

UNIVERSITÉ DE LIKASI



FACULTÉ DE DROIT



Revue générale de Droit et interdisciplinaire

Fondée en 2018

Vol. 2 n°3

2019

**Presses Universitaires de Likasi
(P.U.LI.)**

© *Revue générale de droit et interdisciplinaire*
Likasi 2020
Dépôt légal : 2.20.2020.36
II^{ème} trimestre 2020
Presses universitaires de Likasi

UNIVERSITE DE LIKASI

FACULTE DE DROIT

REVUE GENERALE DE DROIT ET INTERDISCIPLINAIRE

|||||

TABLE DES MATIERES

Volume 2 numéro 3 – 2019

Sanctions ciblées dirigées contre les hautes personnalités congolaises : Une étude critique de leur légalité pour une nouvelle forme de réparation des victimes de violation des droits fondamentaux.....373

par Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, *Professeur Associé à la Faculté de droit de l'Université de Likasi*

La vision de Koffi Annan et la réalité au Congo : Le rôle des sociétés minières dans le secteur de la santé.....414

par Gerson BRANDÃO, *Master en Droits de l'Homme de l'Université de Strasbourg (France)*

Exclusion du statut de réfugié fondée sur les crimes graves de droit commun : Analyse de l'affaire Jayasekara devant les Cours canadiennes.....432

par Alfred M. LUKHANDA, *Doctorant en droit international à l'Université de Sherbrooke (Canada) et enseignant de droit à l'Université de l'Alberta (Canada)*

Contrats sino-congolais et le développement économique de la République démocratique du Congo.....475

par Barack MOMA MUBENGU, *Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Lubumbashi, et Avocat au Barreau du Haut-Katanga*

Régime matrimonial de séparation des biens : une injustice subie par la femme en République démocratique du Congo.....509

par Junior MUGHO KAHOZI, *Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Lubumbashi*

Recension du « Guide Kandolo. Méthodes et règles de rédaction d'un travail de recherche en droit » de Pierre Félix Kandolo.....533

par Blaise BWANGA ANEMBALI, *Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Likasi*

Analyse critique du rôle des juges consulaires et assesseurs dans l'administration de la justice.....569

par BANZA MAKANGILA YONA, *Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Lubumbashi*

REVUE GÉNÉRALE DE DROIT ET INTERDISCIPLINAIRE
REVUE SEMESTRIELLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Directeur de publication

Pr Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO
Faculté de droit, Université de Likasi

Comité facultaire

Doyen de la Faculté de droit
Pr Léon MUSANS KAPEND-A-KATSHIW
Faculté des sciences sociales, politiques et administratives

Vice-doyen à l'enseignement
Loïc MBUYI ILUNGA, Chef de travaux, Faculté de droit

Vice-doyen à la recherche
Évodie KALENGA BAMBI, Chef de travaux, Faculté de droit

Comité des Assistants à la rédaction

ASUMANI NGENGELE
Chef de travaux, Faculté de droit,
Université de Likasi

Blaise BWANGA ANEMBALI
Assistant, Faculté de droit, Université de
Likasi

Igor KAYIBU BECKER
Chef de travaux, Faculté de droit,
Université de Likasi

Jeancord MWAMBA
Chef de travaux, Faculté de droit,
Université de Likasi

Paul TSHIBANGU
Assistant, Faculté de droit, Université de
Likasi

Conseil scientifique

Pr Beaudouin WIKHA TSHIBINDI

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Daniel DJEDI DJONGAMBOLO

Faculté de droit, Universités de Montréal et de Djibouti

Pr Dieudonné KALUBA DIBWA

Faculté de droit, Université de Kinshasa

Pr Dieudonné LUABA KUNA

Faculté de droit, Université de Kinshasa

Pr Éric NASSARAH

Faculté de droit, Université de Cotonou

Pr Ghislain MABANGA MONGA

Faculté de droit, Université Paris X Nanterre

Pr Gilbert MUSANGAMWENYA WALYANGA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Jean Pierre BAKATUAMBA BOKA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Jean Pierre KIFWABALA TEKILAZAYA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Joana FALXA

Faculté de droit, Université de Guyane

Dr Joseph DJEMBA KANDJO

Faculté de droit, Université de Montréal

Pr Joseph KAZADI MPIANA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Joseph YAV KATSHUNG

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Léon MUSANS KAPEND-A-KATSHIW

Faculté des sciences sociales, politiques et administratives, Université de Likasi

Pr Marcel IMANI MAPOLI

Faculté de droit, Université Officielle de Bukavu

Pr Médard LUYAMBA WA LEMBA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Patrick CONGO IBRAHIM

Faculté de droit, Université d'Ouagadougou

Pr Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO

Faculté de droit, Université de Likasi

Pr Twison FIMPA TUWIZANA

Faculté de droit, Université de Kinshasa

Pr Victor KALUNGA TSHIKALA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

ARTICLES

Sanctions ciblées dirigées contre les hautes personnalités congolaises : Une étude critique de leur légalité pour une nouvelle forme de réparation des victimes de violation des droits fondamentaux

Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO*

RESUMÉ

Pour lutter contre les violations des droits fondamentaux, plusieurs mécanismes tant nationaux qu'internationaux ont été mis en place, surtout depuis la fin de la deuxième guerre mondiale. Les auteurs des violations de ces droits sont jugés et, parfois, condamnés devant les juridictions pénales nationales, régionales ou internationales pour les actes commis contre les tiers ou contre les biens. Si au plan national, les lois mises en place ont déjà prévu les juridictions compétentes et la nature des crimes et/ou infractions qui entrent dans le cadre de violations flagrantes des droits de la personne ou de violations graves du droit international humanitaire ; au plan international, les Nations

*Docteur en droit (LL.D.) de l'Université de Montréal (Canada), Diplômé d'Études Approfondies (DEA) en droit public de l'Université de Lubumbashi (RDC), Master II – Recherches en droit international et européen des droits de l'homme de l'Université de Nantes (France) et en droits de l'homme, spécialisation en droits économiques, sociaux et culturels du Collège universitaire Henri Dunant de Genève (Suisse) ; Professeur de droit international et de méthodologie de recherche à la Faculté de droit de l'Université de Likasi (RDC), Professeur invité à l'Université de Lubumbashi, à l'Université Méthodiste de Kamina et à l'Université Protestante de Lubumbashi. Il est Avocat à la Cour pénale internationale (Haye, Pays-Bas). Cet article est le résultat d'une Conférence tenue, comme Professeur invité, en mai 2019 à la Faculté de droit de l'Université de Lubumbashi dans le cadre des Journées scientifiques organisées en l'honneur du Professeur Ordinaire émérite Tshitambwe Kazadi Shambuyi, doyen honoraire de cette Faculté. L'auteur remercie les organisateurs de ces Journées scientifiques et félicite son Maître, le Professeur Ordinaire Émérite Honoré Tshitambwe Kazadi Shambuyi.

unies ont prévu plusieurs mécanismes juridictionnels et non-juridictionnels de lutte et de répression des actes de violations de ces droits. Outre ces mécanismes, elles ont prévu certaines mesures et restrictions contraignantes à prendre contre les États ou les organisations internationales qui violeraient ces droits. Parmi ces mesures, il y a notamment les « sanctions économiques » prévues dans la Charte des Nations unies. Mais aujourd'hui, ces mesures et sanctions peuvent émaner non pas seulement des Nations unies, mais également des États, sur leur propre initiative ou sur injonction du Conseil de sécurité. Elles sont dirigées contre les individus et/ou contre les personnes morales de droit privé qui se seraient rendues coupables de violation des droits fondamentaux, dans n'importe quel coin du monde qu'elles peuvent se trouver. De telles sanctions, plus sélectives, sont qualifiées des « sanctions ciblées » ou des « sanctions intelligentes ». Pour cela, certains États, indépendamment de l'injonction du Conseil de sécurité des Nations unies, ont pris des sanctions ciblées contre certaines hautes personnalités congolaises pour les actes de violations des droits fondamentaux des citoyens commis à l'intérieur de leur propre pays entre 2015 et 2019. La question qui se pose est de savoir si ces sanctions sont légales et réparatrices des préjudices subis par les victimes des actes sanctionnés, tant au plan du droit international que du droit national des États sanctionneurs et/ou des États dont sont ressortissants les personnes sanctionnées.

MOTS-CLÉS :

Sanctions ciblées – sanctions intelligentes – *smarts sanctions* – droit international public – droit international privé – sanctions économiques – violations flagrantes – violations graves – droits de l'homme.

ABSTRACT

To combat violations of fundamental rights, several national and international mechanisms have been put in place, especially since the end of the Second World War. Perpetrators of violations of these rights are tried and, in some cases, convicted in national, regional or international criminal courts for acts committed against third parties or property. If, at the national level, the laws put in place have already provided for the competent jurisdictions and the nature of the crimes and/or offences that fall within the scope of gross human rights violations or serious violations of international humanitarian law ; at the international level, the United Nations has provided for a number of judicial and non-judicial mechanisms to combat and suppress acts of violations of these rights. In addition to these mechanisms, they have provided for certain binding measures and restrictions to be taken against states or international organizations that would violate these rights. These include the "economic sanctions" in the UN charter. But today, these measures and sanctions can come not only from the United Nations, but also from the states, on their own initiative or at the request of the Security Council. They are directed against individuals and/or private legal persons who have committed violations of fundamental rights, in any part of the world that they may be. Such more selective sanctions are referred to as "targeted sanctions" or "smart sanctions". For this reason, some States, regardless of the injunction of the United Nations Security Council, have taken targeted sanctions against high-profile Congolese individuals for acts of human rights violations committed within their own country between 2015 and 2019. The question that arises is whether these sanctions are legal and reparative of the damages suffered by the victims of the sanctioned acts, both in international law and in the national law of the sanctioning States and/or the States whose nationals the sanctioned persons are.

INTRODUCTION

Dans les relations interétatiques, certains concepts ont envahi de plus en plus les lèvres des acteurs politiques et sociaux : « sanctions ciblées », « sanctions intelligentes », « *smarts sanctions* ». Bien avant ces derniers, avait émergé celui de « sanctions économiques globales ». Ces différents concepts sont en réalité englobés dans celui de « sanctions économiques », appelé en anglais « *economic sanctions* » ou « *economic penalties* ».

Avec l'évolution du droit international, le concept « sanctions économiques », accusé d'atteindre même les innocents, a été affiné pour être orienté vers deux groupes d'acteurs différents : les personnes physiques ou morales de droit privé et les personnes morales de droit public international. Lorsque son usage est dirigé contre les personnes morales de droit international public, le concept prend l'appellation de « *sanctions économiques globales* » ou de « sanctions économiques » tout court. Ces dernières constituent une intervention directe d'un ou de plusieurs États qui visent à faire subir à un autre État des dommages économiques pour le contraindre à modifier sa politique interne ou internationale, notamment en matière de promotion et de protection des droits de la personne ou en matière de bonne gouvernance. Tandis que lorsque les sanctions économiques sont dirigées directement contre les personnes physiques ou les personnes morales de droit privé, elles sont appelées « sanctions ciblées », « sanctions intelligentes » ou « *smarts sanctions* ».

Pour la compréhension de ces derniers concepts sur lesquels porte notre réflexion, « *sanctions ciblées* » ou « *sanctions intelligentes* », il nous est loisible de préciser leurs bases juridiques afin de dégager leur nature et leur différence avec les « *sanctions économiques globales* » instituées, depuis, par le droit international public (I). Il est également important d'aborder la mutation qu'ont connue ces dernières sanctions vers celles qui, désormais, s'appliquent à des personnes physiques ou morales de droit privé (II). Au titre de cas pratique, nous examinons celles infligées aux hautes personnalités congolaises par les États-Unis d'Amérique, la Suisse et l'Union européenne, en mettant de côté celles infligées par le Conseil de sécurité. Dans ce cas, nous dégagerons les bases juridiques permettant aux sanctionneurs d'agir ainsi (III). De l'analyse des cas pratiques, nous serons amenés à discuter sur la légalité ou non de ces sanctions, tant en droit international public qu'en droit international privé. Nous préciserons leurs effets sur les victimes (sanctionnés) et vis-à-vis de la société dont sont ressortissants ceux qui ont subi les préjudices des actes commis par les responsables des faits (victimes des actes) (IV). Enfin, avant de conclure, nous préciserons finalement si ces sanctions constituent une des formes de réparation retenues tant en droit interne qu'en droit international des droits fondamentaux et si elles contribuent à l'émergence de ces derniers pour lesquels elles sont prises (V).

I| BASE LÉGALE DES SANCTIONS ÉCONOMIQUES GLOBALES

À l'origine, les *sanctions économiques* étaient conçues pour être prises par le Conseil de Sécurité¹. Ainsi, le recours aux sanctions ciblées relève de l'histoire récente de l'ONU car l'usage par le Conseil de sécurité du « pouvoir de sanction » qu'il détient au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations unies est lui-même récent. En effet, le Conseil de sécurité peut prendre des mesures pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales et, aux termes des articles 41 et 42 de la Charte², appliquer des sanctions qui englobent un large éventail de mesures coercitives n'impliquant pas l'emploi de la force armée³. Ces mesures

¹ NATIONS UNIES - CONSEIL DE SÉCURITÉ, « Sanctions », *Conseil de Sécurité des Nations Unies. Organes subsidiaires*, en ligne : <<https://www.un.org/sc/suborg/fr/sanctions/information>> (consulté le 26 juillet 2016) ; Cécile RAPOPORT, « Les sanctions ciblées dans le droit de l'ONU », dans Catherine SCHNEIDER (dir.), *Les sanctions ciblées au carrefour des droits international et européen. Table ronde franco-russe avec l'Université d'État Lobatchevski de Nijni-Novgorod*, Grenoble, 10 mai 2011, coll. "Les Conférences Publiques du Centre d'Excellence Jean Monnet de l'Université Pierre-Mendès-France - Grenoble (France)", Grenoble, CEJM-CESIGE, 2011, p. 3-24 aux pages 5-6.

² Article 41 de la Chartes des Nations unies stipule : « Le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les membres des Nations unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques ». Article 42 énonce quant à lui : « Si le Conseil de sécurité estime que les mesures prévues à l'article 41 seraient inadéquates ou qu'elles se sont révélées telles, il peut entreprendre, au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. Cette action peut comprendre des démonstrations, des mesures de blocus et d'autres opérations exécutées par des forces aériennes, navales u terrestres de Membres des Nations unies ».

³ Depuis 1966, le Conseil a mis en place 25 régimes de sanctions, en Rhodésie du Sud, en Afrique du Sud, en ex-Yougoslavie, en Haïti, en Iraq, en Angola, en Sierra Leone, en Somalie, en Érythrée, au Libéria, en République démocratique du Congo, en Côte d'Ivoire, au Soudan (2), au Liban, en République populaire démocratique de Corée,

prennent diverses formes et visent divers objectifs. Elles vont des sanctions économiques et commerciales de vaste portée à des mesures plus ciblées, telles que des *embargos* sur les armes, des interdictions de voyager et des restrictions financières ou frappant les produits de base. Ces sanctions « peuvent être envisagées lorsqu'il apparaît, d'une part, que le dialogue diplomatique ne permet pas de résoudre la crise et, d'autre part, que l'action militaire serait totalement inappropriée. Elles s'apparentent à des actions non-violentes de non-coopération avec l'État-cible⁴ ».

Quelques années après l'établissement par le Conseil de sécurité des mécanismes de sanctions ciblées, les juristes en sont toujours à essayer de bâtir l'édifice cohérent et stable de leur mise en œuvre, en dépit de l'inéluctable complexité qui résulte de leur application à plusieurs niveaux. En effet, l'établissement des sanctions ciblées suit un parcours à plusieurs étages : onusien, régional et national. Elle se traduit en pratique par l'existence d'actes propres à chaque ordre juridique. Un souci d'efficacité s'abrite derrière cette mise en œuvre pluridimensionnelle⁵. L'objectif d'efficacité des sanctions se traduit en termes juridiques par la « recherche d'un acte à effet direct » : c'est

en Iran, en Libye (2), en Guinée-Bissau, en République centrafricaine et au Yémen, ainsi que contre Al-Qaïda et les Talibans (2).

⁴ IRNC, « Sanctions économiques », *Institut de recherche sur la Résolution Non-Violente des Conflits*, en ligne : <<http://www.irnc.org/NonViolence/Lexique/4.Strategie/Items/30.htm>> (consulté le 26 juillet 2016).

⁵ Voy. à cet égard, colloque du CEDIN de Paris Ouest Nanterre, « À la rencontre des droits (international, communautaire, interne) : les rapports de systèmes après l'affaire Kadi », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, p. 352-418, dans Ulas CANDAS et Alina MIRON, « Les interactions du droit international et européen : Assonances et dissonances dans la mise en œuvre des sanctions ciblées onusiennes par l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux », (2011) 3 *J. Droit Int.* 1-39, 2.

parce que les résolutions du Conseil de sécurité sont dépourvues d'effet direct dans la plupart des ordres juridiques⁶ que les États doivent prendre toutes les mesures pour les mettre en œuvre.

L'objectif recherché par le Conseil de sécurité en intégrant les sanctions économiques s'inscrit originellement dans la mise en œuvre d'une stratégie de lutte contre le terrorisme international. D'une part, le Conseil vise à sanctionner les personnes impliquées dans les actes de terrorisme ou de son financement, selon une échelle de priorité correspondant à la menace que représente telle ou telle personne⁷. De l'autre, il adopte une approche plus générale consistant à instaurer un mécanisme préventif qui vise à lutter contre le terrorisme international dans une optique thématique, notamment contre le financement du terrorisme international ou contre la prolifération nucléaire⁸.

Le Conseil de sécurité a également appliqué ces sanctions contre les États pour appuyer les transitions pacifiques, décourager les changements non constitutionnels, protéger les droits de l'homme et garantir la bonne gouvernance. En matière de protection des droits fondamentaux particulièrement, les sanctions économiques globales sont particulièrement appropriées lorsqu'il s'agit de faire pression sur un État afin de l'amener à mettre un terme à des violations flagrantes

⁶ Jacques VELU, *Les effets directs des instruments internationaux en matière des droits de l'homme*, coll. "Prolegomena", n°2, Bruxelles, H. Swinnen, 1981, p. 24.

⁷ Voy. à cet égard, Ch. ECKES, "EU Counter-Terrorist Policies and Fundamental Rights : The Case of Individual Sanctions", Oxford University Press, 2009, pp. 24 et s ; E. GUILD, "The Uses and Abuses of Counter-Terrorism Policies in Europe : The Case of the "Terrorist Lists"", *JCMS*, vol. 46, n°1, 2008, p.179 et s., dans U. CANDAS et A. MIRON, préc., note 6, 2.

⁸ *Ibid.*

des droits de la personne ou des violations graves du droit international humanitaire. Dans ce cas, elles peuvent poursuivre pour objectif la libération des prisonniers politiques, le rétablissement de la liberté d'expression ou de manifestation, le respect du pluralisme syndical et/ou politique, la fin des persécutions touchant telle communauté ethnique ou religieuse, l'abrogation de lois fondées sur la ségrégation raciale...⁹.

Malgré la richesse des buts poursuivis, et avec l'évolution du droit international, l'usage des « sanctions économiques globales » telles que conçues originellement fit rapidement l'objet des critiques, en raison de *leur impact humanitaire sur la population civile de l'État sanctionné et de leur efficacité incertaine*. Il est reproché à ces sanctions de frapper aussi bien le sanctionné, les protégés que le ou les « sanctionneurs »¹⁰. Ensuite, au lieu de déstabiliser le gouvernement responsable, les mesures renforcent au contraire le soutien de la population à son gouvernement, au nom de la souveraineté nationale et internationale, parfois par peur de répression, créant une forme de solidarité nationale. Enfin, c'est la population civile qui souffre en lieu et place des personnes visées ou celles victimes de ces sanctions. Ces mesures de coercition affectent le pays dans son ensemble et ont des répercussions très négatives sur la population civile et sur les pays

⁹ IRNC, préc., note 4.

¹⁰ Jean-Pierre BÉGUELIN, « À qui perd gagne : les sanctions économiques », *Le Temps* (21 mars 2014), en ligne : <<https://www.letemps.ch/opinions/2014/03/21/perd-gagne-sanctions-economiques>> (consulté le 26 juillet 2016).

tiers du point de vue humanitaire¹¹, contrariant ainsi les motifs pour lesquels elles sont prises, notamment pour mettre fin à la commission des atteintes portées contre la population civile ou contre leurs droits fondamentaux constitutionnalisés. Donc, à l'origine, les sanctions économiques n'ont été établies que contre les entités étatiques, sujet originaire du droit international public.

Ces incidences, à la fois humanitaires et économiques, ont milité en faveur de mesures plus sélectives, voire plus ciblées, de nature à produire moins de dommages collatéraux pour une efficacité au moins équivalente. Ainsi, lors d'une série de conférences réunissant des représentants de l'ONU, des gouvernements et du secteur privé, les discussions ont porté sur la possibilité d'élaborer des sanctions plus ciblées et plus efficaces, dites sanctions « intelligentes » ou « sanctions ciblées »¹² contre les personnes physiques, les entreprises et les

¹¹ CONFÉDÉRATION SUISSE - SECRÉTARIAT D'ÉTAT, « Smart sanctions – Sanctions ciblées », *Confédération Suisse - Secrétariat d'État à l'économie SECO* (8 juin 2016), en ligne : <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen/sanktionen-embargos/smart-sanctions--gezielte-sanktionen.html> (consulté le 26 juillet 2016).

¹² Dans le cadre de la recherche de mise en œuvre des « sanctions intelligentes », la Suisse a lancé une série de conférences par le processus d'Interlaken (1998). Ce dernier était voué à la question des sanctions financières ciblées. Les bases techniques et juridiques ont été élaborées lors de deux séminaires à Interlaken. Les résultats du processus ont été publiés dans un manuel en 2001. L'Allemagne et la Suède ont ensuite organisé d'autres séminaires sur des sanctions intelligentes. Le processus Bonn-Berlin (2001) portait sur les questions des restrictions de déplacement, des sanctions appliquées au trafic aérien et des embargos sur les armes. Quant au processus de Stockholm (2003), il était voué aux possibilités de mise en œuvre et de contrôle de sanctions ciblées : Catherine SCHNEIDER, *Les sanctions ciblées au carrefour des droits international et européen. Table ronde franco-russe avec l'Université d'État Lobatchevski de Nijni-Novgorod*, Grenoble, 10 mai 2011, coll. "Les Conférences Publiques du Centre d'Excellence Jean Monnet

organisations¹³. S'opère alors une mutation qui permet de quitter le cadre des sujets originaires du droit international public vers les personnes physiques et les personnes morales de droit privé.

II| MUTATION DES SANCTIONS ÉCONOMIQUES GLOBALES AUX SANCTIONS CIBLÉES

Il faut tout d'abord rappeler que l'« irrésistible émergence de l'individu en droit international¹⁴ » constitue l'une des grandes évolutions du droit international public. D'essence interétatique, le droit international appréhende désormais l'individu, que ce soit pour le protéger, pour le punir, ou pour prévenir et mettre fin aux menaces qu'il fait peser sur la paix et la sécurité internationales¹⁵. Toutefois, si la protection et la punition des individus s'inscrivent dans le cadre de systèmes normatifs ad hoc assortis de mécanismes juridictionnels¹⁶, il en va différemment de la prévention et de la neutralisation des menaces imputables aux individus, qui entraînent l'adoption de certaines sanctions plus spécifiques et plus adaptées à la nature

Université Pierre-Mendès-France - Grenoble (France)", Grenoble, CEJM-CESIGE, 2011, p.8.

¹³ Au sujet de la responsabilité des Organisations internationales et des sanctions ciblées contre elles, voy. Daniel DORMOY, « Sanctions ciblées et respect des droits de l'homme : quelques réflexions sur la responsabilité des organisations internationales et de leurs États membres », (2015) 28-2 *Rev. Québécoise Droit Int.* 1-26.

¹⁴ A. MAHIOU, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité : cours général de droit international », (2008) 337 *RCADI* 213, dans C. RAPOPORT, préc., note 2 à la page 3.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Qu'il s'agisse par exemple de la Cour européenne des droits de l'homme veillant au respect de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de la Cour pénale internationale habilitée à connaître des crimes mentionnés dans son statut.

humaine. Celles-ci se rattachent en effet au système de sécurité collective de l'ONU dont elle ne constitue qu'une déclinaison nouvelle puisque c'est dans le cadre de son pouvoir d'adoption de mesures coercitives non militaires, prévu à l'article 41 de la Charte, que le Conseil de sécurité a choisi de viser des personnes et entités autres que les sujets originaires du droit international¹⁷.

Les sanctions sont « ciblées » ou « *sélectives* » parce qu'elles visent non pas les États, mais les individus. Cet outil a notamment été utilisé depuis la fin des années quatre-vingt-dix par l'ONU dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et par les États membres de l'ONU ou les organisations régionales à l'invitation de la Résolution 1373¹⁸, adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4385^e séance, le 28 septembre 2001¹⁹. À la suite des attentats du 11 septembre 2001, chaque membre de l'ONU ou chaque organisation régionale peut dresser sa propre liste des personnes concernées par la sanction. Dans cette logique, l'on se retrouve en présence de deux sortes de liste ; l'une, dressée par le Conseil de sécurité des Nations unies, à exécuter par les États ou les organisations régionales, appelées « *Liste d'exécution* » et, l'autre, dressée par chaque organisation régionale ou chaque État, appelée « *Liste autonome* ». Le choix entre ces deux catégories de listes découle

¹⁷ C. RAPOPORT, préc., note 1 à la page 3.

¹⁸ La Résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations unies sur la menace à la paix et à la sécurité internationales du 28 septembre 2001, a été prise à la suite des attentats du 11 septembre 2001.

¹⁹ Rés. CS 1373 (2001), Doc. Off. CS. NU., 2001, Doc. NU S/RES/1373 (2001).

de l'objectif recherché par le Conseil de sécurité, dans sa stratégie de lutte contre le terrorisme international²⁰.

La distinction entre les régimes de listes, pour tranchée qu'elle paraisse, n'est pas toujours aisée, ainsi que l'a révélé l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE)²¹ dans l'affaire *Melli-Bank c. Conseil*²². Il est certes difficile de faire la distinction entre les actes d'application des résolutions du Conseil de sécurité et les sanctions autonomes, mais il n'en demeure pas moins que cette distinction reste à ce jour entièrement opératoire : elle illustre les compétences respectives des niveaux onusien, européen et national et commande le choix entre les différentes procédures mises en place à cet effet. Elle permet d'expliquer pourquoi les enchevêtrements ainsi tissés entre les différents ordres juridiques apparaissent comme organisés dans le cas des listes autonomes et, au contraire, chaotiques dans le cas des listes d'exécution²³. Elle peut permettre également de considérer les « sanctions d'exécution » comme émanant du droit international public et « celles autonomes » comme résultant du domaine de droit international privé.

²⁰ *Supra*, point I, ainsi que les notes 5 et 6.

²¹ Le Tribunal, connu anciennement sous le nom du TPICE, créé le 1^{er} janvier 1989, est un organe juridictionnel de l'Union européenne, ayant son siège à Luxembourg, qui assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités constitutifs par les institutions communautaires et les États membres de l'Union européenne. Il est le juge de droit commun et de droit de l'Union européenne.

²² TPICE, 14 oct. 2009, *aff. T-390/08, Melli Bank (Melli Bank II)*, spéc. para. 46 et 47 ; voy. également TPICE, 9 juil. 2009, *aff. jtes. T-246/08 et T-332/08, Melli Bank (Melli Bank I)*, para. 94 à 99, dans D. DORMOY, préc., note 13, 4.

²³ *Id.*, 4-5.

La protection des droits fondamentaux tels que prévus dans les instruments juridiques internationaux constitue « l'élément essentiel au succès à long terme de la lutte contre le terrorisme »²⁴. Dans ce sens, la Résolution 1373 a été complétée par celle 1456 du Conseil de sécurité, adoptée à l'unanimité le 20 janvier 2003, appelant tous les États à prévenir et à supprimer tout soutien au terrorisme²⁵. En d'autres termes, les sanctions ciblées visées par la Résolution 1373 ont été originellement établies pour lutter collectivement contre le terrorisme dans toutes ses facettes. On y a ajouté la lutte contre la prolifération des armes nucléaires pour l'élargir.

Aujourd'hui, les sanctions ciblées, intelligentes ou sélectives, peuvent être appliquées directement et individuellement à des personnes physiques exerçant de pouvoirs d'État et contre lesquelles il a été établi un lien de coauteurs, d'auteurs (de coupables) ou de complices des répressions meurtrières contre les citoyens (la population civile), ou qui entretiennent le climat politique malsain en restreignant l'espace politique et en réprimant ou en commettant des répressions systématiques lors des manifestations pacifiques, en bloquant le processus électoral, en empêchant la libre expression des opinions, en s'illustrant dans des arrestations arbitraires et des traitements inhumains, cruels et dégradants à l'endroit des leaders de

²⁴ Nicolas CATELAN et Sylvie CIMAMONTI, *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, Aix-en-Provence, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 6.

²⁵ Rés. CS 1456 (2003), Doc. Off. CS. NU., 2003, Doc. NU S/RES/1456 (2003) du 20 janvier 2003.

l'opposition politique et/ou de leurs sympathisants²⁶. Ces mesures se traduisent par des sanctions financières telles que le gel des avoirs, l'interdiction d'effectuer des transactions avec la monnaie du pays sanctionneur ou sur le territoire de ce dernier, la limitation des investissements, les restrictions dans le commerce de marchandises (diamants, bois, pétrole, armes, etc.) ou de services, les restrictions de déplacement (interdiction de visas de transit, d'entrée ou de séjour), les restrictions diplomatiques (refus d'*exequatur* ou d'agrément), les restrictions culturelles et sportives et les restrictions du trafic aérien²⁷, ainsi que les poursuites judiciaires pouvant être engagées.

De cette précision, et pour ce qui concerne particulièrement le cas des sanctions dirigées contre les hautes personnalités congolaises, il faut trouver une réponse à la question de savoir : les sanctions appliquées par les États-Unis d'Amérique, la Suisse et l'Union européenne contre les hautes personnalités congolaises sont-elles conformes à la Résolution 1373 du Conseil de sécurité précitée dès lors que les actes commis par ces dernières ne rentrent pas dans le cas du terrorisme ou de prolifération des armes nucléaires ? La recherche d'une quelconque réponse nous amène à examiner la nature des sanctions ciblées infligées aux congolais.

²⁶ CONFÉDÉRATION SUISSE - SECRÉTARIAT D'ÉTAT, préc., note 11.

²⁷ Pour plus de détails sur la mesure des « sanctions ciblées » et ses origines, voir C. RAPOPORT, préc., note 1 à la page 7.

III| LES SANCTIONS INFLIGÉES AUX HAUTES PERSONNALITÉS CONGOLAISES

La RDC et certaines de ses personnalités ont déjà fait l'objet des sanctions économiques globales et des sanctions ciblées, soit par le Conseil de sécurité (A), soit par les États-Unis d'Amérique (B), soit par la Confédération Helvétique (C) ou soit par l'Union européenne (D).

A| Les sanctions prises par le Conseil de sécurité des Nations unies

Dans tout premier temps, en vertu de la Résolution 1493 (2003) adoptée par le Conseil de sécurité des Nations unies, le 28 juillet 2003, agissant conformément au chapitre VII de la Charte des Nations unies²⁸, il a été imposé un *embargo sur les armes à la RDC* à tous les États, pour une durée de 12 mois. Cet *embargo* porte sur :

« [...] la fourniture, la vente ou le transfert directs ou indirects, depuis leur territoire ou par leurs nationaux, ou au moyen d'aéronefs immatriculés sur leur territoire ou de navires battant leur pavillon, d'armes et de tout matériel connexe, ainsi que la fourniture de toute assistance, de conseil ou de formation se rapportant à des activités militaires, à tous les groupes armés et milices étrangers et congolais opérant dans le territoire du Nord et du Sud Kivu et de l'Ituri, et aux groupes qui ne sont pas parties à l'Accord global et inclusif, en République démocratique du Congo »²⁹.

Dans le second temps, en vertu de la Résolution 1533, adoptée à l'unanimité par le Conseil de sécurité des Nations unies, LE 12 mars 2004, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies,

²⁸ Doc. S/RES/1494 (2003), 28 juillet 2003, à sa 4797^{ème} séance.

²⁹ Article 20 de la Résolution 1494 ; V. également l'article 18 de la même Résolution.

après avoir rappelé toutes les résolutions antérieures sur la situation en RDC, le Conseil a créé un Comité chargé de surveiller *l'embargo sur les armes* imposé à toutes les forces armées étrangères et congolaises en activités à l'Est de la république³⁰. À l'article 1^{er} de la Résolution, le Conseil

« Réaffirme l'exigence faite à tous les États, à l'article 20 de la résolution 1493, de prendre les mesures nécessaires pour empêcher la fourniture d'armes et de tout matériel ou assistance s'y rapportant, aux groupes armés opérant dans le Nord et le Sud Kivu et en Ituri, et aux groupes qui ne sont pas partie à l'Accord global et inclusif sur la transition en République démocratique du Congo (signé à Pretoria le 17 septembre 2002) »³¹.

Ces sanctions ont été reconduites jusqu'au 1^{er} juillet 2019 par le Conseil de sécurité selon la Résolution 13402 du 29 juin 2018³².

Il a été malheureusement constaté que certains individus, de nationalité congolaise et étrangère, ont enfreint les résolutions du Conseil de sécurité précitées. Après leur identification, les sanctions ciblées ont été prises par le Comité des sanctions concernant la RDC à l'encontre de certains chefs de guerre (miliciens) et officiers militaires, congolais et rwandais (interdiction de voyager, gel des avoirs, etc.) dont notamment : Muhindi Akili Mundos ; Guidon Shimiray Mwiswa ; Lucien Nzambamwita et Gédéon Kyungu Mutanga. Ces personnes, et tant d'autres, ont été soupçonnées de compromettre la paix, la stabilité ou la sécurité de la RDC, exploitation ou commerce illicite de ressources naturelles, dont l'or ainsi que les espèces sauvages et les

³⁰ Doc. S/RES/1533 (2004), 12 mars 2004, 4926^{ème} séance.

³¹ Point 1, Résolution 1533.

³² Doc. CS/13402, 29 juin 2018, 8300^{ème} séance.

produits qui en sont issus, fourniture de l'appui financier, matériel ou technologique ou des biens ou services à des personnes ou entités désignées par les résolutions pertinentes antérieures, commission des actes qui constituent des violations des droits de l'homme ou du droit international humanitaire dirigés contre les civils, les écoles ou les hôpitaux³³.

Ces résolutions peuvent être qualifiées comme les premières à être prises directement contre les personnes physiques congolaises, pour les faits commis au Congo par les ressortissants congolais. Toutefois, les haut responsables impliqués dans la répression gouvernementale, c'est-à-dire les hautes personnalités civiles congolaises, ne sont pas concernées par ces sanctions. Seuls les miliciens et militaires des Forces armées congolaises (FARDC) ont été visés et se trouvent inscrits sur la liste noire (*blacklist*) du Conseil de sécurité des Nations unies, telle que dressée par le Comité des sanctions 1267 du Conseil. Ce sont les États, en vertu de l'autorisation reçue du Conseil de sécurité à travers l'utilisation des listes d'exécution et des listes autonomes prévues dans le cadre de la mise en œuvre de la Résolution 1373, qui ont pris l'initiative de sanctionner les responsables civils congolais. C'est le cas des États-Unis d'Amérique, de la Suisse et de l'Union européenne.

³³ « Des nouvelles personnalités de Kabila sur la liste des sanctions des Nations unies », *Le Congolais*, 2 février 2018, en ligne : <www.lecongolais.cd> (consulté le 20 mai 2019).

B| Les sanctions infligées par les États-Unis d'Amérique

Rappelons que le Congrès américain a pris, d'abord, en 2016, deux Résolutions importantes. Ces dernières autorisent le Gouvernement américain à sanctionner toutes les personnes qui empêchent la bonne marche du processus électoral et commettent des actes de violences contre la population civile où qu'elles se trouvent, aux États-Unis ou ailleurs. Il s'agit là d'une sorte de « compétence universelle » que s'attribue cet État.

Ainsi, en dates des 23 juin, 12 et 28 décembre 2016, le Département du Trésor américain, en exécution de ces Résolutions, a annoncé des sanctions ciblées à l'encontre de *neuf hauts responsables congolais* qui ont joué, selon lui, un rôle clé dans la répression contre la population civile au cours des années 2015 à 2016. Les sanctions américaines, consistant notamment en gels des avoirs, refus de visa, interdiction de transaction en monnaie américaine ou avec les institutions financières américaines, etc. touchent des personnes placées plus haut dans la chaîne de commandement militaire, policière et civile. Elles ciblent d'abord les chefs militaires et policières : 1) l'Inspecteur de Police pour la ville de Kinshasa, Célestin Kanyama, les généraux 2) Gabriel Amisi Kumba « *Tango for* », 3) François Olenga (en juin 2017), 4) Gaston Hughes Ilunga Kampete, 5) Delphin Kahimbi et l'Inspecteur général de la Police, 6) John Numbi. En décembre, les sanctions ont été élargies contre les personnalités civiles congolaises, visant également : 7) Kalev Mutondo, directeur de l'Agence nationale

de renseignements (ANR), son adjoint 8) Roger Kibelisi et 9) Évariste Boshab, vice-premier ministre et Ministre de l'intérieur³⁴.

Outre ces deux Résolutions, il existe une Instruction américaine n°7031 (c) de la loi de 2019 portant ouverture des crédits pour le Département d'État, opérations étrangères et programmes connexes (Div. F, PL 116-6). La Section 7031 (c) de cette instruction prévoit que,

« [D]ans les cas où le Secrétaire d'État dispose d'informations crédibles indiquant que des fonctionnaires de gouvernements étrangers ont été impliqués dans une corruption grave ou une violation flagrante des droits de l'homme, ces personnes et les membres de leur famille immédiate ne peuvent entrer dans le pays, les États-Unis ».

C'est en exécution de cette Instruction que le Secrétaire d'État américain a imposé des restrictions de visas aux fonctionnaires électoraux congolais, ainsi qu'aux responsables gouvernementaux soupçonnés d'être responsables, auteurs ou complices de violations des droits humains, de la corruption criante ou d'atteintes au processus démocratique en RDC. Ainsi, le 22 février 2019, le Secrétaire d'État a annoncé des sanctions ciblées, en raison de leur implication dans une corruption importante liée au processus électoral, contre cinq hautes personnalités congolaises ci-après : 1) Corneille Nangaa, président de la Commission électorale nationale indépendante (CENI), 2) Norbert Basengezi Katintima, vice-président de la CENI, 3) Marcellin Mukolo

³⁴ « RD. Congo : Qui sont les neuf individus sanctionnés par l'Union européenne et les États-Unis ? » ; « RD. Congo : l'UE et les États-Unis sanctionnent de hauts responsables », voir les liens ci-après pour enrichir les informations : <<https://www.hrw.org/fr/news/2016/12/16/rd-congo-qui-sont-les-9-individus-sanctionnes-par-lue-et-les-etats-unis>> ; <<https://www.hrw.org/fr/news/2017/06/01/rd-congo-lue-et-les-etats-unis-sanctionnent-de-hauts-responsables>> (consulté le 20 avril 2019).

Basengezi, conseiller du président de la CENI, 4) Aubin Minaku Ndjalandjoko, ancien président de l'Assemblée nationale et 5) Benoit Lwamba Bindu, Président de la Cour constitutionnelle de la RDC³⁵.

En clair, les avoirs dont sont propriétaires ces personnalités aux États-Unis d'Amérique sont gelés, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent faire des transactions en Amérique ou avec la monnaie américaine sur les sommes d'argent leur appartenant et ne peuvent effectuer des opérations bancaires en dollar américain dans n'importe quelle institution se trouvant dans le monde, sauf inadvertance des agents commis de banques.

C| Les sanctions infligées par la Confédération helvétique (Suisse)

Dans un document de trois pages, sorti le mercredi 21 février 2018, la Suisse a interdit le séjour et le transit et a imposé le gel des avoirs contre **neuf personnalités congolaises** retenues par les Nations unies, les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne. Il s'agit de : 1) général Ilunga Kampete ; 2) général Amisi « *Tango Four* » ; 3) Colonel Ferdinand Luyolo Ilunga³⁶ ; 4) Ex-Gouverneur Alex Kande Mupompa (Kasaï-central) ; 5) Ex-Gouverneur Jean-Claude Kazembe (Haut-Katanga) ; 6) Lambert Mende Omalanga (ex- Ministre de la communication et de médias) ; 7) Éric Ruhorimbere ; 8) Emmanuel Ramazani Shadari (ex-vice premier ministre et Ministre de l'intérieur)

³⁵ Grevisse KABREL, « Sanctions américaines contre C. NANGAA, N. BASENGEZI, A. MINAKU, B. LWAMBA... : des contradictions dans la "fatwa" américaine », *Forum des As*, 25 février 2019.

³⁶ Chef de l'Unité anti-émeutes de la police, appelée Légion nationale d'intervention (LENI)

et 9) Kalev Mutond³⁷. Il leur est reproché également de cautionner la violence perpétrée contre les citoyens et toute velléité d'intimidation vis-à-vis de l'opposition, d'atteintes à la liberté d'information, etc.

D| Les sanctions infligées par l'Union européenne (UE) et les recours introduits par les sanctionnés

Il y a lieu d'analyser les faits et actes ayant provoqué ces sanctions et le recours de leurs victimes devant la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, il existe au sein de l'Union européenne deux catégories de listes de sanctions : d'un côté, des listes reproduisant les noms des personnes directement désignées par le Comité des sanctions 1267 du Conseil de sécurité des Nations Unies, dites « listes d'exécution »³⁸ ; et, de l'autre, des listes établies par l'Union, dites « listes autonomes »³⁹. Il faut préciser que, contrairement aux Résolutions du Conseil de sécurité, la plupart des instruments du droit de l'Union européenne s'appliquent avec effet direct dans les 27 États membres qui la constituent, qu'ils sont préférés à une incorporation individuelle dans chaque État membre.

Au-delà du domaine de lutte contre le terrorisme et la prolifération des armes nucléaires, qui constitue à notre avis le domaine d'exécution de la Résolution 1373 du Conseil de sécurité et, partant, du droit international public, l'Union européenne a établi une

³⁷ Hubert LECLERCQ, « RDC : sanctions suisses contre 9 dignitaires congolais », *La Libre Afrique*, 22 février 2018, en ligne : <www.afrique.lalibre.be> (consulté le 20 mai 2019).

³⁸ Règl. CE n°881/2002, du 22 mai 2002, *JOCE L* 139, 29.05.2002, modif. par Règl. UE n°1286/2009, *JOUE L* 346, 23.12.2009, dans U. CANDAS et A. MIRON, préc., note 5, 2.

³⁹ Règl. CE n° 2580/2001, 27 déc. 2001, *JOCEL* 344 du 28.12.2001, dans *Id.*

liste autonome pour sanctionner *neuf hauts responsables civils, policiers et militaires*. Ces mesures restrictives ont été prises, en vertu du Règlement d'exécution (UE) 2017/904 du Conseil de l'Europe, du 29 mai 2017, « *en vue de l'instauration d'une paix durable en République démocratique du Congo et de l'exercice de pressions sur les personnes et entités agissant en violation de l'embargo sur les armes imposé à cet État* »⁴⁰. Ce règlement met en œuvre l'article 9, paragraphe 2 du Règlement (CE) n°1183/2005 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre des personnes agissant en violation de l'*embargo* sur les armes imposé à la RDC⁴¹ et de la décision d'exécution (PESC) 2017/905 du Conseil, du 29 mai 2017, mettant en œuvre la décision 2010/788/PESC concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de la RDC⁴².

Parmi ces dignitaires, certains avaient déjà fait l'objet des sanctions américaines et suisses et sont, cette fois-ci encore, sanctionnés pour avoir « [...] *fait obstacle à une sortie de crise consensuelle et pacifique en vue de la tenue des élections en RDC, notamment par des actes de violence, de répression ou d'incitation à la violence ou des actions portant atteinte à l'État de droit et d'avoir*

⁴⁰ « RDC – UE : Le recours des dignitaires de Kabila rejeté, Boshab et consorts demeurent sous sanctions européennes », *Afriwave.com*, 27 mars 2019, en ligne : <<https://www.afriwave.com/2019/03/27/rdc-ue-le-recours-des-dignitaires-de-kabila-rejete-boshab-et-consorts-demeurent-sous-sanctions-europeennes/amp/>> (consulté le 20 mai 2019). Lassaad BEN AHMED, « RDC/Sanctions : la justice le recours déposé par 8 proches de Kabila », *Agence Anadolu*, 27 mars 2019, en ligne : <<http://www.aa.com.tr/fr/afrique/rdc-sanctions-la-justice-europeenne-rejete-le-recours-depose-par-8-proches-de-kabila/1431388#>> (consulté le 20 mai 2019)

⁴¹ *Journal Officiel*, 2017, L 138 I, p.1.

⁴² *Id.*, p.6.

*contribué, en les planifiant, en les dirigeant ou en les commettant, à des actes constituant de graves violations des droits de l'homme ou des atteintes à ces droits*⁴³ » entre 2014 et 2019. Il s'agit de : 1) Kalev Mutondo ; 2) Évariste Boshab ; 3) Ramazani Shadari ; 4) Gédéon Kyungu Mutanga, chef d'une milice ; 5) Muhindo Akili Mundos, commandant de l'armée ; 6) Général de brigade Éric Ruhorimbere, autre commandant de l'armée ; 7) Jean-Claude Kazembe Musonda, ancien gouverneur de la province du Haut-Katanga et 8) Alex Kande Mupompa, gouverneur de la province du Kasai-central. Le neuvième, le ministre de la communication et des médias et porte-parole du gouvernement, 9) Lambert Mende⁴⁴, a été décrit comme « *responsable de la politique répressive menée envers les médias* », « *politique qui viole le droit à la liberté d'expression et d'information et compromet une solution consensuelle et pacifique en vue de la tenue d'élections* ».

En décembre 2016, l'Union européenne a imposé également des sanctions ciblées contre les généraux Amisi « *Tango for* », chef d'État-Major adjoint ; Delphin Kahimbi, chef du service du renseignement militaire ; Ilunga Kampete, commandant de la Garde républicaine ; Célestin Kanyama, Inspecteur chef de la police pour la ville de Kinshasa ; le Colonel Ferdinand Ilunga Luyolo, commandant de la Légion nationale d'intervention (LENI), une unité anti-émeutes de la Police

⁴³ Arrêt T-582, *Affaire Évariste Boshab et consorts c. Le Conseil de l'Union européenne*, n°48. L'intégralité de cet arrêt se trouve sur le site de la Cour de justice de l'Union européenne, en ligne : <www.curia.europa.eu/juris/document1document.jsf?text&docid=212231&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&occ=first&part=1&cid=6358587> (consulté le 21 mai 2019).

⁴⁴ Notons qu'au jour de la soumission de cet article, les sanctions retenues contre M. Lambert Mende ont été levées. Il n'est cité ici qu'à titre d'histoire.

nationale congolaise ; et l'inspecteur général de la police, John Numbi Ntambu. Ils sont tous présumés d'avoir fait « *obstacle à une sortie de crise consensuelle et pacifique en vue de la tenue d'élections en RDC, notamment par des actes de violence, de répression ou d'incitation à la violence, ou des actions portant atteinte à l'état de droit* ». Il est reproché également à ces personnalités, qui se recrutaient essentiellement dans le pré-carré présidentiel du régime du Président Joseph Kabila, de « *cautionner la violence perpétrée contre les citoyens et toute velléité d'intimidation vis-à-vis de l'opposition*⁴⁵ ». Toutes ces sanctions ont été reconduites par l'Union européenne le 12 décembre 2018.

Il faut noter que ces personnalités, une fois leur entrée sur le sol européen avérée, peuvent faire l'objet des poursuites judiciaires devant les juridictions d'un des États membres de l'Union européenne⁴⁶. Ces mesures consistent en interdiction d'entrée sur le sol de l'Union européenne, au gel de leurs avoirs et aux transactions bancaires avec la monnaie de l'Union européenne (euro) et dans les banques appartenant à l'Union.

⁴⁵ Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, *Réparations en droit de la personne et en droit international humanitaire. Problèmes et perspectives pour les victimes en République démocratique du Congo*, Thèse de doctorat en droit, Montréal, Université de Montréal, 2017, p. 243-245.

⁴⁶ Alain DIASSO, « Sanctions ciblées contre la RDC et ses dirigeants : la Monusco donne de la voix », *Onewovision/Agence d'information d'Afrique centrale* (1 juin 2016), en ligne : <<http://www.onewovision.com/actu-rdc/Sanctions-ciblees-contre-la-RDC-et-ses-dirigeants-la-Monusco-donne-de-la-voix,i-20160601-bb66>> (consulté le 26 juillet 2016) ; Jean Pierre KANDOLO K., « USA-RDC : Le Congrès américain demande des sanctions sévères contre Kabila et ses proches en cas de 3^e mandat contre la Constitution », *Congoflash* (11 avril 2016), en ligne : <<http://www.congoflash.com/usa-rdc-le-congres-americain-demande-des-sanctions-severes-contre-kabila-et-ses-proches-en-cas-du-3eme-mandat-contre-la-constitution/>> (consulté le 26 juillet 2016).

Certes, les moyens utilisés par toutes ces sanctions sont économiques, mais l'enjeu et l'objectif de cette intervention sont souvent politiques ou poursuivent de tels buts. Il faut signaler que les recours exercés par les victimes de ces sanctions devant la Cour de justice de l'Union européenne, neuvième chambre, ont été rejetés en bloc pour non-fondement⁴⁷.

Au vu de ce qui précède, peut-on dire que les sanctions ciblées contre les personnalités congolaises sont légales ? Quels peuvent être les effets de telles sanctions à l'égard des victimes (les sanctionnés) et des victimes des actes qui ont donné lieu aux sanctions ?

IV| LÉGALITÉ DES SANCTIONS CIBLÉES ET LEURS EFFETS VIS-À-VIS DES VICTIMES ET DE LA SOCIÉTÉ

À notre avis, la discussion ne doit plus être concentrées sur le caractère légal ou illégal de ces sanctions, étant donné qu'au regard de ce que nous venons de développer, il n'y a pas de contestation sur leur légalité. L'important serait plutôt de rechercher les effets que produisent ces mesures à l'égard de la société congolaise, particulièrement à l'égard des victimes des actes pour lesquels les sanctions ont été infligées aux dignitaires de la république et leur conséquence par rapport aux droits de la défense dans la mesure où

⁴⁷ Arrêt T-582/17, *Évariste Boshab et consorts c. Conseil de l'Union européenne*, 26 mars 2019, Requête du 22 août 2017. V. également Lassaad BEN AHMED et Pascal MULEGWA, « RDC/Sanctions : la justice le recours déposé par 8 proches de Kabila », *Agence Anadolu*, 27 mars 2019, en ligne : <<http://www.aa.com.tr/fr/afrique/rdc-sanctions-la-justice-europeenne-rejette-le-recours-depose-par-8-proches-de-kabila/1431388#>> (consulté le 20 mai 2019).

elles sont souvent prises sans préalablement avoir entendu les sanctionnés.

A| Concilier la sécurité internationale ou nationale avec le respect des droits de la personne

Les procédures utilisées par le Comité des sanctions 1267 des Nations unies, y compris celles de l'Union européenne ou des États – qui se fondent souvent sur les données confidentielles – ne permettent pas aux personnes visées de contester ces mesures en amont, en les privant ainsi d'un recours juridictionnel effectif, en l'occurrence l'exercice d'un droit de défense réel ou, parfois, la violation du droit de propriété.

En ce qui concerne les mesures restrictives adoptées dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) européenne, il y a lieu de souligner que dans la mesure où la personne concernée ne dispose pas d'un droit d'audition préalable à l'adoption d'une décision initiale d'inscription, le respect de l'obligation de motivation est d'autant plus important, puisqu'il constitue l'unique garantie permettant à l'intéressé, à tout le moins après l'adoption de cette décision, de se prévaloir utilement des voies de recours à sa disposition pour contester la légalité de cette décision⁴⁸.

L'Union européenne, saisie des recours fondés sur ces violations a, dans certains cas concernant les personnes privées, n'ayant aucun lien avec le pouvoir public, concilié la sécurité internationale avec le

⁴⁸ « Arrêt du 15 novembre 2012, Conseil/Bamba, C-417/11 P, EU : C:2012:718, point 51, dans Arrêt T-582/17, préc., note 43, n°39.

respect des droits de la personne et, dans les cas des haut responsables congolais, admis cette violation.

Dans l'affaire *Kadi* par exemple, le Tribunal et la Cour de l'Union européenne ont finalement jugé de façon très sévère les évolutions intervenues dans le cadre de l'Union et de l'ONU⁴⁹ et ont annulé plusieurs règlements de l'Union ayant pris des sanctions ciblées sur base de la liste d'exécution du Conseil de sécurité (Comité des sanctions 1267) et, particulièrement en ce qui concerne M. *Kadi*, en considérant que ses droits fondamentaux n'ont pas été respectés⁵⁰. En effet, dans leurs nombreux arrêts rendus sur les recours introduits contre les sanctions ciblées, le Tribunal et la Cour de l'Union européenne ont tenu à concilier l'équilibre entre protection de la sécurité internationale et respect des droits de la personne, notamment le droit à la vie privée, le droit à la santé, le droit de propriété et les droits procéduraux liés au procès équitable, en particulier les droits de la défense⁵¹. Il faut néanmoins noter que

⁴⁹ Il est intéressant de remarquer que le Tribunal critique cette pratique en grande partie par des *Obiter dicta*. Certains commentateurs ont souligné qu'il s'écarte ainsi de l'arrêt *Kadi II* de la CJCE, V. le commentaire de D. SIMON, « Europe », novembre 2010, p. 21-14, dans Sarah CASSELLA, « Les suites de l'arrêt KADI de la CJCE : quel équilibre entre protection de la sécurité internationale et respect des droits de l'homme ? », (2010) 56 *Annu. Fr. Droit Int.* 709-736, 713.

⁵⁰ *Id.*, 714.

⁵¹ Le juge de l'Union européenne, tout comme la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), envisage ces droits de façon extensive et les applique donc aussi à des procédures « administratives » et non strictement pénales, dès lors qu'elles sont susceptibles d'entraîner des conséquences graves pour les personnes. Voy. L. IDOT, « Les droits de la défense », p.213-251, dans F. SUDRE et H. LABAYE (dir.), « Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux », Bruxelles, Bruylant, 2000, 532. V. également les critiques du régime des sanctions énoncées dans l'étude préparée par Dick Marty, Rapporteur de l'Assemblée parlementaire du

certaines de ces droits ne sont pas absolus et que leur portée peut être restreinte (ceux qui ne font pas partie du noyau dur des droits de l'homme), notamment pour des raisons d'efficacité de la lutte antiterroriste, d'une part, et de la lutte contre les violations flagrantes des droits de l'homme ou les violations graves du droit international humanitaire, d'autre part.

Contrairement à ces arrêts qui concernent les personnes physiques accusées de terrorisme en dehors de l'exercice d'un pouvoir politique ou public, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas reçu les recours des sanctionnés congolais fondés entre autres sur la violation, en amont, des droits de la défense. En effet, dans l'*arrêt T-582/17* rejetant leurs recours, la Cour de justice répond négativement à l'argument soulevé par les sanctionnés Évariste Boshab et consorts, fondé sur l'absence de motivation des mesures (sanctions) prises par le Conseil de l'Europe, en ce compris la non mise en connaissance préalable des faits les ayant occasionné. Elle estime que le contexte général des faits mis à leur charge, en l'occurrence les mesures restrictives instaurées à l'encontre de la RDC, était nécessairement connu de tous les requérants, au regard de leur position de responsables politiques dans le pays (pour MM. Boshab, Alex Kande Mupompa, Jean-Claude Kazembe Musonda, Lambert Mende Omalanga et Émmanuel Ramazani Shadari), de commandement au sein des FARDC (s'agissant de MM. Akili Mundos et Ruhorimbere) et de haut

Conseil de l'Europe, « Listes noires du Conseil de sécurité des Nations Unies », 19 mars 2007, AS/jur (2007) 14, dans *Id.*, 711.

responsables dans l'Agence nationale de renseignement (s'agissant de M. Kalev Mutond)⁵².

Dans cet arrêt, la Cour présume qu'en fonction des responsabilités qu'exercent les personnes et au regard de leur position de responsables politiques ou de commandement au sein de l'État ou à l'intérieur du système étatique, des mesures de caractère général prises par les Nations Unies, les organisations régionales ou sous-régionales et les lois nationales leur sont opposables sans qu'il ne soit nécessaire de les leur notifier car elles sont nécessairement connues d'eux. Il n'y a donc pas lieu à protester leur ignorance, surtout qu'il leur appartient de mettre ces mesures en exécution selon la responsabilité de chacun. Tout acte faisant grief est suffisamment motivé dès lors qu'il est intervenu dans un contexte connu de l'intéressé, qui lui permet de comprendre les raisons et la portée de la mesure prise à son égard⁵³.

B| Légalité des sanctions ciblées

L'analyse de la légalité des sanctions sélectives nous permet de les situer dans l'ordre juridique, selon qu'elles émanent du Conseil de sécurité en exécution de la Résolution 1373 (listes d'exécution) ou du droit régional et national des États ayant pris ces mesures (listes autonomes).

⁵² Pour les motifs ayant donné lieu aux sanctions contre lesquelles les recours ont été introduits, voy. Arrêt T-582/17, préc., note 43, n°27.

⁵³ « Arrêt du 15 novembre 2012, préc. note 48, points 53 et 54 »; « Arrêt du 14 octobre 2009, Bank Melli Iran/Conseil, T-390/08, EU :T :2009 :401, point 82 », dans Arrêt T-582/17, préc., note 43, n°41.

Étant donné que les États-Unis ont pris ces mesures sur ordre des Résolutions du Congrès et des Instructions internes, il nous paraît clair que la question ne peut être examinée comme thème du droit international public mais comme relevant du droit international privé. Il en est de même de la mise en œuvre des Règlements de l'Union européenne qui relèvent, eux, du droit communautaire européen applicable et exécutoire à l'intérieur de ses 27 États membres. Dans ce sens, le Royaume de Belgique a suivi les pas des États-Unis d'Amérique, à travers la Décision du 19 juillet 2016 prise par la Chambre des Représentants de Belgique, demandant au Gouvernement belge de prendre contre les responsables congolais des mesures qui tiennent

« [...] compte des responsabilités individuelles et, si nécessaire, de plaider au niveau belge, européen et international en faveur des actions concrètes telles que des *sanctions ciblées*⁵⁴ (interdiction d'entrée sur le territoire, gel des avoirs bancaires) en faisant écho aux sanctions qui ont déjà été instaurées par des partenaires à l'égard des personnes qu'ils jugent responsables des graves violations des droits de l'homme, des actions de répression violente, d'intimidation ou de harcèlement à l'encontre des citoyens, de l'opposition démocratique, des défenseurs des droits de l'homme ou de journalistes [...] »⁵⁵.

⁵⁴ C'est nous qui soulignons.

⁵⁵ CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DE BELGIQUE, *Proposition de Résolution relative aux élections présidentielles en République démocratique du Congo*, Doc.54-1887/010 (juillet 2016), Chambre des représentants de Belgique, Texte adopté par la Commission des relations extérieures, §20, en ligne : <<https://www.yumpu.com/fr/document/view/55761417/1887-010-1887-010-belgische-kamer-chambre-belgique>> (consulté le 26 juillet 2016) ; Cyril BENSIMON, « RDC: Bruxelles et Washington sanctionnent de hauts responsables du régime Kabila », *Le Monde.fr*, éd. Afrique (13 décembre 2016), en ligne : <http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/12/13/rdc-bruxelles-et-washington-sanctionnent-de-hauts-responsables-du-regime-kabila_5048234_3212.html> (consulté le 9 juin 2017).

En clair, les sanctions intelligentes, autant qu'elles relèvent de l'exercice de la souveraineté nationale, sont légales car elles ne concernent, dans ce cas, que les matières relevant du droit interne de chaque État⁵⁶ avec, en son sein, un élément d'extranéité constitué, dans le cas des congolais, par les personnes ayant la nationalité congolaise et des biens privés (des congolais) se trouvant à l'intérieur des pays sanctionneurs. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les sanctions limitativement énumérées dans les décisions : gels des avoirs et interdiction de visa de transit, d'entrée et de séjour, ... Toutes ces sanctions relèvent du droit international privé et donc de la compétence discrétionnaire et de la souveraineté nationale de chaque État⁵⁷ agissant conformément aux prescrits de sa Constitution, indépendamment des injonctions d'exécution qu'il peut recevoir du Conseil de sécurité des Nations unies.

⁵⁶ On peut lire le point de vue contraire chez Auguste Mampuya Kanunk'a-Tshiabo qui, dans une interview accordée au journal en ligne *Afrikarabia* le 11 juin 2017, sur le contenu de son ouvrage à propos de l'illégalité des sanctions ciblées infligées aux hautes personnalités congolaises, estime que « les sanctions ciblées infligées aux hautes personnalités congolaises sont sans fondement juridique et inefficaces » : Christophe RIGAUD, « RDC : les sanctions ciblées illégales et contre-productives » (11 juin 2017), *Afrikarabia*, en ligne : <<http://afrikarabia.com/wordpress1rdc-des-sanctions-ciblées-illegales-et-contre-productives/>> (consulté le 25 avril 2019).

⁵⁷ Pour plus de détails sur les matières entrant dans le domaine du droit international privé, v. Horatia Muir BUREAU, *Droit international privé. Partie spéciale*, tome I, coll. "Thémis droit", Paris, Presses Universitaires de France, 2007. V. également : Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, *Code expliqué du droit international privé congolais. Commentaires des lois internes et conventions internationales à l'aide de la jurisprudence et de la doctrine*, [Troisième édition], Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2012 ; Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, *Réglementation congolaise du droit international privé (Essai de mise en commun avec notes)*, Deuxième édition, coll. "Agence pour le Développement Intégré au Congo", Lubumbashi, Centre Africain d'Études et de Recherche en Droits de l'Homme - Yula, 2009.

Pour notre part et contrairement au point de vue soutenu par Auguste Mampuya Kanunk'a-Tshiabo, qui s'appuie sur la Charte de l'ONU et l'accord de Cotonou⁵⁸, les sanctions ciblées telles qu'elles sont appliquées contre les dignitaires congolais ne relèvent nullement du droit international public et sont donc légales sur les territoires ou les biens qui relèvent de la juridiction des États qui les ont pris. L'ultime question est celle de savoir que deviennent les sanctionnés et quel est le sort les biens gelés ?

C| Effets des sanctions à l'égard des victimes et de leurs biens

Les sanctionnés ne sont pas des poursuivis d'une quelconque justice à travers le monde, encore moins des coupables ou des prévenus. Jusque-là, ils ne font l'objet d'aucune poursuite pré ou juridictionnelle. Ce sont des personnes entièrement libres. Les

⁵⁸ Auguste Mampuya Kanunk'a-Tshiabo explique que : « Lorsque l'on parle de sanctions internationales, celles-ci ne peuvent être prises que par le Conseil de sécurité des Nations unies. Le Conseil prend ce type de sanctions lorsqu'il estime qu'il y a menace à la paix ou acte d'agression. Or, ces sanctions ciblées n'ont pas été prises dans ce cadre. Dans le cas de l'Europe, l'Union aurait pu également se référer à l'accord de Cotonou qui régit le partenariat entre le continent européen et les pays africains, dont la RDC. Des mécanismes existent dans ce cadre pour prendre des sanctions contre l'un des membres qui ne respecterait pas les droits de l'homme, les principes démocratiques ou l'État de droit. Mais l'Union européenne ne se réfère ni à la charte du Conseil de sécurité, ni à ce partenariat. Ces sanctions sont donc prises de manière unilatérale et sont donc sans fondement juridique. L'UE est une organisation régionale qui n'a de juridiction qu'entre ses membres et non à l'égard d'États étrangers, tout comme l'Union Africaine ne peut interférer dans les affaires d'États européens ni en Amérique » : Voy. C. RIGAUD, préc., note 56. L'accord de Cotonou a été conclu en date du 23 juin 2000 à Cotonou (Bénin) entre l'Union européenne et les États d'Afrique, Caraïbes et Pacifique, pour une durée de 20 ans, révisé tous les cinq ans et réunissant 79 États du groupe ACP et les 28 pays de l'Union européenne. Il est entré en vigueur le 1^{er} avril 2003. L'objectif 4 de l'Accord renseigne que les procédures sont instituées en cas de violation des droits de l'homme ou de corruption, notamment la suspension de l'aide.

sanctions ciblées n'entachent pas le casier judiciaire ou le casier politique du sanctionné. Il s'agit, à notre avis, des mesures administratives d'intimidation, de correction et de prévention. Toutefois, elles atteignent l'honneur, la considération et la réputation nationale et internationale du sanctionné, considéré comme un présumé criminel, tout en bénéficiant, comme tous les autres présumés, d'une présomption d'innocence avant le jugement. Elles créent une certaine stigmatisation dans le chef du sanctionné, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de son pays et peuvent entraîner des poursuites judiciaires dans le pays où la justice fonctionne normalement.

Quant au sort des biens gelés, il semble important de comparer le gel avec une sorte de saisie-conservatoire n'ayant aucun effet pour l'avenir si elle n'est pas suivie de validation par une décision du tribunal. L'État sanctionneur ne peut ni vendre, ni utiliser le fonds ou les biens gelés. Pendant le gel, les biens ne profitent ni à leurs propriétaires, ni à l'État sanctionneur, encore moins à l'État dont est ressortissant le sanctionné. Ce dernier est formellement interdit de tenter de voyager dans le pays sanctionneur ou dans tout autre pays indiqué par le Comité de sanctions des Nations unies.

Toutefois, les décisions de justice qui entérinent ces sanctions peuvent ordonner leur confiscation ou le paiement des victimes de violations décriées, c'est-à-dire les personnes ayant subi par exemple des exactions qui ont donné lieu à ces sanctions. C'est de cette analyse qu'il convient de considérer ces sanctions comme pouvant faire partie

des formes de réparation retenues en cas de violation des droits fondamentaux ou du droit international humanitaire.

VI | LES SANCTIONS CIBLÉES : VERS UNE NOUVELLE FORME DE RÉPARATION DES VICTIMES ?

La réparation pour violations des droits de la personne peut largement contribuer au respect des droits des tiers et à la prévention des violations futures. L'efficacité d'une branche du droit et la crédibilité de la justice sont renforcées si, en cas de violation d'un droit, des réparations peuvent être obtenues [par la victime] ; [elles] constituent un aspect important de l'application du droit et peuvent avoir un important effet dissuasif⁵⁹.

Des réparations adéquates et reçues au moment opportun peuvent jouer un rôle important pour aider les victimes à reconstruire leur vie. Ces réparations peuvent être accordées en nature, par équivalent ou selon les formes prescrites par certains instruments juridiques internationaux. Toutefois, l'application de ces formes spéciales n'exclut pas les deux modes prévus et organisés soit dans le cadre d'une justice classique, soit dans celui d'une justice réparatrice ou soit encore dans celui d'une justice transitionnelle (réparation en nature ou par équivalent).

Les formes de réparation qui existent en droits fondamentaux ont la particularité d'être prévues par des instruments juridiques

⁵⁹ Emanuela-Chiara GILLARD, « Réparations pour violations du droit international humanitaire » (2003) 851 *Rev. Int. Croix-Rouge*, en ligne : <<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5sskgw.htm>> (consulté le 12 septembre 2015).

internationaux traitant des recours et réparations au profit des victimes. La réparation du tort causé à la victime peut s'effectuer par l'une, ou conjointement avec les autres, des cinq formes ci-après : la restitution, l'indemnisation, la satisfaction, la réadaptation et les garanties de non-répétition⁶⁰. Les trois premières formes (restitution, indemnisation et satisfaction) ont été évoquées dans le *projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* de 2001⁶¹. Les *Principes fondamentaux et directives des Nations unies* de 2005 ont repris et ajouté la réadaptation et les garanties de non-répétition comme d'autres formes de réparation⁶².

De l'analyse de ces instruments juridiques, nous pouvons grouper ces cinq formes de réparation en trois catégories : 1) selon qu'elles procurent un avantage matériel à la victime (restitution et indemnisation ou compensation), ou 2) qu'elles procurent à la fois un avantage matériel et de reconstitution physique (réadaptation ou réhabilitation) et 3) selon qu'elles accordent un avantage

⁶⁰ NATIONS UNIES/ HAUT-COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME, *Les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, (2005), Résolution 60/147 du 16 décembre 2005, en ligne : <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>> (consulté le 7 juillet 2015). V. plus de détails sur les formes de réparation : P. F. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 45 p. 230-245.

⁶¹ Voy. Articles 34 à 37 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001*, en ligne : <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf> (consulté le 26 avril 2019).

⁶² Voy. Principe IX, *Les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, préc., note 60.

psychologique ou moral et social (satisfaction et garanties de non-répétition). Dans quelle de ces trois catégories peut-on alors classer les sanctions ciblées ?

Même si les sanctions ciblées sont des mesures punitives, elles n'ont pas pour objectif principal de réparer les préjudices pour violations décriées des droits fondamentaux. Toutefois, ayant originellement un but politique, elles accomplissent tout au moins un but inattendu, celui de consoler la morale et la psychologie des victimes⁶³. En effet, ces mesures sont prises dans l'avantage des victimes, et ces dernières se sentent satisfaites et consolées moralement, espérant voir dans l'avenir les personnes physiques ciblées, généralement coupables de ces violations, être traduites en justice ou privées de l'exercice de certaines fonctions au sein des institutions étatiques et internationales et de certains droit par rapport à leur liberté d'aller et de venir. Cela se remarque par l'engouement et la satisfaction avec lesquels les victimes et les membres de leurs familles accueillent ces différentes mesures.

Dans ce sens, nous pensons que ces mesures tendent vers une forme de réparation (morale ou psychologique) qui n'est pas encore légiférée comme forme qui accorde un avantage psychologique à la victime. Toutefois, les victimes ne peuvent pas saisir la justice nationale en se basant sur ces mesures car elles manqueront des éléments ayant poussé le sanctionneurs à les prendre⁶⁴, ces éléments étant souvent confidentiels. Mais l'organe judiciaire, comme le Procureur général

⁶³ P. F. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 45, p. 241.

⁶⁴ *Id.*, p. 245.

près la Cour de cassation peut, conformément au code de procédure pénale et au code pénal congolais, se fonder sur de telles dénonciations pour requérir les informations sur des faits dénoncés, les vérifier et, éventuellement, ouvrir des actions pénales devant les juridictions compétentes contre les personnes dénoncées.

CONCLUSION

Cette étude s'est ouverte sur un constat de complexité qui n'a fait que se confirmer par la suite. Cette complexité résulte de l'imbrication des actes participant du régime des sanctions ciblées, mais aussi de la détermination de la nature juridique et de la légalité de ces sanctions, particulièrement dans le cas touchant les hautes personnalités congolaises frappées par les décisions prises et provenant des États-Unis d'Amérique, de la Suisse et de l'Union européenne.

En amont, il nous a paru nécessaire de nous fixer sur les origines exactes des sanctions intelligentes sans nous en passer du contenu qu'en donnent les Nations unies, les États-Unis d'Amérique, la Suisse et l'Union européenne. Vu sous cet angle, l'édifice architectural de la notion de « sanctions ciblées » a eu raison, du contenu du Chapitre VII, articles 41 et 42 de la Charte des Nations unies, de se démarquer des sanctions économiques globales pour imposer aux États de cibler les personnes physiques et morales du droit privé, où qu'elles se trouvent, pour combattre les actes du terrorisme et ceux tendant à la prolifération des armes nucléaires. Aussi, nous avons démontré les inconvénients qui ont conduit à minimiser l'application des sanctions économiques globales au profit des sanctions intelligentes. En effet, les

premières ont eu l'inconvénient de préjudicier les personnes, physiques ou morales, de droit public ou privé, non concernées par elles et par l'objectif poursuivi par le sanctionneur.

En aval, les recherches ont déterminé que l'ensemble de la matière relative aux sanctions intelligentes, contrairement à celle relative aux sanctions économiques globales, concernent le droit international privé. Il a été justifié que les matières telles que les gels des avoirs (équivalent de la saisie-conservatoire ou de la saisie-arrêt), l'interdiction de visa (transit, entrée et séjour) et toutes les autres restrictions qui y sont contenues relèvent de la discipline du droit international privé car ayant en son sein un ou plusieurs éléments d'extranéité (les personnes ou les biens) et non strictement du droit international public. Ainsi, les sanctions ciblées telles qu'appliquées par les États-Unis d'Amérique, la Suisse et l'Union européenne contre les hautes personnalités congolaises paraissent donc conformes aux droits respectifs de ces États et de l'Union européenne et sont légales.

Aussi, nous nous sommes efforcés de démontrer que ces sanctions ne sont pas seulement des mesures coercitives, dissuasives et politiques pour produire des effets dans l'avenir ; elles suscitent un autre avantage immédiat moins imaginé, celui de réparer moralement ou psychologiquement les victimes, qu'il s'agisse des actes du terrorisme, ceux de violations des droits fondamentaux ou de la constitution, de la mauvaise gouvernance ou de tout autre acte ayant causé préjudice aux tiers. Proposerions-nous dans ce cas d'aligner les sanctions intelligentes parmi les formes de réparation reconnues et d'application (indemnisation, restitution, compensation, réhabilitation,

garanties de non-répétition) soit en droit national, soit en droit international, en ce qu'elles accordent des avantages moraux ou psychologiques non contestables aux victimes.

Enfin, s'agissant des victimes de ces mesures, proposerions-nous d'activer le système judiciaire de leurs pays, en se basant sur les dénonciations faites par les États sanctionneurs, de les poursuivre en vue d'obtenir les réparations des victimes des actes décriés, notamment celles de violations des droits fondamentaux constitutionnalisés. En effet, le silence et l'inertie de la justice congolaise à l'égard des auteurs des violations des droits de l'homme a conduit d'autres pays (États-Unis d'Amérique et Suisse) et l'Union européenne à prendre ces mesures contre les personnalités congolaises qui, à l'intérieur de l'État congolais, paraissent intouchables. Il faut donc décrier le système judiciaire congolais qui considère ces dénonciations comme un non-événement alors qu'il existe des victimes qui réclament réparation.

*

* *

La vision de Koffi Annan et la réalité au Congo : Le rôle des sociétés minières dans le secteur de la santé

Gerson BRANDÃO*

RÉSUMÉ

Un pays presque unique avec une richesse considérable provenant de ressources naturelles connues, la République démocratique du Congo est aussi paradoxalement l'un des pays les plus pauvres de la planète où environ 64% de sa population vit en dessous du seuil de pauvreté et l'un des taux de mortalité infantile les plus élevés au monde. Malgré la croissance économique de ces dernières années, la plupart des congolais attendent toujours l'opportunité de pouvoir bénéficier des revenus générés par l'exploitation minière. Ainsi, dans le but d'aider le pays à surmonter les défis liés à la lutte continue contre la pauvreté extrême, en voie des objectifs de développement durable « l'agenda 2030 – et le pari de *ne pas laisser personne derrière* », cet article propose de regarder le Pacte Mondial, peut-être, comme un allié puissant qui pourra assister le gouvernement à renforcer les liens qui devaient exister entre les entreprises privées, la société civile, le milieu universitaire, ainsi que le système Onusien dans le processus d'amélioration des conditions de vie et universaliser l'accès aux soins de santé, garantissant ainsi de meilleures perspectives pour un avenir prospère, en particulier, pour les personnes les plus marginalisées vivant dans des zones de conflit.

* Master en Droits de l'Homme de l'Université de Strasbourg (France) et Expert en gestion des catastrophes avec plus de 20 ans d'expérience dans les contextes d'urgence et de post-urgence. (brandaozevedo@un.org)

INTRODUCTION

Le *Business-as-usual* n'est plus une bonne approche si des mesures décisives doivent être prises pour garantir que la République démocratique du Congo (RDC) soit sur la bonne voie pour atteindre les objectifs de développement durable (ODD), surtout en ce qui concerne l'objectif #3 : « *Permettre à tous de vivre en bonne santé et promouvoir le bien-être de tous, à tout âge* ». Et c'est précisément parce que nous ne pouvons plus nous permettre de continuer à utiliser des formules qui n'ont pas fourni les résultats escomptés dans le passé que l'ancien Secrétaire général de l'ONU, M. Kofi Annan, a proposé le *Pacte mondial* en 1999. Ce dernier est une initiative globale destinée aux entreprises privées afin qu'elles se joignent à la société civile et aux organismes de l'ONU pour supporter quelques principes, entre autres, dans le domaine des droits de l'homme et de la lutte contre la corruption.

Une telle initiative est la plus appropriée pour un État comme la République démocratique du Congo ; un pays unique avec d'importantes réserves inexploitées d'or, de cobalt et de cuivre parmi de nombreuses autres ressources naturelles qui, malgré son immense richesse, est l'un des pays les plus pauvres de la planète. Un pays où 64% de sa population vit en dessous du seuil de pauvreté et où l'un des taux de mortalité infantile est le plus élevés au monde (91 morts/1000 naissances en comparaison avec ses voisins, l'Angola 81/1000 ou encore le Rwanda 37.9/1000).

D'après le plan pluriannuel de réponse humanitaire de la RDC (2017-2019)¹, 1 sur 13 citoyens congolais sont dans le besoin (près de 8% de la population) et dépendent uniquement de l'aide humanitaire, fournie majoritairement par la communauté internationale, pour remplir ses nécessités les plus essentielles tel qu'avoir de quoi manger ou encore l'accès aux soins de santé primaire. Encore, selon le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), 176^{ème} sur 188 pays au classement mondial de l'Indice de développement humain. La RDC figure parmi les quinze derniers du classement des pays les moins avancés au monde.

I| UNE DES CRISES LA PLUS NÉGLIGÉE AU MONDE

Une crise humanitaire aux proportions massives a plongé au moins 13,1 millions de personnes dans le besoin d'assistance humanitaire et de protection contre les conséquences du conflit. La RDC est aujourd'hui le pays africain le plus affecté par les mouvements de population avec plus de 4,35 millions de personnes déplacées.

La situation désastreuse en matière de sécurité dans l'est de la RDC est certainement à l'épicentre de tous les défis auxquels le pays est actuellement confronté et ce, depuis son impact négatif sur les efforts dans la lutte contre Ebola, jusqu'aux réponses fournies face aux préoccupations humanitaires plus larges, mais aussi pour les rapports sporadiques quant à la cruauté de l'armée nationale.

¹ UNOCHA - Équipe humanitaire pays, *Plan de réponse humanitaire. Janvier 2017 – Décembre 2019*, sous la préface de Dr Mamadou Diallo, en ligne : <http://cd.one.un.org/content/dam/unct/rdcongo/docs/UNCT-CD-OCHA_HRP_2017.pdf> (consulté le 8 mars 2020).

Sans mesures fermes pour limiter l'influence des groupes armés, les solutions paraissent peu efficaces à l'instar du *chien courant après sa queue*. Et, dans le processus de promotion de l'État de droit et de lutte contre la circulation illicite des armes tel qu'envisagé par Kofi Annan en 1999, les entreprises privées, particulièrement l'industrie extractive, ont un rôle à jouer. Le monde *empresarial*, en RDC et ailleurs, peut contribuer à la paix ainsi qu'il peut participer à la réalisation d'objectifs de développement durable, et ce en fonction de sa capacité à investir et à innover, mise à part l'influence que les grandes entreprises ont sur certains gouvernants en position de décider.

Parmi les sociétés privées qui travaillent et produisent leur richesse en RDC, il est important de regarder la position des entreprises minières, car le pays dépend fortement de son secteur minier, représentant 56% de son PIB, tandis que les exportations de minéraux constituent 77% de ses exportations totales. En 2012, la RDC se classait 16^{ème} sur 186 pays au monde et 6^{ème} parmi les 47 pays d'Afrique Subsaharienne concernant le potentiel de la rente des ressources naturelles² par rapport au PIB. Le destin doit être ironique que la plupart des personnes dans le besoin se trouvent dans l'ex province du Katanga (découpée depuis 2015 en quatre provinces du Haut-Katanga, Haut-Lomami, Lualaba, et Tanganyika), qui est

² GROUPE DE LA BANQUE MONDIALE, *République démocratique du Congo. Révision du Code minier – Examen, Observations et Analyse Comparative*, Rapport N°104759-ZR, Avril 2016, en ligne : <<http://documents.banquemonddiale.org/curated/fr/463031524035942277/pdf/104759-WP-PUBLIC-NoteontheDRCMiningCode.pdf>> (consulté le 23 novembre 2019).

paradoxalement la région la plus riche du Congo. Ce qui aurait dû paraître évident tout au long de la crise humanitaire, sont les immenses possibilités de collaboration entre les secteurs de la santé et des industries extractives, dans des contextes où les intérêts sont partagés.

Dans le cas d'Ébola par exemple, la crise et la crainte de l'effondrement des activités minières peuvent fournir un terrain d'entente pour la collaboration. La crise actuelle liée au virus Ébola en RDC montre clairement la nécessité d'investir dans la santé au-delà des gisements miniers. On peut imaginer l'impact que l'épidémie aurait si elle était déclarée pour la première fois, par exemple dans le (ex) Katanga, riche en ressources minérales, mais avec ses systèmes de santé faibles bien que la province soit relativement stable pour les entreprises.

II| UN PARI DÉJÀ RATÉ EN 2015, UNE OPPORTUNITÉ À SAISIR AVANT 2030

L'élimination de l'extrême pauvreté demeure l'un des grands défis de notre temps et constituait l'une des principales préoccupations de la communauté internationale lors du plus grand rassemblement des chefs d'État et de gouvernements de tous les temps, en septembre 2000, dont le but était de lancer les Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD), avec de cibles à atteindre dans la lutte contre la pauvreté, la faim, la maladie, l'absence de logements adéquats et l'exclusion tout en promouvant l'égalité des sexes, la santé, l'éducation et le respect de l'environnement avant la fin de l'année 2015.

Dans un monde de plus en plus interdépendant, de nombreux problèmes – tels que les conflits, la criminalité, la pollution et des maladies comme que le VIH/SIDA et le Nouveau Coronavirus COVID-19 – sont des causes de l'aggravation de la pauvreté. Le dysfonctionnement de l'infrastructure sanitaire en République démocratique du Congo représentait déjà, lors du sommet du millénaire en septembre 2000 (et représente encore!), un défi majeur pour les organisations d'aide humanitaire qui tentent de fournir des soins de santé dans cette nation ravagée par la guerre.

Pour mesurer les progrès réalisés dans la réalisation des Objectifs du Millénaire pour le Développement, la RDC a produit deux rapports ; en 2005 et en 2010 respectivement. Un troisième rapport a été présenté le 18 novembre 2014 et fournissait des informations sur les progrès réalisés en 2012. Ce dernier rapport indique que, bien que des progrès significatifs aient été accomplis dans différents domaines, tels que le taux net de scolarisation dans le primaire, le pourcentage des enfants âgés vaccinés contre la rougeole, ou encore le nombre de naissances assistées par du personnel de santé qualifié et le pourcentage d'enfants de moins de cinq ans dormant sous des moustiquaires imprégnées d'insecticide. Malheureusement, il restait beaucoup à faire pour atteindre la majorité des indicateurs, jugés impossibles à réaliser dans le délai de 2015. Selon le même rapport³, les objectifs liés à la santé, malgré les « plans d'accélération », sont

³ En ligne : <<http://www.cd.undp.org/content/rdc/en/home/post-2015/mdgoverview.html>> (consulté le 4 avril 2019)

parmi ceux où les performances restent inférieures à l'objectif fixé en septembre 2000 lors du lancement des OMDs.

En ce moment, des efforts renouvelés sont entrepris pour s'assurer que les objectifs fixés en septembre 2000 ne soient pas laissés à la traîne. En fait, « l'Agenda 2030 », lancé en septembre 2015, a des objectifs encore plus ambitieux que les OMDs : avec 17 buts et 169 cibles, il est peu probable que les Objectifs de Développement Durable (ODD), soient réalisés en RDC sans le dévouement du gouvernement ainsi que le renforcement du partenariat avec la société civile et des acteurs comme les sociétés minières.

Parvenir à une couverture sanitaire universelle en assurant la sécurité financière des patients est fondamental pour atteindre les objectifs sanitaires des Objectifs de développement durable (ODD). La « *santé pour tous* » doit être le centre de gravité des efforts menés pour atteindre l'ensemble des ODD, car la bonne santé des individus est profitable à leur famille, leur communauté et leur pays. Or, il reste encore beaucoup à faire. D'après l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), aujourd'hui, environ 400 millions d'individus dans le monde – soit une personne sur 17 – n'ont toujours pas accès aux services de santé de base. En RDC, il est estimé que 70% des congolais ont peu ou pas accès aux soins de santé⁴, soit 6 personnes sur 10.

Le but de la couverture universelle en matière de santé préconisée par l'OMS, est de faire en sorte que tous les citoyens d'un

⁴ USAID, 2018.

pays aient accès aux services de santé sans encourir de difficultés financières. Et pour atteindre ce but, certaines entreprises privées auraient pu jouer leur rôle quant à la recherche de solutions aux problèmes de santé en République démocratique du Congo, comme cela est indiqué dans le 3^{ème} ODD (= bonne santé et bien-être⁵), si l'article 285 – sur la responsabilité sociale des entreprises – du nouveau code minier était en pleine application.

« Au Congo, environ 1500 personnes meurent chaque jour, soit 45 000 par mois », avait déclaré déjà, lors d'une conférence de presse à Genève en 2005, Ross Mountain, ancien coordinateur humanitaire de l'ONU dans le pays. Toujours d'après Mountain, « La majorité de ces personnes ne meurent pas parce qu'elles ont été touchées par des balles, bien qu'un certain nombre le soient, mais la plupart meurent à cause de la défaillance du système de santé! ». Une population en bonne santé est essentielle à la croissance économique à long terme du Congo, augmentant les gains économiques grâce à une productivité accrue, à la création d'emplois et aussi à la promotion de l'égalité. Cependant, les systèmes de soins de santé du Congo nécessitent des investissements importants pour répondre aux besoins de la population dans l'ensemble du pays.

⁵ Le but visé est que chacun dispose d'une couverture maladie universelle et ait accès à des vaccins et médicaments sûrs et efficaces. À ce titre, le soutien à la recherche et au développement dans le domaine des vaccins est essentiel, de même que l'accès aux médicaments à un coût abordable.

Selon Vera Songwe⁶, Secrétaire exécutive de la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique, d'ici 2030, environ 14% de toutes les opportunités commerciales dans le secteur de la santé et du bien-être dans le monde se trouveront en Afrique, juste derrière l'Amérique du Nord. C'est une opportunité faramineuse pour le secteur privé et, encore une fois, une raison d'envisager un partenariat renforcé à la fois du secteur privé et de la société civile.

III| RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE DES ENTREPRISES (RSE) EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

L'industrie minière peut être un puissant moteur de croissance socio-économique. Elle peut générer des revenus essentiels pour la construction d'infrastructures dans divers secteurs prépondérants à la prospérité et au développement humain. En Afrique en général mais en RDC en particulier, le secteur minier a un grand potentiel pour sortir de la pauvreté des régions entières du pays et pour améliorer la vie des citoyens, aidant le gouvernement central à redistribuer la richesse aux communautés touchées par les activités minières. La santé est un domaine dans lequel les revenus miniers peuvent avoir des impacts de développement particulièrement transformateurs. Prendre au sérieux l'impact social est passé d'un jeu de relations publiques à une part importante de la stratégie d'entreprise visant à protéger et à créer de la valeur pour son image tout en renforçant le lien avec les communautés locales.

⁶ « En marge de la 32^{ème} session ordinaire de l'Assemblée de l'Union africaine, en février 2019 ».

D'après le nouveau Code minier de mars de 2018 de la RDC, l'obligation de contribuer au financement des projets de développement communautaire, est dûment inscrite à l'article 285, où il figure que :

« [L]e titulaire des droits miniers d'exploitation et de l'autorisation d'exploitation de carrières permanentes est tenu de contribuer, durant la période de son projet, à la définition et à la réalisation des projets de développement socio-économiques et industriels des communautés locales affectées par les activités du projet sur la base d'un cahier des charges pour l'amélioration des conditions de vie des dites communautés ».

Les sociétés minières peuvent travailler avec les autorités sanitaires locales pour concevoir et mettre en œuvre des programmes de prévention et de traitement de maladies telles que le paludisme, les maladies sexuellement transmissibles, les infections respiratoires et la tuberculose. Ou encore, elles pourraient travailler dans la protection de l'environnement à travers les *Plan de Gestion Environnementale du Projet (PGEP)* qui représentent les engagements à respecter de la part des porteurs d'un permis d'exploitation minière, obligatoires depuis 2002, tel qu'inscrit dans l'ancien Code minier de juillet 2002. Cependant, ces efforts doivent faire partie d'un programme plus large de développement intégré aux stratégies gouvernementales dans les systèmes de santé aux niveaux national, provincial et local. Il est donc primordial que les sociétés minières et les autorités sanitaires, soutenues par la société civile définissent ensemble les priorités, harmonisent les interventions et collaborent pour maximiser les

compétences et les connaissances respectives. Ces contributions financières peuvent, lorsqu'elles sont alignées et dépensées de manière catalytique et efficace, à l'appui des plans nationaux, avoir un impact exponentiel en sauvant des millions de vies.

Une bonne santé entraîne un meilleur niveau d'instruction, de meilleures chances de réussite et une pleine participation de la population active. Cette vision est effectivement partagée par l'entreprise MMR, l'une des nombreuses sociétés minières opérant en RDC qui, depuis l'année 2010, à la suite de l'obtention des droits exclusifs d'achat de la totalité de la production de Kisengo et par trois autres grands sites miniers, ont dû construire un hôpital et une école à Kisengo⁷. Ou encore l'exemple de la GÉCAMINES, l'entreprise d'exploitation minière de l'État qui gère 16 écoles dans la ville de Likasi, au Haut-Katanga parmi d'autres projets sociaux ailleurs en RDC.

Les femmes, les enfants et les adolescents en bonne santé contribuent à un cercle vertueux, car même si être en bonne santé ne garantit pas l'accès à l'éducation de base, la santé implique la probabilité d'aller à l'école et d'apprendre plus, ce qui aide les personnes à prospérer à l'âge adulte. Alors que les minéraux qui intéressent les diverses sociétés internationales sont principalement situées en République démocratique du Congo, l'immense richesse des sous-sols ne profite pas nécessairement à la majorité des Congolais bien que les Objectifs de développement durable (ODD) prévoient que

⁷ En ligne : <<http://kisengofoundation.org/>>

les entreprises doivent jouer un rôle important et contribuent à leur réalisation.

Selon la direction de la Gécamines, en « sous-évaluant les résultats attendus des projets d'exploitation minière en RDC⁸ », la RDC a perdu 4,9 milliards de dollars de chiffre d'affaires entre 2002 et 2016, comparativement aux projections initiales faites par des études de faisabilité. Ainsi, si seulement les 0,3% obligatoire selon le code minier pour les projets de développement avaient été appliqués, la RDC aurait pu bénéficier de plus de 18 millions USD, malheureusement et jusqu'à présent ce montant n'a pas été mis à la disposition des communautés les plus vulnérables, au moment où nous regardons la mise en œuvre du nouveau code, Il est primordial de garder un œil sur le devenir de son article 285 afin que de nouvelles possibilités d'utiliser les revenus des activités minières ne soient pas perdues.

IV| UN PARTENARIAT RENFORCÉ POUR LA PAIX ET LE DÉVELOPPEMENT

Bien que le potentiel de partenariats renforcés entre l'industrie minière, le gouvernement, les organisations locales et les communautés ne soit pas négligeable, le manque d'engagement politique reste quand même un défi au moment où aucune structure de coordination des projets de développement n'arrive pas à ressembler ces différents acteurs sur une même plateforme. De même qu'une certaine banalisation de la crise en RDC, où malheureusement les

⁸ En ligne : <<https://www.ft.com/content/85dd834e-f324-11e8-ae55-df4bf40f9d0d>> (consulté le 20 janvier 2020).

catastrophes semblent faire partie de la vie quotidienne du pays, diminue le sentiment d'urgence à la solution des problèmes connus. Pour cette raison, les partenaires doivent travailler ensemble afin de maintenir ces questions au premier plan du débat sociopolitique et créer une structure de coordination renforcée par le Pacte mondial des Nations Unies, tel qu'envisagé un jour par Kofi Annan.

Lancé au cours de l'année 2000, le Pacte mondial des Nations Unies aujourd'hui est à juste titre fier d'être le plus grand réseau de responsabilité sociale des entreprises, mais son impact est à peine ressenti en RDC où il est le plus demandé et nécessaire! Aussi, le développement de la « vision minière du pays », suite au lancement en 2009 du *African Mining Vision* par l'Union Africaine⁹, comme outil national pour guider le développement et la gestion transparente et efficace des ressources minérales des pays membres, reste un défi à combler par la RDC, dans le but d'éradiquer la pauvreté et de sécuriser l'équité intergénérationnelle par le biais d'un développement socioéconomique durable.

Les acteurs du développement, la communauté internationale et bien évidemment la société civile ont tout intérêt à travailler main dans la main avec l'État congolais qui doit assurer la mise en application du nouveau Code minier, surtout le chapitre dédié à la responsabilité sociétale pour que le pays puisse enfin jouir de son potentiel.

⁹ En ligne : <<http://www.africaminingvision.org/>>.

CONCLUSION

Une des questions erronées souvent associée à l'aide humanitaire consiste à savoir : « est-ce que ceux qui reçoivent de l'aide sont paresseux, installés dans la "situation des bénéficiaires", et attendant simplement la prochaine distribution de nourriture, de vêtements ou de matériel scolaire? » En réalité, personne n'est content d'être inactif, vivant parfois sans vie privée, sans emploi et improductif.

Les congolais les plus défavorisés ont sûrement hâte de rebondir, de se remettre sur pied et de passer à autre vie, les gens veulent être autonomes, mais ils ont besoin d'un soutien pour renforcer leur résilience et pouvoir évoluer vers une situation où leurs besoins les plus élémentaires sont satisfaits. Ceci dit, les entreprises privées devaient, de bonne foi, assurer le développement des projets sociaux tel que stipulé par le nouveau code minier mais aussi s'engager davantage dans des initiatives de plaidoyer en faveur du respect de l'État de droit et d'une gestion transparente des ressources publiques.

La République démocratique du Congo reste vulnérable car elle doit faire face à des défis particuliers, notamment des décennies de sous-développement et d'inaccessibilité dans différentes provinces du pays, résultant notamment de la médiocrité des infrastructures routières. Par conséquent, les sociétés privées doivent s'impliquer davantage pour aider à combler ce déficit de développement qui leur profitera également.

Le pays a une opportunité majeure de changer de cap et les entreprises minières peuvent sans aucun doute faire partie de ce

processus. Toutefois, une stratégie est nécessaire pour les impliquer de manière coordonnée et ciblée dans le choix de domaines spécifiques dans lesquels ces entreprises peuvent apporter non seulement des fonds, mais aussi leur savoir-faire.

BIBLIOGRAPHIE

ASHLEY, C., *Harnessing Core Business for Development Impact*, London, Overseas Development Institute, 2009.

BENNETT, J., "Multinational Corporations, Social Responsibility and Conflict", (2015)2-55 *Journal of International Affairs*.

BINDER, A. and Witte, J.M., *Business Engagement in Humanitarian Relief: Key Trends and Policy Implications*, London, ODI, 2007.

BURKE, J. and FAN, L., *Humanitarian Crises, Emergency Preparedness and Response : The Role of Business and the Private Sector: Indonesia Case Study*, London and New York, Humanitarian Policy Group, Humanitarian Futures Programme, Vantage Partners and OCHA, 2014.

CARBONNIER, G., "Corporate Responsibility and Humanitarian Action : What Relations between the Business and humanitarian Worlds?" (2001) 83-844 *International Review of the Red Cross*.

DARCY, J., *The MDGs and the Humanitarian–Development Divide*, London, Overseas Development Institute, 2008.

GROUPE DE LA BANQUE MONDIALE, *République démocratique du Congo. Révision du Code minier – Examen, Observations et Analyse Comparative*, Rapport N°104759-ZR, Avril 2016.

IRIN, *Development Work and the Private Sector – Open for Business*, IRIN, 3th December 2013.

MACARTHUR et al., "How many lives are at stake? Assessing 2030 sustainable development goal trajectories for maternal and child health", (2018)360-k373 *BMJ*, en ligne : <<https://doi.org/10.1136/bmj.k373>>

MERCY CORPS, *Private Sector Engagement, A Toolkit for Effectively Building and Sustaining Program Partnerships with the Private Sector*, Portland, OR, Mercy Corps, 2012.

SANDERSON, H., (2018), *DRC's Gécamines says foreign mining companies to blame for country's lost wealth*, 2018, en ligne : <<https://www.ft.com/content/85dd834e-f324-11e8-ae55-df4bf40f9d0d>> (consulté le 8 mars 2019).

TWIGG, J., *Corporate Social Responsibility and Disaster Reduction : A Global Overview*, London, Benfield Greig Hazard Research Centre, University College London, 2001.

UNOCHA - ÉQUIPE HUMANITAIRE PAYS, *Plan de réponse humanitaire. Janvier 2017 - Décembre 2019*, en ligne : <http://cd.one.un.org/content/dam/unct/rdcongo/docs/UNCT-CD-OCHA_HRP_2017.pdf>

UNITED NATIONS, *Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, New York, United Nations, 2015.

USAID, « Global Health », en ligne : <<https://www.usaid.gov/democratic-republic-congo/global-health>> (consulté le 8 mars 2019).

*

* *

Exclusion du statut de réfugié fondée sur les crimes graves de droit commun : Analyse de l'affaire *Jayasekara* devant les Cours canadiennes

Alfred M. LUKHANDA*

RÉSUMÉ

Les réfugiés sont des personnes protégées par le droit international, régional et national. Les instruments internationaux de base demeurent principalement la Convention de Genève de 1951 et son Protocole de 1967. Ces principaux instruments ont été intégrés en droit régional et en droit national. Ils garantissent l'égalité entre les réfugiés et les nationaux, une fois que le statut est reconnu à toute personne, à moins que la personne réfugiée soit considérée comme constituant une menace à la sécurité de la société d'accueil. Dans nombreux pays, une personne peut voir son statut refusé si, avant l'accès dans le pays d'accueil, elle a été identifiée comme coauteur, auteur ou complice des faits graves réprimés par le code pénal ou criminel.

Dans un pays comme le Canada, la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés est stricte sur cette condition. En effet, cette Loi exclut du bénéfice de cette protection les personnes qui, avant leur arrivée dans le pays d'accueil, auraient été impliquées dans les crimes considérés comme graves au sens du *Code criminel* canadien et de la *Loi sur*

* Titulaire d'un Diplôme d'Études Supérieures (D.E.S.) en Philosophie des Facultés catholiques de Kinshasa, d'un Master (LL.M.) en droit de l'Université de Montréal et d'une Licence (Maîtrise) en droit de l'Université de Kinshasa. L'auteur prépare une thèse de doctorat en droit international à l'Université de Sherbrooke, au Canada, en cotutelle avec la Faculté de Philosophie de l'Université catholique du Congo, en République démocratique du Congo et enseigne le droit, la philosophie et la bioéthique à l'Université de l'Alberta (Campus de Saint-Jean), à Edmonton, au Canada.

l'immigration et la protection des réfugiés telle qu'amendée aux termes du Projet de Loi C 43 sur le renvoi accéléré de criminels étrangers. Cette Loi contient des restrictions et des conditions pour qu'une demande de statut de réfugié soit rejetée par l'administration d'immigration canadienne. L'affaire Jayasekara, soumise aux juridictions canadiennes et développée ci-dessous, constitue une illustration d'une demande rejetée par l'administration de l'immigration en se fondant sur la clause d'exclusion pour « grande criminalité ». Quel est le contenu de cette clause en droit international des réfugiés ? Quelle interprétation le droit canadien fait de cette clause ?

MOTS-CLÉS :

Réfugié – *Affaire Jayasekara* – Immigration – Convention de Genève de 1951 – Cour fédérale du Canada – Criminel étranger – Criminalité – Grande criminalité.

ABSTRACTS

Refugees are persons protected by international, regional and national law. The basic international instruments remain mainly the 1951 Geneva Convention and its 1967 Protocol. These main instruments have been incorporated into regional and national law. They guarantee equality between refugees and nationals, once status is granted to everyone, unless the refugee is considered to pose a threat to the security of the host society. In many countries, a person may have their status refused if, prior to access to the host country, they have been identified as a co-perpetrator, perpetrator or accomplice in serious acts punished by the penal or criminal code.

In a country like Canada, the Immigration and Refugee Protection Act is strict on this condition. Indeed, this Act excludes from the benefit of this protection persons who, before their arrival in the host country, would have been implicated in crimes considered serious within the meaning of the Canadian Criminal Code and the Immigration and refugee protection as amended under Bill C 43 on the expedited removal

INTRODUCTION

La Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés assujettit les États parties à l'obligation d'accorder leur protection de substitution aux personnes qui ont fui les persécutions dans leur pays d'origine et qui, du fait de la crainte d'y être à nouveau persécutées à cause de leur race, leur religion, leur nationalité, leur appartenance à un groupe social ou leurs opinions hésitent d'y retourner¹. L'article 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*² étend cette protection, à titre subsidiaire, aux personnes qui, sans avoir la qualité de réfugié au sens de la Convention, y sont néanmoins éligibles en vertu d'une disposition réglementaire ainsi qu'à celles qui s'exposeraient à un risque pour leur vie ou leur liberté au cas où elles seraient renvoyées dans leur pays d'origine ou de résidence.

Signataire de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés de 1951, de son protocole de 1967 et de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, le Canada ne peut refouler les personnes en besoin de protection vers un pays où elles seraient exposées au risque d'être persécutées, torturées ou de faire l'objet de traitements ou peines cruels ou dégradants à moins que les personnes concernées ne soient considérées, en vertu de l'article 33 de la Convention de Genève de 1951, comme une menace à la sécurité de la société d'accueil. Cependant, la Convention de Genève de 1951 et la *Loi*

¹ *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.

² *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.

sur l'immigration et la protection des réfugiés excluent du bénéfice de cette protection les personnes qui, avant leur arrivée dans le pays d'accueil, auraient été impliquées dans les crimes considérés comme graves au sens du *Code criminel* canadien et de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* telle qu'amendée aux termes du Projet de Loi C 43 sur le renvoi accéléré de criminels étrangers³. Outre l'exclusion du statut de réfugié, les crimes graves emportent l'interdiction de territoire à charge de leurs auteurs tel que le stipule l'article 36 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* qui prévoit des circonstances spécifiques pour lesquelles une personne peut être interdite de territoire au Canada pour grande criminalité. En effet, si l'article 36 énumère des faits spécifiques susceptibles d'emporter l'interdiction de territoire pour grande criminalité⁴, l'article 112 (3) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁵ précise, quant à lui, les conséquences sur l'éligibilité à la protection alternative des États que l'interdiction de territoire entraîne sur le demandeur non seulement débouté au titre de l'article 1 F de la Convention de Genève ou visé par les dispositions de l'article 77 (1) de la Loi sur

³ CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS, *Projet de loi C-43. Traitement moins équitable des réfugiés et des résidents permanents*, Mémoire au Comité permanent de la Citoyenneté et de l'Immigration de la Chambre des communes, Montréal, 26 octobre 2012, p. 3 : « À l'heure actuelle, un résident permanent perd son droit d'appeler devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada s'il est condamné à un emprisonnement d'au moins deux ans. Le projet de loi durcit la condition et impose que le seuil minimal de l'emprisonnement soit établi à six mois. Le droit d'appel est également refusé au résident permanent qui a été reconnu coupable ou qui a commis un crime à l'étranger punissable au Canada par un emprisonnement maximal de moins de dix ans (quelle que soit la durée réelle de l'emprisonnement imposé) ».

⁴ David MATAS, *Le projet de loi C-43*, Mémoire présenté au Comité permanent de l'immigration, 5 novembre 2012.

⁵ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.

l'immigration et la protection des réfugiés relatives au certificat de sécurité mais aussi considéré comme impliqué dans les violations des droits de la personne, l'atteinte à la sécurité et les actes punissables au Canada d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans.

Il résulte donc de la lecture combinée des articles 95(1)c) et 112(3)c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, que la personne qui, aux termes de l'article 98 de la LIPR, est exclue de la définition de réfugié au sens de la Convention par application de la section Fb) de l'article premier de la Convention ne peut bénéficier de la protection offerte aux réfugiés. Suivant l'art. 101(2)b) de la LIPR, une demande d'asile est irrecevable devant la Section de la protection des réfugiés pour cause de « grande criminalité » si l'infraction, commise au Canada, constituerait une infraction punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans.

Par ailleurs, bien que la personne dont la demande de statut a été rejetée puisse être autorisée à soumettre une demande de protection au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration si elle fait l'objet d'une mesure de renvoi, cette personne ne peut obtenir le statut de résident permanent au motif qu'elle représente un danger pour le public, d'une part et la sécurité du Canada, d'autre part. En effet, la décision du ministre accordant la demande de protection, en vertu de l'article 114, n'a pour effet que de surseoir à la mesure de renvoi.

L'article 1 F de Convention de Genève de 1951 et l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* excluent de la protection internationale non seulement les personnes impliquées

dans les crimes rentrant dans les paramètres des crimes graves mais aussi les auteurs présumés des crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité au sens où l'entendent les conventions internationales adoptées depuis 1951 jusqu'à ce jour aux fins de la répression desdits crimes. Ces deux dispositions s'appliquent enfin aux personnes pour lesquelles il y aurait des raisons sérieuses de penser qu'elles se sont rendues coupables des actes contraires aux buts et principes des Nations Unies.

Dans cette affaire, l'appelant conteste devant la Cour d'appel fédérale son exclusion du bénéfice de la protection internationale pour un crime qu'il avait commis aux États-Unis et pour lequel il avait purgé la peine avant de venir au Canada. Il nous revient à présent d'examiner très brièvement la trame factuelle de l'espèce sous-examen avant de nous pencher sur les questions de droit qu'elle soulève.

I| LE CONTEXTE FACTUEL DE L'AFFAIRE JAYASEKARA

M. Ruwan Chandima Jayasekara est un citoyen du Sri Lanka d'origine ethnique cingalaise. Il allègue y avoir été victime de persécutions dirigées contre lui par les Tigres tamouls. Arrivé en 1998 aux États-Unis, il y a vécu dans la clandestinité et dans le vide juridique jusqu'en janvier 2004 au moment où il a été arrêté dans l'État de New York et accusé de trafic de stupéfiants. Déféré devant le tribunal, il a plaidé coupable à des accusations de vente criminelle au troisième degré d'une substance réglementée, en l'occurrence l'opium, et de possession criminelle de marijuana. En mars 2004, il a été condamné à une peine d'emprisonnement de 29 jours et à une période de probation

de cinq ans. Quelques temps après avoir fini de purger sa peine d'emprisonnement, il a été convoqué à une audience en matière d'immigration où l'ordre de quitter de son plein gré les États-Unis au plus tard en octobre 2004 lui a été notifié.

Le 5 juillet 2004, il est entré au Canada et a demandé l'asile. Comme il ne s'était pas adressé à son bureau de probation pour obtenir la permission de quitter le territoire des États-Unis, un mandat d'arrestation a été lancé contre lui trois semaines plus tard parce qu'il était considéré comme un fugitif au regard du droit américain⁶.

Par ailleurs, en raison de la condamnation survenue aux États-Unis, l'appelant a été débouté par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'Immigration et du statut de réfugié qui a entendu sa demande d'asile. La Section de la protection des réfugiés avait, en effet, statué qu'il existait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis un crime grave de droit commun à l'extérieur du Canada et qu'il n'avait pas fini de purger sa peine puisqu'il s'était enfui des États-Unis pendant sa période de probation. La décision d'exclusion de la protection internationale rendue par la Section de la protection des réfugiés était fondée sur l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et l'article 1 F (b) de la *Convention de Genève de 1951*, d'une part et d'autre part, sur la crédibilité du demandeur.

⁶ *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 404, par. 7-12.

En contrôle judiciaire, la Cour fédérale qui « a examiné la décision de la Commission en fonction de la décision raisonnable »⁷, a conclu que la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié n'avait pas commis d'erreur en excluant l'appelant de la protection internationale. C'est contre cette décision de la Cour fédérale que l'appelant interjette appel devant la Cour d'appel fédérale⁸.

Bien qu'il ait été débouté sur le double fondement de la crédibilité et de la grande criminalité, la demande du contrôle judiciaire que l'appelant a présentée à la Cour d'appel fédérale ne porte uniquement que sur son exclusion fondée sur l'article 98 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et sur la section 1 F (b) de l'article premier de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés⁹.

⁷ Étant donné que, selon le juge Letourneau, *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 404, par. 14, « la question de l'exclusion prononcée en vertu de l'article 98 de la LIPR et de la section Fb) de l'article premier de la Convention était une question mixte de fait et de droit qui supposait l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire ».

⁸ Le contrôle judiciaire n'est pas un appel au sens juridique du terme. Avant la réforme du droit canadien des réfugiés consécutive à la proposition et/ou à l'adoption des projets de loi.

⁹ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 404, par. 13 ; *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.

II| LES QUESTIONS DE DROIT QUI Y SONT SOULEVÉES

L'espèce sous-examen soulève des questions de droit d'une importance majeure en ce qui concerne l'application de la clause d'exclusion pour grande criminalité. D'autant plus que la portée juridique de l'expression « grande criminalité » a connu des modifications à la suite de l'adoption du projet de loi C-43 accélérant la renvoi de criminels étrangers.

La première question à laquelle la Cour d'appel fédérale était appelée à répondre dans le cadre de cette affaire consistait à savoir si « le fait d'avoir purgé une peine pour un crime grave avant d'arriver au Canada permet à l'intéressé d'échapper à l'application de l'article 1F b) de la Convention ». Ensuite, elle devrait également préciser, au cas où la réponse à cette première question serait affirmative, si « une peine est réputée purgée si l'auteur du crime est forcé de quitter le pays où il a commis le crime avant d'avoir fini de purger sa peine »¹⁰. Mais au-delà de ces deux questions certifiées par le juge Strayer de la Cour fédérale¹¹, la Cour d'appel fédérale devrait également fixer les parties sur la question de savoir si « la gravité d'un crime de droit commun au sens de la section F b) de l'article premier de la Convention est déterminée uniquement en fonction de la peine maximale qui peut être infligée pour un crime précis selon le droit interne du pays d'accueil », d'une part et si, d'autre part, l'on doit tenir compte des faits se rapportant à la nature et à la gravité des actes commis pour pouvoir

¹⁰ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404.

¹¹ *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 238.

tirer cette conclusion. Dans la foulée, la Cour a été amenée à se prononcer sur la valeur juridique des documents de l'institution qui est internationalement reconnue comme la gardienne de la Convention de Genève, à savoir le Haut-Commissariat des Nations Unies aux réfugiés¹². Et comme l'écrit le juge Letourneau, « L'élément central de la clause d'exclusion de la section Fb) de l'article premier de la Convention est la commission d'un crime « grave » de droit commun. Mais qu'entend-on par crime « grave » ? Quels critères applique-t-on pour déterminer si le crime commis par un demandeur d'asile est grave au sens de la section Fb) de l'article premier de la Convention ? Quelles normes retient-on pour prendre cette décision ? Les normes internationales, les normes locales ou les deux ? Le crime commis dans le cas qui nous occupe était-il suffisamment grave pour justifier l'application de la clause d'exclusion ? Il convient maintenant d'aborder ces questions à la lumière de la section Fb) de l'article premier de la Convention »¹³.

D'entrée de jeu, la Cour d'appel fédérale rappelle que « L'article 98 de la LIPR et l'interprétation à donner au mot « grave » dans l'expression « crime grave de droit commun » que l'on trouve à la

¹² *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404. À cet égard, le juge Letourneau pense que « La Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés donne à penser que la gravité du crime doit être mesurée à l'aune des normes internationales et pas suivant l'interprétation qui en est faite dans le pays d'accueil ou le pays d'origine pour éviter les profondes disparités qui peuvent exister entre les États relativement aux mêmes agissements ».

¹³ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 36.

section Fb) de l'article premier de la Convention comportent une dimension internationale »¹⁴. En effet, dans l'affaire *T. v. Secretary of State for the Home Dept*, [1996] 2 All ER 865 (H.L.), lord Lloyd of Berwick explique que [TRADUCTION] « [D]ans une affaire portant sur une convention internationale, il est de toute évidence souhaitable que les décisions émanant de divers États soient, dans la mesure du possible, compatibles »¹⁵. Dans l'affaire *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003). 307 N.R. 201 (C.A.F.), par. 97, la Cour d'appel fédérale mentionne de manière opportune que

« [N]ous ne sommes évidemment pas liés par les décisions anglaise et australienne. Par ailleurs, comme je viens de l'indiquer, je partage le point de vue de ces tribunaux quant à l'interprétation de l'alinéa 1 F et il va sans dire qu'il est préférable, lorsque possible, que les tribunaux des pays signataires d'une convention internationale adoptent la même interprétation des dispositions de cette convention ».

La Cour d'appel fédérale a statué dans l'affaire *Ramirez*, qu'elle « ne peut analyser la responsabilité des complices aux termes de la Convention en ne tenant compte que du seul article 21 du *Code criminel* canadien, traitant des parties à une infraction »¹⁶ et qu'« une convention internationale ne saurait s'interpréter à la lumière d'un seul des systèmes juridiques du monde »¹⁷. Dans l'affaire *Moreno*, la même Cour l'a à nouveau rappelé : « la complicité de l'appelant ne peut

¹⁴ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 36.

¹⁵ *T. v. Secretary of State for the Home Dept*, [1996] 2 All ER 865 (H.L.), p. 891.

¹⁶ *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.), par. 13.

¹⁷ *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.), par. 13.

être déterminée sur le fondement des seules dispositions du droit criminel »¹⁸.

Le point de vue de la Cour quant aux deux questions certifiées est à l'effet que « l'appelant n'avait pas fini de purger sa peine aux États-Unis puisqu'il avait quitté de son plein gré ce pays sans avoir accompli la plus grande partie de sa période de probation de cinq ans »¹⁹. La réponse à l'argument de l'appelant voulant que « la section Fb) de l'article premier de la Convention ne s'applique pas aux personnes qui ont purgé leur peine à l'étranger avant de venir au Canada »²⁰, a obligé le juge Letourneau de revisiter les arrêts *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390 (C.A.) et *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 3 C.F. 761 (C.A.) avant de conclure que « la Commission avait là encore eu raison d'exclure l'appelant en vertu de la section Fb) de l'article premier de la Convention, même si l'appelant devait être considéré comme ayant purgé sa peine aux États-Unis »²¹.

Comme cette conclusion allait à l'encontre des arguments soutenus par l'appelant, la Cour a interrogé la Convention pour savoir la fonction que ses rédacteurs ont voulu assigner à la clause d'exclusion fondée sur l'article 1 F (b). Il s'agit d'une question à laquelle la Cour

¹⁸ *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.).

¹⁹ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 16.

²⁰ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 17.

²¹ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 17.

d'appel fédérale avait déjà répondu dans les arrêts *Chan* et *Zrig*. Deux arrêts que l'appelant et l'avocat du Ministre de l'immigration ont invoqués pour soutenir des prétentions pourtant diamétralement opposées. Quel raisonnement judiciaire avait conduit le juge à une telle conclusion ?

III| LA POSITION DE L'APPELANT JAYASEKERA DEVANT LE JUGE D'APPEL

L'appelant fait valoir que l'arrêt *Chan* qui « a posé le principe général voulant que la personne qui a purgé sa peine ne devrait pas être exclue par application de la section Fb) de l'article premier de la Convention »²². En effet, dans l'arrêt *Chan*, le juge Robertson qui s'appuie sur les opinions des juges *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 et *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, a statué que « la section Fb) de l'article premier ne saurait être invoquée dans les cas où le revendicateur a été déclaré coupable d'un crime et a purgé sa peine ailleurs qu'au Canada, avant d'arriver au pays »²³. Outre les deux motifs tirés de deux arrêts précités que confirme la doctrine, le juge Robertson fonde sa conclusion sur la cohérence avec le régime législatif établi en 1985 par la Loi en vigueur à l'époque des faits : « Toute autre

²² *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 18.

²³ *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390 (C.A.), par. 4.

interprétation de cette section irait à l'encontre du régime législatif qu'établit la *Loi sur l'immigration* »²⁴.

Dans l'arrêt *Chan*, la Cour d'appel fédérale était appelée à « concilier, selon le juge Letourneau, le texte de la section Fb) de l'article premier de la Convention avec celui des sous-alinéas 46.01(1)e)(i) et 19(1)(c.1)(i) de l'ancienne Loi sur l'immigration »²⁵ adoptée en 1985. En effet, aux termes de l'article 19(1)(c.1)(i) de l'ancienne Loi sur l'immigration de 1985, appartenaient à une catégorie des personnes non admissibles, notamment,

« [...] celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger, [...] été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximum égal ou supérieur à dix ans, sauf si elles peuvent justifier auprès du ministre de leur réadaptation et du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis l'expiration de toute peine leur ayant été infligée pour l'infraction »²⁶.

En d'autres termes, les personnes condamnées à l'étranger pour des infractions passibles d'un emprisonnement maximum égal ou supérieur à dix ans pouvaient être admissibles au Canada sur décision discrétionnaire du Ministre de l'immigration en autant qu'elles étaient en mesure de justifier de sa réadaptation dans la société et d'un écoulement d'un laps de temps de cinq ans depuis la commission des

²⁴ *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390 (C.A.), par. 4.

²⁵ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 22.

²⁶ *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(c.1)(i).

crimes qui leur sont reprochés. L'interdiction de territoire sous le régime législatif établi par la Loi sur l'immigration de 1985 n'était donc pas définitive.

Quant à l'article 46.01 (1) de la même loi, il stipule que « *La revendication de statut n'est pas recevable par la section du statut si l'intéressé se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes* » limitativement énoncées par le législateur, notamment le fait de faire l'objet d'une décision de l'arbitre selon laquelle l'intéressé « appartient à l'une des catégories non admissibles visées à l'alinéa 19(1)c) ou au sous-alinéa 19(1)c.1)(i) et, selon le ministre, il constitue un danger pour le public au Canada »²⁷. Autrement dit, « la personne non admissible au Canada ne pouvait faire trancher sa demande par la section du statut [maintenant la Section de la protection des réfugiés]. En d'autres termes, elle n'avait pas droit à une audience concernant son statut de réfugié devant la section du statut »²⁸. La Loi en vigueur n'offrait aucune autre avenue pour les personnes qui tombent sous le coup de cette disposition.

Le régime de l'article 19 (1)c.1)(i) de la Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2 a prévu une exception pour les personnes reconnues coupables d'un crime passible de 10 ans au Canada en leur donnant la possibilité de se voir reconnaître la qualité de réfugié et de faire examiner leur demande par la Section du statut de réfugié

²⁷ *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01(1).

²⁸ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 22.

(actuelle Section de la protection de réfugié) si le ministre est convaincu qu'elles s'étaient réadaptées et s'il est démontré qu'au moins cinq ans s'étaient écoulés depuis l'expiration de toute peine qui leur avait été infligée pour l'infraction ou depuis la commission du fait²⁹.

C'est pour raison de cohérence avec cette ancienne Loi qui prévoyait une disposition relative à la réadaptation que le juge Robertson a conclu, dans l'arrêt *Chan*, que

« [...] la section Fb) de l'article premier de la Convention ne pouvait recevoir une interprétation qui se traduirait par l'exclusion générale de tous ceux qui avaient été jugés coupables de crimes graves au sens de la Loi. Une telle interprétation aurait privé le demandeur d'asile de la protection offerte par l'exception à la règle de l'inadmissibilité. Je tiens à ajouter qu'elle aurait aussi privé le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui conférait l'alinéa 19(1) c.1) de cette Loi »³⁰.

Par contre, sous le régime juridique établi par l'article 46.01(1)e)(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985) (4^{ème} suppl.), ch. 28, art. 14 ; L.C. 1992, ch. 49, art. 36 ; 1995, ch. 15, art. 9(F), la personne jugée inadmissible au Canada ne bénéficiait d'aucun recours et était exclue de manière définitive de tout droit à l'audience concernant son statut de réfugié devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Ainsi, le demandeur d'asile qui n'était pas admissible au Canada pour cause de grande criminalité n'avait donc pas droit à une

²⁹ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 24.

³⁰ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 25.

audience concernant son statut de réfugié à moins que le ministre se déclare convaincu que le demandeur d'asile s'était réadapté depuis sa condamnation et satisfait de la preuve relative à l'écoulement du laps de temps exigé depuis l'expiration de toute peine lui a été infligée pour l'infraction ou depuis la commission du fait infractionnel en cause.

L'ancienne *Loi sur l'immigration* qui était en vigueur avant la réforme entrée en vigueur le 28 juin 2002 prévoyait une règle d'irrecevabilité dans le cas du demandeur d'asile qui n'était pas admissible pour cause de grande criminalité. Cette règle s'appliquait sauf lorsque l'exception jouait. En revanche, sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) entrée en vigueur le 28 juin 2002, la règle est inversée à la suite de la modification législative relative à l'irrecevabilité. Le demandeur d'asile demeure admissible, à moins que l'exception ne s'applique. Ainsi, aux termes du paragraphe 101(2) de la LIPR, l'interdiction de territoire pour grande criminalité n'emporte irrecevabilité de la demande « que si elle a pour objet [. . .] une déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada, pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans, [et que] le ministre estim[e] que le demandeur constitue un danger pour le public au Canada ».

Il ressort de ce qui précède si certains aspects du raisonnement suivi dans l'arrêt *Chan* valent toujours dans le cas de la LIPR en raison de la règle d'irrecevabilité des demandeurs d'asile en vertu de la partie 2 de la LIPR [articles 95 à 116], telle que l'interdiction de territoire

pour grande criminalité (voir les paragraphes 101(1) et 101(2) de la LIPR), il faut reconnaître qu'en vertu de règles de droit en vigueur et qui ont été modifiées par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, le demandeur d'asile qui était reconnu coupable d'un crime grave de droit commun et qui avait purgé sa peine n'était pas automatiquement exclu de la protection que les États parties à la Convention de Genève de 1951 offrent aux victimes de persécutions. Ces crimes graves n'entraînaient ni l'exclusion automatique de leurs auteurs du droit à une audience devant la Commission ni l'inadmissibilité à revendiquer le droit d'asile prévu par la Convention. Les demandeurs d'asile concernés par les crimes conservaient néanmoins le droit de faire examiner leurs demandes d'asile par la section du statut de réfugié au cas où le ministre estimait qu'ils s'étaient positivement réadaptés et qu'ils ne constituaient plus un danger pour la société d'accueil.

Toutefois, le juge Letourneau a précisé qu'en dépit du fait que l'arrêt *Chan* « offre une certaine protection au demandeur d'asile et qu'il sauvegarde le pouvoir discrétionnaire du ministre, il n'appuyait pas alors et n'appuie pas maintenant, [...] la proposition voulant que, peu importe les circonstances, un pays ne peut exclure un demandeur qui a été déclaré coupable et qui a purgé sa peine »³¹. Parce que l'objectif de la section 1 F b) de la Convention de Genève qui motive et explique la position prise par la Cour dans l'arrêt *Chan* n'est ni le seul l'objectif principal visé par l'exclusion fondée sur les crimes graves. À

³¹ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 27

cet égard, le juge Décary a, dans l'arrêt *Zrig*, indiqué que la section F vise à concilier différents objectifs consistant, pour l'essentiel, à

« [...] s'assurer que les auteurs de crimes internationaux ou d'agissements contraires à certaines normes internationales ne puissent se réclamer du droit d'asile ; s'assurer que les auteurs de crimes ordinaires commis pour des motifs foncièrement politiques puissent trouver refuge dans un pays étranger ; s'assurer que le droit d'asile ne soit pas utilisé par les auteurs de crimes ordinaires graves afin d'échapper au cours normal de la justice locale ; et s'assurer que le pays d'accueil puisse protéger sa propre population en fermant ses frontières à des criminels qu'il juge indésirables en raison de la gravité des crimes ordinaires qu'il les soupçonne d'avoir commis »³².

Ces différents objectifs sont complémentaires et se compénètrent. « Aucun d'entre eux ne prime sur l'autre »³³. Le premier objectif met en exergue le refus par la communauté internationale que ceux par qui est arrivée la persécution « profitent d'une Convention qui vise à protéger les victimes de leurs crimes »³⁴. Par le deuxième objectif, les rédacteurs de la Convention ont voulu montrer que les parties « acceptent ce principe fondamental du droit international (voulant) que l'auteur d'un crime politique, même d'une extrême gravité, a le droit d'échapper aux autorités de l'État où il a commis son crime ». Ce principe est motivée par le postulat selon lequel « cette personne ne

³² *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 3 C.F. 761; 2003 CAF 178, par. 118-119.

³³ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 29.

³⁴ *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 3 C.F. 761; 2003 CAF 178, par. 118-119.

saurait être jugée équitablement dans cet État et serait persécutée »³⁵. Quant au troisième objectif, il vise à souligner l'idée « que les signataires n'acceptent pas que le droit d'asile soit transformé en garantie d'impunité au profit de criminels de droit commun dont la crainte réelle n'est pas d'être persécutés, mais d'être jugés par le pays qu'ils cherchent à fuir ». Enfin, à travers le quatrième objectif, les rédacteurs de la Convention ont voulu réaffirmer assurer les États que leurs souveraineté Le quatrième indique que les signataires, s'ils sont prêts à sacrifier leur souveraineté, voire leur sécurité, quand il s'agit d'auteurs de crimes politiques, entendent au contraire les préserver, pour des raisons de sécurité et de paix sociale, quand il s'agit d'auteurs de crimes ordinaires graves. Ce quatrième objectif indique aussi que les signataires ont voulu s'assurer que la Convention soit acceptée par la population d'accueil qui ne risque pas d'être forcée, sous le couvert du droit d'asile, à côtoyer des individus particulièrement dangereux »³⁶.

Plusieurs décisions australiennes portant sur la section F b) de la Convention de Genève ont confirmé l'analyse du juge Decary sur le quatrième objectif que les rédacteurs de la Convention ont assigné à cette clause³⁷.

³⁵ *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 3 C.F. 761; 2003 CAF 178, par. 118-119.

³⁶ *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 3 C.F. 761; 2003 CAF 178, par. 118-119.

³⁷ *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh* (2002), 186 A.L.R. 393 (H.C. Aust.), par. 94 et 95 ; *Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556 (C.F. Aust.), aux paragraphes 27, 28 et 29 ; *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 158 A.L.R. 289 (C.F. Aust.).

IV| LES NORMES RÉGISSANT LA QUALIFICATION DES « CRIMES GRAVES » ET LEUR APPLICATION EN DROIT INTERNE

La question centrale qui est au cœur du litige porte non seulement sur « le rôle que joue ou devrait jouer le droit interne en ce qui concerne l'interprétation de la clause d'exclusion prévue à la section Fb) de l'article premier de la Convention »³⁸ mais aussi sur les critères à appliquer pour déterminer si le crime commis par un demandeur est grave au sens de l'article F b) ainsi que les normes sur lesquelles s'appuyer pour prendre la décision : « Les normes internationales, les normes locales ou les deux ? »³⁹.

À la lumière des critères qui seront retenus, il s'agira de répondre à la question posée par l'espèce sous-examen, en l'occurrence, celle de savoir si « le crime commis dans le cas qui nous préoccupe était suffisamment grave pour justifier l'application de la clause d'exclusion ». En effet, considéré comme le gardien de la Convention de Genève, le Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a publié des lignes directrices sur l'application des clauses d'exclusion. Dans sa *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, le Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a indiqué, au paragraphe 38, que la gravité d'un crime « doit être mesurée à l'aune des normes internationales et pas simplement suivant l'interprétation qui en est

³⁸ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 35.

³⁹ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 36.

faite dans le pays d'accueil ou le pays d'origine »⁴⁰. Cette façon de voir vise évidemment à éviter les profondes disparités qui peuvent exister entre les États relativement aux mêmes agissements. À cet égard, le juge Branson a statué dans l'affaire *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, à la page 300, que [TRADUCTION] « [...] il suffit d'évoquer les régimes dans lesquels des comportements tels que la dissidence politique pacifique, la possession d'alcool et les tenues féminines jugées "indécentes" sont considérés comme étant des actes criminels graves »⁴¹ pour s'en convaincre. Cela étant dit, la *Note d'information* du HCR propose, au paragraphe 39, de tenir compte des facteurs suivants pour déterminer la gravité d'un crime pour l'application de la section F b) de l'article premier de la Convention, notamment, la nature de l'acte, le dommage réellement causé, la forme de la procédure employée pour engager des poursuites, la nature de la peine encourue pour un tel crime. Enfin, la Note propose que l'on vérifie pour s'assurer si la plupart des juridictions considéreraient l'acte en question comme un crime grave. La *Note d'information* poursuit en donnant comme exemples de crimes graves le meurtre, le viol, l'incendie criminel et le vol à main armée. Elle cite également d'autres infractions qui pourraient être considérés comme graves « si elles associent l'usage d'armes mortelles, si elles impliquent des blessures graves sur des personnes ou s'il est prouvé que la conduite

⁴⁰ HCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1 F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, Genève, par. 38.

⁴¹ *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 158 A.L.R. 289 (Aust. F.C.), p. 300.

criminelle grave est habituelle ou d'autres facteurs similaires »⁴². On renvoie ici clairement aux circonstances entourant la perpétration d'un crime dont, suivant la Note d'information, l'on devrait tenir compte pour évaluer la gravité du crime⁴³.

Mais la seule difficulté que pose la *Note d'information* réside, selon le juge Letourneau, dans sa valeur juridique. Bien que les cours et tribunaux puissent y trouver des lignes directrices utiles pour leurs fonctions juridictionnelles⁴⁴, elle ne saurait malheureusement ni avoir préséance sur la mission des cours et tribunaux lorsqu'il s'agit de statuer sur les termes de la Convention ni s'imposer sur eux comme l'a rappelé le juge Henry dans l'affaire *S. v. Refugee Status Appeals Authority*, [1998] 2 N.Z.L.R. 291 (C.A.)⁴⁵.

Comme nous l'avons relevé plus haut, l'irrecevabilité de la demande d'asile ou l'exclusion du bénéfice du statut de réfugié pour « grande criminalité » exige, aux termes de l'article 101(2)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, que l'intéressé ait fait l'objet d'une déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada, pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins

⁴² HCR, *Note d'information sur l'application sur l'application des clauses d'exclusion : article 1 F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, Genève, par. 40.

⁴³ *Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556 (Aust.), par. 27.

⁴⁴ *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 158 A.L.R. 289 (Aust. F.C.), p. 294; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, p. 713-714; *Immigration and Naturalization Service v. Aguirre-Aguirre*, 526 U.S. 415 (1999), p. 426-428; *Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556 (Aust.), par. 27.

⁴⁵ *S. v. Refugee Status Appeals Authority*, [1998] 2 N.Z.L.R. (C.A.), p 299 et 300.

10 ans. Pour le juge Letourneau, « [I]l faut y voir une forte indication de la part du législateur que le Canada, en tant que pays d'accueil, considère les crimes entraînant ce type de sanction comme des crimes graves »⁴⁶. En effet, l'article 101 (2) b) de la LIPR ne tient pas compte, dans le cas des crimes commis à l'extérieur du Canada, de la peine effectivement infligée. Il est donc utile qu'une démarche interprétative mette l'alinéa b de l'article 101 (2) de la LIPR en contraste l'alinéa a) qui, lui, porte sur l'interdiction de territoire en raison d'une déclaration de culpabilité au Canada. « Dans ce dernier cas, souligne le juge Letourneau, le législateur fédéral a jugé à propos d'exiger que l'infraction soit punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans et qu'un emprisonnement d'au moins deux ans ait été infligé »⁴⁷.

Une des questions soulevées par l'affaire *Jayasekera* était relative à la portée de la notion de « peine purgée » sur les demandes ultérieures qu'un réfugié pourrait soumettre aux autorités d'un État tiers. La question consistait à savoir si le fait d'avoir purgé une peine pour un crime grave avant d'arriver au Canada permet à l'intéressé d'échapper à l'application de la section Fb) de l'article premier de la Convention. L'article 1 F b) de la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés exige de tenir compte de la durée de la peine infligée ou du fait qu'elle a été purgée pour déterminer la gravité du crime commis. Toutefois, il convient de préciser que les facteurs pertinents à prendre en compte dans le processus de détermination de la gravité du crime

⁴⁶ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 40.

⁴⁷ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 40.

prohibé en vertu de l'article 1 F b) ne doivent pas être considérés de manière isolée. D'autant que les raisons pour lesquelles une peine clémente peut être effectivement prononcée même pour un crime grave sont nombreuses et qu'«_une personne peut encourir dans certains pays des peines d'emprisonnement prolongées pour des actes qui ne sont pas considérés criminels au Canada »⁴⁸.

S'il faut, aux termes de l'article 1 F b) de la Convention de Genève de 1951, tenir compte de la peine infligée ou du fait qu'elle a été purgée dans le processus de qualification de « crimes graves », l'on ne devrait pas oublier que la peine infligée n'est pas un paramètre autosuffisant en ce qui concerne la détermination de la gravité d'un crime. En effet, les raisons qui obligent un tribunal à infliger une peine légère à une personne alors que l'acte qu'elle a commis serait passible d'une peine plus lourdes sont nombreuses. Car, la gravité d'un crime n'est pas l'unique critère que les tribunaux prennent en compte pour déterminer la peine. À cet effet, le juge Letourneau énumère quelques circonstances qui permettent aux tribunaux dans certains pays d'infliger une peine plus clémente pour des faits pourtant graves, notamment, le fait, pour une personne impliquée dans un réseau de prostitution, d'accepter d'aider les autorités chargées des poursuites à démanteler le réseau en question, le fait de plaider coupable pour épargner à la victime l'épreuve de devoir témoigner au sujet d'une agression sexuelle traumatisante.

Par ailleurs, poursuit le juge Letourneau,

⁴⁸ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 41.

« [O]n peut éviter la tenue de mégas procès longs et coûteux impliquant de nombreux accusés en négociant des plaidoyers de culpabilité et des peines moins lourdes. Les négociations relatives aux peines à infliger peuvent être liées à des engagements de confidentialité, à la protection de personnes et au secret professionnel de l'avocat »⁴⁹.

Dans une telle situation, il arrive que « l'accès à certains renseignements confidentiels, protégés et privilégiés soit interdit, de sorte qu'un examen isolé d'une peine clémente par une autorité chargée de la révision donnerait une image déformée de la gravité du crime dont le contrevenant a été reconnu coupable »⁵⁰.

Ces différents exemples montrent qu'il est indispensable de tenir compte du droit interne du pays d'accueil pour déterminer la gravité d'un crime commis à l'étranger. En effet, la protection prévue par la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés est conférée aux États parties qui l'accordent, en vertu de leurs législations et leurs procédures nationales aux victimes de persécutions qui la leur demandent. Il serait illogique que les pays d'accueil qui, en dernier ressort, décident, en vertu de leurs droits nationaux, de la recevabilité des demandes qui leur sont présentées par les demandeurs d'asile, soient tenus d'évaluer la nature « grave » des crimes prohibés par l'article 1 F b) soient obligés d'évaluer leur gravité à l'aune des critères établis par les droits nationaux des autres États souverains. Tout en tenant compte des normes internationales, les autorités chargées de la

⁴⁹ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 42.

⁵⁰ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 42.

détermination du statut de réfugié tiennent toujours compte du point de vue de l'État d'accueil « lorsqu'il s'agit de déterminer la gravité du crime »⁵¹. Ainsi, « bien qu'il faille tenir compte des normes internationales, indique le juge Letourneau, on ne doit pas ignorer le point de vue de l'État ou du pays d'accueil lorsqu'il s'agit de déterminer la gravité du crime. Après tout, comme nous l'avons déjà évoqué, c'est à l'État ou au pays d'accueil qu'est conférée la protection prévue à la section Fb) de l'article premier de la Convention»⁵². Ce point de vue est du reste défendu par le HCR⁵³.

La pratique des États indique de manière non équivoque que les tribunaux s'entendent sur le principe selon lequel «l'interprétation de la clause d'exclusion de la section F b) de l'article premier de la Convention exige, en ce qui concerne la gravité du crime, que l'on évalue les éléments constitutifs du crime, le mode de poursuite, la peine prévue, les faits et les circonstances atténuantes et aggravantes sous-jacentes à la déclaration de culpabilité »⁵⁴. La présomption de gravité qui s'applique à un crime en vertu du droit international ou du droit interne de l'État d'accueil n'est ni irréfutable ni irréfutable. Elle ne lie en rien les autorités nationales chargées de l'examen de la

⁵¹ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 43.

⁵² *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 43.

⁵³ HCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1 F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, Genève, par. 36.

⁵⁴ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 44; *S. v. Refugee Status Appeals Authority*, [1998] 2 N.Z.L.R. 291(C.A.); *S. & Ors v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] EWCA Civ. 1157; *Miguel-Miguel v. Gonzales*, 500 F.3d 941 (9th Cir. 2007), 29 août 2007, pp 945, 946 et 947.

demande d'asile introduite par l'auteur dudit crime. Par le jeu des facteurs précités, les autorités saisies d'une demande d'asile peuvent réfuter la présomption de gravité rattachée à un crime de droit commun.

Les facteurs étrangers aux faits et aux circonstances qui ont amené le demandeur d'asile de plaider coupable pour les crimes commis à l'extérieur du Canada ne sont pas considérés comme pertinents pour l'évaluation de la gravité du crime. Ainsi, il a été jugé que le risque de persécution dans le pays d'origine est un facteur étranger à tout plaidoyer de culpabilité et ne devrait pas être mis en balance dans le processus de détermination de la gravité du crime⁵⁵. Au passage, le juge Letourneau cite quelques exemples de facteurs pertinents qui peuvent être invoqués pour évaluer la gravité d'un crime, notamment, « une coercition qui ne permet pas d'invoquer le moyen de défense de droit criminel de la contrainte [...], le préjudice causé à la victime ou à la société, l'utilisation d'une arme, le fait que le crime a été commis par un groupe criminel organisé, etc. »⁵⁶. À cette liste s'ajoute le choix du mode de poursuite, surtout dans les pays comme les États-Unis, la Grande-Bretagne et le Canada où existe la notion d'infraction hybride, c'est-à-dire « les infractions qui, selon les circonstances aggravantes ou atténuantes entourant leur perpétration,

⁵⁵ *Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 1 R.C.F. 304; 2004 CAF 250, par. 38 ; *Immigration and Naturalization Service v. Aguirre-Aguirre*, 526 U.S. 415 (1999), p. 427 ; *T. v. Secretary of State for the Home Department* [1995] 1 W.L.R. 545 (C.A.), pp.554 et 555 ; *Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556 (Aust. F.C.), par. 24.

⁵⁶ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 46.

peuvent être punissables par procédure sommaire ou, plus sévèrement, sur acte d'accusation »⁵⁷ : un même crime peut être puni de façon clémente sur déclaration sommaire de culpabilité alors qu'il entraînerait une sanction beaucoup plus sévère lorsque son auteur est poursuivi sur base d'un acte d'accusation.

À la lumière de ces principes relatifs aux critères pertinents à prendre en compte en matière d'évaluation de la gravité d'un crime prohibé en vertu de l'article 1 F b) de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés, la Cour s'est penché sur la question de savoir si le crime commis par Jayasekara aux États-Unis rentre dans les critères des crimes visés par l'article 1 F b) précité et s'il est susceptible de justifier l'application à l'encontre de son auteur de la clause d'exclusion pour « grande criminalité ».

Le demandeur a été poursuivi et condamné aux États-Unis pour trafic de l'opium qui est classé parmi les drogues considérées comme dures. Eu égard aux conséquences qu'il est susceptible d'entraîner sur le plan à la fois humain et économique, le trafic des stupéfiants et de substances psychotrope est considéré partout dans le monde comme un crime grave. Guy S. Goodwin-Gill et Jane McAdam mentionnent, à cet effet, que pour promouvoir l'uniformité des décisions, le Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés [TRADUCTION] « a proposé qu'en l'absence de tout facteur politique, la preuve de l'une des infractions suivantes soit considérée comme valant présomption de crime grave : homicide, viol, sévices sexuels sur la personne d'un

⁵⁷ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 45.

enfant, coups et blessures graves, incendie criminel, trafic de drogue et vol à main armée »⁵⁸.

Par ailleurs, à travers les trois conventions des Nations Unies sur les stupéfiants, à savoir la *Convention unique du 30 mars 1961 sur les stupéfiants* et de son Protocole du 25 mars 1972, la Convention du 21 février 1971 sur les substances psychotropes, la Convention des Nations Unies du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants⁵⁹, les États signataires se sont engagés à coordonner leurs mesures préventives et répressives contre le trafic de stupéfiants, notamment en appliquant les dispositions pénales nécessaires. Le choix de dispositions pénales a été laissé à la discrétion de l'État membre et leur nombre peut être supérieur à celui prévu par les Conventions si les États membres le jugent souhaitable ou nécessaire pour assurer la protection de la santé et du bien-être de leur population. Or, la plupart des États signataires des Conventions précitées définissent et considèrent le trafic de stupéfiants, selon la substance faisant l'objet du trafic, comme un crime grave.

Contrairement à la simple possession, le trafic de stupéfiants est habituellement punissable d'emprisonnement. Au Canada, la peine maximale prévue pour le trafic de stupéfiants est de 18 mois dans le

⁵⁸ Guy S. GOODWIN-GILL et Jane McAdam , *The Refugee in International Law*, 3d Edition, Oxford, Oxford University Press, 2007, p 179.

⁵⁹ *Convention unique sur les stupéfiants* [30 mars 1961, [1964] R.T. Can. n°30] ; *Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, [1976] R.T. Can. n° 48] ; *Convention sur les substances psychotropes, 21 février 1971*, [1988] R.T. Can. n° 35 et *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, 20 décembre 1988, [1990] R.T. Can. n° 42.

cas d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et de l'emprisonnement à perpétuité pour une infraction punissable sur acte d'accusation⁶⁰.

Les peines prévues aux États-Unis à l'encontre des auteurs présumés de trafic de stupéfiants, par exemple, varient selon la nature de la substance faisant l'objet du trafic, les conséquences entraînées par le trafic⁶¹, le fait que l'intéressé ait déjà été déclaré coupable par le passé ou non. Dans l'affaire Miguel-Miguel, l'accusé avait plaidé coupable à l'accusation d'avoir vendu 0,26 grammes de cocaïne sous forme de cristaux pour une modique somme de 20 \$ américain : la Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit a, en août 2007, confirmé la présomption que l'accusé avait commis un crime grave⁶² avant de le condamner à une peine d'emprisonnement de 36 jours, à une amende de 200 \$ et à une période de probation de 5 ans. Si le trafic de stupéfiants est passible de peines semblables mais moins sévères au Royaume-Uni, en Australie, en Nouvelle-Zélande et en France, il est, au Canada, passible d'un emprisonnement à perpétuité. « Il n'y a aucun doute que le législateur considère le trafic d'opium comme un crime grave »⁶³.

Le législateur américain punit le trafic de stupéfiant avec la même sévérité qu'au Canada parce que la probation de cinq ans qui a été

⁶⁰ *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 5.

⁶¹ La peine est plus lourde si le trafic a entraîné les blessures graves ou la mort.

⁶² *Miguel-Miguel v. Gonzales*, 500 F.3d 941(9th Cir. 2007).

⁶³ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 53.

infligée au contrevenant dans l'affaire Jayasekera « n'est pas nécessairement une peine légère, car elle est assortie de restrictions qui peuvent limiter considérablement la liberté de l'intéressé, en plus d'entraîner des conséquences pénales en cas de violation »⁶⁴.

Pour déterminer la gravité du crime dont l'appelant avait été déclaré coupable, la Section du statut des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut des réfugiés a tenu compte des facteurs considérés comme pertinents au regard du droit et de la jurisprudence, notamment, la gravité des crimes⁶⁵ ; la peine infligée par le tribunal new-yorkais; les faits à la base de la déclaration de culpabilité, à savoir la nature de la substance faisant l'objet du trafic et de la possession, le trafic de l'opium en trois parties, la quantité de stupéfiants ayant fait l'objet de la possession et du trafic; la conclusion tirée par notre Cour dans l'arrêt *Chan* suivant laquelle un crime est un crime grave de droit commun si une peine maximale de 10 ans aurait pu être infligée si le crime avait été commis au Canada ; la gravité objective du crime de trafic d'opium au Canada qui peut donner lieu à une peine d'emprisonnement à perpétuité; le fait que l'appelant a violé son ordonnance de probation en faisant défaut à trois reprises de se présenter à son agent de probation et en prenant finalement la fuite⁶⁶.

⁶⁴ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 54; *R. c. B. (M.)* (1987), 36 C.C.C (3d) 573 (C.A.Ont.).

⁶⁵ Le trafic de l'opium et la possession criminelle de marijuana constituent un crime grave au regard du droit de l'État de New York; il pouvait donner lieu, même dans le cas d'une première infraction, à une peine d'emprisonnement et à une période de probation de 5 ans.

⁶⁶ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 55.

C'est à la lumière de ces éléments que le juge Letourneau a statué, en appel, que le juge saisi du contrôle judiciaire en première instance

« [...] n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il était raisonnable de la part de la Commission de conclure, au vu de ces faits, que la déclaration de culpabilité aux États-Unis lui donnait de sérieuses raisons de penser que l'appelant avait commis un crime grave de droit commun à l'extérieur du pays »⁶⁷.

Le fait de décider qu'une personne est exclue de la protection des réfugiés, en application de l'alinéa 1Fb) de la Convention, ne revient pas à établir qu'elle est coupable d'un crime en fonction de la norme hors de tout doute raisonnable applicable en droit criminel. Le ministre n'a pas à prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité de M. Raina. Le fardeau de la preuve se limite à démontrer qu'il y a des raisons sérieuses de croire que M. Raina a commis un crime grave de droit commun (*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 125, 2005 CAF 125, au paragraphe 23). Cette norme exige davantage que de simples soupçons, mais reste moins stricte que la prépondérance des probabilités (*Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, 2005 CSC 40, [2005] 2 RCS 100, au paragraphe 114)⁶⁸. Cela étant, le fait, pour l'appelant, d'avoir purgé une peine pour un crime grave avant d'arriver au Canada ne lui permet pas d'échapper à l'application de l'article 1Fb) de la Convention.

⁶⁷ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 56.

⁶⁸ *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Raina*, 2012 CF 618, par. 29.

CONCLUSION

L'espèce examinée dans cette réflexion soulève des questions juridiques d'un intérêt majeur en ce qui concerne l'interprétation et l'application, par les États parties à la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, de l'article 1 F *b)* qui exclut de la protection prévue par cette Convention, les personnes qui se seraient rendues coupables de crimes graves avant leur admission comme réfugiés dans le pays d'accueil. En effet, les dispositions sur le bénéfice de la protection prévue par la Convention de Genève de 1951 ne s'appliquent pas aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser [...] *b)* qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés». L'application de cette clause d'exclusion de l'article 1 F n'est pas une entreprise aisée. Le Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a d'ailleurs reconnu qu'« il est difficile de définir ce qui constitue un crime « grave » de droit commun aux fins de la clause d'exclusion »⁶⁹ eu égard, notamment, à la pluralité d'acceptions dont revêt le mot « crime » dans les différents systèmes juridiques auxquels appartiennent les États parties à la convention de Genève de 1951.

Par ailleurs, les institutions nationales chargées de la mise en œuvre de cette clause ne cessent de se poser la question sur les critères pertinents à prendre en compte pour déterminer la gravité, la nature non politique du crime commis par un demandeur d'asile avant son

⁶⁹ HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, janvier 1992, par. 151, p. 39.

admission dans le pays d'accueil, la gravité d'un crime prohibé en vertu de l'article 1 F *b*) de la Convention de 1951 ainsi que sur les normes sur lesquelles doivent s'appuyer les autorités nationales d'exécution des lois pour prendre la décision relative à l'exclusion d'un demandeur : « Les normes internationales, les normes locales ou les deux ? »⁷⁰.

S'il est vrai que la Convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951 confèrent aux États d'accueil la principale responsabilité de décider, selon leurs législations et les procédures établies par leurs systèmes de détermination du statut de réfugié si *le demandeur d'asile tombe sous le coup de l'une ou l'autre des trois clauses d'exclusion de l'article 1 F*⁷¹, la doctrine et les tribunaux ont attiré l'attention non seulement sur l'importance de prendre en compte le droit international mais aussi sur le danger que les disparités dans l'interprétation de la Convention de Genève peuvent entraîner sur l'intégrité même du système de protection des réfugiés mis en place en 1951 si les États parties ne s'efforcent pas de tenir compte des décisions rendues par les autres États. Comme l'a rappelé juge Letourneau, « *La Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés donne à penser que la gravité du crime doit être mesurée à l'aune des normes internationales et pas suivant l'interprétation qui en est faite

⁷⁰ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 36.

⁷¹ HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, janvier 1992, par. 151, p. 39.

dans le pays d'accueil ou le pays d'origine pour éviter les profondes disparités qui peuvent exister entre les États relativement aux mêmes agissements ».

Dans l'affaire *JS*, le juge Brown a énoncé un certain nombre de postulats à prendre en compte lorsqu'on interprète les clauses d'exclusion, notamment le postulat voulant qu'«il ne peut y avoir qu'une seule interprétation de l'article 1 F (a) qui soit vraie »⁷² et qu'«une interprétation autonome doit être trouvée en droit international plutôt qu'en droit interne»⁷³. En outre, le juge Brown rappelait aussi que les clauses d'exclusion doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive et que les instruments juridiques internationaux⁷⁴ à prendre en compte sont ceux en vigueur au moment de l'application et de l'interprétation de l'article 1 F plutôt que ceux qui existaient à l'époque de son élaboration⁷⁵. Et, enfin, qu'en matière de complicité, la simple appartenance à une organisation brutale n'est pas

⁷² *R (on the application of JS) v. Secretary of State for the Home Dep't*, [2010] UKSC 15, par. 2.

⁷³ *R (on the application of JS) v. Secretary of State for the Home Dep't*, [2010] UKSC 15, par. 2.

⁷⁴ *Ishaku c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2011 CF 44, par. 31, juge Michel M.J. Shore : « L'alinéa 1 F (a) doit être interprété de manière à inclure les instruments internationaux conclus depuis son adoption en 1951, de sorte que pour appliquer cette disposition, on doit aussi tenir compte de la définition du crime contre l'humanité contenue dans le statut de Rome de la Cour pénale internationale, adoptée le 17 juillet 1998 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002 ».

⁷⁵ *R (on the application of JS) v. Secretary of State for the Home Dep't*, [2010] UKSC 15, par. 2.

suffisante pour entraîner l'exclusion de la protection internationale⁷⁶.
D'où le sens de la question du juge Brown : « *What more ?* »

Dans l'affaire Sivakumar, le juge a statué que la complicité en matière de crimes prohibés en vertu de l'article 1 F (a) ne peut être déterminée à la lumière d'un seul système juridique. Dans l'affaire australienne, le juge insiste sur la nécessité d'inscrire l'interprétation dans le giron des interprétations des autres États.

Le problème qui se pose est celui de savoir comment articuler cet ensemble de normes pour donner à la Convention de Genève sa cohérence interne étant donné qu'il ne peut y avoir qu'une interprétation qui soit vraie. Parlant de la clause d'exclusion fondée sur les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, la Cour suprême du Royaume a, en effet, statué que « *There can only be one true interpretation of Article 1 F (a), an autonomous meaning to be found in international rather than domestic law* »⁷⁷.

Si un des buts de la section F b) de l'article premier de la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés est de « protéger la population d'un pays d'accueil contre le risque qu'il y aurait à admettre un réfugié ayant commis un crime grave de droit commun »⁷⁸, la

⁷⁶ R (on the application of JS) v. Secretary of State for the Home Dep't, [2010] UKSC 15, par. 2.

⁷⁷ R (on the application of JS) v. Secretary of State for the Home Dep't, [2010] UKSC 15, par. 2.

⁷⁸ HCR, Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, Genève, janvier 1992, par. 151, p. 39.

doctrine laisse cependant à chaque État partie la responsabilité de déterminer

« what constitutes a serious crime, according to its own standards up to point, but on the basis of the ordinary meaning, of the words considered in the context and with the objectives of the 1951 Convention. Given that the words are not self-applying, each party has some discretion in determining whether the criminal character of the applicant for refugee status in fact outweighs his or her character as bona fide refugee, and so constitutes a threat to its internal order »⁷⁹.

Ce qui constitue un crime sérieux, d'après ses propres normes jusqu'au point, mais sur la base de la signification ordinaire, des mots considérés dans le contexte et avec les objectifs de la convention 1951. Étant donné que les mots individu-ne s'appliquent pas, chaque partie a de la discrétion en déterminant si le caractère criminel du demandeur pour le statut de réfugié est supérieur en fait au son le caractère en tant que véritable réfugié, et constitue ainsi une menace à son ordre interne.

La doctrine ainsi que les tribunaux ont toujours rappelé de l'importance de l'uniformité dans l'interprétation de la Convention de Genève. Son efficacité en dépend. Ainsi, dans l'affaire Sivakumar, s États parties à la Convention de Genève interprétation de la Convention Quel que soit le pays où un crime grave a été commis, les autorités du pays d'accueil qui invoqueront l'exclusion pour grande criminalité à

⁷⁹ Guy S. GOODWIN-GILL et Jane McAdam , *The Refugee in International Law*, 3d Edition, Oxford, Oxford University Press, 2007, p 176.

l'encontre d'un demandeur d'asile auront toujours à se prononcer, au regard de leur droit national, sur la gravité du crime que le décideur étranger avait qualifié de grave.

Avant son arrivée au Canada, Jayasekara avait plaidé coupable. Dans la foulée, la Cour a été amenée à se prononcer sur la valeur juridique des documents de l'institution qui est internationalement reconnue comme la gardienne de la Convention de Genève, à savoir le Haut-Commissariat des Nations Unies aux réfugiés⁸⁰. Et comme l'écrit le juge Letourneau,

« L'élément central de la clause d'exclusion de la section Fb) de l'article premier de la Convention est la commission d'un crime « grave » de droit commun. Mais qu'entend-on par crime « grave » ? Quels critères applique-t-on pour déterminer si le crime commis par un demandeur d'asile est grave au sens de la section Fb) de l'article premier de la Convention ? Quelles normes retient-on pour prendre cette décision ? Les normes internationales, les normes locales ou les deux ? Le crime commis dans le cas qui nous occupe était-il suffisamment grave pour justifier l'application de la clause d'exclusion ? Il convient maintenant d'aborder ces

⁸⁰ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404. À cet égard, le juge Letourneau pense que « La Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés donne à penser que la gravité du crime doit être mesurée à l'aune des normes internationales et pas suivant l'interprétation qui en est faite dans le pays d'accueil ou le pays d'origine pour éviter les profondes disparités qui peuvent exister entre les États relativement aux mêmes agissements ».

questions à la lumière de la section Fb) de l'article premier de la Convention »⁸¹.

D'entrée de jeu, la Cour d'appel fédérale rappelle que « L'article 98 de la LIPR et l'interprétation à donner au mot « grave » dans l'expression « crime grave de droit commun » que l'on trouve à la section Fb) de l'article premier de la Convention comportent une dimension internationale »⁸². En effet, dans l'affaire *T. v. Secretary of State for the Home Dept*, [1996] 2 All ER 865 (H.L.), lord Lloyd of Berwick explique que [TRADUCTION] « [d]ans une affaire portant sur une convention internationale, il est de toute évidence souhaitable que les décisions émanant de divers États soient, dans la mesure du possible, compatibles »⁸³. Dans l'affaire *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003). 307 N.R. 201 (C.A.F.), par. 97, la Cour d'appel fédérale mentionne de manière opportune que

« [N]ous ne sommes évidemment pas liés par les décisions anglaise et australienne. Par ailleurs, comme je viens de l'indiquer, je partage le point de vue de ces tribunaux quant à l'interprétation de l'alinéa 1 F et il va sans dire qu'il est préférable, lorsque possible, que les tribunaux des pays signataires d'une convention internationale adoptent la même interprétation des dispositions de cette convention ».

À ce propos, la Cour d'appel fédérale avait statué, dans l'affaire *Ramirez*, qu'elle «ne peut analyser la responsabilité des complices aux

⁸¹ *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 36.

⁸² *Jayasekera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2008 CAF 404, par. 36.

⁸³ *T. v. Secretary of State for the Home Dept*, [1996] 2 All ER 865 (H.L.), p. 891.

termes de la Convention en ne tenant compte que du seul article 21 du *Code criminel* canadien, traitant des parties à une infraction »⁸⁴ et qu'« une convention internationale ne saurait s'interpréter à la lumière d'un seul des systèmes juridiques du monde »⁸⁵. Dans l'affaire *Moreno*, la Cour d'appel fédérale l'a à nouveau rappelé : « la complicité de l'appelant ne peut être déterminée sur le fondement des seules dispositions du droit criminel »⁸⁶. La nature particulière des crimes internationaux⁸⁷ et la formulation expresse de l'article 1 F le commandent.

*

* * *

⁸⁴ *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A), par. 13.

⁸⁵ *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A), par. 13.

⁸⁶ *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.).

⁸⁷ Fannie FONTAINE, *Persecuting Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes in Canadian Courts*, Toronto, Carswell, 2012, p. 95.

Contrats sino-congolais et le développement économique de la République démocratique du Congo

Barack MOMA MUBENGU*

RESUMÉ

Plusieurs années après leur conclusion par le gouvernement congolais, les contrats sino-congolais suscitent encore plusieurs interrogations quant à leur impact sur le progrès social de la République démocratique du Congo et partant sa croissance économique. S'il est vrai pour certains que ces contrats paraissent déséquilibrés donc léonins, il reste que pour d'autres, ces contrats constituent, au regard des faramineuses sommes qu'il contient, un facteur de risque dans le processus de remboursement de la dette publique internationale contractée par la République démocratique du Congo avec le Fond monétaire international. Ainsi, ce constat nous amène à réfléchir sur l'impact des contrats sino-congolais sur le développement économique de la RDC tout en se penchant également sur les préoccupations d'ordre environnemental qu'ils peuvent provoquer.

MOTS-CLÉS :

Sino-congolais – convention de collaboration – Léonins – convention de prêt – développement économique – projet minier – infrastructures.

ABSTRACT

Several years after their conclusion by the Congolese government, the Sino-congolese contracts still raise several questions about their impact on the social progress of the Democratic Republic of Congo and

* L'auteur est Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Lubumbashi, Doctorant en Droit privé et judiciaire, Chercheur affilié à l'École Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA/Benin) et Avocat au Barreau du Haut-Katanga/Lubumbashi.

INTRODUCTION

La Conférence internationale sur les engagements chinois en Afrique centrale organisée par le Centre d'études et de recherches sur la gouvernance, les industries extractives et le développement durable, en sigle CERGIED, tenue à Djamena du 25 au 28 février 2019 a eu pour mérite de s'interroger sur les investissements chinois en Afrique centrale. Cela démontre suffisamment l'intérêt que l'on attache encore à la Chine dans ses rapports avec l'Afrique en général et de façon particulière avec l'Afrique centrale. Cet intérêt commande encore à ces jours que l'on se penche sur les contrats signés entre la République démocratique du Congo et le groupe d'entreprises chinoises dans le cadre du développement du projet minier en contrepartie des infrastructures. Aussi, tout ceci se justifie par cette idée qui obnubile certains à considérer les contrats sino-congolais comme léonins.

Partant, dans la présente étude, il sera question de réfléchir sur les contrats sino-congolais et leur impact sur le développement économique de la République démocratique du Congo. Ainsi, pour rappel, la Chine et la République démocratique du Congo entretiennent de bonnes relations qui remontent aux années 1970. Il faut souligner qu'au cours de ces années, les relations sino-congolaises avaient plus un caractère idéologique qu'économique. Même s'il faut l'avouer, à cette époque, la Chine intervenait déjà dans le secteur de la construction des infrastructures. L'exemple le plus remarquable est l'érection du Palais du peuple et du stade de Martyrs de Kinshasa. On rapporte que cette coopération était même souhaitée au détriment de

l'aide au développement des pays occidentaux¹. Par ailleurs, depuis la montée en puissance de la Chine sur le plan économique, ses rapports avec la République démocratique du Congo sont plutôt caractérisés par d'intenses échanges commerciaux. C'est dans ce contexte qu'en date du 18/12/ 1997, à l'aube de la prise de pouvoir par l'Alliance des forces démocratiques pour la libération, en sigle AFDL, menée des mains de maître par Laurent-Désiré Kabila, le traité relatif à l'encouragement et à la protection mutuelle des investissements a été signé entre les gouvernements congolais et chinois. Plus tard, le 03/04 et le 07/12/2001, les accords de coopération ont été signés entre les deux États². Ces accords de coopération ont donc été des précurseurs à deux autres principaux contrats que les deux États s'apprêtaient à signer dans le cadre de la reconstruction de la République démocratique du Congo. Il s'agit respectivement du Protocole d'accord entre la RDC et le groupe d'entreprises chinoises signé le 17 septembre 2007, et la Convention de collaboration signée par la RDC avec ce même groupe le 22 avril 2008. Relevons que plusieurs avenants datant de 2009 ont amendé, comme on le verra, les contrats sino-congolais.

Pour l'instant, soulignons tout simplement qu'il s'agit du plus gros investissement de la Chine en Afrique qui a d'ailleurs défrayé la chronique et continue à susciter moult interrogations sur son impact réel sur la relance de l'économie nationale de la RDC. C'est donc en ayant en vue ces interrogations que la présente étude se propose

¹ Propos tirés du discours du Marechal Mobutu, prononcé le 04/10/1973 devant l'Assemblée générale des Nations Unies.

² A lire le préambule du Protocole signé entre la République démocratique du Congo et le groupe d'entreprises chinoises le 17 septembre 2007.

d'analyser certains aspects juridico-économiques des contrats sino-congolais dans le but d'en dégager les inconvénients et partant les avantages de ce rapport juridique sur le développement économique de la RDC. Pour y parvenir, nous examinerons brièvement la politique africaine de la Chine (I), avant de s'atteler sur les relations sino-congolaises (II), et s'en suivra l'analyse des contrats sino-congolais (III) pour enfin terminer par l'impact de ces contrats sur le développement économique de la RDC (V).

I| ESQUISSE SUR LA POLITIQUE AFRICAINE DE LA CHINE

D'emblée on doit noter que si la politique étrangère de la Chine n'a pas changé de conception formelle depuis la Conférence des pays non alignés tenue à Bandung en 1955, la situation et la politique économique de la Chine par contre ont été radicalement modifiées³. Il faut dire que la politique économique de la Chine sous Mao Zedong était basée sur la satisfaction des besoins essentiels assurée par une production nationale avec une ouverture économique vers l'extérieur minimale⁴. Cependant, l'histoire nous enseigne que depuis 1978, l'ouverture économique de la Chine, surtout sous l'impulsion de Deng Xiao Ping et du Parti communiste se fait d'abord timidement, ensuite de façon de plus en plus prononcée. La Chine fait l'expérience des exportations en invitant des entreprises étrangères à produire en joint-

³ Stefaan MARYSE & Sara GEENEN, « Les contrats chinois en RDC : L'impérialisme rouge en marche ? », (2008) *Afrique des Grands Lacs. Annuaire 2007-2008*, 287-313, 289, en ligne : <congomines.org>.

⁴ *Id.*

ventures. Elle aborde ainsi la nouvelle technologie sans perdre le contrôle de la situation⁵.

Mais quelles sont en réalité les motivations de la diplomatie chinoise en Afrique ? La réponse à cette question est claire. En effet, la gestion de la dépendance de la Chine envers les matières premières de toutes sortes pour soutenir sa forte croissance, matières premières à importer de l'étranger, constitue le défi majeur de la diplomatie chinoise dans cette phase de transition de son économie. Elle engage plusieurs fonds pour éviter l'asphyxie dans cette situation de dépendance et de vulnérabilité. Comme l'Afrique est une terre bien pourvue en matières premières dont la Chine a besoin, elle devient donc pour celle-ci le terrain de priorité des initiatives diplomatiques⁶.

Pour l'essentiel, on doit simplement retenir que la politique africaine de la Chine reste dominée par les cinq principes édictés par elle à propos de sa diplomatie à l'égard de ses relations sino-africaines. Ces cinq principes sont contenus dans un document appelé « Document sur la politique chinoise à l'égard de l'Afrique⁷ ». L'avant-propos de ce document renseigne ceci :

« La Chine qui est le plus grand pays en développement dans le monde et très attachée à la paix et au développement, poursuit une politique extérieure d'indépendance et de paix. De plus, elle souhaite, sur la

⁵ *Ibid.*

⁶ Germain NGOIE TSHIBAMBE, « Les relations sino-africaines : Entre l'espoir et les controverses », (2008) 48 *Africa America latina-cuadernos. SODEPAZ* 1-17, 5. Le texte peut être lu en ligne sur le site : <www.semanticscholar.org>.

⁷ Voir en ligne : <<http://fr.chinabroadcast.cn./142/2006/01/12/103@88622.htm>>.

base des cinq principes de la coexistence pacifique, développer les relations amicales avec tous les pays, resserrer l'amitié et intensifier la coopération avec eux, dans l'intérêt de la prospérité commune afin de promouvoir la paix et la stabilité dans le monde »⁸.

Ce même document poursuit plus loin en affirmant : « Renforcer sa solidarité et sa coopération avec les pays africains, c'est de tout temps l'une des pièces maitresse de la politique extérieure d'indépendance et de paix de la Chine. Fermement attachée au maintien et à l'épanouissement de l'amitié traditionnelle sino-africaine, et prenant en considération les intérêts fondamentaux des peuples chinois et africains, la Chine veille à établir et à développer un nouveau type de partenariat stratégique avec l'Afrique, caractérisé par l'égalité et la confiance réciproque sur le plan politique, la coopération conduite dans l'esprit gagnant-gagnant sur le plan économique et le renforcement des échanges sur le plan culturel⁹ ». Avant de revenir sur les principes directeurs de la politique chinoise à l'égard de l'Afrique, force est de faire remarquer que la politique africaine de la Chine s'inscrit également dans le cadre plus large d'une stratégie de contournement ou d'affaiblissement des puissances occidentales ou assimilées et principalement des États-Unis, dans une situation internationale décrite à Pékin comme « complexe », c'est-à-dire pour

⁸ Depuis 2006, le gouvernement chinois a publié vendredi 4 décembre 2015 à Johannesburg, un second Document issu du Sommet du Forum sur la coopération sino-africaine (FCSA, FOCAC en anglais), sous le titre « La politique de la Chine à l'égard de l'Afrique », (5 décembre 2015), en ligne : <french.xinhuanet.com> (consulté le 12 septembre 2019).

⁹ G. NGOIE TSHIBAMBE, préc., note 6, 6.

décoder la technologie officielle, peu favorable aux intérêts chinois¹⁰. Ainsi, on comprend tout de suite que la politique africaine de la Chine veut se distinguer par l'accent officiellement mis sur « le respect des intérêts des pays africains », en opposition au modèle néocolonialiste traditionnel¹¹.

Valérie Niquet le spécifie clairement lorsqu'il affirme que cette stratégie concerne tout particulièrement les États marginalisés, voire, - pour reprendre l'expression de l'auteur -, « quasi-voyous », à qui la Chine offre un partenariat stratégique fondé sur le respect sourcilieux de la non-ingérence, le rejet de toute légitimité morale de l'occident et la mise en avant du concept de spécificité des valeurs, opposé à l'universalisme des principes occidentaux. Par-là, la Chine dénonce toute ingérence dans les affaires internes des africains. En effet, dans le discours chinois, cette stratégie s'exprime par la défense d'un ordre économique et politique plus juste, qui rencontre un écho incontestable sur le continent africain¹². Cette stratégie répond, au demeurant, à une certaine attente des africains qui, depuis la fin de la guerre froide, n'ont pu que constater un retrait des occidentaux. En filigrane, on comprend qu'auprès des pays africains, la Chine met en avant son propre modèle de développement fondé sur un découpage voulu entre le développement économique et réformes politiques dans une stratégie

¹⁰ Valérie NIQUET-CABESTAN, « Profit and prejudice : China in Africa », (15 décembre 1996) 1574 *China News Analysis*, 3.

¹¹ Valérie NIQUET-CABESTAN, « La stratégie africaine de la Chine », (2006) 2 (Été) *Politique étrangère*, 361-364, 362.

¹² Id.

de survie des régimes autoritaires. Elle met ainsi en avant son efficacité quelque peu jalouée, semble-t-il par certaines élites africaines¹³.

En somme, le Commandant Mbaye Cisse affirmait que malgré l'éloignement géographique et les différences culturelles, Pékin a réussi à inscrire les relations sino-africaines dans une tradition fondée par une triple légitimité¹⁴. Il s'agit de la légitimité historique issue de l'implication de la Chine dans les luttes de décolonisation de plusieurs pays africains, la promotion des principes de non-ingérence et de neutralité, et enfin l'héritage idéologique tiers-mondiste de la guerre froide. Examinons tour à tour cette triple légitimité.

A| La légitimité historique

Il convient de dire que la Chine rappelle les expéditions pacifiques de l'Amiral Zhen He de la dynastie des Ming sur la côte orientale africaine au XV^{ème} siècle. Des relations commerciales, sans volonté de domination, se poursuivent entre l'Afrique de l'Est et la Chine¹⁵. En outre, un autre aspect très souvent mis en exergue lors des échanges de coopération sino-africaine est la lutte contre tous les impérialismes. La fraternité sud-sud est aussi un élément fort et récurrent du discours chinois tel que repris par Jiang Jemin au Forum de coopération Chine-Afrique en 2000, lequel indiquait que : « La Chine est le plus grand pays en développement du monde tandis que le

¹³ Conférence du Conseil français des investisseurs en Afrique.

¹⁴ MBAYE CISSE : « L'affirmation d'une stratégie de puissance : La politique africaine de la Chine », en ligne <www.diploneb.com/Forum/Chine_01102.htm>, dans Marie BAL et Laura VALENTIN, « La stratégie de puissance de la Chine en Afrique : Étude réalisée par l'ESSEC », (2008) 6 *Base de Connaissance* 1-76, 9.

¹⁵ M. BAL et L. VALENTIN, préc., note 14, 7.

continent africain regroupe le plus grand nombre de pays en développement ».

Notons surtout que les relations sino-africaines ont pris une réelle dimension politique avec l'arrivée au pouvoir de Mao en 1949. Par ailleurs, avec l'accession à l'indépendance des anciennes colonies européennes, la Chine a été souvent sollicitée pour fournir de l'aide financière et militaire, et le caractère politique des relations sino-africaines s'est accentué durant la guerre froide. Cependant, on observe que l'Occident est réticent par rapport aux relations diplomatiques entre Pékin et les différents pays africains.

B| La promotion des principes de non-ingérence et de neutralité : les cinq principes fondateurs de la diplomatie chinoise

En 1953, le premier ministre chinois Zhou En-Lai, dit « l'Africain », avait énoncé les cinq principes de coexistence pacifique que les chinois entendaient appliquer à l'égard des pays asiatiques, africains et latino-américains indépendants ou en passe de le devenir. Il s'agit des principes ci-après : le respect mutuel de la souveraineté et l'intégrité territoriale, la non-agression mutuelle, la non-ingérence dans les affaires intérieures des États souverains, l'égalité et la réciprocité des bénéfices tirés des opérations communes ainsi que la coexistence pacifique. Ainsi, pour la Chine, il apparaît que la décolonisation lui conférait l'occasion de nouer de manière inédite des contacts politiques, économiques et culturels avec l'Afrique¹⁶. De plus,

¹⁶ Id., 8.

les principes de coexistence pacifique ont servi de base à l'organisation de la Conférence de Bandung. Tenue en 1955 en Indonésie et réunissant 29 États d'Afrique et d'Asie, cette Conférence a marqué un tournant historique dans les relations sud-sud. Elle fut pour la Chine une occasion de brandir les principes de la coexistence pacifique, base d'une nouvelle ère politique et économique axée sur l'émancipation et la solidarité entre les pays pauvres.

C| L'héritage idéologique de la guerre froide

Durant la guerre froide, la Chine a orienté sa politique extérieure en Afrique en fonction des choix politiques des chefs d'États africains vis-à-vis de Taiwan¹⁷ et ce, à l'encontre des grands principes tirés de la Conférence de Bandung. La Chine a donc adapté son outil diplomatique selon les opportunités offertes par la fin de la guerre froide – parmi lesquelles l'ouverture des marchés – afin de sécuriser son accès aux ressources du continent africain¹⁸.

Après cette esquisse sur la politique africaine de la Chine, abordons à présent la question des relations sino-congolaises avant de s'atteler sur les contrats sino-congolais.

¹⁷ La question de Taiwan ne constitue plus l'élément principal de la stratégie africaine de la Chine. En 1998, l'Afrique du sud a reconnu la République populaire de la Chine et rompu ses relations diplomatiques avec Taipei, même si les liens économiques demeurent étroits. En 2004, le Sénégal a, pour la troisième fois, rétabli des relations diplomatiques avec Pékin, suivi par le Liberia en 2005. La stratégie de marginalisation diplomatique de Taiwan sur le continent africain rencontre donc, comme partout ailleurs, le succès, d'autant que la République populaire de la Chine peut à ce jour jouer, au même titre que Taipei et peut-être mieux en raison de son potentiel économique, de l'argument du chèque, longtemps l'apanage exclusif des autorités taiwanaises.

¹⁸ M. BAL et L. VALENTIN, préc., note 14, 9.

II| PARADE SUR LES RELATIONS SINO-CONGOLAISES

Le Centre d'études chinoises de l'Université de Stellenbosh nous rapporte que c'est en octobre 1960 que la nouvelle République indépendante du Congo-Léopoldville a reconnu la République populaire de la Chine. En février 1961, Kinshasa reconnut la République populaire de la Chine pour, à nouveau, reconnaître le Congo en septembre de la même année. En novembre 1972, les relations furent à nouveau rétablies entre l'ancienne République du Zaïre et la République Populaire de la Chine et sont restées intactes jusqu'à ce jour.

Après le rétablissement des relations bilatérales en 1972, la RDC, anciennement République du Zaïre, a reçu un certain nombre de dons du gouvernement chinois et deux années auparavant, une ferme produisant des récoltes et élevant du bétail fut établie à Ndjli, l'une des communes de Kinshasa. Par ailleurs, un Institut agricole dans la Province de Helei en Chine avait apporté un soutien financier audit projet et envoya des experts agricoles à ladite ferme. L'une des initiatives industrielles chinoises prises dans les années 70 fut la construction d'une usine sucrière à Kisangani, mais qui malheureusement a été détruite lors de la guerre civile. En outre, deux bâtiments très inconnus de la Ville de Kinshasa sont des dons symboliques reconnus du gouvernement chinois à la RDC. Il s'agit, d'une part, du bâtiment abritant l'Assemblée Nationale, construit entre 1975 et 1979 et évalué à 42 millions de dollars à cette époque et, d'autre part, les Stade des Martyrs, avec une capacité de quatre-vingt mille spectateurs, achevé complètement en 1994. Aussi, avant la

signature du projet minier et d'infrastructures entre la Chine et la RDC en 2007 et 2008, il a été créé une Compagnie de télécommunication Chine-Congo en juin 2000 appelée ZTE, entérinée par la signature d'un contrat de partenariat entre le Gouvernement congolais par l'entremise du ministère de postes et télécommunications et ladite Société. Ce partenariat a été financé par la banque EXIM de la Chine. Cependant, la société de télécommunication ZTE n'a pas fait long feu et a vendu sa participation à la société Congo-Chine Telecom et fut rachetée par la société sud-africaine MTN.

On répertorie également, parmi les constructions chinoises en faveur de la RDC, l'hôpital de l'amitié de Ndjili, construit sur fonds du gouvernement chinois par la société *China Tiangsu Construction development compagny*. Ainsi, ce développement nous permet d'examiner, dans les lignes qui suivent, le contrat sino-congolais avant de jauger son impact sur le développement économique de la RDC.

III| REGARD SUR LE CONTRAT SINO-CONGOLAIS

La Chine et la RDC ont toujours entretenu, comme on l'a vu, des rapports diplomatiques qui remontent aux années 70. Cependant, les relations entre ces deux États ont pris un autre tournant caractérisées par la signature d'importants accords au lendemain des premières élections démocratiques en RDC tenues en 2006.

Pour la RDC, ces accords passés avec le groupement d'entreprises chinoises lui offraient indéniablement l'occasion de reconstruire son État terriblement décimé par la guerre civile entre 1998 et 2001. C'est

donc dans ce contexte qu'elle a conclu, en date du 17 septembre 2007 et du 22 avril 2008, respectivement un Protocole d'accord et une Convention de collaboration avec un consortium d'entreprises chinoises en vue de la réalisation des projets d'exploitation minière et d'infrastructures¹⁹. En réalité, le Protocole d'accord du 17 septembre 2007 est la résultante d'une série d'actes qui ont précédé son élaboration.

En effet, dix ans avant la signature dudit Protocole, le traité relatif à l'encouragement et à la protection mutuelle des investissements avait été signé entre les gouvernements congolais et chinois à la date du 18 décembre 1997 à l'aube de la prise de pouvoir par l'alliance des forces démocratiques pour la libération du Congo menée des mains de maître par Laurent Désiré KABILA²⁰. Aussi, des accords de coopération ont été signés les 3/04 et le 7/12/2001 entre la RDC et la Chine. Par ailleurs, des mémoranda d'entente commune et accords sur le financement du développement des infrastructures du Congo ont été signés le 09/08/2007 avec la Sinohydro et le 16/08/2007 avec l'*EXIM Bank* et le 17/08/2007 avec la *China Railway Engeneering Corporation*²¹. Le Protocole d'accord du 17 septembre 2007 a été signé pour la partie RDC par le ministre d'État en charge des infrastructures, travaux

¹⁹ Christian-Jr KABANGE KONGOLO, « Quelques considérations juridiques sur le deal sino-congolais », (2009) *Leganet.cd* 1-14, 1.

²⁰ Cette accord a été signé après la prise de pouvoir par la force de Laurent-Désiré KABILA, surnommé M'ZEE, lequel a mis fin au règne de Mobutu alors Président de la République du Zaïre.

²¹ Wenceslas BUSANE, « Le cadre juridique du programme sino-congolais », (2016) 3 *Dounia*, 124-134, 126, en ligne : <<https://researchgate.net/publication/265480210>> (consulté le 23 août 2019).

publics et construction nationale, en sigle ITPR, alors que le groupe d'entreprises chinoises a été représenté par le Président Directeur Général de la *China Railway Engineering Corporation*, l'une des trois entreprises du groupement. La convention de collaboration du 22 avril 2008 vient quant à elle, préciser le projet mentionné dans le Protocole d'accord, les modalités de sa réalisation ainsi que les droits et obligations des parties²². Avant de nous attarder sur la Convention de collaboration, examinons très rapidement le protocole d'accord.

A| Contenu du Protocole d'accord entre la RDC et le groupement d'entreprises chinoises

Les parties prenantes à ce dit Protocole sont, comme déjà relevé précédemment, la République démocratique du Congo représentée par Monsieur Pierre Lumbi Okongo, Ministre d'État en charge des infrastructures, travaux publics et reconstruction nationale et le groupement d'entreprises chinoises composé de *EXIM Bank of China*, La *China Railway Engineering Corporation* et la Société *SINOHYDRO corporation* représentée par Monsieur Li Changjin, Président directeur général de la *China Railway Engineering corporation*.

Pour l'essentiel, ce Protocole d'accord porte sur la fixation des modalités de coopération de financement pour le développement des infrastructures en contrepartie de l'exploitation des ressources naturelles de la RDC?²³ Dans ce cadre, il a été décidé d'accord parties, de créer ou de constituer en vue de l'exploitation minière une société

²² Article 2 de la Convention de collaboration.

²³ Article 1 du Protocole d'accord.

de joint-venture, en sigle SJV, sous forme de société mixte de droit congolais regroupant d'une part les entreprises chinoises et d'autre part les entreprises congolaises désignées par le gouvernement congolais. En ce qui concerne les travaux d'infrastructures, il importe de relever que le leur financement a été garanti par les concessions minières mises à la disposition de la société de joint-venture par la RDC.

Le plus important à retenir dans la création de la société de joint-venture est la répartition du capital social qui penche sensiblement pour la partie chinoise à concurrence de 68 % contre 32 % pour la RDC. Plus marquant encore, le Protocole d'accord accorde à la partie chinoise le bénéfice de tous les avantages douaniers et fiscaux prévus par le code des investissements et le code minier de la RDC ainsi que les dispositions particulières applicables aux marchés publics à financement extérieur²⁴. De plus, la joint-venture créée bénéficiera, au terme dudit Protocole, de l'exemption des frais et paiement relatifs à la demande, à l'octroi, au transfert et à la cession des droits et titres miniers, des permis de prospection et d'exploitation ainsi que des frais d'entrée à la porte minière et le prélèvement préalable sur la valeur estimative du gisement²⁵. L'accord comporte aussi une clause relative à l'exonération totale au profit de la société de joint-venture, de tous les impôts, droits, taxes, douanes, redevances, directs ou indirects à l'intérieur ou à l'import et à l'export, payables en RDC et ceux liés aux activités minières et au développement d'infrastructures de la société

²⁴ Article 6 du protocole d'accord.

²⁵ Article 6 du protocole d'accord.

de joint-venture. S'agissant de la nature juridique dudit accord, nous y reviendrons dans le point relatif à l'analyse de la Convention de collaboration.

B| Portée de la convention de collaboration

Intervenue quelques mois après la signature du Protocole d'accord, la convention de collaboration du 22 avril 2008 porte sur la réalisation d'un projet d'infrastructures en contrepartie de l'exploitation minière que la RDC accorde au groupe d'entreprises chinoises. Cette convention est en effet liée, d'une manière ou d'une autre, au Protocole d'accord. Elle suscite plusieurs interrogations notamment celles relatives à sa nature juridique et à la complexité des relations qui en découlent.

Les mêmes interrogations ont été formulées par une grande partie de la doctrine à propos du Protocole d'accord. Suivant une certaine opinion, le Protocole d'accord et la convention de collaboration passés par la RDC avec le groupe d'entreprises chinoises sont à regarder comme des conventions internationales qui devraient obéir à la procédure de ratification par le Parlement au sens de l'article 214 de la Constitution de la RDC. En effet, sans vouloir reproduire *in extenso* les prescrits de l'article 214 précité, il est exigé en ce qui concerne notamment les traités de commerce, une ratification ou une approbation en vertu d'une loi²⁶. Cependant, il convient de marteler qu'un tel raisonnement ne s'accommode pas avec la règle de droit

²⁶ Pour plus d'amples détails, il convient de lire l'article 214 de la Constitution de la RDC.

international qui veut que seuls les traités ou accords internationaux passés entre sujets de droit international à savoir entre États ou entre États et organisations internationales, soient soumis à la procédure de ratification par une loi nationale. Ainsi, la procédure de ratification ne saurait faire bon ménage avec les deux principaux accords conclus entre la RDC et le groupe d'entreprises chinoises²⁷. Bien encore, il ne faut pas se méprendre de ranger les contrats sino-congolais dans la catégorie des accords internationaux non soumis à la ratification au sens de l'article 213 de la Constitution. Cet article dispose : « Le Président de la République négocie et ratifie les traités et accords internationaux. Le gouvernement conclut les accords internationaux non soumis à ratification, après délibération en conseil des ministres et en informe l'Assemblée Nationale et le Senat ».

Ce refus d'appliquer aux contrats sino-congolais le bénéfice de l'article 213 de la Constitution de la RDC s'explique par le fait que même s'ils seraient considérés comme tel, il s'agirait alors des accords soumis au droit international public et non à une législation nationale comme c'est le cas pour lesdits contrats²⁸. En outre, plusieurs problèmes de droit se sont posés à la suite de la signature de ces contrats sino-congolais, notamment la question liée à la représentation de la RDC par le seul Ministre des infrastructures et travaux publics. Pourtant, au regard du caractère plurisectoriel et multidimensionnel desdits contrats, il aurait été souhaitable, comme le soutient un

²⁷ C. Jr. KABANGE NKONGOLO, préc., note 19, 1.

²⁸ L'article 21 de la Convention de collaboration dispose que la loi applicable est celle du lieu de l'acte, c'est-à-dire celle de Beijing, lieu de la signature.

auteur²⁹, que la RDC fut représentée par tous les ministres concernés³⁰. Par ailleurs, le contrat aurait dû faire l'objet de l'approbation par le Président de la RDC par ordonnance délibérée en conseil des ministres pour qu'il produise ses effets conformément à l'ordonnance d'organisation et de fonctionnement du gouvernement du 3/09/2007, texte encore en vigueur au moment de la signature de la convention de collaboration intervenue le 22/04/2008. En effet, selon ce texte, l'approbation était exigée pour toute convention de prêt, d'emprunt ou de don engageant l'État. Au demeurant, on note que les contrats sino-congolais sont caractérisés d'une part par la singularité de leur mécanisme et d'autre part par leur complexité³¹.

A propos de leur singularité, précisons que le contrat sino-congolais n'est certes ni le premier, ni unique en son genre. En effet, plusieurs facteurs, notamment l'internationalisation des rapports, la multiplication des rapports contractuels entre les personnes publiques et les personnes privées et le progrès incessant de la technologie, favorisent aujourd'hui l'émergence des techniques contractuelles de loin plus complexes que le modèle classique du contrat. En soi, le contrat sino-congolais s'inscrit dans cette mouvance en présentant des particularités.

Il est singulier en raison du rôle que les États y jouent et de l'objectif poursuivi, à savoir la réalisation d'ouvrages et équipements

²⁹ W. BUSANE, préc., note 21, 3.

³⁰ Puisque le contrat sino-congolais vise également un projet minier, la présence du Ministre des mines aurait été souhaitable.

³¹ W. BUSANE, préc., note 21, 3.

publics. L'État congolais intervient en tant que partie au contrat et cela n'est guère étonnant car, de nos jours, l'État contracte de plus en plus des engagements juridiques aux conditions auxquelles le ferait un particulier. Néanmoins, il demeure une personne juridique spécifique dotée des prérogatives et des moyens qui excèdent ceux de la personne physique³².

Cette affirmation soulève deux problèmes majeurs à savoir d'une part celui de la personne ou de l'organe habilité à agir au nom et pour le compte de la RDC, et d'autre part celui relatif à la détermination des garanties contre les risques d'abus par l'État, de ses prérogatives de puissance publique³³. Il faut dire que l'État chinois n'est pas partie au contrat mais il lui est néanmoins attribué un rôle important dans le processus de son élaboration et de sa mise en œuvre. On peut s'apercevoir que plusieurs clauses du protocole d'accord et de la convention de collaboration ont prévu l'aval ou l'approbation préalable du gouvernement chinois. Ce dernier joue sans nul doute possible, le rôle de protecteur de l'investissement chinois en RDC contre les éventuels abus de ce dernier ainsi qu'un rôle de caution morale³⁴.

³² En droit administratif, les personnes morales de droit public sont dotées d'un droit exorbitant par dérogation au droit commun classiquement appelé « prérogatives exorbitantes de droit commun ou prérogatives des puissances publiques ».

³³ W. BUSANE, préc., note 21, 4.

³⁴ En droit des sûretés, la caution peut être soit réelle, soit personnelle. En faisant allusion à la caution morale, concept qui, du reste, n'est pas reconnu formellement en droit des sûretés, Wenceslas Busane fait certainement allusion à l'idée que pour la partie RCD, le fait d'insérer le gouvernement chinois dans l'accord est une garantie déjà dans sa psychologie de se rassurer des engagements souscrits par le groupe d'entreprises chinoises et donc un moyen de renforcer davantage les relations sino-congolaises. Mais surtout, l'insertion du gouvernement chinois dans le contrat constitue pour le groupe d'entreprises chinoises un bouclier qui le

Aussi, le contrat sino-congolais est encore singulier en raison de l'objectif pour lequel il a été conclu. La démarche suivie dans l'élaboration de ce contrat se démarque, sur certains aspects, des procédés habituels de réalisation des ouvrages ou travaux publics³⁵. En règle générale, lorsqu'elle fait réaliser les ouvrages publics par une tierce personne, la personne publique paye directement le prix convenu. Cependant, on peut constater que tel n'est pas le cas avec le contrat sino-congolais dans lequel il est plutôt prévu que le cocontractant exploite les ressources minières de l'État, en association avec le représentant de ce dernier en vue du financement des travaux publics projetés.

Nous n'allons pas revenir sur la qualité de la personne ou de l'organe qui a engagé la RDC dans ledit contrat car cet aspect a déjà été précédemment développé. En fait, il s'agit d'une situation où l'État congolais ne dispose pas actuellement des fonds pour financer les travaux publics projetés, mais dispose par contre des ressources minières qu'il peut offrir en échange. On passe donc de l'opération classique qui consiste à échanger directement la réalisation des travaux publics contre de l'argent, à une autre variante intermédiaire.

protège dans leur for intérieur au regard des engagements contractuels quand on sait bien que les particuliers sont en principe dans une situation de réelle vulnérabilité face aux personnes publiques à l'instar l'État.

³⁵ Il s'agit selon la jurisprudence de principe d'un travail immobilier exécuté pour le compte d'une personne publique dans un but d'intérêt général ou réalisé par une personne publique pour le compte d'une personne privée dans le cadre d'une mission de service public: Marion UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, 2^{ème} édition, Paris, LGDJ/LexisNexis, 2017, p.89.

Concrètement, c'est la personne publique, en l'espèce l'État congolais, qui est le maître de l'ouvrage, associe le maître d'œuvre à la recherche des moyens de financement des travaux publics. Partant, deux questions majeures peuvent se poser : l'on pourrait d'abord se demander si le procédé instauré par le contrat sino-congolais ne s'apparenterait pas à une variante de la concession de travaux publics. En effet, la concession des travaux publics est en réalité une concession de service public mais dans lequel le concessionnaire ne s'engage pas seulement à faire fonctionner le service, il se charge au préalable de construire lui-même, à ses frais, les ouvrages publics nécessaires à ce fonctionnement. La gestion du service public doit alors lui permettre, tout à la fois, d'en supporter les charges et d'amortir les dépenses de premier établissement des ouvrages qui, en fin de concession, font gratuitement retour au concédant. C'est pourquoi, les concessions des travaux publics sont accordées pour une très longue durée³⁶.

En clair, Wanceslas Busane rapporte que ce procédé consiste, en effet pour la personne publique concédante, à confier au concessionnaire la charge de construire un ouvrage public et de se rémunérer à partir de l'exploitation dudit ouvrage qui fera retour, à la fin de la concession, gratuitement, à la personne publique concédante³⁷. Vu sous cet angle, le procédé du contrat sino-congolais s'apparente à celui de la concession des travaux publics. Dans les deux cas, en effet, le cocontractant de la personne publique participe au

³⁶ Jean RIVERO et Jean WALINE, *Droit administratif*, 21^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2006, p.331.

³⁷ W. BUSANE, préc., note 21, 4.

financement de sa rémunération. Cependant, la différence est que dans le contrat sino-congolais, le cocontractant ne se rémunère pas sur l'exploitation des ouvrages à réaliser mais sur l'exploitation des ressources naturelles.

La seconde question que l'on pourrait soulever est celle de savoir si l'État congolais est en droit d'échanger ses ressources minières contre la réalisation des travaux publics. La réponse à cette question est affirmative car les ressources minières appartiennent à l'État congolais. Cela ressort de la combinaison de deux textes à savoir la loi foncière de 1973 modifiée en 1980 et la Constitution de la RDC. Il est dit clairement à l'article 53 de la loi foncière que le « sol et le sous-sol sont la propriété exclusive inaliénable et imprescriptible de l'État » alors que l'article 9 de la Constitution pour sa part énonce que l'État exerce une souveraineté permanente notamment sur le sol, le sous-sol, les eaux et les forêts, sur les espaces aérien, fluvial, lacustre et maritime congolais ainsi que sur la mer territoriale congolaise et sur le plateau continental. Ainsi, aucun obstacle juridique ne s'oppose donc pour l'État congolais de recourir à cette échange dans le contrat sino-congolais.

Par ailleurs, le contrat sino-congolais se caractérise par la complexité du mécanisme qu'il met en œuvre. En effet, la complexité du contrat sino-congolais tient au nombre et à la nature des opérations juridiques, aux mécanismes institutionnels et aux questions

juridiques³⁸. Les opérations juridiques prévues par le contrat sino-congolais sont, globalement considérées, relatives à la recherche du financement et à la réalisation des infrastructures. Le procédé retenu pour le financement des infrastructures est la constitution d'une société de joint-venture minière. Cependant, même si l'article 1 du Protocole d'accord ne définit pas explicitement l'objet de l'accord comme tel, son article 5 identifie l'activité qui sera poursuivie par la création d'une *joint-venture* minière en l'espèce la société SICOMINES en tant qu'investissement minier³⁹.

Étymologiquement, la *joint-venture*, en sigle JV, est un mot d'origine anglo-saxonne. Il est également employé en français en ces termes : « coentreprise ou entreprise commune ». Sa constitution est faite par deux entreprises ou plus dont la souscription peut se faire à part égale ou non. Elle est conçue comme un mode de gouvernance dans lequel, par des apports de ressources ou par un rachat d'une propriété partielle, deux ou plusieurs firmes indépendantes s'engagent dans une relation d'affaires et partagent la propriété, le contrôle de l'utilisation de ressources et des fruits provenant des transactions réalisées ensemble dans une organisation légale ou indépendante⁴⁰.

La JV est en fait une relation contractuelle de collaboration entre deux partenaires autonomes nouée dans un but économique déterminée, temporaire ou durable et dont l'effet est de donner

³⁸ *Id.*, 5.

³⁹ C. NKONGOLO, préc., note 19, 2.

⁴⁰ PHAN THAN TU, *Les déterminants de l'interruption de la JV internationale dans les pays émergents : cas du Vietnam*, Projet de thèse de doctorat, Faculté de gestion, université de la Méditerranée, Aix-Marseille II.

naissance à une filiale commune détenue et gérée par les deux partenaires dans un rapport d'égalité ou de quasi-égalité ; lesquels partenaires font bénéficier la filiale commune de l'appui technique, financier et/ou commercial de leurs propres entreprises⁴¹.

La *JV* est également considérée comme un groupement par lequel au moins deux personnes ou entités, s'associent selon les modalités diverses, dans le but de réaliser un projet particulier, tout en mettant leurs connaissances et leurs technologies en commun et en partageant les risques et les bénéfices⁴². C'est justement dans cet objectif que la convention de collaboration entre la RDC et le groupe d'entreprises chinoises a prévu la création d'une *joint-venture* en l'espèce la SICOMINES en vue de l'exploitation du projet minier en contrepartie des infrastructures à réaliser. Nous y reviendrons dans le point relatif à l'impact du contrat sino-congolais sur le développement économique de la RDC. Néanmoins, retenons à ce stade que cette *joint-venture* est à prédominance chinoise en ce que la répartition du capital s'est faite à 68 % pour le groupement d'entreprises chinoises et 32 % pour l'État congolais représenté par la Générale des carrières et des mines, en sigle GECAMINES.

En clair, la Convention de collaboration entre la RDC et le groupe d'entreprises chinoises mêle en son sein, contrat d'investissement étranger et contrat de prêt. A l'analyse de ladite convention, il s'en suit

⁴¹ R.C.A. WOLF, « Guide international joint-venture with sample clause », end edition, London, Khwer, 1998, dans John EKINA BONGONGO, *Relance des industries industrialisantes par la formule joint-venture*, Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2015, p.41.

⁴² *Id.*, p.42.

qu'il s'agit bel et bien d'un investissement étranger direct, en sigle I.E.D., défini comme « tout investissement dont la participation étrangère dans le capital social d'une entreprise dans laquelle l'investissement réalisé est au moins égale à 10% »⁴³. Or la partie chinoise détient 68 % du capital de la JV minière ; ce qui conduit à la conclusion selon laquelle il s'agit bien d'un investissement étranger direct.

L'existence d'un contrat de prêt dans les contrats sino-congolais trouve sa consécration en ce que les fonds qui auront servi au financement aussi bien du projet minier qu'à celui d'infrastructures seront remboursés au groupe d'entreprises chinoises à la suite des bénéfices générés par l'activité de la JVM. Il faut dire que c'est à propos de la répartition du capital social dans cette JVM que certaines langues ont pu soutenir que les contrats sino-congolais seraient léonins.

En droit civil congolais des contrats, le décret du 26/08/1959 a introduit dans le code civil livre III, l'article 131 bis qui dispose :

« Sans préjudice de l'application des dispositions protectrices des incapables ou relatives à la validité des conventions, si, par une opération de crédit, d'un contrat de prêt ou de tout autre contrat indiquant une remise de valeur mobilière, quelle que soit la forme apparente du contrat, le créancier abusant des besoins, des faiblesses, des passions ou de l'ignorance du débiteur, s'est fait promettre pour lui-même ou pour autrui un intérêt ou d'autres avantages excédant manifestement l'intérêt

⁴³ Article 2 litera c de la loi n°004 du 21/02/2002 portant Code des investissements de le RDC.

normal, le juge peut, sur la demande du débiteur, réduire ses obligations à l'intérêt normal. La réduction s'applique au paiement effectués par le débiteur à condition que la demande soit intentée dans les trois ans à dater du jour du paiement ».

En droit des sociétés, la clause léonine est celle qui attribue à un associé la totalité du profit procuré par la société ou celle qui exclut totalement du profit ou des pertes un associé ou met à la charge de l'un d'eux, la totalité des pertes⁴⁴. En scrutant le contrat sino-congolais, on peut déceler que rien de tel n'y est stipulé. Certes, en droit des sociétés, contrairement à la sanction que les civilistes attachent à la lésion, à savoir la réduction des avantages à l'intérêt normal pour la RDC ou la rescision pour la France et la Belgique, la clause léonine est réputée non écrite⁴⁵. Ainsi, les inégalités dans la participation au capital social de la *JVM* ne peuvent en aucun cas nous amener à soutenir que le contrat sino-congolais serait léonin.

S'agissant de la valeur dudit contrat en termes de profit pour chaque partie contractante, nous examinerons cette question lors de l'analyse de l'impact des contrats sino-congolais sur le développement économique de la RDC.

⁴⁴ Philippe MERLE et Anne FOUCHON, *Droit commercial : Sociétés commerciales*, 20^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2017, p.69.

⁴⁵ La RDC ayant depuis 2010 ratifié le Traité de Port Louis instituant l'OHADA, il convient de se référer à l'article 54 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

IV| IMPACT DU CONTRAT SINO-CONGOLAIS SUR LE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE DE LA RDC

D'entrée de jeu, il importe de souligner que l'ambition de la RDC d'ici 2030 est de devenir :

- Un pool d'intelligence stratégique dans la région des grands lacs ;
- Une puissance émergente ;
- Et une puissance verte à l'horizon 2030.

C'est dans ce contexte que le gouvernement de la RDC a mis sur pied dans les années 2006, à la veille de la conclusion des contrats chinois, un programme d'action axé essentiellement sur la reconstruction nationale par la dotation de la RDC en infrastructures de base et l'amélioration des conditions sociales et économiques de sa population. Ce programme a été qualifié de « cinq chantiers », s'inscrivant dans ce qu'on a pu appeler « La révolution de la modernité ». Ainsi, l'accord sino-congolais portant sur l'échange des ressources naturelles contre les infrastructures présentait en tant que tel, un atout majeur pour la RDC qui revenait d'une guerre civile sanglante ayant causé plus de cinq millions de morts. Même à ces jours, ces contrats le sont encore.

Par ailleurs, le contrat sino-congolais a soulevé plusieurs inquiétudes notamment en rapport avec le processus d'allègement de la dette de la RDC. En effet, le dossier concernant le point d'achèvement et l'accès à l'effacement de la dette dans le cadre du Club de Paris⁴⁶,

⁴⁶ Le Club de Paris a été fondé en 1956 comme un groupe informel de gouvernements créanciers issus des pays industrialisés les plus importants.

s'est trouvé bloqué pendant presque deux ans. C'est pour cette raison notamment que d'aucuns ont affirmé qu'il ne sert en effet à rien d'effacer la dette existante dans le cadre du programme PPTE (Pays pauvres très endettés), si entre-temps le gouvernement congolais s'engage, à partir des garanties d'État, à rentrer dans un nouveau cycle d'endettement lié aux contrats chinois⁴⁷. Ayant provoqué des remous dans le chef des institutions de *Bretton wood* en l'occurrence le Fond Monétaire International, le contrat sino-congolais a donc fait l'objet de révision au cours des années 2009. Cette révision a pour fondement juridique l'article 24 de la convention de collaboration qui prévoit la possibilité d'un avenant au contrat. C'est donc cette disposition contractuelle qui explique l'ajustement des contrats chinois avec les exigences du FMI. Ainsi, les parties se sont accordées pour supprimer la garantie de l'État dans le projet minier et réduire de neuf à trois milliards de dollars la valeur chiffrée du deal sino-congolais mettant ainsi de côté la deuxième phase du projet d'infrastructures estimée à trois milliards de dollars⁴⁸.

Mais en quoi réellement les contrats sino-congolais profitent-ils à l'économie nationale de la RDC ? Il est certes indiscutable que la Chine a de loin une économie florissante et prospère par rapport à celle de la RDC qui a du mal à se relancer. Cependant, mise à part la rivalité entre la Chine et l'Occident dans la recherche ou la course aux matières premières en Afrique et essentiellement en RDC, le contrat sino-

⁴⁷ Stefaan MARYSE, « Le bras de fer entre la Chine, la RDC et le FMI : la révision des contrats chinois en RDC », (2010) *L'Afrique des Grands Lacs. Annuaire 2009-2010*, 131-150, 141.

⁴⁸ C. NKONGOLO, préc., note 19, 10.

congolais ne présente à première vue aucun inconvénient pour son économie ou pour son développement interne. Cependant, l'effet complémentaire est que le contrat chinois augmente sensiblement les flux d'aide, même s'ils sont sous la forme de prêt, et des échéances de remboursement de 30 ans à des taux de 0,25 % qui sont extrêmement concessionnelles⁴⁹.

La critique que l'on fait au contrat sino-congolais ne se situe pas *a priori* à ce niveau-là mais bien plus dans l'opacité d'un contrat de troc et la complète sous-évaluation de la contrepartie ou de la garantie de ce prêt. En soi, le grand point de discussions en ce qui concerne l'aide chinoise réside dans son effet de concurrence indirecte. En effet, les bailleurs de fonds occidentaux craignent que le gouvernement de la RDC-à l'instar de l'Angola, qui depuis que la Chine lui a permis d'emprunter l'argent contre du pétrole, a décliné l'appui politiquement conditionné par les institutions financières internationales et de la communauté internationale des bailleurs de fonds, relâche les efforts de gouvernance et par conséquent la corruption y reprend de plus belle⁵⁰.

Au-delà de tous ces problèmes que suscite le contrat sino-congolais, la préoccupation majeure de la présente réflexion, est d'évaluer ses retombées au profit de l'économie nationale de la RDC.

En toute évidence, le contrat sino-congolais apporte à la RDC plus de bien que de mal à première vue, car le but pour lequel il a été conclu,

⁴⁹ S. MARYSE et S. GEENEN, préc., note 3, 311.

⁵⁰ *Id.*

à savoir la fourniture d'infrastructures de base (hôpitaux, routes, chemins de fer), est à plusieurs égards salubre. Cependant, plusieurs études et analyses des organisations non gouvernementales locales et des associations sans but lucratif, ont pu démontrer que l'exploitation du projet minier a sensiblement causé des dégâts dans le patrimoine des communautés locales mais encoure plus sur le plan environnemental. En effet, s'agissant de ce dernier aspect, il convient de signaler qu'on répertorie à ce jour dans la province du Haut-Katanga et celle du Lualaba⁵¹, plus de 70 entreprises chinoises qui malheureusement ne respectent pas les normes environnementales. Pourtant, sur le plan environnemental, les ministères chinois du commerce et de la protection de l'environnement ont, en février 2013, rendu publiques les lignes directives sur la protection de l'environnement pour l'investissement et la coopération étrangère. Le but de ces directives est de guider

« [...] les entreprises chinoises à identifier et anticiper les risques environnementaux en temps opportun, de diriger ces entreprises à remplir activement leur responsabilité sociale pour la protection de l'environnement, de construire une bonne image des entreprises étrangères chinoises et soutenir le développement durable du pays hôte »⁵².

⁵¹ Les deux provinces de la RDC constituaient une seule province avant le découpage à savoir la province du Katanga, réputée pour ses richesses minières incommensurables ; ce qui a fait dire à juste titre à Jules CORNET, ce géologue Belge, que le Katanga est un scandale géologique.

⁵² Lignes directives pour la protection de l'environnement de l'investissement étranger et de la coopération, voir en ligne : <<http://english.MOFCOM.GOV.CN>>

La *joint-venture* minière créée dans le cadre de la convention de collaboration entre la RDC et le groupement d'entreprises chinoises est située à 350 km de Lubumbashi aux environs de la ville de Kolwezi précisément à Kapata. L'exploitation minière porte sur deux gisements, à savoir celui de Mashamba-Ouest et de Dikuluwe-Mashamba. En somme, la SICOMINES a commencé à s'installer dans cette partie de la RDC en fin 2012. L'installation de cette compagnie minière a suscité non seulement des craintes dans le chef des communautés locales mais aussi de véritables problèmes qui ont sensiblement changé leur mode de vie à travers les impacts négatifs engendrés sur la vie quotidienne. Outre le non-respect des normes environnementales, au nombre des problèmes que soulève l'implantation de la SICOMINES, on répertorie les problèmes ci-après : l'insuffisance de l'information, de la consultation et de la communication entre la SICOMINES et les communautés riveraines ; les problèmes d'accès et de destruction des champs ; le problème de logement (expulsion des habitants de la ferme Bartelemie Wangiya etc.)⁵³.

Par ailleurs, force est de relever que le projet d'infrastructures peine à décoller dans les autres provinces de la RDC hormis la ville de Kinshasa et la province du Haut-Katanga où quelques bâtiments sont construits par les entreprises chinoises dans le cadre de la convention de collaboration. Dans tous les cas, il reste à espérer, vu la durée dudit partenariat, que le contrat sino-congolais apportera réellement un plus

⁵³ Lire le Rapport réalisé par l'IBGDH « Défis de la protection des droits humains dans le volet minier de la collaboration entre la RD. Congo et le groupement d'entreprises chinoises », Décembre 2014.

dans le développement économique de la RDC, lequel passe notamment par la fourniture en infrastructures de base.

CONCLUSION

Le contrat sino-congolais, qualifié par certains de « contrat du siècle », demeure à ce jour le plus grand contrat de la Chine en Afrique. Loin sans faux, ce contrat a suscité moult interrogations allant jusqu'à le qualifier de « déséquilibré » ou de « léonin » en raison de l'évaluation des obligations contractuelles des deux parties qui s'avèrent disproportionnées. C'est justement dans ce contexte que le volet infrastructure qui, au départ, était évalué à six milliards de dollars, a été réduit de moitié sous la pression exercée par le Fonds Monétaire International.

Pour beaucoup, le contrat sino-congolais demeure un accord occulte dont les objectifs seraient irrémédiablement en défaveur de la RDC. Conclu au lendemain des premières élections démocratiques en RDC, et s'inscrivant dans le projet de société du Président élu à l'issue de ces élections, le contrat sino-congolais présentait donc un intérêt de premier plan pour relancer l'économie de la RDC. Précédé par plusieurs échanges bilatéraux entre la Chine et la RDC, il reste qu'à ce jour, plus de 10 ans après leur conclusion, les contrats sino-congolais continuent à susciter plusieurs interrogations sur leur matérialisation et leur impact sur la vie sociale des congolais dans la plupart des villes de la RDC.

Au demeurant, la présente réflexion s'est essentiellement préoccupée de l'analyse desdits contrats et de leur incidence sur le

progrès économique de la RDC, lequel passe notamment par la reconstruction des infrastructures de base. Pourtant, un constat malheureux se dégage sur terrain notamment dans l'exploitation de la *joint-venture* minière, en l'espèce la SICOMINES, à participation majoritaire chinoise. En tête de liste viennent les problèmes liés au respect des normes environnementales et la violation des droits des communautés locales, sans oublier les conditions de travail déplorables auxquelles sont soumis les travailleurs congolais.

Pour reprendre l'expression d'un auteur, il ne reste pas moins que le contrat sino-congolais peut encore être une opportunité de taille pour le développement économique de la RDC, pour vu que la classe politique dirigeante sache tirer profit de l'intérêt renouvelé pour le pays au bénéfice de sa population⁵⁴.

*

*

*

⁵⁴ S. MARYSE, préc., note 47, 313.

Régime matrimonial de séparation des biens : une injustice subie par la femme en République démocratique du Congo

Junior MUGHO KAHOZI*

RESUMÉ

Le régime de séparation des biens prévu par le Code de la famille congolais est vu comme un régime injuste pour la femme, qui n'a aucune activité lucrative. La voir partir du mariage en cas de dissolution de celui-ci par le fait du divorce et sans une quelconque récompense en fonction des heures qu'elle a consacrées aux travaux ménagers, est injuste. Bien que le code de la famille ait prévu en son sein un dédommagement à l'époux désavantagé par le divorce, dans la pratique aucune décision judiciaire n'a été prise dans ce sens, par aucun tribunal de paix sur les trois que compte la ville de Lubumbashi depuis 2010. C'est pour cette raison que nous proposons que le nombre d'heures que la femme consacre quotidiennement à l'entretien du ménage et aux enfants soit pris en compte par le juge avant de liquider le régime matrimonial pour cause de divorce et surtout si le patrimoine du mari s'est enrichi pendant le mariage grâce au travail domestique de la femme qui lui a permis de faire des économies pour des jours incertains en ce sens-ci que sans l'apport de cette dernière (apports pris essentiellement dans le cadre des travaux ménagers), le patrimoine de l'homme ne saurait être le même.

MOTS-CLÉS :

Séparation des biens – Communauté réduite aux acquêts – Communauté universelle – Gestion des biens – régimes matrimoniaux – Code de la famille

* Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Lubumbashi.

ABSTRACT

The separation of property regime provided for by the family code is seen as an unjust regime for women, who have no gainful activity. To see her leave the marriage in the event of its dissolution by the fact of divorce and without any reward based on the hours she spent on housework, is unfair. Although the family code has provided for compensation to the husband disadvantaged by divorce, in practice no judicial decision has been taken in this sense, by any of the three peace courts. The city of Lubumbashi since 2010. It is for this reason that we propose that the number of hours that the woman devotes daily to the maintenance of the household and to the children be taken into account by the judge before liquidating the matrimonial regime for cause of divorce and especially if the husband's patrimony was enriched during the marriage thanks to the domestic work of the woman which allowed her to save for uncertain days in this sense only without the contribution of the latter (contributions taken essentially in the context of housework), the heritage of man cannot be the same.

KEY-WORDS :

Separation of property - Community reduced to acquests - Universal community - Management of property - matrimonial property regimes - Family code

INTRODUCTION

La Loi n°087-010 du 1^{er} août 1987 telle que modifiée par la Loi n°16/008 du 16 juillet 2016 portant Code de la famille en République démocratique du Congo, organise les régimes matrimoniaux en y consacrant cinquante articles. Le code retient trois régimes qui sont : le Régime de la séparation des biens, le régime de la communauté des biens réduite aux acquêts et le Régime de la communauté universelle (article 487 à 536).

Le Régime de séparation des biens est celui qui s'apparente aux coutumes congolaises. Cependant, il présente quelques inconvénients pour l'un des époux (Femme) en cas de dissolution du mariage par le divorce. En effet, le code de la famille prévoit en son article 581 un mécanisme d'indemnisation pour l'époux désavantagé par le divorce. Cet époux est généralement la femme qui, très souvent, n'a pas d'activité lucrative contrairement à son partenaire homme. Malgré les mécanismes prévus, aucun jugement n'a été rendu depuis 2010 par les tribunaux de paix de Kenya- Katuba, Kampemba-Ruashi et Lubumbashi-Kamalondo, jugement allant dans le sens de dédommager la femme.

Dans cette analyse, notre préoccupation demeure de démontrer l'injustice conjugale créée par ce régime matrimonial. Pour y parvenir, nous nous attelons à rappeler les théories générales sur les régimes matrimoniaux (I) et à analyser le régime de séparation des biens (II) avant de proposer des perspectives de solution et de clôturer par une conclusion (III).

I| NOTIONS GÉNÉRALES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX

Présenter les notions générales des régimes matrimoniaux, c'est donner le sens des mots (A) et les types des régimes matrimoniaux prévus par la législation congolaise (B).

A| Sens des mots

Il sied de préciser le concept régime matrimonial (1) et, son corollaire, celui du contrat de mariage (2).

1| Régime matrimonial

Le régime matrimonial est « l'ensemble des règles relatives à l'administration, à la jouissance et à l'aliénation de tout ce que possèdent les époux et qui soit évaluable en argent, pendant le mariage et après la dissolution de celui-ci »¹. L'on accorde toutefois à admettre que le régime matrimonial constitue l'ensemble des règles de droit s'appliquant aux intérêts pécuniaires des époux². Donc, le régime matrimonial n'existe que dans la consommation du mariage ou d'un contrat de mariage.

2/ Contrat de mariage

Le mariage est « l'acte civil, public et solennel par lequel un homme et une femme, qui ne sont engagés ni l'un ni l'autre dans les

¹ Jean-Pierre KIFWABALA TEKILAZAYA, *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Lubumbashi, Presses universitaires de Lubumbashi, 2013, p.6.

² Alex WEILL, « Droit civil : Les Biens », tome 3, Paris, Dalloz, 1977, dans Jean-Pierre KIFWABALA TEKILAZAYA, *Droit civil : Les biens. Les droits réels fonciers*, t.1, Lubumbashi, Presses universitaires de Lubumbashi, 2004, p.256.

liens d'un précédent mariage enregistré, établissent entre eux une union légale et durable dont les conditions de formation, les effets et la dissolution sont déterminés par la présente loi »³. L'union qui n'a été conclue que selon les prescriptions d'une confession religieuse ne peut produire aucun effet du mariage en droit congolais⁴.

En droit français, Le contrat de mariage est un contrat passé devant le notaire par lequel les futurs époux fixent le régime de leurs biens, soit par préférence au régime de droit commun, soit en adoptant un autre régime matrimonial, et qui peut contenir diverses autres dispositions⁵. Le contrat de mariage désigne aussi bien le *negotium*, par lequel les futurs époux règlent leurs intérêts pécuniaires, que l'*instrumentum*, l'écrit constatant ces conventions⁶.

B| Types de Régimes organisés par la législation congolaise

Le législateur congolais retient **trois régimes matrimoniaux** entièrement et limitativement organisés par la loi qui sont : le *Régime de la séparation des biens (1)* ; le *Régime de la communauté réduite aux acquêts (2)* et le *Régime de la communauté universelle (3)*.

³ Article 330 code de la famille congolais.

⁴ Article 331 code de la famille congolais.

⁵ Georges CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, V° *Contrat de mariage*.

⁶ Yves-Henri LELEU, « Les régimes matrimoniaux. Contrat de mariage et modification du régime matrimonial », t.2, Bruxelles, Ferdinand Larcier, 1999, dans J.-P. KIFWABALA TEKILAZAYA, préc. note 1, p.66.

1| Régime de la séparation des biens

a| Notions

Le régime de la séparation des biens consacre l'existence de deux patrimoines propres formés par tous les biens acquis à titre onéreux ou à titre gratuit par chacun des époux ainsi que par leurs dettes⁷. Dans ce régime, chacun des époux conserve son patrimoine tant en actif qu'en passif, peu importe l'origine de celui-ci, avant, ou pendant le mariage, que ce soit à partir d'actes gratuits ou onéreux. Ce régime a été préféré par la majorité des coutumes congolaises⁸.

Il n'est pas à proprement parler d'un régime matrimonial. Bien plus, il est exactement l'absence de régime matrimonial. On ne marie que les personnes et les patrimoines restent ce qu'ils étaient auparavant, indépendants⁹. Dans le même sens, Carbonnier estime que le régime de la séparation des biens est la négation de tout régime matrimonial car, dit-il, dans ce régime il n'y a pas de ménage faute de véritable vie commune¹⁰.

Précisons qu'un régime matrimonial règle la question de la propriété des biens, et dans le cas d'espèce chacun garde la propriété de ses propres biens.

⁷ Article 505 du code de la famille congolais.

⁸ Voir l'exposé des motifs de la loi congolaise.

⁹ René SAVATIER, « La séparation des biens en droit français », Paris, Dalloz, 1973, dans J.-P. KIFWABALA TEKILAZAYA, préc., note 1.

¹⁰ Jean CARBONNIER, *Les Biens. Monnaie, immeubles, meubles*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.

b) La gestion des biens dans le régime de séparation des biens

Le principe, pour ce qui est de la gestion des biens dans le mariage, est que quel que soit le régime matrimonial qui régit les époux, la gestion des patrimoines commun et propre est présumée être confiée au mari¹¹. Toutefois, les époux peuvent convenir que chacun administre ses biens, en perçoit les revenus et en dispose librement sous réserve de contribuer aux charges du ménage et d'obtenir l'accord de l'autre époux pour les actes importants tels que l'aliénation (vente d'une maison par exemple), la donation, l'emprunt... Tout cela pour empêcher des actes inconsidérés en faveur de tiers ou contre le ménage.

En cas d'une gestion maritale désordonnée, qui met en péril les biens propres de l'épouse (une mauvaise gestion ou une conduite notoire par exemple), le tribunal retirera au mari, à la demande de l'épouse, le bénéfice de gestion pour le remplacer par la gestion séparée¹².

c) Règles applicables au régime de la séparation des biens

Les règles applicables au régime de séparation des biens sont liées au fond (c.1) et à la preuve (c.2).

c.1. Règles de fond

Sous ce régime, tous les biens restent personnels, aussi biens ceux dont chacun des époux avait la propriété lors de la célébration du

¹¹ Article 490 du code de la famille congolais.

¹² Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T.IX - *Régimes matrimoniaux*, 2^{ème} partie, Paris, LGDJ, 1927, p.66.

mariage que ceux qu'il acquiert par la suite, que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit et quelle que soit l'origine des fonds ayant servi à l'acquisition. Et les fruits et revenus produits par les biens personnels d'un époux demeurent aussi propriété exclusive. C'est donc chacun pour soi¹³.

Cependant, ces droits personnels n'excluent pas totalement l'existence d'une indivision entre les époux. Celle-ci peut résulter soit de la volonté des époux, soit de la loi. Ainsi, lorsque les époux achètent ensemble un bien, celui-ci n'est pas dans la communauté mais il est indivis. Il s'agit là d'une indivision ordinaire. Cela a pour conséquence que le partage peut toujours être demandé à tout moment sans qu'il ne soit besoin d'attendre la dissolution du mariage¹⁴.

Le principe selon lequel « *l'accessoire suit le principal* » s'applique aussi aux biens des époux mariés sous ce régime. En effet, lorsque des constructions ont été érigées sur un terrain d'un conjoint mais financées par l'autre époux, ou même lorsqu'elles ont été faites sur un terrain en indivision, les règles de l'accession s'appliquent¹⁵.

c.2. Règles de preuve de propriété des biens

Comme la vie en commun entraîne toujours des confusions des biens des époux, la création volontaire de l'indivision ou le transfert des actifs d'un patrimoine à l'autre crée ainsi des conflits de

¹³ Philippe MALAURIE, *Les régimes matrimoniaux*, 4^{ème} édition, Paris, Cujas, 1999, p.368.

¹⁴ J.-P. KIFWABALA, préc., note 2, p.52.

¹⁵ Voir les solutions des articles 21 et suivants de la loi foncière, voir J.-P. KIFWABALA TEKILAZAYA, préc., note 2, p.198-206.

qualification juridique. Dès lors, la preuve de la propriété des biens et celle de la cause juridique – le mobile – des opérations intervenues entre les époux deviennent des éléments essentiels de ce régime¹⁶.

Au moment de la célébration ou de l'enregistrement du mariage, les époux peuvent établir et remettre à l'Officier de l'état civil un inventaire signé par eux qui précise les biens meubles et immeubles dont ils sont propriétaires avant le mariage. Tant à l'égard de son conjoint que des tiers, un époux peut prouver, par tous les moyens de droit, qu'il est propriétaire d'un bien. La charge de la preuve pèse ainsi sur l'époux qui affirme qu'un bien est sa propriété. Toutefois, la propriété des biens à caractère personnel ne devrait pas être prouvée parce qu'elle est la conséquence même de leur caractère personnel¹⁷.

d| Avantages et inconvénients du régime de la séparation des biens

Aucun texte légal ne souligne les avantages et les inconvénients de ce régime. Mais de ce qui vient d'être dit, nous pouvons dégager les éléments ci-après

Le régime de séparation a pour avantage de stimuler les époux à travailler car la croissance du patrimoine de chaque époux dépend de ses efforts personnels. C'est à raison que le législateur de 2016 a anéanti le régime d'autorisation maritale institué par la Loi de 1987 en privilégiant de s'accorder pour tous les actes juridiques dans lesquels ils s'obligent à une prestation qu'ils doivent effectuer¹⁸.

¹⁶ *Id.*, p.53.

¹⁷ Article 507 du code de la famille.

¹⁸ Article 448 du Code de la famille.

Il est unanimement reconnu que ce régime peut être extrêmement défavorable et même injuste pour l'épouse si celle-ci n'a pas de fortune personnelle et si elle n'exerce aucune activité lucrative propre. Enfin, il est assez remarquable de constater que dans la plupart des pays où le régime de séparation est ou était le régime légal, il a été soit abandonné, soit aménagé de manière à assurer une participation de deux époux aux économies réalisées par eux durant le mariage.

2| Régime de la communauté réduite aux acquêts

Au regard de l'article 516 du code de la famille, le régime de la communauté réduite aux acquêts est composé d'une part des biens propres de chacun des époux et d'autre part des biens communs. Pendant la durée de ce régime, il est important de faire la distinction entre les biens communs (b) et les biens propres (a) afin de savoir lesquels des biens constituent le gage des créanciers des époux .

a| Biens propres

L'alinéa 2 de l'article sus évoqué établit le principe de la détermination de la qualité propre à certains biens, à savoir leur origine étrangère à l'existence de la communauté conjugale. Ainsi donc, sont propres, les biens que chacun des époux possède au moment de la célébration ou de l'enregistrement du mariage ou qu'il acquiert postérieurement au mariage par donations, successions ou testaments. Sont communs et comme tels qualifiés « acquêts », les biens que les époux acquièrent pendant le mariage par leur activité commune ou séparée ainsi que les biens conjointement acquis par les deux époux

par donations, successions ou testaments¹⁹. Les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage en échange d'un bien propre ou avec des deniers propres ou provenant de l'aliénation d'un bien propre sont et restent propre à chacun des époux²⁰ tel qu'en dispose l'article 517 du code de la famille.

b) Biens communs

Sont communs et comme tels qualifiés « acquêts », les biens que les époux acquièrent pendant le mariage par leur activité commune ou séparée ainsi que les biens conjointement acquis par les deux époux par donation, succession ou testaments. Telle est la précision apportée par l'alinéa 3 de l'article 516 du code de la famille. Tout bien est présumé commun si l'un des époux ne justifie pas en avoir la propriété exclusive.

A la dissolution du régime, les biens communs seront partagés tandis que les biens propres seront repris par l'époux auquel ils appartiennent d'où, toute l'importance de la distinction des biens communs et des biens propres.

3) Régime de la communauté universelle

L'article 533 du code de la famille dispose que la communauté universelle comprend tous les biens meubles et immeubles des époux ainsi que leurs dettes présentes et à venir. Dans ce régime, tous les biens meubles et immeubles des époux ainsi que toutes les dettes,

¹⁹ Article 516 du code de la famille congolais.

²⁰ Article 517 du même code.

qu'ils possédaient au moment du mariage ou qu'ils ont acquis après, tombent dans la communauté.

En principe, les époux n'ont pas de biens personnels. Mais à dire vrai, malgré le caractère universel de la communauté, certains biens resteront propres aux époux. Ainsi, il en est :

- Des biens strictement personnels (souvenirs de famille, diplôme, habillement, lettres) ;
- Des biens qui seront attribués ou donnés gratuitement et exclusivement à un époux ;
- Des certaines indemnités, pensions ou rentes strictement personnelles (le capital d'assurance de vie, les indemnités réparant un préjudice physique ou moral, les rentes alimentaires, les pensions de retraite et d'invalidité).

En d'autres termes, tous les biens et toutes les dettes, quelle qu'en soit leur origine, tomberont dans la communauté à l'exception des biens strictement personnels et les droits attachés à la personne.

II| NOTIONS COMMUNES À TOUS LES RÉGIMES

Chaque époux a la pleine capacité juridique ; mais ses droits et pouvoirs sont limités par l'effet du régime matrimonial et des dispositions suivantes : 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183 du code de la famille.

Le régime matrimonial sort ses effets le jour de la célébration ou de l'enregistrement du mariage, et si au moment de la célébration et de l'enregistrement de celui-ci, les époux n'ont pas fait le choix d'un

régime de biens, la loi considère qu'ils sont mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Comment peut-on gérer les patrimoines dans le cadre du régime matrimonial choisi ? Peut-on modifier un régime matrimonial pendant la consommation du mariage ? Si oui, à quel moment peut-on le faire ? Quand prend fin un régime matrimonial choisi par les époux ? Telles sont les différentes questions qui seront répondues en trois points ci-dessous.

A| La gestion des patrimoines (Biens)

Tel que nous l'avons souligné dans le point consacré au régime de la séparation des biens, quel que soit le régime matrimonial choisi par les époux, la gestion du patrimoine commun et propre est présumée confiée au mari, à moins qu'il en ait été convenu autrement. Si la gestion du mari met en danger les biens communs et propres de la femme, l'épouse peut demander au tribunal de paix que le régime de la communauté soit remplacé par le régime de la séparation des biens. Ainsi, la communauté sera divisée par moitié, c'est-à-dire les biens et les dettes.

B| La modification du régime matrimonial

Pendant le mariage et pour le bien du ménage, le régime peut être changé²¹. Le régime peut être modifié une fois durant le mariage et à la demande conjointe des époux. Aussi, la demande doit être motivée d'une façon sérieuse pour l'intérêt du ménage ou à raison d'une modification importante intervenue dans la situation des époux ou de

²¹ C'est le principe de la mutabilité des régimes matrimoniaux.

l'un d'entre eux. Sous les mêmes conditions, les époux peuvent demander non la modification du régime matrimonial, mais la modification du mode de gestion de leurs biens propres ou communs.

Notons que les époux qui avaient opté pour un régime donné lors de la célébration ou de l'enregistrement du mariage sans réellement avoir eu connaissance des méandres et contours dudit régime par la faute de l'Officier de l'état civil, qui n'avait pas bien fait son travail, peuvent, s'ils le veulent et dans l'intérêt du ménage, demander conjointement le changement du régime matrimonial. Dans la pratique, les cas de changement de régime pour cette raison sont cependant rares.

C| La fin du régime matrimonial

Les effets du régime matrimonial prennent fin par : le décès d'un des époux ; le divorce des époux ; le remariage du conjoint de l'absent ; la séparation judiciaire des biens ; l'adoption d'un autre régime matrimonial, etc.

La dissolution du régime matrimonial donne lieu à l'établissement d'un inventaire : chaque époux établit un compte des sommes qu'il doit au patrimoine commun ou, au contraire, que le patrimoine commun lui doit. Chaque époux récupère ses biens propres (s'ils existent). Ensuite, les dettes de la communauté sont payées et le patrimoine restant sera entre époux. Ce partage se fait en principe par moitié, mais les époux peuvent se convenir autrement.

En clair, à la liquidation d'un régime matrimonial, chaque époux récupère ses biens propres et on procède pour les autres au partage par moitié du patrimoine commun.

III| REGIME DE LA SEPARATION DES BIENS, UNE INJUSTICE SUBIE PAR LA FEMME CONGOLAISE

Le régime de séparation des biens était préféré avant l'entrée en vigueur du code de la famille par la plupart des coutumes en République démocratique du Congo. Ce régime est souvent adopté par ceux-là qui se remarient ou qui exercent des professions libérales dans le souci de mettre l'autre conjoint à l'abri des risques financiers que peut encourir un époux dans l'exercice de sa profession. Des personnes unies sous ce régime ont des patrimoines personnels. C'est donc l'union ou la raison patrimoniale qui s'impose sur la passion sentimentale

René Savatier écrit à propos de ce régime que « la séparation des biens n'est pas à proprement parler un régime matrimonial, c'est plus exactement l'absence de régime matrimonial ; on ne marie que les personnes, quant aux patrimoines, ils restent ce qu'ils étaient auparavant, indépendant »²². Abordant dans le même sens, Jean Carbonnier estime que le régime de la séparation des biens est la

²² J.-P. KIFWABALA TEKILAZAYA, préc., note 1, p.51.

négarion de tout régime matrimonial car, dit-il, dans ce régime, il n'y a pas de ménage faute de véritable vie commune²³. Tout en laissant subsister le mariage, la séparation des biens implique alors l'indépendance des patrimoines des époux, une philosophie de séparation générale et totale des avoirs et des dettes.

Quel est alors le contenu du patrimoine du conjoint qui n'a aucune activité lucrative? L'article 550 du code de la famille dispose : « Le régime de la séparation des biens consacre l'existence des deux patrimoines propres formés par tous les biens acquis à titre onéreux ou à titre gratuit par chacun des époux ainsi que par leur dettes »²⁴.

Dans ce régime, il y a stricte indépendance de deux patrimoines qui se manifeste dans la composition tant dans leur actif que dans leur passif. La seule question qui reste posée est celle de savoir : Quid de la situation d'une femme mariée sous le régime de la séparation des biens, qui n'a aucune activité lucrative? Les réponses à ce question nous poussent à localiser le véritable problème (A), le sort des fruits issus de la prestation financière et matérielle des époux (B). De ces acceptions, nous dégagons les perspectives pour solutionner notre problème (C).

A| Localisation du problème

La contribution aux charges du ménage appelle l'attention du législateur contemporain et occupe une place centrale dans tout régime

²³ Jean CARBINNIER, *Droit civil. La famille*, t.2, 18^{ème} édition, Paris, PUF., 1997.

²⁴ Article 550 du code de la famille.

matrimonial. Du fait du mariage, les époux établissent une communauté de vie, une communauté d'existence et le fonctionnement de cette communauté suppose la mise œuvre des moyens matériels et financiers qui devront être affectés aux dépenses de la vie commune sans considération du régime matrimonial choisi par les époux. Chacun d'eux doit assurer la subsistance du ménage présente et future. Car, même si le droit positif des régimes matrimoniaux reste dominé par des règles non sociétaires en raison de la survivance de la coutume dans l'esprit et dans la pratique de nombreux congolais, le législateur du code de la famille s'est efforcé de restreindre le pouvoir de disposition individuelle de chacun des époux sur les biens propres.

Pour éviter que l'exercice abusif de ce droit porte atteinte à la stabilité économique du ménage²⁵, le code de la famille, qui ne définit pas les charges du ménage, se limite à son article 476 alinéa 1 à dire que « ces charges sont celles qui sont nécessaires à l'entretien quotidien du ménage ainsi qu'à l'éducation des enfants »²⁶. Ces charges désignent traditionnellement des prestations en argent ou en matériel comme les dépenses d'aliment, des vêtements, de logement, des mobiliers ménagers, des livres ou des revues de loisir, bref, tout ce dont les époux et leurs enfants ont besoin pour leur vie. Il faudra noter que ces charges du ménage peuvent aussi trouver leur expression dans les travaux de ménages, la participation à la prise des décisions, la conclusion des contrats qui concernent le ménage.

²⁵ TSHIBANGU TSHIASU, *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Kinshasa, Cadicec, 2002, p.21.

²⁶ Article 476 du code de la famille.

B| Prestation financière et matérielle des époux

Les époux ont tous deux l'obligation d'apporter des prestations en argent ou en matériel dont le ménage a besoin. Ils doivent même chercher à réaliser des économies destinées à assurer non seulement leur sécurité commune durant le mariage mais aussi celle du survivant d'entre eux après dissolution de celui-ci par le décès de l'autre.

L'obligation d'apporter au ménage les revenus nécessaires à sa subsistance et de le doter des biens matériels appropriés incombe aux deux époux, mais elle est surtout mise dans la pratique à la charge de l'époux en occurrence le mari qui exerce une activité lucrative. Ceci résulte de l'article 475 du code de la famille selon lequel « Les époux contribuent aux charges pécuniaires du ménage selon leurs facultés et leur état » et l'article 476 précise qu'ils agiront en proportion de la situation respective et des possibilités financières professionnelles de chacun d'eux.

L'époux qui n'exerce pas une profession rémunérée participe aux dépenses du ménage par son activité domestique, c'est-à-dire par son travail ménager, exécuté soit lui-même soit par un personnel rémunéré et qui a trait à l'entretien des membres de la famille et de l'intérieur²⁷. Le travail ménager recouvre une variété d'activités domestiques qui sont exécutées dans l'intérêt du ménage et des enfants (travaux de cuisine, vaisselle, lavage ,jardinage) et qui, dans la pratique, sont accomplis par la femme, mais ni la loi ni la coutume n'interdit au mari d'y contribuer pour alléger leur poids qui pèse sur la femme.

²⁷ TSHIBANGU TSHIASU, préc., note 25, p.23.

En Afrique, malheureusement certains travaux domestiques sont exclusivement réservés à la femme. Nous constatons que la femme d'un homme dont le revenu est élevé a moins de travail que celle d'un homme dont les revenus apparaissent modestes²⁸. Ce constat doit faire réfléchir tous les employeurs qui exploitent leur employé en leur payant de salaire modique en contrepartie des prestations longues et pénibles.

La femme contribue alors aux charges du ménage par les travaux domestiques et il est alors injuste que, mariée sous le régime de séparation des biens, elle parte du mariage, en cas de dissolution de celui-ci par le divorce, comme elle y est entrée main vide alors que de par son activité non lucrative de ménage, elle a contribué à l'enrichissement du patrimoine de son mari quand bien même le code de la famille dispose, en son article 581 qu'

« [E]n tenant compte de toutes les circonstances, le tribunal peut accorder à l'époux désavantagé par le divorce une quotité de biens sur les fonds propres de l'autre époux, indépendamment de la liquidation du régime qui les régissait au moment du divorce, le tribunal décide selon les circonstances de la cause si cette quotité doit être versée en une seule fois ou par fractions échelonnées ».

Il se dégage de cet article que l'époux désavantagé par le divorce doit être dédommagé par le patrimoine de l'autre époux. Or, aucun jugement dans la pratique n'a été rendu dans ce sens depuis 2010 par les trois tribunaux de paix que compte la ville de Lubumbashi (Lubumbashi-Kamalondo, Kampemba-Ruashi et Kenya-Katuba). Quelle

²⁸ *Id.*

est alors les solutions palliatives à cette injustice constatée contre la femme mariée sous régime de séparation des biens ?

C| Perspectives

Traditionnellement, Martens constate que les économistes ont considéré comme productifs les travaux exécutés hors du foyer et comme improductifs ceux exécutés au foyer parce qu'ils ne font l'objet d'aucun échange²⁹, raison pour laquelle la femme ménagère est placée dans la population inactive, alors que le travail ménager revêt une grande importance en ce qu'il permet au couple de réaliser des économies. Si, en effet, les époux ont à leur service une ou deux personnes qu'ils seront obligés de payer mensuellement, cette rémunération entamera sérieusement les revenus affectés à la subsistance du ménage ainsi que les ressources susceptibles d'être économisées.

C'est pourquoi, à l'inverse des économistes traditionnalistes, les économistes modernes commencent à prendre en considération le travail ménager et cherchent même à budgétiser le temps, c'est-à-dire le nombre d'heures que la femme mariée consacre quotidiennement à l'entretien du ménage et des enfants. Cette évaluation s'opère à partir de l'estimation des services extérieurs rémunérés sur le marché de l'emploi ou du travail³⁰.

²⁹ Michel MARTENS, *La valeur économique du travail ménager*, Documents-Cepess, Bruxelles, éd. Bruxelles publisher unknow, 1965, n°2, p.100-106.

³⁰ *Id.*

Le Département d'économie appliquée de l'Université Libre de Bruxelles estime que l'entretien d'un ménage belge moyen vivant dans les conditions moyennes de confort et d'organisation exige une moyenne de 6 heures de travail par jour. Ce temps se répartit approximativement de la manière suivante : 1) Entretien du ménage : 3 heures ; 2) Préparation du repas : 2 heures ; 3) Courses : 1 heure. Ce qui fait un total de 6 heures de travail par jour.

Les enquêtes effectuées en France sur le même sujet donnent des chiffres beaucoup plus élevés et celle entreprise en 1958 en milieu urbain par Alain Girard sur un millier de femmes mariées relèvent que le temps consacré au travail par une femme mère d'un enfant serait de 66 heures³¹ ; les soins du ménage et les obligations professionnelles représentent 77 heures de travail par semaine pour une femme sans enfant et 83 heures pour celle qui a un enfant³². Ces chiffres indiquent que le budget « temps » de la femme mariée des pays développés où les travaux ménagers sont généralement accomplis à l'aide des outils ou équipement appropriés est en chiffres très important. Que dira-t-on alors du budget « temps » de la femme congolaise mère de plusieurs enfants, qui est confrontée aux problèmes d'équipements ménagers et à toute sorte de difficultés ?

Le nombre d'heures qu'elle consacre aux travaux de ménage apparait ignoré ou non comptabilisé par les milieux familiaux³³. Le chef

³¹ Alain GIRARD, « Le budget temps de la femme mariée dans les agglomérations urbaine », (1958) 13-4 *Revue population (Persée)* 591-618.

³² Bernard CAZES, *La vie économique*, Paris, Armand Colin, 1965, p.124.

³³ TSHIBANGU TSHIASU, préc., note 25, p.26.

du ménage (le mari) en profite pour ne rien allouer à la femme en cas de dissolution du mariage par le fait du divorce. Si le nombre d'heures qu'elle consacre au travail ménager étaient prestées au sein d'une entreprise, elle en percevrait en termes d'avantages pécuniaires, un grand salaire.

Ainsi, plutôt que de déconsidérer l'activité domestique de leurs femmes, les hommes (époux) devraient prendre conscience que bien qu'elle soit difficile à comptabiliser, cette activité constitue un grand apport au ménage et permet aux époux de réaliser des économies pour des jours incertains. Les juges devraient, avant de liquider le régime matrimonial pour cause de divorce, penser à dédommager la femme si celle-ci n'a aucune activité lucrative et si le régime des époux était celui de la séparation des biens.

CONCLUSION

La présente étude a traité du régime de séparation des biens comme une injustice subie par la femme congolaise qui n'a aucune activité lucrative dans le mariage. Elle nous a permis, par la force des idées qui y sont avancées, de prendre position pour la femme qui est souvent victime en cas de dissolution par le divorce d'un mariage conclu sur base du régime de la séparation des biens au vu des charges domestiques qu'elle assume et qui permettent au couple de réaliser des économies. Mine de rien, la femme contribue efficacement aux charges du ménage par son travail domestique qui, du reste, est très important. Il est alors injuste de considérer ses travaux ménagers comme

improductifs. Ainsi, il s'avère important de combattre cette injustice qui persiste dans la législation et dans la jurisprudence.

L'article 475 du code de la famille selon lequel « les époux contribuent aux charges pécuniaires du ménage selon leurs facultés et leur état » doit être bien compris des juges appelés à prendre des décisions de divorce. Ces derniers devront prendre en compte le travail domestique de la femme et si possible chercher à évaluer le budget temps de la femme mariée, c'est-à-dire le nombre d'heures que la femme consacre quotidiennement à l'entretien du ménage et des enfants. Cette évaluation devrait s'opérer à partir de l'estimation des services rémunérés sur le marché de l'emploi ou du travail parce que si la femme percevrait un salaire conséquent si le nombre d'heures qu'elle consacre au travail ménager était presté dans une entreprise.

Ainsi, plutôt que de déconsidérer l'activité domestique de leurs femmes, les congolais devraient en prendre compte conscience et la valoriser pour des économies qu'elle permet au couple de réaliser. La liquidation du régime matrimonial par le fait du divorce lorsque les époux sont mariés sous le régime de séparation devra en tenir compte.

*

* *

Recension du « Guide Kandolo. Méthodes et règles de rédaction d'un travail de recherche en droit » de Pierre Félix Kandolo

Blaise BWANGA ANEMBALI*

RESUMÉ

La rédaction des travaux scientifiques constituent parfois un obstacle à l'avancement des recherches dans les institutions d'enseignement supérieur et universitaire. L'on peut paraître intelligent lors des enseignements dans les salles des cours, appliqué dans les séances d'enseignements, clair et concis dans les réponses aux questions que posent les professeurs ou les collègues, mais il reste toujours quelque chose qui remet parfois en cause nos connaissances : c'est la manière de rédiger les textes et la nécessité de donner à ces derniers une couverture scientifique. Comment alors distinguer un texte scientifique avec d'autres écrits ? Quelles sont les règles de rédaction qu'il faut observer pour rendre les écrits acceptables scientifiquement ? Quelle est la méthodologie à suivre pour la rédaction des travaux scientifiques ? Quelle est la forme à donner aux écrits pour qu'ils soient scientifiques ? Les réponses à ces questions trouvent leurs bases dans l'ouvrage que Pierre Félix Kandolo a mis à la disposition des chercheurs, particulièrement des chercheurs juristes. C'est l'intelligence de cet ouvrage de portée scientifique qui est développée dans les pages qui suivent.

* Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Likasi et Secrétaire de la Revue générale de droit et interdisciplinaire de la Faculté de droit de l'Université de Likasi (RGDILI).

I| BIOGRAPHIE DE L'AUTEUR DE L'OUVRAGE

Pierre Félix Kandolo On'ufuku wa Kandolo, l'auteur du " *Guide Kandolo. Méthodes et règles de rédaction d'un travail de recherche scientifique en droit* ", d'un volume de 408 pages, paru dans les Éditions Universitaires Européennes (EUE) en 2018 (ci-après « Guide »), est Docteur en droit (LL.D.) de l'Université de Montréal (Canada). Avant son Doctorat, il est détenteur d'un Diplôme d'Études Approfondies (DEA) en droit public de l'Université de Lubumbashi (R.D.Congo) et de trois Masters dont un en droit international et européen des droits de l'homme de l'Université de Nantes (France) et deux en droits économique sociaux et culturels (DESC) au Collège universitaire Henri Dunant (CUHD) de Genève (Suisse). Il est Agrégé de l'Enseignement secondaire de degré supérieur (AESDS) à la Faculté de Lettres, Département d'Agrégation à l'Université de Lubumbashi (R.D.Congo). Avocat et Conseil près la Cour Pénale internationale (CPI), il est Professeur des Universités attaché à la Faculté de droit de l'Université de Likasi (UNILI) et Doyen de la faculté de droit de l'Université Méthodiste de Kamina. Membre de plusieurs organisations non-gouvernementales et structures de recherche scientifique nationales et internationales, il est initiateur et directeur de la Revue Générale de Droit et Interdisciplinaire de l'Université de Likasi (RGDILI). Il a dans son actif plusieurs ouvrages et articles parus dans les éditions locales et de renommées mondiales et lus même dans les Universités les plus renommées de la planète terre et classés dans le catalogue mondial des livres (worldcat.org).

II| PRÉSENTATION DU GUIDE KANDOLO

C'est parti d'un constat, la rédaction de ce guide est le fruit de l'expérience de l'auteur dans le domaine de recherche. En effet, l'auteur a parcouru le monde pour raison de curiosité scientifique, notamment pour l'obtention de son premier diplôme universitaire obtenu à l'étranger. Une fois à l'extérieur du pays, l'auteur a été plusieurs fois confronté à la multitude de méthodologies face aux enseignements en droit reçus dans les universités congolaises. En effet, d'après les lignes du Guide Kandolo, la méthodologie en droit mise en œuvre dans les universités de la RDC est dépassée et rabaisse davantage le niveau d'enseignement universitaire parce que, non seulement qu'elle ne répond pas au standard international mais aussi, elle paraît inadaptée aux enseignements et aux recherches en droit, destinées aux juristes en formation, humectés des principes et règles qui ne sont pas de leurs domaines notamment des sciences sociales en général ou de la Faculté des lettres. Pour arriver à ce constat, l'auteur fait la comparaison entre les enseignements en droit tels que dispensés dans les Facultés de droit des universités congolaises avec celles européennes et nord-américaines où il est passé dans sa quête du diplôme de doctorat en droit. Il réitère les propos de Jan Gorus, ancien professeur belge, visiteur pour les enseignements de droit international à la Faculté de droit de l'Université de Lubumbashi, prononcé lors d'un colloque tenu à Bruxelles, et disant que

« [...] En République démocratique du Congo, les méthodes de recherche ne sont pas enseignées et ne sont pas mises en pratique par le moyen d'exercices organisés et contrôlés. L'application des règles de droit

à des cas d'espèce est généralement absente des programmes de cours. Pour autant que nous ayons pu le constater, la pédagogie employée vise la reproduction par les étudiants des matières enseignées et néglige le développement du raisonnement juridique »¹.

Ces propos, bien que datant d'il y a plus de dix ans (depuis 1999), demeurent vrais, vérifiables et toujours d'actualité. Ainsi, pour pallier à cette difficulté, l'auteur, soucieux de relever le niveau du moins dans la discipline juridique², nous présente un ouvrage qu'il préfère nommer « Guide Kandolo ». Pour nous, ce Guide est et doit demeurer pour le chercheur/juriste ce qu'est la Bible pour le Pasteur. Il comporte dix chapitres, répartis en trois titres³.

Le premier titre porte sur les règles de présentation matérielle d'un travail de recherche, subdivisé en trois chapitres. Dans ce titre, il est question de l'étude des pages liminaires. Ces dernières sont autrement appelées les pages de l'auteur et elles ne font pas parties du corps du travail. Elles précèdent toujours l'introduction et le travail

¹ Jan GORUS, « Problèmes actuels de l'enseignement du droit au Congo », Coll. « Recherche et documentation juridiques Africaines », Bruxelles, éd. R.D.J.A. ASBL, 1999, p. 24, cité par MBOKO DJ'ANDIMA, « Principes et usages en matière de rédaction d'un travail universitaire », Kinshasa, Cadicec-Uniapac/Congo, 2004, p. 25-26, dans Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, *Guide Kandolo. Méthodes et règles de rédaction d'un travail de recherche en droit*, Beau Bassin (Mauritius), Éditions Universitaires Européennes, 2018, p. 2-3 ; voir également Brozeck KANDOLO WA KANDOLO, *Recension de l'ouvrage Guide Kandolo. Méthodes et règles de rédaction d'un travail de recherche en droit*, en ligne sur léganet.cd et dur <www.bkandolo.centerblog.net>, p.10.

² Il est fort constaté que la méthodologie de recherche et de rédaction en droit est faible comparativement aux sciences sociales qui ont même beaucoup influencé les sciences juridiques à telle enseigne que les chercheurs en droit des universités congolaises ont du mal à se démarquer du modèle de recherches menées en sciences sociales ou des sciences humaines, bien que nous reconnaissons que le droit, en tant que discipline, fait partie de ces dernières.

³ Voir le plan sommaire du Guide Kandolo, *infra*.

proprement dit. Parmi ces pages, nous avons : la couverture, la page de garde, la page de titre, le résumé en langue de rédaction et les mots clés, le résumé de vulgarisation et la vulgarisation de recherche, la table des matières, la liste des tableaux, des figures, des graphiques, des diagrammes, des encadrés et autres documents spéciaux, la liste des sigles, des acronymes et des abréviations, l'*in memorium* et la dédicace, la page dite des remerciements ou de reconnaissance, l'avant-propos, la préface et la postface.

L'auteur nous fait un rappel que la couverture est toujours la page cartonnée où est mentionnée le titre tandis que la page de titre est la page qui suit la feuille vierge autrement appelée « page de garde ». Dans un travail universitaire de genre Travail de Fin de Cycle (TFC), Mémoire, Thèse, ... , la page de titre est celle qui porte plus de détails surtout sur les noms des directeurs et la nature du travail. Il est recommandé que la couverture et la page de titre doivent être exempts de fantaisies inutiles tel que des logos trop gros, des dessins inutiles, des encadrements, des images de fond, ... De même pour l'avant-propos, les remerciements et même la dédicace sont des composantes de même nature qui prêtent confusion à beaucoup de rédacteurs, le « Guide » rappelle que le chercheur ne doit pas les confondre. Chacun de ses éléments a son rôle dans les préliminaires d'un travail scientifique⁴.

Le deuxième point dans ce titre traite de la répartition d'un travail de recherche. Il nous y est rappelé qu'un travail scientifique doit

⁴ P. F. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 1, p.16-39.

se préparer avant la rédaction. Une recherche en droit doit se conformer aux exigences de rédaction scientifique comme dans toutes les autres disciplines. Le rédacteur doit, avant de s'imprégner à la rédaction, savoir localiser l'audience ou le destinataire. Donc le chercheur juriste s'adresse au lecteur juriste pressé⁵, au lecteur juriste formé⁶, ou à toute la société, juriste ou non⁷.

La répartition du travail demande que le rédacteur structure la démarche pour bien atteindre son audience par l'élaboration d'un plan de recherche qui n'est pas à confondre avec le plan de rédaction. Le Guide Kandolo répertorie deux grandes catégories de plan de rédaction : le plan cartésien et le plan analytique.

- *Le plan cartésien*, en vogue dans les pays de droit civil⁸, appelé aussi « plan français » ou « plan descriptif »⁹, est un plan inspiré du *Discours de la méthode* de René Descartes qui propose deux positions dans une réflexion organisée sur une logique binaire. Par exemple : la thèse et l'antithèse, le principal et le secondaire, ... Cette logique binaire porte toujours deux idées principales et deux idées subsidiaires¹⁰. Pour mieux adapter le plan cartésien, certains chercheurs font recours au *plan historique* lorsqu'il s'agit de l'étude de l'évolution d'une institution juridique ou non¹¹ et au *plan logique* lorsque l'aspect historique a moins

⁵ *Id.*, p.41.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*, p.44.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Denis LEMAY, cité par P. F. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 1, p.44.

¹¹ *Id.*, p.47.

d'importance. Dans ce plan, il est plus mis en avant la tendance jurisprudentielle¹².

- *Le plan analytique*, plus en vogue dans les pays de *Common law*, est un plan approprié pour certains sujets à textes courts. Les idées se suivent en fonctions du développement de la rédaction. Il est plus utilisé dans la rédaction des articles des revues scientifiques.

Quant au dernier point du premier titre, le « Guide Kandolo » survole sur de quoi il s'agit quand on parle du travail proprement dit. Il nous est rappelé qu'un travail scientifique est comme toute dissertation composée de trois parties : l'introduction, le corps ou le développement et la conclusion. Aucune analyse scientifique ne peut outrepasser cette démarche.

- *L'introduction* est la partie qui donne l'idée au lecteur de quoi il s'agit dans la suite. Elle oriente et cerne le sujet en présentant la méthodologie de recherche, le questionnement de recherche et les hypothèses, les visées ou les objectifs, les étapes à parcourir ou soit la subdivision du travail¹³, l'état de lieu des recherches sur le sujet en étude.
- *Le corps du travail* porte sur le développement plus détaillé du sujet. Généralement, le corps est reparti selon le type du travail en Titre, Chapitre, Sections, Paragraphes (§), Points (I., 1.), Lettres (A., a.), ..., et l'enchaînement des idées doit être continu et logique sur un support respectant le style de rédaction

¹² *Ibid.*, p.48.

¹³ *Ibid.*, p.53.

conforme au-delà du classique qui observe la règle de grammaire et de rédaction scientifique. Le Guide met un accent sur l'emploi de la ponctuation qui peut, non seulement entacher le raisonnement, mais aussi désorienter les lecteurs et même classer le travail hors contexte. Chacun point de ponctuation a un rôle dans une phrase¹⁴. Il est aussi pareil pour les fautes d'orthographe, les erreurs de saisi et la mauvaise mise en forme qui doivent être éradiqué pas seulement dans le développement mais dans toute la présentation du travail.

Le deuxième titre, lui, traite des règles de références juridiques. Le Guide, à ce niveau, examine ce que le chercheur doit éviter dans sa rédaction et pour une mise en forme de son travail. Il présente aussi les différents styles de citation dans les travaux de recherche en droit rédigés en langue française. Et enfin de compte, il examine les modèles de présentation des notes de bas de pages en fonction du style de citation propre à chaque domaine de recherche.

Dans son premier chapitre autour de l'intégrité dans la recherche, l'insistance est faite, un travail scientifique sans référence témoigne le manque d'intégrité ou d'honnêteté intellectuelles et que le plagiat sous n'importe quelle forme (plagiat simple, autoplagiat ou cyberplagiat), la tricherie et la fraude dans un travail de recherche sont à proscrire de peur de subir des sanctions disciplinaires pour des chercheurs étudiants et pénales pour les chercheurs indépendants¹⁵.

¹⁴ *Ibid.*, p.88-100.

¹⁵ *Ibid.*, p.129-135.

Dans le second chapitre, cinquième du Guide, il est question de l'étude des styles de citation ou de référence.

Le style de citation est, en fait, un modèle de présenter les références ou les sources dans un travail scientifique¹⁶. Il nous est appris qu'il existe environ 8524 styles selon les disciplines, les revues scientifiques et les centres de recherche. Actuellement, une forte tendance se vit de vouloir uniformiser les styles et, ceux les plus utilisés pour la rédaction en français et même dans les travaux présentés dans les hautes écoles universitaires, sont les styles qui tiennent compte du standard international exigés par l'ISBN (International standard book number), en l'occurrence : les styles APA (*American Psychological Association*)¹⁷, Chicago¹⁸, Havard¹⁹, MLA (*Modern Language Association*)²⁰ et l'OSCOLA (*Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities*)²¹, ...

En dépit du fait que le Guide analyse une grande partie de styles les plus en vogue, il propose un style propre au domaine juridique, qui s'appelle « style OSCOLA » tout en excluant pas l'usage d'autres styles des sciences sociales, moyennant leur rapprochement et leur adaptation au style « OSCOLA ». Mais, pour une bonne harmonisation, le Guide propose aux universités congolaises,

¹⁶ *Ibid.*, p.137.

¹⁷ Le Guide nous renseigne que l'APA est plus utilisé pour des travaux de recherche du domaine de sciences sociales.

¹⁸ Le style Chicago est plus usé pour les sciences humaines.

¹⁹ Style approprié pour les recherches en économie.

²⁰ Style conforme pour les recherches en Sciences humaines, surtout dans les études des langues.

²¹ Style standard pour les recherches en droit retenu par le Guide et les Hautes écoles de droit.

particulièrement aux Facultés de droit, d'adopter un modèle standard comme c'est le cas dans les grandes universités de l'Europe et de l'Amérique. Et, le Guide relève aussi des règles à observer dans les références en notes de bas de pages²².

De quoi il s'agit lorsqu'on parle du style « OSCOLA » ? Le style retenu par le Guide Kandolo pour les chercheurs en droit est conçu en 2000 par le Professeur Peter Birks, en consultation avec les étudiants en droit et les professeurs de l'Université d'Oxford. D'abord utilisé dans les journaux de l'Université et dans le *Commonwealth Law journal*, qui a permis au style de prendre beaucoup d'ampleurs et de s'améliorer. Ce style, né depuis bientôt deux décennies, avait subi des révisions en 2002 par le concepteur Birks et en 2004 par Timothy Endicott et Sandra Meredith pour le rendre plus adapté et complet. Ce style, plus répandu dans le réseau francophone, consiste en une présentation complète de notes de référence ou de note de bas de page allant du nom de l'auteur jusqu'au numéro de la page ; non dans le corps du travail mais en notes infrapaginales selon un ordre universel²³. L'auteur du Guide sous recension a daigné adapter le style OSCOLA, d'origine anglaise, au style francophone développé par Didier Lluelles, de l'Université de Montréal. Toutefois, nostalgique des recherches fondamentales, le Guide adapte le style OSCOLA à quelques usages et styles innommés, encore en vrac et sans aucune ligne de conduite, des universités congolaises, Facultés de droit.

²² P.F. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 1, p.151-154.

²³ *Id.*, p.144 et 145.

Quant au dernier point, soit le chapitre 6, le Guide fait mention de comment présenter les notes de bas de page. Ainsi, partant de la présentation des citations issues de la législation nationale, de la jurisprudence nationale, de la doctrine et des sources de droit international, la proposition d'un modèle-type est faite pour une bonne présentation manuelle des sources en note de bas de page et à l'aide d'un logiciel informatique de gestion de sources bibliographique²⁴, il est possible de le faire aussi automatiquement pour plus de précision et de respect de l'emplacement de composant de cette référence.

Pour finir, le dernier titre du Guide étudie la méthodologie de la recherche juridique et cela en quatre chapitres, dont le premier traite du pourquoi du choix du concept « méthodologie », le second traite du positivisme juridique, le troisième traite de l'interdisciplinarité en droit et le dernier, enfin, traite des méthodes complémentaires pertinentes.

Le premier point de titre rappelle l'importance de trouver une méthodologie adaptée pour une bonne recherche. Et dans ce chapitre 7, l'auteur justifie sa préférence de parler de la méthodologie de recherche au détriment des méthodes, terme qui prêtent confusion au lecteur même dans le chef du chercheur. Pour l'auteur, la méthodologie est « un ensemble des méthodes, des techniques et des hypothèses de recherche ». La méthodologie conduit souvent, surtout pour les

²⁴ Le Guide nous dresse une liste de logiciel parmi lesquels il y a « zotero », qu'il a adopté et opté pour sa simplicité et son adaptation pour le style de rédaction de recherche en droit.

recherches de grande envergure, à proposer des modèles ou des théories qui sont suivies par les successeurs²⁵.

Il relève, dans cette partie de l'ouvrage que chaque discipline a ses propres méthodes et techniques, d'où, le chercheur juriste est appelé à connaître les méthodes et techniques adaptées pour son domaine juridique. Le Guide reconnaît qu'il existe plusieurs méthodes juridiques parmi lesquelles la plus dominante (paradigme dominant) se nomme le *positivisme juridique*, autrement appelé la *méthode positiviste juridique*, utilisé comme modèle commun pour solutionner l'ensemble des questions de recherche en droit.

Le second point du titre analyse le *positivisme juridique* ou le paradigme dominant en droit. Le positivisme juridique est une méthode qui limite toute démonstration juridique au seul droit positif et qui insiste sur le fait qu'il n'existe pas un droit en dehors du droit positif²⁶, autrement, le chercheur ne limite ses analyses que sur ce que le droit en vigueur au pays en étude reconnaît et ne va pas au-delà et proscrit toutes interprétations du texte partant des faits sociaux ou même du droit naturel. Toutefois, l'auteur explique que, tout en gardant son autorité dans les recherches juridiques, ce paradigme peut se fondre en deux sous-méthodes : *la méthode positive* et *la méthode normative*. Si, pour la première, la règle du droit est analysée telle qu'elle est établie par la loi et interprétée par la jurisprudence et la doctrine sans la juger ; la seconde permet d'examiner une règle juridique en émettant des jugements de valeur, c'est-à-dire en

²⁵ P. F. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 1, p.223.

²⁶ *Id.*, p. 231.

réfléchissant au-delà de la positivité juridique. Cette méthode, avec ses composantes, sont les mieux adaptées pour une recherche juridique tout en omettant pas que le droit n'exclut pas l'interdisciplinarité pour une recherche épanouie en droit.

Alors que la méthode est en elle-même mal connue des juristes congolais jusqu'à ce jour, la doctrine renseigne que le positivisme juridique sous la forme qu'elle est connue à ce jour est portant né de l'autrichien Hans Kelsen (1881-1973), amélioré par l'anglais Herbert Hart (1907-1992) et tant d'autres juristes qui ont démontré le bienfondé de cette méthode. D'aucuns prétendent que Jeremy Bentham (1748-1832), soutenu aussi par son disciple John Austin (1790-1859), est le premier à user du positivisme juridique vu sa position contre les notions de droit naturel qui ne devrait pas être au-dessus du droit établi et, aussi, du fait de sa théorie volontaire du droit qui stipule que le droit émane d'une autorité temporelle²⁷. Et lorsque nous analysons en détail Bentham et son disciple Austin, nous comprenons bien qu'ils développent un positivisme scientifique qui est étranger à l'idée d'un système de normes, une des missions du positivisme juridique mais qui est une méthode basée sur l'obéissance aux commandements²⁸.

D'après le Guide, l'expression « État de droit » tient de Kelsen²⁹. Le positivisme juridique, d'après son concepteur et ses prédécesseurs, veut donc que le chercheur juriste ne se tienne qu'à la hiérarchie des normes pour assoir ses idées, lesquelles normes sont la

²⁷ *Ibid.*, p. 235.

²⁸ *Ibid.*, p. 237.

²⁹ *Ibid.*, p. 237.

loi ou la jurisprudence. Aujourd'hui, nous pouvons y ajouter toutes les autres sources de droit que nous connaissons vu que le positivisme juridique évolue avec l'évolution du droit lui-même.

Le positivisme juridique est aussi appelé « juspositivisme », totalement différent et qui s'oppose au jusnaturalisme, courant historique de conviction selon laquelle le droit se trouve dans des jus naturels³⁰. Le *juspositivisme* est une méthode appropriée au droit mais très critique parce qu'elle présente des limites et met le chercheur juriste dans beaucoup de cas des impasses. Voilà pourquoi, à cette méthode, il est ajouté un paradigme alternatif, vu que la recherche juridique fait recours à d'autres disciplines pour mieux la saisir, avec le but d'enrichir le positivisme juridique.

Le paradigme alternatif dont fait allusion le Guide est le recours par le juriste à l'interdisciplinarité, approche très développée dans les universités nord-américaines, à l'occurrence au Canada³¹ et occidentales. À ce sujet, le Guide par du constat qu'il n'est plus scientifiquement adéquat et méthodologiquement possible pour un juriste de ne se limiter qu'à l'étude des textes en mettant de côté l'aspect social ou sociologique de la recherche. Il doit, souhaite le Guide, entreprendre des recherches en se procurant des outils des autres disciplines notamment la sociologie, l'économie, la médecine, la psychologie, etc. Il attire l'attention des chercheurs sur le fait que le recours à l'interdisciplinarité ne soit pas une occasion de morceler les résultats de recherche ou de cloisonner les approches à des parties

³⁰ *Ibid.*, p. 244.

³¹ *Ibid.*, p. 247.

relatives aux disciplines d'emprunt : un chapitre relative à la sociologie, un autre à l'économie, un à la médecine, etc. Il s'agit plus précisément d'emprunter les outils de recherche utilisés dans la discipline d'emprunt pour compléter l'aspect positiviste de la recherche, tels l'observation (sociologie, psychologie,...), l'expérimentation (psychologie,...), la quantitative (sociologie, économie, ...), la dialectique, l'historique, etc. Les chercheurs juristes congolais, à l'unanimité, ignorent ou, tout au moins, appliquent mal l'interdisciplinarité dans les recherches juridiques. Cela constitue un défi encore à relever dans nos Facultés.

En dehors du positivisme juridique et de l'interdisciplinarité, le Guide fait recours aux autres méthodes qu'il qualifie de méthodes « apparentées » parce que ces dernières viennent en appui du paradigme dominant développé ci-dessus. Elles créent parfois de similitudes et même de confusion avec le paradigme dominant. Toutefois, un juriste, avant de recourir à ces méthodes complémentaires, doit se positionner préalablement derrière la méthode positiviste juridique. Ces méthodes complémentaires sont :

- *L'exégèse juridique* ou *la méthode exégétique*. Cette méthode permet d'interpréter la loi sans faire recours à la doctrine et à la jurisprudence. Elle est d'usage lorsque le juriste commente, article par article, le texte de loi. En d'autres mots, elle est une explication pour une bonne compréhension du texte. Dans ses origines, l'exégèse était liée à la critique des textes religieux. Le Guide trouve cette méthode dépassée mais pour certains travaux lors de

l'élaboration des codes annotés, elle peut être d'application³² étant entendu que ces derniers commentent le texte de loi, souvent, article par article.

- *L'herméneutique.* C'est une méthode d'interprétation plus ancienne que l'exégèse et la légistique. Mais plus ouverte au critique des textes et très appropriée pour des textes sacrés. L'herméneutique devient juridique lorsqu'il est question de vouloir comprendre un enseignement de droit ou la pratique du droit. Elle est donc très prisée par les praticiens de droit dans le but de comprendre ce qu'est le droit et de donner le sens, l'esprit, l'intention et le contexte dans lequel une loi est adoptée. Cette méthode permet donc au chercheur de comprendre et d'adapter la loi à la réalité sociale³³.
- *La légistique.* C'est la pratique qui permet d'élaborer une marche à suivre avant de rédiger des lois. Autrement dit, c'est l'art de faire de loi. Le guide ne l'accepte pas comme méthode parce qu'elle est plus un art et science qu'une démarche de recherche scientifique³⁴.
- *La méthode comparative.* C'est une méthode applicable, lorsqu'on est en présence d'une étude en droit comparé ou d'une comparaison de systèmes juridiques de nationalités différentes, époques, ... Le but de cette méthode est l'amélioration, l'harmonisation et l'unification du droit³⁵.

Enfin, le dernier chapitre du Guide complète le précédent en ajoutant les méthodes complémentaires pertinentes dans une

³² *Ibid.*, p.269.

³³ *Ibid.*, p.276 et 278.

³⁴ *Ibid.*, p.278-280.

³⁵ *Ibid.*, p.288.

recherche juridique. Ces méthodes ne viennent pas ternir la force du juspositivisme mais approfondir et enrichir le travail. Bien que d'une manière non exhaustive, les méthodes que le Guide fait allusion sont :

- *Le constructivisme ou la méthode constructiviste juridique.* Le constructivisme part aussi de l'épistémologie c'est-à-dire la science de la connaissance totalement contraire. C'est donc une approche sociologique qui permet au chercheur d'étudier les relations sociales à partir de l'hypothèse des êtres humains comme êtres sociaux³⁶. Le constructivisme devient juridique lorsqu'elle assoie les processus d'émergence et d'élaboration des normes nouvelles, et met en exergue le rôle des acteurs non-étatiques et lorsqu'elle permet de refonder le droit par la science juridique. Le chercheur doit avoir l'intention de montrer que certains faits, sociaux ou juridiques, sont ou peuvent être construits juridiquement, en ce sens que les acteurs de la société juridique contribuent à les construire³⁷.
- *La méthode systémique.* Il est question de l'interprétation des textes sur base de système juridique ou selon le domaine juridique. Cette méthode est une méthode extrinsèque, mais d'autant plus fidèle à l'ordre juridique existant qu'elle a pour objet et pour effet d'en renforcer la cohérence et l'harmonie ou de la restaurer, si elle fait défaut³⁸. La méthode a l'avantage d'aller vers plusieurs disciplines juridiques traitant de la question et formant ce que le Guide appelle « le système cohérent des normes ». C'est le cas lorsque le chercheur juriste examine une question de la minorité ; il devra

³⁶ Nicolas Onuf, cité par P. F. KANDOLO, préc., note 1, p. 309.

³⁷ P. F. KANDOLO, préc., note 1, pp. 311-312.

³⁸ *Id.*, p. 315.

obligatoirement la situer en droit civil, en droit pénal, en droit social, en droit commercial, en droit électoral, etc.

- *La méthode systémale.* L'approche systémale va plus loin que celle systémique. La méthode systémale est une approche qui ne vise pas à expliquer les phénomènes sociaux plutôt à tracer une norme juridique. Elle donne le sens réel du droit en étude au-delà du système et marche dans la même logique que l'herméneutique juridique. En somme, cette méthode met en lumière l' « importance qu'il convient d'accorder au contexte pour analyser l'insertion des valeurs dans le droit »³⁹.
- *La rhétorique.* Se basant sur l'argumentateur, l'auditoire et les attentes, la rhétorique est née des débats politiques et des plaidoiries judiciaires de la démocratie grecque ancienne, elle est une méthode de convictions plus utilisées dans le judiciaire comme art de convaincre.
- *La méthode déductive.* Cette méthode consiste à l'analyse du particulier à partir du général, à lire une situation concrète spécifique à l'aide d'une grille théorique générale préétablie⁴⁰. La méthode part trois étapes : l'induction directe, le raisonnement et la vérification⁴¹. Sans ses étapes, la déduction ne peut s'asseoir.
- *La méthode inductive.* Cette méthode analyse le général à partir du particulier ; c'est le contraire de la déduction. C'est la méthode qui

³⁹ Stéphane Bernatchez, cité par P. F. KANDOLO, préc., note 1, p. 318.

⁴⁰ Omar AKTOUF, cité par P. F. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 1, p. 324.

⁴¹ P. F. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 1, p. 326.

recourt le plus souvent à la statistique, au sondage, ... comme technique⁴².

Voilà l'économie en quelques pages du Guide Kandolo. Mais avant de donner les mérites de l'ouvrage de Pierre Félix Kandolo, il nous est important de présenter le plan sommaire pour avoir une idée sur le contenu de l'ouvrage que nous conseillons au lecteur et à tout chercheur juriste ou non de lire absolument.

Plan sommaire du Guide Kandolo

Titre I : Les règles de présentation matérielle d'un travail de recherche

Chapitre 1 : Les pages liminaires

Section 1 : Notions et définition des pages liminaires

Section 2 : Analyse des composantes des pages liminaires

Chapitre 2 : La répartition d'un travail de recherche

Section 1 : Le plan de recherche

Section 2 : Différents systèmes de division d'un plan de recherche

Section 3 : Différence entre plan de travail et plan de rédaction

Chapitre 3 : Le travail de recherche proprement dit

Section 1 : Introduction d'un travail de recherche

Section 2 : Le corps du travail

Section 3 : Conclusion, bibliographie, annexes et autres

⁴² *Id.*, p. 327.

documents spéciaux

Section 4 : L'usage de graphisme, figures, diagrammes, encadrés et tableaux

Section 5: Cas spécial des règles de la forme du manuscrit à soumettre à une revue

Section 6 : L'échéancier pour la rédaction d'un projet de recherche

Titre II : Les règles de références juridiques

Chapitre 4 : L'intégrité dans la recherche

Section 1 : Intégrité intellectuelle, droit d'auteur et propriété intellectuelle

Section 2 : Le plagiat, l'autoplégat et le cyberplégat

Section 3 : La tricherie et la fraude dans un travail de recherche

Section 4 : Les sanctions en cas de plagiat, tricherie et fraude

Chapitre 5 : Les styles de citations en français

Section 1 : Différences entre les styles de références

Section 2 : Le style retenu par ce guide

Chapitre 6 : Présentation des notes de bas de page

Section 1 : Les modes de citation de la législation nationale

Section 2 : Les modes de citation de la jurisprudence nationale

Section 3 : Les modes de citation de la doctrine

Section 4 : Les références aux sources de droit international

Titre III : La méthodologie de la recherche juridique

Chapitre 7 : Choix du concept « méthodologie »

Section 1 : Connaître les techniques de recherche et avancer les hypothèses

Section 2 : Nécessité d'une modélisation de la recherche

Section 3 : Précisions terminologiques

Chapitre 8 : Le paradigme dominant en droit: positivisme juridique

Section 1 : Le positivisme juridique du premier temps

Section 2 : Les générations chez les positivistes juridiques

Section 3 : Définition et affirmation du juspositivisme comme méthode de recherche en droit

Section 4 : La mise en œuvre méthodologique du positivisme juridique

Section 5 : Les limites du positivisme juridique et ouverture vers d'autres disciplines

Chapitre 9 : Le paradigme alternatif : l'interdisciplinarité en droit

Section 1 : L'interdisciplinarité pour enrichir le positivisme juridique

Section 2 : Définition et mise en œuvre de l'analyse interdisciplinaire

Section 3 : Les méthodes apparentées au positivisme juridique

Chapitre 10 : Les méthodes complémentaires pertinentes

Section 1 : Le constructivisme / méthode constructiviste

Section 2 : La méthode systémique

Section 3 : La méthode systématique

Section 4 : La rhétorique comme méthode en droit

Section 5 : La méthode déductive

III| MÉRITES, INNOVATIONS ET NON DITS APPORTÉS PAR LE GUIDE

L'ouvrage, sujet de la présente recension, vaut bien son titre. Il est un instrument qui appelle chaque chercheur, juriste ou non, à le lire et à le relire avant de débiter les premières lignes d'une rédaction à soumettre au public. Il porte donc bien le nom de « Guide » et « Guide Kandolo » parce qu'il oriente le chercheur dans ses recherches et dans sa rédaction. Manifestement, son objectif a été atteint.

Comme il est constaté, le « Guide Kandolo » s'inscrit globalement dans le catalogue de manuel de la méthodologie de recherche en droit, encore boiteuse pour ne pas dire pauvre dans le système éducatif de formation du juriste en RDC. Son contenu poursuit le juriste depuis ses premiers pas universitaires jusqu'à la fin de sa vie professionnelle ou active. Comme l'écrit si bien Brozeck Kandolo, cet ouvrage sert, depuis sa publication, d'outil important de recherche aux étudiants de différentes promotions de tous les cycles, allant du graduat au doctorat et à ceux qui rédigent les travaux de recherche dans toutes les disciplines⁴³.

En tant que juriste formé dans une université locale, chercheur en droit et disciple du Professeur Kandolo, animé du souci de parfaire

⁴³ P.F. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 1, p. 3.

l'œuvre du maître, nous sommes témoins des difficultés que nous-mêmes rencontrons dans nos recherches et que nous constatons dans les travaux des étudiants dans nos universités congolaises. Aujourd'hui, nous sommes fiers d'affirmer, après notre assistanat à côté de l'auteur de l'ouvrage, que le « Guide Kandolo » a résolu, d'une manière claire et pragmatique, plusieurs difficultés majeures, bien qu'il n'a pas développé tous les aspects de la méthodologie.

À sa lecture, l'on sent le souci de l'auteur d'éveiller l'attention des chercheurs sur l'usage des méthodes de recherche utilisées dans d'autres disciplines et n'ayant aucun lien avec les recherches juridiques, même s'il reconnaît que chaque chercheur peut créer sa méthode qui soit susceptible d'obtenir les résultats des recherches entreprises. Toutefois, le droit étant une science à part entière, se doit d'avoir son style de vie propre, c'est-à-dire ses propres méthodes et styles de référence.

L'ouvrage recensé innove dans plusieurs domaines. On le constate lorsqu'on analyse le développement relatif notamment à la couverture, à la page de garde et à la page de titre (A), aux pages liminaires (B), à l'introduction d'un travail de recherche (C), aux méthodes de recherche (D), à la rédaction d'un résumé et d'une conclusion (E), à la rédaction des ouvrages collectifs (F) et aux références et aux notes infrapaginales (G).

A| Couverture, page de garde et page de titre

Selon l'auteur, une page de garde ne doit pas être confondue à celle de titre ou même à la couverture⁴⁴. La page de titre, non pas la page de garde, comme l'enseigne Marc Bailly⁴⁵, doit comporter au minimum les éléments suivants : le titre, le nom de l'auteur, le(s) encadrant(s) éventuel(s), l'intitulé du type de mémoire, le niveau et l'intitulé de la formation et, enfin, l'année universitaire en cours. Mentionner le nom de l'université ou le logo de l'université sur le haut de la page est facultatif selon les universités. Néanmoins, il est important d'éviter beaucoup des fantaisies inutiles sur la couverture que sur la page de titre.

Quant au titre, l'ouvrage répète et annonce le contenu du texte avec le maximum de précision et de concision et, cela, de préférence en minuscule sauf pour les mots importants⁴⁶. La page de garde est la page vide qui précède la page de titre. Elle est aussi mise en fin du travail juste avant la couverture arrière. La couverture quant à elle est toujours cartonnée et est utilisée pour les travaux de grande envergure en format livre.

⁴⁴ Jusqu'aujourd'hui, cette notion est beaucoup confondue suite aux enseignements de l'ancienne école dans nos universités congolaises.

⁴⁵ Marc BAILLY-BECHET, *Rédaction scientifique : articles, mémoires, thèses...*, Communication Scientifique – M2 MIV, Université Claude Bernard Lyon 1, Lyon, Laboratoire de Biométrie et Biologie Évolutive, p.60, en ligne : <<http://pbil.univ-lyon1.fr/members/mbailly>>.

⁴⁶ *Id.*, p.12-14.

B| Pages liminaires

Les pages liminaires sont les pages dites « pages de l'auteur » sur lesquelles l'auteur écrit des textes sans faire mention du travail sauf pour la table des matières que le Guide conseille qu'elle se place en début du travail juste après la page de titre. Les pages liminaires sont facultatives mais obligatoires dans des travaux de grande envergure⁴⁷.

C| Introduction d'un travail de recherche

Dans l'introduction, tout comme il est possible de structurer la masse entière du document à construire dès le départ, il est également important – et même indispensable –, de structurer l'introduction du document. L'introduction doit obligatoirement, au-delà qu'il faille partir de la définition de la thématique, de préciser au maximum le sujet qui sera traité ainsi que la manière dont il sera traité en annonçant le plan, comporter les éléments clés suivants : une approche destinée à retenir l'attention du lecteur, l'objet de l'étude pour permettre au lecteur de comprendre le sujet qu'il a été choisi de traiter, l'intérêt de l'étude qui permet au lecteur de comprendre l'intérêt à traiter un tel sujet, l'annonce de la problématique, l'annonce du plan montrant quel type de plan a été choisi.

C'est dans l'introduction que l'Hexamètre de Quintilien est annoncé et tout ce questionnement trouve ses réponses provisions⁴⁸.

⁴⁷ P. F. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 2, p.14.

⁴⁸ L'hexamètre de Quintilien est le procédé qui permet au chercheur de limiter ou de circonscrire le sujet par un questionnement de départ. Cette Hexamètre est aussi appelé le « QQQQCCP », qui est une abréviation des questions qu'un chercheur doit se poser : « Qui ? Quoi ? Où ? Quand ? Comment ? Combien ? Pourquoi ? » pour

Outre cela, dans l'introduction, il n'est pas bon de définir les concepts méthodes, techniques, problématique et hypothèses comme on le remarque dans beaucoup de travaux académiques. C'est une mauvaise manie, qui n'a pour finalité que de remplir inutilement les pages.

D| Méthodes pour la recherche en droit

Les méthodes en droit sont une épineuse question dans les universités congolaises. Le Guide vient circonscrire le débat. Il est vrai que les chercheurs en sciences sociales et autres sont très évolués alors que les juristes ont tendance à faire du copier-coller sans savoir que chaque domaine a une méthodologie spécifique de recherche et, parfois, sans bien comprendre la signification exacte des méthodes utilisées.

Le Guide dresse une liste des méthodes qui peuvent aider le juriste chercheur à mener à bon escient sa recherche. Aussi, les méthodes telles que l'exégèse, la légistique et l'herméneutique, bien que utilisées en droit comme méthode, le Guide invite le chercheur à les éviter parce qu'inappropriées pour ne pas dire désuètes. Mais la légistique comme méthode peut être acceptée⁴⁹ en ce qu'elle sert à la construction et à la rédaction d'un projet de loi.

résoudre les questions relatives respectivement aux personnes concernées, à la définition du sujet, au lieu, au temps, au déroulement de recherche et les causes ainsi que les conséquences. L'équivalent de cette méthode, en anglais, est ce qu'on appelle le *Five W's* soit le « cinq W » en raison de « *Who ? What ? Where ? When ? Why ?* » ou « *who did what, where and when, and why* » qui veut dire en français : « qui a fait quoi, où, quand et pourquoi ? ». Le *Five W's* est plus utilisé dans le domaine de presse par les agences, nous renseigne le Guide.

⁴⁹ P. F. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 2, p.280.

E| Résumé et conclusion du travail de recherche

Le résumé d'un travail scientifique, qu'il s'agisse d'un ouvrage, d'un article ou d'un travail universitaire doit, indépendamment du texte du travail, se prêter à l'indexation, permettre au lecteur, en peu de mots, de comprendre : le contexte, le problème, la solution proposée, les points clefs de l'argumentation et de la démarche, les perspectives...

La conclusion, elle, est la partie dans laquelle l'apport plus personnel de l'auteur peut être développé. Une page pleine peut suffire⁵⁰ mais tout dépend du volume du travail.

Le principal objectif de la conclusion est de faire le point sur ce qu'était l'idée de départ, et sur ce qui devait être résolu dans le travail. Il est important de rappeler ensuite la définition retenue des concepts utilisés, les liens qui ont été mis en évidence lors de l'étude, les apports conceptuels et méthodologiques du travail réalisé, les limites de l'étude effectuée et les voies de recherche qui n'ont pas pu être explorées, mais qu'il serait intéressant d'observer dans le futur.

On doit obligatoirement trouver dans une conclusion : le rappel de la thématique choisie, le rappel de la problématique observée, l'exposé de la définition des concepts retenus, les liens mis en évidence lors de l'étude, les apports conceptuels, théoriques et méthodologiques du travail, les limites de l'étude, une ouverture vers

⁵⁰ M. BAILLY-BECHET, préc., note 45, p.63.

des voies de recherche futures⁵¹. Le résumé se met en début du travail et la conclusion se place en fin du travail. Toutefois, en début des points important, une introduction y relative peut être faite. Il en est de même pour la fin de tout point important du travail où la conclusion partielle est souvent obligée pour faire un pont entre le point qui finit et celui qui doit être inscrit et développé.

F| Inscription des auteurs sur la couverture et la page de titre

Un travail scientifique peut avoir un ou plusieurs auteurs. Généralement le nombre ne dépasse pas cinq mais seuls le premier et le dernier sont pris en compte. Par exemple en biologie, le premier auteur est considéré comme ayant effectué la majorité du travail et le dernier ayant conçu et dirigé le projet⁵². Par contre, souvent en droit, le concepteur est le premier tandis que le dernier est l'arrangeur du travail.

G| Références, notes infrapaginales ou note de bas de page

Les références permettent de justifier tout fait énoncé, de situer son travail par rapport à la littérature, d'être sûr que ce que l'on fait est original⁵³. Les références se placent le plus tôt possible après l'énoncé du fait en milieu ou en fin de phrase. Il est recommandé de ne citer que ce que l'on a lu bien que dans la bibliographie, il est possible de mentionner des sources consultées mais pas important pour l'objet

⁵¹ Didier ROCHE, *Rédiger et soutenir un mémoire avec succès*, Groupe Eyrolles, Paris, Eyrolles-Éditions d'Organisation, 2007, p.33-34.

⁵² M. BAILLY-BECHET, préc., note 44, p.17.

⁵³ P. F. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 2, p.46.

en étude. Ces références sont indiquées, dans les recherches en droit, en bas de page de tout travail de recherche.

IV| LES TYPES DE TRAVAUX SCIENTIFIQUES ET ACADÉMIQUES

Toute rédaction n'est pas travail scientifique mais un travail scientifique est une rédaction. Voilà pourquoi, il est pertinent de circonscrire le genre de travaux scientifiques : la monographie, le traité, le manuel et le cours, l'ouvrage collectif, les mélanges, les mémentos, les périodiques (la revue, l'article, le journal, le magazine), le compte-rendu ou la recension, les encyclopédies, les dictionnaires ..., sont autant des travaux qui peuvent être qualifiés de « scientifiques ».

Les travaux académiques sont constitués de : travail dirigé (TD), travail pratique (TP), le séminaire, travail de fin de cycle (TFC), Mémoire de 2^e cycle (Licence) et de 3^e cycle (DEA, DES, DESS), thèse de doctorat. Généralement, à l'exception d'un TD, un TP ou séminaire, les autres travaux sont des préalables à l'obtention d'un diplôme universitaire.

Il y a des exigences pour leur présentation et leur acceptabilité.

A| La mise en forme

Une bonne mise en forme se fait sur le format A4, en écriture noir et blanc, une marge de 2.5 cm (haut, bas, droite, gauche), une police de taille 11 ou 12 points, interligne 1.5. Toutes les pages doivent être paginées, tous les tableaux, figures, équations doivent posséder un

numéro pour mieux les situer. La police doit être simple, à l'occurrence le *Times New Roman*, *Georgia* ou *Arial*.

En général, il est recommandé une présentation simple et aérée. Et la citation se fait en simple interligne et hors texte soit en notes de bas de page ; de même pour les références bibliographiques.

Il existe deux types de marges existents : type français et américain⁵⁴. Le style français est recommandé pour les travaux en droit où les phrases du paragraphe commencent en retrait de la ligne au lieu de commencer à la ligne.

B| Styles de citation

Le style de citation permet de bien présenter les références en notes de bas de page selon le domaine.

Le Guide présente le modèle OSCOLA comme approprié pour la recherche juridique⁵⁵. Il est aussi vrai que le modèle APA peut être toléré en fonction de genre de travail. Mais le modèle de présentation proposé par Louis Mpala⁵⁶ et Wenu Becker⁵⁷ n'est pas approprié pour les recherches en droit. Le Guide, par des exemples, présente le modèle

⁵⁴ Mireille BRAHIC, *Mieux rédiger les écrits professionnels. Courriers, messages électroniques, comptes rendus, rapports, analyses et synthèses*, Paris, Eyrolles-Éditions d'Organisation, 2004, p.96.

⁵⁵ P. F. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 2, p.105 et s., 157 et s.

⁵⁶ Louis MPALA MBABULA, *Pour vous chercheur. Directives pour rédiger un travail scientifique suivi de recherche scientifique sur internet*, 4^e édition, Lubumbashi, Ed. Mpala, 2008. Voir également Louis MPALA MBABULA, *Pour vous chercheur. Directives pour rédiger un travail scientifique suivi de recherche scientifique sur internet*, 7^e édition, Lubumbashi, Ed. Mpala, 2014.

⁵⁷ WENU BECKER, *Recherche scientifique, théorie et pratique*, Lubumbashi, Presses universitaires de Lubumbashi, 2004.

pour tout genre d'ouvrage en support papier, électronique ou même en ligne d'une manière totalement différente que Mpala ou Becker. Ces derniers ayant présenté des modèles de leurs disciplines respectives, il serait moins aisé de les importer dans les rédactions juridiques.

C| Nombre des pages de travaux académiques

Si pour les ouvrages et autres travaux similaires le nombre limite des pages n'est pas exigé, pour les travaux académiques, un minimum est exigé pour être accepté. En effet, le nombre des pages d'un mémoire de 1^{er}, 2^e et 3^e cycle varie généralement respectivement entre 30, 50 et 100 pages. Une thèse doit dépasser les 200 pages.

D| Grammaire et conjugaison dans le travail scientifique

Le respect des règles de la ponctuation est très capital dans un texte. Le Guide consacre un nombre important de pages pour orienter le rédacteur sur les exigences et les susceptibilités des règles grammaticales et de ponctuation dans un travail de recherche.

La grammaire nous rappelle qu'une phrase commence par une lettre majuscule et se termine par un point. Ce principe doit s'observer. Cette ponctuation ne peut pas se placer n'importe comment. Le Guide rappelle le sens et le rôle de chaque ponctuation dans un texte scientifique⁵⁸.

Concernant le temps des verbes, il est conseillé d'user le présent dans l'introduction et le développement. L'emploi du passé est approprié pour la citation d'un auteur, pour énoncer l'objectif du

⁵⁸ *Id.*, pp. 88-100.

travail, pour décrire les expériences surtout dans la conclusion. La voie passive est souvent employée quand l'accent veut être mis sur un objet plutôt qu'un acteur. Il est également classique de tempérer ses affirmations, dans la discussion notamment, par des expressions exprimant la possibilité plus que la certitude⁵⁹.

E| Bibliographie

La bibliographie est le répertoire des ouvrages lu dans le cadre de la recherche qu'elles soient mentionnées ou non. Elle se présente en catégorie d'ouvrages et en ordre alphabétique. Elle peut aussi être thématique. La caractéristique distinctive de la bibliographie en droit est qu'elle tient compte de la hiérarchie des normes. Ainsi, le Guide adopte-t-il un ordre suivant dans la présentation de la bibliographie *in fine* : 1) les documents officiels (Constitution, instruments internationaux, lois, actes réglementaires), 2) la jurisprudence (internationale suivie de nationale), 3) la doctrine (monographie, ouvrages collectifs, articles, travaux scientifiques, ...).

F| Évaluation du jury

Le jury prend en compte aussi bien le fond que la forme du travail qui lui est présenté. Il faut donc soigner les deux aspects, et ne pas privilégier l'un au détriment de l'autre en espérant leurrer le jury.

Même si cela peut paraître un lieu commun, rappelons qu'une forme bâclée nuira à un travail de grande qualité, et qu'un contenu faible ne pourra être sauvé par une forme particulièrement soignée.

⁵⁹ M. BAILLY-BECHET, préc., note 44, p.57.

D'où, il faudrait savoir que tout compte pour une bonne évaluation et considération scientifique. Ce qu'il faut également retenir :

1. Penser à la structure avant la forme ;
2. Faire une rédaction pédagogique qui ne s'adresse pas qu'à des spécialistes du domaine et penser à mettre en valeur les principaux résultats ;
3. La présentation doit être logique, non chronologique ;
4. Les noms des personnes utilisées dans un texte ne doit pas être écrits en majuscules sauf pour la première lettre ou la lettre initiale ;
5. Le travail de recherche engage l'auteur et non l'université ou l'opérateur de saisie ou même la maison d'édition. D'où la nécessité de bien le lire et le relire avant de le soumettre pour l'évaluation ou au public ;
6. Dans un texte écrit en français, tous les mots d'une autre langue doivent être écrits en italique. De même pour les mots en notes de bas de pages tels que *Idem, Eadem, Ibidem, Opere citatum,...*;
7. Le titre du travail de grande ampleur s'énonce toujours en minuscule avec la première lettre en majuscule mais ne finit pas par un point. A moins qu'il s'agisse d'un point d'interrogation ;
8. Si nous nous conformons à l'hexamètre de Quintilien, la délimitation spatiotemporelle est insuffisante, il faudrait aller plus loin, en réponse aux questions que suscite cet hexamètre ;
9. Il est proscrit de dire « *la loi stipule* », on dit plutôt « *la loi dispose* » ;

10. Les *errata* (les erreurs d'orthographe ou de dactylographie) et les *addenda* (les ajouts) se déposent en annexe du travail si et seulement s'il ya impossibilité de refaire la correction dans le temps.

CONCLUSION

Il faut retenir pour terminer que chaque discipline a ses propres règles de rédaction et de style des travaux de recherche. Si certaines méthodes peuvent être spécifiques à chaque discipline, les techniques de recherche sont souvent l'œuvre de tous les chercheurs. L'important est d'atteindre les objectifs assignés dès le départ.

L'ouvrage dont recension ci-dessus constitue une bible pour les chercheurs en droit. Ne pas l'utiliser conduirait à faire du n'importe quoi, à rédiger de n'importe quelle manière et à présenter un travail sans norme, lui enlevant tout caractère scientifique.

*

* *

Analyse critique du rôle des juges consulaires et assesseurs dans l'administration de la justice

BANZA MAKANGILA YONA*

RESUMÉ

Dans l'ordre judiciaire de nombreux pays, il existe des juridictions classiques et des juridictions spécialisées. Contrairement aux juridictions classiques, les juridictions spécialisées visent des faits, des matières, des auteurs ou des situations toutes spécifiques. C'est la loi qui les organise et qui détermine les matières de leur compétence.

La présente recherche tend, d'une part, à circonscrire le concept « juridiction spécialisée » et, d'autre part, à dégager les différentes juridictions qui peuvent être qualifiées de « juridictions spécialisées ». Celles-ci seront analysées par opposition aux juridictions ordinaires ou classiques. Toutefois, il sera rappelé que, conformément à la loi qui organise les juridictions spécialisées, une nouvelle catégorie des juges ont apparu aux côtés des magistrats formés dans les Facultés de droit. Ces juges sont appelés tantôt « consulaires » pour certaines juridictions, tantôt « assesseurs » pour d'autres. Mais quel est le rôle que jouent ces deux catégories des juges dans l'administration de la justice ? Pourquoi les appelle-t-on « juges consulaires » pour certains tribunaux et « juges assesseurs » pour d'autres ? Peut-on réfléchir pour une généralisation de leur appellation ? Autant des questions qui appellent le développement de cet article.

* Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Lubumbashi.

MOTS-CLÉS :

Juridictions spécialisées – tribunal de commerce – Tribunal du travail –
Juge consulaire – Juge assesseur – administration de la justice

ABSTRACT

In the judiciary of many countries, there are classic and specialized jurisdictions. Unlike traditional jurisdictions, specialized jurisdictions target very specific facts, perpetrators or situations. It is the law which organizes them and which determines the matters of their competence. This research tends, on the one hand, to circumscribe the concept "specialized jurisdiction" and, on the other hand, to identify the different jurisdictions which can be qualified as "specialized jurisdictions". These will be analyzed as opposed to conventional jurisdictions. However, it will be recalled that, in accordance with the law which organizes the specialized courts, a new category of judges has appeared alongside the magistrates trained in the Faculties of Law. These judges are sometimes "consular" for certain jurisdictions, sometimes "assessors" for other specialized jurisdictions. But what role do these two categories of judges play in the administration of justice? Why are they called "consular judges" for some courts and "assessor judges" for others? Can we think about a generalization of their name? So many questions that call for the development of this article.

INTRODUCTION

La loi organique n° 13/011-B du 11 Avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire nous donne le pourquoi de l'appellation « Juridictions spécialisées ». Dans cette analyse et pour cette catégorie des juridictions, qu'il nous soit permis de parler du Tribunal de travail, du Tribunal de commerce et enfin du Tribunal pour Enfants d'où sort la problématique même de notre travail. D'après cette loi, une juridiction est spécialisée en raison soit de la qualité du justiciable soit en raison de l'âge du justiciable soit encore en raison de la matière à traiter.

Les Tribunaux de commerce et du travail font partie des juridictions spécialisées étant donné qu'elles jugent les matières spécialisées. Leur compétence a un caractère exceptionnel ou spécial et en quelque sorte dérogoire au droit commun. C'est pourquoi, on les appelle les « juridictions spécialisées ». Ainsi, les Tribunaux de commerce et les Tribunaux du travail sont des juridictions spécialisées parce que leur compétence se limite respectivement aux seules matières ayant trait au commerce, au travail et à la sécurité sociale, telles qu'elles sont instituées et organisées par la loi relative à chacune de ces juridictions. Ce sont des juridictions qui ne connaissent que de certaines affaires limitativement énumérées et pour lesquelles un texte spécial leur reconnaît.

Dans la composition de ces Tribunaux, nous avons un Président et des juges qui sont de deux types :

Le premier type est constitué des juges qui sont magistrats de carrière donc ayant fait des études de droit et formés comme magistrats ;

Le deuxième type est constitué des Juges appelés « Consulaires » ou « Assesseurs ». Ces derniers sont aussi de deux types selon la juridiction. Au niveau du Tribunal de commerce, l'on trouve deux « juges consulaires » dans la composition dont un pour l'intérêt des commerçants et l'autre pour l'intérêt des clients. Au niveau du Tribunal de travail, l'on a deux juges assesseurs dans la composition dont un pour l'intérêt des employeurs et l'autre pour l'intérêt des employés.

Il faut noter que l'institution de « juge assesseur » existe depuis l'ancienne loi de 1982 portant organisation et compétence judiciaires. Ce dernier a été habilité à siéger dans les affaires de famille et coutumières uniquement devant le tribunal de paix. Il y a également une autre institution de « juge assumé » qui existe encore à nos jours avec pouvoir de combler la composition d'un tribunal là où les magistrats de carrière font défaut pour composer le siège du tribunal (nombre des juges exigés par la loi). Ces deux dernières catégories des juges n'intéressent pas notre analyse.

Pour appréhender notre analyse, il nous est loisible d'expliquer les concepts constituant notre sujet, c'est-à-dire les magistrats et les juges consulaires ou assesseurs (I). Après cette précision, trois tribunaux où sont affectées ces deux catégories des juges seront examinés : le tribunal du travail (II), le tribunal de

commerce (III) et le tribunal pour enfants (IV). Une conclusion met un terme au présent article.

I| QUELQUES CONSIDÉRATIONS SUR LES CONCEPTS

Qu'appelle-t-on « Magistrat » et qui peut s'appeler « juge consulaire » ou « juge assesseur » ?

A| Magistrats

Sont magistrats d'après l'article 2 de la loi organique n° 13/011-B du 11 Avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire : Le Premier président, les présidents et les conseillers de la Cour de cassation ; le premier président ; les présidents et les conseillers de la Haute cour militaire ; le premier président ; les présidents et les conseillers de la Cour d'appel ; le Premier président, les Présidents et les conseillers de la Cour militaire et de la Cour militaire opérationnelle ; le Président et les juges des Tribunaux de grande instance ; le Président et les juges des Tribunaux de commerce ; le Président et les juges des Tribunaux de Travail ; le président et les juges des Tribunaux militaires de garnison ; le Président et les juges des Tribunaux de paix ; le Président et les juges des Tribunaux militaires de police.

Le Procureur général, les Premiers Avocats généraux et les Avocats généraux près la Cour de cassation ; l'Auditeur général des Forces armées, les premiers Avocats généraux des forces armées et les Avocats généraux des forces armées près la Haute Cour militaire ; le Procureur général, les Avocats généraux et les Substituts du procureur général près la Cour d'Appel ; l'Auditeur militaire supérieur ; les

Avocats généraux militaires et les substituts de l'Auditeur militaire supérieur près les Cours militaires ; le Procureur de la République , les Premiers Substituts et les substituts du Procureur de la République près les Tribunaux de grande instance ; l'Auditeur militaire de garnison , les Premiers substituts et substituts de l'Auditeur de garnison près les Tribunaux militaires de garnison.

De cette énumération, nous constatons que cette loi organique ne fait pas allusion aux magistrats (président et juges) qu'on trouve au Tribunal pour Enfants. L'on se demande si c'est une omission, un oubli ou si ce Tribunal n'est pas à considérer comme les autres juridictions de l'ordre judiciaire ? Pire encore, l'article 6 de cette même loi organique ne cite pas le Tribunal pour Enfants parmi les juridictions de l'ordre Judiciaire. C'est seulement les articles 152 de la loi organique qui font allusion au Tribunal pour Enfants en nous renvoyant à l'article 84 de la Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant. Toutefois, selon la Loi, les magistrats sont donc toutes les personnes nommées en cette qualité et œuvrant dans les juridictions instituées.

B| Juges consulaires ou Assesseurs

Le juge consulaire est élu par le collège électoral à la majorité relative des voix (article 8 de la loi n°002/2001). Sont éligibles aux fonctions de juge consulaire, les congolais âgés de 30 ans au moins et de soixante ans au plus, qui ont pendant cinq ans au moins, honorablement exercé le commerce ou participé soit à la gestion d'une société commerciale de droit congolais, en ce compris les associés des

sociétés à responsabilité limitée, soit à la direction d'une organisation professionnelle ou interprofessionnelle représentative du commerce et de l'industrie ainsi que les cadres supérieurs et conseils juridiques des sociétés ou chambres de commerce¹.

Les juges « consulaires ou assesseurs », sont donc des personnes nommées au niveau du ministère de la justice et ne sont pas magistrats de carrière. Ils proviennent, dans le cas du tribunal de travail, du monde de travail, comme le syndicat des travailleurs, les inspecteurs du travail, ... Pour le monde de commerce, les juges consulaires sont élus par un collège électoral composé de délégués consulaires désignés par les organisations professionnelles légalement reconnues et représentatives du commerce et de l'industrie². Autrement dit, dans le lexique juridique, les juges assesseurs ou consulaires sont des « Juges non professionnels » : citoyens désignés, élus, tirés au sort, selon les cas, qui participent à l'œuvre de Justice aux cotés des magistrats professionnels que nous appelons « juge de carrière ».

II| DU TRIBUNAL DU TRAVAIL

Ce Tribunal est spécialisé du fait qu'il ne s'occupe que des conflits entre employeurs et employés. Les Tribunaux de travail font partie des juridictions de l'ordre judiciaire même s'ils constituent les juridictions spécialisées. Ainsi, selon l'article 6 de la loi organique

¹ LUKOMBE NGHENDA, *Le règlement du contentieux commercial. Les tribunaux de commerce*, t.1, Kinshasa, PFDUC, 2005.

² Article 4 de la loi sur les tribunaux de commerce.

n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire :

"Les juridictions de l'ordre judiciaire sont : les tribunaux de paix, les tribunaux militaires de police, les tribunaux de grande instance, les tribunaux de commerce, les *tribunaux du travail*, les Tribunaux militaires de garnison, les Cours militaires, les Cours militaires opérationnelles, les Cours d'appel, la Haute Cour militaire et la Cour de cassation".

S'agissant de son ressort territorial, le Tribunal de travail est prévu dans le ressort de chaque tribunal de grande instance. Son ressort territorial est donc celui du Tribunal de grande instance dans lequel il a son siège³. Il siège au nombre de trois membres : un président, magistrat de carrière, et deux juges-asseurs dont l'un représente les employeurs et l'autre les travailleurs⁴ avec le concours d'un Officier du ministère public et l'assistance d'un greffier.

Dans sa composition, il faut distinguer les magistrats du siège, le greffier et le ministère public. Pour les magistrats du siège, le Tribunal de travail est composé d'un président, des juges et des juges-asseurs. Les juges et les présidents sont des magistrats de carrière alors que les juges-asseurs ne sont pas des magistrats de carrière, ils appartiennent en principe à des organisations professionnelles, des employeurs et des travailleurs⁵. Toutefois, comme les magistrats de

³ Articles 1 et 2 de la loi n° 016-2002 du 16 octobre 2002 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux du travail, *JORDC*, n° spécial, 25 octobre 2002.

⁴ Article 9 de la même loi.

⁵ Article 3 alinéas 2 et 3 de la même loi.

carrière, les juges assesseurs sont régis par les principes d'indépendance (A) et d'impartialité (B).

A| Indépendance du juge

L'article 3, alinéa 2 de la loi sur les tribunaux du travail dispose : « Le président et les juges sont désignés par le ministre ayant la justice dans ses attributions parmi les juges du Tribunal de grande instance ». Ce qui implique qu'ils sont tenus aux devoirs dont sont soumis, en tant que magistrats, les juges du tribunal de grande instance. Toutefois, la lecture de cette disposition légale nous pousse à remarquer que des juges nommés puissent être indépendants vis-à-vis du ministre de la Justice qui les nomme, autrement dit, du pouvoir exécutif de qui ils obtiennent leur nomination et la fixation de leurs primes.

B| Impartialité du juge assesseur

Les juges assesseurs des Tribunaux de travail (comme les juges consulaires) exercent parallèlement une activité professionnelle. Cette situation peut poser problème au regard de l'impartialité dès lors que les Tribunaux du travail sont composés, outre les juges de carrière, des juges assesseurs composés des représentants d'employeurs et d'employés.

L'appartenance syndicale d'un juge du travail ne constitue-t-il pas un motif de partialité, dans le cas où son syndicat se trouve partie à l'instance ? En droit comparé, en effet, lorsque cette question s'était posée devant la justice belge, le Tribunal du travail de Nivelles répondit

que le juge social « travailleur » garde son impartialité même si sa nomination a été présentée par une organisation syndicale, partie à l'instance, dès lors qu'il n'est pas soumis à aucun lien d'autorité avec cette organisation d'autant plus que sa présence est contrebalancée par celle du juge « employeur »⁶.

Beaucoup d'auteurs ont estimé que l'impartialité du juge de travail peut être plus facilement suspectée dans la mesure où il est élu avec l'appui d'organisations professionnelles ou syndicales⁷. Contrairement à cette opinion et bien qu'ayant reçue la requête qui contestait l'impartialité du Tribunal de travail au motif que celui-ci était composé d'une majorité de juges non-juristes représentant les intérêts des employeurs et des employés⁸, la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg, se fondant sur l'article 6, §1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme, se prononçant sur le fond, estime que cela ne peut pas d'office constituer l'absence d'impartialité⁹.

Les différentes jurisprudences relevées montrent que l'appartenance syndicale d'un juge du tribunal de travail ne crée pas de plein droit la partialité même si le syndicat est partie à l'instance. Mais dès lors que l'on reconnaît le parti pris éventuel de tel juge, nous pensons que l'on pourrait prévoir dans la mesure du possible que les

⁶ Tribunal de travail de Nivelles, 1^{ère} Chambre, 16 avril 2004, (2004) *Journal des Tribunaux* 557-559.

⁷ Henri HELFRE, « Conseils de Prud'hommes : pour en finir avec le Moyen-âge », (1992) 2 *Gazette du Palais* 1550.

⁸ CEDH, 1^{er} juillet 2003, *Kurt Kellerman AB c. Suède* (n° 41579/98), décisions de recevabilité.

⁹ CEDH, 26 novembre 2004, *Kurt Kellerman, AB c. Suède*.

juges du tribunal de travail soient tous des magistrats professionnels qui ont une expérience dans le domaine du travail (formation théorique et pratique). En ce sens, l'on s'exposerait moins à enfreindre l'impartialité qui doit les caractériser. Et d'ailleurs, même les défenseurs les plus acharnés des Conseils de prud'hommes¹⁰ reconnaissent que ses conseillers ne disposent, au moment de leur entrée en fonction, d'aucune compétence particulière dans le domaine du travail et reçoivent une formation par les syndicats, qui les rend encore plus dépendants du système juridictionnel refermé sur lui-même. Ils reconnaissent que l'absence de magistrat professionnel pourrait créer problème face au principe d'impartialité.

III| TRIBUNAL DE COMMERCE

Il est indiqué de commencer par affirmer qu'en RDC et dans d'autres pays d'Afrique où les tribunaux de commerce ont été introduits et installés, les législateurs ont vite fait leur choix en adoptant, pour les tribunaux de commerce, la mise en place de magistrats de carrière et des professionnels.

L'article 2 de la loi n°002/2001 du 3 juillet 2001, porte que tout tribunal de commerce est une juridiction de droit commun siégeant au premier degré et composée de juges permanents qui sont des magistrats de carrière et des juges consulaires, et l'article 3 ajoute

¹⁰ Jean-Pierre MARGUENAUD et Jean MOULY, « L'impartialité des juridictions du travail devant la Cour européenne des droits de l'homme », (2005) *Droit social*, Dalloz, 803, 31 juillet 2019, en ligne : <halshs-02198670> (consulté le 20 septembre 2019).

que « le tribunal de commerce siège au nombre de trois juges dont un permanent et deux consulaires »¹¹.

Le Tribunal de commerce fait partie des juridictions de l'ordre judiciaire même s'il est spécialisé car l'article 6 de la loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'ordre judiciaire déclare l'énumère parmi les autres juridictions. Il est spécialisé en raison des litiges spécifiques liés aux actes de commerce ; il est compétent pour juger en première instance, les affaires commerciales. Il faut entendre par là le jugement des affaires relatives aux actes de commerce (achat de marchandises pour les revendre, lettres de change, opérations de banque, etc.). Comme on peut le remarquer, il s'agit des matières particulières, spécialisées et exceptionnelles.

Quel est le siège de ce tribunal ? A-t-il la même composition que le tribunal du travail ? Et les juges assesseurs sont-ils tenus au principe d'impartialité ? Telles sont les questions qui trouvent leur réponse dans le développement ci-après.

A| Siège

Le Tribunal de commerce siège au premier degré. Son siège ordinaire et son ressort sont ceux du tribunal de grande instance¹². Il

¹¹ LUKOMBE NGHENDA, préc., note 1, p. 42.

¹² Articles 1 et 2 de loi n° 002-2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce, *JORDC*, n° 14, 15 juillet 2001, p. 4.

siège au nombre de trois juges dont un permanent et deux consulaires¹³.

B| Composition

Le Tribunal de Commerce est composé des magistrats du siège, du greffe et du ministère public. Comme magistrats de siège, la loi cite : un président constitué principalement des juges permanents qui sont des magistrats de carrière et des juges consulaires (qui ne sont pas des juristes)¹⁴.

Le juge permanent préside la chambre lorsqu'il s'agit des affaires qui touchent à l'ordre public. Il s'agit notamment des faillites et concordats judiciaires, des contentieux relatifs au contrat de société, des actions en matière de concurrence déloyale, des contestations relatives aux affaires dans lesquelles un ou plusieurs défendeurs ont été caution ou signataires d'un chèque bancaire, d'une lettre de change ou d'un billet à ordre.

Le Tribunal de commerce est présidé par un magistrat du siège appartenant au corps judiciaire désigné et, le cas échéant, relevé de ses fonctions par le ministre de la Justice¹⁵. Les juges consulaires sont élus, pour une durée de deux ans pour le premier mandat et quatre ans pour les mandats suivants, par un collège électoral composé de délégués consulaires désignés par les organisations professionnelles légalement

¹³ Article 3 alinéa 2 de la même loi.

¹⁴ Article 3 de la loi précitée.

¹⁵ Article 2 alinéa 2 de la loi précitée.

reconnues et représentatives du commerce et de l'industrie¹⁶. Le Tribunal de Commerce comporte au moins deux chambres.

La lecture combinée des articles 3 et 4 de la loi n° 002/2001 du 3 juillet 2001, fait dégager que selon le législateur congolais, chaque tribunal de commerce a deux chambres, la chambre des matières de droit privé et la chambre des matières d'infractions à la législation économique et commerciale. Chaque chambre comprend trois juges dont un juge de carrière dit juge permanent qui la préside, et deux juges consulaires, Ces deux derniers « sont élus »¹⁷. Le cœur de la spécificité des juridictions consulaires réside dans son processus de recrutement résultant de l'élection¹⁸.

Il nous semble que ces juges consulaires ne seraient pas indépendants vis-à-vis de leurs électeurs (mandants) et il y aurait risque d'intrusion de la politique dans le prétoire : la justice n'y gagnerait ni en sérénité, ni en considération¹⁹. Aussi, l'élection ne permettrait pas de recruter « les juges » ayant nécessairement des connaissances juridiques car les juges consulaires élus auraient tendance à juger en équité, une notion arbitraire, plutôt qu'en droit. Or, la montée de l'équité est le signe de l'ignorance du droit.

¹⁶ Article 4 de la même loi.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ LUKOMBE NGHENDA, préc., note 1, p.71.

¹⁹ André POUILLE, *Le pouvoir judiciaire et les tribunaux*, Paris, éd. Masson, 1985, p.198.

C| Impartialité du juge consulaire et le problème de sa récusation

Les jugements des Tribunaux de commerce sont rendus par le siège composé d'un juge permanent (juriste) et de deux juges consulaires (commerçants, non juristes). Dès lors, l'on peut se demander de l'objectivité que les juges consulaires (commerçants) doivent avoir lorsqu'ils sont appelés à juger des commerçants comme eux, c'est-à-dire de la même profession, et donc éventuellement leurs concurrents ou amis. D'ailleurs le procureur général près la Cour de cassation belge a dénoncé une confusion des genres : comment un juge peut-il s'aviser d'être donneur de conseils pour assister le chef d'entreprise dans sa gestion, tout en restant un juge qui, au bout de la chaîne, sera peut-être conduit à prononcer la faillite du commerçant qu'il a aidé pendant un temps ?²⁰. En d'autres termes, le juge consulaire, du fait de son appartenance à une profession, n'a pas cette impartialité qui est le propre de la fonction de juger. Et c'est à bon droit que Roger Perrot affirme : « [...] Il est bien certain que les juges consulaires, du fait des responsabilités souvent importantes qu'ils assument au sein de leur profession, sont exposés plus sans doute que des juges de carrière, au risque d'être influencés malgré eux par des considérations extérieures »²¹.

Sur ce point, les enseignements du droit français nous semblent éloquents. En effet, lors des travaux de la Commission

²⁰ Ernest KRINGS, « La juridiction consulaire et la situation économique », (1979) *Journal des tribunaux* 533 et s.

²¹ Roger PERROT, « La justice dans la tourmente et l'avenir des juridictions consulaires », (1997) *Journal des tribunaux*, 517.

d'enquête parlementaire sur les tribunaux de commerce, le Procureur de la République d'Auxerre, Jacques Gazols, avait révélé que le tribunal de commerce ressemble à un « club d'amis » et craignait que cela ne devienne un lieu d'élimination non seulement des entreprises défailtantes, mais aussi des concurrents potentiels²².

Ces éléments montrent que de tels juges auraient difficile à sauvegarder leur impartialité. Cette absence d'impartialité serait donc inévitable pour les juges des tribunaux de commerce de la République démocratique du Congo.

Quant à la composition de ce Tribunal, elle est *mutatis mutandis* pareille à celle du tribunal de travail, sauf que les juges consulaires proviennent de la Fédération des Entreprises du Congo (FEC) et, eux aussi, ne sont pas magistrats de carrière.

Les juges consulaires peuvent-ils faire l'objet du déport (abstention) ou de la récusation ? La récusation a pour effet, non pas de dessaisir le tribunal de commerce, mais d'obtenir l'abstention du juge consulaire concerné. L'article 16 de la loi n° 002/2001 dit que le juge permanent ou consulaire peut se déporter ou être récusé dans les mêmes conditions que celles prévues par le code de l'organisation et de la compétence judiciaires. Et, à cet égard, il est indiqué de rappeler les règles que pose ledit code précité. L'article 71 de celui-ci porte que tout juge peut être récusé pour l'une des causes énumérées limitativement ci-après :

²² Raphaëlle BACQUE, « Les tribunaux de commerce mis à nu par une enquête parlementaire », (1998) *Le Monde* 6.

- 1) si lui ou son conjoint a un intérêt personnel quelconque dans l'affaire ;
- 2) si lui ou son conjoint est parent ou allié soit en ligne directe, soit en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclusivement de l'une des parties, de son avocat ou de son mandataire ;
- 3) s'il existe une amitié entre lui et l'une des parties ;
- 4) s'il existe des liens de dépendance étroite à titre de domestique, de serviteur ou d'employé entre lui et l'une des parties ; 5) s'il existe une inimitié grave entre lui et l'une des parties ;
- 6) s'il a déjà donné son avis dans l'affaire ;
- 7) s'il est déjà intervenu dans l'affaire en qualité de juge, de témoin, d'interprète, d'expert ou d'agent de l'administration ou d'avocat ou de défenseur judiciaire ;
- 8) s'il est déjà intervenu dans l'affaire en qualité d'officier de police judiciaire ou d'officier du ministère public²³.

Donc, il faut retenir que le juge consulaire peut se déporter comme il peut être récusé si l'une des causes énumérées ci-dessus est remplie dans son chef.

IV| TRIBUNAL POUR ENFANTS

Comme pour les deux premiers tribunaux, l'analyse de ce tribunal nous permet de dégager son siège et sa composition.

²³ LUKOMBE NGHENDA, préc., note 1, p. 134.

a) Sièges et Composition :

Ce tribunal est compétent à l'égard des personnes âgées de moins de 18 ans²⁴. Il est composé d'un Président et des Juges, tous affectés par le Conseil supérieur de la magistrature parmi les magistrats de carrière spécialisés et manifestant de l'intérêt dans le domaine de l'enfance²⁵.

Partant de l'article 88 de la Loi portant protection de l'enfant, on se pose quelques questions de savoir : - Que devons-nous entendre par « magistrat de carrière spécialisé » et un « magistrat manifestant de l'intérêt dans le domaine de l'enfance » ? - Que devons-nous entendre par « juge assesseur » ?

Qui dit Officier du ministère public dit magistrat et qui dit « spécialisé » dit celui qui s'est cantonné ou donné dans une branche spéciale d'études dans le domaine de l'enfant. Or sur terrain, les juges qui sont affectés au Tribunal pour enfants, pour la plupart, n'ont jamais fait d'études approfondies dans le domaine du droit de l'enfant ; nombreux sont ceux qui manifestent juste un intérêt dans ce domaine. Mais on se demande si l'intérêt à lui seul suffit pour qu'on soit nommé juge d'enfants.

La matière d'enfance est une matière très sensible, qui nécessite une spécialisation des personnes pour la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant. La notion de manifestation d'intérêt

²⁴ Article 94 de la Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant.

²⁵ Article 88 de la même loi.

dans le chef du magistrat évoquée à l'article 88 est aussi douteuse que complexe. En effet, il est difficile d'en trouver et, pour cela, le Tribunal pour enfants ne doit pas être comparé aux deux juridictions précédemment citées où nous trouvons les juges consulaires qui sont des personnes qui proviennent de la carrière des matières traitées devant les juridictions dans lesquelles ils sont affectés.

Il faut noter que les juges assesseurs ne sont pas les seuls à œuvrer pour la protection de l'enfant. Les articles 74, 75, 83 et suivants de la Loi n°09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant énumèrent les organes de protection sociale de l'enfant, généralement gérés par des personnes non juristes et parfois n'ayant aucune formation spéciale sur les droits de l'enfant. Nous trouvons : Le conseil national de l'enfant ; Le corps des conseillers d'orientation scolaire et professionnelle ; Le corps des Assistants sociaux ; La brigade spéciale de protection de l'enfant ; Le corps des inspecteurs du Travail ; Le corps des inspecteurs de l'enseignement primaire, secondaire et professionnel ; Le comité national de lutte contre les pires formes de travail des Enfants ; Les organismes et institutions agréés de la société civile du secteur de l'enfant ; Le parlement et les comités des enfants.

Nous proposons que de ces différents organes soient désignés des juges assesseurs pour le Tribunal pour enfants, le tout, dans l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est pourquoi, l'État doit s'assurer de la formation des personnes nommées dans ces organes. Et, avant leur désignation pour assumer les fonctions du juge assesseur, que l'expérience acquise soit une des conditions nécessaires sinon préalables.

CONCLUSION

Des juges consulaires et assesseurs au Tribunal de commerce et au tribunal du travail sont des notions nouvelles dans le système judiciaire congolais. À ce sujet, nous proposons que la même forme et la même composition soient également mise en œuvre devant le tribunal pour enfants.

Bien que l'article 88 de la loi n°09/001 du 10 janvier 2009 énonce que le tribunal pour enfants est composé d'un Président et des Juges, tous affectés par le conseil supérieur de la magistrature parmi les magistrats de carrière spécialisés et manifestant de l'intérêt dans le domaine de l'enfance, l'on constate que nombreux d'entre ces juges sont sans tenir compte de leur spécialité et de l'intérêt qu'ils manifestent dans le domaine des droits de l'enfant.

De cet état de choses, nous souhaitons par exemple que le critère de nomination à ce poste soit fondé sur l'obtention du diplôme sanctionnant la fin des études approfondies dans ce domaine de l'enfance, avoir travaillé dans un centre de rééducation des enfants ou avoir travaillé auprès des enfants dans un orphelinat pendant plusieurs années, minimum de trois ans. On peut ajouter de bons témoignages sur l'éducation de leurs propres enfants.

Il faudra aussi nommer des juges Assesseurs au Tribunal pour enfants d'autant plus qu'avec ces derniers, nous aurons une composition solide des personnes bien avisées provenant de différents domaines mais toujours pour l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces derniers vont aider les juges de carrières à prendre des mesures

appropriées dans l'intérêt supérieur des enfants, vu leurs études et leurs expériences sur les enfants. En faisant cela, ce Tribunal sera considéré comme juridiction pilote quant à l'impartialité des juges assesseurs et consulaires car nous avons remarqué les difficultés qu'ils ont de mettre en œuvre le principe d'impartialité.

*

* *

ABONNEMENTS

Les demandes d'abonnement à la version imprimée de la *Revue générale de droit et interdisciplinaire*, doivent être faites à la Faculté de Droit de l'Université de Likasi.

Site de Mivuka, Kikula, Likasi (Haut-Katanga) République Démocratique du Congo

Tél : +243 995 472 023

Courriel :

rev.gene.droit2018@gmail.com

ABONNEMENTS REGULIERS

La tarification annuelle est la suivante :

Abonnement régulier, version imprimée : 250 \$

Abonnement étudiant, version imprimée : 50 \$

L'abonnement donne droit à l'obtention de deux numéros par année.

ABONNEMENTS DES INSTITUTIONS

Les institutions souhaitant s'abonner à la version numérique ou imprimée de la *Revue générale de droit et interdisciplinaire* sont priées de communiquer directement avec

la direction de la *Revue* par téléphone ou par courriel ci-dessus.

Toute autre correspondance doit être adressée au Directeur de la *Revue générale de droit et interdisciplinaire*, Faculté de droit, Université de Likasi

Site de Mivuka, Kikula, Likasi (Haut-Katanga)

Tél : +243 974 617 891

Courriel :

rev.gene.droit2018@gmail.com

ABONNEMENTS DE SOUTIEN

Dans le souci de faire émerger la recherche et d'augmenter le niveau de recherche dans notre Université, des personnes et des institutions de bonne volonté manifestent

leur intérêt pour la *Revue générale de droit et interdisciplinaire* en souscrivant des abonnements de soutien. D'autres compensent leur soutien en obtenant une page de publicité de leurs activités commerciales et autres.

Les auteurs des monographies, ouvrages collectifs ou autres œuvres peuvent faire la promotion de celles-ci en faisant un don ou en souscrivant à un abonnement annuel.

En signe de gratitude, nous publions leur nom ou leur carte d'affaires. Vous pourriez aussi manifester votre appui par un Abonnement annuel (2 numéros). Le taux pour les publicités des institutions est le suivant :

❖ Pleine page : 250 \$

❖ Demi-page : 125 \$

❖ Quart de page : 65 \$

L'abonnement de soutien donne aussi droit à recevoir les deux numéros annuels de la *Revue générale de droit et interdisciplinaire*.

DERNIÈRES PUBLICATIONS DE LA FACULTÉ DE DROIT UNIVERSITÉ DE LIKASI

En vue de faire connaître à nos lecteurs les différentes publications faites par les chercheur.es de la Faculté de droit ou par ceux (celles) de l'Université de Likasi, la *Revue* consacre une ou plusieurs pages pour faire connaître de nouvelles publications.

Pour l'année académique 2019-2020, la Faculté de droit de l'Université de Likasi a le plaisir d'annoncer à la communauté universitaire et aux chercheur.es qu'elle a été honorée par une publication de haute qualité scientifique faite par un de ses chercheurs, en la personne de M. René ILONGO MULALA, Chef de travaux à la Faculté de droit de l'Université de Likasi et Avocat au Barreau de Lubumbashi.

Cette publication de 130 pages, qui a pour titre « *Droit et pratique de l'arbitrage dans l'espace OHADA* », a paru en juin 2019 aux VA Éditions en France. L'ouvrage a été verni à Lubumbashi au Cercle Wallonie Bruxelles en présence de plusieurs personnalités du monde scientifique et académique de la province. Monsieur le Recteur de l'Université de Lubumbashi, le Professeur Ordinaire Ésaïe MBUYA MUKOMBO a rehaussé de sa présence à cette cérémonie, accompagné de son Directeur du Cabinet, M. Boileau KABHULA, Chef de travaux à la Faculté de droit de l'Université de Likasi.

La RGDILI présente ses félicitations à l'auteur de cette œuvre viagère.

