonel » Byungura. À cette époque, ce groupe armé était allié à la milice Maï-Maï commandée par le général autoproclamé Padiri Bulenda, milice que commandera plus tard le colonel Bedi Mobuli alias « colonel 106 » sur lequel on reviendra plus loin. Cette alliance FDLR/Maï-Maï se justifiait par le fait que les FDLR combattaient le président rwandais Paul Kagamé, de même que les Maï-Maï combattaient les rebelles congolais du RCD perçus comme étant le bras droit du présent Paul Kagamé en territoire congolais. En 2003 toutefois, le gouvernement congolais, sous pression internationale, a fini par conclure un accord de paix avec les rebelles du RCD. À la suite de cet accord de paix, le général Padiri et une grande partie de ses éléments ont intégré les forces gouvernementales congolaises. L'alliance entre les FDLR et les Maï-Maï ne se justifiant plus, les FDLR se sont retrouvés abandonnés à eux-mêmes et se sont retrouvés seuls à combattre le régime de Paul Kagamé. Face à cette situation, le colonel Byungura a ordonné à ses éléments de se retrancher dans la province du Nord-Kivu. Mais, les FDLR ont continué à commettre des exactions contre les populations des localités où ils vivaient. Un rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur la RDC renseigne que le 31 mars 2005, sous la facilitation de la Communauté Sant'Egidio, les FDLR ont signé une déclaration dans laquelle ce groupe armé s'engageait à cesser sa lutte armée et à transformer cette lutte armée en combat politique. Ce même rapport renseigne par ailleurs que ces propos n'ayant pas été suivis d'effet, les FDLR ont, en juillet 2005, fait l'objet d'opérations militaires dénommées « plongeon du faucon » et « poigne de fer », organisées conjointement par les FARDC et les forces des Nations Unies[230].

Rappelons également que l'organisation et la direction politique et militaire des FDLR ont été décrites dans les décisions rendues par tant la CPI dans les affaires *Mbarushimana* et *Mudacumura* que par le tribunal allemand (à en croire le résumé du jugement de ce tribunal). Par exemple, dans la décision ordonnant l'arrestation de Callixte Mbarushimana qui était alors le porte-parole des FDLR, la CPI a affirmé « qu'il y a des motifs raisonnables de croire que, au moins depuis juillet 2007, Callixte Mbarushimana est le secrétaire exécutif des FDLR, Ignace Murwanashyaka le président du Haut-Commandement des FDLR et Sylvestre Mudacumura le commandant militaire des FDLR »[231]. Ensuite, dans la décision

230 *Dix-huitième rapport du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2005/506, 2 août 2005, § 34.

231 CPI (Ch. Prél. I), *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, « Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Callixte Mbarushimana », Doc. ICC-01/04-01/10-1-tFRA, 28 septembre 2010, § 29. Pour un commentaire de cette décision, voy. Jacques B. Mbokani, « Un optimisme prudent : quelques observations critiques à propos de l'arrestation de Callixte Mbarushimana par la CPI », Revue *Droits fondamentaux*, n° 8, janvier 2010-décembre 2010.

sur la non-confirmation des charges à l'encontre de l'intéressé (ci-après, la « Décision *Mbarushimana* »), cette organisation interne des FDLR est encore mieux explicitée par la CPI en ces termes :

« (…) les éléments de preuve présentés à la Chambre, comme les déclarations de témoins, les documents de l'ONU et les rapports d'organisations non gouvernementales, montrent que tout au long de l'année 2009, les FDLR étaient une force combattante bien organisée, dotée d'une branche politique dont les principaux dirigeants étaient pour l'essentiel basés en Europe et d'une aile militaire stationnée dans l'est de la RDC. Ces deux branches de l'organisation étaient coordonnées par un Comité directeur composé à parts égales de civils et de militaires. Pendant presque toute la période visée par les charges, le chef politique des FDLR était Ignace Murwanashyaka, tandis que le chef de la branche miliaire était le général Sylvestre Mudacumura. Les éléments de preuve montrent en outre que les FDLR disposaient d'une structure hiérarchique caractérisée par un haut degré d'organisation interne. Parmi leurs actes constitutifs, compte des statuts, un règlement d'ordre intérieur et un code de discipline définissant le régime disciplinaire interne de l'organisation. (…) La branche militaire des FDLR, appelée "Forces combattantes Abacunguzi" (FOCA), comptait des milliers de combattants organisés comme une armée conventionnelle. Elle se composait de deux principales divisions, l'une basée au Nord-Kivu et appelée SONOKI (Secteur opérationnel du Nord-Kivu), et l'autre basée au Sud- Kivu et appelée SOSUKI (Secteur opérationnel du Sud-Kivu). En outre, une brigade mobile de réserve était basée dans la zone frontalière entre les deux provinces »[232].

Quelle était la place des Rasta dans cette organisation ? L'approche du jugement *Maniraguha et Sibomana* ne permet pas de répondre pas à cette question. L'on peut à la rigueur comprendre que ce jugement n'ait pas fait allusion à la Décision *Mbarushimana* puisque celle-ci lui était postérieure : elle était rendue le 16 décembre 2011 alors que le jugement *Maniraguha et Sibomana* était du 12 août 2011. Mais, cela n'explique pas le silence du tribunal sur la décision ordonnant l'arrestation de M. Mbarushimana, décision qui lui était antérieure (rendue le 28 septembre 2010) ni le silence sur les différents rapports régulièrement publiés par les experts des Nations Unies pour la RDC et le Secrétaire général des Nations Unies, rapports sur lesquels la CPI s'est largement fondée pour rendre sa décision relative à la confirmation des charges portées contre M. Mbarushimana. Comme on l'a vu, ces rapports indiquent que les FDLR existaient depuis 2000 et la décision de la CPI ordonnant l'arrestation de M. Mbarushimana a décrit l'organisation des FDLR au cours des années 2007. Ainsi, même si les faits traités dans l'affaire *Maniraguha et Sibomana* sont antérieurs (2006-2007) à ceux de l'affaire *Mbarushimana* (2009), l'on ne doit pas perdre de vue que l'organisation des FDLR ne date pas de 2009 ; que les FDLR étaient bien organisées bien avant les attaques des Rasta entre 2006 et 2007 et qu'il était important que le tribunal de Bukavu fasse un lien entre eux et l'organisation politico-militaire des FDLR.

232 CPI (Ch. Prél. I), *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, « Décision relative à la confirmation des charges », Doc. ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, 16 décembre 2011 (ci-après, « Décision *Mbarushimana* »), §§ 104-105.

Le silence du TMG de Bukavu sur cette question est assez préoccupant et pousse finalement à se demander si les Rasta faisaient effectivement partie de l'organisation interne des FDLR ou s'ils avaient leur propre organisation interne. S'ils faisaient partie de l'organisation interne des FDLR, il ne serait pas nécessaire d'établir leur caractère organisé, celui des FDLR étant suffisant. Ce qui importerait serait donc d'établir le *lien* entre les Rasta et les FDLR. Un tel lien comblerait d'ailleurs certaines lacunes et surtout le fait que, lors des attaques de Bunyakiri, les Rasta étaient à moins d'une dizaine. En revanche, si les Rasta ne faisaient pas partie de l'organisation interne des FDLR en général, c'est-à-dire s'ils sont un groupe armé autonome vis-à-vis des FDLR, dans ce cas, il serait nécessaire d'établir leur caractère organisé. En définitive, l'analyse faite par le jugement *Maniraguha et Sibomana* laisse beaucoup d'interrogations sans réponses sur le lien entre les Rasta et la direction politique et militaire des FDLR ou, le cas échéant, sur l'existence effective d'une organisation au sein des Rasta, organisation capable de commettre des crimes contre l'humanité.

Existait-il un élément politique dans les attaques des Rasta ?

L'on a vu que le TMG de Bukavu, rejoignant l'approche de l'arrêt *Kibibi*, entendait par élément politique « une stratégie, une manière d'agir d'une organisation, d'un groupe organisé, structuré d'individus » et que, dans l'affaire sous examen, ce tribunal a estimé que cet élément était établi au regard du fait que « ce groupe a certes appliqué une stratégie d'attaque généralisée contre les civiles (…) »[233]. Cependant, comme déjà signalé, cette approche n'a pas de base juridique.

Mais, plus fondamentalement, la question de l'existence d'un élément politique derrière les attaques des Rasta est étroitement liée à celle de l'existence d'une organisation ainsi que qu'on vient de voir. En effet, si l'on estime que les Rasta constituent un groupe armé autonome, c'est en leur sein qu'il faut rechercher cet élément politique ; tandis que si les Rasta sont rattachés aux FDLR, c'est au sein de ces dernières qu'il faudra rechercher l'élément politique.

Par rapport à la première hypothèse (les Rasta groupe comme armé autonome), c'est donc en leur sein qu'il faut établir l'élément politique. Or, dès que le tribunal n'a pas établi le caractère organisé des Rasta en tant que groupe autonome, il lui est difficile d'établir l'élément politique des attaques des Rasta. Le défaut du caractère organisé des Rasta ainsi que celui de l'élément politique en leur sein remet en cause la pertinence de la conclusion du tribunal selon laquelle les attaques des Rasta étaient constitutives des crimes contre l'humanité. Toutefois, il est important de rappeler, comme l'a relevé le jugement *Bemba*, que l'élément politique peut être établi dès lors que l'auteur (ou les auteurs) du crime s'est engagé dans une conduite prescrite par la politique d'une organisation, et ce, en toute connaissance de cause, sans nécessairement être formellement rattaché à cette organisation (cas des loups

233 *Idem*.

solitaires)[234]. Ainsi, même si les Rasta n'étaient pas organisés en leur sein ni formellement rattachés aux FDLR, l'élément politique de leurs attaques peut toujours être établi en démontrant que ces attaques ont été « encouragées » directement ou indirectement par les FDLR. Or, la preuve d'un tel encouragement des Rasta par les FDLR dans la commission des attaques n'a pas été établi par le tribunal de Bukavu.

Quant à la seconde hypothèse, selon laquelle les Rasta sont rattachés à cet ensemble plus global des FDLR, elle implique de rechercher l'élément politique au sein des FDLR et non au sein des Rasta. Or, sur cette question, on constate que tout en soutenant que les Rasta étaient rattachés aux FDLR, le tribunal n'a pas cherché cet élément politique au sein des FDLR, mais au sein des Rasta. Cela constitue la première ambiguïté du jugement sous examen. La seconde ambiguïté de ce même jugement est que sur l'existence, au sein des FDLR, d'une politique consistant à prendre pour cible les populations civiles a été contestée par la CPI dans l'affaire *Mbarushimana* et dans l'affaire *Mudacumura*. Selon la CPI en effet, les attaques qui leur ont été imputées ont été réalisées en représailles des précédentes attaques menées par les FARDC contre leurs positions ; et que c'est pour cette raison que la CPI a préféré retenir à leurs charges les crimes de guerre plutôt que les crimes contre l'humanité[235]. Notons toutefois que cette position n'est pas partagée par le tribunal pénal allemand qui a fini par déclarer coupables des crimes contre l'humanité, le président et le vice-président des FDLR basés en Allemagne. Le jugement étant rédigé en allemand, elle ne nous est donc pas accessible, comme nous l'avons annoncé en introduction générale de cette étude. Cependant, en concluant que ces actes constituaient des crimes contre l'humanité, l'on peut supposer que la justice allemande y a trouvé l'élément politique des attaques des FDLR, élément que la CPI n'a pas trouvé.

Il est vrai que les décisions de la CPI et du tribunal allemand concernent des faits postérieurs (2009) à ceux de l'affaire *Maniraguha* jugés par le tribunal de Bukavu (2006-2007). Toutefois, la controverse sur l'existence de l'élément politique derrière les attaques

234 Jugement *Bemba*, § 161 : « As such, the course of conduct must reflect a link to the State or organizational policy, in order to exclude those acts which are perpetrated by isolated and un coordinated individuals acting randomly on their own. This is satisfied where a perpetrator deliberately acts to further the policy, but may also be satisfied by a perpetrator engaging in conduct envisaged by the policy, and with knowledge thereof. The Chamber notes that there is no requirement that the perpetrators necessarily be motivated by the policy, or that they themselves be members of the State or organization ».

235 Décision *Mbarushimana*, § 263 ; CPI (Ch. Prél. II), *Situation en République démocratique du Congo*, « Decision on the Prosecutor's Application under Article 58 », Doc. ICC-01/04-01/12-1-Red, 13 juillet 2013, §23 et 26 : « However, nearly all of the FDLR attacks alleged by the Prosecutor were retaliatory attacks against military positions. A great deal of evidence also points to it being the FDLR's policy not to harm civilians or to abuse them and that members of the FDLR leadership did not want civilians to be killed during FDLR operations. The incidents charged by the Prosecutor are often close in time to *Forces Armées de la République Démocratique du Congo* ("FARDC") attacks against the FDLR in the same area, which is also consistent with a retaliatory approach. Although in some instances the retaliatory attacks were launched in a manner which targeted military objectives as well as individual civilians not taking direct part in hostilities, it still cannot be reasonably inferred that the order to commit a humanitarian catastrophe was actually applied by the FDLR troops on the ground in accordance with an organisational policy to attack the civilian population as such. The failure to observe the principles of international humanitarian law does not in itself, particularly in the context of the circumstances of the present case as portrayed in the material submitted, reveal the existence of such policy » (références omises).

des FDLR en 2009 peut aussi être transposée en 2006-2007 puisque rien ne prouve que les FDLR ont changé leur politique. Dans tous les cas, cette controverse montre qu'il était important que la justice congolaise apporte sa contribution dans le débat relatif à l'existence d'une politique au sein des FDLR derrière ses attaques contre les civils.

En définitive, au regard des diverses imprécisions dans le jugement *Maniraguha et Sibomana* tant sur l'existence d'une véritable organisation au sein des Rasta que sur l'élément politique propre aux crimes qui leur ont été imputés, il est difficile de se rallier à la conclusion du TMG de Bukavu selon laquelle ces actes constituent des crimes contre l'humanité. Cela n'implique évidemment pas que ces actes auraient dû demeurer impunis. Le TMG de Bukavu aurait dû soit approfondir son argumentation par rapport aux exigences contextuelles des crimes contre l'humanité au regard de l'article 7 du Statut de Rome, soit les punir en les qualifiant des crimes de droit commun. Le résultat aurait été le même.

12. Affaire *Kamona et consorts* (affaire *Lemera*)

Dans le cadre des opérations Kimia II, le 83e bataillon de la 8e brigade intégrée des FARDC a été envoyé dans le secteur de Mulenge, province du Sud-Kivu, pour combattre les FDLR. Ces affrontements se sont soldés par la victoire militaire des FARDC tout en entraînant un déplacement des populations des villages avoisinants fuyant les combats. Le 8 août 2009, ayant appris que leurs villages étaient libérés par les FARDC, et menacés par la faim à l'endroit de leur refuge, certains villageois ont résolu de retourner dans leurs villages et champs pour y chercher des vivres. En cours de route, et au niveau de l'école de Kishagala, ils sont tombés sur des militaires des FARDC qui se sont mis à les brutaliser. Les hommes ayant réussi à s'enfuir, les femmes se sont retrouvées seules à la merci des assaillants. Ceux-ci leur ont d'abord reproché d'être des femmes des FDLR et d'avoir cédé à ces dernières leurs filles. Ensuite, armes à la main, ils les ont entraînées dans les salles de classe de l'école précitée et les y ont contraintes à des rapports sexuels collectifs et à tour de rôle. Certaines autres femmes ont été violées dans leurs propres champs après avoir offert aux assaillants quelques produits de leurs champs. Sept femmes au total ont ainsi été violées par une dizaine de militaires.

Ces faits ont, plus tard, entraîné des poursuites pénales devant le TMG d'Uvira, de cinq militaires formellement identifiés par leurs victimes, pour viols en tant que crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome. À l'issue de leur procès tant au premier degré qu'en appel, tous les cinq accusés ont été déclarés coupables et ont été condamnés à la servitude pénale à perpétuité, le tribunal ayant retenu contre eux la circonstance aggravante tenant à leur qualité de militaire dont la mission est de sécuriser la population plutôt que de la brutaliser[236]. Ils ont par ailleurs été condamnés, *in solidum* avec l'État congolais, de payer de fortes indemnités à titre de réparations aux victimes.

236 TMG/Uvira, *MP et PC c. Kamona et consorts*, « Jugement », affaire n° RP 132, 30 octobre 2010 (ci-après, « jugement *Kamona et consorts* »).

Argumentation

Pour établir les crimes contre l'humanité, le TMG est parti du texte de l'article 7 du Statut de Rome, qu'il a repris intégralement et a soutenu que les crimes contre l'humanité supposent la réunion des éléments constitutifs matériels et moraux. Les éléments matériels renvoient, selon le tribunal, aux exigences selon lesquelles (i) l'acte doit constituer une violation grave des droits et libertés fondamentaux de la personne humaine ou des droits et intérêts de la RDC ; (ii) il doit être perpétré dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique ; et enfin (iii) il doit être commis contre les membres de la population civile.

Par violation grave des droits et libertés fondamentaux, le tribunal entendait essentiellement « tout acte pouvant violer la conscience humaine universelle par sa remarquable inhumanité humaine, manifestée par des souffrances atroces infligées à un ou plusieurs semblables ou par des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale, à l'état de santé en général de la victime ». Ensuite, s'inspirant apparemment de certains extraits des jugements *Akayesu* et *Rutaganda* dans lesquels le TPIR aurait déclaré que « l'acte, inhumain par définition et par nature, doit infliger des souffrances graves ou porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé mentale ou physique », le TMG a soutenu que « dans le cas d'espèce le fait pour les prévenus (…) de se saisir des [victimes] contre leur gré, pour les contraindre à des rapports sexuels [constituent] des actes inhumains qui ont porté atteinte à l'intégrité physique ainsi qu'à la santé mentale de chacune d'elles ». Le tribunal s'est ensuite mis à décrire le calvaire vécu par chacune des victimes lors du viol et les conséquences que cet acte a entraînées sur le plan de la santé physique, mentale et sociale des victimes.

Quant à l'exigence d'une attaque généralisée ou systématique, le tribunal a soutenu que cette condition était établie puisque « les prévenus (…) s'étaient organisés pour traiter les victimes (…) d'être femmes de leurs ennemis FDLR et leur reprochant d'avoir cédé leurs filles comme femmes de ces derniers » ; et que « chacun, une arme en mains, les prévenus préqualifiés s'organisaient de manière à leur imposer des rapports sexuels massivement et systématiquement, par tour de rôle envers certaines victimes (…) et en se partageant d'autres chacun avec la sienne, le cas des dames (…) ».

Le troisième élément matériel, et qui a fait l'objet de longs développements dont la pertinence reste douteuse, consiste à dire que l'acte doit être commis contre les membres d'une population civile. En résumé, le tribunal a d'abord défini la population civile par opposition aux combattants. Ensuite, appliquant cette définition aux faits, il a soutenu que « la bande du sergent Kamona a visé les personnes de sexe féminin que sont les dames précitées qui sont de la catégorie de la population civile, toutes sont paysannes et épouses des paysans, autochtones originaires de la localité de Kishagala/Mulenge centre » ; et qu' « elles n'ont jamais été des FDLR ni moins leurs épouses comme l'ont prétendu les prévenus ». Le tribunal s'est par ailleurs référé à certaines résolutions de la conférence internationale de Pékin en 1994, résolutions relatives au droit des femmes à la sexualité libre

et responsable ou à la procréation tel que garanti par le droit international humanitaire[237]. Ces développements présentent toutefois un intérêt limité sur la question de la définition du terme « population civile » et il n'est pas nécessaire de s'y attarder.

En appel, la Cour militaire de Bukavu a confirmé l'œuvre du premier juge en soutenant que « les circonstances dans lesquelles les faits se sont déroulés remplissent les conditions graves requises pour retenir le crime contre l'humanité ». Le raisonnement de la Cour militaire est assez bref et tient en deux temps[238]. Premièrement, la Cour commence par rappeler et expliquer quatre exigences théoriques propres, selon elle, aux crimes contre l'humanité : (i) l'attaque doit être généralisée ou systématisée, c'est-à-dire un comportement impliquant des actes de violence, en précisant qu' « il n'est pas nécessaire que l'attaque réunisse les deux caractères » ; qu' « un seul suffit » ; et que « l'attaque est généralisée lorsqu'elle présente un caractère considérable et est dirigée contre une multiplicité de victimes, c'est-à-dire une attaque massive menée collectivement et dirigée contre un grand nombre des victimes » ; (ii) l'attaque doit être « dirigée contre une population civile qui doit donc être la cible principale, c'est-à-dire contre des personnes civiles par opposition aux membres des forces armées et autres combattants légitimes » ; (iii) « les actes passés [doivent] s'inscrire dans le cadre de cette attaque généralisée, c'est-à-dire qu'il doit y avoir un lien entre les actes incriminés et l'attaque » ; et (iv) « les crimes doivent être commis avec une connaissance de cette attaque », ce qui veut dire que « l'accusé doit être conscient que son acte fait partie ou s'inscrit dans le cadre d'une attaque généralisée contre la population civile ».

Deuxièmement, se fondant sur ce cadre théorique présenté de façon plutôt ambiguë, la Cour a conclu que « les agressions contre les victimes, commises par les militaires d'une même unité, sous prétexte qu'il s'agissait des femmes des FDLR simultanément à des endroits différents (…) sans qu'aucun ne dénonce ou ne se désolidarise des autres, dénotent une volonté de prendre part à une espèce de punition collective impliquée à des civils dans cet environnement particulier des opérations militaires ». La Cour a alors déclaré faire siens « le développement, l'analyse des faits et la discussion en droit du premier juge qui a statué à bon droit sur l'action publique »[239].

Observations

L'analyse tant du TMG que de la Cour militaire sur les exigences contextuelles des crimes contre l'humanité appelle quelques observations.

Premièrement, *le caractère généralisé ou systématique* de l'attaque du village de Kishagala était-il établi ? Le tribunal et la Cour militaire n'y ont pas répondu de façon claire. Ils ont

237 Il semble toutefois que les juges aient eu en tête la Déclaration et le Programme d'action de Beijing adoptés par consensus le 15 septembre 1995 et annexée au rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes, conférence tenue à Beijing du 4 au 15 septembre 1995 (Voy. Doc. ONU A/CONF.177/20/Rev.1).

238 CM/Bukavu, *MP et PC c. Kamona et consorts*, « Arrêt », affaire n° RPA 180, 17 novembre 2011, (ci-après, « arrêt *Kamona et consorts* »).

239 Arrêt *Kamona et consorts*.

conclu au caractère généralisé de l'attaque sans préciser le nombre des victimes. Pourtant, bien qu'il ne s'agisse que d'un seul incident, il s'avère que le nombre des victimes, à savoir 7 femmes, et celui des assaillants, à savoir 10 militaires, étaient élevés. Ces éléments permettent ainsi de soutenir que, d'une certaine manière, le viol revêtait un caractère généralisé. Quant au caractère systématique, l'on constate que là aussi le tribunal ne l'a pas démontré. Toutefois, les faits de la cause ne permettent pas non plus de l'établir d'abord parce qu'il ne s'agissait que d'un seul incident et qu'il est impossible de comparer les crimes commis dans un seul incident pour en dégager des caractéristiques communes ; ensuite, même parmi les viols commis dans le cadre de ce seul incident de l'école de Kishagala, il est difficile d'y déceler certaines caractéristiques communes pouvant faire croire en une certaine ligne de conduite.

Existait-il un État ou une organisation derrière cette attaque ? Le tribunal et la Cour militaire y ont répondu par l'affirmative en soutenant que « les prévenus (…) s'étaient organisés pour traiter les victimes (…) d'être femmes de leurs ennemis FDLR et leur reprochant d'avoir cédé leurs filles comme femmes de ces derniers » ; et que « chacun une arme en mains, les prévenus préqualifiés s'organisaient de manière à leur imposer des rapports sexuels massivement et systématiquement, par tour de rôle envers certaines victimes (…) et en se partageant d'autres chacun avec la sienne, le cas des dames (…) ». En réalité, le tribunal et la Cour militaire ont confondu la participation de plusieurs individus dans la commission d'un crime à l'existence d'une organisation. Cette approche, nullement convaincante, a, à juste titre, été critiquée par un commentaire d'ASF : « il ne suffit pas que les accusés aient agi en participation criminelle (coauteurs, complices) pour conclure à une organisation politique ayant pour but une attaque généralisée ou systématique contre une population civile. Du moment que la politique de l'État n'a pas été établie, que l'organisation ayant pour but une telle attaque n'a pas été identifiée ni sa politique criminelle définie, il devient impossible de retenir la qualification de viol constitutif du crime contre l'humanité »[240]. L'on ne peut pas non plus soutenir qu'il existait un État (défini au niveau local) puisqu'on n'a pas affaire ici à une structure de l'armée congolaise (83e bataillon de la 8e brigade intégrée), les responsables de ces actes ayant agi de façon isolée.

Un élément politique derrière ces attaques ? Le tribunal et la Cour militaire n'ont pas établi cet élément. Et, même l'analyse des faits ne démontre pas l'existence d'une planification des attaques contre les civils au sein des FARDC. Les faits ne démontrent pas non plus que les autorités militaires congolaises ont encouragé directement ou indirectement (par leur passivité), les attaques contre les populations civiles. Même si, dans certains cas, les assaillants ont reproché aux victimes d'être des femmes des FDLR ou d'être leurs « belles-mères » parce qu'elles leur auraient cédé leurs filles et que cela peut, d'une certaine manière conduire à l'établissement d'un élément politique, force est toutefois de constater que, dans certains autres cas, ces propos n'apparaissent pas. Dans tous les cas, s'il était établi que les victimes ont été violées parce qu'elles étaient suspectées d'avoir des liens ou des

240 Voy. *Recueil ASF* 2013, p. 90.

affinités avec des FDLR contre lesquelles les FARDC étaient engagées dans un conflit armé de caractère non international, cela permettrait de soutenir plutôt la thèse d'actes de représailles contre une population civile supposée appartenir à l'ennemi. Dans une telle hypothèse, c'est donc la qualification des « crimes de guerre » qui conviendrait le mieux à ces actes criminels et non celle des crimes contre l'humanité. Une telle démarche serait par ailleurs conforme à l'esprit de la Décision *Mbarushimana* et celle ordonnant l'arrestation du général Mudacumura, comme vu précédemment, puisque ces deux décisions ont conclu au fait que les crimes imputés aux FDLR ne pouvaient pas être qualifiés de crimes contre l'humanité parce qu'ils avaient été apparemment commis comme actes de représailles contre les FARDC et alliés (supposés ou réels) et qu'ils mériteraient plutôt la qualification des crimes de guerre. Dans l'affaire *Kamona et consorts*, les rôles sont plutôt inversés ; ce sont certains éléments des FARDC qui ont attaqué des civils au motif qu'ils étaient affiliés à leurs ennemis, les FDLR. La position du TMG et celle de la Cour militaire révèlent une légèreté dans l'analyse des exigences contextuelles des crimes contre l'humanité.

13. Affaire *Morgan*

Paul Sadala Shabani, surnommé « Morgan », était présenté tant par le TMG de l'Ituri[241] que par les Nations Unies[242], comme un braconnier opérant sur les territoires de Mambasa, Lubero et Bafwasende dans la Province orientale. L'intéressé prétextait que la population autochtone ne tirait aucun profit de la Reserve à Faune à Okapi (RFO) en raison de nombreuses restrictions imposées à savoir : l'interdiction de la chasse et de l'exploitation artisanale des ressources minières ainsi que la privation de nombreux avantages liés notamment à l'accès aux soins de santé et à la scolarité. Pour faire passer ses revendications, il a créé la milice dénommée Maï-Maï Simba au cours de l'année 2010. Cette milice est constituée des membres de l'ethnie « ndaka » et ceux des ethnies voisines auxquelles se sont joints les pygmées. Au cours de la période allant de juin 2012 à février 2013, les Maï-Maï Simba ont organisé plusieurs attaques contre les localités du territoire de Mambassa. Sous le commandement de M. Sadala Shabani, ils s'y sont livrés à des actes de pillage des biens des populations, à l'enlèvement de certains habitants de ces localités. Parmi les victimes, certaines étaient obligées de transporter les biens pillés, certaines autres, à s'enrôler dans la milice, et certaines autres encore (les femmes), à devenir des esclaves sexuels. Les membres de cette milice se sont également livrés à des actes de torture et même à des meurtres, généralement suivis, comme dans l'affaire *Gédéon*, de mutilations et d'actes de cannibalisme.

Ces actes ont entraîné des poursuites pénales à l'encontre de 23 individus, y compris M. Paul Sadala lui-même (par défaut). La lecture des préventions révèle que le ministère public a choisi de poursuivre les actes de pillage en tant que crimes de guerre en vertu de

241 TMG/Ituri, *MP et PC c. Masumbuko Papy et autres*, « Jugement », affaire n° RP 246/13, 16 avril 2014 (ci-après, « jugement *Morgan et consorts* »).

242 Voy. *Lettre datée du 12 octobre 2012 adressée au Président du Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1533 (2004) par le Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2012/843, 15 novembre 2012, § 128.

l'article 8 du Statut de Rome, tandis que les atteintes au droit à la vie, à l'intégrité physique et à la dignité humaine (les meurtres, les viols, les tortures et autres traitements inhumains) ont été poursuivies en tant que crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome. À l'action du ministère public se sont jointes 368 victimes de pillages, 7 victimes de déportation et 60 victimes de viols.

À l'issue du procès, 13 individus ont été reconnus coupables de crimes de guerre et des crimes contre l'humanité sans admission de circonstances atténuantes. Ils ont été condamnés chacun à la servitude pénale à perpétuité[243], tandis que six individus ont été acquittés et renvoyés de toutes poursuites[244], le tribunal ayant estimé que leur participation au mouvement insurrectionnel, et par conséquent à la commission des crimes de guerre et crimes contre l'humanité, n'a pas été établie. Quant à Paul Sadala lui-même, il a été tué le 14 avril 2014 quelque temps après sa reddition aux FARDC avec 42 de ses hommes, et ce, deux jours avant le prononcé du jugement du TMG de l'Ituri sur les activités criminelles de sa milice[245]. Il est donc mort pendant que l'affaire était prise en délibéré. C'est ainsi qu'il a été condamné après sa mort, le tribunal n'ayant pas reçu à temps utile cette information afin de mettre fin à l'action publique en raison de son décès.

Argumentation

Pour établir les crimes contre l'humanité, le TMG de l'Ituri a d'abord rappelé les termes du paragraphe premier de l'article 7 du Statut de Rome. Ensuite, il s'est attelé à examiner trois points principaux à savoir (i) le contexte d'une attaque généralisée ou systématique, (ii) l'attaque lancée contre la population et (iii) la connaissance de cette attaque et l'intention.

Par rapport au contexte d'une attaque généralisée ou systématique, le tribunal a commencé par une approche théorique (correcte). Ensuite, au moment de confronter ce cadre théorique aux faits, l'on constate que, sans même aborder le caractère généralisé de l'attaque, le tribunal est directement passé au caractère systématique en déclarant que « dans le cas d'espèce, (…) il s'agit d'une attaque systématique à l'encontre des populations civiles des localités prérappelées » ; car selon lui, cette attaque a été « préconçue par le mouvement Simba Maï-Maï de Paul Sadala » ; qu'elle a été « planifiée de longue date après sa débâcle en juin 2012 à Epulu depuis son lieu de retranchement dans la carrière de Pangoy – Elota et lors de la parade à G6 [au cours de laquelle étaient fixées] les cibles que sont les biens des populations, les femmes à déporter et les hommes pour transporter les biens pillés ». Le tribunal n'a donc pas cherché à établir le caractère généralisé de l'attaque, alors que c'est ce qui était le plus facile à établir compte tenu du nombre des victimes et du

243 Les individus reconnus coupables sont les suivants : M^me^ Masika Kavira dite « Siska », M. Adouma Dieudonné dit « Serkas », M. Paluku Mathieu, M. Eliya Sengi, M. Basomaka Abundu, M. Kasereka Kashapo, M. Alphone Mantatu, M. Musamvuli Kantshura, M. Jacques Mamvota Taduma, M. Gabriel Asobe, M. Désiré Tika, M. Kazadi Mutombo et M. Musa Djeff.

244 Les personnes acquittées sont les suivantes : M^me^ Albertine Paluku, M. Djafari Bendera, M. Emmanuel Mumbere, M. Abdoul Kombe, M. Ivio Ivio Molimo Mwana, M. Masumbuko Papy.

245 Voy. *Rapport du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2014/450, 30 juin 2014, § 69.

nombre des incidents au cours desquels les crimes ont été commis. Le tribunal a préféré soutenir la thèse du caractère systématique, simplement parce que ladite attaque « était planifiée de longue date »[246].

Concernant l'existence d'une attaque lancée contre la population civile, le tribunal a rappelé les termes de l'article 7(2)(a) du Statut de Rome où il est précisé que « 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 ». Il est intéressant de relever qu'ici le tribunal n'a pas cherché à vérifier, comme les autres tribunaux, si les victimes étaient des civils, par opposition aux combattants. Il a plutôt développé un raisonnement qui se rapproche des termes de l'article 7(2)(a) du Statut de Rome et des Éléments du crime y afférant. Confrontant ce cadre théorique aux faits soumis à son examen, le tribunal s'est contenté de dire qu'« en l'occurrence, l'expédition criminelle des miliciens Simba Maï-Maï de Paul Sadala a lancé des attaques contre les populations civiles des localités et carrières sans choisir un nombre limité d'individus ». Cette affirmation ne démontre toutefois pas en quoi les Maï-Maï Simba constituaient effectivement une *organisation* au sens de l'article 7 du Statut de Rome ni s'ils avaient comme politique d'attaquer (ou d'encourager les attaques contre) les civils.

Quant à la question de la connaissance de cette attaque et à l'intention criminelle, le TMG s'est appuyé sur l'article 30 du Statut de Rome pour soutenir que cette condition était établie dans le chef des accusés, puisque « les membres du groupe Simba Maï-Maï avaient connaissance, en adhérant à ce groupe, du comportement à adopter dans le groupe » ; que c'est « [cette connaissance] qui les a amenés à l'épreuve de tatouage pour, selon leur conviction, devenir invulnérable » ; que « pour ce faire, ils étaient conscients des conséquences à venir lors des attaques contre les populations civiles des localités et carrières citées ci-devant » ; et qu' « ils ont chacun, en ce qui les concerne, apporté leur appui moral par leur présence, par les transports des armes, munitions et vivres pour la réussite de l'expédition criminelle telle qu'il ressort des pièces et des débats en audience »[247].

Observations

L'affaire *Morgan* présente beaucoup de similitudes avec l'affaire *Gédéon* vue précédemment. En effet, les deux affaires portant sur l'activité des Maï-Maï et sont caractérisées par des actes de cruauté, de mutilation et même de cannibalisme ; et, dans les deux affaires, malgré le caractère atroce de certains crimes, le maintien en esclavage sexuel de certaines victimes pendant plusieurs mois, les deux groupes armés des Maï–Maï ont généralement bénéficié d'un soutien logistique important de la part de certaines personnalités politico-militaires congolaises. Dans l'affaire *Morgan* par exemple, certains rapports du Groupe d'experts des

246 Jugement *Morgan et consorts*.
247 *Idem*.

Nations Unies ont dénoncé la complicité dont a bénéficié ce mouvement de la part de la haute hiérarchie militaire à Kisangani[248]. Cependant, malgré la disponibilité de ces informations dans le domaine public, aucun officier des FARDC n'a été poursuivi pour complicité dans les crimes de guerre et crimes contre l'humanité tant dans l'affaire *Gédéon* que dans l'affaire *Morgan*.

Sur la question des exigences contextuelles des crimes contre l'humanité, le cadre théorique tracé est globalement convaincant. Toutefois, la confrontation de ce cadre théorique avec les faits soumis à l'examen du tribunal se révèle largement incomplète. Pourtant, l'on n'attend pas d'un tribunal qu'il se limite à des considérations purement théoriques, mais qu'il applique les règles juridiques aux faits qui lui ont été soumis. Concernant par exemple le caractère généralisé de l'attaque ou des attaques des Maï-Maï Simba, l'on peut regretter le silence du tribunal sur cet aspect dans la mesure où le jugement lui-même fait apparaître qu'il s'agit d'une pluralité d'incidents ayant fait plusieurs victimes et surtout que ces actes ont eu lieu de manière répétée sur une certaine période. Dans son jugement, le tribunal est directement passé à l'établissement du caractère systématique des attaques, sans avoir préalablement établi leur caractère généralisé. Cette démarche manque de logique. En effet, dès lors que l'établissement du caractère systématique des crimes part d'une comparaison entre les divers incidents au cours desquels des crimes ont été commis ou entre les crimes eux-mêmes, et qu'il vise à dégager des caractéristiques communes des crimes, l'on ne voit pas comment l'on peut l'établir sans avoir préalablement démontré ce caractère généralisé.

Il s'avère par ailleurs que le tribunal a omis d'établir l'existence d'une organisation. Il a donc laissé sans réponse la question de savoir si les Maï-Maï Simba constituaient une « organisation » au sens de l'article 7(2)(a) du Statut de Rome, organisation à laquelle peut être imputée une politique de commettre une attaque contre les civils. Pourtant, il semble qu'une enquête judiciaire plus approfondie, intégrant d'importantes informations émanant des Nations Unies[249], aurait permis de reconstituer le puzzle et d'établir les éléments

248 Voy. La *Lettre datée* précitée, Doc. ONU S/2012/843, 15 novembre 2012, § 129 : « À Kisangani, Sadala a collaboré avec un réseau criminel dirigé par le général Jean-Claude Kifwa, commandant la 9ème région militaire, qui a fourni contre de l'ivoire aux Maï-Maï Morgan des armes, munitions, uniformes et équipements de télécommunication. Le Groupe en a eu la confirmation dans ses entretiens avec deux collaborateurs de groupes armés, un officier des forces armées congolaises, un membre du personnel de l'ICCN [Institut congolais pour la conservation de la nature], des dirigeants communautaires et un agent de renseignement. Kifwa a envoyé le « colonel » Jean-Pierre Mulindilwa et le colonel Kakule « Manga Manga » Kayenga auprès de Sadala pour surveiller ses intérêts commerciaux et fournir les armes et munitions ». Voir aussi le *Rapport à mi-parcours du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2013/433, 19 juillet 2013, § 74 : « Deux personnes qui avaient été enlevées par Morgan et un ancien combattant Maï-Maï ont indiqué au Groupe d'experts qu'ils avaient surpris, avant et pendant l'attaque de Mambasa, plusieurs conversations téléphoniques par satellite entre Morgan et des officiers de l'armée congolaise, et que des complices au sein de ladite armée avaient guidé Morgan sur le trajet pour lui éviter de rencontrer les forces gouvernementales » ; et le *Rapport final du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2014/42, 23 janvier 2014, § 66.

249 Voy. par exemple, le *Rapport à mi-parcours du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2013/433, 19 juillet 2013, §§ 72-78 ; *Rapport final du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2014/42, 23 janvier 2014, § 64 et suivants.

manquants afin de soutenir objectivement la qualification des crimes contre l'humanité dès lors que l'on a affaire à une milice très active qui avançait certaines revendications politiques et qui disposait de tous les moyens d'action, y compris un réseau de contacts au sein des FARDC, lui permettant de commettre les crimes précités. Il est donc fort probable que les faits poursuivis par le TMG constituaient effectivement des crimes contre l'humanité, mais que la motivation laconique du tribunal et le caractère trop superficiel des enquêtes judiciaires peuvent faire créer un doute sur la pertinence de cette qualification.

14. Affaire *Kahwa*

L'affaire *Kahwa* tire son origine d'une attaque perpétrée contre la localité de Zumbe par une milice armée fondée et dirigée par Kahwa Panga Mandro[250]. Entre le 15 et le 16 octobre 2002, alors qu'il était ministre de la Défense au sein de la milice armée dénommée Union des patriotes congolais (UPC) fondée et dirigée par Thomas Lubanga, Kahwa a fondé sa propre milice, le « *Chui Mobil Force* » qui deviendra plus tard (le 14 février 2003) le Parti pour l'unité et la Sauvegarde de l'intégrité du Congo (PUSIC). Sous son commandement, cette milice a attaqué les membres de l'ethnie Lendu dans le village de Zumbe en Ituri à la date précédemment indiquée, soi-disant pour protéger les membres de l'ethnie Hema contre un prétendu génocide qui serait préparé par les membres de l'ethnie Lendu. Le bilan de cette attaque est lourd : 14 personnes tuées, 20 blessés, 573 maisons incendiées (y compris le centre de santé, l'école primaire et les Églises catholiques et protestantes) et plusieurs biens pillés.

Kahwa a par la suite été poursuivi du chef notamment des crimes contre l'humanité pour les meurtres survenus lors de cette attaque et des crimes de guerre pour les édifices publics incendiés tels que les écoles, les hôpitaux et Églises. Le ministère public a choisi de poursuivre les atteintes à la vie en tant que crimes contre l'humanité, tandis que les atteintes aux biens ont été poursuivies en tant que crimes de guerre. À l'issue de son procès au premier degré, le TMG de l'Ituri a reconnu Kahwa coupable des crimes mis à sa charge et l'a condamné à une peine de servitude pénale principale de 20 ans[251]. Il l'a en outre condamné au paiement, en faveur des victimes, à d'importantes sommes à titre de dommages-intérêts ainsi qu'à la confiscation de tous ses biens jusqu'à concurrence du montant des dommages-intérêts. La peine de 20 ans de servitude pénale a été revue à la baisse en appel par la Cour militaire de Kisangani qui, après avoir confirmé la culpabilité de M. Kahwa pour les mêmes crimes, l'a néanmoins condamné à 9 ans de servitude pénale,

250 TMG/Ituri, *MP et PC c. Kahwa et consorts*, « jugement », RP 039/2006, 2 août 2006, (ci-après, « Jugement *Kahwa* »). CM/Kisangani, *MP et PC c. Kahwa*, « arrêt », RPA 023/2006, 13 août 2014 (ci-après, « arrêt *Kahwa* »). Cette affaire doit être distinguée d'une précédente qui concernait le même accusé et qui avait entraîné un jugement de sa condamnation à la servitude pénale à perpétuité pour meurtres, assassinats et incendies le 19 janvier 2006. Ce jugement fut annulé par la CM/Kisangani le 15 février 2008 au motif que les faits pour lesquels l'accusé était poursuivi constituaient « des faits » de guerre et étaient comme tels couverts par le décret-loi n° 03/001 du 15 avril 2003 portant amnistie pour tous les faits et actes de guerre commis entre le 2 août 1998. Dans cette dernière jurisprudence, il n'était pas question de l'application du Statut de Rome.

251 Jugement *Kahwa*.

en retenant en sa faveur une circonstance atténuante tenant à son jeune âge[252] et à son état de « père de famille nombreuse »[253].

Argumentation

Pour établir les crimes contre l'humanité, le TMG a soutenu que ces crimes exigeaient la réunion de trois éléments constitutifs, à savoir (i) l'auteur a tué une ou plusieurs personnes ; (ii) le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ; et (iii) l'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou dirigée contre la population civile ou entendait qu'il en fasse partie[254].

Concernant la condition selon laquelle le comportement doit faire partie d'une « attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile », le tribunal a d'abord pris en compte l'ampleur de l'attaque et les moyens utilisés et a conclu que l'attaque était « vaste et à grande échelle » en raison du nombre de militaires déployés, de la qualité d'armes (lourdes et légères), des tenus militaires et de l'usage des appareils radio « Motorola » durant l'attaque. Il a ensuite tenu compte du nombre « élevé » des victimes, sans toutefois en donner le nombre approximatif. L'on sait néanmoins que l'acte d'accusation a énuméré une quinzaine de victimes de meurtre et que, dans son analyse de la condition selon laquelle l'auteur doit avoir tué une ou plusieurs personnes, le tribunal a fait allusion au fait que « plusieurs personnes ont trouvé la mort » le jour de l'attaque et que « 13 parties civiles » s'étaient constituées dans la présente affaire[255]. C'est donc sur la base de ces éléments que le « caractère généralisé » de l'attaque a été établi. Quant à la condition d'une « attaque lancée contre une population civile », le tribunal l'a estimée établie dès lors que « cette 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 »[256].

Saisie en appel, la Cour militaire de Kisangani, après une longue procédure dont on a déjà fait allusion dans l'affaire Gédéon, a finalement reconnu Kahwa coupable de crimes contre l'humanité[257]. Toutefois, par rapport aux exigences contextuelles des crimes contre l'humanité, l'argumentation de la Cour militaire a repris celle du TMG et est restée théorique. La Cour n'est pas allée jusqu'à une confrontation du cadre théorique aux faits de la cause. Le motif de cette omission semble tenir au fait que selon la Cour, « au cours des débats contradictoires devant la Cour, aucune des parties n'a contesté l'effectivité de l'attaque lancée les 15 et 16 octobre 2002 contre la population civile du village de Zumbe

252 M. Kahwa est né le 20 août 1973. Au moment des faits, entre octobre et novembre 2002, il avait donc 29 ans.

253 L'arrêt renseigne qu'il est père de 8 enfants (sans doute au moment du prononcé de l'arrêt). Mais, le jugement donne plutôt le chiffre de 6 enfants. Deux enfants seraient donc nés pendant qu'il était en détention.

254 Voy. Jugement *Kahwa,* p. 25.

255 *Idem.*, p. 25.

256 *Idem*, p. 27.

257 Arrêt *Kahwa.*

et que des personnes civiles ont été tuées ». Toute l'argumentation de la Cour a donc été focalisée sur (i) l'existence des meurtres, d'autant plus que Kahwa soutenait que l'absence de certificats de décès jetait un doute sur le décès de ces victimes ; et (ii) l'imputabilité de ces meurtres à la milice de M. Kahwa et à Kahwa lui-même. En d'autres termes, la préoccupation de la Cour a porté essentiellement sur les actes matériels des crimes contre l'humanité, à savoir les meurtres, et non sur les exigences contextuelles des crimes contre l'humanité. Ainsi, la question de l'existence d'une organisation ou d'un État ayant pour but une telle attaque n'a été traitée ni par le tribunal ni par la Cour.

Observations

Comme dans les précédentes affaires, ici encore, la pertinence de la qualification des crimes contre l'humanité sera analysée à l'aune des éléments contextuels posés par l'article 7 du Statut de Rome.

Existence d'une attaque généralisée ou systématique ? Dans cette affaire, l'existence d'une attaque généralisée ne prête pas à doute. En effet, même s'il ne s'agissait pas des incidents survenus sur plusieurs jours, il apparaît que, comme le dit le jugement de première instance, le caractère généralisé de l'attaque de Zumbé se manifeste à travers le nombre des victimes et les moyens employés. La question du caractère systématique de cette attaque n'a été abordée ni par le tribunal ni par la Cour militaire. Les éléments de faits ne permettent pas non plus de l'établir. En tout état de cause, son établissement n'est pas nécessaire dès lors que le caractère généralisé a été établi.

Existence d'un État ou d'une organisation derrière ces attaques ? Cette question n'a pas été clairement abordée ni par le tribunal ni par la Cour. Les préoccupations de ces deux juridictions ont porté sur la question de savoir si, d'une part, l'attaque de Zumbé pouvait être imputée à la milice dénommée « Chui Mobil Force » ou si elle était l'œuvre du PUSIC et d'autre part, si cette attaque avait été ordonnée par Kahwa. Ces deux juridictions n'ont par exemple pas essayé de décrire l'organisation interne du groupe armé commandé par Kahwa. Pourtant, une attaque d'une envergure comme celle qui a été commise à Zumbé, ainsi que l'a décrit le jugement de première instance, ne peut être rendue possible sans un minimum d'organisation interne d'une milice. Par ailleurs, il apparaît que Kahwa s'était déjà doté de tout un réseau de contacts incluant parfois de personnalité politique de premier plan tant au niveau national qu'au niveau sous régional, comprenant des chefs d'État voisins tels que l'Ouganda. C'est apparemment par ce moyen qu'il a reçu l'appui logistique qui est décrit par le jugement de premier degré pour établir l'envergure de l'attaque de Zumbé et c'est pourquoi il a souhaité appeler ces personnalités comme témoins à décharge lors de son procès devant la Cour militaire de Kisangani pour démontrer qu'il agissait suivant des ordres provenant tant de Kinshasa que de l'Ouganda, demande que la Cour a rejetée estimant que dans tous les cas, l'ordre de commettre de tels crimes était manifestement illégal. Or, si cela est vrai, l'on peut soutenir qu'un tel réseau de contacts ne peut être possible que s'il dispose d'une structure locale, c'est-à-dire une « organisation », par laquelle il peut réaliser les promesses qu'il fait à ces personnalités politiques. Il s'ensuit

que les éléments de faits semblent démontrer qu'il existait effectivement un groupe armé « organisé » derrière ces attaques. C'est donc regrettable que ni le tribunal ni la Cour n'aient saisi cette opportunité pour en comprendre le fonctionnement interne aux fins d'établir les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre imputés à Kahwa et à sa structure.

Existait-il un élément politique propre aux crimes contre l'humanité ? Selon le jugement de première instance, il s'agissait d'une attaque dirigée contre une population civile parce qu'elle visait les victimes qui étaient des civiles ne prenant pas part aux hostilités. En réalité, le tribunal aurait dû partir du fait que les éléments de fait établissaient que cette attaque était planifiée, car ordonnée par Kahwa soi-disant pour protéger les membres de sa communauté contre un prétendu génocide en préparation. D'autres éléments peuvent être cités en appui de cette thèse. C'est notamment le fait que, ainsi que l'a constaté la Cour militaire, Kahwa se prévalait d'un prétendu « droit de poursuite » contre ceux qui avaient agressé sa communauté et, que selon lui, ce droit serait reconnu en droit international public, ce qui est fort douteux. Ces éléments sont suffisants pour établir l'élément politique exigé pour les crimes contre l'humanité.

Il convient toutefois de préciser que cet élément politique, tel qu'il vient d'être présenté, peut faire penser à une attaque de représailles organisée par Kahwa contre ceux qui auraient précédemment attaqué sa communauté. Dans la mesure où ces derniers constituaient un groupe armé organisé, il serait plus approprié d'appliquer aux crimes commis par la milice de Kahwa la qualification, non pas de crimes contre l'humanité, mais celle de crimes de guerre. En effet, il s'agirait alors des crimes commis au cours d'un conflit armé entre groupes armés *organisés* et contre des personnes ne prenant pas une part active dans les hostilités. Par ailleurs, ces crimes auraient un lien de connexité avec ce conflit armé. La qualification de crimes contre l'humanité ne serait justifiée que s'il était établi que le groupe des assaillants n'était pas « organisé ». L'on verra d'ailleurs plus tard que le fait que pour le TMG comme la Cour militaire de qualifier, dans le même incident, les atteintes contre la vie et l'intégrité physique comme des crimes contre l'humanité et les atteintes contre les biens (pillages et incendies des édifices), comme des crimes de guerre, est peu convaincant et semble refléter une difficulté à opérer un distinguo net entre les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

15. Affaire « *colonel 106* »

Bedi Mobuli Engangela (ci-après, « Bedi »), surnommé « colonel 106 », est un ancien militaire de l'AFDL. Envoyé à Goma quelques jours avant l'éclatement de la rébellion du RCD à Goma en 1998, Bedi n'a cependant pas adhéré à ce mouvement rebelle. Il a choisi de combattre cette rébellion au sein de la milice Maï-Maï commandée par le « général » autoproclamé Padiri Bulenda qui s'alliait parfois aux FDLR. En 2003, avec la signature d'un accord de paix entre le gouvernement congolais et les mouvements rebelles opérant en RDC (y compris le RCD), le pays et l'armée ont pu recouvrer leur unité. La milice Maï-Maï au sein de laquelle Bedi combattait a ainsi été brassée au sein des FARDC, et le grade de « général » de M. Padiri a été reconnu par le gouvernement national. Bedi, portant le

grade de lieutenant-colonel au sein des FARDC, s'est toutefois retrouvé sans fonction au cours de la période allant de 2003 à 2005. À partir de 2005, il a profité des difficultés du gouvernement congolais à restaurer l'autorité de l'État sur toute l'étendue du territoire national, pour rejoindre, dans un premier temps, une autre milice Maï-Maï commandée par un autre « colonel » autoproclamé Placide Cibalonza avant de former sa propre milice nommée « Force armée de libération » (FAL). Cette milice a installé son quartier général dans la localité de Manga, baptisée les « États-Unis d'Amérique », et a fait régner la terreur dans différentes localités des territoires de Kabare et Kalehe durant près de deux ans (2005-2007). Selon le ministère public, au cours de la période précitée, M. Bedi Mobuli s'est servi de sa milice pour commettre, parfois avec le soutien des FDLR qui étaient ses alliés, des exactions graves contre la population civile de la localité précitée et celle des localités avoisinantes. Ces exactions comprenaient des meurtres, des actes de torture, des viols et l'esclavage sexuel, les pillages des biens de la population civile, etc. Pendant qu'il commettait ces actes criminels, M. Bedi Mobuli continuait cependant à percevoir sa solde en tant qu'officier supérieur de l'armée congolaise. Poursuivi plus tard devant la Cour militaire de Bukavu pour crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome, le colonel Bedi Mobuli a en été déclaré coupable[258] et condamné à la servitude pénale à perpétuité[259]. Selon le Bureau d'étude de la Haute Cour militaire, cette affaire serait actuellement en instance d'appel devant la Haute Cour.

Argumentation

Pour établir les crimes contre l'humanité, la Cour militaire a procédé par quatre étapes. En premier lieu, elle a commencé par vérifier l'existence d'une attaque et a soutenu que la milice en question a commis des crimes dans au moins 16 localités et villages du Sud Kivu. Elle a ensuite vérifié si ces attaques étaient généralisées ou systématiques. Sur ce point, elle soutenu que ces attaques étaient généralisées en raison du « nombre des victimes violées » estimées à 300 qui se sont constituées parties civiles. La généralité de ces attaques repose aussi, selon la Cour militaire, sur le fait qu'elles couvraient une zone géographique très étendue, à savoir 16 localités. La Cour a aussi soutenu que ces attaques étaient systématiques en raison du « nombre des agresseurs », mais aussi du « choix des cibles ». La Cour a expliqué que « les auteurs visaient les pharmacies (…) pour le ravitaillement du dispensaire de Manga où les soins étaient gratuits » ; qu'ils visaient aussi « les boutiques, où les biens de première nécessité emportés pour la survie des hommes ; le bétail (…) ; 150 casiers de bière (…); les gens ayant de l'argent, les filles et femmes distribuées aux hommes

258 CM/Bukavu, *MP et (307) PC c. Bedi Mobuli Engangela alias « colonel 106 »*, « Arrêt », affaire n° RP 083, 15 décembre 2014 (ci-après, « Arrêt *colonel 106* »).

259 Les détails de sa condamnation se présente ainsi : 20 ans de servitude pénale principale pour viols, 15 ans pour esclavages sexuels, 15 ans pour actes inhumains, 10 ans pour emprisonnement et autres privations de liberté et la perpétuité pour meurtres. Conformément à l'article 7 du code judiciaire militaire, la Cour a retenu et prononcé la peine la plus sévère à savoir, la perpétuité.

pour l'entretien de leur moral ainsi que les jeunes gens fort pour transporter les produits après les attaques »[260].

En deuxième lieu, la Cour a considéré que cette attaque était lancée contre une « population civile » en se fondant sur le fait que « les victimes entendues n'ont pas participé aux opérations, qu'elles étaient de simples cultivatrices, commerçantes, ou ménagères ».

La Cour a abordé, en troisième lieu, la question de l'existence d'une organisation. À ce propos, elle a laissé entendre qu'il existait un mouvement, appelé Maï-Maï, ayant deux branches (politique et militaire) et que le caractère organisé de ce mouvement découlait d'une part de sa structure de commandement, le véritable chef étant l'accusé ; et, d'autre part, de l'existence d'une certaine administration attestée notamment par l'octroi des feuilles de route ainsi que des autorisations de sortie pour quitter la localité de Manga.

Le quatrième et dernier élément traité par la Cour militaire pour asseoir la qualification des crimes contre l'humanité est l'existence d'un élément politique de ces attaques. Sur cette question, la Cour a conclu que l'existence d'une politique au sein de cette organisation était établie à travers « la mobilisation de la population sur le fait que ce mouvement était composé des Américains, ayant leur siège à Manga, baptisé États-Unis [et qu'il était] créé pour libérer [le pays] contre l'occupation étrangère ». Selon toujours la Cour, cette politique consistait également dans le fait que les membres de ce mouvement « se déclaraient être des vrais patriotes » ; que « pour son fonctionnement et son ravitaillement [les membres dudit mouvement devaient] convaincre par des meetings et rassemblements populaires avec les chefs de village, à fournir régulièrement selon un calendrier bien défini, les vivres et les transporteurs au mouvement ». La Cour a soutenu que « le prévenu affirme en être lui-même le chargé des relations publiques et a même présenté les photos immortalisant ses opérations (...) »[261].

Les autres éléments de l'existence d'une politique au sein de ce groupe armé consistaient dans le fait que « pour avoir les armes et munitions [le mouvement devait] faire coalition avec les FDLR (…) ou attaquer les positions des forces armées régulières » ; qu' « en cas de résistance de la population, [il fallait] user la force » ; que « c'est ainsi que la pharmacie de Monsieur (…) a été pillée et que les produits ont été affectés au dispensaire de Manga où les détenus [c'est-à-dire les internés] recevaient gratuitement les soins » ; que « M3 (…) [a été] enlevé et affecté comme infirmier » ; que « F1 [a été] utilisée comme prédicatrice et est devenue [plus tard] l'épouse du prévenu ». Au regard de ce qui précède, la Cour en concluait que « ces éléments attestent l'existence d'une organisation ayant une politique bien définie à laquelle le prévenu a participé en tant que commandant de la branche armée [et pour laquelle] il a recruté des éléments (…) et cela d'une façon consciente et délibérée »[262].

260 Voy. arrêt *colonel 106*.
261 *Idem*.
262 *Idem*.

Observations

L'arrêt *colonel 106* présente quelques ressemblances avec l'affaire *Basele et consorts* dans la mesure où toutes les deux affaires portent sur le comportement d'individus qui faisaient encore partie des FARDC et qui ont, en même temps, créent leur groupe armé (avec des Maï-Maï) par lequel ils ont commis des crimes contre la population civile en dehors de tout conflit armé.

L'arrêt contient toutefois certaines maladresses. Ainsi, concernant la forme, la ponctuation, le style littéraire employé et sa structure globale sont loin d'être irréprochables. Ensuite, le fond de l'argumentation n'est pas totalement à l'abri des critiques. Pour tracer le cadre théorique des exigences contextuelles des crimes contre l'humanité, l'arrêt se perd assez souvent à reproduire les extraits de certaines jurisprudences internationales, en mentionnant des références inexactes impossibles à vérifier.

Mises à part ces faiblesses, il convient tout de même de reconnaître que l'arrêt *colonel 106* contient globalement les réponses aux questions relatives aux exigences contextuelles des crimes contre l'humanité. Il constitue à cet égard une avancée majeure sur la conceptualisation des crimes contre l'humanité par les juridictions congolaises.

Ainsi, sur la question de l'existence d'une *attaque généralisée ou systématique*, l'on constate que l'arrêt a établi le caractère *généralisé* de ces crimes en se fondant sur (i) le nombre élevé des victimes civiles ; et (ii) la pluralité des incidents au cours desquels les crimes ont été commis et l'étendue géographique des attaques, à savoir dans au moins 16 localités et villages du Sud-Kivu. Certes, l'arrêt demeure critiquable (i) pour avoir confondu les victimes aux parties civiles, alors que les deux ne signifient pas nécessairement la même chose ; et (ii) pour n'avoir pas établi le caractère généralisé des crimes commis dans chaque incident, mais l'a établi à partir de l'ensemble des incidents. Une telle approche ne permet pas de distinguer les incidents les uns des autres, d'autant plus que les dates exactes de chacun de ces incidents ne sont pas précisées. Par ailleurs, cette approche ne permet pas non plus de comparer ces divers incidents pour y rechercher une éventuelle « ligne de conduite » à laquelle faisait allusion la jurisprudence *Gbagbo*[263], laquelle ligne de conduite pourrait confirmer l'élément politique derrière les attaques. Ces observations critiques ne remettent toutefois pas en cause le caractère généralisé des crimes en tant que tels. L'arrêt *colonel 106* a en outre établi le caractère *systématique* de ces crimes en pointant l'existence des choix des cibles et le fait que les attaques n'étaient pas faites au hasard.

Quant à la question de *l'existence d'un Etat ou d'une organisation* à laquelle l'on peut attribuer cette attaque, l'on constate que là aussi la Cour militaire apporte des informations plus ou moins précises : la dénomination (FAL), l'existence des deux branches (politique et militaire), la structure de commandement, et l'existence d'une certaine administration. L'on peut néanmoins regretter que l'arrêt n'ait pas approfondi la description de l'organisation interne de ce mouvement. En effet, l'arrêt ne donne pas une estimation des effectifs de ce groupe armé. Même la description du commandement reste très sommaire d'autant plus

263 Décision *Gbagbo*, § 210.

que l'accusé contestait en être le véritable chef. Par ailleurs, l'arrêt reste silencieux sur les moyens d'actions de ce groupe armé ni surtout sur les liens qu'il entretient avec d'autres groupes armés. Ce silence est d'autant plus préoccupant que ledit groupe armé semble avoir tissé des liens avec d'autres groupes Maï-Maï et les FDLR.

Concernant l'*élément politique* des attaques de ce groupe armé, l'on peut ici encore observer que l'arrêt a pris position par rapport au caractère systématique des crimes commis. En se prononçant ainsi sur ce caractère systématique, l'arrêt a implicitement établi l'élément politique de ces attaques. Mais, elle ne s'est pas arrêtée là. Elle a proposé d'autres éléments permettant d'établir cette politique, tels que les campagnes de sensibilisation, les meetings, etc. À travers ces éléments, on aura compris que la Cour cherchait simplement à démontrer que ces crimes étaient planifiés et même soutenue par une certaine idéologie, écartant de ce fait les crimes commis de manière fortuite. Finalement, l'on peut conclure que la qualification des crimes contre l'humanité employée dans cette affaire était appropriée.

16. Affaire *Kizima*

Kizima Sabin alias « Lénine » est un ressortissant rwandais et ancien membre des FDLR du colonel Byungura dont on a déjà parlé dans l'affaire *Maniraguha*. Avec d'autres miliciens, il n'a pas suivi le colonel précité dans le Nord-Kivu, mais a préféré s'installer dans le Sud-Kivu où, dans un premier temps, il a vécu en symbiose avec la population congolaise au point de prendre pour épouse une femme du milieu local. Toutefois, entre 2006 et 2007, il a décidé de constituer un groupe armé dit des FDLR fort de 190 individus. Il s'est mis à percevoir illégalement des taxes, à piller les biens de la population non hutue du milieu, etc. Entre 2009 et 2010 en particulier, ces exactions ont atteint leur niveau le plus élevé de gravité. Elles comprennent notamment des meurtres, voire des massacres, des viols, des actes de tortures, des incendies volontaires des maisons d'habitation, l'extorsion du bétail, de l'or et d'autres biens de valeurs, etc. La plupart d'entre eux sont d'ailleurs marqués par une cruauté particulière envers les victimes. L'incident le plus sanglant reste celui de Wakibongo survenu le 30 décembre 2009 où l'accusé, à la tête d'un groupe de 72 individus, a enlevé, torturé puis exécuté à la baïonnette 27 creuseurs d'or.

Arrêté dans le cadre du processus de désarmement, démobilisation et réinsertion (DDR), Kizima a fait l'objet des poursuites pénales devant le TMG de Bukavu pour un total de 87 chefs d'accusation de crimes contre l'humanité. À cette action publique, 454 parties civiles se sont jointes pour demander réparation. À l'issue de son procès, Kizima a été reconnu coupable des crimes mis à sa charge et a été condamné à la servitude pénale à perpétuité ainsi qu'au paiement des dommages et intérêts aux victimes de ses actes[264]. La responsabilité de la RDC en tant que civilement responsable n'a pas été mise en cause.

264 TMG/Bukavu, *MP et (454) PC c. Kizima Lenine*, « Jugement », affaire n° RP 802/12, 29 décembre 2014 (ci-après, « jugement *Kizima* »).

Argumentation

Pour conclure aux crimes contre l'humanité, le TMG de Bukavu a d'abord recherché les exigences contextuelles de ces crimes. À cet égard, il a soutenu que cette incrimination exigeait la réunion de quatre conditions : (i) l'existence d'un acte inhumain « par définition ou par nature », ce qui veut dire pour le tribunal, un « acte qui inflige des souffrances graves ou portent gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé mentale ou physique d'un être humain » ; (ii) l'acte doit s'inscrire dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique ; (iii) il doit être dirigé contre des membres d'une population civile ; et (iv) il doit être motivé par des considérations d'ordre national, politique, ethnique, racial ou religieux »[265]. L'exigence d'un acte inhumain n'a pas fait l'objet de commentaires de la part du tribunal. Celui-ci est directement passé à l'exigence d'une attaque généralisée ou systématique. Ici, le tribunal a commencé par décortiquer cette expression en trois mots : attaque, généralisée et systématique. L'attaque, selon lui, vise « le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes prohibés à l'encontre d'une population civile en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque »[266]. Le tribunal a alors rappelé que « la jurisprudence écarte de ce champ, les actes commis de manière fortuite ou perpétrés à des fins purement personnelles c'est-à-dire des actes de violence isolés qui ne procèdent pas d'une politique ou d'un plan d'action de grande envergure ».

Après avoir défini les mots « généralisé » et « systématique », comme dans les autres jurisprudences déjà analysées, et précisé que ces deux exigences sont alternatives et non cumulatives, le tribunal a soutenu que « dans le cas sous examen, les attaques à répétition menées contre la population civile dans les contrées citées dans cette cause par le prévenu Kizima et sa milice comportent le caractère généralisé ou systématique »[267]. Par rapport à la cible de l'attaque, le tribunal a soutenu que l'attaque doit avoir pour cible une population civile. Celle-ci renvoie, aux yeux du tribunal, aux « personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres des forces armées mis hors de combat par la maladie, blessures, ou pour toute autre cause ». Le tribunal a également précisé que la présence de certaines personnes non civiles dans la population civile n'enlève en rien le caractère civil à la population. Appliquant ce cadre théorique aux faits soumis à son examen, le tribunal a soutenu que ce critère était établi puisque, selon lui, « dans le cas d'espèce, la population civile des groupements de Bamuguba Nord, Sud et Baliga était la cible des attaques menées par le prévenu Kizima et ses membres contre leurs villages respectifs »[268].

Enfin, quant à l'exigence des motifs discriminatoires, le TMG a déclaré que « le Statut de Rome exige que l'attaque contre des populations civiles soit motivée par des raisons d'appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse » ; et que l'appartenance nationale renvoie à « un ensemble de personnes considérées comme partageant un lien

265 *Idem*.
266 *Idem*.
267 *Idem*.
268 *Idem*.

juridique basé sur une citoyenneté commune, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs ». Le tribunal a ensuite soutenu que, dans le cas d'espèce, cet élément était établi puisque « c'est la population congolaise des contrées ci-haut citées qui était visée par le prévenu Kizima et sa suite qui du reste sont les sujets rwandais d'organisation hutue »[269].

Le tribunal a ensuite analysé un cinquième élément non annoncé dans les exigences contextuelles : l'élément moral. Selon lui, cet élément « réside dans le fait que l'accusé était conscient de ce que son acte faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile »[270] ; et qu' « il est de jurisprudence que l'accusé doit avoir l'intention de commettre en toute connaissance l'infraction, mais ses motivations de prendre part à l'attaque ne doivent pas être prises en considération »[271]. Le TMG a enfin conclu que « tel est le cas du prévenu Kizima qui planifiait en toute connaissance avec ses hommes comment attaquer tel ou tel village dans les différents groupements »[272]. C'est donc en s'appuyant sur ces éléments contextuels que le TMG a conclu que la mise à mort de 27 creuseurs d'or dans le cadre de l'incident de Wakibongo, les viols, les actes de tortures, les incendies de maisons, les actes de pillage, extorsions, etc. commis sur ordre de l'accusé, constituaient des crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome.

Observations

L'affaire *Kizima* est, après l'affaire *Maniraguha et consort*, la seconde affaire des FDLR portée devant les tribunaux militaires congolais. Elle présente par ailleurs de points d'intercession avec l'affaire *« colonel 106 »* puisque la milice Maï-Maï commandée par le colonel Bedi était jadis alliée aux FDLR du colonel Byungura à laquelle appartenait Kizima. Cela étant, le jugement *Kizima* appelle quelques observations tant sur la forme que sur le fond.

Forme

Le jugement est marqué par un style littéraire très médiocre et par certaines incohérences assez préoccupantes. En effet, les différents chefs d'accusation ne sont pas rangés selon un ordre chronologique. L'on est tantôt en 2009, tantôt en 2010, et tantôt encore on retourne à 2009 sans autre explication. Ce manque d'esprit chronologique est par ailleurs aggravé par l'incohérence des dates et parfois des chiffres. Par exemple, dans les chefs d'accusation, le jugement parle de 27 creuseurs qui ont été tués le 30 décembre 2009 par les forces commandées par l'accusé. Toutefois, au moment d'analyser le meurtre en tant que crimes contre l'humanité, le jugement se réfère au meurtre de 22 creuseurs d'or qui auraient été tués le 9 février 2009 au même endroit. L'on se retrouve ainsi en difficulté de savoir de quel incident on parle exactement. Par ailleurs, en analysant les diverses préventions, on constate qu'il y a des incidents qui se sont apparemment produits au même moment, mais en des lieux différents sans que le tribunal explique comment une seule et même personne

269 *Idem.*
270 *Idem.*
271 *Idem.*
272 *Idem.*

a pu commettre des crimes au même moment, mais à des lieux différents. Par exemple, au chef d'accusation n° 7, l'accusé est poursuivi pour avoir à Tchateka, le 7 août 2010 vers 02 heures du matin, commis un viol sur six femmes. Au chef d'accusation n° 14, on observe également une prévention similaire, l'accusé étant poursuivi pour avoir à Tchateka, le 7 août 2010 vers 02 heures du matin, « imposé massivement des rapports sexuels à la dame N.M. après lui avoir introduit des doigts ». Pourtant, au chef d'accusation n° 12, l'accusé est aussi poursuivi pour avoir à Tchombi durant la nuit du 06 au 7 août 2010 soumis à la bastonnade plusieurs personnes dont M. Muyumbi et Malonga. L'on remarque ainsi que ces trois actes se passent au même moment et apparemment à des endroits différents sans que le TMG explique comment l'accusé a pu avoir ce don d'ubiquité criminelle. Autre point d'incohérence, c'est le rapport que le TMG établit entre Kizima et Maniraguha (alias Kazungu). Selon le tribunal, Maniraguha serait un des « lieutenants » de Kizima. Pourtant, dans l'affaire *Maniraguha et Sibomana*, le même TMG de Bukavu (sous une autre composition) avait soutenu que Maniraguha était à la tête d'un groupe de Rasta de près de 130 personnes entre 2006 et 2007 et qu'il opérait dans les territoires de Bunyakiri à cette période. Il s'ensuit que Maniraguha avait presque les mêmes effectifs que Kizima, qui en avait 190. L'on ne voit, *a priori*, pas comment Maniraguha peut avoir été un des « lieutenants » de Kizima.

Fond

Sur le fond, le jugement appelle quelques observations principalement à propos des exigences contextuelles des crimes contre l'humanité.

Existence d'une attaque généralisée ou systématique ? Le tribunal a établi le caractère généralisé des attaques en invoquant le fait qu'il s'agissait des « attaques à répétition ». L'on peut évidemment regretter que le tribunal n'ait pas mentionner le nombre élevé des victimes qui, dans le cas d'espèce était attesté par exemple dans le cadre de l'incident de Wakibongo où 27 creuseurs d'or ont été égorgés. L'on peut également regretter que le tribunal n'ait pas invoqué le nombre des assaillants puisque les effectifs des forces de l'accusé s'élevaient à près de 190 et que pour le seul incident de Wakibongo, il était accompagné de près de 70 individus. L'on peut enfin regretter que le tribunal n'ait pas mentionné l'étendue géographique de l'attaque ou des attaques puisque plusieurs localités du Sud-Kivu étaient touchées par la conduite criminelle de Kizima et de ses hommes.

Existence d'un État ou d'une organisation ? Sur cette question, il est regrettable que le jugement ne l'ait pas abordée. En effet, nulle part le jugement n'a décrit l'organisation interne du groupe armé de Kizima. Tout se passe comme si la seule appellation des FDLR était suffisante pour établir le caractère organisé. Pourtant, ici encore l'on constate que le tribunal a raté l'occasion de clarifier les liens entre le groupe armé de Kizima et la direction politique et militaire des FDLR telle qu'elle a été décrite dans les décisions de la CPI dans l'affaire *Mbarushimana* qui portait sur un haut responsable politique (le porte-parole) des FDLR, résidant en France et dans l'affaire *Mudacumura* portant sur un haut responsable militaire (le chef d'État-major général) des FDLR opérant, comme Kizima, dans le Sud-Kivu. L'absence de référence à ces deux affaires est particulièrement préoccupante puisque

comme dans l'affaire *Kizima*, ces deux affaires traitées par la CPI portaient sur les crimes commis par les FDLR en 2009.

Trois questions importantes restent ainsi sans réponses : le groupe armé de Kizima faisait-il effectivement partie des FDLR ? Quelle était la place de Kizima et son groupe armé dans l'organisation interne des FDLR ? Certes, l'omission du TMG d'établir le caractère organisé du groupe armé de Kizima est grave. Toutefois, comme dans l'affaire *Maniraguha et Sibomana*, il est difficile d'imaginer qu'un groupe d'une telle importance (190 individus) puisse survivre sans la moindre organisation permettant de maintenir une discipline interne. Il est donc permis de soutenir que le caractère organisé de ce groupe armé peut être présumé à partir de sa taille.

Élément politique ? La question de l'établissement d'un élément politique dans les attaques du groupe armé de Kizima est, comme dans l'affaire des Rasta, étroitement liée à celle de l'organisation. Si le groupe armé précité est autonome par rapport à l'ensemble plus global des FDLR, c'est donc au sein de ce groupe qu'il faut rechercher cet élément politique ; tandis que si ce groupe est une composante des FDLR, c'est donc au sein des FDLR qu'il faut rechercher cet élément politique.

Cependant, quand on lit le jugement *Kizima*, on constate que le tribunal a apparemment mélangé des éléments politiques propres au groupe armé de Kizima et ceux qui sont propres aux FDLR, comme si dans son entendement, le tribunal soutenait implicitement que, bien que Kizima et son groupe armé n'aient pas été formellement rattachés aux FDLR, les attaques qu'ils commettaient étaient faites dans l'intention de soutenir celles des FDLR. Par exemple, pour démontrer que l'accusé savait que son comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile, le tribunal a déclaré que l'accusé « voulait à tout prix faire payer aux Congolais du groupement de Bamuguba Nord et Sud et Baliga l'échec de leurs engagements [les FDLR] avec le gouvernement de Kinshasa en incendiant plusieurs villages et institutions d'utilité publique »[273]. Ces propos semblent donc traduire un mobile politique derrière ces actes, mobile rattaché aux objectifs plus généraux des attaques des FDLR. Même si le jugement les exprime par rapport aux seuls crimes commis dans les groupements précités, rien ne s'oppose à les étendre aux crimes commis dans d'autres groupements. Il faut en effet rappeler que les attaques des FDLR sont intervenues à une période où le gouvernement congolais, jadis allié aux FDLR, s'était allié au gouvernement rwandais pour combattre les FDLR dans le cadre de l'opération *Umoja Wetu* décidée précisément au début de l'année 2009. Les habitants de Shabunda semblent donc avoir payé le prix de ce retournement d'alliance.

Il convient toutefois de rappeler que l'exigence de l'élément politique propre aux crimes contre l'humanité n'implique pas qu'il faille établir un mobile dans la commission des crimes contre l'humanité. Élément politique et mobile politique sont des notions techniquement différentes. Ainsi que l'a rappelé la Décision *Gbagbo,* « ni le Statut ni les Éléments des crimes n'incluent les raisons ou les motivations de la politique au nombre des éléments requis par

273 Voy. jugement *Kizima*.

la définition. Cela étant, déterminer le motif sous-jacent peut se révéler utile pour mettre au jour les caractéristiques communes aux actes et les liens qui unissent ceux-ci »[274].

Un autre élément qui, selon le tribunal, se rattache à l'élément politique propre aux crimes contre l'humanité est l'intention discriminatoire. En effet, le jugement *Kizima* semble traduire le fait que le tribunal a considéré que l'élément politique exigé pour les crimes contre l'humanité exigeait la preuve d'une intention discriminatoire dans les actes matériels constitutifs des crimes contre l'humanité. Il convient toutefois de noter que cette approche n'a aucune base juridique ni dans le Statut de Rome ni dans le RPP. Ce qui ressort du Statut de Rome est que, dans les crimes contre l'humanité, l'exigence d'un motif discriminatoire n'est posée que pour le crime de persécution. L'article 7(1)(h) du Statut de Rome renvoie en effet aux actes de « 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 »[275]. Par ailleurs, l'article 7(2)(g) du Statut de Rome définit la « persécution » comme étant « 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 ». L'affaire *Kizima* ne comporte aucune prévention qui puisse se rapporte à la persécution en tant que crimes contre l'humanité.

En réalité, l'approche énoncée par le TMG de Bukavu a été influencée à tort par l'article 5 du Statut du TPIR. Celui-ci définit les crimes contre l'humanité comme étant ceux qui sont commis « dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile, quelle qu'elle soit, *en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse* »[276]. L'article semble donc vouloir dire que *tous* les actes matériels constitutifs de crimes contre l'humanité exigent la preuve d'un mobile discriminatoire. Pourtant, si tel était cas, l'on ne comprendrait pas pourquoi le paragraphe h) de l'article précité précise que les persécutions doivent être commises « pour des raisons politiques, raciales et religieuses ». Il est tout particulièrement difficile de comprendre pourquoi, dans cette disposition, les motifs discriminatoires des persécutions se résument à trois (politique, racial et religieux), alors que ceux de tous les crimes contre l'humanité, y compris les persécutions, sont chiffrés à cinq (national, politique, ethnique, racial ou religieux).

L'approche du TMG de Bukavu illustre ainsi l'une des limites du recours, sans discernement, à la jurisprudence des TPI *ad hoc* sans prendre en compte la différence des définitions des crimes dans leurs statuts respectifs. Il faut rappeler que la question de l'intention discriminatoire dans *tous* les crimes contre l'humanité a été posée devant le TPIY dans l'affaire *Tadic*. L'article 5 du Statut du TPIY définissait les crimes contre l'humanité sont ceux qui sont « commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou

274 Décision *Gbagbo*, § 214.
275 C'est nous qui soulignons.
276 C'est nous qui soulignons.

interne, et dirigés contre une population civile, quelle qu'elle soit (…) » ; et précisait que, pour être punissables, les persécutions doivent avoir été commises « pour des raisons politiques, raciales et religieuses » (paragraphe h)). Par cette formulation, il apparaît que l'article 5 n'exigeait l'intention discriminatoire que pour le seul crime de persécution. Il ne l'exigeait donc pas pour *tous* les crimes contre l'humanité. Cependant, le rapport du Secrétaire général des Nations Unies relatif à la création du TPIY, par contre, estimait que le motif discriminatoire était exigé pour *tous* les crimes contre l'humanité[277]. Fallait-il dès lors faire primer le Statut du TPIY sur le rapport du Secrétaire général qui reflétait les travaux préparatoires du Statut, ou c'était ce rapport qui devait primer la lettre de l'article 5 précité ? La Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Tadic* a jugé que le rapport du Secrétaire général (qui reflétait les travaux préparatoires du statut du TPIY) devait primer de sorte que selon elle, l'intention discriminatoire était exigée pour *tous* les crimes contre l'humanité. Ce jugement a toutefois été censuré en appel. La Chambre d'appel a, quant à elle, fait primer le texte du Statut sur le rapport du Secrétaire général et a considéré que l'intention discriminatoire n'était exigée que pour les crimes de persécution et pas pour tous les crimes contre l'humanité. Selon la Chambre d'appel, c'est l'article 5 du Statut du TPIY qui était le plus conforme à l'état du droit coutumier en matière des crimes contre l'humanité[278]. Il est particulièrement intéressant de relever que pour parvenir à cette conclusion, la Chambre d'appel s'est même inspirée de la formulation contenue à l'article 7 du Statut de Rome[279]. C'est donc étonnant de constater que malgré la clarté de l'article 7 du Statut de Rome et la précision apportée par l'arrêt *Tadic (Fond)*, le TMG de Bukavu qui affirme appliquer le Statut de Rome soit revenu sur ce débat, déjà dépassé, en prenant la mauvaise direction.

Cela étant, même si ces différents éléments ne sont pas exigés par le Statut de Rome, le fait pour le TMG de les avoir établis démontre malgré tout l'élément politique des attaques de Kizima et de son groupe armé. En effet, on le voit bien, il ne s'agissait pas d'actes commis de façon fortuite, mais des attaques planifiées prenant pour cible des populations civiles. Ainsi, en dépit des faiblesses sur la forme et d'une motivation peu convaincante faisant intervenir des éléments qui ne sont pas nécessaires, la qualification des crimes contre l'humanité appliquée dans l'affaire *Kizima* se révèle appropriée.

17. Affaire *Amuri*

Cette affaire tire son origine d'une attaque perpétrée en mai 2012 par un groupe de 25 policiers commandés par M. Abraham Amuri Mpiya, accusé dans la présente affaire, qui était alors le commissaire supérieur de la police nationale congolaise basé à Kindu. Ces exactions, qui comprenaient essentiellement les viols, les arrestations arbitraires, extorsions

277 *Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité présenté le 3 mai 1993*, Doc. ONU S/25704, § 48.

278 Arrêt *Tadić* (Fond), § 281. Pour un commentaire, voy. Marco Sassòli et Laura M. Olson, « The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the *Tadić* case: New horizons for international humanitarian and criminal law? », *Revue international de la Croix Rouge (RICR)*, vol. 839, 2000.

279 Arrêt *Tadić* (Fond), § 291.

et les actes de tortures, ont été commises sur instruction du chef de localité de Dembo, le sieur Kyundu, contre les membres du clan des Aseka Konde, suspectés d'être opposés au pouvoir coutumier de M. Kyundu. Ce dernier avait remis à l'accusé une liste des personnes à arrêter et c'est en exécution de cette instruction que l'accusé a déployé ses éléments sur la localité précitée en les répartissant en trois groupes. L'arrêt ne donne pas un chiffre précis des victimes par actes criminels. Il donne toutefois un bilan global de 87 victimes pour tous les actes commis dans les divers groupements de la localité de Dembo. Poursuivi devant la Cour militaire de Kindu pour sa responsabilité en tant que supérieur hiérarchique militaire dans les exactions commises à Dembo, le sieur Abraham Amuri Mpiya a finalement été reconnu coupable des crimes contre l'humanité en vertu des articles 7 et 28 du Statut de Rome[280]. Il a, en conséquence, été condamné à 15 ans de servitude pénale principale et à 100.000 francs congolais d'amende, la Cour ayant retenu en sa faveur des circonstances atténuantes liées à son jeune âge, puisque selon la Cour « il peut encore être utile à la police » ; à sa délinquance primaire ; à sa charge familiale ; au fait qu'il soit le seul à être poursuivi et traduit devant la Cour de céans.

Argumentation

Pour établir les crimes contre l'humanité, la Cour militaire de Kindu a considéré que l'attaque était généralisée en raison d'une part du nombre des individus impliqués, à savoir 34, ce chiffre comprenant les 25 policiers et les éclaireurs que le chef de localité a mis à la disposition des policiers pour traquer les Aseka Konde ; et d'autre part en raison du nombre des victimes, c'est-à-dire 87. La Cour a également estimé que cette attaque a été systématique en raison du fait qu' « il existait un plan consistant d'abord à traquer les Aseka Konde, et tous ceux qui étaient présentés comme d'obédience de chef (…) sur base d'une liste préétablie par Kyundu sur conduite des guides préparer par lui dans leur retranchement » ; qu'elle était dirigée contre une population civile, car « toutes ces victimes n'étaient ni policiers ni militaires et ne participaient pas aux opérations, la plupart étant des pécheurs, agriculteurs ou des paysans ».

Sur la question de l'existence d'un élément politique, la Cour militaire a soutenu que « la politique ou le plan était conçu par Kyundu et un groupe des individus qu'il a confié au prévenu comme guide » et que cette « politique consistait à traquer les Aseka Konde, opposés à son pouvoir ». C'est ainsi que « [Kyundu] a donné une fausse alerte, a eu de renfort, a constitué une liste et un back à sable sur les zones d'opération. [Les policiers] devaient les arrêter et les amener chez le sieur Lomani ou il avait déjà préparé un cachot de fortune, la boutique de Lomani transformée en cachot. Chacun devait payer une ou plusieurs chèvres et de l'argent avant la libération pour créer la terreur dans leurs esprits ». Dans le cadre toujours de l'établissement de l'élément politique, la Cour militaire affirme également quelque chose d'assez étrange : « à cette occasion emporter

280 CM/Kindu, *Le Procureur c. Abraham Amuri Mpiya*, « arrêt », affaire n° RP N°001/2015, 31 octobre 2015 (ci-après, « Arrêt *Amuri* »).

les chèvres à remettre aux policiers pour assouvir leurs passions sexuelles ». Il est possible qu'il s'agisse ici d'une erreur matérielle que la Cour n'a pas pu corriger pour préciser ce qu'elle a voulu dire.

Quant à l'exigence selon laquelle l'attaque a été commise avec connaissance et intention, la Cour militaire a avancé les propos suivants : « le prévenu connaissait l'attaque, car il déclare que la situation était calme, pas des cases brulées ou mort d'homme ni des attaques des policiers. J'ai agi selon les instructions de Kyundu qui recevait le rapport. Il devait aider Kyundu à traquer les Aseka Konde, dans leur retranchement selon une liste, la cartographie des lieux et sur la conduite de guide ». Dans ce même sens, la Cour a également déclaré que « [l'accusé] a décidé d'adopter un comportement indigne et savait que les exactions devaient subvenir, car les policiers ont opéré avec les armes et non des matraques. Il a organisé les attaques en trois axes avec un chef de mission, a établi des bulletins de service et des convocations pour récupérer les semeurs de trouble partout où ils avaient fui vers les villages (…). Il a constitué trois équipes : une équipe vers Unguo à la recherche des associés de Mpoyi (…), une équipe chargée de rechercher Mpoyi. Chaque équipe avait cinq policiers et un guide ».

Sur la base de ces éléments, la Cour a conclu que « tous les éléments contextuels des crimes contre l'humanité repris à l'article 7 du Statut de Rome sont réunis et la Cour le déclarera établis dans le chef de l'accusé ».

Observation

Sur la forme, l'arrêt *Amuri* présente quelques difficultés dans sa rédaction. On trouve assez souvent des phrases incomplètes, des problèmes d'orthographe et de ponctuation empêchant de comprendre parfois le sens d'une phrase. L'arrêt est présenté sous forme de brouillon que les juges n'ont pas pu relire avant de le publier. Pour une décision qui prononce des peines aussi lourdes que celles de 15 ans de servitude pénale principale, cela est grave.

Sur le fond toutefois, l'arrêt paraît moins critiquable. Il a les mérites incontestables d'avoir analysé presque toutes les exigences contextuelles et de les avoir confrontés aux faits de la cause. En effet, sur l'existence d'une attaque généralisée ou systématique, l'on constate que la Cour a établi le caractère généralisé de l'attaque en se fondant, correctement sur le nombre des victimes (87), mais aussi sur le nombre des assaillants, à savoir 34 au total. La Cour aurait pu aussi ajouter l'étendue géographique de l'attaque, puisque celle-ci a été lieu sur plusieurs groupements de la localité de Dembo, dans la province du Maniema.

Le caractère systématique de l'attaque a également été établi par la Cour en se fondant à juste titre sur le fait qu'il existait un plan consistant à traquer les membres du clan des Aseka Konde sur la base d'une liste préétablie par M. Kyundu et des indications des guides fournis par ce dernier pour désigner les victimes et de les ramener dans la boutique de sieur Lomani. À travers ces propos, l'on constate qu'il y avait une façon de procéder dans cette attaque et que tous les actes commis au cours de cette attaque l'ont été suivant une façon identique ou un modèle régulier.

L'arrêt *Amuri* a ensuite abordé l'existence d'une attaque lancée contre une population civile et a conclu que celle-ci était établie sur la base du fait que les victimes étaient des civiles par opposition aux militaires ou aux policiers. Cette démarche rejoint en fait celle des autres juridictions militaires congolaises, que l'on a déjà critiquées, qui tend à interpréter l'expression « attaque lancée contre une population civile » comme exigeant de démontrer que les victimes étaient des civils par opposition aux combattants, alors que le sens de cette expression est clairement défini à l'article 7(2)(a) du Statut de Rome. D'ailleurs dans cette affaire, le recours à cette approche, consistant à établir que les victimes sont des civils, est malvenu puisque les faits se passent en dehors de tout conflit armé et que dans un tel contexte, tout le monde est considéré comme civil, y compris les militaires et les policiers auxquels fait allusion l'arrêt.

Quant à l'élément politique propre aux crimes contre l'humanité, l'on peut constater qu'ici encore la Cour a cherché à établir l'objectif de cette attaque. Bien que cette démarche est utile pour comprendre les motivations de l'attaque, elle n'était, à vrai dire, pas nécessaire puisque (i) dès lors que la Cour avait établi le caractère systématique de l'attaque, elle n'avait plus besoin de démontrer l'élément politique, car celui-ci est contenu dans celui-là ; et (ii) l'élément politique ne doit pas être entendu dans un sens bureaucratique ni être interprété comme l'objectif poursuivi ou le mobile qui animait les assaillants. Cet élément politique est établi dès lors qu'il est démontré que l'attaque était préparée, planifiée ou ordonnée et qu'elle n'est pas le fruit d'un hasard. Or, dans le cas d'espèce, l'existence d'un plan consistant à attaquer les Aseka Konde établissait à suffisance cet élément politique.

La grande omission dans cet arrêt réside toutefois dans l'existence d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque. L'on constate en effet que cette question n'a pas été abordée par la Cour alors qu'elle est l'une des exigences clairement posées à l'article 7(2)(a) du Statut de Rome. Cependant, deux alternatives sont possibles. La première consiste à dire que les sieurs Amuri et Kyundu ont constitué une organisation de fait ayant pour but de traquer les Aseka Konde, ce qui reviendrait à dire que l'attaque perpétrée par eux l'a été en application ou dans la poursuite de la politique d'une « organisation » ayant pour but une telle attaque. La seconde alternative, consisterait à prendre en compte le fait que l'attaque a été l'oeuvre des policiers commandés par le commissaire supérieur de la police nationale et soutenue par le chef de la localité de Dembo et comme les policiers et le chef de localité sont des organes de l'État, l'on aboutirait à la conclusion selon laquelle l'attaque a été perpétrée en application ou dans la poursuite de la politique d'un État définie au niveau local. Comme on l'a vu, au regard de la Décision *Gbagbo*, les deux approches sont défendables. Finalement, en dépit des faiblesses dans la rédaction de cet arrêt, la qualification des faits en crimes contre l'humanité en application de l'article 7 du Statut de Rome semble appropriée.

18. Principales tendances

L'étude de la jurisprudence des tribunaux congolais relative aux crimes contre l'humanité

pousse à dégager les principales tendances et à formuler des constats et recommandations suivants.

Sur la forme, l'on peut relever qu'il existe une tendance marquée des juges militaires à se référer à la jurisprudence des TPI. Cette tendance doit être encouragée d'autant plus qu'elle instaure une sorte de dialogue entre les juridictions congolaises et les jurisprudences internationales pertinentes. Toutefois, il existe toutefois trois problèmes à relever dans ce recours à la jurisprudence. Premièrement, dans beaucoup d'affaires, l'on a l'impression que les juges militaires congolais se réfèrent à des jugements et arrêts qu'eux-mêmes n'ont pas lus (sources de seconde main). C'est apparemment ce qui explique l'inexactitude de certaines références qu'ils citent parfois. Il est donc important que les juges se réfèrent à des décisions qu'ils ont eux-mêmes lues plutôt que de se contenter des sources de seconde main, d'autant plus que la plupart de ces décisions sont accessibles en ligne et sont traduites en français, langue officielle de la RDC. Le deuxième problème est que dans cette référence à la jurisprudence internationale, il n'est pas rare de voir les juges militaires congolais se perdre à tracer un cadre théorique de l'une ou l'autre exigence des crimes contre l'humanité, en invoquant au besoin certaines jurisprudences internationales, pour finalement omettre de confronter ce cadre théorique aux faits soumis à leur examen. Les analyses théoriques, soutenues par la jurisprudence internationale, restent ainsi dans l'abstraction, sans que ces tribunaux les appliquent à l'affaire qui est traitée. Cette tendance doit être combattue puisque la raison d'être d'un tribunal, c'est avant tout de trancher le différend qui lui est soumis et non de se limiter à invoquer la jurisprudence internationale sans que cela conduise à une application concrète. Troisièmement, le recours à la jurisprudence internationale doit être fait en tenant compte du fait que les Statuts de ces tribunaux internationaux ne définissent pas de la même manière les crimes contre l'humanité. Dès lors que les tribunaux militaires affirment appliquer le Statut de Rome, c'est avant tout vers celui-ci qu'ils doivent se retourner.

Sur le fond, il existe une tendance nette chez les juges militaires congolais de surestimer l'exigence d'une attaque généralisée, comme si à elle seule, elle pouvait établir les crimes contre l'humanité. En effet, dans beaucoup de décisions analysées, les juges partent généralement du caractère généralisé de l'attaque, fondé essentiellement sur le « nombre élevé » des victimes souvent confondues aux parties civiles, pour appliquer la qualification des crimes contre l'humanité, dès lors que ces victimes sont des civils, par opposition aux militaires ou aux combattants. Par ailleurs, dans l'évaluation du caractère généralisé, ces juges, s'inspirant sans doute de la jurisprudence *Songo-Mboyo* qui avait soutenu, à juste titre, qu'il n'y a pas un seuil requis pour qu'un crime contre l'humanité soit établi, omettent, dans la plupart de cas, de donner une estimation, même approximative du nombre des victimes. Finalement, et assez fréquemment, l'on se retrouve avec des prises de position telles que le caractère généralisé de l'attaque est établi en raison du « nombre élevé des victimes » sans autre précision. Dans cette même tendance, les questions relatives à l'existence d'une « organisation » ou celle d'un « élément politique » propre aux crimes contre l'humanité sont tout simplement négligées. Pour des raisons déjà invoquées dans cette étude, cette tendance

n'est pas compatible avec la lettre et l'esprit du Statut de Rome qui renvoie à des crimes d'une gravité telle qu'ils menacent la paix et la sécurité de l'humanité et tout particulièrement à l'article 7(2)(a) du Statut de Rome qui exige que les crimes contre l'humanité soient des actes commis « dans la poursuite ou en application de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ». Bien au contraire, cette tendance peut tendre vers la banalisation des crimes contre l'humanité, d'autant plus que dans certaines affaires étudiées ici l'on a fini par émettre quelques doutes sur la pertinence d'une telle qualification.

Cette tendance est malheureusement renforcée par la manière dont l'article 222 du Code pénal ordinaire, supposé introduire dans le droit interne congolais la définition des crimes contre l'humanité tirée de l'article 7 du Statut de Rome, a été rédigé. Dans l'article 222 précité en effet, il n'a pas été repris l'article 7(2)(a) du Statut de Rome qui, comme on l'a vu, tenait à préciser le sens de l'expression « attaque lancée contre une population civile ». Cette omission semble traduire le fait que le législateur congolais n'était pas conscient des enjeux qui étaient au cœur de l'insertion de cette disposition dans l'article 7 du Statut de Rome, lesquels enjeux ont été relevés dans la présente étude. Toutefois, puisque l'article 222 procède d'une volonté politique d'incorporer les définitions des crimes telles qu'elles sont contenues dans le Statut de Rome, il est clair que l'article 7(2)(a) du Statut de Rome est applicable à l'article 222 du Code pénal ordinaire. L'article 224 du Code pénal ordinaire précise d'ailleurs que « les articles du Titre IX du présent Code [Titre consacré aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité] sont interprétés et appliqués conformément aux éléments des crimes prévus par l'article 9 du Statut de Rome et adoptés par l'Assemblée des États parties en date du 09 septembre 2002 ». Cependant, pour éviter ce détour, pour lequel on n'a pas de garantie de voir les juges l'emprunter et au regard de la tendance signalée de la part des juges militaires congolais, il aurait été plus prudent d'insérer l'article 7(2)(a) du Statut de Rome dans cet article 222 du Code pénal ordinaire.

Au-delà de cette tendance, il existe toutefois quelques décisions judiciaires dans lesquelles les juges congolais ont, en plus du caractère généralisé d'une attaque, recherché l'existence d'un « État » ou d'une « organisation » derrière ces attaques et surtout s'il existe un élément politique dans ces attaques. Par rapport à l'existence d'un État ou d'une organisation, l'on peut distinguer selon que les attaques sont attribuées à des acteurs étatiques (État) ou selon qu'elles sont attribuées à des acteurs non étatiques (organisation).

Par rapport aux acteurs non étatiques, ce que l'on remarque dans les rares affaires qui ont touché cette question est que, lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'une « organisation », la description de l'organisation interne des groupes armés concernés reste trop sommaire : les tribunaux n'établissent pas toujours les effectifs des groupes armés, la chaîne de commandement, les moyens d'action, les réseaux de contacts, etc. De même, lorsqu'il s'agit des crimes commis par des individus se réclamant appartenir à tel ou tel autre groupe armé (FDLR, Maï-Maï, etc.), ou des individus perçus, à tort ou à raison, comme appartenant à un tel groupe armé, les juridictions militaires n'ont pas toujours fourni l'effort d'établir le lien entre ces individus et ledit groupe armé. Ainsi, des crimes contre l'humanité ont été attribués à des FDLR ou aux Maï-Maï sans que ne soit démontré le lien entre les auteurs

de ces crimes et ces groupes armés. Ces omissions sont problématiques par exemple dans les deux affaires concernant les soi-disant FDLR puisque les tribunaux congolais n'ont pas pu établir de lien entre ces deux affaires entre elles ni entre elles et les affaires portées devant la CPI. L'on en est finalement arrivé à se demander si ces deux affaires portaient effectivement sur l'activité des véritables FDLR ou non. La même chose peut aussi être dite par rapport aux affaires portant sur les Maï-Maï, ces derniers étant parfois présentés comme un groupe armé homogène.

Quant aux acteurs étatiques (Etat), l'on constate que dans les affaires ayant porté sur l'activité criminelle par exemple d'une structure de l'armée congolaise, les tribunaux ont tendance à dire qu'il s'agit d'une « organisation » et non d'un État. Cette position semble toutefois être fondée sur l'impression que se font les juges militaires congolais, impression selon laquelle invoquer une « politique d'Etat » dans les crimes contre l'humanité, c'est nécessairement concevoir une telle politique au niveau national. On trouve ainsi des affaires dans lesquelles toute une structure de l'armée congolaise a été impliquée dans une conduite criminelle, mais les tribunaux se sont abstenus de faire allusion à l'État congolais. Pourtant, il était toujours possible pour les juges de soutenir que ces crimes contre l'humanité ont été commis en application de la politique de l'État, définie au niveau local.

Les situations les plus délicates ont été celles dans lesquelles des acteurs étatiques étaient mélangés aux acteurs non étatiques dans la commission des crimes contre l'humanité, comme dans l'affaire *colonel 106*. Dans une telle hypothèse, il semble plus convaincant de se limiter à parler de la politique d'une organisation.

Quant à la question de l'établissement d'un élément politique propre aux crimes contre l'humanité, la tendance des tribunaux qui ont tenté de l'établir, et plus spécifiquement ceux de Bukavu, montre une méconnaissance de la signification précise de cette exigence. Plus d'une fois, ces tribunaux militaires ont soutenu que cet élément politique renvoyait à une stratégie d'action appliquée par un groupe organisé. Telle est la position tenue notamment dans l'arrêt *Kibibi* et dans le jugement *Maniraguha*. Le jugement *Kizima* est même allé jusqu'à soutenir que cet élément renvoyait à une intention discriminatoire dans la commission des crimes contre l'humanité. Mais, comme on l'a dit, ce que le Statut de Rome exige ce n'est ni cette stratégie d'action ni ce mobile discriminatoire ni de définir la politique dans sens bureaucratique. Le Statut de Rome exige simplement la preuve que les attaques ont été planifiées ou ordonnées ou encore simplement encouragées, même par une abstention d'agir de la part de ceux qui avaient l'obligation d'agir.

C. Crimes de guerre

Les crimes de guerre sont considérés comme des violations graves des règles du droit des conflits armés. Dans le Statut de Rome, ils sont définis à l'article 8 sous quatre variantes. Les deux premières (infractions graves aux quatre Conventions de Genève et les autres violations des lois et coutumes applicables dans les conflits armés internationaux) ne concernent que des conflits qualifiés d'*internationaux*. Tandis que les deux dernières

catégories (violations graves de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et les autres violations graves des lois et coutumes applicables dans les conflits armés non internationaux) ne visent que les conflits armés non internationaux. Il suit de là que le critère central dans l'établissement d'un crime de guerre au regard du Statut de Rome réside dans la preuve de l'existence préalable d'un conflit armé, qu'il soit international ou non international. Dans le cadre de la présente étude, l'on analysera la jurisprudence des tribunaux relative aux crimes de guerre. Il apparaît ainsi que dans au moins 11 affaires, les tribunaux congolais ont appliqué la qualification des crimes de guerre en se fondant sur le Statut de Rome. La jurisprudence rendue dans ces 10 affaires sera confrontée aux trois points principaux suivants : l'existence d'un conflit armé, le lien de connexité entre le conflit armé et le comportement criminel et la question des personnes ou des biens protégés contre les crimes de guerre.

1. Affaire *Bongi*

L'affaire *Bongi* tire son origine du comportement criminel d'un groupe des militaires des FARDC sous commandement du capitaine Blaise Bongi Massaba le 24 octobre 2005 dans les localités de Tchekele et Olongba en Ituri. Ces militaires faisaient partie de la 3e Compagnie du 1er Bataillon de la 4e Brigade intégrée envoyée en Ituri pour pacifier cette partie de la RDC en proie à des conflits interethniques. Sous le commandement du capitaine Bongi, ces militaires ont abusé de leurs activités de patrouille de combat pour se livrer à des pillages des biens appartenant à la population civile des localités de Tchekele et Olongba. Ils ont par ailleurs arrêté certaines personnes, des élèves essentiellement, et les ont obligés à transporter les biens pillés. Une fois arrivé à leur poste de commandement, le capitaine Bongi a donné l'ordre de fusiller à bout portant les cinq infortunés sous prétexte qu'ils étaient des miliciens capturés.

Poursuivi devant le TMG de l'Ituri pour des actes de pillage et le meurtre de ces cinq élèves en tant que crimes de guerre en application des articles 8(2)(c)(i) et 8(2)(e)(v) du Statut de Rome, le capitaine Bongi a été reconnu coupable de ces crimes et a été condamné, sans admission des circonstances atténuantes, à la servitude pénale à perpétuité[281]. Il a en outre été condamné, *in solidum* avec la RDC à payer des dommages et intérêts aux familles des victimes, la RDC ayant été considéré comme civilement responsable en tant que commettant des actes de ses préposés[282]. En appel toutefois, la peine prononcée à l'encontre du capitaine Bongi a été revue à la baisse, la Cour militaire de Kinsangani ayant retenu à sa charge des circonstances atténuantes tenant (i) à sa qualité de délinquant primaire,

281 Ces articles considèrent comme crimes de guerre respectivement, « 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 » commises en tant que violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève ; et le « pillage d'une ville ou d'une localité, même prise d'assaut », en tant que « autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international, dans le cadre établi du droit international ».

282 TMG/Ituri, *MP et PC c. Bongi Massaba*, « jugement », RP 018/2006, 24 mars 2006, (ci-après, « Jugement *Bongi* »).

(ii) au fait qu'il est père de famille nombreuse et enfin, (iii) à son inexpérience dans le commandement militaire[283].

Argumentation

Pour établir les crimes de guerre, le tribunal a commencé par rechercher l'existence préalable d'un conflit armé. À cet égard, il a commencé par distinguer d'une part les conflits armés internationaux, c'est-à-dire ceux qui ont un caractère interétatique et les guerres de libération nationale et, d'autre part, les conflits armés non internationaux, c'est-à-dire, selon le tribunal, « les guerres civiles » qui se caractérisent par « l'affrontement opposant les forces armées d'un État à des forces armées dissidentes ou rebelles »[284]. Pour définir les conflits armés non internationaux, le tribunal s'est appuyé non pas sur le Statut de Rome, mais sur l'article 1er du (deuxième) protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II). Ainsi, le tribunal a soutenu que les affrontements armés entre les milices armées *entre elles* ne relèvent pas du champ des conflits armés non internationaux[285]. Sur la base de cette typologie des conflits armés, le tribunal a conclu que dans l'affaire soumise à son examen, il s'agissait bien d'un conflit armé non international « 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 »[286].

Le tribunal est par ailleurs revenu sur la qualification du conflit armé en Ituri lorsqu'il a abordé les actes matériels constituant les crimes de guerre (le meurtre et les pillages) chaque fois qu'il devait établir que « le comportement a eu lieu dans le contexte de, et était associé à, un conflit armé non international ». Ainsi, pour le cas du pillage, le tribunal a soutenu qu'il existait un conflit armé non international parce que « l'armée nationale les FARDC se battait contre les groupes armés de l'Ituri réfractaires au désarmement »[287]. De même, lorsqu'il a abordé le meurtre en tant que crime de guerre, le tribunal a soutenu que le comportement a eu lieu dans le contexte de, et était associé à, un conflit armé non international, parce que « le capitaine Blaise Bongi, commandait des militaires en pleine opération d'attaque contre les poches de résistance des milices armées de l'Ituri, dans le Territoire d'Irumu, Collectivité-chefferie des Walendu-Bindi »[288].

L'approche du TMG sur les conflits armés non internationaux a pratiquement été reprise par la Cour militaire de Kisangani siégeant en appel. Cette dernière a également soutenu que les conflits armés non internationaux étaient « synonymes de guerre civile » ; et qu'ils se caractérisaient « par l'affrontement opposant les forces armées régulières d'un Etat à des forces armées dissidentes ou rebelles ». Selon la Cour militaire, « le droit applicable devant

283 CM/Kisangani, *MP et PC c. Bongi*, « arrêt », RPA 030/06, 4 novembre 2006 (ci-après, « arrêt *Bongi* »), p. 24.
284 Jugement *Bongi*, § 73.
285 *Idem.*, § 74.
286 *Idem.*
287 *Idem*, § 75.4
288 *Idem*, § 76.4.

de tels conflits a longtemps été considéré comme étant une question purement interne aux États » ; mais que « l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 a permis de dégager pour la première fois certains principes devant être respectés durant de tels conflits ». Ayant constaté que « l'article 3 sus-vanté garde un mutisme surprenant sur la notion de conflit armé non international », la Cour a soutenu que « cette lacune sera partiellement comblée par l'article premier du Protocole II de 1977 » aux termes duquel « est réputé conflit armé non international, tout conflit qui se déroule sur le territoire d'un État, entre ses forces armées et des forces dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le droit international établi pour ce type de conflit » ; et que « dès lors, les situations de tensions internes et des troubles intérieurs comme des émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et les autres actes analogues ne sont pas considérés comme des conflits armés ». C'est sur la base de cette argumentation que la Cour a conclu « qu'en l'espèce, les affrontements entre les FARDC et les FPRI 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 »[289].

Observations

Le jugement comme l'arrêt *Bongi* sont parmi les rares décisions des juridictions militaires congolaises à s'être préoccupés de l'existence des conflits armés dans la définition des crimes de guerre. L'on verra plus loin que cette démarche n'est pas toujours présente dans la jurisprudence des tribunaux militaires congolais. Ceci dit, tout en relevant que c'est à tort que le TMG emploie de manière interchangeable les termes « forces dissidentes » et « groupes armés »[290], l'argumentation tant du TMG et de la Cour militaire suscitent deux interrogations principales : y a-t-il véritablement eu un conflit armé au sens du Statut de Rome ? Dans l'affirmative, les actes criminels en question sont-ils « associés » à ce conflit armé ? Autrement dit, y a-t-il un lien de connexité entre les crimes et le conflit armé ?

Existence d'un conflit armé

Établir l'existence d'un conflit implique d'établir deux éléments essentiels à savoir le caractère organisé des groupes armés impliqués dans ce conflit et l'intensité de ce conflit. Mais, l'affaire *Bongi* exige que l'on commence par clarifier le droit applicable à la définition même du conflit armé.

1. *La base juridique de la définition du conflit armé.* Pour définir le conflit armé, le TMG de l'Ituri comme la Cour militaire de Kisangani se sont fondés sur l'article 1er du Protocole II. Pourtant, le Statut de Rome prévoit lui aussi une autre définition des conflits armés

289 Arrêt *Bongi*, p. 18-19.

290 Les forces dissidentes sont en effet constituées d'une partie de l'armée régulière qui se soulève, tandis que les groupes armés sont des entités n'ayant aucune parenté avec l'armée nationale.

non internationaux. Il devient ainsi surprenant que le TMG et la Cour militaire, tout en affirmant appliquer le Statut de Rome, aient écarté ce texte au profit du Protocole II. Cette démarche est d'autant plus étonnante qu'en procédant ainsi, les deux juridictions se sont elles-mêmes compliqué inutilement la tâche. En effet, la définition des conflits armés non internationaux fournie par le Protocole II est plus exigeante que celle du Statut de Rome. L'article 1(1) du Protocole II s'applique aux conflits armés « qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole ». Toutefois, l'article 8(2)(f) du Statut de Rome renvoie 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 ».

Si les deux textes juridiques excluent du concept des « crimes de guerre », les actes criminels perpétrés dans le contexte des « situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues », le champ d'application de l'article 8(2)(f) du Statut de Rome est plus large que celui de l'article 1er du Protocole II. En effet, le Statut de Rome n'exige que deux éléments : le caractère *prolongé* du conflit et l'existence des groupes armés *organisés* intervenant dans ledit conflit[291]. Il n'exige pas, comme le fait le Protocole II, l'existence des groupes armés organisés opérant « sous la conduite d'un commandement responsable » ni le contrôle territorial par les parties en conflit. Il s'étend par ailleurs à l'hypothèse des groupes armés organisés *qui s'affrontent entre eux*, alors que le Protocole II ne prévoit que l'hypothèse du conflit opposant les forces gouvernementales aux forces dissidentes ou aux groupes armés organisés[292]. C'est donc parce que le TMG et la Cour militaire se sont fondés sur le Protocole II qu'ils ont exclu les conflits armés opposant les groupes armés « entre eux » du champ des conflits armés non internationaux, alors que, comme on le voit, cette hypothèse est clairement prévue par le Statut de Rome. Il est donc curieux que le TMG et la Cour militaire aient choisi le texte le plus exigeant et qu'ils aient écarté celui qu'ils auraient dû appliquer et qui était le moins exigeant.

2. *Le caractère organisé des groupes armés impliqués dans le conflit.* Puisque c'est l'article 8(2)(f) du Statut de Rome qui aurait dû s'appliquer, la question qui se pose, aux fins de détermination de l'existence d'un conflit armé non international, est celle de savoir si ce conflit armé impliquait des groupes armés *organisés* et s'il était d'une *intensité* suffisante. Sur cette question, l'on peut observer que le tribunal et la Cour militaire sont restés vagues. En effet, le tribunal

291 CPI (Ch. 1ère Inst. I), *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », Doc. ICC-01/04-01/06-2842-tFRA, 14 mars 2012 (ci-après, le « Jugement *Lubanga* »), § 536.

292 Voy. Yves Sandoz, C. Swinarski et Bruno Zimmermann (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR et Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 1372, n° 4447 et p. 1375, n° 4460.

s'est contenté d'affirmer que « certains membres des milices armés sont restés réfractaires [aux opérations de désarmement volontaire des milices armées] et se sont réorganisés et ont constitué de nouvelles poches de résistance contre les forces gouvernementales et celles de la MONUC » ; que « le commandement des opérations militaires des FARDC en Ituri a lancé des opérations de déstabilisation de toutes ces poches [de résistance] » ; et qu' « il s'en est découlé des hostilités armées ouvertes entre d'une part les FARDC et la MONUC et d'autre part les milices armés ou mouvements insurrectionnels ». La Cour militaire, pour sa part, n'a pas été plus claire lorsqu'elle a conclu son analyse de la typologie des conflits armés par les propos suivants : « en l'espèce, les affrontements entre les FARDC et les FPRI 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 »[293]. Comme on peut s'en rendre compte, en avançant ces propos, la Cour s'est en réalité contentée d'affirmer, sans démontrer, l'intensité du conflit armé, le caractère organisé des FPRI, et la durée (ou le caractère prolongé) dudit conflit armé.

Ainsi, en dépit de leur importance dans l'établissement d'un conflit armé, et partant dans la définition des crimes de guerre, les questions relatives aussi bien au caractère organisé qu'à l'intensité du conflit armé restaient donc posées. C'est sur elles que les lignes qui suivent vont se pencher, en les analysant séparément.

Pour décider si un groupe armé est *organisé*, le jugement de la CPI relatif à la condamnation de M. Lubanga (ci-après, le « jugement *Lubanga* »), a déclaré qu'il faut prendre en compte notamment la structure de sa hiérarchie interne, les règles et la structure de sa chaîne de commandement, la qualité de son équipement militaire disponible, sa capacité à planifier des opérations militaires et à les mettre en œuvre, et l'étendue, la gravité et l'intensité de l'implication dans les activités militaires[294]. Il a par ailleurs précisé qu'aucun de ces facteurs pris de manière isolée n'est suffisant[295]. Dans l'affaire *Bongi*, cette question se pose par rapport aux groupes armés auxquels les FARDC étaient opposées. L'on constate à cet égard que l'argumentation du jugement comme celle de l'arrêt ne permet même pas de savoir le niveau d'organisation des FRPI, de l'UPC du FNI et du PUSIC, groupes armés auxquels ils ont fait allusion. Certains passages du jugement *Bongi* en particulier semblent indiquer qu'il y a eu des dissidences au sein des milices qui opéraient en Ituri et que ce sont ces dissidents qui sont à l'origine des hostilités armées et qui sont des « poches de résistance ». Le niveau d'organisation de ces dissidences, qualifiées de poches de résistance reste, lui aussi, vague.

3. Quant à l'*intensité* du conflit, le jugement *Lubanga* avait déclaré que celle-ci peut être déterminée notamment par la prise en compte de la gravité de l'attaque, son étendue sur le territoire national et sur un espace de temps, l'importance du nombre des militaires auquel recourt l'armée régulière pour faire face à ce conflit, la mobilisation et la

293 Arrêt *Bongi*, p. 18-19.
294 Jugement *Lubanga*, §§ 537-538.
295 *Idem*.

distribution des armes entre les parties en conflits, le fait que le conflit ait attiré l'attention du Conseil de sécurité, et le cas échéant, l'adoption des résolutions pertinentes[296]. Il va sans dire que l'intensité englobe le caractère prolongé du conflit, puisque ce caractère renvoie à la durée du conflit dans l'espace[297]. L'analyse de cette condition implique de déterminer le début et la fin du conflit. Sur ce point, l'on doit rappeler qu'un conflit armé non international naît chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre les forces gouvernementales et des groupes armés ou les groupes armés entre eux, mais surtout qu'il se termine jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint[298]. Ainsi, l'intensité du conflit armé et le caractère organisé des groupes armés impliqués dans ledit conflit sont des éléments essentiels (i) pour distinguer le conflit armé non international d'avec les situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire, auxquels l'article 8-2-f fait allusion, et (ii) pour déterminer l'applicabilité des paragraphes c) et e) de l'article 8-2 du Statut de Rome sur lesquels se fonde le jugement *Bongi*. Pourtant, lorsque dans ce jugement, le TMG parle d' « opération de déstabilisation des poches de résistance », il semble lui-même reconnaître qu'il ne s'agit pas d'un véritable « conflit armé » impliquant des groupes armés *organisés*, mais de simples hostilités armées contre des « poches de résistance ». Il est en effet douteux que des opérations de déstabilisation des poches de résistance atteignent une intensité telle que l'on puisse parler de conflit armé non international au sens du Statut de Rome.

Ainsi, au regard du langage employé dans le jugement, un doute est permis sur l'existence d'un véritable conflit armé. Ce doute est d'autant plus justifié que la RDC n'était plus en conflit armé puisque les acteurs de ce conflit venaient de signer un accord

296 *Idem*.

297 Andrea Zimmermann *in* Otto Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008, p. 285, n° 334. Le caractère *prolongé* du conflit armé peut être déterminé en prenant en compte la durée du conflit dans le temps, ce qui implique implicitement le critère de l'intensité du conflit. En effet, comme l'observait un éminent auteur, « the term "protracted" seems to imply a certain time element, which as far as article 1 of the Second Additional Protocol is concerned, is contained in the term "sustained" ». Cet auteur nuance cependant ses propos en précisant que « it has to be noted, that unlike as in the case of sustained armed violence, the operations need not be kept going continuously by the conflicting Parties » et que cela est confirmé par les termes employés dans la version française qui, contrairement à la version anglaise de l'article 1-1 du Protocole II, « does not refer to military actions which can be qualified as being "*opérations continues*" but simply to the fact that the armed conflicts between the different parties must take place "*de manière prolongée*" ».

298 Arrêt *Tadić* (Exception préjudicielle d'incompétence »), § 70 : « (…) un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État. Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix ; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des États belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non ».

de paix en décembre 2002 mettant fin aux différents conflits armés[299]. Certains se sont étonnés que le jugement et l'arrêt *Bongi* ne se soient pas référés notamment aux décisions de la CPI sur la confirmation des charges à l'encontre de Lubanga, Katanga et Ngoudjolo, décisions qui leur auraient permis de circonscrire les paramètres du conflit armé en Ituri et par lesquelles on voit bien que, malgré la signature de cet accord de paix, les conflits armés interethniques ont continué à sévir en Ituri, et ont expliqué leur étonnement par la tendance des tribunaux congolais à se référer à la pratique de la CPI[300]. Cet étonnement est toutefois discutable puisque les décisions de la CPI dont il est question étaient *postérieures* à la jurisprudence *Bongi*. Néanmoins, l'on peut reprocher à cette dernière de ne s'être pas référée à certaines sources sur lesquelles les décisions de la CPI se sont fondées et qui étaient antérieures à la jurisprudence *Bongi*. Tel est le cas d'un certain nombre des rapports des Nations Unies et de l'arrêt et de l'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire *RDC c. Ouganda* qui ont été rendus avant le jugement et l'arrêt *Bongi*.

Les décisions judiciaires relatives à l'affaire *Bongi* n'ayant précisé aucun des éléments d'un conflit armé non international (caractère organisé des groupes armés et intensité du conflit armé), il devient difficile de les suivre dans la manière dont il a établi l'existence d'un conflit armé en Ituri pendant la période pertinente.

Le lien de connexité entre le crime et le conflit armé et le statut de personnes protégées

Dans l'hypothèse où l'on admettait qu'il existait effectivement un conflit armé non international en Ituri pendant la période à laquelle M. Bongi est présumé avoir commis ses crimes, le second problème à résoudre serait celui du lien de connexité entre les crimes et le conflit armé. Le jugement *Bongi* reconnaît l'importance de cette exigence puisqu'il affirme que l'une des conditions pour établir les crimes de guerre consiste à démontrer que le comportement était « associé » à un conflit armé. Mais, à la lecture du jugement, on constate que le tribunal n'a nulle part traité cette question. Toute son attention a été portée sur l'existence d'un conflit armé. Il est d'ailleurs facile de tomber dans cette erreur puisque la phrase pertinente des Éléments du crime est ainsi formulée : « le comportement a eu lieu dans le contexte de, et était associé à, un conflit armé (…) ». Ainsi, la tentation est de se limiter au « contexte » sans chercher à vérifier si l'acte était « associé » au conflit armé.

Pourtant, le lien de connexité est l'élément qui marque la différence entre n'importe quel crime qui serait commis au cours d'un conflit armé et la notion technique des « crimes

299 Accord global et inclusif sur la transition en RDC signé à Pretoria, le 17 décembre 2002, et adopté à Sun City le 1er avril 2003, disponible en ligne sur http://democratie.francophonie.org/IMG/pdf/VII.1.pdf (visité le 08 novembre 2012). L'on doit néanmoins relever qu'au regard du tout premier paragraphe du préambule de cet accord de paix, les milices UPC, FRPI, FNI n'ont pas été parties à cet accord de paix, puisqu'il y est écrit: « Nous, Composantes et Entités du Dialogue Intercongolais, Parties au présent Accord : le Gouvernement de la République Démocratique du Congo, le Rassemblement Congolais pour la Démocratie (RCD), le Mouvement de Libération du Congo (MLC), l'Opposition politique, les Forces vives, le Rassemblement Congolais pour la Démocratie/Mouvement de Libération (RCD/ML), le Rassemblement Congolais pour la Démocratie/ National (RCD/N), les Maï-Maï ».

300 Patryk I. Labuda, « Applying and 'misapplying' the Rome Statute in the Democratic Republic of Congo », *op. cit.*, p. 427.

de guerre »[301]. Dans l'arrêt *Rutaganda*, la Chambre d'appel du TPIR avait tenu à souligner que « si un non-combattant profite du relâchement de l'efficacité policière dans une situation de troubles engendrés par un conflit armé afin de tuer un voisin qu'il haïssait depuis des années, cela ne constitue pas, en tant que tel, un crime de guerre (…) »[302]. Pour être considéré comme un crime de guerre, l'auteur doit avoir agi « dans l'optique de servir un conflit armé ou sous le couvert de celui-ci »[303]. Pour clarifier le sens de l'exigence du lien de connexité entre un crime et un conflit armé, le TPIY avait énuméré, de façon non exhaustive, les critères à prendre en compte pour établir le lien de connexité : « le fait que l'auteur du crime est un combattant, le fait que la victime n'est pas un combattant, le fait que la victime appartient au camp adverse, le fait que l'acte pourrait être considéré comme servant l'objectif ultime d'une campagne militaire, et le fait que la commission du crime participe des fonctions officielles de son auteur ou s'inscrit dans leur contexte »[304].

Par rapport à l'affaire *Bongi*, l'on peut toutefois se risquer à soutenir l'existence d'un lien de connexité entre les crimes reprochés au capitaine Bongi et le conflit armé (au cas où il était établi) en se fondant sur trois éléments : (i) le capitaine Bongi était officier de l'armée congolaise, c'est-à-dire qu'il avait un statut de combattant au service de l'une des parties au conflit armé (au cas ce dernier existait effectivement) ; (ii) il a posé ses actes criminels en plein exercice de ses fonctions, puisqu'il a profité d'une patrouille dont il était chargé pour les commettre ; et enfin (iii), il a reproché aux victimes d'être des miliciens et c'est apparemment pour cette raison qu'il a ordonné qu'ils soient tués.

Ce dernier élément établit par ailleurs le statut de personnes protégées dont jouissaient les victimes puisqu'il apparaît qu'elles étaient considérées comme étant des miliciens et donc comme appartenant à l'ennemi. L'on aboutit finalement à la conclusion selon laquelle, même si la motivation du jugement *Bongi* est lacunaire sur les exigences contextuelles des crimes de guerre, à savoir l'existence d'un conflit armé non international et le lien de connexité entre les crimes et le conflit armé, fondamentalement le tribunal a bien dit le droit en retenant à charge du capitaine Bongi la qualification des crimes de guerre pour les actes criminels qu'il a commis en Ituri.

2. Affaire *Milobs*

L'affaire dite *Milobs* [*Military Observers*] concerne le meurtre des deux Casques bleus de la MONUC commis par des membres du FNI qui suspectaient ces derniers d'être en

301 Sur cette question, voy. Jacques B. Mbokani, « Le lien de connexité entre le crime et le conflit armé dans la définition des 'crimes de guerre' », *in* Damien SCALIA et Diane BERNARD (dir.), *Vingt ans de justice internationale pénale*, *in* les *Dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, La Charte, 2013, pp. 35-46.

302 TPIR (Ch. Appel), *Le Procureur c. Rutaganda*, affaire n° ICTR-96-3-A, 26 mai 2003, § 570.

303 TPIY (Ch. Appel), *Le Procureur c. Kunarać et al.*, affaire n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 juin 2002, § 58 ; Éric David, « Le concept de conflit armé : enjeux et ambiguïtés », *in* Vincent Chetail (dir.), *Permanence et mutations du droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 57.

304 Arrêt *Kunarać et al.*, § 58.

intelligence avec leurs adversaires de l'UPC[305]. En effet, sur la base de ces soupçons, ces miliciens ont organisé un guet-apens à l'endroit de deux soldats de la MONUC. Lorsqu'ils les ont capturés, ils les ont torturés, ont pillé leurs matériels de travail et biens personnels, puis les ont exécutés le 13 mai 2003. Ces actes ont entraîné des poursuites pénales de 7 miliciens devant le TMG de l'Ituri pour les crimes de guerre d'attaques contre le personnel et contre les matériels employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies[306]. À l'issue de leur procès, presque tous les accusés ont été reconnus coupables des crimes mis à leurs charges et ont été condamnés à des peines allant de la servitude pénale à perpétuité à celle de 10 ans[307].

Argumentation

Pour établir ces crimes de guerre, le tribunal a soutenu, concernant l'attaque des biens des Nations Unies, que ce type de crimes de guerre exige la réunion des 7 éléments constitutifs : (i) l'auteur a lancé une attaque ; (ii) l'objectif de cette attaque était 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 ; (iii) l'auteur entendait prendre pour cible de son attaque lesdits personnels, installations, matériels, unités ou véhicules ; (iv) lesdits personnels, installations, matériels, unités ou véhicules avaient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux personnes civiles et aux biens de caractère civil ; (v) l'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant cette protection ; (vi) le comportement a eu lieu dans le contexte de, et était associé à, un conflit ne présentant pas de caractère international ; et (vii) l'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé[308].

L'on se limitera cependant à l'analyse des trois de ces éléments pour rester dans le cadre des exigences contextuelles des crimes de guerre. Le premier de ces éléments concerne l'existence d'un conflit armé non international. Sur cette question, le tribunal s'est limité à déclarer que « la milice armée [(FNI) était] en hostilité armée avec celle dénommée UPC »[309] ; et « qu'en l'espèce, les prévenus étaient devenus si violents, car une attaque

305 TMG/Ituri, *MP et PC c. Jules Asida et consorts*, « Jugement », du 19 février 2007, (ci-après, « Jugement *Milobs* »).

306 L'article 8(2)(e)(iii) du Statut de Rome considère comme crime de guerre, 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 (…), 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 ».

307 4 accusés (Jules Asida, Uzele Ubemu, Eric Django Maki et Agenonga Ufoyuru) ont été condamnés à la S.P. à perpétuité ; un (Aiko Azingani) à 20 ans ; un autre (Kashala Kabongo) à 10 ans et un (Ayingani Bakovi), a été acquitté. Le tribunal n'explique nulle part la raison de cette différence de traitement.

308 Jugement *Milobs*, pp. 12-14.

309 *Idem*, p. 14.

de la localité Mungwalu par la milice armée UPC commandée par un certain Thomas Lubanga [était en cours de préparation] »[310].

Pour établir que le comportement était « associé » à un conflit armé non international, le tribunal s'est contenté de reproduire certains passages des jugements *Akayesu* et *Bagilishema* où le TPIR avait apparemment fait allusion à un tel lien. Le rappel de ce cadre théorique n'a toutefois pas été suivi d'une confrontation avec les faits soumis à l'examen du tribunal. Quant à l'exigence selon laquelle les accusés devaient avoir connaissance des circonstances de fait établissant l'existence du conflit armé, le tribunal s'est contenté de dire, par rapport aux biens de la MONUC, « qu'en l'espèce, ce véhicule portait la mention visible MONUC et était de couleur blanche pour éviter toute confusion »[311] ; tandis que, par rapport au meurtre des deux Casques bleus, il a déclaré que « tous les prévenus savaient pertinemment bien qu'ils étaient en plein conflit armé avec le groupe armé UPC »[312].

Concernant la question de savoir si les biens ou les personnes attaquées avaient droit à la protection que leur offrait le droit international, le tribunal n'a explicitement traité cette question que par rapport aux biens attaqués. À cet égard, le tribunal a soutenu qu' « en l'espèce, ce véhicule, bien d'une mission internationale de maintien de la paix de l'ONU qu'est la MONUC avait droit à la protection du droit international » et que les accusés étaient au courant de ce statut de bien protégé puisque, selon le tribunal, « il n'existe aucun doute quant à la connaissance par ces prévenus que les véhicules de la MONUC sont sous protection du droit international »[313]. Toutefois, par rapport au meurtre des deux officiers de la MONUC, le tribunal a indirectement abordé cette question lorsqu'il a voulu établir que les accusés étaient au courant du fait que les deux victimes bénéficiaient de la protection que le droit international accorde aux civils. Le tribunal a soutenu en effet qu' « en l'espèce, les prévenus étant tous membres d'un groupe armé, le FNI-FPRI, savaient tous que ces deux officiers de la MONUC, très populaires à Mungwalu, ne participaient pas aux hostilités »[314]. C'est donc sur la base de ces éléments contextuels que le TMG de l'Ituri a conclu que l'attaque contre les biens de la MONUC et le meurtre de ses Casques bleus constituait des crimes de guerre.

Observations

Ce jugement appelle quatre observations tenant à la définition des conflits armés non internationaux, à l'existence d'un conflit armé, au lien de connexité entre les crimes et le conflit armé et, enfin, au statut des personnes protégées.

Définition du conflit armé non international. — L'affaire *Milobs* marque un changement d'approche par rapport à l'affaire *Bongi* vue précédemment. Dans cette dernière affaire en effet, l'on a vu que ce même tribunal (suivi par la Cour militaire de Kisangani) avait

310 *Idem* (quelques mots semblent manquer à la phrase pour qu'elle soit complète et intelligibles).
311 *Idem*, p. 14.
312 *Idem*, p. 16.
313 *Idem*, p. 13.
314 *Idem*, p. 15.

soutenu, en s'appuyant non pas sur l'article 8 du Statut de Rome comme il aurait dû le faire, mais sur l'article 1er du Protocole II, que le terme « conflit armé non international » ne s'appliquait que dans les conflits opposant les forces d'un État à celles d'un groupe armé organisé. L'on a vu que, selon ce tribunal, étaient donc exclus du champ de ce concept, les conflits armés opposant les groupes armés organisés *entre eux*, ce qui allait à l'encontre de l'article 8 du Statut de Rome. Cependant, dans l'affaire *Milobs*, cette approche est abandonnée. Ce même tribunal affirme qu'il existe un conflit armé non international parce que « la milice armée FNI est en hostilité armée avec celle dénommée UPC. ». Par ces propos, le tribunal confirme que le concept de conflit armé non international concerne aussi les affrontements opposant les groupes armés *entre eux*. Ce changement de position rejoint ainsi les avancées consacrées par l'article 8 du Statut de Rome. Ce changement était par ailleurs nécessaire pour qualifier les actes en question de crimes de guerre puisque si le tribunal avait maintenu sa conception précédente des conflits armés non internationaux (qui ne concernent que les affrontements armés entre armées étatiques et groupes armés organisés), il aurait été impossible de parvenir à la qualification de crimes de guerre.

Existence du conflit armé non international. — Concernant la manière dont le tribunal a établi l'existence de ce conflit armé non international, il apparaît que, bien qu'ayant reconnu que l'existence des crimes de guerre exige d'établir préalablement un conflit armé (interne ou international), le tribunal n'a toutefois pas procédé à la démonstration de ce conflit armé. Le jugement n'apporte aucune information sur l'intensité du conflit armé ni le degré d'organisation des groupes armés (ou des milices) impliqués dans ledit conflit. On y trouve juste quelques extraits où il est simplement affirmé que « la milice armée FNI était en hostilité avec la milice armée de l'UPC commandée par un certain Thomas Lubanga », et rien de plus. Pourtant, la démonstration du caractère organisé des groupes armés et de l'intensité du conflit armé était nécessaire en raison du fait que le jugement porte sur des faits criminels qui sont survenus après la signature d'un accord de paix entre les différents belligérants congolais le 17 décembre 2002[315], ce qui pourrait impliquer que ces actes criminels ont été commis *après* la fin du conflit armé en RDC puisque les faits se passent le 13 mai 2003.

Lien de connexité. — L'attaque des biens et le meurtre des deux Casques bleus de la MONUC présentait-elle un lien de connexité avec le conflit armé ? Le tribunal n'a pas abordé cette question, alors qu'il a affirmé que les crimes de guerre exigent d'établir que le comportement « était associé » à un conflit armé. Pourtant, les faits de la cause révèlent que les biens de la MONUC ainsi que les deux victimes ont été attaqués parce que les accusés (membres du FNI) suspectaient ces deux officiers, à tort certainement, d'être en intelligence avec les membres de l'UPC. Le lien de connexité résidait donc apparemment sur cet élément.

315 Accord global et inclusif sur la transition en RDC signé à Pretoria, le 17 décembre 2002, et adopté à Sun City le 1er avril 2003 déjà cité.

Protection internationale. — Les biens de la MONUC ainsi que les deux officiers bénéficiaient-ils de la protection au regard du droit international ? Cette question n'a pas été entièrement traitée par le tribunal. Les juges ont apparemment pensé que la seule appartenance des biens ou du personnel (Casques bleus) à la mission des Nations Unies était suffisante pour mériter cette protection. Or, d'une part, l'article 8(2)(e)(iii) du Statut de Rome précise que ces personnes et biens ne bénéficient de cette protection que « 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 ». D'autre part, cette disposition doit être lue à la lumière de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé signée à New York le 9 décembre 1994, entrée en vigueur le 15 janvier 1999, actuellement ratifiée par 93 États, mais non encore ratifiée par la RDC[316]. L'on sait que cette Convention, dont l'article 9 prévoit des incriminations destinées à protéger la sécurité du personnel des Nations Unies et celle du personnel associé[317], « ne s'applique pas à une opération des Nations Unies autorisée par le Conseil de sécurité en tant qu'action coercitive en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans le cadre de laquelle du personnel est engagé comme combattant contre des forces armées organisées et à laquelle s'applique le droit des conflits ». Dans ce cas en effet, le personnel des Nations Unies et le personnel associé, et tout particulièrement les Casques bleus, perdent leur *impartialité* dans le conflit puisqu'ils deviennent ainsi parties au conflit et, par conséquent, des cibles légitimes des éventuelles attaques[318]. Ceci implique que la protection accordée en droit international aux Casques bleus et aux biens d'une mission des Nations Unies est fonction de l'impartialité des Nations Unies dans un conflit armé.

Pour établir cette impartialité, il faut analyser le mandat de la Mission en question et les actes concrètement posés par les membres de ladite Mission. Dans l'affaire *Milobs*, le tribunal ne s'est pas livré à cet exercice. Pourtant, l'on sait que le mandat de la MONUC consacrait l'impartialité de celle-ci puisque c'était une Mission de *maintien* de la paix. C'est cette attaque qui a poussé le Conseil de sécurité à déployer en Ituri, deux semaines plus tard, une force multinationale d'*imposition* de la paix dans le cadre de l'opération Artémis[319]. Dans le cadre de l'opération Artémis, on n'était plus dans une opération de *maintien* de la paix, mais dans celle de l'*imposition* de la paix. Il est d'ailleurs intéressant de faire observer que dans la résolution autorisant le déploiement de l'opération Artémis en Ituri, le Conseil de sécurité a « [condamné] *énergiquement* le meurtre délibéré de personnels non armés de la MONUC et des organisations humanitaires en Ituri et [avait exigé] que les coupables

316 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2051, p. 363.

317 Voy. le *Rapport du Secrétaire général, Portée de la protection juridique offerte par la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé*, Doc. ONU A/58/187, 28 juillet 2003 ; Mahnoush H. Arsanjani, « La Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé », in *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2009.

318 *Rapport du Groupe d'étude sur les opérations de paix de l'Organisation des Nations Unies* (Rapport Brahimi), Doc. ONU A/55/305–S/2000/809, 21 août 2000, §§ 48 *et seq.* ; CPI (Ch. Prél. I), *Le Procureur c. Abu Garda*, « Décision relative à la confirmation des charges », Doc. ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, 8 février 2010, § 74.

319 Voy. Résolution du Conseil de sécurité de l'ONU S/RES/1484 (2003), 30 mai 2003.

soient traduits en justice »[320], ce qui implique implicitement que le Conseil a considéré que ces personnes bénéficiaient de la protection que leur offre le droit international. Cependant, tout en condamnant ces actes comme criminels, le Conseil de sécurité s'est gardé de leur appliquer la qualification de « crimes de guerre ». Sa prudence est certainement due à son souci de laisser à un tribunal (national ou international) appliquer aux faits la qualification qui lui paraîtrait la plus appropriée. Ce que l'on peut donc retenir à ce stade est que si les attaques avaient eu lieu contre des forces d'imposition de la paix déployées dans le cadre de l'opération Artémis, elles auraient été légitimes. Il était donc nécessaire, pour établir que les victimes bénéficiaient encore du statut de personnes protégées, que le tribunal démontre que ces attaques ont eu lieu *avant* l'adoption de la résolution du Conseil de sécurité créant l'opération Artémis.

Ainsi, mise à part l'incertitude qui pèse sur l'existence même d'un conflit armé en Ituri en mai 2003, incertitude tenant tant au caractère organisé des groupes armés impliqués dans les hostilités qu'à l'intensité de ce conflit armé, il apparaît que les éléments contextuels sont réunis pour appliquer à l'attaque contre les biens de la MONUC et ses deux Casques bleus, la qualification de crimes de guerre en vertu des dispositions pertinentes de l'article 8 du Statut de Rome.

3. Affaire *Mitwaba*

L'affaire *Mitwaba* tire son origine d'une contre-attaque organisée par le 632e bataillon infanterie (de la 63e brigade) basée dans la localité de Konga en province du Katanga[321]. Ce bataillon venait d'être attaqué par surprise la veille, le 17 mars 2005, par des insurgés Maï-Maï qui lui ont infligé de lourdes pertes, dont notamment 120 militaires tués. Les corps mutilés des victimes ont révélé une mort atroce et font penser aux atrocités perpétrées par les Maï-Maï de Gédéon[322]. Lors de cette contre-attaque, les Maï-Maï se sont infiltrés dans la population civile fuyant les affrontements armés et se sont installés à Mitwaba. Ayant repris le contrôle de la localité de Konga le 18 mars 2005, les commandants du bataillon ont, avec l'aide de M. Kasereka Ilunga, un ancien Maï-Maï rallié aux FARDC, organisé des opérations de dépistage et d'arrestation des prétendues assaillants. Cette chasse à l'homme s'est soldée par l'arrestation de 95 personnes parmi lesquelles se trouvaient essentiellement des femmes et des enfants suspectés d'être des Maï-Maï. Selon la Cour, ces infortunés ont été soumis à des conditions carcérales inhumaines (telles que les maladies, privation de nourriture et d'eau potable) qui ont entraîné la mort de 17 d'entre elles ; tandis que le reste a été libéré suite à l'intervention du CICR. L'arrêt rendu à cet effet par la Cour militaire de Lubumbashi ne précise toutefois pas la durée de cette détention. Il renseigne seulement que le 21 mars 2005, les FARDC (63e Brigade Infanterie) ont, de nouveau, été attaquées de tout

320 *Idem*, § 6.

321 CM/Lubumbashi, *MP et PC c. Ekembe et consorts*, « jugement », RP 011/2006, 25 avril 2007, (ci-après, « Arrêt *Mitwaba* »).

322 L'arrêt de la Cour militaire fait état du fait que les Maï-Maï ont ouvert la poitrine de l'un des commandants du bataillon, Jean Kande et lui ont extrait le cœur. Il fait aussi état de Mme Edo Babedi, épouse du Commandant, qui fut massacrée à la machette alors qu'elle était enceinte.

côté par les mêmes Maï-Maï et que ceux-ci ont, cette fois-ci, réussi à investir 13 localités. Ici encore l'arrêt ne précise pendant combien de temps les insurgés ont pris le contrôle de ces localités.

Poursuites et jugement

Les mauvais traitements infligés aux 95 personnes précitées ont entraîné des poursuites pénales contre trois officiers de l'armée congolaise devant la Cour militaire de Lubumbashi[323]. Au début de leur procès, ces officiers étaient poursuivis pour « s'être, étant militaires ou assimilés, par abus de pouvoir, rendus coupables d'actes arbitraires » en tant que crimes de droit commun[324]. Cependant, au cours du procès, les parties civiles ont demandé la requalification des faits en crimes de guerre, tandis que le ministère public a, après avoir reconnu les défaillances dans l'instruction préparatoire, demandé que les faits soient requalifiés en « crimes contre l'humanité prévus et réprimés par les articles 165 du Code pénal militaire »[325].

Toutefois, comme dans l'affaire *Ankoro* devant la même Cour, cette requête a été rejetée. Pour justifier ce rejet, l'argumentation de la Cour se résume en une phrase : « le crime de guerre et le crime contre l'humanité proposés respectivement par les parties civiles et par le ministère public en requalification des faits de violation des droits garantis aux particuliers (…) ne cadrent pas avec les faits mis à charge des prévenus »[326]. La Cour a préféré requalifier les faits en infraction de non-assistance à personne en danger. Sur cette seule base, elle a reconnu les accusés coupables et les a condamnés à des peines allant de 10 ans à 15 mois de servitude pénale principale[327]. Les accusés ont en outre été condamnés *in solidum* avec la RDC à payer les dommages-intérêts aux victimes.

Observations

Deux séries d'observations méritent d'être formulées à l'endroit de l'arrêt *Mitwaba*. La première se rapporte à la narration des faits, tandis que la seconde concerne les qualifications juridiques.

Cohérences dans la narration des faits ?

L'arrêt *Mitwaba* comporte d'étonnantes incohérences sur les dates dans les préventions retenues contre les accusés et celles qui figurent dans l'exposé des faits livré par la Cour militaire. Dans les préventions retenues contre les accusés, il apparaît qu'on leur reproche

323 Ces trois officiers sont : le major Ekembe, le major Jean-Paul Kanyimbu et le lieutenant Muyenge.

324 Arrêt *Mitwaba*.

325 *Idem*, p. 7.

326 *Idem*.

327 L'un (Aimé Baseme Mirindi) a été condamné à 10 ans de servitude pénale principale ; 4 accusés (André Ekembe Monga, Jean-Paul Kanyimbu, Muyenge Mpaka Félix) ont été condamnés, avec admission des circonstances atténuantes, à 15 mois de servitude pénale principale.

des faits qui ont eu lieu en « 2006 »[328]. Pourtant, dans la narration des faits, la Cour fait allusion aux faits qui ont eu lieu du 17 au 21 mars 2005. C'est par ailleurs cette date qui est confirmée dans un rapport de la MONUC sur ces évènements tragiques de Mitwaba[329].

Par ailleurs, l'arrêt *Mitwaba* soutient que « 17 victimes périrent les uns après les autres suite aux mauvaises conditions de vie, telles que les maladies, privation de nourriture et d'eau potable »[330] ; et que c'est pour cela que les poursuites ont été axées sur la qualification de non-assistance à personnes en danger. Pourtant, l'arrêt ne précise pas la durée de cette détention. Si l'on s'en tient aux dates données dans l'arrêt lui-même, il apparaît que les arrestations et les détentions ont eu lieu le 18 mars et se sont terminées le 20 mars, soit deux jours ; et que par la suite, la 63e brigade a été attaquée « de tous les côtés » le 21 mars par les Maï-Maï qui ont repris le contrôle de plusieurs localités de Mitwaba. Il est douteux que deux jours de mauvaises conditions de vie aient été suffisants pour entraîner les conséquences dramatiques décriées dans cet arrêt.

Pourtant, la version des faits présentés par la Cour militaire ne semble pas correspondre à la réalité des évènements dramatiques survenus dans la prison de Mitwaba entre le 17 et le 21 mars 2005. Selon un rapport des Nations Unies publié en mars 2006, « après l'attaque des Maï-Maï contre les FARDC à Nkonga (…) le 17 mars 2005, la population civile a pris la fuite vers Malemba Nkulu, Pweto et le village de Mazombwe (…). Certains de ces civils ont fui à Mitwaba-Centre où la plupart des hommes déplacés ont été arrêtés, accusés d'être Maï-Maï, et détenus dans la prison de Mitwaba. Au moins 15 d'entre eux auraient été exécutés sommairement par les FARDC et auraient été enterrés dans une fosse commune située à l'arrière de la prison. À la même époque, les FARDC, probablement pour se venger des attaques Maï-Maï, auraient aussi exécuté sommairement 8 civils à Konga et 4 autres à Kuswa »[331].

Il apparaît ainsi qu'au regard du rapport de la MONUC, il ne s'agissait pas d'une simple non-assistance à personne en danger, mais de véritables exécutions sommaires. L'arrêt *Mitwaba* aurait donc occulté une réalité beaucoup plus dramatique et n'aurait pas permis d'établir toute la vérité sur ces évènements. Dans tous les cas, que les accusés aient activement donné la mort aux 17 victimes ou qu'ils les aient laissés mourir en les soumettant intentionnellement à des conditions de vie de nature à entraîner la mort, les conséquences restent les mêmes et ces différentes manières de donner la mort n'ont pas

328 Arrêt *Mitwaba*, pp. 2-3. Dans la prévention contre le major Ekembe, il est reproché à ce dernier d'avoir, « au courant de la période allant du 21 mars au 6 avril 2006 », ordonné au lieutenant Félix Muyenge Mpaka de détenir les victimes dans des conditions inhumaines. Concernant, le lieutenant Félix Muyenge Mpaka, il lui est reproché d'avoir exécuté les ordres du major Ekembe, « au cours de la période allant du 18 mars au 4 avril 2006 ». Enfin, concernant le commandant Jean-Paul Kanyimbu, il lui est reproché d'avoir transmis les ordres litigieux au lieutenant Aimé Mirindi Baseme, « au cours de la période allant du 6 au 10 avril 2006 ».

329 MONUC, *De la mission d'enquête spéciale relative aux violations et aux abus des droits de l'homme commis en territoire de Mitwaba, Province de Katanga en République Démocratique du Congo (RDC)*, 3 mai 2006, § 17 (ci-après, « rapport *Mitwaba* »). Voy. également les paragraphes 32 et 33 du ce même rapport.

330 Arrêt *Mitwaba*, p. 6.

331 Rapport *Mitwaba*, § 17 (voy. également §§ 32 et 33).

d'incidence sur une éventuelle qualification des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité à appliquer à l'égard de ces actes. Par ailleurs, même si ces personnes n'étaient pas mortes, le fait de les avoir intentionnellement soumises à de mauvaises conditions de détention, en étant conscients des risques qu'elles encouraient, n'en demeure pas moins des actes criminels graves. L'arrêt *Mitwaba* lui-même dit que « les prévenus savaient que toute personne vivant dans ces conditions d'incarcération succomberait » ; mais que cela ne les a pas empêchés de maintenir leurs victimes dans des « conditions malsaines et indécentes pendant plusieurs jours » ; de les garder en prison « malgré l'affaiblissement physique et la première mort constatée » et « [de ne libérer] les autres détenus que malgré eux, suite aux pressions exercées par le CICR et suite à la connaissance des 17 décès et de leurs conditions carcérales par le public »[332]. Au regard de ces éléments, il est quelque part décevant de constater que la Cour militaire n'ait pas trouvé mieux que de qualifier des faits d'une telle gravité en infraction de non-assistance à personne en danger.

Qualifications juridiques adéquates ?

Au sujet du rejet des qualifications des crimes de droit international proposées tant par les parties civiles que par le ministère public, l'on analysera tour à tour la qualification des crimes de guerre et celle des crimes contre l'humanité. Concernant la qualification des crimes de guerre, le motif avancé par la Cour militaire pour rejeter la demande de requalification des faits est assez vague. En effet, aucun texte juridique n'a été cité pour justifier un tel rejet. Il s'agissait apparemment d'une discussion abstraite sur les « crimes de guerre » en général. L'arrêt n'indique ni l'intensité du conflit ni le caractère organisé du groupe des Maï-Maï.

Pourtant, les conditions semblent être réunies pour qualifier les exactions commises sur les détenus comme étant des crimes de guerre. Il faut à cet égard rappeler que l'affaire *Mitwaba* doit être placée dans le contexte global des affrontements entre les FARDC et les groupes armés des Maï-Maï, dont celui de Gédéon en particulier. Selon le rapport de la MONUC, les Maï-Maï dont on parle dans cette affaire sont ceux de Gédéon. Par rapport à l'intensité du conflit armé, l'arrêt *Mitwaba* lui-même rapporte que l'attaque a causé de très lourdes pertes aux FARDC (120 militaires tués) ; et que, pour faire face aux insurgés, le gouvernement congolais a dû recourir, non à la police, mais aux forces armées. L'arrêt renseigne par ailleurs que quelques jours après la contre-offensive des Maï-Maï à Konga, ces derniers ont de nouveau attaqué les FARDC et ont pris le contrôle de 13 localités[333]. Ces trois éléments indiquent manifestement que le conflit armé était d'une grande intensité et qu'il ne peut être réduit à une situation des tensions internes ou des troubles sporadiques.

Quant au caractère organisé des assaillants Maï-Maï, la Cour n'a pas traité cette question. Pourtant, sur la base de l'intensité du conflit armé, il y a lieu de supposer le

332 Arrêt *Mitwaba*, p. 9.
333 *Idem*, pp. 6-7.

caractère organisé des Maï-Maï. En effet, un groupe armé ne peut mener une offensive d'une telle envergure ni causer autant de dégâts à l'armée gouvernementale sans avoir un minimum d'organisation. En outre, selon le rapport déjà cité des Nations Unies[334], ces Maï-Maï sont ceux de Gédéon dont on a déjà vu le caractère organisé de son mouvement rebelle.

Concernant enfin, le lien de connexité entre ces crimes et le conflit armé lui-même, l'on observe que les militaires des FARDC ont arrêté, détenus et soumis les personnes détenues à des conditions inhumaines parce qu'ils les suspectaient d'être des Maï-Maï qui venaient de leur infliger de très lourdes pertes. Les victimes étaient ainsi perçues par les FARDC comme appartenant à l'ennemi. Il s'agit d'ailleurs d'un phénomène assez fréquent dans cette localité ainsi que le témoigne le rapport des Nations Unies sur les évènements de Mitwaba. Ce rapport dit en effet que « les habitants du centre et nord du Katanga (…) survivent difficilement dans un environnement dangereux dans plusieurs territoires de la province » puisqu'ils « y sont, d'une part, victimes des attaques des Maï-Maï ou des FARDC et, d'autre part, également accusées de connivence par un parti ou l'autre. En effet, une fois qu'un groupe de Maï-Maï ou une unité FARDC est installé dans une localité, les habitants de cette dernière sont considérés par le groupe adverse comme leurs sympathisants voire même leurs complices »[335]. Ces éléments attestent non seulement du lien de connexité entre les crimes et le conflit armé, mais aussi du fait que les victimes étaient effectivement des personnes protégées parce qu'il s'agissait des simples civils ne prenant aucune part dans les hostilités, mais perçues à tort comme « appartenant » à l'ennemi. L'on aboutit finalement à la conclusion selon laquelle les exigences contextuelles des crimes de guerre étaient réunies par rapport aux mauvais traitements infligés par les FARDC à 95 personnes arrêtées et détenues dans le cadre du conflit armé survenu à Konga. Ainsi, le rejet par la Cour militaire de la qualification des crimes de guerre dans cette affaire ne se justifiait pas.

Deuxièmement, dans l'hypothèse où l'existence d'un conflit armé non international n'était pas établie, et que l'on concluait à la non-pertinence de la qualification de crimes de guerre, celle des crimes contre l'humanité, rejetée arbitrairement par la Cour militaire, serait appropriée. En effet, les éléments du dossier renseignent qu'il s'agissait d'une attaque généralisée que les FARDC ont lancée contre une population civile suspectée d'être composée des miliciens Maï-Maï. La généralité de cette attaque découle essentiellement du nombre de personnes arrêtées et détenues, c'est-à-dire 95 et celui des personnes ayant trouvé la mort, soit 17. Quant au caractère civil de la population, l'arrêt lui-même a reconnu qu'il s'agissait essentiellement des femmes et des enfants et non des Maï-Maï. Ensuite, si malgré tout il y avait quelques Maï-Maï au sein de la population civile, la Cour aurait pu se fonder sur le fait que la présence parmi la population civile des combattants ne prive pas cette population de la protection que le droit international des conflits armés lui garantit. Quant à l'élément politique derrière ces attaques, il apparaît que la chasse à l'homme

334 Rapport *Mitwaba,* §§ 18 et 31.
335 *Idem,* § 3.

qui a conduit à l'arrestation et à la détention des victimes a été planifiée et organisée, notamment par le recours à un ancien Maï-Maï et qu'elle s'est déroulée pendant deux jours. Par ailleurs, ces morts enregistrés semblent avoir été planifiés contre les personnes qui ont été tuées. L'on est ainsi en droit de suspecter un plan de laisser intentionnellement mourir les autres personnes restées en détention.

L'on comprend ainsi qu'en définitive, la réticence de la Cour militaire de Lubumbashi à appliquer la qualification des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité dans l'affaire *Mitwaba* n'est pas justifiée. Cette attitude semble d'ailleurs avoir favorisé la prise en compte des prétendues circonstances atténuantes à l'égard des accusés. Pourtant, si la Cour avait adéquatement qualifié les faits, il est douteux qu'elle ait conclu à ces soi-disant circonstances atténuantes.

4. Procès de *Kilwa*

Les faits relatifs à l'affaire *Kilwa* peuvent être regroupés en deux incidents. Le premier incident (Kilwa I) porte sur des faits, notamment des exécutions sommaires, qui ont été poursuivies en tant que crimes de guerre. Il existe une certaine controverse sur la version des faits liés à cet incident. Cependant, selon la version qui se dégage de l'arrêt de la Cour militaire de Lubumbashi, confirmée par ailleurs par la Haute Cour militaire, les faits portent sur des exécutions sommaires présumées d'une centaine de personnes par les éléments de la 62e brigade des FARDC commandés par le colonel Ilunga Adémar lors d'une contre-offensive des FARDC contre des insurgés venus de la Zambie. Ces insurgés, se réclamant du Mouvement révolutionnaire pour la libération du Katanga (MLRK), venaient de mettre en déroute les FARDC dans la matinée du mercredi 13 octobre 2004 et ont occupé la cité de Kilwa jusqu'au 15 octobre. Pendant ce temps, les insurgés ont tenu des meetings avec apparemment le soutien de la population locale. Les deux arrêts (Cour militaire et Haute Cour militaire) renseignent que les insurgés ont également procédé à un recrutement massif des hommes de tout âge et ont remis à chacun la somme de 300 dollars américains et une arme de guerre. Le 15 octobre, dans l'après-midi, « après trois heures d'âpres combats », comme le dit la Cour militaire, la 62e brigade infanterie des FARDC, commandée par le colonel précité, a repris le contrôle de la cité de Kilwa. Elle est aussi parvenue à arrêter le commandant Alain Kazadi Mukalayi, grièvement blessé. Selon la version officielle, celui-ci est dans la suite décédé à l'hôpital des suites de ses blessures[336]. Pour reprendre le contrôle de Kilwa, les FARDC ont dû bénéficier, apparemment sur réquisition du gouverneur de province, d'une aide logistique de la société minière *Anvil*

336 Un rapport de MONUC (le *Rapport sur les conclusions de l'Enquête Spéciale sur les allégations d'exécutions sommaires et autres violations de droits de l'homme commises par les FARDC à Kilwa (Province de Katanga) le 15 octobre 2004*) renseigne toutefois à son paragraphe 18 ce qui suit : « Dans la soirée [16 octobre 2004], Alain Kazadi a été arrêté près de Kilwa, après avoir été blessé par balle à la main et au dos. Il a été acheminé à l'hôpital où il a rencontré le Colonel Adémar. Selon un témoin, Kazadi a exprimé son amertume devant le Colonel Adémar le qualifiant de traître et refusant de lui parler affirmant avoir un grade supérieur au sien. Le Colonel Adémar aurait contesté sa version des faits en affirmant ne pas faire partie du complot et aurait violemment arraché sa perfusion ».

Mining Company (AMC). Cette société a son siège en Australie et un bureau au Canada. Elle a en outre un port à Kilwa et un siège d'exploitation à Dikulushi, à 55 km de Kilwa[337]. C'est au cours de ces opérations militaires que le colonel Adémar Ilunga et ses hommes se seraient livrés à des exécutions sommaires d'une centaine de personnes civiles suspectées d'être affiliées au mouvement insurrectionnel précité. Ils se seraient également livrés aux pillages des biens privés et même au viol de certaines femmes.

Le deuxième incident (Kilwa II) concerne des faits qui ont été poursuivis en tant que meurtres « simples » de deux jeunes élèves commis quelques jours après les évènements de Kilwa. Ces faits sont vagues dans l'arrêt de la Cour militaire, mais sont plus clairs dans l'arrêt de la Haute Cour militaire[338]. Il se dégage de ce dernier arrêt que quelques jours après la fin des hostilités à Kilwa, le colonel Adémar Ilunga a chargé deux de ses éléments d'arrêter un certain Kalenga suspecté d'être un féticheur et d'être l'un des Maï-Maï qui s'étaient attaqués aux militaires de la 62e brigade d'infanterie et qui avaient dévoré quelques-uns parmi eux. Arrivés sur place, les deux militaires n'ayant pas trouvé l'intéressé ont arrêté ses deux neveux et les ont maintenus en détention jusqu'à ce que M. Kalenga se rende. Comme ce dernier ne se rendait toujours pas, le colonel Adémar Ilunga a fait enlever ces deux jeunes garçons ainsi pris en otage, les a confiés à un autre de ses collaborateurs, le capitaine Sadiaka Sampanda pour qu'ils soient sommairement exécutés, en faisant croire à ce dernier que ces jeunes garçons étaient des Maï-Maï impliqués dans des attaques contre les militaires de la 62e brigade. Les deux infortunés ont, dans la suite, effectivement été exécutés sur ordre de ce capitaine Sadiaka, par des éléments placés sous son commandement.

L'incident de Kilwa I a fait l'objet de plusieurs rapports, dont celui de l'ASADHO et de la MONUC et d'une pression, tant au niveau national qu'au niveau international. Cette pression a entraîné l'arrestation du colonel Adémar Ilunga le 29 juin 2005 et plus tard des poursuites pénales pour crimes de guerre à l'encontre d'au moins 9 militaires, dont le colonel Adémar Ilunga. Trois employés de la compagnie minière *Anvil Mining Company* ont également été poursuivis pour complicité dans les crimes de guerre commis à Kilwa. Le colonel Ilunga et le capitaine Sadiaka ont par ailleurs été poursuivis pour le meurtre simple des deux jeunes garçons (Kilwa II).

337 Voy. CM/Lubumbashi, *MP et PC c. Adémar Ilunga et consorts*, « Arrêt », RP 010/2006, 28 juin 2007, (ci-après, « Arrêt *Kilwa* »). Selon la Cour militaire, cette aide consistait essentiellement dans la mise à la disposition de l'armée congolaise des trois grands camions, une jeep et des vivres et dans le fait d'autoriser son avion qui évacuait son personnel vers Lubumbashi, au lieu d'aller à vide, de transporter les militaires des FARDC envoyés en renfort à Kilwa. Toutefois, selon le rapport précité de la MONUC (*idem*, § 36) et celui de l'ACIDH et de l'ASADHO/Katanga (*idem*, p. 6), « les FARDC ont utilisé des véhicules de la compagnie minière Anvil Mining au cours de leur opération à Kilwa. Ces véhicules auraient été utilisés pour transporter des biens pillés ainsi que des cadavres – qui pourraient avoir inclus des victimes d'exécution sommaire – jusqu'au site de Nsensele où la MONUC a localisé deux fosses communes et une tombe individuelle ».

338 Voy. HCM, *MP et PC c. Ilunga Adémar et Sadiaka Sampanda*, « Arrêt », RPA n° 017/2007, 30 octobre 2008 (ci-après, arrêt *Kilwa (HCM)* »), pp. 18-19.

À l'issue de leur procès au premier degré, tous les accusés ont été déclarés non coupables de crimes de guerre (Kilwa I). Cependant, le colonel Ilunga et certains de ses hommes, dont le capitaine Sadiaka, ont été condamnés pour meurtre « simple » des deux jeunes garçons, actes postérieurs aux hostilités (Kilwa II)[339]. Pour ces actes, ils ont été condamnés à la servitude pénale à perpétuité et au renvoi des FARDC. L'acquittement pour les crimes de guerre ayant suscité de vives critiques, y compris au niveau du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme[340], le ministère public a, dans un premier temps, fait appel de ce jugement. Dans la suite cependant, le même ministère public a restreint la portée de son appel en le confinant uniquement à la condamnation à la servitude pénale à perpétuité pour le meurtre simple en tant que crime de droit commun (Kilwa II), ce qui impliquait qu'il ne faisait pas appel contre l'acquittement pour les faits poursuivis en tant que crimes de guerre (Kilwa I). En restreignant ainsi la portée de son appel, il a empêché la Haute Cour militaire de réexaminer ces faits et a implicitement contraint celle-ci à se limiter au meurtre simple des deux jeunes garçons. À l'issue de cet appel, la Haute Cour a confirmé la condamnation du colonel Adémar Ilunga et du capitaine Sadiaka pour ces meurtres simples. Cependant, la Haute Cour a, d'elle-même, reconnu aux deux condamnés des circonstances atténuantes tirées d'une part de leur soi-disant bravoure dans les affrontements contre les Maï-Maï qui se livraient parfois à des actes de cannibalisme à l'endroit de certains d'entre eux et, d'autre part, du fait qu'ils étaient père de famille nombreuse, le colonel Ilunga étant père de 20 enfants, le capitaine Sadiaka de 8 enfants. La Haute Cour a ainsi considérablement réduit leur peine et les a condamnés à 5 ans de servitude pénale principale tout en infirmant leur renvoi de l'armée congolaise.

Argumentation

Pour rejeter la qualification des crimes de guerre et même acquitter tous les accusés pour ces charges, la Cour militaire n'a nulle part abordé la question des exigences contextuelles de ces crimes, c'est-à-dire vérifier l'existence d'un conflit armé non international (existence d'un groupe armé organisé et intensité du conflit) ni le lien de connexité entre les crimes et le conflit armé. Toute l'argumentation de la Cour a porté sur la qualité de combattants de personnes tuées à Kilwa. De manière générale, la Cour a rejeté tous les témoignages des familles des victimes qui soutenaient que leurs proches ont été sommairement exécutés à Kilwa par le colonel Ilunga, ou sur ses ordres, après qu'ils aient été capturés par les éléments des FARDC et que ces derniers aient trouvé sur eux des effets militaires (douilles de balles, morceau de tenue militaire, etc.). La Cour a également rejeté les témoignages des

339 Arrêt *Kilwa*.

340 Voy. High Commissioner for Human Rights concerned at Kilwa Military Trial in the Democratic Republic of the Congo, Genève, 4 juillet 2007; *Rapport de la Rapporteuse spéciale, Yakin Ertürk, sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences, Additif, Mission en République démocratique du Congo*, Doc. ONU A/HRC/7/6/Add.4, 27 février 2008, § 78 ; le rapport de Global Witness, « The Kilwa Trial: a denial of justice », disponible en ligne sur www.globalwitness.org/media_library_detail.php/560/en/kilwa_trial_a_denial_of_justice (visité le 2 mars 2009); ASF, *op. cit.*, p. 58; Rapport *Mapping*, *op. cit.*, § 865.

familles de certaines autres victimes qui ont déclaré que leurs proches étaient retournés à Kilwa au milieu des affrontements, non pour participer aux hostilités, mais pour sauver leurs biens ou venir en aide à certaines personnes vulnérables et que c'est là qu'ils ont été pris pour des insurgés et ont été tués. Apparemment, la Cour a considéré que tous ceux qui se trouvaient à Kilwa le 15 octobre 2005 ne pouvaient qu'être des combattants et qu'il était justifié de les exécuter, même lorsqu'ils étaient hors de combat.

Le cas le plus emblématique est celui du meurtre de Willy Ulimwengu. Selon la déposition de la mère de ce dernier, M. Ulimwengu avait fui avec sa mère à Kabeleka à plus de 7 km de Kilwa. Mais, il est ensuite retourné à Kilwa où était resté son frère aîné « en vue de protéger son pantalon Jeans qui était dans la maison […] située à côté du quartier opérationnel des insurgés où eurent lieu aussi des affrontements ». Personne ne l'a revu depuis. Mais, face à ce témoignage, la Cour militaire a d'abord émis un doute sur son décès. Cela ne l'a toutefois pas empêché de déclarer que « le retour isolé de Ulimwengu Willy à Kilwa, au cœur même du lieu des affrontements, ne peut se justifier que par sa volonté de participer au combat, avec son frère aîné (…) dans les rangs du MLRK, et non par celle de protéger un vieux pantalon Jeans »[341]. L'on reviendra plus loin sur cette approche au regard tout particulièrement de l'arrêt *Tadić* dans lequel le TPIY a été confronté à une question similaire.

La Cour est même allée beaucoup plus loin dans son scepticisme sur le témoignage des familles de certaines autres victimes. Concernant par exemple le meurtre de M. Shimpundu Pilati, les deux sœurs de ce dernier ont déclaré devant la Cour que leur frère a été abattu le 15 octobre 2004 à Kilwa dans leur maison même où il avait trouvé refuge et où il avait bu jusqu'à s'enivrer. Mais, la Cour n'a accordé aucun crédit à ce témoignage. Les juges de la Cour y ont répondu par des affirmations et des interrogations très surprenantes : « Attendu que personne ne prend sa boisson alcoolique au milieu des affrontements armés ; qu'en outre, qui pouvait ouvrir son débit de boisson ou son bistrot et se mettre à vendre, dans l'après-midi du 15 octobre 2004, en pleine guerre armée ? Pourquoi n'avait-il pas quitté Kilwa comme tout le monde ? »[342].

Dans certains endroits, la Cour n'a pas hésité à considérer certaines victimes comme responsables des actes qu'elles dénonçaient. Ainsi, par rapport au pillage de l'hôtel de l'abbé Champo, la Cour affirme, non sans ambiguïté, que si l'abbé précité, considéré par la Cour comme un « grand intellectuel », n'avait déclaré que très tardivement le pillage de son hôtel, c'est parce qu' « il savait que son hôtel fut pillé le 14 octobre 2004 par les insurgés du mouvement d'Alain Kazadi, mouvement auquel lui-même aussi avait adhéré ». La Cour poursuit en déclarant que « le prévenu Ilunga Adémar ne peut être pris pour responsable du pillage de l'hôtel Kabiata de l'Abbé Champo commis par ses compagnons insurgés »[343]. En mettant en avant un tel raisonnement, la Cour militaire n'explique toutefois pas dans quelle mesure les soi-disant « compagnons » peuvent se piller *entre eux*.

341 Arrêt *Kilwa*, p. 18.
342 *Idem*, p. 19.
343 *Idem*, p. 22.

Dans tous les cas, sur la base de cette argumentation, la Cour n'a pas pu établir les actes matériels (essentiellement les meurtres et les pillages) qui auraient pu constituer une base pour analyser les exigences contextuelles des crimes de guerre. Elle a ainsi rejeté non seulement la qualification des crimes de guerre, mais aussi acquitté les accusés pour les meurtres et pillages. Le meurtre des deux jeunes garçons pour lesquels la Cour militaire a reconnu le colonel Ilunga coupable ne concernait pas des actes commis dans le cadre d'un conflit armé puisqu'ils ont été commis bien après ce conflit armé de Kilwa et n'avait aucun lien de connexité avec ce conflit armé.

Observations

L'incident à l'origine du procès de Kilwa (Kilwa I) et le procès lui-même ont suscité un intérêt qui dépasse largement les frontières congolaises[344]. En effet, la justice congolaise n'ayant pu établir la responsabilité civile de la société minière *Anvil Mining Company (AMC)* puisque les employés de cette dernière, poursuivis pour complicité dans les crimes de guerre ont été acquittés, les victimes ont dans un premier temps, porté leurs revendications civiles auprès des tribunaux de l'Australie où la société précitée avait son siège social. Mais, cette procédure n'est pas parvenue à son terme en raison des problèmes de représentation en justice[345]. Les victimes, représentées par l'Association canadienne contre l'impunité (ACCI), se sont alors tournées vers les tribunaux du Canada où la société avait créé un bureau après l'incident de Kilwa, soit en 2005. Là, le premier juge (Cour supérieure) a affirmé sa compétence pour traiter de la responsabilité civile de cette société. Il s'est fondé sur le fait que (i) la société avait un établissement au Québec et que la contestation était relative aux activités de ladite société au Québec ; (ii) « il [était] impossible de déterminer que les autorités du Congo ou celles de l'Australie seraient nettement plus appropriées pour trancher le litige » ; et (iii) « en fait, à ce stade-ci des procédures, tout indique que si le tribunal rejetait l'action (…), il n'existerait aucune autre possibilité pour les victimes de se faire entendre par la justice civile »[346]. Cette décision a toutefois été annulée par la Cour d'appel du Québec. Celle-ci a estimé que les tribunaux canadiens n'étaient pas compétents puisque la contestation ne portait sur aucune activité de la société précitée au Canada pour la simple raison que cette société n'existait pas au Canada au moment des faits et que ce n'est que plus tard qu'elle a implanté son bureau au Québec[347]. L'arrêt de la Cour d'appel a par ailleurs été confirmé par celui de la Cour suprême du Canada[348]. Le procès lui-même a visiblement été suivi de très près par les Nations Unies, au regard des divers communiqués

344 ACIDH et Asadho/Katanga, *Le procès de Kilwa : un déni de justice. Chronologie Octobre 2004 – juillet 2007*, 17 juillet 2007, disponible en ligne sur http://www.raid-uk.org/sites/default/files/chronology-kilwa-fr.pdf (visité le 28 juillet 2015).

345 Supreme Court of Western Australia, *Pierre v. Anvil Mining Management NL* [2008] Wasc 30, 27 février 2008; sur les procédures en Australie, voy. Joanna Kyriakakis, « Australian Prosecution of Corporations for International Crimes: The Potential of the Commonwealth Criminal Code », *JICJ*, vol. 5, 2007, pp. 809-826.

346 Cour supérieure du Québec, *Association canadienne contre l'impunité (ACCI) c. Anvil Mining Limited*, 27 avril 2011§§ 38-39.

347 Cour d'appel du Québec, *Anvil Mining c. ACCI*, 24 janvier 2012, § 91-93.

348 Cour suprême du Canada, *ACCI c. Anvil Mining*, « arrêt », affaire n° 34733, 1er novembre 2012.

et rapports rédigés par certains organes des Nations Unies[349] et semble avoir été organisé à la suite d'un documentaire diffusé par une chaîne australienne[350].

L'arrêt *Kilwa* appelle cependant trois séries d'observations tenant (i) aux actes matériels des crimes de guerre, à savoir les exécutions sommaires et les pillages, (ii) l'existence d'un véritable conflit armé ayant opposé les FARDC aux membres du MLRK et (iii) à la possibilité de qualifier les faits en crimes contre l'humanité au cas où celle des crimes de guerre se révélait non appropriée.

L'existence des meurtres et des pillages

La méthode employée par la Cour militaire pour rejeter le témoignage des proches des victimes des exécutions sommaires est-elle convaincante ? Pour répondre à cette question, l'on prendra l'exemple du meurtre de M. Willy Ulimwengu qui était retourné à Kilwa pour protéger son pantalon de marque « Jeans » et qui, trouvé sur place par les FARDC qui l'ont pris pour un combattant Maï-Maï, a été tué à bout portant. La Cour militaire a facilement rejeté le récit des proches de la victime au motif que cette dernière ne pouvait pas être retournée à Kilwa pour protéger un vieux pantalon. Selon la Cour, l'intéressé ne pouvait être qu'un combattant tombé sur le champ de bataille.

L'approche ainsi adoptée par la Cour militaire de Lubumbashi fait penser à une question qui avait été soumise à la Chambre d'appel du TPIY dans la célèbre affaire *Tadić*. Pourtant, comme on le verra, cette Chambre d'appel y a donné une réponse très différente de celle de la Cour militaire de Lubumbashi. Pour rappel, Duško Tadić était accusé du meurtre des deux policiers musulmans. Le seul témoin oculaire de ces actes était un certain Nihad Seferović, un musulman qui habitait une région bombardée par les forces paramilitaires serbes et qui s'était réfugié dans les montagnes. Lors de son témoignage devant le TPIY, il a déclaré qu'il était si préoccupé du bien-être de ses pigeons domestiques qu'il est retourné en ville pour les nourrir, alors même que les paramilitaires Serbes s'y trouvaient encore ; et que c'est à cette occasion, qu'il aurait vu M. Tadić tuer les deux policiers. Le Conseil de la Défense a soutenu que le témoin ne se trouvait pas du tout dans la ville lorsque les meurtres ont été commis et que son témoignage était peu crédible. Si c'étaient les juges de la Cour militaire de Lubumbashi qui siégeaient dans cette affaire, ils auraient certainement suivi la Défense dans ce moyen. Cependant, la Chambre d'appel du TPIY ne s'est pas laissé entraîner dans cette argumentation. Elle a déclaré ce qui suit : « la Chambre d'appel ne considère pas comme intrinsèquement invraisemblable l'affirmation du témoin selon laquelle il serait retourné en ville pour nourrir ses pigeons, malgré l'attaque de la ville par les forces paramilitaires serbes auxquelles il avait réussi à échapper une première fois. Un tel comportement est concevable, bien que l'on puisse penser qu'il comporte une prise de risque

349 *Rapport de la Rapporteuse spéciale, Yakin Ertürk, sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences, Additif, Mission en République démocratique du Congo*, Doc. ONU A/HRC/7/6/Add.4, 28 février 2008, § 78 ; *Rapport de l'expert indépendant sur la situation des droits de l'homme en République démocratique du Congo, Titinga Frédéric Pacére*, Doc. ONU A/HRC/7/25, 29 février 2008, § 18.

350 Rapport *Mapping*, § 863.

irrationnelle. La Chambre de première instance, après avoir vu le témoin, entendu son témoignage et observé ledit témoin pendant son contre-interrogatoire, a choisi d'accueillir son témoignage comme moyen de preuve crédible. Rien ne justifie que la Chambre d'appel considère que la Chambre de première instance a manqué de discernement en se fondant sur ce témoignage pour conclure que l'Appelant avait tué les deux hommes »[351].

L'on remarque ainsi que dans l'affaire *Tadić*, des juges internationaux ont accueilli le témoignage de quelqu'un comme Seferović et que, sur la base de ce seul témoignage non corroboré, ont reconnu la culpabilité de M. Tadić. En comparant cette jurisprudence à celle de la Cour militaire de Lubumbashi, il apparaît que celle-ci a trop hâtivement rejeté le témoignage des familles des victimes sur les circonstances de la mort de leurs proches, et tout particulièrement par rapport au jeune homme qui est retourné à Kilwa pour protéger son (vieux) pantalon « Jeans » et non pour participer aux hostilités. La Cour militaire aurait donc dû se montrer un peu plus rigoureuse dans la manière de traiter les exécutions sommaires. Les récits des proches des victimes semblent d'ailleurs indiquer que, même si ces personnes avaient effectivement été des combattants, il ne fait l'ombre d'aucun doute que lorsqu'elles ont été capturées par les F.A.R.D.C., elles étaient hors de combat et que, partant, elles ne méritaient pas le sort qui leur a été réservé.

Certes, les témoignages de certaines victimes peuvent sembler équivoques lorsqu'ils sont pris séparément. Toutefois, en les prenant dans leur globalité, ces témoignages révèlent clairement que, dès lors qu'à l'approche de Kilwa le 15 octobre 2004, le colonel Ilunga avait demandé à la population de se mettre à l'abri des affrontements, lui et ses hommes ont considéré tous ceux qui s'y trouveraient comme des combattants, et *a fortiori* lorsqu'ils détiennent des effets militaires ; et que, pour eux, ces personnes-là, qu'elles soient hors de combat ou pas, devaient périr. C'est d'ailleurs les propos qu'ils auraient tenus à la radio locale ce jour-là. Le raisonnement tenu dans l'arrêt *Kilwa* semble ainsi dangereusement donner quelque légitimité à cette approche extrémiste et trahit manifestement un manque d'impartialité de la Cour militaire. En imputant aux victimes la responsabilité des crimes commis à leur encontre sur la base de simples suppositions, la Cour est apparue comme beaucoup plus préoccupée à protéger les intérêts du corps militaire qu'à rendre justice aux victimes.

L'on sait que le professeur Raphaël Nyabirungu ne partage pas les critiques émises contre l'arrêt *Kilwa*. En effet, dans un mémoire rédigé apparemment pour le compte de la société Anvil Mining (dont les employés étaient suspectés de complicité dans les crimes de guerre commis à Kilwa) dans le cadre des procédures initiées par certaines victimes, représentées par l'ACCI, contre cette société au Canada, le professeur Raphaël Nyabirungu a déclaré ce qui suit :

> l'Arrêt de la Cour militaire du Katanga dans l'affaire Kilwa peut susciter des critiques sur la forme prise par sa rédaction ou sur le cheminement de la pensée : absence de motivation ou motivation insuffisante, caractère sommaire

351 Arrêt *Tadić* (Fond) », § 66.

> de la décision qui ne relève pas toujours les arguments des parties, etc. L'on aurait souhaité, en regard du sérieux des accusations portées, une meilleure rédaction et motivation de la part de la Cour militaire du Katanga. Cependant, la doctrine la plus autorisée déclare notamment que le caractère sommaire des décisions militaires ne saurait à lui seul fonder la recevabilité d'une affaire par la Cour pénale internationale : "les procédures militaires menées de bonne foi par les États, et qui appliquent le principe de la responsabilité pénale résultant des définitions des crimes, des motifs d'exonération de responsabilité et des principes généraux du droit pénal appropriés, n'aboutiront pas à la recevabilité d'une affaire devant la CPI, du seul fait que les procédures appliquées sont quelque peu sommaires". La rédaction maladroite et le manque de motivation n'enlève[nt] rien au caractère juste et équitable d'une procédure judiciaire[352].

Venant d'une autorité aussi respectée que le professeur Nyabirungu, ces propos sont couverts d'une grande credibilité. D'ailleurs, il faudra rappeler que cette opinion semble avoir influencé les juridictions canadiennes qui ont débouté les victimes de Kilwa, comme on l'a vu précédemment. Pourtant, trois éléments devraient justifier une résistance à adhérer à l'opinion du professeur Nyabirungu. Premièrement, l'opinion en question va à l'encontre des propos très sévères que le professeur Nyabirungu avait précédemment tenus par rapport précisément à ce même arrêt *Kilwa*. C'est en effet M. Nyabirungu qui, le 25 mai 2010, a critiqué ce même arrêt *Kilwa* lui reprochant « l'absence de motivation ou l'insuffisance de motivation qui équivaut à l'absence de motivation » et le fait que « les arguments des parties ne sont exposés ni discutés, et spécialement, il n'est fait nulle part de l'argumentation de la Défense. Au contraire, on assiste à des prises de position brusques de la Cour militaire du Katanga, exprimées sans aucun renvoi à aucune jurisprudence ou doctrine, avec bonhomie et légèreté qui frisent le ridicule et enlèvent à l'arrêt tout sérieux et toute crédibilité lorsqu'il s'agit des faits d'une gravité comme celle des crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité »[353].

Deuxièmement, l'opinion évalue le respect des règles du procès équitable à partir des critères de recevabilité d'une affaire devant la CPI, alors que les conditions de recevabilité des poursuites devant la CPI ne constituent pas un critère valable d'évaluation du caractère juste et équitable d'un procès pénal et n'ont d'ailleurs pas cet objectif. L'opinion du professeur Nyabirungu tend d'ailleurs à nier un des droits fondamentaux tant des victimes que des accusés dans un procès pénal : le droit à un jugement motivé (« *reasoned opinion* », en anglais), droit sur lequel beaucoup de juges internationaux sont revenus dans leur décision, ainsi

352 Voy. *Affidavit du professeur Raphael Nyabirungu mwene Songa dans le dossier Association canadienne contre l'impunité c. Anvil Mining Limited, n° 500-06-000530-101 devant la Cour supérieure, 24 mars 2011*, § 12-13.

353 Nyabirungu Mwene Songa, *Universalité et effectivité du système du Statut de Rome, l'intégration de l'état de droit dans la coopération au développement et l'utilisation du processus de la CPI comme un catalyseur pour les réformes du droit*, 25 mai 2010, pp. 9-10, disponible en ligne sur http://www.pgaction.org/pdf/pre/CAPVI%20Speech%20Nyabirungu.pdf (visité le 21 octobre 2015).

que le démontre l'étude de M. Vladimir Tochilovsky[354]. Il n'est pas inutile de rappeler les propos du juge David Hunt dans l'affaire *Blagosevic et autres* devant le TPIY, selon lesquels la motivation d'une décision judiciaire est nécessaire pour aider non seulement les parties au procès, mais aussi pour les parties dans d'autres procès similaires, la recherche scientifique, le public en général, etc.[355]. Il faut d'ailleurs rappeler que l'objectif des décisions judiciaires n'est pas seulement répressif. Ces décisions poursuivent également un objectif pédagogique qui ne peut ne peut assurément être atteint par des jugements reposant sur une motivation complaisante, voire absurde alors qu'ils portent sur des faits graves.

Troisièmement, l'opinion du professeur Nyabirungu semble en fait reposer sur une lecture quelque peu hâtive des écrits de l'auteur auquel il se réfère[356]. En effet, cet auteur (Bruce Broomhall) n'entendait pas dire que la CPI était désarmée face à une décision sommaire et non motivée d'*acquittement* d'un responsable des crimes graves. Il voulait plutôt dire que le caractère sommaire d'une décision judiciaire ne peut entraîner l'irrecevabilité des poursuites que lorsque les accusés ont été *condamnés*. Cette conséquence n'est pas possible lorsque les accusés ont été *acquittés*, comme dans l'affaire *Kilwa*. Cela veut dire, en d'autres termes, que la pertinence du caractère sommaire d'une décision judiciaire sur l'irrecevabilité des poursuites devant la CPI dépend en fin de compte du résultat final du procès (acquittement ou condamnation) : s'ils sont *acquittés* sur la base d'un jugement sommaire et non motivé, les poursuites éventuelles devant la CPI seraient recevables ; tandis que s'ils sont *condamnés* à la suite d'un procès non équitable et sur la base d'un jugement sommaire et non motivé, les poursuites devant la CPI seraient irrecevables. Comme l'ont dit plusieurs autres auteurs, la CPI n'est pas une Cour des droits de l'homme *stricto sensu* puisque son rôle est plutôt de s'intéresser aux situations dans lesquelles le dysfonctionnement de l'appareil répressif étatique a favorisé l'accusé et lui a permis d' échapper à un juste châtiment dû à sa conduite criminelle[357]. La Chambre d'appel de la CPI elle-même l'a d'ailleurs rappelé dans

354 Vladimir Tochilovsky, *The Law and Jurisprudence of the International Criminal Tribunals and Courts : Procedure and Human Rights Aspects*, 2nd edition, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2014, pp. 1036-1040 (voir aussi l'abondante jurisprudence internationale que cite cet éminent auteur à ce propos).

355 TPIY (Ch. Appel), *Le Procureur c. Blagosevic al al.*, « Separate Opinion of Judge David Hunt on Provisional Release of Vidoje Blagosevic and Dragan Obrenovic », affaire n° IT-02-60-ARS65 & IT-02-60-AR65.2, 3 octobre 2002, § 2.

356 Le professeur Nyabirungu s'est, à cet égard, référé à Bruce Broomhall, « La Cour pénale internationale : Directives pour l'adoption des lois nationales d'adaptation », étude réalisée en coordination avec le professeur Cherif Bassiouni, sous les auspices de l'Institut de Droit International des Droits de l'homme (Université DePaul) et de l'institut des hautes Études de Sciences Criminelles (Syracuse, Italie), 13 quarter *Nouvelles Études Pénales*, Association Internationale de Droit Pénal, 1999, p. 165.

357 Markus Benzing, « The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity », *in Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, p. 598: « The ICC was not created as a human rights Court *stricto sensu*. It was established to address situations where a miscarriage of justice and breach of human rights standards works *in favour* of the accused and he or she profits from this irregularity by evading a just determination of his or her responsibility ». Voy. aussi Kevin J. Heller, « The Shadow Side of Complementarity: The effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process », *in CLF*, 17, 2006, p. 232 « Violations of due process that make the defendant easier to convict do not satisfy subparagraph (c), for all the reasons discussed above ».

l'affaire *Al-Senussi*[358]. Si l'on devait permettre que des décisions sommaires et non motivées d'acquittement empêchent la CPI d'exercer sa compétence, on ne voit pas comment celle-ci atteindrait l'objectif principal inscrit dans le préambule de son Statut, à savoir, lutter contre l'impunité des crimes qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble.

Selon le professeur Nyabirungu encore, « les faiblesses de rédaction et de motivation de l'Arrêt du 28 juin 2007 ne remettent pas non plus en question la bonne foi de l'application de la loi. Faute de preuve établissant les crimes allégués à charge d'Anvil et de ses agents, et particulièrement vu la preuve des réquisitions faites par le gouvernement et les forces de l'ordre, la Cour militaire du Katanga, en déclarant les actions civiles non fondées, a bien dit le droit »[359]. Ici encore, l'on doit attirer l'attention sur un risque de raccourci. Certes, face à l'absence des éléments de preuves, le juge n'a d'autres choix que d'acquitter la personne poursuivie. Cependant, lorsque l'absence des preuves résulte de la mauvaise qualité d'une enquête ou d'une instruction juridictionnelle inadéquate, la procédure est considérée comme viciée et il n'y a pas lieu de parler de procédure menée de « bonne foi ». Dans l'affaire *Kilwa* d'ailleurs, la mauvaise foi des autorités judiciaires apparaît clairement lorsque (i) les juges de la Cour militaire imputent aux victimes, sur la base des simples suppositions, la responsabilité des crimes commis à leur encontre ; (ii) le ministère public restreint unilatéralement et arbitrairement le champ de son appel contre l'arrêt de la Cour militaire de Lubumbashi, tout en étant conscient que par cet acte, il empêchait les victimes à faire réexaminer par la Haute Cour militaire les faits poursuivis en tant que crimes de guerre, et ce, malgré l'appel du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme ; et (iii) la Haute Cour militaire considère, malgré toutes les critiques émises à l'encontre de l'arrêt de la Cour militaire, que le fait pour le ministère public de restreindre, dans ces conditions, son appel à la seule peine de servitude pénale à perpétuité constituait une circonstance atténuante en faveur des accusés. Il est difficile de voir dans une telle procédure une quelconque bonne foi des autorités judiciaires militaires congolaises.

358 CPI (Ch. Appel), *Le Procureur c. Saif-Al Islam Gaddafi et Abdullah Al-Senussi*, « Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi"'», Doc. ICC-01/11-01/11-565, 24 juillet 2014, §§ 1-3 ((voy. les « key findinds »): « [§ 1]. For a case to be admissible because the State is unwilling genuinely to investigate or prosecute in terms of article 17 (2) (c) of the Statute, it must be shown that the proceedings were not or are not being conducted independently or impartially and that the proceedings were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice. [§ 2]. Taking into account the text, context and object and purpose of the provision, this determination is not one that involves an assessment of whether the due process rights of a suspect have been breached per se. In particular, the concept of proceedings "being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice" should generally be understood as referring to proceedings which will lead to a suspect evading justice, in the sense of not appropriately being tried genuinely to establish his or her criminal responsibility, in the equivalent of sham proceedings that are concerned with that person's protection. [§ 3]. However, there may be circumstances, depending on the facts of the individual case, whereby violations of the rights of the suspect are so egregious that the proceedings can no longer be regarded as being capable of providing any genuine form of justice to the suspect so that they should be deemed, in those circumstances, to be "inconsistent with an intent to bring the person to justice" ».

359 Voy. *Affidavit (Nyabirungu), op. cit.,* § 14.

Le contexte de conflit armé était-il établi ?

En admettant que ces exécutions sommaires fussent criminelles comme on vient de le dire, la grande question que suscite l'arrêt *Kilwa* par rapport à la définition des crimes de guerre réside dans les exigences contextuelles de ceux-ci : ces actes criminels ont-ils eu lieu dans le contexte d'un conflit armé non international et lui étaient-ils associés ?

Par rapport à l'existence d'un conflit armé, la question que pose l'arrêt *Kilwa* est celle de savoir si les FARDC étaient opposées à un groupe armé *organisé* et si ce conflit armé avait atteint le degré d'*intensité* requis. On a déjà dit que la Cour a omis de traiter cette importante question. Pourtant, la version des faits présentée par la Cour militaire semble suggérer que le MLRK était un groupe armé organisé. Certes, la Cour ne donne pas tous les éléments nécessaires à cette conclusion ni les effectifs totaux des insurgés. Toutefois, elle fournit des informations telles qu'il s'agissait des insurgés venus de la Zambie et commandés par M. Kazadi Mukalayi ; que ces insurgés ont réussi à mettre en déroute les FARDC ; qu'ils ont tenu des meetings avec apparemment un soutien populaire et qu'ils ont procédé à un recrutement massif des nouveaux combattants et ont distribué aux nouveaux recrus 300 dollars ainsi qu'une arme de guerre. L'ensemble de ces éléments peut donner à penser qu'il s'agissait d'un groupe armé d'une certaine importance ; qu'il était bien organisé et disposait des moyens militaires et financiers importants. Cependant, cette version n'est pas confirmée par la MONUC. Selon celle-ci en effet, lors de leur entrée à Kilwa, les insurgés du MLRK formaient un « petit groupe de 6 à 7 personnes » et surtout que ce petit groupe était « mal organisé et faiblement armé »[360]. Même si l'on admettait qu'après leur entrée à Kilwa, ce petit groupe a bénéficié du soutien populaire et qu'il a procédé à un recrutement massif de près de 100 personnes, il est cependant douteux qu'il ait pu véritablement s'organiser au cours de ce laps de temps durant lequel il a occupé la cité de Kilwa. Il est donc difficile de dire que le MLRK constituait un groupe armé organisé. Ainsi, contrairement à la version de l'arrêt *Kilwa*, celle de la MONUC semble donc remettre en question l'existence d'un conflit armé au sens du droit des conflits armés.

Par rapport à l'intensité du conflit armé, l'on peut distinguer la phase d'entrée du MLRK à Kilwa et celle de la contre-offensive des FARDC. À la phase de l'entrée à Kilwa, le rapport de la MONUC a soutenu que « malgré leur armement limité, le MRLK n'a rencontré que peu, voire aucune résistance de la part des militaires – environ 10 à 20 hommes - et de la police locale présents à Kilwa » ; et qu' « aucun affrontement armé n'a été rapporté » puisque « la plupart des forces FARDC basées à Kilwa et dans les environs de Pweto avaient été redéployées ailleurs entre septembre 2004 et le jour avant l'attaque »[361].

360 Voy. MONUC, *Rapport sur les conclusions de l'Enquête Spéciale sur les allégations d'exécutions sommaires et autres violations de droits de l'homme commises par les FARDC à Kilwa (Province de Katanga) le 15 octobre 2004*, § 2. Au paragraphe 10 de ce rapport, la MONUC écrit plus exactement que « le 14 octobre, vers 2h du matin, un groupe de 6 à 7 personnes, mené mené par Alain Kazadi Mukalayi, un pêcheur d'une vingtaine d'années originaire de Pweto, qui prétendait être le Général en chef du Mouvement Révolutionnaire pour la Libération de Katanga (MRLK), a attaqué et brièvement occupé Kilwa ».

361 *Idem*, § 11.

Un doute légitime peut ainsi être entretenu au sujet de l'intensité suffisante de ce conflit armé à ce stade.

Lors de la contre-offensive, l'arrêt *Kilwa* dit que les FARDC ont repris la cité de Kilwa « après trois heures d'âpres combats ». Tandis que le rapport des Nations Unies sur l'incident de Kilwa, rapport soutenu par celui de la Rapporteuse spéciale, Yakin Ertürk, sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences en République démocratique du Congo[362], a décrit de la manière suivante les évènements du 15 octobre 2004 : « avant d'entrer en ville, les FARDC ont bombardé Kilwa, causant la destruction d'au moins cinq à six maisons. Puis, ils ont commencé à s'affronter avec le groupe de Kazadi surtout autour de la zone du marché et sur la route de l'aéroport. Les affrontements auraient duré une à deux heures sans que les FARDC aient eu à souffrir de pertes. Juste après, les FARDC ont commencé une opération de recherche des insurgés, maison par maison, qui aurait duré jusqu'à l'après-midi du 16 octobre. En effectuant cette opération, les FARDC ont commis des exécutions sommaires ainsi que d'autres violations de droits de l'homme (…) »[363].

Qu'il s'agisse de la version des Nations Unies ou de celle de l'arrêt *Kilwa* lui-même, une chose est certaine : l'intensité des affrontements était faible tant à l'entrée des insurgés que lors de la contre-offensive. Le simple fait que le gouvernement ait recouru aux forces armées et non à la police ne constitue pas en soi un indicateur fiable de l'intensité de ce conflit. Dans tous les cas, la version des Nations Unies paraît beaucoup plus favorable au rejet de la qualification des crimes de guerre tant en raison du caractère non organisé du groupe armé auquel les FARDC étaient opposées qu'au regard de l'intensité du conflit armé[364]. Finalement, en l'absence d'un groupe armé « organisé » impliqué dans ces affrontements et d'une intensité suffisante desdits affrontements, il est difficile de reprocher à la Cour militaire de Lubumbashi d'avoir rejeté la qualification des crimes de guerre aux actes criminels (meurtres et pillages) imputés aux FARDC lors de la contre-offensive de Kilwa.

Crimes de guerre ou crimes contre l'humanité ?

À défaut de qualifier les faits en crimes de guerre, la qualification des crimes contre l'humanité serait-elle plus appropriée ? Sur cette question, l'on peut observer une certaine convergence des versions des faits retenues la Cour militaire, les Nations Unies et les ONG

362 *Rapport de la Rapporteuse spéciale, Yakin Ertürk, sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences, Additif, Mission en République démocratique du Congo*, Doc. ONU A/HRC/7/6/Add.4, 27 février 2008, § 78 : « Si l'enquête de la MONUC avait conclu qu'il n'y avait eu pratiquement aucun combat lorsque les FARDC avaient repris le contrôle de la ville de Kilwa, le tribunal a considéré, quant à lui, que tous les civils tués avaient été victimes de combats entre les FARDC et des forces rebelles et qu'aucun crime n'avait été commis ».

363 Rapport MONUC, *idem*, § 17.

364 Adam McBeth, « Crushed by an Anvil: A Case Study on Responsibility for Human Rights in the Extractive Sector », *Yale Human Rights and Development Journal*, vol. 11, 2008, p. 137: « It is doubtful whether a forty-eight hour insurgency by initially fewer than ten, and at its peak fewer than 100, lightly-armed and disorganized individuals- described in an Anvil press release as "a small band of disaffected individuals seeking representation and the leader of which is not dressed in uniform and wears sandals" - meets the necessary threshold. It is therefore doubtful whether any of the events in the Kilwa incident could be classified as war crimes ».

locales (ACIDH et ASADHO/Katanga) sur le fait que les exécutions sommaires dont il est question ont porté sur un nombre important des victimes (l'arrêt parle de 27 personnes, les Nations Unies parlent d'au moins 73 personnes). Ainsi, sur cette base, le caractère *généralisé* de ces crimes semble être établi. Par ailleurs, ces exécutions semblent avoir un caractère systématique en raison de la manière dont elles ont été réalisées, et ce, au regard des témoignages des proches des victimes. Il convient de rappeler à cet égard qu'après leur victoire militaire sur les insurgés, les éléments du colonel Ilunga ont procédé à des opérations de ratissage maison par maison et c'est là qu'ils se sont livrés aux exécutions sommaires précitées. Enfin, ces exécutions ont été commises en exécution de la politique d'un État, définie au niveau local, c'est-à-dire en l'occurrence, la 62e brigade des FARDC commandée par le colonel Ilunga. En effet, il apparaît que ce dernier a ordonné à la population de quitter Kilwa et s'est cru en droit de tuer toute personne qu'il trouverait sur place. Un rapport publié par des ONG renseigne d'ailleurs que le colonel Ilunga a annoncé à la radio que ses troupes « ne feront preuve d'aucune pitié et que quiconque sera trouvé sur place sera traité comme un insurgé »[365]. Cette information est d'ailleurs confirmée par le rapport précité de la MONUC où l'on apprend que « selon une source militaire, les soldats auraient reçu l'ordre avant l'attaque de "tirer sur tout ce qui bougeait" »[366]. Ces exécutions et pillages ont ainsi été dictés par un sentiment de vengeance contre les habitants de Kilwa qui ont, en fait, été traités ainsi parce que les FARDC leur reprochaient d'avoir accueilli les insurgés en « libérateur », ainsi que l'a dit la Cour elle-même[367].

Lors de l'atelier de validation de la présente étude, certains intervenants ont exprimé le doute sur le fait qu'il s'agisse d'une politique d'État, puisque, selon eux, il était question d'un excès de zèle de la part du colonel Ilunga. En réalité, une telle objection procède d'une conception purement bureaucratique de l'élément politique exigé pour les crimes contre l'humanité. Elle procède surtout du fait que, dans l'entendement de beaucoup de personnes, parler de la politique d'État revient à définir cette politique au niveau national, et même celui du sommet de l'État, alors que l'élément politique des crimes contre l'humanité peut aussi être défini au niveau local au sein d'une structure de l'État et qu'il ne doit pas nécessairement être entendu au sens bureaucratique. Cet élément signifie simplement que les crimes ont été préparés ou ordonnés ou encore encouragés par l'abstention de ceux qui avaient le devoir de les empêcher. Dans l'affaire Kilwa par ailleurs, l'on ne doit pas perdre de vue le fait que la politique dont il est question (attaquer les habitants de Kilwa en raison de leur affiliation supposée avec les rebelles) semble avoir été soutenue au niveau national compte tenu de l'attitude des autorités judiciaires. On voit en effet que la volonté de culpabiliser les victimes pour justifier les débordements auxquels se sont livrés les éléments des FARDC leur ont réservé est présente dans la démarche méthodologique de l'arrêt et semble refléter une approbation implicite des exécutions sommaires et des pillages

365 ACIDH et Asadho/Katanga, *Le procès de Kilwa : un déni de justice. Chronologie Octobre 2004 – juillet 2007,* 17 juillet 2007, p. 2.

366 Rapport MONUC, *idem*, § 6.

367 Arrêt *Kilwa*, p. 14.

auxquels se sont livrés les éléments du colonel Adémar Ilunga. En raison même de cette politique approuvée *ex post facto* au niveau national, s'il peut y avoir quelques doutes sur la pertinence de la qualification des crimes de guerre, un tel doute n'est pas justifié pour que ces meurtres revêtent la qualification des crimes contre l'humanité[368]. Finalement, l'affaire *Kilwa* semble refléter une impunité des véritables crimes contre l'humanité perpétrés par des éléments des FARDC.

5. Affaire *Bavi-Ghety*

L'affaire *Bavi-Ghety* tire son origine des crimes atroces (meurtres parfois consécutifs aux viols) commis par des éléments du bataillon d'intervention des FARDC basé en Ituri et commandé par le capitaine François Mulesa Mulombo alias « Bozizé ». Ce bataillon était envoyé dans la localité de Bavi en Ituri le 19 juillet 2006 pour combattre une milice armée composée des Ngiti, commandée par M. Justin Banaloki, mieux connu sous son surnom de « Cobra Matata ». Cette milice venait d'attaquer les positions des FARDC deux jours plus tôt, soit le 17 juillet 2006. Lors de l'envoi de ces éléments à Bavi, le capitaine précité avait reçu l'ordre n° 10/S3-OPS/06 lui enjoignant de « consolider la position de Bavi et de la défendre, de protéger la population civile et ses biens, d'observer les normes internationales, de respecter les biens privés et publics, d'entretenir une étroite collaboration avec les autorités politico administratives, les notabilités et en particulier avec la MONUC ». En violation de cet ordre, il a cependant lancé plusieurs « patrouilles de combat en profondeur » après la conquête de Bavi. Au cours des différentes patrouilles (quatre au total) organisées à des intervalles séparés et à des lieux différents, près de 30 personnes (dont 4 femmes, deux fillettes et deux jeunes garçons) ont été arrêtées[369] puis froidement exécutées au moyen de barre de mines dans les locaux de l'état-major du bataillon sur ordre du capitaine Mulesa. Les femmes en particulier ont d'abord été violées avant d'être exécutées. Les corps des victimes ont ensuite été enterrés dans des fosses communes dans le périmètre de l'état-major du bataillon. Le capitaine Mulesa, qui apparemment aimait bien ces exécutions, suspectait ces infortunés d'être des membres de la milice précitée, alors même qu'au sein de son propre bataillon, certains militaires soutenaient qu'il s'agissait simplement des déplacés de guerre en quête de nourriture.

Dénoncés par certains de ses propres collaborateurs au sein du bataillon et par les rapports des ONG et de la MONUC, le capitaine Mulesa et 8 de ses proches collaborateurs ont été poursuivis devant le TMG de l'Ituri pour le meurtre de ces 30 personnes, pour le viol des quatre femmes et pour les actes de pillage en tant que crimes de guerre en application

368 Adam McBeth, « Crushed by an Anvil… », *op. cit.*, p. 138.

369 Selon l'arrêt *Kilwa*, ces arrestations suivies d'exécution ont eu lieu au moins quatre fois et à des endroits différents. La première fois, c'était le 11 août 2006 dans la localité d'Avegi où 20 personnes ont été arrêtées, parmi lesquelles une personne a été tuée sur place et une autre a réussi à s'échapper ; la deuxième fois, ce sera le 17 septembre 2006 dans le village de Sorodo où 9 personnes ont été arrêtées ; la troisième fois, au courant du mois d'octobre 2006 dans le village de Kelege où un pasteur a été capturé, les membres de sa famille qui l'accompagnaient ayant réussi à s'enfuir ; et enfin, la quatrième fois, aux environs du village de Singo en novembre 2006 où deux jeunes garçons ont été arrêtés.

des dispositions pertinentes du Statut de Rome. À l'issue de leur procès au premier degré, les accusés ont été tous déclarés coupables des crimes de guerre. Ils ont été condamnés, sans admission des circonstances atténuantes, à la servitude pénale à perpétuité et, *in solidum* avec l'État congolais, au paiement des dommages-intérêts en faveur des familles des victimes[370]. En appel, leur condamnation ainsi que celle de la RDC en tant que civilement responsable ont été confirmées[371]. Concernant les peines toutefois, la Cour militaire n'a maintenu la servitude pénale à perpétuité qu'à l'encontre du capitaine Mulesa. Les autres condamnés ont vu leurs peines réduites entre 10 ans et 15 ans de servitude pénale principale, la Cour ayant retenu en leur faveur de soi-disant circonstances atténuantes tirées de la « pression psychologique » et de leur « collaboration avec la justice ». L'on reviendra plus loin sur la pertinence de ces prétendues circonstances atténuantes.

Argumentation

Pour établir les crimes de guerre, la Cour militaire a invoqué les Éléments de crimes de guerre pour chaque acte matériel, à savoir les pillages, le meurtre et les viols. Dans chacun de ces actes matériels, la Cour reconnaît qu'il est notamment exigé que « le comportement [ait] lieu dans le contexte de, et [soit] associé à, un conflit armé de caractère non international » ; et que « l'auteur [ait] connaissance des circonstances de fait établissant l'existence de ce conflit armé ». Pourtant, dans l'argumentation de l'arrêt, on constate que toute l'attention de la Cour s'est orientée vers l'établissement des actes matériels de pillages, meurtre et viol, mais que la Cour n'a pas préalablement vérifié l'existence d'un conflit armé non international dans le cadre duquel ces crimes ont été commis. On trouve toutefois une allusion à l'existence d'un conflit armé dans l'analyse des actes de pillages en tant que crimes de guerre lorsque la Cour affirme que « ces violations graves contre les biens protégés par les Conventions de Genève l'ont été dans le même contexte que celui des meurtres ci-haut analysés : affrontement armé entre les bataillons Intervention et la milice du sieur Cobra Matata ». De même, dans l'analyse du viol en tant que crimes de guerre, la Cour affirme que « ce viol a eu lieu dans les mêmes circonstances de temps et de lieu que les meurtres et les pillages ci-devant analysés, c'est-à-dire celui d'un conflit armé ne présentant pas un caractère international, soit entre le bataillon Intervention de la 1re Brigade Infanterie et une milice armée en Ituri commandée par un certain Cobra Matata ».

Observations

La jurisprudence *Bavi Ghety* a été appréciée dans le Rapport *Mapping*. Ce rapport affirme en effet que « cette affaire a donné lieu à des décisions bien motivées, citant d'autres affaires qui confirment l'application directe des dispositions du Statut de Rome en droit congolais considérées comme "plus claires et mieux élaborées" que celles du Code pénal militaire,

370 TMG/Ituri, *MP et PC c. Mulesa et consorts*, « Jugement », RP 101/2006, 02 août 2006 (Jugement *Bavi Ghety*).

371 CM/Kisangani, *MP et PC c. Mulesa et consorts*, « Arrêt », RPA 003/2007, 28 juillet 2007, (ci-après, « Arrêt *Bavi Ghety* »).

notamment en ce qui concerne la poursuite des crimes de guerre ». Il affirme également que « le juge cite également avec approbation la décision du TPIY dans l'affaire *Tadić* pour qualifier le conflit en Ituri de "conflit armé interne" »[372].

Pourtant, ici encore la version des faits que livre l'arrêt de la Cour militaire de Kisangani laisse sans réponse des questions importantes liées aux exigences contextuelles des crimes de guerre. Concernant premièrement l'existence d'un conflit armé de caractère non international, l'on constate que la Cour n'a pas approfondi cette question. Chaque fois qu'elle a eu à se prononcer là-dessous, la Cour s'est contentée de dire qu'il existait un conflit armé opposant les FARDC à la milice « d'un certain Cobra Matata ». Rien n'indique si cette milice était un groupe armé organisé ni le degré d'intensité de ces affrontements. L'emploi de l'expression « la milice d'un certain Cobra Matata » semble d'ailleurs indiquer que la Cour n'a pas approfondi la question de l'organisation de ce groupe armé ni celle de l'intensité du conflit armé ayant opposé les FARDC à cette milice.

Cependant, les éléments relatifs à l'organisation de cette milice ainsi que celle de l'intensité peuvent être tirés des sources externes à l'arrêt sous examen. Sur la question de l'organisation par exemple, il faut rappeler que celui qu'on surnomme « Cobra Matata » s'appelle en réalité M. Justin Banaloki, autoproclamé « général de brigade ». Les experts des Nations Unies le présentent comme étant le chef de la milice de la communauté « ngiti », parfois appelée FRPI (Forces [ou Front] de résistance patriotiques en Ituri)[373]. Selon ces experts en effet, les FRPI constituent le « groupe rebelle le plus fort de l'Ituri »[374]. Par ailleurs, dans le jugement de condamnation de Germain Katanga, la CPI a retracé l'historique de beaucoup de groupes armés opérant en Ituri, y compris les FRPI, auxquelles appartenait Germain Katanga. Par rapport aux FRPI en effet, la CPI renseigne que ce mouvement a été créé en octobre 2002[375] ; « qu'à cette époque [il] n'avait pas de président et que ce n'est qu'ultérieurement, dans le courant de l'année 2004, qu'[il] s'est doté d'une structure politique propre »[376]. Le jugement renseigne également que ce mouvement « n'était pas, lors de sa création, une organisation classique, sa structure se réduisant en effet à un simple comité de coordination composé d'un coordonnateur, de son adjoint ainsi que de deux conseillers. »[377].

En 2005, les experts des Nations Unies considéraient ce groupe armé comme étant l'un des plus « importants » de l'Ituri et comme faisant partie de ceux qui ont signé à

372 Rapport *Mapping*, *op. cit.*, § 876.
373 Voy. *Rapport final du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, S/2012/843, 15 novembre 2012, § 83.
374 *Idem*.
375 Jugement *Katanga*, § 481.
376 *Idem*, § 483.
377 *Idem*.

Kinshasa l'acte d'engagement le 14 mai 2004[378]. Certes, les différents rapports des experts ne disent rien sur les effectifs de la milice de M. Banaloki ni sur la structure interne ou la chaine de commandement de ce groupe armé. Toutefois, dans un récent rapport du Secrétaire général des Nations Unies (2015) dans lequel il apparaît que M. Banaloki a finalement été arrêté par les FARDC le 2 janvier 2015 et transféré à Kinshasa pour y être jugé notamment pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité, les éléments des FPRI ont été évalués à 812 combattants[379]. Certes, ce chiffre représente les effectifs des FPRI en 2015 et n'indique pas nécessairement leurs effectifs entre 2006 et 2007. Mais, pris dans leur ensemble, ces renseignements tirés des rapports des Nations Unies et du jugement *Katanga* devant la CPI constituent un indice permettant de se rendre compte de l'importance de ce groupe armé. Au regard de l'importance du groupe armé dans cette partie du territoire de la RDC, il est difficile de lui nier un caractère organisé en 2006, date à laquelle les faits jugés dans cette affaire ont eu lieu. Il est donc fort probable que ce que la Cour militaire de Kisangani appelle la « milice d'un certain Cobra Matata » était, entre 2006-2007, un véritable groupe armé organisé.

Quant à la question de l'intensité du conflit armé au cours duquel les crimes reprochés au capitaine Mulesa et à ses éléments ont été commis, l'on constate qu'elle n'a pas été abordée et aucun élément de faits ne permet de l'établir. Il faut d'ailleurs rappeler que dans l'affaire *Bongi*, concernant des crimes commis en Ituri en 2005 par les éléments des FARDC contre de soi-disant miliciens capturés, le tribunal de l'Ituri parlait plutôt « d'opérations de déstabilisation des poches de résistance », expression qui sème le doute sur l'intensité du conflit armé. Cette même difficulté est également présente dans l'affaire *Bavi-Ghetty* puisque les faits se déroulent au même endroit et presque à la même époque. On peut en dire autant du lien de connexité entre ces crimes et le conflit armé (au cas où il était effectivement établi) puisque cette question n'a pas non plus été traitée par la Cour militaire.

Il s'offrait ainsi aux juges de la Cour militaire deux possibilités. La première consistait à établir l'existence d'un véritable conflit armé ayant l'intensité requise entre les FARDC et la milice de M. Banaloki, auquel cas, la qualification des crimes de guerre serait appropriée

378 *Rapport du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, S/2005/436, 26 juillet 2005, § 29 : « les dirigeants des groupes armés de l'Ituri ont fréquemment manqué aux engagements qu'ils avaient pris de cesser leurs opérations militaires et violé les dispositions de l'embargo. Par exemple, d'importants groupes armés, comme l'Union des Congolais pour la démocratie/Forces armées du peuple congolais (UCD/FAPC), le Parti pour l'unité et la sauvegarde de l'unité du Congo (PUSIC), le Front de Résistance Patriotique de l'Ituri (FRPI), le Front des nationalistes et intégrationnistes (FNI), les Forces populaires pour la démocratie au Congo (FPDC), l'Union des patriotes congolais (UPC) et l'UPC-Kisembo (UPC-K), ont continué d'avoir des activités militaires après avoir signé à Kinshasa, le 14 mai 2004, l'Acte d'engagement par lequel ils souscrivaient à la transition et au programme de désarmement et réinsertion communautaire. De même, malgré le décret du 11 décembre 2004 qui incorporait dans les FARDC les commandants des milices de l'Ituri, les FAPC et l'UPC-Lubanga (UPC-L.) ont continué de boycotter le programme de désarmement et réinsertion communautaire, tandis que d'autres groupes armés poursuivaient leurs opérations militaires, faisant un nombre important de victimes dans la population civile et plusieurs morts chez les Casques bleus de l'ONU ».

379 *Rapport du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2015/172, 10 mars 2015, § 19.

pour les atrocités reprochées aux accusés. La seconde, mettre de côté la question de l'existence d'un conflit armé et se limiter à la qualification des crimes contre l'humanité à charge des accusés. En effet, ces crimes ont un caractère généralisé difficile à contester en raison du nombre des victimes, mais aussi du caractère répété des crimes commis sur une longue période. Ils ont aussi un caractère systématique puisque presque toutes les victimes ont été exécutées de la même manière à l'arme blanche. Enfin, l'élément politique est également présent puisque (i) ces crimes peuvent être imputés à une structure étatique locale et (ii) qu'ils étaient dictés par une volonté d'anéantir physiquement les soi-disant miliciens, y compris lorsqu'ils étaient capturés et étaient hors de combat.

6. Affaire *Kakado*

L'affaire *Kakado* porte sur des crimes de masse perpétrés en septembre 2002 dans plusieurs localités de l'Ituri par la (le) FRPI (force/front de résistance patriotique en Ituri)[380], décrite comme étant une milice politico-militaire dirigée par Justin Banaloki (Cobra Matata) et Germain Katanga[381]. Ces crimes ont été commis lors des deux incidents majeurs dans lesquels étaient opposées la FRPI et les forces de l'UPC. Le premier incident survenu lors de l'attaque contre la localité de Nyankunde le 5 septembre 2002 a causé la mort d'au moins 949 civils. Le second incident, survenu lors de l'attaque contre la localité de Musedzo le 12 septembre 2002, a causé la mort de 260 personnes. Le jugement *Kakado* rapporte que ces attaques ont été menées en représailles contre les populations de ces deux entités (Nyankunde et Musedzo), « à la suite de l'attaque menée le 31 août 2002 contre la localité de Songolo, par les forces de l'UPC de Thomas Lubanga et leurs alliés de l'armée ougandaise, à partir de leurs positions militaires implantées à Nyankunde-Centre, à Andisoma en territoire d'Irumu, dans le district de l'Ituri [et que cela était] constitutif d'un conflit armé ne présentant pas un caractère international »[382]. En plus de ces meurtres, ces incidents ont occasionné le pillage des écoles et hôpitaux des localités attaquées.

Par rapport à ces actes criminels, des poursuites pénales ont été initiées contre M. Kakado Barnaba Yonga Tshopena, un homme fort âgé de près de 87 ans (né le 14 décembre 1923), devant le TMG de l'Ituri. Dans son acte d'accusation, il lui était reproché d'une part, d'avoir, en tant que supérieur hiérarchique non militaire, participé à un mouvement insurrectionnel et, d'autre part, d'avoir commis en cette même qualité, des crimes de guerre (meurtre, attaque contre les populations civiles, attaque contre un hôpital et une école et pillage d'une ville) en vertu de l'article 8 du Statut de Rome. À l'issue de son procès, M. Kakado a été reconnu coupable des crimes mis à sa charge et a été condamné à la servitude pénale à perpétuité, le tribunal n'ayant retenu à sa charge aucune circonstance atténuante. M. Kakado a en outre été condamné, seul, au paiement des dommages-intérêts

380 Jugement *Katanga*, § 482. Dans ce paragraphe, il apparaît que la véritable dénomination est la force de résistance patriotique en Ituri. Toutefois, dans d'autres documents, on parle du Front de résistance patriotique en Ituri. Ce qui fait que l'on emploie parfois l'article « la » ou « le » lorsqu'il s'agit de la (ou du) FRPI.

381 TMG/Bunia, *MP et PC c. Kakado Barnaba*, « Jugement », 9 juillet 2010, (ci-après, « Jugement *Kakado* »).

382 *Idem*, § 71.

aux victimes. Il est décédé le 16 octobre 2011 dans sa prison centrale de Bunia, à l'âge de 88 ans, quelque temps après avoir fait appel du jugement de condamnation.

Argumentation

Pour retenir les crimes de guerre, le TMG de l'Ituri n'a consacré aucune partie de son jugement à l'analyse des exigences contextuelles de ces crimes. Toute son attention a été portée sur les actes matériels des crimes de meurtres et sur le rôle de l'accusé dans la commission de ces crimes. Toutefois, en analysant les différents crimes, le tribunal a été amené à établir que les actes ont été commis dans le contexte de et étaient associés à un conflit armé (non international) et que les auteurs avaient connaissance des circonstances de fait établissant l'existence de ce crime. C'est ainsi que pour le meurtre de plus de 1200 personnes, le tribunal a déclaré que « lesdites attaques ont eu lieu pendant la période au cours de laquelle des opérations militaires de grande ampleur ont été planifiées par les hauts responsables de la FRPI en représailles contre les populations de ces deux entités, à la suite de l'attaque menée en date du 31 août 2002 contre la localité de Songolo par les troupes de l'UPC et leurs alliés de l'armée ougandaise, à partir de leurs positions militaires implantées à Nyankunde-centre, dans les Andisoma en territoire d'lrumu, dans le district de l'Ituri, ce qui est constitutif d'un conflit armé ne présentant pas un caractère international »[383].

De même pour les attaques contre les populations civiles, le tribunal a déclaré qu'« il est connu qu'en date du 05 et du 12 septembre 2002, les populations civiles de la chefferie de Nyankunde et du groupement Musedzo ont été la cible des attaques des combattants Ngiti de la milice armée [de la] FRPI » ; et que « ces attaques (…) sont clairement documentées et prouvées d'une part, par les rapports d'enquête publiés tant par Human Rights Watch dans vol. 15N° ll(A)-juillet 2003 "Ituri couvert de sang", que par la MONUC dans le Rapport spécial sur les événements de l'Ituri (janvier 2002-décembre 2003), et d'autre part, par les dépositions de tous les témoins qui ont déposé à l'audience du 12 avril 2010, ainsi que par les listes de l'officier de l'état civil des Andisoma et de Mobala qui ont juridiquement constaté les décès à la suite des attaques en question »[384].

Le tribunal a poursuivi en déclarant également que « ces attaques (…) l'ont été en représailles contre les populations civiles essentiellement de la tribu Bira qui peuple cette partie du territoire d'Irumu, lesquelles ont été considérées par les responsables du FRPI comme les alliés de l'UPC de Thomas Lubanga et leurs alliés de l'armée ougandaise qui ont, à l'époque des faits, implanté une de leurs positions militaires à Nyankunde-Centre en Territoire d'Irumu, District de Ituri »[385]. Le même tribunal a tenu à préciser enfin que « (…) bien que la position militaire de l'UPC à Nyankunde-Centre soit garnie de quelque 200 militaires y stationnés, les preuves sérieuses montrent que ces attaques n'ont pas été planifiées et dirigées uniquement contre cette cible militaire, mais aussi, et principalement planifiées et dirigées contre les populations civiles Bira et Hema de Nyankunde et du

383 Jugement *Kakado*, § 71.
384 *Idem*, § 81.
385 *Idem*, § 82.

Groupement de Musedzo voisin, dans le but les tuer et/ou de les expulser intentionnellement afin que les Lendu et Ngiti en prennent possession »[386].

Un autre passage pertinent où le tribunal aborde la question de l'existence d'un conflit armé non international est celui dans lequel le tribunal déclare que « tout au long de cette période, il existait en Ituri un conflit armé ne présentant pas un caractère international, si bien que les responsables hiérarchiques du FRPI qui ont planifié et ordonné les attaques sus invoquées, tout comme les miliciens et combattants Ngiti de ce mouvement politico-militaire qui ont matériellement commis ces attaques, avaient tous connaissance de l'existence d'un conflit armé de cette nature en Ituri, et avaient bien l'intention de diriger ces attaques contre les populations civiles et contre les personnes civiles ne participant pas directement aux hostilités, en violation des dispositions des conventions de Genève »[387].

Observations

L'affaire *Kakado* ressemble à beaucoup d'égards à l'affaire *Bavi Ghety* précédemment analysée. En effet, comme cette dernière, elle concerne les forces de Justin Banaloki (Cobra Matata) qui dirige la milice ngiti, également appelée « FRPI ». Toutefois, deux différences essentielles méritent d'être signalées : l'affaire *Kakado* porte sur des incidents survenus en septembre 2002 alors que celle de l'affaire *Bavi Ghety* porte sur des incidents survenus quatre ans plus tard entre 2006 et 2007 ; ensuite, l'affaire *Bavi Ghety* porte sur des affrontements armés entre les FARDC et les forces de Justin Banaloki (Cobra Matata), tandis que l'affaire *Kakado* porte sur des affrontements entre la FRPI et les forces de l'UPC, c'est-à-dire entre deux groupes armés. C'est dire que les enseignements tirés de l'affaire *Bavi Ghety* pourront être pris en compte dans l'analyse du jugement *Kakado* avec la prudence qu'il faut.

Par rapport aux exigences contextuelles des crimes de guerre, la question qu'il convient de se poser est celle de savoir s'il existait effectivement un conflit armé (international ou non international) et si les crimes commis présentent un lien de connexité avec ledit conflit armé.

Existence préalable d'un conflit armé ?

Si l'effroyable dégât humain causé par les affrontements entre la FRPI et l'UPC peut donner un indice sérieux sur l'intensité du conflit armé, il ne renseigne cependant pas sur le caractère *organisé* des groupes armés qui y ont été impliqués en 2002 ni sur l'intensité du conflit. Puisqu'il s'agit d'un conflit armé opposant deux groupes armés entre eux, la question est alors de savoir si les deux groupes armés étaient organisés au moment des faits et si les affrontements auxquels ils se sont livrés avaient atteint le niveau d'intensité requis pour parler de conflit armé.

En commençant par l'UPC, il apparaît que la date de sa création, *en tant que mouvement politique*, est parfois fixée au 15 septembre 2000, date où ce mouvement avait publié un

386 *Idem,* § 83.
387 *Idem,* § 85.

programme d'action[388]. L'histoire de l'UPC et la date approximative de sa création sont décrites dans les deux jugements de la CPI rendus dans l'affaire *Lubanga* et dans l'affaire *Katanga*[389]. Elle présente un intérêt significatif dans la compréhension non seulement du caractère organisé des groupes armés directement concernés dans l'affaire *Kakado* (présentement analysée), mais aussi de l'activité d'autres seigneurs de guerre ayant opéré en Ituri à partie des années 2000, ainsi qu'on le verra dans l'affaire *Kahwa*.

Au regard de ces deux jugements (CPI), il apparaît que vers les années 2000 et jusqu'à avril 2002, Lubanga était ministre de la Défense au sein du RCD/ML (RCD/Mouvement de libération) présidé par Mbusa Nyamwisi, tout en ayant sa propre « structure » à caractère ethnique qu'était l'UPC[390]. Selon le jugement *Katanga*, « au mois de juillet 2000, une mutinerie s'est produite au sein de l'APC, la branche militaire du RCD/ML. Elle était le fait d'officiers hema qui considéraient que les intérêts de leur groupe ethnique n'étaient plus assez protégés et reprochaient au RCD de former de jeunes lendu dans un camp militaire situé près de Beni. Cette mutinerie s'opposait à la politique menée par le président du RCD/ML. Les mutins se rassemblèrent sous le nom de *Chui Mobile Force* »[391]. Le même jugement *Katanga* dit également que « les mutins auraient suivi une formation poussée en Ouganda et (…) le chef Kahwa, qui se disait responsable de la *Chui Mobile Force*, Kyaligonza, Bosco Ntaganda né au Rwanda, ainsi que Floribert Kisembo, qui deviendra son garde du corps, auraient bénéficié de cette formation »[392]. Thomas Lubanga, tout en étant ministre de la Défense au sein du RCD/ML de Mbusa Nyamwisi jusqu'en avril 2002[393], était devenu le porte-parole des mutins précités ; et qu'il est, lui aussi, parti en formation en Ouganda d'où il a été arrêté, transféré à Kinshasa pour y être maintenu en détention, puis relâché et qu'il est retourné à Bunia vers fin août 2002[394]. Il importe par ailleurs de rappeler que l'UPC a attaqué la ville de Bunia le 9 août 2002 et a réussi à faire chasser le RCD/ML[395] ; et qu'elle a aussi attaqué la localité de Songolo vers la fin du mois d'août 2002 pour pourchasser les membres de la communauté ngiti qui y avaient trouvé refuge et pour attaquer d'autres localités voisines où se trouvaient les ngiti[396]. Il apparaît ainsi que les attaques de Bunia et de Songolo imputées à l'UPC ont été organisées en l'absence de Lubanga puisque ce dernier était en détention à Kinshasa. Le jugement *Lubanga* soutient d'ailleurs qu'au regard de certains témoignages « en son absence, à l'été 2002, Thomas Lubanga était représenté

388 Jugement *Katanga*, § 457.
389 Jugement *Lubanga*, § 81 ; jugement *Katanga*, § 457.
390 Jugement *Lubanga*, § 1051.
391 Jugement *Katanga*, § 453.
392 *Idem*, § 454.
393 Jugement *Lubanga*, § 1051.
394 *Idem*, § 1060 : « Nul ne conteste qu'alors qu'il participait à la réunion susmentionnée tenue à Kampala en Ouganda à l'été 2002, l'accusé, comme d'autres membres de sa délégation, a été arrêté et transféré à Kinshasa, où il a été détenu pendant environ un mois à la prison réservée par les autorités aux prisonniers politiques, la DEMIAP (Détection militaire anti-patrie). Thomas Lubanga a ensuite été placé en résidence surveillée au Grand Hôtel de Kinshasa, pour être finalement libéré et transféré à Bunia à la fin du mois d'août 2002, à l'initiative des autorités de Kinshasa ».
395 Jugement *Katanga*, § 469.
396 *Idem*, § 476.

par Richard Lonema » ; que « pendant sa détention à Kinshasa, Thomas Lubanga était en mesure de donner des ordres et des instructions aux coauteurs des crimes et à d'autres personnes (dont Richard Lonema) »[397]. Certes, l'ensemble de ces éléments ne précise pas la date exacte de la création de l'UPC ni son organisation interne en septembre 2002 ni encore à partir de quelle date cette « structure » politico-ethnique est devenue un groupe armé. Toutefois, l'envergure des attaques que l'UPC a réalisées à cette période permet de supposer une certaine organisation interne au sein de l'UPC, en tant que groupe armé.

Quant à la FRPI, la question de son caractère organisé en tant que groupe armé a déjà été traitée dans l'affaire *Bavy-Ghety*. L'on a ainsi constaté que depuis 2005 ce groupe armé était organisé, qu'il était l'un des plus importants de la région et qu'il comprenait plus de 800 combattants en 2005. Mais, ce constat concerne les années 2005. Les faits de l'affaire *Kakado* se déroulant entre août et septembre 2002, la question de savoir si en 2002, la FRPI constituait un groupe armé organisé reste posée. Dans le jugement *Lubanga*, la CPI n'a pu établir le caractère organisé de la FRPI qu' « à partir de mars 2003 »[398], ce qui laisse sans réponse l'état de la FRPI en septembre 2002. Cette question peut néanmoins trouver quelques éléments de réponse dans le jugement *Katanga* ayant porté sur l'un des chefs de guerre de la FRPI devant la CPI. Il y apparaît que ce groupe a été créé « en octobre 2002, mais que, jusqu'en 2004, il n'avait pas une organisation interne solide ni de président »[399]. Ce jugement précise également qu'en début 2002, il existait en Ituri des groupes d'autodéfense qui opéraient en Ituri, combattant avec des armes traditionnelles telles que des lances et des flèches même s'ils réussissaient parfois à s'emparer d'armes à feu appartenant à leurs adversaires à l'issue des combats. Il rappelle aussi que « pour bon nombre de villageois, le terme "combattant" signifiait seulement "un homme qui [combat] avec la flèche [autrement dit] des armes traditionnelles" »[400]. Cependant, le jugement a surtout précisé que ces groupes d'autodéfense « étaient dotés d'un minimum d'organisation et certains se trouvaient placés sous l'autorité de commandants parfois reconnus au sein de la collectivité » même si « la Chambre n'est pas en mesure de savoir quelles étaient les conditions dans lesquelles s'exerçait exactement cette autorité »[401].

Il est donc fort probable que ceux qui ont organisé les attaques des localités de Nyakunde et de Musedzo en septembre 2002 n'étaient pas des membres de la FRPI puisque ce groupe armé n'existait pas encore, mais qu'il s'agissait en réalité des combattants des milices tribales Ngiti et Lendu qui deviendront plus tard des membres de la FPRI. Le jugement *Katanga* affirme d'ailleurs que « le 5 septembre 2002, Nyakunde a été attaquée en réplique,

397 Jugement *Lubanga*, § 1110.

398 *Idem*, § 546 : « À partir de mars 2003 au plus tard, la FRPI pouvait être considérée comme un groupe armé organisé puisqu'elle était dotée d'une structure de direction et de commandement suffisante, qu'elle participait aux travaux de la commission de pacification de l'Ituri, qu'elle dispensait à ses soldats une formation de base et qu'elle était engagée dans des affrontements prolongés, notamment les batailles de Bogoro et de Bunia (entre mars et mai 2003) ».

399 Jugement *Katanga*, § 483.

400 *Idem*, § 530.

401 *Idem*, § 533.

à la fois par des Ngiti, l'APC et des Maï-Maï »[402]. Il est donc douteux de dire que ces affrontements ont, entre août et septembre 2002, opposé la FRPI à l'UPC, puisque la FRPI n'existait pas (encore) à cette période. Mais, cela n'implique pas que ces combattants Ngiti et Lendu n'étaient pas des groupes armés organisés. Puisque, comme le dit la CPI, ces groupes étaient dotés d'un « minimum d'organisation interne ». Il apparaît ainsi que ceux qui étaient impliqués dans les affrontements sanglants en septembre 2002 dans les localités de Nyakunde et de Musedzo étaient des groupes armés organisés.

Intensité du conflit armé

L'on a déjà dit, par rapport à cette question, que les dégâts humains occasionnés par les attaques de Nyakunde et de Musedzo (1200 morts au total), étaient en eux-mêmes révélateurs de l'intensité du conflit armé. À cela l'on peut ajouter la durée des affrontements. Le jugement fait allusion à des affrontements qui ont eu lieu entre le 5 et le 12 septembre 2002 en représailles à une attaque ennemie survenue le 31 août 2002 et imputée à l'UPC, soit sur une durée de près des deux semaines. Si l'on admettait que cette durée correspond à celle du conflit armé, l'on peut oser soutenir qu'il est suffisant pour soutenir le caractère prolongé dudit conflit armé. L'on peut également ajouter les moyens employés. Le jugement renvoie aux « opérations militaires de grande ampleur » ayant impliqué non seulement l'UPC, mais aussi ses « alliés ougandais ». Il s'ensuit que l'intensité du conflit armé ayant opposé ces deux groupes armés était significative.

Existence d'un lien de connexité entre les crimes et le confit armé ?

Par rapport à la question du lien de connexité, bien que le jugement *Kakado* n'ait pas expressément répondu à cette question, il contient néanmoins certains éléments de réponse. Ainsi, lorsque le jugement dit qu'il s'agissait des attaques de représailles contre l'UPC et les membres de la communauté hema et bira, le lien de connexité est implicitement établi d'autant plus que ces affrontements armés avaient un caractère ethnique très prononcé et que les populations civiles qui ont été attaquées ont été considérées comme affiliées à l'ethnie de l'ennemi.

Finalement, en puisant dans des sources extérieures au jugement, l'on arrive à la conclusion selon laquelle le tribunal avait raison de qualifier ces actes de crimes de guerre, même si les lacunes dans la motivation de son jugement sur les exigences contextuelles peuvent donner à penser que l'emploi de cette qualification était inapproprié.

7. Affaire *Kabala et consorts* (affaire *Mupoke*)

L'affaire *Kabala et consorts*, encore appelé affaire *Mupoke*, tire son origine d'une attaque des éléments des FARDC le 17 janvier 2010 contre une église et un marché du village de Mupoke, dans le Sud-Kivu. Selon certaines informations, environ dix individus se réclamant être des FDLR, venaient régulièrement chaque dimanche, jour du marché,

402 *Idem*, § 476.

rançonner la population et percevoir des taxes illégales sur les marchands au marché de Mupoke. Pour mettre ces individus hors d'état de nuire, deux compagnies militaires des FARDC, composées de près de 40 hommes et commandées par quatre sous-officiers, ont été envoyées à Mupoke. Cependant, à leur arrivée aux environs du marché du Mupoke, ces éléments des FARDC ont ouvert le feu sur le marché sans avoir préalablement vérifié la présence au marché de ces prétendus FDLR qui, en fait, ne s'étaient pas présentés ce jour-là.

Lors de ces coups de feu, une balle a touché une jeune fille de 18 ans à la poitrine et elle est décédée quelques minutes après. Deux autres femmes ont été grièvement blessées. Les gens ainsi effrayés se sont sauvés en désordre, abandonnant leurs marchandises et autres biens de valeurs. Profitant de cette panique qu'ils ont eux-mêmes semée, les éléments des FARDC se sont livré au pillage des marchandises abandonnées et ont attaqué à la population jusque et y compris dans l'Église de la 5e CELPA, y pillant et y saccageant tout à leur passage. Ils ont ensuite obligé certaines personnes débusquées à rassembler et à transporter les biens pillés sur de longs trajets s'étalant même à 50 km à pieds. Ils en ont tabassé d'autres qu'ils suspectaient être des FDLR simplement parce qu'ils n'avaient pas avec eux leurs cartes d'électeurs faisant office de carte d'identité. Certains de ces militaires se sont livrés au viol de près de six femmes débusquées ou brutalisées à Mupoke. En outre, parmi les personnes contraintes à transporter les biens pillés, quatre autres femmes ont été contraintes de passer la nuit avec les sous-officiers commandant ces éléments des FARDC au village de Kaduku, situé sur le chemin de retour des éléments des FARDC et où ces derniers avaient décidé de passer la nuit.

À la suite d'un rapport confidentiel du CICR sur cette attaque, les quatre militaires qui commandaient les compagnies militaires envoyées à Mupoke ont été poursuivis devant le TMG de Bukavu d'abord pour crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome. Sur les quatre accusés, trois étaient en fuite. Seul le sous-lieutenant Kabala Mandumba a pu comparaître, les autres ayant été jugés par défaut. Le tribunal a, par la suite, requalifié les faits en crimes de guerre en vertu de l'article 8 du Statut de Rome, estimant que les faits ont été commis « dans le contexte de guerre et donc de conflit armé interne ». À l'issue du procès au premier degré, tous les quatre militaires ont été déclarés coupables de crimes de guerre (par meurtre, torture, viol, pillage et attaque contre les biens consacrés à la religion) ; les trois accusés en fuite ont été condamnés à la servitude pénale à perpétuité tandis que M. Kabala a été condamné à 20 de servitude pénale, le tribunal ayant retenu en sa faveur des circonstances atténuantes qu'il n'a cependant pas expliquées[403]. Cette condamnation a été confirmée en appel[404]. La Cour militaire de Bukavu a, après avoir confirmé la culpabilité de M. Kabala et constaté l'inexistence en sa faveur des circonstances atténuantes, revu à la hausse sa peine. Elle

403 TMG/Bukavu, *MP et 107 PC c. Kabala Mandumba et consorts*, « Jugement », affaire RP 708/12, 15 octobre 2012 (ci-après, « Jugement *Kabala (Mupoke)* »).

404 CM/Bukavu, *MP et PC c. Kabala Mandumba*, « Arrêt », affaire n° RPA n° 230, 20 mai 2013 (ci-après, « Arrêt *Kabala (Mupoke)* », pp. 21-23.

l'a ainsi condamné, comme les autres en fuite, à la servitude pénale à perpétuité. Elle l'a en outre condamné, *in solidum* avec l'État congolais, au paiement des dommages-intérêts en faveur des victimes.

Argumentation

Pour établir les crimes de guerre, l'argumentation du TMG, bien que structurée de façon peu convaincante, permet d'y dénicher certains éléments liés aux exigences contextuelles des crimes de guerre, à savoir l'existence d'un conflit armé de caractère non international. Le tribunal a ainsi rappelé que « les crimes de guerre sont des violations graves aux Conventions de Genève [qui] sont un ensemble des règles applicables dans les conflits armés »[405]. Ensuite, après avoir défini le conflit armé non international en s'appuyant aussi bien sur l'article 1er du Protocole II que sur l'article 8 du Statut de Rome, le tribunal a conclu que l'assaut de Mupoke s'est réalisé dans un contexte de conflits armés entre les FARDC et les FDLR, même s'il a été avéré par la suite que ces derniers, n'étaient pas présents au marché lors de ladite attaque[406]. Le même tribunal a également soutenu que la connaissance de ce conflit armé par les accusés était établie dès lors qu'ils ont participé à la réunion préparatoire de l'attaque de Mupoke ; et que cette attaque a porté sur des personnes et des biens protégés par les Conventions de Genève de 1949 compte tenu du fait que les personnes attaquées ne participaient pas aux hostilités et que l'Église attaquée n'était pas un objectif militaire.

L'argumentation relative à l'existence d'un conflit armé non international a été contestée en appel par l'accusé Kabala (seul à avoir formé appel). M. Kabala a allégué que « le premier juge n'a pas fait la démonstration d'une quelconque intensité des affrontements entre les FARDC (…) et les éléments des FDLR, encore moins d'une quelconque organisation des parties, éléments indispensables pour l'existence d'un conflit armé au sens du droit international ». Selon lui, « les agissements des éléments des FDLR (enlèvements des populations, diverses tracasseries) s'apparentent plus à des activités terroristes ne relevant pas du droit international humanitaire »[407].

La Cour militaire de Bukavu n'a pas été convaincue par cet argument. Pour elle, l'existence d'un conflit armé non international était bel et bien avérée dans l'incident de Mupoke. Pour établir ce conflit armé, la Cour, dans un arrêt dont il convient de saluer, en passant, la cohérence du raisonnement, la structure logique et la qualité rédactionnelle, a commencé par en tracer le cadre juridique. Elle a d'abord rappelé le fameux paragraphe 70 de l'arrêt *Tadic* où le concept de conflit armé était défini en ces termes : « un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État. Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à

405 Arrêt *Kabala (Mupoke),* p. 32.
406 Arrêt *Kabala (Mupoke),* p. 25.
407 *Idem,* p. 15.

la conclusion générale de la paix ; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des États belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non »[408].

La Cour militaire a ensuite défini le conflit armé non international, par opposition au conflit armé international en se fondant tant sur l'arrêt *Tadić*, que sur le jugement *Akayesu* du TPIR et sur l'étude (article) de M. Sylvain Vité, ancien conseiller juridique à la division juridique du CICR, qui a écrit un article consacré à la « Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités »[409]. Ainsi, sur la base de ces diverses sources, il est apparu aux yeux de la Cour militaire que deux caractères fondamentaux permettent de déterminer le conflit armé non international : c'est l'intensité de la violence et l'organisation des parties.

Que recouvrent exactement ces deux exigences aux yeux de la Cour militaire de Bukavu ? Pour la Cour, l'intensité d'un conflit armé renvoyait (i) au « fait pour un État d'être contraint à recourir à son armée, ses forces de police n'étant plus en mesure de faire face à la situation laisse présager que l'intensité du conflit armé non international a atteint le niveau requis » ; et (ii) à la durée dudit conflit armé[410]. Pour préciser le sens de la « durée » d'un conflit, elle s'est appuyée sur la jurisprudence *Akayesu* du TPIR pour déclarer que « la fréquence des actes de violence et les opérations militaires décidées, la nature des armes utilisées, les déplacements des populations civiles, le nombre de victimes sont aussi des éléments qui peuvent être pris en compte dans l'appréciation de l'intensité d'un conflit armé »[411]. Ainsi, on le remarque, la Cour militaire de Bukavu a considéré, à

408 Arrêt *Tadić* (exception préjudicielle d'incompétence), § 70.

409 Il faut noter que cet article a été publié en version anglaise sous les références suivantes: Sylvain Vité, « Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations », *in RICR*, vol. 91, n° 873, 2009, pp. 69-94.

410 Voy. Sylvain Vité, *op. cit.*, pp. 75-76 : « With regard to the criterion of intensity, these data can be, for example, the collective nature of the fighting or the fact that the State is obliged to resort to its army as its police forces are no longer able to deal with the situation on their own. The duration of the conflict, the frequency of the acts of violence and military operations, the nature of the weapons used, displacement of civilians, territorial control by opposition forces, the number of victims (dead, wounded, displaced persons, etc.) are also pieces of information that may be taken into account. However, these are assessment factors that make it possible to state whether the threshold of intensity has been reached in each case; they are not conditions that need to exist concurrently ».

411 La Cour militaire cite ici le paragraphe 620 du jugement *Akayesu* du 2 septembre 1998. Toutefois, ce n'est pas exactement ce que dit cette référence ainsi rédigée : « les critères "de référence" susmentionnés se veulent un moyen de distinguer un véritable conflit armé d'un simple acte de banditisme, ou d'une insurrection inorganisée et sans lendemain. L'expression "conflit armé" évoque en soi l'existence d'hostilités entre des forces armées plus ou moins organisées. En sont dès lors exclus les troubles et tensions internes. Pour se prononcer sur l'existence d'un conflit armé interne dans le territoire du Rwanda à l'époque des faits allégués, il faudra dès lors apprécier à la fois l'intensité du conflit et l'organisation des parties au conflit ».

juste titre, que la durée d'un conflit armé était un des éléments de son intensité, ainsi que l'atteste d'ailleurs la tendance de la jurisprudence internationale[412].

Quant au caractère organisé des groupes armés, la Cour a soutenu que cela exigeait de prendre en compte « notamment l'existence d'un organigramme exprimant une structure de commandement, le pouvoir de lancer des opérations coordonnant différentes unités, la capacité de recruter, de former de nouveaux combattants ou l'existence d'un règlement interne »[413].

Ayant ainsi correctement tracé le cadre juridique des conflits armés non internationaux, la Cour l'a confronté aux faits soumis à son examen. À cet égard, la Cour a commencé par affirmer que « depuis 1994, la République Démocratique du Congo est en proie à des conflits armés successifs, notamment la guerre de 1996 dite de l'AFDL qui a abouti au renversement du régime du Président Mobutu, la guerre dite du RCD (1998), les conflits armés entre milices en Ituri, les conflits armés entre le Gouvernement de la République et le CNDP de Laurent Nkunda puis entre le Gouvernement et le groupe armé dénommé M23, etc. ».

La Cour a ensuite déclaré que « les exactions commises sur la population civile et l'occupation de certaines portions du territoire national par *ces groupes armés*, notamment les zones minières, où se perçoivent des taxes illégales, ont poussé le Gouvernement de la République à décréter des opérations militaires contre les ex-militaires Rwandais retranchés en RDC et organisés sous l'appellation de FDLR (…) ». Dans un passage destiné sans doute à établir le caractère organisé des FDLR, la Cour s'est contentée d'affirmer que « les FDLR ont une direction politique et un commandement structuré » ; et que « le Gouvernement de la République a dû engager d'importants moyens en hommes (plusieurs brigades) et en matériel qu'il a déployé sur une grande échelle (deux provinces : Nord et Sud-Kivu) dans le cadre des opérations militaires contre ces combattants des FDLR »[414].

Sur la base de ces éléments, la Cour a conclu qu' « il est indéniable (…) qu'il existe bien un conflit armé interne qui exige de la part des belligérants le respect du droit international humanitaire » ; qu' « ainsi, lorsque le 512e bataillon, auquel appartient le prévenu Kabala, déployé dans un secteur comprenant notamment la localité de Mupoke, mène des opérations militaires (raids, embuscades, offensives, défensives) contre les éléments des FDLR ; [qu']il le fait dans le cadre de ce conflit armé interne qui commande l'application de droit international humanitaire » ; et qu' « à la lumière de ce qui précède, la Cour retiendra que tous les actes reprochés au prévenu ont été commis dans des circonstances

412 TPIY (Ch. 1ère Inst. I), *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, « Jugement », affaire n° IT-04-84-T, 3 avril 2008, § 49 ; TPIY (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Lubje Boškoski et Johan Tarčulovski*, « Jugement », affaire n° IT-04-82-T, 10 juillet 2008, § 175 ; TPIY (Ch. Appel), *Le Procureur c. Lubje Boškoski et Johan Tarčulovski*, « Arrêt », affaire n° IT-04-82-A, 19 mai 2010, § 21. Voy. aussi sur ce point, Marco Sassòli et Julia Grignon, « Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale dans la mise en œuvre du droit international humanitaire », *in* Abdelwahab Biad et Paul Tavernier (dir.), *Le droit international humanitaire face aux défis du XXIe siècle*, Collection du CREDHO, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 146.

413 Sylvain Vité, *op. cit.*, p. 77.

414 Arrêt *Kabala (Mupoke)*, p. 22.

telles qu'ils constituent des infractions graves aux conventions de Genève du 12 août 1949 et leurs protocoles additionnels »[415].

La Cour militaire est encore revenue sur la qualification du conflit armé dans la partie relative aux crimes de guerre en général, partie où, elle a invoqué cette fois-là l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et l'article 1er du Protocole II à ces Conventions, en plus de l'arrêt *Tadić* et du jugement *Akayesu*, pour définir le conflit armé non international. Cette invocation l'a amenée à soutenir que « dans le cas sous examen, le Gouvernement de la RDC a décrété depuis l'année 2007, des opérations militaires contre le groupe armé que constituaient des militaires rwandais qui ont fui leur pays en 1994 après la chute du président Habyarimana » ; que « ces éléments vivent sur une partie du territoire congolais où ils sont organisés au sein du mouvement dénommé [FDLR] » ; et que « sur le territoire, ils se substituent à l'autorité de l'État et se livrent à des exactions contre les populations civiles ».

Poursuivant son argumentation, la Cour a affirmé que « ces différentes opérations menées par les FARDC contre ces groupes armés dans le Nord et Sud-Kivu dont les FDLR ont pris successivement les dénominations de Kimia I, Kimia II et Amani Leo » ; qu' « elles manifestent l'effectivité des hostilités engagées par l'armée gouvernementale dans les provinces du Nord et du Sud-Kivu » ; et que « la présence de la deuxième et quatrième compagnie du 5112e bataillon sous le commandement de quatre officiers prénommés dont notamment le prévenu Kabala dans la localité de Mupoke, le dimanche 17 janvier 2010, est justifiée par lesdites opérations ». Sur la base de ces éléments, la Cour militaire en a alors conclu qu' « il y a eu effectivement conflit armé réalisant la condition requise pour parler de crime de guerre dans la mesure où l'exécution de l'opération du 17 janvier 2010, à Mupoke a été réalisée en violation du droit international humanitaire » ; et que « pour la Cour, l'attaque a été dirigée contre des personnes ou des biens protégés ».

Observations

L'affaire Kabala suscite des observations sur l'existence d'un conflit armé et sur une possible requalification des faits en crimes contre l'humanité.

Existence d'un conflit armé

La question essentielle que suscite l'affaire *Kabala et consorts* réside dans l'existence même d'un conflit armé, ainsi que l'avait soulevé la défense de M. Kabala devant la Cour militaire de Bukavu. Certes, l'arrêt *Kabala* est intéressant dans la manière de tracer le cadre théorique pour expliquer la typologie des conflits armés et dans la confrontation de ce cadre théorique aux faits soumis à son examen. Toutefois, le problème réside dans la confrontation de ce cadre théorique aux faits soumis à son examen. Les faits révèlent-ils franchement l'existence d'un conflit armé de caractère non international ? La Cour militaire y a répondu par l'affirmative. Mais pour y arriver, elle a commencé par tracer

415 *Idem*.

l'historique des groupes armés ayant opéré en RDC depuis la période du génocide rwandais en 1994 à la chute du président Mobutu. La Cour a cité l'AFDL, le RCD et le CNDP. Cependant, elle n'explique pas comment elle est partie des mouvements rebelles *congolais* pour aboutir à un groupe armé *étranger* comme les FDLR qui se réclament d'un projet politique destiné à renverser un gouvernement étranger, en l'occurrence celui du président rwandais Paul Kagamé.

Plus fondamentalement, alors que l'arrêt *Kabala* s'est référé à l'article de Sylvain Vité pour soutenir que l'établissement d'un conflit armé exige de démontrer le caractère organisé d'un groupe armé et que dans cette optique, il faut prendre en compte « notamment l'existence d'un organigramme exprimant une structure de commandement, le pouvoir de lancer des opérations coordonnant différentes unités, la capacité de recruter, de former de nouveaux combattants ou l'existence d'un règlement interne »[416], l'on constate toutefois que cette démarche n'est nulle part suivie par la Cour militaire concernant le groupe armé auquel les FARDC étaient opposées, c'est-à-dire les FDLR. En effet, nulle part la Cour militaire a démontré un organigramme des FDLR, ni leur pouvoir de lancer des opérations coordonnant différentes unités ni encore leur capacité de recruter, de former de nouveaux combattants ou l'existence d'un règlement interne au sein des FDLR. Pourtant, en invoquant l'article de M. Vité, on était en droit de s'attendre à une telle démonstration de la part de la Cour militaire.

En fait, dans l'arrêt *Kabala*, la Cour se trouvait face à deux alternatives relatives au caractère organisé du groupe armé : analyser ce caractère par rapport au groupe des dix individus qui se pointaient régulièrement au marché de Mupoke pour rançonner la population, ou établir ce caractère organisé par rapport aux FDLR dans l'ensemble, groupe armé auquel ces dix individus étaient censés appartenir. Devant cette situation, on constate que la Cour militaire a choisi la seconde alternative : analyser ce caractère organisé par rapport aux FDLR en général et non par rapport au groupe de 10 individus. Cette alternative suppose que la Cour démontre que les 10 individus du marché de Mupoke faisaient effectivement partie des FDLR. Or, c'est là que réside tout le problème puisque la Cour militaire s'est gardée de procéder à une telle démonstration.

Pourtant, rien dans l'arrêt *Kabala* ne permet de dire que ces individus étaient effectivement des FDLR. On ne sait même pas sur quelle base, on les considérait comme tels. Était-ce parce qu'ils s'exprimaient peut-être en kinyarwanda ? Dans ce cas, n'importe quel bandit s'exprimant dans cette langue-là pourrait se faire passer pour un membre des FDLR de sorte que chaque fois qu'un tel bandit serait traqué par les FARDC, l'on parlerait d'un conflit armé non international entre les FARDC et les FDLR.

Ce problème est assez délicat parce que, comme on l'a vu dans l'affaire *Maniraguha et Sibomana* et dans l'affaire *Kizima*, les tribunaux militaires de Bukavu ont conclu que le groupe armé dans lequel ces trois individus opéraient était celui des FDLR alors que ces tribunaux n'ont nulle part établi un lien entre ces groupes armés et la direction politique

416 Sylvain Vité, *op. cit.*, p. 77.

et militaire des FDLR telle qu'elle a été décrite par les décisions de la CPI dans l'affaire *Mbarushimana* et dans l'affaire *Mudacumura*. L'affaire *Kabala* vient encore renforcer cette incertitude et pose la question de savoir si l'on peut parler d'un conflit armé lorsqu'une force, étatique soit-elle, est confronté à un adversaire purement imaginaire. Dès l'instant où les FARDC ont cru avoir affaire aux FDLR et que, faute de trouver ces derniers, ils ont attaqué la population civile, était-il toujours correct de parler de conflit armé opposant les FARDC aux FDLR ? Au regard de ce qui précède, il se révèle peu convaincant de soutenir, comme l'a fait la Cour militaire de Bukavu, que les crimes commis par les éléments des FARDC au marché de Mupoke en ce dimanche 17 janvier 2010 s'inscrivaient dans le contexte d'un conflit armé (international ou non international).

Certes, lorsque les crimes ont été commis, il existait dans la province du Sud-Kivu des opérations militaires de traque des FDLR et que ces opérations ont pris divers noms de Code tels que « Kimia II », etc. Il est également vrai, comme l'avait dit l'arrêt *Tadić*, que la portée géographique d'un conflit armé ne se limite pas seulement à la ligne du front puisque les règles du droit international humanitaire « s'appliquent aussi à l'extérieur du contexte géographique étroit du théâtre effectif des combats »[417], c'est-à-dire en d'autres termes, « sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non »[418]. Cette portée géographique peut s'étendre plus loin, ainsi que le révèle l'hypothèse des mauvais traitements des prisonniers de guerre qui peuvent survenir à plusieurs kilomètres de la ligne de front. Toutefois, de là, on ne peut pas que les exactions commises par les éléments des FARDC au marché de Mupoke sont survenues dans le contexte du conflit armé ayant opposé ces derniers aux FDLR et qu'elles étaient associées à ce conflit armé.

Dès lors que l'existence même de l'adversaire auquel était confronté les FARDC pose problème, il devient inutile de rechercher le caractère organisé de cet adversaire imaginaire ni l'intensité du conflit armé ni encore le lien de connexité avec un conflit armé dont l'existence est mise à doute.

Crimes de guerre ou crimes contre l'humanité ?

Le TMG ainsi que la Cour militaire auraient-ils dû maintenir la qualification initiale des crimes contre l'humanité pour qualifier ces actes ? Cette question mérite d'être posée au regard du fait que ces actes étaient commis sur une pluralité des victimes faisant partie d'une population civile. En outre, le nombre des assaillants était important, puisque c'était près de 40 militaires. L'existence d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque est établie puisqu'il s'agit d'une structure de l'armée congolaise, les deux compagnies militaires du 5112e bataillon. Quant à l'existence d'un élément politique derrière ces crimes, il n'est pas évident de l'établir. Certes, nul ne peut contester que l'attaque était préparée au niveau hiérarchique. Mais, cette préparation ne concernait que

417 Arrêt *Tadić* (exception préjudicielle d'incompétence), § 69.
418 *Idem*, § 70.

le volet des affrontements contre les prétendus FDLR qu'on croyait présents sur les lieux. La préparation ne portait pas sur l'attaque des populations civiles et rien ne permet de dire que ceux qui étaient dans cette réunion préparatoire étaient conscients du fait que cette conséquence adviendrait dans le cours normal des événements. La décision d'ouvrir le feu sur le marché a apparemment été prise sur place et dans la précipitation. Toutefois, il convient de relever que cette attaque de la population civile de Mupoke a été ordonnée ; et que les chefs militaires qui étaient sur place n'ont pas seulement encouragé cette attaque, mais ils ont y ont pris une part active. On est ici dans une situation un peu plus grave que celle du procès de Walikalé ou de l'affaire *Balumisa et consorts* où les chefs militaires ont laissé commettre ces crimes et que par leur abstention d'agir, ils ont encouragé la commission de ces crimes, ce qui établissait l'élément politique exigé pour les crimes contre l'humanité. Par ailleurs, l'arrêt semble insinuer que la population du marché de Mupoke a été attaquée parce que les FARDC l'ont suspectée d'avoir sympathisé avec les FDLR. Il était donc possible de soutenir que ces actes constituaient un « comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés [à l'article 7(1) du Statut de Rome] 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 », ainsi que l'exige l'article 7(2)(a) du Statut de Rome.

Finalement, si un doute légitime peut exister sur la pertinence de la qualification des crimes de guerre faute d'avoir établi un conflit armé, la qualification des crimes contre l'humanité au regard de l'article 7 du Statut de Rome semble plus appropriée à appliquer à ces faits.

8. Affaire *Morgan*

L'affaire *Morgan* a été précédemment analysée en matière de crimes contre l'humanité. Pour rappel, cette affaire porte sur des exactions, y compris des atrocités, que commettaient fréquemment les membres de la milice Mai-Mai Simba fondée et commandée par un ancien braconnier, M. Paul Sadala Shabani, alias « Morgan », qui voyait d'un mauvais œil la Reserve à Faune à Okapi. L'on a vu que cette milice a semé la terreur dans les localités du territoire de Mambasa en Ituri et que les actes de ses membres ont entraîné des poursuites pénales devant le TMG de l'Ituri pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre, le ministère public ayant choisi de poursuivre les actes de pillage en tant que crimes de guerre en vertu de l'article 8 du Statut de Rome, tandis que les atteintes au droit à la vie, à l'intégrité physique et à la dignité humaine, tels que les meurtres, les viols, les actes de tortures et les autres traitements inhumains ont été poursuivis en tant que crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome. L'on a enfin vu qu'à l'issue de leurs procès, les accusés ont été reconnus coupables de crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Ayant déjà analysé l'argumentation du tribunal relative à la qualification des crimes contre l'humanité, l'on se penchera à présent sur celle ayant trait aux crimes de guerre.

Argumentation

Pour établir les crimes de guerre, le TMG a procédé par deux étapes principales. La première étape consistait à définir les crimes de guerre au regard de l'article 8 du Statut de Rome. Pour le tribunal, « on entend par crime 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 ; (b) les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international ; (c) en cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international, les violations graves à 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 des personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres des forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors combat par maladie ; blessure ; détention ou par tout autre cause ; (d) 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 »[419]. Relevons toutefois que cette définition ne correspond pas exactement au contenu de l'article 8 précité[420].

Dans la seconde étape, le tribunal a énoncé ce qu'il appelle les « éléments constitutifs généraux » des crimes de guerre. Pour lui, il y en a deux : (i) la connaissance de l'existence d'un conflit armé et (ii) le statut de personnes protégées que doivent avoir les victimes[421].

Par rapport à la connaissance par les accusés de l'existence d'un conflit armé, il apparaît que cette question comporte deux facettes : l'*existence* d'un conflit armé et la *connaissance* par les accusés de l'existence de ce conflit armé. Par rapport à l'*existence* d'un conflit armé, le tribunal a estimé qu'il était important de définir d'abord ce qu'il faut entendre par conflit armé. Ainsi, il a défini le conflit armé non international, auquel, selon lui, s'appliquent l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et le Protocole II, par opposition au conflit armé international, auquel s'appliquent les quatre Conventions de Genève précitées et le Protocole I. Ainsi, pour le tribunal, un conflit armé non international « se caractérise par des hostilités entre les forces armées d'un gouvernement et les groupes armés organisés

419 Jugement *Morgan*, p. 40.

420 Lorsqu'on compare cette définition à l'article 8, on constate que, si les paragraphes a) à c) énumérés par le tribunal correspondent aux alinéas a) à c) de l'article 8(2) du Statut de Rome, lorsque ces alinéas sont repris dans leurs grandes lignes, tel n'est pas le cas du paragraphe d) cité par le tribunal. Dans le Statut de Rome, ce paragraphe correspond à l'alinéa e) de l'article 8-2. Le tribunal a ainsi sauté l'alinéa d) de l'article 8(2) du Statut de Rome ; et a omis l'alinéa (f), alors qu'il est le plus important du Statut de Rome en matière des conflits armés non internationaux. Il faut rappeler que c'est par ce dernier alinéa que le Statut de Rome marque la différence de son approche des conflits armés non internationaux, par rapport à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 ainsi qu'à l'article 1er du deuxième protocole additionnel aux dites Conventions sur le champ d'application dudit protocole à savoir les conflits armés non internationaux (sur la relation entre l'article 3 commun et l'article 1er du Protocole II, voy. Anne Weyembergh, « La notion de conflit armé. Le droit international humanitaire et les forces des Nations Unies en Somalie (à propos de l'arrêt de la Cour militaire du 17 décembre 1997) », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1999, p. 183).

421 Jugement *Morgan*, p. 40.

ou entre de tels groupes au sein d'un État ». Le tribunal a correctement appuyé cette définition par le fameux paragraphe 70 de l'arrêt *Tadić*[422].

Appliquant ce cadre juridique à l'affaire soumise à son examen, le tribunal a déclaré que « dans le cas d'espèce, il est sans conteste que les Maï-Maï Simba de Paul Sadala alias Morgan sont en conflit armé prolongé avec les Forces armées de la RDC depuis la création de ce mouvement, dans la période allant de novembre 2012 à ces jours » ; et qu' « à l' occasion de ce conflit, plusieurs crimes graves ont été et se commettent en violation des Conventions de Genève du 12 août 1949 ainsi que de ces protocoles additionnels comme en l'occurrence des actes de pillages tels que repris dans la décision de renvoi sous RMP n° 030/KNG/013 »[423].

Relevons que le tribunal a néanmoins omis de qualifier expressément ce conflit armé. En effet, il n'a pas précisé s'il le considérait comme étant international ou non international. Le tribunal semble cependant avoir eu en tête un conflit armé non international puisqu'il a fait allusion à un conflit armé opposant les FARDC aux forces de la milice de M. Sadala, hypothèse qu'il classe dans la catégorie des conflits armés non internationaux.

Quant à la *connaissance* par les accusés de l'existence de ce conflit armé, le tribunal ne s'est pas lancé dans de longs commentaires. Il a simplement déclaré que cette connaissance était établie puisque les Maï-Maï Simba s'y étaient préparés en procédant aux rituels de scarification destinés à les rendre invincibles et que « les meetings tenus par le chef milicien Maï-Maï leur permettaient de s'imprégner de l'organisation du groupe et de la mise en œuvre des attaques envisagées par l'expédition »[424].

Concernant la deuxième question (le statut des victimes en tant que personnes protégées), l'on observe que pour établir que les victimes étaient des personnes protégées au regard des Conventions de Genève, le tribunal a commencé par définir ce qu'il faut entendre par « personnes protégées ». Pour ce faire, il a recouru à un raisonnement apparemment circulaire : les personnes protégées sont « celles auxquelles le droit humanitaire conventionnel et coutumier assurent la protection ; similairement, sont considérés comme biens protégés en cas de conflit armé, les biens auxquels le droit international assure une protection contre les attaques ou autres actes d'hostilité tels que repris par l'article 3 commun aux quatre conventions et protocole additionnel II de 1977 ».

Sur la question de savoir si les victimes des actes de pillages imputés aux Maï-Maï Simba étaient des personnes protégées, le tribunal n'y a pas donné de réponse précise. Il existe toutefois un passage où le tribunal a fait siens les propos du ministère public qui soutenait que « pendant l'expédition criminelle du mouvement Maï-Maï de Paul Sadala Morgan entre novembre 2012 à février 2013, les populations civiles des localités et carrières de Masikini, Itembo, Pangoyi, Mabukusi, Utama, Seti, Banana, Mambasa-Centre, Biakato, Bafwambaya, Bafwabango, Bandisende, Bandikalo, Lilima Mweza, Bandekayido ont été victimes des pillages de leurs biens, les miliciens se sont approprié des biens sans le

422 *Idem*, pp. 40-41.
423 *Idem*, p. 41.
424 *Idem*, p. 41.

consentement de leurs propriétaires pour les uns après leur capture et déportation, pour les autres qu'ils se sont soustraits par la fuite »[425]. Le tribunal a en effet repris ces propos sans les discuter, ce qui implique qu'il les a approuvés. À travers ce passage, l'on peut ainsi supposer que le tribunal a estimé que les victimes des actes de pillages de ces différentes localités et carrières étaient des « personnes protégées » parce qu'elles faisaient partie de la « population civile » et que celle-ci est considérée comme protégée par toutes les quatre Conventions de Genève et leurs deux protocoles additionnels[426].

Observations

La principale observation à formuler par rapport à ce jugement porte sur la distinction entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Quel est le critère principal qui permet de distinguer ces deux incriminations, dès lors que les deux peuvent survenir au cours d'un conflit armé ? Le jugement sous examen semble avoir trouvé ce critère dans la nature de l'objet sur lequel a porté le crime en question. Apparemment selon le tribunal, les atteintes au droit à la vie et à l'intégrité physique des personnes physiques constituent des crimes contre l'humanité, tandis que les atteintes aux biens publics ou privés (destructions, incendie, etc.) constituent des crimes de guerre, dès lors qu'elles ne sont pas justifiées par des nécessités militaires. On retrouvera d'ailleurs cette même approche dans l'affaire *Kahwa* devant ce même tribunal, approche qui a été reconduite par la Cour militaire de Kisangani dans la même affaire.

Cependant, cette sorte de répartition des tâches n'est nullement convaincante. En effet, parmi les crimes de guerre, il existe aussi des atteintes au droit à la vie et à l'intégrité physique (telle que le meurtre, la torture, le viol, etc.) et parmi les crimes contre l'humanité, il existe aussi des atteintes aux biens. Ainsi, dans l'affaire *von Weizsaecker et al.*, le tribunal militaire américain de Nuremberg a condamné l'ancien ministre des Finances du *Reich* allemand pour "crime contre l'humanité" en raison de sa responsabilité dans les atteintes portées aux biens des Juifs (amendes collectives, saisies et confiscations de biens). Ces faits ont été assimilés à des « persécutions » commises à des fins racistes ou religieuses[427]. Cette incrimination est par ailleurs confirmée par l'article 7(1)(h) du Statut de Rome qui prévoit le crime de « 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 ». L'article 7(2)(g) du même Statut précise que « par "persécution", on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité

425 *Idem*, p. 42.

426 *Idem*.

427 United States Military Tribunal, 11-13 Apr. 1949, "Ministries Trial", *in Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n° 10*, n° 10, vol. XIV, 1949, p. 678; voy. aussi p. 676 ; sur cette question, Éric David, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, § 16.6.25.

du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ». En outre, dans le même esprit, l'article 7 (1)(k) du Statut de Rome incrimine en tant que crimes contre l'humanité, les « 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 juridictions congolaises ont considéré que cette disposition s'appliquait aux atteintes aux biens lorsque ces atteintes entraînaient des souffrances graves à l'égard des victimes. Il s'ensuit qu'un crime contre l'humanité peut résulter d'une atteinte contre les biens et que le critère de distinction des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité avancé par le tribunal n'est pas pertinent. Les critères de distinction de ces deux incriminations ne peuvent être fondés que sur leurs exigences contextuelles respectives.

Cela étant, la question qu'il convient d'aborder à présent est celle de savoir si les actes criminels dont il s'agit ici dans l'affaire *Morgan* réunissent les exigences contextuelles des crimes de guerre. Autrement dit, il convient de poser la question de savoir s'il existait un conflit armé au sens des Conventions de Genève et du Statut de Rome et s'il existait un lien de connexité entre le conflit armé (interne ou international) et les crimes en question.

Par rapport à l'existence d'un conflit armé, l'on a vu que le tribunal a implicitement soutenu qu'il existait un conflit armé de caractère non international, puisque ce conflit opposait d'un côté les FARDC et, de l'autre, le groupe armé des Maï-Maï Simba, commandé par M. Paul Sadala. Mais, en avançant cette affirmation, le tribunal n'a pas établi le caractère organisé du groupe armé de M. Sadala ni l'intensité du conflit armé ayant opposé ce groupe armé aux FARDC. En l'absence de ces deux éléments, on ne voit dès lors pas sur quelle base le tribunal a conclu à l'existence d'un conflit armé. Ceci dit, le caractère « organisé » de la milice de M. Sadala a déjà été établi dans la partie relative aux crimes contre l'humanité, puisqu'on a vu que ce groupe pouvait être considéré comme une « organisation » au sens de l'article 7(2)(a) du Statut de Rome.

La question de l'intensité de ce conflit armé est un peu plus délicate. En effet, la nature des activités du groupe armé de Morgan est assez particulière. Il ne s'agit pas d'un groupe qui combat le gouvernement dans l'intention d'exercer le pouvoir politique d'une manière ou d'une autre ou de prendre le contrôle d'une partie du territoire national. C'est en réalité un groupe armé qui profite du faible contrôle qu'exerce le gouvernement congolais sur certaines parties du territoire national pour attaquer les localités et villages vulnérables sur le plan sécuritaire. Une fois qu'ils ont commis leur attaque, les Maï-Maï de M. Sadala s'installent momentanément dans le village ou la localité attaquée et se livrent aux pillages, meurtres, etc., jusqu'à ce qu'ils soient chassés de cet endroit par les FARDC. Ensuite, lorsqu'ils sont chassés, ils emportent avec eux, les biens pillés et enlèvent des personnes. Parmi celles-ci, on trouve d'un côté celles qui seront contraintes de transporter des biens pillés ; et de l'autre côté, des femmes et jeunes filles, qui seront soumises à l'esclavage sexuel. Dans ce contexte, il y a certes des affrontements armés. Mais ces affrontements atteignent-ils l'intensité requise pour parler d'un véritable « conflit armé » au sens des Conventions de Genève et du Statut de Rome ? Il est difficile de répondre par l'affirmative à cette question.

Par ailleurs, en admettant qu'il s'agisse effectivement d'un conflit armé au sens de ces textes juridiques, les crimes commis ont-ils un lien de connexité avec le prétendu conflit armé ? Il est difficile d'y répondre par l'affirmative. Les victimes de viol, de torture ou de meurtres sont généralement des personnes qui essayent de s'opposer au pillage de leurs biens ou à l'enlèvement et au viol de leurs proches. Il ne s'agit pas de personnes attaquées parce que suspectées d'être affiliées ou d'appartenir à l'ennemi. Ce type de crimes ne comporte pas de lien avec les affrontements qui peuvent survenir plus tard avec les FARDC lorsque celles-ci tentent de chasser ces Maï-Maï d'une localité tombée sous leur contrôle. Ainsi, la manière dont ces crimes se commettaient et les motivations qui animaient les auteurs de ces crimes semblent indiquer que la qualification la plus appropriée est celle des crimes contre l'humanité et non celle des crimes de guerre.

9. Procès de Minova

Le procès de Minova tire son origine des exactions perpétrées par militaires des FARDC dans la localité de Minova dans le Sud-Kivu du 20 au 30 novembre 2012 lorsque ces militaires ont été repoussés à Goma par les forces rebelles du Mouvement du 23 mars 2009 (M23) et ont dû se retirer à Minova pour se réorganiser[428]. Digérant mal leur défaite, ces militaires se sont déchaînés sur la population civile de cette localité. Ils ont, à cette occasion, commis des viols massifs sur près de 102 femmes et 33 fillettes, se sont livrés au pillage des biens de la population civile et aux mauvais traitements sur au moins 24 personnes et ont même exécuté sommairement deux personnes, dont un jeune garçon qui s'opposait au vol des chèvres dont il avait la garde[429]. Les mauvais traitements dont il s'agit ici renvoient aux situations dans lesquelles les militaires des FARDC ont brutalisé ceux qui tentaient de s'opposer au pillage de leurs biens ou au viol de leurs femmes ou membres de famille[430].

Ce comportement criminel a entraîné des poursuites devant la Cour militaire opérationnelle de Goma de 39 militaires des FARDC pour viols, meurtres et pillages en tant que crimes de guerre en vertu de l'article 8 du Statut de Rome. 18 militaires étaient poursuivis en tant qu'auteurs matériels de viols et de pillages sur la base de l'article 25 du Statut de Rome et environ 13, en tant que chefs militaires en vertu de l'article 28 du même Statut. Pour ces derniers toutefois, le ministère public a requis une peine « de 2 ans de servitude pénale avec le bénéfice de larges circonstances atténuantes tenant aux conditions difficiles de travail pendant cette période des hostilités ».

À l'issue de leur procès, auquel se sont jointes près 1016 parties civiles, presque tous les accusés ont été acquittés pour viol en tant que crimes de guerre, en raison essentiellement de

428 CMO/Goma, *MP et PC (1016) c. Nzale Nkumu Ngando et 38 autres*, « Arrêt », affaire n° RP n° 003/2013, 5 mai 2014 (ci-après, « arrêt *Minova* »).

429 *Rapport du Bureau conjoint des Nations Unies aux droits de l'homme sur les violations des droits de l'homme perpétrées par des militaires des forces armées congolaises et des combattants du M23 à Goma et à Sake et ses environs, province du Nord Kivu, ainsi qu'à Minova et dans ses environs, province du Sud-Kivu entre le 15 novembre et le 2 décembre 2012*, mai 2013, p. 4.

430 *Rapport précité de la Monusco*, p. 11, § 21.

l'insuffisance des preuves. Tous les 13 officiers et sous-officiers, poursuivis en tant que chefs militaires, ont également été acquittés, la Cour ayant estimé qu'elle ne pouvait pas établir que ces officiers avaient, par exemple, failli à leurs obligations pour arrêter la violence, sachant qu'un certain nombre d'entre eux n'étaient pas sur le lieu du crime. Toutefois, 25 militaires ont été reconnus coupables de pillages en tant que crimes de guerre et en ont été condamnés à des peines variant entre 3, 10 et 20 ans de servitude pénale principale ; un militaire a été reconnu coupable de meurtre (du jeune gardien des chèvres) en tant que crime de guerre et en a été condamné à la servitude pénale à perpétuité[431] ; deux militaires ont, en outre, été reconnus coupables de viol, dont un viol en tant que crime de guerre. Ainsi, le lieutenant Sabwe Tshibanda, condamné à 20 ans de servitude pénale principale pour le pillage en tant que crimes de guerre, a en outre été reconnu coupable de viol en tant que crime de guerre à l'encontre d'une jeune fille qui l'a formellement identifié du fait qu'il avait une puce coupée et a été condamné, pour ce crime de viol, à la peine de servitude pénale à perpétuité ; tandis que le caporal Kabiona Ruhingiza a été reconnu coupable de viol sur une fillette de 8 ans et a été condamné à 20 ans de servitude pénale principale. Dans ce dernier cas toutefois, la Cour n'a pas précisé si ce dernier viol était constitutif d'un crime de guerre ou si elle le considérait comme un crime de droit commun, bien qu'ayant été commis pratiquement dans les mêmes circonstances que celui du lieutenant Sabwe Tshibanda. La Cour n'a pas non plus expliqué pourquoi le viol commis par le lieutenant Sabwe Tshibanda (commis sur une fille majeure) était plus sévèrement puni que celui qui a été commis par le caporal Kabiona Ruhingiza sur une fillette de 8 ans alors que logiquement, c'est ce dernier qui était plus grave en raison de la vulnérabilité particulière de la victime qui était une mineure.

Par rapport aux intérêts civils, la Cour s'est déclarée incompétente de statuer sur les demandes en réparation pour crime de guerre par viol mis à charge des personnes acquittées du chef de cette infraction. En revanche, pour ceux dont elle a reconnu la culpabilité, elle les a condamnés, *in solidum* avec l'État congolais, au paiement des dommages-intérêts en faveur des victimes.

Argumentation

Pour établir les crimes de guerre (pour le pillage, le viol et le meurtre du jeune gardien des chèvres), la Cour a consacré quelques pages de son arrêt à l'établissement des exigences contextuelles de ces crimes de guerre avant de vérifier si les actes criminels s'inscrivaient dans ce contexte. Cette démarche se justifiait notamment par le fait que les avocats des accusés soutenaient qu'il n'y avait pas lieu à appliquer le Statut de Rome dans cette affaire puisque, selon eux, « [les actes criminels qui étaient au cœur de cette affaire] n'ont pas été commis dans le contexte d'un conflit armé et n'ont pas de lien avec celui-ci ». Pour

431 Le caporal Magbo Alphonse est le seul accusé à avoir été reconnu coupable de meurtre et a ainsi écopé la peine de servitude pénale à perpétuité. Il est aussi le seul à avoir été condamné à 20 ans pour le crime de pillage en tant que crimes de guerre. Les autres accusés ayant été condamné pour ce pillage ont écopé 10 ans de servitude pénale principale.

la défense des accusés, « la situation ayant prévalu à Minova et ses environs devrait être considérée comme un état de désordre, de troubles internes caractérisé par des actes isolés de la part des individus incontrôlés »[432].

Pour répondre à ce moyen, la Cour a employé un raisonnement qu'il convient de schématiser, en le restructurant quelque peu, en deux étapes essentielles. Dans la première étape, la Cour a clarifié le cadre conceptuel ou théorique des crimes de guerre en en précisant les exigences contextuelles ; tandis que la seconde étape a été consacrée à la confrontation de ce cadre conceptuel aux faits soumis à l'examen de la Cour.

1. Dans l'analyse du cadre juridique, la Cour a rappelé que pour parler de crime de guerre, l'acte doit avoir été commis dans le contexte d'un conflit armé et être associé à celui-ci. S'appuyant sur le Statut de Rome, la jurisprudence des TPI *ad hoc* et la doctrine (bien que sur la base des références inexactes[433]), la Cour a soutenu « qu'il y a conflit armé chaque fois qu'il y a recours aux forces armées entre États ou un conflit armé prolongé entre autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État » et qu'il existe deux types de conflits armés : international et non international. Ayant estimé que les faits de la cause laissaient apparaître un conflit armé de caractère non international, c'est sur cette hypothèse que la Cour s'est penchée. À cet égard, elle a précisé que « pour déterminer le conflit armé non international, deux critères fondamentaux sont pris en compte : l'intensité de la violence et l'organisation des parties »[434].

Concernant *l'intensité* du conflit armé, la Cour a déclaré que celle-ci « peut être évaluée à partir de certains facteurs, notamment le fait pour un État d'être contraint de recourir à son armée parce que ses forces de police ne sont plus à même de faire face à la situation, la durée du conflit, la fréquence des actes de violence, la décision d'entreprendre des opérations militaires, les déplacements des populations civiles, le nombre élevé des victimes, etc. »[435]. Quant au caractère *organisé* des parties au conflit, la Cour a soutenu que pour les groupes armés non gouvernementaux, « l'on peut considérer notamment l'existence d'un organigramme exprimant une structure de commandement, le pouvoir de lancer des opérations coordonnant plusieurs unités, la capacité de recruter, de former de nouveaux combattants ou l'existence d'un règlement interne »[436]. Ces propos rappellent l'article de Sylvain Vité cité dans l'arrêt *Kabala et consorts* vu précédemment.

En plus de l'existence d'un conflit armé au sens du Statut de Rome (existence des

432 Arrêt *Minova*, p. 67.

433 Il faudra noter que dans la plupart de cas, les références citées dans cet arrêt sont toutes inexactes. Ainsi, sur la définition d'un conflit armé, la Cour fait certainement allusion au fameux paragraphe 70 de l'arrêt *Tadić* (exception préjudicielle d'incompétence) rendu par la *Chambre d'appel* du TPIY. Mais, elle cite erronément la décision de la *Chambre de première instance* sur cette exception. La Cour militaire cite également l'affaire *Rutaganda*, l'affaire *Akayesu*, l'affaire *Kayishema et Ruzindana* et l'affaire *Bagilishema*, sans en préciser ni la date ni le passage exact auquel elle se réfère. La Cour ne précise pas non plus si elle fait allusion aux décisions de premier degré ou à celles de la Chambre d'appel.

434 Arrêt *Minova*, p. 68.

435 *Idem.*

436 *Idem.*

groupes armés organisés impliqués dans le conflit armé et intensité de celui-ci), la Cour a rappelé que l'établissement des crimes de guerre exige en plus de démontrer le lien de connexité entre l'acte criminel et le conflit armé[437]. Selon la Cour, « ce lien n'implique pas forcément que l'infraction ait été commise à l'endroit où se déroulent les hostilités » ; mais que « le conflit doit néanmoins avoir joué un rôle substantiel dans la commission du crime » ; et qu' « à ce sujet, il y a lieu de considérer notamment l'impact du conflit sur la capacité de l'auteur à commettre le crime, la décision de le commettre, la manière dont il a été commis, le but dans lequel il a été commis »[438]. La Cour observe par ailleurs que pour établir ce lien de connexité, « le TPIR a pris en compte les facteurs suivants 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 » ; et que, selon elle, « ces facteurs ne sont pas nécessairement cumulatifs, un seul peut suffire »[439].

2. Appliquant ce cadre conceptuel aux faits soumis à son examen, la Cour a orienté toute son attention vers le M23 en tant que groupe armé. Elle a ainsi observé que : « depuis mars 2012, un mouvement armé avait vu le jour sous l'appellation de M23. Commandé par le général Bosco Ntaganda et le colonel Sultani Makenga, anciens bras droits de Laurent Nkundabatware, le M23 s'était organisé, structuré et doté d'une direction politique et d'un état-major militaire. Les unités qui le composaient étaient structurées à la manière des forces gouvernementales avec des brigades, des bataillons, des compagnies et les différentes sections de l'état-major général. Des informations diffusées sur les médias et dans les rapports de la Monusco signalaient des recrutements de combattants aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du pays ». La Cour en a alors conclu « que le M23, groupe armé contre lequel les FARDC étaient en conflit armé, était un groupe armé organisé »[440].

Pour évaluer l'intensité du conflit armé opposant le M23 et les FARDC, la Cour a pris en compte les éléments suivants : « pour faire face à ce mouvement armé, le gouvernement de la République avait dû mobiliser des dizaines de régiments d'infanterie, l'aviation de combat, de l'artillerie lourde et des unités commandos de réaction rapide. Les affrontements entre les forces loyalistes et les rebelles avaient poussé des centaines de milliers de civils à quitter leurs milieux pour se réfugier dans des camps de déplacés autour de Goma, voire à l'étranger avec l'assistance des organisations internationales. Les combats meurtriers observés ont connu une telle intensité qu'ils ont menacé la stabilité de toute la région des Grands Lacs. Plusieurs réunions ont été tenues tant au niveau régional qu'au niveau africain et international pour résoudre cette crise. D'importantes portions du territoire national, notamment les territoires de Nyiragongo et de Rutshuru,

437 *Idem.*
438 *Idem.*
439 *Idem.*
440 *Idem,* pp. 68-69.

se sont retrouvées presque entièrement contrôlées par le M23 qui y avait nommé de nouvelles autorités administratives et y percevait des taxes. C'est dans le déroulement de ces affrontements armés que le M23 a gagné des batailles ayant abouti à la prise de la ville de Goma le 20 novembre 2012. Voulant poursuivre son avantage sur le terrain, la rébellion avait progressé et conquis Sake, contraignant les forces gouvernementales à se replier à Bweremana et Minova en vue de se réorganiser et entreprendre des opérations de reconquête du terrain perdu. Les unités des FARDC qui se trouvaient à Minova et ses environs y étaient donc en opération parce que le repli ainsi que la réorganisation constituent des manœuvres militaires tactiques et ne peuvent opérés lors de simples émeutes ou troubles internes qui, généralement, requièrent l'intervention de la police en vue du rétablissement de l'ordre public. Les pièces du dossier, notamment les déclarations des prévenus eux-mêmes, les rapports des officiels et les dépositions des témoins comme des victimes, révèlent que les exactions commises à Minova et ses environs s'étaient déroulées sur une grande échelle, touchant plusieurs localités et un nombre important de victimes. Il ne s'agissait dons pas d'actes isolés ou sporadiques »[441].

À partir de ces éléments, la Cour a conclu que l'intensité du conflit armé opposant les FARDC aux rebelles du M23 atteignait le seuil exigé pour l'application des dispositions pertinentes de l'article 8 du Statut de Rome.

Quant au lien de connexité, la Cour a rappelé que ce critère exigeait d'établir notamment que le contexte de conflit armé a joué un rôle capital dans la détermination du *modus operandi* et la capacité des auteurs des actes criminels à agir. Elle a déclaré qu'il ressort « des déclarations des prévenus et des témoins que les exactions commises à Minova ont débuté lorsqu'une rumeur s'est répandue faisant état d'une attaque imminente par l'ennemi sur la localité » ; et que « c'est alors que les blindés et les chars de la Garde républicaine s'étaient mis en mouvement en direction de Nyabibwe *via* Kalungu, entraînant une montée de la tension et une panique générale parmi les militaires loyalistes qui s'en sont pris indistinctement aux civils et à leurs biens non seulement à Minova, mais également dans les villages qui s'étendent sur la route menant vers Bukavu, à savoir Mubimbi, Kalungu, Kishindji, Buganga, etc. ». Ces éléments ont alors fait dire à la Cour que « la situation de conflit a eu un impact réel sur la capacité et la détermination des auteurs à commettre les crimes instruits dans la présente cause et sur la manière d'agir »[442].

C'est donc à la lumière de ce contexte général que la Cour a analysé chacun des actes criminels perpétrés (meurtre, viol et pillage) et a conclu à l'existence des crimes de guerre en vertu du Statut de Rome, comme vu précédemment.

Observations

Avant de commenter l'arrêt *Minova*, il importe d'abord de rappeler, à titre préliminaire, que le Conseil de sécurité des Nations Unies, dans sa résolution 2098 (2013) avait condamné

441 *Idem*, p. 69.
442 *Idem*, p. 69.

les viols massifs commis à Minova par les FARDC et avait exigé que les responsables de ces actes en répondent devant la justice[443]. Ainsi, le procès de Minova était organisé sous une certaine pression internationale. Par ailleurs, il est quelque peu étonnant que ce procès ait eu lieu devant une Cour militaire opérationnelle. En effet, selon l'article 18 du Code judiciaire militaire, les Cours militaires opérationnelles sont établies « dans les zones d'opérations de guerre où [elles] accompagnent les fractions de l'armée en opération ». Cela implique que les Cours militaires opérationnelles sont censées organiser des procès au lieu où les faits se produisent et au moment où les faits sont encore frais. Il est donc curieux que le procès de Minova ait été confié à une Cour militaire dite « opérationnelle » siégeant non pas à Minova, mais dans la grande salle de la cathédrale de Goma, et ceci, près de deux ans après les faits.

Ces remarques préliminaires formulées, l'on doit reconnaître que l'arrêt *Minova* constitue assurément une avancée majeure dans la définition des exigences contextuelles des crimes de guerre par les tribunaux congolais. Tant le cadre conceptuel tracé par la Cour que sa confrontation aux faits soumis à sa cause sont globalement convaincants. En effet, la définition du « conflit armé », en tant que tel, est correcte. Ensuite, concernant les exigences contextuelles, la Cour a examiné et établi de manière correcte aussi bien le caractère organisé du M23 en tant que groupe armé engagé dans les hostilités avec les forces de l'État congolais que l'intensité du conflit opposant ces deux acteurs.

Toutefois, trois préoccupations demeurent. La première est relative à la qualification même du conflit armé ; la deuxième, au lien de connexité ; tandis que la troisième pratiquement liée à la deuxième, se rapporte au statut de personnes protégées des victimes des exactions des FARDC à Minova.

Conflit armé international ou conflit armé interne ?

Par rapport à la qualification du conflit armé, la Cour a préféré appliquer la qualification non internationale à ce conflit armé. Pour y arriver, elle s'est limitée à voir les acteurs du conflit armé uniquement au niveau national et à démontrer le caractère organisé du M23. Cependant, il faudra rappeler que la même Cour militaire a également déclaré que « des informations diffusées sur les médias et dans les rapports de la Monusco signalaient des recrutements de combattants aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du pays ». Dans son arrêt, la Cour militaire n'a apparemment pas examiné l'incidence de ces éléments sur la qualification du conflit armé.

443 En effet, dans l'un des paragraphes du préambule de sa résolution 2098 (2013), le Conseil a « [condamné] les viols massifs qui auraient été commis par des soldats des Forces armées de la République démocratique du Congo (FARDC) à Minova et dans les villages environnants, en novembre 2012, et [a pris] des enquêtes et arrestations effectuées en conséquence par les autorités congolaises et [a exigé] que les responsables de violations du droit humanitaire international ou d'atteintes aux droits de l'homme, selon le cas, y compris celles qui prennent la forme de violences et de sévices à l'égard d'enfants ainsi que les actes de violence sexuelle et sexiste, soient rapidement appréhendés et traduits en justice et répondent de leurs actes ».

Pourtant, ces éléments invitaient la Cour à se pencher sur cette question. En effet, plusieurs rapports des Nations Unies ont indiqué le soutien que recevaient les rebelles du M23 de la part du gouvernement ougandais, mais surtout du gouvernement rwandais. Concernant tout particulièrement les semaines qui ont précédé la chute de la ville de Goma par les forces du M23 en novembre 2012, un rapport du Groupe d'experts des Nations Unies sur la RDC daté du 27 juin 2012 dénonçait déjà « la fourniture de soutien matériel et financier à des groupes armés opérant dans l'est de la République démocratique du Congo (RDC), y compris le M23 récemment constitué, en contravention des dispositions du paragraphe 1 de la résolution 1807 (2008) du Conseil de sécurité ». Selon le rapport, « les violations de l'embargo sur les armes et du régime de sanctions incluent (i) l'assistance directe à la création du M23 en facilitant le passage d'armes et de troupes par le territoire rwandais; (ii) le recrutement pour le compte du M23 de jeunes rwandais et d'anciens combattants démobilisés ainsi que de réfugiés congolais; (iii) la fourniture d'armes et de munitions au M23; (iv) la mobilisation de responsables politiques et financiers congolais et manœuvres en faveur du M23; (v) les interventions directes des Forces de défense rwandaises (FDR) sur le territoire congolais afin de renforcer le M23; et (vi) l'appui à plusieurs autres groupes armés ainsi qu'à des mutineries au sein des Forces armées de la République démocratique du Congo (FARDC) dans l'est du Congo »[444].

À partir du paragraphe 7 de ce rapport, le Groupe d'experts des Nations Unies a détaillé chacun de ces sept points. Le rapport va même jusqu'à citer les officiels rwandais directement impliqués dans le soutien direct apporté au M23, parmi lesquels le ministre rwandais de la Défense, le général James Kabarebe[445]. À quelques jours de l'attaque de la ville de Goma, le Groupe d'experts des Nations Unies renseigne qu' « après la publication de l'additif à son rapport intérimaire (…), le Groupe s'est entretenu avec le gouvernement

444 *Additif au rapport d'étape du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo (S/2012/348) concernant les violations par le Gouvernement rwandais de l'embargo sur les armes et du régime de sanctions*, Doc. S/2012/348/Add.1, 27 juin 2012, §.

445 *Idem*, § 33 : « (a) Le général Jacques Nziza, secrétaire permanent du ministre de la Défense, supervise l'ensemble du soutien militaire, financier et logistique ainsi que les activités de mobilisation liées au M23. Il a récemment été déployé à Ruhengeri et à Gisenyi pour coordonner l'assistance au M23 et le recrutement pour son compte; (b) Le général James Kabarebe, Ministre de la défense rwandais, avec l'aide de son secrétaire personnel, le capitaine Célestin Senkoko, est un acteur central du recrutement pour le compte du M23 et de la mobilisation d'un soutien politique et militaire en sa faveur. Kabarebe a souvent été en contact direct avec des membres du M23 sur le terrain pour coordonner les activités militaires; (c) Le général Charles Kayonga, chef d'état-major des FDR, gère l'ensemble de l'appui militaire au M23. Kayonga est fréquemment en communication avec Makenga et a supervisé le transfert de ses troupes et de ses armes via le Rwanda; (d) Le soutien militaire sur le terrain est acheminé par le général Emmanuel Ruvusha, commandant de la division des FDR basée à Gisenyi, et par le général Alexi Kagame, commandant de la division des FDR basée à Ruhengeri. Tous deux facilitent le recrutement pour le compte du M23 de civils et de soldats démobilisés et coordonnent les renforts des FDR à Runyoni avec les commandants du M23; (e) Le colonel Jomba Gakumba, natif du Nord-Kivu, ancien instructeur des FDR à l'Académie militaire rwandaise à Gako, a été redéployé à Ruhengeri depuis la création du M23, où il est chargé de commander les opérations militaires locales à l'appui du M23 ».

rwandais et a pris en considération sa réponse écrite, mais il juge qu'aucun élément fondamental des constatations qu'il a faites antérieurement ne mérite d'être modifié »[446].

Ensuite, lorsque la ville de Goma est tombée aux mains du M23 en novembre-décembre 2012, le même Groupe d'experts a dépêché un bref rapport au président du Comité du Conseil de sécurité créé en vertu de la résolution 1533 (2004) sur la RDC. Dans ce rapport, le coordinateur du Groupe d'experts dénonçait le fait que le gouvernement rwandais, avec le soutien de quelques alliés au sein du gouvernement ougandais, ont *créé, équipé, entraîné, conseillé, renforcé et commandé directement* les rebelles du M23 et que les informations initialement rassemblées par le Groupe d'experts relativement à l'offensive et à la chute de la ville de Goma confirmaient fermement cette conclusion[447]. Tout au long de ce rapport, les experts des Nations Unies ont démontré de quelle manière les offensives contre la ville de Goma ont été préparées deux mois plus tôt par le gouvernement rwandais. Ce soutien extérieur dont a bénéficié le M23 est par ailleurs confirmé dans un rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité[448]. Compte tenu de ce soutien extérieur, est-il toujours correct de dire que le conflit armé ayant opposé les forces du M23 et les FARDC en novembre 2012 était resté non international ? Nous ne le pensons pas.

Il faut rappeler que le critère de l'internationalisation d'un conflit armé, tel qu'il a été dégagé par l'arrêt *Tadić* (fond), est celui du « contrôle global » qu'un État étranger peut exercer sur un groupe armé organisé opérant sur le territoire d'un État et engagé en hostilités armées contre ce dernier État. Selon l'arrêt *Tadić*, ce contrôle global est celui qui « [va] au-delà [du] simple financement et équipement et [implique] également une participation à la planification et à la supervision [des] opérations militaires »[449]. Il n'est donc pas nécessaire, selon toujours le même arrêt, « que ce contrôle s'étende à l'émission d'ordres ou d'instructions spécifiques concernant des actions militaires précises, que ces dernières aient été ou non contraires au droit international humanitaire »[450]. C'est par ailleurs ce critère qui a été appliqué par la CPI dans le jugement *Lubanga*[451]. Dans ce jugement, la Chambre de première instance de la CPI avait jugé que le soutien que l'Ouganda et le Rwanda peuvent avoir apporté aux groupes armés congolais opérant en Ituri durant la période 2002-2003 n'atteignait pas le niveau d'un « contrôle global » pour conclure que le conflit armé était internationalisé. Dans le procès de Minova, les informations précises fournies par le Groupe d'experts des Nations Unies sur le soutien

446 Voy. *Lettre datée du 12 novembre 2012 adressée au Président du Conseil de sécurité par le Président du Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1533 (2004) concernant la République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2012/843, 15 novembre 2012 (résumé, p. 3).

447 Voy. la *Lettre datée du 26 novembre 2012 du Coordinateur du Groupe d'experts des Nations Unies sur la RDC à propos du soutien extérieur apporté au M23 au cours de la récente offensive sur la ville de Goma* (S/AC.43/2012/COMM.64), annexée à la Note du président du Comité du Conseil de sécurité établi en vertu de la résolution 1533 (2004) du Conseil de sécurité sur la RDC, Note adressée aux membres du Comité, Doc. ONU S/AC.43/2012/NOTE.26, 27 novembre 2012.

448 *Rapport du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République démocratique du Congo*, S/2013/96, 5 février 2013, § 7.

449 Arrêt *Tadić* (Fond), § 145.

450 *Idem*.

451 Jugement *Lubanga*, §§ 523 *et seq*.

apporté au M23 lors de l'offensive qui a conduit à la prise de la ville de Goma en nombre 2012 semblent indiquer que le Rwanda a exercé un contrôle plus que global sur le M23 lors de l'offensive de novembre 2012.

Ainsi, à s'en tenir au critère du « contrôle global », et sans entrer dans les vives controverses, voire une véritable querelle, que ce critère a suscité dans son application sur un autre domaine du droit international, celui de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[452], il est permis de qualifier d' « international » le conflit armé ayant opposé les rebelles du M23 aux FARDC en novembre 2012.

Il est d'ailleurs possible que, même en appliquant le critère du « contrôle étroit » dégagé par la Cour internationale de justice (affaire dite *Nicaragua* et affaire dite du *génocide bosniaque*) et par le Projet d'Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[453], le caractère international de ce conflit armé reste maintenu. Les informations livrées par les Nations Unies semblent indiquer que le contrôle exercé par le Rwanda sur le M23 n'était pas seulement « global », mais qu'il était aussi « étroit », ainsi que l'exige la Cour internationale de justice. Il est donc regrettable que la Cour militaire opérationnelle de Goma ait passé sous silence cette importante question et qu'elle se soit cantonnée à la qualification non internationale du conflit armé sans prendre en compte le degré d'internationalisation du conflit armé.

L'intérêt de reconnaître le caractère international de ce conflit armé aurait ouvert la voie à l'application du régime des « infractions graves », notion technique qui n'est applicable que dans les conflits armés internationaux, et à celle de la compétence universelle *obligatoire* à l'égard d'autres États sur le territoire duquel se serait trouvé l'un ou l'autre individu suspecté d'avoir participé à ces infractions graves[454]. L'on sait par exemple que la RDC a émis des mandats d'arrêt contre un certain nombre de responsables politiques du M23 réfugiés au Rwanda pour les actes que ces individus sont accusés d'avoir posés lorsqu'ils ont pris la ville de Goma, mais que le Rwanda a refusé de les extrader ou de les poursuivre devant ses propres tribunaux. Et pourtant, la RDC comme le Rwanda sont parties aux quatre Conventions de Genève de 1949 qui prévoient aux articles 50/51/130/147 la clause *aut*

452 Voy. à cet égard, CIJ, *Affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, « Arrêt », 26 février 2007, § 406. Sur cette controverse, voy. Théodore Meron, « Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia : *Nicaragua*'s Fallout », *AJIL*, 1998, pp. 236-237; voy. également les contributions de Pierre-Marie Dupuy, Jean-Marc Sorel, Paola Gaeta et Hervé Ascensio, *in* « L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide », *RGDIP*, 2007, pp. 243-331 ; les contributions de S. Wittich, Claus Kreß, Paola Gaeta, Antonio Cassese, Marco Milanovic et Andrea Gattini dans le symposium portant sur « Genocide, Human Rights and the ICJ », *in European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 8, 2007, pp. 591-713 ; et enfin, les contributions de Marina Spinedi, Anne B. Loewenstein et Kostas, O. Ben-Naftali et M. Sharon, Antonio Cassese, Andrea Gattini et Christian Tomuschat dans le symposium « The ICJ Judgment on Genocide in Bosnia : A Missed Opportunity ? », *JICJ*, vol. 5, 2007, pp. 827-912.

453 CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », *ACDI*, 2001, vol. II, 2ème partie, p. 50 (commentaire de l'article 8), § 5.

454 Articles 50/51/130/147 communs aux quatre Conventions de Genève de 1949 et aux articles 11 et 85 du Protocole I.

dedere aut judicare, c'est-à-dire l'obligation de poursuivre, à défaut d'extrader, les responsables des infractions graves à ces quatre Conventions[455]. Ainsi, s'il est établi que les crimes de guerre dont il s'agit dans ces affaires ont été commis au cours d'un conflit armé *international*, la RDC serait en droit de mettre en cause la responsabilité internationale du Rwanda pour violation de l'obligation de poursuivre, à défaut d'extrader, les individus qu'elle recherche pour crimes de guerre. Même si les faits pour lesquels ces individus réfugiés au Rwanda sont recherchés par la RDC sont différents de ceux qui sont à l'origine de l'arrêt *Minova*, le contexte du conflit armé reste le même. Ainsi, d'un point de vue juridique, la qualification internationale du conflit armé dans l'arrêt *Minova* aurait permis de faciliter d'une certaine manière les choses d'un point de vue juridique.

Existait-il un lien de connexité entre les crimes et le conflit armé ?

À cette question, la Cour militaire opérationnelle de Goma a répondu par l'affirmative. Selon la Cour en effet, « la situation de conflit a eu un impact réel sur la capacité et la détermination des auteurs à commettre les crimes instruits dans la présente cause et sur la manière d'agir ». L'approche de la Cour correspond en grande partie à celle de la jurisprudence internationale par ailleurs citée par elle. Ainsi, dans l'affaire *Kunarać*, la Chambre d'appel du TPIY a précisé que ce lien de connexité ne doit pas être compris comme un « lien de cause à effet » entre le conflit armé et le crime perpétré ; et que pour l'établir, « il faut, à tout le moins, que l'existence du conflit armé ait considérablement pesé sur la capacité de l'auteur du crime à le commettre, sa décision de le commettre, la manière dont il l'a commis ou le but dans lequel il l'a commis »[456]. L'on sait également que cette même Chambre d'appel a, dans la suite, énuméré, de façon non limitative, les critères à prendre en compte pour établir le lien de connexité : « le fait que l'auteur du crime est un combattant, le fait que la victime n'est pas un combattant, le fait que la victime appartient au camp adverse, le fait que l'acte pourrait être considéré comme servant l'objectif ultime d'une campagne militaire, et le fait que la commission du crime participe des fonctions officielles de son auteur ou s'inscrit dans leur contexte »[457].

Cependant, dans l'arrêt *Rutaganda*, la Chambre d'appel du TPIR, souscrivant globalement à la logique de l'arrêt *Kunarać*, a ajouté une précision importante sur la question du lien de connexité. Cette Chambre d'appel a déclaré en effet que « l'expression "sous le couvert du conflit armé" ne signifie pas simplement "en même temps qu'un conflit armé" et/ou "en toutes circonstances créées en partie par le conflit armé" »[458]. Selon cette Chambre, « si un non-combattant profite du relâchement de l'efficacité policière dans une situation de troubles engendrés par un conflit armé afin de tuer un voisin qu'il haïssait depuis des années, cela ne constitue pas, en tant que tel, un crime de guerre (…) »[459].

455 Paola Gaeta, « Chapter 31 : Grave Breaches of the Geneva Conventions », *op. cit.*, pp. 631-632.
456 Arrêt *Kunarać et al.*, § 58.
457 *Idem*, § 59.
458 Arrêt *Rutaganda*, § 570.
459 *Idem*.

Les exactions perpétrées à Minova ne relevaient-elles pas d'une situation dans laquelle les militaires ont profité du relâchement de discipline au sein des FARDC pour se livrer à une conduite criminelle contre les populations civiles ? C'est en tout cas ce que semblent indiquer les propos tenus par la Cour militaire en réponse à cette question. Il faut rappeler à ce propos que la Cour a considéré que « les exactions commises à Minova ont débuté lorsqu'une rumeur s'est répandue faisant état d'une attaque imminente par l'ennemi sur la localité » ; que « c'est alors que les blindés et les chars de la Garde républicaine s'étaient mis en mouvement en direction de Nyabibwe *via* Kalungu, entraînant une montée de la tension et une panique générale parmi les militaires loyalistes qui s'en sont pris indistinctement aux civils et à leurs biens non seulement à Minova, mais également dans les villages qui s'étendent sur la route menant vers Bukavu, à savoir Mubimbi, Kalungu, Kishindji, Buganga, etc. » ; et que ce sont ces éléments qui ont fait dire à la Cour que « la situation de conflit a eu un impact réel sur la capacité et la détermination des auteurs à commettre les crimes instruits dans la présente cause et sur la manière d'agir »[460].

Ainsi, pour paraphraser l'arrêt *Rutaganda* du TPIR, les militaires coupables semblent avoir profité du relâchement de l'efficacité policière dans une situation de troubles engendrés par un conflit armé pour se livrer à une conduite criminelle[461]. C'est pour cela d'ailleurs que leurs supérieurs hiérarchiques ont été poursuivis, puis finalement acquittés, sur la base de l'article 28 du Statut de Rome. Ce qui était reproché à ces supérieurs hiérarchiques, c'était précisément ce relâchement de discipline. Mais, comme on le verra plus tard, la Cour militaire a estimé que l'on ne pouvait pas le leur reprocher puisque la situation était, selon la Cour, incontrôlable. En parvenant à une telle conclusion, il devient difficile de comprendre comment les crimes commis à Minova auraient pu avoir un lien de connexité avec le confit armé.

À vrai dire, derrière la question du lien de connexité, se pose implicitement la question du statut des victimes en tant que « personnes protégées » contre les crimes de guerre. Il est sans doute possible que théoriquement cette dernière question n'ait pas de rapport direct avec celle du lien de connexité. Mais, dans la présente affaire, le lien entre ces deux questions est difficile à contester.

Victimes de Minova : personnes protégées ?

La question des personnes protégées contre les crimes de guerre est généralement abordée lorsqu'il s'agit des « infractions graves » dans le cadre des conflits armés internationaux. Cette question semble ne pas trop se poser dans les conflits armés non internationaux, puisque la règle de base généralement mise en avant est que les personnes protégées sont celles « qui ne participent pas directement aux hostilités ». L'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève ainsi que l'article 8(2)(c) du Statut de Rome le rappellent d'ailleurs

460 *Idem*, p. 69.
461 Arrêt *Rutaganda*, § 570.

clairement[462]. Il semble donc normal que la Cour militaire opérationnelle de Goma se soit fondée sur cette approche pour conclure au fait que les victimes de Minova étaient des personnes protégées. La formulation des dispositions précitées peut ainsi porter à croire que dans les conflits armés non internationaux, le statut de personnes protégées diffère de celui qui est prévu dans les conflits armés internationaux. Toutefois, dans les lignes qui suivent, l'on tentera de démontrer que l'idée fondamentale qui est à la base du statut de personne protégée dans les conflits armés internationaux n'est pas tellement différente de celle qu'on trouve dans les conflits armés non internationaux et que c'est cet élément qui permet la distinction entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité lorsque ces derniers sont commis dans le contexte d'un conflit armé.

1. *La notion de personnes protégées dans les conflits armés internationaux.* Dans les conflits armés internationaux, le critère principal pour déterminer le statut de personnes protégées a pendant longtemps été la possession de la *nationalité ennemie*. Ce critère est exprimé de manière ferme par l'article 4 de la quatrième Convention de Genève sur la protection des personnes civiles en temps de guerre de 1949 qui dispose que « sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante *dont elles ne sont pas ressortissantes* ». Comme l'écrivent à juste titre Marco Sassòli et Julia Grignon, « dans l'articulation de la quatrième Convention de Genève, traité multilatéral entre États [l'exigence de la nationalité comme critère d'identification des personnes protégées] n'est que logique, puisque, les États se voient opposer des obligations spécifiques dans le traitement des personnes qui sont notamment de nationalité ennemie » ; et que « pour ce qui concerne leurs propres ressortissants et pour leurs relations internes avec eux, celles-ci ne relèvent pas – sauf en ce qui concerne la protection générale contre les effets de la guerre – du champ de la Convention »[463]. Ces deux auteurs insistent ainsi sur le fait que « les États parties s'engagent les uns envers les autres et non pas envers leurs propres ressortissants en accédant aux Conventions de Genève »[464].

Rappelons que cette approche est celle qui prévalait au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale. C'est ainsi que par exemple, lors de la Seconde Guerre mondiale, les atrocités commises par l'Allemagne des nazis contre les juifs d'autres États européens qui tombaient sous occupation allemande (France, Belgique, Pays-Bas, Pologne, etc.) étaient considérés comme des « crimes de guerre » dès lors que les victimes avaient la nationalité ennemie. Vis-à-vis de l'Allemagne, ces victimes étaient donc des « personnes protégées ».

462 L'article 8 (2) (c) du Statut de Rome dispose : « 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 ».

463 Marco Sassòli et Julia Grignon, « Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale… », *op. cit.*, p. 149.

464 *Idem*.

En revanche, les atrocités commises par les mêmes nazis contre les juifs allemands ne pouvaient pas être considérées comme des crimes de guerre parce que ces juifs avaient la nationalité allemande. Il y avait donc un vide juridique sur la protection de ces juifs allemands au niveau du droit international humanitaire. C'est ainsi que, comme l'écrivent Rosemary et Georges Abi-Saab, « les crimes contre l'humanité, innovation du Statut du TMI, ont été introduits pour remplir la lacune dans la protection du *jus in bello* qui ne recouvrait pas les populations civiles, apatrides ou appartenant aux belligérants dont les combattants commettent les exactions ; exactions qui pourront, pour la plupart d'entre elles, constituer des crimes de guerre si les populations civiles qui en ont été victimes avaient appartenu à l'ennemi »[465].

Toujours dans les conflits armés internationaux, le critère de la nationalité a toutefois connu quelques assouplissements. Premièrement, dans les conflits armés *interétatiques*, le statut de personnes protégées a été reconnu aux individus qui, bien qu'ayant la nationalité de leur État, sont néanmoins géographiquement, culturellement et parfois même linguistiquement proches de l'ennemi et que, pour cette seule raison, elles sont traitées comme des ennemis ou comme une menace à la sécurité nationale de leur propre État. Telle est en tout cas l'approche que les Chambres extraordinaires cambodgiennes ont adoptée pour ce qui concerne les mauvais traitements infligés par les membres du Kampuchéa démocratique à l'endroit des populations cambodgiennes de l'Est, lors du conflit armé ayant opposé le Cambodge au Vietnam entre 1975 et 1979, ces Cambodgiens ayant été considérés comme des Vietnamiens lors du conflit armé[466]. Dans le contexte des conflits armés opposant la RDC au Rwanda, cette jurisprudence est importante. En effet, elle peut permettre de considérer comme personnes protégées ceux que l'on désigne par l'expression de « Congolais d'origine rwandaise », dès lors que ces personnes, bien que ne participant pas directement au conflit armé, sont néanmoins considérées comme sympathisant avec le Rwanda dans les affrontements entre la RDC et le Rwanda. Disons tout de suite que l'arrêt *Minova* ne soulève nulle part cette question puisque personne n'a osé prétendre que les victimes étaient des « Congolais d'origine rwandaise ».

Deuxièmement, dans les *guerres de libération nationale*, la notion de personnes protégées (article 1 § 4 du Protocole I[467]) a été étendue aux personnes appartenant à l'ennemi ou à celles qui lui ont fait allégeance. En effet, comme le disait le commentaire de cet article, « l'adoption même de cette dernière disposition et du présent paragraphe suffit à entraîner, dans les situations visées, l'obligation d'interpréter de façon nouvelle certains critères utilisés

465 Georges et Rosemary Abi-Saab, « Crimes de guerre », *in* Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet (dir.), *Droit international pénal*, 2ème éd., Paris, Pedone, 2012, p. 151, § 39 (voy. aussi p. 155, § 56).

466 Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, *Le Procureur c. Kaing Guek Eav, alias Duch*, « Jugement », affaire n° 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 juillet 2010 (ci-après, le « jugement *Dutch* des Chambres cambodgiennes »), § 426.

467 Selon l'article 1 § 4 du Protocole I., les guerres de libération nationale sont des « conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les états conformément à la Charte des Nations Unies ».

par le droit humanitaire, tel celui de nationalité. Se fonder sur la nationalité "formelle" reviendrait en effet à priver lesdites dispositions d'une bonne part de leur objet - et il faudra donc au contraire recourir à des notions telles que l'"appartenance" ou l'"allégeance" »[468].

Troisièmement, dans les conflits armés *internationalisés*, c'est-à-dire ceux dans lesquels un État est, sur son propre territoire, en hostilités armées contre un groupe armé organisé opérant sous le contrôle global d'un autre État, la notion de personnes protégées a été interprétée de manière large pour englober les « personnes appartenant » à l'ennemi ou plus exactement à l'ethnie ennemie lorsqu'il s'agit des guerres interethniques soutenues par des États étrangers[469].

Quatrièmement enfin, bien que le Statut de Rome soit muet sur la question des personnes protégées, l'on constate néanmoins que dans les Éléments du Crime, et tout particulièrement les homicides intentionnels en tant que crimes de guerre (article 8 (2) (a) (i)), il est exigé que « l'auteur [ait eu] connaissance des circonstances de fait établissant ce statut de personne protégée ». Cet alinéa est explicité par deux notes de bas de page dont l'une (note 3) précise qu'« en ce qui concerne la nationalité, il est entendu que l'auteur devait uniquement savoir que la victime appartenait à la partie ennemie dans le conflit » ; et que « la présente note s'applique aussi à l'élément correspondant de tous les crimes visés à l'article 8) 2) a) »[470]. Ainsi, bien que le critère de la nationalité ait connu des assouplissements comme on vient de le voir, l'idée qui demeure dans toute cette évolution est que les victimes des crimes de guerre ne peuvent être que des personnes *appartenant à l'ennemi*. Le critère de cette appartenance peut avoir évolué. Mais l'idée reste la même dans les conflits armés internationaux.

2. *Le statut de personnes protégées dans les conflits armés non internationaux.* Après ce bref tour d'horizon sur les conflits armés internationaux, la question à poser à présent est celle de savoir si les conflits armés non internationaux consacrent une approche fondamentalement

468 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann, (dir), *Commentaire des Protocoles additionnels …, op. cit.*, p. 55, § 117.

469 Arrêt *Tadić* (Fond) § 165-166 : « dès 1949, le critère du lien juridique de nationalité n'était pas considéré comme déterminant et [que] des exceptions étaient prévues » notamment pour le cas des réfugiés et des apatrides. Elle a surtout soutenu : « [c]ette approche juridique, qui s'articule davantage autour des relations de fait que des liens formels, revêt encore plus d'importance dans les conflits armés internationaux contemporains. Alors que les guerres du passé opposaient principalement des États bien établis, les conflits armés interethniques modernes, comme en ex-Yougoslavie, se caractérisent par l'émergence de nouveaux États pendant le conflit et de ce fait, les allégeances peuvent tenir plus à l'appartenance ethnique qu'à la nationalité. Autrement dit, l'appartenance ethnique peut déterminer l'allégeance à une nation. Dans ces circonstances, la condition de nationalité s'avère encore moins adaptée à la détermination du statut de "personne protégée". S'agissant de pareils conflits, non seulement le texte de la Convention et les travaux qui ont abouti à sa rédaction, mais également, et plus significativement, l'objet et le but de la Convention, suggèrent que le critère déterminant est celui de l'allégeance à une Partie au conflit et, partant, du contrôle exercé par ladite Partie sur les personnes qui se trouvent sur un territoire donné ».

470 Sur cette question, voy. Knut Dörmann, « War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a special Focus on the Negotiations of the Elements of Crimes », *in Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, p. 363.

différente de la question des personnes protégées. À cet égard, quelques éléments de réponse peuvent être trouvés dans le commentaire du Protocole II. Premièrement, par rapport à la portée du Protocole II, le commentaire rappelle qu'« à l'instar de l'article 3 commun, le Protocole II n'établit aucune catégorie particulière de personnes protégées et ne crée pas de statuts juridiques distincts » ; et que « le membre des forces armées *au pouvoir de la partie adverse* et le civil privé de liberté *pour un motif en relation avec le conflit* sont au bénéfice de la même protection juridique (…) »[471]. Deuxièmement, à propos du titre II (traitement humain), le commentaire fait observer que « le Protocole ne prévoyant pas de catégories de personnes protégées jouissant d'un statut particulier, tels les prisonniers de guerre dans les conflits armés internationaux, les règles y énoncées s'appliquent de manière égale à toutes les personnes affectées par le conflit armé *se trouvant au pouvoir de l'adversaire* (blessés, malades, personnes privées de liberté ou dont la liberté a été restreinte), qu'elles soient militaires ou civiles »[472]. Troisièmement enfin, sur le champ d'application de l'article 6(1) relatif aux poursuites pénales, le commentaire relève là encore que « *ratione personae*, l'article 6 a une portée générale et s'applique tant aux personnes civiles qu'aux combattants *tombés au pouvoir de la partie adverse*, qui pourraient faire l'objet des poursuites pénales »[473].

Dans les trois extraits reproduits ici, l'on voit incontestablement apparaître l'idée de l'appartenance de la victime à la partie ennemie comme critère d'identification des personnes protégées. Ainsi, ces éléments du commentaire permettent de soutenir que dans tous les conflits armés (international ou non), les personnes protégées contre les crimes de guerre sont celles qui appartiennent, ou sont censées appartenir, à la partie ennemie.

Il existe certes, un courant doctrinal qui soutient que le droit international humanitaire ne s'applique pas seulement dans les relations *inter-parties* au conflit armé, mais aussi à l'intérieur de chacune des parties au conflit (relation *intra-parties*). Selon ce courant doctrinal, les mauvais traitements, y compris les exécutions sommaires, dont certains membres d'un groupe armé pourraient être victimes *à l'intérieur de leur propre camp*, relèveraient du droit international des conflits armés. Le professeur Sandesh Sivakumaran, l'un des spécialistes du droit des conflits armés non internationaux, est le principal défenseur de cette thèse[474]. Sa position s'appuie sur l'interprétation de certaines dispositions des Conventions internationales relatives à la conduite des hostilités qui interdisent les discriminations entre les victimes des conflits armés, discriminations qui seraient fondées sur la nationalité[475] ainsi

471 Yves Sandoz *et al.*, (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels…, op. cit.,* p. 1368, § 4441.

472 *Idem*, p. 1389, § 4507.

473 *Idem*, p. 1421, n° 4599.

474 Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, OUP, 2012, pp. 246-249 (voy. "Intra-Party Protection").

475 L'auteur cite la Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne qui prévoyait « l'obligation de soigner les blessés *sans distinction de nationalité* » ; et la Convention de Genève du 6 juin 1906 pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne dont l'article 1er (premier alinéa) prévoyait que « les militaires et les autres personnes officiellement attachées aux armées, qui seront blessés ou malades, devront être respectés et soignés, *sans distinction de nationalité,* par le belligérant qui les aura en son pouvoir » (c'est nous qui soulignons).

que sur une certaine lecture de la jurisprudence de la CPI dans la décision de confirmation des charges dans l'affaire *Katanga et Ndundjolo*[476].

Cette approche n'est toutefois pas convaincante. En effet, comme l'ont relevé d'autres auteurs[477] et souligné par le TSSL[478], cela dénaturerait fondamentalement la nature du droit international humanitaire qui est destiné à régler les relations *entre* les parties au conflit armé et non à l'intérieur de chacune d'elles et priverait de tout effet utile l'article 4 de la Convention IV de Genève de 1949 dont on vient de parler. Par ailleurs, la référence à la décision de confirmation des charges dans l'affaire *Katanga et consort* est inappropriée. En effet, dans le passage pertinent, la Chambre préliminaire I de la CPI dit que le recrutement des enfants soldats « est le *seul* crime de guerre (…) qui peut être commis par un auteur contre des personnes appartenant à son propre camp dans le conflit ». Cela revient à dire que la CPI confirme plutôt la règle selon laquelle le critère de la personne protégée réside dans l'appartenance de la victime à la partie adverse.

Dans le mémoire d'*amicus curiae* déposé par l'organisation Amnesty International dans l'affaire *Bemba* devant la CPI, une question similaire était implicitement posée, même si elle n'était pas au centre dudit mémoire[479]. Le mémoire soutenait que dans le cadre de la doctrine de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques, l'obligation de punir les coupables ne serait pas opposable aux chefs militaires des mouvements rebelles puisque ces mouvements n'ont juridiquement ni le pouvoir ni la légitimité de créer des cours et tribunaux. Ainsi, selon Amnesty International, tout procès que les chefs des mouvements rebelles organiseraient violerait nécessairement le droit au procès équitable des accusés puisque les chefs rebelles ne seraient pas capables d'exercer l'obligation de punir dans le respect des droits de l'homme internationalement reconnus, ainsi que l'exige implicitement l'article 21(3) du Statut de Rome[480]. Dans cette optique, poursuit Amnesty International, obliger les chefs rebelles à punir leurs éléments responsables de génocide, des crimes de guerre ou des crimes contre

476 Décision *Katanga et Ngudjolo*, § 248.

477 Peter Rowe, « The Obligation of State Under International Law to Protect Members of its Own Armed Forces during Armed Conflict or Occupation », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 9, 2006, p. 23; et Marco Sassòli et Julia Grignon, « Les limites du droit international pénal … », *op. cit*., p. 149.

478 TSSL (Ch. 1ère Inst. I), *Le Procureur c. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon et Augustine Gbao*, « Jugement », affaire n° SCL-04-15-T, 2 mars 2009, §§1451-1454.

479 CPI (Ch. Prél. II), *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, « *Amicus Curiae* Observations on Superior Responsibility Submitted Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence », Doc. ICC-01/05-01/08-406, 20 avril 2009 : § 23 : « Superiors of non-state groups may face particular difficulties in submitting matters to the competent authorities. Submission by a superior of a matter for eventual trial by a judicial body of his or her own non-state group would not normally satisfy the duty to submit to "competent authorities," as such bodies are not established by parliamentary statute or an equivalent source of law, and may fail to comply with fair trial principles. In fact, in the context of an armed conflict, trials that are not conducted "by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples," are considered a war crime ».

480 L'article 21(3) du Statut de Rome dispose en effet que « l'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité ».

l'humanité en vertu de leur responsabilité de supérieur hiérarchique reviendrait à les inciter à commettre un crime de guerre puisque, selon Amnesty International, le droit international coutumier (article 3 commun) ainsi que le Statut de Rome, érigent en crimes de guerre « 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 »[481].

Sans qu'il ne soit besoin d'entrer dans ce débat relatif à la légitimité des Cours et tribunaux institués par les mouvements rebelles, débat auquel le professeur Sandesh Sivakumaran a déjà consacré d'importants travaux[482], l'on observera que le point faible de cette approche réside précisément dans le statut des victimes comme personnes protégées. En effet, l'approche proposée par Amnesty International semble suggérer que les victimes éventuelles de ces procès jugés inéquitables dans leur propre camp seraient des « personnes protégées ». Pourtant, dès lors qu'un crime de guerre ne peut être commis à l'encontre des personnes de son propre camp, et que dans l'hypothèse proposée, ces victimes n'appartiennent pas au camp ennemi, il est difficile d'approuver le raisonnement d'Amnesty International.

Au regard de tous les éléments ainsi avancés, il devient fort douteux d'appliquer la notion de crime de guerre à des crimes commis à l'intérieur d'un camp, quand bien même l'acte serait commis dans le contexte d'un conflit armé et comporterait un lien de connexité avec le conflit armé (cas d'une exécution sommaire d'un combattant accusé de trahison au profit de l'ennemi). Une telle difficulté ne dépend pas de la qualification de conflit armé. Elle demeure même dans les conflits armés de caractère non international, comme tel a été le cas dans l'affaire *Bemba* devant la CPI.

Les crimes commis à Minova sont survenus dans le cadre d'un conflit armé opposant les FARDC aux rebelles du M23 soutenus par le Rwanda. Avant, pendant, et après la prise de Goma par les rebelles du M23 soutenus par le Rwanda, la cité de Minova était sous contrôle des FARDC. Rien ne permet de dire que cette cité « appartenait » au M23 ni que les personnes affectées par les exactions des FARDC à Minova étaient des « Congolais d'origine rwandaise » et qu'elles ont été attaquées et violentées par les FARDC pour des « motifs en lien avec le conflit armé » et encore moins parce qu'elles seraient suspectées d'être affiliées d'une manière ou d'une autre au M23. Il s'agissait en fait d'un comportement des éléments incontrôlés des FARDC qui, cédant à la panique, se sont déchaînés sur la population civile. Une telle attitude n'est d'ailleurs pas nouvelle chez les militaires congolais. En effet, elle était déjà présente dans la mentalité des militaires des Forces armées zaïroises à l'époque du président Mobutu lors du conflit armé qui les avait opposés aux forces de l'AFDL de Laurent-Désiré Kabila. Chaque fois que ces militaires perdaient des batailles

481 Article 8 (2) (c) (iv) du Statut de Rome.

482 Sur cette question, les travaux de Sandesh Sivakumaran, « Courts of Armed Opposition Groups Fair Trials or Summary Justice? », *in JICJ*, vol. 7, 2009, pp. 489-513; idem, « Command Responsibility in Irregular Groups », *in JICJ*, vol. 10, 2012, pp. 1129-1150; Idem, « Can Insurgent Courts Be Legitimate Within International Humanitarian Law? », *Texas Law Review*, vol. 91, 2013, pp. 1525-1559.

et qu'ils se repliaient sur une autre ville pour se réorganiser, ils se livraient généralement à des exactions (pillages et violences) sur la population civile alors que celle-ci n'avait rien à avoir avec leur défaite militaire. L'incident de Minova s'inscrit dans le prolongement de cette mentalité. Ce comportement des militaires congolais est certes condamnable et est criminel. Il n'en demeure pas moins que dès lors que les victimes n'appartenaient pas à l'ennemi, l'on ne peut leur reconnaître le statut de personnes protégées contre les crimes de guerre. Bien que ce comportement criminel soit survenu pendant un conflit armé, il est douteux qu'il ait un quelconque lien de connexité avec celui-ci. Sur la base de cet élément, il devient douteux de dire que ces actes méritaient la qualification des crimes de guerre au sens du droit international humanitaire.

Crimes de guerre ou crimes contre l'humanité ?

Puisque les crimes commis à Minova n'ont pas été commis contre une population civile appartenant à l'ennemi, peut-on dès lors dire qu'il s'agissait des crimes contre l'humanité ? Pour établir une telle qualification toutefois, il faut démontrer la réunion des exigences contextuelles des crimes contre l'humanité. Par rapport à cette question, il apparaît que certes, le caractère généralisé des crimes commis à Minova est incontestable au regard du nombre des victimes (viol, de pillages et mauvais traitement, etc.). Cependant, la difficulté à appliquer cette qualification résiderait dans la preuve d'un élément politique propre aux crimes contre l'humanité. En effet, il est difficile de voir dans les faits ayant conduit au procès de Minova, la preuve directe ou indirecte d'une planification des attaques contre des civils. De même, il est difficile de dire que cette conduite criminelle a été ordonnée ou tolérée ou encore encouragée par les chefs militaires à travers leur passivité. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'établissement de la responsabilité des supérieurs militaires (article 28 du Statut de Rome) a posé problème. La situation est ici différente de celle de l'arrêt Balumisa et consorts ou du jugement dans le procès de Walikalé. Il est vrai que l'arrêt *Minova* a été critiqué sur ce point (non-établissement de la responsabilité des chefs militaires) notamment par Human Rights Watch[483]. Toutefois, même s'il était établi que les supérieurs hiérarchiques ou chefs militaires n'ont pas fait tout leur possible pour mettre fin à la conduite criminelle des FARDC à Minova, cela n'impliquerait pas nécessairement que cette abstention traduisait un élément politique propre aux crimes contre l'humanité.

En définitive, il est, à notre sens, fort douteux que les actes répréhensibles survenus à Minova, aussi condamnables soient-ils, soient constitutifs des crimes de guerre ou

483 HRW, *La justice en procès Enseignements tirés de l'affaire des viols de Minova en République démocratique du Congo*, Rapport, octobre 2015, p. 49 : « Tout d'abord, même s'il est vrai que les commandants de régiments ont donné aux autorités judiciaires les noms des soldats qui ont ensuite été poursuivis en justice, ils ne l'ont fait qu'en avril 2013, à la demande du général Mukunto. Une poignée de soldats surpris en état d'ivresse ou en possession de biens pillés ont été remis aux autorités judiciaires au moment des évènements de Minova, mais la plupart des soldats arrêtés a Minova ont par la suite été relâchés et réintégrés. En outre, comme cela a été établi lors de l'interrogation des commandants pendant le procès, aucun rapport militaire officiel n'a été rédigé sur les crimes, ce qui laisse penser que ces commandants n'avaient pas réellement l'intention d'agir à propos des crimes commis à Minova ».

des crimes contre l'humanité. Cela n'implique toutefois pas que ces actes, au cas où ils étaient prouvés, doivent demeurer impunis puisque le Code pénal militaire prévoit des incriminations, parfois punies de peines sévères, contre ce type de comportement en période de conflit armé.

10. Affaire *Kahwa*

L'on a déjà eu à étudier l'affaire *Kahwa* en matière des crimes contre l'humanité. Ainsi, l'on a vu que Kahwa avait été reconnu coupable pour crimes contre l'humanité notamment pour les meurtres qu'avait occasionnés l'attaque de Zumbé par les membres de sa milice. Cependant, dans cette même affaire, l'accusé était également poursuivi pour crimes de guerre. Il lui était reproché d'avoir organisé et dirigé un mouvement insurrectionnel, le PUSIC, aux mois d'octobre- novembre 2002 ; et que dans le cadre de ce mouvement, il avait, entre le 15 et le 16 octobre 2002, incendié le Centre de santé de Zumbé, l'école primaire de Zumbé, les Églises catholiques et protestantes de Zumbé, considérés comme des édifices protégés par les Conventions de Genève de 1949. À l'issue son procès, il a été reconnu coupable des crimes de guerre, en application de l'article 8(2)(b)(ix) du Statut de Rome[484].

Argumentation

Pour établir les crimes de guerre, le tribunal a soutenu que cette incrimination exige la réunion d'au moins cinq éléments constitutifs, à savoir : (i) l'auteur a lancé une attaque ; (ii) l'objectif de l'attaque soit un ou plusieurs bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, et monuments historiques, des hôpitaux et des lieux ou des malades ou des blessés sont rassemblés, qui n'étaient pas des objectifs militaires ; (iii) l'auteur entendait prendre pour cible les biens précités ; (iv) le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé ne présentant pas un caractère international ; et enfin (v) l'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé.

Concernant spécifiquement l'exigence selon laquelle « le comportement [doit avoir] lieu dans le contexte de et [être] associé à un conflit armé *ne présentant pas un caractère international* », le tribunal a estimé que cette exigence était établie puisque « les milices Hema et Lendu se battaient entre eux, et cela depuis les années 2000 sur la base des conflits de terre ».

En appel, la Cour militaire de Kisangani a pratiquement confirmé l'approche du jugement du TMG. La Cour a orienté toute son attention vers le fait que Kahwa a ordonné l'attaque de Zumbé par le groupe armé qui était sous son contrôle[485]. La Défense de Kahwa était en fait revenue à l'argument selon lequel l'on ne pouvait pas imputer l'attaque de

484 Cet article considère comme crime de guerre en tant qu'« autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international [...] 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 ».

485 Arrêt *Kahwa*.

Zumbé aux forces de Kahwa puisque son organisation politico-militaire, le PUSIC, a commencé à exister en 2003, alors que l'attaque en question a eu lieu entre septembre et octobre 2002. La Cour a toutefois rejeté cet argument. Elle a fait observer que, bien que le PUSIC, en tant que parti politique, a été créé en 2003, il découlait clairement des pièces du dossier que le PUSIC est le nom qui a été plus tard donné aux forces d'autodéfense locales commandées par Kahwa lorsque ce dernier était encore « ministre » de la Défense de Thomas Lubanga au sein de l'UPC. À cette époque en effet, la milice de Kahwa était désignée par l'appellation « Chui Mobil Force ».

La Cour militaire a également conclu au fait que dans tous les cas, c'est par cette structure politico-militaire que Kahwa a commis les crimes qui lui ont été reprochés en les ordonnant. Selon la Cour, « l'appelant a reconnu que [c'était] sur son ordre que ses troupes avaient lancé l'attaque de Zumbé et incendié le temple CECA 20 mesurant 15 mètres sur 7, l'Église catholique, l'École Primaire Zumbé ainsi que le Centre de Santé de Zumbé. Sachant qu'il ressort des éléments du dossier que pendant les guerres en Ituri, Zumbé, comme centre du groupement Bedu-Ezekere, avait accueilli les populations civiles des localités voisines qui fuyaient les violences aveugles et interethniques embrasant le Territoire de Djugu, la Cour réalise que dans sa contre-attaque, l'appelant qui cherchait sans doute à atteindre un grand nombre de personnes, avait ordonné que ses miliciens incendient ces sites protégés dans l'espoir de tuer le plus de personnes humaines qui s'étaient de toute évidence réfugiées dans ces sites pour échapper à la mort quasi certaine »[486]. C'est donc sur la base de cette argumentation que la Cour a conclu que ces actes criminels constituaient des crimes de guerre.

Observations

La qualification des crimes de guerre appliquée dans cette affaire appelle quelques observations. Premièrement, sur la base juridique, il apparaît que le TMG de l'Ituri a poursuivi et condamné M. Kahwa sur la base de l'article 8(2)(b)(ix) du Statut de Rome. Il se fait toutefois que cette disposition est relative aux crimes de guerre commis dans le contexte des conflits armés *internationaux*. Il est alors surprenant que le tribunal se fonde sur cette disposition tout en soutenant que le conflit armé en question avait un caractère *non international*. En appel, cette question a été résolue d'une façon non transparente. En effet, dans la décision de renvoi (acte d'accusation), Kahwa est poursuivi sur la base du même texte précité (article 8(2)(b)(ix)) du Statut de Rome). Toutefois, dans le corps de l'arrêt, la Cour militaire déclare : « Il ressort de l'article 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale que, par « crimes de guerre », on entend 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 Conventions de Genève. En l'occurrence, 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,

486 *Idem*, p. 34.

des hôpitaux et des lieux où des malades ou blessés sont rassemblés, pour autant que ces bâtiments ne soient pas des objectifs militaires. Ainsi dispose l'article 8 point 2. Petit e), iv, relatif à l'attaque contre des biens protégés »[487].

Ainsi, la Cour militaire ne s'est plus référé à l'article article 8(2)(b)(ix) relatif aux conflits armés *internationaux*, mais à l'article 8(2)(e)(iv) qui, en revanche, est destiné aux conflits armés *non internationaux*. L'on peut sans doute se féliciter que la Cour ait corrigé l'erreur du premier juge. Cependant, la manière dont elle a procédé, sans avoir averti les parties au procès de cette requalification des faits, se révèle peu respectueuse des droits de la défense. Dans le système judiciaire de la CPI, une telle démarche s'analyserait certainement en une entorse à la norme 55 du règlement de la Cour, laquelle norme est relative au « pouvoir de la Chambre de première instance de modifier la qualification juridique des faits »[488].

Par rapport aux exigences contextuelles des crimes de guerre, l'on constate que les deux juridictions militaires (tribunal et Cour) ont conclu à l'existence des crimes de guerre, sans avoir établi l'existence d'un conflit armé. L'on relèvera en particulier que la déclaration du tribunal selon laquelle « les milices Hema et Lendu se battaient depuis 2000 » est non seulement fort laconique, mais surtout contestable puisque le tribunal lui-même laisse entendre que le PUSIC a été créé en octobre 2002 et n'explique pas comment ce mouvement politico-militaire aurait pris part dans des hostilités qui étaient antérieures à sa création.

En appel, cette lacune n'a pas été corrigée par la Cour militaire de Kisangani. Il existe certes, quelques passages dans l'arrêt où la Cour militaire fait allusion à l'existence d'un conflit armé. Elle a par exemple soutenu que c'était « en connaissance de cause et des circonstances de fait établissant le conflit armé qui avait élu domicile en Ituri par le fait des seigneurs de guerre, qu'au nombre des objectifs de l'attaque [figuraient] le centre de santé, l'école primaire, les églises catholiques et protestantes, alors ces édifices sont protégés par les Conventions de Genève du 12 août 1949 »[489]. La même Cour a également précisé que « le conflit armé qui avait eu lieu sur le territoire de l'Ituri, en République Démocratique du Congo, entre août 2002 et mai 2003, opposait entre eux principalement, des groupes armés congolais Hema et Lendu et non les autorités

487 *Idem*, p. 49.

488 Voy. Norme 55 du Règlement de la Cour (Doc. ICC-BD/01-01-04) adopté par les juges de la CPI le 26 mai 2004. Le paragraphe premier de la norme 55 dispose que « sans dépasser le cadre des faits et circonstances décrits dans les charges et dans toute modification qui y aurait été apportée, la chambre peut, dans la décision qu'elle rend aux termes de l'article 74, modifier la qualification juridique des faits afin qu'ils concordent avec les crimes prévus aux articles 6, 7 ou 8 ainsi qu'avec la forme de participation de l'accusé auxdits crimes prévue aux articles 25 et 28 ». Tandis qu'au 2ème paragraphe, la norme prévoit que « si, à un moment quelconque du procès, la chambre se rend compte que la qualification juridique des faits peut être modifiée, elle informe les participants à la procédure d'une telle possibilité et, après avoir examiné les éléments de preuve, donne en temps opportun aux participants la possibilité de faire des observations orales ou écrites ». Selon ce même paragraphe, la Chambre « peut suspendre les débats afin de garantir que les participants disposent du temps et des facilités nécessaires pour se préparer de manière efficace, ou, en cas de besoin, convoquer une audience afin d'examiner toute question concernant la proposition de modification ».

489 Arrêt *Kahwa*, p. 50.

gouvernementales de cet État et ces groupes armés organisés »[490]. Nulle part ailleurs la Cour ne fait allusion aux acteurs de ce conflit armé.

La difficulté dans ces propos est que, en parlant des « seigneurs de guerre » ou des « conflits armés entre Hema et Lendu », la Cour ne donne aucune indication sur le caractère organisé de ces milices ni sur l'intensité des affrontements. L'on peut à la rigueur tirer un élément de l'intensité du conflit armé dans le passage où la Cour affirme que le conflit armé en question a duré « d'août 2002 à mai 2003 », soit pratiquement neuf mois. Cette durée paraît largement suffisante pour soutenir le caractère prolongé de ce conflit armé et, sur la base de ce caractère prolongé, et partant, l'intensité du conflit. Mais, même dans cette hypothèse, l'on n'aurait pas vraiment résolu la question du caractère organisé des acteurs de ce conflit armé, à moins de le déduire de l'intensité du conflit armé selon une approche que l'on a proposée : si les groupes armés en question n'étaient pas organisés, ils n'auraient pas été capables de s'engager dans des conflits armés de grade intensité.

Il existe toutefois des éléments déjà invoqués dans l'affaire *Kakado*, éléments tirés de la jurisprudence de la CPI dans les affaires *Lubanga* et *Katanga*, qui permettent de dire que même si l'organisation politico-militaire des lendu et des hema était apparemment rudimentaire en 2002, l'on pouvait soutenir, ainsi que l'a fait la CPI, que ces milices ethniques étaient des groupes armés organisés[491].

La question du lien de connexité et celle du statut de personnes protégées n'ont été abordées ni par le jugement ni par l'arrêt. L'on indiquera toutefois que, le fait que le conflit armé ait eu un caractère interethnique et que les victimes aient été attaquées puisqu'appartenant à l'ethnie ennemie, les exigences du lien de connexité et le statut de personnes protégées étaient satisfaits.

Toutefois, une difficulté importante dans l'affaire *Kahwa* réside dans le fait que le jugement comme l'arrêt d'appel ont adopté une démarche assez singulière des qualifications des faits : ils ont choisi de poursuivre, dans le cadre d'un même incident, les atteintes contre la vie et la dignité de la personne humaine en tant que crimes contre l'humanité et celles qui touchent aux biens, les immeubles tels que les écoles, les hôpitaux ou centres de santé, en tant que crimes de guerre. Cette démarche est pratiquement celle qu'a suivie le TMG de l'Ituri dans l'affaire *Morgan*. Pour les mêmes raisons que celles que l'on a avancées dans l'affaire *Morgan*, l'on ne peut adhérer à cette démarche. Des deux choses l'une : soit tous les actes criminels sont poursuivis en tant que crimes de guerre, parce que survenus dans le contexte d'un conflit armé ; soit qu'en l'absence d'un conflit armé, ils sont poursuivis en tant que crimes contre l'humanité. Il est en effet difficile de comprendre que dans le même contexte, certains actes se prêtent aux qualifications de crimes de guerre et que d'autres se prêtent à celles de crimes contre l'humanité. Seul le contexte de la commission de l'acte criminel, et non la nature de l'acte, peut permettre de dissocier ces deux catégories de crimes de droit international.

490 *Idem*.

491 Voy. Les observations relatives au jugement *Kakado*.

11. Affaire *Kakwavu*

M. Jerôme Kakwavu Bukane était, avant d'intégrer les FARDC à la faveur des accords de paix conclus avec le gouvernement central à Kinshasa, un seigneur de guerre actif en Ituri. Dans ce cadre, il a fondé, depuis le 6 mars 2003, avec le soutien de l'armée ougandaise, un mouvement politico-militaire dont la branche politique était dénommée l'« Union des démocrates congolais (UDC) » tandis que la branche militaire se faisait appeler Forces armées du peuple congolais (FAPC). Grâce à ce mouvement politico-militaire, il a exercé un contrôle territorial sur une grande partie de la province de l'Ituri. Au cours de cette période, Kakwavu a engagé sa responsabilité pénale pour crimes de guerre dans trois séries d'actes.

La première série comprend le crime de viol. L'accusé aurait en fait utilisé sa garde rapprochée pour ramener de force à son domicile des jeunes filles qui lui plaisaient et qui résidaient dans les environs aux fins d'avoir avec elles des rapports sexuels non consentis. Deux cas ont ainsi fait l'objet des poursuites devant la Haute Cour militaire. Le premier concerne une jeune fille de 17 ans au moment des faits (M^lle^ KTB), qui s'est fait violer sur une longue période au point d'en tomber enceinte et de donner naissance à une fille. Le deuxième cas concerne une jeune fille de 13 ans (M^lle^ CVR) qui a été violée par le même accusé selon le *modus operandi* décrit ci-haut.

La deuxième série d'actes porte sur le meurtre d'une personne (M. Leti Léopold) et des actes de tortures à l'encontre des deux autres personnes (M. Combe Ngabu et Mawa alias Volvo) à la suite des ordres donnés par l'accusé. Toutes les trois personnes étaient suspectées d'avoir pris une part dans la mutinerie qui avait éclaté au sein des FAPC le 23 mai 2003 vers 5 heures, laquelle mutinerie n'a pu être neutralisée que grâce à l'intervention de l'armée ougandaise.

La troisième série d'actes comprend des exécutions sommaires d'au moins sept personnes commises à des intervalles séparés, par les soldats des FAPC. Dans un cas, la victime était suspectée d'avoir répandu de faux bruits au sujet d'une attaque imaginaire des Lendu (une ethnie considérée comme ennemie par l'accusé) afin de semer la panique au marché et profiter de cette situation pour voler les biens des populations en fuite. Dans les autres cas, les victimes étaient exécutées pour avoir résisté à l'extorsion de leurs biens par les miliciens. Certaines d'entre elles ont été conduites au camp militaire des miliciens pour y être ensuite exécutées et enterrées au même endroit. Par rapport à cette troisième série d'actes criminels, l'accusé a été poursuivi sur la base de sa responsabilité de chef militaire (article 28(a) du Statut de Rome) pour n'avoir pas exercé le contrôle qui convenait sur ses forces, alors qu'il savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir que ses soldats allaient commettre ou avaient commis ces crimes.

Ces trois séries d'actes ont entraîné des poursuites de M. Kakwavu devant la Haute Cour militaire, siégeant en premier et dernier ressort, pour crimes de guerre commis dans le contexte d'un conflit armé non international en vertu du Statut de Rome. Les poursuites devant cette haute juridiction étaient justifiées par le grade de général dont jouissait l'accusé. À l'issue de son procès, M. Kakwavu a été reconnu coupable de la plupart

des crimes mis à sa charge et en a été condamné à 10 ans de servitude pénale principale, la Haute Cour lui ayant reconnu des circonstances atténuantes tirées de son état de père de famille nombreuse (14 enfants) et de sa délinquance primaire[492]. Il n'a toutefois pas été condamné au renvoi de l'armée, malgré la gravité des crimes pour lesquels il a été reconnu coupable.

Argumentation

Pour conclure à la qualification des crimes de guerre à l'égard de ces trois séries d'actes, la Haute Cour militaire n'a pas consacré un point précis relatif aux exigences contextuelles des crimes de guerre comme tels. L'on trouve néanmoins dans l'arrêt au moins trois séries d'éléments, éparpillés çà et là, permettant d'établir d'une certaine manière l'existence d'un conflit armé non international dans le cadre duquel les crimes auraient été commis.

Le premier élément se rapporte à l'organisation du groupe armé auquel appartient l'accusé Kakwavu. Sur cette question, la Cour a précisé que ce groupe armé (FAPC) a été créé « le 6 mars 2003, sous l'instigation et l'appui des autorités civiles et militaires ougandaises »[493]. La Cour a aussi décrit l'organisation interne du groupe armé sur trois domaines. Le premier est le domaine militaire où la Cour observe que l'accusé a organisé son groupe armé en mettant en place des structures et des organes comparables à ceux d'une armée classique comprenant, au sommet, un commandant en chef, en la personne de l'accusé lui-même qui s'est autoproclamé « général-major », un chef d'état-major et cinq autres militaires (G1, G2, G3, G4, G5 [ces grades n'ont pas été explicités par la Cour]). La Cour observe également que le groupe armé de l'accusé comprenait trois brigades commandées par trois individus différents, et que ces brigades étaient subdivisées en bataillons. Le deuxième domaine est le domaine politico-administratif où la Cour observe que le groupe armé de l'accusé comprenait une branche politique dénommée « Union des Congolais pour la démocratie (UDC) » ; qu'il comprenait un président, en la personne de l'accusé lui-même, un gouvernement dont les membres étaient désignés par l'accusé parmi les notables autochtones et, le cas échéant, pouvaient être révoqués par lui. Il contrôlait également tous les fonctionnaires de l'État et surtout ceux des régies financières, qui étaient établis sur place. Dans le troisième domaine (économique), l'accusé avait mis en place un solide réseau pour percevoir les recettes douanières, fiscales et autres recettes provenant des comptoirs d'or et que l'accusé a réussi à avoir une emprise sur l'économie locale en s'appuyant notamment sur les opérateurs économiques à qui il accordait des facilités fiscales et douanières[494].

Le deuxième élément concerne l'intensité des conflits armés dans le cadre desquels les crimes ont été commis. Sur cette question, la Cour a fait état des opérations militaires

492 HCM, *MP et PC c. Kakwavu*, « Arrêt », affaire n° RPN n° 004/2010, 7 novembre 2014 (ci-après, « Arrêt *Kakwavu (fond)* »). La pagination de cet arrêt (non encore publié) est celle de la version de l'arrêt qui a été déposé au bureau de OSISA-Kinshasa par les agents de la Haute Cour militaire.

493 Arrêt *Kakwavu (fond)*, p. 21.

494 *Idem*, pp. 21-22.

menées par les FAPC pour conserver longtemps le contrôle de ces territoires, ces villes ou sites. Ainsi, selon la Cour, « les FAPC ont eu des affrontements fréquents avec d'autres groupes armés ». Il y a eu, à cet égard, et selon toujours la Cour, « des combats réguliers entre les FAPC et les groupes armés ennemis, notamment, les troupes de l'UPC restées fidèles à Thomas Lubanga, les troupes de l'APC de Mbusa Nyamwisi, les combattants Lendu des FNI et même les éléments des FAPC dissidents ». La Cour a en outre signalé « les affrontements violents entre les FAPC et les FNI qui s'étaient déroulés à Ndrele ainsi que les combats acharnés entre les FAPC en coalition avec les FNI contre l'UPC à Mongbwalu, les FAPC contre les FNI à Djalasiga et ensuite les FAPC en coalition avec l'UPC contre les FNI toujours à Djalasiga »[495].

Le troisième élément se rapporte au lien de connexité entre les conflits armés et les actes criminels reprochés à l'accusé. En effet, abordant la question du « lien étroit entre le viol [des deux filles] et les conflits armés », la Cour a déclaré que « l'instruction de la cause a démontré suffisamment que les crimes visés (…) ont été commis non seulement dans un contexte des conflits armés, mais aussi sous le couvert, sous le prétexte ou à la faveur des conflits armés qui avaient traumatisé la population de l'Ituri »[496]. La Cour a ensuite énuméré ces six éléments qui, selon elle, établissent ce lien étroit : (i) la situation de fait de conflits armés dans l'espace territorial sous contrôle des FAPC ; (ii) l'attitude et le comportement manifestement intimidants de la part des gardes de l'accusé, à savoir la démonstration des forces, la position de combat, l'attitude de combattants en alerte ou sur pied de guerre, etc. ; (iii) le mode opératoire des actes préparatoires du viol, à savoir le rapt ou l'enlèvement de la victime, en plein jour et en cours de route, par des gardes du corps toujours surarmés et acheminement de la victime à la résidence de l'accusé ; (iv) la qualité de l'auteur du viol, à savoir le chef ou seigneur de guerre, commandant des FAPC en la personne de l'accusé; (v) le lieu précis de la commission du viol, à savoir la résidence du commandant qui est aussi le poste de commandement opérationnel, un lieu fortement gardé par de nombreux miliciens surarmés, une chambre à coucher inspirant la peur à cause de la présence remarquable et impressionnante de plusieurs armes de guerre ; (vi) les actes entourant l'exécution du viol, à savoir l'intimidation de la victime au moyen d'une arme de guerre, interdiction de crier avant et pendant le viol ». La Cour a ainsi conclu que « c'est à la faveur et sous le couvert des conflits armés que [l'accusé] s'est permis d'abuser [de ses victimes] et a pu le faire de la manière décrite ci-dessus ». Autrement dit, selon la Cour, « le viol de [ces victimes] a été commis par le seigneur de guerre (…) et les circonstances de leur perpétration, ont été favorisées de manière significative par une situation de fait des conflits armés »[497].

La Cour est aussi revenue sur cette même question du lien étroit avec les conflits armés dans l'analyse du meurtre, en tant que crimes de guerre, de M. Léopold Leti, sur ordre de l'accusé. Sur cette question, la Cour s'y est contentée de déclarer que « l'autre élément

495 *Idem*, pp. 22-23.
496 *Idem*, p. 49.
497 *Idem*, p. 50.

important constitutif du crime de guerre par meurtre est que ce meurtre (…) a été commis dans un contexte, sous le couvert, sous le prétexte ou à la faveur d'un contexte des conflits armés ne présentant pas un caractère international qui prévalait dans les territoires sous contrôle des FAPC (…) »[498].

Observations

L'arrêt *Kakwavu* est d'une importance capitale sur deux points principaux liés entre eux. En effet, c'est la première décision dans laquelle la Haute Cour militaire, juridiction militaire suprême, s'est prononcée en premier (et dernier) ressort sur une affaire portant sur l'application directe du Statut de Rome. Ensuite, c'est la seule décision dans laquelle les poursuites pénales visent un officier de grade de « général » des FARDC. Il n'est donc pas surprenant que le Secrétaire général des Nations Unies en ait fait allusion dans l'un de ses rapports au Conseil de sécurité, tout en critiquant « la légèreté de la peine prononcée par la Cour et l'impossibilité de faire appel »[499]. Cependant, au-delà de cette importance, l'arrêt *Kakwavu* appelle quelques observations d'abord sur les exigences contextuelles des crimes de guerre. Il appelle aussi, comme on le verra dans les chapitres suivants de cette étude, des remarques importantes sur trois autres éléments à savoir (i) les formes de responsabilité pénale individuelle tirées de l'article 25 et de l'article 28 du Statut de Rome, (ii) la question de la protection des victimes qui participent à la procédure pénale, et (iii) le respect des droits de la défense de l'accusé.

Concernant les exigences contextuelles des crimes de guerre, la première observation à formuler est relative à l'existence même d'un véritable conflit armé dans le cadre duquel les crimes auraient été commis. Sur ce point, l'on constate que la Haute Cour affirme que les crimes en question ont été commis dans le contexte d'un conflit armé de caractère non international. Toutefois, la Haute Cour ne précise pas ce qu'elle entend exactement par « conflit armé non international » ni ne dévoile les textes juridiques permettant de définir ce type de conflit armé.

Dans les observations (non paginées) émanant de la Haute Cour militaire, à la suite du premier draft de la présente étude, la pertinence de cet argument a été contestée[500]. Il y est notamment soutenu que « s'agissant de la définition du conflit armé ne présentant pas un caractère international, l'arrêt *Kakwavu* s'est référé à l'article 8-2-f [du Statut de Rome] (…) ». Il est également affirmé que « l'arrêt a aussi indiqué quatre critères d'un conflit armé non international à savoir (i) l'existence d'un conflit armé entre les

498 *Idem*, p. 52.

499 *Rapport du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2014/956, 30 décembre 2014, § 10.

500 Voy. le document non paginé intitulé : « *Réponses aux observations formulées par monsieur Jacques Mbokani, consultant OSISA-RDC par rapport aux décisions rendues par les juridictions militaires congolaises* ». Ce document est signé à Kinshasa, le 19 juillet 2016 par un certain major-magistrat Shamba Kwete Mozart, qui s'est présenté comme étant le Secrétaire du Bureau d'étude de la Haute Cour militaire. Toutefois, le contexte dans lequel ces « Réponses » ont été écrites et les propos oraux qui les ont accompagnées ne laissent aucun doute sur l'implication personnelle du premier président de la Haute Cour militaire dans leur rédaction.

forces gouvernementales et les forces dissidentes ou les groupes armés, ou entre des groupes armés entre eux ; (ii) le caractère organisé des groupes armés ; (iii) l'intensité des affrontements ; et (iv) la durée des affrontements ». Poursuivant leur argumentation, les auteurs de ces observations ont enfin déclaré que « l'arrêt a relevé que la CPI s'est déjà prononcée au moins deux fois sur la qualification des conflits armés en Ituri ». Ils ont invoqué l'affaire *Lubanga*, dans laquelle la Chambre de 1re instance de la CPI avait, selon eux, conclu que « le conflit armé entre l'UPC/FPLC et les autres groupes armés en Ituri qui ont eu lieu entre septembre 2002 et le 13 août 2003 ne présentait pas un caractère international ». Ils ont aussi invoqué l'affaire *Katanga*, dans laquelle, toujours selon eux, la CPI avait aussi jugé « les hostilités ayant opposé de manière prolongée des groupes armés organisés en Ituri relevaient d'un conflit armé non international à partir du mois de janvier 2003, c'est-à-dire à partir du moment où l'Ouganda s'était rapproché de la RDC afin de combattre les forces de l'UPC alliées depuis peu au Rwanda ».

Toutefois, ces informations, pourtant pertinentes pour l'établissement du conflit armé, ne sont pas contenues dans la version de l'arrêt *Kakwavu* que le premier président de la Haute Cour militaire a lui-même dépêchée au bureau de OSISA à Kinshasa en l'accompagnant des observations dont nous faisons état. D'ailleurs, les auteurs de ces observations ont pris soin de ne systématiquement pas préciser les pages exactes de l'arrêt dans lesquelles ces informations seraient contenues. Cette omission est étonnante dès lors que chaque fois qu'il s'agit de réagir aux propos critiques contenus dans le premier draft de la présente étude, les auteurs des observations précitées ont indiqué avec soin les pages dudit draft. Dans la plupart de temps, les auteurs de ces observations invoquent « la partie consacrée à l'existence des conflits armés non internationaux dans les territoires sous contrôle des FAPC », alors que cette partie ne figure pas dans l'arrêt sous examen. On y trouve plutôt un point relatif aux « opérations militaires des FAPC » dans lequel les informations qu'ils avancent ne figurent pas. Aussi curieux que cela puisse paraître, il est donc fort possible que les auteurs de ces observations se soient fondés sur une version de l'arrêt *Kakwavu* qui est différente de celle que le premier président de cette Cour, celui-là même qui a présidé la composition ayant siégé dans cette affaire, a envoyée.

En tout état de cause, parce qu'il s'agit d'appliquer le Statut de Rome, il convient de rappeler que les éléments permettant de définir ce type de conflit armé sont énoncés à l'article 8(2)(f) de ce Statut. En vertu de cette disposition, le conflit armé dont il s'agit ici est celui « qui oppose 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 » et qui atteint une certaine intensité allant au-delà des « situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire ». Par rapport à l'affaire *Kakwavu* deux questions se posent ainsi : le conflit armé dont il s'agit impliquait-il des groupes armés *organisés*, et ensuite, l'intensité de ce conflit armé a-t-elle dépassé le seuil des simples émeutes sporadiques ?

Existence des groupes armés organisés

L'un des mérites de l'arrêt *Kakwavu* réside sans doute dans le fait d'avoir décrit de manière plus détaillée l'organisation interne du groupe armé de l'accusé, les FAPC, sur le plan militaire, politico-administratif, et économique. Certes, l'arrêt passe sous silence certaines questions importantes telles que les effectifs du groupe armé, le mode de recrutement, le type d'armes utilisées, le nombre de militaires déployés dans les opérations militaires, etc. Relevons que les observations émanant de la Haute Cour ont fait état du fait que l'arrêt *Kakwavu* aurait déclaré, toujours dans la partie consacrée à l'existence des conflits armés non internationaux dans les territoires sous contrôle des FAPC, que « les FAPC avaient des hommes en nombre suffisant et la logistique y compris l'armement qui leur ont permis de mener des opérations militaires fréquentes pendant une longue période ». Cependant ici encore, il s'agit des informations non contenues dans la version de l'arrêt émanant du 1er président de la Haute Cour. L'on peut néanmoins soutenir que les éléments donnés par l'arrêt sont en eux-mêmes suffisants pour conclure que le groupe armé auquel appartenait l'accusé, c'est-à-dire les FAPC, était effectivement organisé.

Ceci dit, l'omission fondamentale de cet arrêt réside dans le fait qu'il a décrit l'organisation interne du seul groupe armé de l'accusé, mais n'a rien dit de celle des groupes armés contre lesquels les FAPC étaient opposées. Dès lors que le Statut de Rome exige que le conflit oppose des « groupes armés *organisés* entre eux », il était essentiel que la Haute Cour démontrât également le niveau d'organisation de ces autres groupes armés contre lesquels les forces fidèles à l'accusé étaient opposées. Sur ce point, la démarche de l'arrêt se révèle incomplète.

L'on peut évidemment s'appuyer sur le passage de l'arrêt où il est dit qu'avant qu'il ne crée les FAPC, Jérôme Kakwavu avait assumé les fonctions de commandant bataillon dans le RCD/K-ML de Mbusa Nyamwuisi, ensuite les fonctions de commandant de la 5e zone opérationnelle dans l'UPC de Thomas Lubanga[501], pour soutenir, comme le font les observations émanant de la Haute Cour, que « s'il y avait des commandants de bataillon dans l'APC, branche armée du RCD/K-ML de Mbusa Nyamwisi, et des commandants de zone opérationnelle dans l'UPC, c'est que ces groupes armés étaient organisés ». Toutefois, il aurait été plus intéressant que ce soit la Haute Cour elle-même qui fasse une telle déduction tout en expliquant pourquoi elle n'a pas pu établir de façon directe ce caractère organisé des autres groupes armés.

Dans ces mêmes observations, l'on a par ailleurs soutenu que « dans le point consacré à la création, à l'organisation et au fonctionnement des FAPC, l'arrêt affirme que les groupes armés qui se battaient entre eux (à savoir l'UPC, APC et le FNI) avaient un minimum d'organisation » ; que « plus loin, dans le point consacré à l'existence des conflits armés non internationaux dans les territoires sous contrôle des FAPC, il est écrit ceci : il est important de noter que *tous ces groupes armés qui se battaient entre eux avaient un minimum d'organisation ; mais le degré d'organisation différait d'un groupe armé à un autre* » ; et qu' « en outre, dans ce même

501 Arrêt *Kakwavu (fond)*, p. 21.

point l'arrêt *Kakwavu* rappelle que la CPI, dans l'affaire *Katanga*, parle des groupes armés organisés et d'un conflit armé non international en Ituri : « *les hostilités ayant opposé de manière prolongée des groupes armés organisés en Ituri* relevaient d'un conflit armé non international à partir du mois de janvier 2003. Or, en ce moment-là, les hostilités qui se déroulaient en Ituri opposaient entre eux notamment les *groupes armés suivants* l'APC, l'UPC, le FNI et les FAPC ». Dans ce même document enfin, il est déclaré que « dans ce même point, il est signalé que les affrontements entre les FAPC et les autres groupes armés considérés comme ennemis ne diminueront en fréquence et en intensité qu'après la signature de l'acte d'engagement pour la cessation des hostilités, acte signé au mois de décembre 2004 à Dar es Salam. L'envoi et la présence à Dar es Salam des représentants reconnus des groupes armés, l'UPC, le FNI et les FAPC pour des négociations, ensuite la signature de l'acte d'engagement pour la cessation des hostilités, est indicateur majeur et incontestable que ces groupes armés avaient un minimum d'organisation ». Ces observations concluent ce point en déclarant qu'« ainsi, les juges ont estimé que tous les éléments susmentionnés considérés ensemble étaient suffisants pour comprendre que ces groupes armés avaient chacun un minimum d'organisation et qu'il n'était pas nécessaire de donner l'organisation détaillée de chaque groupe armé ».

Tous ces éléments sont évidemment intéressants et pertinents pour établir le caractère organisé des autres groupes armés auxquels les FAPC étaient opposés, et partant l'existence d'un conflit armé non international. Le problème c'est qu'encore une fois, contrairement à ce que disent ces observations, ces éléments ne sont pas contenus dans la version de l'arrêt émanant de la Haute Cour militaire. Par ailleurs, même s'ils s'y trouvaient, la référence à la jurisprudence de la CPI dans l'affaire *Katanga* pour établir l'existence d'un conflit armé non international reste vague. En effet, les auteurs de ces observations n'ont pas précisé s'ils faisaient allusion à la décision de confirmation des charges ou au jugement rendu dans l'affaire *Katanga*. Il est d'ailleurs fort probable qu'ils avaient en tête non pas le jugement, mais la décision de confirmation en charge puisque lorsque l'arrêt *Kakwavu* a été rendu, la version (traduction) française du jugement *Katanga* n'était pas encore disponible[502]. Si tel est effectivement le cas, il faudra rappeler que, de manière générale, les décisions de confirmation des charges de la CPI sont rendues suivant le niveau de preuve des « motifs substantiels de croire » que les faits ont été commis (article 61(7) du Statut de Rome) et que ce niveau de preuve n'est pas celui qui exigé pour rendre un jugement définitif déclarant l'accusé coupable. L'article 66(3) du Statut de Rome précise en effet que « pour condamner l'accusé, la Cour doit être convaincue de sa culpabilité *au-delà de tout doute raisonnable* ». Il s'ensuit que si la Haute

502 En effet, l'arrêt *Kakwavu* a été rendu le 7 novembre 2014, tandis que le jugement *Katanga* de la CPI a été rendu le 7 mars 2014. Bien que le jugement *Katanga* a été rendu 7 mois plutôt que l'arrêt *Kakwavu*, il est douteux que ces 7 mois aient été suffisants pour disponibiliser la traduction française de ces 711 pages du jugement en question. Dès lors que l'on sait que la plupart des juges congolais et tout particulièrement ceux de la Haute Cour militaire sont francophones, il est donc fort probable que les auteurs de ces observations émanant de la Haute Cour se soient fondés sur la décision de confirmation des charges plutôt que sur le jugement *Katanga*.

Cour était en droit de recourir à une décision de confirmation des charges pour les besoins de son argumentation juridique, elle serait méthodologiquement en tort de se fonder exclusivement sur une telle décision pour établir un élément de fait exigé par l'incrimination des crimes de guerre, à savoir l'existence d'un conflit armé.

L'intensité du conflit armé

Dans l'arrêt sous examen, il apparaît que la Haute Cour s'est contentée de déclarer que « pour conserver longtemps le contrôle de ces territoires, ces villes ou sites, les FAPC ont eu des *affrontements fréquents* avec d'autres groupes armés » ; que « (…) il y eut des *combats réguliers* entre les FAPC et les groupes armés ennemis, notamment, les troupes de l'UPC restées fidèles à Thomas Lubanga, les troupes de l'APC de Mbusa Nyamwisi, les combattants Lendu des FNI et même les éléments des FAPC dissidents ». L'arrêt dit encore qu'« il y a lieu de signaler notamment les *affrontements violents* entre les FAPC et les FNI qui s'étaient déroulés à Ndrele ainsi que les *combats acharnés* entre les FAPC en coalition avec les FNI contre l'UPC à Mongbwalu, les FAPC contre les FNI à Djalasiga et ensuite les FAPC en coalition avec l'UPC contre les FNI toujours à Djalasiga ».

Mais, en se limitant à employer des expressions telles que des « affrontements réguliers », des « combats acharnés », etc., la Haute Cour ne démontre en fait pas *l'intensité* réelle de ces conflits armés. En effet, ces expressions ne permettent pas de préciser ni la durée de ce conflit armé, ni les armes utilisées de part et d'autre, ni les effectifs déployés, le nombre des victimes, etc.

Le lien de connexité entre les crimes et le conflit armé

Ici encore, les juges de la Haute Cour militaire ont le mérite d'avoir pris conscience que l'établissement d'un conflit armé n'est pas une condition suffisante à elle seule pour établir les crimes de guerre, encore faut-il établir que les crimes en question aient un lien de connexité avec le conflit armé. Toutefois, la compréhension qu'ils ont donnée à cette exigence appelle quelques réserves.

Concernant les viols, il est vrai que, comme le dit la Haute Cour militaire, l'accusé a profité du contrôle territorial qu'il exerçait sur le lieu où résidaient les victimes dans le cadre des conflits armés, pour satisfaire, par la violence, ses bas instincts et que la situation de conflit armé lui a donné cet avantage. Sur la base de cet élément, l'on peut bien évidemment se fonder sur certains passages très généraux de la jurisprudence internationale, notamment l'arrêt *Kunarac* et l'arrêt *Rutaganda* dont on a déjà parlé dans le cadre du procès de Minova, pour dire que ces actes présentent un lien de connexité avec les conflits armés et qu'en conséquence, ils constituent des crimes de guerre. L'on peut également invoquer certains passages aussi très généraux du récent jugement *Bemba* où la CPI a déclaré que pour déterminer s'il existe un lien de connexité, l'on peut prendre en compte des facteurs tels que le statut de l'auteur du crime et celui de la victime, vérifier si l'acte était destiné à servir les objectifs ultimes de la campagne militaire, ou encore si les crimes ont fait partie des fonctions officielles de l'auteur de l'acte ou ont été commis dans

ce contexte. La Chambre a par ailleurs rappelé que même si dans ce cadre, il est souvent question du comportement de l'auteur du crime face à une partie au conflit, il n'est pas nécessaire que l'auteur appartienne lui-même à l'une des parties au conflit, mais que c'est le lien entre l'acte et le conflit armé qu'il est important d'établir[503].

Toutefois, il importe de rappeler premièrement que ces passages très généraux de la jurisprudence internationale ont été critiqués en doctrine en raison de leur caractère vague sur la question du lien de connexité[504]. Deuxièmement, ces trois affaires (Kunarac, Rutaganda et Bemba) concernaient des affaires dans lesquelles des combattants avaient attaqué des personnes civiles suspectées d'être affiliées à leur ennemi. Dans l'arrêt *Rutaganda* par exemple, les témoins experts du procureur ont déclaré que « les auteurs des massacres des populations civiles en 1994 [c'est-à-dire les militaires des Forces armées rwandaises ou « FAR » et les Interahamwe] considéraient leurs attaques contre les Tutsis comme faisant notamment partie de l'effort de guerre » ; et que « l'invasion du pays par le [Front patriotique rwandais, ou « FPR »] menaçait de renverser la révolution de 1959 et de se solder par le retour au pouvoir d'un gouvernement dominé par les Tutsis ». Les témoins experts précités ont également déclaré que « suivant l'idéologie propagée aux fins de justifier les massacres, l'ensemble des Tutsis - et ceux des Hutus qui refusaient d'attaquer les Tutsis - auraient notamment été soupçonnés d'être des collaborateurs des envahisseurs, le FPR » ; que « c'est donc en les tuant que l'on pouvait empêcher le FPR de remporter une victoire militaire ou politique ». Le Procureur soutient que le programme de mobilisation pour la défense civile créé par le gouvernement en avril 1994 (…) visait à garantir le succès de la campagne contre le soi-disant ennemi interne »[505]. Il s'ensuit que la qualification des crimes de guerre ne découlait pas seulement du fait que les victimes ne participaient directement pas aux hostilités, mais également et surtout du fait qu'un lien a été fait à tort certainement, entre les victimes des exactions des Interahamwe et les militaires du FAR et l'une des parties au conflit, à savoir le FPR. De même, dans le jugement *Bemba*, la CPI a précisé que les victimes ont été attaquées par les soldats du MLC parce que ceux-ci les ont considérées comme étant leur butin de guerre arraché à l'ennemi ; qu'elles étaient perçues

503 Jugement *Bemba*, § 143 : « In determining whether the crimes are sufficiently linked to the armed conflict, the Trial Chamber may take into account factors including: the status of the perpetrator and victim; whether the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and whether the crime is committed as part of, or in the context of, the perpetrator's official duties. It is noted in this regard that, although there is likely to be some relationship between a perpetrator and a party to the conflict, it is not necessarily the case that a perpetrator must him/herself be a member of a party to the conflict; rather, the emphasis is on the nexus between the crime and the armed conflict ».

504 Larissa van den Herik et Elies van Sliedregt, « Ten Years Later, the Rwanda Tribunal still Faces Legal Complexities: Some Comments on the Vagueness of the Indictment, Complicity in Genocide, and the Nexus Requirement for War Crimes », *LJIL*, vol. 17, 2004, pp. 537-557; Harmen van der Wilt, « War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict », *JICJ*, vol. 10, 2012, pp. 1113-1128.

505 Arrêt *Rutaganda*, § 563.

comme des sympathisants de leur ennemi, c'est-à-dire les forces rebelles de François Bozizé et que c'est pour cette raison qu'elles devaient être punies[506].

Quand on se place dans le cadre des deux viols reprochés à M. Kakwavu, l'on constate que ce lien entre les victimes et la partie ennemie au conflit armé n'a pas été établi ; mais surtout que l'accusé aurait commis ces actes même en dehors de tout conflit armé si l'occasion s'était présentée à lui. C'est en effet la Haute Cour elle-même, faisant siens les propos tenus par les avocats de l'accusé, qui a déclaré que M. Kakwavu « avait manifestement un penchant pour le sexe » ; qu'« il aimait avoir à sa disposition *comme objets de plaisirs sexuels*, des jeunes filles qui lui paraissaient belles » ; que « les filles adolescentes et de teint clair étaient sa préférence » ; et qu' « elles étaient en danger permanent d'être enlevées et violées »[507]. Ces propos montrent que le comportement de l'accusé, bien qu'ayant eu lieu dans le contexte d'un conflit armé, n'a cependant pas de lien avec celui-ci dans le sens où il n'a pas été posé pour servir ou appuyer ledit conflit armé. Cette conduite est plutôt liée à la personnalité de l'accusé en tant que telle. L'approche de la Haute Cour ne permet d'ailleurs pas de distinguer les crimes de guerre et les crimes de droit commun commis dans le contexte d'un conflit armé comme celui auquel faisait allusion le paragraphe 570 de l'arrêt *Rutaganda* dans lequel le TPIR déclarait que « si un non-combattant profite du relâchement de l'efficacité policière dans une situation de troubles engendrés par un conflit armé afin de tuer un voisin qu'il haïssait depuis des années, cela ne constitue pas, en tant que tel, un crime de guerre ». L'on peut ainsi craindre que les actes que la Haute Cour militaire a qualifiés de crimes de guerre n'étaient en réalité qu'une conduite, criminelle certes, mais opportuniste, survenue dans le contexte d'un conflit armé.

Par rapport au meurtre de M. Leti Léopold et aux tortures infligées à deux autres personnes (Combe Ngabu et Mawa alias volvo) sur ordre de l'accusé, là aussi le lien de connexité avec le conflit armé est douteux. Ce doute n'est certes pas partagé par les auteurs des observations émanant de la Haute Cour militaire. Dans ces observations en effet, l'on peut lire ce qui suit : « s'agissant de [ces actes], le lien de connexité est indiscutable. En effet, non seulement ces actes infractionnels ont été commis dans un contexte de conflit armé opposant les FAPC et d'autres groupes armés, notamment l'UPC, l'APC et le FNI, mais aussi, ils ont été commis par le chef d'une partie au conflit armé, en l'occurrence le chef des FAPC et ils ont été commis au préjudice des personnes qui ne prenaient pas une part directement aux hostilités et qui n'étaient pas membres d'un quelconque groupe armé. Ce sont justement les conflits armés qui ont permis à Jérôme Kakwavu, commandant en chef des FAPC, d'occuper et de contrôler un territoire très vaste et d'exercer un pouvoir de fait

506 Jugement *Bemba*, § 567 : « The evidence also evinces certain specific motivations and objectives behind the commission of rape. Indeed, some MLC soldiers considered victims to be "war booty" and/or sought to destabilise, humiliate, and punish suspected rebels and rebel sympathisers ». Voy. également le § 664, où le jugement *Bemba* soutient que : « (…) the Chamber notes the evidence that MLC perpetrators targeted their victims in order to self compensate absent adequate payment and rations from the MLC organization, and/or to destabilise, humiliate, or punish suspected rebels, rebel sympathisers, or those who resisted pillaging and rape ».

507 Arrêt *Kakwavu (fond)*, p. 31.

quasi absolu sur ce territoire et sur les personnes qui s'y trouvent. C'est aussi en raison et sous prétexte des conflits armés que ces actes ainsi que les ébats sexuels ont été commis tels que décrits dans l'arrêt. Dès lors, comment peut-on dire qu'il n'y a pas de lien entre ces actes criminels et le conflit armé ».

Le problème c'est que ces mauvais traitements ont été commis en représailles d'une mutinerie qui a éclaté *au sein* même des FAPC. Ces actes n'avaient donc pas de lien de connexité avec les conflits armés opposant les FAPC aux *autres* groupes armés ci-haut décrits. Certes, il s'agissait des *civils* ne prenant pas (ou plus) une part active aux hostilités entre les FAPC et les groupes armés que la Haute Cour a énumérés. Toutefois, comme on l'a relevé dans l'arrêt *Minova*, les victimes n'appartenaient pas à l'ennemi ni ne lui étaient affiliées ou suspectées, à tort ou à raison, de l'être. La Haute Cour a elle-même observé que « c'est après un bref interrogatoire en présence du général Kakwavu dans sa paillote que Mr Léopold Leti, pour avoir été un des proches collaborateurs de M. Eneko, était suspecté comme étant un des instigateurs du putsch manqué » ; et que « dans un message radiodiffusé, le général Kakwavu avait déclaré qu'il corrigerait ceux qui avaient tenté de le renverser. C'est donc en exécution de cette décision que Mr Léopold Leti a été exécuté, avec tant d'autres personnes suspectées d'être impliquées dans cette tentative de putsch »[508]. Il existe donc une difficulté à rattacher ces actes criminels aux conflits armés opposant les FAPC aux autres groupes armés qui infectaient la région de l'Ituri.

C'est précisément en raison de cette circonstance que les victimes ne pouvaient pas prétendre à la qualité de « personnes protégées ». Si on leur appliquait la qualification de crimes de guerre, on en viendrait à considérer que les actes criminels infligés en interne aux membres d'un groupe armé, par exemple pour maintenir la discipline interne du groupe, sont constitutifs des crimes de guerre simplement parce qu'ils ont lieu au cours d'un conflit armé. Or, comme on l'a vu dans les commentaires de l'arrêt *Minova*, la qualification de crimes de guerre appliquée à ce type d'actes reste plus que douteuse quand bien même ces actes surviendraient dans le contexte d'un conflit armé. Dans l'arrêt *Minova,* l'on a démontré que telle était la position aussi bien de la CPI que du TSSL, ce dernier ayant soutenu que l'exécution sommaire du membre d'un groupe armé suspecté d'être le cheval de Troie de l'ennemi ne constituait pas un crime de guerre.

Quant à la troisième série d'actes, comprenant les exactions, y compris les meurtres commis par les forces de l'accusé et pour lesquelles ce dernier s'est vu imputer sa responsabilité pénale en tant que chef militaire, là aussi la qualification des crimes de guerre se révèle peu convaincante pour les mêmes raisons que celles qui viennent d'être invoquées. Il s'agissait en effet des actes commis par des militaires indisciplinés pour satisfaire leurs propres besoins, notamment les extorsions de bétails et autres biens, et qui n'avaient aucun lien avec la poursuite des conflits armés. Même si dans leur *modus operandi*, les assaillants ont parfois rappelé aux victimes la situation de conflit armé qui prévalait pour décourager toute résistance à l'extorsion de leurs biens, cependant nulle part la Haute Cour n'a relevé

508 Arrêt *Kakwavu (fond),* p. 51.

le fait que les victimes ont été attaquées en raison de leurs liens supposés avec les autres groupes armés auxquels les FAPC étaient opposés dans le cadre des conflits armés en Ituri.

En définitive, avec tout le respect qu'on doit à la Haute Cour militaire, un doute peut être formulé sur la pertinence de la qualification de crimes de guerre employée dans cette affaire. Comme dans les autres affaires, cette conclusion n'implique pas que les actes en question étaient licites. Pour réprimer ces actes, la Haute Cour n'avait pas nécessairement besoin d'invoquer le Statut de Rome ni la notion de crimes de guerre puisque ce sont des actes suffisamment réprimés par le droit pénal interne.

12. Principales tendances

L'étude de la jurisprudence des juridictions militaires congolaises relatives aux crimes de guerre révèle les principales tendances suivantes.

Premièrement, comme dans les crimes contre l'humanité, l'on constate également qu'en matière des crimes de guerre, les tribunaux congolais se lancent souvent dans des développements purement théoriques des concepts pertinents ou sur la classification des conflits armés, mais que, finalement, ils oublient de confronter ce cadre conceptuel aux faits soumis à leur examen. Cette tendance doit être abandonnée puisque tel n'est pas le rôle d'un tribunal qui est censé juger les faits.

Deuxièmement, dans la grande majorité des affaires, les tribunaux ont qualifié les faits en crimes de guerre sans avoir préalablement démontré l'existence d'un conflit armé (international ou non international). Cette tendance expose au risque de confusion des crimes de guerre aux crimes de droit commun qui pourrait survenir même dans les situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire. Pourtant, de telles situations sont exclues par le Statut de Rome et, de manière générale le droit international des conflits armés, comme pouvant générer des crimes de guerre.

Troisièmement, dans les rares décisions où les textes juridiques définissant les conflits armés non internationaux sont invoqués (sans nécessairement que cette exigence soit concrètement appliquée aux faits de la cause), l'on constate que la tendance générale est de se référer à l'article 1er du Protocole II, qui se rapporte aux conflits armés non internationaux, et de passer sous silence l'article 8(2)(f) du Statut de Rome. On retrouve cette démarche par exemple dans l'affaire *Bongi Massaba* et dans l'affaire *Morgan*. Cette démarche est étonnante pour des juridictions qui prétendent appliquer le Statut de Rome. Mais, surtout, la préférence de l'article 1er du Protocole II en lieu et place du Statut de Rome est difficile à justifier puisque le Protocole II impose beaucoup plus de conditions à l'établissement d'un conflit armé non international que ne le fait le Statut de Rome. L'on a vu que le Protocole II exige ne s'applique qu'aux conflits armés opposant les forces étatiques aux groupes armés, mais qu'il ne s'applique pas aux conflits opposant les groupes armés entre eux ; qu'il exige en plus que les groupes armés soient sous commandement responsable ; et qu'ils exercent un contrôle territorial sur une partie du territoire. Tandis que le Statut de Rome englobe aussi bien les conflits armés opposant les forces étatiques aux groupes armés que ceux

opposant les groupes armés organisés entre eux. Par ailleurs, le Statut de Rome n'exige que deux conditions : l'existence des groupes armés organisés et l'intensité du conflit armé. Dès lors qu'il est plus aisé d'appliquer le Statut de Rome que le Protocole II, le choix (conscient ou inconscient) de la voie détournée que font les juridictions militaires congolaises devient difficile à comprendre.

Quatrièmement, lorsque certaines juridictions tentent de vérifier si les exigences d'un conflit armé non international sont réunies, l'on constate que dans la plupart de cas, les deux principaux critères de tels conflits armés ne sont pas approfondis. Concernant l'exigence du *caractère organisé* des groupes armés prenant part à ce type de conflits armés, l'on constate que lorsqu'il s'agit des conflits armés opposant les forces gouvernementales aux groupes armés, le caractère organisé de ces derniers n'est généralement pas établi. L'on retrouve ici la même difficulté rencontrée dans l'établissement des crimes contre l'humanité où les juridictions militaires ont appliqué cette qualification aux faits soumis à leur examen sans avoir préalablement démontré l'existence d'une « organisation ». Dans la jurisprudence congolaise en matière des crimes de guerre, il n'est pas rare de voir les juridictions militaires appliquer cette qualification en se contentant des formules aussi vagues et imprécises telles que « les milices lendu se battaient contre les milices hema depuis 2000 », ou la « milice ngiti », la milice « d'un certain Thomas Lubanga » ou celle d'« un certain Cobra Matata », les « poches de résistance », etc., expressions qui ne disent rien sur l'organisation interne de ces mouvements armés. La plupart des affaires portant sur les conflits armés survenus en Ituri, telles que l'affaire *Bongi Massaba*, l'affaire *Milobs*, l'affaire *Bavi-Ghety*, l'affaire *Kakado*, l'affaire *Kahwa*, l'affaire *Kakwavu*, etc. sont caractérisées par de telles formules.

Lorsqu'il s'agit des conflits armés internes opposant les groupes armés *entre eux*, la tendance constatée ici est celle de se focaliser uniquement sur le caractère organisé du groupe auquel appartient l'accusé et de négliger de se livrer à ce même exercice pour le groupe armé opposé. L'affaire *Kakwavu* jugée par la Haute Cour militaire s'inscrit dans cette tendance. Pourtant, le Statut de Rome exige que ce caractère organisé soit établi pour tous les deux groupes. Si le groupe armé auquel appartient l'accusé est le seul à être organisé, la qualification des crimes de guerre est inappropriée. Dans un tel cas, l'on pourrait à la rigueur envisager la qualification des crimes contre l'humanité, dès lors que les exigences de cette dernière qualification sont réunies, mais, en tout cas celle des crimes de guerre. Le défaut d'approfondissement de cette exigence explique sans doute que, dans les affaires de crimes de guerre ayant porté sur les mêmes acteurs, comme en Ituri, les tribunaux congolais n'ont pas été en mesure de mettre ces affaires en relation, alors que la plupart de ces groupes armés concernés ont fonctionné par des alliances qui se faisaient et se contrefaisaient entre eux. Finalement, l'apport de ces jugements à la compréhension des divers conflits armés qui ont ensanglanté l'Ituri ou l'ancien Kivu s'est révélé limité.

Quant à la question de l'intensité du conflit armé, l'on constate qu'à l'exception de l'arrêt *Minova* et de l'arrêt *Kakwavu*, dans la majorité de cas, cette question est elle aussi traitée superficiellement. Les interrogations relatives par exemple à la durée du conflit

armé, aux armes employées, aux effectifs déployés, au nombre de victimes, etc. restent, dans la plupart de cas, sans réponses.

Lorsque le conflit armé lui-même n'a pas été établi, il est logique que l'établissement du lien de connexité entre le crime et le conflit armé soit également l'autre exigence des crimes de guerre à être oubliée dans la jurisprudence des tribunaux militaires congolais. Cependant, dans les rares décisions où l'on a tenté d'établir cette exigence, comme dans l'arrêt *Minova* et l'arrêt *Kakwavu*, on constate qu'elle est interprétée dans un sens un peu vague. Pourtant, comme l'écrivait le professeur Éric David, « un crime de guerre n'existe que si l'auteur du crime a agi dans l'optique de servir un conflit armé »[509], ce qui implique la preuve du lien de connexité entre l'acte criminel et le conflit armé.

La question du lien de connexité entraîne implicitement avec elle celle des « personnes protégées » dans les conflits armés non internationaux. Les jurisprudences congolaises ayant invoqué cette notion, par exemple l'arrêt *Minova* et arrêt *Kakwavu*, ont considéré qu'est considérée comme personne protégée toute celle qui ne prend pas une part active aux hostilités. Cette approche n'est d'ailleurs pas propre aux juridictions militaires congolaises. La CPI l'a dernièrement appliquée dans le jugement *Bemba* avec comme conséquence de consacrer un cumul (injustifié) de la qualification des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité pour les mêmes faits dans une situation où seule la qualification des crimes de guerre était apparemment appropriée[510]. Pourtant, il nous semble que l'incrimination des crimes de guerre n'est, en principe, pas destinée à protéger tout le monde qui ne prend pas une part active dans un conflit armé. Dès lors que l'on considère qu'est personne protégée toute celle qui ne prend pas une part active aux hostilités, la conséquence est d'étendre trop largement le champ d'application des crimes de guerre commis dans les conflits armés non internationaux au point d'avoir du mal à les distinguer des crimes contre l'humanité lorsque ces derniers sont commis en temps de guerre (conflit armé non international). L'analyse de la jurisprudence congolaise démontre d'ailleurs que les juges militaires ont du mal à distinguer les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Il est vrai que l'un des points des différences entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité réside dans le fait que ceux-là ne peuvent être commis qu'en temps de guerre, tandis que ceux-ci peuvent être commis aussi bien en temps de guerre qu'en temps de paix. Cependant, quel serait le point de différence entre un crime de guerre et un crime contre l'humanité lorsque celui-ci est commis en temps de guerre ? Si l'on n'y prend garde, l'approche des tribunaux militaires congolais conduirait finalement à considérer tout crime contre l'humanité commis en temps de guerre comme étant nécessairement un crime de guerre. Or, cela n'est pas vrai. C'est pour cela que dans les observations relatives à l'arrêt *Minova*, l'on est largement revenu sur la notion de personnes protégées afin de démontrer que le simple fait de ne pas prendre une part active aux hostilités n'est pas suffisant, encore faut-il établir

509 Éric David, « Le concept de conflit armé : enjeux et ambiguïtés », in Vincent Chetail (dir.), *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 57.

510 Jugement *Bemba*, §§ 743 *et seq.*

que la personne ou le bien était considéré comme appartenant à l'ennemi (groupe armé organisé opposé) et que c'est pour cela qu'elle/il a fait l'objet de l'attaque.

La cinquième tendance, présente beaucoup plus au sein du TMG de l'Ituri, notamment dans l'affaire *Kahwa* et l'affaire *Morgan*, c'est de considérer que les atteintes à la vie ou à l'intégrité physiques des personnes constituent des crimes contre l'humanité, tandis que celles qui touchent les biens (attaque contre les écoles, les hôpitaux, etc.) sont des crimes de guerre. Cette tendance ne peut s'expliquer, une fois de plus, que par la difficulté de distinguer les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Pourtant, les crimes contre l'humanité peuvent être commis aussi contre les biens (par exemple les persécutions), tandis que les crimes de guerre peuvent aussi consister dans des atteintes aux droits à la vie et à l'intégrité physique des personnes humaines. Finalement, ce n'est donc pas la nature de l'atteinte qui justifie telle ou telle autre qualification, mais les exigences contextuelles de chacun de ces crimes.

D. Conclusion

Dans ce chapitre consacré à la pertinence des qualifications des crimes de droit international employées par les juridictions militaires congolaises, trois constats principaux peuvent être dégagés.

Premièrement, dans certaines affaires, les tribunaux militaires congolais ont employé des qualifications des crimes de droit international à des affaires qui le méritaient effectivement, mais que, pour parvenir à cette qualification, ils ont recouru à une motivation, en droit et en fait, tellement maladroite et lacunaire qu'ils ont fini par semer eux-mêmes le doute sur la pertinence de ces qualifications. L'on peut citer à cet égard l'affaire *Kibibi et consorts*, affaire *Gédéon*, l'affaire *Balumisa*, etc. Dans cette première hypothèse en effet, c'est en recourant aux éléments extérieurs au jugement, et notamment aux différents rapports des Nations Unies et aux décisions d'autres juridictions internationales (CPI et CIJ), que l'on a pu confirmer la pertinence de ces qualifications. Il est pourtant important que le jugement contienne en lui-même les éléments de sa validité et que le lecteur ne soit pas obligé de se documenter ailleurs pour confirmer ou non les conclusions d'une décision judiciaire. En outre, il est regrettable que les tribunaux congolais, confrontés aux moyens d'enquête limités, n'exploitent pas assez les différents rapports des organes des Nations Unies et la jurisprudence internationale pour asseoir leurs décisions, alors que ces documents jouissent d'une crédibilité reconnue par la Cour internationale de justice[511]. Deuxièmement, dans certaines autres affaires, l'emploi des qualifications des crimes de droit international ne se justifiait pas du tout au regard des éléments contextuels, y compris lorsqu'on recourt à des sources extérieures au jugement. L'on peut à cet égard citer l'affaire *Kalonga*, l'affaire *Songo Mboyo*, l'affaire des *Mutins de Mbandaka*, l'affaire *Minova*, l'arrêt *Kakwavu*, etc. Dans

511 Voy. CIJ, Affaires des *activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, 19 décembre 2005, § 60 *et seq*.

ce cas, l'on peut craindre un risque de banalisation des crimes de droit international. Troisièmement enfin, il y a des affaires dans lesquelles les juges congolais ont employé des qualifications de crimes de droit commun alors que les exigences contextuelles des crimes indiquaient leur caractère de droit international, comme dans l'affaire *Mitwaba*. Ici encore, c'est en recourant aux éléments extérieurs au jugement que l'on aboutit à un tel constat. Il s'ensuit donc que dans la plupart des affaires, la pertinence des qualifications juridiques employées au regard des informations contenues dans le jugement reste un véritable défi pour les juges congolais.

Si l'on partait du postulat selon lequel un jugement doit contenir en lui-même tous les éléments et informations nécessaires à sa validité et qu'il ne revient donc pas au lecteur de ce jugement de compléter, par des informations extérieures, l'œuvre du juge pour justifier la validité de son jugement et la pertinence des qualifications employées, l'on aboutirait au constat suivant lequel ces qualifications juridiques sont employées de manière abusive. En effet, « dans la plupart de décisions, les tribunaux congolais ont analysé de manière incomplète les éléments contextuels pourtant essentiels à l'application de ces qualifications juridiques. Ainsi, le génocide a été établi sans que soient préalablement établies l'existence d'un groupe protégé ni celle de l'intention spéciale de détruire en tout ou en partie ledit groupe protégé. Pareillement, les crimes contre l'humanité ont été établis sans démontrer l'existence préalable d'une attaque perpétrée en application de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque. Enfin, les crimes de guerre ont été établis sans démontrer l'existence préalable d'un conflit armé (interne ou international) au sens du Statut de Rome. En négligeant, pour ainsi dire, les éléments contextuels des crimes tirés du Statut de Rome, l'on peut craindre le risque de leur banalisation »[512].

Rappelons à cet égard que le contexte historique dans lequel ces incriminations sont nées est celui des atrocités commises par les nazis lors de la Seconde Guerre mondiale. Il s'agissait des crimes pour lesquels les victimes se comptaient par centaines de milliers ; des crimes commis par tout un gouvernement usant des moyens étatiques et contrôlant des vastes étendues territoriales ; des crimes dont la commission était légalisée, soutenue par une puissante machine de propagande et une idéologie véhiculée par des médias de la haine et destinée à ôter toute culpabilité à ceux qui les commettaient ; des crimes par ailleurs soutenus par des recherches scientifiques notamment dans le domaine médical lorsqu'on pense aux expérimentations médicales réalisées sur des êtres humains dans les camps de concentration par l'équipe du tristement célèbre docteur Joseph Mengele[513] ; des crimes dont l'ampleur avait atteint des proportions carrément industrielles avec l'institution des chambres à gaz. La gravité de ces crimes ne résidait pas seulement dans le nombre des victimes, mais aussi dans la manière dont ils ont été commis et dans leur caractère

512 Jacques B. Mbokani, « L'application du Statut de Rome par les tribunaux congolais : vers une banalisation des crimes de droit international ? », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2014/1, p. 164.

513 Voy. Sur l'étendue des activités du Dr. Mengele et ses autres collègues, voy. Bruno Halioua, *Le procès des médecins de Nuremberg : l'irruption de l'éthique médicale moderne*, éd. Vuibert, 2007 ; voy. également le film documentaire d'Emil Weiss, *Criminal Doctors, Auschwitz*, 2013.

programmé, planifiés au plus haut niveau étatique. C'est ce caractère programmé que le juge américain Robert H. Jackson, Procureur en chef du TMI de Nuremberg, avait mis en avant lors de l'ouverture de ce procès en déclarant que ces crimes étaient si prémédités (« *so calculated* », en version originale anglaise) que l'humanité ne saurait survivre s'ils devaient se répéter à nouveau[514]. C'est aussi la gravité inhérente à ces crimes qui a, plus tard, poussé les juges de la Cour suprême d'Israël, dans l'affaire *Eichmann*, à déclarer : « en décidant de confirmer le jugement et la sentence prononcée contre l'appelant, nous ne connaissons que trop bien à quel point l'insuffisance de cette peine de mort est par rapport aux millions de victimes auxquelles il a infligé la mort par des méthodes les plus horribles. De même qu'il n'y a pas de mot dans le langage humain pour décrire des actes tels que ceux de l'appelant, de même, il n'y a pas de punition dans les lois humaines suffisamment graves pour correspondre à la culpabilité de l'appelant »[515]. Voilà dans quel contexte historique les crimes relevant actuellement du Statut de Rome sont nés ; un contexte d'ailleurs tellement présent dans les textes internationaux qui prévoient ces crimes qu'on a parfois le sentiment que ces textes ne font que décrire, en termes répressifs, les atrocités des nazis lors de la Seconde Guerre mondiale.

Au regard même de ce contexte historique de ces incriminations, l'on comprend à quel point, il est important pour les juges militaires congolais d'avoir conscience de la terrible réalité que tente d'exprimer le Statut de Rome et de se montrer plus rigoureux quant aux exigences contextuelles de tels crimes au moment de confronter les textes aux faits. Comme le disait le juge Hans-Peter Kaul, « (…) ce ne sont pas la cruauté ou les persécutions massives qui font d'un crime un crime de droit international (*delictum juris gentium*), mais les éléments constitutifs s'attachant au contexte dans lequel cet acte s'inscrit »[516]. C'est donc en faisant beaucoup plus attention aux exigences contextuelles de ces crimes que l'on peut non seulement combattre la tendance à la banalisation de ces crimes, mais surtout éviter de se voiler la face en pensant que des crimes de cette nature commis en RDC ont effectivement réprimés, alors qu'en réalités, ils demeurent (encore) impunis dans leur grande majorité.

514 Robert H. Jackson avait déclaré excatement ceci : « *The wrongs which we seek to condemn and punish have been so calculated, so malignant and so devastating, that civilization cannot tolerate their being ignored because it cannot survive their being repeated* ».

515 Arrêt *Eichmann*, (vers la fin).

516 CPI (Ch. Prél. II), *Situation en République du Kenya*, « Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul », Doc. ICC-0 1/09-19- Corr-t FRA, 31 mars 2010, § 52.



IV
Formes de responsabilité pénale : le défi de l'individualisation des crimes de masse

Dans les lignes qui précèdent, l'on a examiné la pertinence des qualifications de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre appliquées par les juridictions congolaises en vertu du Statut de Rome. En confrontant les faits à l'argumentation tenue par les juges congolais, l'on est arrivé à émettre quelques réserves sur la pertinence de ces qualifications juridiques dans certaines affaires. En principe, lorsque les crimes prévus dans le Statut de Rome ne sont pas établis, il est inutile d'appliquer les formes de responsabilité pénale prévues aux articles 25 et 28 du Statut de Rome puisque cette démarche ne peut logiquement se concevoir que si les crimes en question ont été établis. Dans les lignes qui suivent toutefois, l'on ne reviendra pas sur le problème de la qualification. Ce sera sur la base de la supposition selon laquelle ces qualifications juridiques sont exactes que l'on abordera l'analyse des formes de responsabilité pénale émises par les juridictions congolaises.

A. Observations préliminaires

Lorsqu'on analyse la jurisprudence congolaise sur la question des formes de responsabilité pénale pour les crimes prévus dans le Statut de Rome, l'on constate deux tendances sur le fondement juridique de ces formes de responsabilité.

Premièrement, il existe une tendance très marquée dans la jurisprudence congolaise à faire coexister les définitions des crimes tirées du Statut de Rome et les formes de responsabilité prévues pour les crimes de droit commun. Les textes juridiques souvent invoqués dans les actes d'accusation sont les articles 5 et 6 du Code pénal militaire et l'article 21 du Code pénal ordinaire, livre I. Ainsi, dans la plupart de cas, des individus ont été poursuivis pour les crimes prévus dans le Statut de Rome sur la base des formes de participation criminelles prévues pour les crimes de droit commun.

Cette méthode peut poser problème à deux niveaux. D'une part, elle ne prend pas en compte la particularité des crimes de droit international par rapport aux crimes de droit commun. Il faut en effet rappeler que les crimes de droit international sont des crimes de masse impliquant une multitude d'individus parmi lesquels certains sont des exécutants et d'autres, des concepteurs et/ou organisateurs. Plusieurs auteurs ont insisté sur le fait que le droit international pénal est caractérisé par le dilemme d'être un ensemble de règles juridiques orientées vers la responsabilité de l'individu dans un contexte d'un phénomène criminel collectif, systémique, voire étatique[517]. Les théories telles que celle de la coaction indirecte ont été conçues précisément pour mettre en évidence le rôle important que jouent ceux qui ne sont pas physiquement présents sur le lieu du crime, mais qui en sont les véritables responsables[518]. Par ailleurs, dans la loi incorporant les définitions des crimes de droit international tirées du Statut de Rome dans le droit interne congolais, il apparaît que le législateur congolais a préféré prévoir un article 21 *bis* dans le Code pénal ordinaire. Dans cet article, il a tenu à insérer les dispositions de l'article 25 du Statut de Rome sur les modes de responsabilité pénale individuelle prévus pour les crimes relevant de la compétence de la CPI. Cet article 21 *bis* vient juste après l'article 21 qui prévoit les formes de participation criminelle pour les crimes ordinaires. L'article 21 *bis* précise qu'il est applicable « lorsqu'il s'agit des crimes prévus au titre IX relatif aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ». Au regard de cette formulation, l'on peut soutenir que le législateur congolais a implicitement invalidé la tendance des tribunaux congolais consistant à poursuivre les crimes relevant de la compétence de la CPI sur la base des formes de responsabilité prévues pour les crimes de droit commun. L'on peut ainsi soutenir que la démarche des tribunaux congolais consistant à combiner les définitions de crimes de droit international tirées du Statut de Rome et les formes de responsabilité pénale prévues pour les crimes ordinaires a implicitement été invalidée par le législateur congolais lui-même.

D'autre part, cette méthode est difficile à concilier avec la jurisprudence de la CPI elle-même. En effet, dans l'affaire *Bemba*, la Cour a déclaré que « les crimes et les formes de responsabilité vont de pair » ; que « les éléments matériels (objectifs) du crime sont définis en fonction des modes de participation décrits aux articles 25 et 28 du Statut » ; et que « le fait que la personne soit responsable de la commission du crime à titre d'auteur, de complice ou de supérieur hiérarchique influe sur la structure même du *crime* »[519]. En dissociant ainsi les formes de responsabilité des structures des crimes auxquels ils les appliquent, les juges congolais créent donc eux-mêmes l'impasse dans laquelle ils butent. Dans l'affaire du *procès de Minova* par exemple, l'on a vu à quel point il était difficile de concilier le fait que, d'un côté, la Cour militaire opérationnelle de Goma a conclu à l'existence des crimes de guerre

517 Beatrice Ilaria Bonafé, « Finding a Proper Role for Command Responsibility », *JICJ*, vol. 5, 2007, p. 191.

518 Thomas Weigend, « Indirect Perpetration », *in* Carsten Stahn (dir.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, OUP, 2015, pp. 538 *et seq.*

519 CPI (Ch. Prél. III), *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, « Décision portant ajournement de l'audience conformément à l'article 61-7- c- ii du Statut de Rome », Doc. ICC- 01/05-01/08-388- tFRA, 3 mars 2009, § 26.

dans certains cas, tout en soutenant, de l'autre côté, qu'il n'était pas possible d'établir la responsabilité des supérieurs hiérarchiques dans la commission de ces crimes.

Le second point à relever, toujours à titre préliminaire, est que dans beaucoup de décisions, la base juridique des modes de participation criminelle a parfois été recherchée dans les Éléments des crimes et non dans les articles 25 et 28 du Statut de Rome. L'exemple que l'on a avancé est celui du meurtre en tant que crime contre l'humanité où les Éléments du crime exigent notamment que « l'auteur [ait] tué une ou plusieurs personnes ». Une note de bas de page attachée aux « Éléments du crime » précise par ailleurs que « le terme "tué" est interchangeable avec l'expression "causé la mort" ». Dans la jurisprudence congolaise relative aux meurtres en tant que crimes contre l'humanité ou crimes de guerre, il apparaît que c'est au moment de démontrer que « l'auteur a tué une ou plusieurs personnes » que les juridictions ont parfois abordé la responsabilité pénale des accusés. Par exemple, dans le jugement *Kahwa* (1er degré), le seul endroit où le TMG de l'Ituri a analysé la question de la responsabilité pénale de M. Kahwa est lorsqu'il a examiné les Éléments du crime de meurtre en tant que crimes contre l'humanité. Sur cette question, le tribunal a déclaré qu' « *in specie*, 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 Kahwa, car l'attaque de ce jour-là provenait de trois axes de Bogoro, Tshomia et Kasenyi ; 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, dont les membres de la famille des 13 parties civiles ici constituées »[520].

Cette même démarche a également été constatée dans les jurisprudences relatives au viol en tant que crime contre l'humanité où il est exigé, dans les Éléments du crime, de vérifier si effectivement « 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 », étant entendu que « l'expression « possession » se veut suffisamment large pour être dénuée de connotation sexospécifique ».

Pourtant, cette façon de procéder est, elle aussi, contestable à deux niveaux. En premier lieu, il convient de rappeler que les Éléments du crime ne sont pas destinés à se substituer aux articles 25 et 28 puisqu'ils sont liés aux éléments matériels ou objectifs du crime et non à la manière dont un individu peut se voir *imputer* la responsabilité pénale de ce crime. D'ailleurs, en prenant l'exemple du jugement *Kahwa*, il est douteux de soutenir que dans ces conditions, l'auteur a effectivement tué une ou plusieurs personnes, puisque le tribunal lui a apparemment imputé les crimes commis par les forces qui étaient sous son contrôle et son commandement[521]. Il s'agissait apparemment d'une forme de commission par l'intermédiaire d'une organisation ou d'une structure contrôlée par l'accusé plutôt que de la commission (physique) telle qu'elle est entendue dans cet élément du crime.

520 Jugement *Kahwa*, p. 25.
521 *Idem*.

En second lieu, cette méthode pose problème parce qu'elle ne permet d'établir que la matérialité des crimes, c'est-à-dire, la responsabilité des auteurs matériels des crimes. Elle ne peut permettre d'établir que la perpétration directe ou la responsabilité des exécutants. Mais, elle se révèle, à plusieurs égards, inappropriée pour établir la responsabilité des auteurs indirects, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas présents sur le terrain, mais dont le rôle a été déterminant dans la commission des crimes. Il est donc important que les tribunaux congolais remettent les Éléments du crime à la place qui est la leur, c'est-à-dire la place réservée à la matérialité du crime et non aux formes de responsabilité.

En dépit de ces deux tendances, il existe un certain nombre de décisions dans lesquelles les juges congolais ont recouru, dans la motivation, aux formes de responsabilité pénale tirées des articles 25 et 28 du Statut de Rome et à la jurisprudence de la CPI. Dans les lignes qui suivent, l'on analysera précisément la manière dont ces tribunaux ont appliqué aussi bien ces dispositions que la jurisprudence de la CPI. L'on gardera toutefois à l'esprit que lorsque ces décisions judiciaires recourent à une base juridique autre que celle qui a été annoncée dans l'acte d'accusation, cette démarche peut poser problème par rapport au respect des droits de la défense des accusés, puisqu'elle revient à procéder indirectement à une requalification des faits à l'insu de l'accusé.

B. La responsabilité directe tirée de l'article 25 du statut de Rome

Dans au moins 11 affaires, les tribunaux congolais ont invoqué l'article 25 du Statut de Rome par rapport aux questions de la responsabilité pénale des accusés. Quel est le sens que ces tribunaux ont donné aux dispositions de cet article ?

1. Affaire *Songo Mboyo*

Dans l'affaire *Songo Mboyo*, aucun des accusés n'a été poursuivi sur la base de l'article 25 ou 28 du Statut de Rome. Toutefois, la question de ces formes de responsabilité a été abordée relativement à la responsabilité de l'accusé Vonga wa Vonga. Par rapport à cet individu, le tribunal a d'abord relevé qu'il a été accusé d'avoir lui-même violé 9 femmes en l'espace de six heures[522]. Notons qu'il existe une erreur de comptage sur le nombre exact des victimes : le tribunal fait allusion à 9 victimes, mais n'a cité en fait que 8 personnes[523]. Parmi les huit

522 Il importe ici de noter que la Défense a contesté ce fait en se fondant sur « l'impossibilité physique de prise possession de neuf femmes, en les imposant le coït en l'espace de six heures ». Le tribunal a toutefois rejeté cet argument en faisant sienne la réplique du ministère public qui soutenait que « la réalisation du viol n'est pas soumise à la satisfaction sexuelle éprouvée par l'agent » ; que « la théorie de Guenos largement développée à l'audience par le Docteur Lubaga, expert gynécologue requis par le Tribunal, établit la possibilité pour une personne de commettre l'acte sexuel avec plusieurs femmes même à un temps record sans perdre la libido » ; et que « tout étant lié à l'âge, Vonga wa Vonga, avec ses 35 ans, se trouve dans son plein temps de sexualité active pour ne pas s'échapper de la théorie de Guenos » (p. Voy. jugement *Songo Mboyo, op. cit.*, in Revue *Horizons* 2006, p. 81).

523 Les 8 victimes sont les suivantes : « Baasa Bonkese, Bongole Lokuli, N'sombo Bofuwa, Bongole Ilonga, Bwala Nkanga, Ilanga Ifili, Iyolo Boteya et Bayuma Mboyo ».

personnes citées, il y a une (M^me^ I.B.) qui n'a pas été violée par l'accusé personnellement. Ce viol a en fait été commis par un autre soldat non identifié, mais qui faisait partie de la suite de M. Vonga wa Vonga. Alors que ce dernier rejetait cette responsabilité au motif que « le fait ayant été commis par un autre militaire, à défaut d'une participation établie, le prévenu ne peut endosser la responsabilité pénale », le tribunal l'en a toutefois estimé responsable. Pour lui imputer cette responsabilité pénale, le tribunal a soutenu que « la possession de la M^me^ I.B. par le prévenu, de loin supérieur, constitue pour les subalternes un encouragement aux actes analogues et partant engage la responsabilité pénale du prévenu, considéré à juste titre comme auteur moral »[524]. La base juridique avancée pour soutenir cette argumentation a été l'article 25 du Statut de Rome, sans autres précisions quant au paragraphe ou à l'alinéa de cet article qui était applicable.

En appel, la Cour militaire de l'Équateur n'est pas revenue sur cette question ni n'a mentionné l'article 25 du Statut de Rome. Elle a, elle aussi, commis la même erreur de comptage en condamnant l'accusé pour le viol de 9 femmes alors qu'elle n'en a cité que 8, parmi lesquelles, M^me^ I.B. Plus grave encore, la Cour militaire a conclu que M^me^ I.B. a été violée *par l'accusé* sans avoir démontré sur quelle base juridique et factuelle elle imputait à l'accusé un viol qui a été physiquement commis par un autre militaire non identifié. En réalité, la Cour s'est contentée de faire siens les propos du ministère public selon lesquels, « 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 génital masculin dans celui de la femme. C'est à ce titre que l'intéressé a eu des conjonctions sexuelles avec toutes les victimes »[525]. Ce détail supplémentaire montre, une fois de plus, que la qualité de l'arrêt rendu en appel était inférieure à celle du jugement du 1^er^ degré, alors que c'est le contraire qui aurait dû avoir lieu.

En revenant sur l'invocation de l'article 25 du Statut de Rome par le TMG, on constate que le jugement s'est contenté de l'invoquer sans en spécifier le paragraphe pertinent. Pourtant, cet article 25 comporte quatre paragraphes parmi lesquels le plus important pour cette affaire est certainement le troisième. Ce troisième paragraphe comporte lui aussi cinq variantes rangées aux sous-paragraphes allant de (a) à (f), chacun d'eux se rapportant à des situations différentes de sorte qu'il n'est pas possible que dans un jugement de condamnation, un individu se voie imputer toutes les hypothèses prévues dans ces cinq sous-paragraphes. L'on comprend ainsi qu'en procédant de la sorte, le tribunal a avancé une base juridique qui, le moins qu'on puisse dire, était vague. Toutefois, puisque le tribunal s'est fondé sur le fait que le comportement de M. Vonga wa Vonga a constitué une forme d'encouragement implicite à la commission des crimes, l'on peut supposer qu'il avait en tête le paragraphe b) de l'article 25(3) du Statut de Rome aux termes duquel une personne est pénalement responsable lorsqu'« elle ordonne, sollicite ou *encourage* la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime ».

524 Jugement *Songo Mboyo*, p. 31.
525 Arrêt *Songo-Mboyo*, p. 28.

Dans la mesure où les actes criminels survenus à Songo Mboyo méritent effectivement la qualification des crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome, la démarche du tribunal peut trouver un fondement dans la jurisprudence du TPIY notamment dans l'affaire *Tadić*. Dans ce jugement en effet, le tribunal a déclaré que : « (…) si un accusé, en compagnie de plusieurs autres, participe activement aux coups portés à une personne et demeure avec le groupe quand celui-ci commet des voies de fait sur une autre personne, sa présence aurait un effet encourageant, même s'il ne participe pas physiquement à ce deuxième épisode de violences et il devait être considéré comme participant également à ce dernier. Cela sous-entend que l'accusé ne s'est pas retiré activement du groupe ou qu'il ne s'est pas prononcé directement contre la conduite de ce groupe »[526].

Cette même approche est également confirmée dans la jurisprudence du TPIR notamment dans l'affaire *Muvunyi*. Dans cette affaire en effet, la Chambre d'appel du TPIR avait déclaré que : « un accusé peut être déclaré coupable d'aide et encouragement s'il est établi que son comportement revenait à approuver tacitement un crime et à l'encourager et que ce comportement a contribué de façon substantielle à la commission du crime. Dans les cas où la responsabilité pénale d'un accusé est retenue à raison de son approbation tacite ou de ses encouragements, son autorité et sa présence au lieu du crime ou très près du lieu du crime sont les éléments qui permettent de conclure que son comportement constituait une approbation officielle dudit crime et a donc contribué de façon substantielle à sa commission surtout si on rapproche ces éléments de son comportement antérieur. C'est l'examen des faits de la cause qui permet de savoir si un acte donné constitue une assistance substantielle apportée à la perpétration d'un crime »[527].

Dans l'affaire *Songo Mboyo* évidemment, la qualité de supérieur hiérarchique de l'accusé Vonga wa Vonga, doublée de son comportement criminel sur le terrain, ne pouvait avoir pour effet que d'inciter ou d'encourager implicitement ses subalternes à suivre son mauvais exemple. C'est donc à juste titre que le tribunal a retenu sa responsabilité pour cet autre viol qu'il n'a pas physiquement commis.

2. Affaire *Gédéon*

L'affaire *Gédéon* portait sur des atrocités commises par un groupe armé des Maï-Maï dirigé par M. Gédéon Kyungu dans la province du Katanga. Ces atrocités étaient parfois perpétrées suivant un certain rituel mystico-religieux. Dans son arrêt rendu sur les crimes contre l'humanité commis par ce groupe armé, la Cour militaire du Katanga n'a pas abordé la question de la responsabilité pénale de chacun des accusés ni invoqué
dans les preventions à charge des accusés l'article 25 du Statut de Rome. Toutefois, elle a implicitement fait allusion aux formes de responsabilité pénale prévues à l'article 25 lorsqu'elle a abordé la responsabilité pénale de M^me^ Béatrice Ilunga Monga Nkuma, présentée comme l'épouse de M. Gédéon Kyungu. Il était reproché à cette dernière d'avoir

526 TPIY (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Tadić*, « Jugement », affaire n° IT-94-1-T, 7 mai 1997, § 690.
527 TPIR (Ch. Appel), *Muvunyi c. Le Procureur*, « Arrêt », affaire n° ICTR-2000-55A-A, 29 août 2008, § 80.

contribué à la commission d'une série d'actes criminels finalement qualifiés de crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (enrôlement d'au moins 270 enfants de moins de 15 ans) en vertu des articles 7 et 8 du Statut de Rome.

Par rapport à la responsabilité pénale de M^me^ Ilunga Monga, la Cour militaire a pris en compte « son rôle dans l'initiation *bizaba*, dans la préparation de l'alcool indigène qui droguait les combattants avant les attaques ; son rôle de devineresse dans la Cour de Gédéon dans les contacts et la transmission des messages des esprits à Gédéon pour consolider la foi des adeptes dans la vie du mouvement, dans l'apport apporté aux combattants avant toutes les attaques, dans la transmission des messages entre le chef suprême et ses combattants ». Elle a considéré que « cet apport a constitué une aide utile apportée dans les exactions commises par les membres du mouvement insurrectionnel »[528]. Finalement, la Cour militaire a reconnu M^me^ Ilunga Monga, coupable des crimes contre l'humanité et l'a condamnée à 5 ans de servitude pénale principale, en lui reconnaissant des circonstances atténuantes tenant à sa délinquance primaire et à sa collaboration avec la justice. Notons toutefois que la Cour militaire a omis de se prononcer tant sur la culpabilité de M^me^ Ilunga Monga pour les crimes de guerre (enrôlement de 300 enfants de moins de 15 ans) qui figuraient pourtant dans l'acte d'accusation[529].

L'on reviendra plus tard sur cette affaire, lorsqu'on abordera la question des circonstances atténuantes et celles des circonstances aggravantes dans la fixation de la peine. Pour l'instant, relevons qu'au regard des éléments mis en avant par la Cour militaire, la responsabilité pénale de M^me^ Ilunga Monga, pour avoir apporté son aide et son soutien moral dans la commission des crimes des Maï-Maï Gédéon, est incontestable puisque cette aide était fournie en toute connaissance de cause et a eu un effet substantiel sur la commission des crimes. Bien que la base juridique n'a pas été citée par l'arrêt, elle peut toutefois être tirée de l'article 25(3)(c) du Statut de Rome qui consacre la responsabilité pénale de tout individu qui, « en vue de faciliter la commission d'un tel crime […] 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 ». Elle peut également être tirée dans le droit international coutumier, et tout particulièrement, dans la jurisprudence des tribunaux militaires d'occupation opérant sous l'empire de la loi n° 10 du Conseil de contrôle. Parmi les décisions rendues par ces juridictions, il existe une en particulier, que cite d'ailleurs avec approbation le TPIY, où un tribunal militaire américain à Nuremberg a déclaré que « le cuisinier dans la cambuse d'un bateau pirate n'échappe pas à la pendaison simplement parce qu'il est dépourvu de sabre d'abordage »[530], disant par-là que même le simple fait de nourrir les criminels peut constituer une forme de complicité dans leur crime. Il faut rappeler que M^me^ Ilunga a été très active dans la

528 Arrêt *Gédéon*, in *Bulletin des arrêts de la HCM*, pp. 365-366.

529 Voy. la prévention n° 3(b) reproduite dans l'arrêt, *in Bullettin des arrêts de la HCM, op. cit.*, p. 286.

530 *The United States of America v. Otto Ohlenforf et al., Trial of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10*, United States Government Printing Office, Washington, 1951, vol. IV, p. 3, cité et traduit par l'arrêt *Tadić* (Fond), § 200, note 245.

préparation des différentes drogues pour les combattants de son groupe armé et a joué dans ce groupe un rôle mystico-religieux.

En appui toujours à la décision de la Cour militaire de Katanga de reconnaître la culpabilité de M^me^ Ilunga pour sa complicité dans les crimes commis par le groupe armé des Maï-Maï Gédéon, l'on peut rappeler la définition fournie par le TPIR sur la complicité notamment dans l'affaire *Nahimana et consorts* et dans l'affaire *Seromba*. Dans ces deux affaires en effet, il apparaît que la responsabilité pénale du complice est essentiellement fondée sur le fait qu'il a posé des actes spécifiquement destinés à faciliter, encourager ou apporter un soutien moral à la commission d'un crime et lesquels actes ont eu un effet substantiel sur la commission de ce crime[531]. Les actes posés par M^me^ Béatrice Ilunga rentrent incontestablement dans cette catégorie et c'est à bon droit que la Cour militaire l'a reconnue coupable des crimes atroces perpétrés par le groupe armé de M. Gédéon Kyungu.

3. Affaire *Kibibi et consorts*

Dans l'affaire *Kibibi et consorts*, l'article 25 n'a pas été invoqué dans les préventions. Toutefois, cet article ainsi que la jurisprudence de la CPI sur cette disposition ont été invoqués pour asseoir la motivation de l'arrêt[532]. Pour rappel, l'affaire concernait une expédition punitive perpétrée par des éléments du 43^e^ secteur des FARDC et ordonnée par le colonel Daniel Kibibi contre les habitants des quartiers proches du lieu où un militaire a été retrouvé mort. Comme on l'a précédemment vu, la Cour militaire de Bukavu avait conclu que des crimes contre l'humanité ont été commis au cours de cette expédition. Les militaires responsables de ces crimes ont été initialement poursuivis selon l'un des modes de participation criminelle prévus aux articles 5 et 6 du Code pénal militaire et 23 du Code pénal ordinaire livre I : le colonel Kibibi a été poursuivi pour avoir ordonné ces crimes tandis que les 10 autres accusés ont été poursuivis pour les avoir exécutés.

Dans la motivation de l'arrêt toutefois, l'article 25 du Statut de Rome et la jurisprudence de la CPI dans la décision relative à la confirmation des charges relative à l'affaire *Lubanga* (ci-après, la « Décision *Lubanga* ») ont été invoqués. En effet, après avoir soutenu que « les faits reprochés aux accusés ont été commis conjointement », la Cour s'est lancée dans l'analyse de la notion de coaction en s'inspirant de la Décision *Lubanga*. À cet égard, les propos tenus par la Cour militaire de Bukavu sur la théorie de la coaction au regard de la Décision *Lubanga* méritent d'être reproduits en larges extraits puisque, comme on le verra, ils ont été repris mot à mot par d'autres jurisprudences des juridictions militaires de Bukavu. Voici exactement les propos de la Cour militaire de Bukavu sur ce qu'elle considère comme l'approche de la CPI au sujet de la coaction :

> À ce sujet, la Chambre préliminaire de la CPI dans sa décision sur la confirmation des charges dans l'affaire Lubanga (§ 326) a estimé qu'à l'origine la notion de la

531 TPIR (Ch. Appel), *Le Procureur c. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, « Arrêt », 28 novembre, 2007, § 482 ; TPIR (Ch. Appel), *Le Procureur c. Seromba*, « Arrêt », 12 mars 2008, § 44.

532 Voy. l'arrêt *Kibibi et consorts*.

coaction prend sa source dans l'idée que lorsque la somme des contributions individuelles coordonnées de plusieurs personnes aboutit à la réalisation de tous les éléments objectifs d'un crime, toute personne apportant une contribution peut se voir imputer les contributions des autres et, en conséquence, être considérée comme un auteur principal du crime dans son ensemble. À cet égard, le critère définissant la notion de coaction est lié à celui permettant d'établir une distinction entre les auteurs principaux d'un crime et les complices en cas de participation criminelle.

L'approche objective d'une telle distinction place l'accent sur la réalisation d'un ou plusieurs éléments objectifs du crime. Selon cette approche, seuls ceux qui exécutent physiquement un ou plusieurs des éléments objectifs de l'infraction peuvent être considérés comme auteurs principaux du crime. L'approche subjective qui a été retenue par la jurisprudence du TPIY à travers la notion d'entreprise criminelle commune ou la théorie du but commun écarte l'importance de la contribution à la commission de l'infraction en tant que critère permettant de distinguer les auteurs principaux et les complices pour mettre l'accent sur l'état d'esprit dans lequel la contribution du crime a été apportée.

L'article 25-3-a du Statut ne tient pas compte du critère objectif permettant de distinguer les auteurs principaux des complices parce que la notion de la commission d'une infraction par l'intermédiaire d'une personne n'est pas compatible avec la limitation du groupe d'auteurs principaux du crime à ceux qui exécutent physiquement un ou plusieurs éléments objectifs de l'infraction.

Ainsi, la chambre note qu'en se distinguant de la notion de coaction énoncée au litera a) de l'article 25-3, le litera d) définit la notion de contribution à la commission ou à la tentative de commission d'un groupe de personnes agissant de concert, dans le but de faciliter l'attaque criminelle du groupe ou en pleine connaissance du dessein criminel.

Adoptant cette approche subjective, la Cour considère que tous les prévenus présents sur le théâtre des opérations doivent être considérés comme auteurs des actes répréhensibles qui ont été commis du 1er au 2 janvier 2011 à Fizi dans la mesure où chaque acte commis individuellement par chacun d'eux constituait une contribution importante à la réalisation des crimes de masse qui ont été perpétrés et que les intéressés ont agi de concert. Ceux qui n'ont pas matériellement posé les actes incriminés ont tout au moins assisté en spectateurs

> approbateurs en encourageant par leur présence et par leurs encouragements la commission des infractions[533].

Si l'on peut se féliciter du recours à la jurisprudence de la CPI sur la notion de la coaction fondée sur l'article 25 du Statut de Rome, même si un tel fondement n'a pas été signalé dans l'acte d'accusation, il apparaît toutefois que ce recours a été fait avec quelques maladresses non seulement sur l'interprétation de la Décision *Lubanga*, mais aussi sur la manière dont elle a été appliquée par la Cour militaire de Bukavu.

À cet égard, trois observations critiques méritent d'être formulées. Premièrement, l'extrait reproduit montre que la Cour militaire de Bukavu considère que la Décision *Lubanga* a consacré l'approche subjective de la coaction. Toutefois, une lecture plus attentive de l'arrêt en question révèle que la Cour militaire a reproduit dans leur intégralité les paragraphes 326 à 329 de la Décision *Lubanga* ; qu'elle a ensuite sauté les paragraphes 330 à 332 pour ne recopier que le paragraphe 333. Ensuite, arrivée au paragraphe 334, la Cour militaire a, une fois de plus, sauté la première phrase de ce paragraphe pour n'en reproduire que la seconde. En procédant ainsi, la Cour militaire a sauté des parties importantes de la Décision *Lubanga,* ce qui a abouti à une certaine dénaturation des propos de la Décision *Lubanga*.

Certes, la Décision *Lubanga* avait abordé l'approche objective et l'approche subjective de la coaction, ainsi que le dit justement la Cour militaire. Mais, au paragraphe 330 de sa décision – un des paragraphes que la cour militaire n'a pas reproduits – la CPI avait énoncé une troisième approche : celle de « l'exercice du contrôle sur le crime ». Selon la Décision *Lubanga*, cette 3e approche repose « sur l'idée que les auteurs principaux d'un crime ne se trouvent pas uniquement parmi ceux qui exécutent physiquement les éléments objectifs de l'infraction, mais également parmi ceux qui, en dépit de la distance qui les sépare du lieu du crime, contrôlent ou dirigent la commission de ce dernier parce qu'ils décident si l'infraction sera commise et comment »[534].

Plus important, la CPI avait écarté tant l'approche objective que l'approche subjective de la coaction pour ne retenir que l'approche fondée sur le contrôle exercé sur le crime qui, aux yeux de la CPI, était la plus conforme à l'article 25(3)(a) du Statut de Rome[535]. C'est finalement cette dernière approche que la CPI a adoptée dans ses décisions ultérieures, y compris celle relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo* (ci-après, la « Décision *Katanga et Ngudjolo* »)[536]. Il apparaît ainsi que dans la Décision *Lubanga*, la CPI avait donc abordé trois approches de la coaction (et non deux) et qu'elle a finalement retenu

533 *Idem*, p. 22.

534 CPI (Ch. Prél. I), *Le Procureur c. Lubanga*, « Décision sur la confirmation des charges », Doc. ICC-01/04-01/06-803, 29 janvier 2007, § 330.

535 *Idem*, § 338 : « Ayant écarté les approches objective et subjective de la distinction à opérer entre les auteurs principaux du crime et les complices, la Chambre est d'avis, au même titre que l'Accusation et à la différence de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, que le Statut a consacré la troisième approche, qui est fondée sur la notion d'exercice d'un contrôle sur le crime ».

536 Décision *Gbagbo*, § 230 et la jurisprudence de la CPI citée à la note 538 de ladite Décision.

l'approche fondée sur le *contrôle exercé sur le crime* et non l'approche subjective comme le prétend la Cour militaire de Bukavu.

Deuxièmement, même en retenant l'approche subjective, il apparaît que la manière dont elle a été appliquée dans l'affaire *Kibibi et consorts* traduit une compréhension pour le moins problématique de cette approche. En effet, la Cour militaire affirme à juste titre que « l'approche subjective écarte l'importance de la contribution à la commission de l'infraction (…) pour mettre l'accent sur *l'état d'esprit* dans lequel la contribution du crime a été apportée ». Pourtant, au moment d'appliquer cette approche aux faits de la cause, la Cour conclut que « tous les prévenus présents sur le théâtre des opérations doivent être considérés comme auteurs des actes répréhensibles qui ont été commis du 1er au 2 janvier 2011 à Fizi dans la mesure où *chaque acte commis individuellement par chacun d'eux constituait une contribution importante à la réalisation des crimes de masse qui ont été perpétrés* et que les intéressés ont agi de concert » ; et que « ceux qui n'ont pas matériellement posé les actes incriminés ont tout au moins assisté en spectateurs approbateurs en encourageant par leur présence et par leurs encouragements la commission des infractions ». En argumentant sa décision de la sorte, il est difficile de soutenir que la Cour militaire a appliqué une approche « subjective » alors qu'elle met l'accent sur *l'importance de la contribution* plutôt que sur *l'état d'esprit* ayant animé les acteurs criminels. Tout en affirmant adopter une approche dite subjective, la Cour a donc finalement avancé une argumentation beaucoup plus proche de l'approche dite objective.

Troisièmement, lorsqu'on applique à cette affaire la doctrine de la coaction fondée sur le contrôle exercé sur le crime, telle qu'elle a été énoncée dans la Décision *Lubanga*, on se heurte inévitablement à une grande difficulté. En effet, cette décision avait soutenu que « la notion de coaction fondée sur le contrôle exercé conjointement sur le crime a pour origine le principe de la division des tâches essentielles en vue de la commission d'un crime entre deux ou plusieurs personnes agissant de manière concertée. Ainsi, bien qu'aucune de ces personnes ne détienne le *contrôle* d'ensemble de l'infraction parce qu'elles *dépendent* toutes les unes des autres pour sa commission, elles partagent toutes le contrôle, car chacune d'elles pourrait *compromettre la réalisation du crime* si elle n'exécutait pas sa tâche »[537]. La CPI avait également précisé que la théorie de la coaction fondée sur le contrôle sur le crime repose notamment sur deux éléments objectifs : (i) l'existence d'un accord ou d'un plan commun entre deux ou plusieurs individus et (ii) l'apport, de la part de chaque coauteur, d'une contribution *essentielle et coordonnée* aboutissant à la réalisation des éléments objectifs du crime[538]. Sur le caractère « essentiel » de cette contribution, la CPI avait tenu à souligner que l'importance de cette contribution doit être telle que le coauteur peut être « capable de compromettre la réalisation du crime en s'absentant d'apporter sa contribution »[539].

Or, quand on applique ces deux exigences à l'affaire *Kibibi et consorts*, on constate que la Cour militaire de Bukavu n'a nulle part cherché à établir (i) l'existence d'un éventuel accord

537 *Idem*, § 342.
538 *Idem*, § 343 *et seq.*
539 *Idem*, § 347.

ou d'un plan commun dans lequel seraient impliqués les prétendus coauteurs ni (ii) que les contributions des accusés étaient tellement importantes que les crimes contre l'humanité n'auraient pas été commis si ces accusés s'étaient abstenus d'apporter leur contribution. Pour rappel, le colonel Kibibi a été poursuivi pour avoir « ordonné » ces crimes et pour avoir lui-même commis physiquement un des crimes contre l'humanité, à savoir le viol ; tandis que ses autres coaccusés étaient poursuivis pour avoir physiquement commis ces crimes sur ordre de l'accusé Kibibi.

Dès lors que les crimes ont apparemment été commis sur ordre du colonel Kibibi, la Cour militaire aurait dû se limiter à retenir la responsabilité du colonel précité pour avoir « ordonné » ces crimes en se fondant sur l'article 25(3)(b) du Statut de Rome, tandis que la responsabilité des autres coaccusés aurait été fondée sur la perpétration directe (article 25(3)(a)) d'autant plus que l'ordre du supérieur hiérarchique ne constitue pas une cause d'exonération de la responsabilité pénale. En recourant à la théorie de la coaction, la Cour a voulu faire du colonel Kibibi quelque chose de plus qu'un simple donneur d'ordre criminel. Elle a en fait tenté de l'« élever » au rang d'un « coauteur indirect » des crimes commis par les autres coaccusés tout en réduisant ces derniers au rang de simples « instruments » par lesquels le colonel Kibibi a commis ces crimes (commission par l'intermédiaire d'un autre personne). Mais, la manière dont la Cour militaire a procédé se révèle peu convaincante. Finalement, il s'avère que le recours à la doctrine de la coaction soi-disant sur la base de l'approche subjective qu'aurait énoncée la Décision *Lubanga* n'a fait que compliquer les choses.

4. Affaire *Balumisa et consorts*

Dans l'affaire *Balumisa et consorts*, la Cour militaire de Bukavu a, dans la motivation de sa décision, également abordé les questions de la responsabilité pénale individuelle des accusés au regard de l'article 25 du Statut de Rome, quand bien même l'acte d'accusation mentionnait les modes de participation criminelle fondés sur les articles 5 et 6 du Code pénal militaire et l'article 21 du Code pénal ordinaire. Rappelons très brièvement que cette affaire, qui comporte beaucoup de ressemblances avec l'affaire *Kibibi et consorts*, portait elle aussi sur des actes des représailles que les militaires FARDC ont commis contre la population de la localité de Katasomwa où un militaire surnommé « Le Blanc » a été abattu par un civil arbitrairement arrêté par le militaire précité, ledit civil ayant réussi à lui arracher son arme. Ici encore, au cours de ces représailles, les militaires ont commis des actes criminels, y compris le viol, qui ont été qualifiés de crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome[540].

Sur la question de la responsabilité pénale des accusés, la Cour militaire a, dans une première partie de son arrêt consacrée aux crimes contre l'humanité par viol, commencé par faire remarquer « que les prévenus à charge desquels cette infraction [de viol] a été mise sont poursuivis pour avoir agi *conjointement* ». Elle a ensuite reproduit ce qu'elle avait précédemment déclaré dans l'affaire *Kibibi et consorts* sur la soi-disant analyse faite par la

540 Arrêt *Balumisa et consorts*.

CPI dans la Décision *Lubanga* au sujet de la théorie de la coaction[541]. Sur la base de ces propos imputés à tort à la CPI, la Cour militaire a adopté ce qu'elle considérait comme l'approche subjective de la coaction. Et, dans un passage qui rappelle fort bien l'arrêt *Kibibi et consorts*, elle a considéré que « tous les prévenus présents sur les lieux où les crimes ont été commis doivent être considérés comme auteurs des actes répréhensibles qui ont été commis du 26 au 29 septembre 2009 à Katasomwa et ses environs dans la mesure où chaque acte commis individuellement par chacun d'eux constituait une contribution à la réalisation des crimes de masse qui ont été perpétrés et que les intéressés ont agi de concert » ; et que « ceux qui n'ont pas matériellement posé les actes incriminés ont tout au moins assisté en spectateurs approbateurs en encourageant par leur présence et par leurs exhortations implicites ou explicites la commission des infractions »[542].

Dans une deuxième partie du même arrêt consacrée aux crimes contre l'humanité par d'autres actes inhumains de caractère analogue, la Cour militaire a déclaré qu'« au sujet de la responsabilité, l'article 25(3) du Statut de Rome précise que celle-ci est engagée lorsqu'une personne commet un crime individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne ». La Cour a également affirmé que « les points b), c) et d) ajoutent que cette responsabilité individuelle est également retenue : lorsque l'auteur ordonne, sollicite ou encourage la commission du crime commis ou tenté ; lorsque l'auteur apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance ; lorsque l'auteur contribue intentionnellement de toute autre manière à la commission du crime » ; et que « la contribution doit viser à faciliter l'activité criminelle et être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe ».

Appliquant ce cadre conceptuel à l'affaire soumise à son examen, la Cour militaire a soutenu que « dans le cas d'espèce les prévenus Chongo, Beni, Ekofo, Zihindula, Matabaro, Kanabo, Mirasalo étaient présents sur les lieux où les crimes ont été commis » ; que « ce sont en effet eux qui commandaient directement les hommes puisqu'ils étaient à la tête des compagnies » ; et que « le prévenu Makanyaka, Chef S2 du bataillon, a confirmé, ainsi que le commandant en second Elia, que ce sont les commandants de compagnie avec leurs hommes qui avaient déferlé sur Katasomwa et tous les actes posés lors de ces journées fatidiques sont leur œuvre »[543].

Concernant l'accusé Makanyaka lui-même, la Cour a affirmé qu' « il a été vu par Elia avec une valise pillée et, contrairement à ce qu'il allègue, aucune preuve n'a été présentée attestant qu'il avait arrêté qui que ce soit » ; qu' « il en est de même de Balumisa et Elia qui, par leur passivité, se sont comportés en spectateurs approbateurs et ont, par cette attitude, apporté un encouragement ou un soutien moral aux pillards et aux violeurs alors qu'ils étaient sur les lieux du crime ou, tout au moins, à proximité de ceux-ci »[544]. La Cour

541 *Idem*, p. 23-24.
542 *Idem*, p. 24.
543 *Idem*.
544 *Idem*, p. 27. À cet égard, la Cour s'est référée au paragraphe 33 du jugement *Bagilishema* du TPIR (référence à vérifier).

a également analysé la responsabilité des accusés Balumisa et Elya Mungemba en tant que supérieur hiérarchique, responsabilité sur laquelle l'on reviendra plus loin.

Cet arrêt appelle quelques observations. En effet, la Cour n'a pas expliqué pourquoi elle a abordé séparément la responsabilité des accusés pour le viol en tant que crimes contre l'humanité et leur responsabilité pour autres actes inhumains (pillages, extorsions, etc.). Cette démarche est certainement liée au fait que la Cour a cherché à traiter la question des formes de responsabilité pénale dans la partie consacrée à la définition des crimes et plus précisément aux Éléments du crime, démarche dont on a déjà relevé les faiblesses. Quoi qu'il en soit, concernant la première partie de son analyse (responsabilité des accusés pour viol), les trois observations critiques précédemment émises dans l'arrêt *Kibibi et consorts* au sujet de la théorie de la coaction sont également applicables à cette affaire. La Cour a prétendu que ces trois individus sont responsables en tant que coauteurs, sans avoir démontré l'existence d'un accord préalable entre eux ni l'interdépendance qu'il y avait entre eux dans l'exécution du crime (contrôle conjoint exercé sur le crime). Ici aussi, la Cour a affirmé appliquer l'approche subjective, alors que c'est l'approche objective qui a en réalité été appliquée.

Quant à la deuxième partie (responsabilité des accusés dans les autres actes inhumains), les propos de la Cour militaire sont vagues par rapport au rôle joué par les accusés dans la commission de ces crimes. Le fait de reproduire *in extenso* l'article 25, qui prévoit toute une série d'hypothèses par lesquelles un individu peut être considéré comme pénalement responsable d'un crime ne dit rien sur la disposition précise qui a finalement été appliquée à chacun des accusés. De même, se contenter à déclarer que « les prévenus Chongo, Beni, Ekofo, Zihindula, Matabaro, Kanabo, Mirasalo étaient présents sur les lieux où les crimes ont été commis » ; et que « ce sont eux qui commandaient directement les hommes puisqu'ils étaient à la tête des compagnies » ne dit rien sur la question de savoir si ces crimes ont été commis suivant les ordres des précités ou si la Cour a retenu à leur charge leur responsabilité en tant que chefs militaires pour n'avoir pas empêché ces crimes. La suite de l'argumentation de la Cour militaire semble d'ailleurs exclure cette dernière éventualité puisque les seules responsabilités de supérieurs hiérarchiques que la Cour militaire a retenues ne sont que celles de Makanyaka et Elya Mungemba.

L'unique hypothèse qui restait était celle du spectateur approbateur à laquelle la Cour militaire a fait allusion. Or, cette hypothèse se heurte à trois difficultés : (i) elle n'a été retenue qu'à charge des accusés Balumisa et Elya Mungemba, ce qui laisse incertain le fondement exact de la responsabilité des autres coaccusés ; (ii) une telle responsabilité ne relève pas du litera a) de l'article 25(3) relatif à la coaction, mais du litera b) relatif à l'encouragement à commettre un crime, ce qui pose le problème de l'articulation entre la responsabilité des accusés pour crime de viol et leur responsabilité pour autres actes inhumains ; et (iii) la responsabilité pénale du spectateur approbateur ne peut être cumulée avec celle du supérieur hiérarchique prévue à l'article 28 comme le fait la Cour militaire. La Cour aurait donc dû traiter la question de la responsabilité de chacun des accusés

séparément afin de clarifier son rôle et de préciser la disposition précise de l'article 25 qui lui était applicable.

5. Affaire *Maniraguha et Sibomana*

Dans l'affaire *Maniraguha et Sibomana*, affaire qui portait sur des exactions des FDLR (Rasta) commises contre les populations du Sud-Kivu entre 2006 et 2007, lesquelles exactions ont été qualifiées de crimes contre l'humanité, le TMG de Bukavu a abordé la responsabilité des deux accusés sur la base de l'article 25 du Statut de Rome, alors même que dans l'acte d'accusation, ces deux individus étaient poursuivis « selon l'un des modes de participation criminelle prévus par les articles 5 et 6 du Code pénal militaire », pour crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome[545]. L'analyse du tribunal par rapport aux formes de responsabilité prévues à l'article 25 du Statut de Rome se révèle toutefois confuse dans la mesure où tantôt il soutient que les accusés sont responsables en tant que « coauteurs » (article 25(3)(a)), tantôt que l'un d'eux (M. Sibomana) est responsable en tant que complice (article 25(3)(d)). En effet, concernant la responsabilité de M. Sibomana, qui était le gardien des otages et butins issus de l'activité criminelle du groupe des Rasta, le tribunal a, dans un premier temps, soutenu que sa responsabilité était engagée au titre de l'article 25(3)(d) du Statut de Rome en raison du fait qu'il a « contribué de toute autre manière » à la commission des crimes. Pour justifier le recours à cette forme de responsabilité, le tribunal affirme ce qui suit :

> (…) le prévenu Sibomana a joué un rôle très important dans le groupe, un rôle sans lequel le groupe allait éprouver les difficultés majeures pour opérer ou attaquer avec la même facilité, rapidité ou sécurité qu'il le faisait. En effet, le prévenu Sibomana lui-même (…) reconnait qu'il était garde du corps de son coprévenu, mais aussi gardien des otages et butins. Il était, de surcroît (…) chargé de faire la chasse de gibiers pour le groupe à de moment de détresse et il a réussi à ramener au groupe le porc-épic ; et pour passer sa nuit, il avait une bâche lui dotée par son coprévenu ; plus grave encore, le prévenu Sibomana adressait la prière au Seigneur pour le groupe, c'est ainsi le jeudi à l'audience de la date ci-dessus Sibomana, au retour de son commandant en chef, le prévenu Maniraguha, il lui dira ceci :"Dieu aidant, vous êtes revenu, les animaux sauvages ne vous ont pas ravagé… ". Par ailleurs, à l'audience du 10 août 2011, la victime V27, âgée de 50 ans au moins au moment des faits, a allégué avoir été violée par le prévenu Sibomana[546].

Au regard de ces éléments, le TMG de Bukavu a conclu que « la contribution de M. Sibomana était intentionnelle, visant à faciliter l'activité criminelle du groupe en ce

545 Jugement *Maniraguha et Sibomana, in Recueil ASF (2013)*, p. 100-101.
546 *Idem*, p. 109.

sens qu'il était notamment, gardien de tous les butins y compris les femmes enlevées, ceci rassurait le groupe à opérer paisiblement, car leurs butins étaient dans de bonnes mains »[547].

Cependant, un peu plus loin dans le même jugement, le tribunal a encore soutenu que « les prévenus ont réalisé leur forfait par concert de volontés »[548]. Comme dans l'affaire *Balumisa et consorts*, le tribunal a alors reproduit la soi-disant analyse de la Décision *Lubanga* sur la coaction telle qu'elle a été comprise erronément par l'arrêt *Kibibi et consorts*[549]. *S*ur cette base, il a estimé opportun d'adopter l'approche dite subjective de la coaction et a considéré que « le prévenu Sibomana doit, sans l'ombre d'aucun doute, être considéré comme coauteur des actes répréhensibles qui ont été perpétrés vers fin 2006 à Bunyakiri et ses alentours dans la mesure où chaque acte par lui posé constituait une contribution importante à la réalisation de crimes contre l'humanité et de surcroît, il a agi de concert avec le groupe »[550].

Comme observations, l'on indiquera que premièrement, ici encore le TMG de Bukavu a soutenu que les accusés ont agi en coaction sans avoir démontré l'existence d'un accord préalable entre les prétendus coauteurs quant à l'exécution du crime ni l'interdépendance qui aurait caractérisé la commission du crime. Deuxièmement, le tribunal a affirmé avoir appliqué l'approche subjective alors qu'en réalité elle appliquait plutôt l'approche objective. Troisièmement, le TMG a créé une confusion sur la responsabilité finalement retenue à charge de l'accusé Sibomana : celui-ci est-il responsable en tant que coauteur ou en tant que complice ? Certes, la différence entre le coauteur et le complice en droit congolais n'est pas nécessairement consacrée en droit international. Si le droit congolais prévoit que les complices seront punis « d'une peine qui ne dépassera pas la moitié de la peine qu'ils auraient encourue s'ils avaient été eux-mêmes auteurs »[551], une telle hiérarchisation n'est pas consacrée en matière de crimes de droit international[552]. Ici le complice peut être puni de la même manière que le coauteur. Tout dépend des éléments des faits. Cela étant, il était hautement souhaitable, pour la clarté des propos du jugement sous examen de clarifier le rôle joué par Sibomana dans ces exactions. Quatrièmement, en se focalisant un peu trop sur le rôle de l'accusé Sibomana, le tribunal a apparemment omis d'aborder la responsabilité de M. Maniraguha qui était le chef du groupe armé des Rasta et qui aurait ordonné la plupart des crimes imputés aux Rasta. Il apparaît ainsi que le jugement

547 *Idem*.
548 *Idem*, p. 113.
549 *Idem*, pp. 113-114.
550 *Idem*, p. 114.
551 Article 23(2) du Code pénal ordinaire.
552 Gerhard Werle, « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute », *JICJ*, vol. 5, 2007, p. 953 ; CPI (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, opinion individuelle du juge Adrian Fulford », Doc. ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, § 8 ; Idem, *Le Procureur c Mathieu Ngudjolo Chui*, « Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert », Doc. ICC-01/04-02/12-4, 18 décembre 2012, §§ 22 et s. Voy. également, l'article III (e) de la Convention contre le génocide de 1948 qui déclare que « seront punis les actes suivants : (…) la complicité dans le génocide ».

a été rendu, et les condamnations ont été prononcées, sans que le rôle précis de chacun des accusés ait été abordé au regard des exigences de l'article 25.

6. Affaire *Kabala et consorts* (affaire *Mupoke*)

Dans l'affaire *Kabala et consorts* qui portait sur une attaque des FARDC contre le marché de Mupoke où les FARDC croyaient y dénicher des FDLR alors que ces derniers ne s'y trouvaient pas, le jugement rendu au premier degré a abordé la coaction en reproduisant lui aussi l'extrait précédemment critiqué de l'arrêt *Kibibi et consorts*[553]. Sur cette base, le TMG de Bukavu a lui aussi affirmé « adopter l'approche subjective et a considéré que le prévenu Kabala doit, sans l'ombre d'aucun doute, être considéré comme coauteur des actes répréhensibles qui ont été perpétrés le 17 janvier 2010 à Mupoke et à Katuku dans la mesure ou chaque acte par lui posé constituait une contribution importante à la réalisation de crime de guerre et de surcroît, il a agi de concert avec le groupe » ; et qu' « il en est ainsi des prévenus Monga, Ndahisaba et Kasereka »[554].

Cette argumentation est fondamentalement restée la même au niveau de la Cour militaire siégeant en appel. En effet, la Cour militaire de Bukavu statuant dans la même affaire, est d'abord partie des statuts des deux TPI *ad hoc*, et tout particulièrement de certains extraits de la jurisprudence du TPIR dans les affaires *Musema* et *Kajelijeli* sur les formes de la responsabilité pénale individuelle, pour aboutir à l'article 25 du Statut de Rome. Analysant ce dernier article, la Cour militaire a affirmé qu'il se rapporte à ce que le droit congolais considère comme des modalités de participation criminelle qui comprennent d'une part la corréité et d'autre part la complicité et que c'est cela, selon la Cour, que le droit international coutumier et la jurisprudence des TPI qualifient de formes de participation ou de complicité. Se fondant sur certains extraits des décisions de confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga* et dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo* devant la CPI, la Cour militaire a déclaré que « si (…) un prévenu est pénalement responsable en qualité de *coauteur* d'un crime relevant de la compétence de la Cour [pénale internationale], celle-ci n'aura plus (…) à analyser les autres formes de responsabilité du complice, prévues aux alinéas b) à d) de l'article 25(3) du Statut de Rome ni la responsabilité du supérieur hiérarchique prévue par l'article 28 ». En d'autres termes, selon la Cour, « la même personne, au regard des mêmes faits, ne peut pas être à la fois coauteur et complice, ou coauteur et supérieur hiérarchique au sens de l'article 28 du Statut ». La conclusion de la Cour militaire est qu' « au regard des dispositions du Statut de Rome [qu'elle] a décidé à appliquer, le prévenu Kabala sera tenu responsable des faits mis à sa charge pour en avoir personnellement commis certains (cas de pillage, de viol et d'atteintes à la dignité humaine) et pour en avoir ordonné ou encouragé d'autres notamment par sa présence active et son attitude devant les exactions de ses hommes »[555].

Abordant ensuite le point consacré à la « participation criminelle », la Cour militaire

553 Jugement *Kabala (Mupoke)*.
554 *Idem*.
555 Arrêt *Kabala (Mupoke)*.

a, une fois de plus, repris son argumentation antérieure de l'arrêt *Kibibi et consorts* sur la coaction et a même soutenu que c'est cette même approche subjective que la CPI a consacrée dans la Décision *Katanga et Ngudjolo*[556]. Sur cette base, elle a de nouveau adopté la soi-disant approche subjective qu'elle dit avoir tirée de la jurisprudence de la CPI et a avancé la conclusion selon laquelle « tous les prévenus présents sur les lieux où les crimes ont été commis doivent être considérés comme auteurs des actes posés dans la mesure où chaque acte commis individuellement par chacun d'eux constitue une contribution à la réalisation des crimes de masse qui ont été perpétrés et que les intéressés ont agi de concert » ; et que « ceux qui n'ont pas matériellement posé les actes incriminés ont plus au moins assisté en spectateurs approbateurs en encourageant par leur présence et par leurs exhortations implicites ou explicites la commission des infractions ». Pour terminer la Cour militaire a estimé « qu'il [était] dès lors superfétatoire de se référer aux éléments constitutifs de la participation criminelle tel que prévu par le Code pénal militaire aux articles 5 et 6 »[557].

L'argumentation tant du TMG que de la Cour militaire présente toutefois trois difficultés majeures. Premièrement, comme dans l'affaire *Kibibi et consorts*, cette argumentation découle d'une lecture incomplète et donc erronée de la Décision *Lubanga* et de la Décision *Katanga et Ngudjolo* relatives à la confirmation des charges. En fait, l'arrêt *Kabala et consorts* n'a fait que reproduire l'argumentation précédemment avancée dans l'arrêt *Kibibi et consorts*, reprenant par-là les erreurs et inexactitudes de cette dernière décision. Deuxièmement, tant le TMG que la Cour militaire de Bukavu disent appliquer l'approche subjective de la coaction. Cependant, quand on analyse de près leur raisonnement, on constate que c'est plutôt l'approche objective de la coaction indirecte qu'ils ont en réalité appliquée puisqu'ils ont mis en avant les « contributions importantes » des accusés à la commission du crime (approche objective) et non leur état d'esprit dans la commission de ces crimes (approche subjective). Et quand on applique à cette affaire l'approche fondée sur le contrôle exercé sur le crime, on constate que les juridictions de Bukavu n'ont nulle part cherché à établir (i) l'existence d'un éventuel accord ou d'un plan commun, non explicite fut-il, dans lequel seraient impliqués les prétendus coauteurs indirects de l'incident de Mupoke et (ii) que la contribution de M. Kabala était tellement importante que le crime n'aurait pas eu lieu s'il s'était abstenu d'apporter sa contribution.

La troisième difficulté est la confusion entre la coaction indirecte et la coaction directe. En réalité, la Décision *Lubanga* et la Décision *Katanga et Ngudjolo* portaient sur la coaction « indirecte » : les accusés n'ayant pas été physiquement sur les lieux du crime, ils ont néanmoins été poursuivis pour avoir commis ces crimes « par l'intermédiaire » d'une organisation ou d'une structure sur laquelle ils exerçaient un contrôle étroit. En revanche, dans l'affaire *Kabala et consorts*, les faits indiquent que les accusés étaient physiquement présents sur les lieux du crime et qu'ils ont physiquement commis leurs

556 *Idem*.
557 *Idem*.

crimes tous en même temps sans aucune coordination de l'ensemble. Il n'était donc pas opportun de se lancer dans les théories complexes de la coaction (directe ou indirecte). Les tribunaux de Bukavu auraient dû se limiter à poursuivre les accusés simplement comme « auteurs individuels » des crimes commis dans le cadre de l'incident de Mupoke et leur appliquer l'article 25(3)(a) dans la mesure où toutes les conditions étaient réunies. Dans la mesure où ces crimes étaient effectivement des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, ces juridictions seraient parvenues au même résultat en empruntant une voie moins compliquée.

7. Affaire *Morgan*

L'affaire *Morgan* portait sur les atrocités commises par les membres du groupe armé des Maï-Maï Simba dans le territoire de Mambasa et ses environs (en Ituri), atrocités qui ont été qualifiées de crimes contre l'humanité et crimes de guerre en vertu du Statut de Rome par le TMG de l'Ituri. Dans son jugement, le tribunal avait abordé la question des formes de responsabilité pénale contre certains individus accusés de pillages en tant que crimes de guerre. Le tribunal a déclaré qu' « il [était] difficile de déterminer avec certitude l'identité et le rôle joué par chacun de participant ». Cependant, a-t-il poursuivi, « pris dans l'ensemble, rien ne laisse subsister le moindre doute comme prétendu par la défense, sur le fait que les participants à l'expédition à ces crimes se sont tous volontairement associés à cette entreprise »[558]. Le tribunal a ensuite déclaré ce qui suit :

> l'article 25 (…) [du Statut de Rome] est éloquent en ce qu'une personne est pénalement responsable et peut être puni pour le crime relevant de la compétence de la cour si elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne, que cette autre personne soit ou non personnellement responsable. Si elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime, si 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, si 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 : 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 être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime[559].

558 Jugement *Morgan*, p. 50.
559 *Idem*.

Sur cette base, le TMG a conclu qu' « il y a des raisons de croire, et le tribunal est convaincu au-delà de tout doute raisonnable que ce qui a été dit sur l'adhésion des prévenus au mouvement subversif Simba Maï-Maï est retenu, car ils savaient et avaient connaissance depuis leur adhésion, en passant par le rituel de tatouage, du comportement criminel du groupe et chacun d'eux a participé volontairement à l'expédition depuis G6 jusqu'à Mombassa centre »[560].

Ainsi présentée, l'argumentation du TMG se révèle vague à propos des formes de responsabilité pénale. Comme on l'a déjà dit, l'article 25 du Statut de Rome prévoit plusieurs hypothèses dans lesquelles la responsabilité pénale individuelle d'un individu peut être retenue. Chacune des hypothèses est différente des autres et on ne peut pas être poursuivi ni être condamné en vertu de l'article 25 du Statut de Rome pris dans sa globalité. Les accusés sont-ils des auteurs ou coauteurs (directs ou indirects) ? Sont-ils des complices qui ont aidé ou encouragé la commission des crimes ? Ont-ils ordonné la commission des crimes ? Ont-ils contribué de toute autre manière à la commission de ces crimes ? Telles sont les différentes questions qui restent sans réponse à la lecture du jugement. Le tribunal aurait donc dû spécifier laquelle des différentes hypothèses prévues à l'article 25 du Statut de Rome correspondait le mieux au rôle joué par chacun des accusés dans la commission des crimes. Sur ce point, le jugement est resté incomplet.

L'argumentation du TMG semble d'ailleurs se rapprocher de la théorie de la participation à une entreprise criminelle commune (la « *Joint Criminal Enterprise* » ou « JCE ») telle qu'elle a été soutenue dans l'arrêt resté célèbre rendu dans l'affaire *Tadic*, théorie qui repose sur le principe selon lequel « lorsque deux personnes ou plus agissent de concert dans un but criminel commun, les crimes commis par l'une d'entre elles peuvent engager la responsabilité pénale de tous les autres membres du groupe »[561]. Cette forme de responsabilité comporte trois variantes explicitées et commentées dans l'arrêt *Tadic (fond)*. La troisième variante, considérée comme la forme élargie de la JCE, est la plus pertinente pour l'affaire *Morgan*. Elle repose sur l'idée que soit retenue la responsabilité pénale de celui qui a participé à l'élaboration d'un accord commun qui, sans nécessairement être criminel, comportait néanmoins un risque prévisible de voir les crimes survenir dans le cours normal des choses. L'arrêt *Tadic* rappelle que cette forme de responsabilité se rapporte aux « affaires de but commun dans lesquelles l'un des auteurs commet un acte qui, s'il ne procède pas du but commun, est néanmoins une conséquence naturelle et prévisible de sa mise en œuvre ». Selon l'arrêt *Tadic*, « il peut s'agir par exemple d'une intention commune et partagée par un groupe d'expulser par la force les membres d'un groupe ethnique de leur ville, village ou région (…), avec pour conséquence qu'une ou plusieurs personnes soient tuées dans l'opération. Alors que le meurtre peut n'avoir pas été explicitement envisagé dans le cadre du but commun, il était néanmoins prévisible que l'expulsion de civils sous la menace des armes pouvait très bien se solder par la mort de l'un ou de plusieurs de ces civils. La

560 *Idem*, p. 51.
561 Arrêt *Tadic (Fond)*, § 195.

responsabilité pénale de tous les participants à l'entreprise commune est susceptible d'être engagée quand le risque que des meurtres soient commis était à la fois une conséquence prévisible de la réalisation du but commun et du fait que l'accusé était soit imprudent, soit indifférent à ce risque »[562]. Ainsi, bien qu'ayant tenu une argumentation proche de celle de la forme élargie de la JCE, l'on constate néanmoins que le jugement *Morgan* est resté trop superficiel sur les questions essentielles de l'application de cette théorie.

8. Procès de Minova

Le procès de Minova portait sur un viol massif commis dans la localité de Minova par les FARDC fuyant l'avancée des rebelles du M23 en novembre 2012. Ce procès s'est toutefois soldé par des acquittements massifs prononcés par la Cour militaire opérationnelle de Goma. Dans l'arrêt rendu à cet effet, la question des formes de responsabilités en vertu de l'article 25 a été abordée notamment dans la partie consacrée à la « responsabilité pénale des prévenus ». À cet égard, la Cour militaire a distingué d'abord la responsabilité pénale des prévenus et celle des chefs militaires. Par rapport spécifiquement à la responsabilité pénale des prévenus, la Cour s'est mise à commenter les articles 7-1 du statut du TPIY et 6-1 du Statut du TPIR à la lumière de la jurisprudence de ces deux TPI *ad hoc*. La référence aux statuts des TPI *ad hoc* est plutôt surprenante puisque la Cour est censée appliquer le Statut de Rome et non celui des deux TPI *ad hoc*.

Ce n'est qu'après avoir procédé à ces développements que la Cour a pensé à l'article 25 du Statut de Rome. Par rapport précisément à cet article, la Cour s'est toutefois bornée à ne mentionner que l'article 25(3)(a) : « une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la CPI si elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette personne soit ou non pénalement responsable ». Ensuite, elle s'est contentée de déclarer que « dans le présent dossier [elle] considère que les prévenus ont commis les crimes de guerre par pillage, par viol et par meurtre, selon ce qui a été démontré ci-devant, en exécutant eux-mêmes ou avec d'autres les actes répréhensibles » ; et que « la résolution d'agir de concert peut d'ailleurs naître sur les lieux du crime avant de passer à l'acte »[563].

En mentionnant « la résolution d'agir en concert » la Cour semble avoir en tête l'alinéa (d) de l'article 25(3) du Statut de Rome aux termes duquel « une personne est pénalement responsable (…) lorsqu' « 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* », alors même que la disposition qu'elle a expressément citée est plutôt l'alinéa (a) de l'article 25(3) relatif à la coaction. Ainsi, il semble qu'en parlant de la « résolution d'agir en concert », la Cour ait eu en tête l'un des éléments objectifs de la coaction fondée sur la théorie du

562 *Idem*, § 204.
563 *Idem*.

contrôle exercé sur le crime, à savoir l'existence d'un accord ou d'un plan commun. Mais, cela reste imprécis dans la motivation de l'arrêt.

Il est cependant intéressant dans cet arrêt de voir la Cour militaire déclarer qu'une telle résolution « peut naître sur le lieu du crime avant de passer à l'acte ». En effet, en disant cela, la Cour rejoint d'une certaine manière (sans le mentionner explicitement) la jurisprudence de la CPI dans la Décision *Lubanga* qui avait soutenu que « l'accord [entre coauteurs] ne doit pas nécessairement être explicite et que son existence peut être déduite de l'action concertée menée ultérieurement par les coauteurs »[564]. Cependant, la difficulté dans l'argumentation de la Cour militaire est que les exigences de la coaction fondée sur le contrôle exercé sur le crime ne se limitent pas seulement à ce seul élément objectif qu'est l'existence d'un accord ou d'un plan commun. La coaction, selon cette théorie, exige en plus d'établir l'existence d'un apport *essentiel et coordonné* dans la commission d'un crime et de démontrer que sans cet apport, le crime n'aurait pas été commis. Or, cet élément n'a pas été démontré dans l'arrêt *Minova*. Les éléments des faits soumis à la Cour ne permettent par ailleurs pas de l'établir. L'on se trouve finalement en difficulté de savoir lequel des alinéas a) ou d) de l'article 25(3), la Cour militaire de Goma avait en tête. En tout état de cause, aucun des deux alinéas n'a fait l'objet d'une démonstration approfondie de la part de la Cour militaire de sorte que sur ce point encore, l'arrêt est resté vague et imprécis sur le rôle joué exactement par chacun des accusés reconnus coupables. Les faits semblent pourtant indiquer que ces individus ont commis matériellement leurs crimes et méritaient d'être poursuivis et jugés sur la base de la perpétration directe (article 23(3)(a) du Statut de Rome).

9. Affaire *Kahwa*

Dans l'affaire *Kahwa*, l'on a précédemment vu que le TMG de l'Ituri avait analysé la responsabilité pénale de l'accusé notamment dans le point consacré à l'un des Éléments des crimes contre l'humanité (meurtre), à savoir l'exigence selon laquelle l'auteur doit avoir tué une ou plusieurs personnes. Dans l'arrêt d'appel rendu dans cette même affaire, cette démarche a été abandonnée. La Cour militaire de Kisangani a abordé la question de la responsabilité pénale de l'accusé en lui réservant un point précis[565]. À cet égard, la Cour militaire a commencé par déclarer que « s'agissant des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, les articles 25 et 28 du Statut de Rome prévoient respectivement, la responsabilité pénale individuelle de l'auteur desdits crimes, sous réserve de la responsabilité des États en droit international, ainsi que la responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques »[566].

Concernant l'article 25, la Cour militaire a d'abord reproduit le texte de cet article. Il faut rappeler que le paragraphe 3 de cet article prévoit un alinéa (f) consacrant la responsabilité pénale de quiconque « tente de commettre un tel crime par des actes qui,

564 Décision *Lubanga*, § 345.

565 Voir le point VIII relatif à la responsabilité pénale individuelle de l'appelant en matière de « crimes internationaux ».

566 Arrêt *Kahwa*, p. 52.

par leur caractère substantiel, constituent un commencement d'exécution, mais sans que le crime soit accompli en raison de circonstances indépendantes de sa volonté ». Ce même alinéa prévoit toutefois que « 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 ».

Il s'avère que toute l'argumentation de la Cour militaire de Kisangani s'est résumée à reprocher à M. Kahwa d'avoir poursuivi jusqu'au bout son entreprise criminelle et de ne l'avoir pas abandonnée. La Cour a en effet déclaré qu' « en l'espèce, il est établi de manière non équivoque que, pour avoir poursuivi son dessein criminel jusqu'à son achèvement total, l'appelant Kahwa ne peut nullement bénéficier de l'incise (…) de l'article 25 point 3, f. *in fine*, qui exonère de toute responsabilité pénale la personne qui abandonne l'effort tendant à commettre le crime ou en empêche de quelque autre façon l'achèvement au cas où elle a complètement et volontairement renoncé au dessein criminel »[567]. Selon la Cour, « l'éloquence de son refus de désarmement de sa milice PUSIC par la CONADER [Commission nationale de Désarmement, Démobilisation et Réinsertion] et l'intégration après de ses miliciens dans le MRC [Mouvement Révolutionnaire Congolais], après la promulgation des lois d'amnistie de 2000 et 2003 se passent de tout commentaire ». Sur cette seule base, la Cour militaire a décidé de tenir M. Kahwa « pénalement comptable des crimes internationaux commis par ses milices privées avec sa participation criminelle selon l'un des modes de participation criminelle prévus aux articles 5 et 6 du Code pénal militaire »[568].

L'argumentation ainsi présentée s'avère être plus problématique que celle qu'a tenue le TMG au premier degré. La Cour militaire est partie de l'invocation de l'article 25 du Statut de Rome pour asseoir finalement sa conclusion sur les formes de participation criminelle prévues par le *droit interne* congolais, à savoir les articles 5 et 6 du Code pénal militaire. La Cour aurait dû expliquer plus clairement comment l'invocation des textes juridiques internationaux a débouché sur l'application d'une législation nationale. Par ailleurs, en parlant de l'article 25 du Statut de Rome qui couvre plusieurs hypothèses par lesquelles un individu peut se rendre responsable des crimes de droit international, la Cour aurait dû spécifier laquelle de ces hypothèses est applicable.

Il était pourtant plus simple pour la Cour militaire de reprendre l'argumentation du TMG selon laquelle les crimes ont été commis suivant les ordres de M. Kahwa, tout en changeant la base juridique de cette argumentation, c'est-à-dire, en se fondant non plus sur les Éléments des crimes contre l'humanité, à savoir « l'auteur a tué une ou plusieurs personnes », mais sur l'article 25(3)(b) du Statut de Rome. Cependant, même dans cette hypothèse, la difficulté aurait été d'établir l'existence de ces « ordres » puisque même le TMG a simplement soutenu que les crimes ont été commis par les forces sous commandement

567 *Idem*, p. 53.
568 *Idem*.

de M. Kahwa, sans établir que c'est ce dernier qui les a ordonnés. C'est donc à juste titre que la responsabilité pénale de M. Kahwa en tant que chef militaire a été abordée par la Cour militaire. L'on y reviendra plus tard. Ce qu'il importe de relever à ce stade est que les conditions de l'article 25 n'ont pas été établies de manière satisfaisante.

10. Affaire *Kakwavu*

Dans l'arrêt *Kakwavu*, qui portait notamment sur deux cas de viol, un cas de meurtre et un cas de torture qualifiés par la Haute Cour militaire comme constitutifs de crimes de guerre, l'on observe que la Haute Cour a appliqué les articles 25 et 28 du Statut de Rome, alors même que cette base juridique n'était pas invoquée dans les préventions à charge de l'accusé. Par rapport à l'article 25, la Haute Cour a retenu la responsabilité de l'accusé, le général Kakwavu, pour les viols commis sur deux jeunes filles. Elle a considéré que ces actes criminels ont été commis individuellement et physiquement par l'accusé et que l'article 25(3) était applicable et n'a pas jugé opportun de se lancer dans de longs développements sur cet aspect[569].

La Haute Cour a également retenu la responsabilité pénale de l'accusé, le général Kakwavu pour des crimes qu'il a commis « par l'intermédiaire d'autres personnes » en invoquant toujours l'article 25(3) du Statut de Rome. Sous cette rubrique, la Haute Cour a imputé à l'accusé deux actes criminels. Le premier est le meurtre de M. Léopold Leti pour lequel la Haute Cour a souligné que la victime a trouvé la mort, non pas dans les affrontements armés entre les miliciens FAPC fidèles à l'accusé et ceux qui voulaient le renverser, mais « à l'aide d'une houe par des miliciens FAPC sur décision de leur commandant », en la personne de l'accusé ; et que « c'est après l'interrogatoire en présence de [l'accusé] dans sa paillote que [la victime], pour avoir été l'un des proches collaborateurs de M. Eneko, était suspectée d'être un des instigateurs du putsch manqué »[570].

Pour établir davantage son argumentation relative à la responsabilité de l'accusé pour des crimes qu'il a commis par l'intermédiaire d'autres personnes, la Haute Cour, prenant appui sur certains paragraphes de la Décision de confirmation des charges dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo*, a déclaré qu'« il est de jurisprudence que les affaires les plus pertinentes en droit international pénal sont celles dans lesquelles une personne commet un crime par l'intermédiaire d'une autre personne, et ce en exerçant un contrôle sur une organisation »[571]. Elle a ensuite exposé le raisonnement suivant : « Dans le cas d'espèce, [l'accusé] est tenu pénalement responsable à titre individuel, comme auteur intellectuel derrière les auteurs matériels, en l'occurrence ses miliciens qui n'étaient que des exécutants. En effet, de par sa qualité et ses fonctions effectives dans l'organisation politico-militaire dénommée UCD/FAPC, [l'accusé] avait effectivement le contrôle de la volonté des auteurs matériels, exécutants matériels du meurtre de Leti Léopold. Les FAPC étaient organisées et hiérarchisées et [l'accusé] exerçait effectivement une forte autorité et un contrôle sur

569 Arrêt *Kakwavu (fond)*, p. 47.
570 *Idem*, p. 51.
571 *Idem*, pp. 51-53.

les FAPC dont il était fondateur et commandant suprême. Il a abusé de son autorité et de son pouvoir en ordonnant l'exécution et le meurtre de Leti ; ce qui fut fait par ses subordonnés qui obéissaient de manière et quasi automatique à ses ordres. Le pouvoir, l'autorité et le contrôle que [l'accusé] exerçait dans les FAPC étaient tels que, même ses plus proches collaborateurs ne pouvaient poser aucun acte important sans que leur chef suprême n'ait ordonné ou autorisé et ils ne pouvaient lui désobéir sans subir un châtiment sévère et parfois suprême »[572].

Le second acte criminel imputé à l'accusé parce que, selon la Haute Cour, il l'aurait commis « par l'intermédiaire d'autres personnes » est le soi-disant crime de guerre par tortures infligées à M. Combe Ngabu sur ordre de l'accusé. Ici encore, l'on constate que la Haute Cour a appliqué l'article 25(3)(a) du Statut de Rome en soutenant que l'accusé « est individuellement responsable pénalement du crime de guerre par tortures pour avoir, par l'intermédiaire de ses subordonnés, infligé des tortures à Combe Ngabu ». La Haute Cour n'est pas entrée dans beaucoup de développements par rapport à cette seconde imputation. L'on suppose toutefois que les éléments invoqués dans le meurtre de M. Leti Léopold s'appliquent ici aussi pour justifier le recours à la théorie de la commission par l'intermédiaire d'une autre personne.

L'argumentation ainsi avancée tant sur la commission individuelle des crimes que sur la commission par l'intermédiaire d'autres personnes ou d'une organisation est globalement convaincante et n'appelle pas beaucoup de remarques. Il existe toutefois deux points à relever. Le premier est que la référence à l'article 25(3), par la Haute Cour, reste trop générale puisque cette disposition prévoit plusieurs hypothèses dans lesquelles la responsabilité pénale individuelle peut être retenue et qu'il importait à la Haute Cour militaire de spécifier laquelle de ces différentes hypothèses était applicable à l'accusé. La Haute Cour semble toutefois avoir eu en tête l'article 25(3)(a) du Statut de Rome puisqu'elle a retenu, à charge de l'accusé, une commission matérielle du crime de viol et, pour le meurtre de Leti Léopold et les actes de tortures à l'endroit de Combe Ngabu et de Mawa Assia, une commission par l'intermédiaire d'autres personnes. Le deuxième point est que l'argumentation relative à la commission par l'intermédiaire d'autres personnes n'est pas toujours soutenue par des faits concrets autres que les crimes dont il s'agit. Le degré de contrôle que l'accusé exerçait sur son groupe armé et qui entraînait une exécution quasi automatique de ses ordres aurait dû être étayé par d'autres faits que ceux qui sont à l'origine de l'arrêt commenté.

11. Affaire *colonel 106*

L'affaire dite *colonel 106* portait sur les exactions commises par un groupe armé des Maï-Maï dirigé par le colonel Bedi Mobuli alias « colonel 106 ». Ce dernier était poursuivi pour 15 chefs d'accusation liés aux activités de son groupe armé dans la localité de Manga dans

572 *Idem*, p. 53.

le Sud-Kivu. Les 5 premiers chefs d'accusation ont été qualifiés par la Cour militaire de Bukavu de crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome.

Argumentation

Contrairement aux autres affaires, l'acte d'accusation dans cette affaire a spécifiquement invoqué l'article 25 du Statut de Rome. L'affaire *colonel 106* est ainsi l'une des rares affaires dans lesquelles l'acte d'accusation fait explicitement référence au Statut de Rome. Par rapport au rôle joué par l'accusé dans la perpétration des crimes[573], la Cour a bien commencé son argumentation en précisant que « l'article 25-3-a englobe les notions de perpétration directe (commission d'un crime conjointement avec une autre personne) et de perpétration indirecte (commission d'un crime par l'intermédiaire d'une autre personne) que cette autre personne soit ou non responsable ». Ainsi, la Cour a bien clarifié la distinction que renferme cet article sur les deux variantes de la coaction.

La Cour a par ailleurs abordé quatre points relatifs à la responsabilité de l'accusé. Dans un premier temps, elle a examiné « la responsabilité individuelle du prévenu fondée sur l'article 25(3)(a) du Statut de Rome ». Elle a soutenu à cet égard que « l'examen du dossier et des éléments recueillis lors de l'instruction aux audiences successives renseignent que le prévenu Bedi Mobuli a commis les crimes contre l'humanité tantôt comme auteur à titre individuel, tantôt conjointement avec une autre personne, tantôt par l'intermédiaire d'une autre personne sur pied de l'article 25 du Statut de Rome (…), tantôt en tant que supérieur hiérarchique militaire ». Elle a ensuite reproduit les trois premiers paragraphes de l'article 25 du Statut de Rome, sans véritablement les confronter aux faits soumis à son examen. Sur la question du viol, la Cour s'est limitée à constater que l'accusé a personnellement eu des rapports sexuels avec deux femmes, et qu'il a même eu un enfant avec l'une d'elles, dans un environnement coercitif et que pour cela, ces faits étaient constitutifs de viols en tant que crimes contre l'humanité.

Dans un deuxième temps, la Cour a abordé la responsabilité de M. Bedi Mobuli au regard d'une « attaque menée sous son commandement ». Elle a à cet égard cité quelque 17 cas où les actes criminels (pillage, incendie, enlèvements des personnes, mauvais traitements et tortures, etc.) ont eu lieu suivant les ordres donnés par l'intéressé[574]. Elle n'a cependant pas invoqué la base juridique pour asseoir la responsabilité de l'accusé. Toutefois, en faisant référence aux actes perpétrés suivant les « ordres » de l'accusé, elle avait certainement en tête l'article 25(3)(b) du Statut de Rome.

Dans un troisième temps, la Cour a analysé la responsabilité de M. Bedi sous l'angle de la « commission du crime par coaction fondée sur le contrôle exercé conjointement sur le crime ». À cet égard, se référant à certains extraits de la Décision *Lubanga* et de l'ouvrage du professeur Nyabirungu, elle a déclaré que « la notion de coaction fondée sur le contrôle exercé conjointement sur le crime a pour origine le principe de la division des tâches

573 Arrêt colonel *106*, p. 72 et suivantes.
574 *Idem*, p. 74.

essentielles en vue de la commission d'un crime entre deux ou plusieurs personnes agissant de manière concertée » ; et qu' « ainsi bien qu'aucune de ces personnes ne détiennent le contrôle d'ensemble de l'infraction parce qu'elles dépendent toutes les unes des autres pour sa commission, elles partagent toutes le contrôle, car chacune d'elle pourrait compromettre la commission du crime si elle n'exécutait pas sa tâche »[575].

La Cour a ensuite soutenu que la coaction fondée sur le contrôle du crime suppose d'abord l'existence d'un « accord ou plan commun entre deux ou plusieurs personnes ». Dans l'affaire soumise à son examen, elle a estimé qu'il existait un « accord entre Bedi et ses hommes » et que cet accord « portait sur l'idéologie, convaincre la population qu'ils étaient des Américains venus les libérer »[576]. Elle a également soutenu que dans le cadre de cet accord, les acteurs avaient convenu que « pour se ravitailler, il fallait prendre des contacts avec les chefs coutumiers et la population ; concevoir et les convaincre sur le calendrier de ravitaillement en ration, des vivres et autres, obtenir les transporteurs volontaires à défaut piller les vivres, les médicaments pour la pharmacie et arrêter des gens en mesure de transporter, les lier par une corde appelée *saviem* jusqu'à Manga » ; et qu' « une fois arrivés, les têtus [devaient être] gardés dans un trou appelé *handaki* ».

En plus de l'existence d'un accord, la coaction suppose également, et la Cour le dit à juste titre, l'existence d'un apport de chaque membre, c'est-à-dire une contribution essentielle et coordonnée aboutissant à la réalisation des éléments objectifs du crime. Se référant de nouveau à certains extraits de la Décision *Lubanga* et à l'ouvrage du professeur Nyabirungu, elle a rappelé que « lorsque les éléments objectifs d'une infraction sont réalisés par plusieurs individus agissant dans le cadre d'un plan commun, seuls ceux à qui ont été assignées des tâches essentielles et qui sont donc en mesure de faire obstacle à la perpétration du crime en n'accomplissant pas leurs tâches peuvent être considérés comme exerçant un contrôle conjoint sur le crime ». Par ces propos, elle avait certainement en tête l'idée de l'interdépendance.

C'est sans doute pour tenter de démontrer l'importance de la contribution de M. Bedi que la Cour a déclaré ce qui suit :

> dans le cas sous examen, les crimes ne pouvaient pas être accomplis si les éléments n'attaquaient pas la population civile ; il n'y aurait pas viol des femmes si elles n'étaient pas amenées à Manga ; les butins des attaques n'arriveraient pas à Manga s'il n'y avait pas une sélection des transporteurs liés pas une corde appelée *saviem* et la distribution des femmes pour maintenir le moral de la troupe serait laborieuse s'il n'y avait pas un chargé de dispatch en la personne de M. Bedi Mobuli et la discipline serait compromise s'il n'y avait pas de *handaki* pour garder et corriger les indisciplinés. À Manga, M. Bedi et son groupe savaient bien qu'il est impossible que chaque villageois puisse ravitailler le mouvement de façon

575 *Idem*, p. 74.
576 *Idem*, p. 76.

> régulière et conséquente en vivres, médicaments, armes, munitions et femmes. Les conditions précaires de vie étaient tellement en doute qu'il fallait s'attendre à la résistance ou au refus. Mais ils ont délibérément accepté de procéder à ces opérations. La Cour déclarer l'élément subjectif établi. Donc chacun avait un rôle à jouer de sorte que si un maillon faillissait, il serait difficile de réaliser la politique du mouvement. La Cour dira sa participation à tous ces crimes par le contrôle exercé conjointement sur le crime établi dans le chef du prévenu[577].

Dans un quatrième temps, la Cour militaire de Bukavu a abordé la responsabilité pénale de l'accusé sous l'angle de la « commission par l'intermédiaire d'une personne » (perpétration indirecte). À cet égard, elle a rappelé que cette forme de responsabilité consiste « en ce que l'auteur principal, auteur intellectuel utilise l'exécutant (auteur direct) comme simple outil ou instrument pour commettre le crime » et que c'est elle qui est également traduite, selon elle, par « la théorie de l'auteur derrière l'auteur inscrite à l'article 25(3)(a) du Statut de Rome »[578]. Ensuite, s'inspirant de la Décision *Katanga et Ngudjolo*, elle a soutenu que cette forme de responsabilité exige que soient satisfaites trois conditions à savoir (i) le contrôle sur l'organisation, (ii) l'existence d'un appareil de pouvoir organisé et hiérarchisé, et (iii) l'exécution des crimes assurée par une obéissance quasi automatique aux ordres.

Pour démontrer que ces trois conditions étaient réunies dans le chef de M. Bedi Mobuli, la Cour a déclaré ce qui suit :

> le prévenu Bedi Mobuli est le chef de l'organisation Maï-Maï dans sa branche armée basée à Manga alias États-Unis (…), avec un pouvoir organisé et structuré avec le colonel « cinq Birere », le capitaine « Shimita », [et] les crimes commis obéissent à une exécution quasi automatique. C'est ainsi que l'attaque de la première barrière du parc de Kahuzi Biega, ses hommes ont agi en son absence et ont pillé les effets de F1, F55, ils ont détenu F1 et l'ont torturée, ils ont enlevée, et violé F19, F37 comme s'ils étaient des robots obéissants à un même *modus operandi*[579].

La Cour a également mentionné deux incidents survenus dans la localité de Kalonge dans lesquels les hommes fidèles à Bedi Mobuli ont demandé de l'argent à une victime (F14) et, face au refus de celle-ci, ils l'ont pillée et lorsque sept de ces mêmes hommes ont violé une victime après que celle-ci ait repoussé leurs avances. L'arrêt ne précise toutefois pas s'il s'agit de la même victime (F14) ou d'une autre. La Cour a ainsi retenu la responsabilité pénale de l'accusé Bedi Mobuli « pour avoir commis par l'intermédiaire de ses éléments, l'infraction de crime contre l'humanité par pillage, enlèvement et par torture à Kahuzi

577 *Idem*.
578 *Idem*.
579 *Idem*.

Biega sur la base des preuves par témoignages de F1, F55, F19, F89 (…) et l'attestation médicale de F25, F47 et F305, etc. ».

Observations

Il existe au moins trois points positifs à signaler à propos de l'arrêt *colonel 106* quant à l'application de l'article 25 du Statut de Rome. En premier lieu, l'arrêt marque une rupture nette avec l'approche erronée de la coaction contenue dans les précédentes décisions des juridictions militaires de Bukavu depuis l'arrêt *Kibibi et consorts*, approche soi-disant tirée de la jurisprudence de la CPI. Dans l'arrêt sous examen, la Cour militaire de Bukavu fait application de la doctrine de la coaction fondée sur le contrôle exercé sur le crime pour les mêmes raisons et dans les mêmes conditions que la CPI dans la Décision *Lubanga* et dans la Décision *Katanga et consort.* Ainsi, la Cour précise que cette dernière approche exigeait de démontrer l'existence (i) d'un accord ou d'un plan commun entre les coauteurs et (ii) d'un apport essentiel et coordonné entre eux en vue de la réalisation du crime (interdépendance). En deuxième lieu, l'arrêt distingue clairement les deux variantes de la coaction : directe et indirecte. Troisièmement enfin, l'arrêt a le grand mérite d'avoir tenté de confronter le cadre juridique tracé par lui aux faits soumis à son examen. Sur ce point, il marque une certaine rupture avec cette tendance tant décriée des juridictions militaires congolaises de se lancer dans des débats théoriques pour finalement omettre de les confronter aux faits soumis à leurs examens.

L'arrêt *colonel 106* comporte néanmoins quelques faiblesses à porter à son passif. Premièrement, on l'a déjà dit, l'article 25(3)(a) du Statut de Rome prévoit trois hypothèses de la commission d'un crime relevant de la compétence de la CPI. La première est celle de la commission dite « individuelle » dans laquelle une seule personne s'engage dans la commission d'un crime (perpétration directe). La deuxième hypothèse est celle de la commission physique et collective (avec d'autres personnes) d'un crime (commission conjointe ou coaction *directe*). La troisième et dernière hypothèse est celle de la commission du crime « par l'intermédiaire d'une autre personne ou groupe de personnes » ou encore la perpétration *indirecte* du crime. Cette hypothèse concerne généralement le cas des individus qui ne sont pas physiquement présents sur le lieu du crime, mais qui exercent un contrôle étroit sur la volonté des individus qui commettent physiquement le crime.

Au regard de ces trois variantes, la question que soulève l'arrêt *colonel 106* est alors celle de savoir si *pour un même comportement criminel*, un individu peut être tenu pénalement responsable sous toutes ces trois hypothèses ? Autrement dit, peut-on concevoir une hypothèse de cumul de responsabilité pénale pour un même fait dans le chef d'une personne ? L'arrêt *colonel 106* semble y avoir répondu par l'affirmative, sans le dire ouvertement. En effet, cet arrêt ne dit pas clairement pour quelle catégorie précise des crimes, la première hypothèse (perpétration physique) a été appliquée à l'accusé ni pour quelle autre hypothèse, la perpétration indirecte lui a été appliquée. L'on se retrouve avec une déclaration globale de la culpabilité sous toutes les trois variantes de l'article 25(3)(a) du Statut de Rome sans beaucoup de spécifications. Certes, pour tel incident, l'on peut engager sa responsabilité

comme auteur physique de l'acte ; pour tel autre, comme coauteur (avec d'autres) de l'acte ; et pour tel autre encore, comme auteur ou coauteur indirect. Mais, pour un seul et même incident, on ne peut pas réunir toutes ces trois hypothèses. Il était donc important que l'arrêt soit plus précis sur cette question.

Deuxièmement, sur la question de l'existence d'un accord entre deux ou plusieurs personnes, exigence nécessaire pour établir une coaction fondée sur le contrôle conjoint du crime, l'arrêt *colonel 106* semble s'être mépris sur cette condition. L'arrêt soutient que cet accord portait sur l'idéologie, etc., mais ce qu'il a plutôt mis en avant ce sont les méthodes du groupe armé auquel appartient l'accusé, alors qu'il n'a pas démontré l'existence d'un accord au vrai sens du mot ni surtout qui étaient les parties à cet accord. On verra d'ailleurs plus loin que l'arrêt soutient que les parties à cet accord étaient tantôt les membres de l'équipe dirigeante de ce groupe armé, tantôt l'accusé et tous les membres dudit groupe armé. Il aurait pourtant été plus simple que l'arrêt soutienne que cet accord portait plutôt sur la création même du groupe armé auquel appartient l'accusé, sur la définition de ses objectifs et même sur ses méthodes d'actions pour fonctionner et parvenir à ses objectifs.

Troisièmement, deux confusions latentes – celle entre la coaction *directe* et la perpétration *indirecte,* d'une part, et celle entre la commission par *ordre* et la *perpétration indirecte*, d'autre part – peuvent être dénichées dans l'argumentation de cet arrêt.

Confusion entre coaction directe et perpétration indirecte ? Il faut ici rappeler que dans la « coaction directe », l'individu participe physiquement à la réalisation des éléments objectifs (matériels) du crime *conjointement* avec d'autres, tandis que dans la perpétration indirecte, il n'est pas présent sur le lieu du crime et n'a pas l'intention de se salir les mains ; toutefois, c'est lui qui *contrôle étroitement la volonté* de ceux qui exécutent le crime à sa place[580] à la manière d'un coach dans le football qui contrôle les mouvements de ses joueurs sur terrain et qui peut les interchanger comme bon lui semble afin d'améliorer la performance de l'équipe. L'exemple qui est généralement donné est celui des crimes imputés aux chefs d'État – comme dans l'affaire *Al-Bashir* ou dans l'affaire *Gbagbo*[581] – dans lesquelles l'idée de base consistait à dire que ces deux individus ont commis les crimes par l'intermédiaire de l'appareil d'État sur lequel ils ont exercé un contrôle étroit.

Dans l'affaire sous examen, il apparaît que d'une part, en abordant la question de la *« commission du crime par coaction fondée sur le contrôle exercé conjointement sur le crime »* , la Cour a soutenu l'existence d'un accord entre l'accusé et ses hommes. Selon ce raisonnement, il s'agit d'une coaction directe et les coauteurs directs sont, M. Bedi et ses hommes. Cependant, lorsqu'elle a abordé un peu plus loin la responsabilité de l'accusé sous l'angle de la « commission par l'intermédiaire d'une personne », la Cour militaire a affirmé que l'accusé Bedi Mobuli est le chef de l'organisation Maï-Maï basée à Manga ; que cette

580 Thomas Weigend, « Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept », *JICJ*, vol. 9, 2011, pp. 91-111; Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 93 et suivantes.

581 CPI (Ch. Prél. I), *Le Procureur c. Al-Bashir,* « Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir », Doc. ICC-02/05-01/09-3-tFRA, 4 mars 2009, § 214 ; Décision *Gbagbo*, § 230.

organisation était structurée, mais surtout que la responsabilité pénale de M. Bedi Mobuli était retenue pour avoir commis ces crimes « par l'intermédiaire de ses éléments ».

Ces propos font clairement penser à la perpétration *indirecte* fondée sur le contrôle qu'un individu, en l'occurrence M. Bedi Mobuli, a exercé sur une organisation. Il se pose alors la question de savoir s'il s'agit d'une coaction *directe* entre M. Bedi Mobuli et ses hommes ou s'il s'agit d'une perpétration *indirecte* dans laquelle M. Bedi Mobuli exerce un contrôle étroit sur la volonté de ses hommes dans la commission des crimes. Autrement dit, l'arrêt est flou (et même contradictoire) sur la question de savoir (i) si les hommes de l'accusé étaient utilisés comme de simples « instruments » par lesquels il a commis les crimes (perpétration indirecte); ou (ii) si ces hommes étaient des « coauteurs » qui ont donné non seulement leur *accord à un plan commun* dont la réalisation comportait tout au moins le risque de commission des crimes, mais aussi une *contribution essentielle et coordonnée* dans la réalisation de ces crimes dans le cadre d'une interdépendance entre eux (coauteurs directs).

La Cour militaire en est même arrivée à imputer à M. Bedi Mobuli les actes criminels commis par ses hommes dans les circonstances où il apparaît que ces derniers ont agi de manière incontrôlée et sans avoir reçu un ordre quelconque de l'accusé. Tel est le cas du pillage et du viol de F14 (pour autant qu'il s'agisse de la même personne), commis par les hommes de M. Bedi Mobuli à Kalonge. La Cour a conclu que M. Bedi Mobuli a commis ces crimes par l'intermédiaire de ses hommes, alors même qu'elle n'avait pas démontré en quoi la commission de ce crime obéissait à une *exécution quasi automatique* des ordres émis par M. Bedi Mobuli. En laissant sous-entendre que les éléments de Bedi Mobuli étaient en même temps (i) des coauteurs directs (avec Bedi Mobuli) et (ii) des éléments, dont la volonté était étroitement contrôlée par Bedi Mobuli dans la commission des crimes, la Cour militaire a, en réalité, entretenu une confusion sur la nature de la responsabilité pénale retenue à charge de M. Bedi Mobuli.

Confusion entre la responsabilité fondée sur l'ordre et la perpétration indirecte ? La deuxième confusion latente qui réside dans cet arrêt est la difficulté à distinguer la responsabilité d'un individu qui a « ordonné » un crime et sa responsabilité dans le cadre d'une « perpétration indirecte », lorsque cet individu agit par l'intermédiaire d'une personne ou d'une organisation. Le donneur d'un ordre criminel est-il un auteur indirect des crimes ? L'arrêt *colonel 106* y a apparemment répondu par l'affirmative. Cette interprétation particulière de l'article 25(3)(a) du Statut de Rome est parfaitement conforme au droit congolais. Elle semble en effet avoir été influencée par l'article 21(3) du Code pénal ordinaire congolais qui considère comme « auteurs » d'une infraction « ceux qui, par offres, dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront directement provoqué cette infraction », étant entendu que l'ordre de commettre une infraction constitue une des variantes de la provocation (privée) à commettre une infraction.

L'article 21 du Code pénal ordinaire ne contient donc pas la distinction entre le donneur d'ordre et l'auteur indirect d'une infraction. L'article 25(3)(a) du Statut de

Rome, inséré à l'article 21 *bis* du Code pénal ordinaire, exprime une réalité un peu plus nuancée que celle de l'article 21 du Code pénal ordinaire. En effet, il est incontestable que dans les deux cas, il existe des ordres émanant d'un supérieur hiérarchique qui abuse de son autorité ou de son pouvoir. Toutefois dans l'hypothèse de la commission par l'intermédiaire d'une personne (perpétration indirecte), le rôle de l'auteur principal, encore appelé « l'auteur derrière l'auteur », est plus important que dans celle de l'ordre criminel donné. Dans le premier cas, les exécutants sont considérés comme de *simples instruments interchangeables* mis à la disposition de l'auteur principal de sorte que leur refus ne peut empêcher la commission du crime précisément parce qu'ils sont interchangeables. Mais, dans le second cas, les exécutants ne jouent pas vraiment un rôle si effacé que cela pourrait paraître. Le refus de leur part d'obéir aux ordres peut effectivement faire obstacle à la commission du crime précisément parce qu'ils ne sont pas interchangeables. Ainsi, pour conclure à l'existence d'une « perpétration indirecte », il est important d'établir l'*étroitesse du contrôle* que l'auteur médiat du crime a exercé sur ceux qui ont physiquement commis ledit crime, qu'il s'agisse d'un ou plusieurs individus ou d'une organisation ou encore d'une structure.

Or, lorsqu'on lit attentivement l'arrêt *colonel 106*, on n'y trouve pas l'exercice d'un *contrôle étroit* que M. Bedi Mobuli aurait exercé sur les individus qui ont physiquement commis les crimes. Et même quand l'arrêt tente de démontrer une certaine interdépendance entre les coauteurs, il n'est pas opéré une distinction claire entre le caractère *substantiel* d'une aide à la commission des crimes et le caractère simplement utile de cette aide. Certes, l'action des autres intervenants a effectivement apporté un soutien considérable aux activités criminelles pour lesquelles M. Bedi Mobuli est poursuivi. Mais il restait à démontrer l'existence d'une *interdépendance totale* entre eux dans la commission des crimes pour conclure à une coaction directe.

C. La responsabilité du supérieur hiérarchique fondée sur l'article 28 du statut de Rome

la responsabilité des supérieurs hiérarchiques a été appliquée dans au moins 11 affaires traitées par les juridictions militaires congolaises en vertu de l'article 28 du Statut de Rome. Il faut indiquer que le contenu de l'article 81 du Code judiciaire militaire présente certaines ressemblances avec l'article 28 du Statut de Rome en ce qu'il prévoit la responsabilité des supérieurs hiérarchiques. Cet article est ainsi formulé : « lorsqu'un subordonné est poursuivi comme auteur principal de l'une des infractions prévues à l'article 80 et que ses supérieurs hiérarchiques ne peuvent être poursuivis comme coauteurs, ils sont considérés comme complices dans la mesure où ils ont organisé ou toléré les agissements criminels de leur subordonné ». Toutefois, cette disposition, limitée aux seules infractions d'ordre

militaire prévues à l'article 80[582], n'a jamais été invoquée par les tribunaux congolais en matière des crimes de droit international.

Dans les lignes qui suivent, l'on analysera l'argumentation ayant conduit à l'application de la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques en vertu de l'article 28 du Statut de Rome. L'on recherchera essentiellement dans ces décisions le fondement que ces juridictions ont avancé pour justifier l'application de cette forme de responsabilité et, plus loin, l'incidence que le choix de ce fondement peut avoir dans la mise en œuvre de la responsabilité des chefs militaires ainsi que dans la fixation de la peine à l'encontre des personnes reconnues coupables.

1. Affaire *Bongi*

Dans l'affaire *Bongi*, la Cour militaire de Kisangani a appliqué au capitaine Blaise Bongi Massaba la responsabilité des chefs militaires en vertu de l'article 28[583]. Pour rappel, le capitaine Blaise Bongi Massaba est un officier des FARDC qui, lors des opérations militaires de ces dernières contre les « poches de résistance » au processus de paix en Ituri, avait ordonné aux militaires placés sous son commandement de piller les biens de la population civile, d'arrêter cinq personnes, de les obliger à transporter les biens pillés et, arrivés à la destination, de les exécuter sommairement sous prétexte que ces personnes étaient des miliciens arrêtés.

Argumentation

Pour appliquer la responsabilité des supérieurs hiérarchiques au capitaine Bongi, la Cour militaire a estimé que l'article 28 exigeait l'établissement de quatre éléments. Le premier élément concerne le *lien de subordination*. La Cour militaire l'a estimé établi sur la base du « fait pour le prévenu […] d'inclure ses propres gardes du corps dans le peloton de patrouille […] au village Tchekele (…) ». Selon la Cour, « 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 ».

Le deuxième élément est, selon la Cour militaire, la *capacité de prévenir et de sanctionner les crimes et l'abstention de le faire*. La Cour l'a également estimé établi au motif que « le prévenu a une prééminence fonctionnelle, c'est-à-dire la capacité matérielle de prévenir et de sanctionner les violations du droit humanitaire ». La Cour a alors mis en évidence le fait que (i) « à la remise des biens pillés, le prévenu […] au lieu de punir les pillards, au contraire, s'est approprié les biens en déclarant à son épouse et même dans sa plainte que

582 Article 80 du Code judiciaire militaire : « les juridictions militaires sont compétentes pour connaître des infractions commises, depuis l'ouverture des hostilités, par les nationaux ou par les agents au service de l'administration ou des intérêts ennemis, sur le territoire de la République ou dans toute zone d'opération de guerre : – soit à l'encontre d'un national ou d'un protégé congolais ; – soit au préjudice des biens de toutes les personnes visées ci-dessus et de toutes les personnes morales congolaises lorsque ces infractions, même accomplies à l'occasion ou sous le prétexte du temps de guerre, ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de guerre ».

583 Arrêt *Bongi* (RPA 030/06, 4 novembre 2006).

c'était des butins de guerre […] » et (ii) le fait pour l'accusé de « [n'avoir pas] saisi une juridiction compétente ni d'ouvrir une action disciplinaire » contre les pillards alors qu'il avait le contrôle et l'autorité sur eux.

Le troisième élément est tiré de « la connaissance des crimes ou la volonté délibérée de ne pas s'en informer ». La Cour militaire l'a estimé établi parce que, selon elle, « [l'accusé] 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 […] ». Plus loin, citant l'article 28 du Statut de Rome, la Cour militaire a soutenu que « 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 ».

Enfin, le quatrième et dernier critère est « la commission directe par ordre ». La Cour a estimé que cet élément était lui aussi établi en raison du fait que « [l'accusé] a en outre lui-même organisé ce pillage en tenant compte des informations reçues […] qui devaient conduire les patrouilleurs aux adresses déjà identifiées ».

Observations

L'arrêt *Bongi* constitue l'une des toutes premières décisions judiciaires dans lesquelles les tribunaux congolais ont été confrontés à la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques. Il faut à cet égard rappeler que cette forme de responsabilité n'est pas organisée en droit interne congolais pour les crimes de droit commun et que l'arrêt sous examen est antérieur à la décision de confirmation des charges contre l'ancien vice-président congolais Jean-Pierre Bemba Gombo (ci-après, la « Décision *Bemba* »). C'est en effet dans cette décision, qui touchait de près un acteur politique congolais de premier plan, que les critères de la doctrine de la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques ont été précisés par la CPI elle-même. Cela explique sans doute certaines différences d'approches dans l'argumentation de cet arrêt, même si le droit international coutumier[584] et la jurisprudence des deux TPI *ad hoc* et même la doctrine[585] contenaient les éléments qui auraient pu guider la Cour dans l'application de cette forme de responsabilité.

En comparant l'arrêt *Bongi* à la Décision *Bemba* intervenue ultérieurement, il convient de rappeler qu'au paragraphe 407 la Décision *Bemba*, la CPI avait posé cinq conditions pour établir cette forme de responsabilité : « (i) le suspect doit être un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire ; (ii) le suspect doit exercer

584 Les éléments du droit international coutumier auraient par exemple pu être trouvés dans la jurisprudence des tribunaux militaires d'occupation de l'après-guerre, disponible dans les 15 volumes du *Law Reports of Trials of War Criminals* publiés par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre (Voy. *United Nations War Crimes Commission (UNWCC) Trial Reports*, disponible en ligne sur http://www.unwcc.org/documents/ (visité le 16 août 2015)).

585 Voy. notamment Ilias Bantekas, « The Contemporary Law of Superior Responsibility», *AJIL*, vol. 93, 1999, p. 590; et Sonja Boelaert-Suominen, « Prosecuting Superior for Crimes Committed by Subordinates: A Discussion of the First Significant Case Law Since the Second World War», *in Virginia Journal of International Law*, vol. 41, 2001, p. 756. Ces deux articles sont antérieurs à l'arrêt *Bongi*.

un commandement et un contrôle effectifs, ou une autorité et un contrôle effectifs, sur les forces (les subordonnés) qui ont commis un ou plusieurs des crimes recensés aux articles 6 à 8 du Statut ; (iii) les crimes commis par les forces (les subordonnés) résultent du fait que le suspect n'a pas exercé sur celles-ci le contrôle qui convenait ; (iv) le suspect savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir que les forces (les subordonnés) commettaient ou allaient commettre un ou plusieurs des crimes recensés aux articles 6 à 8 du Statut ; et (v) le suspect n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou réprimer l'exécution de ces crimes ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites »[586]. Notons que ces cinq conditions ont été confirmées dans le jugement qui a finalement été rendu dans cette affaire (jugement *Bemba*), et que la Chambre de première instance a toutefois ajouté une sixième condition, à savoir qu'il doit s'agir des crimes relevant de la compétence de la CPI[587].

Le critère du lien de subordination énoncé dans l'arrêt *Bongi* peut correspondre aux deux premiers critères énoncés dans la Décision *Bemba*. Ensuite, le 2e critère de l'arrêt *Bongi* peut correspondre au 5e de la Décision *Bemba* ; tandis que le 3e élément correspond au point (iv). Concernant toutefois le 4e critère de l'arrêt *Bongi* (commission par ordre), l'on constate que non seulement il n'a pas de correspondant dans la Décision *Bemba*, mais aussi qu'il crée une confusion sur le fondement de cette forme de responsabilité. En effet, en invoquant la « commission directe par ordre », la Cour militaire entretient une confusion entre la responsabilité directe de supérieur hiérarchique fondée sur l'ordre de commettre un crime (article 25(3)(b)) et la responsabilité indirecte fondée sur l'omission/abstention à agir. Une telle confusion n'est d'ailleurs pas propre à la Cour puisqu'elle apparaît à plusieurs reprises dans l'étude de l'organisation ASF[588] et même dans le récent jugement *Bemba*[589].

Il est vrai que certaines décisions rendues par les tribunaux d'occupation de l'après-guerre ont pu faire croire que la responsabilité des supérieurs hiérarchiques exige l'établissement d'un ordre. Ainsi, dans l'affaire du *Haut Commandement* où un tribunal

586 CPI (Ch. Prél. II), *Le Procureur c. Jean- Pierre Bemba*, « Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean- Pierre Bemba Gombo », Doc. ICC-01/05-01/08-424- tFRA, 15 juin 2009 (ci-après, la « Décision *Bemba* »), § 407.

587 Jugement *Bemba*, § 170.

588 Voy. ASF, *Étude de jurisprudence : l'application du statut de Rome de la Cour pénale internationale par les juridictions de la république démocratique du Congo*, mars 2009, p. 85. Dans la conclusion sur la question de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans la jurisprudence congolaise, ASF formule les recommandations suivantes : « 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 ? » (c'est nous qui soulignons).

589 Jugement *Bemba*, § 193 : « Relevant factors that may indicate knowledge [that the forces were committing or about to commit such crimes] include any *orders* to commit crimes, or the fact that the accused was informed personally that his forces were involved in criminal activity » (c'est nous qui soulignons).

militaire américain a déclaré qu' « en vertu des principes fondamentaux d'autorité et de responsabilité du commandement, un officier qui reste sans agir alors que ses subordonnés exécutent *un ordre criminel donné par ses supérieurs dont il sait qu'il est criminel* viole une obligation morale de droit international » ; et qu' « en s'abstenant d'agir, il ne peut se soustraire à la responsabilité internationale »[590]. Dans cette affaire toutefois, il ne s'agit pas d'un ordre émanant du supérieur dont la responsabilité est mise en cause, mais de celui de sa hiérarchie. En fait, le supérieur hiérarchique dont la responsabilité est mise en cause dans cette hypothèse se trouve dans une situation intermédiaire entre le donneur de l'ordre criminel, qui est aussi son supérieur, et ceux qui ont exécuté l'ordre criminel, qui sont les subordonnés de celui dont la responsabilité est mise en cause.

De même, dans l'affaire des *Otages*, un autre tribunal militaire américain a déclaré qu'« un commandant de corps d'armée doit être tenu responsable des actes commis par ses subordonnés dans l'exécution de ses ordres et des actes dont il a eu connaissance ou dont il aurait dû avoir connaissance »[591]. Cette décision ne dit toutefois pas que le fondement de la responsabilité indirecte du supérieur hiérarchique réside dans l'ordre criminel donné, mais qu'il doit être recherché dans son omission à prévenir les « actes dont il a eu connaissance ou dont il aurait dû avoir connaissance ». Dans cette décision en effet deux types de fondements de la responsabilité ont été envisagés. Le premier est celui dans lequel le supérieur est tenu responsable « des actes commis par ses subordonnés dans l'exécution de ses *ordres* (…) » ; tandis que le second (dont il est question ici) est celui dans lequel il est tenu responsable « des actes (…) dont il a eu connaissance ou dont il aurait dû avoir connaissance ».

Certes, la responsabilité du supérieur hiérarchique fondée sur l'ordre et celle qui est fondée sur son omission à agir comportent des points communs. En effet, si « l'ordre » implique une relation de subordonné à supérieur à travers laquelle la personne en position d'autorité l'utilise pour convaincre l'autre personne à commettre le crime[592], c'est cette même relation (subordonné/supérieur) qui constitue aussi la première et principale exigence de la responsabilité du supérieur hiérarchique[593]. Toutefois, dans ce dernier cas, même si la qualité de supérieur hiérarchique est le premier critère de son application[594], ce qui est en cause, ce n'est pas l'ordre donné, mais l'*omission à agir*, c'est-à-dire l'abstention

590 Voy. *Law Reports of Trials of War Criminals, op. cit.*, vol. XII, p. 75.

591 Voy. *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10: Nuernberg, October 1946-April 1949* [comptes rendus des procès conduits par les tribunaux militaires américains, publiés en quinze volumes], Washington (DC), U.S. Government Printing Office, 1950, vol. XI, affaire n° 7, p. 1303, cité par la CDI, *ACDI*, p. 26, note 63.

592 Jugement *Akayesu*, § 483.

593 TPIY (Ch. 1re Inst.), *Le Procureur c. Delalić et consorts*, « Jugement », affaire n° IT- 96-21- T, 16 novembre 1998, §§ 348 *et seq.* ; Kai Ambos, « Individual Criminal Responsibility, Article 25 of the Rome Statute », *in* Otto Triffterer (dir.), *op. cit.*, p. 755.

594 Kai Ambos, « Individual Criminal Responsibility… », *op. cit.*, pp. 755-756. « […] Consequently, the first alternative in subparagraph (b) ("[o]rders") complements the command responsibility provision (article 28): in the latter case the superior is liable for an omission, in the case of an order to commit a crime the superior is liable for commission for having "ordered". In conclusion, the first alternative in subparagraph (b) actually belongs to the forms of perpetration provided for in subparagraph (a), being a form of commission "through another person" ».

du supérieur hiérarchique d'empêcher ou de réprimer l'exécution des crimes dès lors qu'il en a eu connaissance[595]. Il faut ici rappeler que l'obligation d'agir (pour empêcher la commission des crimes) imposée aux commandants militaires trouve sa base dans les trois paragraphes de l'article 87 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949. Même si cette disposition relève du droit des conflits armés *internationaux*, le principe qu'il affirme est également valable dans les conflits armés *non internationaux*[596]. Il faut également rappeler que la particularité de la règle posée par l'article 28 (responsabilité des supérieurs hiérarchiques) repose sur la distinction entre la responsabilité du supérieur hiérarchique fondée sur la violation d'une *obligation de faire* et celle qui est fondée sur la violation d'une obligation *de ne pas faire*[597]. La responsabilité des supérieurs hiérarchiques consacrée à l'article 28 rentre ainsi dans la catégorie de leur *obligation de faire*.

Dans l'affaire *Bongi*, il apparaît que l'accusé n'a pas seulement laissé faire ses forces engagées dans une conduite criminelle. Au contraire, c'est lui qui a « ordonné » et même organisé les crimes et en a tiré personnellement profit. Sa responsabilité pénale aurait donc dû être fondée sur l'article 25(3)(b) du Statut de Rome, et même sur l'article 25(3)(a) concernant la responsabilité pénale d'un coauteur indirect, puisque le capitaine Bongi peut être considéré comme ayant commis ces crimes par l'intermédiaire des forces placées sous son commandement dès lors qu'il est établi qu'il a exercé un contrôle étroit sur lesdites forces.

2. Procès de Walikale

Le procès de Walikale portait sur le viol massif des pygmées par les militaires de la 85e brigade des FARDC. Saisi de cet incident, le TMG de Goma avait retenu la responsabilité pénale, en tant que chef militaire, du sous-lieutenant Kalambay qui commandait cette brigade à laquelle était imputé le viol. Le tribunal lui a reproché d'« [avoir] toléré les agissements criminels de ses subordonnés »[598].

Par rapport à ce jugement, le Rapport *Mapping* s'était montré particulièrement élogieux et a déclaré qu'il constituait un « fait important »[599]. Pourtant, le caractère trop lacunaire de l'argumentation du jugement *Walikale* crée un malaise. Le jugement n'a énoncé aucun texte juridique à l'appui de son argumentation ni les critères juridiques de l'application de

595 TPIY (Ch. 1re Inst.), *Le Procureur c. Halilovic*, affaire n° IT- 01-48- T, 16 novembre 2005, § 54 ; sur cette affaire, voy. le commentaire de Herman van der Wilt, *in* André Klip et Göran Sluiter (dir.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, vol. XXVII: The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 2005*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2011, pp. 694-700 ; CEDH [GC], *Kononov c. Lettonie*, requête n° 36376/04, 17 mai 2010, § 211. Cette Cour voit « dans le principe de la responsabilité individuelle des commandants, un mode de responsabilité pénale qui permet de sanctionner un supérieur ayant manqué à son devoir d'exercer son autorité et non un mode de responsabilité reposant sur le fait d'autrui ».

596 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier, volume I : les Règles*, Bruxelles, Genève, Bruylant/CICR, 2006, p. 716.

597 Aurélie de Andrade, « Les supérieurs hiérarchiques », *in* Hervé Ascensio *et al.* (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 201-210.

598 Idem.

599 Rapport *Mapping*, *op. cit.*, p. 416, § 880.

cette forme de responsabilité. Toute l'argumentation se résume en une simple affirmation de la responsabilité du chef hiérarchique qui a toléré les agissements criminels de ses subordonnés.

Pourtant, les faits semblent révéler que l'accusé Kalambay était effectivement un chef militaire *de jure* et que ce tribunal a fait substantiellement application de l'article 28(a) du Statut de Rome. Par ailleurs, les faits de cette affaire rentrent plus facilement dans le cadre de la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques puisque ce qui est en cause c'est l'omission de l'accusé de contrôler ses subordonnés. Nulle part, il n'a été fait mention des actes positifs, tels que les ordres criminels qu'il aurait émis à l'endroit de ses subordonnés. De ce point de vue, même si son argumentation est trop sommaire, le jugement n'est pas trop éloigné de la doctrine des supérieurs hiérarchiques. Ainsi, en retenant la responsabilité de chef militaire de M. Kalambay pour avoir toléré le comportement criminel des militaires mis à sa disposition, le tribunal a, malgré tout, bien dit le droit.

3. Affaire *Lieke-Lesole*

Dans l'affaire *Lieke-Lesole* le TMG de Kisangani a fait application de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques tirée de l'article 28. Pour rappel, cette affaire portait sur les exactions commises dans les localités de Lohumonoko et de Lieke-Lesole en Province orientale par un groupe de cinq individus composé de quatre Maï-Maï et d'un soldat de 2e classe de la 9e région militaire, le sieur Basele Lutula, qui était apparemment le commandant de la bande. Lors du procès de ces cinq individus, certaines de ces exactions ont été qualifiées de crimes contre l'humanité et M. Basele Lutula a finalement été condamné, en tant que supérieur hiérarchique en vertu de l'article 28, des crimes contre l'humanité.

Argumentation

Pour retenir la responsabilité de supérieur hiérarchique à charge de M. Basele, le TMG de Kisangani a commencé par reproduire intégralement l'article 28. Il a ensuite énoncé trois conditions qui, selon lui, doivent être réunies pour engager cette forme de responsabilité. La première condition est « l'existence d'un lien de subordination et de contrôle effectif ». Le tribunal l'explique de la manière suivante : « le lien s'apprécie par rapport d'une part à un supérieur qui commande ou donne des ordres; et d'autre part aux exécutants qui doivent obéir au premier en appliquant ses ordres. Le commandement peut se concevoir dans le cadre d'un État (*de jure*), il en est ainsi des chefs d'états-majors des différentes forces de l'armée, les commandants des troupes en opération, etc. (…) ou soit dans structures militaires non officielles (*de facto*). Il en est ainsi des armées rebelles, des insurgés, des groupes armés. L'article 28 du Statut de Rome fait la distinction entre le commandement de droit et celui de fait lorsqu'il énonce : « *un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire …* » »[600].

600 Jugement *Basele et consorts*.

Appliquant ce cadre juridique à l'affaire soumise à son examen, le tribunal a estimé que cette condition était satisfaite puisqu'il apparaît que M. Basele Lutula émettait les ordres à l'endroit de ses quatre coprévenus et que ces derniers lui obéissaient. Le tribunal a remarqué que : « bien que la défense affirme sans citer leurs noms que ceux qui auraient commis le forfait déclaraient ouvertement ne pas reconnaître le prévenu Basele comme un quelconque chef hiérarchique, il ressort de l'instruction à l'audience que le prévenu Basele reconnaît avoir envoyé les prévenus Kipeleka, Osumaka Loleka, Okanga Likunde et Koti Okoke pour abattre tous les arbres fruitiers dans tout le Secteur de Yawende Loolo au sein duquel se trouve la localité de Lieke Lesole »[601]. Le tribunal a donc établi que « le fait pour le prévenu Basele d'avoir donné l'ordre aux prévenus [précités] d'abattre les arbres et le fait aussi pour ces derniers d'avoir exécuté cet ordre prouvent à suffisance que Basele exerçait un commandement de fait sur les autres et qu'il les contrôlait effectivement ». Sur cette base, le tribunal a conclu que « le prévenu Basele est bel et bien le supérieur hiérarchique [des individus précités], équipe qu'il avait envoyée au moins de juillet 2007 à Lieke Lesole »[602].

La deuxième condition énoncée par le tribunal est « l'élément moral ». Le tribunal a déduit cette condition du fait que l'article 28 exigeait d'établir que « ce chef militaire ou cette personne savait, ou en raison des circonstances, aurait dû savoir que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ». Il a expliqué cette condition en déclarant que l'article 28 « laisse entendre que le supérieur hiérarchique, compte tenu de l'ampleur des crimes commis par ses subordonnés, ne pouvait les ignorer ». Pour démontrer que cette condition était remplie dans l'affaire soumise à son examen, le tribunal s'est contenté de déclarer que « le prévenu Basele, qui se trouvait à 26 km de Lieke-Lesole plus précisément à Lohumonoko au moment où Kipeleka et son équipe violaient les femmes, et non à Kisangani comme l'a confirmé la défense dans sa note de plaidoirie, ne pouvait ignorer ce que ses hommes faisaient d'autant plus qu'il avait un contrôle effectif sur eux »[603].

La troisième condition posée par le tribunal consiste à « démontrer que le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes ». Par rapport à cette condition, la Défense de M. Basele avait apparemment soutenu que « [ce dernier] ne se trouvait ni devant une armée organisée, moins encore dans une rébellion [et que] seul l'État est susceptible de pouvoir punir les comportements incriminés aux prévenus, mais également de les prévenir ». Le tribunal a toutefois rejeté cet argument, en constatant le caractère insuffisant des mesures prises par M. Basele face au comportement criminel dont il avait connaissance de la part de ses hommes. Il a en effet retenu à charge de M. Basele le fait pour lui, qui avait pourtant le contrôle effectif de ces individus et avait connaissance du comportement criminel de ses hommes, de s'être limité à leur arracher les armes qu'il avait mises à leur disposition, au lieu de prendre des mesures nécessaires et

601 *Idem*.
602 *Idem*.
603 *Idem*.

raisonnables pour les empêcher de commettre ces crimes ou pour les punir ou encore pour les faire punir par l'autorité compétente[604].

Observations

Ainsi résumé, le jugement *Lieke-Lesole* appelle quelques observations. Premièrement, il s'agit ici encore d'un jugement rendu par un tribunal congolais bien avant la Décision *Bemba*. Ainsi, pour les mêmes raisons que celles qui ont déjà été invoquées dans l'arrêt *Bongi*, l'argumentation du tribunal peut présenter quelques points de divergence par rapport à celle de la Décision *Bemba*. Par rapport à l'application de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques à l'affaire sous examen, l'on peut relever d'abord la confusion sur le fondement de cette responsabilité. Le jugement semble exiger l'existence des ordres et semble aussi considérer que ceux-ci constituaient un fondement de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques alors que ce qu'il faut établir c'est l'omission à agir lorsqu'il existe un devoir d'intervenir. Ensuite, l'application de cette forme de responsabilité suppose l'existence d'un groupe armé *organisé* et *hiérarchisé*. Appliquer cette forme de responsabilité à un petit groupe de personnes ou à une bande de quatre à cinq personnes se révèle fort douteux.

Par rapport à la responsabilité pénale de Basele Lutula, le tribunal aurait dû envisager sa responsabilité pénale sur la base des *ordres* criminels émis par lui, puisqu'il apparaît qu'il a *ordonné* à ses hommes d'abattre les arbres fruitiers et d'imposer des travaux soi-disant d'intérêt général aux habitants de cette localité. Cependant, même dans cette hypothèse, cette responsabilité fondée sur l'ordre ne serait pas valable pour les viols, car l'intéressé n'a pas ordonné ces viols. Par rapport au viol, la responsabilité pénale de M. Basele peut cependant être fondée sous l'angle de l'alinéa d) de l'article 25(3) du Statut de Rome, dans le cadre de la formé élargie de la participation à une entreprise criminelle commune comme on l'a vu dans l'affaire *Morgan*. En effet, même s'il n'y a pas de preuve que c'est M. Basele qui a ordonné les viols, l'on peut soutenir qu'il aurait dû savoir que ces actes surviendraient dans le cours normal de l'exécution de ses ordres et du fait qu'il a « contribué de toute autre manière à la commission » des crimes par un groupe de personnes agissant en concert. Sur cette même base, l'on peut par ailleurs lui reprocher sa participation à une entreprise criminelle commune. C'est après tout lui qui a armé ces individus et en s'associant à eux, il était censé savoir leur tempérament avant de leur remettre des armes à feu. Dans cette optique, on n'est plus dans le champ de l'article 28, mais dans celui de l'article 25(3)(d) du Statut de Rome. En définitive, l'application de l'article 28 du Statut de Rome dans cette affaire est mal appropriée.

604 *Idem*. Selon le tribunal, « le prévenu Basele étant supérieur hiérarchique et ayant le contrôle effectif de ses hommes, faisait fonction de chef militaire et pouvait empêcher la commission de ces viols massifs ou [...] réprimer leur exécution. Ne s'étant limité qu'à envoyer son frère connu sous le pseudonyme « Avance » récupérer les deux armes de guerre que détenaient ses hommes lorsqu'il a eu connaissance de viols massifs commis par eux. Cela prouve à suffisance qu'il n'avait pas l'intention d'empêcher, soit de réprimer ces crimes soit enfin d'informer les autorités compétentes. En conséquence, le crime contre l'humanité au sens de l'article 7 paragraphe 1 point g, est retenu dans le chef du prévenu Basele Lutula en application de l'article 28 du Statut de Rome ».

4. Affaire *Kakado*

Argumentation

Dans l'affaire *Kakado*, le TMG de l'Ituri avait reconnu l'accusé coupable des crimes de guerre, en tant que supérieur hiérarchique non militaire de la FRPI en application de l'article 28(b) du Statut de Rome. Il n'est pas facile de schématiser l'argumentation ayant présidé à l'application de cette forme de responsabilité par ce tribunal. Toutefois, deux éléments principaux ressortent du jugement. Le premier est lié au fait que M. Kakado était quelqu'un de tellement important et d'incontournable dans la communauté lendu qu'il était associé à la prise de grandes décisions au sein de cette communauté, y compris celles qui touchaient à l'activité de la branche armée de cette communauté, à savoir la FRPI. Il était ainsi considéré comme un chef spirituel et même comme le messie du peuple lendu. C'est pour cela qu'il lui était généralement réservé une place de choix lors des grands meetings des responsables politiques et militaires de cette communauté et qu'il lui arrivait lui-même de tenir ces meetings. Le tribunal a également relevé le fait que M. Kakado était considéré comme une « haute autorité morale et chef spirituel suprême » et même comme le « messie du peuple Lendu » et que cette qualité faisait de lui « de droit, commandant en chef des FRPI »[605].

Le second élément pris en compte par le tribunal est la capacité de M. Kakado à empêcher les offensives de la FRPI. Le tribunal a tiré cette capacité du fait qu'avant toutes les opérations militaires, M. Kakado était souvent appelé à donner sa bénédiction sans laquelle les combattants ne pouvaient jamais s'engager dans les hostilités. Il l'a aussi tirée du fait qu'il est arrivé une fois en 2003 à M. Kakado, après les attaques de Nyankunde et Musedzo, d'ordonner la cessation des attaques de la FRPI contre les membres de la communauté Bira en menaçant de malédiction et de mort tout contrevenant et que cet ordre a été respecté puisqu'il « [s'en était] effectivement suivi la fin immédiate des hostilités et les tueries des combattants du FRPI contre les Bira […] »[606]. C'est essentiellement sur la base de ces éléments ainsi schématisés que le TMG de l'Ituri a tenu M. Kakado pour responsable en tant que supérieur hiérarchique non militaire (article 28(b)) des crimes commis par les combattants de la FRPI. Rappelons que, dans la suite, M. Kakado est mort en prison, âgé de près de 88 ans après avoir fait appel de ce jugement.

Observations

Deux observations principales peuvent être soulevées par rapport au jugement *Kakado*. La première se rapporte au statut réel de Kakado au regard de l'article 28 et la seconde, à l'existence d'un véritable contrôle effectif.

Kakado : chef militaire ou supérieur hiérarchique non militaire ?

Le jugement sous examen soutient que la qualité d'autorité morale de la communauté

605 Jugement *Kakado*.
606 *Idem*, § 24.

lendu dont jouissait M. Kakado faisait de lui de droit un « chef militaire ». Pourtant, la disposition invoquée par le même tribunal est l'article 28(b) destiné aux supérieurs hiérarchiques *non militaires*. Il apparaît ainsi que le jugement est très ambigu sur le statut réel de Kakado. Pourtant, la détermination de ce statut est nécessaire pour identifier le type de connaissance requise pour engager la responsabilité pénale de l'accusé. En effet, s'il était chef militaire ou une personne faisant effectivement office de chef militaire (article 28(a)), l'on s'attendrait à ce que le tribunal démontrât qu'il « savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes » ; tandis que s'il était considéré comme un supérieur hiérarchique *non militaire* (article 28(b)), l'on s'attendrait à ce que le tribunal démontrât (i) qu'il « savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement » ; et (ii) que « ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ». Dans le jugement *Kakado*, cela impliquait que le tribunal (i) déterminât la fonction précise ou les attributions non militaires de l'accusé au sein de la structure de la FRPI ; et (ii) démontrât en quoi « ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ». Aucune de ces exigences n'ayant été établie, l'on peut douter de la pertinence de l'application de cette forme de responsabilité à l'encontre de M. Kakado.

Contrôle effectif ou un simple pouvoir d'influence ?

Quant à l'existence d'un contrôle effectif, l'on observe que, pour le tribunal, M. Kakado était un chef spirituel qui accordait sa bénédiction aux combattants et pouvait les empêcher de commettre des crimes par le simple fait de leur refuser cette bénédiction ou de les menacer de malédiction. Mais, cela relève-t-il d'un contrôle effectif ? Ne s'agit-il pas d'un simple pouvoir d'influence ? Le jugement semble d'ailleurs épouser la thèse d'un pouvoir d'influence lorsqu'il reconnaît que l'accusé était considéré comme une « haute autorité morale et chef spirituel », voire un « messie » du peuple lendu. Pourtant, par rapport au pouvoir d'influence, la jurisprudence internationale[607], par ailleurs rappelée dans la Décision *Bemba* à laquelle le jugement du TMG a fait expressément référence, opère clairement la distinction entre le « contrôle effectif » et le « pouvoir d'influence ». Elle ne retient la responsabilité du supérieur hiérarchique (militaire ou non) que lorsqu'il est établi que l'accusé exerçait un véritable « contrôle effectif » sur les subordonnés qui ont commis

607 TPIY, *Le Procureur c. Delić*, « Jugement », affaire n° IT-04-83-T, 15 septembre 2008, § 60 ; TPIY, *Le Procureur c. Kvočka et consorts,* « Arrêt », affaire n° IT-98-30/1-A, 28 février 2005, § 144 ; TPIY, *Le Procureur c. Kordić et Čerkez*, « Jugement », affaire n° IT-95-14/2-T, 26 février 2001, §§ 412 et 413 ; TPIY, *Le Procureur c. Hadžihasanović et Kubura*, « Jugement », affaire n° IT-01-47-T, 15 mars 2006, §§ 80 et 795.

des crimes[608]. Sur ce point, le tribunal aurait dû éviter une argumentation équivoque et démontrer que l'accusé n'avait pas que le pouvoir d'influence, mais qu'il avait un vrai contrôle effectif sur les forces qui ont commis les crimes. Il faut ici insister sur le fait que l'omission criminelle dont il s'agit à l'article 28 n'est pas celle qui consiste à s'abstenir d'user de son « pouvoir d'influence » pour empêcher les crimes, mais celle de s'abstenir d'exercer son « contrôle effectif » sur les forces directement responsables des crimes.

L'ambiguïté des réponses aux questions ainsi posées n'implique pas pour autant que M. Kakado était innocent des crimes mis à sa charge. Le tribunal aurait simplement dû envisager la responsabilité pénale de l'intéressé sous l'angle de sa complicité avec les auteurs directs des crimes. La complicité dont il est question ici n'est pas celle du droit interne congolais qui punit le complice de la moitié de la peine qu'il aurait encourue s'il avait été reconnu auteur (article 23(2) du Code pénal ordinaire). Il s'agit plutôt de la complicité dans le sens du droit international qui ne comporte aucune incidence sur le taux de la peine encourue. À beaucoup d'égards, il apparaît que M. Kakado a « aidé et encouragé » les combattants de la FRPI à commettre les attaques contre la population civile en usant de son influence et de son statut de chef spirituel. L'aide et l'encouragement à la commission de ces crimes étaient donc des bases solides pour asseoir la responsabilité pénale de M. Kakado (article 25(3)(b) ou (c) du Statut de Rome). Cette responsabilité pénale aurait également pu être envisagée sur la base du fait qu'il a contribué « de tout autre moyen à la commission de ces crimes dès lors qu'il s'agissait d'un « groupe de personnes agissant de concert » et que « cette contribution [était] intentionnelle » (article 25(3)(d)). Finalement, ici encore, c'est à tort que le TMG a appliqué la doctrine de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques non militaires.

5. Affaire *Kibibi et consorts*

L'affaire *Kibibi et consorts* a offert aux juridictions militaires de Bukavu l'occasion de se prononcer sur l'application de la doctrine de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques tirée de l'article 28 du Statut de Rome. En effet, la Cour militaire de Bukavu avait reconnu le colonel Daniel Kibibi pénalement responsable, en tant que chef militaire, des crimes contre l'humanité commis à Fizi en représailles de la mort de leur compagnon d'armes lynché par la population de cette localité[609].

608 Décision *Bemba*, § 415 : « Dans le contexte de l'article 28-a du Statut [de Rome], le "contrôle effectif" dénote également la capacité matérielle d'empêcher ou de réprimer l'exécution des crimes ou d'en référer aux autorités compétentes. À cette fin, cette notion ne semble pas admettre la possibilité d'une norme de contrôle moins exigeante, telle que la simple capacité d'exercer une influence sur des forces ou des subordonnés, fût-elle appréciable. Comme l'a indiqué la chambre de première instance du TPIY saisie de l'affaire *Hadžihasanović* : "Étant donné que la responsabilité du supérieur hiérarchique est fondée sur son pouvoir de contrôler les agissements de ses subordonnés, un supérieur ne peut être tenu pour pénalement responsable que s'il détenait les pouvoirs nécessaires à cet égard, autrement dit, s'il exerçait un contrôle effectif sur ses subordonnés. L'exercice d'un simple pouvoir d'influence sur les subordonnés ne saurait suffire" » (références omises).

609 Arrêt *Kibibi et consorts* (21 février 2011).

Pour appliquer la responsabilité de chef militaire au colonel Kibibi, la Cour militaire a commencé par relever que l'accusé avait rappelé une prétendue coutume héritée des anciennes Forces armées Zaïroises (ex-FAZ) de l'époque du président Mobutu. Selon cette « coutume », la mort d'un militaire par des civils était vengée par la mise à mort de toute personne trouvée dans un rayon de 50 m^2 du lieu où le militaire a été tué. La Cour a observé que ce rappel était fait dans le contexte des événements dramatiques ayant entraîné la mort du militaire lynché par la population de Fizi et « devant des compagnons d'armes irrités […] que [l'accusé] reconna[issait] comme des militaires indisciplinés, sans instruction »[610]. Elle en a conclu que l'invocation de cette prétendue coutume, dans un tel contexte, « ne pouvait qu'être perçue comme une invite, une harangue à la vengeance »[611].

La Cour a ensuite déclaré que la responsabilité des supérieurs hiérarchiques exige la réunion des quatre conditions suivantes : (i) l'accusé doit être un chef militaire ; (ii) il doit exercer un commandement et un contrôle effectif sur ses forces (ou ses subordonnés) ; (iii) il savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir que les forces commettaient ou allaient commettre un ou plusieurs crimes recensés aux articles 6 à 8 du Statut de Rome ; (iv) il n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou réprimer l'exécution des crimes allégués ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête ou de poursuites[612].

Appliquant ces quatre éléments au colonel Kibibi, la Cour militaire a observé que « [M. Kibibi] exerçait les fonctions de commandant du 43e Secteur » ; qu'« il avait le contrôle effectif de ses troupes, ce qu'il reconnaît du reste » ; qu'« il savait pertinemment bien que des crimes de masse allaient ou étaient en train de se perpétrer puisque [*c'était*] *lui qui avait donné l'ordre* » ; et enfin, qu'« il n'a rien fait pour les empêcher ou les réprimer puisque, comme il reconnaît également, il [était] allé tranquillement se reposer chez le lieutenant-colonel Wilondja avant de regagner tout bonnement son domicile »[613]. Sur cette base, la Cour militaire a tenu le colonel Kibibi pénalement responsable en tant que chef militaire des crimes contre l'humanité commis par les éléments placés sous son commandement.

En déclarant que l'accusé « savait pertinemment bien que des crimes de masse allaient ou étaient en train de se perpétrer puisque c'est lui qui avait donné l'ordre », la Cour n'a, en fait, pas démontré que l'accusé avait connaissance du comportement criminel de ses hommes. Mais surtout, cette méthode renforce la confusion déjà relevée sur le fondement de la responsabilité du supérieur hiérarchique. L'arrêt considère implicitement que cette forme de responsabilité exige l'existence d'un ordre criminel alors que c'est l'omission d'agir qui doit être établie. Par ailleurs, dès lors que les crimes ont été commis sur l'*ordre* de l'accusé, le manquement au devoir d'en empêcher la commission n'est qu'une conséquence logique de l'ordre donné. En effet, il est illusoire d'attendre d'un individu qui a ordonné les crimes d'en empêcher l'exécution. L'application de cette forme de responsabilité dans l'affaire *Kibibi et*

610 *Idem*, p. 17.
611 *Idem*.
612 *Idem*, p. 24.
613 *Idem*.

consorts se révèle finalement peu convaincante. Ce qui était en cause, c'était manifestement l'ordre ou tout au moins l'incitation ou l'encouragement à commettre les actes criminels. Ici encore, la Cour aurait dû rechercher la base juridique de la responsabilité pénale du colonel Daniel Kibibi non pas dans la doctrine de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques consacrée et codifiée à l'article 28 du Statut de Rome, mais dans l'article 25(3)(b) à (d).

6. Arrêt *Balumisa et consorts*

Dans l'affaire *Balumisa et consorts*, la Cour militaire de Bukavu avait reproché au lieutenant-colonel Manassé Balumisa et au major Elya Mungemba « leur passivité » et le fait pour eux de s'être « comportés en spectateurs approbateurs et [d'avoir], par cette attitude, apporté un encouragement ou un soutien moral aux pillards et aux violeurs alors qu'ils étaient sur les lieux du crime ou, tout au moins, à proximité de ceux-ci »[614]. Dans cette même affaire, la Cour a également retenu à charge des accusés précités leur responsabilité de supérieur hiérarchique en vertu de l'article 28 du Statut de Rome. Selon la Cour militaire en effet, « outre cette responsabilité individuelle, les prévenus Balumisa et Elya engagent leur responsabilité pénale pour les actes de leurs subordonnées, en tant que chefs militaires, le premier comme commandant de bataillon et le deuxième comme celui qui était mobile, opérationnel sur terrain pendant que son chef se trouvait à l'état-major »[615].

Argumentation

Pour justifier l'application de l'article 28, la Cour s'est inspirée de la Décision *Bemba* et a déclaré que cette forme de responsabilité exige la réunion de quatre critères essentiels que sont : (i) l'accusé doit être un chef militaire ; (ii) il doit exercer un commandement et un contrôle effectifs ou une autorité et un contrôle effectifs sur ses forces (ou ses subordonnés) ; (iii) il savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir que ces forces commettaient ou allaient commettre un ou plusieurs des crimes recensés aux articles 6 à 8 du Statut ; et (iv) il 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 ». Relevons d'ores et déjà que l'arrêt sous examen a omis une cinquième condition, pourtant contenue au paragraphe 407(c) de la Décision Bemba, qui est celle du lien de causalité entre l'omission d'agir et la survenance des crimes : les crimes commis par les forces ou les subordonnés résultent du fait que le suspect n'a pas exercé sur celles-ci le contrôle qui convenait ».

Appliquant ces quatre éléments à l'affaire soumise à son examen, la Cour a noté que « dans le cas d'espèce (…) le prévenu Balumisa était le commandant du bataillon de Katasomwa » ; qu' « [il] a reconnu lui-même qu'il avait le commandement et le contrôle effectifs tandis que le prévenu Elya Mungemba était (…) présent sur terrain et (…) exerçait un contrôle direct sur les hommes ». Pour démontrer cette allégation, la Cour a mentionné

614 Arrêt *Balumisa et consorts*, p. 27.
615 *Idem*, p. 27-28.

le fait que le prévenu Balumisa « prétend lui-même qu'il avait réussi à faire taire les armes, à placer les éléments pour garder la dépouille de « Le Blanc » et à récupérer le major Safari Kateyateya des mains de ceux qui voulaient le lyncher ». La Cour a ensuite fustigé le fait, pour ces deux responsables militaires, alors qu'ils savaient que leurs éléments se livraient aux pillages, d'avoir abandonné leurs positions et d'avoir laissé ces éléments se livrer à des violences collectives sur la population civile qui avait quitté la localité et errait en brousse, de n'avoir rien fait pendant plus de deux jours. Selon la Cour, « la moindre des choses aurait été de rassembler tous les hommes après avoir convoqué et instruit leurs commandants de compagnies, de les consigner, d'organiser des patrouilles avec une unité [de police militaire] pour décourager les récalcitrants et, si la situation ne changeait pas, d'en référer à la brigade pour une intervention énergique de la hiérarchie ». Cependant, s'est indignée la Cour, « rien de tout cela n'a été fait. Le commandant de bataillon est resté dans son état-major, prétextant qu'il ne pouvait pas marcher et son adjoint a prétendu qu'il était en insécurité à cause des menaces des militaires déchaînés ». La Cour a considéré « toutes ces justifications (…) comme des échappatoires » et les a rejetées puisque, selon elle, « les mesures énoncées ci-devant pouvaient bien être prises par les intéressés sans nuire à leur santé ou à leur sécurité »[616]. Sur cette base, la Cour a estimé que les critères de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques étaient réunis et a ainsi retenu à charge des prévenus précités leur responsabilité de supérieurs hiérarchiques en application de l'article 28.

Observations

L'arrêt *Balumisa et consorts* marque une évolution importante dans la jurisprudence congolaise de l'article 28 du Statut de Rome. Il offre une argumentation globalement solide de la doctrine de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques, argumentation par ailleurs soutenue par des références à la jurisprudence de la CPI (Décision *Bemba*). Contrairement aux précédentes décisions judiciaires analysées, l'arrêt *Balumisa et consorts* n'entretient plus la confusion sur le fondement de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques. On voit clairement que ce qui est en cause, ce n'est pas l'ordre criminel émis par les chefs militaires, mais plutôt leur « passivité » face au comportement criminel de leurs subordonnés. Par ailleurs, l'arrêt n'adopte pas une approche abstraite des obligations des chefs militaires confrontés à la conduite criminelle de leurs subordonnés. Bien au contraire, et dans une démarche pédagogique, il explique clairement ce qu'on attend d'un chef militaire : on ne lui demande pas de prendre des mesures qui le mettraient en danger ni d'adopter un comportement héroïque. La Cour cite des mesures qu'un chef militaire était censé prendre. Après avoir cité ces mesures, la Cour précise qu'elles pouvaient être prises « sans nuire à leur santé [ni] à leur sécurité », adoptant par là une approche réaliste des obligations des chefs militaires. C'est en substance, ce que recouvre le caractère « raisonnable » des mesures exigées au chef militaire face à la conduite criminelle de ses subordonnés. Sur ce

616 *Idem*, p. 28.

point, l'argumentation tenue dans cet arrêt mérite d'être suivie par les autres juridictions congolaises qui seraient confrontées à des cas similaires.

L'arrêt *Balumisa* s'écarte toutefois de la jurisprudence de la CPI dans un aspect important. En effet, il combine la responsabilité des supérieurs hiérarchiques à celle des « spectateurs-approbateurs ». Il faut rappeler que l'arrêt a reproché à ces deux individus leur « passivité » et a soutenu qu'ils « ont, par cette attitude, apporté un encouragement et un soutien moral aux pillards et aux violeurs alors qu'ils étaient sur les lieux du crime ou, tout au moins, à proximité de ceux-ci »[617]. En combinant ces deux types de responsabilités dans le chef des mêmes individus, l'arrêt *Balumisa et consorts* a donc écarté l'un des principes énoncés dans la Décision *Bemba*, à savoir, le non-cumul de ces deux formes de responsabilité.

En effet, la Chambre préliminaire de la CPI « [a souligné] d'emblée qu'il ne serait nécessaire d'examiner la question de l'éventuelle responsabilité pénale de Jean-Pierre Bemba au sens de l'article 28 du Statut que s'il était conclu à l'absence de motifs substantiels de croire que le suspect est, comme le soutient le Procureur, pénalement responsable en tant que « coauteur », au sens de l'article 25-3-a du Statut, des crimes qui lui sont reprochés dans le Document modifié de notification des charges »[618].

L'application de ce principe énoncé dans la Décision *Bemba* aurait poussé la Cour militaire à choisir laquelle de ces deux formes de responsabilité pénale convenait le mieux au rôle joué par les deux accusés au lieu de leur imputer les deux formes en même temps – ce qui a abouti à une certaine incohérence. En effet, la Cour leur a reproché d'avoir été des spectateurs-approbateurs, alors qu'apparemment ils n'étaient pas présents sur les lieux du crime. Pour éviter une telle incohérence, la Cour aurait dû se limiter à mettre en avant la passivité de ces deux accusés pour asseoir leur responsabilité pénale de chef militaire. Cela correspond d'ailleurs avec l'analyse précédemment faite sur l'élément politique des crimes contre l'humanité. L'on a en effet conclu que cet élément était établi puisque, ayant appris ce qui venait de se passer (le meurtre du soldat « Le Blanc » et les actes de représailles dans lesquels les militaires s'étaient lancés), ces deux accusés ont choisi de laisser faire, comme s'ils endossaient implicitement cette politique consistant à s'en prendre aux civils.

7. Procès de Minova

Dans le procès de Minova, la Cour militaire opérationnelle de Goma avait abordé la question de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques à charge de près des 14 officiers poursuivis pour les viols massifs imputés aux FARDC à Minova lorsque ces dernières s'étaient repliées dans cette localité, fuyant l'avancée des rebelles du M23 en novembre 2012.

617 *Idem*, p. 27.
618 Décision *Bemba*, § 342.

Argumentation

Pour établir cette responsabilité, la Cour militaire s'est inspirée du paragraphe 407 de la Décision *Bemba* pour énoncer les cinq conditions de cette responsabilité[619].

Appliquant ces critères à l'affaire soumise à son examen, la Cour a constaté que « dans le cas d'espèce (…) tous les prévenus poursuivis pour leur responsabilité en tant que chefs militaires ont cette qualité *de jure*, c'est-à-dire qu'il s'agit de personnes officiellement nommées pour exercer les fonctions de commandant militaire. Ce sont en effet des commandants de bataillon et des commandants de compagnie »[620].

Par rapport à l'exercice d'un commandement et d'un contrôle effectifs ou d'une autorité et d'un contrôle effectifs sur les subordonnés, la Cour a tenté d'interpréter cette expression au regard de la Décision *Bemba* et de la jurisprudence des deux TPI *ad hoc*. À l'issue de cet exercice, dont l'exactitude reste encore à vérifier, elle a soutenu que « les prévenus Nzale Nkumu Ngando et Wasinga Ntore Jean-Marie n'exerçaient plus de contrôle effectif sur les éléments qui ont commis des infractions à Minova et ses environs parce qu'ils n'étaient plus en fonction, n'avaient plus la capacité de donner des ordres ou d'en contrôler l'exécution et n'avaient plus le pouvoir de sanctionner » ; et que « le contrôle avait été transmis à leurs remplaçants depuis leur limogeage à Mubambiro le 19 novembre 2012 ». La Cour a également estimé qu' « il en [était] de même pour le prévenu Nzambe Kwande Romain qui n'était pas le commandant des forces ou des éléments ayant commis les exactions à Minova » puisqu' « il ne faisait pas partie de leur chaîne de commandement » et que « ces militaires relevaient du commandement d'autres commandants de bataillons comme lui »[621]. La Cour a donc estimé que 3 accusés n'avaient pas ou plus le contrôle effectif des forces.

Quant à « la preuve que le crime commis par les subordonnés résulte du fait que le chef n'a pas exercé sur ceux-ci le contrôle qui convenait », autrement dit la preuve du lien de causalité entre l'omission et la commission des crimes, la Cour s'est inspirée apparemment de certains extraits du jugement *Hadžihasanović et Kubura* du TPIY et a commencé par expliquer que « [l'expression] "exercer le contrôle qui convenait" veut dire prendre des mesures spécifiques pour prévenir ou empêcher, pour réprimer ou pour en référer aux autorités compétentes » et que « l'omission de prendre ces mesures doit avoir eu pour résultat la commission de ces crimes ou dans le cas de l'omission d'en référer, la commission de nouveaux crimes »[622].

Appliquant ce critère à l'incident de Minova, la Cour a d'abord déclaré que « dans le cas d'espèce, s'agissant des prévenus commandant les 41e et 391e bataillons commando ainsi que leurs commandants de compagnies, ils reconnaissent presque tous que des crimes étaient en train de se commettre dans Minova, soit parce qu'ils étaient dans la localité (cas des officiers du 391e bataillon) soit que des rumeurs leur étaient parvenues (cas des

619 Arrêt *Minova*, p. 80.
620 *Idem*.
621 *Idem*, p. 82.
622 *Idem*.

officiers du 41e bataillon se trouvant à Bulenga) ». Elle a ensuite déclaré qu' « il ressort de l'instruction faite devant [elle] et des pièces produites, notamment les journaux de campagne et les listes des personnes arrêtées et transférées à la justice militaire, que les différents commandants avaient procédé à des appels et contre-appels de leurs hommes pour identifier ceux qui étaient manquants » ; qu' « ensuite la mission de patrouiller dans la localité pour mettre la main sur les auteurs des exactions qui se commettaient avait été confiée à l'unité de la Police militaire de la 8e région militaire renforcée par des éléments de la Garde républicaine »[623].

L'argument ainsi invoqué semble renvoyer aux *mesures nécessaires et raisonnables* que les suspects étaient tenus de prendre face au comportement criminel de leurs forces et non à celle du lien de causalité entre l'omission d'agir et la survenance des crimes. La Cour a d'ailleurs précisé que « dans les circonstances qui prévalaient en ce moment-là, les prévenus ne pouvaient prendre le risque de laisser leurs hommes seuls ou les envoyer à la recherche des indisciplinés parce que cela n'aurait fait qu'envenimer la situation ». Elle a, en plus, noté qu' « il y avait à Minova plusieurs centaines de militaires de différentes unités de la 8e région militaire incontrôlés et sur lesquels les prévenus n'avaient pas la mainmise » ; et que « les éléments manquants avaient été par la suite appréhendés et les prévenus n'avaient fait que respecter les instructions de leur hiérarchie au niveau de la région militaire en les mettant à la disposition de la justice ». En conséquence, « rien ne permet donc de dire qu'ils avaient manqué à leur devoir de sanctionner ou d'en référer aux autorités » ; et, selon la Cour, « c'est d'ailleurs grâce à eux que des militaires ont été retrouvés et déférés devant cette Cour »[624]. Sur cette base, la Cour militaire a conclu que « la responsabilité des chefs militaires [n'était] pas établie dans le chef des [12] prévenus » poursuivis devant elle[625].

Observations

Deux points positifs

L'arrêt *Minova* comporte au moins deux points positifs qui méritent d'être mentionnés. Le premier tient à la méthode d'approche de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques. Sous réserve de ce que l'on relèvera un peu plus loin, cette méthode est globalement convaincante d'autant plus que l'arrêt s'inspire à juste titre des cinq critères de cette forme de responsabilité tels qu'ils ont été énoncés dans la Décision *Bemba* et les analyse les uns après les autres en les confrontant successivement aux faits soumis à son examen. Certes, la première impression que l'on peut avoir en lisant l'arrêt est que la Cour, après avoir énoncé cinq critères, n'en a finalement traité que trois (le statut de chef militaire, l'existence d'un commandement et d'un contrôle effectif et les mesures nécessaires et raisonnables devant être prises par le chef militaire) et a omis les deux autres (la connaissance du comportement

623 *Idem*.

624 *Idem*, p. 82-83.

625 Les 12 prévenus en question sont les suivants : Nzale Nkumu Ngando, Wasinga Ntore Jean-Marie, Nzambe Kwande Romain, Usuna Kitambi Rocky, Kangwanda Swana Patrick, Bolampulu Jean-Marie, Ndjate Kusombo, Kilonda Pemba, Nzemo Réné, Kapende Mayimbi, Kasereka Kambale et Solo Mateso.

criminel et le lien de causalité entre l'omission du chef militaire et le comportement criminel des subordonnés). Cependant, en examinant de plus près l'arrêt, on constate que les cinq critères ont été traités d'une manière ou d'une autre.

Le deuxième point positif est l'absence de confusion sur le fondement de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques. Il apparaît clairement que ce qui est en cause dans cet arrêt ce n'est pas *l'ordre ou l'incitation* à commettre des crimes qui serait reproché aux chefs militaires, mais leur omission à agir dès lors qu'ils avaient, ou auraient dû avoir, la connaissance du comportement criminel des éléments mis à leur disposition. Sur ces deux points, l'arrêt *Minova* s'inscrit dans la continuité de l'arrêt *Balumisa et consorts* précédemment analysé.

Quatre faiblesses

Primo, sur un point de vue méthodologique, il apparaît que l'arrêt se lance dans l'examen de la responsabilité pénale des chefs militaires sans avoir préalablement établi le comportement criminel des subordonnés. Cette démarche a d'autant plus de limites que tout en admettant que le comportement criminel des FARDC à Minova fût connu de tous ces officiers, l'arrêt a néanmoins conclu à l'insuffisance des preuves attestant les viols. Comment peut-on par exemple expliquer que les supérieurs hiérarchiques avaient la connaissance des crimes qui n'ont finalement pas été établis par la Cour ? Pourtant, avant de remonter à l'éventuelle responsabilité des chefs militaires, il faut d'abord établir (i) que les crimes en question ont effectivement été commis et (ii) que ces crimes ont été commis, non pas par des inconnus, mais par les subordonnés de l'accusé. Dans l'arrêt *Naser Orić*, la Chambre d'appel du TPIY avait insisté sur le fait que le fait de savoir que des crimes ont été commis ne répond pas à la question de savoir qui exactement les a commis[626].

Secundo, sur la question de savoir si les militaires poursuivis en raison de leur responsabilité de supérieurs hiérarchiques avaient le commandement et le contrôle effectif sur les militaires qui ont perpétré les crimes à Minova, l'arrêt n'a traité que le cas de 3 officiers alors qu'ils étaient près de 14 au total. Le sort des 11 officiers restants n'a donc pas été abordé.

Par ailleurs, la facilité avec laquelle la Cour a mis hors cause les trois militaires précités pousse à s'interroger sur la qualité des enquêtes menées par le ministère public et le choix des individus à poursuivre. Pourquoi ces personnes ont-elles été poursuivies ? Était-ce pour détourner l'attention de l'opinion publique tant nationale qu'internationale sur les vrais responsables de ces crimes qui auraient dû être poursuivis ? Telle est en tout cas la question qui mérite d'être posée au regard du fait que (i) la Cour n'a cité aucun motif ayant poussé le ministère public à poursuivre ces individus et (ii) la quasi-totalité des avocats des victimes interrogés sur place ont affirmé que les individus qui avaient été cités par la

626 TPIY (Ch. Appel), *Le Procureur c. Naser Orić*, « arrêt », affaire n° IT-03-68-A, 3 juillet 2008, § 59 : «The Appeals Chamber stresses that knowledge of a crime and knowledge of a person's criminal conduct are, in law and in fact, distinct matters. (…) the latter may, depending on the circumstances, be inferred from the former (…) »; voy. aussi le §174 de ce même arrêt : « (…) the Appeals Chamber considers that the Prosecution fails to substantiate its assertion that, in the present case, knowledge of the crimes and knowledge of subordinate's criminal conduct were 'one and the same'».

plupart des victimes comme étant les auteurs de ces exactions relevaient plutôt de la Garde républicaine à telle enseigne que les victimes ont été surprises de voir comparaître à la barre des personnes qui n'avaient rien à voir avec les incidents de Minova. Si les propos des victimes sont vrais, l'on peut craindre que le procès de Minova soit l'illustration des procédures auxquelles fait allusion l'article 17(2)(a) du Statut de Rome et qui traduisent le manque de volonté d'un État à poursuivre effectivement les responsables des crimes[627]. Une récente étude de l'organisation Human Rights Watch sur le procès de Minova soutient d'ailleurs que « les poursuites engagées contre ces deux commandants ont été interprétées par beaucoup comme une tentative visant à faire d'eux les boucs émissaires des crimes de Minova suite à leur mauvaise performance lors des opérations militaires »[628].

Tertio, sur la question de la *connaissance* du comportement criminel des subordonnés (élément moral), la Cour a constaté que ces derniers savaient que des crimes se *commettaient ou qu'ils avaient été commis*. L'on a déjà relevé que la Cour n'a pas précisé la nature exacte de l'objet de cette connaissance. En particulier, elle n'a pas précisé si les accusés savaient que des crimes ont été commis (sans nécessairement savoir qui en étaient les auteurs) ou s'ils savaient que c'étaient leurs subordonnés qui les avaient commis.

Mais, en admettant qu'ils sussent que c'étaient leurs subordonnés qui avaient commis ces crimes, ce qu'on aurait établi dans ce cas serait la *connaissance postérieure* aux crimes, encore appelée connaissance *ex post facto*. Il faut, à cet égard, rappeler que la connaissance en tant qu'élément moral de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques comporte deux variantes. La première variante est justement cette connaissance postérieure qui se réalise lorsque le supérieur hiérarchique est informé, *après coup*, du comportement criminel de ses subordonnés. Dans l'article 28 du Statut de Rome, elle est exprimée par la formule « [les subordonnés] *commettaient* ces crimes », ou, dans la version anglaise, les subordonnés « *were committing (…) such crimes* ».

La seconde variante, trop souvent ignorée, est la connaissance antérieure, appelée connaissance *ante factum* ou encore, en anglais, la « *prior knowledge* ». Celle-ci est établie lorsque le supérieur hiérarchique détient des informations qui indiquent que ses subordonnés *vont* commettre des crimes ou, en tout cas, lorsqu'il est conscient du *risque* ou de la *grande probabilité* de voir ces subordonnés se livrer à une conduite criminelle qui n'a pas encore eu lieu. Dans l'article 28 du Statut de Rome, cette seconde dimension de la connaissance est exprimée par la formule « [les subordonnés] *allaient commettre* ces crimes » ou en anglais que les subordonnés « *were (…) about to commit such crimes* ».

L'état d'esprit du supérieur hiérarchique dans les deux cas est donc différent. Dans le premier cas, l'on examine cet état d'esprit *après* la commission des crimes tandis que dans

627 Selon l'article 17(2)(a) du Statut de Rome, « pour déterminer s'il y a manque de volonté de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère l'existence, eu égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international, de l'une ou de plusieurs des circonstances suivantes (…) la procédure a été ou est engagée ou la décision de l'État a été prise dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour visés à l'article 5 (…) ».

628 HRW, *La justice en procès : Enseignements tirés de l'affaire des viols de Minova en République démocratique du Congo*, octobre 2015, p. 46.

le second, c'est *avant* la commission du crime qu'on se place pour l'examiner. L'importance que revêt cette seconde variante de la connaissance dans le procès de Minova justifie qu'on s'y attarde un peu d'autant plus qu'elle commande le type de mesures raisonnables et nécessaires que le supérieur hiérarchique est tenu de prendre sous peine de voir sa responsabilité pénale engagée.

Relevons d'abord et avant tout que la connaissance *antérieure* du risque de conduite criminelle des subordonnés en tant qu'élément moral de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques a une base solide en droit international conventionnel et coutumier. En effet, elle s'inscrit dans la continuité de l'article 86 (2) du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève de 1949 qui disposait déjà que « le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait *ou allait commettre une telle infraction*, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction ». Elle est également affirmée avec beaucoup plus de clarté dans les statuts des deux TPI *ad hoc* des Nations Unies, notamment à l'article 7(3) du statut du TPIY et l'article 6(3) du statut du TPIR lorsque ces deux textes disposent que « le fait que [le crime] a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné *s'apprêtait à commettre cet acte* ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs ». Cette même exigence est par ailleurs confirmée à l'article 6 du Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1996) ainsi formulé : « le fait qu'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a été commis par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale, s'ils savaient, ou avaient des raisons de savoir, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou *allait commettre* un tel crime et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer ce crime ».

En outre, ainsi que l'avait souligné la Décision *Bemba*, « la norme "aurait dû savoir" exige que le supérieur hiérarchique ait pris l'initiative de mettre en place les mesures nécessaires pour s'informer sur le comportement de ses troupes et de se renseigner, indépendamment de la disponibilité ou non d'informations à ce moment-là, sur la commission du crime ». Selon cette décision, « l'historique de la rédaction de cette disposition révèle que les auteurs du Statut avaient l'intention d'adopter une position plus stricte à l'égard des chefs militaires et assimilés qu'à l'égard d'autres supérieurs qui répondent aux paramètres exposés à l'article 28(b) du Statut » ; et que « cela se justifie par la nature et le type de responsabilités confiées à cette catégorie de supérieurs hiérarchiques »[629]. Il s'ensuit que le chef militaire est tenu de *rechercher activement des informations* sur le type de militaires auxquels il a affaire avant de décider de les déployer sur le terrain des hostilités ou dans les localités habitées par des

629 Décision *Bemba,* § 433.

populations civiles ne participant pas aux hostilités. C'est ainsi que le fait de déverser dans une localité des militaires dont on connaissait ou, en raison des circonstances, on aurait dû connaître, le penchant criminel (indiscipline caractérisée, tendances vengeresses, etc.), et que, par le fait de leur présence dans cette localité, ces militaires se livrent effectivement à des comportements criminels, ce simple fait de les y avoir déversés sans prendre des mesures d'encadrement nécessaires et raisonnables entraîne la responsabilité pénale de celui qui en est l'auteur[630].

Deux illustrations peuvent être données pour expliquer ce qui est exigé. La première est tirée de certaines conclusions du rapport *Kahan* publié par le gouvernement israélien en 1983[631]. Ce rapport a en effet considéré que le ministre de la Défense d'Israël (le général Ariel Sharon à l'époque), était responsable du massacre de Sabra et Chatila (16-18 septembre 1982) en tant que supérieur hiérarchique pour n'avoir pas anticipé le danger des potentiels actes de vengeance de la part des phalangistes parmi ses troupes lorsqu'il les a autorisés d'entrer dans les camps des réfugiés palestiniens[632].

La seconde illustration concerne un incident diplomatique survenu entre la MONUSCO et le gouvernement congolais en janvier 2015. La MONUSCO avait en effet refusé de prendre part aux opérations militaires du nom de code « Sukola II » dans les provinces du Nord et du Sud-Kivu aux côtés des FARDC contre les FDLR en raison du fait que le gouvernement congolais avait confié le commandement de ces deux opérations à des généraux dont les éléments s'étaient, par le passé, livrés en toute impunité à des crimes contre les populations civiles[633]. Les autorités congolaises ont, de leur côté, persisté à confier aux deux généraux concernés le commandement de ces opérations, sous prétexte que c'était

630 Ilias Bantekas, « The Contemporary Law of Superior Responsibility », *op. cit.*, p. 591: « Commanders are even responsible for failure to prevent if they fail to take into account factors such as the age, training or similar elements that point to obvious conclusions regarding the likelihood that such crimes would be committed. The abundance of information clearly indicating a massacre at two Palestinian refugee camps in Lebanon that was available to the Israeli Chief-of-Staff and the Defense Minister rendered them "indirectly responsible" under a test of anticipated foreseeability lacking direct intent. Their duty, according to a subsequent investigative report of a governmental commission, was to recognize the potential danger and to prevent the killings by doing everything in their power to stop them ».

631 La Commission *Kahan*, dont le nom officiel est Commission d'enquête sur les événements dans les camps de réfugiés à Beyrouth au Liban, a été créée par le gouvernement israélien le 28 septembre 1982, pour enquêter sur le massacre de Sabra et Chatila (16-18 septembre 1982). Cette Commission a été présidée par le président de la Cour suprême israélienne, M. Yitzhak Kahan, les deux autres membres de cette Commission étant le juge de la Cour suprême, M. Aharon Barak, et le général Yona Efrat. Le but de la Commission était de faire des recommandations sur l'implication israélienne dans le massacre par le biais d'une enquête sur tous les faits et les facteurs liés aux atrocités menée par une unité des phalangistes chrétiens des forces libanaises contre la population civile palestiniennes et libanaise dans les camps de Sabra et Chatila.

632 Rapport *Kahane* (parfois écrit rapport *Kahan*) cité par Ilias Bantekas, *op. cit.*, p. 594: « Similarly, the Israeli Defense Minister was found reckless because he disregarded the danger of possible acts of vengeance by the Phalangists among his troops, by failing to take this danger into account when he decided to have them enter the refugee camps ».

633 Voy. *Rapport du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République démocratique du Congo*, S/2015/172, 10 mars 2015, § 37 ; *Report of the Secretary-General on the implementation of the Peace, Security and Cooperation Framework for the Democratic Republic of the Congo and the Region*, Doc. S/2015/173, 13 mars 2015, § 10.

une question relevant de la souveraineté nationale[634] et que pour écarter les officiers en question, il faudrait qu'ils aient fait « l'objet d'une condamnation » par la justice militaire. Pourtant, le refus de la MONUSCO se justifie par le fait qu'elle ne voulait pas prendre le risque de participer à une opération militaire dans laquelle il existe quelques probabilités de voir des crimes de guerre être commis. C'est ce risque que les autorités congolaises n'ont apparemment pas compris. Il serait intéressant de savoir si dans la suite des crimes ont effectivement été commis. Puisque si tel est le cas, la responsabilité personnelle de ceux qui ont organisé les opérations militaires pourrait être mise en œuvre.

Dans cette même optique, il est d'ailleurs important de rappeler que le fait de punir les auteurs directs de ces crimes ne dégage pas la responsabilité des supérieurs hiérarchiques s'il est établi qu'ils savaient ou, en raison des circonstances, auraient dû savoir que des crimes allaient être commis. Ainsi, l'accent est placé beaucoup plus sur la prévention des crimes et non sur une réaction après coup à une conduite criminelle qu'on aurait pu éviter, conformément à l'adage « mieux vaut prévenir que guérir ». C'est ce que prévoient l'article 86(2) du Protocole I, l'article 7(3) du Statut du TPIY et l'article 6(3) du Statut du TPIR et l'article 6 du Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité dans sa version de 1996. On verra plus tard que dans l'affaire *Kakwavu* la Haute Cour militaire de Kinshasa s'est méprise sur cet aspect de la responsabilité des chefs militaires puisqu'elle a laissé entendre que le fait de punir les subordonnés qui ont commis les crimes dégage la responsabilité du supérieur hiérarchique.

Dans l'arrêt *Minova*, l'on constate que la Cour n'a abordé que la connaissance *ex post facto* ; et que c'est sur cette seule base qu'elle a acquitté les officiers poursuivis. Pourtant, dès lors qu'elle n'a pas pu établir la connaissance *ex post facto*, il était de son devoir de vérifier s'il existait la connaissance *ante factum* ou la connaissance antérieure aux crimes avant d'acquitter les accusés. Cette démarche lui aurait permis de se rendre compte, ainsi qu'on le verra bientôt, des mesures raisonnables et nécessaires que ces officiers auraient dû prendre, mais qu'ils n'ont pas prises, engageant par-là, leur responsabilité pénale.

Quarto, comme on l'aura certainement constaté, la nature de la connaissance dont dispose un supérieur hiérarchique dicte la nature des mesures nécessaires et raisonnables qu'il est censé prendre. Celui qui détient une connaissance *antérieure* est censé prendre des mesures *préventives*. Celles-ci peuvent comporter des mesures répressives des crimes passés en vue de prévenir les crimes futurs dont le risque est réel. Tandis que lorsque le supérieur hiérarchique ne détient que la connaissance *postérieure* des crimes, tout ce qu'il peut faire, et d'ailleurs doit faire, c'est de *punir* les coupables. Il lui est en effet impossible de prendre des mesures préventives pour des crimes qui ont déjà été commis. Mais, en réprimant les crimes commis par ses subordonnés, il contribue sans nul doute à la prévention des crimes qui pourraient être commis plus tard[635]. En bref, la connaissance antérieure appelle des mesures préventives, tandis que la connaissance postérieure appelle des mesures répressives.

634 *Report of the Secretary-General on the implementation of the Peace …, op. cit.*, § 10.

635 Sur cette question, voy. Mirjan R. Damaška, « The Shadow Side of Command Responsibility », *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, pp. 455-496.

Dans l'arrêt *Minova*, la question tant de la connaissance que celle des mesures nécessaires et raisonnables n'a été abordée que par rapport à la connaissance *postérieure* du comportement criminel. La Cour n'a pas abordé lesdites mesures par rapport à une connaissance *antérieure*. Elle ne s'est pas demandé si les officiers inculpés avaient pris la précaution de s'informer par exemple sur la personnalité des militaires qu'ils étaient en train de déverser à Minova. Elle n'a pas non plus cherché à savoir si, compte tenu des informations que ces officiers auraient ainsi obtenues, ils ont pris des mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir l'éventuel comportement criminel. Sur ce point, les auteurs du rapport précité de Human Rights Watch ont bien compris cette dimension du problème lorsqu'ils ont critiqué l'arrêt *Minova* en ce qu'il « n'aborde pas les autres éléments relatifs au principe de responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs, notamment la question savoir si les commandants ont pris des mesures afin d'empêcher les crimes ou pour y mettre un terme » ni « ne mentionne les mesures que les commandants auraient pu prendre alors qu'ils menaient leurs troupes vers Minova, comme de leur rappeler la nécessité de protéger les civils conformément aux lois de la guerre »[636]. En posant le problème par rapport à la connaissance antérieure, l'on comprend que l'arrêt *Minova*, en ce qu'il a acquitté les militaires poursuivis sur la base de leur responsable de chef militaire, se révèle critiquable.

Lors de l'atelier de validation de la présente étude, le colonel Freddy Mukendi qui faisait partie de la composition de la Cour militaire opérationnelle de Goma, a formulé une objection à cette critique. Il a déclaré que quand on analyse la responsabilité des chefs militaires, on doit « sortir un peu de nos livres et des théories » et examiner, de façon concrète, la situation à laquelle était confronté le chef militaire. Autrement, selon lui, on finira par se montrer trop sévère à l'égard de ce chef militaire et lui imposer injustement un fardeau trop lourd et complètement irréaliste. L'on peut comprendre, et même approuver, les propos du colonel précité si par « livres et théories » qu'il invite d'abandonner, il entend dire qu'il faut apprécier la responsabilité pénale du chef militaire *in concreto* et non *in abstracto*. Rappelons à cet égard que la nature humaine étant imprévisible, les obligations imposées au chef militaire ne peuvent être que des obligations de moyens et non des obligations de résultat[637]. Le bon sens interdit toutefois de considérer que par « livres », les propos du colonel précités visaient le droit en vigueur tel qu'il est formulé à l'article 28 du Statut de Rome actuellement incorporé à l'article 1er du Code pénal militaire. En effet, c'est l'article 28 du Statut de Rome lui-même, interprété notamment par la Décision *Bemba*, qui prévoit l'hypothèse de la *connaissance antérieure* du chef militaire et, par conséquent, l'obligation de ce dernier de prendre des mesures raisonnables et nécessaires pour prévenir la commission des crimes. Ces mesures n'étant pas précisées dans le Statut de Rome, l'on ne voit pas pourquoi l'on exclurait l'obligation, à charge du chef militaire, de se renseigner sur les militaires qu'il commande afin de mieux les contrôler. Protéger les populations civiles

636 HRW, *La justice en procès…*, *op. cit.*, p. 49.

637 Jugement *Bemba*, § 200 : « The Chamber agrees with the Defence that, if the commander has discharged his obligation to take all necessary and reasonable measures within his power, he cannot be held responsible, even if the crimes nonetheless ultimately occur or the perpetrators go unpunished ».

contre une éventuelle conduite criminelle des militaires n'est pas quelque chose d'abstrait et de théorique, mais une nécessité lorsqu'on se place du côté des victimes congolaises des conflits armés.

Certes, dans l'incident de Minova, certains chefs militaires s'étaient retrouvés à Minova à la tête des militaires qu'ils ne connaissaient qu'à peine puisqu'ils venaient fraîchement d'être nommés à la tête de leurs unités. Dans le cas de succession de commandement militaire, il peut en effet être difficile de reprocher à un supérieur hiérarchique de n'avoir rien fait pour s'informer sur la personnalité de ses subordonnés, et par conséquent de n'avoir pris aucune mesure pour les contrôler compte tenu de ce qu'ils auraient su s'il s'était donné la peine de s'informer[638]. Toutefois, tous les officiers poursuivis dans le cadre du procès de Minova ne se trouvaient pas nécessairement dans une telle situation. Certains d'entre eux étaient aux commandes de leurs unités bien avant l'éclatement du conflit armé contre le M23 qui les a poussés à se replier à Minova. Ils connaissaient donc bien leurs unités ou en tout cas étaient en position de se renseigner sur leurs éléments et de prendre des mesures nécessaires et raisonnables pour les contrôler dans des situations telles que celles de Minova. Faute de n'avoir pris aucune de ces précautions, exigées pourtant par leur statut de chef militaire, leur responsabilité pénale pouvait être engagée.

En outre, comme l'a rappelé le jugement *Bemba*, la responsabilité des chefs militaires ne s'applique pas seulement à ceux qui commandaient directement les forces qui ont commis les crimes et qui étaient sur place au lieu où les crimes ont été commis. Cette responsabilité est aussi applicable à tous les échelons de commandement, depuis le chef suprême jusqu'au commandant qui n'a qu'une poignée d'hommes à sa disposition[639]. Elle s'applique aussi bien pour ceux qui étaient à Minova (et dont certains ont fait l'objet des poursuites) qu'à ceux qui étaient restés à Goma ou ailleurs et qui avaient décidé du retrait de ces forces vers Minova sans prendre les mesures nécessaires et raisonnables d'encadrement de ces forces pour éviter les exactions qui ont été commises.

8. Affaire *Kahwa*

Faits et argumentation

L'affaire *Kahwa* portait sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre perpétrés dans la localité de Zumbe par un groupe armé initialement appelé « Chui Mobile Force » qui, par la suite, est devenu le PUSIC et qui était créé et dirigé par M. Kahwa. Dans le jugement rendu au premier degré par le TMG de l'Ituri sur cette affaire, le tribunal avait déjà invoqué la responsabilité de supérieur hiérarchique de M. Kawa en se fondant notamment sur l'article 28 du Statut de Rome, mais aussi sur les articles 85 à 87 du 1er protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949. Pour appliquer cette forme de responsabilité pénale, le TMG de l'Ituri avait avancé une argumentation qui se résumait au simple fait de reproduire l'article 28 du Statut de Rome et les articles 85 à 87 du Protocole

638 Sur ce type de questions, voy. Barrie Sander, « Unravelling the Confusion Concerning Successor Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence », *in LJIL*, vol. 23, 2010, pp. 105-135.

639 Jugement *Bemba*, § 179.

I. C'est sur cette base que le tribunal a conclu qu'« en l'espèce, Kahwa en sa qualité de chef de milice Hema et chef de collectivité de Bahema-Banyuagi agressant les Lendu n'a rien fait pour empêcher ces drames ; que son silence constitue ainsi une approbation soit un ordre tacite »[640].

En appel, la Cour militaire de Kisangani a, elle aussi, retenu à charge de l'accusé, sa responsabilité pénale de supérieur hiérarchique en vertu notamment de l'article 28. Pour retenir cette forme de responsabilité pénale, la Cour est partie du fait pour l'accusé « d'avoir été le vice-ministre de l'UPC, formateur militaire de nombre de miliciens de l'UPC, chef militaire de "Chui Mobil Force" d'abord, puis du "PUSIC" sa propre milice armée ». Elle a en déduit qu'« il exerçait les fonctions de chef militaire ou d'une personne faisant effectivement fonction de chef militaire ». La Cour a alors estimé qu' « à ce titre (…), [l'accusé] est pénalement responsable des crimes (…) commis par les forces citées ci-dessus qui étaient les unes après les autres, placées sous son commandement et son contrôle effectifs ou sous son autorité et son contrôle effectifs, du fait qu'il n'avait pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces ». Selon la Cour, « il est en effet établi que, nonobstant le fait qu'il savait que ses forces commettaient ou allaient commettre les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre à Zumbe, l'appelant Kahwa n'avait pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour les en empêcher. Et, après la défection de ces éléments de l'UPC pour les rejoindre dans le PUSIC, il n'avait pris aucune mesure pour réprimer les actes criminels qu'ils avaient commis et dont il avait connaissance. Bien au contraire, il avait recruté ces combattants dans sa milice d'environ 2.900 personnes »[641].

Observations

L'arrêt *Kahwa* contient une certaine ambiguïté sur le fondement de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques. D'abord, l'arrêt est imprécis sur les forces que Kahwa aurait effectivement commandées qui étaient responsables des crimes. Kahwa commandait-il les forces de l'UPC de Thomas Lubanga, celles du « Chui Mobile Force », ou encore celles du PUSIC ? Il était peut-être important que le tribunal et la Cour précisent que lorsque Kahwa était vice-ministre au sein de l'UPC présidé par Thomas Lubanga, il avait sa propre milice le « Chui Mobile Force » ; et que c'est celle-ci qui a commis les crimes à Zumbé et qui deviendra plus tard le PUSIC.

Ensuite, l'on a précédemment relevé dans le jugement de premier degré que le TMG de l'Ituri avait traité la question des formes de responsabilité dans l'analyse des « Éléments du crime » exigés pour les crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, et plus particulièrement dans l'exigence selon laquelle « l'auteur a tué une ou plusieurs personnes ». L'on a vu que, par rapport à cette exigence, le TMG a soutenu que M. Kahwa pouvait être considéré comme avoir tué une ou plusieurs personnes parce que c'était lui qui avait *ordonné* l'attaque contre le village de Zumbe. Cela n'a toutefois pas empêché le tribunal d'invoquer

640 Jugement *Kahwa*, p. 31.
641 Arrêt *Kahwa*, p. 53.

la responsabilité pénale de M. Kahwa en tant que supérieur hiérarchique des auteurs directs de ces crimes, le TMG s'étant alors fondé sur les articles 85 à 87 du Protocole I et l'article 28 du Statut de Rome.

L'ambigüité de cette argumentation, en ce qu'elle confond le fondement de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques (ordre ou omission), n'a toutefois pas été dissipée par l'arrêt rendu par la Cour militaire de Kisangani statuant en appel. Certes, l'explication donnée par cette Cour militaire sur les conditions d'application de l'article 28 parait plus ou moins convaincante, même si l'on peut en regretter le caractère trop sommaire et le fait que la Cour n'ait pas pris appui sur la Décision *Bemba*. Il est en effet clair dans cet arrêt que la responsabilité des supérieurs hiérarchiques n'est pas fondée sur l'ordre ou l'incitation à commettre les crimes, mais qu'elle est fondée sur l'omission à agir.

Le problème se pose toutefois au niveau de la motivation globale de l'arrêt en question. En effet, lorsque la Cour aborde les éléments des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, elle se fonde notamment sur la note de plaidoirie de l'avocat de M. Kahwa au premier degré, et soutient que M. Kahwa est pénalement responsable pour avoir *dirigé/commandé* une attaque contre la paisible population du village de Zumbe. Ainsi, la Cour « constate » que « c'est dans le cadre d'une attaque d'envergure que l'appelant Kahwa avait, en connaissance que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée, dirigé contre une multitude de civils habitant le village Zumbe et ceux qui s'y étaient réfugié pour fuir les atrocités des guerres interethniques de l'Ituri, que l'appelant Kahwa avait *lancé* ses miliciens (pas moins de 1.500 hommes), qu'il avait préalablement *harangués* afin qu'ils soient efficaces »[642]. De même, pour les crimes de guerre, la Cour militaire a déclaré que, « en l'espèce, comme analysé pour les crimes contre l'humanité, en date du 15 au 16 octobre 2002, l'appelant Kahwa avait *lancé* des éléments sous ses ordres, dans une attaque généralisée contre le village Zumbe où n'était que la population civile. Et, c'est en connaissance de cause et des circonstances de fait établissant le conflit armé qui avait élu domicile en Ituri par le fait des seigneurs de guerre, qu'au nombre des objectifs de l'attaque [figuraient] le centre de santé, l'école primaire, les Églises catholiques et protestantes, alors que ces édifices sont protégés par les Conventions de Genève du 12 août 1949 »[643].

La question qui se pose dans l'un comme dans l'autre cas, est celle de savoir s'il était approprié de mettre à la charge de M. Kahwa sa responsabilité de supérieur hiérarchique alors que, selon la Cour, c'est lui qui a *ordonné/dirigé* les attaques meurtrières contre la paisible population de Zumbe. Des deux choses l'une : soit, en dehors de tout ordre criminel émis par M. Kahwa, les forces de ce dernier ont attaqué les populations de Zumbe et lui (Kahwa) n'a rien fait pour les en empêcher ou les punir alors qu'il avait la connaissance de ces attaques (ou de leur risque) ainsi que le contrôle effectif de ces forces, auquel cas sa responsabilité serait celle du supérieur hiérarchique (article 28) ; soit alors c'est lui (Kahwa) qui a organisé et ordonné/dirigé ces attaques meurtrières, auquel cas, sa responsabilité

642 Arrêt *Kahwa*, p. 48 (c'est nous qui soulignons).
643 Arrêt *Kahwa*, p. 50.

serait engagée en tant que *coauteur indirect* (article 25(3)(a)) ou, tout au moins, sur la base de l'*ordre criminel* émis par lui (article 25(3)(b) du Statut de Rome) ou pour avoir contribué de toute autre manière à la commission de ces crimes (article 25(3)(d)). Le jugement et l'arrêt *Kahwa* ne font cependant pas cette distinction pourtant nécessaire pour clarifier le fondement de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Ces deux décisions semblent ainsi imputer à Kahwa toutes ces formes de responsabilité, rendant ainsi ambigu le rôle exactement joué par M. Kahwa dans les évènements dramatiques survenus dans le village de Zumbe du 15 au 16 octobre 2002.

9. Affaire *Kakwavu*

Dans l'affaire *Kakwavu*, la Haute Cour militaire avait aussi retenu la responsabilité pénale du chef militaire tirée de l'article 28(a) du Statut de Rome à charge de l'accusé, le général Kakwavu, pour des exactions, notamment le meurtre de six personnes, commises par ses miliciens contre ceux qui résistaient au pillage ou à l'extorsion de leurs biens ou de leur argent.

Argumentation

Pour établir cette forme de responsabilité, la Haute Cour militaire, se référant au paragraphe 407 de la Décision *Bemba*, a énoncé les cinq conditions de cette forme de responsabilité auxquelles on a déjà précédemment fait allusion[644]. Avant d'appliquer chacune de ces conditions à l'affaire soumise à son examen, la Haute Cour en a d'abord tracé le cadre juridique en se livrant à une interprétation juridique et en invoquant, au besoin, la jurisprudence et la doctrine pertinentes à cet effet. L'on ne s'attardera en principe pas à ce cadre juridique et même théorique puisque ce qui importe c'est plutôt la manière dont la Haute Cour a appliqué ce cadre théorique aux faits qui lui ont été soumis. En d'autres termes, l'on s'intéressera essentiellement aux constatations factuelles ayant conduit la Haute Cour à soutenir que telle ou telle autre condition de cette responsabilité est remplie.

En suivant cette méthode, l'on constate que la Haute Cour a estimé que « dans le cas d'espèce (…) les deux premières conditions relatives respectivement à la qualité de chef militaire ou d'une personne faisant effectivement fonction de chef militaire et à l'exercice d'un commandement et d'un contrôle effectifs par le chef militaire, sont remplies » puisque, selon elle, « le point consacré à la création, à l'organisation et au fonctionnement des FAPC, a fourni des éléments suffisants indiquant que [l'accusé] faisait effectivement fonction de chef militaire et exerçait un commandement, une autorité et un contrôle effectifs sur les militaires FAPC qui ont commis les crimes si l'on tient compte »[645]. La Haute Cour a, à cet égard, invoqué toute une série de faits qui selon elle, démontrait clairement le pouvoir de contrôle que l'accusé exerçait sur son groupe armé et qui justifiait qu'il soit considéré

644 Arrêt *Kakwavu (fond),* p. 60.
645 *Idem,* p. 63-64.

comme faisant effectivement fonction de chef militaire. Dans ce même sens, il est important de rappeler que, s'agissant de la question de l'identification des auteurs matériels, la Haute Cour a déclaré que « selon l'esprit de [l'article 28(a) du Statut de Rome], il importe peu que les auteurs ou coauteurs matériels présumés aient été individuellement identifiés ou non, que leurs noms aient été révélés ou non » ; et que « l'essentiel est d'identifier, sans équivoque, sans ambigüité et avec certitude, les forces auxquelles appartiennent les auteurs des crimes visés, pour pouvoir déterminer le chef militaire dont la responsabilité pénale des crimes pourrait être engagée »[646].

Concernant la troisième condition (les crimes commis par les forces résultaient du fait que le suspect n'avait pas exercé sur celles-ci le contrôle qui convenait), la Haute Cour l'a jugée remplie en avançant une argumentation quelque peu circulaire : « les crimes de guerre commis par les miliciens FAPC (…) résultent du fait que [l'accusé], en sa qualité de commandant en chef des FAPC et président de UCD/FAPC était censé exercer une autorité et un contrôle effectifs sur toute la milice FAPC, mais n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ses troupes dans la mesure où il n'a pas pris des mesures visant à empêcher la commission par ses hommes des crimes ci-haut décrits à travers la chaîne de commandement mise en place ni réprimer leur commission alors qu'il en avait la capacité ou en référer à l'autorité de la branche chargée des renseignements au sein des FAPC aux fins d'enquête et faire engager des poursuites »[647]. Selon la Haute Cour, « la responsabilité [de l'accusé] est donc basée sur l'omission d'agir du supérieur, qui avait pourtant, à cause de la relation hiérarchique qu'il entretenait avec ses subordonnés, l'obligation d'agir »[648].

Quant à la quatrième condition (connaissance de l'accusé du comportement criminel de ses forces), la Haute Cour a jugé que « l'intention coupable du prévenu résulte, du fait qu'il savait que ses forces déployées dans le Territoire de Mahagi, et précisément à Ndrele, Makofi, Simbi, Nsi, Tilal, Pamitu, etc. commettaient régulièrement des crimes de guerre par meurtre à l'endroit de la population »[649] en s'appuyant sur huit facteurs suivants : (i) il était bien connu de tous que des miliciens des FAPC commettaient souvent des meurtres perpétrés et tant d'autres actes illégaux (viols, extorsion) ; (ii) à Mahagi et dans ses environs, beaucoup de gens savaient qu'il existait des fosses communes à Ndrele dans la concession Sigrago où étaient cantonnés des miliciens des FAPC; (iii) pendant que [l'accusé] était Commandant des FAPC et président de l'UCD, les [ONG] tant nationales qu'internationales, des Droits de l'homme, ne cessaient de dénoncer les exactions commises par des miliciens sous son commandement à l'endroit de la population civile, notamment le cas de plusieurs femmes violées à Ndrele, l'existence de fosses communes dans la concession Sigrago de la même localité ; (iv) [l'accusé] ne peut prétendre qu'il n'était pas au courant de l'incident qui avait eu lieu le 16/12/2004 entre ses forces et celles de la MONUC avant l'opération d'expertise effectuée par les experts de l'unité « activités médico-légales et

646 *Idem*, p. 56.
647 *Idem*, p. 67.
648 *Idem*.
649 *Idem*, p. 69.

criminalistique » de la MONUC pour vérifier l'existence des sites ou fosses d'inhumation au camp Sigrago à Ndrele ; (v) les structures des FAPC mises en place par le prévenu étaient comparables à celles d'une armée conventionnelle disposant d'un Etat-Major, de trois brigades déployées respectivement à Mahagi, Djugu et Aru, des bataillons disposant des moyens de communication, des filières d'information qui leur permettaient d'entrer régulièrement en communication avec lui ; (vi) le prévenu disposait d'une phonie, d'un appareil satellitaire qui lui permettait d'être au courant de la situation journalière de ses unités ; (vii) à travers ses dépositions faites devant l'OMP (…) en date du 29 février 2012, le précité a reconnu qu'il s'entretenait régulièrement avec ses commandants des brigades et [que] le chef de ses services de renseignement, le colonel Ali, lui transmettait régulièrement la situation de ses unités ; qu'il il recevait quotidiennement ou régulièrement, de la part de ses commandants brigades et de ses commandants bataillons des « intsum », c'est-à-dire des rapports de ses collaborateurs ; (viii) [l'accusé] ne payait pas régulièrement la solde ni ne donnait la ration alimentaire suffisante et régulière à ses miliciens ; que sous ce prétexte, de nombreux miliciens vivaient sur le dos de la population ; et que, dans ces conditions, [l'accusé] savait ou devait savoir ou avait des raisons de savoir que ses forces commettaient ou allaient commettre des crimes au préjudice de la population »[650]. Le dernier élément avancé par la Haute Cour provient de l'argument de défense de l'accusé lui-même. La Haute Cour a relevé que « d'ailleurs, [l'accusé] se défendait en déclarant à l'audience qu'il n'y a jamais eu de guerre propre »[651].

Arrivée à la cinquième et dernière condition (l'absence des mesures raisonnables et nécessaires prises par le chef militaire), la Haute Cour, se référant au paragraphe 435 de la Décision *Bemba*, l'a d'abord expliquée de la manière suivante : « pour juger un suspect responsable en vertu de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques ou des chefs militaires, il est nécessaire, une fois qu'il a satisfait à l'élément psychologique, de prouver qu'il a à tout le moins manqué à l'un des trois devoirs énumérés à l'article 28(a)(ii) du Statut de Rome : le défaut d'empêcher les crimes, celui d'en réprimer l'exécution, ou celui d'en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites »[652]. Sur cette base, la Haute Cour a déclaré que « ces trois devoirs (…) naissent à trois moments distincts de la commission des crimes, avant, pendant et après » ; et que « de ce fait, le manquement à chacun de ces devoirs contrevient à l'article 28(a) du Statut de manière distincte »[653]. La Haute Cour en a curieusement conclu qu'« un chef militaire ou assimilé peut par conséquent être tenu pénalement responsable d'un ou plusieurs manquements à ces devoirs pour un même crime sous-jacent. Partant, lorsqu'un chef n'a pas empêché l'exécution de crime dont il avait ou aurait dû avoir connaissance, il ne peut racheter cette omission qu'en

650 *Idem*, pp. 69-70.
651 *Idem*, p. 70.
652 *Idem*, p. 71.
653 *Idem*.

se conformant au devoir de réprimer l'exécution des crimes ou d'en référer aux autorités compétentes ; ce que [l'accusé] n'a pas pu faire »[654].

Après avoir ainsi expliqué cette cinquième condition, la Haute Cour militaire l'a estimé établie dans le chef de l'accusé en se fondant sur le fait que ce dernier « savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir que des membres des FAPC qui étaient ses subordonnés commettaient de nombreux crimes au préjudice de la population sous son contrôle. Cependant, il n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou réprimer l'exécution de ces crimes ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites » ; et que « pour se défendre, le prévenu n'a cessé de répéter qu'il n'y a pas de guerre propre »[655].

Selon la Haute Cour, « la faute du prévenu consiste dans le fait qu'il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher, réprimer l'exécution de ces crimes, alors que de par sa position au sein de la structure FAPC, il exerçait une autorité, un contrôle effectifs sur ses subordonnés et partant il avait la capacité matérielle d'user de son pouvoir pour empêcher ses subordonnés de commettre des infractions ou sanctionner les auteurs des infractions commises ou en référer à l'autorité compétente aux fins d'enquêtes et des poursuites éventuelles ». Pour la Haute Cour, « la responsabilité pénale [de l'accusé] est donc basée sur le défaut d'agir, car il avait à cause de la relation hiérarchique qu'il entretenait avec ses subordonnés l'obligation d'agir, mais il ne l'a pas fait et il n'a pas pris l'initiative de les déférer devant les autorités judiciaires compétentes. Il n'avait même pas pris des sanctions ni des mesures disciplinaires à leur encontre. S'il avait l'intention de punir, il aurait pu les mettre à la disposition de la structure des FAPC qui, selon lui-même faisait fonction de conseil de discipline et tribunal militaire. En fait, cette structure mise en place par [l'accusé] lui-même et qui était coiffée par son second le colonel Manu, avec comme officier du ministère public, le colonel Zibera, n'a jugé que les personnes suspectées d'avoir tenté de le renverser (…), mais ce n'était qu'une mascarade »[656].

Observations

L'arrêt *Kakwavu* est d'une importance capitale parce qu'il est rendu par la juridiction suprême de l'ordre judiciaire militaire qui est censé unifier la jurisprudence des Cours et tribunaux inférieurs. Il est également important en raison de l'influence qu'il peut avoir sur le comportement des officiers qui dirigent les opérations militaires au cours desquelles c'est trop souvent hélas, les populations civiles qui paient le lourd tribut.

Sur la forme, l'arrêt comporte d'intéressantes références à la jurisprudence internationale et tout particulièrement à celle de la CPI dans l'affaire *Bemba*. Par ailleurs, l'arrêt fait un effort de confronter le cadre juridique par lui tracé, aux faits soumis à son appréciation. Relevons enfin que la Haute Cour a analysé cette forme de responsabilité dans sa vraie

654 *Idem* (le soulignement est celui de la Haute Cour militaire).
655 *Idem*, pp. 72-73.
656 *Idem*, p. 73.

nature, c'est-à-dire une responsabilité pour ommission d'agir et non une responsabilité du chef militaire pour avoir donné des ordres criminels.

Sur le fond cependant, l'argumentation de l'arrêt repose sur des bases fragiles qui rendent sa conclusion contestable. Cette fragilité semble partir de l'analyse non satisfaisante que la Haute Cour militaire a faite de l'élément moral (la *mens rea*), c'est-à-dire la connaissance, exigée pour établir la responsabilité des chefs militaires. En effet, sur la question de la connaissance, l'arrêt se révèle assez ambigu tant sur la *nature* de la norme de cette connaissance que sur l'*objet* de cette connaissance.

Par rapport tout d'abord à la *nature* précise de la norme de la connaissance, l'on rappellera que l'article 28(a) du Statut de Rome consacre deux normes : la norme « savait » et la norme, « en raison des circonstances, aurait dû savoir ». Laquelle de ces deux normes a été retenue par la Haute Cour ? La réponse à cette question n'apparaît pas clairement dans l'arrêt. Celui-ci se contente de dire que l'accusé « savait, ou en raison des circonstances, aurait dû savoir », alors qu'on attendait de la Haute Cour une précision de la norme de connaissance qui s'appliquait spécifiquement à l'accusé.

Quant à l'*objet* de cette connaissance, l'on rappellera que la connaissance peut porter sur des crimes *déjà commis* (connaissance postérieure) ou sur des crimes qui *vont se commettre* (connaissance antérieure) notamment lorsque le chef militaire dispose, ou aurait dû disposer des indices indiquant que ses subordonnés vont passer à l'acte. Dans l'affaire sous examen, s'agissait-il d'une connaissance antérieure ou d'une connaissance postérieure ? Ici encore, la réponse n'apparaît pas clairement dans l'arrêt.

Toujours par rapport à l'objet de cette connaissance, l'on peut aussi se demander si la connaissance retenue à charge de l'accusé portait spécifiquement sur la conduite criminelle de ses forces *par rapport au meurtre de sept personnes*, faits dont il s'agit dans l'acte d'accusation, ou si cette connaissance portait sur leur conduite criminelle *de manière générale*. Par rapport à cette question, l'on peut constater que l'arrêt a invoqué toute une série de faits démontrant la conduite criminelle *générale* des forces de l'accusé, mais qu'il n'a pas démontré une connaissance spécifique relative au meurtre de ces sept personnes. Pourtant, c'est par rapport *aux faits retenus dans la prévention*, c'est-à-dire spécifiquement le meurtre de ces sept personnes, que la Haute Cour aurait dû focaliser son attention.

Ces imprécisions par rapport à la connaissance de l'accusé se répercutent bien évidemment sur la nature des mesures nécessaires et raisonnables que la Haute Cour reproche à l'accusé de n'avoir pas pris. Pour rappel, la connaissance *antérieure* des crimes appelle des mesures préventives destinées à empêcher des crimes qui ne sont pas encore commis, mais qui vont se commettre dans un avenir proche. Tandis que la connaissance *postérieure* ne peut appeler que des mesures répressives en raison du fait que l'on ne peut pas prévenir ni empêcher des crimes qui ont déjà été commis. Il est donc illogique et même absurde de partir d'une *connaissance postérieure* des crimes déjà commis pour reprocher à

l'accusé de n'avoir pas pris des *mesures préventives* pour les empêcher[657]. Dans l'arrêt *Kakwavu*, dès lors que la Haute Cour est ambiguë sur la nature de la connaissance qu'elle a retenue contre l'accusé, il devient difficile de comprendre la nature des mesures nécessaires et raisonnables qu'elle reproche à l'accusé de n'avoir pas pris.

Bien que l'arrêt reste ambigu sur cette question, il semble toutefois qu'il se penche beaucoup plus du côté de la connaissance *postérieure* de l'accusé plutôt que du côté de la connaissance antérieure ; et que cette connaissance postérieure semble avoir été établie par des preuves circonstancielles, c'est-à-dire par la conduite criminelle *générale* des forces de l'accusé. Cela est d'ailleurs renforcé par les propos mêmes de l'accusé qui, selon la Haute Cour, ne cessait de dire lors de son procès qu'« il n'y a jamais eu de guerre propre ». Si telle effectivement est la nature de la connaissance établie à charge de l'accusé, il est alors difficile de comprendre comment la Haute Cour est parvenue à lui reprocher le fait de n'avoir pris aucune *mesure préventive* pour empêcher ces crimes. Pour parvenir à une telle conclusion, c'est plutôt la connaissance *antérieure* de l'accusé que la Haute Cour aurait dû établir. C'est elle qui nécessite des mesures préventives et non la connaissance postérieure. Pourtant, la Haute Cour a évité de se lancer sur le terrain de l'établissement d'une éventuelle connaissance antérieure, ce qui fait que, quelque part, sa conclusion défie la logique.

Par rapport précisément aux mesures nécessaires et raisonnables à prendre, la Haute Cour a, dans une approche théorique du problème et sur la base de la Décision *Bemba*, déclaré à juste titre que « pour juger un suspect responsable en vertu de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques ou des chefs militaires, il est nécessaire, une fois qu'il a satisfait à l'élément psychologique, de prouver qu'il a à tout le moins manqué à l'un des trois devoirs énumérés à l'article 28(a)(ii) du Statut de Rome : le défaut d'empêcher les crimes, celui d'en réprimer l'exécution, ou celui d'en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ». La Haute Cour a également soutenu à juste titre que « les trois devoirs consacrés à l'article 28(a)(ii) naissent à trois moments distincts de la commission des crimes, *avant*, *pendant* et *après* » ; et que « de ce fait, le manquement à chacun de ces devoirs contrevient à l'article 28(a) du Statut de Rome de manière distincte ». Cependant, sur la base de ces prémices qui sont pourtant correctes, la Haute Cour a tiré une conclusion surprenante en déclarant : « un chef militaire ou assimilé peut par conséquent être tenu pénalement responsable d'un ou plusieurs manquements à ces devoirs pour un même crime sous-jacent. Partant, *lorsqu'un chef n'a pas empêché l'exécution de crime dont il avait ou aurait dû avoir connaissance, il ne peut racheter cette omission qu'en se conformant au devoir de réprimer l'exécution des crimes ou d'en référer aux autorités compétentes* ; ce que le général Kakwavu n'a pas pu faire »[658].

Cette conclusion pose trois difficultés. Premièrement, si tel est le cas, on ne voit pas en quoi « le manquement à chacun de ces devoirs contrevient à l'article 28(a) du Statut de Rome *de manière distincte* », comme l'a précédemment soutenu la Haute Cour. En effet, si le fait de punir les coupables dégage la responsabilité pénale du chef militaire qui a négligé

657 Jacques B. Mbokani, « La CPI à l'épreuve de la doctrine de la *Command Responsibility* : analyse de la *mens rea* dans la Décision de confirmation des charges dans l'affaire *Bemba* », *RBDI*, 2010/1, p. 307.

658 Arrêt *Kakwavu (fond)*, p. 71 (c'est la Haute Cour elle-même qui a souligné les passages en italiques).

de prendre des mesures préventives qu'il aurait dû prendre pour empêcher les crimes, il s'ensuit que l'exécution du devoir de punir anéantit le manquement à l'obligation de prévenir. Dans ces conditions, on ne voit pas comment le manquement à l'un des trois devoirs précités constituerait un « manquement distinct » à l'article 28. Deuxièmement, cette conclusion consacre une approche dangereuse dans la mesure où elle tend à faire l'impasse sur l'objectif de la règle qui est avant tout de protéger les victimes des conflits armés. Ainsi, un chef militaire qui sait très bien que ses forces vont commettre des crimes contre des populations civiles pourrait les laisser faire pour les punir plus tard et prétendre ainsi dégager sa responsabilité pénale alors que celle-ci réside précisément dans le fait qu'il n'a pas contrôlé ses forces pour les empêcher de commettre ces crimes. Troisièmement enfin, cette conclusion est aux antipodes non seulement de la Décision *Bemba* de laquelle la Haute Cour prétend s'inspirer, mais surtout du récent jugement *Bemba*. Ce dernier, prenant appui sur la Décision *Bemba* citée par l'arrêt *Kakwavu*, a déclaré : « conformément à l'article 28(a)(ii), trois obligations distinctes sont imposées aux commandants : (i) empêcher la commission des crimes ; (i) réprimer la commission de crimes ; ou (iii) soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour enquête et poursuites. Bien que le Statut utilise un langage alternatif ("ou"), il est clair que l'absence de toute décharge de ces fonctions peut engager la responsabilité pénale. Par exemple, un échec à prévenir les crimes, lorsque le commandant avait l'obligation de le faire, ne peut être remédié en punissant ensuite les auteurs »[659].

Finalement, toute l'argumentation sur laquelle s'est fondée la Haute Cour militaire pour imputer à l'accusé une responsabilité pénale de chef militaire, tirée de l'article 28(a) du Statut de Rome, pour le meurtre de ces sept personnes commis par ses forces, se révèle fragile.

10. Affaire *Amuri*

Dans l'arrêt *Amuri*, qui portait sur une attaque des policiers contre les membres du clan des Aseka Konde sur instruction du chef de localité de Dembo dans le Maniema, la Cour militaire de Kindu a appliqué la responsabilité de chef militaire en vertu de l'article 28(a) à l'encontre du sieur Amuri Mpiya, le commissaire supérieur de police nationale basé à Kindu.

Argumentation

Pour établir la responsabilité de supérieur hiérarchique, en l'occurrence la responsabilité de chef militaire, la Cour militaire de Kindu a déclaré que de l'article 28(a) du Statut de Rome, elle tire les éléments suivants : (1) être un chef militaire, militaire au sens large c'est-à-dire commander une troupe ou faire effectivement fonction de chef militaire ; (2) avoir les forces sous son commandement et son contrôle affectif ; (3) élément intentionnel : savoir en raison des circonstances ou avoir pu savoir que les forces commettaient ou allaient commettre de crime ; (4) abstention de prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui sont en

659 Jugement *Bemba*, § 201 (traduction française non authentique).

son pouvoir pour empêcher, réprimer l'exécution ou en référer aux autorités compétentes aux fins de l'enquête ou poursuite ; (5) abstention d'exercer le contrôle qui convenait sur ses forces ».

La confrontation de ces cinq conditions aux faits soumis à l'examen des juges n'est pas toujours claire. Il apparait toutefois que sur la première question, celle de savoir si l'accusé était un chef militaire, la Cour militaire a laissé entendre que « le prévenu reconnait (…) avoir été requis par le gouverneur de province comme chef de mission (…) composée de 24 policiers et autorisée (…) à descendre à Decube pour le maintien et le rétablissement de l'ordre public. Il reconnait avoir organisé son intervention en créant 3 équipes ». La Cour a également relevé que l'accusé « est commissaire supérieur, donc le plus gradé de tous les policiers dont les noms sont repris sur la feuille de route ». Sur cette base, la Cour a déclaré cet élément établi.

Quant à la deuxième question (avoir les forces sous son commandement), la Cour militaire a estimé que les forces étaient sous le commandement de l'accusé parce que celui-ci « avait effectivement 24 policiers sous son commandement auxquels il ajoutera ceux du sous-commissariat et du district de Maniema Est ».

Concernant la troisième question, c'est-à-dire l'élément moral, interprété par la Cour comme « la connaissance en raison des circonstances ou la possibilité de savoir que les crimes se commettaient ou allaient se commettre », la Cour l'a déclaré établi en s'appuyant sur le fait que « le prévenu reconnaît qu'ils étaient induits en erreur par les éclaireurs et que plusieurs innocents étaient arrêtés. Tel est le cas de la victime commerçant motard de son état arbitrairement arrêtée et libérée par lui » ; et que « le fait de remettre une convocation pour arrêter les suspects à désigner par les éclaireurs devait selon tout bon sens conduire aux abus ».

Par rapport à la quatrième question (abstention d'exercer le contrôle), la Cour a soutenu que cet élément était établi parce que « chaque équipe a opéré indépendamment et [l'accusé] reconnait que le rapport était fait à Kyundu, un civil qui ne connait rien des fonctions de commandement, ce qui est une démission dans le contrôle de ses hommes ». La Cour a également soutenu que « constitue une abstention d'exercer le contrôle, le fait pour chef militaire ou faisant effectivement fonction de laisser ses hommes faire rapport de mission à un chef civil ne les ayant pas requis ».

La cinquième et dernière condition, à savoir, « l'absence des mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher, réprimer, référer », a fait l'objet d'une argumentation difficile à comprendre en raison des maladresses de rédaction de l'arrêt. La Cour a jugé cette condition établie en s'appuyant sur les faits suivants : « malgré les erreurs qu'il reconnait dans ses déclarations, il a laissé évoluer la mission pendant trois jours ; il affirme avoir prodigué des conseils et même alias Dawa ya Panya, gardé à vue, n'a pas été entendu et fut relaxé avant leur retour. Le policier Kasongo Malwata, interpellé à l'auditorat militaire supérieur le fut sur initiative de l'officier du ministère public et non de lui-même. Cela prouve en lui l'existence d'une nonchalance et la tolérance coupable amenant la cour à déclarer qu'il a accepté et assumé les actes posés par ses hommes et a même reçu en

cadeaux certaines chèvres irrégulièrement obtenues ». Sur la base de ces éléments, la Cour a déclaré que la responsabilité de l'accusé était « engagée en sa qualité de chef militaire ou faisant effectivement fonction en tant que telle ».

Observation

L'arrêt *Amuri* est la première affaire dans laquelle la responsabilité de supérieur hiérarchique, et plus spécifiquement celle du chef militaire, a été établie à l'encontre d'un policier. Cependant, quand on examine l'argumentation ayant conduit à cette application, quelques difficultés apparaissent. En effet, l'on peut d'abord observer que l'arrêt invoque cinq conditions, tirées sans doute de la Décision *Bemba*, même si l'arrêt ne la cite pas expressément. Toutefois, dans les conditions mentionnes, l'on constate que la Cour a omis de citer celle qui touche au *lien de causalité* entre l'omission du chef militaire et la survenance des crimes.

Ensuite, lorsqu'on analyse la manière dont la Cour a interprété et appliqué ces conditions les unes après les autres, les constats suivants se dégagent. En premier lieu, l'arrêt soutient que M. Amuri est un chef militaire auquel s'adresse le paragraphe a) de l'article 28 du Statut de Rome. En avançant une telle affirmation, l'arrêt n'explique toutefois pas dans quelle mesure un policier peut être considéré comme un chef militaire puisque les deux statuts sont différents : en dehors de tout conflit armé, un policier, commissaire supérieur fut-il, n'est pas un militaire et vice versa[660]. Il est possible que la Cour militaire se soit fondée sur le fait que l'article 156 de la Constitution et l'article 106 du Code judiciaire militaire congolais rendent les policiers justiciables des juridictions militaires pour conclure qu'ils sont assimilés aux militaires. Si tel est effectivement ce que les juges de la Cour ont eu en tête, force est de constater que cette approche est contestable puisque (i) le fait de relever de la compétence personnelle des juridictions militaires n'implique pas nécessairement qu'on est militaire dans la mesure où le Code judiciaire militaire prévoit plusieurs hypothèses dans lesquelles des individus non militaires peuvent être justiciables des juridictions militaires sans qu'ils soient considérés comme des militaires ; (ii) l'article 107 du Code judiciaire militaire précise qui peut être considéré comme militaire[661] et on n'y trouve pas les policiers ; et enfin (iii) l'article 2, alinéa 2, de la loi organique n° 11/013 du 11 août 2011 portant organisation et

660 Nora Karsten, « Distinguishing Military and Non-military Superiors : Reflections on the *Bemba* Case at the ICC », *JICJ*, vol. 7, 2009, p. 997.

661 Aux termes de l'article 107 du Code judiciaire militaire, « sont considérés comme militaires, au sens du présent Code, tous ceux qui font partie des Forces Armées : (1) les officiers, sous-officiers et hommes du rang ; (2) ceux qui sont incorporés en vertu d'obligations légales ou d'engagements volontaires et qui sont au service actif, sans qu'il soit, en outre, établi qu'ils ont reçu lecture des lois militaires. Il en est de même quand, avant d'être incorporés, ils sont placés à titre militaire dans un hôpital, un établissement pénitentiaire ou sous la garde de la force publique, ou sont mis en subsistance dans une unité ; (3) les réformés, les disponibles et les réservistes même assimilés, appelés ou rappelés au service, depuis leur réunion en détachement pour rejoindre, ou s'ils rejoignent isolément, depuis leur arrivée, jusqu'au jour inclus où ils sont renvoyés dans leurs foyers ; (4) les militaires en congé illimité sont réputés en service actif ».

fonctionnement de la Police nationale congolaise dispose clairement que « la police nationale congolaise (…) est un service public, *civil* (…) », tandis que l'article 6 de la même loi dispose à son tour que « la Police nationale est soumise à l'autorité *civile* locale et placée sous la responsabilité du ministre ayant les affaires intérieures dans ses attributions ». Au regard de ces dispositions, l'on ne voit pas trop bien pourquoi la Cour militaire de Kindu a considéré que le commissaire supérieur de police était un chef militaire. Il est donc difficile de se rallier à la thèse de la Cour militaire consistant à appliquer au commissaire supérieur l'article 28(a) réservé aux chefs militaires. Il semble que dans des hypothèses de ce genre, un tel policier devrait, à la rigueur, être considéré comme un supérieur hiérarchique « non militaire » auquel s'adresse plutôt l'article 28(b) du Statut de Rome.

En deuxième lieu, sur la question de la connaissance (*mens rea*), l'analyse faite par la Cour militaire semble soutenir que l'accusé a organisé l'attaque en question en déployant trois équipes. Dès lors qu'il a organisé, supervisé et même ordonné cette attaque, il s'ensuit nécessairement qu'il savait que les crimes allaient se commettre et savait également que ces crimes avaient été commis parce que c'est lui qui est à l'origine de ces crimes. L'on ne peut donc qu'attendre de lui que l'abstention d'agir. Cependant, à vrai dire, et contrairement à ce que dit la Cour, il ne s'est pas abstenu d'exercer le contrôle. Bien au contraire, il l'a exercé *pour la commission des crimes*. C'est pour cette raison également que l'on ne peut pas non plus attendre de lui qu'il prenne des mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher les crimes, les réprimer ou transmettre l'affaire auprès d'une autorité compétente pour enquête et poursuites.

En réalité, les deux éléments qu'on vient de voir, les trois autres restants qui ont été invoqués par la Cour militaire et la manière dont cette dernière a interprété les cinq conditions, traduisent le caractère inapproprié du recours à la responsabilité des supérieurs hiérarchiques tirée de l'article 28. En effet, dès lors que l'accusé a planifié avec le chef de localité Kyundu les attaques contre une population civile, à savoir le clan des Aseka Konde, il semble qu'il était plus indiqué qu'il soit poursuivi en tant que coauteur indirect. Le recours à ce mode de participation aurait été justifié par le fait que (i) il existait un accord entre l'accusé et le sieur Kyundu, lequel accord avait pour objet la réalisation de cette attaque contre les Aseka Konde, ou à tout le moins comportait le risque que ces crimes soient commis dans le cours normal des événements; (ii) les deux individus ont apporté chacun sa contribution à la réalisation de cet accord, M. Kyundu ayant fourni une liste des personnes à arrêter et les éclaireurs pour identifier les victimes, tandis que l'accusé fournissait des policiers pour exécuter la mission ; (iii) les contributions de chacun étaient d'une importance telle que chacun pouvait compromettre la réalisation de l'accord en s'abstenant d'apporter sa part ; (iv) les deux individus ont eu à leur disposition es policiers insuffisamment formés et donc faciles à manipuler sans se poser des questions de sorte que l'exécution de la mission était garantie par la discipline même qui est censée régner et qui, en fait, a régné au sein de ces éléments de police. Il s'ensuit que l'article 28 était inapproprié et que la Cour aurait dû recourir à l'article 25(3)(a) du Statut de Rome.

D. Principales tendances

L'étude de la jurisprudence congolaise relative aux formes de responsabilité pénale individuelle pour les crimes prévus dans le Statut de Rome conduit aux constatations suivantes.

Premièrement, comme on l'a relevé dans la Section I de ce chapitre (observations préliminaires), dans la grande majorité, les juridictions congolaises ont tendance à mélanger les définitions des crimes tirées du Statut de Rome aux formes de participation criminelle prévues en droit interne pour les crimes ordinaires ou crimes de droit commun (article 5 du Code pénal militaire et l'article 21 du Code pénal ordinaire). Dans d'autres jurisprudences, l'on constate la tendance à rechercher les formes de responsabilité pénale individuelle, non pas dans les articles 25 et 28 du Statut de Rome, mais dans les Eléments du crime qui se rapportent aux actes matériels exigés pour établir l'un des trois crimes relevant de la compétence de la CPI. Pour des raisons déjà invoquées à la section première du présent chapitre, l'une comme l'autre tendance doit être abandonnée.

Il existe toutefois des jurisprudences dans lesquelles les tribunaux congolais ont invoqué, dans la motivation de leurs décisions, les articles 25 et/ou 28 du Statut de Rome, quand bien même ces dispositions n'ont pas été mentionnées dans l'acte d'accusation. Dans les lignes qui suivent, l'on essayera de synthétiser les principales tendances qui ont marqué l'interprétation de ces deux articles par les juridictions militaires congolaises.

1. Formes de responsabilité tirées de l'article 25

Deux principales tendances peuvent être constatées dans l'application des formes de responsabilité tirées de l'article 25. Premièrement, les tribunaux militaires ont tendance, lorsqu'ils réfèrent à l'article 25, dans les quelques affaires où il a été fait allusion à cet article, à reproduire intégralement cet article, sans spécifier la disposition précise qui s'applique à l'accusé. Cette démarche est difficile à concilier avec la précision qu'on attend d'une décision judiciaire, en particulier lorsqu'elle prononce des peines sévères comme la servitude pénale à perpétuité. De même que l'article 5 du Code pénal militaire prévoit au moins quatre hypothèses pour lesquelles un individu peut être reconnu coupable, comme auteur ou coauteur, d'un crime, de même l'article 25 du Statut de Rome prévoit toute une série d'hypothèses par lesquelles une personne peut être tenue pour responsable des crimes de droit international. Dès lors que ce dernier article prévoit une multitude d'hypothèses, il s'ensuit que l'on ne peut pas condamner une personne sur la base de l'article 25 du Statut de Rome pris dans sa globalité. Il est donc important de spécifier le fondement précis de la responsabilité d'un accusé dans la commission des crimes.

Lorsque les juges militaires congolais ont essayé de spécifier le contenu de l'article 25, il s'est alors dégagé une deuxième tendance, constatée principalement auprès des juridictions militaires du Sud-Kivu. Celle-ci a consisté dans une lecture erronée de la Décision *Lubanga* sur la coaction (directe ou indirecte). L'on a constaté que depuis l'arrêt *Kibibi*, les juridictions du Sud-Kivu ont longtemps soutenu, en se fondant erronément sur la Décision

Lubanga, que la théorie de la coaction reposait sur une approche subjective permettant de distinguer les auteurs et les complices, alors que la Décision *Lubanga* avait clairement opté pour l'approche de la coaction fondée sur le contrôle exercé sur le crime. C'est par l'arrêt *colonel 106* que cette tendance a, heureusement, été abandonnée.

L'application de la théorie de la coaction fondée sur le contrôle exercé sur le crime dans l'arrêt *colonel 106* s'est toutefois heurtée à trois types d'incertitudes. Celles-ci tiennent dans un premier temps à la manière dont la Cour militaire de Bukavu comprend les deux conditions exigées par rapport à la théorie précitée : l'existence d'un accord entre les coauteurs et le caractère essentiel et coordonné de la contribution que chaque coauteur est censé apporter de telle sorte qu'il puisse être capable de compromettre la réalisation du crime en s'abstenant d'apporter sa contribution. Elles tiennent dans un deuxième temps à la nécessité d'opérer un distinguo entre un (co)auteur *indirect* qui commet le crime par l'intermédiaire d'une organisation ou d'une structure et les coauteurs *directs* qui exécutent matériellement le crime. Elles tiennent enfin, dans un troisième temps, à la relation qui peut exister entre un *auteur indirect* et les *coauteurs directs* lorsque ceux-ci agissent suivant les instructions de celui-là.

Relevons enfin que dans l'analyse de la coaction, les tribunaux militaires congolais n'ont pas toujours insisté sur le fait que'en matière des crimes de droit international, la distinction entre la coaction et la complicité n'entraîne pas les mêmes conséquences sur la peine que lorsqu'il s'agit des crimes de droit commun. Si, pour ces derniers crimes en effet, les complices sont punis d'une peine qui ne peut dépasser la moitié de celle qu'ils auraient encourue s'ils avaient été reconnus comme auteurs (article 21(2) du Code pénal ordinaire), cette distinction n'est pas applicable lorsqu'il s'agit des crimes de droit international comme ceux qui sont prévus dans le Statut de Rome. C'est sans doute pour cette raison que le nouvel article 21*bis* du Code pénal ordinaire, introduit par la loi du 31 décembre 2015, ne reprend pas cette distinction.

2. Responsabilité des supérieurs hiérarchiques tirée de l'article 28

Les quatre tendances principales découlant de l'application, par les juridictions militaires congolaises, de la responsabilité pénale des supérieurs en vertu de l'article 28 du Statut de Rome peuvent être ainsi synthétisées.

Premièrement, comme pour l'article 25, ici encore l'on peut signaler la tendance à se contenter de se référer à l'article 28 de manière générale, sans spécifier s'ils ont affaire à un chef militaire ou à un supérieur non militaire (procès de Walikale et jugement *Kakado*). Dès lors que les exigences de la responsabilité du chef militaire ne sont pas les mêmes que celles du supérieur non militaire, il est donc important de spécifier la disposition qui s'applique concrètement à l'accusé. Dans ce même sens, l'on peut également signaler cette autre difficulté à opérer un distinguo entre le chef militaire et le supérieur hiérarchique non militaire. Par exemple, dans cette même affaire *Kakado*, les juges militaires ont appliqué à tort le statut de chef militaire à un chef spirituel, tandis que dans l'affaire *Amuri*, ils ont considéré, à tort également, qu'un commissaire supérieur de police était un chef militaire.

Deuxièmement, les tribunaux congolais ont tendance à rechercher le fondement de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques dans l'existence d'un ordre criminel que ce supérieur aurait donné à ses subordonnés alors que c'est l'omission d'agir qu'il faut établir. En procédant ainsi, il y a un risque de laisser impuni le supérieur hiérarchique pour lequel il n'est pas possible de prouver qu'il a émis des ordres criminels, mais dont il apparaît clairement qu'il a laissé faire une conduite criminelle de ses subalternes alors qu'il avait l'obligation d'intervenir.

Troisièmement, les juridictions militaires n'opèrent pas toujours de manière suffisamment claire la distinction entre l'exigence du *contrôle effectif* et un simple *pouvoir d'influence* (jugement *Kakado*). Pourtant, ce qui est exigé dans la responsabilité des supérieurs hiérarchiques, c'est l'existence d'un contrôle effectif et non le pouvoir d'influence. L'on ne peut donc reprocher, suivant cette forme de responsabilité, à un accusé de n'avoir pas fait usage de son pouvoir d'influence pour empêcher les crimes. Toutefois, comme on l'a vu dans l'affaire *Gedeon*, celui qui a usé de son pouvoir d'influence pour aider ou encourager la commission des crimes peut être puni suivant les formes de responsabilité prévues à l'article 25.

Quatrièmement, dans l'établissement de l'élément moral de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques, les juridictions militaires ne distinguent pas toujours de manière claire la connaissance antérieure (les crimes *vont être commis* par les subordonnés), et la connaissance postérieure (les crimes *ont déjà été commis* par ces subordonnés). Cette difficulté entraîne à son tour, celle d'identifier la nature des mesures nécessaires et raisonnables qu'on peut reprocher au supérieur hiérarchique de n'avoir pas prises. Ainsi, si la connaissance antérieure appelle des mesures de caractère préventif et que la connaissance postérieure appelle des mesures de caractère répressif, l'on ne peut pas partir de la connaissance postérieure pour reprocher à un chef militaire l'absence des mesures préventives.

Dans l'affaire *Kakwavu*, par exemple, la Haute Cour militaire a reproché à l'accusé de n'avoir pas pris des mesures préventives alors que la connaissance qu'elle avait établie était de caractère postérieur, et non antérieur comme cela aurait logiquement dû l'être. De même dans le procès de Minova, la Cour militaire opérationnelle de Goma a acquitté les accusés sur la base du fait qu'ayant eu une connaissance (postérieure) des crimes, ils s'étaient acquittés de leur devoir de soumettre l'affaire à l'autorité compétente aux fins d'enquête et des poursuites. Mais, en prononçant cet acquittement, la Cour n'a pas vérifié si ces accusés savaient ou, en raison des circonstances, auraient dû savoir que leurs forces allaient commettre des crimes (connaissance antérieure) et que, sur cette base, ils auraient dû prendre des *mesures préventives* qu'ils n'ont pas prises pour contrôler leurs forces. L'argumentation tenue dans ces deux arrêts (arrêt *Minova* et arrêt *Kakwavu*) est révélatrice de la difficulté fondamentale à distinguer ces deux types de connaissance (antérieure et postérieure). Elle est aussi révélatrice de la difficulté à identifier les conséquences attachées à cette distinction en ce qui concerne les mesures raisonnables et nécessaires que l'on peut reprocher au supérieur hiérarchique de n'avoir pas prises. Il est enfin possible que cette approche ambiguë de la *mens rea*, doublée de celle des mesures nécessaires et raisonnables,

soit à l'origine de cette erreur de droit contenue dans l'arrêt *Kakwavu* où la Haute Cour militaire a déclaré que le fait de punir les coupables dégageait la responsabilité du chef militaire qui a omis de prendre des mesures préventives alors qu'il savait que ses forces allaient commettre des crimes, alors qu'une telle position est contraire à la jurisprudence internationale, et n'est soutenue par aucune source doctrinale.

Il est donc important que ces distinctions apparaissent clairement dans les prochaines jurisprudences. Il est aussi important que les juridictions congolaises continuent de faire apparaître dans leurs décisions que ce qui est prioritaire dans l'institution de cette forme de responsabilité, c'est d'abord et avant tout, les mesures préventives auxquelles les supérieurs hiérarchiques (militaires ou non militaires) doivent se montrer plus attentifs pour protéger les victimes des conflits armés. L'objectif de cette forme de responsabilité n'est pas la prise des mesures répressives après la commission des crimes, la répression ne pouvant réparer que trop partiellement les dégâts humains causés par la commission de ces crimes.



V

La fixation de la peine par les juridictions militaires congolaises : une sévérité excessive ?

Dans la grande majorité des décisions rendues par les Cours et tribunaux congolais, l'on peut constater, depuis l'affaire *Songo Mboyo* et excepté dans l'affaire *Kalonga et consorts*, que chaque fois que des individus ont été reconnus coupables de crimes prévus dans le Statut de Rome, nul n'a été condamné à la peine de mort. Dans l'affaire *Gédéon*, même si beaucoup de condamnés ont écopé de la peine capitale[662], l'on constate toutefois que cette peine a été prononcée pour d'autres infractions (mouvement insurrectionnel) punissables de la peine de mort qui entraient en concours avec les crimes contre l'humanité. Pour ces derniers crimes toutefois, il apparaît que les accusés reconnus coupables ont été condamnés à la servitude pénale à perpétuité. C'est donc en application de l'article 7 du Code pénal militaire que seule la peine la plus forte a été prononcée, c'est-à-dire la peine capitale. La règle ainsi consacrée par la pratique judiciaire congolaise demeure donc de condamner les coupables des crimes prévus par le Statut de Rome à une peine de servitude pénale et non à la peine de mort. Le raisonnement juridique qui a abouti à cette règle est néanmoins très fragile et, à bien des égards, critiquable. Par ailleurs, les décisions des juges congolais ne reposent pas toujours sur un effort d'analyse des éléments pouvant constituer des circonstances atténuantes en faveur des personnes condamnées. Les circonstances aggravantes, quant à elles, ne sont souvent que déduites mais jamais explicitées ni analysées.

A. Rejet de la peine de mort

Le fondement juridique invoqué par les juridictions congolaises pour justifier le rejet de la peine de mort et la préférence de la servitude pénale n'est pas le droit interne congolais. Ce fondement juridique n'est pas non plus tiré d'une interprétation de l'article 80 du

662 Voy. *Bulletin des arrêts de la HCM*, p. 375.

Statut de Rome qui consacre une marge d'appréciation au profit des États en matière des peines à prononcer contre les condamnés puisque c'est précisément le droit national que les juges militaires congolais ont écarté pour appliquer le Statut de Rome. Le fondement juridique très souvent invoqué est plutôt l'article 77 du Statut de Rome. En écartant le droit interne congolais et en choisissant le Statut de Rome, les juridictions congolaises ont toutefois avancé une motivation reposant sur deux arguments principaux dont il convient d'examiner la pertinence.

Le premier argument est tiré du fait que certaines incriminations, et tout particulièrement les crimes de guerre, pourtant prévues par le Code pénal militaire congolais, n'étaient pas assorties de peines alors que, selon les juges, le législateur congolais n'entendait nullement les laisser impunis. Dans le jugement *Bongi* par exemple, le TMG de l'Ituri a soutenu que « le code pénal militaire du 18 novembre 2002 (…) accuse pourtant une lacune criante en ne sanctionnant pas le crime de guerre qui y est dépourvu de peine ; (…) qu'il y a lieu, dans ces conditions, de chercher à combler les lacunes de la législation interne en trouvant appui sur le traité de Rome portant Statut de la Cour pénale internationale ratifié par la RDC en vue de mieux atteindre l'objectif que s'est fixé le législateur congolais, celui de voir punis les crimes de guerre par les juridictions militaires au niveau national (…) ; [et que] de toute évidence, le législateur congolais n'avait nullement l'intention de laisser impuni ce crime atroce dont il a reconnu la haute gravité en ratifiant le [Statut de Rome] ». Cette argumentation est par ailleurs confirmée par la Cour militaire de Kisangani siégeant en appel dans cette même affaire. Cette Cour militaire a en effet soutenu que « l'article 173 du Code pénal militaire donne le contenu de la notion de crimes de guerre, mais reste muet sur la peine à infliger, c'est dire que l'incrimination de crimes de guerre est dépourvue de sanction pénale » ; que « la législation congolaise ne pouvait nullement laisser impunies toutes ces atrocités dont il reconnait la gravité par la ratification du Statut de Rome » ; que « l'article 173 n'a jamais prévu de peine pour les crimes de guerre même par la technique de renvoi » ; et que, sur cette base, « il y a lieu de combler cette lacune de la législation congolaise en se basant sur le Statut de Rome »[663]. On retrouve cette argumentation également dans l'arrêt *Kabala* où la Cour militaire de Bukavu a soutenu que « l'article 166 [du Code pénal militaire] qui définit les crimes contre l'Humanité reprend un certain nombre d'incriminations constitutives de crimes de guerre dans le Statut de Rome » ; et qu' « aucune peine n'est d'ailleurs prévue pour ces crimes »[664].

663 Arrêt *Bongi*, p. 15.
664 Arrêt *Kabala*, p. 20.

Cette argumentation, appuyée par certains auteurs[665], est toutefois contestable à la lecture des articles 26, 162, et 167 du Code pénal militaire (version de 2002). D'abord, l'article 26 du Code pénal militaire prévoit, en termes généraux, les peines applicables par les juridictions militaires[666]. Il est important de noter que cet article est rédigé dans des termes similaires à ceux de l'article 23, alinéa 1er, du Statut du TPIR ou de l'article 24, alinéa 1er, du Statut du TPIY[667], qui demandent à ces tribunaux internationaux, au moment de prononcer les peines, de faire « recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux » de l'ex-Yougoslavie ou du Rwanda. On retrouve par ailleurs une disposition similaire à la section 10(1)(a) du Règlement de l'Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental (ATNUTO) créant les chambres spéciales pour la répression des crimes graves commis au Timor oriental en 1999, ainsi qu'à l'article 19, alinéa 1er, du statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone où il est demandé à ces tribunaux internationalisés de se référer à la pratique judiciaire des tribunaux internationaux ainsi qu'à celle des tribunaux respectivement du Timor oriental ou de la Sierra Léone. Par rapport à l'article 26 du Code pénal militaire, il apparaît ainsi que dès lors que cet article prévoit en termes généraux des peines applicables par les juridictions militaires, quand bien même c'est sans préciser celles qui sont spécifiquement applicables aux crimes de guerre, le principe de la légalité des peines est respecté. Rien ne justifie dans ces conditions de recourir à l'article 77 du Statut de Rome, soi-disant pour combler la lacune de la législation congolaise au nom du principe de complémentarité[668]. Ensuite, contrairement à ce que disent les juges du TMG et de la Cour militaire dans l'affaire *Bongi*, les peines ont bien été prévues pour les crimes de guerre. En effet, l'article 162 prévoit clairement que « les crimes contre l'humanité sont poursuivis et réprimés *dans les mêmes conditions que les crimes de guerre* ». Tandis que l'article 167 prévoit quant à lui que « les infractions prévues à l'article précédent [c'est-à-dire, les crimes contre l'humanité définis comme étant des crimes de

665 Patryk I. Labuda, *op. cit.*, pp. 420-421 : « It is significant that there is no penalty for war crimes in this provision. Under Congolese criminal law and in line with the continental tradition of criminal law, there is no crime without a specific penalty (*nulla poena sine lege*, the principle of legality of penalties). This means that, in theory at least, any prosecution of war crimes in the DRC would violate this fundamental principle of criminal law » ; Jean-Michel Kumbu, « National Courts : the Situation in the Democratic Republic of Congo », in Heike Krieger (dir.), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, Cambridge, CUP, 2015, pp. 217 et suivantes.

666 L'article 26 du Code pénal militaire dispose : « les peines applicables par les juridictions militaires et les mesures de sûreté sont : (1) la mort par les armes ; (2) les travaux forcés ; (3) la servitude pénale ; (4) l'amende ; (5) la confiscation spéciale ; (6) la dégradation ; (7) la destitution ; (8) la privation de grade ou la rétrogradation ; (9) l'interdiction temporaire de l'exercice des droits politiques et civiques ».

667 Ces deux articles précisent que « pour fixer les conditions de l'emprisonnement, la Chambre de première instance a recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux » de l'ex-Yougoslavie ou du Rwanda.

668 Cédric Ryngaert, « Horizontal Complémentarity », *in* Carsten Stahn et Mohammed El Zeydi (dir.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, vol. II, Cambridge, CUP, 2011, pp. 868-869: « As Article 26 of the Congolese military penal code listed in general terms the penalties that military courts can impose, without specifically referring to the penalties that are applicable to war crimes, there was in fact no gap that ought to be filled by Article 77 of the Rome Statute. Under the complementarity principle, if the domestic level can adequately deal with a case, there is no need for the ICC, or ICC law for that matter, to step in ».

guerre] sont punies de *servitude pénale à perpétuité* » ; et le second alinéa précise que « si [certaines de ces infractions] entraînent la mort ou causent une atteinte grave à l'intégrité physique ou à la santé d'une ou de plusieurs personnes, leurs auteurs sont passibles de la *peine de mort* ». Il s'ensuit que l'argumentation tenue dans l'affaire *Bongi* procède en réalité d'une lecture isolée et décontextualisée de l'article 173 du Code pénal militaire. Il est fort contestable de soutenir, sur la seule base de l'article 173, que le législateur congolais a omis de prévoir de peines applicables pour les crimes de guerre puisque ces peines figurent aux articles 26, 162 et 167 du Code pénal militaire. L'argumentation tenue dans l'affaire *Bongi* procède également d'une difficulté à déterminer le sort des crimes de guerre, dès lors qu'ils ont été confondus à tort aux crimes contre l'humanité. Pourtant, dès lors que certains des actes, qualifiés à tort de crimes contre l'humanité, et qui constituent en réalité des crimes de guerre, étaient prévus et punis par le législateur congolais de la servitude pénale à perpétuité ou de la peine capitale selon le cas, l'on ne peut logiquement pas soutenir que ce législateur a omis de prévoir des peines pour les crimes de guerre.

Le deuxième argument ayant présidé au rejet du droit interne congolais pour recourir à l'article 77 du Statut de Rome est tiré du fait que ce dernier texte était jugé par les juridictions comme étant plus favorable aux accusés puisque dans le droit interne congolais, ces crimes étaient punis de la peine capitale. Comme déjà signalé en introduction générale de la présente étude, cette justification est par ailleurs l'une des principales raisons mises en avant pour justifier de manière générale l'application directe du Statut de Rome, les autres raisons étant la définition claire des incriminations et des formes de responsabilité pénale individuelle ainsi que le régime de la protection des victimes. Ainsi, dans l'arrêt *Songo Mboyo*, la Cour militaire de l'Équateur a soutenu que « le Statut de Rome est très favorable aux prévenus et rejoint la doctrine constante qui dispose qu'en pareille circonstance, c'est la loi la plus douce qui est d'application en l'espèce ». Selon la Cour en effet, « le Statut de Rome qui écarte la peine capitale et qui dispose des mécanismes protecteurs des victimes efficaces [est jugé plus doux] pour être retenu dans le cadre du procès en cours »[669]. On retrouve cette même argumentation dans beaucoup d'autres décisions judiciaires rendues par les Cours et tribunaux congolais en rapport avec l'application directe du Statut de Rome[670]. L'ambiguïté de ce deuxième argument, en ce qui concerne les crimes de guerre, réside dans le fait que les juridictions congolaises, tout en soutenant que le législateur congolais avait omis de prévoir de peine pour les crimes de guerre, soutiennent quand même que les peines prévues dans le Statut de Rome pour les crimes relevant de la compétence de la CPI, y compris les crimes de guerre, sont plus douces que celles du droit congolais parce que le Statut de Rome n'applique pas la peine de mort. Pourtant, si effectivement le droit congolais n'avait pas prévu de peines (pour les crimes de guerre), l'on ne voit pas comment l'on soutiendrait que les peines prévues par le droit congolais sont plus sévères que celles du Statut de Rome.

669 Arrêt *Songo Mboyo*, p. 25.
670 Voy. notamment le jugement *Kahwa*, p. 24 ; arrêt *Kabala et consorts*, p. 19.

L'on constate finalement que le rejet, par les juridictions militaires congolaises du droit interne pour préférer l'article 77 du Statut de Rome, reposait en fait sur des arguments fragiles. Quoi qu'il en soit, le rejet quasi systématique de la peine de mort constitue sans doute une avancée en matière des droits de l'homme puisque cette peine a souvent été présentée comme cruelle, inhumaine et dégradante et aucun tribunal soutenu par les Nations Unies ne l'a appliquée. L'on peut ainsi regretter, comme l'écrit le professeur Jean-Michel Kumbu, que le législateur congolais ne se soit pas inscrit dans cette tendance jurisprudentielle vers l'abolition de la peine de mort[671]. Dans les trois lois votées le 31 décembre 2015 en effet, l'on constate que les individus responsables des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont passibles de la peine de mort.

Concernant spécifiquement la servitude pénale, préférée à la peine de mort, l'on observe également, à beaucoup d'égards et toujours sur la base de l'article 77 précité, que pour les juridictions militaires congolaises, la servitude pénale *à perpétuité* a généralement été préférée à la peine de servitude pénale *à terme*. Cinq raisons peuvent expliquer cette situation : (i) le droit (militaire) congolais ne distingue pas la phase du verdict de culpabilité et celle de la fixation de la peine ; (ii) le verdict de culpabilité et la peine sont rendus dans un seul et même jugement ; (iii) les accusés et leurs avocats n'ont pas l'habitude de plaider, à titre subsidiaire, les circonstances atténuantes au cas où ils étaient reconnus coupables ; (iv) le ministère public pour sa part se limite souvent, dans son réquisitoire, à demander à la juridiction saisie de condamner l'accusé aux peines prévues par la loi, sans toujours invoquer les circonstances atténuantes ou les circonstances aggravantes entourant la commission du crime ; et enfin (v) le droit congolais ne reconnaît aux victimes constituées en parties civiles le droit d'intervenir que par rapport à leurs intérêts civils et non sur la question de la peine.

Il existe certes des affaires dans lesquelles les accusés ou le ministère public ont plaidé les circonstances atténuantes. Dans l'affaire *Songo Mboyo*, les accusés ont, après avoir plaidé leur acquittement, demandé au tribunal, « à l'extrême impossible, de leur accorder le bénéfice des larges circonstances atténuantes dues à la réconciliation nationale en vue de participer à la réformation d'une armée républicaine » ; et de « tenir aussi compte du fait de leur mentalité fruste et le défaut de n'avoir pas suivi une formation militaire régulière »[672]. De même dans l'arrêt *Minova*, le ministère public a requis « deux ans de servitude pénale, avec le bénéfice de larges circonstances atténuantes tenant aux conditions difficiles de travail pendant cette période des hostilités, pour tous les prévenus poursuivis pour leur responsabilité en tant que chefs militaires ». Dans l'affaire *Kakwavu*, le ministère public a, dans son réquisitoire, demandé à la Haute Cour militaire « de condamner le prévenu Kakwavu avec admission de larges circonstances atténuantes » à des peines allant de 5 ans à 8 ans de servitude pénale, sans toutefois spécifier lesdites circonstances atténuantes[673]. L'accusé lui-même a plaidé son acquittement et « si par impossible, les infractions sont déclarées établies, il faut penser en ses qualités et considérer que c'est un délinquant

671 Jean-Michel Kumbu, « National Courts : the Situation in the Democratic Republic of Congo », *op. cit*.
672 Voy. jugement *Songo Mboyo,* in Revue *Horizons* 2006, p. 67.
673 Arrêt *Kakwavu (fond),* p. 14 et 18.

primaire »[674]. Cependant, le nombre de telles affaires reste trop faible pour conclure à une évolution de la pratique judiciaire congolaise. Celle-ci révèle donc que la servitude pénale à perpétuité apparaît ainsi comme la *règle*, tandis que la servitude pénale à terme, comme l'*exception*. Les juridictions congolaises ont ainsi de l'article 77 du Statut de Rome une application particulièrement sévère.

Il est pourtant intéressant d'examiner ce que dit exactement l'article 77 du Statut de Rome au regard de l'application qui en a été faite par les juridictions militaires congolaises. Pour rappel, le premier paragraphe de cet article est ainsi libellé : « sous réserve de l'article 110, la Cour peut prononcer contre une personne déclarée coupable d'un crime visé à l'article 5 du présent Statut l'une des peines suivantes: (a) une peine d'emprisonnement à temps de 30 ans au plus ; ou (b) une peine d'emprisonnement à perpétuité, *si l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient* »[675].

L'analyse des travaux préparatoires du Statut de Rome indique que cette formulation est le fruit d'un compris. En effet, à la conférence de Rome, un nombre important des États était favorable à l'inclusion de la peine de mort dans le Statut de Rome. Ces États étaient néanmoins disposés à admettre qu'à défaut de la peine capitale, le Statut de Rome inclue la peine de servitude pénale à perpétuité. Cette proposition a, elle aussi, rencontré une opposition de la part d'un autre nombre important des États (notamment Andorre, le Chili, Cuba, Israël, Mexique, Espagne, Portugal et le Venezuela, le Qatar et l'Arabie saoudite) qui voyaient dans la peine de servitude pénale à perpétuité, une peine cruelle, inhumaine et dégradante et surtout « pire que la mort » en ce qu'elle excluait toute possibilité de réhabilitation du condamné et l'obligeait de vivre sans avoir un projet d'avenir[676]. En outre, le maintien de cette peine allait poser certains problèmes constitutionnels dans certains États tels que le Venezuela, la Colombie, l'El Salvador et le Nicaragua, puisque les Constitutions de ces derniers leur interdisaient d'appliquer ce type de peines. L'article 77 du Statut de Rome est donc l'expression du compromis entre ceux qui réclamaient que les auteurs des crimes prévus dans le Statut de Rome soient passibles de la peine de mort et ceux qui étaient opposés aussi bien à cette peine qu'à la servitude pénale à perpétuité[677].

674 *Idem*, p. 17.

675 C'est nous qui soulignons.

676 Damien Scalia, « Article 77 : Peines applicables », *in* Julian Fernandez et Xavier Pacreau (dir.), *Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, p. 1680 : « certains États membres de la Commission ont relevé que l'emprisonnement à vie (aboli par l'Assemblée constituante en 1789, car considéré comme « pire que la mort ») était incompatible avec les normes actuelles en matière des droits de l'homme et notamment avec la dignité humaine. Cela sera rappelé au sein du Comité préparatoire pour la création d'une future Cour criminelle internationale en 1996, notamment par la Suède, puis par des nombreux États, arguant du caractère cruel, inhumain et dégradant de l'emprisonnement à perpétuité et lors de la conférence diplomatique de Rome (par Andorre, le Chili, Cuba, Israël, Mexique, Espagne, Portugal et le Venezuela) auxquels l'on peut d'ailleurs ajouter le Qatar et l'Arabie saoudite qui reprochaient à cette peine son caractère indéterminé dans le temps.

677 William A. Schabas, « Penalties », *in* Antonio Cassese et autres (dir.), *op. cit.* (2002), p. 1509-1510 ; William A. Schabas, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, OUP, 2010, p. 893-894.

Il convient en outre de noter que l'article 77 est détaillé par la règle 145 du RPP. Comme on l'a vu dans le cadre juridique, en invoquant le RPP, il ne s'agit pas de soutenir que ce règlement est « directement applicable » dans l'ordre juridique interne congolais, comme le serait le Statut de Rome lui-même. C'est pour les besoins de l'*interprétation* du Statut que l'invocation de ce texte juridique est faite. La règle 145 porte sur la « fixation de la peine » et insiste, elle aussi, sur la nécessité d'évaluer les circonstances tant atténuantes qu'aggravantes dans la fixation de la peine et de ne prononcer la peine de servitude pénale à perpétuité que si l'extrême gravité de l'affaire le justifie. Il apparaît ainsi que selon l'article 77, complété par la règle 145 du RPP, la peine de servitude pénale à perpétuité ne peut être prononcée que de manière exceptionnelle. Le paragraphe 3 de la règle 145 précise d'ailleurs à cet égard que « la peine d'emprisonnement à perpétuité peut être prononcée lorsqu'elle est justifiée par l'extrême gravité du crime et la situation personnelle de la personne condamnée, attestées par l'existence d'une ou de plusieurs circonstances aggravantes ». Il s'ensuit que la *règle* posée par l'article 77 est donc l'application d'une peine de servitude pénale de 30 ans au maximum ; et l'*exception*, la peine de servitude pénale à perpétuité « si l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient ». En d'autres termes, pour prononcer la peine de servitude pénale à perpétuité, sur la base de l'article 77 du Statut de Rome, il faut établir l'existence des circonstances aggravantes entourant la commission des crimes.

Cependant, ce qui se dégage de la lecture des décisions judiciaires congolaises est que les juges congolais se fondent souvent sur l'absence de circonstances atténuantes pour prononcer la peine de servitude pénale à perpétuité contre les accusés reconnus coupables. Ainsi, dans l'arrêt *Songo Mboyo*, la Cour militaire de l'Équateur a confirmé le jugement du TMG de Mbandaka qui avait condamné, sans admission de circonstances atténuantes, tous les accusés reconnus coupables des crimes contre l'humanité à la peine de servitude pénale à perpétuité. En prononçant cette peine, le TMG et la Cour militaire n'ont toutefois pas établi l'existence des *circonstances aggravantes* pour la justifier. De même dans l'arrêt *Bavy-Ghety*, la Cour militaire de Kisangani a condamné le capitaine François Mulesa Mulombo, sans admission de circonstances atténuantes, à la peine de servitude pénale à perpétuité pour les crimes de guerre par meurtre, par viol, et par pillage[678]. Nulle part la Cour n'a établi l'existence des circonstances aggravantes à son encontre. La Cour militaire de Bukavu a, elle aussi, suivi cette voie dans l'affaire *Kabala et consorts* en condamnant, sans admission de circonstances atténuantes, le sous-lieutenant Kabala Mandumba à la peine de servitude pénale à perpétuité, pour les crimes de guerre par meurtre, viol, pillage et par atteinte à la dignité de la personne[679]. Ici encore, la Cour militaire n'a pas examiné s'il

678 Arrêt *Bavy-ghety,* p. 36.
679 Arrêt *Kabala et consorts,* p. 50.

existait des circonstances aggravantes justifiant cette peine. Beaucoup d'autres jugements et arrêts ont également emprunté cette voie[680].

Cette démarche traduit en fait une pratique judiciaire congolaise bien établie qui consiste à appliquer la peine la plus sévère (en l'occurrence la servitude pénale à perpétuité) aux crimes graves *sauf s'il existe des circonstances atténuantes*. Une telle pratique découle de certaines dispositions du Code pénal ordinaire et du Code judiciaire militaire qui règlementent les circonstances atténuantes dans la fixation des peines, sans jamais faire allusion aux circonstances aggravantes[681]. Cette pratique semble toutefois s'écarter de celle qui est instituée par l'article 77 du Statut de Rome puisque celle-ci consiste à appliquer la peine la plus sévère (la perpétuité) *uniquement lorsqu'il existe des circonstances aggravantes*. Dans le système du Statut de Rome d'ailleurs, il est précisé que l'absence des circonstances atténuantes n'implique pas nécessairement l'existence des circonstances aggravantes pour justifier la servitude pénale à perpétuité en vertu de l'article 77[682].

La démarche des juges congolais peut ainsi être critiquée sur trois points importants : (i) le fait que les juges militaires congolais ont systématiquement appliqué l'article 77 du Statut de Rome pour une matière – la fixation des peines – réglée dans le droit congolais par une législation claire et une pratique judiciaire éprouvée, alors que le recours au Statut de Rome n'était pas nécessaire ; (ii) le fait que, ce faisant, ils aboutissent à une incohérence qui consiste à réaffirmer un principe du droit pénal congolais, consistant à appliquer la peine la plus sévère aux crimes graves sauf s'il y a circonstance atténuante, de préférence au principe retenu dans le Statut de Rome qui consiste à n'appliquer la peine la plus sévère que s'il y a circonstance aggravante, alors même qu'on a prétendu écarter le droit congolais au profit du Statut de Rome ; enfin (iii), l'approche des juridictions militaires congolaises

680 Voy. notamment le jugement *Bongi* du 24 mars 2006 ; le jugement *Milobs* (concernant les accusés Jules Asida, Uzele Ubemu, Eric Ndjango Maki, Agenonga Ufoyuru) ; l'arrêt *Balumisa et consorts* de la Cour militaire de Bukavu (pour ce qui est des sentences prononcées contre les accusés à l'égard desquels la Cour n'a reconnu aucune circonstance atténuantes) ; l'arrêt *Minova* de la Cour militaire opérationnelle de Goma (concernant la sentence rendue contre les deux seuls militaires reconnus coupables de viol en tant que crimes de guerre), jugement *Lieke-Lesole* du TMG de Kisangani ; arrêt *colonel 106* ; jugement *Kizima* ; le jugement relatif à l'affaire *des Kimbanguistes* ; jugement et arrêt *Kamona et consorts* (affaire dite *Lemera*) ; jugement *Maniraguha et consorts* (en ce qui concerne l'accusé Maniraguha qui a été condamné à la peine de servitude pénale à perpétuité, tandis que l'accusé Sibomana a été condamné à la peine de 30 ans de servitude pénale simplement en raison de l'absence de circonstances atténuantes en sa faveur) ; jugement *Kakado* ; arrêt *Gédéon et consorts* ; jugement *Morgan*.

681 L'article 18, alinéa 1er, du Code pénal ordinaire dispose que « s'il existe des circonstances atténuantes, la peine de mort pourra être remplacée par la servitude pénale à perpétuité ou par une servitude pénale dont le juge déterminera la durée ». De même, l'article 19 du même Code dispose aussi que « tout jugement admettant des circonstances atténuantes les indiquera et les énumérera ». Ces deux dispositions ne s'intéressent qu'aux circonstances atténuantes et restent silencieuses sur les circonstances aggravantes. L'article 261 du Code judiciaire militaire adopte lui aussi la même démarche puisqu'il dispose que « si le prévenu est déclaré coupable, le président doit poser la question de savoir s'il existe des circonstances atténuantes ». Ici encore, il n'est nulle part demandé aux juges de vérifier l'existence des circonstances aggravantes dans la fixation des peines.

682 CPI (Ch. 1ère Inst. III), *Le Procureur c. Bemba*, « Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute », Doc. ICC-01/05-01/08-3399, 21 juin 2016, § 18 : « Aggravating circumstances must relate to the crimes upon which a person was convicted and to the convicted person himself. The absence of a mitigating circumstance can never serve as an aggravating circumstance ».

peut être difficile à concilier avec l'obligation de l'individualisation de la peine, c'est-à-dire, la nécessité d'une « adéquation de la peine prononcée au degré de responsabilité [du condamné] »[683], alors qu'une telle obligation constitue un des aspects du droit au procès équitable, ainsi que l'avaient rappelé le TPIY[684] et la Cour européenne des droits de l'homme[685]. Certes, en écartant la peine maximale lorsqu'il existe des circonstances atténuantes, les juridictions congolaises procèdent à une forme d'individualisation de la peine. Cependant, si deux individus poursuivis pour les mêmes faits étaient punis de la même peine (maximale) parce qu'il n'existe pas des circonstances atténuantes en leur faveur, mais que dans le cas du premier individu il existe des circonstances aggravantes qui sont absentes chez le second individu, la question de l'individualisation de la peine pourrait être posée dans ce cas. Or, c'est précisément le résultat auquel peut conduire la pratique judiciaire congolaise.

Quoi qu'il en soit, puisqu'il existe quand même un nombre important d'affaires dans lesquelles les juridictions congolaises ont appliqué une servitude pénale *à terme* en invoquant des circonstances atténuantes, il est alors intéressant d'analyser les éléments invoqués à titre de circonstances atténuantes. L'on mettra ensuite en évidence certains autres éléments qui constituaient des circonstances aggravantes et que les juridictions congolaises auraient dû invoquer dans leurs décisions.

B. Les circonstances atténuantes

La jurisprudence des tribunaux militaires congolais regorge au moins onze éléments qui ont été présentés comme constituant des circonstances atténuantes. Dans les lignes qui suivent, il sera question d'analyser le sens donné à ces éléments par les juridictions militaires congolaises suivant une approche comparative avec celle des juridictions internationales. Il ne sera toutefois pas question de discuter le taux des peines qui ont été prononcées puisque cette question relève des pouvoirs d'appréciation des juges.

1. Âge

L'âge en tant que circonstance atténuante est un élément qui a été retenu dans au moins deux décisions judiciaires. Dans l'affaire *Kahwa*, la Cour militaire de Kisangani a retenu

683 Pierrette Poncela, « La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, François Ost, Michel van de Kerchove et Sébastien Van Drooghenbroeck (dir.), *Les droits de l'homme : bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, FUSL et Bruylant, 2007, p. 374.

684 TPIY (Ch. Appel), *Le Procureur c. Delalic et consorts (affaire Čelebići)*, « Arrêt », affaire n° IT-96-21-A, 20 février 2001, § 717 : « Les Chambres de première instance ont un pouvoir d'appréciation très large, mais pas illimité, pour déterminer la juste peine. Cela tient en grande partie à l'obligation impérieuse qu'elles ont de personnaliser la peine pour tenir compte de la situation de l'accusé et de la gravité du crime. Pour ce faire, les Chambres de première instance sont tenues de prendre en considération les circonstances, tant aggravantes qu'atténuantes, propres à l'accusé ».

685 CEDH, *Goktepe c. Belgique*, « Arrêt », requête n° 50372/99, 2 juin 2005, § 29.

en faveur de l'accusé son « jeune âge » en tant que circonstance atténuante[686]. Il faudra noter que Kahwa étant né le 20 août 1973, il avait 29 ans au moment des faits pour lesquels il était poursuivi (octobre et novembre 2002), et 41 ans au moment où la Cour militaire précitée rendait son arrêt en 2014. De même dans l'affaire *Amuri*, la Cour militaire de Kindu avait retenu en faveur de l'accusé, à titre de circonstances atténuantes, notamment « son jeune âge, et le fait qu'il peut encore être utile à la police ». Ici encore, il faut préciser que l'accusé est né en 1969, ce qui implique qu'il avait 43 ans au moment des faits (mai 2012), et 46 ans au jour de sa condamnation en 2015. Dans les deux affaires toutefois, les deux juridictions n'ont pas précisé s'ils prenaient en compte l'âge du condamné au moment des faits ou au moment de leur condamnation.

Par rapport à la question de l'âge, il faut relever que cet élément fait partie de la situation personnelle du condamné et est prévu par la règle 145 RPP. En effet, cette dernière demande aux juges de prendre en compte notamment « l'âge » . Il faudra également rappeler que les tribunaux internationaux ont eu à se prononcer sur la question de l'âge des condamnés en tant que circonstance atténuante. Ainsi, dans l'affaire *Seromba*, la Chambre de première instance du TPIR a pris « note de l'âge relativement jeune de l'accusé Athanase Seromba, qui avait 31 ans au moment des faits, et de la possibilité de sa réhabilitation éventuelle »[687]. Cependant, la Chambre d'appel du même TPIR a rejeté le fait que l'âge de 31 ans au moment des faits constituait une circonstance atténuante[688]. Dans le jugement *Erdemović*, le TPIY était d'avis « de privilégier le relatif jeune âge de l'accusé au moment des faits, sa situation familiale actuelle, son absence de dangerosité, le geste de secours à l'endroit du témoin X, et un ensemble de traits caractérisant une personnalité amendable »[689]. Le même tribunal a, dans la suite, observé qu'« à l'époque du massacre de la ferme collective de Pilica, l'accusé avait 23 ans » ; et qu' « il en a aujourd'hui 26 et il a été démontré qu'il n'est pas une personne dangereuse pour son entourage »[690]. Le TPIY a ensuite soutenu que « la situation personnelle ainsi que le caractère de l'accusé (…) indiquent que sa personnalité est amendable ; [et qu'] il conviendrait de lui donner une seconde chance afin qu'il puisse prendre un nouveau départ dans la vie après sa libération, tout en étant encore assez jeune pour le faire »[691]. Dans l'affaire *Nyiramasuhuko et consorts*, la Chambre de première instance du TPIR a pris en compte le jeune âge de l'un des accusés, le sieur Arsène Ntahobali, qui n'était qu'un jeune étudiant de 24 ans au moment des faits. Elle a néanmoins estimé

686 Arrêt *Kahwa*, p. 59.

687 TPIR (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Seromba*, « Jugement », affaire n° ICTR-2001-66-I, 13 décembre 2006, § 399.

688 TPIR (Ch. Appel), *Le Procureur c. Seromba*, « Arrêt », affaire n° ICTR-2001-66-A, 12 mars 2008, § 237 : « Finally, with regard to Athanase Seromba's age at the time of the events, the Appeals Chamber notes that the Trial Chamber's reference to the age of Athanase Seromba could be misunderstood. The Appeals Chamber therefore deems it necessary to clarify that age of thirty-one years cannot serve as a mitigating factor, *i.e.* Athanase Seromba's age at the time when he committed the crimes ».

689 TPIY (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Erdemović*, « Jugement portant condamnation », 29 novembre 1996, § 111.

690 TPIY (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Erdemović*, « Jugement portant condamnation », 5 mars 1998, § 16.

691 *Idem*.

que cette circonstance n'avait qu'un poids très limité face aux circonstances aggravantes et à la gravité des crimes pour lesquels l'intéressé a été reconnu coupable[692]. Elle l'a en conséquence condamné à la servitude pénale à perpétuité. Cet aspect du jugement a été confirmé en appel, la Chambre d'appel du TPIR ayant d'ailleurs précisé que le fait de reconnaître une circonstance atténuante n'implique pas automatiquement une réduction de la peine ni n'interdit l'imposition d'une servitude pénale à perpétuité lorsque la gravité des crimes l'exige[693].

Du côté de la CPI, l'on peut mentionner l'affaire *Katanga* dans laquelle la Défense de M. Katanga avait mis en avant l'âge du condamné, à savoir 24 ans, et sa situation personnelle au moment des faits et a rappelé « tout ce qui avait conduit Germain Katanga à jouer, très jeune, le rôle de représentant de sa communauté à Aveba »[694]. Bien que cet argument a été contesté par le Procureur et les représentants légaux des victimes[695], la Chambre de première instance s'est plutôt montrée sensible à l'argument selon lequel « [M. Katanga] aurait changé depuis 2003, qu'il serait devenu "un adulte" et qu'il a commencé à comprendre "de plus en plus de choses" qu'il ne comprenait peut-être pas à l'époque des faits en raison, notamment, de ce qu'était alors son niveau de maturité et des contraintes qui étaient les siennes au sein de sa communauté »[696]. Dans ce jugement toutefois, le « jeune âge » du condamné n'était pas considéré comme une excuse. Il s'agissait simplement d'un « élément pertinent pouvant être pris en compte pour atténuer sa peine »[697].

Finalement, il apparaît qu'à la différence de ces décisions judiciaires internationales qui ont pris en compte le jeune âge de l'accusé *au moment des faits* et ont appliqué cette circonstance atténuante uniquement aux personnes qui avaient une vingtaine d'années, les juridictions militaires congolaises ont appliqué cette circonstance aux personnes âgées d'une quarantaine d'années, sans toujours préciser si elles prenaient en compte leur âge au moment des faits ou au moment du jugement. La mesure dans laquelle les personnes de cet âge peuvent être considérées comme étant de « jeune âge » n'est toutefois pas expliquée. Il convient par ailleurs de relever qu'il existe certaines autres affaires traitées par les juridictions militaires congolaises dans lesquelles la question de l'âge n'a pas été abordée alors que, de notre point de vue, elle aurait dû l'être. Ainsi, dans l'affaire *Kakado*, l'âge très avancé de l'accusé, à savoir 79 ans au moment des faits et 87 ans au moment de sa condamnation, n'a pas été discuté comme pouvant potentiellement constituer en sa faveur une circonstance atténuante[698]. L'intéressé a finalement été condamné à la servitude pénale à perpétuité, mais n'a purgé qu'une année en prison parce qu'il est décédé l'année suivante

692 TPIR (Ch. 1ère Inst. II), *Le Procureur c. Nyiramasuhuko et consorts*, « Jugement sentence », affaire n° ICTR-98-42-T, 24 juin 2011, §§ 6221-6222.

693 TPIR (Ch. Appel), *Le Procureur c. Nyiramasuhuko et consorts*, « Arrêt », affaire n° ICTR-98-42-A, 14 décembre 2015, § 3394.

694 CPI (Ch. 1ère Inst. II), *Le Procureur c. Katanga*, « Décision relative à la peine (article 76 du Statut) », Doc. ICC-01/04-01/07-3484, 23 mai 2014, § 79.

695 *Idem*, § 80.

696 *Idem*, § 82.

697 *Idem*, § 88.

698 Jugement *Kakado, in Recueil ASF* (2013), p. 135.

à l'âge de 88 ans, après avoir fait appel. De même, dans l'affaire *Maniraguha et Sibomana*, le jeune âge (non déterminé par le TMG) de l'accusé Maniraguha, qui a même poussé le tribunal à s'interroger sur sa compétence personnelle à l'égard des individus âgés de moins de 18 ans en vertu de l'article 114 du Code judiciaire militaire[699], n'a pas été invoqué comme une potentielle circonstance atténuante.

2. Délinquance primaire

La délinquance primaire en tant que circonstance atténuante est un élément qui est présent dans au moins quatre jurisprudences militaires congolaises. Ainsi, dans l'affaire *Kilwa*, la Haute Cour militaire a invoqué cette circonstance par rapport aux deux condamnés, le colonel Ilunga Adémar et le capitaine Sadiaka Sampanda en ajoutant que la nation entière pouvait encore compter sur eux[700]. Dans l'affaire *Kibibi et consorts* également, l'on a vu que la Cour militaire de Bukavu a retenu la délinquance primaire en tant que circonstance atténuante en faveur de tous les accusés. On retrouve aussi cette même circonstance dans l'affaire *Gédéon* où la Cour militaire de Lubumbashi l'a retenue en faveur des accusés Béatrice Ilunga Monga et Ilunga Mukalayi Kasereka. De même, dans l'affaire *Pantove*, dans laquelle deux militaires des FARDC étaient poursuivis pour meurtre en tant que crimes de guerre pour la mort d'une dame non identifiée à la suite des affrontements opposant les FARDC aux FDLR, le TMG a invoqué cette circonstance en faveur des condamnés. Ce même élément est enfin présent dans l'affaire *Amuri* où la Cour militaire de Kindu l'a retenu en faveur du seul accusé dans cette affaire.

Par rapport à la qualité de délinquant primaire, l'on notera qu'elle se rapporte elle aussi à la personnalité de la personne condamnée. Dans la règle 145 du RPP, la qualité de délinquant primaire, c'est-à-dire l'absence de « condamnations antérieures » du condamné, n'est toutefois pas posée en tant que circonstance atténuante, mais comme circonstance *aggravante*. Cela revient à dire que l'absence de cet élément ne signifie pas nécessairement qu'il existe une circonstance atténuante puisque l'absence d'une circonstance atténuante n'implique pas l'existence d'une circonstance aggravante, et vice-versa. L'on peut donc soutenir qu'en considérant la qualité de délinquant primaire comme une circonstance atténuante, les quatre décisions invoquées ci-haut se sont en fait écartées de l'esprit de la règle 145.

3. Situation familiale

La situation familiale, et tout particulièrement le fait que l'accusé soit père de famille nombreuse, est évoquée dans un nombre important d'affaires. Dans l'affaire *Kilwa*, elle a été invoquée par la Haute Cour militaire en faveur des deux condamnés – le colonel Adémar Ilunga étant, selon l'arrêt, père de 20 enfants et le capitaine Sadiaka étant père de 8 enfants. On retrouve aussi cet élément dans l'affaire *Kahwa* où la Cour militaire de

699 Jugement *Maniraguha et Sibomana, in Recueil ASF* (2013), pp. 106-107.
700 Arrêt *Kilwa* (Haute Cour), pp. 25-26.

Kisangani l'a retenue en faveur de l'accusé qui était père de 8 enfants. Il faudra noter que le jugement de 1re instance n'en a énuméré que 6 ; tandis que l'arrêt en a énuméré 8, ce qui implique que deux autres enfants seraient nés pendant que Kahwa était en détention. La situation familiale du condamné a également été invoquée dans l'affaire *Amuri* où la Cour militaire de Kindu a considéré que le fait que le condamné était père de 9 enfants constituait une circonstance atténuante.

Par rapport à la situation familiale, ici encore l'on peut dire qu'il s'agit d'un élément qui se rapporte à la situation sociale du condamné et est, en tant que tel, prévu aussi à la règle 145 du RPP. Il est toutefois important de relever que les juridictions se montrent exigeantes quant à la vérification de cette situation familiale. Ainsi, en parlant du nombre des enfants, il n'est pas certain que ces juridictions aient vérifié cette circonstance par exemple, en demandant la présentation des actes de l'état civil attestant cette paternité. Dans la plupart de cas, les condamnés semblent avoir été crus sur parole.

4. Mentalité fruste et niveau d'instruction

La mentalité fruste du condamné est un élément qui est revenu dans au moins deux décisions des juridictions militaires congolaises. Ainsi, dans l'affaire *Waka-Lifumba*, le TMG de Mbandaka l'a retenu en faveur de M. Baende Longilima. De même dans l'affaire *Kibibi et consorts*, la Cour militaire de Bukavu a retenu ce même élément en faveur des condamnés Justin Bwira Kambale, Pascal Ndagijimana et Muhindo Kisa. Dans ces deux décisions toutefois, ces deux juridictions n'ont pas expliqué ce qu'elles entendaient par « mentalité fruste ». Selon le dictionnaire Larousse 2015, l'adjectif « fruste » se rapporte à ce « dont le relief est rude, grossier, ou dont la surface est rugueuse » ou encore « dont le comportement ou le discours manque de finesse ». En définissant ainsi cet adjectif, il devient difficile de comprendre en quoi une « mentalité fruste » peut constituer une circonstance atténuante, d'autant plus que ce qui était en cause par exemple dans l'affaire *Waka-Lifumba*, c'était le comportement brutal de l'accusé à l'endroit de certaines victimes.

Il est toutefois possible qu'en parlant de la mentalité fruste des condamnés, les juges du TMG de Mbandaka et ceux de la Cour militaire de Bukavu aient eu en tête le niveau bas d'instruction des accusés. La Cour militaire de Bukavu mentionne d'ailleurs spécifiquement ces deux éléments dans l'affaire *Kibibi et consorts*, sans toutefois préciser si elle considère le bas niveau d'instruction comme un élément distinct de la mentalité fruste. Dans l'hypothèse où la mentalité fruste du condamné renvoie à son bas niveau d'instruction, et que cela constitue pour les juridictions militaires congolaises une circonstance atténuante, l'on peut dire que leur approche est similaire à celle par exemple du Code pénal du Nicaragua dans lequel l'article 29 précise que sont considérées comme des circonstances atténuantes « (…) le fait que le coupable ait un faible discernement ou une instruction si limitée qu'il ne sache pas ni lire ni écrire, pourvu que dans les deux cas il apparaisse que le coupable aurait eu besoin de ces facultés pour apprécier à sa juste valeur le fait qui lui est reproché ».

Le niveau d'instruction, en tant que circonstance atténuante, a par ailleurs été retenu par la Cour militaire de Bukavu dans l'affaire *Balumisa et consorts*, en faveur de colonel

Balumisa dont le niveau d'étude était de 4 ans post-primaires et du major Elya Mungemba Égide qui n'a fait que 5 ans post-primaires. Dans cette affaire en effet, la Cour militaire de Bukavu a constaté que « les auteurs des faits incriminés [étaient] des agents de l'État en ce qu'ils [étaient] tous militaires du 1er bataillon de l'ex-85ème brigade, basé à Katasomwa et que par négligence ou oubli ils n'ont pas été brassés ni soumis à une formation militaire classique ». La Cour a par ailleurs soutenu que « cela a eu comme conséquence que nombreux parmi eux ne [connaissaient] pas le règlement militaire et [qu'] à cela il [fallait] ajouter le niveau d'instruction insuffisant qui n'a pas été pris en compte par l'État lors de leur recrutement »[701]. L'on observera que cette circonstance (manque d'instruction) qui était apparemment commune à tous les accusés dans cette affaire, n'a toutefois été reconnue qu'au colonel Balumisa et au major Elya Mungemba ; mais qu'elle n'a pas été retenue en faveur d'autres accusés. Par ailleurs, ce bas niveau d'instruction n'expliquait pas comment les deux intéressés ont été promus à des grades militaires aussi élevés que ceux de lieutenant-colonel ou de major au sein des FARDC.

L'approche des juridictions militaires congolaises quant au niveau d'instruction est toutefois différente de celle que l'on trouve dans le RPP devant la CPI. En effet, la règle 145 du RPP demande aux juges, au moment de fixer la peine, de tenir compte notamment du « niveau d'instruction du condamné ». Toutefois, dans l'esprit du RPP, il s'agit de prendre cet élément, non pas comme une circonstance atténuante s'il est établi que le condamné a un *bas* niveau d'instruction, mais de considérer plutôt comme constituant une circonstance aggravante le fait que le condamné ait un niveau d'instruction *élevé*. L'approche ainsi énoncée correspond au principe affirmé dans le jugement *Bemba*, selon lequel l'absence d'une circonstance aggravante n'implique pas nécessairement une circonstance atténuante.

C'est par ailleurs l'approche qui est consacrée dans au moins trois affaires portées devant le TPIR. Tel est le cas dans l'affaire dite des médias de la haine devant le TPIR, affaire où l'un des accusés (M. Ferdinand Nahimana) était professeur d'histoire à l'université nationale du Rwanda[702] et l'autre, M. Jean-Bosco Barayagwiza, était « juriste de formation » et avait « dit dans son livre son attachement aux normes internationales relatives aux droits de

701 Arret *Balumisa et consorts*, p. 32.

702 TPIR (Ch. 1ère Inst. I), *Le Procureur c. Nahimana et consorts*, « Jugement et sentences », affaire n° ICTR-99-52-T, 3 décembre 2003, § 1099. La Chambre a retenu, à titre de circonstance aggravante, le fait que M. Ferdinand Nahimana était un « université renommé » et « professeur d'histoire à l'université du Rwanda » pour conclure qu'il était « pleinement conscient du pouvoir des mots, il s'est servi de la radio – le moyen de communication ayant la portée la plus étendue – pour propager la haine et la violence ». La Chambre a par ailleurs déclaré ce qui suit au sujet du même condamné : « mû par son sens du patriotisme, il éprouvait le besoin d'équité en faveur de la population hutue. Mais au lieu d'emprunter les voies de droit, il a choisi celle du génocide et a ainsi failli à la mission dont il était investi en sa qualité d'intellectuel et de dirigeant. Sans fusil, machette ni autre arme, il a occasionné la mort de milliers de civils innocents. Aucune observation n'a été faite en son nom concernant la peine. La Chambre relève ce que les témoins à décharge ont dit à propos de sa bonne moralité et de son statut social élevé mais loin d'être circonstances atténuantes, elle voit là la preuve qu'il a failli à l'autorité publique dont il était investi ».

l'homme »[703]. Dans l'affaire *Bisengimana* également, la Chambre de première instance du TPIR a considéré que « la qualité de bourgmestre de Paul Bisengimana constitue une circonstance *extrêmement aggravante* et que l'accusé était une personne instruite qui a dirigé la Commune de Gikoro assez longtemps pour connaître amplement ses devoirs et ses responsabilités »[704]. Enfin, dans l'affaire *Seromba* où la Chambre de première instance a retenu, à titre de circonstance aggravante tirée du « statut de l'accusé et l'abus de confiance », le fait que l'accusé était un prêtre catholique et responsable de la paroisse de Nyange au moment des faits[705]. La jurisprudence de la CPI contient elle aussi quelques allusions à cet élément. Ainsi, dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre de première instance a déclaré que « Thomas Lubanga est clairement un homme intelligent et instruit [diplômé en psychologie], qui n'aurait pas manqué de comprendre la gravité des crimes dont il a été déclaré coupable » ; et que « ce degré notable de conscience chez lui est un élément à prendre en considération pour déterminer la peine à appliquer »[706].

La question de savoir si le niveau d'instruction d'un condamné constituait une circonstance atténuante (lorsqu'il n'est pas instruit) ou une circonstance aggravante (lorsqu'il est instruit) a néanmoins fait l'objet de quelques décisions intéressantes des juridictions internationalisées, et tout particulièrement celles des Chambres spéciales est-timoraises[707]. Ces jurisprudences sont d'autant plus intéressantes que la plupart des accusés étaient des paysans illettrés. Ce qui se dégage de ces décisions est que l'argument selon lequel le bas niveau d'instruction d'un condamné pouvait constituer une circonstance atténuante a été rejeté dans les premières décisions. Ainsi, dans l'affaire *Agustinho Atolan*, le tribunal de district de Dili a soutenu que le fait que le condamné était illettré n'explique pas en soi pourquoi on lui a confié un rôle prépondérant dans le choix de la victime et dans l'exécution de l'attaque ; qu'il n'explique pas non plus sa participation à la réunion dans laquelle l'attaque a été préparée. Selon ce tribunal, ce même argument peut d'ailleurs être retourné contre le condamné si l'on prend en compte le fait qu'au Timor oriental presque tout le monde est illettré et que le fait d'être analphabète n'explique pas grand-chose en lui-même ni ne place l'analphabète dans une position de faiblesse. Le tribunal a également relevé le fait que le bas niveau d'instruction du condamné ne l'a pas empêché d'exercer

703 *Idem*, § 1100

704 TPIR (Ch. 1ère Inst. II), *Le Procureur c. Bisengimana*, « Jugement portant condamnation », affaire n° ICTR-00-60-T, 13 avril 2006, § 182 (c'est nous qui soulignons).

705 TPIR (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Seromba*, « Jugement », affaire n° ICTR-2001-66-I, 13 décembre 2006, § 390. Notons que cet argument a été confirmé en appel, (voy. TPIR (Ch. Appel), *Le Procureur c. Seromba*, « Arrêt », affaire n° ICTR-2001-66-A, 12 mars 2008, § 230).

706 CPI (Ch. 1ère Inst. I), *Le Procureur c. Lubanga*, « Décision relative à la peine, rendue en application de l'article76 du Statut », Doc. ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, 10 juillet 2012, § 56.

707 Celles-ci étaient en fait instituées par le règlement n° 2000/15 du 6 juin 2000 de l'Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental à la suite des crimes graves commis en 1999 au Timor oriental contre les militants indépendantistes.

son pouvoir d'une manière abusive et brutale dans l'exécution des crimes[708]. Cette même approche a par ailleurs été suivie dans l'affaire *Anastacio Martins et Domingos Goncalves*[709] *et dans l'affaire Carlos Soares alias Carman*[710].

Notons toutefois que cette tendance a néanmoins été abandonnée dans d'autres décisions ultérieures de ces mêmes juridictions, sans aucune explication quant à ce revirement jurisprudentiel. Ainsi, dans l'affaire *Rusdin Maubere*, le même tribunal annonçait déjà sa tendance en retenant en faveur de l'accusé son niveau socio-économique bas[711]. L'argument tiré du niveau socio-économique bas du condamné, en tant que circonstance atténuante, est par ailleurs repris dans l'affaire *Julio Fernandes*[712]. La circonstance atténuante tenant au fait que le condamné est illettré a surtout été mentionnée dans l'affaire *Domingos Metan*, où le tribunal a relevé le fait que l'accusé est un fermier illettré âgé à peine d'une vingtaine d'années et que sur cette base, il doit être considéré comme une victime des circonstances dès lors qu'il est fort peu probable qu'il aurait commis ces crimes en dehors de toute manipulation de la part des forces armées indonésiennes qui ont dressé une partie de la population locale contre une autre à la suite du résultat de la consultation populaire sur

708 Tribunal de district de Dili (Section des crimes graves), *Le Procureur c. Agustinho Atolan*, « Jugement », affaire n° 3/2003, 9 juin 2003, publié *in* André Klip et Göran Sluiter (dir.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, vol. 13, Timor Leste The Special Panels for Serious Crimes 2001-2003*, Antwerp, Oxford et Portland, Intersentia, 2008, p. 760 : « The illeteracy and humble background do not explain why the accused was given a leading role in the choice of the victim and in the execution of the attack and, on the other hand, why he participated in the reunion where the attack was planned. The same argument can be rebuted, noting in the first place that illiteracy is common in East Timor, so that it does not mean much in itself nor puts the illeterate in a condition of weakness, and in second place that the humble background has not prevented the accused from an abusive and coercive exercise of power in the circumstances of the execution of the crime ».

709 Idem, *Le Procureur c. Anastacio Martins et Domingos Goncalves*, « Jugement », affaire n° 11/2001, 13 novembre 2003, publié *in* André Klip et Göran Sluiter (dir.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, vol. 16, Timor Leste The Special Panels for Serious Crimes 2003-2005*, Antwerp, Oxford et Portland, Intersentia, 2009 (ci-après, « *André Klip et al. (dir.), vol. 16, 2009* »), p. 352 : « The argument used by the Defense Counsel can easily be rebutted, noting for example, that illeteracy is common in East Timor, so that it does not mean much in itself nor puts the illeterate in a condition of weakness, and in second place that the humble background has not prevented the accused from an abusive and coercive exercice of power in the circumstances of the execution of the crime ».

710 Idem, *Le Procureur c. Carlos Soares alias Carman*, « Jugement », affaire n° 9/2002, 8 décembre 2003, publié *in André Klip et al. (dir.), vol. 16, 2009, op. cit.*, p. 363 : « other circumstances (hardship of life of the accused at the time, family conditions, his illeteracy) do not amount to autonomous reasons for further mitigation since they do not have a significant inference on the way in which the murderous determination arose and was brought to execution ».

711 Idem, *Le Procureur c. Rusdin Maubere*, « Sentence », affaire n° 23/2003, 5 juillet 2004, publié, *in André Klip et al. (dir.), vol. 16, 2009, op. cit.*, p. 535 : « In favour of the accused in the case in analyses are (a) his low socio-economical condition (…) ».

712 Idem, *Public Prosecutor v. Julio Fernandes*, « Jugement », affaire n° 25/2003, 19 avril 2005, publié *in André Klip et al. (dir.), vol. 16, 2009, op. cit.*, p. 740-741 : « In this case the following are in his favour : (…) b) his low socio-economic situation, havig to provide for his family. (…) The low socio-economic situation of the accused made right at the beginning of the trial contributes in a way to clarify in that regard the facts mentioned in the indictment, besides showing the awareness of his guilt ».

l'indépendance du Timor oriental qui leur était défavorable[713]. Cette même argumentation est presente dans l'affaire *Lino Beno*[714] ainsi que dans l'affaire *Agostinho Cloe et consorts*[715].

Sur cette même question, l'approche du TSSL se révèle plutôt nuancée. En effet, dans l'affaire *Fofana et Kondewa*, la Chambre de première instance du TSSL a considéré que le manque d'une éducation formelle n'était pas en soi une circonstance atténuante. Toutefois, elle s'est dite consciente du fait que les deux accusés ont été amenés à quitter, sur une courte période de temps, leur vie civile pour exercer une position d'autorité dans un conflit armé sanglant et brutal, sans aucune formation adéquate sur le rôle qui leur a été dévolu. La Chambre a alors estimé que la seule chose qu'elle pouvait prendre en compte dans une telle situation était que l'inexpérience dans les situations difficiles augmente le risque de prendre des mauvaises décisions. Elle a alors conclu que même si cet élément ne peut en aucun cas réduire la gravité des crimes qui leur sont reprochés, pour elle, il pouvait atténuer la peine[716]. Cette argumentation a du reste été confirmée par la Chambre d'appel du même TSSL[717].

Au regard de la controverse qui entourage ainsi la question du niveau d'instruction comme circonstance atténuante, l'on ne peut s'empêcher de se demander si l'on a besoin d'avoir été à l'université pour comprendre le caractère odieux des crimes de droit international. Quoi qu'il en soit, il se dégage de ce qui précède que sur la question de

713 Idem, *The Deputy Prosecutor-General for Serious Crimes v. Domingos Metan*, « Jugement », affaire n° 4c/2003, 16 novembre 2004, publié, *in André Klip et al. (dir.), vol. 16, 2009, op. cit.*, p. 577, § 18 : « Mitigating is that he was an illeterate farmer in his twenties who must be considered a victim of circumstance himself, as he is very unlikely to have committed the crimes without the despicable system of the Indonesian Armed Forces (TNI) of pitting one part of the local population against another and campaign of militia violence unleashed by TNI after the popular consultation had turned out to be unfavourable to them ».

714 Idem, *The Deputy Prosecutor-General for Serious Crimes v. Lino Beno*, « Jugement », affaire n° 4b/2003, 16 novembre 2004, publié, *in André Klip et al. (dir.), vol. 16, 2009, op. cit.*, p. 584 : « Mitigating is that he was only 20 years of age and an illeterate farmer who must be considered a victim of circumstance himself, as he would not have committed the crimes without the campaign of militia violence unleashed by the Indonesian Armed Forces (TNI) after the popular consultation had turned out to be unfavourable to them ».

715 Idem, *The Deputy Prosecutor-General for Serious Crimes v. Agostinho Cloe, Aghostinho Cab, lazarus Fuli, Antonio Lelan*, « Jugement », affaire n° 4/2003, 16 novembre 2004, publié, *in André Klip et al. (dir.), vol. 16, 2009, op. cit.*, p. 592 : « Further mitigating is, that they were illeterate farmers who must be considered as victims of circumstance themselves, as they would not have committed the crimes without the despicable system of the Indonesian Army Forces (TNI) to pit one part of the local population against another, had the campaign of militia violence unleashed by the TNI after the populart consultation had turned out he be unfavourable to them ».

716 TSSL (Ch. 1ère Inst. I), *Le Procureur c. Fofana et Kondewa*, « Judgement on sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondewa », affaire n° SCSL-04-14-T, 9 octobre 2007, § 66 : « The Chamber does not consider lack of formal education per se, to be an excuse which would mitigate the severity of the punishment. However, the Chamber is aware that both men were propelled in a relatively short period of time, from civilian life to an effective position of authority in a very brutal and bloody conflict, with no adequate training for the role which they were to play. The Chamber finds that it is only reasonable to take account of the fact that inexperience in difficult situations does increase the likelihood of making wrong decisions. While this in no way reduces the gravity of the crimes which they were committed, the Chamber recognises it as a factor in mitigation of sentence ».

717 TSSL (Ch. Appel), *Le Procureur c. Fofana et Kondewa*, « Arrêt », affaire n° SCSL-04-14-A, 28 May 2008, § 499.

la mentalité fruste, entendue dans le sens du bas niveau d'instruction, l'approche des tribunaux congolais s'inscrit dans la même logique que celle du Code pénal du Nicaragua et de certaines décisions (récentes) des Chambres spéciales est-timoraises. Toutefois, leur approche s'avère différente, voire opposée, à celle des juridictions internationales (TPI et CPI), puisqu'ils considèrent que l'absence d'une circonstance aggravante (niveau élevé d'instruction) vaut une circonstance atténuante.

5. Coopération avec la justice

La coopération avec la justice, en tant que circonstance atténuante, a été invoquée dans deux affaires traitées par les juridictions congolaises. Dans l'affaire *Bavy-Ghety*, la Cour militaire de Kisangani a retenu cette circonstance en faveur de tous les accusés, sauf en ce qui concerne le capitaine François Mulesa, alias Bozizé. De même, dans l'affaire *Gédéon*, la Cour militaire de Lubumbashi au Katanga a retenu en faveur des accusés Béatrice Ilunga Monga et Ilunga Mukalayi Kasereka des circonstances atténuantes « singulièrement pour la précieuse collaboration du prévenu Ilunga Mukalayi Kasereka avec la Justice », laquelle collaboration « a permis que la lumière soit faite dans les faits de la présente cause dans les exactions commises par la bande Gédéon ». La Cour a également relevé que cette collaboration s'est manifestée « avec l'autorité publique dans le démantèlement du Mouvement Maï-Maï de Gédéon »[718]. En conséquence, concernant les crimes contre l'humanité, la Cour a condamné les accusés précités, avec admission des circonstances atténuantes, à 5 ans de servitude pénale.

La coopération avec la justice est un élément expressément mentionné dans la règle 145 (RPP) puisque celle-ci demande de tenir compte, à titre de circonstances atténuantes, entre autres du « comportement de la personne condamnée postérieurement aux faits, y compris les efforts qu'elle peut avoir faits pour indemniser les victimes *et son attitude coopérative à l'égard de la Cour* ». L'une des applications de cette règle est bien entendu dans l'affaire *Lubanga* où la Chambre de première instance a retenu en faveur du condamné « sa coopération constante avec la Cour tout au long des procédures, alors même que le comportement de l'Accusation le soumettait à des pressions considérables et injustifiées »[719]. Il faudra noter toutefois que dans l'affaire *Bemba*, la Chambre de 1re instance III a minimisé cet élément comme circonstance atténuante. La Chambre a en effet soutenu qu'une bonne conduite en détention et le respect des règlements sont des choses dont on attend de toute personne accusée ou condamnée et qu'en tant que tel ces éléments ne constituent pas une circonstance atténuante, à moins d'avoir un caractère exceptionnel[720]. En exigeant que cette coopération ait un caractère exceptionnel, comme elle l'a d'ailleurs été aussi bien dans l'affaire *Gédéon* que dans l'affaire *Lubanga*, le jugement *Bemba* n'a toutefois pas démontré que cette exigence supplémentaire avait elle aussi une base dans la règle 145 du RPP et même en droit international coutumier.

718 Arrêt *Gédéon in Bulletin des arrêts de la HCM, op. cit.*, p. 374.
719 Décision *Lubanga (peine)*, § 97.
720 Décision *Bemba (peine)*, § 81.

6. Contrainte

La contrainte en tant que circonstance atténuante a été invoquée dans une seule affaire traitée par les juridictions congolaises. En effet, dans l'affaire *Bavi-Ghety*, la Cour militaire de Kisangani a retenu en faveur des coaccusés du capitaine François Mulesa la circonstance atténuante tirée de ce qu'elle a appelé les pressions psychologiques.

La pression psychologique, entendue comme une contrainte, est, en principe, reconnue en droit international coutumier comme étant une circonstance atténuante. La règle 145(2)(a)(1) du RPP l'a également et expressément prévue lorsqu'elle demande à la CPI de tenir compte, « selon qu'il convient, de l'existence de circonstances atténuantes telles que les circonstances qui, tout en s'en approchant, ne constituent pas des motifs d'exonération de la responsabilité pénale, comme une altération substantielle du discernement ou la *contrainte* ». L'une des illustrations de ce type de contrainte est fournie par la jurisprudence du TPIY dans l'affaire *Erdemović* où l'accusé avait plaidé son acquittement pour avoir exécuté des massacres « sous la contrainte ». Dans son arrêt du 7 octobre 1997, la Chambre d'appel du TPIY a estimé que si la contrainte dans la commission des crimes de droit international ne constitue pas une cause exonératoire, elle peut néanmoins être considérée comme une circonstance atténuante[721]. Un auteur est d'ailleurs tout récemment revenu sur cette dimension de la contrainte dans le Statut de Rome[722].

Cependant, le problème posé dans l'affaire *Bavy-Ghety* est que la pression psychologique ou la contrainte dont il est question n'est pas celle qui est liée à la commission des crimes. Il s'agit plutôt d'une contrainte exercée par l'accusé principal, le capitaine François Mulesa, à l'égard des autres coaccusés pour les amener à se rétracter par rapport au témoignage à sa charge qu'ils avaient déjà déposé contre lui. La Cour a en effet observé que pendant « l'enquête préjuridictionnelle, tout comme devant le premier juge, de même qu'au second degré, plusieurs manœuvres de nature à brouiller les enquêtes ont été entreprises à

721 Le paragraphe 66 de l' « Opinion individuelle présentée conjointement par le juge McDonald et le juge Vohrah », qui est l'un des paragraphes pertinents auxquels renvoie l'arrêt *Erdemović* (§ 19), rapporte ce qui suit : « Il ressort de cet examen de la contrainte dans les différents systèmes juridiques que, de façon générale, les nations civilisées retiennent pour principe général du droit qu'un accusé mérite moins le blâme et la peine maximale lorsqu'il a commis l'acte répréhensible sous l'empire de la contrainte. Nous utiliserons le terme de contrainte (*duress*) dans ce contexte pour désigner des menaces imminentes à la vie d'un accusé s'il refuse de commettre un crime et ne ferons pas référence à la terminologie juridique consacrée que chacun des systèmes de tradition civiliste retient comme équivalent du terme anglais de *duress*. Cette atténuation du blâme ressort à l'évidence des différentes règles, de teneur variée, des principaux systèmes juridiques du monde, comme le révèle l'examen auquel nous venons de procéder. D'un côté, nombre de juridictions reconnaissent la contrainte comme un moyen de défense absolvant totalement l'accusé de toute responsabilité pénale. D'un autre côté, dans d'autres systèmes juridiques, la contrainte ne constitue pas en général un moyen de défense totalement exonératoire mais n'intervient que comme un facteur d'atténuation de la peine imposée à un condamné. L'allégement de peine est aussi pertinent à deux autres égards. En premier lieu, le châtiment peut être allégé pour des infractions que les législations de certains pays ont spécifiquement exclues du champ d'application de la contrainte comme moyen de défense. En second lieu, les tribunaux ont le pouvoir d'alléger les peines lorsque les éléments stricts d'une stratégie de défense fondée sur la contrainte n'ont pu être démontrés par les faits ».

722 Marcus Joyce, « Duress: From Nuremberg to the International Criminal Court, Finding the Balance Between Justification and Excuse », *LJIL*, vol. 28, 2015, pp. 623-642.

l'initiative du prévenu François Mulesa ». Elle a également rapporté que « l'accusation a fait état (…) de la cabale de 100 $ US remis au capitaine Paluku pour soutenir à l'audience publique qu'il était corrompu par l'organe de la loi pour imputer les tueries de Bavi au capitaine Mulesa Mulombo, des pressions morales exercées sur les codétenus à travers de petites notes versées au dossier pour les amener à maintenir leur comportement de négation systématique développé devant le premier juge, etc. ». La Cour a enfin fait état du fait qu'« aux audiences publiques du second degré, tous les coprévenus au capitaine Mulesa Mulombo ont, les citant "par crainte de Dieu", reconnu les faits, à savoir l'organisation des patrouilles en profondeur en violation des instructions de la hiérarchie, les arrestations et les exécutions au moyen des barres de mine des personnes capturées, le viol des femmes avant ces exécutions, leur enterrement dans d'autres fosses en vue de brouiller les enquêteurs, les incendies et les pillages des habitations des civils, le pillage des récoltes, etc. »[723].

Cette prétendue contrainte, ainsi comprise, n'a pourtant aucune base en droit international coutumier. Lorsqu'on recherche une éventuelle contrainte de ces accusés *au moment de la commission des crimes*, c'est-à-dire leur état d'esprit lorsqu'ils commettaient les crimes, il apparaît que certains d'entre eux ont même fait preuve d'un enthousiasme dans les viols et massacres. L'arrêt *Bavy-Ghety* rapporte par exemple que « l'enquête a établi que le prévenu Bede Kodozo Hassan, officier S3 chargé des opérations, organisait les patrouilles et par l'expression « *toleka bango* », c'est-à-dire, « finissons-en » ou « tuons-les », approuvait les captures et les exécutions qui s'ensuivaient »[724]. Il devient alors paradoxal que, dans ces conditions, la Cour militaire de Kisangani ait retenu en faveur d'un tel individu qui a fait preuve de beaucoup d'enthousiasmes dans la commission des crimes, une circonstance atténuante fondée sur la soi-disant contrainte. L'on verra d'ailleurs plus loin que cette affaire était entourée de certaines circonstances aggravantes que la Cour militaire aurait dû contrebalancer avec ce qu'elle a considéré, à tort, comme étant des circonstances atténuantes.

7. Appel du ministère public

L'appel du ministère public, en tant que circonstance atténuante, a été invoqué dans une seule affaire, celle de l'incident de Kilwa. Pour rappel, dans le cadre de cette affaire, la Cour militaire de Lubumbashi avait acquitté le colonel Adémar Ilunga et le capitaine Sadiaka pour les exécutions sommaires et les actes de pillage en tant que crimes de guerre. Elle les a néanmoins reconnus coupables pour meurtres simples à l'endroit des deux jeunes garçons pris en otage pour des activités de fétichisme imputé à leur oncle, M. Kalenga. Pour le meurtre de ces garçons, les accusés ont été condamnés à la servitude pénale à perpétuité, la Cour n'ayant pas examiné l'existence des circonstances atténuantes. Sur appel du ministère public, appel restreint à ces deux meurtres, la Haute Cour militaire a, après avoir confirmé la culpabilité de ces deux accusés dans le meurtre des deux jeunes garçons, condamné

723 Voy. l'arrêt *Bavy-Ghety*, p. 26.
724 *Idem*, p. 25.

les deux accusés à 5 ans de servitude pénale principale, en leur reconnaissant quatre circonstances atténuantes, parmi lesquelles l'appel du ministère public. Selon la Haute Cour militaire en effet, « l'appel de l'officier du ministère public, bien que d'ordinaire exclu la diminution de la peine prononcée par le premier juge, peut, dans le cas d'espèce, donner lieu à l'admission des circonstances atténuantes, car il s'agit d'un appel de formalité au regard de l'article 175 de l'arrêté d'organisation judiciaire n° 299/79 du 20 août 1979 portant Règlement intérieur des Cours, Tribunaux et parquets »[725].

Retenir l'appel du ministère public au titre de circonstance atténuante est pour le moins curieux. Il faut rappeler que le ministère public avait dans un premier temps fait un appel contre l'ensemble de l'arrêt, y compris l'acquittement des accusés pour crimes de guerre. Mais, dans la suite, alors que l'arrêt avait été critiqué jusque et y compris au niveau international par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, le ministère public a, sans aucune explication et sans consultation des victimes, décidé de restreindre la portée de son appel à la seule condamnation à la perpétuité, acquiesçant par-là l'argumentation très controversée de l'arrêt de la Cour militaire de Lubumbashi dans cette affaire. En agissant ainsi, il était conscient qu'il privait les victimes de la possibilité de faire examiner à nouveau les faits principaux qui étaient à l'origine de l'affaire *Kilwa* : les exécutions sommaires d'une centaine de personnes dans le cadre de la répression du mouvement insurrectionnel MLRK. En ayant agi de cette manière, il est alors difficile de comprendre qu'une attitude qui n'est pas de nature à donner confiance aux institutions judiciaires soit finalement considérée comme une circonstance atténuante en faveur de l'accusé.

8. La bravoure et la cruauté de l'ennemi

Dans l'affaire *Kilwa*, la Haute Cour a retenu, à titre de circonstance atténuante, la cruauté de l'ennemi que combattaient les forces auxquelles faisaient partie les deux condamnés. Selon la Haute Cour en effet, « le colonel Ilunga Adémar et le capitaine Sadiaka Sampanda se trouvaient au front dans le Haut Katanga durant de longs mois avant les évènements de Kilwa. Ils ont parfois de justesse échappé à la férocité du mouvement Maï-Maï qui se nourrissait de la chair humaine des militaires des [FARDC]. Ils ont eu horreur de la façon dont le sergent Ramazani, un de leurs militaires de la compagnie État –major et service du 622e bataillon, parmi tant d'autres, a été tué par les Maï-Maï qui lui ont coupé les organes génitaux et les ont donnés à sa femme comme nourriture ». Dans ce même arrêt, la Haute a également retenu, toujours à titre de circonstance atténuante, la bravoure des deux condamnés. La Cour déclare en effet que « les prévenus colonel Ilunga Adémar et sa troupe se sont montrés bons combattants non seulement en résistant, parfois dans des circonstances pénibles contre les Maï-Maï, mais aussi en délivrant dans un temps record la population de Kilwa qui venait de tomber sous l'emprise du mouvement rebelle conduit par un certain Alain Kazadi Mukalayi en provenance de la Zambie »[726].

725 Arrêt *Kilwa* (HCM), pp. 25-26.
726 Arrêt *Kilwa* (Haute Cour), p. 25.

La bravoure, en tant que circonstance atténuante, est par ailleurs un élément retenu par le TMG de Bukavu dans l'affaire *Pantove*, vue précédemment, affaire dans laquelle les militaires poursuivis pour meurtre en tant que crimes de guerre faisaient partie des éléments des FARDC qui venaient de remporter une victoire militaire contre les FDLR. La bravoure et la cruauté de l'ennemi sont toutefois des éléments dont le statut de circonstance atténuante peut susciter quelques doutes. En effet, il est discutable que la cruauté de l'adversaire soit prise en compte dans la répression des crimes commis contre des personnes qui n'étaient pas impliquées dans les affrontements. Il faut rappeler que, dans l'affaire *Kilwa* qui est la seule où et élément a été invoqué, les victimes de ces crimes n'étaient pas des Maï-Maï capturés. Les accusés ont en effet fait tuer deux jeunes garçons qu'ils suspectaient d'être neveux d'un féticheur des Maï-Maï. Le colonel Ilunga les a fait arrêter dans l'espoir d'obtenir la reddition de leur oncle. N'ayant pas obtenu cette reddition, il s'en est pris à ses neveux. Il apparaît ainsi qu'il était conscient que ces deux jeunes garçons n'étaient pas impliqués dans les affrontements et qu'il leur faisait indirectement payer la conduite de leur oncle. Ainsi, trouver quelque excuse dans un comportement aussi lâche de la part d'un militaire, soi-disant parce que leur adversaire s'était montré cruel à l'égard des militaires capturés des FARDC, est difficile à comprendre. Par ailleurs, soutenir que la cruauté de l'ennemi constitue une circonstance atténuante revient à justifier quelque part les crimes et cela, au mépris de la règle prévue à l'article 1er commun aux quatre Conventions de Genève et au Protocole I qui impose à toutes les parties au conflit de respecter et de faire respecter les règles du conflit armé « en toutes circonstances ». Une telle approche, en particulier lorsqu'elle émane de la Haute Cour militaire qui est la juridiction suprême dans l'ordre judiciaire militaire, peut être dangereuse en ce qu'elle risque d'amoindrir le niveau de respect des règles du droit humanitaire dans les conflits armés.

Quant à la bravoure des accusés, il faudra indiquer qu'une telle approche peut s'avérer dangereuse dans la répression des crimes de guerre puisqu'elle conduit implicitement à consacrer une partialité en faveur des accusés et une rigueur injustifiée à l'égard de ceux qui ne se sont pas montrés performants sur le champ des batailles. L'on a d'ailleurs vu dans l'arrêt *Minova* que certains officiers qui n'avaient pourtant rien à avoir dans les crimes de Minova ont quand même été poursuivis comme chefs militaires en raison de leur faible performance dans les affrontements contre les forces du M23 ; et que l'objectif était apparemment de faire d'eux des boucs émissaires face à l'incident de Minova. D'ailleurs, il est difficile que la démarche consistant à présenter la bravoure d'un accusé comme une circonstance atténuante d'un crime soit par exemple l'œuvre d'un juge étranger agissant sur une base extraterritoriale (compétence universelle) ou d'un juge international (CPI). Cette démarche reflète une approche dans laquelle le juge se solidarise indirectement avec l'adversaire et se montre plus soucieux de protéger les intérêts du corps militaire que de rendre justice aux victimes. D'ailleurs dans l'arrêt *Kilwa*, la Haute Cour militaire n'a nulle part fait allusion à l'impact de ces crimes sur les familles des victimes.

L'on peut ainsi craindre que cette approche ne masque un manque d'impartialité et qu'elle ne soit le reflet des difficultés de réprimer les crimes graves imputés aux armées

victorieuses. En considérant la bravoure comme une circonstance atténuante, cela peut avoir comme risque de passionner les débats relatifs à la peine. Ainsi, si un militaire issu d'une armée victorieuse, mais reconnu coupable de crimes de guerre, peut se prévaloir de la victoire de son armée pour voir sa peine atténuée de manière significative, l'on s'attendra à ce que, *a contrario*, celui qui serait issu d'une armée vaincue soit plus sévèrement puni. L'injustice qui résulterait de ce type de procès rend ainsi critiquable le raisonnablement soutenu par le TMG de Bukavu dans l'affaire *Pantove*.

9. Les services rendus

Les services rendus, en tant que circonstance atténuante, ont été invoqués dans l'affaire *Kibibi et consorts*. Dans cette affaire en effet, la Cour militaire de Bukavu a considéré que les 20 ans de carrière militaire du colonel Kibibi lui valaient une circonstance atténuante.

La Cour militaire de Bukavu n'a toutefois pas expliqué en quoi cet élément constituait une circonstance atténuante. L'on peut même se demander s'il ne constitue pas plutôt une circonstance aggravante. En effet, parmi les éléments mis en évidence par la règle 145 à titre de circonstance aggravante, figure *l'abus de pouvoir* ou de fonctions officielles. Dans le cas du colonel Kibibi, il apparaît clairement que c'est en abusant de son pouvoir et de ses fonctions officielles que cet accusé a incité les militaires placés sous son commandement à commettre les crimes. L'on peut également se demander si, pour un militaire ayant passé autant d'années de services (20 ans), il n'y aurait pas des erreurs auxquelles il n'a pas droit. D'ailleurs, dans l'affaire *Lemera*, la qualité de militaire a été considérée, à juste titre, comme une circonstance aggravante. Le tribunal a affirmé en effet que « les circonstances de commission des faits, l'extrême gravité du crime et la qualité militaire des prévenus, censés être protecteurs de la population civile pendant les hostilités, ne permettent pas au tribunal de leur accorder des circonstances atténuantes »[727]. Cette argumentation rejoint en fait celle qui a été tenue par les Chambres spéciales est-timoraises dont on a déjà parlé dans l'affaire *Rudolfo Alves Correia* dans laquelle le tribunal de district de Dili a relevé, à titre de circonstance aggravante, que l'accusé et ses compagnons d'armes étaient des militaires professionnels et membres de l'armée indonésienne et qu'en tant que tel, ils avaient l'obligation de protéger et de défendre la population civile et non de l'attaquer[728]. L'argumentation tenue dans le jugement *Lemera* paraît, à beaucoup d'égards, applicable à l'arrêt *Kibibi et consort*, même si les décisions de celui-ci ont une autorité supérieure à celles du TMG. L'on aboutit finalement à un doute sur la pertinence de considérer l'ancienneté de services rendus comme une circonstance atténuante.

727 TMG/Uvira, *MP et PC c. Kamona Manda et consorts*, (Jugement *Lemera*), Dossier n° RP 132, 30 octobre 2010, p. 78.

728 Tribunal de district de Dili (Section des crimes graves), *The Deputy Prosecutor-General for Serious Crimes v. Rudolfo Alves Correia aka « Adolpho »,* « Final Judgment », affaire n° 27/2003, 25 avril 2005, publié, *in* André Klip et Göran Sluiter (dir.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, vol. 16, Timor Leste The Special Panels for Serious Crimes 2003-2005*, Antwerp, Oxford et Portland, Intersentia, 2009, p. 755, § 82 : « The Defendant and his confederates were professional soldiers and members of the TNI. As such, they had a duty to protect and defend the civilian population, not to attack it ».

10. Le fait d'être le seul à avoir été poursuivi

Dans l'affaire *Amuri*, la Cour militaire de Kindu a considéré que le fait pour l'accusé d'avoir été le seul à être poursuivi constituait une circonstance atténuante en sa faveur. Il s'agit ici d'une première fois qu'un tel élément soit invoqué, à titre de circonstance atténuante, par les tribunaux militaires congolais. En invoquant cette circonstance, la Cour avait certainement en tête, le fait que les crimes contre l'humanité dont il s'agit dans cette affaire ont été commis avec la participation de plusieurs autres individus, et tout particulièrement M. Kyundu, le chef de localité de Dembo.

L'on rappellera cependant qu'un argument similaire a été récemment avancé par la défense de M. Bemba, condamné lui aussi en tant que chef militaire par la CPI pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis en République centrafricaine. En effet, dans le cadre du conflit armé non international survenu en RCA entre 2002 et 2003, conflit armé au cours duquel des exactions graves ont été commises contre les populations centrafricaines, il s'est avéré que Bemba est, à ce jour, le seul à avoir fait l'objet d'enquêtes et de poursuites devant la CPI en tant que supérieur hiérarchique militaire des forces du MLC qui ont commis des crimes en RCA. Pourtant, dans le rapport de la Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) portant sur les « Crimes de Guerre en République centrafricaine : "Quand les éléphants se battent, c'est l'herbe qui souffre" »[729], il apparaît que Bemba n'était pas le seul suspect. Deux autres individus, à savoir le président centrafricain Ange-Félix Patassé et le mercenaire tchadien Abdoulaye Miskine, étaient aussi suspectés d'avoir une part de responsabilité dans ces crimes. Ce qui est intéressant dans ce rapport, présenté d'ailleurs comme étant à l'origine des poursuites contre Bemba devant la CPI, c'est que Bemba était considéré comme le « maillon faible » dans la chaîne des responsabilités pour les crimes commis en RCA, la principale responsabilité ayant été imputée aux deux autres individus. Toutefois, dans la suite Bemba a été le seul à avoir été poursuivi et jugé devant la CPI. L'ancien président Patassé est dans la suite décédé en exil sans avoir été inquiété une seule fois par la CPI ; tandis que rien n'est connu à ce jour au sujet de Miskine. C'est précisément parce que Bemba a été le seul à être poursuivi que sa Défense a demandé à la Chambre de prendre cette circonstance comme un motif de réduction de la peine. Cependant, la Chambre a rejeté cet argument en se fondant essentiellement sur le fait qu'une circonstance aggravante ou atténuante doit se rapporter à la personne condamnée elle-même ; et que l'on ne peut imputer en faveur ou en défaveur du condamné le comportement d'autres personnes, y compris le choix des poursuites du procureur. Dans cet ordre d'idée, la CPI a considéré que le fait que Bemba soit le seul à avoir été poursuivi dans le cadre de cette situation relevait du comportement du procureur de la CPI qui, en tout état de cause, a soutenu que les enquêtes en RCA n'ont jamais été clôturées et qu'elles sont toujours en cours[730].

729 FIDH, rapport de la mission internationale d'enquête n° 355, février 2003, p. 21 et suivantes.
730 Décision *Bemba (peine)*, § 70 et 86.

11. La demande de pardon

Dans l'affaire *Kahwa*, la Cour militaire de Kisangani est revenue plusieurs fois sur le fait que l'accusé avait demandé pardon aux victimes des actes commis par son mouvement/groupe armé. L'invocation d'une telle conduite de l'accusé n'a toutefois pas été faite dans la recherche d'une éventuelle circonstance atténuante. La Cour l'a relevée dans le but d'établir la preuve (par aveu implicite) de la culpabilité de l'accusé qui niait avoir organisé l'attaque de Zumbe. La démarche de la Cour militaire pourrait ainsi s'expliquer par le fait qu'après tout, l'accusé Kahwa n'a pas ouvertement avoué les faits mis à sa charge ni plaidé coupable, mais qu'il a préféré nier son implication dans les événements dramatiques survenus à Zumbe. Il était sans doute difficile pour cette Cour militaire de prendre en compte une demande de pardon, formulée en dehors du procès, dès lors que l'accusé a plaidé *non coupable* du début à la fin du procès. Cependant, l'on peut aussi dire que la Cour militaire aurait dû retenir cet élément non en tant qu'un plaidoyer de culpabilité, auquel plusieurs juridictions internationales ont attribué la qualité de circonstance atténuante, mais à titre du « comportement du condamné postérieurement aux faits ». Une telle approche trouve une base dans la règle 145(2)(a)(ii) du RPP aux termes de laquelle il est demandé à la CPI de tenir compte « selon qu'il convient (…) de l'existence de circonstances atténuantes telles que (…) ii) ii) le comportement de la personne condamnée postérieurement aux faits, y compris les efforts qu'elle peut avoir faits pour indemniser les victimes et son attitude coopérative à l'égard de la Cour ». La jurisprudence des tribunaux internationaux va elle-même largement dans ce sens lorsqu'on prend en compte l'affaire *Plasvic* devant le TPIY, l'affaire *Rutaganira* devant le TPIR, ou encore l'affaire *Katanga* devant la CPI, affaires dans lesquelles la participation du condamné à un processus de paix a été considérée comme pouvant constituer une circonstance atténuante[731].

En conclusion, l'on peut constater que de tous les dix éléments invoqués (sans compter le dernier élément tenant au pardon des victimes), certains ont une assise solide en droit international coutumier. Tel est le cas de la situation familiale et de la coopération avec la justice. D'autres éléments, tout en ayant une base solide en droit international coutumier, ont néanmoins été mal interprétés par les juridictions congolaises. Tel est le cas de l'âge des accusés où l'on voit que les juridictions congolaises ont appliqué cette circonstance atténuante à des condamnés qui n'étaient plus tout à fait de jeune âge. Tel est aussi le cas de la contrainte qui a été mal interprétée dans l'affaire *Bavi-Ghety* où la mauvaise interprétation de cet élément par la Cour a paradoxalement conduit à l'appliquer à des individus qui ont agi avec beaucoup d'enthousiasme dans la commission des crimes. D'autres éléments encore, considérés comme circonstance atténuante, procèdent en réalité d'une démarche interprétative dans laquelle l'absence d'une circonstance aggravante est considérée comme constituant une circonstance atténuante. Tel est le cas de la délinquance primaire pour

731 TPIY (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Plavšić*, « Jugement portant condamnation », affaire n° IT-0 0-39&40/1-s, 27 février 2003 ; TPIR (Ch. 1ère Inst. III), *Le Procureur c. Rutaganira*, « Jugement portant condamnation », affaire n° TPIR-9 5-1C-T, 14 mars 2005, § 9 ; CPI (Ch. 1ère Inst. II), *Le Procureur c. Katanga*, « Décision relative à la peine (article 76 du statut) », Doc. ICC-0 1/04-01/07-3484, 23 mai 2014, § 91.

laquelle c'est plutôt l'existence des condamnations antérieures qui est considérée comme une circonstance aggravante. Tel est également le cas du bas niveau d'instruction, considéré comme une circonstance atténuante, alors que c'est plutôt le degré élevé d'instruction qui est généralement considéré comme une circonstance aggravante. D'autres éléments encore ont été considérés comme une circonstance atténuante alors qu'ils peuvent aussi être considérés comme des circonstances aggravantes. Tel est le cas principalement du service rendu et des années d'ancienneté dans le service. Enfin, la pertinence de certains éléments considérés comme des circonstances atténuantes est tout simplement discutable. Tel est le cas de l'appel de formalité du ministère public, de la bravoure du condamné, de la cruauté de l'ennemi, et du fait d'être seul à être poursuivi.

C. Les circonstances aggravantes

l'on a déjà relevé le fait que dans la pratique des juridictions militaires congolaises il existe une application quasi automatique de la peine de servitude pénale à perpétuité dès lors que l'accusé est reconnu coupable de l'un des crimes prévus dans le Statut de Rome et qu'il n'existe pas en sa faveur des circonstances atténuantes. Cette démarche explique en même temps le fait que les juridictions congolaises n'abordent pratiquement jamais l'existence des circonstances aggravantes dans la fixation des peines. Ainsi, au moment de fixer la peine, ces juridictions omettent d'évaluer « l'ampleur du dommage causé, en particulier le préjudice causé aux victimes et aux membres de leur famille », ainsi que le recommande la règle 145(1)(c) du RPP.

Certes, ces éléments sont parfois traités dans la partie des décisions judiciaires relatives à l'évaluation du préjudice subi par les victimes dans le cadre des demandes des réparations des victimes ayant introduit une action civile. Ainsi, dans l'affaire *Maniraguha et Sibomana*, le TMG de Bukavu a déclaré, par rapport au viol et autres violences sexuelles, que « certaines femmes violées ont perdu leur mariage, c'est le cas de V23 et les autres ont vu leur chance de se manier sensiblement diminuée ; faisant ainsi l'objet de mépris par certains de leurs sociétaires »[732]. Ce jugement a même présenté les maris des femmes violées comme étant aussi des victimes sur la base du fait que ces viols ont entraîné « la séparation conjugale avec leurs femmes violées, femmes dans lesquelles ils avaient beaucoup investie pendant de décennies »[733]. De même dans l'arrêt *Balumisa et consorts*, sur la même question des violences sexuelles, la Cour militaire de Bukavu a observé que les dommages tant moraux que matériels évoqués par les parties civiles concernées sont : le traumatisme, le déshonneur, l'humiliation, le risque de stérilité, la dégradation de l'état de santé attestée par des documents médicaux versés au dossier, le divorce pour les unes et la séparation

732 *Idem*, p. 120.
733 *Idem*.

de corps pour les autres, l'instabilité du foyer, la stigmatisation dans les milieux où elles vivent »[734].

Analyser ces éléments dans la partie consacrée à l'évaluation du préjudice se comprend parfaitement. Toutefois, ces éléments n'intéressent pas que les victimes. Ils intéressent la communauté tout entière et méritent, pour cette raison, d'être aussi invoqués en tant que facteurs pertinents dans la fixation des peines, ainsi que l'exige d'ailleurs la règle de la proportionnalité de la peine. Il faut d'ailleurs relever que les décisions judiciaires ne font pas clairement ressortir les véritables motivations du viol et autres violences sexuelles ainsi que ses terribles conséquences sur le plan socioculturel. L'on ne voit en effet pas dans la jurisprudence congolaise des décisions qui mettent l'accent sur le fait que le viol est parfois utilisé comme une arme visant à terroriser les populations civiles et les obliger à jouer le jeu des assaillants ni le fait que le viol est parfois mis au service de la destruction du groupe social[735].

À part la question de l'impact des crimes sur les victimes, la jurisprudence congolaise est également muette sur les éléments tels que « les moyens qui ont servi aux crimes » (règle 145(1)(c)), la « vulnérabilité particulière de la victime » et la « cruauté particulière du crime ou victimes nombreuses » (règle 145(2)(b)(iii) et (iv)), ou encore le fait que les atrocités ont été commises avec beaucoup d'enthousiasme et excès de zèle.

Pourtant, dans les affaires soumises à l'examen des juges congolais, ces éléments ont parfois été présents (les âmes sensibles sont invitées à s'abstenir de lire les notes de bas de pages qui suivent). Ainsi, dans l'affaire *Bavy-Ghety*, la Cour militaire de Kisangani n'est pas revenue, au moment de la fixation de la peine à l'encontre de l'accusé principal dans cette affaire, le capitaine François Mulesa Mulombo, sur un fait grave que cette même Cour avait précédemment relevé : l'accusé « adorait ces crimes »[736], alors que cet élément traduisait le caractère *sadique et cruel* de la personnalité de l'individu en question. Relevons toutefois que cette omission, aussi regrettable soit-elle, a été contrebalancée par la sévérité de la peine prononcée contre le capitaine Mulesa (la servitude pénale à perpétuité).

La Cour n'est pas non plus revenue sur le comportement de l'un des accusés, le capitaine Bede Kodozo Hassan à qui elle a étonnamment reconnu une circonstance atténuante fondée sur des prétendues pressions psychologiques. Pourtant, ce dernier avait fait preuve de beaucoup d'*enthousiasmes* dans les tueries et les viols des victimes, ainsi qu'on l'a déjà relevé dans les lignes qui précèdent. Toujours dans ce même arrêt, la Cour militaire est restée silencieuse sur les *moyens employés* pour commettre les tueries, à savoir le fait que les victimes étaient exécutées par des barres de mine. Elle est également restée silencieuse sur la *vulnérabilité particulière* des victimes qui étaient en fait des déplacées de guerre en quête de nourriture, parmi lesquels se trouvaient des femmes et des enfants sans défense. Quatre

734 Voy. l'arrêt *Balumisa et consorts*, p. 31.

735 Sur ces questions, voy. Mélanie Dubuy, « Le viol et les autres crimes de violences sexuelles à l'encontre des femmes dans les conflits armés », *in* Abdelwahab Biad et Paul Tavernier (dir.), *Le droit international humanitaire face aux défis du XXI*ème *siècle*, Collection du CREDHO, Bruylant, 2012, pp. 207 et suivantes.

736 Arrêt *Bavy-Ghety*, p. 25.

éléments ont ainsi été passés sous silence dans la fixation de la peine dans cette affaire : la cruauté et le sadisme de l'accusé, l'exécution des crimes avec enthousiasme, les moyens employés et la vulnérabilité particulière des victimes.

Dans l'affaire *Gédéon*, la Cour militaire du Katanga est restée silencieuse sur le caractère atroce de certaines mises à mort des victimes par le groupe armé des Maï-Maï de Gédéon. L'arrêt avait pourtant décrit le fait que certaines mises à mort concernaient des femmes enceintes et des bébés et qu'elles étaient suivies de mutilation et même d'actes de cannibalisme[737]. Dans cette affaire, ainsi qu'on l'a déjà relevé, la Cour militaire du Katanga a reconnu des circonstances atténuantes à certains accusés (M^me^ Béatrice Ilunga Monga et M. Ilunga Mukakalyi) pour leur délinquance primaire et leur coopération avec la justice. Toutefois, cette Cour n'a pas contrebalancé ces circonstances atténuantes à la gravité particulière des crimes dans lesquels ces individus ont été impliqués. En prenant compte de la gravité des crimes, la peine de 5 ans de servitude pénale prononcée à l'encontre de ces deux accusés pour les crimes contre l'humanité, soi-disant parce qu'ils sont des délinquants primaires et ont coopéré avec la justice, s'apparente, à certains égards, à un véritable déni de justice.

La cruauté des crimes commis par le groupe armé de M. Gédéon rappelle aussi l'affaire *Morgan* concernant les meurtres commis par le groupe armé des Maï-Maï Simba commandés par M. Paul Sadala alias « Morgan ». Ainsi, concernant le meurtre du garde de parc, M. Kamango Tambwe, le TMG de l'Ituri a rapporté la manière atroce avec laquelle cet infortuné a été mis à mort[738]. D'autres personnes également ont subi le même sort ainsi que le rapporte le même jugement. Pourtant, ici encore, le tribunal est resté silencieux sur ces éléments dans la fixation des peines à l'encontre des accusés reconnus coupables.

737 Voy. l'arrêt *Gédéon in Bulletin des arrêts de la HCM, op. cit.*, p. 334. La Cour militaire du Katanga rapporte par exemple un incident survenu lors de l'attaque de la station de Lusinga le 28 mai 2004, incident qui a occasionné la mort de M^me^ Josephine Baseme Kayimbi, épouse du conservateur Faustin Batechi, et l'enlèvement de M^me^ Lucie Somwe, épouse de Constatin Mihigo Mubama. Selon la Cour, cette dernière a assisté à la mutilation de M^me^ Joséphine Baseme dont les restes de son corps ont été jetés dans la rivière. La Cour rapporte également que M^me^ Lucie Somwe a été violée à plusieurs reprises par les miliciens et a passé plus des sept jours, durée porté à 11 mois par la victime, entre les mains de sieur Ilunga Mukalayi Kasereka, soit disant pour lui sauver la vie, alors qu'il en faisait un esclave sexuel. Le cas le plus atroce est celui de l'incident survenu au village de Katolo le 29 avril 2005. Dans cet incident en effet, dame Ilunga Ngoie, âgée de 45 ans, et mère de 5 enfants et qui attendaient famille dans ses dernières semaines a été arrêtée pour avoir refusé le recrutement de ses fils dans le mouvement de Gédéon Kyungu. Elle a été conduite dans la Cour de ce dernier. Elle y a été éventrée et les deux fœtus ont été remis à Gédéon Kyungu pour renforcer ses pouvoirs magiques ; le reste du corps ayant été brûlé (Voy. *Bulletin des arrêts de la HCM, op. cit.*, p. 335).

738 Jugement *Morgan*, p. 64 : « En date du 5 janvier 2013, à Mabukusi, sieur Kamango Tambwe, garde de parc de son état, se vit arrêter par les Maï-Maï de Paul Sadala dit Morgan. Arrivé à Kilima Mweza, il a été accroché sur une moto et a subi des tortures. Ensuite, il a été embarqué dans une voiture pour être acheminé jusqu'à Mambassa qui est tombé entre leur main. Au Rond-Point, on lui a demandé de faire sa dernière prière. Espérant que la contre-offensive des FARDC allait le sauver, il s'est vu entre-temps embarqué dans une voiture jusqu'à Kilima Mweza où était cantonné le reste du mouvement. C'est là qu'on lui a arraché les yeux à l'aide de l'hameçon, on l'a décapité et enlevé son cœur pour le manger ensuite ».

L'affaire *Kizima Lenine* comprend elle aussi des actes d'une cruauté telle que l'on était en droit d'attendre du tribunal qu'il les aborde dans la fixation de la peine. En effet, le jugement du TMG de Bukavu a fait état de plusieurs crimes atroces commis par l'accusé Kizima et ses miliciens[739]. Mais, il est resté silencieux sur ces éléments dans la fixation de la peine alors que c'étaient des éléments pertinents à prendre en compte à titre de circonstances aggravantes.

Finalement, la principale tendance qui peut être dégagée de la pratique judiciaire congolaise en matière de fixation des peines est celle du recours quasi systématique à la servitude pénale à perpétuité sans que cette peine soit toujours justifiée par l'extrême gravité de l'affaire et la personnalité de l'accusé. Certes, dans certaines affaires, ces éléments sont présents. Mais, ils ne sont jamais invoqués par les juridictions pour justifier les peines. Dans les affaires où ces juridictions ont invoqué des circonstances atténuantes en faveur des accusés, il est apparu que cette démarche n'a pas toujours été suivie par la recherche des circonstances aggravantes qui pouvaient être contrebalancées aux circonstances atténuantes. Le jugement *Songo Mboyo* aurait pu constituer une exception à cet égard puisqu'après avoir reconnu à deux accusés (Motuta Alondo et Kombe Monbele) une circonstance atténuante tenant « essentiellement à leur jeune âge », les juges ont ensuite déclaré que « les circonstances aggravantes qui entourent la commission des crimes par les deux prévenus précités l'emportent largement sur les circonstances atténuantes qui plaident en leur faveur »[740]. Cependant, le tribunal n'a pas spécifié ces circonstances aggravantes

739 Ainsi, le jugement rapporte les crimes commis le 09 février 2009 dans la carrière minière de Wakibongo où l'accusé Kizima et ses miliciens ont réussi à arrêter vingt-six creuseurs vers 20h. Le jugement rapporte que « pour les affaiblir, ils leur ont fait avaler de force les déchets des minerais communément appelées « marakacha » avant d'exécuter par égorgement vingt-deux d'entre eux au moyen des machettes » (jugement *Kizima*, p. 69). Il rapporte l'incident survenu au courant de l'année 2009, au village Kegele en présence du M11 où l'accusé Kizima a donné la mort au sieur Sadiki Sapolo en lui aspergeant de l'essence dans les oreilles et en le gifler au même moment de telle sorte que la mort s'en était suivie sur le champ (*idem*, p. 70). Plusieurs autres actes d'une extrême gravité peuvent être mentionnés. Ainsi, lors de l'attaque du village Tshateka le 07 août 2010, un jeune garçon nommé Athanase âgé de 08 ans et une jeune fille nommée Watendaga âgée de 5 ans, respectivement fils et fille de F44 ont été brulés vifs dans la maison ; des actes similaires ont été commis par le même accusé lors de l'attaque du village Lumba où la fillette de F60 Jeanne Shabani âgée de 6 ans et le garçon de F59 Jean Paul furent brulés de la même façon (*idem*, p. 71). Le jugement rapporte également qu'au mois de septembre 2010, au village Kazegama, F50 et sa jeune sœur Atia Kabakenge, ont été surprises dans le champ des maniocs par le prévenu Kizima qui a ordonné à ses miliciens, Laurent, Moïse et Ferdinand de les violer. Le jugement rapporte par ailleurs qu' « après ces actes, M. Kizima s'est adressé aux victimes en ces termes : « après votre fuite à Luyulu avec votre père, j'ai cru que vous étiez cachés dans une roche, mais je suis surpris de vous voir errer dans un champ des maniocs » ; par ces mots, il a coupé, à l'aide d'un couteau, le seing gauche de la demoiselle Atia Kabakenge qui succomba sur le champ ». Le jugement poursuit en déclarant qu' « à l'audience publique du 18 juin 2014, F50 renchérira que sous les émotions de l'acte posé sur la personne de sa sœur, elle avait tenté de fuir et le prévenu sans hésiter l'a logé une balle dans la cuisse provoquant ainsi une plaie profonde, laquelle était soignée par son propre père infirmier de carrière ; « je suis de la famille de son épouse, continua F50, je regrette pourquoi il a agi ainsi, car nous avons vécu ensemble pendant longtemps ». Un autre acte rapporté par le jugement est celui qui est survenu au mois de septembre 2010 au village Kisuku où dame F38 âgée de 54 ans fut torturée, violée, puis sa main droite plongée dans une marmite remplie d'huiles chaudes (*idem*).

740 Jugement *Songo Mboyo*, in Revue *Horizons* (2006), p. 87 (voir le dernier paragraphe de la motivation du jugement).

entourant la commission des crimes, ce qui amoindrit quelque part sa contribution sur la nécessité de contrebalancer les circonstances atténuantes aux circonstances aggravantes.

Il s'ensuit donc une démarche partielle et incomplète de la recherche des éléments pertinents à prendre en compte dans la fixation de la peine. Certes, la règle 145 du RPP ne s'impose pas aux tribunaux congolais au même titre que le Statut de Rome. Néanmoins, elle ne fait qu'exprimer, dans la plupart de ses dispositions, une pratique judiciaire générale consacrée par les tribunaux internationaux. Elle peut donc servir d'une sorte de *guidelines*, c'est-à-dire un document de travail d'une importance capitale et peut donner ainsi aux juges congolais des indications pertinentes dans la fixation des peines pour les crimes prévus dans le Statut de Rome.

D. L'exécution des peines : reflet d'une justice de façade ?

Dans la répression des crimes de droit international par les tribunaux congolais, la question de l'exécution des peines prononcées lève le voile sur la défaillance du système pénitentiaire congolais et sur l'ambiguïté de la politique globale de la répression et de la prévention des crimes de droit international par les autorités congolaises. D'un côté, l'on observe la facilité avec laquelle les tribunaux congolais prononcent des peines très lourdes contre les accusés au point de finir par banaliser la servitude pénale à perpétuité ; et de l'autre côté, l'on constate cependant une pratique inquiétante de la non-exécution ou de l'exécution partielle de ces lourdes peines prononcées par ces tribunaux.

Les Nations Unies ont constamment ajouté leur voix aux nombreuses critiques du dysfonctionnement du système pénitentiaire de la RDC. À l'issue de l'une de ses missions en RDC en 2008, la rapporteuse spéciale des Nations Unies sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences, Yakin Ertürk, faisait état des évasions fréquentes des détenus dues à la corruption des gardiens de prison et des policiers dans les centres de détentions en RDC. L'on ne devrait d'ailleurs pas s'étonner de constater que les prisons et centres de détentions en RDC sont généralement (sur)peuplés des personnes pauvres de sorte que ceux qui disposent des moyens financiers ne peuvent y rester longtemps, quelle que soit la durée de leur condamnation pénale.

Selon M^me^ Yakin Ertürk, « le 30 juin 2007, par exemple, 24 détenus se sont "évadés" de la prison militaire du GLM à Mbandaka, dont 3 soldats qui avaient été condamnés à la prison à vie dans l'affaire des viols massifs de Songo Mboyo, 3 soldats qui avaient été reconnus coupables dans l'affaire de la mutinerie de Bokala de juillet 2005 ainsi que 3 autres, accusés de meurtres et de viols dans le cadre des atrocités de Lifumba-Waka de mars 2006, qui étaient en attente de jugement. [C]es évasions ont eu lieu juste avant que 14 détenus ne soient transférés à Kinshasa pour des raisons de sécurité »[741]. Selon une version incroyable livrée à M^me^ Yakin Ertürk par le commandant de la prison à propos de cette

741 *Rapport de la Rapporteuse spéciale, Yakin Ertürk, sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences*, Doc. A/HRC/7/6/Add.4, 27 février 2008, § 84.

évasion, « les trois gardiens qui étaient de faction la nuit de l'évasion avaient envoyé un détenu acheter de la nourriture pour les autres prisonniers. Ne voyant pas l'homme revenir, ils sont partis à sa recherche, laissant derrière eux leurs armes et sans fermer la porte de l'établissement. Après quoi, 24 détenus se seraient évadés. Les gardiens ont disparu depuis lors »[742].

La question de l'exécution des peines constituait par ailleurs l'une des préoccupations des participants à l'atelier (organisé par le centre international pour la justice transitionnelle) sur l'évaluation de la justice militaire comme mécanisme de répression des crimes internationaux, tenu au centre catholique Nganda à Kinshasa du 8 au 10 juin 2009. Dans le document publié à l'issue de cet atelier, l'on rapporte que dans le cadre du procès de Songo Mboyo, « sur les six condamnés définitifs, tous se sont évadés à cause du mauvais état de la prison où ils étaient incarcérés à Mbandaka » ; et qu' « en fait, ce lieu de détention n'était pas une prison, mais plutôt une maison d'habitation servant de prison et ne présentant aucune garantie de sécurité »[743]. C'est sans doute l'ensemble de ces éléments qui a poussé le professeur Nyabirungu à soutenir, dans son exposé du 25 mai 2010, que l'un des défis de la justice congolaise est le taux d'évasion qui atteint, selon lui, les « 50 % des condamnés »[744].

D'après un récent rapport de la MONUSCO consacré aux avancées et obstacles dans la lutte contre l'impunité des violences sexuelles en RDC, « en raison de l'état déplorable et délabré des établissements pénitentiaires et de l'insécurité qui y règne, les évasions, y compris les évasions de masse, sont fréquentes en RDC. Certaines des évasions sont organisées avec la complicité d'agents pénitentiaires, qui sont parfois soudoyés pour libérer des détenus. Parmi les évadés figurent des individus qui ont été placés en détention provisoire pour des crimes de violence sexuelle, ainsi que des condamnés. À titre d'exemple, en septembre 2011, à Lubumbashi, province du Katanga, 967 prisonniers, en majorité des civils, se sont évadés de la prison de Kasapa suite à une attaque par des hommes armés. Parmi les évadés, 271 avaient été arrêtés pour des crimes de violence sexuelle, y compris 116 individus qui avaient été condamnés pour viol à des peines d'emprisonnement allant de 5 à 20 ans. Dans un autre exemple, au cours de la nuit du 21 au 22 septembre 2013, un Lieutenant-colonel des FARDC, Félix Djela alias Bravo Tango, s'est échappé, avec un autre détenu militaire, de la prison centrale de Bukavu en escaladant le mur après avoir taillé la grille de la fenêtre de sa cellule. Il avait été condamné, au cours d'une audience foraine à Uvira, province du Sud-Kivu, à la prison à vie pour des actes constituant des violations graves des droits de l'homme, y compris le meurtre et le viol. Compte tenu de son

742 *Idem*, § 85.

743 Centre internationale pour la Justice transitionnelle, *Recommandations de l'atelier sur l'évaluation de la justice militaire comme mécanisme de répression des crimes internationaux*, tenu au Centre Catholique Nganda, Kinshasa, RDC du 8 au 10 juin 2009, p. 10.

744 Raphaël Nyabirungu Mwene Songa, *Universalité et effectivité du système du Statut de Rome…*, déjà cité, (25 mai 2010), p. 10.

ampleur, le phénomène des évasions constitue un obstacle majeur à la justice et contribue à la persistance de l'impunité dans le pays »[745].

Toute la réalité des prisons et centres de détention en RDC semble se résumer dans le concept de « détenus volontaires », un oxymoron forgé par le professeur Nyabirungu lors de l'atelier de validation de la présente étude et qui est révélateur de la situation réelle des détenus et des rapports qu'ils entretiennent avec l'administration pénitentiaire.

Ces informations sont plutôt inquiétantes au regard de tous les efforts consentis tant par les victimes, les ONG et la communauté internationale pour lutter contre l'impunité des crimes de droit international commis sur le territoire de la RDC. Cette lutte contre l'impunité ne se résume pas seulement au fait de voir les suspects être arrêtés, amenés à

répondre de leurs actes devant les organes judiciaires, se voir imposer des peines lourdes qu'on sait d'avance qu'elles ne seront finalement pas exécutées, avec tout le risque que cela peut faire encourir aux témoins et aux victimes qui ont témoigné contre ces individus. La lutte contre l'impunité implique aussi l'exécution effective des peines prononcées contre les coupables. Il est donc impératif que la qualité du système pénitentiaire en RDC soit, elle aussi, considérée comme un des piliers essentiels de la lutte contre l'impunité des crimes commis en RDC.

745 MONUSCO et Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Avancées et obstacles dans la lutte contre l'impunité des violences sexuelles en République démocratique du Congo,* avril 2014, (ci-après, le « Rapport de la MONUSCO sur les violences sexuelles (2014) ») p. 21, disponible en ligne sur : http://www.ohchr.org/Documents/Countries/CD/UNJHROApril2014_fr.pdf (visité le 26 février 2016).



VI

Le respect du droit au procès équitable : combattre le monstre sans le devenir

Le philosophe allemand Friedrich Nietzche disait que « celui qui combat le monstre doit veiller à ne pas le devenir lui-même ». Ces propos revêtent une importance toute particulière lorsqu'on les place dans le contexte du respect des droits de la défense dans le procès des crimes graves comme ceux qui sont prévus dans le Statut de Rome. En effet, le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont caractérisés par leur horreur et leur cruauté extrême. Face à cette horreur, la tentation est grande de porter toute l'attention vers les victimes et de relativiser les droits des personnes suspectées, à tort ou à raison, d'être impliquées dans cette horreur. La montée du mouvement de lutte contre l'impunité des crimes de droit international a renforcé cette tentation. Certaines décisions du TPIY sont même allées jusqu'à avouer ouvertement que dans les procès des crimes de droit international, il y avait peut-être moins de garanties pour les droits de la défense[746]. Même la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme contient une certaine décision qui va dans ce sens[747].

L'influence négative du mouvement de lutte contre l'impunité des crimes graves sur les droits de la défense a amené certains à se demander, à juste titre, si le droit international

746 TPIY (Ch. 1ère Inst.), *Le Procureur c. Tadic*, « Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses », affaire n° IT-94-1, 10 août 1995, § 28 : « The interpretations of Article 6 of the ECHR by the European Court of Human Rights are meant to apply to ordinary criminal and, for Article 6 (1), civil adjudications. By contrast, the International Tribunal is adjudicating crimes which are considered so horrific as to warrant universal jurisdiction. The International Tribunal is, in certain respects, comparable to a military tribunal, which often has limited rights of due process and more lenient rules of evidence. (…) ».

747 Selon le juge Mohammed Shahabudden, dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Milan Kovacevic* (n° IT-97-24-AR73) rendu le 2 juillet 1998, la Commission européenne des droits de l'homme avait déclaré : « La nature exceptionnelle d'une procédure pénale qui porte sur des crimes de guerre commis au cours de la Seconde Guerre mondiale rend inapplicable les principes dégagés par la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires ayant trait à d'autres infractions ».

pénal et le droit international des droits de l'homme n'étaient pas des « faux-frères »[748]. Cette interrogation est justifiée lorsqu'on prend en compte le fait que les droits de l'homme, dont la vocation d'origine était d'offrir une série de garanties procédurales destinées à corriger le déséquilibre entre l'individu et l'État lors du contentieux pénal, sont devenus « pénalistes » à travers notamment le mouvement de la lutte contre l'impunité des violations graves des droits de l'homme[749]. Observant les dérives auxquelles a conduit le mouvement de lutte contre l'impunité, M^me^ Raphaëlle Maison a ainsi noté : « il est régulièrement question de la justice pénale internationale, présentée comme un formidable progrès de l'humanité. L'affaire *Naser Oric* révèle qu'il convient de la regarder avec prudence, de s'en méfier, comme de tout procès pénal d'ailleurs. Car l'internationalité du procès ne le préserve pas d'un certain nombre de travers. Bien au contraire, en plus de condamner des innocents, les tribunaux internationaux sont susceptibles de contribuer à la négation des crimes contre l'humanité dont ils sont saisis »[750].

C'est sans doute sur la base des leçons tirées de certaines de ces dérives que le Statut de Rome créant la CPI a apporté quelques limites à cette tendance à minimiser la valeur des droits de la défense dans la lutte contre l'impunité des crimes graves. Il prévoit ainsi à son article 21 que « l'application et l'interprétation [des dispositions du Statut de Rome] doivent être compatibles *avec les droits de l'homme internationalement reconnus* »[751]. Il s'agit ici d'une innovation importante du Statut de Rome puisque le statut des TPI ne contient aucune disposition équivalente. Pour garantir les droits de l'accusé, le Statut de Rome lui consacre un long article 67. Il prévoit par ailleurs plusieurs autres dispositions qui exigent que les mesures de protection des victimes et témoins *soient compatibles avec les droits de l'accusé et les exigences d'un procès équitable*[752].

Les lignes qui suivent n'ont pas la prétention d'analyser le respect par les tribunaux congolais de tous les droits reconnus à l'accusé par la constitution congolaise et les instruments nationaux et internationaux pertinents. L'on se limitera à vérifier dans quelle mesure la lutte contre le monstre de l'impunité des crimes de droit international commis en RDC, à travers l'application directe du Statut de Rome, s'est réalisée dans le respect des droits au procès équitable des personnes suspectées d'être responsables des crimes précités. Après avoir précisé que notre analyse s'intéresse à un seul aspect – le volet

748 William A. Schabas, « Droit pénal international et droit international des droits de l'homme : faux frères ? », *in* Marc Henzelin et Robert Roth (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris/Genève/Bruxelles, LGDJ/Georg/Bruylant, 2002, pp. 165-166.

749 Sur cette double face des droits de l'homme, voy. Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, François Ost, Michel van de Kerchove et Sébastien Van Drooghenbroeck (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis/Bruylant, 2007.

750 Raphaëlle Maison, *Coupable de résistance ? Naser Oric, défenseur de Srebrenica devant la justice internationale*, Paris, Armand Colin, 2010, p. 14.

751 Article 21(3) du Statut de Rome.

752 Tel est le cas tout particulièrement de l'article 68(1) du Statut de Rome qui prévoit que « Ces mesures [propres à protéger la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins] ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial ». Voir également les articles 68(5) et 69(2) du Statut de Rome.

pénal – du droit à un procès équitable, l'on étudiera le respect des droits de la défense à la phase préjuridictionnelle, ensuite à la phase juridictionnelle. L'on terminera par quelques conclusions et recommandations, après avoir, bien entendu, consacré quelques lignes aux problèmes spécifiques que pose l'après-procès et notamment la question de l'accès des accusés aux décisions judiciaires les condamnant.

A. Le volet pénal du droit à un procès équitable

La question du droit au procès équitable devant les juridictions militaires congolaises a fait l'objet d'une intéressante étude de la part de M. Marcel Wetsh'okonda Koso sur laquelle il conviendra de revenir[753]. Cette question appelle trois remarques préliminaires. Il faut d'abord rappeler que le droit au procès équitable est prévu à l'article 14 (1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et à l'article 19, alinéa 2, de la Constitution de la RDC de 2006 telle que révisée en 2011. Il ressort du Pacte précité que le droit au procès équitable comporte deux volets distincts. Le premier, le volet pénal, se rapporte au droit reconnu à toute personne « à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (…) du bien-fondé de toute *accusation en matière pénale dirigée contre elle* »[754] ; tandis que le second volet, de caractère civil, se rapporte au droit reconnu à toute personne « à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (…) des *contestations sur ses droits et obligations de caractère civil* »[755]. Les deux volets du droit au procès équitable ne sont cependant pas clairement distingués par l'article 19, alinéa 2, de la Constitution congolaise, puisque cet article se borne à disposer que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable par le juge compétent ». Quoi qu'il en soit, dans les lignes qui suivent, l'on analysera exclusivement le volet pénal du droit au procès équitable, c'est-à-dire le respect des droits de défense des personnes poursuivies et finalement reconnues coupables. L'on écartera ainsi de cette question, le volet civil qui se rapporte aux droits des victimes, ou encore aux droits des civilement responsables.

Deuxièmement, même en se focalisant sur les droits des personnes poursuivies ou accusées des crimes prévus par le Statut de Rome, l'attention sera ici tournée essentiellement vers les décisions qui se sont soldées par la *condamnation* des personnes poursuivies. L'on écartera ainsi de cette analyse les décisions qui ont conduit à l'acquittement d'un accusé dans la mesure où lorsque les irrégularités d'un procès pénal conduisent à l'acquittement, l'on ne voit pas trop bien de quoi se plaindrait cet accusé puisque les poursuites se sont soldées par une décision qui lui est incontestablement favorable.

753 Marcel Wetsh'okonda Koso, *République démocratique du Congo : la justice militaire et le respect des droits de l'homme : l'urgence du parachèvement de la réforme*, une étude d'AfriMAP et de l'Open Society Initiative for Southern Africa, 2009, p. 83.

754 Voy. l'article 14 (1) du Pacte international sur les droits civils et politiques.

755 Idem.

Troisièmement, le volet pénal du droit au procès équitable qui sera étudié ne couvre en principe pas la question de l'après-procès et plus spécifiquement celle de la non-exécution des condamnations pénales. Ici encore, il serait difficile de démontrer de quoi se plaindrait la personne condamnée si elle n'exécutait pas sa peine en raison de la défaillance de l'administration pénitentiaire. Certes, la société a un intérêt incontestable à ce que les condamnés exécutent effectivement leurs peines. Mais, cet intérêt n'est nullement pas partagé par le condamné en raison du caractère afflictif et infamant de la peine. Certes, la manière dont une peine d'emprisonnement est exécutée peut susciter des problèmes du respect des droits de l'homme en général (interdiction des traitements inhumains et dégradants) en raison de l'état de délabrement avancé des centres de détention congolais. Par ailleurs, la question de la modulation de la peine, et plus spécifiquement celle de l'application de la libération conditionnelle (article 35 du Code pénal congolais[756]), peut elle aussi susciter des problèmes touchant les droits fondamentaux de la personne condamnée. Toutefois, ces problèmes sont d'une nature différente de celle du droit au procès équitable puisqu'ils se rapportent à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants des personnes condamnées. En outre, les questions touchant à la possibilité pour les condamnés à demander et à obtenir une libération conditionnelle en RDC ne sont pas susceptibles de se poser puisque la plupart des condamnés finissent par s'évader quelques mois après leur mise en détention. L'absence de jurisprudence congolaise relative à la libération conditionnelle constitue un témoignage éloquent de ce phénomène.

Après avoir ainsi précisé les contours du volet pénal du droit au procès équitable, l'on étudiera cette question par rapport à la jurisprudence des tribunaux militaires congolais en distinguant essentiellement les deux phases de la procédure pénale à savoir la phase préjuridictionnelle et la phase juridiction. L'on terminera par un aspect de l'après-procès où l'on étudiera l'incidence de la notification (« signification ») du jugement sur le volet pénal du droit au procès équitable.

B. La phase préjuridictionnelle

À la phase préjuridictionnelle, plusieurs problèmes touchant le droit au procès équitable peuvent se poser par rapport aux droits des personnes faisant l'objet des enquêtes judiciaires pour les crimes prévus dans le Statut de Rome. Deux d'entre eux vont principalement nous intéresser dans les lignes qui suivent. Le premier est le droit à un avocat (ou de toute autre personne de son choix) et le second, le respect du principe selon lequel la liberté est la règle et la détention, l'exception.

756 L'article 35, alinéa 1er du Code pénal congolais est ainsi formulé : « les condamnés qui ont à subir une ou plusieurs peines comportant privation de liberté, peuvent être mis en liberté conditionnellement, lorsqu'ils ont accompli le quart de ces peines pourvu que la durée de l'incarcération déjà subie dépasse trois mois ».

1. Le droit à un avocat à la phase préjuridictionnelle

L'article 18, alinéa 2 et 3, de la Constitution congolaise dispose que « toute personne arrêtée (…) doit être immédiatement informée de ses droits » ; et que « la personne gardée à vue a le droit d'entrer immédiatement en contact avec sa famille ou avec son conseil ». L'article 19, alinéa 4, de la même Constitution pose le principe selon lequel « toute personne a le droit de se défendre elle-même ou de se faire assister d'un défenseur de son choix, et ce, à tous les niveaux de la procédure pénale, *y compris l'enquête policière et l'instruction préjuridictionnelle* ». Ce droit est même reconnu y compris « devant les services de sécurité »[757].

Il n'est pas inutile de rappeler qu'en précisant que le droit à un avocat s'applique aussi à la phase de l'enquête policière, à celle de l'instruction préjuridictionnelle et même devant les services de sécurité, le Constituant congolais tenait à mettre fin à la controverse suscitée par une certaine pratique des OPJ, des magistrats du parquet (aussi bien civils que militaires) et des fonctionnaires des services de sécurité tels que l'Agence nationale de renseignements (ANR). Ces derniers tiraient profit de l'ignorance des personnes suspectées, de l'imprécision des précédentes Constitutions congolaises sur cette question et du caractère secret de l'instruction préparatoire pour systématiquement refuser aux personnes faisant l'objet de leurs enquêtes le droit de se faire assister d'un avocat lors des auditions en phase préjuridictionnelle ou devant les centres de détentions de l'ANR[758]. Selon eux, la place des avocats et autres défenseurs était devant les Cours et tribunaux et non devant les parquets ou les services de renseignements. Le Constituant est ainsi venu mettre fin à cette controverse en proclamant de la manière la plus claire le droit à un avocat à toutes les phases de la procédure pénale, y compris la phase préjuridictionnelle.

Par rapport à ce droit à l'assistance judiciaire, l'article 26*bis* (1) (b) du Code de procédure pénale[759] va même plus loin. Il prévoit qu'en matière des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, « toute personne accusée d'une infraction et faisant l'objet des poursuites (…) *doit être assistée*, dès l'arrestation et à tous les stades de la procédure, par un avocat ou un conseil de son choix, ou à défaut par un avocat ou un conseil commis d'office conformément au droit commun à moins qu'elle ait renoncé volontairement à son droit d'être assistée d'un conseil »[760]. La formule « doit être assistée » montre clairement que les pouvoirs publics sont dans l'obligation de pourvoir à la défense des personnes poursuivies, celles-ci restant toutefois libres de refuser une telle assistance.

Dans la pratique cependant, plusieurs facteurs rendent illusoires les droits ainsi proclamés par la Constitution congolaise et le Code de procédure pénale. Premièrement, le « droit » d'une personne arrêtée « d'être immédiatement informé de ses droits » n'est pas toujours respecté parce que les personnes arrêtées en phase préjuridictionnelle ne sont

757 Article 19, alinéa 5, de la Constitution.

758 Kifwabala Tekilazaya, Defi Fataki wa Luhindi et Marcel Wetsh'okonda Koso, *République démocratique du Congo : le secteur de la justice et l'Etat de droit*, Open Society Foundations, 2013, p. 118.

759 Voy. l'article 2 de la loi n° 15/024 du 31 décembre 2015 modifiant le Code de procédure pénale.

760 C'est nous qui soulignons.

généralement pas informées de leurs droits, et notamment celui d'avoir accès à un avocat, en dépit du fait que ce droit est proclamé par la Constitution et réaffirmé par la loi.

Deuxièmement, même si ces personnes étaient informées de leurs droits, le fait que l'assistance judiciaire gratuite ne soit pas organisée devant les tribunaux rend illusoire la jouissance effective de ce droit. En effet, comme l'écrit Marcel Wetsh'okonda Koso, « l'assistance judiciaire gratuite n'est pas organisée devant les tribunaux militaires. Il en résulte que pour bénéficier d'une assistance judiciaire de qualité, les prévenus (…) sont condamnés à payer eux-mêmes les services d'un avocat congolais de leur choix. Mais compte tenu de leurs ressources limitées, peu de militaires et policiers sont en mesure de le faire. Ils sont ainsi contraints de se contenter de la défense que leur offrent, là où ils existent, les barreaux à travers leurs bureaux de consultation gratuite. Ces prestations n'étant pas prises en charge par l'État, les avocats, surtout stagiaires, les considèrent comme une corvée dont ils se débarrassent le plus tôt possible, et ce, quels qu'en soient les résultats »[761]. M. Wetsh'okonda Koso écrit par ailleurs que « les avocats qui interviennent devant les tribunaux militaires sont souvent constitués ou désignés quelques jours seulement avant le début des audiences de jugement, voire en cours du procès » ; et que « dans tous les cas, ils n'auront pas assisté les personnes poursuivies en cours de la phase de l'instruction préjuridictionnelle »[762]. Il révèle enfin une certaine pratique d'intimidation des avocats par les magistrats militaires (du parquet comme du siège)[763], ce qui soulève la grave question de la protection des avocats dans les procédures devant les tribunaux militaires.

2. Le respect de la liberté des personnes faisant l'objet d'une enquête

À part la question du droit à un avocat, il se dégage également un autre problème lié à l'effectivité du principe constitutionnel selon lequel, à la phase préjuridictionnelle, la liberté est la règle et la détention, l'exception (article 17, alinéa 1er de la Constitution). Il faut rappeler que ce principe est en fait le corollaire de cet autre principe de droit pénal, celui de la *présomption d'innocence*, lui aussi proclamé par le dernier alinéa de l'article 17 de la Constitution congolaise.

Le respect de ce principe constitutionnel par les juridictions militaires congolaises se révèle toutefois théorique dans certaines affaires. Ainsi, dans l'affaire *Kakwavu*, la Haute Cour militaire a affirmé que « [l'accusé] ainsi que les membres de son groupe armé se sont livrés à de nombreux abus et atrocités au préjudice de la population civile : des meurtres, des tortures et des viols » ; que « personne ne pouvait oser dénoncer [ces crimes] aussi longtemps que [l'accusé] était l'homme fort de Aru, Ariwara et Mahagi » ; et qu'« il a fallu attendre son départ pour Kinshasa et son arrestation pour voir les langues des victimes directes et indirectes se délier et dénoncer quelques-uns de ces crimes ». Reprenant le cas du viol de Mlle KTD, la Haute Cour militaire a déclaré qu' « ayant appris comme tant d'autres à Aru et Ariwara que le général Kakwavu était arrêté et détenu à la prison de

761 Marcel Wetsh'okonda Koso, *op. cit.*, p. 83.
762 *Idem*, p. 84.
763 *Idem*.

Makala depuis le 23 avril 2010 et que la Justice enquêtait sur les actes criminels par lui commis, la demoiselle KTD en tant que victime, décida d'aller porter plainte contre lui. Le 21 juin 2010, elle se présenta volontairement et librement devant le magistrat Lianza exposer les affres qu'elle avait subies de la part du général Kakwavu »[764]. En présentant les faits de cette façon, la Haute Cour militaire n'explique toutefois pas sur quelle base le général Kakwavu a initialement été arrêté. Tout porte donc à croire que son arrestation et sa détention ont précédé la constitution d'un dossier judiciaire à sa charge. D'ailleurs, les charges portées contre lui, et qui ont finalement fait l'objet de l'arrêt de condamnation, concernent exclusivement des faits qui ont été portés à la connaissance des autorités judiciaires *après* l'arrestation et la détention de l'intéressé. Cela implique qu'il n'y avait pas de charges précises contre lui au moment où son arrestation a été décidée. Or, un tel procédé est difficile à concilier avec l'article 27 du Code congolais de procédure pénale, qui s'applique aussi dans la procédure pénale militaire[765], puisqu'aux termes de l'alinéa premier de cet article, « l'inculpé ne peut être mis en état de détention préventive que s'il existe contre lui des indices sérieux de culpabilité et qu'en outre [les faits paraissent] constituer une infraction que la loi réprime d'une peine de six mois de servitude pénale au moins ».

Le problème de l'effectivité du droit à la liberté procède en partie de l'article 209 du Code judiciaire militaire. Cet article dispose : « si l'instruction de l'affaire doit durer plus de quinze jours et que le magistrat instructeur militaire estime nécessaire de maintenir l'inculpé en détention, il en réfère à l'Auditeur militaire. Celui-ci statue sur la détention provisoire et décide sur sa prorogation pour un mois ; et, ainsi de suite, de mois en mois, lorsque les devoirs d'instruction dûment justifiés l'exigent. (…) Si la peine prévue est égale ou supérieure à six mois, la prolongation de la détention préventive ne peut dépasser douze mois consécutifs. Dépassé ce délai, la prorogation est autorisée par la juridiction compétente. À tout moment, le détenu préventif peut demander à l'Auditeur militaire sa remise en liberté ou sa mise en liberté provisoire ».

Il découle de cet article que le contrôle de la régularité de la détention des personnes faisant l'objet des enquêtes des parquets militaires n'est pas confié à un juge ou à un tribunal ; mais qu'il est confié à un magistrat du parquet. L'article en question est donc difficile à concilier avec par exemple la disposition de l'article 9(4) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques aux termes duquel « quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours *devant un tribunal* afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si sa détention est illégale »[766].

Comme on pouvait s'y attendre, l'application de l'article 209 précité par les autorités militaires a conduit à de graves abus ainsi que le révèle l'étude de M. Wetsh'okonda Koso puisque ces autorités ont interprété l'article en question comme leur permettant de procéder

764 Arrêt *Kakwavu (fond)*, pp. 23-24.
765 Voy. l'article 1er du Code pénal militaire ; l'article 2, alinéa 2, et l'article 40 du Code judiciaire militaire.
766 C'est nous qui soulignons.

à des détentions à durée indéterminée allant même jusqu'à une année et plus sans que la personne détenue soit présentée devant un juge[767]. Tel est le cas de l'affaire *Ankoro* où selon cette étude, les personnes détenues dans le cadre de cette affaire ont fait plus de 17 mois de détention préventive. De même, dans l'affaire *Kilwa*, la Cour militaire du Katanga avait conclu que la détention des accusés, qui venait de durer plus de 18 mois, était régulière en raison de l'existence d' « indices sérieux de culpabilité », même si, dans la suite, les accusés ont globalement été acquittés[768]. Finalement, dans l'affaire Germain Katanga, qui sera dans la suite renvoyée devant la Cour pénale internationale, la Haute Cour militaire s'est essentiellement fondée sur l'article 209 précité pour conclure à la régularité de la détention préventive de l'intéressé, alors que cette détention venait de durer plus d'une année[769].

C. La phase juridictionnelle

À la phase juridictionnelle, plusieurs problèmes se rapportant au respect du droit au procès équitable des accusés peuvent se poser. Dans les lignes qui suivent, l'on se limitera à étudier quatre d'entre eux.

1. La qualité de l'acte d'accusation

Le problème soulevé par la qualité de l'acte d'accusation se rapporte au droit de la personne accusée d' « être informée, dans le plus court délai, dans une langue qu'elle comprend et de façon détaillée, *de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle* ». Par rapport à ce droit, au moins trois situations peuvent être observées dans la pratique judiciaire des tribunaux militaires congolais.

La première situation est celle que l'on a déjà abordée dans la partie concernant les formes de responsabilité pénale individuelle. Elle découle de la pratique judiciaire consistant à recourir, dans les actes d'accusation, au Statut de Rome pour définir les crimes, et au Code pénal ordinaire ou militaire, pour y puiser les formes de participation criminelle, ce qui est susceptible de plonger l'accusé dans la confusion sur « la nature de l'accusation portée contre lui » puisque les crimes et les forme de responsabilité pénale vont de pair. Cette démarche est d'autant plus critiquable que dans les jugements et arrêts rendus au fond, ces juges ne s'empêchent pas de se livrer à des développements touchant les formes de responsabilité pénale prévues dans le Statut de Rome sans avoir averti l'accusé de cet élément fondamental de la *nature de l'accusation* portée contre lui. Certes, dans le jugement *Kabala et consorts*, l'on observe que le président du tribunal a, en cours d'instance, fait savoir aux parties au procès son intention de modifier la qualification des faits en remplaçant la qualification de crimes contre l'humanité, initialement retenue par l'Accusation, par celle de crimes de guerre, qui lui paraissait plus pertinente compte tenu du contexte de conflit

767 Marcel Wetsh'okonda Koso, *op. cit.*, p. 79.

768 Voy. la partie de la présente étude relative à l'affaire *Kilwa*.

769 HCM, *MP c. Germain Katanga et consorts*, RDP n° 001/05, 1er décembre 2006, cité par Marcel Wetsh'okonda Koso, *op. cit.*, p. 79.

armé dans lequel les actes criminels ont été commis[770] ; et que ce même président a, par la suite, invité les parties au procès d'axer leurs moyens autour de ces faits[771]. Cette attitude est certainement respectueuse des droits de la défense puisqu'elle traduit le souci du juge d'éviter à la défense une surprise sur ce point précis. Elle mérite donc d'être encouragée en tant que telle. Toutefois, ce jugement n'échappe pas aux critiques formulées par rapport aux formes de responsabilité puisqu'on y observe que l'accusé a été poursuivi sur la base des formes de responsabilité pénale de droit commun, mais que dans le jugement, le tribunal a invoqué des formes de responsabilité prévues par le Statut de Rome sans que l'accusé ait été averti sur cet aspect des charges.

La deuxième situation procède du fait qu'il n'est pas rare que les actes d'accusation comportent des erreurs sur la disposition précise du Statut de Rome qui est appliquée. Ainsi, dans l'affaire *Bongi Massaba*, l'accusé était apparemment poursuivi sur la base de l'article 8 (2)(b)(xvi) du Statut de Rome. Certes, cette disposition se rapporte au « pillage d'une ville ou d'une localité, même prise d'assaut ». Mais la Cour militaire semble avoir perdu de vue que ce crime de guerre spécifique est contenu dans le paragraphe (b) de l'article 8 (2) qui se rapporte aux « autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés *internationaux* dans le cadre établi du droit international ». En condamnant plus tard l'accusé pour crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé de caractère *non international*, l'on se rend compte que l'invocation de la disposition précitée était erronée. Le TMG de Bunia ainsi que la Cour militaire de Kisangani avaient apparemment en tête l'article 8(2)(e)(v) qui était plus appropriée[772] puiqu'il se rapporte au « pillage d'une ville ou d'une localité, même prise d'assaut », en tant qu' « autres violations graves des lois et coutumes applicables aux *conflits armés ne présentant pas un caractère international*, dans le cadre établi du droit international ».

De même dans l'affaire *Kakwavu*, le préambule de l'arrêt de la Haute Cour militaire renseigne que le ministère public a notifié à l'accusé sa décision de renvoi additive le 13 avril 2012, afin de le poursuivre pour « avoir commis un crime de guerre par meurtre ; en l'occurrence, avoir dans les mêmes circonstances de lieu que dessus, le 22 novembre 2002, comme auteur, par abus de pouvoir, dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique lancée contre la population civile, provoqué les meurtres des nommés Eneko et Andrua Leburu Archange » ; et que le ministère public a invoqué comme dispositions applicables les articles 7 a) et 77 du statut de Rome[773]. Pourtant, l'invocation de l'article 7 (a) du Statut de Rome reste vague puisque l'on ne sait pas s'il s'agit du point a) du premier paragraphe de l'article 7 ou du second paragraphe de ce même article. En outre, l'article 7 du Statut de Rome se rapporte aux crimes contre l'humanité et non aux crimes de guerre. Toujours dans cette même affaire, la Haute Cour a observé, dans son arrêt définitif, que « dans la décision de renvoi, le meurtre de Eneko et Leburu était qualifié de crime contre

770 Jugement *Kabala,* p. 23.
771 *Idem,* p. 26.
772 Arrêt *Bongi,* p. 14 et suivantes.
773 Arrêt *Kakwavu* (le préambule).

l'humanité, fait prévu par l'art 7(1)(a) du Statut de Rome. Mais au cours de l'instruction, l'OMP a disqualifié cette infraction en crime de guerre. Qu'à cela ne tienne, car la Cour est saisie des faits et non de leur qualification »[774]. L'argument ainsi mis en avant par la Haute Cour est certes convaincant. Cependant, la Haute Cour doit également montrer qu'elle est la garante du respect des droits de l'accusé à être informé de façon détaillée de la *nature* des charges retenues contre lui. Même si dans l'arrêt définitif, l'accusé a finalement été acquitté pour cette incrimination pour doute, il n'en demeure pas moins qu'il a été amené à se défendre sur la base d'une accusation dont le fondement juridique était non précis, alors que la qualification juridique des faits pour lesquels un individu est poursuivi constitue un enjeu fondamental pour un accusé à préparer sa défense.

La troisième situation est celle dans laquelle les actes d'accusation contiennent parfois des préventions qui se contredisent entre elles, ainsi qu'on l'a relevé dans l'affaire *Kizima*. On a en effet vu que dans cette affaire, l'accusé était poursuivi pour des actes distincts commis au même moment, mais à des lieux différents comme s'il avait le don de l'ubiquité. Dans ce même ordre d'idée, l'on peut mentionner les incohérences déjà signalées dans l'affaire *Mitwaba* où, dans les préventions retenues contre les accusés, il apparaît qu'on leur reproche des faits qui ont eu lieu en « 2006 »[775], alors que dans la narration des faits, la Cour fait allusion aux faits qui ont eu lieu du 17 au 21 mars 2005.

2. Le droit de faire comparaître les témoins à décharge et d'interroger les témoins à charge

Le droit d'une personne accusée à faire comparaître ses témoins à décharge est consacré à l'article 14(3)(e) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Cet article dispose que « toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité (…) à interroger ou faire interroger les témoins à charge et à obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ». Comme on peut le remarquer, ce droit comporte deux variantes : le droit de l'accusé de faire comparaître *ses* témoins à lui, c'est-à-dire des témoins à décharge ; et le droit de ce même accusé de contre-interroger les témoins de l'Accusation, c'est-à-dire les témoins à charge.

Le droit de faire comparaître les témoins à décharge

Pour étudier le respect par les tribunaux congolais du droit de l'accusé de faire comparaître les témoins à décharge, il importe de distinguer les questions d'ordre *théorique* ou juridique et les questions qui procèdent de la *pratique judiciaire* de ces tribunaux.

D'un point de vue théorique, le droit de l'accusé de faire comparaître ses témoins à lui est globalement respecté par les tribunaux congolais dès lors qu'il est exercé dans les limites prévues par la loi. Rappelons que ce droit n'est pas absolu. Il comporte certaines limitations d'ordre juridique. En effet, le juge qui préside l'audience garde toujours un

774 *Idem*.
775 Arrêt *Mitwaba*, pp. 2-3.

pouvoir d'appréciation de l'opportunité de faire comparaître tel ou tel témoin. On constate d'ailleurs que certaines juridictions militaires n'ont pas hésité à recourir à ce pouvoir pour estimer non opportune la comparution de tel ou tel autre témoin, dès lors que leur religion est suffisamment éclairée. Ainsi, dans l'arrêt *Minova*, la Cour militaire opérationnelle de Goma a déclaré que « certains témoins réclamés par la défense n'ont pas été appelés devant la Cour parce que celle-ci n'a pas estimé leur audition nécessaire » ; qu' « il en est ainsi des hauts responsables de l'état-major de la Force terrestre et de la 8e Région militaire, dont les déclarations contenues dans le dossier de l'instruction préparatoire étaient jugées suffisamment claires et précises » ; et qu' « en tout état de cause, la Cour a usé de son pouvoir souverain pour apprécier l'opportunité de les faire entendre »[776]. Il s'agit là d'un pouvoir reconnu aux juges qui peut s'avérer utile lorsque l'accusé tente d'utiliser le droit qui lui est reconnu de faire comparaître les témoins à des fins dilatoires. Il serait en effet injuste que les juges soient désarmés contre de telles manœuvres dilatoires.

La position de la Cour militaire opérationnelle de Goma va d'ailleurs dans le même sens que celle du Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans son Observation générale n° 32 sur l'article 14 du Pacte, observation relative au droit à l'égalité devant les tribunaux et Cours et à un procès équitable. Selon le Comité en effet, l'article 14(3)(e) du Pacte « ne confère pas, cependant, un droit illimité d'obtenir la comparution de tout témoin demandé par l'accusé ou par son conseil, mais garantit seulement le droit de faire comparaître les témoins utiles pour la défense et d'avoir une possibilité adéquate d'interroger les témoins à charge et de les soumettre à un contre-interrogatoire à un stade ou un autre de la procédure »[777].

De même, le droit de faire comparaître les témoins à décharge doit être exercé dans les limites imposées par les immunités personnelles dont jouissent certaines personnalités. Dans l'arrêt *Kahwa* par exemple, l'accusé a demandé la comparution, à titre de témoins à décharge, des chefs d'État congolais et ougandais pour établir que ce sont ces dernières personnalités qui lui ont fourni les armes de guerre et lui ont demandé d'attaquer la population civile de Zumbe, attaque au cours de laquelle des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ont été commis. Cette demande a toutefois été rejetée, à juste titre, par la Cour militaire de Kisangani qui s'est notamment fondée sur le fait que l'ordre de commettre les crimes prévus par le Statut de Rome, au cas où cet ordre avait été établi, ne peut aucunement constituer une cause d'exonération de la responsabilité de l'accusé[778]. Bien

776 Arrêt *Minova*, p. 66.

777 CDH, *Observations générales n° 32, Article 14 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable*, Doc. ONU CCPR/C/GC/32 23 août 2007, § 39.

778 Arrêt *Kahwa*, p. 31 : « Quant au ravitaillement en munitions indispensables au fonctionnement des armes dont il avoue qu'il était détenteur par son mouvement politico-militaire, Kahwa Panga Mandro Yves allègue sans en apporter la preuve, si ce n'est sa parole, que suite à un arrangement qu'auraient conclu leurs Excellences Messieurs les Présidents Yoheri Museveni de l'Ouganda et Joseph Kabila Kabange de la République démocratique du Congo, le ravitaillement en munitions lui parvenait par l'Ouganda. Il les cite comme témoins à décharge sans justifier avec pertinence en quoi leurs dépositions le disculperaient de la détention sans titre ni droit des armes et munitions de guerre dont il ne conteste pas la matérialité. Ce qui avait motivé la Cour à rejeter cette demande non fondée ».

que la Cour militaire n'ait pas expressément invoqué les immunités de droit international reconnues aux chefs d'État étrangers, l'on ne peut exclure qu'elle eût en tête le fait que la qualité de chef de l'État ougandais interdisait à cette Cour, qui n'est qu'une juridiction nationale, de délivrer un mandat de comparution à l'encontre de ce dernier en qualité de témoins devant elle en assortissant ledit mandat des mesures de contraintes, comme pour le cas d'un témoin ordinaire. Il faut également rappeler que même si une telle « convocation » avait été faite sous forme de simple invitation à témoigner que ce chef d'État étranger (M. Yoweri Museveni) pouvait accepter ou ignorer, elle n'aurait pas manqué de soulever des problèmes de courtoisie internationale entre la RDC et l'Ouganda, ainsi que l'avait relevé la CIJ dans l'affaire relative à *Certaines questions d'entraide judiciaire* entre la France et le Congo-Brazza[779]. Concernant le chef de l'État congolais, même si les immunités de droit international dont il jouit ne sont pas applicables devant les tribunaux de son propre État (la RDC)[780], il demeure fort douteux que n'importe quelle juridiction nationale puisse être habilitée à le convoquer en qualité de témoin.

Cependant, au-delà de l'existence théorique du droit de faire comparaître les témoins de la défense, l'effectivité d'un tel droit dans la pratique judiciaire congolaise révèle certaines limites. La première limite découle du fait que la loi congolaise, à savoir l'article 242 du Code judiciaire militaire, prévoit que la liste des témoins doit être déposée *avant l'audience*. Pourtant, au début de l'audience, l'accusé n'a pas nécessairement connaissance de la nature des charges qui pèsent contre lui. Cette limite est très bien expliquée par Marcel Wetsh'okonda Koso en ces termes : « puisque l'instruction préparatoire dans la procédure congolaise est inquisitoriale plutôt que contradictoire et que la personne poursuivie n'a donc pas accès – ou a un accès très limité et partiel – au dossier de l'accusation avant le procès, elle est en situation désavantageuse quant à la préparation de ses preuves. C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit de constituer les témoins à décharge. La loi, en effet, impose de communiquer la liste des témoins « avant le débat sur le fond », c'est-à-dire dès la première audience de jugement, ce qui suppose que la personne poursuivie a suffisamment pris connaissance du dossier de l'accusation avant la première audience du procès. Cela n'est évidemment pas le cas et les avocats des personnes poursuivies sont généralement désignés ou constitués seulement la veille de la première audience, voire au cours du procès ».

L'auteur précité cite en illustration l'affaire *Bongi* devant le TMG de Bunia où l'avocat de l'accusé avait fait observer au tribunal que pour que l'accusé Blaise Bongi respecte l'exigence de communication de la liste des témoins à la première audience, il faut qu'il ait eu d'abord en temps utile connaissance des éléments de preuve avancés par le procureur. Le tribunal a rejeté cet argument au double motif que « le conseil du prévenu n'a pas pris soin de définir le concept de « temps utile » en procédure pénale » et que, de toutes les façons, les dispositions du Code judiciaire militaire exigeant la communication de la liste

779 CIJ, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, « arrêt », 4 juin 2008, § 171 et 172.

780 Voy. à cet égard, CIJ, Affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, « arrêt », 14 février 2002, § 61.

des témoins avant le débat au fond « ne visent que le principe de célérité censé caractériser les juridictions militaires répressives »[781].

Il va sans dire qu'une telle argumentation est difficile à concilier avec les exigences d'un procès équitable pour l'accusé. Plus spécifiquement, cette argumentation est en contradiction avec les Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique adoptés en 2003 par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples[782]. En effet, ces Directives et principes demandent à l'Accusation de « communiquer à la défense, suffisamment à temps avant le procès, les noms des témoins qu'elle a l'intention de citer à comparaître, afin de permettre à l'accusé de disposer d'assez de temps pour préparer sa défense »[783]. Ensuite, après avoir posé le principe selon lequel « l'accusé a le droit de disposer de suffisamment de temps pour préparer sa défense, compte tenu de la nature de la procédure et des éléments de fait de l'affaire », les Directives et principes précités précisent que « pour déterminer si le délai accordé à un accusé pour préparer sa défense est suffisant, il faut notamment tenir compte de la complexité de l'affaire, de l'accès de l'accusé aux éléments de preuve, du délai prévu par les règles régissant telle ou telle procédure ou de toute atteinte éventuelle aux droits de la défense »[784]. C'est également dans ce même sens que le Comité des droits de l'homme a déclaré, dans l'observation générale n° 32 (déjà citée) que « le temps nécessaire dépend des cas d'espèce »[785]. Le TMG de Bunia ne semble pas avoir tenu compte de ces éléments avant de décider du rejet de la demande de l'avocat de l'accusé.

Lors de l'atelier de validation de la présente étude, le colonel Martin Ekofo Inganya a soutenu que « la Constitution de la RDC garantit [le droit à un avocat à la phase juridictionnelle] à toutes les phases de la procédure et l'article 63 du Code judiciaire militaire fait obligation au juge militaire de designer un avocat au profit du prévenu qui en manque ». Il a aussi déclaré qu'« appliquant correctement cette disposition, le TMG de Bunia a dû suspendre pendant trois semaines l'examen de l'affaire *Kakado* et n'a repris que lorsque le bâtonnier du barreau près la Cour d'appel de Kisangani a désigné un avocat pour assurer la défense du prévenu Kakado ».

En restant toujours dans le cadre de cette affaire *Bongi*, il est également intéressant de mentionner le fait que bien que la loi ait prévu que l'Accusation comme la défense doivent déposer la liste de leurs témoins au greffe *avant le début* du procès, la Cour militaire de Kisangani, siégeant en appel dans cette affaire, avait néanmoins autorisé la défense à faire comparaître ses témoins. Toutefois, sur une liste de cinq personnes citées par l'accusé[786], il

781 Marcel Wetsh'okonda Koso, *op. cit.*, p. 80.

782 Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique (2003), in *Recueil de documents clés de l'Union africaine relatifs aux droits de l'homme*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2013, pp. 412 et suivantes.

783 *Idem*, § N(6)(f)(1) relatif aux dispositions applicables aux procédures relatives aux accusations pénales.

784 *Idem*, § N(3)(c).

785 CDH, *Observation générale n° 32*, déjà citée, § 32.

786 L'arrêt *Bongi* (p. 12) renseigne que l'accusé a souhaité faire comparaître les personnes suivantes : le major Faustin Kakule, les sous-lieutenants Kabesa alias Werrason et Momoti jean de la Croix et les adjudants Bahati et Migabo.

apparaît que le premier président de la Cour n'a délivré de mandats de comparution qu'à l'égard des trois témoins[787] et est resté silencieux par rapport aux deux autres[788]. S'agissait-il d'une omission de sa part ou d'une attitude volontaire ? L'arrêt de la Cour militaire ne le dit en tout cas pas. Ce qui est certain, c'est que cette attitude est peu respectueuse des droits de la défense.

La deuxième limite d'ordre pratique réside dans le fait que la justice congolaise n'a pas les moyens d'assurer le transport, le logement et même la sécurité des témoins. Cette difficulté peut ainsi rendre illusoire l'exercice du droit reconnu à l'accusé de citer ses témoins notamment lorsque ceux-ci sont éloignés du siège du tribunal et que l'accusé ne dispose pas des moyens de transport (ni de logement) pour les faire voyager jusqu'au siège du tribunal ; ou lorsque la sécurité des témoins n'est pas garantie et que dans la plupart de cas, l'accusé ne peut garantir cette protection. Il est d'ailleurs difficile d'imaginer qu'une justice portant sur la répression des crimes de droit international soit véritablement équitable lorsqu'il n'existe pas, comme en RDC, un programme de protection des témoins ou des victimes, étant entendu que dans la plupart de procès en matière des violences sexuelles, les victimes ont également la qualité de témoins.

Le droit de contre-interroger les témoins à charge

Ici encore, l'analyse du respect par les tribunaux congolais du droit de l'accusé de contre-interroger les témoins à charge appelle à distinguer les problèmes d'ordre théorique ou juridique et d'ordre pratique liés à la pratique judiciaire des tribunaux militaires. D'un point de vue théorique, le droit de contre-interroger les témoins à charge est globalement respecté par les juridictions militaires congolaises puisque celles-ci accordent généralement à l'accusé la possibilité de faire poser des questions par l'intermédiaire du juge. Les problèmes les plus délicats résident toutefois dans le recours aux témoignages anonymes, en particulier dans les affaires de viol et autres violences sexuelles et dans la difficulté à opérer une distinction au niveau de la force probante des dépositions reçues de la part des « véritables témoins » et celles qui émanent des personnes entendues comme « simples renseignants ».

La question des témoins anonymes

En principe, un témoignage anonyme est celui qui émane d'une personne dont l'identité n'est pas révélée au public ni à l'accusé[789]. Lorsque l'identité est révélée à l'accusé, mais pas au public, le témoin n'est plus considéré comme anonyme. Dans les affaires concernant les viols et autres violences sexuelles, la pratique judiciaire des tribunaux militaires congolais montre que la seule manière de protéger certains témoins et les victimes intervenant comme témoins est la technique de l'anonymat ou la désignation de ces témoins/victimes

787 Il s'agit du major Faustin Kakule, les sous-lieutenants Kabesa alias Werrason et Momoti jean de la Croix.

788 Il s'agit des adjudants Bahati et Migabo.

789 Sur cette question, voy. Muriel Guerrin, « Le témoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, pp. 45 et suivantes.

par des codes ou pseudonymes, pratique inspirée sans doute des procedures devant la CPI et les TPI[790]. Généralement, l'identité de ces témoins est cachée tant au public qu'à l'accusé, ce qui fait d'eux des témoins anonymes. Mais à côté de ces mesures de protection, les tribunaux congolais, depuis l'affaire *Songo Mboyo*, ont souvent appliqué la règle 63(4) du RPP devant la CPI qui 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 ».

Il existe certes une affaire (de viol en tant que crime de droit commun) où la Haute Cour militaire a pris sur elle de vérifier les déclarations de la prétendue victime et a fini par les rejeter[791]. Cette démarche, qui rappelle d'ailleurs la célèbre affaire *DSK* à New York[792], n'est toutefois pas présente dans toutes les affaires analysées dans la présente étude. Dans ces affaires en effet, les déclarations des victimes ont littéralement été prises pour parole d'évangile, y compris lorsque ces victimes étaient protégées par l'anonymat.

L'application de la règle 63(4) par les tribunaux congolais invite alors à se demander si le procès demeure toujours équitable par rapport à l'accusé lorsque les victimes des violences sexuelles déposent, en tant que témoins, tout en étant protégées par le système de l'anonymat. Cette question est d'une importance capitale puisque les témoignages anonymes ont une force probante réduite ainsi que n'a cessé de le rappeler la jurisprudence de la CPI[793]. Les Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique déclarent d'ailleurs à cet égard qu'« aucune disposition dans les présentes Directives ne peut autoriser le recours à des témoins anonymes dont l'identité, lors du procès, est méconnue par le juge et la défense »[794]. Ils précisent plus loin que « la déposition d'un témoin anonyme au cours d'un procès ne sera acceptée que dans des circonstances exceptionnelles, en prenant en considération la nature et les circonstances de l'infraction et la protection de la sécurité du témoin et dans les cas où il est constaté que cela serait dans l'intérêt de la justice »[795].

790 Voy. par exemple, l'arrêt *Amuri* rendu en octobre 2015 par la Cour militaire de Kindu.

791 HCM, *Luhinda Nkaya c. MP et PC*, « Arrêt », affaire n° RPA 040/010, 20 juillet 2010, in *Bulletin des arrêts de la Haute Cour militaire*, 3ème édition, 2013, p. 23.

792 Supreme Court of the State of New York, *The People of the State of the New York v. Dominique Strauss-Kahn*, « Recommandation for dismissal », Indictement n° 02526/2011, 22 août 2011, p. 2 : « At the time of the indictment, all available evidence satisfied us that the complainant was reliable. But evidence gathered in our post-indictment investigation severely undermined her reliability as a witness in this case. That an individual has lied in the past or committed criminal acts does not necessarily render them unbelievable for us as prosecutors, or keep us from putting them on the witness stand at trial. But the nature and the number of the complainant's falsehoods leave us unable to credit her version of event beyond reasonable doubt, whatever the truth may be about the encounter between the complainant and the defendant. If we do not believe her beyond reasonable doubt, we can not ask a jury to do so ».

793 CPI (Ch. Prél. I), *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, « Décision sur les modalités de participation des victimes a/001/06, a/002/06 et a/003/06 à l'audience de confirmation des charges », Doc. CC-01/04-01/06-462, 22 septembre 2006 ; CPI (Ch. Prél. I), *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo Chui*, « Décision relative à l'ensemble des droits procéduraux associés à la qualité de victime dans le cadre de la procédure préliminaire en l'espèce », affaire n° ICC-01/04-01/07-474-tFRA, 13 mai 2008, §§ 127-143.

794 Voy. § A(3)(h) relatif aux principes généraux (de ces Directives et principes) applicables à toute procédure judiciaire.

795 Voy. le § N(6)(f)(6) relatif aux dispositions applicables aux procédures relatives aux accusations pénales.

Par rapport à cet épineux problème touchant de très près le droit au procès équitable, il est difficile de déceler la solution que propose la jurisprudence congolaise. Dans l'arrêt *Minova* du 5 mai 2014, la Cour militaire opérationnelle de Goma a essayé de concilier les mesures de protection des témoins et des victimes aux droits des accusés. La Cour est ainsi partie du constat selon lequel « le législateur congolais fait obligation au juge saisi en matière de violences sexuelles de prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes ou de toute autre personne impliquée (article 74 *bis* du code de procédure pénale) » ; mais que ce législateur « ne précise pas la nature de ces mesures, se limitant à une formulation générale ». La Cour affirme alors que « c'est pourquoi [elle] s'est inspirée de l'article 68 du Statut de Rome de la CPI pour trouver quelques mesures susceptibles de répondre à l'objectif recherché ». La Cour a en outre déclaré s'être « inspirée de l'expérience d'autres juridictions en cette matière, notamment la pratique des tribunaux militaires du Sud-Kivu dans les affaires [*Kibibi et consorts*, *Balumisa et consorts*, *Kabala*, *Mupima*, *Djela Félix et Keita*] ». Sur cette base, la Cour a, outre le huis clos motivé décrété par un avant dire droit du 3 février 2014, décidé (i) de voiler les personnes à protéger ; (ii) de les désigner par des pseudonymes ; (iii) d'utiliser pour certaines des moyens exclusivement acoustiques en les laissant s'exprimer derrière un rideau sans être vues par les prévenus ; (iv) de laisser à leurs côtés des psychologues pour les assister en cas de besoin ». Elle a surtout souligné le fait que « pour ne pas porter atteinte aux droits de la défense, les conseils des prévenus ont été préalablement informés de ces mesures et n'y ont pas fait d'objection après s'être assurés confidentiellement de l'identité des comparants »[796].

L'approche préconisée par l'arrêt *Minova* a apparemment inspiré la Cour militaire de Bukavu dans l'arrêt *colonel 106* du 15 décembre 2014 (bien que cette dernière Cour ne s'est pas explicitement référée à l'arrêt *Minova*). Dans l'arrêt *colonel 106*, affaire qui portait notamment sur plusieurs cas de viol et esclavages sexuels, la Cour militaire de Bukavu a, à la demande de l'avocat des parties civiles, déclaré s'être fondée sur articles 64 et 68 du Statut de Rome et sur les règles 87 et 88 du RPP pour ordonner les mesures de protection suivantes en faveur des témoins et des victimes : (i) l'isolement des témoins et victimes dans une salle et participation par eux aux débats par la communication au moyen acoustique facilité par des micros ; (ii) chaque victime et témoin comparaitront masqués ou cagoulés ou voilés ; (iii) chacun aura un code à la place du nom ; (iv) l'utilisation d'un isoloir spécial pour ceux qui souhaiteraient être dans la salle ; (v) l'assistance du psychologue »[797]. En procédant ainsi, la Cour militaire faisait de tous ces témoins et victimes des témoins anonymes sans toutefois se préoccuper de l'impact que ces mesures de protection pourraient avoir sur les droits de la défense et sur les exigences du procès équitable.

De son côté, la Défense de l'accusé a, de manière plutôt vague, exprimé quelques inquiétudes à propos de ces mesures de protection en invoquant notamment le fait que

796 Arrêt *Minova*, pp. 63-64 (voy. le point (c) relatif aux « mesures de protection des victimes et des témoins »).

797 Arrêt *colonel 106*, p. 37-38.

« l'[OMP] ainsi que la partie civile ont fait comparaître deux fois la même personne, qu'il qualifie de « doublon » et sollicite de la Cour de céans de les découvrir avant leur comparution ». Face à un tel problème, pourtant fondamental pour les droits de la défense, l'OMP ainsi que la Cour elle-même y ont réservé une réponse plutôt surprenante. La Cour militaire rapporte en effet que « l'[OMP], réagissant à ces préoccupations [et tout en s'opposant à la requête du prévenu] a demandé au prévenu d'avoir un minimum de confiance en la Cour et son greffe et rassuré le prévenu que cela n'arrivera jamais (…) »[798]. L'on peut ainsi s'étonner de voir l'OMP invoquer la question de la « confiance » dans une affaire où l'accusé risque la servitude pénale à perpétuité.

Finalement, la solution adoptée par la Cour militaire de Bukavu a consisté dans les mesures suivantes : « (…) le fait pour les conseils du prévenu de découvrir les victimes, isolées dans une salle appropriée sans communiquer avec elles ou prendre une photo avant leur comparution ; car pour la Cour, les conseils sont tenus de par la loi (article 68 du Statut de Rome) à ne pas révéler les éléments de ces mesures, il sera difficile d'identifier ces personnes une fois voilées, communiquant par un micro et de lier leur visage à la voix. [La Cour] va ainsi ordonner comme elle avait levé l'option, d'appliquer ces mesures au cas par cas au fur et à mesure qu'avance la comparution des témoins et victimes et d'autoriser aux avocats de la défense, accompagnée de ceux des victimes, après la préparation psychologique de ces dernières par leurs psychologues et sous l'œil vigilant et bienveillant de l'[OMP] et sous l'arbitrage de la composition, en dehors du prévenu et tout regard indiscret curieux et de ceux qui peuvent en abuser notamment le public, les militaires de la sécurité, de découvrir leur visage sans communiquer avec elles ni prendre une photo. Ils comparaitront un à un isolé, cagoulé et communiquant par micro »[799].

En résumé, la solution préconisée dans ces deux arrêts consiste à permettre à l'avocat de l'accusé (et non à l'accusé lui-même) d'avoir accès, *en dehors de la salle d'audience*, aux visages des victimes sans pouvoir les interroger et sans nécessairement savoir si tel visage correspond à telle victime. Il est curieux que dans ces arrêts, les deux Cours militaires aient maintenu l'emploi des codes pour masquer l'identité des témoins-victimes, alors qu'elles savaient pertinemment bien que cette identité était déjà connue de l'accusé et que le recours à ces techniques de protection n'était plus nécessaire. Ce qui est inquiétant dans ces procédures, est qu'en maintenant cette technique de protection et en condamnant l'accusé sur la base exclusivement des témoignages des victimes qui n'ont pas déposé en audience en présence de l'accusé ni n'ont prêté serment, ces deux Cours militaires ont agi d'une manière peu compatible au droit au procès équitable de l'accusé. En effet, l'on peut soutenir que celui-ci a finalement été condamné sur la base des témoignages qu'on peut qualifier d'anonymes, comme on le verra bientôt. Le conseil de l'accusé et l'accusé lui-même ont été dans l'impossibilité par exemple d'observer les réactions et attitudes du témoin lorsqu'il répond aux questions qui lui sont posées à l'audience et en tirer les conséquences.

798 *Idem*, p. 38.
799 *Idem*, p. 40-41.

La distinction entre témoins et « simple renseignant »

Les juges congolais ont souvent fait face à la situation dans laquelle une personne peut être entendue comme simple renseignant lorsque le tribunal constate qu'il existe des motifs raisonnables de mettre en doute l'impartialité d'une personne prétendant à la qualité de témoin ou encore lorsque les dépositions d'une personne ont été reçues par le tribunal dans des conditions telles que l'accusé n'a pas disposé du temps suffisant pour préparer le contre-interrogatoire. L'on a en effet vu que l'effectivité du droit d'un accusé de contre-interroger les témoins à charge peut être mise à mal en raison de l'accès tardif au dossier judiciaire ainsi qu'à l'assistance d'un avocat ou encore lorsque le ministère public n'a pas communiqué la liste de ses témoins avant l'audience et surprend, pour ainsi dire, la défense avec des témoins non annoncés. Les dépositions reçues dans ces conditions ne peuvent être considérées que comme de simples renseignements et non comme des témoignages d'autant plus que lorsque le tribunal accueille la déposition d'une personne comme « simple renseignant », il ne l'oblige pas à prêter serment.

Les problèmes posés par rapport à ce type de dépositions peuvent être illustrés par l'affaire *Songo Mboyo*. Le TMG a en effet constaté que la liste des témoins que le ministère public proposait de faire entendre par le tribunal n'avait pas été communiquée à la défense lorsque les accusés ont signé la notification de la citation à comparaître. Face à cette situation, le tribunal a invoqué « la loi » qui reconnaissait « au président du tribunal un pouvoir discrétionnaire pour la direction des débats et la découverte de la vérité » ; qui lui permettait également « au cours des débats, de faire appeler par mandat de comparution ou d'amener, toute personne dont l'audition lui paraît nécessaire » ; et enfin, qui lui donnait le pouvoir de « décider lorsque le ministère public ou la défense sollicite au cours des débats, l'audition des nouveaux témoins, de la nécessité ou non de leur audition ». Par rapport à la liste des témoins que le ministère public proposait de faire entendre, le tribunal a finalement décidé, « faute par le Greffier de l'avoir notifié préalablement aux prévenus (…), de les entendre à titre de *simples renseignants* au cours de l'instance »[800].

Cette solution a été critiquée par le professeur Fofé Djofia Malewa qui a soutenu qu'en agissant ainsi, « l'Accusation s'est mise en porte à faux avec l'article 242 du Code judiciaire militaire »[801], puisque, d'après le professeur précité, « cette disposition requiert la transparence dans le traitement des moyens de preuve, en l'occurrence les témoignages, transparence qu'il convient de préférer à la surprise et qui permet à la justice d'intervenir dans la clarté et l'honnêteté »[802]. Cette critique doit toutefois être nuancée parce que ledit professeur ne conteste pas le pouvoir discrétionnaire que l'article 242 reconnaît au président du tribunal dans la recherche de la vérité et que sur la base de ce pouvoir, le président du tribunal peut faire comparaître toute personne dont l'audition lui paraît nécessaire à la manifestation de la vérité.

800 Jugement *Songo Mboyo*, in Revue *Horizons* (2006), p. 55.
801 Jean-Pierre Fofe Djofia Malewa, « Commentaire du jugement *Songo Mboyo* … », p. 97.
802 *Idem*, p. 98.

Cela dit, le véritable problème dans ce jugement *Songo Mboyo* réside plutôt dans les conséquences concrètes tirées par le tribunal de la distinction entre témoins et un simple renseignant. L'on s'attendrait en effet à ce que les déclarations d'une personne entendue comme « simple renseignant » puissent avoir une force probante moindre que celles d'un témoin, et que dans ce cas, il y ait nécessité de les corroborer par d'autres preuves encore plus crédibles. Pourtant, dans la suite du jugement *Songo Mboyo*, l'on constate que le tribunal a, en fait, finalement considéré ces « simples renseignants », comme de véritables témoins. Par exemple, par rapport à la prévention de l'usurpation du commandement à charge de l'accusé Bokila Lolemi, le jugement mentionne le fait que « le prévenu s'était autoproclamé devant les membres d'une seule famille en l'occurrence celle de monsieur Nkuma Lokuli, exigeant d'eux à l'exalter en réponse à chaque coup de balles »[803]. La condamnation de l'accusé pour cette prévention est fondée sur le seul témoignage de sieur Nkuma Lokuli, alors que ce dernier a été entendu à titre de « simple renseignant. » L'on peut en dire autant de la prévention de détournement d'armes et de la dissipation des munitions de guerre à charge de tous les accusés où il apparaît que la déposition du sous-lieutenant Muhoza Felix a été déterminante alors que ce dernier a été entendu à titre de simple renseignant[804]. Tel est également le cas de la prévention de pillage à charge des accusés Bokila Lolemi et de Vonga wa Vonga où la déposition de M. Nkuma, pourtant entendu à titre de « simple renseignant », a été déterminante pour condamner les accusés précités[805]. Tel est enfin le cas de la prévention de pillage à charge de l'accusé Kombe Mombele où il apparaît que la déposition de M. Nzamba Botaka, entendu lui aussi comme simple renseignant, a joué un rôle déterminant dans la condamnation de l'accusé précité[806].

Dans ces différentes situations, l'on voit bien que la distinction opérée entre témoin et simple renseignant n'a été assortie d'aucune conséquence pratique puisque les condamnations ont été fondées sur des dépositions non corroborées des « simples renseignants » et que finalement la question du respect des droits de la défense peut être posée au regard du fait que les accusés n'ont pas bénéficié de temps suffisant pour se préparer à contre-interroger les témoins de l'Accusation.

La situation devant la CPI qui se rapproche le plus de ce problème est celle dans laquelle la victime participe à la procédure pour simplement exposer ses vues et préoccupations et celle dans laquelle la victime est également témoin. Il faut rappeler ici que toutes les victimes ne sont pas nécessairement des témoins. La CPI fait donc une distinction fondamentale entre les personnes qui sont des "victimes simples" et celles qui ont la double qualité de victimes et de témoins.

Cette distinction a des conséquences importantes sur la force probante de telles dépositions et surtout sur le respect des droits de la défense. En effet, comme l'avait dit la Chambre de première instance I de la CPI dans l'affaire *Lubanga*, la déclaration d'une

803 Jugement *Songo Mboyo, in* Revue *Horizons* (2006), p. 68.
804 *Idem*, p. 69.
805 *Idem*, p. 74.
806 *Idem*, p. 76.

victime « pour exposer ses vues et préoccupations » conformément à l'article 68 (3) du Statut de Rome, est différente de sa « déposition en tant que témoin ». Dans le premier cas, l'intervention de la victime revient en fait à présenter une requête à la Cour ou encore à exprimer une opinion à l'intention de la Cour. Même si ces vues et préoccupations peuvent aider la Cour dans sa manière d'analyser, de manière globale, les éléments de preuve de l'affaire, ces déclarations, qu'elles aient été formulées personnellement ou par le truchement du représentant légal, *ne peuvent, en aucun cas, constituer des éléments de preuves en tant que tels*. Pour que ces déclarations soient considérées comme des éléments de preuve, il est nécessaire qu'elles soient *faites sous serment* et à *partir du banc réservé aux témoins*[807].

De cette distinction fondamentale, la Chambre de première instance III, siégeant dans l'affaire *Bemba*, a tiré une importante conséquence. Elle a en effet déclaré que le niveau d'exigence imposé à la victime pour déposer en tant que témoins est de loin plus élevé que celui qui est exigé à la victime pour se voir autorisée à participer à la procédure en vue d'exposer ses vues et préoccupations. Selon la Chambre III, il est donc possible qu'une victime qui ne satisfait pas aux conditions pour déposer comme témoins soit néanmoins autorisée à participer à la procédure pour exposer ses vues et préoccupations[808].

3. Le droit à un tribunal impartial et indépendant

La question de l'indépendance et de l'impartialité des juridictions répressives militaires a elle aussi été analysée dans l'étude déjà citée de M. Wetsh'okonda. Il s'en dégage que l'indépendance de la justice militaire en RDC est souvent mise à mal par des pratiques des révocations et mutations intempestives des magistrats, des pressions politiques que subissent ces magistrats, la désignation des magistrats pour connaître des affaires particulières, la soumission des poursuites à l'autorisation préalable du commandement militaire, les injonctions avant la prise des décisions judiciaires et enfin la corruption[809].

Toutefois, il importe d'observer que cette étude a analysé la plupart de ces points par rapport au comportement des autorités politico-militaires face aux magistrats du parquet et concernant le fait que ces comportements ont conduit soit à l'acquittement des accusés soit à leur condamnation à des peines légères. Par rapport aux magistrats du parquet, il est difficile de critiquer, d'un point de vue juridique, certaines pratiques des autorités politiques, notamment celle des mutations dites intempestives, en raison de l'unicité du ministère public, ainsi que le rappelait le professeur Nyabirungu dans son affidavit déjà cité dans le cadre du procès de Kilwa[810]. Par ailleurs, dès lors que ces comportements ont

807 CPI (Ch. 1re Inst. I), *Le Procureur c. Lubanga*, « Decision on the request by victims a/ 0225/06, a/0229/06 and a/0270/07 to express their views and concerns in person and to present evidence during the trial », Doc. ICC-01/04-01/06-2032-Anx, 26 juin 2009, § 25.

808 CPI (Ch. 1re Inst. III), *Le Procureur c. Bemba*, « Decision on the supplemented applications by the legal representatives of victims to present evidence and the views and concerns of victims », Doc. ICC-01/05-01/08-2138, 22 février 2012, § 20; jugement *Bemba*, § 26.

809 Marcel Wetsh'okonda Koso, *op. cit.*, pp.71-77.

810 Voy. le paragraphe 16 de l'*affidavit du professeur Nyabirungu* cité dans les observations relatives à l'affaire *Kilwa*.

conduit à des conséquences plutôt favorables aux suspects ou aux accusés, il est difficile de les ranger dans le volet pénal du droit au procès équitable pour des raisons déjà expliquées en introduction de ce chapitre. C'est pour cela que dans les lignes qui suivent, l'on se focalisera sur une question particulière, touchant les magistrats du siège et ayant conduit plutôt à la condamnation des accusés à des peines très lourdes.

M. Wetsh'okonda, dans son étude, a fait allusion à un incident intervenu dans le cadre du procès de Songo Mboyo, incident qui portait sur la désignation d'un magistrat pour connaître spécifiquement de cette affaire en appel. L'étude renseigne que « dans l'affaire *Songo Mboyo*, le premier président de la Haute Cour militaire a désigné le magistrat Kilimpimpi de Kinshasa pour aller présider la chambre de la Cour militaire de Mbandaka connaissant de l'affaire en appel » ; que « cette désignation serait liée au fait que le premier président de la Cour militaire de Mbandaka s'était publiquement prononcé contre le jugement de cette affaire au premier degré, estimant non justifiée la qualification des crimes contre l'humanité retenue au regard des viols collectifs reprochés aux prévenus » ; et que « le magistrat Kilimpimpi aurait laissé entendre aux avocats qu'il attendait les instructions de la hiérarchie avant de prononcer son arrêt »[811]. Or, comme on l'a déjà vu, cette affaire s'est soldée en appel par la confirmation du jugement de première instance qui a reconnu les accusés coupables de crimes contre l'humanité et les a condamnés à des peines très sévères, la servitude pénale à perpétuité. L'incident est-il révélateur d'une violation du droit au procès équitable des accusés ?

Pour répondre à cette question, il convient de distinguer le comportement du premier président de la Cour militaire et celui du magistrat Kilimpimpi. Par rapport au premier président, il semble évident que dès lors qu'il s'était déjà prononcé en public sur cette affaire, il avait perdu son impartialité et n'était donc plus habilité à siéger dans cette affaire. La désignation d'un autre magistrat par la Haute Cour militaire pour le remplacer est une mesure qui, loin d'être condamnable du point de vue de l'impartialité des juges, allait plutôt dans le sens de garantir cette impartialité et de satisfaire aux exigences d'un procès équitable. Concernant toutefois le comportement du magistrat Kilimpimpi, il se pose un problème non seulement d'indépendance, mais aussi celui du professionnalisme. Un juge professionnel n'est pas censé demander des instructions sur la manière de se prononcer sur une affaire. C'est donc à juste titre que le professeur Akele, juge à la Haute Cour militaire « a stigmatisé le comportement affiché par les magistrats consistant à se référer à la hiérarchie avant de prononcer leurs décisions », comportement conduisant au fait « qu'au lieu des trois ou cinq membres apparents, la composition des juridictions militaires en compte, en fait, plutôt six ou sept »[812]. Il convient de noter également que les Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples condamnent ce type de comportement en

811 Marcel Wetsh'okonda Koso, *op. cit.*, p. 75.
812 *Idem*, p. 75, note 241.

interdisant au juge de « consulter une autorité supérieure avant de rendre une décision, afin de s'assurer que celle-ci sera confirmée »[813].

Il convient toutefois de relever d'une part que l'arrêt *Songo Mboyo* révèle le fait que le major-magistrat Remy Kilimpimpi wa Kilimpimpi avait siégé dans cette affaire en tant que « président » et non en tant que « premier président », cet honneur ayant été réservé au colonel Nzau Keba. L'influence de M. Kilimpimpi doit donc être mesurée par rapport à la place qui était la sienne dans cette composition. D'autre part, l'étude précitée ne dit pas si le magistrat en question a finalement reçu ou non des instructions de sa hiérarchie sur la manière de se prononcer dans cette affaire. Deux alternatives sont envisageables : soit qu'il n'a reçu aucune instruction et que finalement il s'est vu obligé de se prononcer, comme la loi le lui demandait d'ailleurs, auquel cas il serait difficile de soutenir la thèse du manque d'indépendance de ce juge ; soit que le verdict de l'arrêt *Songo Mboyo* était en fait la résultante des instructions que les juges ont finalement reçues de leur hiérarchie par le biais de M. Kilimpimpi, auquel cas se poserait à coup sûr le problème d'indépendance de cette Cour, et avec lui, celui du respect du droit au procès équitable de ceux qui ont été condamnés.

À part la question suscitée par cet incident de Songo Mboyo, il convient de mentionner un autre élément qui génère quelques inquiétudes par rapport à l'indépendance et à l'impartialité des tribunaux militaires congolais. Ce problème touche au fonctionnement des chambres foraines qui sont à l'origine de la plupart des décisions analysées. En soi, les chambres foraines constituent une contribution positive à la lutte contre l'impunité des crimes graves et présentent un avantage incontestable de l'accès à la justice pour les justiciables résidant dans des contrées reculées. Toutefois, le véritable problème que posent ces chambres foraines réside dans leur fonctionnement concret. Il faut ici rappeler que l'État congolais prévoit un budget dérisoire au fonctionnement du pouvoir judiciaire en général. Sur cette question, l'étude réalisée par Kifwabala Tekilazaya, Defi Fataki wa Luhindi et Marcel Wetsh'okonda Koso, renseigne qu'« au cours des exercices fiscaux 2005 et 2006, la part du budget de l'État alloué [au pouvoir judiciaire] était évalué à 0,6 pourcent. À titre de comparaison, pendant la même période, le budget de la présidence de la République représentait le triple de ce budget. Une année plus tard, la part du budget national allouée au secteur de la justice était relevée à 0,75 pourcent »[814]. De son côté, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est montré, en 2009, « vivement préoccupé par l'état du système de justice, caractérisé par une grave pénurie de juges, un manque de moyens, des ingérences des autorités politiques et militaires ainsi qu'un niveau élevé de corruption ». Le Comité a également « [constaté] avec préoccupation que malgré l'adoption récente d'un plan d'action pour la réforme de la justice, faute d'une augmentation sensible des crédits budgétaires alloués à la justice, secteur qui ne

813 Voy. A(5)(e) relatif aux principes généraux (de ces Directives et principes) applicables à toute procédure judiciaire.

814 Kifwabala Tekilazaya, Defi Fataki wa Luhindi et Marcel Wetsh'okonda Koso, *op. cit.*, p. 56.

reçoit actuellement que 1 % du budget de l'État, cette réforme est vouée à l'échec »[815]. Compte tenu de ce facteur, il est difficile de nier le fait que les juridictions militaires sont dépourvues des moyens logistiques pour organiser ces chambres foraines. Ainsi, elles doivent compter sur des bailleurs de fonds extérieurs. À cet égard, les Nations Unies, dont l'une des missions est la consolidation de la paix à travers la lutte contre l'impunité des crimes graves, occupent une place de choix dans le financement de ces activités. Cependant, les Nations Unies ne sont pas les seuls intervenants dans ce secteur. Plusieurs ONG étrangères ont également des programmes destinés à la lutte contre l'impunité et tout particulièrement à l'éradication des violences sexuelles.

Ces interventions extérieures ont toutefois une incidence néfaste sur l'indépendance des juges et des procureurs puisque ces partenaires extérieurs vont parfois jusqu'à imposer aux juridictions congolaises leurs priorités et leurs propres agendas. L'exemple souvent cité est celui du procès du colonel Kibibi et consorts qui n'a duré que deux semaines et dont la durée des délibérés était limitée à 24 heures parce que, selon les propos d'un intervenant lors de l'atelier de validation de la présente étude, un hélicoptère de la MONUC attendait les membres de la composition et les pressait de rendre vite leur verdict et à vider les lieux en raison des risques sécuritaires qu'ils encouraient, l'ensemble de ces facteurs suscitant des questions de son équité et du respect des droits de la défense des accusés[816]. Ces conditions de travail difficiles sont, bien entendu, à mettre à l'honneur de ces magistrats militaires que d'aucuns n'ont pas hésité à qualifier de « Robin des bois des temps modernes ». Mais, elles invitent à s'interroger sur l'équité de ces procès lorsqu'ils se soldent par des condamnations à de lourdes peines d'emprisonnement.

Concernant tout particulièrement les ONG, certaines d'entre elles entretiennent parfois des rapports ambigus avec les magistrats congolais, lesquels rapports sont de nature à compromettre l'indépendance et l'impartialité de ces derniers dans leur mission de dire le droit. Dans une intéressante étude sur le fonctionnement et le financement des chambres foraines congolaises réalisées par Nynke Douma et Dorothea Hilhorts, ces deux auteurs ont observé que beaucoup d'ONG financent ces chambres foraines dans le cadre de leur programme d'assistance juridique, alors qu'elles ont également des affaires, portant essentiellement sur les victimes des violences sexuelles, qu'elles défendent devant ces cours et tribunaux militaires. Selon les auteurs précités, il est apparu que dès lors que ces ONG financent le déplacement des juges, procureurs et avocats des victimes, prennent en charge leur séjour et leur accordent même des primes (*per diem*), les juges se sentent comme obligés de prononcer des condamnations pour faire plaisir à ceux qui les prennent ainsi en charge ; et qu'il existe un réel risque de voir des accusés être condamnés même

815 *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, République démocratique du Congo*, Doc. ONU E/C.12/COD/CO/4, 16 décembre 2009, § 10.

816 Patryck I. Labuda, *op. cit.*, p. 425.

en l'absence des preuves solides de culpabilité[817]. S'il s'avère que les constats faits par ces deux auteurs traduisent des faits réels, l'on peut craindre que l'intervention de ces ONG ait pour effet de compromettre les exigences du droit à un procès équitable de tous les accusés comparaissant devant les tribunaux militaires congolais, d'autant plus que la défense des individus accusés des crimes aussi graves que ceux qui sont prévus dans le Statut de Rome est un domaine qui intéresse peu les ONG.

Une autre situation dans laquelle la question de l'impartialité des juges peut être posée est celle de l'arrêt *Kakwavu* rendu par la Haute Cour militaire. À l'audience du 25 avril 2013, l'accusé, par le truchement de ses conseils, avait formulé la requête sollicitant à la Haute Cour de rendre un arrêt avant dire droit (ADD) ordonnant une descente sur terrain en Ituri en vue d'y accomplir quelques devoirs d'instructions, et notamment procéder à certaines constatations et entendre des témoins qui ne pouvaient pas être déplacés à Kinshasa aux audiences. Pour des raisons non élucidées dans l'arrêt, toute la composition de la Haute Cour militaire n'a pas effectué cette descente sur terrain. En effet, prenant appui sur l'article 14(3) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, auquel elle a accordé une application directe, et sur l'article 253 du Code judiciaire militaire qui permet au président d'une juridiction militaire d'« ordonner, lorsqu'un fait important reste à éclaircir, un supplément d'information », la Haute Cour militaire a préféré, dans un arrêt avant dire droit (ADD) du 16 mai 2013, commettre un membre de sa composition, accompagné du greffier ainsi que des avocats de l'accusé et des victimes, pour s'y rendre et procéder à l'ensemble de ces devoirs et faire rapport à la Haute Cour. Elle a attribué à ce membre le statut singulier de « rapporteur ». Elle a en outre décidé de « soumettre aux débats les conclusions de cette mission à la prochaine audience publique »[818].

817 Nynke Douma et Dorothea Hilhorst, « Fond de commerce ? Sexual violence assistance in the Democratic Republic of Congo », *Disaster studies, Occasional paper 02*, Wageningen University, 2012, p. 11 (Executive Summary), disponible en ligne sur http://www.wmm.com/filmcatalog/study/justice_report.pdf (visité le 29 mai 2012), voy. également p. 54-55 : « Nearly all NGOs only provide funds for the assistance of victims of sexual violence but the defence of suspects is not in their mandate. Suspects have to rely on designated public defenders with the constraint that those lawyers are never paid by the Congolese state and hence usually lack motivation and skills. Because NGOs pay for the transport, lodging, restoration and per diems of the legal staff during public hearings, this creates a certain 'moral debt' that may result in subjective treatment of cases, in favour of what the NGO is looking for: convictions in rape cases. Some NGOs make a certain number of convictions part of the benchmark results in their log-frame ».

818 Voy. HCM, *MP et PC c. Kakwavu*, « Arrêt avant dire droit », 16 mai 2013, ADD dont le dispositif est repris dans l'arrêt au fond à la page 12. Dans cette décision, la Haute Cour, se fondant notamment sur l'article 14.3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques auquel elle a accordé une applicabilité directe, a répondu à cette requête en commettant un rapporteur de la composition, accompagné d'un greffier, aux fins de « se rendre à Aru, Mahagi, Ndrele, Makofi, Tila 1, Pamitugoza et Djupwo Dwegi » ; et d'office ou sur proposition des parties, inviter les victimes et les témoins à charge et à décharge dont les noms ci-dessous indiqués, et leur poser des questions d'éclaircissement sur les faits infractionnels mis à charge du général de brigade Kakwavu. Pour les cas du crime de guerre par viol : Micheline van Reeth et Claude Pobi, Agent Sonas Aru, Dr. Lomoyo ; pour les cas de crime de guerre par meurtre et par tortures : M. Combe Ngabu, M. Mawa alias Volvo, Honorable Odua, M. Batumopo, Papa Corneille Afedre, Mawa Enzurunzi, Prof. Aderebo, Prof. Idringi, M. Amisi Président Fec/Aaru, M. Machine, M. Flory de L'Ofida/Aru, l'Archevêque Utendi, M. Bendo, Chef de Collectivité de Mahagi. Veiller à la confidentialité et à la protection de la sécurité, du bien-être physique et psychologique, de la dignité et du respect de la vie privée des victimes et des témoins ; et soumettre aux débats les conclusions de cette mission à la prochaine audience publique de la Haute Cour Miliaire ».

Cette démarche traduit certes le souci de la Haute Cour de traiter l'affaire en toute transparence. Mais, ce rapporteur était toujours neutre, après avoir présenté ses conclusions ? En menant sa propre enquête (attribution normalement réservée au ministère public), en rédigeant un rapport à cet effet, n'a-t-il pas été amené indirectement à se prononcer dans cette affaire et, de ce fait, à perdre son impartialité ? Ni la Haute Cour ni les avocats de la défense ne se sont posé cette question. Pourtant, il est fort probable qu'à partir du moment où ce rapporteur a formulé ses « conclusions » dans lesquelles il était nécessairement obligé de prendre position par rapport aux déclarations des témoins rencontrés sur place et par rapport aux constatations factuelles, l'on était en droit de douter légitimement de son impartialité dans cette affaire. L'autoriser à continuer à siéger dans ladite affaire, alors qu'il s'était déjà indirectement prononcé d'une manière ou d'une autre, constituait une violation des règles élémentaires du droit au procès équitable de l'accusé.

4. Droit à un jugement motivé

Le problème de (l'absence de) la motivation est présent dans un nombre important de jurisprudences des tribunaux militaires congolais, ainsi qu'on l'a déjà relevé, dans le cadre des observations relatives à l'affaire *Kilwa*. Cette absence des motivations pose une série de problèmes par rapport au respect du droit au procès équitable.

Il y a d'abord la *qualité rédactionnelle* des décisions judiciaires. En effet, beaucoup de personnes sont souvent condamnées à des peines très lourdes, telles les servitudes pénales à perpétuité, sur la base des jugements reposant sur une motivation ambiguë et étant mal rédigés et mal structurés. Il existe certes des décisions judiciaires qui ont été bien rédigées (même si sur le fond l'on peut formuler quelques réserves). C'est ici encore l'occasion de saluer la qualité rédactionnelle des décisions telles que le jugement *Songo Mboyo*, l'arrêt *Kabala et autres*, et même de l'arrêt *Minova*. Dans ces décisions, le lecteur se retrouve aisément dans la structure de l'argumentation des juges. Mais, à côté de ces décisions, qui sont plutôt rares dans la jurisprudence congolaise, la grande majorité de celles qui ont été analysées dans cette étude présente de gros problèmes de lisibilité. Le jugement *Waka-Lifumba* par exemple est une décision tout simplement illisible, alors que les accusés ont été condamnés à des peines de servitudes pénales très lourdes. Et pourtant, comme le disait la Cour européenne des droits de l'homme, « pour que les exigences d'un procès équitable soient respectées, le public et, au premier chef, l'accusé doivent être à même de comprendre le verdict qui a été rendu. C'est là une garantie essentielle contre l'arbitraire »[819].

Un autre problème tient à la *transparence de l'argumentation* des juges quant aux sources auxquelles ils se sont référés et de la crédibilité de ces sources. L'on observe par ailleurs que dans la plupart de ces décisions judiciaires, les juges procèdent à la narration des faits sans donner la source de leur information ni discuter la crédibilité des témoins sur lesquels ils se fondent pour établir les faits. Dans l'affaire *Kilwa* par exemple, les juges de la Cour militaire de Lubumbashi ont affirmé que les assaillants étaient organisés dans

819 CEDH, *Agnelet c. France*, « Arrêt », requête n° 61198/08, 10 janvier 2013, §§ 56-57.

le cadre du mouvement MLRK dirigé par le commandant Alain Kazadi et qu'ils ont distribué aux habitants de Kilwa une somme de 300 dollars. Ils ont également déclaré que le commandant Kazadi est mort des suites de ses blessures, ce qui implique que, selon eux, le colonel Adémar Ilunga n'avait rien à voir dans sa mort. Ces propos sont également repris dans l'arrêt de la Haute Cour militaire dans la même affaire. Cependant, en avançant de telles affirmations, ces juges n'ont nulle part dit d'où ils ont tiré leur information. Dans l'hypothèse où ils la tiraient des témoins, l'on s'attendrait à ce qu'ils expliquent en quoi ces témoins étaient crédibles. Le silence des juges sur les sources de leur information était d'autant plus suspect qu'un rapport de la MONUC (devenue la MONUSCO) avait soutenu que les insurgés étaient mal organisés et mal équipés et comptaient six à sept individus[820]; et que c'est apparemment le comportement violent du colonel Adémar Ilunga contre le commandant Kazadi qui était déjà gravement blessé et se trouvait à l'hôpital, qui aurait causé la mort de ce dernier[821].

Un troisième problème se rapporte à la *motivation des peines*. L'on a déjà relevé le fait que dans la pratique judiciaire congolaise, les juges condamnent à la peine maximale lorsqu'il n'existe pas de circonstance atténuante. L'on a également fait remarquer qu'une telle pratique peut présenter quelques difficultés par rapport à l'obligation de l'individualisation de la peine lorsque deux personnes qui n'ont justifié d'aucune circonstance atténuante sont condamnées à la même peine maximale alors que chez l'une, il existe des circonstances aggravantes qui sont absentes chez l'autre. Derrière la question de l'individualisation des peines se pose ainsi celle de la motivation des peines prononcées dans ces circonstances. La plupart des décisions judiciaires analysées dans le cadre de cette étude présentent ce problème.

Le quatrième problème, qui semble expliquer les trois premiers, tient au manque de clarté sur le choix opéré entre le système de *l'intime conviction* et celui du *doute raisonnable*. Cette question n'est toujours pas traitée dans la plupart des décisions judiciaires analysées dans cette étude. Cependant, dans au moins cinq d'entre elles, on constate certaines allusions à cette question. La première jurisprudence est le jugement *Maniraguha et consort* où le TMG de Bukavu a déclaré qu' « il n'y a pas de preuve qui s'impose de façon obligatoire au juge pénal qui doit se déterminé uniquement *d'après son intime conviction*, sous évidemment la double réserve que celle-ci ne peut d'une part se fonder que sur des éléments produits à l'audience, c'est-à-dire qui y ont été portés à la connaissance du prévenu de telle manière qu'il ait pu les discuter et se défendre, d'autre part, lorsqu'il s'agit d'un des modes de preuve réglementés par la loi, la conviction du juge ne peut s'asseoir que sur ceux qui ont été recueillis conformément aux formalités exigées »[822].

La deuxième jurisprudence est le jugement *Kabala et consorts* où le TMG de Bukavu a soutenu qu'« en dépit de la maxime « *actori incumbit probatio* », le droit à la preuve est reconnu à toutes les parties au procès. Tout justiciable a le droit de produire les preuves qui

820 Rapport de la MONUC, § 10.
821 *Idem*, § 18.
822 Jugement *Maniraguha et consort*, p. 110.

fondent ses allégations, de démontrer la vanité des prétentions de l'adversaire. Car aucun mode de preuve n'est privilégié, ni ne prévaut sur d'autres, ni ne s'impose au juge pénal qui doit se déterminer uniquement d'après son *intime conviction* en se fondant évidemment sur les pièces du dossier soumis à sa connaissance et sur les faits débattus à l'audience »[823]. Dans l'arrêt rendu en appel dans cette même affaire, la Cour militaire de Bukavu ne s'est pas prononcée sur cette question.

La troisième jurisprudence est l'arrêt *colonel 106* dans lequel la Cour militaire de Bukavu a combiné le système de l'intime conviction et celui du doute raisonnable en présentant les deux systèmes comme synonymes. En effet, on constate que dans un premier temps, la Cour a soutenu que « le rôle de la preuve est d'aider à rassembler les éléments les meilleurs et les plus fiables, de manière juste et équilibre en vue de faire éclater la vérité sur un crime commis. Lors du procès, il s'agira pour le juge d'établir *au-delà de tout doute raisonnable* que les éléments recueillis ont permis de reconstituer le puzzle du crime à travers ses éléments spécifiques, contextuels, le type de responsabilité du suspect (…) »[824]. Dans un second temps, et un peu plus loin dans son arrêt, la même Cour a affirmé que « le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de la liberté de la preuve conformément au droit interne sera déterminant (64-9 du Statut de Rome) » ; ce qui, selon elle, la justifie à apprécier la valeur probante des preuves produites devant elle « selon son *intime conviction*, c'est-à-dire non pas dire par quel moyen elle s'est convaincue, mais plutôt de s'interroger dans son fond intérieur quelles impressions ont fait sur sa raison les preuves rapportées contre le prévenu et les moyens de la défense »[825].

La quatrième jurisprudence est l'arrêt *Minova* où la Cour militaire opérationnelle de Goma a déclaré qu'elle pouvait également « baser son *intime conviction* sur les dépositions consignées aux procès-verbaux établis antérieurement et produits aux débats »[826].

Enfin, la cinquième est l'affaire *Morgan* où l'on constate, dans au moins quatre passages, que le TMG de l'Ituri a fait allusion à la fois au système de l'intime conviction, à celui du doute raisonnable et même à celui des « motifs raisonnables de croire ». L'on remarque ainsi que dans un premier passage, le tribunal a déclaré qu'il tirera sa conviction sur la participation des accusés au mouvement insurrectionnel Simba Maï-Maï à partir notamment « des présomptions graves, constantes et concordantes [qui] font croire et ce *au-delà de tout doute raisonnable* de la participation de chacun d'eux au mouvement Simba Maï-Maï de Paul Sadala Morgan »[827]. Le deuxième passage pertinent est celui dans lequel le tribunal précité soutient qu' « *il y a des raisons de croire*, et [que] le tribunal est convaincu *au-delà de tout doute raisonnable*, que ce qui a été dit sur l'adhésion des prévenus au mouvement subversif Simba Maï-Maï est retenu, car ils savaient et avaient connaissance depuis leur adhésion, en passant par le rituel de tatouage du comportement criminel du groupe et

823 Jugement *Kabala et consorts*.
824 Arrêt *Colonel 106*, p. 44.
825 *Idem*, p. 45.
826 Arrêt *Minova*, p. 65.
827 Jugement *Morgan*, p. 39.

chacun d'eux a participé volontairement à l'expédition depuis G6 jusqu'à Mambasa centre »[828]. Dans le troisième passage pertinent, ce même tribunal déclare, à la suite de son examen de l'incrimination du viol en tant que crime contre l'humanité, qu'« en abondance des moyens », il « est convaincu et ce, *au-delà de tout doute raisonnable* sur la responsabilité des prévenus partant des dépositions des victimes/témoins codés 040; 039; 038 à l'audience de huis clos du 27 mars 2014, des victimes/témoins codés 09 ; 025 ; 02 ; 03 ; 029, à l'audience du 1er avril 2014, et des victimes/témoins codés 043 ; 06 ; 044 ; 014, à l'audience du 02 avril 2014 ; dépositions corroborées par les pièces du dossier »[829]. La même chose est également soutenue dans ce quatrième passage, concernant la déportation en tant que crime contre l'humanité, lorsque le tribunal déclare être convaincu « au-delà de tout doute raisonnable » que les prévenus cités sont coupables de ce crime[830].

Dans ces cinq affaires, il est sans doute possible qu'en invoquant la notion de l'intime conviction, les juges aient simplement voulu dire qu'ils avaient le droit d'apprécier souverainement la valeur probante d'un élément de preuve produit devant eux et qu'ils n'étaient pas soumis au système des preuves légales ou hiérarchisées. Toutefois, l'on ne peut exclure qu'ils aient aussi eu en tête le fait qu'ils n'étaient pas tenus de justifier pourquoi ils accordaient un crédit à tel ou tel élément de preuve, ainsi que l'a clairement dit l'arrêt *colonel 106*. Il s'ensuit que ces jurisprudences ne sont pas claires sur le choix du système juridique dans lequel elles se rangent.

Ce manque de précision semble d'ailleurs tirer son origine dans les textes de loi eux-mêmes. Ainsi, l'article 17 de la Constitution de 2006 dispose que « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie par un jugement définitif ». Cet article ne précise toutefois pas le niveau de certitude que doit revêtir cette déclaration de culpabilité. Commentant ce principe ainsi consacré par la Constitution congolaise, certains auteurs ont ajouté que cette présomption d'innocence ne peut être ébranlée que par « un jugement définitif, dans un procès où toutes les garanties nécessaires au respect du droit au procès équitable auront été assurées »[831]. Ces mêmes auteurs ont toutefois précisé que « la présomption d'innocence demeure une règle de preuve. En vertu de cette présomption, la charge de la preuve de la culpabilité d'un individu incombe à la partie poursuivante et, en cas d'insuffisance de preuves, le doute doit profiter à celui qui est accusé »[832]. Par ces propos, c'est beaucoup plus le système du doute raisonnable qui est ainsi prôné par les auteurs précités plutôt que celui de l'intime conviction.

Au niveau législatif, l'article 87, alinéa 2, du Code pénal ordinaire se contente par exemple de dire que « [les jugements] contiennent l'indication des faits mis à charge du prévenu, un exposé sommaire des actes de poursuite et de procédure à l'audience, les conclusions éventuelles des parties, les motifs et le dispositif ». Tandis que l'article 260 du

828 *Idem*, p. 51
829 *Idem*, p. 58
830 *Idem*, p. 62.
831 Luzolo Bambi Lessa et Bayona ba Meya, *op. cit.*, p. 247.
832 *Idem*, p. 248.

Code judiciaire militaire se limite à disposer que lors du délibéré, « chaque membre de la juridiction exprime son opinion en déposant dans l'urne un bulletin fermé, marqué du timbre de la juridiction militaire et sur lequel il porte l'un des mots : oui ou non » ; et un peu plus loin, à l'article 274 prévoit que les jugements et arrêts sont rédigés par le magistrat de carrière membre de la composition et sont motivés. Toutefois, le silence du législateur et surtout la manière dont l'article 260 du Code judiciaire militaire congolais a été rédigé semblent plutôt indiquer une préférence au système de l'intime conviction. L'article 260 semble d'ailleurs faire penser au système de jury populaire dans lequel les jurés peuvent se limiter à déclarer l'accusé « coupable » ou « non coupable », sans être tenu d'exposer l'argumentation par laquelle ils sont parvenus à une telle conclusion.

Il est pourtant important de rappeler que le système de l'intime conviction est plus susceptible d'entraîner l'arbitraire des juges dès lors qu'il ne les oblige pas à motiver leur décision. Comme l'écrit Pierre Robert, « le principe du doute raisonnable, contrairement au principe de l'intime conviction, est généralement associé au degré élevé de certitude que doit présenter l'ensemble de la preuve de la poursuite pour soutenir une conclusion de culpabilité. Cette norme de preuve impose indirectement au juge des balises dans le processus d'évaluation des preuves. De ce point de vue, la notion de doute raisonnable se distingue de celle de l'intime conviction sous l'angle de l'encadrement ou des conditions du processus d'appréciation de la preuve. Cette dimension de la norme de preuve est généralement absente de l'analyse du principe de l'intime conviction. La directive classique de l'intime conviction exprimée, en droit français, par l'élégante formule de l'article 353 du code de procédure pénale interdit, bien au contraire, l'imposition de toute balise ou d'un cadre trop rigide au processus d'appréciation de la preuve : "la loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus. Elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve" »[833]. Notons que sur cet aspect, le système français est différent du système belge qui consacre par contre le système du doute raisonnable, au regard de l'article 327 du Code d'instruction criminelle belge. Il découle clairement de cet article qu'« une condamnation ne peut être prononcée que s'il ressort des éléments de preuve admis que l'accusé est coupable *au-delà de tout doute raisonnable* des faits qui lui sont incriminés ».

Le système français est par ailleurs différent de celui qui est consacré par l'article 66(3) du Statut de Rome lorsque ce dernier oblige les juges de la CPI à ne prononcer une condamnation que lorsque la culpabilité de l'accusé a été établie « au-delà de tout doute raisonnable ». Dans le Statut de Rome, il s'agit du niveau de preuve le plus élevé puisqu'il est placé au-dessus de lui des motifs raisonnables de croire qu'un crime a été commis (article 58), niveau exigé pour la délivrance d'un mandat d'arrêt ; et celui des motifs substantiels de croire que ces crimes ont été commis (article 61(7)), niveau exigé pour la confirmation des charges. Les exigences de l'article 66(3) du Statut de Rome ne

833 Pierre Robert, « Chapitre 67 : La procédure du jugement en droit international », *in* Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet (dir.), *Droit international pénal*, 2ème édition, Paris, Pedone, 2012, p. 881.

peuvent être satisfaites que s'il s'agit de la seule conclusion raisonnable qui puisse être tirée des éléments produits à l'appui de la Requête de l'Accusation. Cela veut dire, en d'autres termes, que si la commission des crimes n'est que l'une des conclusions raisonnables pouvant être tirées des éléments produits par l'Accusation, il convient de rejeter la Requête de cette dernière, dans la mesure où il n'aura pas été satisfait à la norme de la preuve fixée par l'article 66(3) du Statut[834].

Au regard de ce qui précède, il semble qu'une application judicieuse du Statut de Rome dans le respect des droits de l'homme internationalement reconnus invitait les tribunaux congolais à mettre clairement en évidence le système du doute raisonnable, par ailleurs consacré par le Statut de Rome lui-même (article 66(3)), et non celui de l'intime conviction. Cette approche correspond d'ailleurs à ce qu'enseigne la doctrine congolaise au regard des implications du principe latin *in dubio pro reo* (le doute profite à l'accusé). Il correspond enfin aux exigences du droit au procès équitable, dans la mesure où celui-ci implique que « le public et, au premier chef, l'accusé doivent être à même de comprendre le verdict qui a été rendu » ; et que « c'est là une garantie essentielle contre l'arbitraire »[835].

D. L'après-procès

En introduction de ce chapitre, l'on a rappelé que les questions relatives à l'après-procès ne relevaient, en principe, pas du droit au procès équitable puisque normalement, à ce stade, le procès est déjà terminé. Il importe toutefois de relever que l'après-procès peut soulever au moins deux questions distinctes qui touchent au droit à un procès équitable. La première consiste à se demander si les individus condamnés ont accès aux décisions qui les condamnent ; tandis que la seconde, qui découle de la première, est celle de mesurer l'impact que l'accès à la décision de condamnation peut avoir sur le droit de faire un recours contre ladite décision.

1. Droit d'accès des condamnés aux décisions judiciaires les condamnant

Par rapport à la première question (accès des condamnés aux décisions les condamnant), on constate que la pratique judiciaire congolaise tend à nier l'effectivité de ce droit. Les difficultés d'accès aux décisions judiciaires dont on a parlé en introduction générale de cette étude montrent clairement que les condamnés n'ont pas accès aux décisions judiciaires qui les condamnent. L'on a déjà parlé de l'article 87 du Code de procédure pénale ordinaire qui impose une obligation de motivation des décisions judiciaires. Cet article dispose par ailleurs que les décisions judiciaires sont signées. Comme l'écrivent Luzolo Bambi Lessa et Bayona ba Meya, l'exigence de la signature des décisions judiciaires « implique un écrit ». Ces deux auteurs insistent alors sur cette exigence en relevant que « le Conseil

834 Voy. sur cette question, CPI (Ch. Prél. I), *Le Procureur c. Al-Bashir*, « Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir », Doc. ICC-02/05-01/09-3-tFRA, 4 mars 2009, §§ 158-159.

835 CEDH, *Agnelet c. France*, « Arrêt », requête n° 61198/08, 10 janvier 2013, §§ 56-57.

supérieur de la magistrature devrait sanctionner sévèrement la négligence des juges qui se contentent de rédiger le dispositif de jugement pour le prononcer, réservant à plus tard la rédaction de la motivation ». Selon ces deux auteurs, « c'est évident qu'un tel jugement n'a que l'apparence d'un jugement, il est susceptible d'annulation par voie d'appel ou de cassation »[836].

Dans la pratique des juridictions militaires ce que dénoncent les professeurs Luzolo et Bayona, à savoir l'absence d'un écrit contenant la motivation, semble toutefois trouver une base dans la manière dont les dispositions pertinentes du Code judiciaire militaire ont été formulées et l'ordre dans lequel elles se présentent. En effet, l'article 259 de ce Code, qui décrit une des phases de la clôture des débats dans la procédure pénale militaire, dispose que « le président fait retirer le prévenu de la salle d'audience » ; et que « les membres de la juridiction se rendent dans la salle des délibérations ou, si la disposition des locaux ne le permet pas, le président fait retirer l'auditoire ». La disposition précise par ailleurs que « les membres de la juridiction ne peuvent plus communiquer avec personne ni se séparer avant que le jugement ait été rendu ». Ensuite, plus loin, l'article 265 du même Code prévoit qu'« après les délibérations, la juridiction rentre dans la salle d'audience ; s'il a été procédé à son évacuation, les portes sont à nouveau ouvertes ». Le même article dit également que « le président fait comparaître le prévenu et, devant la garde rassemblée sous les armes, donne lecture des réponses faites aux questions, prononce le jugement portant condamnation, absolution ou acquittement et précise les dispositions légales dont il est fait application ».

Au regard de ces deux articles, il apparaît que le prononcé de la décision a lieu juste après le délibéré et qu'aucun délai n'a été imparti aux juges pour rendre leur décision. Tout semble avoir été conçu comme si le législateur avait en tête des délibérés qui ne durent que quelques heures, voire de quelques minutes, ce qui peut paraître irréaliste pour des affaires complexes comme celles qui portent sur les crimes de droit international réprimés par ces tribunaux militaires. Par ailleurs, il n'est pas précisé le moment précis de la rédaction du jugement. Tout ce que l'on sait, c'est que, plus loin dans le même Code judiciaire militaire, il est prévu un article 274 qui dispose que « les arrêts et jugements sont rédigés par le magistrat de carrière, membre de la juridiction, et indiquent les noms des juges et assesseurs qui les ont rendus ». Le même article précise également que les jugements et arrêts « sont motivés et contiennent l'indication des faits mis à charge du prévenu, un exposé sommaire des actes de poursuite et de procédure à l'audience et les dépositions des parties ».

Pourtant, si effectivement le législateur avait en tête des délibérés qui prennent quelques heures, voire quelques minutes, l'on ne voit pas comment les jugements seraient rédigés avant leur prononcé, en particulier lorsqu'il s'agit des affaires complexes dont les jugements peuvent prendre plusieurs dizaines de pages. Par exemple, dans l'arrêt *Bongi*, le préambule de l'arrêt renseigne que la Cour militaire de Kisangani a rendu son verdict le même jour que la prise de l'affaire en délibéré. Il est ainsi fort peu probable que l'arrêt (d'une

836 Luzozo Bambi Lessa et Bayona ba Meya, *op. cit.*, p. 431.

trentaine de pages) ait été rédigé le même jour. L'on peut en dire autant de l'arrêt *Kibibi et consorts*, rédigé sur 43 pages, dont le délibéré a pris apparemment 24 heures, comme vu précédemment. L'on ne peut soutenir, dans ce cas, que le prononcé du verdict a précédé la rédaction de la décision. Dans ces deux affaires, la rédaction des décisions est certainement intervenue après le prononcé du verdict. D'ailleurs, la manière dont les articles du Code judiciaire ont été formulés et présentés donne à penser que la rédaction du jugement ou arrêt peut avoir lieu *après* le prononcé du verdict final. L'on retrouve ainsi consacrée dans la loi la pratique dénoncée par les professeurs Luzolo et Bayona, pratique qui consiste pour les juges de rendre le verdict, c'est-à-dire le dispositif de la décision, et remettre la rédaction de la motivation du jugement à plus tard.

Deux inconvénients peuvent être formulés à l'endroit d'une telle approche. Premièrement, elle contrevient au principe du dessaisissement du juge pénal. En effet, après le prononcé de sa décision, le juge pénal n'est plus censé intervenir d'une manière ou d'une autre dans l'affaire. S'il doit rédiger son jugement quelques jours, voire quelques mois, plus tard après avoir rendu son verdict, il est possible qu'il invoque des motifs qu'il n'avait pas en tête lorsqu'il a rendu sa décision. Deuxièmement, puisqu'aucun délai n'est imparti aux juges pour rédiger la motivation de leur jugement, l'accusé reconnu coupable et même le public général peuvent mettre plusieurs mois, voire des années, pour avoir accès au jugement dans son intégralité. C'est par exemple que l'accès du public à l'intégralité de l'arrêt *Kakwavu* rendu par la Haute Cour militaire, ou de l'arrêt *colonel 106* rendu par la Cour militaire de Bukavu à peu près deux années, parce que ces arrêts n'étaient pas encore rédigés, et encore moins dactylographiés, alors que ces arrêts ne contenaient pas des parties confidentielles qui devaient être expurgées avant d'être accessibles au public.

Ces inconvénients peuvent être illustrés par deux affaires traitées par les juridictions militaires congolaises. La première porte sur l'incident survenu dans le cadre du procès de M. Kahwa. Pour rappel, ce dernier avait été condamné par le TMG de l'Ituri notamment pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Il avait néanmoins interjeté appel contre sa condamnation devant la Cour militaire de Kisangani. Celle-ci a, dans un premier temps, le 28 juillet 2007 dans lequel elle acquittait M. Kahwa en application d'une loi d'amnistie. L'arrêt de la Cour militaire de Kisangani a, dans la suite, été annulé le 12 septembre 2008 par la Haute Cour Militaire qui a ordonné le renvoi de la cause devant la même Cour militaire de Kisangani autrement composée. Par rapport à l'arrêt de la Haute Cour militaire, il s'est avéré qu'aucune diligence n'a été faite pour le signifier tant aux parties qu'à la Cour militaire elle-même. Dans un rapport publié par le Centre international pour la justice transitionnelle (ICTJ) portant sur les recommandations de l'atelier sur l'évaluation de la justice militaire comme mécanisme de répression des crimes internationaux, atelier tenu au Centre Catholique Nganda, à Kinshasa, du 8 au 10 juin 2009, il est écrit que « le Premier président de cette Cour militaire n'est entré en possession de l'arrêt de la Haute Cour militaire que lors de son séjour à Kinshasa pour participer à l'atelier organisé par ICTJ » ; que « c'est dans le lot des décisions distribuées comme

documents de travail qu'il a pu lire cette décision » ; et qu' « il en a été de même de l'avocat de Kahwa »[837].

La seconde illustration peut être tirée de l'affaire *Kyat Hend* dans laquelle, sur les 28 individus poursuivis devant la Cour militaire de Bukavu, 9 ont été reconnus coupables des crimes contre l'humanité en vertu de l'article 7 du Statut de Rome, pour les actes perpétrés dans le cadre du mouvement politico-militaire dénommé le « Parti national congolais » (PNC). Ce mouvement était fondé en 2010 par certains membres de l'ethnie Lega (ou Rega), dont M. Kyat Hend, en vue d'obtenir du pouvoir central, par les armes, la prise en compte des préoccupations des Lega qui, selon les fondateurs du PNC, n'occupent pas des postes qu'ils méritent au sein de l'armée et des institutions politiques congolaises[838].

Comme l'a dit le colonel Mukendi lors de l'atelier de validation du premier draft de la présente étude, draft dans lequel cette affaire a été citée et commentée (le colonel Mukendi ayant été le premier président de la Cour militaire de Bukavu qui a rendu cet arrêt), la version dactylographiée de cet arrêt n'a jamais été signée par lui puisque, selon lui, le plumitif de cet arrêt a été perdu lors des troubles occasionnés par la prise de la ville de Goma par les rebelles du M23 en novembre 2012. Il est intéressant de relever que ces propos ont été relayés par le premier président de la Haute Cour militaire dans les observations émanant de la Haute Cour militaire dont on a déjà fait état[839]. Qu'il s'agisse du colonel Mukendi ou du premier président de la Haute Cour militaire, tous ont été surpris que la présente étude mentionne cette affaire, puisque selon eux, l'arrêt est déjà perdu. Pourtant, l'on ne peut s'empêcher de se demander dans quelle mesure les troubles du M23, qui sont survenus un mois plus tard depuis le prononcé de cet arrêt, et qui étaient limités à Goma, ont pu affecter la Cour militaire de Bukavu au point d'entraîner la perte du plumitif de

837 Voy. Centre international pour la justice transitionnelle (ICTJ), *Recommandations de l'atelier sur l'évaluation de la justice militaire comme mécanisme de répression des crimes internationaux*, Centre Catholique Nganda, Kinshasa, du 8 au 10 juin 2009, p. 13.

838 CM/Bukavu, *MP et PC c. Kyat Hend Dittmann et 27 autres*, affaire RP 036-039, 15 octobre 2012. Ainsi, les sieurs Kyat Hend et Mubulanwa Nsunga ont été déclarés coupables de tous les crimes mis à leurs charges (y compris les crimes contre l'humanité) et ont été condamnés à 20 ans de servitude pénale principale, sans admission de circonstances atténuantes. Le sieur Kazombo Amisi a déclaré coupable de crimes contre l'humanité et a été condamné à 15 ans de servitude pénale. Les sieurs Lepalepa et Bahati Mwati ont, pour leur part, écopé de 10 ans de servitude pénale principale pour crimes contre l'humanité, tout en étant acquittés pour d'autres infractions mises à leurs charges. M. Sengi Kyabutwa a été déclaré non coupable pour les crimes contre l'humanité, mais quand même condamné, pour l'infraction de désertion simple, à 30 mois de servitude pénale. M. Chikuru Katara pour sa part a été acquitté de toutes les charges. Concernant les accusés Bwansolu Mizaba et Kitembo Mugeni, il apparaît que pour le premier, la Cour a omis de se prononcer sur l'incrimination des crimes contre l'humanité, après l'avoir acquitté pour d'autres infractions. Il a quand même été reconnu coupable de l'infraction de désertion à l'étranger et en a été condamné, pour cette seule infraction, avec admission de circonstances atténuantes, à 3 ans de servitude pénale. Concernant le second, M. Kitembo Mugeni, la Cour a simplement omis de se prononcer sur son sort.

839 On constate en effet, dans les observations écrites émanant de la Haute Cour militaire, qu'à propos de l'affaire *Kyat Hend*, il est écrit ce qui suit : « cette affaire avait été examinée par la Cour militaire du Sud-Kivu. La décision rendue dans la cause n'avait jamais été ni saisie ni dactylographiée. Peut-on savoir d'où l'auteur de la présente analyse a-t-il tiré ces observations dès lors que l'on sait que le plumitif de la décision avait disparu avec les troubles du M23 ? ».

cette décision. Par ailleurs, et plus fondamentalement, les propos tant du colonel Mukendi que ceux de la Haute Cour militaire impliquent clairement que l'arrêt (le plumitif) a bel et bien existé. Mais, comme les juridictions congolaises ne sont pas encore informatisées, la décision n'avait pas encore été saisie ni dactylographiée, ce qui ne remet pas en cause son existence même. Ce qui est grave dans cette affaire est que la perte du plumitif de cet arrêt n'a pas empêché que les accusés reconnus coupables soient incarcérés des suites de cette décision dont les auteurs semblent contester l'existence. Que ces propos du colonel Mukendi et de la Haute Cour soient fondés ou non, ils font clairement apparaître le fait que les accusés reconnus coupables dans cette affaire n'ont jamais eu accès à une copie de la décision les condamnant et surtout qu'ils sont maintenus en prison dans l'ignorance totale des motifs sur lesquels les juges de la Cour militaire de Bukavu se sont fondés pour les condamner.

Il est important de noter que la solution à ce problème ne se trouve certainement pas dans la technique constatée dans le procès de Hissène Habré au Sénégal. Pour rappel, Hissène Habré a été reconnu coupable des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre par la Chambre Africaine Extraordinaire d'Assises le 30 mai 2016 et a été condamné à la prison à perpétuité. Le document qui a été mis à la disposition du public et même de l'accusé en lieu et place du jugement n'est pas juste le dispositif, mais le résumé du jugement, un texte d'une vingtaine de pages lu par le président du tribunal à l'audience publique consacrée au prononcé de la décision. Il est intéressant de relever qu'au paragraphe 2 du résumé du jugement, le président du tribunal a tenu à préciser que « seules font autorité les analyses, constatations et conclusions écrites qui sont contenues dans le jugement écrit » lequel « sera disponible ultérieurement » ; et que « les Parties et le public seront dûment informés de sa disponibilité en temps utile ». Il apparaît ainsi que dès lors que le tribunal précise lui-même que le texte en question ne fait pas foi, l'on ne peut pas affirmer que l'accusé reconnu coupable a été informé des motifs de sa condamnation.

Comme on peut le constater, les deux affaires (Kahwa et Kyat Hend) sont très révélatrices des difficultés que peuvent éprouver les justiciables congolais, et tout particulièrement les individus condamnés, à avoir accès à la motivation des décisions qui les condamnent. Si les condamnés n'ont pas accès aux décisions qui les condamnant, il y a lieu de s'interroger sur le niveau du respect de leur droit au procès équitable.

2. Droit d'interjeter appel

En droit congolais, le doit à un double degré de juridiction, et en particulier celui d'interjeter appel est garanti tant par la Constitution que par la loi. En effet, aux termes de l'article 21 de la Constitution de 2006, « le droit de former un recours contre un jugement est garanti à tous. Il est exercé dans les conditions fixées par la loi ». Par ailleurs, l'article 96 (1) du Code de procédure pénale ordinaire dispose à cet égard et de manière claire que « la faculté d'interjeter appel appartient au prévenu (…) ». Il faut rappeler que cet article est applicable à la procédure pénale militaire selon les modalités précisées dans l'article 278 du Code judiciaire militaire.

Cependant, l'effectivité de ce droit ainsi proclamé peut susciter quelques réserves au regard de la pratique, et tout particulièrement, au regard du problème d'accès des condamnés aux décisions judiciaires les condamnant ainsi que l'on vient de le relever. Il faut relever à cet égard qu'en droit congolais, le délai pour faire appel commence à courir à partir du prononcé du jugement lorsqu'il est contradictoire et à partir de la signification de celui-ci lorsque le prononcé du jugement a été rendu par défaut. L'article 97 du Code de procédure pénale ordinaire dispose à cet égard que « sauf en ce qui concerne le ministère public, l'appel doit à peine de déchéance, être interjeté dans les dix jours qui suivent le prononcé du jugement ou sa signification, selon qu'il est contradictoire ou par défaut » ; tandis que l'article 278 du Code judiciaire militaire précise que l'appel « est introduit dans les cinq jours francs après celui où cette décision aura été portée à la connaissance de la partie intéressée ».

Puisqu'en matière des crimes prévus dans le Statut de Rome, la plupart des accusés sont généralement en détention préventive, les jugements prononcés à leur encontre sont contradictoires. Ainsi, le délai d'appel court à partir du prononcé. Pourtant, l'on sait qu'à ce moment précis, ces jugements ne sont pas encore dactylographiés et que l'obtention d'une copie dactylographiée de ce jugement relève parfois d'un véritable parcours du combattant. Cela implique que l'accusé reconnu coupable sera obligé de faire appel sans connaître en détail l'argumentation du tribunal ayant conduit à sa condamnation. Ici encore, le procédé de l'affaire *Hissène Habré* dont on a parlé tantôt ne résout pas le problème. On constate en effet qu'au paragraphe 83 du résumé du jugement lu par le président du tribunal, le condamné a été informé qu'il disposait d'un délai de 15 jours pour faire appel « à compter de la date du prononcé de ce jugement ». Pourtant, plus de 15 jours plus tard, le texte du jugement n'était pas encore disponible. En procédant ainsi, ce tribunal a, en fait, placé le condamné dans une situation telle qu'il doit faire appel et même présenter les arguments d'appel, sans savoir exactement pourquoi il a été condamné. On attend ainsi que le condamné prépare sa défense en appel sur la base d'un document qui ne fait pas foi, selon les propos du président du tribunal lui-même. Certes, en droit congolais, le condamné n'est pas obligé d'exposer de façon détaillée les motifs de son appel dans son acte d'appel. Toutefois, rien ne garantit qu'au début des audiences d'appel, il aura déjà obtenu copie de la motivation du jugement contre lequel il a interjeté appel.

Dès lors que de telles difficultés peuvent avoir un impact évident sur la manière dont les accusés condamnés vont préparer leurs moyens de défense au degré d'appel, il est difficile de soutenir que le droit du condamné de faire appel est effectivement respecté, quand bien même il serait garanti par la loi. Dans l'hypothèse où ces accusés ne faisaient pas appel, il y a de fortes chances qu'ils se voient en train de purger une peine lourde sans savoir exactement les raisons qui ont amené les juges à les condamner.

E. Conclusion

Le respect des droits de la défense des accusés constitue le thermomètre le plus sûr permettant de vérifier si face à l'*injustice* causée par la commission des crimes de droit international, l'État, à travers ses organes répressifs, répond par la *justice*. Plusieurs situations ont été invoquées dans ce chapitre qui ne permettent pas de dire que les droits de la défense sont respectés par les tribunaux congolais. Ces situations interpellent tous les acteurs judiciaires congolais.

Elles interpellent d'abord et avant tout l'État congolais qui est le garant des droits de l'homme, y compris ceux des personnes suspectées des pires crimes qui touchent la communauté internationale dans son ensemble. L'État congolais doit ainsi penser à réorganiser la justice congolaise en sélectionnant plus sérieusement les personnes appelées à exercer les fonctions judiciaires, y compris lorsqu'il s'agit des juridictions militaires. Il doit aussi penser à mettre à la disposition de ces juges et procureurs des moyens d'action efficaces afin que la justice, qui est l'un des attributs de la souveraineté d'un État, ne soit pas laissée entre les mains des acteurs étrangers, bailleurs des fonds furent-ils. Il est par ailleurs important que la question de l'assistance judiciaire gratuite ne soit pas laissée aux seuls barreaux, mais qu'elle soit prise en charge par l'État. Dans ce même ordre d'idée, il est aussi impérieux que l'État prévoie un programme de formation et surtout protection des avocats de la défense, en particulier dans des affaires aussi sensibles que celles qui portent sur les crimes prévus par le Statut de Rome.

L'État congolais n'est cependant pas le seul qui doit être interpellé à travers cette étude. Les problèmes soulevés dans cette étude interpellent aussi les juges qui doivent jouer le rôle d'arbitre entre les prétentions de l'Accusation (le ministère public) et les moyens de défense de l'accusé. Ils interpellent ensuite les officiers du ministère public qui doivent faire preuve de professionnalisme dans leur travail en menant des enquêtes de façon plus approfondie, et en n'envoyant au procès que des personnes contre lesquelles il existe objectivement des charges sérieuses. Ils interpellent enfin les avocats de la défense. Ceux-ci sont appelés, non pas à faire obstruction à la justice pénale, mais à s'assurer que le procès des accusés se déroule dans le strict respect des droits de l'homme internationalement garantis. C'est à eux en effet que repose la lourde responsabilité d'être les gardiens de ce respect. La plupart des problèmes soulevés dans cette étude auraient sans doute été évités si les avocats de la défense s'étaient montrés un peu plus vigilants dans leur rôle d'assurer la défense des accusés par les voies légales.



VII

Les victimes dans la répression des crimes en RDC : être ou ne pas être

Dans la répression des crimes de droit international, les droits des victimes peuvent se poser à deux niveaux. Le premier est celui de leur participation à la répression des crimes de droit international. Le second niveau est celui de l'effectivité de leur doit à la réparation. Dans les lignes qui suivent, l'on verra de quelle manière la jurisprudence congolaise relative aux crimes de droit international a abordé l'une comme l'autre question et quel sort a concrètement été réservé aux réparations, lorsque les tribunaux ont alloué des indemnisations aux victimes. L'on verra surtout qu'en approfondissant ces deux questions, l'on finira par s'interroger sérieusement sur le bénéfice que ces procès des crimes de droit international organisés devant les tribunaux militaires congolais rapportent finalement aux victimes. Mais avant d'aborder ces questions, il convient préalablement de préciser ce qu'il faut entendre par le terme « victime » en droit congolais.

A. La victime dans le droit congolais

En droit congolais, il est rare d'employer le terme « victime » dans la procédure pénale. Les mots les plus souvent employés en procédure pénale sont ceux de « partie civile ». C'est à celle-ci que des droits procéduraux semblent être reconnus. Pourtant, strictement parlant, le terme « partie civile » recouvre une réalité plus grande que celle de victime. En effet, quand on parle de victime l'on pense en premier lieu à la personne qui a subi directement les effets d'une infraction. Ainsi, dans le cadre d'un massacre, les victimes sont les personnes qui ont été tuées, les parties civiles étant, dans ce cas, les proches des victimes directes. Ces proches peuvent alors être considérés comme des « victimes indirectes » de l'infraction et avoir le droit de se joindre à l'action publique en se constituant parties civiles pour réclamer des réparations de caractère civil.

Il convient par ailleurs de rappeler qu'en droit congolais, le terme « partie civile » s'étend aussi aux personnes morales, ainsi que cela ressort du jugement du Tribunal de grande instance de Kinshasa/Kalamu dans l'affaire d'un prétendu génocide des membres

de l'église kimbanguistes[840]. Notons toutefois qu'il existe certaines décisions judiciaires qui sont marquées par une confusion regrettable sur cette question. Dans l'affaire *Kahwa* par exemple, affaire qui portait notamment sur les crimes de guerre par incendie des bâtiments et édifices protégés à savoir une école et un centre de santé de la localité de Zumbé, la Cour militaire de Kisangani a alloué à monsieur Ndrundro Liga la somme de 5.000 dollars américains à titre de dommages-intérêts « pour l'incendie de sa résidence pastorale » ; à M. Zulo Vili la somme de 10.000 dollars US à titre de dommages-intérêts « à lui devoir par le condamné pour l'incendie de l'école primaire Zumbe » ; et à M. Ngadjole Alube, « la somme de 10.000 dollars US payables en francs congolais, pour l'incendie du Centre de santé Zumbé »[841].

La formulation du dispositif de cet arrêt semble ainsi indiquer que la Cour ne reconnaît pas aux personnes morales (école et centre de santé de Zumbe) la qualité de victime et préfère passer par des personnes physiques qui, apparemment, représentent la personne morale. Cette impression est par ailleurs présente dans le corps de l'arrêt lorsqu'on observe ceux que ledit arrêt cite comme parties au procès. Seuls les noms des personnes physiques apparaissent et non ceux des personnes morales. En réalité, il s'agit d'une confusion regrettable entre le représentant et le représenté. La Cour a simplement voulu dire par là qu'elle reconnaissait à ces personnes morales (école, centre de santé) la qualité de victime de ces crimes.

Il apparaît ainsi que dans l'entendement du droit congolais, le terme « victime », au sens d'une « partie civile », n'est pas très éloignée de celle que lui donne le RPP devant la CPI. Au terme de la règle 85 du RPP en effet, « le terme "victime" s'entend de toute personne physique qui a subi un préjudice du fait de la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour. [Il] peut aussi s'entendre de toute organisation ou institution dont un bien consacré à la religion, à l'enseignement, aux arts, aux sciences ou à la charité, un monument historique, un hôpital ou quelque autre lieu ou objet utilisé à des fins humanitaires a subi un dommage direct ». Dans le jugement *Bemba* par exemple, la Chambre de première instance III a reconnu la qualité de victimes autorisées à participer à la procédure à 14 organisations et institutions[842].

Le sens ainsi donné au terme victime par le droit congolais n'est pas non plus éloigné de celui que lui donne la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) 40/34 du 29 novembre 1985 portant Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir. Cette résolution entend par victimes les « personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle, ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou

840 TGI/ Kalamu, *MP et PC c. Mputu Muteba et consorts*, « Jugement », affaire n° RP 11.154/ 11.155/ 11.156, 17 décembre 2011.

841 Voy. Arrêt *Kahwa* (13 août 2014) déjà cité.

842 Jugement *Bemba*, § 21.

d'omissions qui enfreignent les lois pénales en vigueur dans un État membre, y compris celles qui proscrivent les abus criminels de pouvoir ».

Ce même sens est aussi en harmonie avec cette autre résolution de l'AGNU 60/147 du 21 mars 2006 relative aux Principes fondamentaux et Directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire (ci-après, les « Principes fondamentaux et directives »). Selon cette résolution en effet, « on entend par "victimes" les personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions constituant des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire ». La même résolution précise par ailleurs que les termes "victimes" désignent le cas échéant, « les membres de la famille proche ou les personnes à charge de la victime directe et les personnes qui, en intervenant pour venir en aide à des victimes qui se trouvaient dans une situation critique ou pour prévenir la persécution, ont subi un préjudice »[843].

Il suit de ce qui précède que le « terme victime » est équivalente à « partie civile ». L'approche est ici différente de celle qu'on a vue précédemment à propos du caractère généralisé d'une attaque constitutive des crimes contre l'humanité. Si dans l'analyse d'un tel caractère généralisé, l'on a soutenu que le terme victime ne devait pas être confondu à celui de partie civile, ici cette confusion est permise.

B. Les droits procéduraux des victimes devant les juridictions militaires congolaises

Devant les instances judiciaires congolaises, la question de la place des victimes dans le procès sur les crimes de droit international appelle à distinguer d'une part la phase « préjuridictionnelle » et la phase juridictionnelle qui est la phase du procès proprement dit.

1. La phase préjuridictionnelle

À la phase préjuridictionnelle, l'étude de la place des victimes dans la procédure pénale congolaise appelle à se poser les questions suivantes : la victime a-t-elle droit à une enquête criminelle lorsqu'elle porte plainte contre des individus déterminés ou contre des inconnus (plainte contre X) ? La victime a-t-elle le droit d'être informée de l'état d'avancement de l'enquête et des résultats auxquelles cette enquête conduit ? Lorsqu'à l'issue d'une enquête, le procureur décide de ne pas engager les poursuites, la victime a-t-elle un droit de recours contre une telle décision ? Par ailleurs, pendant la phase d'enquête, la victime a-t-elle le droit à une assistance judiciaire et le droit à la protection en particulier lorsque l'enquête porte sur des individus dangereux ?

843 Résolution AGNU 60/147, du 21 mars 2006, § 8.

Avant d'aborder ces questions, il est important de rappeler que « la procédure pénale congolaise ignore l'institution de juge d'instruction » et que « c'est une seule institution, le magistrat du ministère public ou du parquet, qui exerce ses attributions, en plus de celles des poursuites »[844]. Ce cumul de fonctions entraîne beaucoup de conséquences négatives sur les droits de l'accusé ainsi que l'explique le professeur Bayona-ba-Meya. En effet, « partagé entre la mission d'instruire à charge et à décharge, tâche qui est inconciliable avec la mission de poursuite qui lui demande de préparer le dossier de l'accusation, le ministère public va imprimer à sa mission d'instruction une allure unilatérale, c'est-à-dire il va privilégier la mission d'accusateur public, de partie poursuivante ; pour ce faire, il va essentiellement poursuivre à charge ; car il s'agit pour lui de préparer le dossier de l'accusation, violant ainsi gravement le principe constitutionnel de la présomption d'innocence. Mais ce n'est pas tout. Les juges vont à leur tour violer ce principe parce qu'ils vont poser leurs questions au prévenu sur la base d'un dossier qui contient uniquement des éléments à conviction, à telle enseigne que l'analyse attentive de ces questions fait voir qu'aux yeux des juges, le prévenu est présumé coupable et il doit, par ses réponses, démontrer qu'il est innocent »[845].

Ainsi présenté, il est toutefois difficile de dire si une telle structure simplifiée garantit le mieux les droits des victimes à la phase préjuridictionnelle. Tout est en effet question de la personnalité du magistrat instructeur : s'il s'agit d'une personne attachée à la cause des victimes, les pouvoirs dont elle dispose seront utilisés au profit des victimes. En revanche, s'il s'agit de quelqu'un qui est réticent à la cause des victimes, le calvaire de ces derniers pour obtenir justice est perceptible.

Ceci dit, par rapport aux interrogations précédemment soulevées, l'on peut observer que la jurisprudence militaire congolaise ne fait pratiquement pas ressortir le rôle des victimes à la phase préjuridictionnelle. L'on n'entend parler des victimes qu'*après* que le ministère public militaire ait renvoyé l'affaire devant la juridiction de jugement et après que ces victimes se soient constituées parties civiles. Pourtant, dans beaucoup d'affaires relatives aux crimes de droit international, le rôle des victimes soutenues par les ONG a souvent été déterminant dans le déclenchement des poursuites. Par ailleurs, la participation des victimes à la phase préjuridictionnelle des procédures militaires constitue l'une des préoccupations des Principes des Nations Unies sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires, généralement appelés les « Principes Decaux »[846].

Le principe 16 de ces Principes Decaux dit en effet que « sans préjudice des principes relatifs au champ de compétence des juridictions militaires, un tribunal militaire ne doit pas exclure les victimes de crimes ou leurs ayants droit de la procédure judiciaire, *y compris des enquêtes*. Les procédures judiciaires des tribunaux militaires doivent assurer le respect effectif des droits des victimes de crimes – ou de leurs ayants droit, notamment en

844 Kifwabala Tekilazaya, Defi Fataki wa Luhindi et Marcel Wetsh'okonda Koso, *op. cit.*, p. 115.

845 Bayona-ba-Meya, « Regard estimatif sur les problèmes saillants du fonctionnement de la justice congolaise », *in Lukuni Lwa Yuma*, vol. II, n° 3, 1999, p. 36, cité par Kifwabala Tekilazaya et autres, *op. cit.*, p. 166, note 411.

846 Principes *Decaux* (déjà cité), p. 21.

garantissant que celles-ci: a) disposent du droit de dénoncer les faits criminels et de saisir les tribunaux militaires afin que des poursuites judiciaires soient engagées; b) disposent d'un large droit d'intervention dans la procédure judiciaire et puissent participer à celle-ci en tant que partie au procès, notamment comme partie civile, tiers intervenant ou accusation privée; c) disposent de recours judiciaires pour contester les décisions et jugements des tribunaux militaires qui sont contraires à leurs droits ou à leurs intérêts; d) soient protégées contre tout mauvais traitement et tout acte d'intimidation ou de représailles que pourrait entraîner la plainte ou leur participation aux procédures judiciaires ».

Le silence des instances judiciaires militaires congolaises est en lui-même révélateur de la place limitée que les parquets militaires accordent aux victimes à la phase préjuridictionnelle. Il est d'abord le reflet des lacunes contenues dans le droit congolais qui montrent que l'activisme des victimes et des ONG n'est pas juridiquement encadré. Il est ensuite la conséquence des difficultés d'ordre pratique liées aux manques de ressources des institutions judiciaires congolaises.

Les lacunes de la législation congolaise

Lorsqu'on analyse le droit en vigueur en RDC, et tout particulièrement le Code judiciaire militaire qui organise la procédure devant les juridictions militaires congolaises, l'on constate qu'il est assez lacunaire sur la place des victimes à la phase préjuridictionnelle. En effet, le droit congolais se limite à dire qu' « en matière répressive, le ministère public recherche les infractions aux actes législatifs et réglementaires qui sont commises sur le territoire de la République » ; que pour cela, « il reçoit les plaintes et les dénonciations, fait tous les actes d'instruction et saisit les cours et tribunaux »[847] ; et qu'il a la plénitude de l'action publique[848]. Le droit congolais précise surtout que « la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction préjuridictionnelles est secrète »[849]. Rappelons qu'aux termes de l'article 2, alinéa 2 du Code judiciaire militaire, le Code de l'organisation et de la compétence judiciaires (ci-après, « Code d'OCJ ») de droit commun est applicable aux Cours et tribunaux militaires, sauf dispositions contraires.

Ainsi, c'est dans son rôle de rechercher les infractions aux lois et aux règlements et de l'exercice de l'action publique que le ministère public peut entrer en contact avec les victimes. À partir de ces pouvoirs reconnus au ministère public, l'on peut tout au moins soutenir que les victimes peuvent porter plainte auprès d'un représentant du ministère public (officier du ministère public, ou « OMP », ou officier de police judiciaire, « OPJ »), pour dénoncer une infraction ; qu'elles peuvent apporter des preuves et des témoignages pertinents pour soutenir leur plainte ; et qu'elles peuvent proposer au ministère public de prendre des mesures d'enquête complémentaires, telles qu'une descente sur terrain ou le recours à un expert, pour la manifestation de la vérité.

847 Article 7 du Code de l'organisation et de la compétence judiciaire (Code d'OCJ).
848 Articles 42 et 43 du Code judiciaire militaire et article 13 du Code d'OCJ.
849 Article 132 du Code judiciaire militaire.

Ainsi présentées, les possibilités offertes aux victimes ne peuvent toutefois s'analyser comme de véritables « droits procéduraux » qui leur sont reconnus, ainsi que le recommande le principe 16 (a) des Principes Decaux vus précédemment. En effet, de telles initiatives doivent toujours s'inscrire dans le cadre des attributions du ministère public. En conséquence, le droit congolais ne prévoit pas des *obligations* à charge du ministère public vis-à-vis des victimes, desquelles obligations pourraient découler des *droits procéduraux* pour les victimes à la phase préjuridictionnelle.

Le droit congolais se révèle ainsi lacunaire sur les droits procéduraux des victimes sur au moins cinq aspects.

1. Il n'affirme pas de façon nette un droit des victimes de porter plainte. L'affirmation d'un tel droit aurait pourtant permis de reconnaître aux victimes le droit à un représentant du ministère public impartial et indépendant vis-à-vis des individus visés dans la plainte, que ce représentant soit OMP ou OPJ. Certes, l'article 81 du Code d'OCJ prévoit le principe de la « récusabilité » du ministère public[850] en ces termes : « l'inculpé qui estime que l'officier du ministère public, appelé à instruire son affaire, se trouve dans l'une des hypothèses prévues à l'article 73, adresse au chef hiérarchique, une requête motivée tendant à voir ce magistrat être déchargé de l'instruction de la cause. Il est répondu à cette requête par une ordonnance motivée, non susceptible de recours, qui doit être rendue dans les meilleurs délais, le magistrat mis en cause entendu ».

Par rapport aux droits procéduraux des victimes à la phase préjuridictionnelle, cette disposition présente toutefois au moins trois faiblesses : (i) elle consacre ce principe de la récusabilité du ministère public « à l'audience », ce qui n'implique pas nécessairement sa récusabilité à la phase préjuridictionnelle[851] ; (ii) elle affirme le droit de récuser au profit « *de l'inculpé* », sans nécessairement l'affirmer au profit de la *victime* ou de la partie civile ; et (iii) elle se rapporte beaucoup plus à *l'impartialité* qu'à l'indépendance du juge ou de l'officier du ministère public[852]. Certes, l'article 71, paragraphe 4, du Code d'OCJ qui prévoit limitativement des causes de récusation, fait allusion à l'hypothèse dans laquelle « il existe des liens de dépendance étroite à titre de domestique, de serviteur ou d'employé entre [un officier du ministère public] et l'une des parties ». Une telle disposition semble toutefois insuffisante pour garantir l'indépendance d'un OMP notamment lorsqu'il est appelé à

850 Luzolo Bambi Lessa et Bayona ba Meya, *op. cit.*, p. 207.

851 *Idem*.

852 L'article 71 relatif aux causes de récusation dispose que : « tout juge peut être récusé pour l'une des causes énumérées limitativement ci-après: (1) si lui ou son conjoint a un intérêt personnel quelconque dans l'affaire;(2) si lui ou son conjoint est parent ou allié soit en ligne directe, soit en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclusivement de l'une des parties, de son avocat ou de son mandataire; (3) s'il existe une amitié entre lui et l'une des parties ; (4) *s'il existe des liens de dépendance étroite à titre de domestique, de serviteur ou d'employé entre lui et l'une des parties*; (5) s'il existe une inimitié grave entre lui et l'une des parties; (6) s'il a déjà donné son avis dans l'affaire; (7) s'il est déjà intervenu dans l'affaire en qualité de juge, ou de témoin, d'interprète, d'expert ou d'agent de l'administration ou d'avocat ou de défenseur judiciaire; (8) s'il est déjà intervenu dans l'affaire en qualité d'officier de police judiciaire ou d'officier du ministère public (…) ».

enquêter et à poursuivre les actions ou omissions des individus qui seraient ses supérieurs hiérarchiques ou auraient des relations avec ces derniers. Dans l'environnement militaire d'ailleurs, ce problème peut se poser avec beaucoup d'acuité puisqu'on conçoit mal qu'un OMP puisse ouvrir une enquête sur les agissements des personnes qui sont plus gradées que lui, même lorsqu'ils ne sont pas ses supérieurs hiérarchiques directs. On verra par ailleurs que ce problème pose des difficultés fondamentales au niveau de la coopération judiciaire que les magistrats militaires sont en droit d'attendre de la part de certains officiers qui exercent un contrôle et un commandement sur les suspects contre lesquels une enquête est ouverte. C'est dire que les victimes de tels agissements sont, en quelque sorte, privées de tout recours.

2. Le droit congolais ne prévoit pas expressément le droit des victimes à une protection, en particulier lorsque la plainte vise des individus dangereux. L'on verra plus loin que quelques tentatives allant dans le sens de la protection des victimes sont envisagées à la phase juridictionnelle notamment l'emploi des codes pour cacher l'identité des victimes et le huis clos pour certaines audiences. Mais, à la phase préjuridictionnelle, rien n'est prévu. Cela entraîne souvent des problèmes d'efficacité lorsque ces mesures de protection, telles que l'anonymat, l'emploi des codes, etc., interviennent à la phase juridictionnelle alors que les victimes étaient déjà connues de l'accusé, et ont même été confrontées à ce dernier à la phase préjuridictionnelle, comme cela a été le cas notamment dans l'affaire *colonel 106* devant la Cour militaire de Bukavu[853] et l'affaire *Kakwavu* devant la Haute Cour militaire à Kinshasa[854].

3. Le droit congolais est silencieux sur les droits des victimes à être informées de leurs droits et surtout de l'état d'avancement de l'enquête ou des résultats auxquels cette dernière a conduit. L'argument souvent avancé pour nier aux victimes un tel droit est tiré du caractère secret de l'instruction préjuridictionnelle. Pourtant, le paragraphe 6 (a) de la résolution AGNU 40/34 précitée prévoit que « la capacité de l'appareil judiciaire et

853 Arrêt *colonel 106*, pp. 39-41. Dans cette affaire, la Cour militaire de Bukavu a noté que « les avocats des parties civiles font remarquer à la Cour que le prévenu détenait déjà la liste des témoins et victimes qui reprenaient leurs noms exacts sans aucune mesure de protection » ; qu'« ils estiment que cette démarche (la détention de la liste des témoins et des victimes) est de nature à mettre en péril la vie et la sécurité des victimes et témoins et voir même leurs proches » ; et qu' « ils en vont pour preuve des menaces dont serait victime, un de leurs clients ayant comparu sans plus de détails, par les alliés du prévenu restés sur terrain ». Néanmoins, après examen, la Cour précitée a fait observer que « lors de l'instruction préjuridictionnelle, les victimes et témoins entendus n'ont pas été protégés et ont comparu à visage découvert » ; qu'ils « ont comparu devant [l'OMP] en présence du prévenu assisté ainsi que ce dernier » ; qu' « ils ont été confrontés [au prévenu et que ce dernier] a même pris note de leurs identités précises » ; et que « personne, pas même les conseils des victimes, ne l'a relevé ». La Cour a par ailleurs constaté « effectivement que le prévenu détient la liste des témoins et victimes et qu'il affirme que ces noms lui ont été communiqués par [l'OMP] lors de la notification de l'acte d'accusation ». Sur cette base, la Cour n'a pas eu d'autres choix que de dire que « cette détention est régulière car faite selon le prescrit de l'article 319 du Code judiciaire militaire et qu'il revenait au Ministère public de prendre des mesures adéquates pour assurer la protection de ces témoins par l'anonymat ou toute autre mesure ».

854 Arrêt *Kakwavu (fond)*, pp. 37-38.

administratif de répondre aux besoins des victimes doit être améliorée (…) en informant les victimes de son rôle et des possibilités de recours qu'il offre, des dates et du déroulement des procédures et de l'issue de leurs affaires, spécialement lorsqu'il s'agit d'actes criminels graves et lorsqu'elles ont demandé ces informations ».

4. Le droit congolais ne prévoit pas la possibilité pour une victime d'exposer ses vues et préoccupations lorsque l'autorité compétente est appelée à statuer sur la demande de mise en liberté provisoire du suspect. L'article 27 du Code de procédure pénale autorise le ministère public de mettre en détention préventive l'inculpé contre qui il existe des « indices sérieux de culpabilité » et lorsque, « eu égard à des circonstances graves et exceptionnelles, la détention préventive est impérieusement réclamée par l'intérêt de la sécurité publique ». Bien que l'article ne le dit pas expressément, on peut soutenir que la sécurité des victimes et des témoins ainsi que le souci de préserver les éléments de preuve peuvent faire partie de ces « circonstances graves et exceptionnelles » justifiant que la détention préventive soit « réclamée par l'intérêt de la sécurité publique ».

Mais au regard de l'article 30 du même Code qui dispose que « l'ordonnance statuant sur la détention préventive est rendue en chambre du conseil sur les réquisitions du ministère public, l'inculpé préalablement entendu, et, s'il le désire, assisté d'un avocat ou d'un défenseur de son choix », il apparaît que la victime n'a pas le droit d'être présente à cette audience ni d'exposer ses vues et préoccupations. La doctrine congolaise n'hésite d'ailleurs pas à dire que dans la procédure devant la Chambre du Conseil statuant sur la prolongation ou non de la détention préventive, « seuls y sont admis le juge, l'officier du ministère public, l'inculpé et son avocat, s'il le désire, ainsi que le greffier »[855]. Il s'ensuit que la victime y est exclue.

Par ailleurs, l'article 33 du même Code, qui autorise le magistrat instructeur à accorder la liberté provisoire à l'inculpé « dans les mêmes conditions et sous les mêmes modalités que le juge peut lui-même le faire », ne l'oblige pas à recueillir les vues et préoccupations des victimes avant de prendre une telle décision. La procédure devant les juridictions militaires est encore plus défavorable aux victimes parce que les articles 209 et 211 du Code judiciaire militaire ne soumettent le contrôle de la légalité de la détention préventive qu'au seul auditeur militaire et non à une chambre du conseil. Ces mêmes articles donnent à l'autorité précitée le pouvoir d'apprécier s'il y a lieu d'accorder cette demande sans qu'elle soit tenue de recueillir le point des vues des victimes. Pourtant, l'intérêt de la victime dans ce type de décisions est incontestable, notamment lorsque cette mise en liberté peut avoir une incidence sur leur sécurité. Cet intérêt exige tout au moins que les victimes soient, elles aussi, entendues avant la prise des décisions de ce type.

5. Le droit congolais ne prévoit pas le droit pour la victime de contester une décision du ministère public de ne pas poursuivre les individus contre lesquels elle a porté plainte.

855 Luzolo Bambi Lessa et Bayona ba Meya, *op. cit.*, p. 297.

Rappelons que l'expression « décision de ne pas poursuivre » peut couvrir l'hypothèse où le ministère public décide de ne pas poursuivre certains individus dans le cadre d'un incident précis tout en poursuivant d'autres pour ces mêmes faits, comme elle peut couvrir l'hypothèse où le ministère public décide de ne poursuivre personne dans le cadre de cet incident. Dans le procès de Minova par exemple, les propos recueillis auprès des avocats des victimes et des accusés de ce procès révèlent que le ministère public n'avait pas poursuivi les individus que les victimes avaient cités dans leur plainte. Pour des raisons encore inconnues, il avait choisi de poursuivre d'autres personnes qui n'avaient rien à avoir avec l'incident de Minova et qui ont finalement été acquittées par la Cour militaire opérationnelle de Goma pendant que les véritables responsables de ces crimes coulaient des jours tranquilles[856]. Certes, dans le cadre d'une procédure devant les juridictions non militaires, lorsque le procureur refuse de poursuivre, la victime peut agir par voie de citation directe en s'adressant directement au juge répressif. Cependant, devant les juridictions militaires, cette possibilité est absente. Seul le ministère public militaire a la latitude de saisir les juridictions répressives militaires. Il est ainsi revêtu des pouvoirs d'appréciation de l'opportunité des poursuites. Ce n'est que s'il a renvoyé l'affaire devant les juridictions militaires que la victime peut se constituer partie civile pour demander réparation. Si ce renvoi n'a pas eu lieu, la victime est tout simplement ignorée d'autant plus qu'elle ne dispose d'aucune voie de recours contre le refus du ministère public militaire de renvoyer l'affaire devant les juridictions répressives. C'est dire que l'absence d'un droit des victimes de contester les décisions du ministère public militaire peut conduire à une véritable impunité de ces crimes. Pourtant, le principe de l'opportunité des poursuites et le caractère secret de l'instruction préjuridictionnelle ne sont pas nécessairement incompatibles au droit des victimes d'être informées des décisions importantes telles que celles de ne pas poursuivre ni le droit à un recours contre de telles décisions[857].

Les difficultés pratiques

Même s'il n'y avait pas de lacunes dans la législation congolaise, le silence de la jurisprudence congolaise sur la place des victimes dans la phase préjuridictionnelle est également la conséquence des difficultés d'ordre pratique qui rendraient d'ailleurs illusoires certains

856 Entretiens avec les avocats impliqués dans l'affaire, Goma et Bukavu, mai-juin 2016

857 Voy. par exemple, la Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, § 43 : « Le droit d'obtenir le réexamen d'une décision de ne pas poursuivre devrait s'entendre comme s'appliquant aux décisions prises par les procureurs et les juges d'instruction ou par les autorités chargées de l'exécution des lois, telles que les agents de la police et de la gendarmerie, et non aux décisions prises par les tribunaux. Le réexamen d'une décision de de ne pas poursuivre devrait être confié à une personne ou à une autorité autre que celle qui a rendu la décision initiale, à moins que la décision initiale de ne pas poursuivre ait été prise par la plus haute autorité chargée des poursuites, dont la décision ne peut faire l'objet d'un réexamen ; dans ce cas, le réexamen est effectué par la même autorité. Le droit d'obtenir le réexamen d'une décision de ne pas poursuivre ne concerne pas les procédures spéciales, telles que les procédures à l'encontre de membres du Parlement ou du gouvernement dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions officielles ».

droits subjectifs des victimes s'ils étaient juridiquement reconnus. Quatre difficultés majeures peuvent ainsi être mises en évidence.

La première est l'éloignement géographique entre le lieu de résidence des victimes et le lieu où se trouvent les autorités judiciaires compétentes pour recevoir les plaintes. Lorsque la victime porte plainte devant un représentant du ministère public situé dans un village reculé, rien ne garantit que cette plainte parviendra aux autorités judiciaires chargées de l'exercice de l'action publique en raison de l'état lamentable des voies de communication. Dans le cadre de l'incident de Mitwaba par exemple, incident qui portait sur des crimes de guerre imputés tant aux FARDC qu'au groupe des Maï-Maï de Gédéon, plusieurs victimes avaient porté plainte contre les éléments des FARDC auprès d'un capitaine de la 63e brigade. Ce dernier était chargé de la réception des plaintes formulées par la population et était supposé les faire suivre à l'Auditorat militaire à Kipushi puisqu'il n'y a pas de bureau de l'Auditorat à Mitwaba. Mais, selon l'Auditeur militaire de Kipushi, la seule plainte reçue en provenance de Mitwaba concerne le Colonel TshuTshu, ancien commandant de la 63e brigade. L'auditeur précité a par ailleurs ajouté que « le nombre limité de plaintes s'explique par la longue distance et la mauvaise communication entre Mitwaba et Kipushi »[858]. On le voit, il ne s'agit plus seulement d'un problème de lacunes législatives, mais plus fondamentalement celui de l'accès des victimes aux autorités judiciaires compétentes. C'est donc à juste titre que les Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique demandent aux États de veiller « à ce que l'accès aux services judiciaires ne soit pas entravé, notamment par la distance à parcourir jusqu'au lieu d'implantation des institutions judiciaires (…) »[859].

La deuxième difficulté est liée au fait que les victimes qui portent plainte ont généralement affaire à des autorités judiciaires ne disposant que des moyens financiers et logistiques d'enquêtes dérisoires[860]. Pour mener enquêter, il faut disposer tout au moins d'un moyen de déplacement, du matériel de bureau, tel que les papiers, et des moyens techniques pour analyser les éléments de preuves recueillies au cours d'une enquête. Lorsque ces moyens manquent, les autorités sont condamnées à être des bureaucrates démotivés qui attendent tout de la part des victimes qui portent plainte. Pourtant, les moyens dont disposent ces dernières sont eux aussi limités. Une étude réalisée par le Centre international pour la justice transitionnelle (ICTJ) déclare que « les institutions judiciaires ont des ressources extrêmement limitées pour couvrir les coûts des enquêtes et poursuites » ; et qu' « aucun tribunal militaire n'a en effet reçu de l'État congolais les outils essentiels pour entreprendre les actions nécessaires à l'instruction des affaires, comme le transport de fourniture et la communication »[861]. Ainsi, si la plainte de la victime nécessite par exemple une mesure d'enquête complémentaire, telle qu'une descente sur terrain, il se posera la question de

858 Rapport *Mitwaba* (déjà cité), § 53.

859 Voy. le paragraphe K(d) portant sur l'accès aux services judiciaires.

860 Rapport de la MONUSCO sur les violences sexuelles (2014), déjà cité, p. 20, § 48.

861 ICTJ, *Champ de la responsabilité pénale dans l'est de la RDC Analyse du cadre législatif et de la réponse judiciaire aux crimes internationaux (2009–2014)*, juillet 2015, p. 25.

savoir qui prendra en charge les frais de ce déplacement. En conséquence, la victime qui propose, à la phase préjuridictionnelle, une descente sur terrain sans disposer des moyens financiers pour prendre elle-même en charge les frais de cette mesure complémentaire d'enquête, risque de voir son dossier bloqué à ce stade.

Certes, les organisations des Nations Unies et les ONG ainsi que d'autres partenaires extérieurs apportent parfois un soutien logistique et financier aux autorités judiciaires congolaises[862]. Dans le cadre des Nations Unies tout particulièrement, l'on peut noter à cet égard que le Conseil de Sécurité avait, en 2004, demandé à la MONUC de coopérer en soutien des efforts visant à mener les responsables de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire en justice[863]. C'est ainsi qu'en 2009, le Bureau conjoint des Nations Unies aux droits de l'homme (BCNUDH) a par la suite mis en place une initiative innovante, la « Joint Investigations Teams » (équipes d'enquête conjointes), destinée à soutenir le gouvernement congolais dans la lutte contre l'impunité des violations des droits de l'homme en assurant que les enquêtes menées par les autorités judiciaires protègent les victimes et les témoins ainsi que les sources et des Défenseurs des droits de l'homme. Par ailleurs, lorsque la MONUC est devenue la « Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la Stabilisation de la RDC (MONUSCO) », le Conseil de sécurité lui a confié notamment le mandat d' « appuyer l'action menée aux niveaux national et international pour que les auteurs [des violations graves des droits de l'homme] soient traduits en justice, notamment en mettant en place des cellules d'appui aux poursuites judiciaires visant à aider les autorités des [FARDC] chargées de la justice militaire à poursuivre les personnes arrêtées par les FARDC »[864]. Pour réaliser cet objectif, les Cellules d'appui aux poursuites judiciaires ont été créées en 2011 dans le cadre d'un protocole d'entente signé entre le ministère de la Défense et des Anciens combattants et la MONUSCO, avec comme objectifs de soutenir les enquêtes et poursuites judiciaires liées aux crimes graves dans le cadre de la compétence des tribunaux militaires, notamment les crimes listés dans le Statut de Rome. Ainsi, huit cellules ont été créées dans les juridictions militaires de Bukavu, Bunia, Goma, Beni, Kalemie, Kindu, Kisangani et Lubumbashi.

Ce soutien est évidemment non négligeable. Il convient de noter toutefois que certaines études ont démontré que dans le cadre des Nations Unies, l'impact de ces initiatives restait limité[865]. Par rapport aux initiatives émanant d'autres partenaires extérieurs, leur soutien n'est pas toujours permanent et ne peut être généralisé à toutes les régions du territoire de la RDC. En effet, ces partenaires ont des régions qui leur sont prioritaires – généralement des régions de l'est de la République, situées autour de Bunia en Ituri, Goma au Nord-Kivu et Bukavu au Sud-Kivu – et s'intéressent parfois à des thématiques bien précises telles que les violences sexuelles ou les conditions de détention. En conséquence, les victimes des violations graves des droits de l'homme ou du droit humanitaire dont les actes qui sont à

862 Rapport de la MONUSCO sur les violences sexuelles (2014), déjà cité, p. 20, § 49.
863 Résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU) S/RES/1565, 1er octobre 2004.
864 Résolution (CSNU) 1925, 28 mai 2010, § 12 (d).
865 ICTJ, *op. cit.*, p. 27.

l'origine de leur souffrance ne cadrent pas directement avec les priorités de ces partenaires seront plus ou moins délaissées à leur triste sort.

La troisième difficulté pratique tient au fait que les autorités judiciaires devant lesquelles les victimes sont appelées à porter plainte ne sont pas toujours formées au traitement des affaires complexes telles que celles qui portent sur le génocide, les crimes contre l'humanité ou encore les crimes de guerre. Il faut ici rappeler que ces trois crimes sont avant tout des crimes de masse qui impliquent non seulement un nombre élevé des victimes, mais aussi celui des acteurs agissant souvent dans le cadre d'une structure organisée. Leur particularité, voire leur gravité, réside précisément dans le contexte de leur commission ainsi que l'avait relevé le juge Hans Peter Kaul dans une opinion déjà citée. C'est précisément ce contexte qui fait que ceux qui les commettent physiquement sont peut-être un peu moins blâmables que ceux qui en sont les planificateurs, ou les concepteurs, ou encore les théoriciens. Lorsque les enquêtes et les poursuites de ces crimes se limitent aux simples exécutants et que, en raison de la formation insuffisante des enquêteurs ou des OMP, elles ne peuvent remonter la chaîne de commandement pour identifier ceux qui en sont les cerveaux, le problème n'est résolu qu'à moitié puisque l'ampleur de ce phénomène criminel est quelque part passée sous silence.

À propos de la RDC par exemple, l'étude précitée du Centre international pour la justice transitionnelle a constaté ce qui suit : « alors que les partenaires extérieurs et les donneurs internationaux ont fait d'importants investissements pour la formation et le renforcement de capacités du personnel judiciaire national, la capacité des acteurs nationaux à enquêter ou à poursuivre des crimes complexes reste insuffisante. Les enquêtes nationales se sont toujours intéressées à des événements isolés, sans les relier à des pratiques criminelles plus larges et bien documentées. Les affaires sont construites autour d'individus spécifiques qui ont participé ou commandité des événements définis, mais elles ne s'attachent pas aux hiérarchies concernées, aux chaînes de commande ou aux réseaux dont ces individus sont les membres. Bien que la poursuite de l'auteur immédiat puisse finir par mener à la sanction de la personne immédiatement responsable d'une attaque spécifique, la vraie nature criminelle de l'organisation n'est jamais révélée, ni le contexte précis des violences »[866].

La quatrième difficulté tient au fait que ces autorités judiciaires auprès desquelles les victimes doivent porter plainte ne bénéficient pas toujours de la coopération de leur hiérarchie dans les enquêtes et poursuites judiciaires. Dans l'affaire *Kabala* par exemple, affaire qui portait sur des crimes de guerre occasionnés au cours d'une attaque des éléments des FARDC contre le marché de Mupoke où les FARDC croyaient y dénicher des combattants FDLR dissimulés parmi les marchands, le TMG de Bukavu n'a pas hésité à dénoncer ce manque de coopération. En effet, sur les quatre accusés poursuivis devant ce tribunal, un seul individu a pu être arrêté et soumis au procès tandis que les trois autres

866 ICTJ, *op. cit.*, p. 28.

étaient absents en raison du manque de coopération de leurs supérieurs hiérarchiques[867]. Au manque de coopération avec la hiérarchie militaire, l'on peut également ajouter les intimidations auxquelles ces mêmes magistrats militaires ont parfois à faire face de la part de leur hiérarchie lorsqu'ils orientent leurs enquêtes vers certains individus[868].

Il n'est d'ailleurs pas rare, dans la pratique des instances judiciaires militaires, que les poursuites soient conditionnées à l'autorisation préalable du commandement militaire. En Ituri par exemple, le général Mbuyamba Nsona, commandant des opérations dans l'Ituri n'a pas hésité à adresser une lettre de mise en garde sur cette question à l'auditeur militaire de garnison de Bunia, le menaçant de sanction s'il osait ignorer cet avertissement[869]. Dans la province de Maniema, l'inspecteur provincial de la police avait interdit à l'auditorat militaire d'exercer des poursuites à charge de ses éléments sans autorisation préalable du bureau II, service de la police en charge de la sécurité. L'affaire *Kasilembo*, qui portait sur un meurtre imputé à ces policiers constitue l'une des applications de cette interdiction puisque l'instruction de ladite affaire était paralysée, l'auditorat militaire ne pouvant rien faire sans autorisation préalable dudit bureau II[870].

Apparemment, cette pratique tire son origine d'une interprétation erronée des articles 184, 207, 211, 212 du Code judiciaire militaire qui prévoient que le Commandant d'unité de qui relève le militaire concerné doit être tenu *informé* des mandats (de comparution, d'amener et d'arrêt) émis contre un militaire sous son contrôle (article 184), de la liberté contrôlée (art. 207) ou provisoire (art. 211 et 212) qui serait accordée à ce militaire. Cependant, comme on peut le constater, ces articles parlent d'une simple « information » et non d'une « autorisation » préalable. Par ailleurs, dans l'affaire *Kakwavu*, la Haute Cour militaire a, dans on arrêt avant dire droit du 15 avril 2012, observé d'une part que « la loi n'a pas prévu la forme que doit revêtir cette information à l'intention du Commandant

867 Jugement *Kabala et consorts*, déjà cité, p. 18. Le tribunal a en effet observé que « tous efforts fournis pour arrêter les autres prévenus par l'auditeur militaire de garnison de Bukavu notamment, la commission rogatoire à laquelle était annexé un mandat d'amener (…), commission par laquelle l'auditeur précité avait saisi son collègue de Goma et avait informé toute la hiérarchie militaire des concernés jusqu'au commandant de la compagnie-génie de Rumangabo par où on aurait signalé la présence d'un des prétendus évadés, sont restés sans succès ». Selon le tribunal, « dans le contexte de guerre où les faits sous analyse étaient perpétrés et les prévenus œuvrant dans une zone opérationnelle, il revenait au commandement militaire seul de les appréhender et les mettre à la disposition de l'auditorat militaire. Or, dans le cas d'espèce, ces prévenus prétendument évadés notamment, Kasereka Donat, commandant chargé de l'opération lors de l'assaut de Mupoke, a été, quelques temps après son crime ignoble, déplacé de Nyalubemba au Sud-Kivu pour Rumangabo dans le Nord-Kivu ». Le constat final du tribunal a été que « la hiérarchie militaire dans ce cas sous analyse n'a pas collaboré avec la justice de manière transparente ».

868 ICTJ, *op. cit.*, p. 26.

869 Voy. la lettre du 24 juillet 2006 à l'auditeur militaire de garnison de Bunia dans laquelle le général Mbuyamba Nsona déclarait : « (1)J'ai constaté que depuis un certain temps, les militaires du garnison sont convoqués et viennent comparaître dans vos offices à l'insu du commandant des opérations. (2) Désormais, toutes convocations, tout mandat de comparution ou d'amener devra être impérativement approuvé par le commandant des opérations. Les militaires sont en opération. (3) Agir autrement constituerait un vice de procédure et de ce fait punissable ». Extraits cités par Marcel Wetsh'okonda Koso, *op. cit.*, pp. 75-76.

870 Marcel Wetsh'okonda Koso, *op. cit.*, pp. 75-76.

de l'unité ni prévu de sanction en cas d'inobservation de cette formalité ». Elle a d'autre part constaté que « la pratique judiciaire, en cas d'arrestation d'un militaire, a consacré l'établissement d'un avis d'arrestation à communiquer au Commandant de l'unité pour qu'il n'en ignore »[871].

Relevons enfin que le comportement de ces commandants militaires peut être constitutif de l'infraction prévue à l'article 189 du Code judiciaire militaire en vertu duquel «toute autorité civile ou militaire, ou tout agent de la force publique qui refuse d'exécuter un mandat d'amener ou s'abstient à dessein de l'exécuter, est puni de trois mois à six mois de servitude pénale et d'une amende qui ne dépassera pas 2.000 francs congolais constants, ou d'une de ces peines seulement. En temps de guerre ou pendant les circonstances exceptionnelles, la peine peut être portée à trois ans de servitude pénale, au maximum, et à une amende qui ne dépassera pas 10.000 francs congolais constants ou d'une de ces peines seulement».

Les possibilités offertes par le droit des victimes à un recours effectif

Les difficultés d'ordre juridique (lacunes législatives) et pratique (manque de moyens logistiques d'enquête) que l'on vient de relever posent problème par rapport aux exigences du droit à un recours effectif reconnu aux victimes des violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire en vertu des instruments internationaux pertinents applicables en RDC. Il faut rappeler qu'en droit humanitaire, le droit à un recours effectif découle de l'obligation de respecter et de faire respecter les règles fondamentales du droit international humanitaire telle qu'elle est prévue à l'article 1er commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 et au 1er protocole additionnel à ces quatre Conventions, tous ces textes juridiques ayant été ratifiés par la RDC. Dans le domaine du droit international des droits de l'homme également, le droit à un recours effectif découle de l'obligation à charge des États, y compris la RDC, de garantir le respect des droits de l'homme[872].

Le contenu et les implications de ce droit à un recours effectif ont été rappelés par la résolution déjà citée relative aux Principes fondamentaux et directives relatifs aux droits des victimes. Ainsi, sur la question du droit d'accès des victimes à la justice, la résolution dit que « les victimes d'une violation flagrante du droit international des droits de l'homme ou d'une violation grave du droit international humanitaire auront, dans des conditions d'égalité, accès à un recours judiciaire utile, conformément au droit international » ; et que « les obligations découlant du droit international qui visent à garantir le droit d'accès à la justice et à un procès équitable et impartial doivent être reflétées dans les législations internes »[873].

871 HCM, *MP c. Kakwavu*, « Arrêt avant-dire-droit », affaire n° RP 004/2010, 15 avril 2012, in *Bulletin des arrêts de la HCM, op. cit.*, p. 12.

872 Article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (Résolution AGNU 217 A (III) du 10 décembre 1948) ; article 2 (3) (a) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ; et article 7 (1) (a) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1982.

873 Résolution AGNU 60/147 déjà citée, § 12.

Pour parvenir à cet objectif, la résolution précitée demande aux États de prendre notamment les mesures suivantes : (a) diffuser des informations, par des mécanismes publics et privés, sur tous les recours disponibles en cas de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire ; (b) prendre des mesures pour limiter autant que possible les difficultés rencontrées par les victimes et leurs représentants, protéger comme il convient leur vie privée de toute ingérence illégale et assurer leur sécurité, ainsi que celle de leur famille et de leurs témoins, en les préservant des manœuvres d'intimidation et des représailles, avant, pendant et après les procédures judiciaires, administratives ou autres mettant en jeu les intérêts des victimes ; (c) fournir l'assistance voulue aux victimes qui cherchent à avoir accès à la justice ; (d) mettre à disposition tous les moyens juridiques, diplomatiques et consulaires appropriés pour que les victimes puissent exercer leurs droits à un recours en cas de violation flagrante du droit international des droits de l'homme ou de violation grave du droit international humanitaire[874].

Dans le domaine des violations graves des droits de l'homme, la jurisprudence internationale précise que le droit à un recours effectif reconnu aux victimes de ces violations implique le droit à une enquête criminelle contre les responsables de ces violations graves. Comme l'avait souligné la Cour européenne des droits de l'homme, « la notion de "recours effectif" implique, outre le versement d'une indemnité là où il échet, des *investigations approfondies et effectives propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables et comportant un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête* »[875]. Cette approche est consacrée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui, dans l'affaire *Misilin et autres c. Sri Lanka*, a rappelé que « l'ouverture d'une enquête pénale et l'exercice de l'action publique qui en découle sont des mesures nécessaires pour réparer une violation de droits de l'homme tels que ceux qui sont protégés par les articles 6 et 7 du Pacte »[876].

Au regard de ces décisions, il apparaît que la reconnaissance d'un droit à un recours effectif au profit des victimes entraîne à charge des États, y compris la RDC, une obligation procédurale d'enquête criminelle lorsque des violations de ce type ont été commises. Il ne s'agit plus simplement d'une prérogative du ministère public de rechercher les infractions à la loi et aux règlements, mais d'une véritable obligation procédurale d'enquête lorsque ces violations sont commises.

En parlant d'une obligation procédurale d'enquête, cela appelle à clarifier les exigences d'une enquête digne de ce nom. Les qualités d'une enquête susceptible de satisfaire cette obligation procédurale sont également détaillées dans la jurisprudence. L'enquête criminelle dont il s'agit ici doit en effet être approfondie et effective[877]. Pour être effective,

874 *Idem*.

875 CEDH, *Menteş et al. c. Turquie*, 58/1996/677/867, 28 novembre 1997, § 89 (c'est nous qui soulignons).

876 CDH, *Misilin et autres c. Sri Lanka*, Communication n° 2087/2011, Doc. ONU CCPR/C/113/D/2087/2011, 7 mai 2015, § 6.3. Cette même approche est également confirmée par la jurisprudence de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, notamment dans l'affaire *Monim Elgak, Osman Hummeida and Amir Suliman c. Sudan*, communication n° 379/09, 12 mars 2014, § 58.

877 CEDH [GC], *McCann c. Royaume-Uni*, requête n° 18984/91, 27 septembre 1995, § 161.

elle doit être premièrement adéquate, c'est-à-dire « être apte à conduire à l'identification et au châtiment des responsables »[878] ; ce qui implique que « les autorités doivent toujours s'efforcer sérieusement de découvrir ce qui s'est passé et qu'elles ne doivent pas s'appuyer sur des conclusions hâtives ou mal fondées pour clore l'enquête ou fonder leur décision » ; qu'elles « doivent prendre toutes les mesures raisonnables à leur disposition pour obtenir les preuves relatives à l'incident en question, y compris, entre autres, les dépositions des témoins oculaires et les expertises criminalistiques » de telle sorte que « toute carence de l'enquête affaiblissant sa capacité à établir les causes du dommage ou l'identité des responsables risque de faire conclure qu'elle ne répond pas à la norme d'effectivité requise »[879]. Le deuxième critère de l'effectivité d'une enquête est son indépendance, c'est-à-dire que « les personnes qui en sont responsables et celles effectuant les investigations [doivent être] indépendantes de celles qui sont impliquées dans les évènements », ce qui « suppose non seulement l'absence de tout lien hiérarchique ou institutionnel, mais également une indépendance pratique »[880]. Le troisième critère est le caractère complet et public de l'enquête, c'est-à-dire que ses résultats doivent être rendus publics, notamment pour permettre le contrôle par le public et pour que les victimes ou leurs proches soient associées à la procédure dans toute la mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts légitimes[881]. Enfin, le quatrième critère se rapporte à ce que l'on peut qualifier de caractère autonome de l'enquête c'est-à-dire le fait que l'obligation procédurale d'enquête existe même lorsqu'il y a eu indemnisation de la victime ou ses ayants droit, puisque ce devoir d'enquête ne dépend pas du bon vouloir de la victime[882].

Le caractère adéquat d'une enquête comporte aussi une incidence avec le droit des victimes à la *vérité*, droit qui existe même lorsqu'il s'agit des affaires comportant un secret d'État[883]. Comme l'a précisé, une fois de plus, la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à la vérité n'appartient pas seulement à la victime ou aux membres de sa famille ; il appartient aussi à d'autres victimes d'actes similaires ainsi qu'au public en général qui a le droit de connaître ce qui s'est réellement passé[884]. Il est important d'insister sur le fait que, même si la jurisprudence citée est celle d'une juridiction européenne, l'approche consacrant un véritable *droit à la vérité* et un *devoir d'enquête* en faveur des victimes n'est pas propre aux États européens. Certains organes des Nations Unies lui ont en effet reconnu

878 CEDH [GC], *Ramsahai et autres c. Pays-Bas*, requête n° 52391/99, 15 mai 2007, §324.

879 CEDH [GC], *El-Masri c. L'ex-République yougoslave de Macédoine*, requête n° 39630/09, 12 décembre 2012, § 183.

880 CEDH [GC], *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 55721/07, 7 juillet 2011, § 167.

881 CEDH [GC], *Jaloud c. Pays-Bas*, requête n° 47708/08, 20 novembre 2014, § 186.

882 Arrêt *Al-Skeini et autres* (CEDH), § 175 ; CEDH [GC], *Yaşa c. Turquie*, requête n° 63/1997/847/1054, 2 septembre 1998, § 74 ; CEDH, *Kaya c. Turquie*, requête 158/1996/777/978, 19 février 1998, § 105 et surtout le § 107.

883 Arrêt *El-Masri* (CEDH), § 191.

884 CEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, requête n° 7511/13, 24 juillet 2014, § 489: « where allegations of serious human rights violations are involved in the investigation, the right to the truth regarding the relevant circumstances of the case does not belong solely to the victim of the crime and his or her family but also to other victims of similar violations and the general public, who have the right to know what has happened ».

une portée universelle[885]. C'est dire que le fait que l'affaire touche à un secret d'État ne constitue pas une excuse pour ne pas enquêter ni associer les victimes au déroulement de l'enquête ou leur cacher les résultats de l'enquête.

Trois remarques peuvent être formulées au regard de la place des victimes à la phase préjuridictionnelle. Premièrement, les lacunes de la législation congolaise sur cette question, lacunes qui appellent bien évidemment des réformes législatives, peuvent entretemps être comblées par l'invocation du droit à un recours effectif des victimes. Sur cette base en effet, les victimes peuvent prétendre à un véritable droit à une enquête criminelle contre les responsables des crimes, au droit à être informée de l'état d'avancement de cette enquête ainsi que des conclusions auxquelles cette enquête conduit. Elles peuvent également prétendre, toujours sur cette même base, aux droits à la protection ou à leur sécurité durant cette phase préjuridictionnelle. Deuxièmement, les juridictions congolaises elles-mêmes peuvent invoquer cette base pour combler les lacunes de la législation congolaises. Cette tendance peut d'ailleurs être observée notamment dans l'affaire *colonel 106* (déjà vue) et dans l'affaire *Maniraguha et Sibomana*. Même si dans ces deux décisions, l'invocation de cette base a été faite pour établir la responsabilité de l'État congolais dans les réparations des victimes puisque, selon ces juridictions, cet État avait failli à son obligation de garantir les droits fondamentaux des populations du Sud Kivu attaquées par les groupes armés auxquels faisaient parties les trois individus poursuivis dans ces deux affaires, cette démarche montre que les juridictions congolaises peuvent aussi recourir aux normes de droit international garantissant aux victimes un droit à un recours effectif pour asseoir leur droit de participer à la procédure à la phase préjuridictionnelle. Troisièmement enfin, la notion du droit à un recours effectif permet également aux victimes et aux organisations qui les soutiennent d'exiger de l'État congolais « de prendre des mesures pour limiter autant que possible les difficultés rencontrées par les victimes et leurs représentants »[886].

2. La phase juridictionnelle

Dans l'état du droit positif ainsi que de la jurisprudence des tribunaux répressifs congolais réprimant les crimes graves, quels sont les droits reconnus à la victime une fois que la phase préjuridictionnelle est clôturée et que les poursuites sont déclenchées à travers notamment

885 Voy. à ce sujet, le *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, Pablo de Greiff*, Doc. ONU A/HRC/21/46, 9 août 2012 ; et tout particulièrement, le *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Ben Emmerson*, Doc. ONU A/HRC/22/52, 1er mars 2013, § 23 : « The principles of international law that govern accountability for such violations have two complimentary dimensions. Put affirmatively, international law nowadays protects the legal right of the victim and of the public to know the truth. The right to truth entitles the victim, his or her relatives, and the public at large to seek and obtain all relevant information concerning the commission of the alleged violation, including the identity of the perpetrator(s), the fate and whereabouts of the victim and, where appropriate, the process by which the alleged violation was officially authorised. It also includes the right of the victim to adequate reparation34 (of which the establishment of the truth is an indispensable part). The payment of monetary compensation without full public exposure of the truth is not sufficient to discharge this obligation » (références omises).

886 Résolution AGNU 60/147 déjà citée, § 12 (b).

la décision de renvoi de l'affaire devant la juridiction répressive ? Cette question sera étudiée par rapport à quatre types de droits dont la victime est susceptible de s'en prévaloir.

Droit des victimes de se constituer partie civile

Dans le Code de procédure pénale ordinaire, le droit d'une victime de se constituer partie civile est consacré à l'article 69. Tandis que dans le Code judiciaire militaire, on le trouve consacré aux articles 77 et 226. Aux termes de ces dispositions, il apparaît que lorsque la juridiction de jugement est saisie de l'action publique, la partie lésée peut la saisir de l'action en réparation du dommage en se constituant partie civile. Il convient toutefois de rappeler que la recevabilité de la constitution de partie civile est soumise à une obligation de consigner les frais de justice[887]. Selon le Guide pratique de l'accès à la justice en RDC, préfacé par le professeur Pierre Akele Adau, en 2010 ces frais étaient évalués à l'équivalent en francs congolais de 5 dollars US[888]. Une telle somme peut paraître dérisoire lorsqu'on ne connaît pas la réalité sur terrain.

Cependant l'état de pauvreté de la plupart des victimes des violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire peut faire que cette exigence constitue un premier obstacle à leur participation, en tant que parties civiles, à la procédure pénale. Il existe certes une possibilité pour les victimes d'être dispensées de l'obligation de consignation des frais moyennant la preuve d'une attestation d'indigence que peuvent délivrer les bourgmestres des Communes urbaines ou les administrateurs de territoires dans les zones rurales[889]. Toutefois, dans la plupart de cas, l'obtention de cette attestation est elle-même soumise à des tracasseries administratives de telle sorte que les frais de justice que la victime tenterait d'éviter de payer au tribunal pour la recevabilité de son action seraient, quelque part, récupérés de façon informelle par les autorités administratives chargées d'accorder cette attestation d'indigence. Rappelons par ailleurs que l'Arrêté d'organisation judiciaire n° 299/79 du 20 août 1979 portant Règlement intérieur des Cours, tribunaux et parquets, prévoit en son article 36 qu'« il ne peut être tenu compte de l'attestation d'indigence délivrée par les autorités administratives que s'il s'agit de justiciables sans emploi ou ne rentrant dans aucune des catégories précitées [c'est-à-dire d'un fonctionnaire, d'un militaire ou d'un agent de l'administration publique (art. 33), agents des sociétés paraétatiques et des sociétés privées (art. 34), commerçants ou d'une personne exerçant une profession libérale (art. 35)]».

Il est possible que dans l'affaire *Kakado*, les victimes ou leurs proches aient été confrontés à des obstacles de ce type pour se constituer parties civiles. Pour rappel, cette affaire, qui portait sur des crimes de guerre imputés à l'accusé, a connu la participation de seulement 12 parties civiles constituées et représentées par un avocat venu de Kinshasa et un défenseur

887 Article 122 du Code de procédure pénale ordinaire.

888 Agence des États-Unis pour le développement international (USAID) (Projustice), *Guide pratique de l'accès à la justice en R.D. Congo : Les dix clés de l'accès à la justice*, 19 octobre 2010, p. 102, disponible en ligne sur http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNAEB474.pdf (visité le 16 avril 2016).

889 Article 123 du Code de procédure pénale ordinaire.

judiciaire résidant en Ituri même. Pourtant, le jugement a fait état des deux importants massacres des populations civiles, le premier survenu lors d'une attaque du 5 septembre 2002 dans 28 localités situées dans la chefferie de Nyakunde et qui a fait 949 morts et le second, survenu le 12 septembre 2002 lors d'une attaque des 7 localités situées dans le groupement de Musedzo et qui avait fait 260 morts, le nombre total des victimes décédées étant ainsi porté à 1209[890]. Le jugement précise d'ailleurs qu'il s'agissait apparemment des personnes qui, pour la plupart, étaient des vieillards, des malades, des femmes et enfants qui n'ont pas réussi à s'enfouir lors de la prise d'assaut de leurs localités respectives. Dire que de ces 1209 personnes tuées, il n'y a eu que 12 parties civiles, cela semble traduire un problème de représentation des proches des personnes décédées.

Signalons toutefois qu'il existe des affaires dans lesquelles certaines autorités administratives ont apporté un soutien incontestable aux victimes en leur fournissant, sans beaucoup de complications, des certificats d'indigence afin de leur permettre de participer à la procédure en se constituant parties civiles malgré leur indigence. Dans le procès de Minova par exemple où 1016 parties civiles étaient intervenues, la Cour militaire opérationnelle de Goma a jugé recevable leur constitution (des parties civiles) en constatant que 130 personnes se sont constituées parties civiles en consignant les frais requis » ; et que « pour 886 autres, elles ont bénéficié d'une dispense de consignation accordée par le président de la juridiction dans son ordonnance du 14 mars 2014, sur présentation des attestations d'indigence délivrées par M. Wabunga Singa Zébébée, administrateur du territoire de Kalehe »[891]. De même dans l'affaire *colonel 106*, qui a connu la participation de plus de 341 parties civiles, le même Administrateur de territoire de Kalehe a accordé les attestations d'indigence à un nombre important de victimes pour leur permettre de se constituer parties civiles dans cette affaire[892]. Ces situations montrent que, même s'il y a des difficultés, certaines autorités administratives restent sensibles au souci de voir les victimes participer en tant que parties civiles aux procédures pénales relatives aux crimes les concernant.

Droit à un avocat

La victime a-t-elle le droit à un avocat ? Le droit congolais ne garantit pas un tel droit à la victime, y compris lorsqu'il s'agit des crimes graves tels que ceux qui sont prévus dans le Statut de Rome. L'on a vu que pour les personnes *accusées* des crimes graves, la loi prévoit

890 Jugement *Kakado*, pp. 50 et 60.

891 Arrêt *Minova*, p. 83.

892 Arrêt *colonel 106* déjà cité, p. 79-80 : « Dans le cas sous examen, les victimes dont les noms sont repris sur la liste, agissant par leurs conseils (…), ont en dates du 6, 8 et 16 Août 2014, introduit leurs requêtes et se sont constituées parties civiles devant la Cour de céans pour solliciter la réparation des préjudices qu'elles prétendent être causés par les faits infractionnels reprochés au prévenu Bedi Mobuli Engangela alias 106 qui comparaît devant elle. Elles ont consigné les frais dont la preuve de paiement est versée au dossier judiciaire selon les listes. D'autres, dont les noms repris sur la seconde liste, ont apporté la preuve de leur indigence et les attestations conséquentes sont versées au dossier judiciaire. Par ordonnance du Premier Président de la Cour militaire de céans du 19 août 2014 portant dispense de consignations des frais ces victimes en ont été dispensées ».

une *obligation* d'être assistées par un avocat ou un défenseur judiciaire de leur choix. Mais, concernant les victimes, la loi ne prévoit pas une telle obligation. Elle n'organise pas non plus une aide judiciaire au niveau étatique au profit des victimes. Ainsi, puisque l'assistance des *victimes* n'est pas obligatoire, cette question ne préoccupe ni l'État ni les barreaux ou les Corps des défenseurs judiciaires.

Dans la pratique toutefois, ce sont les ONG de défense des droits de l'homme et les partenaires extérieurs qui organisent cette forme d'assistance en faveur des victimes lorsque les procès se rapportent à des thématiques sur lesquelles ils interviennent. Cela implique que lorsque la violation constitutive de crimes ne se rapporte pas à la thématique de ces ONG, il y a de fortes chances que l'assistance juridique ou judiciaire de la victime ne soit pas assurée.

L'intervention des ONG permet par ailleurs de régler cet autre problème qui apparemment ne s'est pas encore posé devant les juges congolais : celui de la modalité de la représentation des victimes lorsque leur nombre est très élevé. Ainsi, dans l'affaire *Maniraguha et Sibomana*, au sujet des activités criminelles d'un groupe des FDLR (Rasta), l'on constate que 400 parties civiles se sont jointes à l'action du ministère public et se sont fait représenter par deux avocats du barreau de Bukavu[893]. De même dans l'affaire dite *Colonel 106*, qui portait sur des viols et esclavages sexuels ainsi que sur des actes de pillages et de mauvais traitements infligés aux populations civiles, plus de 341 victimes se sont constituées parties civiles et ont été représentées par quatre avocats, dont l'un du barreau de Kinshasa/Gombe, un du barreau de Bukavu et deux du barreau de Kisangani[894]. Dans ce même ordre d'idées, l'on peut aussi mentionner le procès de Minova qui portait entre autres sur des viols massifs imputés aux militaires de l'armée congolaise dans la localité de Minova et qui semble avoir battu le record en matière du nombre des parties civiles participant à la procédure : 1016 parties sont en effet intervenues et ont été représentées par 9 avocats, dont sept résidant à Goma et deux, en provenance de Bukavu[895].

Même si ces différentes décisions judiciaires ne disent pas comment ces avocats ont été constitués, il est fort probable qu'ils aient été désignés, et rémunérés, par des ONG telles qu'ASF ou l'American Bar Association (ABA). Autrement, l'on ne comprendrait pas comment ces victimes démunies ont pu se procurer des avocats venus des villes éloignées telles que Kinshasa et Kisangani et surtout l'on n'expliquerait pas non plus ce qui a fait que ces avocats interviennent *conjointement* (et non séparément) au lieu que ce soit chaque victime qui aient son propre avocat ou que les victimes soient représentées par une équipe d'avocats qu'elles-mêmes se sont choisis. Comme on peut s'en rendre compte, la question de la représentation des victimes devant les tribunaux congolais est prise en charge par les ONG, alors que pour des raisons d'indépendance des Cours et tribunaux, elle aurait dû être organisée par les juridictions elles-mêmes, notamment au sein du greffe.

893 Voy. Jugement *Maniraguha et Sibomana*.
894 Arrêt *colonel 106*.
895 Arrêt *Minova*.

Droit d'accès au dossier judiciaire, de citer des témoins et de formuler des observations

La victime qui s'est constituée partie civile a-t-elle le droit d'avoir accès au dossier judiciaire, de faire comparaître les témoins à charge et d'apporter d'autres éléments de preuve ? La victime a-t-elle le droit d'interroger l'accusé ou de contre-interroger les témoins à décharge et le droit de formuler des observations écrites ou orales par rapport à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé ? Sur ces diverses questions, le droit congolais, et tout particulièrement devant la justice militaire, est lacunaire et ambigu. L'on constate par exemple que l'article 242, alinéa 1er, du Code judiciaire militaire dispose que « le président fait lire par le greffier l'ordre de convocation et la liste des témoins qui devront être entendus, soit à la requête du Ministère public, soit à celle du prévenu ou *de la partie civile* ». Une telle disposition implique sans doute que la victime, constituée partie civile, a le droit d'apporter des témoins. Mais, implique-t-elle aussi que le droit pour la victime d'avoir accès au dossier judiciaire, ou encore celui de contre-interroger les témoins de l'accusé ? Cela n'est pas clair. En effet, l'article 250 du Code judiciaire militaire, qui se rapporte au déroulement des débats, ne le mentionne pas clairement. Il décrit le déroulement des débats en ne faisant allusion qu'à l'intervention du président de la juridiction, à celle des membres de la composition de ladite juridiction, à celle du ministère public et enfin à celle de l'accusé, tout en précisant que « le prévenu et son conseil ont toujours la parole en dernier lieu »[896]. La victime (partie civile) et son conseil sont ainsi les grands oubliés de cette cérémonie, ce qui semble signifier qu'elle n'a pas le droit d'intervenir au cours de l'audience.

L'on peut toutefois invoquer l'article 249 du Code judiciaire militaire qui investit le président de la juridiction de jugement « d'un pouvoir discrétionnaire pour la direction des débats et la découverte de la vérité » et lui donne ainsi le droit, « au cours des débats [de] faire apporter toute pièce qui lui paraît utile à la manifestation de la vérité et [d'] appeler, par des mandats de comparution ou d'amener, toute personne dont l'audition lui paraît nécessaire ». La victime, constituée partie civile, peut donc passer par cette voie pour apporter des preuves supplémentaires, interroger l'accusé ou contre-interroger les témoins de l'accusé et participer ainsi plus activement dans le procès dans la mesure où son intervention contribue à l'éclatement de la vérité. Par ailleurs, aux termes de l'article 253, alinéa 4, « [le président de la juridiction] peut en outre, dans les mêmes conditions ou *sur requête de la partie civile*, de la défense ou du prévenu, ordonner, lorsqu'un fait important reste à éclaircir, un supplément d'information auquel il est procédé conformément aux dispositions du présent Code ».

896 Article 250 du Code judiciaire militaire : « le président procède à l'interrogatoire du prévenu et reçoit les dépositions des témoins. Les autres juges et assesseurs militaires peuvent poser des questions aux accusés et aux témoins en demandant la parole au président. Ils ont le devoir de ne pas manifester leur opinion. Le Ministère Public peut poser directement des questions aux accusés et témoins. Une fois l'instruction à l'audience terminée, l'Officier du Ministère Public prend ses réquisitions et réplique, s'il le juge convenable ; mais le prévenu et son conseil ont toujours la parole en dernier lieu. Le président demande au prévenu s'il n'a rien à ajouter à sa défense ».

Quoi qu'il en soit, dans la pratique, le droit reconnu aux victimes de se constituer partie civile suivant les modalités précédemment invoquées, ajouté à ce que disent ces deux articles (249 et 253), ont fait que les juridictions militaires ont généralement accordé aux victimes un droit de participation général presque identique à celui d'une véritable partie au procès. Ce droit de participation a toutefois été reconnu aux victimes sans faire des distinctions selon que la victime intervient de façon anonyme ou non, ou encore selon qu'elle intervient en tant que témoin ou en tant que « simple » victime. Il a ainsi suscité des problèmes relatifs à l'équité du procès contre l'accusé d'autant plus que le principe posé par le Statut de Rome est que la participation de la victime au procès pénal doit être faite « d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial » ainsi que l'avait rappelé la Haute Cour militaire dans l'affaire *Kakwavu*.

Droit à la protection

La victime a-t-elle le droit à la protection contre les intimidations et menaces de l'accusé ou de ses proches ? Selon le professeur Nyabirungu, le droit congolais « ne comporte (…) aucune règle spécifique de protection des victimes ». Il pense « qu'il s'agit d'une question à propos de laquelle le législateur devra se pencher, surtout lorsque la victime, comme c'est souvent le cas, est en même temps témoin »[897]. Dans le même sens, un rapport de la MONUSCO sur la lutte contre l'impunité des violences sexuelles en RDC (2014) a soutenu que « la législation nationale de la RDC ne prévoit ni programme global de protection pour les victimes et les témoins ni de cellule spécifiquement dédiée à la question dans le système judiciaire » ; et que « par ailleurs, il n'existe pas [en droit congolais] de disposition légale incriminant l'intimidation et les menaces prononcées à l'égard des victimes »[898].

Ces propos, qui contiennent une grande part de vérité, appellent toutefois quelques nuances d'autant plus qu'entre temps, une évolution législative est intervenue sur cette question. En effet, l'article 74*bis* de la loi sur la violence sexuelle précise que les juges doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité, le bien-être physique et mental, et protéger la vie privée et la dignité des victimes ou des personnes impliquées dans le procès. Par ailleurs, l'article 26*ter* du Code de procédure pénale[899] prévoit, pour sa part, que « dans le cadre de la répression [du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre], la juridiction saisie prend des mesures propres à protéger la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes, témoins et des intermédiaires ». L'on peut enfin ajouter l'article 129 du Code pénal ordinaire[900] qui punit « le coupable de subornation de témoin, des manœuvres visant à empêcher un témoin de comparaître ou de déposer librement, de représailles exercées

897 Raphaël Nyabirungu Mwene Songa, *Droit international pénal …, op. cit.*, p. 786.

898 Rapport de la MONUSCO sur les violences sexuelles (2014), déjà cité, p. 23, § 54.

899 Voy. Loi n° 15/024 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 06 août 1959 portant Code de procédure pénale.

900 Voy. Loi n° 15/022 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal ordinaire.

contre un témoin en raison de sa déposition, de destruction ou de falsification des éléments de preuve ou d'entrave au rassemblement de tels éléments ». Notons toutefois qu'à vrai dire, cette disposition ne protège la victime que lorsqu'elle a la double qualité de témoin et de victime. Elle ne la protège donc pas si elle n'a que sa qualité de victime, d'où la nécessité de distinguer le statut réel de la victime dans le procès.

Dans la pratique judiciaire militaire en RDC, pour protéger les victimes, les juges font souvent recours aux huis clos ou à l'emploi de codes pour masquer leur identité, une pratique inspirée sans doute de celle de la CPI. Mais, cette pratique est parfois faite avec quelques maladresses sur trois points.

En premier lieu, dans le texte public du jugement, il n'est pas rare que l'identité des victimes et celle des parties civiles apparaissent clairement à côté des codes qui leur sont attribués, ce qui rend cette technique pratiquement inutile. Tel a en tout cas été le cas dans le jugement *Waka-Lifumba*, dans l'arrêt *Balumisa et consorts*, dans le jugement *Maniraguha et Sibomana*, dans l'arrêt *Kibibi et consorts* et même dans l'arrêt *Kakwavu* rendu par la Haute Cour militaire.

En deuxième lieu, si certaines dispositions prévoient le droit des victimes à la protection *à la phase juridictionnelle*, la législation congolaise est plutôt silencieuse sur cette même question à la phase préjuridictionnelle. Il n'est d'ailleurs pas rare que malgré le caractère secret de l'instruction préjuridictionnelle, le contenu de la liste des victimes et des témoins soit généralement connu du suspect à la phase préjuridictionnelle de sorte que les techniques de protection des victimes qui seront plus tard adoptées en phase juridictionnelle, telles que le huis clos, l'anonymat ou encore la désignation des victimes par des codes, perdent finalement leur justification puisque dans tous les cas l'identité de ces victimes est déjà connue. Tel a en tout cas été le cas de l'affaire *colonel 106* et dans l'affaire *Kakwavu* ainsi qu'on l'a déjà relevé.

En troisième lieu, comme on l'a vu dans le chapitre relatif aux droits de la défense, l'article 242 du Code judiciaire militaire donne à l'accusé le droit d'accès au dossier judiciaire et surtout de connaître préalablement la liste des témoins du ministère public et même de s'opposer à l'audition d'un témoin qui ne lui aurait pas été notifié ou qui n'aurait pas été clairement identifié dans la notification. Toutefois, ce droit d'accès est posé sans que soient organisées des mesures d'encadrement spécifique pour garantir la protection de la sécurité des témoins qui peuvent être les victimes dans cette affaire. L'on a déjà fait allusion aux articles 74*bis* de la loi sur la violence sexuelle et 26*ter* du Code de procédure pénale qui affirment de façon sommaire un droit des victimes à la protection. Mais, en adoptant ces deux dispositions, le législateur congolais ne s'est apparemment pas préoccupé de la tension éventuelle qu'elles peuvent comporter par rapport à l'article 242 du Code judiciaire militaire qui prévoit lui aussi un droit d'accès de l'accusé à la liste des témoins et des victimes. L'emploi des codes et le huis clos, qui constitue à ce jour la seule technique de protection appliquée par les juges congolais, peut protéger les victimes contre le public général. Mais, il ne les protège pas nécessairement contre l'accusé ni contre les risques de représailles que celui-ci peut présenter contre les victimes et témoins.

L'affaire *Kakwavu* constitue à cet égard une illustration importante de l'insuffisance des mesures de protection des victimes et des témoins. Pour rappel, cette affaire portait notamment sur le cas des deux viols (en tant que crimes de guerre) commis sur des mineures. Sur la question de la protection des victimes qui étaient en même temps des témoins dans cette affaire, la Haute Cour militaire avait ordonné dans deux arrêts avant dire droit (ADD) et ce, à la requête des parties civiles, certaines mesures de protection notamment le huis clos et l'usage des codes pour masquer l'identité des victimes[901]. Si théoriquement, cette démarche peut être encouragée, dans les faits toutefois, il s'est révélé que le contenu de ces mesures de protection n'avait rien de concret. En effet, dans l'arrêt sur le fond, la Haute Cour rapporte que l'accusé a entrepris des contacts avec les victimes pour exercer une pression sur elles afin qu'elles changent leurs versions des faits ; et qu'il a associé dans cette démarche d'autres individus, y compris ses propres avocats. Ainsi, les victimes et les membres de leurs familles ont reçu des offres financières alléchantes accompagnées de menaces et d'intimidations de la part de l'accusé et de ses « ambassadeurs » si elles maintenaient leurs dépositions[902]. Si, pour la victime CVR, ces pressions n'ont pas produit d'effets puisqu'elle a maintenu sa version des faits jusqu'au bout du procès, tel n'a pas été le cas de la victime KTD. Cette dernière a fini par se rétracter en affirmant, par écrit, que les rapports sexuels qu'elle a eus avec l'accusé étaient consentis. Certes, la Haute Cour a bien réagi en considérant d'une part que cette nouvelle version des faits n'était pas crédible et que c'est la première version qui l'était ; et d'autre part, que le comportement de l'accusé établissait implicitement qu'il reconnaissait les faits mis à sa charge (preuves indirectes).

Par ailleurs, au moment où la Haute Cour rendait son arrêt sur le fond, l'article 129 du Code pénal ordinaire (dans sa version d'alors) ne protégeait pas suffisamment contre des pratiques de ce genre. En effet, cet article se contentait de punir « le coupable de subornation de témoin (…) de la même peine que le faux témoin, selon la distinction de l'article précédent ». Or, l'article 128 disposait que « le faux témoignage devant les tribunaux est puni de servitude pénale. La peine peut s'élever à cinq ans. Si l'accusé a été condamné soit à la servitude pénale à perpétuité, soit à la peine de mort, le faux témoin qui a déposé contre lui peut être condamné à la peine de servitude pénale à perpétuité ». Interprétés de façon stricte, ces deux articles visaient uniquement le cas des faux témoignages faits de façon volontaire. Ils ne visaient pas à protéger le témoin qui fait l'objet des menaces ou des manœuvres d'intimidations pour ne pas témoigner. C'est précisément pour cette raison que la formulation de l'article 129 a été modifiée par la loi du 31 décembre 2015. Selon cette nouvelle version, l'article 129 punit « le coupable (…) de manœuvres visant à empêcher un témoin de comparaître ou de déposer librement, de représailles exercées contre un témoin en raison de sa déposition (…) ».

Il demeure toutefois étonnant que la Haute Cour se soit limitée à ces mesures qui, quoique positives, étaient insuffisantes pour assurer la protection des victimes et des

901 Voy. les deux arrêts ADD prononcés par la HCM respectivement le 15 avril 2012 et le 16 mai 2013 dont on a déjà parlé.

902 Voy. arrêt *Kakwavu (fond),* pp. 37-38.

témoins. Pourtant, face aux lacunes de la législation congolaise, la Haute Cour aurait par exemple pu recourir à l'article 70 du Statut de Rome qui prévoit des infractions d'atteinte à l'administration de la justice alors qu'elle prétendait appliquer directement le Statut de Rome. Le paragraphe 1(c) de cet article prévoit spécifiquement l'hypothèse de la « subornation de témoin, manœuvres visant à empêcher un témoin de comparaître ou de déposer librement, représailles exercées contre un témoin en raison de sa déposition, destruction ou falsification d'éléments de preuve, ou entrave au rassemblement de tels éléments ». Rappelons également que cet article est au cœur de la seconde affaire *Bemba et consorts*, affaire dans laquelle l'accusé principal (Bemba) et presque toute son équipe de défense, y compris son avocat principal, ont été poursuivis pour subornation de témoins et ont été arrêtés et détenus de manière préventive pendant près d'une année[903].

Dans l'affaire *Kakwavu*, la Haute Cour, confrontée aux manœuvres de l'accusé, et surtout de ses avocats, aurait dû notamment interdire formellement à l'accusé tout contact avec les victimes sous quelque prétexte que ce soit et saisir le conseil de l'ordre des avocats aux fins de voir ce dernier sanctionner les conseils de l'accusé pour leur implication dans ce comportement portant atteinte à l'administration de la justice et contraire à leur déontologie[904]. Le ministère public de son côté, lui à qui la Haute Cour avait « ordonné de prendre toutes mesures utiles et appropriées pour assurer la sécurité des victimes et des témoins en dehors des audiences »[905], aurait dû ouvrir une enquête à charge de l'accusé et tous les individus (y compris les avocats) impliqués dans ces manœuvres pour les poursuivre pénalement pour ces actes portant atteinte à l'administration de la justice. Face à cette inaction tant de la Haute Cour que du ministère public, les avocats des victimes auraient dû eux aussi intervenir pour solliciter des sanctions contre ce comportement de l'accusé et de ses avocats. Mais rien de tout cela n'a été fait.

L'incident de l'affaire *Kakwavu* est d'ailleurs, à certains égards, comparable à celui qui était survenu dans l'affaire *Bavi-Ghety*. On y a vu en fait que l'accusé principal, le capitaine François Mulesa Mulombo, avait plusieurs fois tenté de faire pression sur ses coaccusés pour qu'ils se rétractent dans le témoignage à charge contre lui[906]. Cependant, la Cour militaire de Kisangani a préféré considérer cet élément comme une circonstance atténuante en faveur de ces coaccusés en le confondant avec la contrainte. Comme on l'a vu, le résultat que cela a entraîné a été de considérer que ces individus avaient commis des crimes sous la contrainte, alors que les faits démontraient clairement qu'ils avaient

903 CPI (Ch. Prél. II), *Le Procureur c. Bemba et consorts*, « Mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido », Doc. ICC-01/05-01/13-1-Red2, 20 novembre 2013.

904 L'article 86 de l'Ordonnance-Loi 79-028 du 28 septembre 1979 portant organisation du barreau, du corps des défenseurs judiciaires et du corps des mandataires de l'État, dispose à cet égard que « toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extraprofessionnels, exposent l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires énumérées à l'article ci-dessous ». L'une des sanctions disciplinaires prévues est « la radiation du tableau ou de la liste de stage ».

905 Arrêt *Kakwavu (ADD)* du 16 mai 2013 in *Bulletin des arrêts de la HCM, op.cit.*, p. 16.

906 Arrêt *Bavi-Ghety*, p. 26.

posé leurs actes avec beaucoup d'enthousiasme. Certes, dans cette affaire, les individus inquiétés n'étaient pas des victimes, mais des coaccusés. Il n'en demeure pas moins qu'ils étaient des témoins (à charge). L'affaire présente donc une pertinence avec la question de la protection des victimes lorsque celles-ci interviennent en justice en tant que témoins. Par rapport précisément à la question de la protection de ces témoins à charge (qui étaient aussi des coaccusés de M. Mulesa Mulombo), l'on peut regretter le caractère incomplet des mesures prises par la Cour militaire pour les protéger. En effet, la Cour militaire de Kisangani aurait dû prendre des mesures plus énergiques en interdisant tout contact entre l'accusé principal et ses coaccusés et en envisageant d'appliquer à celui-là l'article 70 du Statut de Rome.

Comme on peut le constater, ces deux affaires sont révélatrices de l'insuffisance non seulement des mesures de protection des victimes, mais aussi de la formation des acteurs judiciaires congolais impliqués dans la répression des crimes de droit international. Il y a donc un important travail de réforme et de formation à fournir à l'égard tant des magistrats que des avocats pour garantir une participation sécurisante des victimes aux procès des crimes de droit international. Le recours aux huis clos et l'emploi des codes ou des sobriquets pour protéger les victimes demeurent insuffisants. Dans certaines situations, la protection des victimes peut nécessiter des mesures plus énergiques telles que l'interdiction de tout contact entre l'accusé et les témoins et l'application des sanctions pénales contre ceux qui exercent des pressions sur les victimes ou témoins.

3. L'après-procès

Le procès pénal peut se solder soit par l'acquittement de l'accusé, soit par sa condamnation. La décision d'acquittement comporte une incidence directe et certaine sur les droits des victimes puisque lorsque l'accusé est acquitté, la juridiction de jugement se déclare incompétente de statuer sur les intérêts civils. La question qu'il convient de se poser dans ce cas est celle de savoir si la victime dispose d'un droit de recours contre une telle décision d'acquittement.

Lorsque l'accusé est condamné, cette décision peut *a priori* être considérée comme allant dans le sens des intérêts de la victime puisque la juridiction répressive peut alors statuer sur les intérêts civils de cette dernière. Concernant spécifiquement les intérêts civils des victimes, il y a quatre possibilités : (i) le tribunal peut décréter l'irrecevabilité de leur constitution de partie civile et donc ne pas se prononcer sur leurs demandes de réparation ; (ii) il peut déclarer leurs demandes de réparation recevables, mais non fondées, remettant en cause, par une telle décision, leur qualité de victime ; (iii) il peut déclarer leurs demandes, recevables et fondées, mais leur allouer des indemnités jugées dérisoires ; ou enfin, (iv) il peut juger leurs demandes recevables et fondées et leur allouer des dommages-intérêts qu'elles jugent suffisants. Mais, dans un procès pénal, l'intérêt de la victime n'est pas que pécuniaire. À beaucoup d'égards, la réparation au profit de la victime est fonction du taux de la peine prononcée contre l'accusé reconnu coupable. La notion de la « satisfaction » qui

est une des dimensions de la réparation touche d'ailleurs à cette problématique[907]. L'on ne peut donc exclure que la victime soit également intéressée par la manière dont la personne reconnue coupable est punie. Dans ce cas, il est alors intéressant de connaître le regard que portera la victime sur cette peine. Dans un premier temps, le tribunal peut condamner l'accusé à une peine sévère que la victime juge satisfaisante. Cette hypothèse ne suscite aucun problème particulier pour la victime. Dans un second temps cependant, le tribunal peut condamner l'accusé à une peine que la victime juge dérisoire et même choquante. Dans une telle hypothèse, la victime a-t-elle le droit de faire un recours contre une telle condamnation ?

Par rapport à la possibilité de la victime de faire un recours contre le jugement pénal, M. Nyabirungu a soutenu qu'en droit congolais, « la partie victime d'une infraction a droit de faire opposition ou d'interjeter appel. De même, elle peut être demanderesse en cassation »[908]. À vrai dire, la réalité est un peu plus nuancée. En effet, en droit congolais, comme d'ailleurs en droit français[909], une victime ne peut faire un recours *que par rapport à ses intérêts civils*[910]. Tel est le principe affirmé à l'article 96, paragraphe 3, du Code de procédure pénale congolais.

Cette disposition a cependant fait l'objet d'une étrange interprétation de la part de certains auteurs. Il a ainsi été soutenu qu'« en principe, l'appel de la partie civile ne remet jamais en cause l'action publique, même si le tribunal du premier degré a été saisi par une citation directe. (…) L'acquittement du prévenu devant le premier juge n'empêche pas la partie citante ou intervenante de poursuivre ses prétentions civiles au degré d'appel. L'action publique est éteinte, mais sur le seul appel de la partie civile. La juridiction d'appel doit examiner s'il y avait infraction, mais elle ne peut plus sanctionner cette infraction dont elle devra seulement constater l'existence. Elle peut seulement accorder à la partie civile les indemnités auxquelles elle peut prétendre »[911].

Relevons que cette interprétation, fort peu convaincante, n'est soutenue par aucune source. Bien au contraire, elle va à l'encontre de l'interprétation que lui ont donnée les instances judiciaires congolaises, ainsi qu'on le verra bientôt. À vrai dire, l'article 96, paragraphe 3, du Code de procédure pénale vise tout simplement l'hypothèse où la partie civile a sollicité des dommages-intérêts d'une somme élevée, par exemple 5000 francs congolais, et le juge lui a alloué une somme trop inférieure, par exemple 300 francs congolais. Dans ce cas, la partie civile peut faire appel. Mais, dans l'hypothèse où l'accusé a été condamné à une peine que la partie civile juge trop clémente, elle ne peut, à elle seule, faire recours contre cet aspect du jugement. Pire encore, lorsque l'accusé a été acquitté, l'appel de la partie civile, quand bien même il porterait seulement sur les intérêts civils, ne

907 Voy. la résolution AGNU 60/147 relative aux Principes fondamentaux et Directives déjà citée, § 22 (f) qui considère que « la satisfaction devrait comporter, le cas échéant, tout ou partie des mesures suivantes : (…) sanctions judiciaires et administratives à l'encontre des personnes responsables des violations ».

908 Raphaël Nyabirungu Mwene Songa, *Droit international pénal, …op. cit.*, p. 811.

909 Articles 380-2, 497 et 546 du Code de procédure pénale français.

910 Article 96 § 3 du Code de procédure pénale.

911 Luzolo Bambi Lessa et Bayona ba Meya, *op. cit.*, p. 474.

serait pas recevable devant le juge d'appel. Dans ce cas, en effet, ce juge d'appel se verra obligé de se déclarer incompétent pour statuer sur les intérêts civils de la victime.

L'affaire *Kilwa* et le procès de Minova ont permis de se rendre compte des inconvénients de ce cadre juridique. Pour rappel, l'affaire *Kilwa* portait sur des crimes de guerre imputés aux éléments de la 62e brigade des FARDC commandés par le colonel Ilunga Adémar lors d'une contre-offensive des FARDC contre des insurgés venus de la Zambie. Ces insurgés se réclamaient du Mouvement révolutionnaire pour la libération du Katanga (MLRK) et venaient de mettre en déroute les FARDC dans la matinée du mercredi 13 octobre 2004 et avaient occupé la cité de Kilwa jusqu'au 15 octobre 2004. C'est dans le cadre de cette contre-offensive que les crimes de guerre auraient été commis par les militaires des FARDC contre les habitants de la localité de Kilwa suspectés de complicité avec les insurgés du MLRK. Comme on le sait, le procès contre ces militaires devant la Cour militaire de Lubumbashi s'était soldé par l'acquittement des accusés pour les crimes de guerre[912]. Cependant, certains des accusés avaient été condamnés pour d'autres crimes de droit commun (meurtres) et avaient écopé d'une servitude pénale à perpétuité. Par rapport à cette condamnation, le ministère public avait fait appel. Mais, quelques semaines plus tard, pour des motifs jusqu'ici inconnus, le ministère public a unilatéralement décidé de restreindre le champ de son appel à la condamnation à la perpétuité pour les crimes de droit commun puisque l'article 175 de l'Arrêté d'organisation judiciaire de 1979 dont on a déjà fait allusion l'obligeait, dans ce cas, de faire cet appel de formalité. Cette restriction impliquait clairement que le même ministère public ne faisait pas faire appel contre l'acquittement des accusés pour les crimes de guerre présumés. Les proches des victimes de ces crimes de guerre se sont, dans la suite, joints à la procédure d'appel devant la Haute Cour militaire. Cependant, leur appel a été déclaré irrecevable en application de l'article 96, paragraphe 3, du Code de procédure pénale ordinaire[913]. Comme on peut le constater, en restreignant la portée de son appel, le ministère public a concrètement privé les victimes de l'opportunité de faire examiner à nouveau cette affaire à la phase d'appel devant la Haute Cour militaire. Cette restriction a même été interprétée par la Haute Cour comme une circonstance atténuante en faveur des accusés dont les peines ont sensiblement été réduites[914].

Dans le procès de Minova, la situation des victimes était encore plus grave parce que non seulement les principaux suspects cités par les victimes n'ont pas été poursuivis et que ceux qui ont été poursuivis, ont été acquittés, mais en plus, le droit congolais ne prévoit pas de recours contre les décisions rendues par les Cours militaires opérationnelles comme tel était le cas de l'arrêt *Minova*[915].

Comme on le voit, dans l'un comme dans l'autre cas, les tribunaux militaires ayant siégé dans ces affaires n'ont pu rendre justice aux victimes. Au regard de l'incidence que

912 Voy. l'arrêt *Kilwa* du 28 juin 2007.
913 Arrêt *Kilwa (HCM)*.
914 *Idem*, pp. 25-26.
915 Article 87 du Code judiciaire militaire.

ces décisions comportaient sur les intérêts des victimes, il est regrettable que les victimes n'aient pas été associées tout au moins à la prise des décisions aussi importantes que celle, par exemple, de ne pas faire appel. Il ne s'agit pas ici de prôner nécessairement une réforme législative qui permettrait aux victimes soit de saisir directement les juridictions militaires, soit de faire un appel contre les décisions d'acquittement[916]. Il semble néanmoins important que les victimes aient un droit de faire entendre leurs points de vue auprès de l'autorité compétente avant que celle-ci ne prenne des décisions aussi importantes que celles de ne pas poursuivre ou celles de restreindre le champ des poursuites ou encore celle de restreindre la portée d'un acte d'appel, comme dans l'affaire *Kilwa*. Dès lors que ces décisions affectent l'intérêt des victimes, il serait juste que l'autorité compétente recueille leurs vues et préoccupations avant de décider. L'application directe du Statut de Rome dont n'ont cessé de se réclamer les juridictions congolaises aurait dû les amener à envisager des solutions permettant de combler les lacunes législatives et rapprocher leur pratique judiciaire à celle qui est consacrée par le Statut de Rome et le RPP notamment en donnant aux victimes de ces crimes ou à leurs proches une opportunité de présenter leurs vues et préoccupations avant de prendre ces décisions.

C. Le défi des réparations en faveur des victimes en RDC

lorsqu'un individu a commis un acte préjudiciable à autrui, c'est avant tout à cet individu qu'incombe l'obligation de réparer le préjudice ainsi causé. Mais, comme on le verra, en pratique, les choses ne sont pas si simples. Pour remédier à certaines difficultés dans l'exécution des condamnations civiles en faveur des victimes, la tendance est de mettre en œuvre la responsabilité de l'État congolais en tant que civilement responsable de ceux qui ont matériellement commis les crimes. Cependant ici encore, cette technique a elle aussi ses limites.

1. La responsabilité aquilienne ou délictuelle et ses limites

La tendance générale qui se dégage de la jurisprudence congolaise est que chaque fois qu'un individu a été reconnu coupable des crimes de droit international, les juges congolais l'ont condamné à réparer le préjudice causé aux victimes, sous forme des dommages-intérêts sur la base des règles de la responsabilité aquilienne, encore appelée responsabilité délictuelle, posées par l'article 258 du Code civil congolais livre III. Aux termes de cet article, « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Trois conditions sont mises en avant pour établir cette responsabilité : la faute, le préjudice et le lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Face à une condamnation pénale, l'établissement de ces trois conditions n'a pas posé de gros problèmes. En effet, la faute découle de la violation de la loi pénale constatée dans le jugement de condamnation ; le préjudice découle des effets du crime sur la victime ou ses

916 Même le statut des victimes devant la CPI ne leur reconnaît pas un tel droit.

proches ; tandis que le lien de causalité est démontré par le fait même que l'acte criminel est à l'origine de la souffrance des victimes. Le caractère direct ou non du lien de causalité n'a pas posé de problèmes dans ces jurisprudences puisque les personnes reconnues coupables sont soit celles qui ont commis matériellement les crimes en question, soit celles qui y ont participé d'une manière ou d'une autre, ou encore celles qui ne les ont pas empêchés alors qu'il était de leur devoir de les empêcher. La complexité des formes de responsabilité pénale individuelle prévues pour les crimes de droit international (article 25 du Statut de Rome) n'a donc eu aucune incidence, dans la jurisprudence congolaise, sur l'établissement du caractère direct de ce lien de causalité entre la conduite criminelle et le préjudice causé aux victimes.

La difficulté qui mérite toutefois d'être signalée dans ces décisions judiciaires est que les condamnations civiles n'ont pas toujours été précises par rapport à l'individu condamné (au pénal) auquel elles s'adressent. Pour les affaires qui ne portent que sur une seule personne poursuivie, le problème ne se pose en principe pas. L'accusé est redevable des sommes allouées aux victimes à titre de dommages-intérêts. Cependant, dans les affaires concernant plusieurs accusés reconnus coupables pour avoir participé à des degrés divers aux mêmes crimes, ce problème peut se poser puisque les décisions judiciaires ne déterminent pas toujours avec précision lequel des accusés reconnus coupables est redevable des sommes allouées à telle victime précise.

Par exemple, dans l'affaire *Lemera* – qui concernait 5 accusés (militaires des FARDC) reconnus coupables de viol à l'égard de 7 femmes dans la localité de Kishagal/Mulenge au Sud-Kivu vers le 8 août 2009 – le TMG d'Uvira a procédé aux constatations suivantes :

> Dame n° 1 n'a pu identifier personne, parce qu'elle était aveugle, sauf selon la corpulence des trois violeurs, l'un était un peu gros et les deux autres minces ; dame n° 2, elle aussi n'a pu identifier personne, parce qu'elle avait été obligée de fermer ses yeux durant tout le temps de l'acte sexuel ; dame n° 3 persiste à indiquer le Caporal Mambwe Mukebu Justin comme auteur du viol contre sa personne, tout en précisant que lors de l'acte sexuel le Sergent Okelo, qu'elle appelle Kadogo, était en train d'assister et d'observer son collègue ; dame n° 4 indiqua le Caporal Gahungu Maniraba Sengiyumva comme auteur du crime sur sa personne ; lequel auteur était porteur d'une cicatrice sur sa main droite ; dame n° 5 indique le 1er sergent Kamona Monda d'être l'un parmi les 4 auteurs du crime commis sur sa personne ; dame n° 6 identifie le caporal Ndagijimana Cedrick d'être l'un parmi les 5 auteurs du crime commis sur sa personne ; enfin, dame n° 7 quant à elle, dénonce le sergent Okele Tange comme son bourreau ; effectivement comme décrit par la victime, le prévenu Okele Tange est de petite taille et un peu brun par rapport à tous ses collègues[917].

917 Jugement *Lemera*, p. 67.

Cependant, au moment de prononcer les condamnations civiles, l'on constate que le tribunal a condamné « les [5 accusés], auteurs de faits, *in solidum* avec la République démocratique du Congo, leur civilement responsable, d'allouer la somme équivalente en francs congolais de dollars américains cinquante mille (50.000$ US) à chacune des précitées parties civiles à titre des dommages et intérêts pour tout préjudice subi et confondu »[918]. Dans ce jugement, il apparaît que la condamnation *in solidum* est prononcée entre *les 5 accusés et la RDC*. Mais, l'est-elle également à l'égard des 5 accusés *entre eux* ? Cette question mérite d'être posée puisque le tribunal n'a, par exemple, pas précisé si dame n° 7 pouvait réclamer les sommes qui lui étaient allouées à titre des dommages-intérêts *uniquement* à l'accusé Okele Tange, qu'elle a pu identifier, ou si elle pouvait aussi s'adresser à l'un ou l'autre des 5 accusés, au cas où Okele Tange se révélait non solvable. Cette imprécision – par ailleurs présente dans pratiquement toutes les décisions judiciaires analysées ici – peut constituer le tout premier obstacle dans l'exécution (au civil) de ces décisions judiciaires dans l'hypothèse où l'individu reconnu coupable était solvable.

Il s'est cependant avéré que dans la quasi-totalité de cas, les Cours et tribunaux ont alloué aux victimes, à titre des dommages-intérêts, des sommes très élevées alors que l'insolvabilité des individus reconnus coupables des crimes ne prêtait à aucun doute. Ainsi, si ces individus étaient les seuls à supporter le poids de ces condamnations civiles, le risque serait grand que les victimes, ou leurs proches, ne soient jamais indemnisées. La principale limite de cette technique de réparation a donc été le risque d'insolvabilité des individus condamnés à réparer. Face à cette limite, la technique qui a souvent été mise en avant est celle de mettre en cause la responsabilité de l'État congolais dans la survenance de ces crimes.

2. Le recours à la responsabilité civile de la RDC et ses limites

La question préalable qui se pose au moment de recourir à la responsabilité civile de l'État congolais en tant que civilement responsable, c'est celle du fondement de cette responsabilité. Sur ce point, l'on verra que les tribunaux militaires congolais ont avancé un certain nombre de fondements, présentés parfois de façon cumulative, parfois de façon alternative sur la base d'une analyse qui prête le flanc à quelques critiques. L'on verra ensuite qu'en plus de la question du fondement de la responsabilité de l'État congolais, il se pose la question de l'exécution des condamnations civiles contre la RDC.

La question du fondement juridique de la responsabilité de l'Etat congolais

Avant d'aborder les fondements juridiques mis en avant dans la jurisprudence congolaise pour retenir la responsabilité (civile) de l'État congolais dans la survenance des crimes de droit international, il convient de formuler une remarque préliminaire. Dans leur grande majorité, les décisions judiciaires congolaises se sont référées à un ouvrage du professeur Kalongo Mbikayi sur la « responsabilité civile et socialisation des risques en droit zaïrois »

918 *Idem*, p. 82.

paru en 1979[919]. Cependant, cette référence est assez surprenante dans des jugements qui partent d'une condamnation pénale d'un individu pour établir la responsabilité civile de l'État congolais. En effet, l'ouvrage en question était consacré aux situations dans lesquelles les victimes étaient dans l'impossibilité d'établir la faute qui est à l'origine de leur souffrance. La thèse principale défendue par le professeur Kalongo Mbikayi dans cet ouvrage consistait donc à prôner un modèle où l'indemnisation des victimes ne serait plus conditionnée à l'établissement préalable d'une faute quelconque. C'est cela la thèse de la « socialisation des risques ». Cela veut dire que lorsqu'une faute, pénale de surcroît, a été judiciairement établie, l'invocation de cette doctrine ne se justifie pratiquement pas. C'est donc à tort que cet ouvrage du professeur Kalongo Mbikayi a été invoqué.

En revenant aux fondements de la responsabilité de la RDC, une lecture attentive de la jurisprudence des tribunaux congolais permet de les regrouper en trois : (i) le lien commettants-préposés, qui implique en lui-même la présomption de faute dans le recrutement des agents de l'État (ii) la théorie de l'organe, et enfin (iii) la responsabilité de l'État tirée de sa défaillance dans sa mission de protection des citoyens et de leurs biens. En réalité, la doctrine de la responsabilité des commettants et des préposés, fondée sur le droit civil des obligations, correspond à celle de la théorie de l'organe (*de jure*), tirée du droit public (interne et international), si bien que l'on peut réduire ces trois fondements à deux. Toutefois, l'on étudiera ces trois fondements séparément pour mieux faire ressortir l'approche de la jurisprudence congolaise. L'on insistera en particulier sur les limites de chacun de ces fondements, après avoir clarifié le principe et commenté l'application de ces principes par les tribunaux congolais.

a) La théorie du lien entre commettants et préposés

Le premier fondement qui a souvent été invoqué dans les jugements analysés est tiré de la théorie de la responsabilité civile des commettants et des préposés. On constate en effet que dans beaucoup d'affaires, les juridictions congolaises ont condamné la RDC comme civilement responsable des crimes commis par les militaires de l'armée congolaise. La base juridique de ces condamnations civiles a été l'article 260, alinéa 2, du Code civil congolais livre III. Cet article commence par poser le principe suivant lequel « 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 ». Après un alinéa premier consacré à « la responsabilité des père et mère pour les dommages causés par leur enfant habitant avec eux », l'alinéa 2 de cet article pose le principe selon lequel « les maîtres et les commettants [sont responsables] du dommage causé par leurs domestiques et préposés *dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* »[920].

919 Kalongo Mbikayi, *Responsabilité civile et socialisation des risques en droit zaïrois: étude comparative du droit zaïrois et des systèmes juridiques belge et français*, Kinshasa, Presses universitaires du Zaïre, 1979.

920 C'est nous qui soulignons.

En invoquant cette théorie, très peu de décisions se sont donné la peine d'en définir les conditions. L'arrêt *colonel 106* fait partie des rares à s'être lancé dans cette voie. Cet arrêt pose cinq conditions pour établir la responsabilité de l'État en vertu de la théorie des commettants et des préposés: (i) une faute commise par un préposé, (ii) un dommage ; (iii) une victime autre que le préposé (tiers) ; (iv) lien de préposition entre l'auteur (préposé) et le commettant qui l'utilise ; (v) le dommage causé au tiers doit arriver pendant le service où à l'occasion du service auquel le commettant l'emploie[921].

Comme l'a dit l'arrêt *colonel 106*, les trois premières conditions renvoient à celles de la responsabilité civile de la personne reconnue coupable des crimes en vertu de l'article 258 du Code civil congolais livre III (responsabilité délictuelle). Il n'est donc pas nécessaire d'y revenir. Les difficultés proviennent du côté des deux dernières conditions : le lien de préposition et la condition selon laquelle le dommage causé au tiers doit arriver pendant le service où à l'occasion du service auquel le commettant l'emploie.

Lien de préposition

Concernant l'exigence du lien de préposition entre l'auteur (préposé) et le commettant (État) qui l'utilise, les juridictions congolaises ont considéré que l'État congolais était dans la position de commettant dans trois cas de figure.

1. La qualité de préposé de l'État congolais a été reconnue dans des situations où le condamné est un militaire de l'armée régulière (FARDC). Plusieurs décisions et arrêts ont abondé dans ce sens et cette approche n'appelle pas de commentaire.

2. La qualité de préposé a été reconnue aux membres de forces armées congolaises non (encore) immatriculés. Ainsi, dans l'affaire *Songo-Mboyo*, le TMG de Mbandaka a condamné l'État congolais « en sa qualité de commettant », à payer à chaque partie le montant des dommages-intérêts qu'il a fixé[922]. Il convient de rappeler que l'avocat des accusés soutenait que ses clients n'avaient pas la qualité des militaires des FARDC et de plaider l'incompétence personnelle du tribunal puisqu'en principe, la compétence personnelle des juridictions militaires est déterminée par la qualité de militaire des FARDC. Selon la Défense en effet, « les prévenus, au moment des faits, par leur appartenance au mouvement rebelle [MLC], ne peuvent être soumis aux lois militaires faute d'avoir obtenu lecture intégrale de ces dernières conformément à l'article 74 du Code judiciaire militaire ». Cette exception a toutefois été écartée par le tribunal. Ce dernier a en effet estimé que « la compétence des juridictions militaires s'étend aux militaires des FARDC et aux personnes qui leur sont assimilées » ; que « par militaire, aux termes de l'article 107 du Code de judiciaire militaire, il faut entendre également ceux qui sont incorporés en vertu d'obligations légales ou d'engagements volontaires et qui sont au service actif, sans qu'il soit, en outre, établi

921 Arrêt *colonel 106*, p. 82.
922 Jugement *Songo Mboyo*, p. 38.

qu'ils ont reçu lecture des lois militaires » ; et que « dans le cas sous examen, les miliciens intégrés aux FARDC ont d'office la qualité de militaire et par conséquent soumis aux lois militaires, mêmes s'ils n'en ont pas reçu lecture préalable »[923].

Pareillement, dans l'affaire *Lemera* le gouvernement congolais a tenté d'échapper à sa responsabilité civile pour les viols commis sur 7 femmes par les militaires de l'armée congolaise dans la localité de Kishagala/Mulenge en soutenant que « les prévenus n'ont pas de numéro matricule et ne sont pas, de ce fait, des militaires » ; et qu' « en l'absence d'un lien juridique les unissant à l'État congolais, ce dernier doit être mis hors cause »[924]. Cependant, cet argument a également été rejeté par la Cour militaire de Bukavu. Selon cette dernière, « la qualité de militaire ne s'acquiert ni ne se prouve par l'attribution d'un numéro matricule. Aux termes de l'article 107 du Code judiciaire militaire, sont considérés comme militaires tous ceux qui font partie des forces armées. Il en est ainsi aussi des officiers et des incorporés en vertu d'obligations légales ou d'engagement volontaire et qui sont au service actif sans qu'il soit, en outre, établi qu'ils ont reçu lecture des lois militaires »[925].

Concernant spécifiquement les 5 accusés de l'affaire *Lemera*, la Cour militaire a relevé qu' « [ils] sont des militaires actifs, administrés au 83e bataillon de la 8e brigade infanterie intégrée et qui étaient par ailleurs en service dans le cadre des opérations militaires menées par les FARDC » ; et qu'ainsi, « leur qualité de militaire ne fait l'ombre d'aucun doute et la Cour estime que c'est à bon droit que le premier juge a retenu la responsabilité de l'État congolais en sa qualité de civilement responsable »[926].

3. La qualité de préposé de l'État congolais a été reconnue aux groupes armés et autres milices combattant aux côtés de l'armée congolaise, c'est-à-dire des groupes armés progouvernementaux. Cette approche a été énoncée dans l'arrêt *Ankoro* où la Cour militaire de Lubumbashi a déclaré que « les combattants Maï-Maï demeurent une force armée au service de l'État congolais qui les avait dotés en armes et munitions de guerre en vue d'épauler les FARDC dans ses campagnes militaires contre les troupes rebelles du RCD, alliées aux Tutsis rwandais ; qu'ainsi, ceux-ci sont des préposés de l'État congolais qui bénéficie de leurs services »[927]. La Cour militaire a également soutenu que « les combattants hutus rwandais, comme les Maï-Maï, constituaient une force armée appuyant les forces gouvernementales congolaises dans ses actions contre le RCD et alliés et, à ce titre, se trouvent revêtus au même titre que les militaires réguliers de la qualité de préposé et engagent dans leurs actes la responsabilité de l'État congolais, commettant »[928].

923 *Idem*, p. 11.
924 Arrêt *Lemera*, p. 95.
925 *Idem*.
926 *Idem*.
927 Arrêt *Ankoro*, p. 54.
928 *Idem*.

On retrouve également cette approche dans l'arrêt *Gédéon* rendu par la même Cour militaire. Cependant, il existe deux problèmes importants dans ces deux arrêts (*Ankoro et Gédéon*). Le premier découle du fait que cette théorie a été appliquée dans des situations où les groupes armés en question avaient rompu leur alliance avec le gouvernement congolais et étaient engagés dans des hostilités armées contre celui-ci, hostilités au cours desquelles les crimes ont été commis. L'arrêt *Ankoro* le reconnaît d'ailleurs lorsqu'il déclare que « les incendies des maisons déplorés et les blessures faites sont survenus alors que les militaires s'affrontaient aux combattants Maï-Maï et Hutu rwandais, ce en vue de les empêcher de s'emparer de leurs cantonnements et matériels » ; et que « les dommages subis par la population civile résultent de manière directe et indéniable desdits affrontements »[929]. De même, dans l'arrêt *Gédéon*, la Cour militaire du Katanga constate qu' « avec la signature des accords de Sun City en 2003 qui ont mis fin aux hostilités causées par l'agression de la coalition Rwando-Burundo-Ougandaise et ses alliés locaux contre la République, tous les actes posés, après cette date, par le mouvement Maï-Maï de Gédéon Kyungu Mutanga ne peuvent pas engager la responsabilité civile de la [RDC], car elle-même a combattu ce mouvement qui a tourné le canon contre les troupes gouvernementales et de ce fait a cessé d'être son allié ; raison pour laquelle la République a poursuivi Gédéon et les membres de son mouvement d'insurgés »[930]. Comment dès lors les actes d'un groupe armé ennemi peuvent engager la responsabilité de l'État ? La Cour militaire de Katanga tente de l'expliquer par le recours à cet autre argument qui suit.

Le second problème dans ces deux arrêts (*Ankoro et Gédéon*), c'est que la question de la responsabilité de l'État pour les actes posés par des groupes armés progouvernementaux a été mélangée avec une autre base juridique beaucoup plus contestable : la responsabilité de l'État congolais en raison de la propriété qu'il a sur les armes de guerre. Dans l'arrêt *Ankoro*, la Cour militaire du Katanga s'est par exemple fondée sur le fait que « les membres de ces trois forces (FARDC, Maï-Maï et Hutu) commirent leurs tueries avec des armes de guerre reçues notamment de l'État congolais, leur commettant »[931] pour retenir la responsabilité de l'État congolais. Tandis que dans l'arrêt *Gédéon*, cet argument a encore été plus développé. La Cour a, par exemple, déclaré que la « responsabilité [de l'État congolais] découle des armes et munitions de guerre utilisées par le groupe à Gédéon Kyungu Mutanga, propriété exclusive et incontestée de l'État congolais qui a la charge de sécuriser les personnes et leurs biens sur l'ensemble de l'étendue du territoire national. Ainsi, l'État congolais ne peut s'exonérer de sa responsabilité née de la constitution et des traités internationaux auxquels il a adhéré et qu'il a ratifiés, même en cas d'abus commis à l'aide de ses armes de guerre par les civils »[932]. L'arrêt cite même à cet effet des extraits

929 *Idem*.
930 Arrêt *Gédéon, in Bulletin des arrêts de la HCM*, p. 369.
931 Arrêt *Ankoro*, p. 54.
932 Arrêt *Gédéon, in Bulletin des arrêts de la HCM*, pp. 368-369.

d'un texte qu'il impute à Théo van Boven et de M.C. Bassiouni[933]. Pour asseoir sa théorie, l'arrêt *Gédéon* a invoqué à l'article 260 du Code civil congolais livre III qui dispose qu' « 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 »[934] et, sur cette base, soutient que l'État congolais doit être tenu responsable « de l'abus des armes de guerre par des civils » et que « c'est à ce titre que les parties civiles ont fondé leur demande en réparation ou en indemnisation du préjudice causé par les armes de guerre, propriété exclusive de l'État congolais nonobstant le fait que ces armes ont été retirées de la garde de l'État congolais par les attaques de ses installations par les insurgés »[935].

Cette approche pose toutefois problème dans la mesure où il est fort douteux d'affirmer que la RDC a la propriété exclusive de toutes les armes qui circulent sur son territoire. Certes, en RDC, et contrairement aux États-Unis, le port d'armes de guerre est réglementé de manière très stricte (article 203 du Code pénal militaire) de telle sorte que les milices et autres groupes armés ne peuvent détenir les armes de guerre que de manière illicite[936]. Mais, cela n'implique pas que toutes les armes de guerre circulant en RDC sont nécessairement la propriété de celle-ci. Pour ne prendre que l'exemple des forces de maintien de la paix des Nations Unies en RDC, les armes qu'elles détiennent n'appartiennent pas à l'État congolais. Il existe donc une différence entre le fait de porter les armes de manière licite ou illicite en RDC et le fait d'en détenir la propriété. Il s'ensuit donc que l'argument fondé sur les armes de guerre n'est pas justifié.

Quoi qu'il en soit, les égarements de la Cour militaire du Katanga dans les deux arrêts lorsqu'elle applique la responsabilité de l'État pour des actes commis par des groupes armés contre lesquels il est engagé dans des hostilités armées et lorsqu'elle invoque la prétendue responsabilité de l'État en raison des armes de guerre n'invalident pas pour autant la pertinence de l'argument initial selon lequel la responsabilité de l'État peut être engagée pour les actes commis par des groupes armés progouvernementaux et qui combattent effectivement pour le compte de l'État. L'on peut donc retenir de ces deux affaires que les dommages causés par les groupes armés, tant que ceux-ci combattent *aux côtés* des forces gouvernementales et qu'ils sont armés par l'État lui-même, peuvent engager la responsabilité de ce dernier. Cela implique que ce fondement juridique n'est plus

933 *Idem*, p. 369 : « Comme l'a si bien dit Théo Van Boven et Mac Bassiouni, le respect dû aux victimes des crimes commis à leur dépens requiert de la part de l'Etat, en application des règles conventionnelles et des coutumes internationales, l'obligation de leur fournir une instance devant laquelle celles-ci sont en droit d'obtenir une juste et équitable réparation selon l'ampleur des violations commises ; la particularité que représente les crimes de masse impose l'intervention directe de l'Etat dans le processus de réparation quel que soit l'auteur des violences, car la responsabilité de l'Etat est présumée lorsque les violences graves des droits de l'homme et du droit humanitaire se font à grande échelle (ensemble révisé des violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire ; rapport présenté et adopté par le Conseil Economique et Social à Genève le 13 avril 2005) ».

934 Arrêt *Gédéon, in Bulletin des arrêts de la HCM*, p. 369.

935 *Idem*.

936 Voy. à cet égard, l'arrêt *Kutino et consorts* rendu par la Cour militaire de Kinshasa (*in Bulletin des arrêts de la HCM*, pp. 70 et suivantes) dont on a parlé en introduction générale de cette étude.

valable lorsque ledit groupe armé *n'est plus l'allié* des forces gouvernementales. La question qui resterait quand même posée est celle de savoir si les dommages causés par les armes mises à la disposition de ces groupes armés par l'État peuvent entraîner la responsabilité civile de celui-ci, *même après la fin de l'alliance entre les forces gouvernementales et ledit groupe armé.* L'argumentation tenue tant dans l'arrêt *Ankoro* que dans l'arrêt *Gédéon* n'y apporte pas une réponse claire.

Lien entre l'acte dommageable et la fonction

Après avoir établi le lien de préposition, la deuxième condition à remplir pour établir la responsabilité de la RDC est l'exigence selon laquelle le dommage doit avoir été causé au tiers « pendant le service où à l'occasion du service auquel le commettant l'emploie ».

Ce problème ne se pose en principe pas lorsque les crimes ont été commis dans le cadre des opérations militaires organisées par le gouvernement congolais. Ainsi, dans l'affaire *Lemera*, les viols ont été commis à la suite des opérations militaires des FARDC contre les rebelles des FDLR dans le cadre de l'opération *Kimia II*. De même dans le procès de Walikale, les militaires condamnés pour viol à l'endroit des pygmées étaient en plein service militaire dans cette partie du territoire congolais. L'on peut en dire autant dans l'arrêt *Minova*, dans l'affaire *Bavy-Ghety*, dans l'affaire *Kabala et consorts*, affaire *Waka Lifumba*, etc.

Les choses peuvent toutefois se compliquer lorsque la conduite criminelle des militaires des FARDC n'a pas eu lieu dans le cadre de leur fonction officielle. Deux situations peuvent être distinguées.

1. La première est celle dans laquelle un militaire abuse de ses fonctions pour commettre les crimes, ou pour inciter/ordonner (à) ses subordonnés à commettre les crimes. Ainsi, dans certaines affaires, il apparaît que les militaires des FARDC se sont lancés dans une expédition punitive contre les populations civiles pour venger leur compagnon d'armes lynché. Dans l'affaire *Kibibi et consorts* par exemple, le colonel Daniel Kibibi avait incité ses subordonnés à violenter la population civile trouvée aux environs du lieu où un de ses compagnons d'armes a été lynché. Dans de situations comme celles-ci, bien que l'acte ne s'inscrive pas, en tant que tel, dans l'exercice des fonctions, l'on peut néanmoins y trouver quelques rapports avec la fonction, dans la mesure où il constitue un abus de pouvoir ou d'autorité. Sur cette base, la responsabilité de l'État peut être valablement engagée par des agissements de cette nature. Les décisions judiciaires établissant cette responsabilité ne peuvent donc être critiquées sur ce point.

2. La deuxième situation est celle du militaire qui, faisant encore partie des FARDC et détenant encore ses armes, munitions et uniformes, se livre, *à titre privé*, à des activités criminelles au sein d'un groupe armé, d'une rébellion, d'un mouvement insurrectionnel et que, dans le cadre de ses activités dans ce groupe armé, il commet des crimes de droit international. Dans l'affaire *Lieke-Lesole,* M. Basele Lutula qui, tout en étant encore un militaire des FARDC (membre de l'unité dite DIPO T1, 9e Région militaire, grade 2e

Classe), s'est associé à quatre autres individus (Maï-Maï) pour constituer un groupe armé et, ensemble, ils ont constitué un groupe armé des hors-la-loi qui se sont illustrés dans des viols et des traitements inhumains à l'endroit des populations civiles des localités de Lohumonoko et de Lieke-Lesole dans le district de la Tshopo en RDC. De même, l'affaire *colonel 106*, M. Bedi Mobuli, tout en ayant le grade de lieutenant-colonel au sein des FARDC, a déserté son poste pour s'associer à un groupe armé des Maï-Maï dans la localité de Manga où ce groupe s'est illustré dans des crimes contre l'humanité. Il est important de relever que, bien que le colonel Bedi Mobuli ait déserté son poste depuis quelques années, la mauvaise qualité de l'administration publique faisait que son nom continuait à apparaître dans les effectifs des FARDC dans le Sud-Kivu ; l'arrêt *colonel 106* affirme même que, malgré sa désertion, l'intéressé a continué à percevoir sa solde et a même été promu au grade de lieutenant-colonel[937].

Lorsque, dans des situations de ce type, les militaires des FARDC commettent des crimes, peut-on dire que le dommage causé au tiers est arrivé *pendant le service où à l'occasion du service* auquel le commettant l'emploie ?

Dans le jugement *Lieke Lesole*, bien que le TMG de Kisangani ait soutenu que pour appliquer l'article 260, alinéa 2, du Code civil, il faut démontrer entre autres que « le fait a été commis dans l'exercice de ses fonctions », il apparaît qu'au moment de confronter cette condition aux faits soumis à son examen, le tribunal s'est contenté de dire que « le lien de commettant à préposé est suffisamment établi par le fait que Basele et consorts sont payés par l'État congolais et ceux-ci ont commis des dommages aux tiers en utilisant les armes de guerre, propriété exclusive de l'État congolais qui a l'obligation de contrôler ses hommes »[938]. Pourtant, dans cette affaire, seul M. Basele était membre des FARDC, les autres individus n'étant pas attachés à l'armée congolaise. Par ailleurs, il est douteux de dire que les actes criminels en question ont été commis « pendant le service où à l'occasion du service auquel le commettant l'emploie ».

Quant à l'arrêt *colonel 106*, l'on observe que la Cour militaire de Bukavu a d'abord constaté « l'existence du lien de commettant à préposé par le fait que [M. Bedi Mobuli] a continué à apparaître sur les listes nominatives de la 10e Région militaire et les états de paie et à même de bénéficier de la promotion alors qu'il était déjà dans un mouvement rebelle ». La Cour a ensuite soutenu que « l'État a engagé sa responsabilité pour n'avoir pris aucune mesure tendant à constater sa position administrative irrégulière ou l'interruption de ce lien qui l'unissait au prévenu ». Concernant spécifiquement l'exigence selon laquelle « les faits ou la faute doit (doivent) être commis pendant ou à l'occasion de service auquel le commettant emploi le préposé », la Cour a soutenu que l'État congolais « n'ayant pas rompu avec lui, le prévenu était censé être au service de l'État et tout ce qu'il commet pendant qu'il est au service pour lequel il était engagé par son patron, qui est l'État congolais »[939].

937 Arrêt *colonel 106*, p. 83.
938 Jugement *Basele et consorts (affaire Lieke-Lesole)*, p. 28.
939 Arrêt *colonel 106*, p. 83.

L'argumentation ainsi avancée ne convainc qu'à moitié. Certes, l'État congolais est condamnable « pour n'avoir pris aucune mesure tendant à constater la position administrative irrégulière [de M. Bedi Mobuli] ou l'interruption de ce lien qui l'unissait au prévenu ». Mais, cela ne permet pas de déduire que les crimes ont été « commis pendant ou à l'occasion de service auquel le commettant emploi le préposé ». À vrai dire, la démarche adoptée par l'arrêt *colonel 106* consiste à répondre à la question de savoir si « le dommage causé au tiers est arrivé pendant le service où à l'occasion du service auquel le commettant l'emploie » par le fait qu'il existe un lien de préposition *non encore rompu* entre le préposé et le commettant. Autrement dit, l'existence d'un lien de préposition implique que « le dommage causé au tiers est arrivé pendant le service où à l'occasion du service auquel le commettant l'emploie ». Cette démarche tend à confondre ces deux exigences et a comme résultat final de conclure à la responsabilité de l'État sans avoir établi que « le dommage causé au tiers est arrivé pendant le service où à l'occasion du service auquel le commettant l'emploie ».

L'approche de ces deux juridictions militaires est surtout contraire à celle de la Haute Cour militaire dans l'affaire *colonel Ahono Abena*. Cette affaire portait sur un assassinat commis, à l'aide d'un couteau de cuisine, par le colonel Ahono contre un de ses anciens amis qu'il suspectait d'être à l'origine de ses problèmes de couple. Pour exécuter son forfait, le colonel précité s'était caché un soir du 17 décembre 2007, vers 19 heures et avait surgi de l'ombre sur sa victime qu'il a alors poignardée. Poursuivi devant la Cour militaire de Kinshasa, le colonel Ahono a été reconnu coupable d'assassinat (fait qu'il ne niait pas) et condamné aux dommages-intérêts en faveur de la partie civile. Cependant, puisque la Cour militaire avait décidé de mettre hors cause la RDC, présentée comme civilement responsable, la partie civile avait alors introduit un appel incident devant la Haute Cour militaire quant à cet aspect de la condamnation. Cet appel a toutefois été rejeté par la Haute Cour militaire. Celle-ci a commencé par observer que « les faits criminels commis par [le colonel précité] et dont il résulte le préjudice dont la partie civile réclame réparation sont perpétrés en dehors des fonctions auxquelles il est engagé au sein de l'armée et qu'en outre, ces faits sont consommés avec une arme blanche n'appartenant pas à l'armée et se situent en dehors des heures de service ». Elle en a alors conclu que « l'ensemble de ces circonstances permet à la Haute Cour militaire de conclure que n'ayant pas agi dans le cadre des fonctions auxquelles il est sensé les prestations à l'armée et en dehors des heures normales de service, l'inculpé qui a, en outre fait usage pour consommer son crime à une arme blanche lui appartenant personnellement ne peut se voir appliquer la qualité de préposé, ce qui exclut de considérer l'État congolais comme commettant à son égard dans le contexte de la responsabilité civile liée à son forfait »[940].

Même si l'arrêt *Ahono* portait sur un comportement qui ne constitue pas un crime au regard du Statut de Rome, il permet toutefois de recadrer les débats sur les conditions de

940 HCM, *Ahono Abena c. MP et PC*, « Arrêt », affaire n° RPA n° 033/09, du 29 octobre 2009, *in Bulletin des arrêts de la HCM*, p. 47.

responsabilité de l'État congolais. Cet arrêt montre surtout que dans beaucoup d'affaires, les juridictions militaires ont retenu à tort la responsabilité de l'État en tant que civilement responsable. Il apparaît ainsi que l'exigence du lien entre l'acte dommageable et la fonction marque l'une des limites principales du fondement de la responsabilité civile de l'État congolais pour les crimes commis par ses militaires, responsabilité tirée du lien entre les commettants et les préposés. C'est cette limite qui invite à aborder le deuxième fondement, celui de la théorie de l'organe, avec l'espoir d'y trouver une solution.

b) Théorie de l'organe

La théorie de l'organe a souvent été invoquée dans les décisions judiciaires congolaises ayant retenu la responsabilité de la RDC dans la commission des crimes de droit international commis en RDC. Elle a notamment été invoquée dans l'arrêt *Kibibi et consorts*, repris mot à mot par l'arrêt *Balumisa et consorts*[941]. Dans cet arrêt, la Cour militaire de Bukavu a déclaré que « conformément à la théorie de l'organe et du préposé, lorsqu'un organe de l'État agit, c'est l'État lui-même qui agit et que par conséquent lorsqu'un agent commet une faute dans l'exercice de ses fonctions, cette faute engage l'État »[942]. Contrairement à la théorie des commettants et des préposés tirée du droit civil, la théorie de l'organe, quant à elle, est tirée du droit public et semble plus appropriée pour fonder la responsabilité de l'État puisque celui-ci est une personne morale de droit public. Après avoir posé le principe de cette responsabilité, l'on en explorera les limites.

Portée du principe

Les jurisprudences congolaises (arrêt *Kibibi,* arrêt *Balumisa* et arrêt *Kabala* par exemple) qui ont invoqué la théorie de l'organe, essentiellement celle de l'organe *de jure*, en ont rarement donné la base juridique. Pourtant, cette base peut être trouvée d'abord dans les Principes fondamentaux et directives (résolution AG 60/147, déjà vue) des Nations Unies. Le paragraphe 15 de ces Principes prévoit en effet que « conformément à sa législation interne et à ses obligations juridiques internationales, l'État assure aux victimes la réparation des actes ou omissions *qui peuvent lui être imputés* et qui constituent des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire »[943]. Rappelons à cet égard qu'un acte est imputable à l'État lorsqu'il a été posé *par un de ses organes*.

Ensuite, cette responsabilité peut trouver une base, en droit international public, dans l'article 4 du projet d'Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (ci-après, le « *Projet d'Articles* ») présenté en 2001 par la Commission du droit international (CDI). L'article 4, alinéa 1er, de ce *Projet d'Articles* dispose en effet que « le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le

941 Arrêt *Balumisa et consorts*, pp. 32-33.

942 Arrêt *Kibibi et consorts*, p. 33.

943 *Principes fondamentaux et Directives* annexés à la Résolution (60/147) adoptée par l'Assemblée générale le 16 décembre 2005 [sur la base du rapport de la Troisième Commission (A/60/509/Add.1)] 60/147.

droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État » ; tandis que l'alinéa 2 de ce même article précise qu'« un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État ». Selon le commentaire de cet article, « le *paragraphe 1* de l'article 4 énonce le premier principe qui régit l'attribution aux fins de la responsabilité de l'État en droit international, à savoir que le comportement d'un organe de l'État est attribuable à cet État. L'expression « organe de l'État » s'entend de toutes les personnes ou entités qui entrent dans l'organisation de l'État et qui agissent en son nom. Elle englobe les organes de toute collectivité publique territoriale à l'intérieur de l'État, au même titre que les organes du gouvernement central de cet État : cela est précisé dans le dernier membre de phrase »[944].

L'article 7 du *Projet d'Articles*, consacré à l'« excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions », précise que « le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité *agit en cette qualité*, même s'il outrepasse sa compétence ou contrevient à ses instructions »[945]. Il s'ensuit que l'État demeure toujours responsable même lorsque l'organe a outrepassé sa compétence ou a contrevenu à ses instructions.

Limites

Même si l'État demeure toujours responsable, y compris lorsque l'organe a outrepassé sa compétence ou a contrevenu à ses instructions, le droit international exige quand même que l'organe ou la personne ait agi « en cette qualité ». Cette exigence marque-t-elle la milite de cette forme de responsabilité ?

Il faut rappeler à cet égard que selon le commentaire du *Projet d'articles*, « la question essentielle à examiner pour déterminer l'applicabilité de l'article 7 au comportement non autorisé d'un organe officiel est celle de savoir si l'organe en question a agi ou non *en sa qualité officielle* »[946]. Selon toujours la CDI, « il faut distinguer, d'une part, les cas où les fonctionnaires ont agi en leur qualité en tant que telle, bien que de manière illicite ou en violation des instructions reçues, et, d'autre part, les cas où leur comportement est si éloigné du champ de leurs fonctions officielles qu'il devrait être assimilé à celui de personnes privées, non attribuable à l'État »[947]. La précision qu'apporte ce commentaire signifie que « le comportement visé ne comprend que les actions ou les omissions d'organes agissant prétendument ou apparemment sous le couvert de leurs fonctions officielles et non pas les actions ou les omissions d'individus agissant à titre privé qui se trouvent être des organes ou

944 Voy. *ACDI*, vol. II, 2ème partie, 2001, p. 42.
945 *Idem*, p. 48 (c'est nous qui soulignons).
946 *Idem*, p. 48, § 7.
947 *Idem*.

des agents de l'État. En somme, la question est de savoir s'ils avaient apparemment qualité pour agir »[948].

En comparant cette exigence à l'une de celles énoncées par l'arrêt *colonel 106* sur l'article 260 alinéa 2 du Code civil congolais livre III, l'on comprend que la signification donnée par la CDI à l'expression « agir en cette qualité », correspond substantiellement à l'exigence selon laquelle « le dommage causé au tiers [doit être] arrivé pendant le service où à l'occasion du service auquel le commettant l'emploie ». Il s'ensuit donc que, de ce point de vue, si les juridictions congolaises s'étaient inspirées de l'approche de la CDI sur la théorie de l'organe, elles n'auraient en principe pas conclu, comme elles l'ont fait si hâtivement, à la responsabilité civile de l'État congolais pour les dommages causés par ses militaires dont il avait perdu le contrôle. Ainsi, l'exigence selon laquelle l'auteur doit avoir posé son acte « en sa qualité officielle » marque la limite de la théorie de l'organe lorsqu'il s'agit d'établir la responsabilité de l'État congolais.

Exception tirée des règles du droit international humanitaire

La limite ainsi énoncée à la théorie de l'organe connaît toutefois une exception tirée des règles du droit international humanitaire, notamment par la portée attribuée aux dispositions de l'article 3 de la Convention (IV) de La Haye de 1907 et de l'article 91 du Protocole I de 1977. Aux termes de ces articles, « la Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. *Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées* ».

Bien que cet article ait été formulé dans des instruments relatifs aux conflits armés *internationaux*, le principe de la responsabilité étatique qu'il affirme s'applique également en cas de violation des règles des conflits armés *non internationaux* et « dès l'instant où ces règles constituent des obligations internationales de l'État, leur violation par l'État déclenche le régime de responsabilité codifié par la Commission du droit international (article 1) »[949].

Par ailleurs, « [l'État est tenu] pour responsable de toutes les violations du droit des conflits armés commises par *toutes les personnes* faisant partie de ses forces armées, indifféremment du fait qu'elles aient agi en leur qualité d'organe, c'est-à-dire dans le cadre de leurs fonctions militaires (conformément ou en dépassement de leurs compétences), ou non, c'est-à-dire en tant que simples particuliers » ; qu' « ainsi (…) la responsabilité internationale de l'État est en conséquence engagée lorsqu'un pillage a été effectué par ses soldats à titre individuel, en dehors même de l'exercice de leurs devoirs » ; et que « du seul fait de son appartenance à ses forces armées (engagées dans un conflit armé international), le militaire violant le *jus in bello* engage la responsabilité de l'État, alors même qu'il déploya son comportement illicite en tant que simple particulier et sans aucunement agir en sa qualité d'organe »[950]. Il

948 *Idem*, p. 48, § 8.

949 Pierre d'Argent, « La responsabilité internationale », *in* Raphaël van Steenberghe (dir.), *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 115.

950 *Idem*, pp. 119-121 (c'est nous qui soulignons). Voy. également Marco Sassòli, « State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law », *in RICR*, vol. 84, 2002, pp. 405 et 406.

s'ensuit donc que « la règle de l'article 3 introduit donc une présomption *juris et de jure* selon laquelle tout membre des forces armées engagé dans un conflit armé international agit à tout moment en qualité d'organe de l'État, en son nom et pour son compte ; ou plutôt, elle rend indifférente, pour une catégorie *particulière d'agents de l'État*, la question de savoir en quelle qualité la personne physique fautive a agi »[951].

C'est donc parce que les militaires constituent une *catégorie particulière* d'organes de l'État que les agissements des individus tels que M. Basele Lutula ou M. Bedi Mobuli (colonel 106) peuvent engager la responsabilité de l'État congolais simplement sur la base de leur appartenance à l'armée congolaise au moment des faits. Ainsi, la limite posée par la théorie des commettants et des préposés (article 260, alinéa 2, du Code civil livre III) qui exigent que « le dommage causé au tiers [soit] arrivé *pendant le service où à l'occasion du service* auquel le commettant l'emploie » et celle posée par la théorie de l'organe qui exige que l'auteur de l'acte « [ait] agi dans sa qualité officielle », cette limite donc peut ainsi être dépassée par le recours aux règles du droit international humanitaire. Il est toutefois évident que ce dépassement n'est possible que dans le contexte des conflits armés dans lequel les règles du droit international humanitaire sont applicables. La limite posée reste donc valable lorsque les militaires des FARDC commettent des crimes (même des crimes de droit international) en dehors des conflits armés, comme dans l'affaire *Ahono*. On le voit, les règles du droit international humanitaire peuvent offrir une base juridique supplémentaire et solide pour les Cours et tribunaux congolais (militaires comme civils) dans l'analyse de la responsabilité de l'État congolais dans la commission des crimes de droit international.

c) Défaillance dans la mission de protéger la population

Portée du principe

Un autre fondement de la responsabilité de l'État congolais est tiré de la défaillance dans la mission de sécuriser la population et ses biens. Cette approche a été essentiellement mise en avant par les juridictions militaires de Bukavu et tout particulièrement dans l'arrêt *Kibibi et consorts*, l'une des premières décisions à l'avoir énoncé. Dans cet arrêt, la Cour militaire a notamment observé que « la sécurité des individus est la raison même de la vie juridique des peuples et de l'organisation des sociétés et que l'État doit y veiller constamment ». La Cour a également soutenu que « l'État, tout comme le commettant, doit répondre des dommages causés par ses agents dans l'exercice de leur fonction, non pas parce qu'il a commis une 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 »[952].

On constate par ailleurs que cette argumentation a été appliquée aussi bien dans des affaires ayant impliqué les militaires des FARDC que dans celles qui concernaient les groupes armés non étatiques. Par rapport aux affaires impliquant les militaires des FARDC, on constate en effet que cette approche a été suivie dans l'arrêt *Balumisa et consorts*[953] et dans

951 *Idem*.
952 Arrêt *Kibibi et consorts*, p. 23.
953 Arrêt *Balumisa et consorts*, pp. 32-33.

le jugement *Kabala (Mupoke)* où le TMG de Bukavu, statuant sur les intérêts civils, a conclu à la responsabilité civile de la RDC *in solidum* avec les accusés reconnus coupables. Pour établir la responsabilité de l'État congolais, le tribunal a déclaré que « l'Administration est en faute pour avoir omis de prendre les mesures nécessaires destinées à éviter que se produise une situation préjudiciable qu'elle était chargée d'empêcher ». Selon le tribunal, « en laissant les populations de Mupoke et villages environnants à la merci de leurs bourreaux [l'État congolais] a failli à sa mission de puissance publique : de sécurisation des personnes et de leurs biens »[954]. En appel, la Cour militaire de Bukavu a confirmé la responsabilité de la RDC. Toutefois, pour y arriver, elle s'est limitée à invoquer la théorie du lien entre les commettants et des préposés (article 260, du Code civil livre III), ainsi que celle de l'organe. La Cour est restée silencieuse sur la théorie de la responsabilité fondée sur la défaillance de la RDC dans la protection de ses populations. Ce silence implique-t-il une approbation tacite de ce troisième fondement ou plutôt le rejet de cet argument que la Cour considère comme peu convaincant ? Cela n'est pas clair. L'on peut toutefois se demander s'il était vraiment nécessaire que l'arrêt *Kabala* se lance dans ce débat, comme l'ont fait les autres décisions judiciaires (arrêt *Balumisa et consorts* et jugement *Kabala et consorts*). En effet, dès lors qu'il s'agissait des actes commis par les militaires des FARDC, qui sont incontestablement des organes de l'État congolais et qui ont agi dans l'exercice de leur mission, ainsi que l'a relevé à juste titre l'arrêt *Kabala*[955], il était plus convaincant (et suffisant) d'avancer la théorie de l'organe pour retenir la responsabilité de l'État.

C'est beaucoup plus dans les affaires où les crimes constatés ont été l'œuvre des groupes armés non étatiques et contre lesquels l'État congolais était engagé dans un conflit armé qu'un tel débat était justifié. On constate en effet que l'argument de la responsabilité de l'État tirée de sa défaillance à protéger ses populations a été invoqué dans au moins trois affaires ayant impliqué de tels groupes armés.

Dans l'affaire *Maniraguha et Sibomana*, qui concernait les activités d'un groupe des FDLR (Rasta), le TMG de Bukavu a retenu la responsabilité de l'État congolais dans les crimes commis par un des groupes armés étrangers opérant sur le territoire congolais, à savoir les FDLR (Rasta), traqué depuis plusieurs années par l'État congolais, avec parfois le soutien de la communauté internationale. Pour retenir cette responsabilité, le tribunal a commencé par rappeler le devoir de l'État de protéger la population et a donné à ce devoir une base constitutionnelle : « il est du devoir constitutionnel de l'État d'assurer la paix et la sécurité sur l'ensemble du territoire national, à son peuple et à leurs biens tant sur le plan national que sur le plan international ; et d'éradiquer tout acte de nature insurrectionnelle, tel qu'il ressort de l'article 52 de la Constitution de la RD C »[956]. Le tribunal a ensuite constaté qu'« en l'espèce, les paysans de Kalonge et de Bunyakiri ont été abandonnés entre les mains de leurs assaillants, les éléments FDLR Rasta qui les ont assujettis ». Selon le tribunal, « l'État congolais aurait dû et devrait constamment y veiller ; mais hélas, il n'a rien fait pour

954 Jugement *Kabala et consorts*, p. 65.
955 Arrêt *Kabala*, p. 48.
956 Jugement *Maniraguha et Sibomana*, p. 121-122.

mettre fin aux agissements combien criminels et nuisibles de ce groupe rebelle, posant des actes sans état d'âme, vis-à-vis desquels l'État a perdu tout moyen de contrôle, manquant ainsi à sa mission de puissance publique »[957]. Le tribunal en a conclu que « l'État congolais, en laissant les populations de Kalonge et de Bunyakiri à la merci de leurs bourreaux, a failli à sa mission de puissance publique : de sécurisation de personnes et de leurs biens et doit, de ce fait, être tenu civilement responsable des dommages causés aux civils par ce groupe armé »[958].

Dans l'affaire *Morgan,* le TMG de l'Ituri a reproduit l'argumentation du jugement *Maniraguha et Sibomana*. L'affaire *Morgan* est aussi intéressante parce qu'elle concernait une milice armée dont les membres (Maï-Maï Simba) étaient traqués par l'État congolais et que, dans cette affaire, l'État congolais s'était également constitué partie civile pour le meurtre des gardes du parc ainsi que celui de certains policiers. À l'issue du procès toutefois, l'action de l'État congolais a été rejetée. Bien plus intéressant, l'État congolais a été condamné solidairement avec les accusés reconnus coupables des crimes de guerre et crimes contre l'humanité, à payer des indemnités aux victimes. Pour établir cette responsabilité, le tribunal s'est lui aussi fondé sur le fait que « l'État, dans le cas d'espèce, a failli à sa mission de sécuriser les populations et leurs biens qui plus d'une fois, depuis l'attaque de juin 2012 à Epulu ont été attaqués par la milice Simba Maï-Maï »[959].

Enfin, dans l'affaire *colonel 106,* la responsabilité civile de l'État congolais en raison de la défaillance dans sa mission de protéger la population civile est fondée pour la première fois sur « l'obligation à respecter et garantir le respect des droits de l'homme sur l'ensemble du territoire ». En effet, la Cour militaire a déclaré que « l'implication de ces militaires dans la perpétration de ces crimes contre l'humanité suffit pour engager sa responsabilité résultant de son *obligation à respecter et garantir le respect des droits de l'homme sur l'ensemble de territoire* »[960]. Cependant, en énonçant cet argument, force est de constater que la Cour militaire de Bukavu ne lui a pas donné une base juridique.

Il ressort ainsi que dans ces trois affaires ayant porté sur les activités des groupes armés non étatiques et ne combattant pas aux côtés de l'État congolais, les juridictions militaires concernées ont retenu la responsabilité de l'État congolais en raison de la défaillance dans sa mission de sécuriser sa population contre les agissements des groupes armés contre lesquels la RDC se battait a été suivi dans ces deux affaires.

Pourtant, l'on peut observer que l'argumentation du jugement *Maniraguha et Sibomana* qui est, apparemment, à l'origine de ces deux autres jurisprudences (*Morgan* et *Colonel 106*) ne fait pas l'unanimité. En effet, elle a été critiquée dans un rapport conjoint (non daté) du ministère congolais de la Justice et droits humains et le programme des Nations Unies pour le développement (PNUD). Selon les auteurs de ce rapport en effet, « on peut partager le souci du Tribunal de voir qu'un tel préjudice soit réparé, mais il est surprenant

957 *Idem.*
958 *Idem,* p. 122.
959 Jugement *Morgan et consorts*.
960 Arrêt *colonel 106,* p. 84.

de constater que le juge ait pu arriver à une telle décision alors qu'il n'y a ni lien entre l'État et les criminels (membres du FDLR) ni dommage causé dans l'exercice d'une quelconque mission ou fonction que l'État leur aurait confiée. De plus, le tribunal reconnaît qu'à « deux reprises » l'intervention des FARDC « vint…et réussit à mettre en débandade les éléments FDLR Rasta du prévenu Maniraguha » alors qu'il motive sa décision de condamner l'État à cause du fait que ce dernier « *a failli à sa mission…de sécurisation de personnes et de leurs biens* »[961].

À ces critiques, qui nous paraissent fondées, l'on peut en ajouter deux autres. Premièrement, le tribunal donne à l'argument de la défaillance de l'État une base constitutionnelle (article 52) et légale (article 260, alinéa 2, du Code civil livre III). Pourtant, aucune de ces bases juridiques n'est applicable aux crimes commis par les FDLR. En effet, l'article 260 n'est pas applicable aux éléments des FDLR puisque ceux-ci ne peuvent en aucun cas être assimilés aux préposés de l'État congolais. Même la théorie de l'organe ne leur est pas applicable puisqu'ils ne sont ni des organes *de jure* ni des organes *de facto* de l'État congolais d'autant plus que loin de combattre pour le gouvernement, ils sont au contraire en train de le combattre. Deuxièmement, l'article 52 de la Constitution congolaise de 2006 aux termes duquel « tous les Congolais ont droit à la paix et à la sécurité, tant sur le plan national qu'international » et qu' « aucun individu ou groupe d'individus ne peut utiliser une portion du territoire national comme base de départ d'activités subversives ou terroristes contre l'État congolais ou tout autre État » n'offre pas non plus une base solide à cette argumentation. En effet, ce n'est pas parce que la Constitution proclame certains droits et libertés fondamentaux au profit des individus que leur violation par des groupes armés étrangers entraînerait nécessairement la responsabilité de l'État.

L'argumentation qui mérite qu'on s'y attarde est celle de l'arrêt *colonel 106* quand celui-ci invoque « l'obligation de respecter et de garantir le respect des droits de l'homme sur l'ensemble de son territoire ». Comme on l'a dit, l'arrêt précité est certes en tort de n'avoir pas donné une base juridique à cet argument. Toutefois, cette base peut être trouvée dans les textes internationaux relatifs au droit international humanitaire ou ceux qui sont destinés à la protection des droits de l'homme.

Concernant les textes du droit international humanitaire, l'on sait que l'article 1er commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 et au premier Protocole additionnel à ces quatre Conventions prévoit une obligation à charge des États de « respecter et faire respecter » les règles de base du droit international humanitaire. Même si cet article n'est pas repris dans le Protocole II, l'on sait qu'il lui est applicable puisque, comme l'avait dit la Cour internationale de Justice dans l'affaire dite *Nicaragua*, il s'applique à l'article 3 commun aux

961 Voy. Ministère de la Justice et droits humains et le PNUD, *Monitoring judiciaire 2010-2011. Rapport sur les données relatives à la réponse judiciaire aux cas de violences sexuelles à l'Est de la République démocratique du Congo*, p. 57 (le soulignement est dans l'original), disponible en ligne sur http://www.cd.undp.org/content/dam/dem_rep_congo/docs/demgov/UNDP-CD-Monitoring-Judiciaire-2011.pdf, date (visité le 26 février 2016).

Conventions précitées et que le Protocole II complète et développe cet article 3 commun[962]. L'article 1er commun a ainsi été considéré comme pouvant fonder la responsabilité de l'État s'il s'avère que les violations graves des règles du droit international humanitaire découlent de son omission à prendre des mesures positives destinées à prévenir ce type de violations[963]. La résolution 60/147 relative aux Principes fondamentaux et Directives prévoit d'ailleurs à cet égard que « l'obligation de respecter, de faire respecter et d'appliquer le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, telle qu'elle est prévue dans les régimes juridiques pertinents, comprend, entre autres, l'obligation (…) de prendre les mesures législatives et administratives appropriées ainsi que d'autres mesures appropriées pour prévenir les violations »[964]. Ainsi, dans certaines circonstances, la survenance des violations graves du droit international peut être due à un manque de mesures positives destinées à prévenir ces violations. Si cela est établi, la responsabilité de l'État peut effectivement être engagée quand bien même ces actes n'ont pas été commis par des organes de l'État.

Quant aux textes de protection des droits de l'homme, il convient d'abord de rappeler que l'ensemble des droits de l'homme est d'abord consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies n° 217 (III) du 10 décembre 1948. Certes, cette « déclaration » relève théoriquement de la catégorie des instruments juridiques considérés non contraignants, encore appelés les textes du « *soft law* ». Toutefois, la Cour internationale de justice a considéré que cette Déclaration faisait partie du droit international coutumier[965] et que, de manière générale, « les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative »[966]. Il s'ensuit qu'en matière du droit international des droits de l'homme, le « *soft law* » n'est pas aussi « *soft* » qu'on peut le croire[967].

À part la Déclaration universelle, le fondement juridique de l'obligation de garantir ou de respecter les droits de l'homme découle du premier paragraphe de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ratifié par la RDC depuis le 1er novembre 1976[968]. Cet article dispose que « les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race,

962 CIJ, Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, « arrêt », 27 juin 1986, § 220.

963 Marco Sassòli, « State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law », *op. cit.*, pp. 411-412.

964 Résolution 60/147 (Principes fondamentaux et Directives), § 3 (a).

965 CIJ, *Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, 24 mai 1980, § 91.

966 CIJ, *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire*, 8 juillet 1996, § 70.

967 Françoise Tulkens et Sébastien van Drooghenbroeck, « Le *soft law* des droits de l'homme est-il vraiment si Soft?: les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 505-526 ; Françoise Tulkens, Sébastien van Drooghenbroeck et Frédéric Krenc, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme: questions de légitimité et de méthode », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 91, 2012, pp. 433-489.

968 Voy. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171 et vol. 1057, p. 407.

de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ». Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, chargé de veiller au respect des engagements pris par les États dans le Pacte international des droits civils et politiques, lui a consacré une de ses Observations générales, c'est-à-dire les textes par lesquels le Comité « recueille et codifie toute la richesse des expériences acquises dans la pratique de l'examen des rapports nationaux »[969].

Dans son *Observation générale* n° 31 consacrée à la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au regard de l'article 2 du Pacte, le Comité a considéré que « dans certaines circonstances, il peut arriver qu'un manquement à l'obligation énoncée à l'article 2 de garantir les droits reconnus dans le Pacte se traduise par une violation de ces droits par un État partie si celui-ci tolère de tels actes ou s'abstient de prendre des mesures appropriées ou d'exercer la diligence nécessaire pour prévenir et punir de tels actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, enquêter à leur sujet ou réparer le préjudice qui en résulte, en sorte que lesdits actes sont imputables à l'État partie concerné »[970]. Ainsi, dans le domaine des droits de l'homme, l'obligation de respecter ou de garantir les droits de l'homme implique celle de prendre des mesures positives pour en garantir le respect, c'est-à-dire en d'autres termes, qu'elle implique une « obligation positive » de protéger[971]. Il s'ensuit que l'État peut être tenu responsable des violations des droits de l'homme, comme celles qui sont survenues dans le contexte des affaires traitées par les juridictions militaires de Bukavu si, et seulement si, il est établi que l'État n'a pas pris des mesures positives (nécessaires et raisonnables) pour les prévenir.

Limite

Mais, le fondement de l'obligation de respecter et faire respecter les règles du droit international humanitaire et celle de garantir le respect des droits de l'homme comporte toutefois une limite liée à sa nature. En effet, il ne s'agit pas d'une *obligation de résultat*, mais plutôt d'une *obligation des moyens* puisque la portée de l'obligation positive de protéger n'est pas illimitée[972]. L'étendue de l'obligation positive de protéger peut dépendre de certains paramètres tels que le niveau de développement socio-économique atteint par un État et

969 Christian Tomuschat, « Les Observations générales », *in* Emmanuel Decaux (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, commentaire article par article*, éd. Economica, 2011, p. 13.

970 CDH, *Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, § 8.

971 Sir Nigel Rodley, « Engagements des États parties [commentaire article 2] », *in* Emmanuel Decaux (dir.), *op. cit.*, p. 121.

972 Olivier de Schutter, *op. cit.*, p. 478: « The obligation to protect is clearly not unlimited. It must be understood as an obligation imposed on the State to take all reasonable measures that might have prevented the event from occurring. The mere fact that the event which should have been prevented did occur therefore is not evidence, *per se*, that the State has not discharged its obligation to protect: only if demonstrated, *in addition*, that there were certain supplementary measures which the State could have taken but failed to take, although this would not have imposed a disproportionate burden, will the State be considered to be in violation of its obligations ».

surtout les *contraintes budgétaires*[973]. Concernant la RDC en particulier, il est important de toujours garder à l'esprit qu'il s'agit d'un État fraîchement sorti d'une longue guerre civile et qui est en pleine reconstruction. Comme tout État placé dans une telle situation, la RDC est confrontée à d'innombrables défis d'ordre socio-économique, notamment ceux qui sont liés à la reconstruction et qui limitent sa capacité à protéger sa population[974]. Ces défis étaient d'ailleurs au cœur de l'un des rapports du Secrétaire général des Nations Unies en matière de rétablissement de l'état de droit et de l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit[975]. Les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises en RDC sont liées notamment à la circulation incontrôlée des armes à feu et à la prolifération des groupes armés. Comme on l'a dit en introduction générale de cette étude, cette prolifération est elle-même une conséquence du fait que l'autorité de l'État a été absente pendant une longue période dans certains milieux ruraux. La RDC étant en pleine reconstruction, l'on peut supposer que ses autorités sont engagées, autant qu'elles le peuvent, à rétablir les structures de l'État dans les contrées reculées où le vide d'autorité créé par l'absence de l'État a été occupé par des groupes armés qui y ont semé la terreur. Dans un tel contexte, les moyens dont dispose l'État congolais pour protéger les droits de l'homme et faire respecter les règles du droit international humanitaire sont nécessairement limités. Il est donc peu sage et même irréaliste de poser, *en termes absolus*, l'obligation de respecter et de garantir les droits de l'homme (obligation de protéger) et d'imposer à l'État congolais une responsabilité civile, quelque peu automatique, chaque fois qu'il y a des violations des droits de l'homme commises par les groupes armés qui prolifèrent dans le pays. Si la RDC devait être tenue civilement responsable de toutes ces violations, cela conduirait à lui imposer un fardeau plus lourd que ses propres ressources et placer cet État face à une impasse.

C'est précisément cette approche réaliste du problème, qui présente l'obligation de protéger comme une obligation de moyen et non comme celle de résultat, qui a échappé aux juges militaires ayant rendu le jugement *Maniraguha et Sibomana* et les autres décisions qui l'ont suivi. Ces juges ont ainsi présenté cette obligation comme étant celle de résultat et non de moyens, comme si l'État congolais était automatiquement responsable par le simple fait que ces violations ont eu lieu. Pourtant, lorsqu'on analyse les moyens mis en œuvre par l'État congolais, on constate qu'il est difficile de les critiquer. C'est donc à juste titre que les auteurs du rapport du ministère congolais de la justice et des droits humains et le PNUD se sont étonnés de constater que le jugement *Maniraguha et Sibomana* a retenu la responsabilité de l'État pour avoir failli à sa mission de sécuriser les personnes et leurs biens alors même qu'il reconnaît qu'à deux reprises les FARDC sont venues et ont réussi à mettre en débandade les éléments des FDLR. On le voit, en prononçant ainsi leurs condamnations

973 *Idem*, p. 486.

974 Sur cette question, voy. Vincent Chetail (dir.), *Post-Conflict Peacebuilding : A Lexicon*, Oxford, OUP, 2009.

975 *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Doc. ONU S/2004/616, 23 août 2004, § 3.

civiles à l'encontre de la RDC, le jugement *Maniraguha et Sibomana* ainsi que ceux qui l'ont suivi ont visiblement adopté, à tort, une approche tout à fait abstraite et même dogmatique de la responsabilité de l'État.

Les difficultés liées à l'exécution des condamnations civiles

Une fois que le jugement est rendu et qu'il alloue aux victimes des dommages-intérêts, son exécution demeure une autre paire de manches pour les victimes. À cet égard, trois types de difficultés peuvent être relevés.

D'abord, au niveau de l'obtention de la copie du jugement et la signification du jugement. Il faut rappeler que les tribunaux congolais ne sont pas informatisés. L'on est donc à mille lieues d'un accès direct aux décisions judiciaires (par internet) le jour même où la décision a été rendue. Pour obtenir la copie d'un jugement rendu par les tribunaux congolais, il faut d'abord le faire dactylographier. En pratique, les frais de dactylographie dépendent d'un greffier à l'autre et doivent être pris en charge par la personne intéressée, dans le cas d'espèce par la victime. L'on comprend qu'ici déjà, les victimes démunies peuvent être confrontées à ce premier obstacle d'ordre financier.

Il y a ensuite la question du paiement préalable de certains frais. En effet, une fois que le jugement a été dactylographié, la victime qui veut le faire exécuter le jugement doit « avancer » certains frais, notamment pour la signification du jugement et payer, par avance, les droits proportionnels évalués à 6% des montants alloués[976]. L'ensemble de ces frais doit être préalablement payé sans aucune garantie de l'exécution des condamnations civiles, notamment lorsque la personne condamnée est insolvable, comme c'est généralement le cas. Certes, l'article 135 du Code procédure pénale prévoit qu' « en cas d'indigence constatée par le juge ou par le président de la juridiction qui a rendu le jugement, la grosse, une expédition, un extrait ou une copie peut être délivrée en débet ». Mais, cette possibilité, ainsi que la procédure pour obtenir le certificat d'indigence, est généralement ignorée par les victimes. Dans tous les cas, même lorsque les victimes en sont informées, les tracasseries administratives dont on a déjà parlé au sujet de la consignation des frais pour se constituer partie civile sont de nature à décourager les victimes à se lancer dans cette voie qui ne garantit d'ailleurs pas l'exécution effective du jugement par rapport aux sommes allouées[977].

Une autre difficulté réside dans l'insolvabilité potentielle ou la mauvaise volonté à exécuter la condamnation civile. En effet, lorsque le condamné est insolvable, rien ne peut être saisi pour exécuter la condamnation civile. L'on sait tout au moins que l'article 245 de la loi n° 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés dispose que « tous les biens du débiteur, *présents et à venir*, sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution,

976 Arrêté interministériel n° 243/CAB/MIN/J&DH/2010 et n° 043/CAB/MIN/FINANCES/10 du 04 mai 2010 portant fixation des taux des droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du ministère de la Justice et droits humains : Cours, tribunaux et parquets/Droits sur les sommes allouées aux parties civiles : 6 %.

977 *Rapport de l'expert indépendant sur la situation des droits de l'homme en République démocratique du Congo, Titinga Frédéric Pacéré*, Doc. ONU A/HRC/7/25, 29 février 2008, § 45.

à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légales de préférence ». À défaut, pour la victime, de saisir les biens « présents » de la personne condamnée, elle n'aura d'autres choix que d'attendre les biens « à venir », lorsque le condamné sera en meilleure fortune. Par ailleurs, si le condamné meurt avant d'avoir exécuté le jugement, le droit civil congolais prévoit le principe selon lequel « l'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause »[978]. Ainsi, sur cette base, la victime a la possibilité de se retourner contre les héritiers pour obtenir l'exécution du jugement.

Il convient toutefois de noter que cette procédure est compliquée et est sujette à beaucoup d'incertitudes. En outre, elle exige un niveau élevé de patience et de persévérance que l'on ne peut attendre d'une victime des crimes de droit international. L'on a vu que pour contourner ces incertitudes, les tribunaux congolais ont généralement fait recours, lorsque les conditions le permettent, à la responsabilité de la RDC en tant que civilement responsable. Il se fait toutefois que même lorsque l'accusé insolvable a été condamné *in solidum* avec l'État congolais, qui est censé être solvable, l'exécution de ces condamnations civiles n'est pas pour autant garantie. La non-exécution systématique des décisions judiciaires de condamnation civile de l'État congolais le démontre à suffisante, ainsi que n'ont cessé de le dénoncer divers rapports des Nations Unies[979].

Les difficultés dans l'exécution des condamnations civiles prononcées en faveur des victimes ont finalement pour effet de remettre en cause l'effectivité du droit des victimes à l'exécution des jugements, droit qui constitue pourtant une des variantes du droit à un recours effectif (droit d'accès au tribunal) garanti par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. En effet, comme le rappelait la Commission africaine des droits de l'homme, « le droit d'être entendu garanti par l'article 7 de la Charte africaine comprend le droit à l'exécution d'un jugement. Il serait en effet inconcevable que cet article accorde le droit de saisir les juridictions nationales de tout acte violant les droits fondamentaux sans garantir l'exécution des décisions judiciaires. Interpréter l'article 7 autrement mènerait à des situations incompatibles avec l'État de droit. En conséquence, l'exécution d'un jugement définitif rendu par tout tribunal ou cour de justice doit être considéré comme faisant partie intégrante du 'droit d'être entendu' protégé par l'article 7 »[980]. C'est ici que l'on retrouve l'aspect civil du droit au procès équitable.

Il est possible que cette non-exécution de la part de la RDC soit due au manque de volonté des autorités congolaises. Au regard d'ailleurs de la manière dont le pays est gouverné aujourd'hui, rien ne permet d'exclure cette mauvaise foi. Toutefois, l'on ne doit pas non plus exclure les contraintes budgétaires auxquelles est confrontée la RDC, comme tout État déchiré par un conflit armé ayant duré autant d'années. Sur cette question, il est

978 Article 22 du Code civil congolais livre III.

979 Voy. notamment le *Rapport de la Rapporteuse spéciale, Yakin Ertürk, sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences*, Doc. ONU A/HRC/7/6/Add.4, 27 février 2008, §§ 86-87 ; *Rapport de l'expert indépendant sur la situation des droits de l'homme en République démocratique du Congo, Titinga Frédéric Pacéré*, déjà cité, § 45.

980 Institut for Human Rights and Developpement in Africa, « Décisions de la commission africaine des droits de l'homme de des peuples sur les communications 2002-2007 », p. 119.

important de rappeler les propos du Secrétaire général des Nations Unies dans l'un de ses rapports sur la justice transitionnelle. Selon le Secrétaire général, « (…) aider des sociétés déchirées par la guerre à rétablir l'état de droit et à réparer les exactions massives commises dans le passé, alors même que les institutions sont dévastées, les ressources épuisées, la sécurité compromise et la population traumatisée et divisée, est une tâche formidable, souvent écrasante. Il faut prêter attention à d'innombrables déficiences, parmi lesquelles l'absence de volonté politique en faveur d'une réforme, le manque d'indépendance des institutions judiciaires, des capacités techniques nationales inadéquates, des ressources matérielles et financières insuffisantes, un gouvernement qui n'a pas la confiance du public, une administration bafouant les droits de l'homme et, de manière plus générale, une situation où la paix et la sécurité font défaut »[981].

En outre, comme l'écrit le professeur Marco Sassòli, dans le contexte de la justice transitionnelle, l'un des principaux défis auxquels sont confrontées les réparations (financières) est le fait que les autorités en place ont d'autres priorités orientées vers les besoins de la majorité de la population, y compris ceux qui ne bénéficieront pas directement de ces réparations financières ; de sorte que, selon toujours le même auteur, tout programme de réparations (financières) implique un arbitrage entre les exigences d'un développement durable et la réponse la plus adéquate à donner aux crimes du passé[982].

En Afrique du Sud par exemple, le programme de réparations a été confronté à des difficultés de ce type. Warren Buford et Hugo van der Merve rapportent le discours du président Mbeki tenu en 2003, dans lequel ce dernier affirmait qu' « une réponse intégrée et complète au rapport de la [Commission-vérité et réconciliation] devrait s'intéresser au défi continu de la reconstruction et du développement : renforcer la démocratie et la culture des droits de l'homme, garantir une bonne gouvernance et la transparence, intensifier la croissance économique et les programmes sociaux, améliorer la sécurité des citoyens et contribuer à la construction d'un ordre du monde humain et juste »[983].

Au Cambodge où les crimes commis par les Khmers rouges engageaient juridiquement la responsabilité de l'État, le risque de voir les réparations financières allouées aux victimes rester lettre morte a amené les juges des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens à modifier le règlement intérieur de ces chambres en septembre 2010. Les juges ont ainsi prévu la règle 23 *quinquies* selon laquelle les réparations accordées aux victimes seront désormais de nature morale et collective et ne pourront pas prendre la forme d'allocations financières. Cette règle a été mise en œuvre par la Chambre de première instance dans l'affaire *Kaing Guek Eav (alias Duch)*. La Chambre a justifié cette règle par le fait qu'il était essentiel de n'accorder que des réparations dont on peut raisonnablement penser qu'elles seront mises en œuvre afin d'éviter de prononcer des décisions qui, selon

981 *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, déjà cité, § 3.

982 Marco Sassòli, « Reparation », *in* Vincent Chetail (dir.), *Post-Conflict Peacebuilding …, op. cit.*, p. 288.

983 Warren Buford et Hugo van der Merve, « Les réparations en Afrique australe », *in Cahiers d'études africaines*, XLIV (1-2), 173-174, 2004, p. 276.

toute probabilité, ne seront jamais exécutées ce qui, pour les victimes, serait source de confusion et de frustration[984].

L'on observe également qu'en Sierra Léone, le programme des réparations mis sur pied en 2008 à la suite des recommandations de la Commission-vérité et réconciliation a été confronté à des difficultés de même nature qu'en Afrique du Sud, au Cambodge, etc. Ces difficultés ont entraîné une « condamnation » de la Sierra Léone devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ainsi que le Comité contre la torture[985]. Il s'ensuit que les difficultés auxquelles est confrontée la RDC dans l'exécution des condamnations civiles ne lui sont pas propres. À part la mauvaise foi des autorités, elles peuvent aussi s'expliquer par les défis des contraintes de la reconstruction.

C'est l'ensemble de ces difficultés qui a parfois poussé à proposer une autre approche des réparations financières dans le contexte de la justice transitionnelle : les réparations dites « transformatrices »[986]. Celles-ci reposent essentiellement sur les mesures de satisfaction et les garanties de non-répétition détaillées dans la résolution 60/147 de l'Assemblée générale des Nations Unies et « sont orientées plus largement vers la transformation des causes qui ont produit la situation de violence »[987]. Comme l'écrit le professeur Pierre d'Argent, il s'agit en fait « de saisir l'occasion de devoir rendre justice aux victimes pour transformer profondément les sociétés traumatisées »[988]. En ce sens, les réparations dans les contextes transitionnels ne devraient pas être perçues uniquement comme un moyen de rectifier un problème du passé ; elles devraient plutôt se concevoir comme un instrument pour promouvoir une transformation démocratique et parvenir à des meilleures conditions de justice distributive pour tous[989].

Il convient néanmoins d'observer que les « réparations transformatrices » dépassent le cadre judiciaire sur lequel porte cette étude. De telles réparations sont des mesures non judiciaires qui dépassent la compétence d'un tribunal. Il appartient donc à l'État congolais d'envisager un plan global d'indemnisation des victimes. Ce plan doit concerner non seulement les « victimes des affaires », c'est-à-dire les victimes qui se sont constituées parties civiles dans les affaires où la responsabilité de l'État congolais a été établie, mais aussi les « victimes des situations », c'est-à-dire celles qui ne se sont pas constituées parties civiles ou encore celles dont les crimes commis à leur encontre n'ont pas (encore) été poursuivis devant les tribunaux congolais. Dans ce plan global, l'État peut créer un fonds spécial qui serait

984 Jugement *Dutch* des Chambres cambodgiennes, déjà cité, §§ 660 *et seq.*

985 CDH, *Observation finales concernant le rapport initial de la Sierra-Léone*, Doc. ONU CCPR/C/SLE/CO/1, 17 avril 2014, § 8 ; CCT, *Observations finales concernant le rapport initial de la Sierra Leone*, Doc. ONU CAT/C/SLE/CO/1, 20 juin 2014, § 29.

986 Luis-Miguel Gutierrez Ramirez, « Les réparations « transformatrices » - Une nouvelle approche des réparations dans la justice transitionnelle », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 98, 2014, p. 432.

987 *Idem.*

988 Pierre d'Argent, « Responsabilité internationale », *op. cit.*, p. 148.

989 Rodrigo Uprimny, *Transformative Reparations of Massive Gross Human Rights Violations: Between Corrective and Distributive Justice*, Inaugural address as visiting professor to the UNESCO Chair, Utrecht University, 2009, p. 57.

alimenté par des contributions provenant d'abord et avant tout des contribuables congolais, ce qui nécessite l'adoption d'un budget conséquent. Ce fonds pourra également être financé par des contributions volontaires d'autres États ou d'organisations interétatiques, comme il peut l'être par des acteurs non étatiques, tels que les ONG et les particuliers. Selon un rapport des Nations Unies, le ministère de la Justice avait déclaré avoir déjà créé un fonds qui permettrait d'indemniser les victimes d'infractions pénales ou d'autres actes illicites[990]. Mais, aux dernières nouvelles, le projet de création de ce fonds est toujours en cours[991]. Ce qui est certain, c'est qu'à ce jour, aucune des victimes des crimes établis par les tribunaux congolais n'a reçu une indemnisation. Il est peut-être temps de redynamiser ce fonds.

D. Conclusion

l'étude de la place des victimes dans la répression des crimes de droit international en RDC nous a amenés à distinguer les droits procéduraux des questions de réparations et tout particulièrement, celles qui sont liées au débiteur de cette obligation de réparation.

Il se dégage de cette étude que concernant les droits procéduraux des victimes, le cadre législatif est insuffisant. Cette insuffisance est encore plus manifeste à la phase préjuridictionnelle qu'à la phase juridictionnelle. À la phase préjuridictionnelle, il est important que la législation congolaise affirme de façon claire le droit des victimes à une enquête criminelle, neutre et indépendante, le droit à un avocat et le droit à l'information notamment sur le résultat de cette enquête. Le caractère militaire des instances judiciaires et le secret de l'instruction préjuridictionnelle ne devraient pas constituer un obstacle à ces droits. Il est par ailleurs important que cette législation affirme aussi le droit des victimes, qui portent plainte, à la protection à la phase préjuridictionnelle. Puisque les insuffisances de la protection des victimes à cette phase rendent parfois inutiles certains mécanismes de protection des victimes à la phase juridictionnelle.

À la phase juridictionnelle, il se dégage de cette étude que malgré l'insuffisance du cadre législatif, les juges militaires congolais ont fait preuve de beaucoup d'imaginations en accordant aux victimes certains droits procéduraux qui n'ont pas toujours été clairement affirmés dans la loi. Les victimes se sont ainsi vues autorisées à participer à la procédure en apportant des preuves supplémentaires, en interrogeant les accusés et en contre-interrogeant les témoins apportés par l'accusé. Elles se sont vues reconnaître un droit d'accès au dossier. La question du droit à la protection a toutefois permis de mettre en évidence les limites de l'imagination des juges militaires congolaises notamment dans l'affaire *Kakwavu*. L'on constate que dans la pratique judiciaire congolaise, les juridictions se sont toujours contentées des mesures telles que l'emploi des codes pour masquer l'identité des victimes, y compris lorsque l'identité des victimes était déjà connue.

Il est important que la protection des victimes soit renforcée non seulement par la

990 Voy. *Rapport de la Rapporteuse spéciale, Yakin Ertürk*, déjà cité, § 88.
991 Voy. Rapport de la MONUSCO sur les violences sexuelles (2014), déjà cité, p. 25, § 57.

création d'un organe chargé spécifiquement de cette question, mais aussi par la répression effective de la subornation des témoins et de toute autre manœuvre visant à menacer, à intimider ou à empêcher la victime à comparaître. Cette protection doit par ailleurs être reconnue non seulement aux victimes qui ont la double qualité de victimes et de témoins, mais aussi à celles qui ne sont que des « victimes simples ». Enfin, dans cette série des droits procéduraux, il est tout aussi important que, lorsque les procureurs (militaires) décident de ne pas engager des poursuites dans une affaire, de ne pas faire appel ou de restreindre la portée de leur appel, comme dans l'affaire *Kilwa*, que les victimes soient préalablement entendues dès lors que ces décisions affectent leurs intérêts personnels.

Par rapport à la question des réparations, et plus particulièrement celle du débiteur de l'obligation de réparer, l'on ne peut que saluer les efforts des juges militaires congolais à vouloir accorder des réparations financières aux victimes et que, pour garantir l'exécution de ces réparations, ces juges n'hésitent pas à mettre en cause la responsabilité de l'État, même si pour y arriver, ils recourent parfois à une argumentation qui n'est pas toujours convaincante.

Cependant, qu'il s'agisse des condamnations civiles prononcées contre les individus reconnus coupables des crimes, ou qu'il s'agisse de celle de l'État congolais en tant que civilement responsable, la triste réalité qui se dégage de cette étude est que ces condamnations civiles restent illusoires en raison de leur non-exécution systématique. Lorsqu'on combine cette non-exécution systématique des condamnations civiles avec la non-exécution quasi systématique des condamnations pénales compte tenu de l'ampleur du phénomène d'évasion dans les prisons et centres de détention en RDC, l'on en arrive finalement à la question posée par le professeur Nyabirungu lors de l'atelier de validation de la présente étude : « que répare finalement cette justice dite répressive pour les victimes ? ».

Dans le prolongement de cette question, l'on peut se demander que gagnent finalement les victimes dans ces procès qui les amènent parfois à s'exposer au risque de représailles de la part des accusés (ou de leurs proches et sympathisants) ou au risque de stigmatisation du public, notamment lorsqu'il s'agit des victimes des violences sexuelles ? Et, pour paraphraser le prince Hamlet, dans la célèbre tragédie éponyme écrite par William Shakespeare, l'on peut poser la question suivante : les victimes doivent-elles être ou ne pas être présentes dans les procès des crimes de droit international en RDC ? C'est là la question[992].

992 William Shakespeare, *Hamlet*, Acte III, scène 1, extrait (1601), traduction d'André Gide, in *Œuvres complètes*, tome 2, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1959.

VIII
Observations finales



La question de départ de cette étude consistait à savoir dans quelle mesure la jurisprudence des tribunaux militaires congolais s'aligne sur celle des TPI, et tout particulièrement, sur celle de la CPI dont les juridictions congolaises affirment appliquer directement le Statut. Dans ce cadre, l'on a commencé par analyser le cadre juridique de la répression des crimes de droit international en RDC. Mais, plus fondamentalement, l'on a passé en revue la qualité de la jurisprudence militaire congolaise sur la question de (ii) la pertinence des qualifications juridiques employées par les tribunaux militaires, (ii) les formes de responsabilité pénale individuelle, (iii) la fixation des peines, (iv) le respect des droits des accusés, et finalement (v) la place des victimes dans la répression de ces crimes graves. Aux termes de cette étude, trois points méritent d'être relevés en termes de conclusions finales.

Premièrement, l'on ne peut s'empêcher de relever l'extraordinaire dynamisme des juges militaires congolais face à l'absence d'une législation appropriée permettant de réprimer les crimes de droit international et aux conditions de travail difficile. En effet, les juridictions (militaires) congolaises ont le grand mérite, que nul ne peut contester, d'avoir été capables de s'affranchir des lenteurs des parlementaires congolais dans l'adoption d'une législation appropriée permettant de réprimer les crimes prévus dans le Statut de Rome. Ils ont ainsi, de leur propre initiative, donné vie au Statut de Rome, en l'appliquant directement aux affaires qui leur étaient soumises. Ce grand mérite comporte toutefois une limite dans la mesure où en appliquant le Statut de Rome, les juridictions congolaises l'ont toutefois limité uniquement aux affaires postérieures à l'entrée en vigueur de ce traité international, soit le 1er juillet 2002. En effet, aucune des affaires dans lesquelles le Statut de Rome a été invoqué n'a porté sur des actes antérieurs au 1er juillet 2002. Pourtant, dès lors que le Statut de Rome n'était que déclaratif du droit international coutumier, rien n'empêchait les juridictions congolaises à l'appliquer aussi aux affaires relatives aux faits antérieurs à l'entrée en vigueur du Statut de Rome et de contribuer ainsi à la lutte contre l'impunité des crimes graves commis en RDC bien avant l'entrée en vigueur du Statut de Rome. Dans cette étude, l'on a invoqué les principaux arguments qui auraient pu justifier une telle approche.

Deuxièmement, mise à part la question de l'application du Statut de Rome, et en se focalisant sur la *qualité* de la jurisprudence issue de cette application directe dudit texte international, la jurisprudence congolaise a révélé ses limites sur la pertinence des

qualifications juridiques, les formes de responsabilité pénale individuelle, la fixation des peines, les droits des accusés et la place des victimes dans la répression des crimes de droit international. Dans cette étude, tout en ayant conscience du fait qu'il est plus facile de juger le jugement que de juger les faits, comme le disait à juste titre le professeur Paul de Visscher[993], l'on a formulé toute une série d'observations critiques sur chacune de ces questions. Ces limites s'expliquent d'abord par l'état actuel de l'appareil judiciaire congolais dans son ensemble (justice militaire comme la justice non militaire). Elles s'expliquent ensuite par les problèmes propres à la justice militaire où il apparaît que la justice militaire est beaucoup plus préoccupée par les rapports entre le militaire et l'armée que par le souci de rendre justice aux victimes des exactions des militaires dans le respect des droits de l'homme internationalement reconnus. Ce sont ces problèmes qui sont à l'origine des critiques des organes internationaux, ces derniers ayant toujours prôné la limitation de la compétence matérielle des juridictions militaires aux seules infractions d'ordre militaire[994]. Ces limites s'expliquent enfin par le fait que les juges militaires congolais n'exploitent pas suffisamment la possibilité de recourir aux experts-juristes. Certes, le juge militaire congolais est censé savoir le droit, comme le dit cet adage romain « *Juria novit curia* » (le juge sait le droit) et que le rôle des parties à un procès consiste à « donner les faits » au juge et celui de ce dernier, de « dire le droit ». Ainsi, il n'appartient pas aux plaideurs de donner au juge aussi bien les *faits* que le *droit* qu'il est censé appliquer aux faits. Dans le droit romain d'ailleurs, cette répartition des rôles entre les acteurs judiciaires est reflétée par cet autre adage : « *da mihi factum, dabo tibi jus* », qui veut dire : « donne-moi les faits, et je te dirai le droit ».

Toutefois, lorsqu'il s'agit des crimes de droit international, les choses ne sont pas si simples. Pour des juges militaires congolais, peut-être trop habitués à juger les crimes de droit commun ou des infractions d'ordre militaire, et pas suffisamment préparés pour juger des affaires aussi complexes que celles qui portent sur les crimes de droit international, il semble normal d'attendre des parties au procès un peu plus que la simple narration des faits. Il est d'ailleurs important de rappeler que le procédé d'*amicus curiae* prévu à la règle 103 du RPP devant la CPI[995], et qui peut avoir son équivalent en droit congolais par la possibilité laissée aux juges de faire intervenir, par exemple, des témoins experts, s'applique tant aux questions de fait (y compris le contexte) qu'aux questions juridiques d'un certain niveau de complexité et de technicité. Dans l'affaire *Songo-Mboyo* par exemple, le TMG de Mbandaka avait recouru à un expert médical, le gynécologue Lubaga pour clarifier certaines questions de viol. Cela a permis aux juges de s'informer sur la théorie

993 Paul de Visscher, « Cours général de droit international public », in *RCADI*, vol. 136, La Haye, 1972, p. 183.

994 Voy. l'introduction générale de la présente étude.

995 Règle 103 (RPP) « *Amicus curiae* et autres formes de déposition » : (1) À n'importe quelle phase de la procédure, toute chambre de la Cour peut, si elle le juge souhaitable en l'espèce pour la bonne administration de la justice, inviter ou autoriser tout État, toute organisation ou toute personne à présenter par écrit ou oralement des observations sur toute question qu'elle estime appropriée. (2) Le Procureur et la défense ont la possibilité de répondre aux observations présentées en vertu de la disposition 1 ci-dessus. (3) Les observations présentées par écrit en vertu de la disposition 1 ci-dessus sont déposées au Greffe, qui en fournit copie au Procureur et à la défense. La Chambre fixe le délai de dépôt des observations ».

dite de « *guenos* » qui, semble-t-il, établit la possibilité pour une personne de commettre l'acte sexuel avec plusieurs femmes même en un temps record sans perdre la libido. Les tribunaux congolais peuvent donc utiliser cette même démarche pour des questions de doctrine juridique. La CPI elle-même fait régulièrement recours à des experts sur certaines questions de doctrine juridique se rapportant aux affaires qu'elle traite. Dans l'affaire *Bemba,* par exemple, l'organisation Amnesty International est intervenue pour éclairer la Cour sur la question de savoir si la responsabilité pénale des chefs militaires était applicable aux rebelles. Dans l'affaire *Mbarushimana* le professeur Kai Ambos est intervenu pour éclairer la Cour au sujet de la doctrine de l'entreprise criminelle commune, tandis que dans l'affaire *Gbagbo* le professeur Darryl Robinson est intervenu pour éclairer la Cour sur l'élément politique exigé dans les crimes contre l'humanité[996]. Dans le même sens, les Chambres extraordinaires cambodgiennes ont fait recours à certains experts sur la question de l'application de certaines formes de responsabilité pénale aux faits datant des années 1970 dans l'affaire *« Duch »*[997]. Les tribunaux congolais peuvent aussi recourir à ces techniques pour s'informer, améliorer la qualité de leurs jurisprudences et combattre ainsi l'impunité des crimes graves commis au Congo dans le respect des droits de l'homme internationalement reconnus.

Le troisième et dernier point à relever est que, au-delà des critiques formulées dans cette étude, il faut reconnaître que la qualité de la jurisprudence des tribunaux militaires congolais connaît des progrès significatifs lorsqu'on compare les premières décisions aux dernières qui ont été rendues. Les tribunaux congolais sont de plus en plus attentifs aux exigences contextuelles des crimes de droit international, aux formes de responsabilité pénale individuelle pour ce type de crimes de crimes, au respect du droit des accusés et aux questions de protection des victimes dans ce type de procès. C'est dans cette optique que des observations critiques ont été émises dans cette étude avec comme objectif essentiel de contribuer à l'amélioration de la qualité de la jurisprudence congolaise et d'aider les juridictions congolaises (militaires comme non militaires) à améliorer la qualité de leur travail et de prendre conscience de cette double dimension de la justice pénale : rendre justice aux victimes tout en respectant les droits des accusés. Cette amélioration n'est d'ailleurs pas seulement l'affaire des juges et des procureurs. Elle concerne aussi les autres acteurs judiciaires tels que les avocats des parties (victimes et accusés).

996 Voy. à ce propos le mémoire d'*amicus Curiae* du professeur Darryl Robinson (Queen's University).

997 Antonio Cassese et autres, « Amicus Curiae Brief of Professeur Antonio Cassese and Members of the Journal of International Criminal Justice on Joint Criminal Enterprise Doctrine », *CLF*, vol. 20, 2009, 289-330 ; Kai Ambos, « Amicus Curiae Brief in the Matter of the Co-Prosecutors' Appeal of the Closing Order against Kaing Guek Eav "Duch" dated 8 august 2008 », *CLF*, vol. 20, 2009, pp. 353–388.