



LA MISE EN ŒUVRE JUDICIAIRE DU STATUT DE ROME EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO





Créée en 1992 à Bruxelles, Avocats Sans Frontières (ASF) est une ONG internationale spécialisée dans l'accès à la justice et la défense des droits humains.

Son objectif principal est de contribuer à la mise en place d'institutions et de mécanismes permettant l'accès à une justice indépendante et impartiale, capable d'assurer la sécurité juridique et de garantir la protection et l'effectivité des droits fondamentaux (civils, culturels, économiques, politiques et sociaux).

De Katmandou à Bujumbura, de Bogota à Tunis, les équipes d'ASF défendent les victimes de torture et les prisonniers détenus illégalement, encouragent les réformes législatives pour un meilleur respect des droits humains, soutiennent les avocats et portent devant les tribunaux la voix des victimes de crimes internationaux.

Siège :

Rue de Namur 72
1000 Bruxelles - Belgique
Tél +32 (0)2 223 36 54
communication@asf.be

Mission permanente en République démocratique du Congo :

rdc-cm@asf.be

WWW.ASF.BE

REMERCIEMENTS

La présente étude a été réalisée par Roland Adjovi, consultant externe. L'auteur souhaite remercier Gilbert Hagabimana qui a participé à cette étude en résumant un grand nombre de la jurisprudence étudiée.

La version finale de l'étude a été compilée par Jean-Philippe Kot, Expert Justice internationale et transitionnelle au sein d'Avocats Sans Frontières. Dominique Kamuandu, Coordinateur du projet Justice Internationale à la Mission d'Avocats Sans Frontières en RD CONGO, a coordonné la réalisation de cette étude. James SONGA, Chargé de projet Justice Internationale a participé activement à la collecte des décisions judiciaires.

ASF tient également à remercier les chefs de juridictions militaires pour leur collaboration dans le travail de collecte des jugements et arrêts. Il s'agit particulièrement du Premier Président et des présidents de tribunaux militaires de garnison de Bukavu et d'Uvira.

Nos remerciements vont également à tous les acteurs judiciaires et les ONG qui participent au projet d'Avocats Sans Frontières, pour leur implication dans la lutte contre l'impunité et la facilitation de l'accès à la justice aux victimes de crimes internationaux.

Avocats Sans Frontières tient enfin à exprimer ses remerciements à l'Union Européenne et à la Fondation MacArthur pour leur soutien financier, ainsi qu'à toutes les personnes et les institutions qui ont contribué à la production de ce recueil.

Avril 2014

La présente publication a été élaborée grâce au soutien de l'Union européenne et de la Fondation MacArthur. Le contenu de la publication relève de la seule responsabilité d'Avocats Sans Frontières et ne peut aucunement être considéré comme reflétant le point de vue de l'Union européenne et de la Fondation MacArthur.

PREFACE

Avocats Sans Frontières a entamé en 2004 en RD CONGO un programme de renforcement des capacités des acteurs judiciaires (magistrats et avocats) sur les crimes internationaux et le système du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale. Parallèlement à ce programme, une assistance a été apportée aux victimes de crimes internationaux en collaboration avec des ONG nationales, afin de favoriser l'obtention de la justice et de la réparation devant les juridictions nationales. En 2006, une première décision faisant application directe du statut de Rome a été rendue par les juridictions congolaises dans l'affaire *Songo Mboyu*.

C'est véritablement à partir de l'année 2009 que la volonté de poursuivre les auteurs de graves violations des droits de l'homme, particulièrement des crimes internationaux, a commencé à se faire sentir. Les acteurs judiciaires (magistrats et avocats), les ONG et les victimes ont fait montre de beaucoup de courage et de ténacité dans la préparation, l'ouverture et le suivi de différents dossiers, ainsi que leur aboutissement.

En 2009, ASF a publié une première étude de jurisprudence. L'objectif était d'assurer la diffusion de ces décisions et de mettre à la disposition des acteurs judiciaires (magistrats et avocats) un outil de travail. S'inscrivant à la suite de ce premier effort, la présente étude présente une analyse d'une quarantaine de décisions en matière de crimes internationaux en vue de :

- identifier les défis et problèmes auxquels sont confrontés les magistrats dans l'exercice de leur fonction de juges du contentieux relatif aux crimes internationaux ;
- fournir une analyse détaillée des lois et de la pratique judiciaire en RD CONGO relative à la répression des crimes internationaux ; notamment en exposant les raisonnements des juges lorsqu'ils qualifient ou non des faits infractionnels de crimes internationaux et lorsqu'ils recourent aux dispositions du Statut de Rome et autres textes complémentaires de l'arsenal juridique de la CPI (*Éléments de crimes* et *Règlement de procédures et de preuves*) ;
- permettre à la communauté professionnelle des juges, juristes, académiciens, étudiants et membres des barreaux, ainsi qu'aux autorités concernées, de bénéficier d'une meilleure compréhension des lois, règles de procédures, et jurisprudence, dans le domaine du droit international pénal en RD CONGO ;
- présenter des recommandations afin de promouvoir l'amélioration des capacités du système judiciaire et de la qualité des décisions rendues en RD CONGO, particulièrement en matière de crimes internationaux. Ces recommandations visant à proposer des moyens de redresser les faiblesses constatées concernant notamment l'adoption d'une loi de mise en oeuvre, la formation des juges, et la distribution de ressources adéquates au secteur de la justice.

La présente étude n'a aucune ambition d'exhaustivité et vise uniquement à réaliser une appréciation de l'état d'application du Statut de Rome, afin d'en évaluer l'évolution devant les juridictions congolaises. C'est aussi l'occasion de mettre en lumière l'application effective du principe de complémentarité de la Cour Pénale Internationale en RD CONGO, conformément au statut de Rome du 17 juillet 1998.

Avocats Sans Frontières saisit cette occasion pour exprimer sa compassion et ces encouragements, à toutes les victimes d'exactions et de graves violations de droits humains, et plus particulièrement à celles qui bravent plusieurs obstacles pour participer aux procédures. Leur participation contribue de manière significative à la lutte contre l'impunité de crimes internationaux.

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES	7
INTRODUCTION	8
I. LA COMPÉTENCE <i>RATIONE PERSONAE</i> DES JURIDICTIONS MILITAIRES	12
1.1. Une compétence étendue à l'égard des civils	14
1.2. Une compétence étendue à l'égard de civils étrangers	16
1.3. Une compétence affirmée même en l'absence de l'accusé	18
2.1. Le crime de génocide	22
2.2. Les crimes contre l'humanité	25
Le contexte des crimes contre l'humanité : une attaque généralisée et systématique lancée contre la population civile	28
L'attaque généralisée doit être distinguée de l'attaque systématique.	28
L'attaque doit être dirigée contre une population civile.	29
Les crimes doivent être commis en connaissance de cette attaque.	30
Eléments matériels du crime contre l'humanité	32
1. Pour le meurtre (Art. 7(1)(a) du Statut de Rome)	32
2. Pour la torture (Art. 7(1)(f) du Statut de Rome)	33
3. Quant au viol (Art. 7(1)(g) du Statut de Rome),	34
4. L'emprisonnement ou autres formes de privation grave de liberté physique.	37
Les Eléments des Crimes précisent que sont requis :	37
5. La catégorie résiduelle des crimes contre l'humanité (Art. 7(1)(k).	37
2.3. Crimes de guerre	39
Notion de crime de guerre en droit congolais	40
Actes matériels constitutifs de crimes de guerre dans la jurisprudence congolaise	43
1. Le meurtre	43
2. Les crimes sexuels	44
3. La torture	46
4. Le pillage	47
III. LES FORMES DE PARTICIPATION AU CRIME	49
3.1. Les formes de participation définies par le Statut de Rome	49
3.2. Les formes de participation aux crimes dans la jurisprudence congolaise	52
IV. LA PREUVE	56
4.1. Les modes de preuve	56
La preuve testimoniale	56
La preuve documentaire	61
4.3. Le standard de la preuve	61
CONCLUSION	63
NOTES	65

INTRODUCTION

Après avoir été le terrain de nombreuses guerres successives depuis 1994, la RD CONGO fait face aux défis de la reconstruction. Or reconstruire un Etat de droit suppose, entre autres, de mettre fin à l'impunité. C'est dans ce contexte que la pratique actuelle de procès autour des crimes internationaux tels que définis par le Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale¹ mérite une attention particulière et un soutien fort pour améliorer la lutte contre l'impunité là où elle peut avoir le plus d'impact, devant la justice nationale en complément naturel et permanent de la justice internationale.

Tel est l'objet de cette étude, qui vise à analyser la jurisprudence congolaise relative aux crimes internationaux avec pour ambition de contribuer à son amélioration. Pour ce faire, la présente étude s'appuie sur une quarantaine de jugements, essentiellement des juridictions militaires, pour construire une analyse globale de la mise en œuvre du Statut de Rome mais aussi de tout autre instrument international associé par le juge congolais dans sa contribution à la lutte contre l'impunité. Cette analyse aura pour fil d'Ariane la compétence dans ses différentes formes. Toutefois, avant de développer cette analyse et en guise de préalable nécessaire, une présentation du système judiciaire s'impose pour faciliter la compréhension de cette étude.

La République démocratique du Congo a historiquement hérité du système judiciaire colonial, au moment de l'indépendance. La Constitution de 2006 a apporté un certain nombre d'innovations². Désormais ce système se subdivise en trois ordres juridictionnels³ : judiciaire, administratif et constitutionnel⁴. Seul l'ordre judiciaire nous concerne particulièrement dans cette analyse autour des crimes internationaux, même si les deux autres ordres pourraient jouer un rôle périphérique.⁵

L'article 153 de la Constitution identifie comme faisant partie de l'ordre judiciaire, les juridictions civiles et les juridictions militaires, l'ensemble étant sous le contrôle de la Cour de cassation. Cette Cour de cassation forme aussi la juridiction de premier et dernier ressort pour certaines catégories de citoyens qui occupent des fonctions nationales comme par exemple les députés, les sénateurs et les ministres à l'exception du premier ministre. Pour compléter cette disposition, l'article 156 précise le champ de compétence et les bases des juridictions militaires, sans pour autant les exclure du champ judiciaire de sorte que la Cour de cassation reste la juridiction suprême pour les affaires militaires. Le tableau ci-dessous illustre cette hiérarchie :

Cour de Cassation	
Cours d'appel	Haute Cour Militaire
Tribunaux de Grande Instance	Cours Militaires & Cours Militaires Opérationnelles
Tribunaux de Paix	Tribunaux Militaires de Garnison
	Tribunaux Militaires de Police

En clair, dans l'ordre judiciaire, il y a à la fois une branche civile composée des tribunaux de grande instance au premier degré et des cours d'appel au second degré ; et une branche militaire composée des tribunaux militaires de garnison, des cours militaires ou cours militaires opérationnelles et de la haute cour militaire. Au sommet de ces deux branches, on trouve la Cour de cassation qui a compétence aussi bien pour les affaires civiles que pour les affaires militaires. Cette simplicité du système judiciaire n'est pourtant qu'apparente puisque en pratique l'application d'autres mesures législatives va largement complexifier l'architecture, notamment en termes de compétence.

Le 11 avril 2013 la Loi Organique No 13/011-B portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire⁶ a formellement transféré la compétence de certains des crimes internationaux qui nous intéressent, à savoir le génocide et les crimes contre l'humanité, aux juridictions ordinaires de l'ordre judiciaire. L'article 91 de cette loi organique prévoit en effet que « *les Cour d'appel (...) connaissent également, au premier degré : 1) du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis par des personnes relevant de leur compétence et de celle des tribunaux de grande instance* ». Ainsi, désormais la Cour d'appel est juge de premier degré pour ces deux crimes, tandis que la Cour de cassation est juge d'appel et, naturellement, de cassation. De nombreuses questions restent toutefois en suspens, dans la mesure où cette Loi Organique, loi de remettre en cause la compétence des juridictions militaires semble au contraire superposer la compétence des juridictions civiles à celle des juridictions militaires sans expliciter les principes devant guider la répartition entre les deux.

En effet, l'article 156-3 de la Loi Organique portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire ne prévoit l'abrogation que de certaines dispositions du code judiciaire militaire relatives au recours en annulation⁷. Cette loi organique demeure donc sans incidence sur les dispositions attribuant compétence aux juridictions militaire en matière de crimes internationaux, et notamment l'article 79 du Code Judiciaire Militaire qui prévoit que « *Lorsque le Code Pénal Militaire définit ou réprime des infractions imputables à des justiciables étrangers à l'armée [tel est le cas des crimes internationaux- articles 164 et s.], les juridictions militaires sont compétentes à l'égard de l'auteur, du co-auteur ou du complice, sauf dérogation particulière* ». De même, cette ordonnance n'affecte en rien l'article 112-7 du Code judiciaire militaire en vertu duquel : « *Sont également justiciables des juridictions militaires : (...) ceux qui, même étrangers à l'armée, provoquent, engagent ou assistent un ou plusieurs militaires, ou assimilés, à commettre une infraction à la loi ou au règlement militaires. Il en est de même de*

tous ceux qui commettent des infractions dirigées contre l'armée, la Police Nationale, le Service National, leur matériel, leurs établissements ou au sein de l'armée, de la Police Nationale ou du Service National ».

Enfin, l'ordonnance d'avril 2013 ne semble pas prendre en compte le fait que le code Judiciaire Militaire lui-même prévoit la répartition des compétences entre juridictions civiles et militaires. L'Article 115 de ce code régit en effet déjà les éventuels conflits de compétence personnelle entre juridictions civiles et militaires : « *Les juridictions de droit commun sont compétentes dès lors que l'un des coauteurs ou complices n'est pas justiciable des juridictions militaires, sauf pendant la guerre ou dans la zone opérationnelle, sous l'état de siège ou d'urgence, ou lorsque le justiciable civil concerné est poursuivi comme coauteur ou complice d'infraction militaire* ». La même remarque pourrait être étendue aux auteurs de certaines infractions spécifiques et notamment aux auteurs de l'infraction d'incitation à commettre des actes contraires au devoir ou à la discipline. L'article 88 du code pénal militaire précise en effet que « *Quiconque, par quelque moyen que ce soit, incite un ou plusieurs militaires à commettre des actes contraires au devoir ou à la discipline, est puni de cinq à vingt ans de servitude pénale* ». Cette notion d'infraction militaire est extrêmement large et s'entend de l'ensemble des infractions spéciales prévues uniquement par le code pénal militaire. Le terme quiconque semble également devoir être entendu de manière large, l'arrêt *Kazungu* précité rappelant que « *L'expression « quiconque » est générique, c'est-à-dire vise à la fois les civils comme les militaires, nationaux ou étrangers* »⁸.

Ces questions devront être tranchées par les juridictions elles mêmes. Au moment de la rédaction de cette étude, aucune décision prise par les cours civiles sur le fondement de cette loi n'a été portée à notre connaissance. La nouvelle répartition des compétences entre juridictions civiles et militaires n'affecte donc pas l'essence de notre analyse qui est fondée sur la jurisprudence qui existait avant elle, mais elle aura un impact sur le futur.

L'application des normes internationales en droit interne congolais

En RD CONGO, Les rapports entre droit interne et droit international sont formellement réglés en application de la théorie moniste n'exigeant aucune loi de transposition pour qu'un traité acquière la qualité de norme juridique au niveau national. L'article 153 de la Constitution donne compétence aux tribunaux pour mettre en œuvre les instruments du droit international tandis que cette hiérarchie est déterminée dans l'article 215 de la Constitution en ces termes : « *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 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.

S'agissant du cas particulier de la R.D.C., nous sommes certes face à un régime moniste⁹ puisque la disposition constitutionnelle sus-citée, l'article 215, intègre les normes internationales conventionnelles dans une seule et unique architecture normative nationale pourvu que les deux conditions de la publication et de l'application

réciroque soient respectées¹⁰. En réalité, seule la première condition reste pertinente dans les matières qui nous intéressent ici puisqu'une pratique bien établie en droit international veut que la réciprocité ne soit prise en compte que s'agissant d'instruments établissant des rapports entre les Etats et non dans la dimension des droits qu'ils reconnaîtraient aux individus¹¹.

En somme, pour qu'un traité en droit international pénal soit applicable devant les juges congolais, il suffit de s'assurer de la ratification, de la publication et de la précision. Ces conditions, notamment la ratification et la publication, sont remplies pour ce qui est du Statut de Rome. Pour la troisième condition, celle de la précision, il faudrait opter pour une approche casuistique puisque les dispositions de la Convention dans son ensemble, c'est-à-dire y compris les instruments associés négociés et adoptés dans le cadre étatique¹², ne sont pas également claires. Or cette condition revêt un caractère particulier s'agissant de la matière pénale, car c'est un principe cardinal que la loi pénale doit être précise. C'est en cela que le système de normes créée avec la Cour pénale internationale est fort spécial : pour le droit substantiel, c'est-à-dire la définition des crimes, le Statut est complété par les Eléments des crimes et donne une perspective très détaillée qui s'impose en droit à chaque Etat partie. Quant à la procédure, elle est établie pour la Cour et non pour tout procès relatif à ces crimes, même si on peut en dégager des principes classiques et universels de droit pénal. En clair, et pour nous résumer, toute l'architecture normative de la Cour pénale internationale ne saurait faire l'objet d'une application directe en droit national.

C'est précisément là que la pratique en cours en R.D.C. nous paraît faillir car les juges ont opté pour une intégration globale des instruments de la Cour et en font une application directe. Même si comme nous venons de le souligner, dans son principe, une telle compréhension est possible, dans la pratique elle nous paraît erronée. Elle est d'autant plus erronée que, s'agissant du droit substantiel où nous prôtons l'intégration directe, les juges congolais ont pourtant admis des définitions des crimes qui diffèrent de celles de la Cour pénale internationale.

Cette thèse de l'erreur est le fil rouge de notre analyse de la jurisprudence qui présente une particularité double : d'abord elle est le fait essentiellement d'une justice d'exception, la justice militaire, la justice ordinaire n'ayant rendu qu'une seule décision à notre connaissance à ce jour ; ensuite elle s'est développée dans un vide juridique flagrant avec le refus implicite du pouvoir législatif de modifier l'ordonnement juridique national pour donner effet aux engagements internationaux.

Il ressort également de la lecture de l'ensemble des décisions collectées par Avocats Sans Frontières, une lacune manifeste en termes de raisonnement. Cette faille est apparente à la fois dans les questions de procédure et dans le fond même du débat pénal autour de la preuve et des crimes. Pour mettre en exergue cette faille, nous allons analyser cette jurisprudence en termes de compétence définie comme l'ensemble des conditions qui détermine le pouvoir du juge à trancher le différend qui lui est soumis¹³. Cette notion de compétence est plurielle et prend différentes formes. Pour les besoins de notre analyse, nous n'en retiendrons que trois, à savoir la nature de l'organe juridictionnel, la personne de l'accusé et les crimes.

I. LA COMPÉTENCE RATIONE PERSONAE DES JURIDICTIONS MILITAIRES

Historiquement, les crimes internationaux ont toujours relevé de la législation pénale militaire. Ils sont définis et prévus au code de justice militaire de 1972 et par la suite au code pénal militaire de 2002 ; leur répression étant dévolue au cours et tribunaux militaire par l'art 76 du code judiciaire militaire de 2002 et par les articles 161 et 162 du code pénal militaire. Quand bien même une lecture stricte de la Constitution, notamment dans ses articles 153 et 156, pourrait conduire à la conclusion que les juridictions militaires n'ont compétence que s'agissant de « membres des Forces armées et de la Police nationale », tandis que les juridictions civiles ont une compétence générale, les tribunaux militaires ont en pratique exercé une compétence quasi-exclusive pour les crimes internationaux inscrits dans le Statut de Rome, y compris lorsque les crimes étaient commis par des civils.

L'extension de la compétence des juridictions militaires à l'égard de civils ne va pas sans susciter quelques préoccupations. En effet, il existe un droit pour toute personne à être jugée par des juridictions ordinaires et non d'exception¹⁴, comme les juridictions militaires le sont souvent. Et c'est cette préoccupation vis-à-vis des tribunaux militaires qui a été à l'origine des critiques soulevées progressivement au sein des organes des Nations Unies en charge des droits de l'homme notamment la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme des Nations Unies qui a mandaté un de ses membres, d'abord Louis Joinet puis Emmanuel Decaux, de préparer les principes directeurs de l'administration de la justice par les tribunaux militaires¹⁵. Certains de ces principes directeurs sont pertinents en l'espèce et notamment le Principe 2 relatif au respect des normes de droit international qui énonce que : « *Les tribunaux militaires doivent appliquer les normes et les procédures reconnues au plan international comme garantissant un procès équitable, en toutes circonstances, y compris les règles du droit international humanitaire* ».

Dans cette perspective, le Principe 5 relatif à l'incompétence des juridictions militaires pour juger des civils dispose que : « *Les juridictions militaires doivent, par principe, être incompétentes pour juger des civils. En toutes circonstances, l'État veille à ce que les civils accusés d'une infraction pénale, quelle qu'en soit la nature, soient jugés par les tribunaux civils* ». Le principe 8 relatif à la compétence fonctionnelle des juridictions militaires précise quant à lui que : « *La compétence des juridictions militaires doit être limitée aux infractions d'ordre strictement militaire commises par le personnel militaire* ». Enfin, le Principe 9 relatif au jugement des auteurs de violations graves des droits de l'homme indique que : « *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* ».

Chacun de ces principes tirés du *Projet de principes* de Decaux reflètent une tendance juridique qui peut trouver appui sur la jurisprudence internationale. Deux types d'arguments ont en effet été mis en avant par les Cours régionales de protection des droits de l'homme pour justifier cette incompétence.

L'existence parallèle d'autres juridictions a tout d'abord été avancée à plusieurs reprises par la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Cette dernière explique son raisonnement dans l'affaire *Castillo-Petruzzi et autres* : « *Le transfert de compétence des cours civiles à des cours militaires, et l'attrait subséquent de civils accusés de trahison devant ces cours, signifie que le tribunal compétent, indépendant et établi par la loi ne peut entendre ces affaires. (...). Lorsqu'une Cour militaire s'octroie une compétence sur une matière qui devrait être de la compétence des cours ordinaires, le droit de l'individu à être jugé par un tribunal compétent, indépendant, impartial et établi par la loi, et a fortiori, son droit à un procès équitable, sont violés* »¹⁶.

Cet argument est cependant difficilement transposable à la situation en RD CONGO. En effet, avant avril 2013, les juridictions militaires avaient une compétence quasi exclusive en matière de crimes internationaux puisque qu'aucune loi n'attribuait cette compétence à une autre juridiction¹⁷. Par ailleurs, ainsi que nous l'avons vu, l'adoption de la loi organique du 14 avril 2013 attribuant compétence en matière de crimes internationaux aux juridictions civiles, ne permet pas, en soi, de régler les conflits de compétence¹⁸.

Le droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial constitue la seconde base sur laquelle s'appuient la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Leur position varie cependant sur ce point. La Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans différentes affaires mettant en cause le Pérou, a en effet considéré que les civils ne pouvaient en aucun cas être jugés devant des juridictions militaires, en ce que cela constituerait, par principe, une violation de l'article 8(1) de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, à savoir le droit à un juge compétent, impartial et indépendant¹⁹. La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, préconise une approche au cas par cas, observant « *que l'on ne saurait soutenir que la Convention exclue absolument la compétence des tribunaux militaires pour connaître d'affaires impliquant des civils* »²⁰. La Cour précise néanmoins que « *l'existence d'une telle compétence devrait faire l'objet d'un examen particulièrement rigoureux* »²¹. Selon la Cour en effet : « *L'attribution de certaines catégories de délits aux juridictions militaires faite in abstracto par la législation nationale ne saurait suffire* »²². La Cour retient tout de même que « *les situations dans lesquelles un tribunal militaire exerce une juridiction relativement à un civil pour des actes dirigés contre les forces armées, peuvent susciter des doutes raisonnables quant à l'impartialité objective d'un tel tribunal [car] un système judiciaire dans le cadre duquel une juridiction militaire est amenée à juger une personne ne relevant pas de l'armée peut facilement être perçu comme annihilant la distance nécessaire entre la juridiction et les parties à une procédure pénale, même s'il existe des mesures de protection suffisantes pour garantir l'indépendance de cette juridiction* »²³. La Cour européenne des droits de l'homme semble donc pousser loin le contrôle en matière de garanties pour les droits de la défense, et en particulier le droit à un tribunal indépendant et impartial.

C'est sur ces fondements qu'il nous faut évaluer la jurisprudence militaire en RD Congo.

1.1. Une compétence étendue à l'égard des civils

Avant de commencer l'examen de la jurisprudence militaire, il convient de définir la notion de civil. A cet égard, un consensus semble se dégager au niveau international. En effet, les deux juridictions régionales précitées semblent conférer à la notion de civil le même sens, entendant un civil par opposition à un membre de l'armée régulière.

Dans l'arrêt *Cantoral Benavides c. Pérou*, la Cour inter-américaine des droits de l'homme a ainsi précisé que la « *juridiction militaire était établie dans différentes lois afin de maintenir l'ordre et la discipline au sein des forces armées* ». Dès lors, son application « *est réservée au personnel militaire qui a commis des crimes ou des délits dans l'exercice de leurs devoirs et sous certaines circonstances* »²⁴. Dans le même sens, elle a affirmé dans l'arrêt *Durand et Ugarte c. Pérou* que « *la compétence des tribunaux militaires en matière pénale devrait être de nature restrictive et exceptionnelle, et viser la protection d'intérêts juridiques spéciaux, en rapport avec les fonctions attribuées par la loi à l'armée. En conséquence, il faut exclure les civils de la compétence des tribunaux militaires, dont la juridiction devrait se limiter aux militaires ayant commis des crimes ou délits de nature à porter atteinte à des intérêts d'ordre militaire protégés par la loi* »²⁵. La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, précise que « *la Convention n'interdit pas que les tribunaux militaires statuent sur des accusations en matière pénale contre des membres du personnel relevant de l'armée, à condition que soient respectées les garanties d'indépendance et d'impartialité prévues à l'article 6 § 1* »²⁶. Il peut être déduit de ces jurisprudences que la notion de civil recouvre toute personne qui n'est pas un membre de l'armée régulière.

Cette approche fut confirmée par le rapporteur spécial de la Sous-Commission de la Promotion et de la Protection des Droits de l'Homme des Nations Unies, le Pr. E. Decaux. En effet, parmi les principes que ce dernier a énoncé dans un rapport relatif à l'administration de la justice par les juridictions militaires, le principe 8 précise que : « *La compétence des juridictions militaires doit être limitée aux infractions d'ordre strictement militaire commises par le personnel militaire. Les juridictions militaires peuvent juger des personnes assimilées au statut de militaire pour des infractions strictement liées à l'exercice de leur fonction assimilée* »²⁷. La notion de civil se comprenant par opposition aux militaires de l'armée régulière, tout membre d'un groupe armé irrégulier devrait alors être considéré comme un civil.

Les Cours militaires congolaises, quant à elles, n'opèrent pas cette distinction entre civils et membres de l'armée régulière dans l'appréciation de leur compétence. Afin de justifier que des civils soient attirés devant elles, elles utilisent en effet d'autres critères comme la nature du crime commis, le mode de participation, ou l'indivisibilité, voire la connexité avec des crimes internationaux rentrant dans leur compétence. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Gédéon* 28, le Tribunal Militaire de Garnison du Haut Katanga rappelait qu'en vertu de l'article 111 al.2 du Code Judiciaire militaire « *elles (juridiction militaires) sont en outre compétences à l'endroit de ceux qui sans être militaires, commettent des infractions au moyen d'armes de guerre (...)* Le Tribunal rappelle (sic) également que l'art 79 du CJM, dispose que « *lorsque le code pénal militaire défini ou réprime des infractions imputables à des justiciables étrangers*

à l'armée, les juridictions militaires sont compétentes à l'égard de l'auteur du co-auteur ou du complice, sauf dérogation particulière ; Le Tribunal rappelle (sic) enfin que l'art 161 du CPM, stipule que « en cas d'indivisibilité ou de connexité d'infraction avec des crimes de génocide, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, les juridictions militaires sont seules compétentes »²⁹. En conclusion, le Tribunal Militaire de Garnison du Haut Katanga retenait sa compétence pour juger tous les prévenus poursuivis devant lui.

Il en fut de même dans l'affaire *Kakado*³⁰. Dans cette affaire, le Tribunal Militaire de Garnison de Bunia affirmait que :

« Bien que le prévenu KAKADO BARNABA YONGA TSHOPENA soit étranger à l'armée les règles procédurales étant d'ordre public, le Tribunal Militaire de Garnison de l'Ituri reste compétent pour connaître des infractions ou des crimes susceptibles d'être réalisés (es) au regard des faits de la cause (...) ; En effet :

- Les juridictions militaires sont en outre compétente à l'endroit de ceux qui, sans être militaires commettent des infractions au moyen d'arme de guerre ; et l'article 161 ajoute :*
- En cas d'indivisibilité ou de connexité d'infractions avec des crimes de génocide, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, les juridictions militaires sont seules compétentes ».*

En vertu de ces jurisprudences, la distinction entre civils et militaires ne joue pas au stade de l'appréciation de la compétence des Cours. Elle ne sera réintroduite qu'au fond, lors de l'appréciation du mode de responsabilité de l'accusé et plus particulièrement lors de l'appréciation de la responsabilité du supérieur hiérarchique comme ce fut le cas dans l'affaire *Kakado*. Dans cette perspective, il ne s'agit toutefois plus d'opérer une distinction entre civil et militaire mais entre civil et *combattant* en s'appuyant sur l'article 28 du Statut de Rome qui prévoit des standards de preuve moins stricts pour les chefs militaires que pour les autres chefs n'exerçant pas de fonction militaire. Cependant, cette distinction fonctionnelle engendre des incertitudes et, en pratique, pose de nombreuses questions au niveau des droits de la défense.

En effet, en vertu de l'article 28 b) du statut de Rome, la responsabilité du supérieur hiérarchique civil ne saurait être engagée que s'il est établi qu'il « savait que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ». Comme l'a noté la Cour pénale internationale dans l'affaire *Bemba*, « le Statut de Rome ne reconnaît pas le principe de responsabilité sans faute. Aux fins du Statut, l'attribution de la responsabilité pénale à raison de l'un quelconque des crimes relevant de la compétence de la Cour dépend de l'existence de l'état d'esprit ou du degré de faute requis. Il en va de même pour la responsabilité pénale au sens de l'article 28 du Statut »³¹. Le TPIR s'était déjà prononcé en ce sens dans l'affaire *Musema*, affirmant que « l'élément moral requis comme élément constitutif de tout crime est l'intention criminelle. Cette exigence suppose « tout au moins une négligence flagrante assimilable à un consentement ou à une intention délictueuse »³². En d'autres termes, la connaissance effective de la commission des crimes ne peut être présumée. Elle doit être démontrée au moyen de preuves directes ou indirectes³³. Ces exigences ne semblent pas remplies dans l'affaire *Kakado*, dans laquelle la Cour se contente

d'examiner s'il « devait savoir » que des crimes seraient commis, et déduit cette connaissance uniquement du contexte et du fait qu'il était le « *fondateur, mais aussi qu'il était considéré comme la plus haute autorité morale et le chef spirituel suprême de la milice* »³⁴, et qu'il a été trouvé en possession d'une feuille de route du FRPI, pour son déplacement vers sa résidence de Nyavo³⁵.

Par ailleurs, il est désormais bien établi dans la jurisprudence internationale qu'un supérieur civil « *ne peut voir sa responsabilité en tant que supérieur hiérarchique engagée, que s'il exerce un contrôle effectif, que ce soit juridique ou simplement de fait, sur les personnes commettant les violations* »³⁶. Ce contrôle effectif doit également être prouvé. A titre d'exemple, la Cour pénale internationale dans l'affaire *Jean-Pierre Bemba*, a retenu comme preuve le fait que selon des témoignages un système d'information était mis en place, lui permettant de recevoir des rapports écrits ou oraux quotidiennement, de superviser les opérations militaires menées par le MLC et de transmettre ses ordres et qu'il signait les décisions importantes. Ces preuves semblent constituer le minimum admissible³⁷. Force est de constater que la Cour Militaire, dans l'affaire *Kakado*, ne se hisse pas à la hauteur de ce minimum admissible. L'arrêt se contente en effet de retenir que l'accusé a intégré au sein de la milice tribale les responsables militaires et les connaissait tous personnellement et qu'il effectuait des tournées d'inspection des positions militaires. Cette lacune jurisprudentielle pose question quant aux droits de l'accusé.

1.2. Une compétence étendue à l'égard de civils étrangers

Dans l'affaire *Kazungu*, le Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, rappelant que « *quelle que soit la manière dont elle est saisie, la juridiction devant laquelle le prévenu est traduit apprécie sa compétence d'office ou sur déclinatoire* » et que « *cette appréciation d'office s'impose particulièrement lorsque des personnes étrangères aux FARD CONGO et PNC sont traduites devant le juge militaire* », observait que « *les prévenus MANIRAGUHA Jean Bosco alias KAZUNGU et consorts sont, bien que militaires, des sujets Rwandais, étrangers à notre armée* » et n'entrent donc pas « *dans la catégorie des justiciables des juridictions militaires tel que précise l'article 106 du code précité* »³⁸.

En dépit de cette conclusion préliminaire, le Tribunal Militaire de Garnison affirma que « *Cependant, les faits pour lesquels les prévenus sont poursuivis, c'est-à-dire le crime contre l'humanité et la détention illicite d'arme et munition de guerre ; ces infractions sont non seulement en connexité mais aussi et surtout relèvent de la compétence des juridictions militaires. (...) il en résulte que les juridictions militaires sont compétentes à l'égard de quiconque commettrait des infractions leurs compétence sur le territoire national* »³⁹.

Selon le tribunal Militaire, « *L'expression « quiconque » est générique, c'est-à-dire vise à la fois les civils comme les militaires, nationaux ou étrangers. C'est ainsi que les sujets FDLR qui, de l'étranger alimentent de quelque manière que se soit ceux qui sont sur le territoire de la RD CONGO, seront aussi, temps soit peu, poursuivis, jugés, et s'il échet, condamnés par nos juridictions* »⁴⁰.

Il semble périlleux pour les droits de l'accusé que la justice militaire de la R.D.C. puisse poursuivre des personnes d'origines autres que congolaise et ayant pris part aux hostilités car il y a un risque majeur de partialité à leur égard. Dans le contexte général de la crise politique et militaire en R.D.C. avec l'implication reconnue du Rwanda,⁴¹ tel est en particulier le cas des membres des Forces Démocratiques de Libération du Rwanda, qualifiés au gré de la jurisprudence de « Force négative étrangère »⁴².

Dans l'affaire *Kazungu*, les termes utilisés pour caractériser le contexte général de la crise politique et militaire en RD CONGO mettent en relief un contraste important entre République du Zaïre et « *sa légendaire hospitalité et générosité* », qui « *Hélas! (...)omet, à la frontière de désarmer ses réfugiés Hutu-rwandaï qui, hommes, femmes et enfants munis de leurs armes s'installèrent dans les montagnes du KIVU en général et dans la forêt de BULAMBIKA/BUNYAKIRI et KALONGE en particulier* », et les sujets Hutu-rwandaï qui se sont installés sur le sol congolais « *après leur indescriptible et ignoble crime que l'Afrique aux pays de grands lacs n'eut jamais connu depuis la nuit de temps* » et qui sont devenus « *un des acteurs très actifs dans le champ de bataille* », notamment organisés en groupe armé « FLDR ».

Au-delà du lyrisme, l'examen de la décision ne permet pourtant pas de déceler des atteintes aux droits de la défense liés spécifiquement à la qualité de civils étrangers des prévenus. Aucun régime particulier ne peut être déduit du fait de nationalité étrangère des accusés, si ce n'est au niveau de l'infraction de la détention illicite d'arme. La prévention de la détention illicite d'armes et munitions de guerre « *s'entend du fait d'être trouvé en possession d'armes ou de munitions de guerre sans pouvoir justifier de la qualité ou de l'autorisation vous permettant de les détenir* ». « Dans l'espèce, « *le prévenu étant étranger, sujet FDLR rwandaï, n'a pas qualité de détenir une arme de guerre sur le territoire de la RD CONGO* »⁴³. En d'autres termes, la nationalité étrangère de l'accusé est en soi un élément de preuve décisif du fait qu'il ne pouvait légalement détenir une arme.

Du point de vue du droit des victimes, la nationalité étrangère de l'accusé n'entraîne que peu de répercussions. Ainsi en particulier, l'argumentation développée la RD CONGO, appelée dans la présente cause en tant que civilement responsable, et qui faisait valoir « *que l'action dirigée contre elle est irrecevable pour défaut de qualité dans le chef des prévenus qui ne sont pas des militaires ou policiers congolais (...) la République ne peut jamais répondre des faits commis par des sujets étrangers qui ne sont pas ses préposés* »⁴⁴ fut rejetée avec force par le Tribunal militaire de Garnison. Selon ce dernier, « *cette assertion est vide de toute substance juridique puisqu'il est, de surcroît, du devoir constitutionnel de l'Etat 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 (...) l'Etat peut engager sa propre responsabilité civile s'il est établi qu'il a failli à sa mission de sécurisation et de puissance publique* »⁴⁵.

1.3. Une compétence affirmée même en l'absence de l'accusé

Dans le cadre des procès menés contre les membres des Forces Armées de la République du Congo, le procès par contumace ou en absence de l'accusé semble difficilement explicable lorsque l'officier mis en cause continue à exercer des fonctions militaires. Une telle situation semble manifester une absence de coopération de la hiérarchie militaire. D'ailleurs on pourrait penser que la tenue de procès par contumace est une façon pour le juge d'affirmer son autorité et son indépendance vis-à-vis de la hiérarchie militaire et de l'Etat, mais à quel prix ?

Il ne semble toutefois pas, en droit international pénal, qu'il existe une interdiction de principe du procès par contumace qui s'imposerait aux Etats, comme un élément du droit à un procès équitable⁴⁶. Les deux tribunaux pénaux *ad hoc* ont certes vu la consécration dans leur statut de la règle du procès en présence de l'accusé⁴⁷ et la CPI a opté pour un régime identique⁴⁸, mais le Tribunal pénal spécial pour le Liban ne l'a pas adopté⁴⁹. Historiquement, le Tribunal militaire international de Nuremberg admettait également le procès par contumace⁵⁰.

Ceci étant dit, les procès par contumace présentent un risque que le Comité des droits de l'homme a tenté de circonscrire dans son Observation Générale No 32 (2007) en rappelant que : « *En cas de proces par contumace, l'alinéa a du paragraphe 3 de l'article 14 exige que, nonobstant l'absence de l'accusé, toutes les mesures voulues soient prises pour l'informer de l'accusation et lui signifier les poursuites dont il est l'objet* ». Par ailleurs, aux termes de l'examen du rapport périodique de l'Ethiopie, et en relation avec la peine de mort, le même Comité a exprimé sa préoccupation que « *les tribunaux... continuent ... a mener des procès en l'absence du prévenu sans que des garanties juridiques suffisantes soient respectées (art. 6 et 14)* ». Le Comité a alors recommandé que l'Ethiopie garantisse que « *si la peine de mort est prononcée, ce ne soit que pour les crimes les plus graves et dans le respect des garanties de l'article 14 du Pacte. [...] Il devrait garantir que les personnes jugées par contumace bénéficient des garanties judiciaires* »⁵¹.

En droit congolais, la procédure inclue la double dimension pénale et civile, la jurisprudence appliquant le procès *in absentia* aussi bien à l'accusé qu'à l'Etat, même si dans ce dernier cas il ne saurait s'agir d'une partie en fuite.

S'agissant de l'absence de l'accusé, l'affaire *Kabala Mandumba Mundande et trois autres* (TMG Bukavu, 15 octobre 2012), où seul Kabala était à l'audience, les trois autres étant en fuite, semble offrir les meilleurs éléments d'appréciation de la pratique congolaise. Dans son jugement, et à propos de ces absents, le Tribunal a affirmé :

« Vu que la persistance de non comparution des prévenus KASEREKA Donat, MONGA MUKANGABANTU, NDAHISABA Emmanuel, tout au long de la procédure régulièrement engagée contre eux dans la présente cause devant le Tribunal de céans justifie l'application de l'article 326 et suivants du code judiciaire militaire relative au jugement par défaut.

...

Cela est d'autant plus vrai car le dossier instruit par l'OPJ, sera le 01 octobre 2010, transmis à l'Auditorat Militaire de Garnison de Bukavu (voir cote 13) avec un seul prévenu en détention, à savoir : le Sous-lieutenant KABALA ; ses co prévenus KASEREKA, MONGA et NDAHISABA ne seront pas déférés sous prétexte qu'ils se seraient évadés alors que, note le Tribunal de céans, dans le dossier de la présente cause aucun procès-verbal ne constate leur évasion.

Et 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 « cote 95 », commission par laquelle l'auditeur précité avait saisi son collègue de GOMA et informé toute la hiérarchie militaire des concernés jusqu'au commandant compagnie génie de RUMANGABO par où on aurait signalé la présence d'un des prétendus évadés, sont restés sans succès.

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 (sic) 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 (voir cote 40).

Le Tribunal dénote que la hiérarchie militaire dans ce cas sous analyse n'a pas collaboré avec la justice de manière transparente »⁵².

Dans cette affaire, la non coopération de la hiérarchie militaire ne pouvait être plus pâtante. Aucune suite n'a pourtant été donnée à cette obstruction au cours de la justice. Ailleurs, et sur le plan international surtout, une telle obstruction aurait pu engendrer une procédure d'outrage à la Cour pour non exécution d'un mandat d'amener / d'arrêt au mieux, ou pour obstruction à la justice, au pire. Et, devant de nombreux tribunaux internationaux les juges ont considéré que leur compétence en matière d'outrage était inhérente à la nature même de leur fonction, de sorte que le juge congolais n'aurait même pas besoin de chercher en droit interne si une telle procédure est permise. Il revient au juge de prendre des mesures aussi fermes pour asseoir son autorité et dissuader toute pratique abusive.

S'agissant de l'absence de l'Etat, l'affaire *Songo Mboyu* (TMG Mbandaka, 12 avril 2006) semble particulièrement pertinente. Dans cette affaire, l'Etat congolais ayant vu son exception préjudicielle rejetée, a refusé de plaider au fond. Le Tribunal a rapporté la situation en ces termes :

« A cette audience l'Etat Congolais, partie civilement responsable, cité régulièrement n'a pas été représentée et le Tribunal a retenu le défaut à sa charge sur réquisition du Ministère Public ;

...

Vu le retrait de Maître Jean-Pierre MBANGUNI, Avocat de la République Démocratique du Congo et son remplacement par Maître MBULAMATARI, ayant comparu à l'instance pour la toute première fois ;

Vu le refus de la partie civilement responsable de plaider quant au fond et la décision prise par le tribunal de céans de passer outre » ;

En clair, l'absence de l'Etat n'était pas physique mais limitée au débat au fond, puisque l'Etat a refusé de présenter des arguments sur la substance des allégations de responsabilité à son encontre. Le Tribunal a passé outre et a conclu au fond en condamnant la R.D.C. La difficulté ici se situe sur un plan ultérieur à cette procédure : l'Etat va-t-il tout de même exécuter cette décision ? En principe, il est tenu d'exécuter toutes les décisions mais les moyens de contrainte sont limités. Il revient encore au juge de s'assurer que la mise en œuvre est effective car les victimes ne sauraient faire face à un Etat qui défie la justice elle-même, sans le soutien de la puissance judiciaire.

Pour conclure sur la compétence *ratione personae*, il faut rappeler que les droits de l'accusé constituent une norme intransgressible de la justice pénale quelle qu'elle soit, et que c'est à leur aune que sera évaluée tout système pénal. Si le juge militaire doit connaître de crimes allégués à la charge d'un fugitif, il faut qu'il s'assure que la conduite du procès respecte ces droits. Enfin, il revient au juge de mettre en œuvre toute sa compétence pour s'assurer que l'exercice de son mandat ne soit pas affecté par des acteurs externes surtout des parties intéressées aux procédures.

II. LA COMPÉTENCE *RATIONE MATERIAE* : LES ÉLÉMENTS DE CRIMES EN JURISPRUDENCE CONGOLAISE

Le droit substantiel faisant l'objet de cette étude et définissant la compétence *ratione materiae* des juridictions congolaises en matière de crimes internationaux présente une difficulté d'identification en droit international pénal qui nous conduit à clarifier la question des sources.

En effet, il y a une pluralité d'instruments internationaux qui ont défini des crimes qu'on appelle internationaux en raison de leur contexte interétatique. Pour certains de ces crimes, il y a un consensus universel qui leur donne en sus de l'origine conventionnelle, une dimension coutumière de sorte que même l'Etat non partie à la convention serait tenue par la définition du crime. A ce dernier égard, il faut remarquer que l'exercice méthodique de la découverte de la coutume internationale est aujourd'hui fastidieux en raison du grand nombre d'Etats et de la complexité de leurs systèmes juridiques, et il revient quasi systématiquement à la jurisprudence d'identifier les normes pénales d'origine coutumière.

Comme pour toute autre branche du droit international, on recherchera donc les règles du droit international pénal dans les conventions et les coutumes, et accessoirement dans la jurisprudence et la doctrine⁵³. Pour chacun des trois crimes classiques du droit international pénal que constituent le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, il faut donc rechercher les normes conventionnelles ou coutumières qui leur ont donné naissance.

Ainsi le génocide a sa propre convention mais bénéficie aussi aujourd'hui d'une source coutumière⁵⁴. Les crimes de guerre quant à eux résultent d'une série de conventions depuis le XIXème siècle, celles de La Haye et de Genève étant les plus célèbres. Par ailleurs, le fait que l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 ait acquis une dimension coutumière élève également nombre de ces crimes au rang de coutume internationale⁵⁵. Enfin, les crimes contre l'humanité, dans leur ensemble, auront une origine conventionnelle plus furtive puisque c'est le Statut de Rome qui sera le premier instrument à les structurer. Toutefois, certains crimes contre l'humanité auront une vie similaire au crime de génocide, en ayant à la fois une base conventionnelle et coutumière⁵⁶. Et, il n'est pas difficile de trouver des différences entre les instruments de droit international lorsqu'ils portent sur les mêmes crimes.

Cette complexité des sources du droit international pénal nous conduit naturellement à limiter notre ambition ici à présenter une synthèse de chacun des crimes pertinents pour l'étude en nous référant essentiellement au Statut de Rome puisque c'est l'instrument par excellence appliqué par les juges congolais, et aux statuts des deux tribunaux *ad hoc* qui ont été en amont du développement récent de la matière. La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* sera aussi prise en compte en raison de son caractère fouillé et de sa pertinence pour les mêmes crimes. Par ailleurs, pour structurer notre analyse, il nous faudra distinguer l'un après l'autre les crimes qui

relèvent du droit international pénal, à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, de ceux résultant exclusivement du droit national, notre objectif étant d'identifier leurs éléments constitutifs pour conduire la réflexion critique sur la jurisprudence soumise à notre étude.

2.1. Le Crime de génocide

De tous les crimes internationaux qui nous préoccupent, le génocide est le mieux défini et circonscrit grâce à la Convention de 1948. Le crime y est défini comme suit :

« Article II

Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, ou 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 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 ».*

Tous les instruments ultérieurs reprendront cette définition, y compris l'article 6 du Statut de Rome qui est identique à cet Article II de la Convention de 1948.

Trois éléments sont à souligner dans cette disposition :

- (i) d'abord le génocide ne saurait être commis que contre l'un des quatre groupes protégés, à savoir les groupes nationaux, les groupes ethniques, les groupes raciaux et les groupes religieux ; sont donc exclus les groupes culturels et les groupes politiques⁵⁷ ;
- (ii) ensuite la personne responsable de la commission de tels crimes doit avoir eu l'intention de détruire en tout ou en partie ce groupe ; c'est là un élément moral supplémentaire qui n'est pas requis pour un crime ordinaire et qui est au cœur de la définition du crime de génocide ;
- (iii) enfin, il faut pouvoir prouver la commission de l'un des cinq actes matériels énumérés⁵⁸. C'est dans cette perspective que la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* a substantiellement enrichi l'interprétation de la Convention de 1948.

En droit congolais, l'article 164 du Code de Justice Militaire offre une définition du crime de génocide assez similaire à celle de la Convention de 1948. Une différence majeure est néanmoins introduite en droit congolais, qui consacre l'existence d'un d'un cinquième groupe protégé, les groupes politiques. L'article 164 dispose 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 notamment:*

- 1. meurtre des membres du groupe;*
- 2. atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres du groupe;*
- 3. soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;*
- 4. mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;*
- 5. transfert forcé d'enfants d'un groupe à un autre groupe.*

Chaque Etat reste libre de définir les crimes à sa guise. Toutefois, dans ses rapports avec d'autres Etats, seule la définition internationalement reconnue à travers la Convention, de 1948 s'agissant du génocide, prévaudra. Ainsi, par exemple, la R.D.C. ne pourra pas obtenir une extradition sur une allégation de génocide commis contre un groupe politique. Au-delà, toute variation nationale sur un crime bien établi en droit international pourrait entraîner une insécurité juridique. Il n'est pas impossible d'imaginer une procédure devant les instances des droits de l'homme contestant la licéité internationale d'une définition nationale qui différerait de la règle internationale établie.

Dans la jurisprudence que nous avons parcourue, une seule affaire incluant ce crime peut être relevée (TGI Kalamu, *Mputu Muteba Israël et al.*, jugement du 17 décembre 2011). C'est également la seule jurisprudence qui n'émane pas d'une juridiction militaire, alors même que la loi du 11 avril 2013 n'était pas encore adoptée.

En l'espèce, il s'agissait de juger des violations commises lors d'une attaque menée à la suite de la proclamation des résultats provisoires de l'élection présidentielle du 28 novembre 2011. Cette attaque a été conduite dans la commune de Selembao à Kinshasa par des jeunes supporters de candidats de l'opposition contre des fidèles de l'église kibanguiste, accusant ces derniers d'avoir soutenu Joseph Kabila, le Président candidat. Le pasteur a été tué durant cette attaque tandis que d'autres fidèles ont été grièvement blessés et l'église pillée et démolie.

Dans son jugement, le tribunal s'est référé au Statut de Rome en écartant le Code de Justice Militaire, seul instrument de droit congolais qui offrait pourtant une définition étendue du génocide incluant les crimes commis contre un groupe politique. Cette mise à l'écart du code de Justice Militaire ne doit toutefois pas surprendre. La justice militaire est spéciale et doit disposer de ses propres instruments qui ne sauraient être la base légale du raisonnement de juridictions ordinaires. Néanmoins, dans la mesure où aucune loi ordinaire ne traite du crime de génocide, il résulte une nécessité et une urgence d'une réforme qui introduirait tous les crimes internationaux dans le code pénal.

En écartant le Code de Justice Militaire, le Tribunal ne disposait plus que du Statut de Rome qui, selon le Tribunal : « *ne définit pas le génocide a priori comme une infraction d'ordre militaire, prévoit une peine moins sévère que celle retenue par la loi nationale précitée* »⁵⁹. En l'espèce, poursuit le Tribunal, « *il s'agit du génocide reproché aux civils en dehors de toute période de guerre, sans implication de militaire ni de policier, sans utilisation d'armes à feu ni d'effets militaires* »⁶⁰.

Si l'option prise par le Tribunal de laisser « inappliqué » le Code pénal militaire au profit du Statut de Rome est difficilement contestable, l'argumentaire utilisé à cet effet semble plutôt faible. Ce traité doit en effet être appliqué au détriment des lois nationales, non pour les motifs invoqués par le juge, mais plutôt en raison de la primauté que lui confère l'article 215 de la Constitution. Faire droit à l'argumentaire du Tribunal donnerait à penser qu'en l'état les juridictions militaires tirent leur compétence en matière de génocide du fait que celui-ci est constitutif d'une infraction d'ordre militaire, qu'il ne se commet qu'en période de conflit armé et qu'il requiert pour sa réalisation l'implication de militaires et de policiers, ou encore l'utilisation d'effets militaires. Ce qui est loin d'être le cas.

Par ailleurs, le TGI de Kalamu fait une erreur majeure dans sa compréhension du génocide qui ne saurait s'appliquer à un groupe politique. En la présente espèce, les

Kibanguistes ne sont pas attaqués pour leur conviction religieuse mais bien pour leur soutien politique à Joseph Kabila, et il ne semble pas y avoir de doutes à cet égard puisque le Tribunal le reconnaît clairement comme un fait établi. Le Tribunal résume ainsi le mobile du crime comme suit : « *aux motifs que ceux-ci (les fidèles kibanguistes) avaient porté leur choix au (sic) Président de la République Joseph Kabila Kabange lors des élections présidentielles du 28 novembre 2011* »⁶¹. En clair, le juge congolais a commis une erreur en qualifiant de génocide un crime *ponctuel* commis contre un groupe politique, en se fondant sur le Statut de Rome.

Par ailleurs, ce crime a été commis immédiatement après la proclamation des résultats de l'élection présidentielle et cette circonstance renforce le mobile sus-énoncé et extrait du jugement. Dans cette perspective, il semble difficile d'établir- et le Tribunal ne cherche d'ailleurs pas à le déterminer- une quelconque planification. Cet élément de planification est pourtant essentiel à la caractérisation de génocide. Ainsi, dans l'affaire *Kayishema et Ruzindama*, les juges du Tribunal Pénal pour le Rwanda affirment que « *même si l'existence d'un plan précis visant à détruire le groupe ne constituerait pas en soi un élément du génocide, il est néanmoins virtuellement impossible de perpétrer ce crime en l'absence d'un tel plan ou d'une telle organisation* »⁶². Les éléments de crime de la Cour Pénale Internationale⁶³ abondent dans le même sens lorsqu'ils précisent qu'en ce qui concerne le dernier élément de chaque crime, l'expression « dans le cadre de » devrait comprendre les « *actes initiaux d'une série en train de se faire jour* ». Et le dernier élément matériel du crime constitutif du génocide dont il s'agit est ainsi libellé : « *le comportement s'est inscrit dans le cadre d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre ce groupe, ou pouvait en lui-même produire une telle destruction* ».

En l'affaire, il n'est nulle part question d'une telle politique, qui aurait été définie par quelque autorité que ce soit. Les faits de l'espèce ne tendent pas à asseoir une telle politique. Tout ce qui apparaît est qu'il y a eu agression de la part de quelques jeunes du quartier environnant l'Eglise kibanguiste située sur l'avenue Tuisana, dans la commune de Selembao. Nulle part il n'est établi que ces jeunes exécutaient un mot d'ordre venant éventuellement d'une autorité identifiable comme telle. Bien plus, quoique des fidèles kibanguistes 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. Certes il y a eu des meurtres et des atteintes graves à l'intégrité physique, mais il est difficile d'en faire des actes matériels constitutifs du crime de génocide en dehors de l'existence préalable d'un contexte particulier, en l'occurrence un contexte fait d'une politique discriminatoire préexistante à l'égard de kibanguistes. Dès lors, toute analyse d'autres éléments constitutifs du génocide devient superfétatoire.

2.2. Les crimes contre l'humanité

Contrairement au crime de génocide, les crimes contre l'humanité ne disposaient pas, avant 1998, d'un instrument conventionnel. En effet, si le premier instrument conventionnel mentionnant les crimes contre l'humanité, la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, a été adopté en 1968⁶⁴, cette convention n'offre pas de définition des crimes contre l'humanité. A sa suite, la Convention de 1973 relative à l'apartheid⁶⁵ mentionne également les crimes contre l'humanité, sans toutefois offrir une définition générale de ces derniers puisqu'elle se limite au crime d'apartheid. Les Statuts des tribunaux *ad hoc* offriront les premières ébauches d'une définition générale que le Statut de Rome et les Éléments des Crimes viendront compléter en 1998 et 2002.

Sur le plan du droit international pénal, l'instrument de référence reste donc la Convention de Rome, dont l'article 7 dispose que : « *Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque* ». S'en suit une longue liste des actes matériels pouvant être constitutifs de crimes contre l'humanité⁶⁶ lorsque ces derniers sont commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique lancée contre la population civile, définie comme « *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* »

Pour résumer le droit substantiel du Statut de Rome s'agissant des crimes contre l'humanité, il faut que les éléments suivants soient réunis :

- (i) la perpétration d'un des actes énumérés en sachant que la liste n'est pas exhaustive puisqu'il y a deux catégories résiduelles, l'une spécifique aux violences sexuelles (Art. 7(1)(g)) et l'autre générale à tous les crimes contre l'humanité (Art. 7(1)(k))⁶⁷ ;
- (ii) une attaque généralisée ou systématique contre une population civile ; et
- (iii) la connaissance par la personne responsable que son acte participe d'une telle attaque.

A ces trois éléments, dont les deux derniers sont contextuels, il faut ajouter au cas par cas les éléments spécifiques à chaque type d'acte.

Dans la mesure où les crimes contre l'humanité ont eu un développement substantiel sur le plan de la coutume internationale, comparer cette disposition conventionnelle récente aux statuts des deux tribunaux *ad hoc*, semble néanmoins important pour déterminer la normativité générale. Trois catégories d'éléments se dégagent d'une telle comparaison.

D'abord chacune des trois institutions présentent un élément contextuel qui lui est propre : le Statut du TPIR insiste sur la nécessité que les crimes aient été commis sur une base discriminatoire (appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse) ; tandis que pour le TPIY ces crimes doivent avoir été commis dans le

cadre d'un conflit armé quelle qu'en soit la nature. En vertu du Statut de Rome, il faut une politique de l'Etat ou de l'organisation tendant à la perpétration de tels crimes. Chacun de ces éléments est à exclure de la définition générale des crimes contre l'humanité et n'est justifié que par les circonstances propres à chacune des trois institutions.

Ensuite, s'agissant des actes incriminés, les statuts font parfois référence aux mêmes comportements mais en de différents termes, avec plus de détails pour la CPI :

- a. « assassinat » au TPIR et au TPIY, et « meurtre » à la CPI ;
- b. « expulsion » au TPIR et au TPIY, et « déportation ou transfert forcé de population » à la CPI ;
- c. « emprisonnement » au TPIR et au TPIY pour « emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international » à la CPI ;
- d. « viol » au TPIR et au TPIY, pour « viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable » à la CPI ;
- e. « persécution » et « persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses » pour le TPIR et le TPIY, et « persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste (...), 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 » pour la CPI ; et
- f. « autres actes inhumains » au TPIR et au TPIY pour « 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 » à la CPI.

Ces différentes expressions recouvrent les mêmes réalités et seules les circonstances propres à chacune de ces deux générations d'institution expliquent le changement.

Enfin, dans une dernière catégorie, le Statut de Rome comporte des actes non énumérés dans les statuts des tribunaux *ad hoc*, à savoir les « disparitions forcées de personnes » et le « crime d'apartheid » ; mais ceci n'implique pas que ces deux actes ne sont pas incriminés pour le TPIR et le TPIY puisqu'ils sont implicitement inclus dans la catégorie résiduelle.

En clair, la définition qu'offre l'article 7 du Statut de Rome semble constituer conforme à la coutume internationale, exception faite de la condition d'existence d'une politique en vue de la perpétration du crime qui tend dans le cadre de la CPI à limiter la compétence de la Cour à des situations particulièrement graves⁶⁸.

En droit congolais, aucune disposition générale relative à l'incrimination de crimes contre l'humanité n'existe en dehors du code pénal militaire de 2002⁶⁹ dans sa Section 2 du Chapitre II du Titre V. La multiplication des définitions dans cette section du Code Militaire code semble néanmoins poser quelques problèmes d'articulation. Ainsi, l'article 165 du code pénal militaire définit les crimes contre l'humanité comme « *des violations graves du droit international humanitaire commises contre toutes*

populations civiles avant ou pendant la guerre ». Cet article précise que « *les crimes contre l'humanité ne sont pas nécessairement liés à l'état de guerre et peuvent se commettre, non seulement entre personnes de nationalité différente, mais même entre sujets d'un même État* »

Une seconde définition des crimes contre l'humanité est ensuite donnée à l'article 166 du code pénal militaire. En vertu de cet article « *constituent des crimes contre l'humanité et réprimées conformément aux dispositions du présent Code, les infractions graves (...) 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, sans préjudice des dispositions pénales plus graves prévues par le Code pénal ordinaire* ». Une longue liste de ces infractions graves est énoncée⁷⁰. Enfin, et de manière presque surabondante, l'article 169 du code pénal militaire dispose que « *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 perpétré dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée sciemment contre la République ou contre la population civile* ». La liste des actes matériels sous cet article est relativement réduite en comparaison de l'article 166⁷¹.

Ces dispositions offrent un panorama unique de crimes contre l'humanité qui sont de deux ordres ou générations. L'article 165 du Code pénal militaire exprime l'idée, historiquement justifiée, que les us et coutumes de la guerre, soit le droit international humanitaire, n'ont été développés que pour humaniser la guerre et que toute violation de ce droit est un acte inhumain, donc un crime contre l'humanité. Cela explique qu'il ne soit pas illicite de lier les crimes contre l'humanité à un contexte de conflit armé comme cela fut le cas dans le Statut du TPIY. L'article 166 s'inscrit dans une même perspective en définissant dans son tout premier alinéa les crimes contre l'humanité comme des violations du droit des conflits armés. Cet article, tous comme les articles 170, 171 et 172, semble néanmoins témoigner d'une logique différente dans la mesure où les actes énumérés semblent exiger une relation de proximité forte avec un conflit armé. Enfin, les actes énoncés à l'article 169 sont plus proches de la définition du Statut de Rome formant ainsi la nouvelle génération de crimes contre l'humanité.

Cette abondance de définition, parfois quelque peu contradictoires, empêche toute appréhension globale de la notion de crimes contre l'humanité. Ce problème est encore renforcé par la législation pénale ordinaire en R.D.C., qui ne contient aucune définition générale de ce type de crimes, mais développe des définitions spécifiques de certains actes matériels constitutifs de crimes contre l'humanité. Ainsi une modification du Code pénal congolais en 2006 introduit une définition du viol, de la prostitution forcée, du mariage forcé, de la mutilation sexuelle, du trafic et de l'exploitation d'enfants à des fins sexuelles, de la grossesse forcée, et de la stérilisation forcée⁷², tandis qu'une autre modification en 2011 introduit la criminalisation de la torture⁷³. Toutefois aucune de ces deux modifications ne fait référence à la qualification de crimes contre l'humanité⁷⁴, sauf indirectement dans la motivation du projet de loi pour l'une d'elles⁷⁵.

Enfin, et pour clore la présentation générale en droit congolais, il faut noter que, même si la R.D.C. n'est pas partie à la Convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et crimes contre l'humanité, il est bien établi dans son droit que les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles⁷⁶.

Le contexte des crimes contre l'humanité : une attaque généralisée et systématique lancée contre la population civile

Le caractère *généralisé* ou *systématique* des attaques est sans aucun doute un des éléments contextuels les plus difficiles à établir dans le cadre de la poursuite des crimes contre l'humanité. Les tribunaux *ad hoc* ont, de longue date, précisé que le caractère systématique renvoie à l'étendue de l'attaque et au nombre de personnes victimes, tandis que le caractère généralisé fait référence à l'organisation et au déroulement de cette attaque⁷⁷. Le récent jugement de la Cour Pénale Internationale dans l'affaire *Germain Katanga* confirme cette position en ces termes : « *L'attaque doit être généralisée ou systématique, ce qui implique que les actes de violence ne soient pas spontanés ou isolés. Il existe une jurisprudence constante selon laquelle l'adjectif « généralisé » renvoie au fait que l'attaque a été menée sur une grande échelle ainsi qu'au nombre de victimes qui en est résulté, tandis que l'adjectif « systématique » reflète, pour sa part, le caractère organisé des actes de violence commis et l'improbabilité de leur caractère fortuit. Il est également acquis, en jurisprudence, que le caractère systématique de l'attaque renvoie à l'existence d'un « scénario des crimes » se traduisant par la répétition, délibérée et régulière, de comportements criminels similaires* »⁷⁸.

Ces deux caractéristiques concernent l'attaque et non les actes incriminés⁷⁹. Quant à la population civile, elle a été définie conformément au droit international humanitaire comme l'ensemble des personnes non combattantes et ne prenant pas part aux hostilités. En cas de doute, une personne doit être présumée civile, et la présence de personnes non civiles au milieu d'une population civile ne saurait affecter le caractère civil de cette population en vertu de l'obligation de distinction dans la conduite des hostilités, et plus particulièrement lorsque ces personnes ont déposé les armes⁸⁰.

La jurisprudence congolaise ne semble pas s'écarter des lignes définies par les tribunaux internationaux même si peu d'affaires développent une analyse générale sur les crimes contre l'humanité. L'étude de la jurisprudence permet toutefois d'établir les éléments suivants :

L'attaque généralisée doit être distinguée de l'attaque systématique.

Ce point fait l'objet d'une jurisprudence constante depuis les premiers arrêts rendus en matière de crimes internationaux. Ainsi, déjà dans l'affaire *Songo Mboyo*, le Tribunal Militaire de Garnison de Mbandaka a jugé : « *L'attaque généralisée doit se distinguer de l'attaque systématique ; en effet, si la première présente un caractère massif par la pluralité des victimes et que menée collectivement présente une gravité extrême, la deuxième, quant à elle, implique la nécessité d'un plan préconçu ou une politique [...] L'attaque généralisée tient du fait de la pluralité des victimes, celle systématique tient du fait que l'acte est soigneusement organisé selon un modèle régulier en exécution d'une politique concertée mettant en oeuvre des moyens publics ou privés considérables [...]* »⁸¹.

Ces deux éléments seront précisés dans la jurisprudence ultérieure. Ainsi par exemple, s'agissant du caractère *systématique* de l'attaque, la Cour Militaire du Sud Kivu dans l'affaire *Balimusa* affirma que « *S'agissant du contexte des crimes contre l'Humanité, la Cour relève la condition tenant à la politique d'un Etat ou d'une organisation est*

remplie par une attaque planifiée, dirigée ou organisée et non par une attaque constituée d'actes de violences spontanés ou isolés »⁸². Dans l'affaire Kibibi, la Cour Militaire du Sud Kivu, s'appuyant sur la jurisprudence internationale, précisera encore que le caractère systématique d'une attaque « exige que l'attaque ait été organisée selon un modèle régulier (...) Une telle politique peut être mise en place par des groupes de personnes dirigeant un territoire spécifique ou par toute organisation capable de commettre une attaque généralisée ou systématique contre une population civile. Cette politique n'a pas besoin d'être énoncée de façon formelle »⁸³.

L'application pratique de ces éléments fait toutefois, parfois, l'objet d'incertitudes. Dans l'affaire *Kahwa* notamment le TMG de l'Ituri détaillant quelques éléments matériels pour qualifier l'attaque de *généralisée* indiquait que : « l'élément 'attaque généralisée' est ici pris en compte par rapport à la grande échelle de l'attaque matérialisée par l'effectif des armes lourdes, armes légères, effectifs de plusieurs hommes tous habillés en tenue militaire et détenant des motorolats [...], faisant la force de la milice PUSIC »⁸⁴. A certains égards, la nature et la quantité d'armements, l'organisation même de l'attaque pourrait apparaître comme des éléments de planification c'est-à-dire, en d'autres termes, comme des éléments permettant de caractériser une attaque systématique.

S'agissant du caractère *généralisé* de l'attaque, une jurisprudence constante retient que ce terme fait référence à une exigence quantitative. Il s'agit d'un seuil qui peut être atteint, soit par l'effet cumulatif d'une série d'actes inhumains, soit par l'effet singulier d'un seul acte d'une grande ampleur⁸⁵. Ainsi par exemple, selon la Cour militaire du Sud Kivu dans l'affaire *Balimusa*, l'attaque est généralisée « lorsqu'elle présente une gravité considérable et est dirigée contre une multiplicité de victimes. Il s'agit d'une attaque massive ou d'envergure, menée collectivement et dirigée contre un grand nombre de victimes »⁸⁶. Dans cette affaire, la Cour a considéré que l'attaque était généralisée « parce qu'elle a été menée par tous les militaires du bataillon, c'est-à-dire les quatre compagnies avec leurs commandants sur le terrain. 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 »⁸⁷. L'on se doit de reconnaître que le nombre élevé de victimes et le fait que les auteurs ont agi en groupe fondent *de facto* les caractères *massifs* et *collectifs* de l'attaque. Il faut noter qu'en revanche, le caractère fréquent, également requis pour caractériser une attaque de *généralisée*, n'est pas nécessairement envisagé selon un critère de répétition dans le temps par les juges congolais.

L'attaque doit être dirigée contre une population civile.

La jurisprudence a précisé la notion de population civile par référence au droit international humanitaire, selon les termes employés dans l'affaire *Balimusa* : « *par opposition aux membres des forces armées et aux autres combattants légitimes* »⁸⁸. Il s'agit, en la matière également, d'une position constante des juridictions militaires. En effet, déjà dans l'affaire *Songo Mboyo*, le Tribunal Militaire de Garnison de Mbandaka affirmait que « *Par la population civile il faut entendre les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités y compris les membres des forces armées qui ont déposés les armes et les personnes qui ont été mises hors combats. Mieux, la population civile vise les crimes d'une nature collective et exclus de ce fait des actes individuels des crimes au regard de la législation nationale, n'atteignant pas le degré*

d'importance de crime contre l'humanité »⁸⁹. Dans le même sens, le jugement *Kahwa* au premier degré énonce que l'attaque « a été commise contre la population civile qui ne participe pas aux hostilités, c'est-à-dire qui ne devait pas être considérée comme cible, n'ayant ni arme, ne contenant et ne protégeant aucun militaire ou cible militaire »⁹⁰. Sous cette définition classique, la notion de *population civile* s'entend largement, la présence de quelques militaires ne fait pas perdre à celle-ci sa protection⁹¹. L'arrêt *Balimusa* ne laisse aucun doute à cet égard lorsqu'il affirme que l'attaque doit être dirigée contre une population civile « c'est-à-dire toute personne civile par opposition aux membres des forces armées et aux autres combattants légitimes, même si l'on peut retrouver parmi les civils quelques personnes isolées n'ayant pas cette qualité »⁹². Néanmoins, cela signifie aussi que la population civile doit être la cible principale de l'attaque, et non pas en être incidemment la victime⁹³. La jurisprudence congolaise reprend en ce sens l'interprétation du TPIR, selon laquelle Les actes posés doivent s'inscrire dans le cadre de cette attaque généralisée contre une population civile, c'est-à-dire qu'il doit y avoir un lien entre les actes incriminés et l'attaque⁹⁴.

Les crimes doivent être commis en connaissance de cette attaque.

L'auteur des crimes doit avoir eu l'intention de produire le résultat prohibé. Ce principe essentiel, se trouve le plus précisément exprimé dans l'affaire *Lemera* :

« L'élément intellectuel d'un crime contre l'humanité se dégage de l'article 30 du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale aux termes duquel la culpabilité des agents ne peut être établie à suffisance de droit qu'au regard de leur responsabilité morale. Cette responsabilité se manifeste par une intention qui « relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement d'une part, et relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements d'autre part. »

II s'agit d'un *dol spécial* (*dolus specialis*) formé du dessin avéré d'adopter un comportement responsable et de la recherche d'une conséquence néfaste ou de la connaissance de la survenance de la dite conséquence dans le cours des événements. (Laurent MUTATA LUABA, *op. cit.*, p.27)

II résulte de la jurisprudence internationale que l'élément moral existe dès lors que « l'accusé se trouve conscient que son acte s'intègre dans une attaque généralisée ou systématique contre une population. » (Tribunal pénal international pour la Yougoslavie, affaire *BLASKIC*, paragraphe 244.)

L'intention criminelle consiste pour l'auteur de la connaissance de ce que son acte ou se comportement susceptible de conséquence néfaste, s'inscrit dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique. (L. MUTATA, *idem*) »⁹⁵.

Conforme aux standards internationaux, cette définition peut s'appuyer sur une jurisprudence constante des juridictions militaires⁹⁶. Sa mise en œuvre, inférant l'intention criminelle d'une série de déductions, n'est toutefois pas à l'abri des critiques. Il ressort en effet de cette définition que l'intention criminelle peut être déduite de la conscience que l'acte fait partie ou s'inscrit dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre la population civile, qui peut elle-même être déduite des circonstances de l'affaire lorsque ces circonstances démontrent que l'auteur ne pouvait pas ne pas savoir. Le lien logique entre ces différentes déductions

n'est malheureusement que rarement explicité dans les décisions analysées, qui ne permettent que rarement de déterminer que l'auteur des actes a effectivement connaissance des risques que ses actes faisaient courir aux victimes.

Ainsi par exemple, afin de vérifier que ces éléments étaient réunis dans l'affaire *Songo Mboyo*, les juges se sont contentés d'énoncer que « *dans le cas sous examen, les prévenus connaissaient, chacun en ce qui le concerne, que les actes cruels posés s'inscrivaient dans le cadre d'une attaque généralisée que les éléments du 9ème Bataillon infanterie avaient lancé sur la population civile de SONGOMBOYO* »⁹⁷. Le jugement ne fournit aucune information sur les éléments de preuves qui ont été utiles pour tirer cette conclusion.

Il en fut de même dans l'affaire *Botuli Ikofo et consorts*, dans laquelle le Tribunal militaire de Garnison de Mbandaka se contente de constater que « *en l'espèce le prévenu BAENDE connaissait en ce qui le concerne, que les tortures et viols perpétrés sur cette population s'inscrivaient dans le cadre d'une attaque généralisée que les éléments de la PNC BASANKUSU avaient lancé sur la population civile de LIKUNDJU, LIKAKO et INGANDA* »⁹⁸. Dans cette affaire, le TMG semble tirer cette conclusion du fait que « *le prévenu BAENDE LONGILIMA avait reconnu à tous les stades de l'instruction pré juridictionnelle et à l'audience publique d'avoir assuré la sécurité des victimes de torture* »⁹⁹ sans toutefois expliquer en quoi un tel comportement permet de déduire son intention criminelle.

A sa suite, l'arrêt *Kazungu* s'inscrit dans la même perspective. Dans cette affaire, le Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu retient qu'il « *vient que la contribution de SIBOMANA KABANDA était intentionnelle visant à faciliter l'activité criminelle du groupe en ce sens qu'il était notamment, gardien de tous les butins y compris les femmes enlevées, ceci rassurait le groupe à opérer paisiblement car leur butins étaient dans de bonnes mains* »¹⁰⁰. A aucun moment le Tribunal ne cherche à établir que l'auteur des actes avait effectivement connaissance des risques que ses actes faisaient courir aux victimes ou avait même conscience que son acte s'inscrivait dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre la population civile.

De manière plus surprenante encore, dans l'affaire *Lemera*, Le TMG d'Uvira semble déduire la conscience que l'acte fait partie ou s'inscrit dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre la population civile de la connaissance de la législation générale : « *Il en est ainsi en l'espèce du comportement des prévenus KAMONA MANDA, OKELO TANGI, GAHUNGU MANIRAGABA SENGIYUMVA, NDAGIJIMANA SEKUYA et MAMBWE MUKEBO Justin ; Sachant bien que la loi réprimait toutes violences sexuelles, surtout quand elles sont faites massivement contre une catégorie de la population civile, ils en ont toutefois commises au préjudice des dames (...) qui sont toutes des femmes, en les abusant sexuellement sans le consentement de chacune soit à l'école de KISHAGALA dans les salles de classe, soit dans les champs* »¹⁰¹.

Comme on peut le constater, le juge congolais fait sa synthèse de la définition établie par les instruments de la Cour pénale internationale en se référant invariablement à la jurisprudence des deux tribunaux *ad hoc* et de la CPI elle-même. Et c'est cette logique qui caractérisera l'analyse sur chacun des actes spécifiques incriminés sur lesquels les juges congolais se sont penchés dans les jugements étudiés, à savoir le meurtre, la torture, le viol et les autres actes inhumains.

Eléments matériels du crime contre l'humanité

S'agissant des éléments matériels du crime contre l'humanité, il est intéressant de noter que la jurisprudence congolaise semble adopter une approche large. Par exemple, dans l'affaire *Kibibi*, la cour congolaise a condamné l'accusé de crimes contre l'humanité car il avait commis des actes inhumains tel que le pillage, le fait de dépouiller les victimes, le fait de blesser par baïonnette ou poignard, le fait de renverser des femmes attaquées par coup de pied, le fait de placer des nourissons par terre, le fait de faire assister des proches des victimes à leur viol, les arrestations arbitraires et privations graves de liberté....¹⁰²

Cette approche large se double d'une définition relativement peu précise de la plupart des éléments énoncés par le Code de Justice militaire.

1. Pour le meurtre (Art. 7(1)(a) du Statut de Rome)

Les éléments à identifier dans une procédure pénale sont :

- L'auteur a tué une ou plusieurs personnes. (Note infrapaginale associée à *tué* : Le terme « tué » est interchangeable avec l'expression « causé la mort de ». La présente note s'applique à tous les éléments qui utilisent l'une de ces deux expressions.) ;
- Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ;
- L'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie.

La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* a défini le meurtre comme la mort de la victime à la suite d'un acte ou d'une omission de l'accusé avec l'intention de tuer ou de causer un dommage physique tel que la mort pouvait en découler¹⁰³. Elle a aussi clarifié la difficulté de traduction qui résultait de l'utilisation du terme *murder* dans la version anglaise et du terme *assassinat* dans la version française, en insistant sur l'élément intentionnel (intention de donner la mort) dans les éléments constitutifs du meurtre comme crime contre l'humanité et en excluant tout besoin de prouver une quelconque préméditation¹⁰⁴. C'est donc à bon droit que l'article précité du Code pénal militaire retient le meurtre et non l'assassinat, en suivant en cela le texte du Statut de Rome.

Dans la pratique, les juges congolais n'offrent pas une analyse suffisamment détaillée pour apprécier leur degré de compréhension de la complexité de la norme. Ainsi dans l'affaire *Maniraguha Jean Bosco et Sibomana Kabanda*, le TMG de Bukavu, dans son jugement du 16 août 2011 (pp. 43-44), a reconnu l'un des deux accusés responsable de meurtre en se contentant du récit des faits sans une discussion autour de leur qualification. Si le Tribunal a suivi strictement les trois éléments susmentionnés tirés des Eléments des Crimes de la CPI, l'absence de motivation de la qualification juridique va à l'encontre des droits de la personne accusée.

2. Pour la torture (Art. 7(1)(f) du Statut de Rome)

Il faut selon les Eléments des crimes établir, en sus des deux éléments contextuels classiques, que :

- L'auteur a infligé à une ou plusieurs personnes une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales ;
- Ladite ou lesdites personnes étaient sous la garde ou sous le contrôle de l'auteur ;
- Les douleurs ou souffrances ne résultaient pas uniquement de sanctions légales et n'étaient pas inhérentes à de telles sanctions ni occasionnées par elles.

En l'absence d'une jurisprudence de la Cour Pénale Internationale à cet effet, il faut se contenter de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* qui ont discuté de la torture comme crime contre l'humanité. Cette jurisprudence confirme ces trois éléments en ajoutant aussi qu'il n'est pas requis qu'un agent de l'Etat soit impliqué dans le crime¹⁰⁵ de sorte qu'un civil sans relations mêmes informelles avec l'Etat peut être condamné pour le crime de torture. Or la modification introduite en 2011 en droit congolais qui porte spécifiquement sur la torture impose bien une intention, bien que la définition en droit international coutumier telle que consacrée par le Statut de Rome, les Eléments des Crimes et la jurisprudence susmentionnée excluent expressément une intention spécifique¹⁰⁶.

Dans la pratique du juge congolais, on notera particulièrement le jugement du 16 août 2011 portant sur l'affaire *Maniraguha Jean Bosco et Sibomana Kabanda*. Dans cette affaire, le TMG de Bukavu a reconnu les deux accusés responsables de torture comme crime contre l'humanité, en s'attachant encore une fois aux éléments identifiés ci-dessus¹⁰⁷. Toutefois il faut, encore une fois, déplorer l'absence d'une analyse critique des faits avec une mise en évidence de l'évaluation de la preuve. Il faut également déplorer la confusion que le Tribunal introduit dans son énumération des faits qu'il retient au titre de la torture. Ainsi le Tribunal fait état de l'arrestation arbitraire et du viol de certaines victimes comme ayant été à l'origine du crime de torture pour lequel chacun des deux accusés est ici condamné. Or chacun de ces deux actes a été aussi incriminé de façon plus spécifique, l'un sous le crime d'emprisonnement et autre forme de privation grave de liberté physique¹⁰⁸, et l'autre sous le crime de viol, tous comme crimes contre l'humanité¹⁰⁹. A notre avis, il découle du principe *ne bis in idem* que l'accusé ne saurait être condamné sous deux incriminations pour le même fait, mais qu'il revient au juge d'opter pour la qualification juridique la plus appropriée aux circonstances. Le Tribunal commettrait donc une erreur en condamnant Sibomana pour torture et emprisonnement et autre forme de privation grave de liberté physique sur une même base factuelle, et en condamnant Maniraguha pour viol et torture, et pour emprisonnement et autre forme de privation grave de liberté, au titre des mêmes faits. Toutefois, en l'espèce, il semble que les faits dupliqués n'étaient pas les seuls à la base de la conclusion sur la torture, et il suffisait au juge d'omettre ici ces faits qui ont déjà servi pour des qualifications plus spécifiques.

3. Quant au viol (Art. 7(1)(g) du Statut de Rome),

Les Eléments des crimes établissent ses éléments constitutifs comme suit :

- 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. (Note infrapaginale associée à *possession*: L'expression « possession » se veut suffisamment large pour être dénuée de connotation sexospécifique.)
- 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. (Note infrapaginale associée à *libre consentement*: Il est entendu qu'une personne peut être incapable de donner un libre consentement si elle souffre d'une incapacité innée, acquise ou liée à l'âge. La présente note vaut aussi pour les éléments correspondants des articles 7 1) g)-3, 5 et 6.)
- Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.
- L'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie.

A cette définition détaillée du viol, il faut encore ajouter les éléments de la sous-catégorie résiduelle, les « autres formes de violences sexuelles ». Et, à cet égard, les Eléments des Crimes ont énuméré les éléments suivants :

- L'auteur a commis un acte de nature sexuelle sur une ou plusieurs personnes ou a contraint ladite ou lesdites personnes à accomplir un tel acte 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 desdites personnes de donner leur libre consentement.
- Les actes étaient d'une gravité comparable à celle des autres infractions visées à l'article 7, paragraphe 1) g), du Statut.
- L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant la gravité de son comportement.
- Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.
- L'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie.

Dans l'affaire *Kunarac et consorts*, le TPIY a identifié les éléments matériels constitutifs du crime de viol en droit international comme suit : pénétration de nature sexuelle sans le consentement volontaire de la victime, une telle contrainte pouvant découler des circonstances de l'acte¹¹⁰. L'arrêt dans l'affaire *Gacumbitsi* viendra

renforcer cette affirmation que l'absence de consentement pouvait découler des circonstances mêmes de l'acte¹¹¹. Dans l'affaire *Kvočka et consorts*, les juges de première instance, après avoir rappelé cette définition et sa confirmation en appel, ont ajouté qu'elle résultait du droit international coutumier¹¹².

Parmi tous les crimes internationaux, le droit congolais traite les violences sexuelles différemment en raison d'un contexte international général favorable et d'un regard porté sur les pratiques criminelles dans la guerre du Congo qui perdure. C'est dans la Constitution même que la règle centrale de cette catégorie de crime figure. Ainsi l'article 15 dispose :

« Les pouvoirs publics veillent à l'élimination des violences sexuelles.

Sans préjudice des traités et accords internationaux, toute violence sexuelle faite sur toute personne, dans l'intention de déstabiliser, de disloquer une famille et de faire disparaître tout un peuple est érigée en crime contre l'humanité puni par la loi ».

Cette disposition constitutionnelle de nature pénale est unique même si elle n'a pas contribué à rendre le droit pénal congolais plus clair. Ce droit offre nombre de dispositions relatives aux violences sexuelles sans qu'aucune ne comporte une définition méthodique permettant une identification facile des éléments du crime, de sorte que le droit international notamment la jurisprudence devrait jouer un rôle encore plus important. Ainsi en est-il de la Loi No 06/018 du 20 juillet 2006 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal Congolais, et exclusivement sur les violences sexuelles. La loi reste confuse avec une multitude de formes de violences sexuelles sans une articulation centrale qui en rendrait la compréhension plus aisée. Cela ne facilite pas l'émergence d'une jurisprudence stable et, surtout, claire.

Dans la jurisprudence étudiée, il faut souligner l'affaire *Balumisa Manasse et consorts* (9 mars 2011). Pour définir le viol, les juges de la Cour militaire du Sud Kivu (Bukavu) se sont contentés d'une référence littérale en reprenant tout simplement les éléments du viol tels qu'ils sont inscrits aux Eléments des Crimes de la CPI¹¹³. Selon la Cour, le crime contre l'Humanité par viol est constitué lorsque :

- 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 notamment par un organe sexuel ou par un objet ou toute autre partie du corps. Dans l'espèce toutes les femmes victimes ont subi les agressions sexuelles par pénétration des organes sexuels de leurs bourreaux dans leurs parties génitales ;
- L'acte a été commis par la force ou en usant à l'encontre de la victime de la menace de la force ou de la coercition ou à la faveur d'un environnement coercitif. Dans l'espèce les femmes violées l'ont été par des militaires porteurs d'armes, dans un environnement de panique générale, agissant en groupe, hormis quelques cas où ils étaient seuls (cas de la F18) ;
- Le comportement a fait partie d'une attaque généralisée dirigée contre une population civile. C'est en effet dans le cadre de l'opération de représailles menée à grande envergure contre les civils que tous ces viols ont été commis, même ceux commis le 29 puisque la traque des civils s'est

poursuivie jusqu'à l'arrivée du nouveau commandant de brigade et la relève du bataillon incriminé ;

- Enfin, l'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée contre une population civile ou ait entendu qu'il en fasse partie. Comme dit ci-avant, ceux qui ont commis ces viols ont agi en pleine conscience du fait qu'ils faisaient payer aux civils la mort du militaire LE BLANC.¹¹⁴

Cette énumération est toutefois restée strictement formelle puisque, lorsqu'il s'est agi de discuter le crime de viol, la Cour va se contenter d'apprécier les éléments contextuels et la forme de responsabilité sans discuter chacun de ces éléments spécifiques, leur énumération ayant été immédiatement suivie de la conclusion de la Cour qu'ils sont tous réunis. Il faut donc s'en référer au factuel dont la Cour avait fait le récit au tout début de l'arrêt, dans une forme narrative sans aucune analyse des éléments de preuve introduits et d'une quelconque motivation.

Dans l'affaire *Maniraguha Jean Bosco et Sibomana Kabanda*, le TMG Bukavu, dans son jugement du 16 août 2011, a reconnu l'un des deux accusés coupable en recherchant deux des trois éléments spécifiques identifiés ci-dessus tels qu'ils découlent des Eléments des Crimes de la CPI¹¹⁵. L'élément omis par le Tribunal est la connaissance par l'accusé « des circonstances de fait établissant la gravité de son comportement ». Or cet élément est propre à la CPI et affecte la compétence de la Cour. C'est donc à juste titre que le juge l'a omis.

Dans l'affaire *Kibibi Mutuare Daniel et consorts* (21 février 2011), la CM du Sud Kivu a aussi conclu à l'existence du viol comme crime contre l'humanité mais elle n'a retenu que trois des quatre éléments que nous avons identifiés plus haut sans s'expliquer¹¹⁶. La contribution positive de cette décision est que la Cour va illustrer chaque élément du crime avec les faits de l'affaire pour montrer au cas par cas que l'élément est bien présent. Mais cette illustration reste courte, sans compter que son fondement logique reste fort discutable.

Enfin, dans l'affaire dite *Songo Mboyo*, il a été aussi question de viol commis à grande échelle comme crime contre l'humanité¹¹⁷. D'abord il faut souligner que ce jugement est intervenu avant la loi de juillet 2006, et qu'en réalité cette loi n'a pas changé grand chose puisque les jugements ultérieurs discutés ci-avant n'ont pas eu une analyse du droit différente de celle des juges du TMG de Mbandaka. Ensuite, le caractère massif ici apparaît clairement comme une circonstance exceptionnelle dans la perpétration du crime et ne conduit pas à une qualification nouvelle et différente. Enfin, il faut regretter que malgré la qualité de l'analyse théorique autour de la preuve du viol, les juges n'aient pas procédé au cas par cas, avec une conclusion factuelle motivée sur chaque cas pour affirmer la responsabilité des accusés. Le Tribunal a certes discuté de chacun des accusés, mais son raisonnement est resté pour l'essentiel dans une rhétorique similaire qui ne s'attache pas aux faits et aux éléments de preuve introduits pour fonder pourquoi le Tribunal retient tel ou tel événement.

4. L'emprisonnement ou autres formes de privation grave de liberté physique.

Les Eléments des Crimes précisent que sont requis :

- « (1) L'auteur a emprisonné une ou plusieurs personnes ou autrement soumis ladite ou lesdites personnes à une privation grave de leur liberté physique.
- (2) La gravité du comportement était telle qu'il constituait une violation de règles fondamentales du droit international.
- (3) L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant la gravité de son comportement.
- (4) Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.
- (5) L'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie » .

Dans les statuts des tribunaux *ad hoc*, seul était connu l'emprisonnement même si dans la pratique, dans l'entendement des juges, il inclut bien toute privation arbitraire de liberté physique¹¹⁸. Le caractère arbitraire de la détention signifierait la gravité de la situation conformément au second élément identifié ci-dessus. Autrement dit, la formulation du Statut de Rome est juste plus explicite que celle des tribunaux *ad hoc*, et couvre donc la même réalité criminelle.

Dans la jurisprudence étudiée, seule l'affaire *Maniraguha Jean Bosco et Sibomana Kabanda* se rapporte à ce type de crimes. Dans cette affaire, le TMG Bukavu, dans son jugement du 16 août 2011, a considéré qu'il fallait rechercher quatre éléments : le Tribunal a ainsi combiné les deux derniers éléments sur notre liste ci-dessus, mais sans aucune explication. Et, une fois que le Tribunal a produit la liste et illustrer chaque élément, la conclusion est tombée : « [a]insi se trouvent reunis tous les elements constitutifs du crime et sera dit etabli a charge de tous les deux prévenus. »¹¹⁹.

5. La catégorie résiduelle des crimes contre l'humanité (Art. 7(1)(k)).

Cette catégorie se justifie par le caractère non exhaustif des actes énumérés comme pouvant constituer un crime contre l'humanité et permet une ouverture formelle vers des actes de gravité semblable et qui auraient entraîné « *de grandes souffrances ou porté gravement atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale* » des victimes¹²⁰.

Cette catégorie résiduelle est générale et se retrouve dans tous les statuts actuels consacrant des crimes contre l'humanité¹²¹. La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* n'est cependant pas étendue sur la question. Ainsi dans l'affaire *Stakic*, la Chambre d'appel a rappelé que le juge du fait doit apprécier la gravité de l'acte incriminé en comparaison avec les actes énumérés pour déterminer si cet acte a atteint le degré de l'inhumanité¹²². Dans l'affaire *Krajisnik*, la Chambre d'appel a conclu que la Chambre de première instance avait scrupuleusement suivi ce raisonnement pour aboutir à la conclusion que le transfert forcé de populations dans certains cas constituait un acte inhumain¹²³. Enfin, dans l'affaire *Bagosora et Nsengiyumva*, avec moult références, la

même Chambre d'appel a considéré que la profanation du corps de la Premier Ministre constituait aussi un autre acte inhumain¹²⁴.

Pour la pratique du juge congolais vis-a-vis de ce crime, il faut renvoyer à l'affaire *Balumisa Manasse* (9 mars 2011). Les juges y ont défini cette catégorie résiduelle en reprenant purement et simplement les éléments énoncés dans les Eléments des Crimes et en y intégrant des éléments de la jurisprudence ancienne du TPIR, à savoir :

« Les éléments constitutifs [d'un crime contre l'humanité par autres actes inhumains de caractère analogue¹²⁵] sont les suivants d'après l'article 7-1-k du Statut de Rome, tel que détaillés dans les éléments des crimes :

- *L'auteur a, par un acte inhumain, infligé de grandes souffrances ou porté gravement atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale de ses victimes. La jurisprudence internationale (TPIR, Aff. le Procureur c/NIYITEGEKA) retient tout acte ou omission susceptible de constituer une atteinte grave à la dignité humaine. Et dans l'affaire le Procureur c/KAYISHEMA, le TPIR indique 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. Dans l'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 ;*
- *L'acte avait un caractère similaire à l'un quelconque des actes visés à l'article 7-1 du Statut ;*
- *L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant les caractéristiques de l'acte ;*
- *Le comportement faisait partie d'une attaque généralisée dirigée contre une population civile ;*
- *L'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée dirigée contre une population civile »¹²⁶.*

Pour conclure sur les crimes contre l'humanité, il faut constater une nouvelle constante qui les différencie du crime de génocide. Tandis qu'il y a une seule affaire où le crime de génocide a été retenue, on voit que les crimes contre l'humanité sont quasiment dans tous les dossiers, comme le lot commun dont la population civile est victime, quelle que soit la botte qui l'écrase, puisqu'il y a des affaires à la fois contre des militaires gouvernementaux et des rebelles. Dans la section qui suit, nous verrons que les crimes de guerre sont aussi le lot commun, et il faut naturellement s'intéresser à comment les juges les distinguent des crimes contre l'humanité.

2.3. Crimes de guerre

Les deux catégories de crimes que nous venons d'étudier ont une base légale plus récente et souvent restreinte à un nombre plutôt limité d'instruments. Ce n'est pas le cas des crimes de guerre qui existent depuis des temps bien plus anciens, même si aucune date précise ne peut être donnée¹²⁷. De façon simple, un crime de guerre est une violation des us et coutumes de la guerre, ce droit de la guerre tendant à humaniser comme nous le disions tantôt la guerre qui est une inévitable constante des relations internationales. Depuis le 19^{ème} siècle, avec le mouvement de la Croix-Rouge, ce droit s'est beaucoup développé avec un foisonnement de conventions dont il serait ici fallacieux de vouloir établir un catalogue. Ce développement conventionnel n'affecte pas, cependant, le développement progressif du droit international donnant naissance à de nouvelles coutumes¹²⁸. Mais ce foisonnement a une conséquence majeure pour nous ici, qui est l'impossibilité d'offrir un catalogue exhaustif des crimes de guerre : il faut forcément se limiter à des catalogues qui existent déjà. Ainsi, en droit international nous avons un catalogue propre à chaque instrument qui a mis en place un organe juridictionnel. Et, dans ce développement du droit qui passe par la juridiction au sens institutionnel, le Statut de la Cour pénale internationale offre le catalogue le plus récent et le plus détaillé, et c'est celui-là qui nous servira de référent, avec l'enrichissement de l'interprétation qu'ont pu donner les autres juridictions pénales internationales dans la mesure où il y aurait des points de comparaison.

L'article 8 du Statut de Rome, énonce :

« 1. . *La Cour a compétence à l'égard des crimes de guerre, en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle.*

Aux fins du Statut, on entend par crimes de guerre :

- a) *Les infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'ils visent des personnes ou des biens protégés par les dispositions des Conventions de Genève¹²⁹ :*
- b) *Les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international¹³⁰ :*
- c) *En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international, les violations graves de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949¹³¹, 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 :*
- d) *L'alinéa c) du paragraphe 2 s'applique aux conflits armés ne présentant pas un caractère international et ne s'applique donc pas aux situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire ;*
- e) *Les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international, dans le cadre établi du droit international, à savoir l'un quelconque des actes ci-après¹³² :*
- f) *L'alinéa e) du paragraphe 2 s'applique aux conflits armés ne présentant pas un*

caractère international et ne s'applique donc pas aux situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire. Il s'applique aux conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux.

3. Rien dans le paragraphe 2, alinéas c) et e), n'affecte la responsabilité d'un gouvernement de maintenir ou rétablir l'ordre public dans l'État ou de défendre l'unité et l'intégrité territoriale de l'État par tous les moyens légitimes »

De cette disposition particulièrement longue, il faut retenir deux grands axes pour les crimes de guerre, à savoir les deux formes de conflits armés : le conflit armé international et le conflit armé non international. En fonction du type de conflit armé, les normes varient, avec cette constante que pour le conflit armé international il y a un bien plus grand nombre d'instruments et un plus grand degré de précision dans la définition de ces crimes, tandis que pour le conflit armé non international il y a peu d'instruments, la coutume jouant un plus grand rôle. Toutefois, dans la pratique, les crimes qu'il s'agisse d'un conflit armé international ou non international se rapprochent fortement, et seules leurs sources diffèrent. Et, au cœur de l'architecture juridique des crimes de guerre se trouvent les 4 Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels (2 en 1977 et 1 en 2005)¹³³. De cette architecture, seul le Protocole II est spécifique aux conflits armés non internationaux, avec l'article 3 commun aux quatre Conventions dont la nature coutumière a été établie par une jurisprudence variée¹³⁴.

Notion de crime de guerre en droit congolais

Sur le plan national, la définition des crimes de guerre reste furtive et vague, et cela depuis toujours. Ainsi déjà en 1990, l'article 502 du Code de justice militaire définissait les crimes de guerre comme « *toutes infractions aux lois de la République du Zaïre qui ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre* ». Cette disposition, même si elle n'est plus en vigueur, résume fort bien le système congolais vis-à-vis des crimes de guerre : il y a les infractions en vertu du droit international et des infractions spécifiques au droit congolais. Ainsi par exemple le Code pénal de 1940 tel que modifié en 2006, dans ses articles 183, 189 et 192, a défini le crime de trahison et des crimes similaires portant atteinte à la sécurité de l'Etat, en les liant à la guerre, bien que les incriminations n'aient pas toutes une base en droit international. Pour le droit actuel, c'est surtout le Code judiciaire militaire de 2002 qui prévaut et il reprend la définition de 1990 :

« **Art. 173.** — *Par crime de guerre, il faut entendre 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* ».

Par ailleurs, le Code de Justice Militaire (2002) n'offre pas de liste des crimes de guerre. Il y est uniquement spécifié que les crimes de guerre sont imprescriptibles (Art. 10 CJM 2002), que l'immunité liée à la qualité officielle ne constitue point une cause d'exonération (Art. 163 CJM 2002) tandis que les lois d'amnistie ont

soigneusement évité les crimes internationaux¹³⁵, et que le principe d'indivisibilité ou de connexité s'applique en donnant la préférence juridictionnelle aux juges militaires (Art. 161 CJM 2002).

Pour des définitions, il faut donc, à notre sens, se référer aux dispositions de droit commun, lorsqu'elles en offrent. Ainsi, par exemple, pour la torture, la loi de 2011 (Art. 48 *bis*) établit la définition comme suit : « *Tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public ou toute personne agissant sur son ordre ou son instigation, ou avec son consentement exprès ou tacite, qui aura intentionnellement infligé à une personne une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, aux fins 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.* »¹³⁶ Pour la torture comme crime de guerre, il faut donc ajouter les éléments contextuels à cette définition de droit commun. Il en est de même pour les crimes de guerre liés aux mines antipersonnelles, une autre loi de 2011 ayant créé l'infraction de droit commun¹³⁷. Il en aurait pu être de même pour les crimes sexuels avec la loi de 2006 si celle-ci avait offert une définition de chacun des actes incriminés¹³⁸.

Cette gymnastique intellectuelle pour chaque infraction ne rend pas aisée la compréhension du droit, ni pour les juges ni pour les avocats, encore moins pour les individus notamment les militaires qui sont les plus exposés dans la perpétration de ces crimes-ci. C'est donc une conséquence quasi prévisible que la jurisprudence ne soit pas à la hauteur du degré de précision des crimes de guerre sur le plan international.

En pratique, et avant d'étudier en détail la jurisprudence congolaise, il faut souligner qu'à l'incrimination de crime de guerre doit correspondre, dans une procédure judiciaire, une logique simple mais complexe dans ses éléments où il faut en tout premier lieu déterminer l'existence d'un conflit armé et la qualification de ce conflit qui va permettre d'identifier le corpus juridique applicable. Ensuite, il faut identifier la règle violée, et par la même occasion la protection que cette règle met en place pour mieux mettre en exergue les éléments du crime. Or cette logique n'est pas clairement suivie dans la jurisprudence congolaise étudiée ici. Et même lorsque les éléments du raisonnement apparaissent, ils ne sont pas appréciés comme requis en droit international. Nous allons donc nous pencher sur ces éléments dans leur ordre logique, en présentant dans chaque cas successivement la jurisprudence internationale puis la jurisprudence congolaise pour fonder notre critique ci-dessus.

De manière presque tautologique, le tout premier élément à identifier dans une logique de crimes *de guerre* est l'existence d'un conflit armé. Les Conventions de Genève utilisent ce concept de *conflit armé*, en évitant la terminologie de *guerre*, mais n'offrent aucune définition pour laisser à la pratique le soin de déterminer les critères. Le TPIY ayant hérité du concept a tenté de le définir. Dans l'affaire *Tadic*, le TPIY va adopter une définition qui restera constante dans la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*. Ainsi, selon la Chambre de première instance dans cette affaire, il y a un conflit

armé dès lors qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou entre les autorités étatiques et un groupe armé ou entre des groupes armés au sein d'un Etat¹³⁹.

Ces principes ont été transposés dans la jurisprudence congolaise. Ainsi, dans l'affaire *Bavi*, la défense du principal prévenu a plaidé le rejet de la qualification de crime de guerre, en soutenant que « *l'article 29 du code judiciaire militaire veut que le temps de guerre ne commence qu'au jour fixé par le Président de la République pour la mobilisation des forces armées, condition non réalisée en l'espèce* »¹⁴⁰. Le tribunal a judicieusement répondu que « *ces dispositions ont été adoptées comme circonstances aggravantes de certaines infractions* » mais n'ont « *aucun rapport avec l'infraction 'crime de guerre' qui n'exige simplement que l'existence d'un conflit armé pour qu'un acte soit qualifié de crime de guerre* »¹⁴¹. Pour établir l'existence de ce conflit, le tribunal relève qu'« *en l'espèce, il ressort de l'instruction que pendant la période du [...], au [...], les Forces Armées de la République Démocratique du Congo sont en conflit armé avec une milice armée commandée par le dénommé COBRA MATATA (suit la description du lieu)* » et que « *le bataillon auquel appartiennent tous les prévenus étaient en hostilités avec le groupe armé commandé par le sieur COBRA[...]* »¹⁴².

Citant la jurisprudence du TPIR, le tribunal concède qu'il doit exister un lien entre le comportement criminel et le conflit armé mais que ce lien n'implique pas forcément que l'infraction ait été commise à l'endroit où se déroulent les hostilités. En appel, la Cour se contente de constater que les meurtres, viols et pillages ont eu lieu dans les mêmes circonstances, « *c'est-à-dire celui d'un conflit armé ne présentant pas un caractère international, soit entre le Bataillon intervention de la 1ère Brigade intégrée et une milice armée de l'Ituri commandée par un certain COBRA MATATA* »¹⁴³.

Il en fut de même dans l'affaire *Mupoke* (15 octobre 2012). Dans cette affaire, le ministère public avait allégué un crime contre l'humanité mais le TMG de Bukavu a retenu un crime de guerre¹⁴⁴. En l'espèce, il n'y avait pas d'hostilités entre les FARD CONGO et d'autres forces mais seulement une attaque des FARD CONGO contre un marché dans lequel elles supposaient qu'il y avait des FDLR. A cet endroit spécifique, il n'y avait donc pas de conflit armé. Toutefois l'attaque du marché s'inscrit dans le contexte général de la guerre entre les FARD CONGO et une multitude de groupes armés dont les FDLR, et, à notre sens, la qualification d'un crime de guerre s'imposait en raison de la connexité que le droit congolais a bien mise en évidence.

Une fois l'existence d'un conflit armé déterminée, il faut qualifier ce conflit armé, soit d'international soit de non international. La définition est, ici également, souple et pragmatique. En principe, le conflit armé international oppose deux Etats et le conflit armé non international serait l'antithèse couvrant un champ plus étendu¹⁴⁵. Il est cependant possible qu'un Etat s'immisce directement ou indirectement dans un conflit armé non international. Un tel élément devrait conduire à une requalification du conflit armé en conflit armé international. Or, en R.D.C., cette dernière situation existait bien avec le déploiement de troupes ougandaises¹⁴⁶ et rwandaises pour ce qui est de notoriété publique. Les juges congolais ne semblent toutefois pas avoir perçu cette nuance.

Ainsi, dans l'affaire *Bongi*, constatant que le Statut de Rome ne définit pas le conflit armé présentant un caractère international, les juges le définissent par le biais d'un long développement théorique avant de conclure, « *qu'en l'espèce toutes les hypothèses de*

crimes de guerre commis dans le contexte d'un « conflit armé international » sont écartées car les FRPI, l'UPC armée, le FNI armé, le PUSIC armé ne sont en effet que des milices ou groupes armés internes organisés qui se battent contre les FARD CONGO »¹⁴⁷. Pourtant en décrivant le conflit en Ituri, le tribunal avait postérieurement relevé que « les armées étrangères dont celle de l'Ouganda et autres ont aggravé cette situation en apportant leur soutien en matériel de guerre, en finances ou en personnel à l'un ou l'autre de ces groupes armés »¹⁴⁸.

De même, dans l'affaire *Kahwa*, le tribunal considéra que « le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit ne présentant pas un caractère international, en l'occurrence les milices Hema et Lendus se battaient entre eux » alors même que le jugement mentionne également le fait que le prévenu « s'est organisé en commandant les armées de l'Ouganda et du Rwanda [...] pour combattre les ennemis qui menaceraient sa communauté Héma de génocide¹⁴⁹. Si les juges avaient en leur possession des éléments de preuve établissant une intervention déterminante de troupes étrangères sur le territoire congolais, ils auraient pu juger qu'il s'agissait d'un conflit à caractère internationalisé.

A ces deux éléments contextuels, il faut ajouter que la personne commettant l'acte incriminé doit avoir connaissance de l'existence d'un conflit armé auquel son acte participe. Il doit aussi avoir connaissance de la protection dont bénéficie la victime. Il s'agit là d'un élément moral double, qui sera présumé dans bien des cas puisque l'existence du conflit armé serait bien connue, notamment pour les combattants, et il est de bon sens que la licence de nuire en guerre se limite à l'objectif militaire d'une victoire. Dans le cadre particulier de la Cour pénale internationale, l'article 8(1) du Statut introduit un autre élément contextuel pour limiter la compétence de la Cour aux seules circonstances de crimes de guerre s'inscrivant dans un plan ou une politique ou commis à grande échelle. Toutefois ce critère ne vaut pas pour les juridictions nationales qui restent compétentes en toute circonstance.

Actes matériels constitutifs de crimes de guerre dans la jurisprudence congolaise

1. Le meurtre

Dans les Eléments des Crimes, à l'article 8(2)(a)(i), deux éléments constitutifs spécifiques du crime de meurtre sont identifiés comme suit :

- (i) le fait de causer la mort d'une ou de plusieurs personnes ; et
- (ii) la ou les victime(s) bénéficie(nt) d'une protection légale.

Dans l'affaire *Mupoke*, le TMG de Bukavu s'est fondé sur l'Article 8(c) du Statut de Rome et sur les Articles 5 et 6 du CPM (2002) pour déterminer les éléments suivants :

*« 1. L'auteur a tué une ou plusieurs personnes ;
En espèce, une des balles de feu nourri au marché de MUPOKE avait fini sa course dans le ventre de mademoiselle (...), âgée de 18 ans et fille de M3 laquelle après quelques minutes a rendu l'âme.
Mais la question de savoir l'arme de quel prévenu a tué (...) est superfétatoire car le fait que le prévenu KASEREKA a donné l'ordre de tirer sur les marchands,*

que les prévenus KABALA, NDAHISABA et MONGA se sont servis de leurs armes et par ce fait ont déterminé ou poussé les autres militaires de se servir de leurs armes aussi, que la balle ayant tué MAHOMBI soit celle de KABALA ou de tout autre militaire ; ils doivent tous en répondre car ils ont contribué à la commission et agi par concert de volonté.

2. ladite personne ou lesdites personnes étaient hors de combat ou des personnes civiles ..., dans le cas sous examen, il s'agissait d'une fille élève qui se trouvait au marché où elle était partie chercher les vivres. Elle était civile parmi bien d'autres.

3. l'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant ce statut, en l'espèce, le prévenu KABALA reconnu à la côte 24 qu'il avait appris le DIH ainsi que cela découle de l'audience publique du lundi 08 octobre 2012.

4. le comportement a eu lieu dans le contexte de, et était associé à, un conflit armé ne présentant pas un caractère international ; le Lieutenant KABALA et co prévenus savaient qu'ils étaient en opération militaire contre les combattants FDLR qui sont un groupe armé étranger opérant en RD CONGO mais n'ayant pas un statut international car ils ne bénéficient d'aucune aide du Rwanda leur pays ni n'agissent en son nom et ne reçoivent même pas l'aide de tout autre Etat, ils n'ont même pas vocation de conquérir la RD CONGO.

5. l'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé »¹⁵⁰.

Le Tribunal a ainsi associé les faits au droit de façon dynamique, et cela est louable. Ce jugement soulève toutefois plusieurs questions. Tout d'abord il est patent que les faits manquent de précision et que le juge n'ait pas trouvé mieux que de condamner tous les prévenus de façon solidaire et donc discutable. Ensuite le Tribunal a introduit un élément superfétatoire en requérant que l'accusé ait « volontairement commis un homicide sur la personne de... » lorsque cette volonté est déjà au cœur des éléments du crime. Mais ce rajout est sans conséquence à notre sens.

Les juges ont repris les mêmes cinq éléments dans d'autres jugements et notamment l'affaire *Comd Pantove Merike et Comd Bose Nibamwe Bazirake* (2 octobre 2011).

2. Les crimes sexuels

Dans le contexte particulier de la R.D.C., la notion de crimes sexuels est particulièrement importante.¹⁵¹ Ces crimes sont qualifiés différemment mais le plus commun d'entre eux est le viol. Dans les *Eléments des Crimes*¹⁵², les deux éléments suivants doivent être réunis pour le viol en sus des éléments contextuels :

1. L'auteur a pris possession du corps d'une personne de telle manière qu'il y a eu pénétration, même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute autre partie du corps.

2. L'acte a été commis par la force ou en usant à l'encontre de ladite ou desdites ou de tierces personnes de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement.

D'autres qualifications de crimes sexuels sont également inscrites aux instruments de la CPI, à savoir : l'esclavage sexuel¹⁵³, la prostitution forcée¹⁵⁴, la grossesse forcée¹⁵⁵, la stérilisation forcée¹⁵⁶ et les autres formes de violences sexuelles¹⁵⁷.

En R.D.C., le cadre légal s'est adapté aux pratiques criminelles des parties aux conflits consécutifs. C'est ainsi qu'a été adoptée la Loi No 06/018 du 20 juillet 2006 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal congolais qui portent sur les violences sexuelles. Dans la motivation de cette loi, il est spécifiquement fait référence au droit international humanitaire de sorte qu'il faut comprendre que le législateur a voulu introduire dans le droit pénal congolais les crimes de guerre tels qu'ils découlent du droit international. Et on notera au nombre des incriminations que cette loi introduit dans le droit pénal congolais :

- l'attentat à la pudeur (Art. 167) ;
- le viol (Art. 170) ;
- l'excitation [*sic*]¹⁵⁸ des mineurs à la débauche (Art. 172, 173, 174, 174(b)) ;
- la prostitution forcée (Art. 174(c)) ;
- le mariage forcé (Art. 174(f)) ;
- la mutilation sexuelle (Art. 174(g)) ;
- la zoophilie (ou le fait d'entretenir des relations sexuelles avec un animal ou contraindre une autre personne à en avoir) (Art. 174(h)) ;
- la transmission délibérée des infections sexuellement transmissibles incurables (Art. 174(i)) ;
- le trafic et l'exploitation d'enfants à des fins sexuelles (Art. 174(j)) ;
- la grossesse forcée (Art. 174(k))¹⁵⁹ ;
- la stérilisation forcée (Art. 174(l)) ;
- la pornographie mettant en scène des enfants (Art. 174(m)) ; et
- la prostitution d'enfants (Art. 174(n)).

Il faut noter qu'aucune des dispositions susmentionnées n'offrent une quelconque définition du crime même si celui-ci est chaque fois associé à une peine.

Dans la pratique, le juge congolais sera très souvent saisi de crimes sexuels mais exhibera la même lacune d'analyse des faits pour une qualification motivée, avec une tendance particulière à s'engager dans des détails apparemment sans pertinence. Il faut toujours souligner l'effort fait dans le jugement *Mupoke* (15 octobre 2012) dans lequel les juges ont pour chaque crime identifié ses éléments constitutifs et procédé à une analyse systématique, élément par élément : cette analyse manque cependant de substance et se limite essentiellement à un rappel factuel.

Ainsi, dans la partie « Analyse des faits dans leur matérialité », le Tribunal, dans une analyse précautionneuse, met en doute les déclarations du prévenu selon lesquelles « *sa compagnie et lui-même étaient disciplinés lors de cette attaque. Ils n'ont ni pillé, ni violé ni posé tout autre acte de nature à priver les marchands de leur droit. Il poursuit qu'après l'opération, sa compagnie était instruite pour faire route avant l'autre compagnie. Il ne pouvait donc pas savoir ce qui se passait derrière lui* »¹⁶⁰. Le prévenu, bien que reconnaissant que 4 femmes ont été violées à KATUKU, affirmait ne l'avoir su que « *le lendemain matin, soit le 18 janvier 2012, à travers son Motorola par lequel il a entendu un de leur ordonner que ces 4 femmes retournent chez elles* »¹⁶¹. Il affirmait également qu'il « *ne pouvait les voir car sa compagnie était en*

progression »¹⁶². Le Tribunal, notant que « le prévenu soutient qu'il a vu de ses yeux 3 sacs seulement des farines de manioc appartenant au chef S3 et S2 alors que ceux-ci étaient derrière avec la 4^e compagnie »¹⁶³ affirma qu'il « y a lieu de tirer dans cette contradiction du prévenu KABALA les manœuvres dilatoires qui opacifient dans son esprit le réel de l'imaginaire, le poussant à aller de la simple modification de la vérité à la fabulation, moyen par lui développé pour se disculper. De ses récits, les juges en déduisent que de la même manière qu'il a vu les 3 sacs de farine alors qu'il était en troupe avancée, de cette même manière, il a vu aussi les 4 dames violées »¹⁶⁴.

Cette analyse systématique de la matérialité des faits, indispensable au raisonnement judiciaire, ne doit néanmoins constituer qu'une première étape. Une fois les faits établis, encore doivent ils être qualifiés et la responsabilité de l'accusé prouvée. C'est précisément là que le bât blesse. Le Tribunal, dans la partie « Sur les preuves considérées par le Tribunal », se contentera en effet d'affirmer que « *Il a été également constaté que le prévenu KABALA eut été en contact avec une des 4 femmes violées à KATUKU et de ses propres yeux avait vu 3 sacs de farine appartenant à ses co prévenus alors qu'il n'y avait personne pour le leur vendre. Ceci est la preuve, qu'il y avait viol et pillage, notamment »¹⁶⁵*

3. La torture

Une autre infraction que l'on retrouve, quoique moins souvent, dans la jurisprudence congolaise, est la torture comme crime de guerre. Dans les Eléments des Crimes [Art. 8(2)(a)(ii)(1)], ses éléments constitutifs sont identifiés comme suit :

1. L'auteur a infligé une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une ou plusieurs personnes.
2. L'auteur a infligé cette douleur ou ces souffrances afin, notamment, d'obtenir des renseignements ou des aveux, de punir, d'intimider ou de contraindre ; ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination, quelle qu'elle soit.
3. Ladite ou lesdites personnes étaient protégées par une ou plusieurs des Conventions de Genève de 1949.

La pratique des juridictions congolaises, encore une fois, retient ces éléments constitutifs mais se garde de toute analyse approfondie. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Mupoke*, le TMG de Bukavu a défini la torture comme crime de guerre et énoncé ses éléments constitutifs comme suit :

« Par définition, la torture est entendue, à l'article 7§2 au point 'e' du statut, comme étant « le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle...,

Elle est aussi définie de manière beaucoup plus large par la convention contre la torture de 1984 comme suit, « 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 »

166

Il s'en suit que pour sa matérialisation, cette incrimination exige la réunion des éléments constitutifs ci-après :

1. L'auteur a infligé une ou plusieurs personnes une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales...
2. L'auteur a infligé cette douleur ou ces souffrances afin, notamment, d'obtenir des renseignements ou des aveux, de punir, d'intimider ou de contraindre, ou pour une raison fondée sur une discrimination, quelle qu'elle soit...
3. Ladite ou lesdites personnes avaient été mises hors de combat ou étaient des civils ou des membres du personnel médical ou religieux ne prenant pas activement part aux hostilités...
4. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant ce statut...
5. Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé ne présentant pas un caractère international...
6. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé.

A ensuite suivie la conclusion du Tribunal sans une articulation détaillée entre les faits et le droit, avec une évaluation de la preuve.

4. Le pillage

Les éléments constitutifs du pillage comme crime de guerre ont été identifiés comme suit :

1. L'auteur s'est approprié certains biens.
2. L'auteur avait l'intention de spolier le propriétaire des biens et de se les approprier à des fins privées ou personnelles.
3. L'appropriation s'est faite sans le consentement du propriétaire.

Le second crime est l'attaque contre des biens protégés [Art. 8(2)(b)(ix)] dont les éléments constitutifs, conformément aux Elements des Crimes, sont :

1. L'auteur a lancé une attaque.
2. L'objectif de l'attaque était un ou plusieurs 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, qui n'étaient pas des objectifs militaires.
3. L'auteur entendait prendre pour cible de son attaque lesdits 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, qui n'étaient pas des objectifs militaires.

Ces deux crimes sont proches dans la pratique criminelle puisque l'attaque contre les biens, mais aussi les personnes, est souvent suivie d'une spoliation des personnes au profit des militaires. Dans la pratique, une fois de plus, les juges s'en sont essentiellement tenus aux éléments identifiés ci-dessus sans analyser plus avant comme nous l'avons déjà regretté à plus d'une reprise¹⁶⁷.

III. LES FORMES DE PARTICIPATION AU CRIME

De façon classique, deux formes de perpétration peuvent être mises en avant: soit l'accusé a posé un acte ayant contribué à la perpétration du crime, étant précisé que la contribution à la perpétration peut être directe ou indirecte, soit c'est son omission même qui est incriminée lorsqu'il n'a pas prévenu le crime ou n'en a pas sanctionné la commission, alors même qu'il savait que la perpétration se préparait ou avait eu lieu.

En retenant uniquement ces formes de participation, le Statut de Rome apparaît comme une tentative de retour aux origines en optant pour une simplicité qui devenait nécessaire pour mettre fin à une dérive des tribunaux *ad hoc* ou l'entreprise criminelle conjointe servait plutôt à masquer l'absence de preuves sérieuses aux yeux du Procureur même¹⁶⁸.

3.1. Les formes de participation définies par le Statut de Rome

Le Statut de Rome définit le concept classique de la forme de participation au crime comme suit :

Article 25 : Responsabilité pénale individuelle¹⁶⁹

[...]

3. *Aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si :*

- a) Elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ;*
- b) Elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime ;*
- c) En vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission ;*
- d) Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :*
 - i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou*
 - ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ;*

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

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

3 bis. S'agissant du crime d'agression, les dispositions du présent article ne s'appliquent qu'aux personnes effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État.

[...]

Ensuite, le Statut définit la responsabilité du supérieur hiérarchique en ces termes :

Article 28 Responsabilité des chefs militaires et autre supérieurs hiérarchiques

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

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

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

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

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

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

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

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

Les différents concepts de la forme de participation ont largement été précisés par la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* mais aussi par la jurisprudence de la CPI elle-même, et celle-ci est particulièrement importante en l'espèce. Ainsi, dans l'affaire *Lubanga* par exemple, les juges ont clarifié la notion de *coaction* et identifié les éléments suivants :

« L'Accusation doit, pour chaque charge, prouver :

- i) que l'accusé et au moins un autre coauteur avaient un accord ou un plan commun qui, une fois mis en œuvre, aboutirait dans le cours normal des événements à la commission du crime considéré ;
- ii) que l'accusé a apporté au plan commun une contribution essentielle qui a abouti à la commission du crime considéré ;
- iii) que l'accusé entendait procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans ou les faire participer activement à des hostilités, ou qu'il était conscient que par la mise en œuvre du plan commun, ces conséquences « adviendraient dans le cours normal des événements » ;
- iv) que l'accusé avait conscience qu'il apportait une contribution essentielle à la mise en œuvre du plan commun ; et
- v) que l'accusé avait connaissance des circonstances de fait qui établissaient l'existence d'un conflit armé, ainsi que du lien entre ces circonstances et son comportement »¹⁷⁰.

Les éléments permettant d'engager la responsabilité du supérieur hiérarchique ont également été précisés par les Juges de la Cour, dans l'affaire *Jean-Pierre Bemba*. Selon la Chambre Préliminaire, la responsabilité du supérieur militaire sera mise en jeu lorsque :

- Le suspect est un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire¹⁷¹ ;
- Le suspect exerce 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 faisant partie de la compétence de la Cour. A ce titre, la Cour a précisé que le contrôle effectif est généralement « la manifestation d'un lien de subordination entre le suspect et les forces ou subordonnés dans le cadre d'une hiérarchie de droit ou de fait (chaîne de commandement) »¹⁷². Ce lien dénote « la capacité matérielle [ou le pouvoir] d'empêcher ou de punir un comportement criminel » ou également « la capacité matérielle d'empêcher ou de réprimer l'exécution des crimes ou d'en référer aux autorités compétentes dans le cadre de l'article 28-a »¹⁷³. Le simple pouvoir d'influence sur des forces ou des subordonnés ne semble pas suffire pour qu'il soit jugé pénalement responsable¹⁷⁴. En revanche « il suffit de prouver que son inaction a augmenté le risque de commission des crimes à l'origine des charges ». Enfin, la Chambre a précisé que « le « contrôle effectif » et le comportement criminel doivent être concomitants »¹⁷⁵. Les crimes commis par les forces (les subordonnés) doivent résulter du fait que le suspect n'a pas exercé sur celles-ci le contrôle qui convenait ;

- Le suspect savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir que les forces (les subordonnés) commettaient ou allaient commettre des crimes. S'agissant de ce dernier élément, la Cour a précisé que ; les expressions « savait » ou « avait des raisons de savoir » exigent l'existence d'une connaissance effective pour la première, alors que la seconde expression (« aurait dû savoir »), renvoie en fait à une forme de négligence¹⁷⁶. Une telle connaissance ne saurait être présumée et doit être déterminée au moyen de preuves directes ou indirectes¹⁷⁷, ce qui suppose 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* »¹⁷⁸.

- 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. En la matière, la Chambre considère que la teneur des « *mesures nécessaires et raisonnables doit s'apprécier au cas par cas* »¹⁷⁹. Selon la Cour, « *un chef militaire ou assimilé ne peut être jugé responsable au sens de l'article 28 - a du Statut que pour n'avoir pas pris les mesures qui étaient dans ses capacités matérielles* »¹⁸⁰. La Cour précise encore que « *l'appréciation par la Chambre de ce qui pouvait être matériellement possible dépendra du degré de contrôle effectif qu'exerçait le supérieur sur ses forces à la naissance de son devoir* ». L'appréciation dépendra donc des pouvoirs détenus de droit par le chef ainsi que de sa capacité dans les faits de prendre de telles mesures¹⁸¹.

3.2. Les formes de participation aux crimes dans la jurisprudence congolaise

Techniquement, cette conceptualisation faisant partie de la norme conventionnelle mise en place avec le Statut de Rome s'impose aux Etats parties. Plutôt que d'avoir des systèmes parallèles, avec une conceptualisation spéciale pour les crimes internationaux relevant de la compétence de la CPI, le Statut de Rome impose en réalité une réforme fondamentale du droit national de chaque Etat partie pour harmoniser les systèmes. En effet, il ne s'agit pas pour le droit national d'adopter exactement la même terminologie pour la forme de responsabilité mais de s'assurer qu'il n'y a pas contradiction. En d'autres termes et pour en venir au juge congolais, celui-ci dispose certes de ces différentes formes de participation, sous d'autres concepts, parfois dans le droit pénal national¹⁸². Toutefois la jurisprudence étudiée n'en offre pas une analyse convaincante, et, en fait, l'harmonisation ne saurait résulter seulement de la pratique. C'est un des éléments qui rendent la réforme législative nécessaire.

Il reste en effet encore de nombreux cas où le juge omet tout simplement de discuter la forme de participation alors même qu'elle est importante pour déterminer la responsabilité pénale individuelle. Ainsi dans l'affaire *Gédéon* (5 mars 2009)¹⁸³, la question de la forme de participation n'est débattue à aucun moment dans le jugement alors même qu'elle aurait été fort importante en raison de la nature des

relations entretenues par les accusés dans un mouvement insurrectionnel où la hiérarchie sera plus diffuse que dans un mouvement armé régulier. Il en est de même dans l'affaire *Pantove Merike et Bose Nibamwe Bazirake* (2 octobre 2011) où le Tribunal a simplement conclu sur la forme de participation sans aucune motivation¹⁸⁴. Parfois ce manque de motivation trouve une explication dans le jugement. Ainsi, dans l'affaire *Songo Mboyo*, le Tribunal Militaire de Garnison de Mbandaka se contentera d'affirmer que « *en droit pénal militaire la responsabilité du chef hiérarchique est toujours présumée pour son inaction aux actes constitutifs de crimes de guerre commis par ses subalternes* »¹⁸⁵. Cette affirmation, balayant l'exigence de motivation, est contraire aux principes développés par la jurisprudence internationale. Elle fut néanmoins sans conséquence dans l'affaire, le Tribunal notant que « *dans le cas sous examen, les actes commis par les mutins ne sont pas constitutifs de crime de guerre pour engager la responsabilité du prévenu E.N., alors commandant* »¹⁸⁶.

En dépit de ces réserves, il faut se féliciter de l'évolution générale de la jurisprudence congolaise à ce stade. Les premiers jugements en la matière révèlent en effet une confusion fondamentale entre les notions de coaction et celle responsabilité du supérieur hiérarchique. Or cette dernière est foncièrement distincte de la responsabilité par omission que constitue la première puisque, comme nous l'avons dit *supra*, la responsabilité du supérieur se fonde sur une omission coupable, tandis que la coaction implique une intention coupable de s'associer activement à la perpétration du crime.

Dans l'affaire *Blaise Bongli* notamment, le tribunal avait ainsi retenu quatre éléments cumulatifs pour retenir la responsabilité du supérieur hiérarchique :

- le lien de subordination entre le supérieur et le *commettant*, « *il ressort de l'examen de la cause que le fait pour le prévenu [...] d'inclure ses propres gardes du corps dans le peloton de patrouille [...] au village Tchekele, établit à suffisance cette subordination requise pour l'établissement de l'infraction[...] Que le lien de subordination s'apprécie par rapport au rang dont jouit le prévenu BM, coupable secondaire vis-à-vis des militaires agissant sous le commandement de KW, les coupables originaires [...]* »¹⁸⁷
- La capacité du supérieur de prévenir et de sanctionner les crimes et l'abstention du supérieur de prévenir et sanctionner les crimes ; « *le prévenu a une prééminence fonctionnelle, c'est-à-dire la capacité matérielle de prévenir et de sanctionner les violations du droit humanitaire [...] Attendu qu'à la remise des biens pillés, le prévenu[...]au lieu de punir les pillers, au contraire, s'est approprié les biens en déclarant à son épouse et même dans sa plainte que c'était des butins de guerre [...]*¹⁸⁸et plus loin « *qu'enfin le prévenu[qui]avait le contrôle et l'autorité sur les éléments pillers n'a pu ni saisir une juridiction compétente, ni ouvrir une action disciplinaire* »¹⁸⁹.
- La connaissance des crimes ou la volonté délibérée de ne pas s'en informer : « *Attendu que le prévenu avait des raisons non seulement de savoir mais surtout de s'assurer que ses militaires allaient et, par la suite, avaient pillé la localité de Tchekele [...] qu'ainsi le prévenu devra-t-il partager la responsabilité avec ses militaires, auteur du pillage* »¹⁹⁰ et plus loin, citant l'article 28 du Statut « *le prévenu [...] savait bien que ces troupes allaient*

*commettre le pillage, raison pour laquelle son garde du corps VALAKA et son informateur devaient faire partie de cette patrouille pour ramener avec sécurité les biens pillés*¹⁹¹.

- Et enfin la commission directe par ordre. La commission directe par ordre : « *Qu'il a en outre lui même organisé ce pillage en tenant compte des informations reçues (...) qui devaient conduire les patrouilleurs aux adresses déjà identifiées* »¹⁹²

Ce faisant, la Cour Militaire semble exiger la réunion de critères qui concernent directement la responsabilité du supérieur hiérarchique et qui exigent un comportement passif (lien de subordination, capacité de prévenir et de sanctionner, connaissance des crimes ou volonté délibérée de ne pas s'en informer) et de critères qui concernent avant tout la notion de coaction, s'appuyant sur un comportement actif (la commission directe par ordre, l'encouragement, la planification...).

Ce mélange des genres a constitué une réelle tendance dans les premiers jugements rendus par les juridictions congolaises. Au-delà de l'affaire *Songo Mboyo* et *Blaise Bongji*, on peut également relever en ce sens l'affaire *Kahwa*¹⁹³ ou encore l'affaire *Kakado*¹⁹⁴ pour ne citer que les plus emblématiques.

Dans cette dernière affaire (9 août 2010), le TMG de Bunia n'a pas tenté d'analyser la forme de participation mais a tout simplement affirmé que les crimes de guerre ont été commis « *avec le soutien, l'autorisation et/ou la bénédiction [et/ou le défaut de contrôle] des hauts responsables de ce mouvement politico-militaire, dont l'accusé KAKADO BARNABA YONGA TSHOPENA* »¹⁹⁵. Sur une telle base alternative et donc indéterminée, le Tribunal a conclu à la responsabilité de l'accusé dans la mesure où il était le leader du mouvement. Et il va sans dire qu'il y a là une imprecision insoutenable au terme d'une procédure pénale.

Dans le même sens, dans l'affaire *Colonel Thom's*¹⁹⁶, le TMG Kisangani a tenté une analyse de la participation pour la dissocier de la complicité, à juste titre, en reconnaissant qu'en l'espèce tous les condamnés ont activement participé à l'acte criminel. Mais le Tribunal a affirmé en passant que toute participation au crime n'est pas punissable sans offrir aucune substance à cette affirmation. Par ailleurs, l'analyse de l'intention des accusés est superficielle car, dans une structure militaire, il n'est pas impossible que certains aient obéi aux ordres de sorte qu'il fallait apprécier leur situation individuelle pour s'assurer de leur culpabilité en clarifiant les limites de l'obligation d'obéir dans l'armée.

Dans la même affaire *Colonel Thom's*, le juge a également tenté de développer une analyse méthodique de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Bien que le juge ait correctement identifié les paramètres de cette responsabilité, il a failli dans l'association des faits au droit, en prenant un raccourci pour aboutir à des conclusions de droit non fondées dans les faits, en ce qui concerne la nécessité pour le supérieur de savoir qu'un crime allait être commis ou avait été commis. Le Juge a ainsi affirmé que l'accusé ne pouvait pas ne pas savoir ce que faisaient ses subordonnés à 26 kilomètres plus loin parce qu'il avait le contrôle effectif sur eux ! Il faut souligner que la conclusion sur le contrôle effectif résultait elle-même d'un autre raccourci antérieur.

Cette tendance ne s'inversera que récemment. En mars 2011, dans l'affaire *Balimusa*¹⁹⁷, le Tribunal Militaire du Sud Kivu acceptera de transposer purement et simplement la jurisprudence de la CPI dans l'affaire *Bemba*¹⁹⁸ pour ne retenir que les critères suivants : l'accusé doit être un chef militaire, qui exerce un commandement effectif sur ses subordonnés ; l'accusé savait ou avait des raisons de savoir que les crimes allaient être commis ; l'accusé n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour prévenir la commission des crimes.

Cette réorientation permettra de faire plus clairement la part des choses entre la notion de responsabilité du supérieur hiérarchique et la notion de coaction. Si cela n'apparaît pas explicitement dans l'affaire *Balimusa*, cela sera en revanche très explicite dans l'affaire *Kazungu*¹⁹⁹ où la notion de coaction sera alignée sur celle développée dans la jurisprudence internationale et en particulier les arrêts rendus dans l'affaire *Lubanga*. En d'autres termes, la jurisprudence congolaise se stabilise progressivement en se structurant selon les lignes définies par la jurisprudence internationale.

IV. LA PREUVE

En droit pénal, il y a une obligation de motiver la décision et, dans cette logique intellectuelle, l'admission des éléments de preuve et leur appréciation est déterminante aussi bien pour le sort de l'accusé que pour les victimes qui ont le droit de voir les responsabilités établies dans la survenance des crimes qui les ont affectées.

4.1. Les modes de preuve

Il y a un principe dit de la liberté de la preuve qui veut que les parties rapportent au procès les éléments qui, à leur sens, permettront de convaincre du bien-fondé de leurs allégations²⁰⁰. Ce principe découle de l'objectif du procès, la recherche de la vérité qui veut qu'aucun moyen permettant de parvenir à cette vérité ne soit écarté sauf s'il nuit au droit à un procès équitable qui s'applique différemment à chacune des parties pour leur protection. C'est donc la responsabilité du juge de déterminer ensuite la valeur des éléments de preuve introduits et d'expliquer comment ils l'ont conduit à se décider sur la responsabilité de l'accusé. La pratique en matière pénale conduit à distinguer deux types de preuve qui nous intéresseront ici : la preuve testimoniale et la preuve documentaire.

La preuve testimoniale

On entend par témoignage, le récit de personne(s) ayant pu observer des faits liés à la perpétration de l'infraction. Ce témoignage peut aussi découler d'une aptitude professionnelle technique : on parle alors d'expertise, c'est-à-dire de l'analyse qu'un technicien fait de données liées à l'infraction et qu'il produit dans une procédure judiciaire pour apporter une assistance technique aux juges.

En vertu du principe de liberté de la preuve, toute partie à la procédure a le droit d'appeler des témoins à la barre sauf si les juges en décident autrement, sous réserve de motivation. Dans l'affaire *Songo Mboy*o (12 avril 2006, TMG Mbandaka), l'accusation s'était ainsi opposée à la demande de l'Etat congolais de faire comparaître le Capt Ramazani qui pourtant semblait être en position d'autorité pour éclairer le Tribunal sur les faits, en tant que supérieur hiérarchique des officiers en cause. Et on ne peut que s'en étonner car si l'objectif de la procédure est de déterminer la vérité, la comparution du Capt Ramazani était quasi-incontournable. Malheureusement, il faut remarquer encore que le juge militaire congolais fait trop souvent l'économie de sa motivation.

Pour les besoins de la cause ici, nous nous intéresserons plus particulièrement au témoignage des victimes, au témoignage d'intermédiaires et au témoignage d'experts.

Pour ce qui est des victimes, il faut souligner que leur témoignage est essentiel, et parfois la seule preuve directe et immédiate d'éléments centraux à l'infraction. Pour

cette raison, il est contraire au droit international contemporain d'exclure de façon catégorique le témoignage de la victime²⁰¹. Dans le même temps, leur relation avec l'infraction fait que le récit qu'ils donnent doit être apprécié avec précaution : d'abord l'état psychologique de la victime au moment des faits ou après les faits peut entraîner une dénaturation de ces derniers ; ensuite la mémoire humaine a beau être extraordinaire elle n'en est pas pour autant infaillible ; enfin la victime peut tout simplement avoir des raisons de donner une certaine version des faits. Parmi les raisons éventuelles ayant conduit la victime à modifier son récit, il peut même y avoir des considérations de sécurité notamment la peur de représailles directes ou indirectes. La justice doit répondre à toutes ces préoccupations et faire la balance des choses de la façon la plus objective possible, le raisonnement permettant d'exprimer cette quête de l'objectivité.

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

« Attendu cependant que contrairement à la défense l'atteinte sexuelle est une des choses les plus difficiles à signaler à cause du contexte socio-culturel. Dans presque toutes les sociétés, une femme, un homme ou un enfant qui porte des allégations des viols, de violence ou d'humiliation sexuelle a beaucoup à perdre et risque de faire l'objet d'énormes pressions ou d'ostracisme de la part des membres de sa famille immédiate et de la société en général ;

Compte tenu de son caractère d'intimité et d'humiliation il paraît trop difficile de réunir pour la réalisation du crime autant des témoignages possibles, c'est ainsi, au regard de cette difficulté de la victime de l'infraction passe pour premier témoin parce que ayant vécu elle même le fait ;

*S'agissant de la faillibilité de certains témoignages des victimes d'agression sexuelle il est vrai que les victimes pour éviter de revivre les moments pénibles ou encore par 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 vécues et confondent les lieux ou les dates ou ajoutent d'autres détails qui leur viennent à l'esprit à mesure qu'elles se sentent en confiance. Cette attitude peut donner à tort l'impression que les témoignages ne sont pas fiables voire qu'ils ne sont pas crédibles. Il en est de même de celles qui peuvent ressentir le besoin d'en rajouter le plus possible pour que leur histoire fasse forte impression et soit cruelle. Il appartient donc au juge de fond de filtrer les témoignages en se débarrassant des choses exagérément déclarées »*²⁰².

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

des commentaires et rajouts [...] sujets à contradiction »²⁰³. Le défaut constant de motivation du juge rend toutefois, la situation inextricable pour tout observateur externe, sans compter que souvent, le jugement ne rend même pas fidèlement compte des témoignages entendus.

Certains arrêts marquent une conception extrêmement négative des victimes. L'affaire emblématique de ce point de vue reste l'affaire *Kilwa*²⁰⁴. Dans cette affaire, treize accusés, membres des FARD CONGO, comparaissaient pour plusieurs chefs de crimes de guerre et crimes contre l'humanité suite à la reprise de la cité de Kilwa, brièvement occupée par le Mouvement Révolutionnaire de Libération du Katanga. L'attitude favorable de la population locale à l'égard du Mouvement révolutionnaire de libération du Katanga semble avoir profondément marqué le raisonnement des juges, qui semblent faire preuve d'une véritable méfiance à l'égard des victimes. On peut ainsi lire, par exemple, que « *seule l'adhésion (d'une victime) au mouvement révolutionnaire peut justifier sa présence dans la cité de Kilwa* ». Aucune autre justification n'est apportée. De la même manière, les juges se demandent « *mais pourquoi n'a-t-il pas quitté Kilwa comme tout le monde ?* », comme si, en quelque sorte, la victime était responsable de son propre dommage. Cette affaire est bien évidemment un exemple extrême. Cette conception des victimes n'est toutefois pas isolée et des éléments identiques se retrouvent dans un certain nombre de jurisprudences, excepté celles relatives aux violences sexuelles qui retiennent des lignes directrices favorables aux victimes.

Dans l'affaire *Songo Mboyo* par exemple, les juges refusèrent de reconnaître l'existence d'un statut témoin/victime, estimant que l'on ne saurait témoigner dans sa propre cause. En matière de preuve, les juges d'appel estimèrent que « *partant du principe de la liberté des preuves [...] les déclarations d'une victime faites de façon plus complète peuvent constituer des preuves à charge des prévenus dès lors qu'elles sont corroborées par d'autres témoignages analogues* »²⁰⁵. Cette conception se retrouve dans l'affaire des *Mutins de Mbandaka*²⁰⁶, dans laquelle les juges considèrent que « de manière générale » les témoignages des victimes sont erronés. Là encore, aucune justification n'est apportée.

Dans l'affaire des *Mutins de Mbandaka*, le tribunal reprend la définition du viol qu'il a donné dans le jugement de *Songo Mboyo*. Les auteurs ayant agi en dissimulant leur visage, « *aucune victime n'a reconnu son agresseur parmi les prévenus et ce, tout au long de la procédure* »²⁰⁷. Alors que les viols semblent établis (« *Des certificats et rapports médicaux [...] font état de 6 décès, 12 blessés et 46 victimes de viol* »¹⁶⁵), la preuve de la responsabilité des prévenus est beaucoup plus difficile à apporter. Les juges ont condamné la plupart des auteurs sur la base des témoignages des victimes mais ont aussi décidé, pour un des auteurs présumés, que « *dans le cas sous examen, la description physique du prévenu faite par les victimes ne suffit pas pour spécifier le prévenu parmi tant d'autres [...] et que devant cette situation, le tribunal se trouve devant un doute qui en principe ne peut que profiter au prévenu* »²⁰⁸. Si on se doit de reconnaître la rigueur des juges pour établir la responsabilité de cet individu, on regrettera qu'ils aient en partie justifié cette décision en considérant que « *en ce qui concerne les victimes d'agression sexuelle, les dépositions des victimes en reconnaissance de leurs agresseurs doivent être pris avec beaucoup de réserve car il a été suffisamment démontré que la quasi-totalité paraît plus erronée que juste* »²⁰⁹

En appel, la Cour confirma le raisonnement du tribunal concernant la définition du crime de viol, tout en reconnaissant la valeur probante des témoignages des victimes dans l'établissement de la prévention pour viol : « *Il se dégage des attestations médicales établies par les médecins des différents hôpitaux et cliniques qui ont accueilli les victimes qu'il y a eu pénétration de l'organe sexuel masculin dans celui de la femme (...) ceci a été confirmé par les victimes lors de leur audition au niveau de l'instruction préparatoire, or, le Statut de Rome veut qu'en cette matière, c'est plutôt la victime du viol qui est le témoin de l'acte* »²¹⁰. Toutefois, rien dans le Statut ou les autres instruments de la Cour ne permet de déduire un tel principe en matière de pertinence et d'admissibilité des modes de preuves. Seule la règle 66.4 du Règlement de procédure et de preuve relatif à l'administration de cette dernière prévoit que « *les Chambres n'imposent pas l'obligation juridique de corroborer la preuve des crimes relevant de la compétence de la Cour, en particulier des crimes de violences sexuelles* ».

Le témoignage des intermédiaires soulève une toute autre problématique lorsqu'il n'est pas exclu de la procédure²¹¹ : il faut non seulement évaluer l'intermédiaire lui-même mais aussi sa source. A notre sens, si la source directe est disponible, il est important de l'introduire au procès, de sorte que l'intermédiaire ne saurait que jouer un rôle de preuve additionnelle. La qualité de la preuve de l'intermédiaire sera donc fonction respectivement (i) de la fiabilité de la source, (ii) de sa disponibilité ou non et des motivations de l'indisponibilité dans la négative, (iii) de la fiabilité du mode de transfert de l'information de la source directe à l'intermédiaire et du traitement de cette information par l'intermédiaire, et (iv) de l'appréciation objective des circonstances propres à l'intermédiaire. En clair, l'intermédiaire doit s'assurer de prévenir toute interférence avec la preuve, et encourager le témoin direct à rapporter la preuve au procès puisque la valeur probante n'en serait que plus accrue. A défaut de la disponibilité du témoin direct, l'intermédiaire doit s'assurer de rapporter au juge compétent l'ensemble des circonstances ayant conduit à ce qu'il soit en possession de l'information car ces circonstances seront bien aussi importantes que l'information elle-même. Dans les cas d'espèce, faute d'une analyse détaillée dans la jurisprudence des tribunaux militaires congolais, nous ne voudrions pas spéculer et nous voudrions illustrer avec la déclaration faite à cet égard par les juges de première instance de la CPI, dans l'affaire *Mathieu Ngudjolo Chui*. En effet, dans ce jugement, les juges ont affirmé :

« *En ce qui concerne la fonction que Mathieu Ngudjolo aurait réellement occupée à la veille de l'attaque de Bogoro, la Chambre relève que, si certains témoins confirment, en substance, que l'accusé était le chef de la milice de Bedu-Ezekere, tous, à l'exception de P-28 et P-317, le font par ouï-dire et ce, sans qu'aucun d'entre eux n'ait été présent dans le groupement de Bedu-Ezekere avant cette attaque. Elle entend également souligner que ces propos obtenus par ouï-dire doivent être considérés avec la plus grande prudence, dans la mesure où, de surcroît, ils ont trait à une question qui revêt une importance essentielle pour la cause du Procureur. Elle observe sur ce point que les témoins concernés n'ont donné aucun autre détail sur l'autorité dont aurait alors, selon eux, disposé Mathieu Ngudjolo pas plus que sur la manière dont il l'exerçait. Elle ne peut également exclure que certains témoins aient associé le statut de Mathieu Ngudjolo au sein du PNI à la fin du mois de mars*

2003 à la position qu'il occupait réellement avant l'attaque de Bogoro. Pour toutes ces raisons, la Chambre ne peut donc accorder à leur propos qu'une très faible valeur probante »²¹².

Enfin, pour l'expertise, la problématique est encore différente. En effet, il faut plus s'intéresser au fait, mais plutôt à la qualification de la personne et à ses méthodes scientifiques pour apprécier l'objectivité du fait soumis au juge. Dans la jurisprudence du TPIR, cette question a fait l'objet de quelques rares décisions mais elles ont consacré ces éléments d'appréciation pour protéger l'autorité du juge de déterminer le sort de l'accusé²¹³ : ce n'est pas à l'expert de dire si oui ou non l'accusé est coupable. Là encore, l'absence de précision dans les jugements étudiés ne nous a pas permis d'apprécier le degré de compréhension de ce principe dans la pratique congolaise. On notera seulement que, dans certains cas où l'expertise aurait pleinement joué son rôle, le juge a tenté de justifier sa conclusion de façon plutôt circulaire de sorte que la nécessité de l'expertise n'en est que plus apparente.

Il en est ainsi, dans l'affaire *Kabala Mandumba Mundande et 3 autres* (15 octobre 2012). Dans cette affaire, et à propos du viol, le TMG de Bukavu a affirmé que

*« en dépit de toute absence d'expertise médicale, [il est] **vraisemblablement évident** d'en croire partant aussi de ce constat :*

- *Dix femmes seulement dont six sur place à MUPOKE et quatre autres au village KATUKU ont été violées dans un lot de cent-sept personnes (hommes et femmes) ;*
- *L'évènement a duré pendant plus ou moins 03 heures du temps. Il y a lieu que quatre femmes puissent être violées sur place ;*
- *Un effectif de plus ou moins quarante militaires, ceci justifie le nombre réduit de victimes de viol.*

Le Tribunal, partant de ce constat, fait foi aux déclarations des victimes d'autant que les constats ou mieux les constatations directes ont été, dans la présente cause, retenues comme la preuve principale »²¹⁴.

Dans une autre affaire, l'affaire *Mupoke*, le Tribunal a semble déduire des infections sexuellement transmissibles contractées par les victimes, la réalité des violences sexuelles comme s'il avait trouvé là une preuve scientifique irréfutable.²¹⁵

A ces circonstances, il faut encore ajouter les nombreux cas où le juge omet tout simplement de motiver en présentant son analyse de la preuve. C'est le cas par exemple avec l'affaire *Comd Pantove Merike et Comd Bose Nibamwe Bazirake* (2 octobre 2011).

La preuve documentaire

La preuve est dite documentaire lorsque la réalité des faits allégués se fonde sur l'existence d'écrits ou de supports audio-visuels. La preuve étant libre, il ne saurait être exigé une forme particulière de preuve. Mais la preuve documentaire présente souvent un avantage d'objectivité quasi irréfragable. Ainsi par exemple de l'âge d'un individu : dans l'affaire *Maniraguha Jean-Bosco alias Kazungu et Sibomana Kabanda alias Tuzargwana*, faute d'état civil établi, les juges ont dû s'en référer à un expert²¹⁶. En l'espèce l'existence d'un état civil aurait rendu le moyen de défense plus difficile. A notre avis, les intermédiaires et la société civile peuvent utiliser adéquatement ces preuves dans leur accompagnement des victimes. Dans des cas de violences sexuelles par exemple, tout le risque lié au témoignage de la victime peut s'effacer si le crime a été immédiatement documenté avec une expertise médicale réalisée aussi tôt que possible après la perpétration du crime.

4.3 Le standard de la preuve

On entend par *standard de la preuve*, le degré ou la qualité requise des éléments rapportés pour soutenir une affirmation. Ce standard dépend de la matière et du cadre juridique. En droit pénal, c'est un principe cardinal que le doute profite à l'accusé de sorte que le juge doit toujours établir la réalité des faits au delà de tout doute raisonnable. Ce standard s'applique essentiellement pour la détermination de la responsabilité ou l'innocence de l'accusé, puisque dans les phases préalables à la condamnation ou à l'acquiescement, des standards moins élevés sont requis.

Ainsi, dans le Statut de Rome, ce standard varie en fonction du stade de la procédure. Au stade préliminaire, il suffit que des crimes paraissent avoir été commis pour que le Procureur de la Cour puisse entamer des enquêtes (Articles 13 et 14 du Statut de Rome). Mais seul le sérieux des renseignements reçus et une base raisonnable permettront à la Chambre préliminaire d'autoriser une enquête (Articles 15 et 18 du Statut de Rome). Et ce sont les mêmes motifs raisonnables qui vont fonder la décision de la Chambre d'émettre un mandat d'arrêt (Article 58 du Statut de Rome). Une fois cette phase passée, pour la confirmation des charges et donc la mise en accusation d'une personne, il faut que le Procureur rapporte une « preuve suffisante donnant des motifs substantiels de croire » à la responsabilité de l'accusé (Article 61(7) du Statut de Rome). La condamnation étant la phase ultime, il faut que la responsabilité soit établie au delà de tout doute raisonnable (Article 66(1-3) du Statut de Rome). S'il y a même un doute infirme que le crime aurait pu être commis par quelqu'un d'autre, l'accusé doit en être acquitté, non pas parce qu'il est innocent, mais parce que le juge n'a pas la certitude que les preuves introduites au procès conduisent objectivement à sa responsabilité. Ce dernier standard est très élevé et constitue la meilleure protection de l'accusé.

En matière de droits de l'accusé, certains arrêts rendus par les juridictions congolaises s'alignent sur la jurisprudence et la coutume internationale : la culpabilité de l'accusé doit être prouvée au-delà de tout doute raisonnable. L'affaire *Lemera*²¹⁷, notamment, l'affirme sans ambage. De la même manière, Dans l'affaire *Balumisa Manasse* (9 mars

2011), le Tribunal a su faire bon usage du standard en faisant profiter le doute à l'accusé : « *Il persiste donc des zones d'ombre qui ne permettent pas à la Cour de céans d'affirmer avec certitude que l'enfant de la dame F13 a été enlevé par les éléments du 1^{er} bataillon déployé à KATASOMWA le 26 septembre 2009. Ce fait sera donc dit non établi* »²¹⁸.

L'application de ce principe dans la pratique reste néanmoins, parfois, très aléatoire. On peut ainsi lire dans l'affaire *Songo Mboyo*²¹⁹ que les dépositions des victimes « *servent à titre d'illustration* » (et seraient à ce titre dépourvues de force probante) mais constituent également « *des évidences* », ce qui leur conférerait malgré tout une certaine force probante. Ces évidences permettent de prouver la culpabilité de l'accusé « *lorsque celui-ci ne peut les écarter* ». Le standard retenu ici n'est donc plus celui de la preuve de la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable mais celui de l'hypothèse la plus vraisemblable. Un raisonnement identique s'applique dans l'affaire des *Mutins de Mbandaka*²²⁰. De la même manière, dans l'affaire *Balimusa* (15 octobre 2012), le TMG de Bukavu va conclure sur une vraisemblance en ignorant la dose de doute qu'une telle formule implique et qui aurait dû conduire à écarter au moins ce fait²²¹. Plus loin encore, et dans le même jugement, les juges tirent d'une simple contradiction interne au récit de l'accusé à une version des faits non soutenue par une autre preuve²²². Ailleurs encore, le juge va pousser la confusion plus loin en tirant d'une probabilité une conséquence positive sur la responsabilité de l'accusé²²³. Enfin, dans l'affaire *Kakado Barnaba Yonga Tshopena* (9 juillet 2010), les juges ont poussé la confusion à son extrême en retenant à tort le standard pour la confirmation des charges à la CPI pour une condamnation. Le TMG de Bunia a ainsi conclu sur le crime de constitution d'un mouvement insurrectionnel :

« *Attendu que le Tribunal militaire de céans dira établie à charge du prévenu KAKADO BARNABA YONGA TSHOPENA l'incrimination de mouvement insurrectionnel par le fait de l'organiser et que par voix (sic) des conséquences dira les autres crimes de guerre établis dans le chef du prévenu susvisé parce qu'il y a des motifs raisonnables de croire (nous soulignons) que c'est l'incrimination initiale de mouvement insurrectionnel par le fait de l'organiser qui justifie l'existante (sic) de cesdits (sic) crimes, mieux n'eut (sic) été l'infraction de mouvement insurrectionnel par le fait de l'organiser retenue à charge du prévenu KAKADO BARNABA YONGA TSHOPENA les crimes de guerre n'existeraient pas à sa charge* »²²⁴.

La faille dans la jurisprudence militaire congolaise relative aux crimes internationaux sur ce point du standard de la preuve est déterminante pour la qualité de la justice rendue, et soutient notre recommandation majeure sur une formation qui permettra que les bases mêmes de la justice pénale soit acceptée et intégrée dans le processus judiciaire pour garantir les droits des personnes accusées.

CONCLUSION

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

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

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

- Aux irrégularités qui entachent le processus d'intégration du Traité dans l'ordre juridique interne et à l'absence d'une loi de mise en oeuvre du Statut de Rome pour résoudre les problèmes de hiérarchie des normes en cas de conflits de lois. Ainsi, en matière d'incriminations, il existe de nombreuses disparités entre les crimes de guerre et crimes contre l'humanité définis par le Statut et ceux contenus dans le droit pénal militaire congolais.
- A l'exposé lacunaire des raisonnements des magistrats dans les jugements. Peu de décisions font montre d'une motivation juridique suffisante au regard de la gravité des crimes commis. Le plus souvent, les magistrats omettent de transposer les éléments constitutifs des incriminations aux faits de l'espèce, lorsqu'ils ne font pas complètement l'impasse sur les critères constitutifs du crime.

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

L'absence d'une loi de mise en oeuvre du Statut de Rome visant à harmoniser les dispositions nationales et internationales, le manque de ressources tant matérielles, financières, qu'humaines pour conduire à bien des procédures complexes, sont autant de facteurs responsables de ces écueils. Ces faiblesses constituent de réels obstacles à la bonne application des dispositions du Statut de Rome par ces magistrats militaires congolais, qui doivent, au vu des décisions examinées au cours de la présente étude, être encouragés dans leurs efforts menés dans la lutte contre l'impunité et aidés pour que celle-ci soit efficacement menée, grâce à la mise en oeuvre de solutions adaptées à la hauteur du combat.

NOTES

¹ Le Statut de Rome est la Convention adoptée le 17 juillet 1998 à Rome par les plénipotentiaires des Etats membres des Nations Unies. Cette Convention porte création de la Cour pénale internationale (<http://www.icc-cpi.int/>) et est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Comme il est indiqué sur le site Internet de la Cour, « (l)a République démocratique du Congo a déposé son instrument de ratification... le 11 avril 2002. » A ce jour, 121 Etats dont 33 d'Afrique sont parties au Statut de Rome.

² Voir l'exposé des motifs de la Constitution adoptée par référendum en 2006. En relation avec la justice, cet exposé énonce le souci de « plus d'efficacité, de spécialité et de célérité dans le traitement des dossiers ». On peut donc dénoter un besoin de structurer l'état de droit en renforçant le pouvoir judiciaire dans son indépendance avec le souci de garantir l'efficacité.

³ Voir l'article 149 qui énumère les différentes juridictions.

⁴ Sur l'ordre administratif, voir les articles 154 et 155 de la Constitution, et sur l'ordre constitutionnel voir les articles 160 à 165 de la Constitution.

⁵ Il n'est pas exclu que certaines questions soulevées devant les juridictions de l'ordre judiciaire puissent relever de la compétence des deux autres ordres de sorte que la mise en œuvre de l'un ou l'autre de ces ordres ne saurait être exclu.

⁶ Journal Officiel de la République démocratique du Congo, Numéro spécial, 4 mai 2013.

⁷ « Sont abrogés : les articles 123, 125, 127, 280 à 301 de la loi n°023-2002 du 18 novembre 2002 portant code judiciaire militaire »

⁸ Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, *affaire Kazungu*, RP 275/09 et 521/10, RMP 581/07 et 1573/KMC/ 10, Jugement du 16 août 2011.

⁹ Même cela n'est pas contesté, un juriste congolais a récemment publié sa thèse défendant l'opinion que la R.D.C. serait en pratique un régime dualiste. Voir Kazadi Mpiana Joseph, *La position du droit international dans l'ordre juridique congolais et l'application de ses normes*, Paris, Editions Publibook, 2013, 566p.

¹⁰ Il faut lire cet article 215 de la Constitution adoptée par référendum le 19 décembre 2005 et promulguée par le Président le 18 février 2006 en conjonction avec l'article 216 qui dispose implicitement qu'un traité est forcément compatible avec la Constitution puisque la ratification n'est possible que s'il n'y a pas de contradiction, étant entendu que toute contradiction doit être résolue avant ratification par une révision constitutionnelle. A ces deux dispositions, il faut encore ajouter l'article 15 de la même Constitution qui donne une compétence au juge national pour les crimes internationaux en des termes généraux mais liés aux violences sexuelles : « Les pouvoirs publics veillent à l'élimination des violences sexuelles. Sans préjudice des traités et accords internationaux, toute violence sexuelle faite sur toute personne, dans l'intention de déstabiliser, de disloquer une famille et de faire disparaître tout un peuple est érigée en crime contre l'humanité puni par la loi. »

¹¹ Voir notamment : Cour internationale de Justice, *Réserves à la Convention sur le Génocide*, *Avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1951, pp. 22-23 ; et Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Irlande c. Royaume-Uni*, Requête No. 5310/71, Arrêt, 18 janvier 1978, para. 239. L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice s'intéressait à la question spécifique des réserves à la Convention de 1948 et la Cour y précise que la Convention protège un intérêt supérieur à celui particulier de chaque Etat partie. Dans son arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme sera plus précise en considérant que la réciprocité ne saurait s'appliquer aux conventions relatives aux droits de l'homme. Voir aussi Kamara Mactar, « De l'applicabilité du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne », *ACDI* (Anuario Colombiano de Derecho Internacional), 4 (2011), p. 122, note de bas de page 44 (<http://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/2051>).

Toutefois, cette compréhension du droit international n'a pas toujours prévalu. En effet, en 1984, l'actuel juge de la C.I.J., Bruno Simma, écrivait le contraire en ces termes : « According to some writers, multilateral treaties... in the social and humanitarian field, above all the recent agreements on the protection of ... human rights, contain absolute obligations that are not subject to any considerations of reciprocity at all. This view does not stand up to closer examination. » Voir Simma B., « Reciprocity », Bernhardt R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, volume 7 on History of International Law, Foundations and Principles of International Law, Sources of International Law, Law of Treaties, 1984, North-Holland, Amsterdam / New York / Oxford, p. 401. Pour une analyse plus complète et mieux nuancée sur la question de la réciprocité en droit international des droits de l'homme, voir : Provost René, « Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law », *British Yearbook of International Law* 65 (1994) 1, pp. 383-454 (disponible en accès libre sur Internet : <http://bybil.oxfordjournals.org/>).

¹² En effet le Statut de Rome inclut indirectement les Eléments des crimes (Art. 9, 21) et le Règlement de procédure et de preuve (Art. 21 et 51). Il existe aussi un Règlement de la Cour (Art. 52) mais il n'est valable que pour la gestion interne de la Cour.

¹³ Voir Braudo Serge, *Dictionnaire du droit privé*, 2013, disponible en ligne (<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/competence.php>).

¹⁴ Voir paragraphe 5 des *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature*, adoptée par le VII^{ème} Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, 26 août au

6 septembre 1985, confirmés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985 : « Chacun a le droit d'être jugé par les juridictions ordinaires selon les procédures légales établies. Il n'est pas créé de juridictions n'employant pas les procédures dûment établies conformément à la loi afin de priver les juridictions ordinaires de leur compétence. » Ce droit sera constamment rappelé par la Commission dans le préambule de ses résolutions relatives à l'administration de la justice par les tribunaux militaires. Voir par exemple la Résolution 2003/8 du 13 août 2003.

¹⁵ Voir le projet de principes inséré dans le Rapport du Rapporteur Spécial de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Emmanuel Decaux (Document des Nations Unies E/CN.4/2006/58). De nombreux rapports au sein des organes de droits de l'homme des Nations Unies s'intéressent à la question et affirment une illicéité des tribunaux militaires. A étudier de près ces rapports, il convient de nuancer une telle illicéité et la limiter à toute procédure d'exception qui violerait le droit à un procès équitable dans ses dimensions multiples qui forme une norme impérative de tout droit pénal. Voir notamment le Commentaire général No 13 du Comité des droits de l'homme de 1984, para. 4 et A/61/384, paras. 19-46. Voir aussi : E/CN.4/1999/63, E/CN.4/1999/63/Add.2 paras. 179-180, et E/CN.4/1998/39/Add.1 para. 78. Voir aussi une analyse synthétique des principes directeurs dans la note d'actualité de Callejon Claire, « Les principes des Nations Unies sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires : pour une justice militaire conforme au droit international », Revue électronique *Droits fondamentaux* 6 (2007) (<http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article123>). Enfin, la critique la plus structurée des tribunaux militaires est faite par le Groupe de Travail sur la Détention Arbitraire dès 1999 (E/CN.4/2000/4) en raison de la pratique de détention arbitraire qui leur est souvent liée. Et dans différentes décisions, le Groupe a pris la peine d'énoncer ses appréhensions vis-à-vis des tribunaux militaires de façon systématique. Voir par exemple les Avis Nos. 27/2008 et 50/2011 relatifs à l'Egypte.

¹⁶ Cour IADH, affaire Castillo-Petruzzi et al. c. Pérou, 30 mai 1999, para. 128.

¹⁷ Voir l'art 76 du code judiciaire militaire de 2002 et les articles 161 et 162 du code pénal militaire.

¹⁸ Loi Organique N° 13/011-B portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire, promulguée le 11 avril 2013, Journal Officiel de la République démocratique du Congo, Numéro spécial, 4 mai 2013. Pour de plus amples développements, voir le point 1.4. de cette étude, intitulé : « L'ordonnance d'avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire ».

¹⁹ Cour IADH, affaire Castillo-Petruzzi et al. c. Pérou, 30 mai 1999 ; Cour IADH, affaire Cantoral Benavides c. Pérou, 3 décembre 2001.

²⁰ Cour EDH, affaire *Ergin c. Turquie*, req. n° 47533/99 (no 6), 4 mai 2006, para. 42.

²¹ Ibid.

²² Ibid. para. 47.

²³ Ibid., para. 49.

²⁴ Cour IADH, affaire *Cantoral Benavides c. Pérou*, 3 décembre 2001, para. 112.

²⁵ Cour IADH, affaire *Durand and Ugarte c. Pérou*, 16 août 2000, para. 117.

²⁶ Cour EDH, affaire *Ergin c. Turquie*, req. n° 47533/99 (no 6), 4 mai 2006, para. 40.

²⁷ Commission des Droits de l'Homme, 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. E/CN.4/2006/58, 13 janvier 2006.

²⁸ Tribunal Militaire de Garnison du Haut Katanga, Affaire *Gédéon*, RP N° 0134/07, RMP N°0468/MAK/07, RMP N° 0512/MAK/08, RMP N° 0686/MAK/09, Jugement du 05 mars 2009.

²⁹ Ibid.

³⁰ Tribunal Militaire de Garnison de Bunia, Affaire *Kakado*, RP N°071/09, 009/010 et 074/010, RMP N°885/EAM/08, RMP N° 1141/LZA/010, RMP N° 1219/LZA/010, et RMP N° 1238/LZA/010, Jugement du 09 juillet 2010, para. 46

³¹ Chambre Préliminaire II, Affaire *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No ICC-01/05-01/08, 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, 15 juin 2009, para. 427.

³² TPIR, Affaire *Le Procureur c. Musema*, Affaire N° ICTR-96-13-T, 27 janvier 2000, para. 131.

³³ CPI, Situation en République Centrafricaine, Affaire *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No ICC-01/05-01/08, Chambre Préliminaire II, 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, 15 juin 2009, para. 430.

³⁴ Tribunal Militaire de Garnison de Bunia, Affaire *Kakado*, RP N°071/09, 009/010 et 074/010, RMP N°885/EAM/08, RMP N° 1141/LZA/010, RMP N° 1219/LZA/010, et RMP N° 1238/LZA/010, Jugement du 09 juillet 2010, §136,

³⁵ Ibid.

³⁶ TPIR, Affaire *Le Procureur c. Musema*, Affaire N° ICTR-96-13-T, 27 janvier 2000, para. 141.

³⁷ L'affaire *Bemba* concerne la responsabilité du supérieur militaire. Le standard de preuve exigé pour engager la responsabilité du supérieur militaire est moins élevé que le standard de preuve défini pour le supérieur civil. Par ailleurs, l'arrêt précité se rapporte à la confirmation des charges. Le standard de preuve retenu au stade de la confirmation des charges (« éléments de preuve suffisants pour établir l'existence de motifs substantiels de croire que la personne a commis le crime qui lui est imputé ») est également moins élevé que le standard de preuve nécessaire pour établir la culpabilité de l'accusé (« au-delà de tout doute raisonnable »).

³⁸ Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, *affaire Kazungu*, RP 275/09 et 521/10, RMP 581/07 et 1573/KMC/ 10, Jugement du 16 août 2011.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ En novembre 1998, Paul Kagame, alors vice-president, semble avoir reconnu cette participation aux cotés des rebelles d'alors. Voir IRIN Update No 540 du 6 novembre 1998 (<http://reliefweb.int/report/democratic-republic-congo/irin-update-no-540-central-and-eastern-africa>). Tout récemment, le Rwanda menaçait officiellement de prendre des mesures militaires contre la R.D.C. affirmant qu'elle était à l'origine de bombes tombées sur le territoire rwandais. Voir : Smith D., Rwanda Accuses Congo of Rocket Attacks over Border, *The Guardian* (Londres), 30 août 2013 (<http://www.theguardian.com/world/2013/aug/30/rwanda-congo-attacks-m23-ceasefire>).

⁴² Voir notamment en ce sens : Tribunal Militaire de Garnison d'Uvira, *Affaire Lemera*, RMP 0933/KMC/10, 30 octobre 2010, feuillet 7.

⁴³ Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, *affaire Kazungu*, RP 275/09 et 521/10, RMP 581/07 et 1573/KMC/ 10, Jugement du 16 août 2011, quarante quatrième feuillet.

⁴⁴ Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, *affaire Kazungu*, RP 275/09 et 521/10, RMP 581/07 et 1573/KMC/ 10, Jugement du 16 août 2011, trente deuxième feuillet.

⁴⁵ Ibid., quarante huitième feuillet.

⁴⁶ Voir à ce titre, Schabas William A., Common Law, 'Civil Law' et droit pénal international : Tango (le dernier ?) à La Haye, *Revue québécoise de droit international* 13 (2000) 1, pp. 300-302 ; Cataleta Maria Stefania, Le Tribunal spécial pour le Liban : De l'hypothèse d'un possible effet destabilisateur sur le système de la justice pénale internationale, *La Comunita Internazionale* 1 (2012), pp. 67-73.

⁴⁷ Voir l'article 20(4)(d) du Statut du TPIR et l'article 21(4)(d) du Statut du TPIY.

⁴⁸ Voir l'article 63 du Statut de Rome.

⁴⁹ Voir l'article 22 (Jugement par défaut) du Statut du Tribunal special pour le Liban.

⁵⁰ Voir l'article 12 du Statut du TMI de Nuremberg (<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>). Sur cette base, Martin Bormann avait été jugé alors même qu'il n'était pas sous les verroux et qu'il semblerait qu'il était mort. Voir l'ordonnance du 18 octobre 1945 ou l'accuse est clairement informé que s'il ne se présente pas il sera jugé par contumace (<http://avalon.law.yale.edu/imt/v1-04.asp>). Voir aussi l'extrait du jugement ou il est fait référence à la mort de l'accuse dont les juges n'auraient visiblement pas été convaincus (<http://avalon.law.yale.edu/imt/judborma.asp>). Voir par ailleurs : Klerks A., *Trials in absentia* in International (Criminal) Law. What is the exact position of the *in absentia*-principle in international (criminal) law and what is the influence of the Special Tribunal for Lebanon on this position ?, mémoire, LLM International and European Public Law, Juin 2008 (<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=81103>) ; et Schwartz H., *Trials in Absentia*, *Human Rights Brief* 4 (1996) 1, pp. 12 et 14 (<http://www.wcl.american.edu/hrbrief/04/1schwartz.pdf>).

⁵¹ Voir l'Observation Générale No 32 relative à l'Article 14 Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, 27 juillet 2007, Document des Nations Unies No CCPR/C/GC/32. Voir aussi les Observations finales au terme de l'Examen des rapports soumis par les Etats parties conformément à l'article 40 du Pacte, Document des Nations Unies No CCPR/C/ETH/CO/1, 19 août 2011.

⁵² Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, *Affaire Mupoke*, R.P. 708/12 / RMP 1868/TBK/KMC/1012, 15 octobre 2012, 17^{ème} feuillet.

⁵³ Tel est l'ordre de présentation des sources du droit international dans le Statut de la Cour internationale de Justice, article 38(1), annexé à la Charte des Nations Unies, disposition qui est communément considérée comme identifiant les sources du droit international. Volontairement, nous avons omis ici les principes généraux de droit dans la mesure où leur utilisation en droit pénal pourrait poser un problème plus aigu vis-à-vis du principe de légalité.

⁵⁴ Voir la Convention de 1948 et l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête : 2002) [(Republique démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6]. Dans le paragraphe 64 de cet arrêt, la Cour affirme, en passant, que la prohibition du génocide a le caractère d'une norme impérative du droit international général (jus cogens). Dans la doctrine, voir : Wouters J. et Verhoeven S., *The Prohibition of Genocide as a Norm of Jus Cogens and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide*, Working Paper of the Institute for International Law (K.U. Leuven), No 69 (January 2005) (<http://www.law.kuleuven.be/jir/nl/onderzoek/wp/WP69e.pdf>) ; et Verhoeven J., Sur les 'Bons' et les 'Mauvais' Emplois du Jus Cogens, *Anuario Brasileiro de Direito Internacional XXXVII-1*, pp. 133-160 (http://www.oas.org/dil/esp/XXXVII_Curso_sur_los_bons_Leonardo_Nemer.pdf).

⁵⁵ Voir les deux volumes du Comité international de la Croix Rouge sur les règles coutumières du droit international humanitaire (<http://www.icrc.org/fre/resources/documents/publication/pcustom.htm>) et surtout la base de données associée disponible exclusivement en anglais (<http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>).

⁵⁶ C'est le cas par exemple pour le crime d'apartheid et le crime de torture.

⁵⁷ D'abord les groupes politiques n'apparaissent pas comme une catégorie protégée dans la Convention. Par ailleurs, les travaux préparatoires révèlent de façon claire que cette exclusion des groupes politiques de la définition du crime de génocide est délibérée et expresse. Voir : Document des Nations Unies A/760, Rapport de la Sixième Commission sur le projet de convention relative au génocide, 3 décembre 1948, para. 21. Il apparaît que, sur proposition conjointe de l'Égypte, de l'Iran et de l'Uruguay, la Commission a reconsidéré l'exclusion des groupes politiques, mais le vote a été de 26 contre 4 avec 9 abstentions en faveur d'une telle exclusion. Les groupes politiques ont été dès lors définitivement exclus de la Convention

qui sera adopté quelques jours plus tard, le 9 décembre 1948. Ce document est publié dans Abtahi H. and Webb Ph., *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*, Volume Two, 2008, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston, p. 2029. Il est aussi disponible en ligne (http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/760).

Cette exclusion a été aussi confirmée par la pratique jurisprudentielle du TPIR, où la Chambre d'appel a bien expliqué que les Hutu modérés ne pouvaient pas faire l'objet d'un génocide en raison du caractère politique du groupe qu'ils forment. Voir : TPIR, *Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze c. Le Procureur*, Affaire No. TPIR-99-52-A, Arrêt, 28 novembre 2007, paras. 495-496. Dans ces paragraphes, la Chambre d'appel est revenu sur la déclaration faite par les juges de première instance qui ont considéré que les crimes commis contre les *Hutu* modérés relevaient du génocide, pour rappeler qu'il s'agissait là d'un groupe politique et par conséquent exclu de la définition du génocide. Elle a ainsi rappelé que « la victime d'un acte de génocide doit avoir été visée en raison de son appartenance à un groupe protégé. » (para. 496). Voir aussi : TPIY, *Procureur c. Milomir Stakic*, Affaire No IT-97-24-A, Arrêt, para. 22. La Chambre d'appel y écrivait, en parlant des groupes protégés par la Convention de 1948 : « Perhaps even more tellingly, members of the Sixth Committee declined to include destruction of political groups within the definition of genocide, accepting the position of countries that wanted the Convention to protect only "definite groups distinguished from other groups by certain well-established", immutable criteria. »

⁵⁸ 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 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.

⁵⁹ TGI Kalamu, affaire du *Mputu Muteba Israël et al.*, RP.11.154/11.155/11.156, 17 Décembre 2011. Pour d'autres critiques de cette jurisprudence, voir : ASF, Recueil de Jurisprudence congolaise en matière de crimes internationaux. Commentaires de décisions, 2013.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Voir page 2 du jugement du 17 décembre 2011.

⁶² TPIR, Affaire *Kayishema et Ruzindama*, Ch. 1^{ère} Inst. 21 mai 1999.

⁶³ L'article 9 du Statut de Rome prévoit l'adoption par l'Assemblée des Etats parties de ce document (« Eléments des crimes ») destiné à aider la Cour à interpréter et appliquer les articles 6, 7 et 8.

⁶⁴ Nations Unies, Assemblée générale, Résolution 2391 (XXIII) du 26 novembre 1968. Voir aussi *Recueil des Traités des Nations Unies*, Vol. 754, pp. 73 et ss. Il faut souligner qu'à ce jour, 54 Etats seulement ont ratifié cette convention. Nombre d'Etats sont opposés à la ratification en raison de la possible perception de rétroactivité qui résulterait de l'article premier qui établit l'imprescriptibilité de ces crimes « quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis », y compris donc les crimes commis antérieurement à la Convention. Il faut souligner que la République démocratique du Congo n'a pas ratifié cette convention de 1968.

Sur le même thème, voir aussi : C. van den Wyngaert & J. Dugard, "Non-Applicability of Statute of Limitations", in Cassese A., Gaeta P. and Jones J. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, Volume 1, Oxford University Press, 2002, pp. 873-888 ; A. De Baets, Historical Imprescriptibility, *Storia della Storiografia* 59-60 (2011), pp. 128-149 (disponible en ligne : <http://www.inth.ugent.be/wp-content/uploads/2012/05/Historical-imprescriptibility.pdf>).

⁶⁵ Nations Unies, Assemblée générale, Résolution 3068 (XXVIII) du 30 novembre 1973 portant Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid*. Voir aussi *Recueil des Traités des Nations Unies*, Vol. 1015, pp. 243 et ss. La République démocratique du Congo a accédé à cette Convention le 11 juillet 1978 (voir notre section 3 plus haut).

⁶⁶ Les actes matériels énoncés sont les suivants : « 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 ».

⁶⁷ SCSL, *Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, Case No. SCSL-2004-16-A, Judgment, Appeals Chamber, 22 February 2008, paras. 181-203. Cet arrêt est disponible en ligne et en anglais seulement (<http://www.sc-sl.org/CASES/ProsecutorvsBrimaKamaraandKanuAFRCCase/AppealJudgment/tabid/216/Default.aspx>). Voir aussi notre commentaire : Adjovi R., L'arrêt dans l'affaire AFRC du Tribunal pénal spécial pour la Sierra Leone, *Hague Justice Journal / Journal Judiciaire de La Haye* 3 (2008) 2, pp. 27-38 ([http://www.haguejusticeportal.net/Docs/HJJ-JJH/Vol_3\(2\)/Journal%20-%20Adjovi%20-%203.2%20-%20FR.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/HJJ-JJH/Vol_3(2)/Journal%20-%20Adjovi%20-%203.2%20-%20FR.pdf)).

⁶⁸ La jurisprudence des deux tribunaux *ad hoc* a clairement établi que l'existence d'un plan ou d'une politique institutionnelle n'était pas un élément du crime contre l'humanité. Voir TPIY, *Procureur c. Tihomir Blaskic*, Affaire No. IT-95-14-A, Arrêt, 29 juillet 2004, para. 120 : « The Appeals Chamber agrees that a

plan or policy is not a legal element of a crime against humanity, though it may be evidentially relevant in proving that an attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic. » Voir aussi TPIR, *Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze c. Le Procureur*, Affaire No. TPIR-99-52-A, Arrêt, 28 novembre 2007, para. 922 : « ... It is well established that, while it may be helpful to prove the existence of a policy or plan, that is not a legal element of crimes against humanity. The same applies to "substantial resources". Contrary to what certain early Tribunal judgments might be taken to imply, "substantial resources" do not constitute a legal element of crimes against humanity. It is the widespread or systematic attack which must be proved. » (Les notes de bas de page dans l'original ont été omises ici.)

⁶⁹ Voir la Loi No 024-2002 du 18 novembre 2002 portant Code pénal militaire, Kabinda Ngoy Luhonge *et al.* (dir.), *Les Codes Larcier, République démocratique du Congo, Tome II, Droit pénal*, Bruxelles, 2003, pp. 42-60 (cote : D2003/0031/28). Historiquement il semble qu'il en était de même et nous avons retrouvé une définition générale des crimes contre l'humanité à l'article 505 du Code de Justice Militaire de 1990 qui dispose que : « Les crimes contre l'humanité seront poursuivis et réprimés dans les mêmes conditions que les crimes de guerre. A la différence des crimes de guerre, les crimes contre l'humanité ne sont pas nécessairement liés à l'état de guerre et peuvent se commettre, non seulement entre personnes de nationalité différente, mais même entre sujets d'un même Etat. Il s'agit de tout acte inhumain commis contre toutes populations civiles avant ou pendant la guerre tel que : assassinat, extermination, réduction en esclavage, le génocide (article 6 de l'Accord de Londres du 8 août 1945 ; Résolution des Nations Unies du 13 février 1946). »

⁷⁰ « Les tortures ou autres traitements inhumains, y compris les expériences biologiques ; le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé ; le fait de contraindre à servir dans les Forces armées de la puissance ennemie ou de la partie adverse un prisonnier de guerre ou une personne civile protégée par les conventions ou les protocoles additionnels relatifs à la protection des personnes civiles pendant la guerre ; le fait de priver un prisonnier de guerre ou une personne civile protégée par les conventions ou les protocoles additionnels relatifs à la protection des personnes en temps de guerre, de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement selon les prescriptions de ces dispositions ; la déportation, le transfert ou le déplacement illicites, la détention illicite d'une personne civile protégée par les conventions ou les protocoles additionnels ; la prise d'otages ; la destruction ou l'appropriation des biens, non justifiées par des nécessités militaires telles qu'admisses par le droit des gens et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire ; les actes et omissions non légalement justifiés, qui sont susceptibles de compromettre la santé et l'intégrité physique ou mentale des personnes protégées par des conventions relatives à la protection des blessés, des malades et des naufragés, notamment tout acte médical qui ne serait pas justifié par l'état de santé de ces personnes ou ne serait pas conforme aux règles de l'art médical généralement reconnues ; sauf s'ils sont justifiés dans les conditions prévues au point 8, les actes consistant à pratiquer sur les personnes visées au point 8, même avec leur consentement, des mutilations physiques, des expériences médicales ou scientifiques ou des prélèvements de tissus ou d'organes pour des transplantations, à moins qu'il s'agisse de dons de sang en vue de transfusions ou de dons de peau destinée à des greffes, pour autant que ces dons soient volontaires, consentis et destinés à des fins thérapeutiques ; le fait de soumettre la population civile ou des personnes civiles à une attaque ; le fait de lancer une attaque sans discrimination atteignant la population civile ou des biens de caractère civil, tout en sachant que cette attaque causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu, sans préjudice de la criminalité de l'attaque dont les effets dommageables, même proportionnés à l'avantage militaire attendu, seraient incompatibles avec les principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique ; le fait de lancer une attaque contre des ouvrages ou installations contenant des substances dangereuses, tout en sachant que cette attaque causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ; le fait de soumettre à une attaque des localités non défendues ou des zones démilitarisées ; le fait de soumettre une personne à une attaque tout en la sachant hors de combat ; le transfert dans un territoire occupé d'une partie de la population civile de la puissance occupante, dans le cas d'un conflit armé international, ou de l'autorité occupante dans le cas d'un conflit armé non international ; le fait de retarder sans justification le rapatriement des prisonniers de guerre ou des civils ; le fait de se livrer aux pratiques de l'apartheid ou à d'autres pratiques inhumaines ou dégradantes fondées sur la discrimination raciale donnant lieu à des outrages à la dignité humaine ; le fait de diriger des attaques contre les monuments historiques, les archives, les œuvres d'art ou les lieux de culte clairement reconnus qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples et auxquels une protection spéciale a été accordée en vertu d'un arrangement particulier alors qu'il n'existe aucune preuve de violation par la partie adverse de l'interdiction d'utiliser ces biens à l'appui de l'effort militaire, et que ces biens ne sont pas situés à proximité immédiate des objectifs militaires.

⁷¹ Meurtre ; extermination ; réduction en esclavage ; déportation ou transfert forcé des populations ; emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ; torture ; viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée et autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ; persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit

international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent article ; dévastation grave de la faune, de la flore, des ressources du sol ou du sous-sol ; destruction du patrimoine naturel ou culturel universel.

⁷² Voir la Loi No 06/018 de XX 2006, notamment en ses dispositions suivantes :

Article 2 (2) relatif au viol introduisant l'article 170 au Code pénal ;

Article 3 (3) relatif à la prostitution forcée introduisant l'article 174(c) au Code pénal ;

Article 3 (6) relatif au mariage forcé introduisant l'article 174(f) au Code pénal ;

Article 3 (7) relatif à la mutilation sexuelle introduisant l'article 174(g) au Code pénal ;

Article 3 (10) relatif au trafic et à l'exploitation d'enfants à des fins sexuelles introduisant l'article 174(j) au Code pénal ;

Article 3 (11) relatif à la grossesse forcée introduisant l'article 174(k) au Code pénal ; et

Article 3 (12) relatif à la stérilisation forcée introduisant l'article 174(l) au Code pénal.

⁷³ Voir la Loi No 11/008 portant criminalisation de la torture

⁷⁴ Dans le souci de « veill(er) à l'élimination des violences sexuelles », l'article 15 de la Constitution de 2006 érige en crime contre l'humanité « toute violence sexuelle faite sur toute personne, dans l'intention de déstabiliser, de disloquer une famille et de faire disparaître tout un peuple ». Cette disposition pose de nouveaux critères liés à l'élément moral qui, s'ils sont remplis, permettraient de conclure à un crime contre l'humanité pour l'une quelconque des violences sexuelles incriminées avec la modification du Code pénal en 2006.

⁷⁵ *Journal Officiel de la République Démocratique du Congo* No. 15, 1^{er} août 2006, p. 1 : « Jusqu'à là, le droit pénal congolais ne contenait pas toutes les incriminations que le droit international a érigées en infractions, comme un rempart dissuasif depuis 1946 contre ceux qui, petits et grands, violent le droit international, notamment humanitaire, reniant ainsi à la population civile la qualité et les valeurs d'humanité. »

⁷⁶ Voir ainsi le Code de l'organisation et de la compétence des juridictions militaires de 1980, en son article 166 ; le Code pénal militaire de 2002 en son article 10 ; le Code de justice militaire de 2002 en son article 204.

⁷⁷ Voir notamment : TPIY, *Procureur c. Tihomir Blaskic*, Affaire No. IT-95-14-A, Arrêt, 29 juillet 2004, para. 101.

⁷⁸ Cour Pénale Internationale, Chambre de Première Instance II, *Affaire Le Procureur contre Germain Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/07, 07 mars 2014, §1123.

⁷⁹ TPIY, *Kunarac AJ*, para. 96

⁸⁰ Voir TPIY, *Kordic et Cerkez*, Arrêt, para. 50 ; *Procureur c. Tihomir Blaskic*, op. cit., paras. 111, 113 et 115 ;

⁸¹ TMG de Mbandaka, *Affaire Songo Mboyo*, RMP 154/PEN/SHOF/05, 12 avril 2006, p. 34.

⁸² Cour Militaire du Sud Kivu- Bukavu, *Affaire Balimusa*, RMP n° 1280/MTL/09, 09 mars 2011.

⁸³ Cour Militaire du Sud Kivu- Bukavu, *Affaire Kibibi Mutuare*, RMP n° 1337/MTL/11, 21 février 2011, feuillet 17.

⁸⁴ TMG de l'Ituri, *Affaire Kahwa*, RMP 227/PEN/2006, 27 juillet 2007, p. 25-26.

⁸⁵ *Ibid.* Voir également en ce sens : *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, N°ICC-01/04-01/07, Arrêt 30 septembre 2008, par. 395 et 396 ; *Le Procureur c. Omar Hassan Al Bashir*, N°ICC-02/05-01/09, Arrêt du 4 mars 2009, par. 81 ; TPIR, *Le Procureur c. Alfred Musema*, jugement, Chambre de première instance I, 27 janvier 2000, affaire n° ICTR-96-13-T, § 204 ; TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, jugement, Chambre de Première instance, 3 mars 2000, IT-95-14-T, § 206 ; TPIY, *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, jugement, Chambre de Première instance, 15 mars 2002, IT- 97- 25- T, § 57 ; TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilic et Vinko Martinovic*, jugement, Chambre de Première instance, 31 mars 2003, IT-98-34-T, § 236 ;

⁸⁶ Cour Militaire du Sud Kivu- Bukavu, *Affaire Balimusa*, RMP n° 1280/MTL/09, 09 mars 2011. CM de l'Equateur, *Affaire Songo Mboyo*, op.cit., p. 27.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Cour Militaire du Sud Kivu- Bukavu, *Affaire Balimusa*, op. cit. Voir également TPIR, *Affaire Rutaganda*, Ch. de 1^{ère} Inst. 6 décembre 1999, para 72 ; *Affaire Musema*, Ch. de 1^{ère} Inst. 27 décembre 2000, para 207 ; *Affaire Kayishema et Ruzindama*, Ch. 1^{ère} Inst. 21 mai 1999, para 128).

⁸⁹ TMG de Mbandaka, *Affaire Songo Mboyo*, op.cit., p. 35. TMG de Mbandaka, *Affaire Mutins de Mbandaka*, RP 086 / 005, RP 101 / 006, 20 juin 2006, p. 24.

⁹⁰ TMG de l'Ituri, *Affaire Kahwa*, RMP 227/PEN/2006, 28 juillet 2007, p. 27.

⁹¹ Tel que résumé dans TPIY, *Le Procureur c/ Kunarac et consorts*, affaire n° IT-96-23 et IT-96-23/1-A, Jugement, 22 février 2001, par. 425 ; voir aussi les dispositions pertinentes d'autres instruments internationaux consacrant cette distinction, comme l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949, l'article 4 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de Guerre du 12 août 1949, Recueil des traités des Nations Unies (R.T.N.U.), vol. 75, p. 135, et les articles 43 et 50 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), du 8 juin 1977 (« le Protocole additionnel I »), R.T.N.U., vol. 1125, p. 271.

⁹² Cour Militaire du Sud Kivu- Bukavu, *Affaire Balimusa*, op. cit. Voir également TPIR, *Affaire Rutaganda*, Ch. de 1^{ère} Inst. 6 décembre 1999, para 72 ; *Affaire Musema*, Ch. de 1^{ère} Inst. 27 décembre 2000, para 207 ; *Affaire Kayishema et Ruzindama*, Ch. 1^{ère} Inst. 21 mai 1999, para 128).

⁹³ TPIY, *Le Procureur c/ Kunarac et consorts*, affaire n° IT-96-23 et IT-96-23/1-A, Arrêt, 12 juin 2002, par. 91 et 92 ; TPIY, *Le Procureur c/ Stakić*, affaire n° IT-97-24-T, Jugement, 31 juillet 2003, par. 624 ; TPIY, *Le Procureur c/ Vasiljević*, affaire n° IT-98-32-T, Jugement, 29 novembre 2003, par. 33.

⁹⁴ Cour Militaire du Sud Kivu- Bukavu, *Affaire Balimusa*, op. cit.

⁹⁵ Tribunal Militaire de Garnison d'Uvira, *Affaire Lemera*, RP N°132/ RMP N° 0933/KMC/10, 30 octobre 2010.

⁹⁶ Voir notamment TMG de Mbandaka, *Affaire Songo Mboyo*, RMP 154/PEN/SHOF/05, 12 avril 2006, p.35 : « Il y a intention au sens du présent statut lorsque relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement et relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendrait dans le cours normal des événements ; [...] L'agent doit être conscient que son acte faisait partie d'une attaque généralisée lancée contre la population civile ou entendait qu'il [en] fasse partie. En effet, l'auteur du crime contre l'humanité doit avoir agi en connaissance de cause. C'est-à-dire que l'agent doit comprendre le contexte général dans lequel s'inscrit son acte »

⁹⁷ TMG de Mbandaka, *Affaire Songo Mboyo*, RMP 154/PEN/SHOF/05, 12 avril 2006.

⁹⁸ Tribunal Militaire de Garnison de Mbandaka, *Affaire Waka Lifumba à charge des prévenus Botuli Ikofo et consorts*, RP 134/2007 / RMP 575, 18 février 2007.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, *Affaire Maniraguha Jean Bosco alias Kazungu et crt*, RP 275/09 et 521/10 / RMP 581/07 et 1573/KMC/10, 16 août 2011.

¹⁰¹ Tribunal Militaire de Garnison d'Uvira, *Affaire Lemera*, RP N°132/ RMP N° 0933/KMC/10, 30 octobre 2010.

¹⁰² Cour Militaire du Sud Kivu, *Affaire Kibibi*, RMP 1337/MTL/11, 21 février 2011.

¹⁰³ Voir TPIY, *Procureur c. Miroslav Kvocka et al.*, Affaire No IT-98-30/1-A, Arrêt, 28 février 2005, para. 259 où la Chambre d'appel opine à cette définition offerte par les juges de première instance. La Chambre a aussi précisé (para. 260), en rappelant le jugement *Krnjelac* (para. 326), qu'il n'est pas nécessaire que le corps de la victime ait été retrouvé pour conclure à sa mort.

¹⁰⁴ En droit pénal francophone, trois termes se côtoient : assassinat, homicide et meurtre. Comme il est écrit dans le *Vocabulaire juridique*, l'assassinat est un « meurtre aggravé, commis avec préméditation, passible de peines plus lourdes que le meurtre ordinaire ». Voir Cornu Gérard (dir.), *Vocabulaire Juridique*, 2000, Paris, Quadridge / Presses Universitaires de France, p. 75. L'homicide quant à lui est défini comme « le fait de donner la mort à un être humain soit volontairement ou même avec préméditation, soit involontairement ». Voir Cornu, *id.*, p. 426. Il faut donc distinguer graduellement l'homicide involontaire, le meurtre et l'assassinat. La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* a affirmé que le terme assassinat comme crime contre l'humanité n'impliquait pas un élément de préméditation mais seulement l'intention de donner la mort.

¹⁰⁵ Voir TPIY, *Kunarac et al.*, Arrêt, para. 148. Voir aussi TPIY, *Procureur c. Miroslav Kvocka et al.*, Affaire No. IT-98-30/1-A, Arrêt, 28 février 2005, para. 284.

¹⁰⁶ Voir notamment la note infrapaginale 14 associée à la torture dans les Eléments des Crimes : « Il est entendu qu'aucune intention spécifique n'a besoin d'être établie pour ce crime. »

¹⁰⁷ Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, *Affaire Maniraguha Jean Bosco et Sibomana Kabanda*, RMP 581/07 et 1573/KMC/ 10, 16 août 2011, pp. 40-42.

¹⁰⁸ Ibid., pp. 42-43.

¹⁰⁹ Ibid., pp. 39-40.

¹¹⁰ TPIY, *Kunarac et consorts*, Jugement, para. 460.

¹¹¹ Ibid., paras. 151-157

¹¹² TPIY, *Kvocka et consorts*, Jugement, para. 395.

¹¹³ Cour Militaire du Sud Kivu- Bukavu, *Affaire Balimusa*, RMP n° 1280/MTL/09, 09 mars 2011, pp.25-26.

¹¹⁴ Nous avons mis en italique les parties de l'extrait qui sont identiques ou adaptés des Eléments des crimes.

¹¹⁵ Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, *Affaire Maniraguha Jean Bosco et Sibomana Kabanda*, RMP 581/07 et 1573/KMC/ 10, 16 août 2011, pp. 39-40.

¹¹⁶ Cour Militaire du Sud Kivu, *Affaire Kibibi*, RMP 1337/MTL/11, 21 février 2011, p. 26.

¹¹⁷ Tribunal Militaire de Garnison de Mbandaka, *Affaire Songo Mboyo*, RMP 154/PEN/SHOF/05, 12 avril 2006.

¹¹⁸ Voir TPIY, *Kordic et Cerkez*, Arrêt, 17 décembre 2004, para. 116.

¹¹⁹ Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, *Affaire Maniraguha Jean Bosco et Sibomana Kabanda*, RMP 581/07 et 1573/KMC/ 10, 16 août 2011, p. 40.

¹²⁰ Voir les paragraphes (1) et (2) des éléments de ce crime tels qu'énoncés dans les Eléments des Crimes.

¹²¹ Pour le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, il y a une catégorie résiduelle spécifique aux violences sexuelles. Voir l'Article XX du Statut du Tribunal. Voir aussi notre article : « L'arrêt dans l'affaire AFRC du Tribunal pénal spécial pour la Sierra Leone », *Hague Justice Journal / Journal Judiciaire de La Haye* 3 (2008) 2, pp. 33-36. Article disponible en ligne ([http://www.haguejusticeportal.net/Docs/HJJ-JJH/Vol_3\(2\)/Journal%20-%20Adjovi%20-%203.2%20-%20FR.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/HJJ-JJH/Vol_3(2)/Journal%20-%20Adjovi%20-%203.2%20-%20FR.pdf)).

¹²² Voir TPIY, *Stakić*, Arrêt, para. 317.

¹²³ Voir *Procureur c. Momcilo Krajisnik*, Affaire No. IT-00-39-A, Arrêt, paras. 330-331.

¹²⁴ Voir *Théoneste Bagosora et Anatole Nsengiyumva c. Le Procureur*, Affaire No. ICTR-98-41-A, Arrêt, 14 décembre 2011, para. 729. La conclusion de la Chambre d'appel n'a toutefois pas conduit à une condamnation puisque la Chambre, à la majorité, que cette allégation n'était pas inscrite à l'acte d'accusation et ne pouvait donc pas être retenue à l'encontre de l'accusé Bagosora.

¹²⁵ Nous avons ajouté l'information entre parenthèses pour améliorer la compréhension de l'extrait.

¹²⁶ Cour Militaire du Sud Kivu- Bukavu, *Affaire Balimusa*, RMP n° 1280/MTL/09, 09 mars 2011.

¹²⁷ Ainsi par exemple Monique Chemillier-Gendreau situe la notion de crimes de guerre au 20^{ème} siècle, voir son article « La notion de crimes de guerre : contexte historique et politique, définition juridique et répression en droit international », disponible en ligne (http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/txt_chemillier.pdf). Toutefois, la guerre est une constante des sociétés humaines,

et elle n'a jamais été absolue, c'est-à-dire sans limitation (cf. par exemple, Hongsheng S., « The Evolution of Law of War », *Chinese Journal of International Politics* 1 (2006), pp. 267-301 ; Draper G., « The Contribution of the Emperor Asoka Maurya to the Development of the Humanitarian Ideal in Warfare », *International Review of the Red Cross* 305 (1995), disponible en ligne [<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmf2.htm>] et Sinha M.K., « Hinduism and International Humanitarian Law », *International Review of the Red Cross* 87 (2005) 858, pp. 285-294, disponible en ligne [http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_858_sinha.pdf]). Or tout acte qui va à l'encontre des limitations à la guerre durant la guerre constitue un crime de guerre. D'où notre affirmation que c'est un des crimes les plus anciens de droit international. Dans la base de données des traités du Comité international de la Croix-Rouge (<http://www.icrc.org/dih>), on retrouve ainsi le plus ancien des traités qui date du 19^{ème} siècle (1899) : c'est la Convention (II) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Mais parmi les documents écrits relatifs aux crimes de guerre, il faut aussi signaler la Déclaration de Paris de 1856 et le Code Lieber de 1863.

¹²⁸ En 2005, le CICR a conclu les résultats d'une étude fastidieuse par son envergure sur les coutumes en droit international humanitaire et mis en ligne l'ensemble des données (disponible exclusivement en Anglais). Voir *Customary International Humanitarian Law* (<http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>).

¹²⁹ i) L'homicide intentionnel ; ii) La torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques ; iii) Le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé ; iv) La destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire ; v) Le fait de contraindre un prisonnier de guerre ou une personne protégée à servir dans les forces d'une puissance ennemie ; vi) Le fait de priver intentionnellement un prisonnier de guerre ou toute autre personne protégée de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement ; vii) La déportation ou le transfert illégal ou la détention illégale ; viii) La prise d'otages ;

¹³⁰ i) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des civils qui ne participent pas directement part aux hostilités ; ii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des biens de caractère civil, c'est-à-dire des biens qui ne sont pas des objectifs militaires ; iii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre le personnel, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et aux biens de caractère civil ; iv) Le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu ; v) Le fait d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus et qui ne sont pas des objectifs militaires ; vi) Le fait de tuer ou de blesser un combattant qui, ayant déposé les armes ou n'ayant plus de moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion ; vii) Le fait d'utiliser indûment le pavillon parlementaire, le drapeau ou les insignes militaires et l'uniforme de l'ennemi ou de l'Organisation des Nations Unies, ainsi que les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève, et, ce faisant, de causer la perte de vies humaines ou des blessures graves ; viii) Le transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante d'une partie de sa population civile, dans le territoire qu'elle occupe, ou la déportation ou le transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d'une partie de la population de ce territoire ; ix) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades ou des blessés sont rassemblés, à condition qu'ils ne soient pas des objectifs militaires ; x) Le fait de soumettre des personnes d'une partie adverse tombées en son pouvoir à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques quelles qu'elles soient qui ne sont ni motivées par un traitement médical, dentaire ou hospitalier, ni effectuées dans l'intérêt de ces personnes, et qui entraînent la mort de celles-ci ou mettent sérieusement en danger leur santé ; xi) Le fait de tuer ou de blesser par trahison des individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie ; xii) Le fait de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier ; xiii) Le fait de détruire ou de saisir les biens de l'ennemi, sauf dans les cas où ces destructions ou saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ; xiv) Le fait de déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice les droits et actions des nationaux de la partie adverse ; xv) Le fait pour un belligérant de contraindre les nationaux de la partie adverse à prendre part aux opérations de guerre dirigées contre leur pays, même s'ils étaient au service de ce belligérant avant le commencement de la guerre ; xvi) Le pillage d'une ville ou d'une localité, même prise d'assaut ; xvii) Le fait d'employer du poison ou des armes empoisonnées ; xviii) Le fait d'employer des gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que tous liquides, matières ou procédés analogues ; xix) Le fait d'utiliser des balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que des balles dont l'enveloppe dure ne recouvre pas entièrement le centre ou est percée d'entailles ; xx) Le fait d'employer les armes, projectiles, matières et méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ou à frapper sans discrimination en violation du droit international des conflits armés, à condition que ces armes, projectiles, matières et méthodes de guerre fassent l'objet d'une interdiction générale et qu'ils soient inscrits dans une annexe au présent Statut, par voie d'amendement adopté selon les dispositions des articles 121 et 123 ; xxi) Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants ; xxii) Le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, telle que définie à l'article 7, paragraphe 2, alinéa f), la stérilisation

forcée ou toute autre forme de violence sexuelle constituant une infraction grave aux Conventions de Genève ; xxiii) Le fait d'utiliser la présence d'un civil ou d'une autre personne protégée pour éviter que certains points, zones ou forces militaires ne soient la cible d'opérations militaires ; xxiv) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre les bâtiments, le matériel, les unités et les moyens de transport sanitaires, et le personnel utilisant, conformément au droit international, les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève ; xxv) Le fait d'affamer délibérément des civils comme méthode de guerre, en les privant de biens indispensables à leur survie, y compris en empêchant intentionnellement l'envoi des secours prévus par les Conventions de Genève ; xxvi) Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées nationales ou de les faire participer activement à des hostilités ;

¹³¹ i) Les atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels et la torture ; ii) Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants ; iii) Les prises d'otages ; iv) Les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables ;

¹³² i) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des personnes civiles qui ne participent pas directement aux hostilités ; ii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre les bâtiments, le matériel, les unités et les moyens de transport sanitaires, et le personnel utilisant, conformément au droit international, les signes distinctifs des Conventions de Genève ; iii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre le personnel, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et aux biens de caractère civil ; iv) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades et des blessés sont rassemblés, pour autant que ces bâtiments ne soient pas des objectifs militaires ; v) Le pillage d'une ville ou d'une localité, même prise d'assaut ; vi) Le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, telle que définie à l'article 7, paragraphe 2, alinéa f), la stérilisation forcée, ou toute autre forme de violence sexuelle constituant une violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève ; vii) Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées ou dans des groupes armés ou de les faire participer activement à des hostilités ; viii) Le fait d'ordonner le déplacement de la population civile pour des raisons ayant trait au conflit, sauf dans les cas où la sécurité des civils ou des impératifs militaires l'exigent ; ix) Le fait de tuer ou de blesser par trahison un adversaire combattant ; x) Le fait de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier ; xi) Le fait de soumettre des personnes d'une autre partie au conflit tombées en son pouvoir à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques quelles qu'elles soient qui ne sont ni motivées par un traitement médical, dentaire ou hospitalier, ni effectuées dans l'intérêt de ces personnes, et qui entraînent la mort de celles-ci ou mettent sérieusement en danger leur santé ; xii) Le fait de détruire ou de saisir les biens d'un adversaire, sauf si ces destructions ou saisies sont impérieusement commandées par les nécessités du conflit ; xiii) Le fait d'employer du poison ou des armes empoisonnées ; xiv) Le fait d'employer des gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que tous liquides, matières ou procédés analogues ; xv) Le fait d'utiliser des balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que des balles dont l'enveloppe dure ne recouvre pas entièrement le centre ou est percée d'entailles.

¹³³ La Convention (I) porte sur l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne. La Convention (II) porte sur l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer. La Convention (III) est relative au traitement des prisonniers de guerre, et la Convention (IV) à la protection des personnes civiles en temps de guerre. Le Protocole additionnel (I) porte sur la protection des victimes de conflits armés internationaux tandis que le Protocole additionnel (II) est relatif à la protection des victimes de conflits armés non internationaux. Le Protocole additionnel (III) adopté en décembre 2005 porte sur un signe distinctif additionnel, à savoir le Cristal rouge qui vient s'ajouter à la Croix Rouge et au Croissant Rouge.

¹³⁴ Voir notamment : CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amerique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, 27 juin 1986, paras. 218-220. Cette nature coutumière a été confirmée dans différentes jurisprudences des tribunaux ad hoc.

¹³⁵ En effet, les lois d'amnistie ont judicieusement limité la mesure aux faits de guerre et aux infractions politiques et d'opinion, en excluant explicitement les crimes internationaux (Art. 3, Loi de 2005). Voir : Article 199 de la Constitution de Transition (2003) ; Décret-loi No 03/001 du 15 avril 2003 portant amnistie pour faits de guerre, infractions politiques et d'opinion ; et Loi No 05/023 du 19 décembre 2005 portant amnistie pour faits de guerre, infractions politiques et d'opinion. Voir enfin le dernier *Projet de loi portant amnistie pour faits insurrectionnels, faits de guerre et infraction politique*, 20 décembre 2013, article 3. Il convient enfin de noter que toutes les lois d'amnistie se limitent aussi aux combattants de nationalité congolaise.

¹³⁶ Loi No 11/008 du 9 juillet 2011 portant criminalisation de la torture.

¹³⁷ Loi No 11/007 du 9 juillet 2011 portant mise en œuvre de la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction en République Démocratique du Congo. Les infractions sont inscrites aux Articles 3 et 4, mais l'incrimination résulte de l'Article 26.

¹³⁸ Loi No 06/018 du 20 juillet 2006 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal congolais.

¹³⁹ TPIY, *Procureur c. Dusko Tadic*, Affaire No IT-94-1, 2 octobre 1995, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, para. 70 : « an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. » Disponible en ligne mais en anglais seulement (<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>), la traduction dans le texte principal étant nôtre. Voir aussi : Vierucci L., « Armed Conflict », in Cassese A. (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2009, pp. 247-248.

¹⁴⁰ TMG de l'Ituri, Affaire *Bavi*, 28 juillet 2007, RPA 003/07, p. 37.

¹⁴¹ *Ibid.* pp. 37-38

¹⁴² *Ibid.*, p. 38 et 41.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 30.

¹⁴⁴ Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, Affaire *Mupoke*, R.P. 708/12 / RMP 1868/TBK/KMC/1012, 15 octobre 2012.

¹⁴⁵ Ainsi dans le commentaire de l'Article 3 commun, le CICR propose une liste qu'il dit non exhaustif pour assurer à cette disposition « un champ d'application aussi vaste que possible ». Cf. Site Internet du CICR (<http://www.icrc.org>). Voir aussi : CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire No ICC-01/04-01/06, Jugement en application de l'article 74 du Statut, 14 mars 2012, paras. 541-542.

¹⁴⁶ Sur l'intervention ougandaise, voir: CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (Republique démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt [du 19 décembre 2005], C.I.J. Recueil 2005, p. 168.

¹⁴⁷ TMG de l'Ituri, Affaire *Bongi*, RMP no 242/PEN/06, 24 mars 2006, p. 13-14.

¹⁴⁸ *Ibid.* p.5.

¹⁴⁹ TMG de l'Ituri, Affaire *Kahwa*, RMP 227/PEN/2006, 28 juillet 2007, p. 29.

¹⁵⁰ Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, Affaire *Mupoke*, R.P. 708/12 / RMP 1868/TBK/KMC/1012, 15 octobre 2012.

¹⁵¹ Voir par exemple : ASF, La justice face à la banalisation du viol en République démocratique du Congo. Etude de jurisprudence en matière des violences sexuelles de droit commun, Bruxelles, Mai 2012, 95p. plus une annexe.

¹⁵² (Art. 8(2)(b)(xxii)(1)),

¹⁵³ Art. 8(2)(b)(xxii)(2)

¹⁵⁴ Art. 8(2)(b)(xxii)(3)

¹⁵⁵ Art. 8(2)(b)(xxii)(4)

¹⁵⁶ Art. 8(2)(b)(xxii)(5)

¹⁵⁷ Art. 8(2)(b)(xxii)(6)

¹⁵⁸ A notre avis, il s'agirait plutôt ici de « incitation » et non « excitation ». Et c'est là un exemple des abus de langues, non pas dans la jurisprudence cette fois-ci, mais dans la loi elle-même.

¹⁵⁹ Il faut noter ici que la loi de 2006 ne fait aucune référence à une prohibition de l'avortement telle qu'établie dans les articles 165 et 166 du Code pénal (Loi du 30 novembre 2004).

¹⁶⁰ Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, Affaire *Mupoke*, RMP 1868/TBK/KMC/10-12, 15 octobre 2012, Feuille 19.

¹⁶¹ *Ibidem.*

¹⁶² *Ibidem.*

¹⁶³ *Ibid.*, feuille 20

¹⁶⁴ *Ibid.*, feuille 20

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ TMG Bukavu, *Kabala Mandumba et 3 autres (Mupoke)*, 15 octobre 2012, pp. 47-52.

¹⁶⁷ TMG Bukavu, *Kabala Mandumba et 3 autres (Mupoke)*, 15 octobre 2012, pp. 60-61 pour le pillage et 61-62 pour l'attaque contre des biens protégés.

¹⁶⁸ Il s'agit là d'une opinion découlant de notre expérience personnelle en tant que juriste au TPIR. Mais récemment, un juge du TPIY a rendu son dilemme public face à une logique politicienne menée par un autre juge, et cette lettre circule à fin dans le domaine public avec des conséquences qu'on pouvait imaginer. Mais il faut louer un courage fort rare dans le corps des juges. Pour la lettre du juge Frederik Harhoff, voir les adresses suivantes: (<http://www.bt.dk/sites/default/files-dk/node-files/511/6/6511917-letter-english.pdf>). L'une des conséquences de cette lettre a été la recusation du Juge F. Harhoff dans l'affaire *Seselj* (<http://www.icty.org/x/cases/seselj/tdec/en/130828.pdf>). Voir aussi les deux commentaires en ligne sur cette saga politico-judiciaire: Milanovic M., Danish Judge Blasts ICTY President [Updated], *EJIL Analysis*, 13 juin 2013 (<http://www.ejiltalk.org/danish-judge-blasts-icty-president/>); Simons M., Judge at War Crimes Tribunal Faults Acquittals of Serb and Croat Commanders, *The New York Times*, 14 juin 2013 (http://www.nytimes.com/2013/06/15/world/europe/judge-at-war-crimes-tribunal-faults-acquittals-of-serb-and-croat-commanders.html?_r=0); Bartels R., Prlic et al.: The Destruction of the Old Bridge of Mostar and Proportionality, *EJIL Analysis*, 31 juillet 2013 (<http://www.ejiltalk.org/prlic-et-al-the-destruction-of-the-old-bridge-of-mostar-and-proportionality/>); Milanovic M., Breaking: Judge Harhoff Disqualified from the Seselj case, *EJIL Analysis*, 28 août 2013 (<http://www.ejiltalk.org/breaking-judge-harhoff-disqualified-from-the-seselj-case/>); et Jacobs D., Nightmare Scenario at the ICTY: Judge Harhoff Disqualified, *Spreading The Jam* (Blog), 28 août 2013 (<http://dovjacobs.blogspot.nl/2013/08/nightmare-scenario-at-icty-judge.html>).

¹⁶⁹ L'alinéa 3 bis a été introduit avec l'adoption de la définition du crime d'agression durant la Conférence de révision à Kampala (Ouganda), en 2009.

¹⁷⁰ Chambre de Première Instance I, *Affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, para 1018. Disponible en ligne (<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1462060.pdf>). Sur la notion de coaction, voir aussi l'opinion individuelle du Juge Fulford jointe à ce jugement, et l'opinion individuelle de la Juge Wyngaert (<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1557879.pdf>) jointe au jugement d'acquiescement de Mathieu Ngudjolo, *Affaire Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo*, Affaire No. ICC-01/04-02/12, Chambre de première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 décembre 2012. Disponible en ligne (<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1529535.pdf>).

¹⁷¹ Chambre Préliminaire II, Situation en République Centrafricaine, *Affaire Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, 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, 15 juin 2009, para. 407.

¹⁷² *Ibid.*, para. 414.

¹⁷³ *Ibid.*, para. 415.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibid.* ; para 418.

¹⁷⁶ *Ibid.* para. 429.

¹⁷⁷ *Ibid.*, para. 430.

¹⁷⁸ *Ibid.*, para. 433.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ *Ibid.*, para. 443.

¹⁸² Voir par exemple l'Article 17 de la Constitution (2006) qui couvre la responsabilité pénale individuelle en ces termes : « La responsabilité pénale est individuelle. Nul ne peut être poursuivi, arrêté, détenu ou condamné pour fait d'autrui. » L'affirmation est tellement catégorique qu'elle pourrait être comprise comme excluant la responsabilité par omission. Or la responsabilité du supérieur hiérarchique est bien établie en droit international pénal, dans des instruments auxquels la R.D.C. a donné son consentement à être liée de sorte que cette interprétation serait fort erronée.

¹⁸³ Tribunal Militaire de Garnison du Haut Katanga, *Affaire Kyungu Mutanga Gedeon et 25 autres*, RMP 0468/MAK/07 ; 0512/MAK/08 ; 0686/MAK/09, 5 mars 2009

¹⁸⁴ Voir Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, *Affaire Pantove Merike et Bose Nibamwe Bazirake*, RMP1388/NGG/09, 02 octobre 2011.

¹⁸⁵ TMG de Mbandaka, *Affaire Songo Mboyo*, RMP 154/PEN/SHOF/05, 12 avril 2006, p. 20.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ Cour Militaire de la Province Orientale, *Affaire Bonghi*, RMP 242/PEN/06, 24 mars 2006, p. 20.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Ibid*, p. 21.

¹⁹⁰ *Ibid*, p. 20.

¹⁹¹ *Ibid*, p. 21.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ Cour Militaire de la Province Orientale, *Affaire Kahwa*, RMP 227/PEN/2006, 28 juillet 2007.

¹⁹⁴ Tribunal Militaire de Garnison de Bunia, *affaire Kakado*, RP N°071/09, 009/010 et 074/010, 09 Juillet 2010.

¹⁹⁵ Dans ce jugement, le Tribunal fera l'analyse de la responsabilité pénale en deux temps, d'abord en discutant chaque incrimination, puis à titre exclusive sans qu'un rattachement ne soit fait à chaque incrimination. Par ailleurs cette affaire présente un intérêt particulier puisque les faits pour lesquels l'accusé a été condamné sont liés aux faits pour lesquels Mathieu Ngudjolo Chui sera acquitté à la CPI. Voir, CPI, *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, Affaire No. ICC-01/04-02/12, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 décembre 2012. Le 21 décembre 2012, Mathieu Ngudjolo Chui a été libéré du centre de détention pendant que la Chambre d'appel traite de l'appel interjeté par le procureur.

¹⁹⁶ *Affaire Basele Lutula alias Colonel Thom's et 4 autres*, TMG de Kisangani, 3 juin 2009, jugement publié dans ASF, Recueil de décisions de justice et de notes de plaidoiries en matière de crimes internationaux, Décembre 2010, pp. 192-223.

¹⁹⁷ Cour Militaire du Sud Kivu- Bukavu, *Affaire Balimusa*, RMP n° 1280/MTL/09, 09 mars 2011.

¹⁹⁸ Chambre préliminaire II, 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, ICC-01/05-01/08-424, 15 juillet 2009.

¹⁹⁹ Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, *Affaire Kazungu*, RMP 581/07 et 1573/KMC/ 10, 16 août 2011

²⁰⁰ Ainsi, dans le jugement *Kabala Mandumba Mundande et 3 autres* (15 octobre 2012), le TMG de Bukavu a affirmé : « En dépit de la maxime 'ACTORI IN CUMBIT PROBATIO', le droit à la preuve est reconnu à toutes les parties au procès. Tout justiciable a le droit de produire les preuves qui 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. »

²⁰¹ Ce principe se retrouve par exemple dans le jugement *Songo Mboyo* (TMG Mbandaka, 12 juin 2006) où le Tribunal, pour rejeter le témoignage des victimes relatif à Yangbanda Dumba et Mambe Soyo, a écrit : « Attendu cependant, faisant droit au moyen du Ministère Public, le Tribunal n'est pas lié au témoignage des victimes, le juge de fond les apprécie en concerto pour en tirer leur force probante. Ainsi, lors mis

l'hypothèse exceptionnelle des déclarations des victimes d'agression sexuelle, aucune déclaration de la victime ne peut être considérée comme témoignage et ce en vertu du principe nul ne peut témoigner dans sa propre cause. »

Pourquoi faut-il que le témoignage de la victime soit exclue ? Et s'il n'y avait pas d'autre moyen de preuve ? Dans la même affaire, le Tribunal a aussi écarté le témoignage de l'accusé « au motif qu'un prévenu ne peut témoigner contre un autre ». C'est aussi là, un principe contraire au droit international contemporain. Il peut découler d'un tel témoignage un conflit d'intérêt qui affecte la jonction d'instances, mais la solution est dans la procédure non dans l'admission ou non de la preuve. Et la jurisprudence des juridictions internationales pénales le prouvent à souhait. Ainsi par exemple l'accusé Michel Bagaragaza a témoigné contre d'autres accusés au TPIR. Sa collaboration avec le Bureau du Procureur a été prise en compte comme une circonstance atténuante et il n'a écoupé que 8 ans d'emprisonnement. Cf. TPIR, *Michel Bagaragaza*, Affaire No. TPIR-2005-86-S, Sentencing Judgement, Chambre de première instance III, 17 novembre 2009, para. 39. Jugement disponible en ligne mais seulement en anglais (<http://www.ictrcaselaw.org/docs/20091117-igt-0586-01-en.pdf>).

²⁰² TMG Mbandaka, Affaire *Songo Mboyoy*, RMP 154/PEN/SHOF/05, 12 avril 2006, pp. 27-28

²⁰³ *Ibid.* p.34

²⁰⁴ Cour militaire du Katanga, affaire *Kilwa*, RP 010/2006, 29 juin 2007.

²⁰⁵ TMG de Mbandaka, Affaire *Songo Mboyoy*, *op. cit.*, p.27

²⁰⁶ Tribunal Militaire de Garnison de Mbandaka, Affaire *des Mutins de Mbandaka*, RP 101 / 006, 20 juin 2006.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*, p.22.

²¹⁰ *Ibid.*, p.15.

²¹¹ Par exemple, la *Common Law* exclut, en principe, la preuve par oui-dire (*hearsay*) qui est une forme de témoignage par intermédiaire.

²¹² CPI, *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, Affaire No ICC-01/04-02/12, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 décembre 2012.

²¹³ TPIR, *Le Procureur c. Sylvestre Gacumbitsi*, Affaire No ICTR-2001-64-T, Décision relative aux témoins experts de la défense (Chambre de première instance III), 11 novembre 2003

(<http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Gacumbitsi/decisions/111103.pdf>), para. 8: « S'agissant des témoins experts en général, la Chambre rappelle qu'elle a seule le pouvoir d'attribuer une telle qualité au vu des éléments présents par les parties, et qu'elle a aussi le pouvoir d'accepter ou de rejeter, en tout ou en partie, la contribution d'un témoin expert. Par ailleurs le témoin expert en apportant l'éclairage du spécialiste, doit le faire dans la plus stricte neutralité en respectant l'objectivité scientifique. »

Le Procureur. Edouard Karemera et al., Affaire No ICTR-98-44-T, Decision on Joseph Nzirorera's Motion to Preclude Testimony by Charles Ntampaka (Chambre de première instance III), 26 septembre 2007

(<http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Karemera/decisions/070926.pdf>), para. 8 : « It is now settled that the requirements for the admission of an expert include: (i) the witness has to be an expert; (ii) the statement / report has to be reliable; (iii) the statement has to be relevant and of probative value; and (iv) the contents of the statement / report has to fall within the expertise of the witness. In general, the Chamber must decide whether the subject matter of the opinion falls within the class of subjects upon which expert evidence is permissible. In making this determination it will consider whether the subject matter is such that the Chamber may not be able to form a sound judgement on it without due assistance of witnesses possessing special knowledge or experience in the area. »

²¹⁴ Tribunal Militaire de Garnison de Bukavu, Affaire *Kabala Mandumba Mundande et 3 autres (Mupoke)*, R.P. 708/12 / RMP 1868/TBK/KMC/1012, 15 octobre 2012

²¹⁵ TMG Mbandaka, Affaire *Songo Mboyoy*, 12 avril 2006. Le Tribunal a écrit : « Cependant, il ressort du rapport médical établi par le Dr LUBAGA, gynécologue spécialiste requis par le Ministère des Droits Humains que nonobstant l'écoulement du temps à dater de l'événement, les traumatismes sont toujours présents dans le chef des victimes dont plus de 80% sont atteintes d'infection sexuellement transmissible ».

²¹⁶ TMG de Bukavu, Affaire *Maniraguha Jean-Bosco alias Kazungu et Sibomana Kabanda alias Tuzargwana* Jugement du 16 août 2011, pp. 21-23.

²¹⁷ Tribunal Militaire de Garnison d'Uvira, Affaire *Lemera*, RMP 0933/KMC/10, 30 octobre 2010.

²¹⁸ Cour Militaire du Sud-Kivu- Bukavu, Affaire *Balumisa Manasse (Katasomwa)*, RMP n° 1280/MTL/09, 09 mars 2011, Trentième feuillet.

²¹⁹ Tribunal Militaire de Garnison de Mbandaka, Affaire *Songo Mboyoy*, RMP 154/PEN/SHOF/05, 12 avril 2006.

²²⁰ Tribunal Militaire de Garnison de Mbandaka, Affaire *des Mutins de Mbandaka*, RP 101 / 006, 20 juin 2006.

²²¹ Dans ce jugement, les juges ont écrit : « Le Tribunal en déduit qu'il est, tactiquement parlant, vraisemblable que la troupe de KASEREKA, alors toute la troupe composée de deux compagnies, a pris le marché de MUPOKE d'assaut en anti railleurs. » Cour Militaire du Sud-Kivu- Bukavu, Affaire *Balumisa Manasse (Katasomwa)*, RMP n° 1280/MTL/09, 09 mars 2011.

²²² Ainsi, on peut lire dans le jugement du 15 octobre 2012 : « Il y a lieu de tirer dans cette contradiction du prévenu KABALA les manœuvres dilatoires qui opacifient dans son esprit le réel de l'imaginaire, le poussant à aller de la simple modification de la vérité à la fabulation, moyen par lui développé pour se disculper. De ses récits, les juges en déduisent que de la même manière qu'il a vu les 3 sacs de farine alors qu'il était en troupe avancée, de cette même manière, il a vu aussi les 4 dames violées. » Cour Militaire du Sud-Kivu- Bukavu, Affaire *Balumisa Manasse (Katasomwa)*, RMP n° 1280/MTL/09, 09 mars 2011.

²²³ Les juges ont ainsi écrit : « Il est probablement évident de déduire que chaque commandant s'était fait accompagner d'une femme toute la nuit. Dénote le Tribunal de céans. »

²²⁴ Tribunal Militaire de Garnison de Bunia, *Affaire Kakado*, RP N°071/09, 009/010 et 074/010, RMP N°885/EAM/08, RMP N° 1141/LZA/010, RMP N° 1219/LZA/010, et RMP N° 1238/LZA/010, Jugement du 09 juillet 2010,



Avocats **Sans Frontières**

Siège :

Rue de Namur 72
1000 Bruxelles - Belgique
Tél +32 (0)2 223 36 54
communication@asf.be

Mission permanente en RD Congo :

rdc-cm@asf.be

