



CAHIERS DU CERDHO

Octobre 2018

Le CERDHO est un centre de recherche spécialisé en droits de l'homme et en droit international humanitaire. Il fonctionne en tant qu'une unité de recherche au sein de la faculté de droit de l'Université Catholique de Bukavu. Dans ses activités de recherche, le CERDHO rédige ses Cahiers en vue de présenter quelques arrêts d'une juridiction nationale ou internationale dans ses domaines de recherche, à savoir le droit international humanitaire ou les droits de l'homme.



Les Cahiers du CERDHO bénéficient de l'appui financier de la VUB dans le cadre du projet Global MINDS 2018 portant sur l'accessibilité de la jurisprudence congolaise.



Le CEDIE/EDEM offre un appui technique dans l'élaboration des Cahiers du CERDHO

Contact :

Trésor MAHESHE
musole.maheshe@ucbukavu.ac.cd

Christian BAHATI BAHALAOKWIBUYE
christian.bahalaokwibuye@ucbukavu.ac.cd

Narcisse MIDESO
mideso.narcisse@ucbukavu.ac.cd

SOMMAIRE

1. HCM, arrêt RPA n° 140/18, 26 juillet 2018, Auditeur général des Forces armées de la République Démocratique du Congo, ministère public, et parties civiles contre le prévenu colonel BEKER DHENYO Jules

Quand les circonstances atténuantes constituent un moyen de soustraire l'accusé de sa responsabilité pénale pour crimes contre l'humanité

Par son arrêt RPA n° 140/18 en appel, la Haute Cour militaire disqualifie la condamnation du prévenu BEKER pour crime de guerre en crime contre l'humanité. Dans son raisonnement, la Haute Cour retient les circonstances atténuantes. Le présent commentaire s'interroge sur la conformité de ses motifs au Statut de Rome, d'une part, et au droit pénal congolais, d'autre part.

HCM – Matière répressive — circonstances atténuantes — art. 18 et 19 du Code pénal — art. 17 du statut de Rome

2. Cour Constitutionnelle, arrêt n° R.C.E. 0004/PR, 3 septembre 2018, BADIBANGA NTITA Samy contre Commission électorale nationale indépendante

La nationalité d'acquisition, une sous nationalité en droit congolais ?

La Cour constitutionnelle se prononce sur la décision d'irrecevabilité de la candidature de Samy BADIBANGA à l'élection du « Président de la République » pour défaut de nationalité congolaise d'origine. La Cour ordonne à la CENI de l'inclure sur la liste définitive des candidats. La Cour adopte un raisonnement donnant à penser que la nationalité d'acquisition est une forme de sous nationalité en droit congolais. Le présent commentaire se prononce sur la conformité d'un tel raisonnement par rapport aux engagements internationaux de la RDC.

Cour constitutionnelle — matière électorale — nationalité d'origine — nationalité d'acquisition — art. 103 de la loi n° 06/0006 du 9 mars 2006 — arts 1er et 44 de la loi n° 04/024 du 12 novembre 2004

3. HCM, arrêt n° 140/18, 26 juillet 2018, Auditeur général des FARDC (MP) et Parties civiles F1 à F103 contre le colonel BEKER DHENYO

Jules Protection des victimes et présomption d'innocence : un dilemme en cas des crimes graves

Le droit à un procès équitable, dans son volet « présomption d'innocence », revêt en RDC une valeur constitutionnelle. Il exige aussi bien le respect du droit de la défense que la protection des victimes et témoins. Cette conciliation n'est pas toujours aisée. L'affaire Beker en est une illustration récente. Après s'être longuement attardée sur ces mesures, la Haute cour militaire (ci-après H.C.M.) ne rencontre pas en appel le moyen du prévenu portant sur la violation de la présomption d'innocence. En outre, son raisonnement soulève plusieurs interrogations quant au sort dudit principe en appel. Le présent commentaire se propose de les étudier.

HCM — matière répressive — procès équitable — protections des victimes — crime contre l'humanité — responsabilité du chef militaire — arts 7 et 28 du statut de Rome

Haute Cour Militaire, arrêt RPA n° 140/18, 26 juillet 2018, Auditeur général des Forces armées de la République Démocratique du Congo, ministère public, et parties civiles contre le prévenu colonel BEKER DHENYO Jules

Quand les circonstances atténuantes constituent un moyen de soustraire l'accusé de sa responsabilité pénale pour crimes contre l'humanité

Pacifique MAGADJU (Point de vue d'un pénaliste)

1. Arrêt

L'accusé, le colonel BEKER DHENYO, commandant 33 071 Bataillon, était poursuivi pour trois chefs d'accusation :

- 1) Étant commandant 33 071^e bataillon, en opération de traque des rebelles « Raia Mutomboki » du général autoproclamé « MWEKE » résidant à Musenyi, localité du territoire de Kalehe, la nuit du 20 au 21 septembre 2015, n'avoir pas pris des mesures appropriées à l'endroit de ses militaires pour empêcher les viols des femmes de Musenyi par ceux-ci sous ses ordres.
- 2) N'avoir pas pris des mesures appropriées en vue d'empêcher le pillage des biens des habitants de la localité de Musenyi par les militaires sous son commandement, et n'avoir pas non plus pris des mesures de répression des auteurs présumés de ce pillage.
- 3) Enfin n'avoir pas dénoncé ces actes auprès des autorités judiciaires ou ses supérieurs dans son rapport du 26 septembre 2015 alors que plusieurs habitants de Musenyi étaient victimes des pillages de leurs biens.

L'accusation soutient, s'appuyant sur plusieurs éléments de preuve, que le prévenu BEKER DHENYO, en sa qualité de commandant de l'unité chargée de traquer les groupes RAHIYA MOTOMBOKI n'a pas pu exercer le contrôle nécessaire sur ses hommes. En d'autres termes, à cause de sa négligence, les hommes de troupe sous ses ordres ont commis des crimes graves sur la population de la localité de MUSENYI. Dans ses réquisitions, elle sollicite à ce qu'il plaise à la Haute Cour Militaire de déclarer le Prévenu BEKER DHENYO coupable des faits retenus à sa charge et de le condamner à 20 ans de servitude pénale principale ; au paiement des frais d'instance tarifés par le Greffier, de dire recevable et fondée l'action civile, de condamner le prévenu BEKER solidairement avec l'État congolais au paiement des dommages intérêts en faveur des victimes (septième feuillet).

Le prévenu, quant à lui, plaide non coupable en alléguant n'avoir jamais été à MUSENYI à la date du 21 septembre 2015 de sorte que les exactions déplorées en cette date ne peuvent lui être imputées. Il conclut au complot ourdi contre lui par le Chef de groupement de ladite localité, le nommé CHITEMI.

A cet effet, il sollicite à la Haute Cour Militaire de dire non établis les faits mis à sa charge et de l'en acquitter en le renvoyant de toutes fins des poursuites sans frais (huitième feuillet).

Dans ses motifs, la Haute Cour Militaire examinant les moyens évoqués par les parties au procès ainsi que leurs observations respectives, juge pertinents ceux soulevés par l'Organe de la loi et les adopte d'emblée. Abordant les circonstances atténuantes, elle avance que le Ministère public a sollicité à la Haute Cour Militaire d'accorder au prévenu des circonstances atténuantes relatives à sa délinquance primaire, sa qualité de père de famille, aux loyaux services rendus à la nation et à sa promptitude à exécuter la mission reçue de la Hiérarchie malgré les difficultés sur terrain. La Haute Cour militaire, poursuit-elle, ajoute aux circonstances atténuantes proposées par le Ministère public le fait que le prévenu jouit d'une bonne réputation tant au niveau de son unité qu'à celui de la population (quarante-quatrième feuillet).

Au regard de ces éléments, elle dit recevables les moyens d'appel du Ministère public et du prévenu et les déclare partiellement fondés. Elle procède à la disqualification des faits en crime contre l'humanité par viol et en crime contre l'humanité par autres actes inhumains de caractère analogue. Elle les déclare établies en fait et droit dans le chef de l'accusé. Par conséquent, elle déclare le prévenu BEKER DHENYO responsable pénalement des crimes commis par ses hommes de troupe en lui accordant de larges circonstances atténuantes ci-haut énoncées. Ainsi, elle le condamne à 03 ans SPP pour crime contre humanité par viol et à 03 ans SPP pour crime contre l'humanité par autres actes inhumains de caractère analogue ; et faisant application de l'article 7 du Code pénal militaire, le condamne uniquement à la seule peine la plus élevée soit 03 ans SPP (quarante-huitième feuillet).

2. Observations

Le raisonnement des juges relativement aux circonstances atténuantes ayant entraîné la peine de 3 ans pour crimes contre l'humanité, appelle deux observations.

a) D'abord, s'il est admis que les circonstances atténuantes sont laissées à l'appréciation souveraine du juge de fond, à qui il revient de rechercher ce qui pourrait, à ses yeux, constituer une circonstance atténuante, conformément aux dispositions de l'article 18 du Code pénal ordinaire, il est aussi dit pour droit qu'il doit les motiver. L'article 19 du Code pénal indique clairement que le juge doit motiver sa décision sur le point relatif aux circonstances atténuantes. À cet effet, il y a lieu de noter que l'obligation de motiver une décision de justice est un principe constitutionnel qui

découle de l'article 21 de la Constitution¹. Le juge exerce ce pouvoir sous le contrôle de la Cour de cassation. Ainsi, lorsque le juge invoque les circonstances atténuantes sans les motiver ou lorsqu'il retient une peine minimale ou inférieure au minimum du quantum sans motiver sa décision, il viole la loi. En ce sens, il a été décidé que l'absence de motivation ou l'insuffisance de motivation est un motif de cassation².

Dans le cas de cette affaire, la Haute Cour indique d'un côté que « pour sa part, analysant les moyens évoqués par les parties au procès ainsi que leurs observations respectives, elle les considère tous sérieusement tant sur la forme que sur le fond. Cependant, au regard de leur analyse par rapport aux faits tels que décrits ci-haut, elle juge pertinents ceux soulevés par l'Organe de la loi et les adopte d'emblée ». D'autre part, abordant les circonstances atténuantes, elle avance que « le Ministère public a sollicité d'accorder au prévenu des circonstances atténuantes relatives à sa délinquance primaire, sa qualité de père de famille, aux loyaux services rendus à la nation et à sa promptitude à exécuter la mission reçue de la Hiérarchie malgré les difficultés sur terrain. La Haute Cour militaire, poursuit-elle, est du même avis, mais ajoute aux circonstances atténuantes proposées par le Ministère public le fait que le prévenu jouit d'une bonne réputation tant au niveau de son unité qu'à celui de la population ».

Il se dégage que le raisonnement de la Haute Cour n'est pas conforme à l'obligation faite au juge de motiver. En effet, la Haute Cour ne fait que citer les circonstances atténuantes qui fonde la peine prononcée par elle : sa délinquance primaire, sa qualité de père de famille, ses loyaux services rendus à la nation et à sa promptitude à exécuter la mission reçue de la hiérarchie malgré les difficultés sur terrain, sa bonne réputation tant au niveau de son unité qu'à celui de la population. La Haute Cour ne motive pas sa décision pour indiquer que ces éléments sont suffisants et justifient la peine prononcée au regard de la magnitude des crimes commis, du nombre très élevé de victimes, de la durée des attaques et de l'attitude du prévenu qui n'a pris, ni des mesures de prévention de ces crimes, ni celles de leurs répressions ou de leurs dénonciations auprès de sa hiérarchie, ceci étant une consigne générale au sein des Forces armées, et ce nonobstant les dénonciations des autorités (coutumières) locales.

¹ Art. 21 al 1^{er} de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 modifiée et complétée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant modification de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, in JO RDC, numéro spécial, Kinshasa, le 5 février 2011. Il dispose que tout jugement est motivé.

² Voir, Cour Suprême de Justice, R.P. 145, Arrêt du 18 mars 1974, in Bulletin des arrêts de la Cour Suprême de Justice, 1974, p.74

Aussi, il y a là une contradiction entre les motifs du jugement. D'une part, la Haute Cour soutient dans ses motifs qu'il juge pertinents les moyens du Ministère public. Or, ce dernier, se fondant sur plusieurs éléments des faits et de droit, a requis la condamnation du prévenu à 20 ans de servitude pénale principale. D'autre part, car la Haute Cour a dit adopter les moyens de l'accusation en ce qui concerne les circonstances atténuantes, elle condamne le prévenu à 3 ans d'emprisonnement, soit le délai qu'il avait déjà passé en détention préventive, ce qui l'a amené à sortir de prison.

b) Ces éléments appellent une deuxième observation : ne s'agit-il pas là d'une absence de volonté pour amener l'accusé à répondre véritablement de sa responsabilité pénale du chef des crimes contre l'humanité ? Le manque de volonté se caractérise notamment par l'absence de sincérité des procédures engagées. À cet effet, l'article 17 du Statut de Rome dispose que pour déterminer s'il y a manque de volonté de l'État dans un cas d'espèce, « la Cour considère l'existence, eu égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international, de l'une ou de plusieurs des circonstances suivantes : a) la procédure a été ou est engagée ou la décision de l'État a été prise dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour visés à l'article 5 ; c) La procédure n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante ou impartiale, mais d'une manière qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée »³.

Le critère relatif au manque de volonté est donc satisfait lorsqu'il est établi, selon les circonstances, que les actes des autorités sont incompatibles avec l'intention de traduire en justice les personnes concernées. Cette hypothèse correspond en fait « au cas où serait mené un "simulacre de procès" par une juridiction nationale, ayant pour objet ou pour effet, soit de soustraire l'accusé de sa responsabilité pénale, soit de le juger de manière inéquitable »⁴.

Il nous semble que le cas de l'affaire sous analyse rentre dans cette hypothèse.

³ Art.17 par. 2 literae a) et c) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 Juillet 1998, UN. Doc. A/CONF. 183/9, in JORDC, numéro spécial, Kinshasa, 5 décembre 2002, p.169.

⁴ Grégory BERKOVICZ, *La place de la Cour Pénale Internationale dans la société des Etats*, coll. Logique juridique, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 194.

En effet, au regard des circonstances des faits (les atrocités, nombre de victimes, attitude de l'accusé, etc.), rien ne justifie la condamnation du prévenu, sans aucune autre peine complémentaire comme le renvoi de l'armée, au *quantum* de la peine qu'il avait déjà passée en détention, lui permettant ainsi de regagner le commandement de ses troupes.

3. Pour en savoir plus

Pour consulter l'arrêt : Haute Cour Militaire, arrêt RPA n° 140/18, 26 juillet 2018, *Auditeur général des Forces armées de la République Démocratique du Congo, ministère public, et parties civiles c. Le prévenu colonel BEKER DHENYO Jules*.

Législation

Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 Juillet 1998, UN. Doc. À/conf. 183/9, in JORDC, numéro spécial, Kinshasa, 5 décembre 2002, p.169.

Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 modifiée et complétée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant modification de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, in JO RDC, numéro spécial, Kinshasa, le 5 février 2011.

Jurisprudence : Cour suprême de Justice, R.P. 145, Arrêt du 18 mars 1974, in *Bulletin des arrêts de la Cour Suprême de Justice*, 1974, p.74.

Doctrine

BERKOVICZ G., *la place de la Cour Pénale Internationale dans la société des États*, coll. Logique juridique, Paris, Le Harmattan, 2005.

Pour citer cette note : P. MAGADJU, « Quand les circonstances atténuantes constituent un moyen de soustraire l'accusé de sa responsabilité pénale pour crimes contre l'humanité, note sous HCM, arrêt RPA n° 140/18, 26 juillet 2018, *Auditeur général des Forces armées de la République Démocratique du Congo, ministère public, et parties civiles contre le prévenu colonel BEKER DHENYO Jules* », Cahiers du CERDHO, octobre 2018.

**Cour Constitutionnelle, arrêt n° R.C.E. 0004/PR, 3 septembre 2018,
BADIBANGA NTITA Samy contre Commission électorale nationale
indépendante**

La nationalité d'acquisition, une sous nationalité en droit congolais ?

Trésor MAHESHE MUSOLE

1. Arrêt

Par sa décision n° 313/CENI-RDC/Cab-Prés/18, la Commission électorale nationale indépendante (ci-après la CENI) informe le requérant de la décision de son assemblée plénière déclarant sa candidature irrecevable au motif du défaut de nationalité d'origine (deuxième feuillet). En dépit de l'acquisition de la nationalité congolaise par le requérant, la CENI estime que « le recouvrement de cette dernière ne donne droit qu'à une nationalité d'acquisition » (deuxième feuillet). Or, selon la CENI, la participation à l'élection présidentielle est conditionnée par la nationalité d'origine que le requérant a perdue en accédant à la nationalité belge.

Pour sa part, le requérant considère que la décision de la CENI est contraire non seulement à la loi électorale, mais aussi à la loi relative à la nationalité congolaise. Pour l'attester, il allègue plusieurs moyens.

Premièrement, il considère que la décision de la CENI viole l'article 103 de la loi électorale. Selon cette loi, « sans préjudice des autres cas d'exclusion prévus par la présente loi, nul ne peut être candidat à l'élection présidentielle, s'il ne remplit les conditions ci-après : 1,1. Posséder la nationalité congolaise d'origine (...) ». Pour attester la possession de la nationalité congolaise d'origine, il verse au dossier un arrêté ministériel. Ce dernier lui reconnaît le recouvrement de la nationalité congolaise d'origine (arrêté ministériel n° 138/CAB/MIN/JGS&DH/2016) à la suite de sa lettre de renonciation à la nationalité belge. En appui de ce moyen, il dit avoir occupé la fonction de 1^{er} ministre en RDC, laquelle ne pouvait pas être occupée par une personne n'ayant pas la qualité de Congolais d'origine (quatrième feuillet).

Deuxièmement, il fait valoir un deuxième moyen pris de la violation de plusieurs dispositions de la loi sur la nationalité.

D'abord, il considère que la décision de la CENI est sans base légale en affirmant qu'en cas de perte de sa nationalité d'origine, le recouvrement de cette dernière ne donne droit qu'à une nationalité d'acquisition. Or, les conditions d'éligibilité sont légales et précisées à l'article 103 de la loi électorale. Une telle condition n'y figure pas.

Ensuite, le requérant conteste l'argument de la CENI selon lequel lorsqu'on perd sa nationalité d'origine, il est impossible de la recouvrer. Or, la loi relative à la nationalité distingue l'hypothèse de l'acquisition de celle du recouvrement de la nationalité. Il estime « qu'après avoir perdu la nationalité congolaise d'origine dans les conditions prévues aux articles 1 et 26 de la loi, toute personne qui le souhaite peut la recouvrer aux conditions prévues par les articles 30, 32 et 33 de la même loi » (sixième feuillet). Il se dégage que cet argument de la CENI viole les dispositions de la loi relative à la nationalité.

Pour rencontrer les moyens des parties, la Cour constitutionnelle les analyse tant sur plan de la forme que sur le plan du fond.

Sur le plan de la forme, la Cour déclare recevable la requête du requérant aux motifs qu'il a été

« initiée dans les conditions et délai prévu par la loi (...) et que la requête est l'œuvre du candidat lui-même et présentée devant la juridiction compétente conformément aux dispositions des articles 27, point 1 ainsi que 107 de la loi n° 06/006 du 9 mars 2006 portant organisation des élections présidentielles, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales telles que modifiée par la loi n° 11/003 du 25 juin 2011, la loi n° 15/001 du 12 février 2015 et la loi n° 17/013 du 24 décembre 2017 » (deuxième feuillet).

Sur le fond, la Cour annule la décision n° 313/CENI-RDC/Cab-Prés/18 au motif que « le requérant a fourni la preuve de sa nationalité ». Par conséquent, la Cour ordonne à la CENI de reprendre le nom du demandeur sur la liste définitive des candidatures retenues pour l'élection prévue le 23 décembre 2018 » (deuxième feuillet).

2. Observations

Le raisonnement de la Cour constitutionnelle soulève plusieurs observations tant sur les plans positif que négatif.

Sur le plan positif, la décision de la Cour a le mérite d'avoir clarifié les domaines respectifs de l'acquisition de la nationalité congolaise et celle du recouvrement de la nationalité d'origine.

En effet, selon la Cour, l'acquisition de la nationalité congolaise est différente du recouvrement. Les règles applicables à l'acquisition figurent à partir des articles 1 à 26 alors que celles relatives au recouvrement sont prévues aux articles 30, 32 et 33 de la même loi. Pour la Cour, c'est à tort que la CENI considère que le recouvrement de la nationalité ne donne droit qu'à une nationalité d'acquisition. En d'autres termes, une personne peut recouvrer la nationalité congolaise d'origine à condition de l'avoir détenue, comme c'est le cas du requérant.

Sur le plan négatif, la Cour constitutionnelle a manqué l'occasion de se prononcer sur les traitements différenciés entre, d'une part, les personnes ayant acquis la nationalité congolaise et, d'autre part, les Congolais d'origine. En droit congolais, le droit d'éligibilité au poste de président de la République est réservé aux seuls congolais d'origine. Pourtant, selon l'article 12 de la Constitution, « tous les Congolais sont égaux devant la loi et ont droit à une égale protection des lois ». Le principe d'égalité et de non-discrimination est consacré par plusieurs textes juridiques internationaux auxquels la RDC est partie. En réhabilitant la candidature du requérant, la Cour constitutionnelle fait œuvre de bonne justice, mais elle légitime le traitement différencié entre les Congolais d'origine et ceux ayant acquis la nationalité congolaise. Ces derniers sont exclus du droit d'éligibilité à l'élection présidentielle au motif lié à l'absence de loyauté selon l'opinion publique congolaise. Un tel argument de loyauté n'est ni raisonnable ni objectif. Dans l'affaire *Tanase contre Moldavie*, la Cour européenne des droits de l'homme condamne l'État à cause de l'interdiction faite aux députés binationaux/plurinationaux de siéger au Parlement national pour garantir la loyauté des députés envers l'État⁵. Par ailleurs, la Commission africaine des droits de l'homme condamne la Zambie pour violation de l'article 13 de la Charte en raison de l'exclusion de citoyens zambiens qui devaient prouver la nationalité de leurs ascendants. La Commission africaine qualifie la restriction comme étant arbitraire en raison de la consécration de la discrimination sur l'origine nationale. La mesure consacre une discrimination entre les Zambiens d'origine et les personnes naturalisées⁶.

⁵ Cour eur. D.H., arrêt du 27 avril 2010, *Tanase contre Moldavie* (G.C.), req. n° 7/08, § 164 et s. Voy. aussi L. Hennebel, et H. Tigroudja, *Traité international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2016, p. 1180 et s.

⁶ Commission afr. D.H., 7 mai 2001, *Legal Resources Foundation contre Zambie*, communications n° 211/98, in Pretoria University Law Press, *Recueil africain des décisions des droits humains 2001*, ABC Press, Cape Town, 2008, p. 90. Pour plus d'amples commentaires, voy. T. Maheshe Musole, *Statut de réfugié et droits politiques – A la recherche d'un compromis en droit international*, UCL, Thèse polycopiée, 2018, p. 28 et s.

Il se dégage que la distinction des nationaux selon leur origine est discriminatoire. La Cour constitutionnelle aurait dû se prononcer sur cette question en se conformant aux engagements internationaux de la RDC.

Cet arrêt met en évidence les problèmes récurrents de la nationalité congolaise depuis trois décennies. Cette nationalité contient des germes de conflits qui refont surface à la veille des élections du 23 décembre 2018. Pourtant, dans la loi n° 04/024 du 12 novembre 2004, le législateur poursuit plusieurs objectifs parmi lesquels mettre fin à la fracture sociale créée par la question de la nationalité. Cet arrêt de la Cour constitutionnelle aboutit certes à la concorde sociale, mais le raisonnement de la Cour laisse subsister des germes de conflits pour l'avenir.

3. Pour en savoir plus :

Pour consulter la décision : Cour constitutionnelle, arrêt n° R.C.E. 0004/PR, *Samy Badibanga Ntita c. Commission électorale nationale indépendante*.

Jurisprudence :

Cour eur. D.H., arrêt du 27 avril 2010, *Tanase contre Moldavie* (G.C.), req. n° 7/08.

Commission afr. D.H., 7 mai 2001, *Legal Resources Foundation contre Zambie*, communications n° 211/98, in Pretoria University Law Press, *Recueil africain des décisions des droits humains 2001*, ABC Press, Cape Town, 2008.

Doctrine :

Hennebel, L. et Tigroudja, H., *Traité international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2016.

Maheshe Musole, T., *Statut de réfugié et droits politiques – À la recherche d'un compromis en droit international*, UCL, thèse polycopiée, 2018.

Pour citer cette note : T. Maheshe, « La nationalité d'acquisition, une sous nationalité en droit congolais ? Note sous C. C., arrêt n° R.C.E. 0004/PR, 3 septembre 2018, *Badibanga Ntita Samy contre Commission électorale nationale indépendante* », Cahiers du CERDHO, octobre 2018.

HCM, arrêt RPA n° 140/18, 26 juillet 2018, Auditeur général des FARDC (MP) et Parties civiles F1 à F103 contre le Colonel BEKER DHENYO Jules

Protection des victimes et présomption d'innocence : un dilemme en cas des crimes graves

Jean-Paul MUSHAGALUSA (Point de vue d'un internationaliste)

1. Arrêt

Dans la présente affaire, le prévenu est poursuivi en sa qualité de commandant 33071^e bataillon pour *n'avoir pas pris des mesures appropriées pour empêcher le pillage des biens des habitants de la Localité de Musenyi ni des mesures de répression à l'encontre de leurs auteurs*. En effet, lors d'une opération de traque des rebelles « Raia Mutomboki » du Général autoproclamé MWEKE dans la nuit du 20 au 21 septembre 2015, ses hommes affamés et sans encadrement se sont livrés aux viols des femmes à MUSENYI, village non compris dans leur itinéraire¹. Ils se sont emparés aussi des chèvres, des cobayes, des volailles, des sommes d'argent et d'autres effets appartenant aux villageois.

En date du 29 juillet 2017, la Cour militaire du Sud Kivu le condamne à 10 ans de servitude pénale pour crime de guerre. Le prévenu et le Ministère public forment deux appels principaux en date du 03 août 2017 contre l'arrêt de la Cour militaire du Sud-Kivu. Le prévenu formule plusieurs moyens d'appel parmi lesquels la violation du principe du procès équitable par le 1^{er} juge. Selon lui, ce principe a été violé en raison du « défaut de confrontation du prévenu avec les prétendues victimes ou leurs témoins, suite au défaut de descente sur le lieu des faits par un magistrat du parquet ainsi que suite au rejet des avocats de la défense lors de l'instruction préparatoire » (page 23). Quant au Ministère du public, il reproche la qualification du premier juge ayant retenu l'infraction de crimes de guerre. De ce fait, il propose la requalification des crimes de guerre en crimes contre l'humanité estimant que « les faits reprochés au prévenu BEKER n'étaient pas commis dans un contexte de guerre ».

¹L'axe I : KATANA-MULONGO MULEFU, Carrière du Parc National Kahuzi-Biega (PNKB)- MUSHUNGUTI était sous le commandement du Colonel BEKER DHENYO, secondé par le Lieutenant MODIRISI.

Examinant les moyens et observations sus évoqués, la HCM adopte la position suivante. Concernant le principe du procès équitable, la Haute Cour ne rencontre pas ce moyen d'appel dans son œuvre. Elle se contente de rappeler les dispositions du Statut de Rome relatives à la protection des victimes.

À cet effet, elle adopte des mesures de protection conformément aux articles 64, 68 du Statut de Rome et les articles 87, et 88 du Règlement des preuves. Parmi les mesures prises, il y a notamment l'anonymisation des victimes par le port des masques ou cagoules ou des voiles lors de la comparution, l'attribution d'un code, l'utilisation d'un isolement spécial, etc. (p. 27). S'agissant de la requalification de l'infraction de crime de guerre en crime contre l'humanité, la Haute Cour l'adopte. Elle la justifie en se fondant sur l'absence d'affrontement armé. Selon la Haute Cour,

« Il n'y a pas eu d'affrontement armé puisqu'il n'y a pas eu d'ennemi. Aucun coup de feu n'a été tiré. MWEKE et ses 30 miliciens avaient disparu du village. Ce n'est donc pas un groupe armé au sens des conventions de Genève et de leurs protocoles additionnels » (p. 31).

Tirant les conséquences de cette motivation, la Haute opte pour la qualification de crime contre l'humanité. Elle examine les éléments constitutifs de cette nouvelle incrimination à partir des éléments contextuels et spécifiques. Du point de vue contextuel, elle conclut que « tous les prévenus étaient conscients de commettre les crimes sus précisés dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique » (p, 38). Quant aux éléments spécifiques, la Haute Cour qualifie les faits de deux manières. D'un côté, elle les considère comme crime contre l'humanité par viol, car « plusieurs femmes ont été victimes des relations sexuelles non consenties par conjonction sexuelle. C'est le cas notamment des victimes F1, F13, F17, F24, F25, F57, F63, F104, F10, F58, F59, F61 ont été astreintes aux relations sexuelles par conjonction sexuelle » (p. 39). D'un autre côté, la Haute Cour qualifie les faits de crime contre l'humanité par autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou morale. Pour la Haute Cour,

« le fait de dépouiller les habitants de MUSENYI de leurs patrimoines, ou le fait de les priver de leurs moyens de subsistance ou de survie, tels que : les chèvres, les cobayes, les volailles, les sommes d'argent, les habits..., rangent ces actes inhumains parmi tant d'autres actes de caractère similaire à la torture ou à la réduction en esclavage » (p. 41).

Après avoir établi les éléments constitutifs de l'infraction de crime contre l'humanité, la Haute Cour militaire examine l'imputabilité de ces faits au prévenu à partir de l'article 28, a), du statut de Rome. Il ressort de l'analyse que le prévenu est chef militaire exerçant un contrôle effectif sur ses subordonnés et que les crimes ont été commis par les hommes sous ses ordres en raison de manque d'un contrôle qui convenait. (p.42-45). Au regard de ce qui précède, la Haute Cour reconnaît la culpabilité du prévenu Becker du chef de l'infraction des crimes contre l'humanité et le condamne à 3 ans de servitude pénale en lui reconnaissant de larges circonstances atténuantes.

2. Observations

Dans cet arrêt, le raisonnement de la Cour soulève deux observations relatives au rapport entre la protection des victimes et le droit de la défense, d'une part, et la responsabilité du supérieur hiérarchique, d'autre part.

En ce qui concerne le rapport entre la protection des victimes et le droit de la défense, le raisonnement de la Haute Cour penche la balance du côté des victimes. Un tel raisonnement repose sur les articles 64, 68 du Statut de Rome de la CPI, et les articles 87, 88 du Règlement des preuves pour justifier les mesures protectrices au profit de F41, F42, F17, F15, F30, F31, F61. Ces mesures portaient sur l'isolement, la participation aux débats au moyen acoustique facilitée par un porte-voix ; l'anonymisation par le port des masques ou cagoules ou des voiles ; le codage et isoler. Ces mesures ne sont pas en soi nouvelles en droit congolais. Elles sont fréquentes en matière des violences sexuelles² et les juridictions militaires les ont toujours intégrés dans leur procédure. Par exemple, dans l'affaire dite colonel 106, la Cour militaire du Sud Kivu applique les mesures de protection aux victimes. Une partie de la doctrine congolaise critique la protection des victimes dans l'affaire 106, car celles-ci étaient confrontées au prévenu lors de la phase pré juridictionnelle.

Selon le professeur Jacques Mbokanyi, l'absence de protection dans la phase pré juridictionnelle

« entraîne souvent des problèmes d'efficacité lorsque ces mesures de protection, telles que l'anonymat, l'emploi des codes, etc., interviennent à la phase juridictionnelle alors que les victimes étaient déjà connues de l'accusé, et ont même été confrontés à ce dernier à la phase pré juridictionnelle, comme

² Art. 14 bis du Code de procédure pénale.

cela a été le cas notamment dans l'affaire colonel 106 devant la Cour militaire de Bukavu et l'affaire Kakwavu devant la Haute Cour militaire »³

En écartant le moyen d'appel du prévenu relatif à l'absence de confrontation des victimes avec le prévenu, et c'est ici la contribution de cet arrêt, la Haute Cour militaire reconnaît l'application des mesures protectrices aussi bien à la phase juridictionnelle que pré juridictionnelle. Cela signifierait alors que rien n'oblige le ministère public de confronter les victimes au prévenu.

Certes, nous louons une telle prise de position conforme aux instruments internationaux⁴ et régionaux⁵. Mais, une approche proactive aurait exigé d'aller au-delà de la stricte référence à des dispositions relatives aux normes d'équité du procès. C'est pour cette raison que la jurisprudence de la Cour européenne⁶ les admet à condition qu'elles puissent être conciliées avec un *exercice adéquat et effectif* des droits de la défense.⁷ Cette exigence ne nous semble pas avoir été respectée.

S'agissant de la responsabilité du supérieur hiérarchique prévue à l'article 28 du Statut de Rome, le raisonnement de la Haute Cour s'inspire de l'affaire Bemba (Chambre d'accusation). La Haute Cour retient la responsabilité du prévenu en tant que supérieur hiérarchique parce qu'il « était un chef militaire (1), exerçant un commandement et un contrôle effectifs sur ces subordonnés (2), ces crimes résultaient d'un manque d'un contrôle qui convenait (3), et il savait ou aurait dû savoir que ces forces commettaient ou allaient commettre les crimes (4) et n'avait pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour les empêcher ou les réprimer (5) ». Cependant, la Haute Cour omet d'examiner l'obligation du supérieur hiérarchique de prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables à la lumière des faits concrets.

Dans l'affaire Bemba, la Chambre d'appel le rappelle à juste titre⁸. Dans la présente espèce, la Haute Cour se prononce sur le lien de causalité entre le défaut de connaissance et la survenance des crimes. À ce propos, elle adopte une position critiquable.

³ J. Mbokanyi, « La jurisprudence congolaise en matière de crimes de droit international – Une analyse des décisions des juridictions militaires congolaises en application du statut de Rome, Open society foundations, Cape Town, 2016, p. 353

⁴ A ce sujet, voy. art. 13 de la Conv. Des NU contre la torture ; art. 12(1) de la Conv. pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Voy. aussi, arts 17 et 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁵ Voy. art. 18 de la Ch. Afr. DHP ; art. 17 CADH ; Voy. aussi art. 8 et 12 CEDH et art. 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne.

⁶ Voy. *Jasper c. Royaume-Uni* [2000] CEDH 90, par. 52, req. n° 27052/95; *Doorson c. Pays-Bas* [1996] CEDH 14, par. 70

⁷ *Bocos-Cuesta c. Pays-Bas* [2005] CEDH, par. 69; *S. N. c. Suède* [2002] CEDH, par. 47.

⁸ CPI (Ch. Prél. II), Le Procureur c. Jean- Pierre Bemba, « Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean- Pierre Bemba Gombo », Doc. ICC-01/05-01/08-424- tFRA, 15 juin 2009, §§426 (b) à 442, disponible sur https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_05978.PDF, consulté le 15 octobre 2018.

Pour la Haute Cour, les termes « savait ou aurait dû savoir » implique que le supérieur ait négligé de prendre les précautions nécessaires pour éviter tout comportement illégal de ses hommes.

La Haute Cour déduit cette négligence du fait que le « prévenu Beker s'est prolongé dans un sommeil profond, après avoir éparpillé ses hommes dans divers cantonnements de fortune » (p.43). Un tel raisonnement est critiquable en l'absence d'un lien de causalité entre le sommeil et la survenance des crimes. Il se pourrait que le prévenu n'eût rien à redouter quant aux comportements criminels de ses hommes. Peut-être qu'un examen approfondi de cet élément aurait conduit à un résultat certainement différent. Il aurait permis d'engager les poursuites individuelles à l'encontre des auteurs, avec l'État congolais comme civilement responsable, sur base de l'article 25 du Statut de Rome. Une telle approche serait conforme au Statut de Rome.

Cet arrêt traduit la difficulté pour le juge militaire congolais d'appliquer directement dans son ordre juridique le statut de Rome ainsi que sa jurisprudence.

3. Pour en savoir plus

Pour consulter l'arrêt : HCM, arrêt n° RPA 140/18, 26 juillet 2018, *Auditeur général des FARDC (M.P.) et parties civiles F1-F103 contre le Col. BEKER DHENYO.*

Jurisprudence : Cour Militaire du Sud-Kivu, arrêt n° RP 093/13, 29 juillet 2017, *Auditeur militaire supérieur (MP) et F1-F103 contre la RD Congo et Colonel Beker DHENYO.*

Doctrine :

BAR HAIM, R., « Une vision du droit pénal international : l'humanisme judiciaire. Régulation du droit international par la codification des garanties internationales d'équité du procès pénal », in *Revue québécoise de droit international*, 2010.

OSCE, Recueil juridique des standards internationaux relatifs à un procès équitable, ODIHR 2013.

P. Chambu, « L'éloignement géographique, est-il un élément factuel ou un critère juridique pour appréhender la responsabilité du supérieur hiérarchique ? Note sous CPI, Chambre d'appel, arrêt n° ICC-01/05-01/08, 8 juin 2018, *Situation en République centrafricaine, Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo* », Cahiers du CERDHO, août 2018.

Pour citer cette note : J-P. MUSHAGALUSA, « Protection des victimes et présomption d'innocence : un dilemme en cas des crimes graves, note sous HCM, arrêt n° RPA n° 140/18, 26 juillet 2018, *Auditeur général des FARDC (MP) et parties civiles F1-F103 contre le Col. BEKER DHENYO Jules* », Cahiers du CERDHO, octobre 2018.