

UNIVERSITÉ DE LIKASI



FACULTÉ DE DROIT



Revue générale de Droit et interdisciplinaire

Fondée en 2018

Vol. 5 n° 4

2022

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

© *Revue générale de droit et interdisciplinaire*
Likasi 2022
Dépôt légal : 12.20.2022.27 IV^{ème} trimestre 2022
Décembre 2022
Presses universitaires de Likasi

UNIVERSITÉ DE LIKASI

FACULTÉ DE DROIT

REVUE GÉNÉRALE DE DROIT ET INTERDISCIPLINAIRE



TABLE DES MATIÈRES

Volume 5 numéro 4 – 2022

ARTICLES

L'enfant conçu et le droit : analyse à partir du droit pénal camerounais. 1487
Willy Claudel PINLAP MBOM

La corruption dans le secteur extractif : Dispositifs à mettre en place pour lutter contre la fraude minière en RDC 1511
Blaise BWANGA ANEMBALI, Zara SELEMANI INGWA et Sandra Marie Pierrette KAPINGA TSHIMBANGA

Les détenteurs de pouvoirs d'autorité et le droit pénal : Essai sur une responsabilité pénale au Cameroun 1525
BELLA NOAH Blanche Virginie

Conflit armé entre les forces armées de la RDC et le Mouvement du 23 mars (M23) : Dilemme entre souveraineté affirmée et défaillance...... 1551
Regis KATUALA GIZE

Solutions aux tourments sur le sort de l'action civile en cas d'acquittement du prévenu 1583
Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO

Les forces armées de la RDC face à la guerre asymétrique (non conventionnelle) des ADF/MTM 1597
Regis KATUALA GIZE

Pacte comissoire OHADA : manifeste pour une garantie efficace du créancier 1621
Mon-Espoir MFINI

De la justice sociale distributive et le cadre socio-professionnel en droit des assurances sociales : Entre recul et avancée de l'État de droit en RDC 1639
Martin Gaël MALUMALU

De la conclusion à la réalisation du contrat de location foncière en droit congolais : Entre *ratio legis* et pratique *contra legem* 1655
Michel MUNTASOMO KALING

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

Chef de travaux, Faculté de droit,
Université de Likasi

Jeancord MWAMBA, Ph.D.

Chef de travaux, Faculté de droit,
Université de Likasi

Igor KAYIBU BECKER

Chef de travaux, Faculté de droit,
Université de Likasi

Paul TSHIBANGU

Chef de travaux, 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 et Université de Kisangani

**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

Pr Joseph DJEMBA KANDJO

Faculté de droit, Université de Kikwit

Pr Joseph KAZADI MPIANA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Joseph YAV KATSHUNG

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Junior MUMBALA ABELUNGU

Ecole Supérieure de Commerce de Lubumbashi et École de criminologie, 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

DOCTRINE

Droit public (interne et international)

Droit privé et judiciaire

Droit économique et social

Droit pénal et procédure pénale

ARTICLES

L'enfant conçu et le droit : analyse à partir du droit pénal camerounais *The conceived child and the law: a study based on Cameroonian criminal law*

Willy Claudel PINLAP MBOM*

RÉSUMÉ

La valeur ou le statut reconnu à l'enfant simplement conçu varie en fonction de la législation et de la jurisprudence de chaque pays. Il y a ainsi de par le monde une multitude de positions quant à son statut. Substantiellement, la doctrine distingue le courant anglo-saxon en provenance des États-Unis qui refuse au fœtus/embryon le bénéfice de la loi pénale, de la position de certains pays européens qui considèrent qu'ils doivent pénalement protéger l'embryon/fœtus humain dès sa conception. Face à cette incertitude quant au statut de l'enfant conçu, l'on se demande s'il est efficacement protégé en droit pénal camerounais. Sans prendre position relativement à son statut, le législateur pénal consacre des mécanismes de protection qui méritent d'être révisés en vue d'une protection optimale.

Mots clés : Enfant conçu – naissance – personne – protection

ABSTRACT

The value or status of the human being before birth varies according to legislation and jurisprudence of each country. Thus, there is a multitude of positions around the world positions on the status of the embryo and the fetus. Substantially, the doctrine distinguishes between the Anglo-Saxon trend from the United States, which denies the fetus/embryo the benefit of the criminal law, from the position of certain European countries which consider that they must criminally protect the human embryo/fetus from the moment of its conception. Faced with this uncertainty as to the status of the unborn child, one wonders about the effectiveness of its criminal protection in Cameroonian law. Without taking a position on their status, the criminal legislator has established protection mechanisms that deserve to be reviewed with a view to ensuring optimal protection.

* PhD. en droit privé, Membre de l'Unité de Recherche sur le Droit et les Affaires en Afrique, Université de Dschang-Cameroun

INTRODUCTION

Le droit qualifie les êtres humains au moyen de la notion de personne, la personne juridique ou sujet de droit. Cependant, l'espèce humaine ne se limite pas aux personnes juridiques ; elle renferme des membres non dotés de la personnalité juridique¹. En effet, l'être humain et la personne en droit ne se recouvrent pas toujours ; de tout temps, il y eut des êtres humains vivants qui ne constituaient pas des personnes mais des biens, des objets de propriété pour les planteurs et marchands des colonies : c'étaient les esclaves².

La notion de personne juridique est une notion insuffisante pour qualifier l'espèce humaine, car elle ne vaut que pour les individus humains nés vivants et viables. Avant la naissance, on parle d'enfant à naître, d'enfant simplement conçu³, d'être humain non-encore né. Selon le mode de conception, l'on distingue l'embryon conçu *in vivo* de celui conçu *in vitro*. En fonction du degré de développement cependant, l'enfant conçu peut être un embryon⁴ ou un fœtus⁵. *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* ; l'enfant simplement conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt. Règle ancienne, non codifiée et héritée du droit romain, « *l'infans conceptus...* » a été consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation

¹ On peut citer entre autres l'enfant sans vie, l'enfant à naître ou simplement l'être humain avant la naissance.

² Voir Jean CARBONNIER, « Être ou ne pas être. Sur les traces du non-sujet de droit », suivi de « Scolie sur le non-sujet de droit, l'esclavage sous le régime du Code civil », dans Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^{ème} édition, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 198 et s.

³ L'expression même d'« enfant simplement conçu » renvoie à l'idée que cet être est placé dans une situation de grande vulnérabilité et reflète l'idée d'une certaine infériorité ou désavantage. En ce sens voir N. BAILLON-WIRTZ, « L'enfant simplement conçu », *Lamy droit civil*, 2011, supplément n° 87.

⁴ La loi n° 2022/014 du 14 juillet 2022 relative à la PMA au Cameroun définit l'embryon comme : « *un organisme humain jusqu'au cinquante sixième jour de développement après la fécondation ou toute cellule dérivée d'un tel organisme et destinée à la création d'un être humain* ».

⁵ Le fœtus quant à lui est défini comme : « *un organisme humain à compter du cinquante septième jour de développement, suivant la fécondation ou la création jusqu'à la naissance* ».

française dans l'arrêt Euravie du 10 décembre 1985⁶ et a désormais valeur de principe général de droit.

Les progrès de la science, notamment le développement de l'assistance médicale à la procréation (AMP) invitent à réinterroger la signification civiliste de la conception. Si autrefois, et sans ambiguïté elle renvoyait à la rencontre du sperme et de l'ovule à l'intérieur du corps de la femme, la question se pose aujourd'hui de savoir si elle peut être étendue à la rencontre des gamètes mâle et femelle en laboratoire et avant toute implantation. L'occasion de cette réflexion ne nous conduira pas à prendre position ; nous limiterons cette réflexion à la protection pénale de l'enfant conçu à l'intérieur du corps de la femme, voire celui conçu en dehors mais implanté.

De manière générale, la Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant (CIDE) constitue le socle des droits de l'enfant, la norme suprême qui, dans l'ordonnement juridique, s'impose à toute législation interne en la matière, au regard de la hiérarchie des normes juridiques. C'est d'ailleurs ce que souligne la Constitution camerounaise qui, en son article 45 dispose : « *Les traités ou accords internationaux régulièrement approuvés ou ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* »⁷. Cependant, le vocable enfant utilisé par la convention invite très souvent les juristes à se demander si l'embryon/fœtus est un enfant et donc bénéficiaire des droits et devoirs énumérés par elle. Cette difficulté, une fois de plus liée au débat sur la personnalité juridique de l'embryon/fœtus peut être réglée à partir de la lecture

⁶ « *La détermination des enfants à charge vivant au foyer doit être faite en se conformant aux PGD, spécialement à celui d'après lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt (...)* » : 1^{ère} Civ., 10 Déc. 1985, *Bull. Civ. I*, n° 339 ; *Gaz. Pal.*, 9-10 juillet 1986, note Piedelièvre.

⁷ Sur la question de l'applicabilité directe des conventions internationales en droit camerounais, voir Brusil MIRANDA METOU, « Le moyen de droit international devant les juridictions internes en Afrique », (2009) 6 :1 *Revue Africaine des sciences juridiques*, p. 381-413.

combinée des articles 725⁸, 902⁹ et 906¹⁰ du code civil. Au regard de ces dispositions, l'embryon/fœtus est un « enfant », un enfant sans personnalité juridique. Cette dernière lui sera reconnue à sa naissance vivant et viable.

S'il est vrai que l'intérêt supérieur d'un enfant déjà né n'est pas toujours facile à déterminer, notamment s'il n'a pas l'âge et/ou la maturité pour s'exprimer, celui d'un enfant qui n'est pas encore né l'est plus encore, puisque cet exercice amène à porter des jugements très subjectifs et donc discutables.

L'existence de l'enfant simplement conçu est l'objet d'un questionnement transdisciplinaire qui interroge tant le droit de la bioéthique, le droit pénal, le droit civil, que la morale, la religion, la science. Notre étude se limitera aux questionnements entraînés par l'existence de cet être sur le terrain pénal.

Il est question pour nous de s'interroger sur la valeur de l'enfant simplement conçu en droit pénal camerounais à partir de la problématique suivante : l'enfant simplement conçu est-il efficacement protégé par le droit pénal camerounais ? En effet, et comme le relevait M. Javier Pérez De Cuellar, « *la manière dont une société traite ses enfants ne montre pas seulement qu'elle est capable de compassion et de protection humanitaire, mais également qu'elle a un sens de justice, est engagée envers l'avenir et désire améliorer la condition humaine pour les générations futures* »¹¹.

⁸ « Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder : 1. Celui qui n'est pas encore conçu ; 2. L'enfant qui n'est pas né viable ».

⁹ « Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables ».

¹⁰ « Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable ».

¹¹ E. MBANDJI MBENA, *La Protection du Mineur en Droit civil camerounais*, Mémoire DEA, Douala, Université de Douala, 2004, p.117.

Cette étude a pour modeste ambition d'analyser la conformité à l'intérêt de l'enfant des dispositions pénales consacrées au profit de l'enfant conçu *in vivo* ou *in vitro* et implanté. Pour ce faire, l'on présentera d'une part la controverse existante quant à son statut qui préjudicierait sa protection (I) d'autre part nous présenterons, tout en évaluant leur conformité à l'intérêt de l'enfant conçu, les mécanismes de protection indirecte consacrés par le législateur pénal (II).

I. UNE IMPRÉCISION QUANT À SON STATUT PRÉJUDICIABLE A SA PROTECTION

L'exposé de la controverse (A) précèdera sa conséquence, à savoir l'exclusion de l'enfant conçu du domaine de l'homicide involontaire (B).

A. L'exposé de la controverse relative au statut de l'enfant conçu

Depuis le droit romain, il est d'usage d'opposer les personnes et les choses : tout ce qui n'est pas une personne est une chose¹². Traditionnelle, cette *summa divisio* semble pourtant de plus en plus souvent remise en cause aujourd'hui. Entre réification de la personne humaine et personnification de certaines catégories de choses, ses frontières semblent tenues¹³. **L'enfant simplement conçu est-il une personne ou une chose ?**

La position du droit sur la situation de l'enfant conçu est restée imprécise. Au silence du législateur, la jurisprudence et la doctrine ont toujours répondu par leur division et tâtonnement sur la question. À vrai dire, le statut de l'enfant conçu n'a connu d'évolution que dans le sens de sa perplexité¹⁴.

¹² Amandine CAYOL, « Avant la naissance et après la mort : l'être humain, une chose digne de respect », (2011) 9 *Les Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 119.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Celle-ci est poussée par la venue sur la scène juridique d'une réalité polymorphe que constituent l'embryon *in vitro*.

Nous présenterons ici les doctrines traditionnelles, à savoir la thèse de la réification et celle de la personnification (1), avant de déboucher sur la qualification intermédiaire proposée en doctrine à savoir la « personne humaine » (2).

1. Les conceptions traditionnelles

La conception utilitariste ou réificatrice chosifie l'embryon/fœtus. Pour elle, l'embryon n'est pas une « personne ». Et compte tenu de la *summa divisio* entre les personnes, sujets de droits et les choses objets de droits, si les embryons ne sont pas des personnes, ils sont des choses. Une chose, l'on sait peut-être fabriquée, modifiée, expérimentée, amputée, vendue, détruite, selon le bon vouloir de son propriétaire qui en a l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*.

La lecture préconisée par Xavier Labbee¹⁵ semble à première vue simple. Le critère de distinction dépend de la localisation du produit de la conception. La différenciation principale étant entre embryon *ex-utero* et embryon *in utero* ; la qualification chose étant réservée seulement au premier. Dans cette optique : l'enfant *in vitro* ne pourra être considéré qu'à l'image d'une chose particulière, objet de droit, qui pourra faire l'objet de certaines conventions et sur laquelle les personnes exerceront des droits qui ne pourront s'inspirer que des notions empruntées aux droits réels. En revanche, l'enfant *in utero* sera de son côté considéré comme une fraction de chair de la mère. Il n'est pas une personne, mais il sera quand même protégé au titre du droit des personnes au travers le corps de la mère. Cette dernière affirmation fait

¹⁵ Xavier LABBEE, « Respect et protection du corps humain, l'enfant conçu, généralités », *Jurisque civil*, Art. 16 à 16-12, fascicule 50, dans Dimitrios TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Paris, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, n°55.

dépendre le statut juridique de l'embryon et du fœtus *in utero* du statut juridique du corps de la mère qui le porte.

Deux propositions sont alors avancées par Xavier Labbee pour définir ce statut. Pour commencer, le régime juridique du corps humain ne peut pas être juridiquement appréhendé dans les termes d'un droit de propriété sur soi-même : (...) la personne n'exerce pas sur son corps un droit de propriété, car le corps au service du sujet est le sujet (...) aussi longtemps que le corps est affecté au service du sujet de droit, il doit suivre le régime juridique des personnes. Puis, la mise en place d'un régime personnificateur du corps comporte des conséquences personnificatrices pour l'embryon et le fœtus *in utero*, partie du corps de la mère. « (...) *si l'enfant in utero n'est qu'une fraction de chair, le fait que cette fraction de chair fasse partie intégrante du corps de la mère suffit à donner à l'embryon la qualification de personne par destination* »¹⁶.

Cette théorie de la personne par destination s'appuie en totalité sur un instrument du droit des biens : la destination, qui a l'effet de parfois transformer profondément le régime juridique applicable à une chose. Ainsi, le droit moderne a inventé sur le modèle des immeubles par destination, les personnes par destination. Selon cette interprétation, les personnes par destination sont des choses par nature qui, en raison de leur incorporation à une personne, se voient appliquer le régime juridique de cette dernière et donc sa protection civile et pénale puisqu'il est impossible d'atteindre la chose sans atteindre la personne. Figurent donc au rang des personnes par destination les embryons/fœtus, les prothèses d'handicapés, les appareils dentaires, les chiens d'aveugles etc. En conclusion, c'est l'emplacement de l'organisme anténatal

¹⁶ *Idem.*

qui, selon cet auteur produit des effets juridiques différenciés au niveau de la qualification juridique.

Comme le remarque Dimitrios Tsarapatsanis,

« [...] la qualification de chose est très rarement assumée avec une véritable satisfaction par les interprètes qui la proposent. Dans la quasi-totalité des cas, elle est défendue telle une sorte d'*ultimum refugium* conceptuel, à défaut d'une autre solution classificatoire viable et compte tenu des contraintes textuelles qui l'imposent, rendant impossible aux yeux de ces interprètes le recours à la catégorie "personne juridique". C'est d'ailleurs pour cette raison que, le plus souvent, la qualification proposée n'est pas celle de chose simple ou de bien, mais de chose spéciale ou de chose sacrée particulièrement protégée par le droit »¹⁷.

En exploitant donc le caractère hiérarchiquement structuré de la notion doctrinale de chose, les auteurs qui optent pour la réification font valoir que les entités anténatales ne sont pas des choses simples mais des choses particulières bénéficiant d'un régime particulier. Pourquoi donc seraient-ce des choses particulières ? Certainement parce qu'elles sont humaines ; d'où la critique de cette qualification par les tenants de la conception personnaliste pour qui, il est absurde de qualifier de chose une entité qui n'en est pas une.

Pour la conception personnaliste, la personne humaine est une et indivisible. Elle n'est divisible ni dans sa nature ni dans le temps. Son intégrité ne se partage pas, elle est entière, corps et esprit indivisibles de la fécondation à la mort. Elle ne se sectionne pas en natures différentes dans le temps : dès la fécondation, dès la rencontre des vingt-trois chromosomes maternels et des vingt-trois chromosomes paternels, le nouvel être humain a une spécificité

¹⁷ D. TSARAPATSANIS, préc., note 16, p. 129.

réductible à nulle autre, et son développement, l'ontogenèse¹⁸, le conduira dans sa nature identique jusqu'à la maturité et la mort. Pour le juriste personnaliste, dès sa conception, l'être humain est sujet de droit et non objet de droit, il est une « personne » et non une « chose » et son statut se conjugue au verbe être et non au verbe avoir¹⁹. Les personnalistes s'opposent à la position du CCNE et du comité permanent des médecins de la Communauté Européenne, pour qui « l'embryon humain est une personne potentielle »²⁰ et proposent celle de « personne actuelle »²¹.

2. La personne humaine : nouvel outil de dépassement des catégories

Comme le note Christian Atias, « *l'intérêt juridique pour la personne humaine est d'origine doctrinale* »²². La volonté de distinguer personne humaine et personne juridique trouve manifestement son fondement dans la volonté d'expliquer de façon cohérente la multiplicité des termes employés, dans le droit, pour désigner tantôt le corps humain tantôt la personne juridique. Les termes de « personne », « personne humaine » ou « être humain » sont employés dans les textes de façon confuse, sans qu'il soit toujours possible de déterminer clairement ce que recouvrent ces notions. Sont considérées comme des « personnes », au sens juridique, tous les individus, mais aussi toutes les entités auxquelles le droit objectif reconnaît la capacité de supporter en propre

¹⁸ Développement de l'individu, depuis la fécondation de l'œuf jusqu'à l'état adulte.

¹⁹ Yvonne LAMBERT-FAIVRE et Stéphanie PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, 3^e éd., coll. « Droit privé », Paris, Dalloz, 1996, p. 13.

²⁰ CCNE, Avis relatif aux recherches sur les embryons humains in vitro et à leur utilisation à des fins médicales et scientifiques, décembre 1986.

²¹ Dans ce sens, C. BOUTIN, lors du débat à l'assemblée nationale de Novembre 1992 en France, défendait l'idée selon laquelle la vie humaine anténatale devrait être protégée au même titre que la vie humaine postnatale, d'où la critique du concept de personne potentielle proposée par le CCNE en ces termes : « *une personne ne saurait être potentielle car, s'il y avait des personnes potentielles, il y aurait des personnes qui seraient moins personnes que d'autres, ou plus personnes que d'autres (...) on est ou on est pas un être humain* ».

²² Christian ATIAS, *Les personnes. Les incapacités*, coll. « Droit fondamental », Paris, PUF., 1985, n° 4.

des droits (ou avoir des prérogatives, des sujétions et des compétences spécifiques).

La personnalité juridique n'est pas une qualité que l'Homme posséderait par nature, mais que lui attribue le droit. Au contraire, celle d'être humain ou personne humaine est un fait, une réalité qui ne requiert aucune décision juridique en ce sens. Elle n'est pas octroyée par le droit mais seulement constatée. Ce n'est donc pas la qualité d'être humain/personne humaine qui est contestée à l'égard de l'enfant conçu, mais plutôt sa qualité de personne compte tenu du contenu attribué à ce terme par le droit. Or, en prenant l'exemple historique des esclaves, l'on se rend bien compte que bien que n'ayant pas de personnalité juridique, nul ne saurait contester leur statut de personne humaine, d'être humain. Il convient donc de considérer désormais comme des synonymes les notions de personne humaine et d'être humain²³.

Face à cette diversité d'opinion, nécessité impose au législateur de se prononcer. Sinon comment légiférer et espérer poser des normes adéquates sur l'embryon/fœtus sans savoir ce qu'il est ? En effet, d'une part le législateur pose des normes concernant l'enfant à naître et ne peut le faire de façon adéquate sans avoir une idée claire de ce qu'il est, et, d'autre part, les juges ne peuvent appliquer les normes visant la personne humaine s'ils ne savent pas avec exactitude qui elles visent.

B. Les conséquences de la controverse : l'enfant conçu exclu du domaine de l'homicide involontaire

L'homicide, emprunté au latin *homicidia* et composé d'« *homo* » = homme et « *caedere* » = tuer, est l'action de tuer un autre être humain, que cela

²³ Voir en ce sens, Willy-Claudiel PINLAP MBOM, *La protection de l'être humain avant la naissance en droit camerounais*, Mémoire de Master, Dschang, Université de Dschang, 2017, p. 2.

soit volontaire ou non. Lorsque l'acte est intentionnel, il est généralement qualifié de meurtre, voire d'assassinat s'il est en plus prémédité. L'homicide est dit involontaire lorsque cette action d'ôter la vie à autrui n'a pas été faite de manière délibérée, c'est-à-dire sans aucune réelle intention de tuer de la part de l'auteur. D'après l'article 289 du code pénal, l'homicide involontaire est le fait de causer par maladresse, négligence, imprudence ou inobservation des règlements la mort d'autrui. Il relève donc des infractions non intentionnelles, c'est un délit et non un crime comme le viol et le meurtre, il a une gravité moindre. La question se pose alors de savoir si le terme « autrui », utilisé par le législateur pénal renvoie tant à la personne physique²⁴ qu'à l'enfant simplement conçu ? En d'autres termes, le fait de causer la mort involontaire du fœtus/embryon peut-il être qualifié d'homicide involontaire sur « autrui » incriminé par l'article 289 du code pénal ? Par exemple, le conducteur qui, lors d'un accident de la circulation impliquant une femme enceinte cause la mort de l'embryon/fœtus peut-il être sanctionné pour homicide involontaire ? La même question peut être posée à propos de toute personne qui par des violences physiques, voire morale, sur la personne d'une femme enceinte entraîne la mort de l'enfant qu'elle porte. La recherche de réponses à ces questions s'avère être une nécessité si l'on s'en tient au principe de légalité des délits et des peines d'après lequel l'on ne pourrait sanctionner une personne pour une infraction non expressément prévue et réprimée par la loi.

Le texte de l'article 289 réprime « la mort d'autrui » sans que le terme « autrui » reçoive une définition juridique. Or dans le langage courant, l'on sait qu'« autrui » désigne les autres ou l'autre. « Autrui » désignerait donc abstraitement la victime de l'infraction. Cette victime, en l'état actuel du droit positif ne semble pas être l'enfant simplement conçu, car le législateur pénal

²⁴ Une personne physique désigne un être humain auquel est reconnu une personnalité juridique, c'est-à-dire la capacité d'exercer un certain nombre de droits et d'agir en justice.

camerounais semble avoir fait sienne la conception civiliste de la personne. Or sur le plan biologique l'enfant à naître possède une individualité propre, il est un autre ; « *la femme enceinte porte en elle une autre vie* »²⁵. L'absence de précision quant au statut de l'enfant conçu et le respect strict du principe de légalité des délits et des peines conduit donc à l'exclusion de l'enfant à naître du domaine de l'homicide involontaire en droit camerounais.

Il convient cependant de relever à ce niveau que la personnalité juridique n'est pas une condition de la protection pénale du vivant²⁶. Ainsi, sans reconnaître à l'enfant simplement conçu le statut de personne juridique, le législateur camerounais a tenu compte de sa qualité d'être humain, de personne humaine digne de respect pour lui consacrer une certaine protection. Le principe de dignité humaine a été affirmé, au plan international, dès la fin de la seconde guerre mondiale²⁷. Après les atrocités du régime nazi, il est apparu nécessaire de rappeler que la dignité est inhérente à tous les membres de la famille humaine. Faisant partie de cette famille, l'enfant conçu devrait en bénéficier. En effet, la dignité humaine renvoie à ce qu'il y a d'humain dans l'homme, à l'essence de la personne humaine. Visant à protéger la personne humaine, et non la personne juridique, la notion de dignité est applicable à des êtres humains n'ayant pas encore, ou n'ayant plus, la qualité de personne juridique²⁸.

²⁵ J. SAINTE-ROSE, « Une dépenalisation jurisprudentielle : l'enfant à naître ne peut jamais être victime d'un homicide », *Droit de la famille*, n° 10, octobre 2015, étude 13, n° 7.

²⁶ Les atteintes à l'environnement et aux animaux sont pénalement réprimées sans que ces vivants soient dotés de la personnalité juridique.

²⁷ Pour un historique de la notion, voir M.-L. PAVIA, « La découverte de la dignité humaine », dans M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), *La Dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, 1999, p. 3-23.

²⁸ C. LABRUSSE-RIOU, « L'embryon humain : qualifications juridiques et politique législative », *Revue générale de droit médical. La recherche sur l'embryon : qualifications et enjeux*, n° spécial, p. 169.

II. UNE CONSÉCRATION IMPLICITE DE MÉCANISMES DE PROTECTION DE L'ENFANT CONÇU

Malgré la divergence des opinions et l'émotion que suscite le débat sur l'avortement, la CIDE n'a pas cru bon de fixer le début de l'enfance. Elle reconnaît néanmoins dans son préambule qu'avant la naissance, l'enfant a besoin d'une protection appropriée. Le choix est ainsi laissé aux États signataires d'ajuster leurs législations sur le droit à la vie de l'enfant à naître²⁹. Dans le même ordre d'idée, dans l'une de ses décisions, la Cour Européenne des Droits de l'Homme ne reconnaît pas expressément la qualité de personne à l'embryon ou au fœtus humain, mais reconnaît que, vue la potentialité de cet être et aussi la possibilité de devenir dans le futur une personne, il faut lui reconnaître les droits assimilés à l'être humain au nom de la dignité humaine³⁰. C'est sans doute dans la même logique que le législateur camerounais a réprimé à l'article 337 du code pénal l'avortement (A) et à l'article 338 les violences sur femmes enceintes (B). Ces dispositions visent la protection de la vie de l'enfant conçu sans toutefois se prononcer sur son statut ; s'agit-il d'une personne ou d'une chose ? La question reste posée.

A. Protection contre les agissements de sa mère : la répression de l'avortement

En l'absence d'une définition légale, l'avortement peut être défini comme l'interruption précoce d'une grossesse. Il peut être spontané ou provoqué. L'avortement spontané est celui déclenché par l'organisme même de la femme et doit être considéré comme un simple accident. Par contre, l'avortement artificiel ou provoqué est le résultat des agissements humains. Il

²⁹ P. ALSTON, « Cadre juridique de la Convention relative aux droits de l'enfant », (1991) 2 *Les droits de l'enfant. Bulletin des droits de l'homme* 3.

³⁰ Voir G. RAYMOND, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2006, p. 38.

peut d'ailleurs être subdivisé en deux catégories : l'avortement thérapeutique et l'avortement criminel.

La problématique de l'avortement résulte de l'existence de trois intérêts antagonistes : l'intérêt de la mère qui doit être privilégié en cas de péril grave pour sa santé ; l'intérêt de la société (l'ordre public du moment qui commande que l'avortement soit réprimé) ; et l'intérêt de l'enfant qui a droit à la vie. Comme on pourra le constater, l'intérêt de l'enfant, s'il existait déjà pour le législateur interne (1), a été amenuisé par le législateur communautaire au travers du protocole de Maputo, ratifié par le Cameroun³¹ (2).

1. L'interprétation rigoureuse de l'article 337 du Code pénal par la jurisprudence

Entendu comme infraction contre l'enfant et la famille, l'avortement en droit camerounais est réprimé par l'article 337 du code pénal d'après lequel est puni tant la femme qui se procure l'avortement à elle-même ou qui y consent que le professionnel de santé qui pratique cet avortement. Si la femme encourt seulement une peine d'emprisonnement de quinze jours à un an et une amende de 5000 à 200.000F, le praticien s'expose sur la base de l'alinéa 2 à une sanction plus sévère. Non seulement il peut écoper d'une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans et être condamné à payer une amende de 100.000 à 2000.000F, mais aussi, le juge peut ordonner la fermeture de son local professionnel, ce qui entraînera pour lui interdiction d'exercer. Ces peines sont doublées si le professionnel se livre habituellement à des avortements³².

³¹ Le 28 mai 2009.

³² V. art. 337, alinéa 3a du Code pénal camerounais.

D'une manière générale, les tribunaux appliquent les peines prévues à l'article 337 du code pénal. En effet, le TPI de Bafang³³ a sanctionné Dame Nyadji Anne, qui avait commis un avortement à une peine privative de liberté de six mois et 5000F d'amende. Tel a aussi été le cas devant le TPI de Yaoundé³⁴, dans une affaire opposant *le ministère public et le sieur Ntsangue Roger à Dame Ntsangue née Mbolo Françoise*, cette dernière, coupable d'avortement fut condamnée à un an d'emprisonnement ferme et 50.000F d'amende. Plus sévère encore fut la décision rendue par le TGI du Wouri à Douala³⁵, dans une espèce opposant le Ministère public et Sieur Gabriel Zibi à Dame Tonda Cécile et Sieur Nguekam Lieunou. Le juge de fond avait retenu la culpabilité pour avortement et condamné Dame Tonda Cécile à huit mois d'emprisonnement ferme après bénéfice de circonstances atténuantes et Sieur Nguekam Lieunou à 18 mois d'emprisonnement et 200.000F d'amende.

Ces différents cas de figure, où la rigueur de la loi a été respectée sont intervenus avant la ratification³⁶ du Protocole à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux droits des femmes en Afrique (protocole de Maputo) entré en vigueur le 25 novembre 2005, et ne doivent pas occulter la libéralisation amorcée depuis cette date. En effet, le protocole de Maputo élargi de manière « indéfini » le champ des exceptions à l'avortement. Autrefois limitées aux hypothèses prévues à l'article 339 du Code pénal camerounais³⁷, les hypothèses d'avortements thérapeutiques ont connu une extension qui laisse à désirer.

³³ TPI de Bafang, jugement n°385/cor du 06 Mars 2000.

³⁴ TPI de Yaoundé, jugement du 17 juillet 1991, Tchokomakoua (V).

³⁵ TGI du Wouri, jugement n°37/crim, du 25 octobre 1984, affaire le Sieur Zibi Gabriel c/ Sieur Nguekam et Dame Tonda Cecile.

³⁶ Le 13/09/2012.

³⁷ « 1) *Les dispositions des articles 337 et 338 ci-dessus ne sont pas applicables si les faits sont accomplis par une personne habilitée et justifiés par la nécessité e sauver la mère d'un péril grave pour sa santé.* 2) *En cas de grossesse résultant d'un viol, l'avortement médicalisé*

2. Élargissement des hypothèses d'IVG par le Protocole de Maputo

L'article 14, alinéa 2c du protocole de Maputo dispose :

« [L]es États parties prennent toutes les mesures appropriées pour protéger les droits reproductifs des femmes, particulièrement en autorisant l'avortement médicalisé en cas d'agression sexuelle, de viol, d'inceste et lorsque la grossesse met en danger la santé mentale et physique de la mère ou la vie de la mère ou du fœtus ».

Cet article peut être diversement apprécié. En effet, excepté la santé mentale de la mère qui n'a pas été définie et qui peut prêter le flanc à des interprétations de toutes sortes³⁸ et dont il faudra trouver un contenu, il semble que les autres hypothèses aillent dans le sens de la préservation de l'intérêt de l'enfant.

La santé mentale, de quoi s'agit-il ? Dans quelle mesure la grossesse pourrait-elle mettre en danger la santé mentale de la femme ? Quels sont les critères d'appréciation du danger pour la santé mentale de la femme ? Il s'agit là d'autant de questions qui, restées sans réponses conduiraient à voir dans l'article 14, alinéa 2c du Protocole de Maputo une sorte d'ouverture sur la dépénalisation de l'avortement et la remise en question du droit à la vie de l'enfant conçu.

En effet, la femme dont la grossesse aurait été rejetée par son auteur pourrait, en raison du stress dû à l'absence future d'une aide pour élever l'enfant ainsi conçu solliciter une IVG dite « thérapeutique » en invoquant à l'appui de sa demande l'article 14, alinéa 2c. Cet article pourrait cependant trouver à s'appliquer lorsque la femme enceinte a par exemple des antécédents

ne constitue pas une infraction s'il est effectué après attestation du Ministère public sur la matérialité des faits ».

³⁸ C'est ce qui a conduit certains auteurs à parler d'une libéralisation annoncée de l'avortement en droit camerounais suite à la ratification du protocole de Maputo ; V. en ce sens R. ASSONTSA et P.H. KAGOU, « L'avortement en droit pénal camerounais : chronique d'une libéralisation annoncée », Presses Universitaires d'Afrique, *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, Tome 17, Université de Dschang, 2015, p. 228-250.

de dépression ou tout autre problème de santé mentale et est sous traitement ; dans ce cas, l'incompatibilité des médicaments qu'elle consomme avec la santé de l'enfant pourrait conduire à faire le choix d'interrompre la grossesse afin de poursuivre le traitement. Il convient donc pour le législateur pénal de préciser la notion de « danger pour la santé mentale ». Cette notion peut être assimilée à l'état de détresse³⁹ utilisée par le législateur français. En effet, en France, l'état de détresse n'a pas été définie, plus encore, il est souverainement apprécié par la femme et le médecin n'a pas à exiger des preuves.

Pour ce qui est de l'enfant conçu à l'issue d'un inceste, paria de la société notamment sur le plan civil, il a généralement été traité au même titre que l'enfant issu du viol or l'article 339 du Code pénal prévoyait déjà la possibilité pour la femme dont la grossesse était le fruit d'un abus sexuel de l'évacuer sans être inquiétée ce qui n'était pas le cas pour l'enfant incestueux, tout aussi indésiré. Cette ouverture est à notre sens satisfaisante, d'autant plus que l'enfant issu d'un inceste qui viendrait à naître ne pourra être rattaché qu'à un seul de ses auteurs, en général la mère. Quoi de plus normal que de lui donner le choix d'accepter ou non sa venue. Il convient cependant de noter que comme en matière de viol, l'avortement ne devrait être licite qu'« après attestation du ministère public sur la matérialité des faits ».

Pour ce qui est du danger pour la vie du fœtus, on pourra appeler cela « *IVG thérapeutique effectuée dans l'intérêt de l'enfant* ». Une telle ouverture aura pour avantage de résoudre l'épineux problème des malformations graves pour le fœtus dû à des maladies graves telles que la rubéole, la myopathie de Duchenne, la mucoviscidose, la maladie d'Alzheimer ou encore certaines anomalies chromosomiques telles que la trisomie 21 (drépanocytose) ou

³⁹ La « loi Veil » du 17 janvier 1975 sans dépénaliser l'avortement a institué un nouveau fait justificatif tiré de l'état de détresse de la femme lorsque l'interruption intervient dans les dix premières semaines de la grossesse et dans un cadre déterminé.

mongolisme... Les fœtus diagnostiqués malades pourront purement et simplement être éliminés pour les éviter des souffrances⁴⁰, sans pour autant déboucher sur de l'eugénisme⁴¹. En effet, lorsqu'on donne naissance à un enfant physiquement diminué, cela engendre des souffrances et des difficultés pour les auteurs, surtout que l'État ne dispose pas toujours des moyens et des organismes sociaux adéquats. Pour la mise en œuvre de cette exception, le diagnostic devra être posé par un médecin assermenté et un certificat médical établi fera foi jusqu'à preuve de contraire. Le médecin sollicité ne doit procéder à l'avortement qu'après avis favorable du Ministère public.

B. La protection contre le fait des tiers

Comme l'a relevé la Cour de cassation française⁴²,

« [...] le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus »⁴³.

Pour le juge français, il ne peut avoir d'homicide qu'à l'égard d'un enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré. La législation pénale camerounaise s'aligne sur cette vision. Cependant, l'être humain avant la naissance au Cameroun n'est pas voué aux gémonies puisqu'il fait l'objet d'une protection indirecte au travers de divers mécanismes au rang desquels la

⁴⁰Cette affection est toujours incurable à ce jour. Voir J.F. MATTEI, « La vie en question, pour une éthique biomédicale », Paris, La documentation française, 1994, dans P.R. DJOUTSOP, « Quelques remarques sur la procréation médicalement assistée au Cameroun », *RASJ*, Vol. 8, n°1, 2011, p. 65 et s., spéc. p. 74.

⁴¹L'eugénisme s'entend de l'ensemble des pratiques tendant à l'organisation de la sélection des personnes, constitutive d'un crime contre l'espèce humaine.

⁴²C. cass., Ass. plén., 29 juin 2001

⁴³V. cette décision sur le site de la Cour de cassation française à l'adresse : http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2001_117/troisieme_partie_jurisprudence_cour_124/droit_penal_procedure_penale_132/droit_penal_speciel_6034.html (consulté le 25/01/2009).

souplesse quant aux mesures de sanction des femmes enceintes (1) et la répression des violences dont elles pourraient faire l'objet (2).

1. Assouplissement des mesures de sanction de la femme enceinte

La femme en état de maternité bénéficie de plusieurs mesures de souplesse au rang desquelles les circonstances atténuantes (a) et l'ajournement de l'exécution de la peine (b).

(a) Bénéfice de circonstances atténuantes pour raison de maternité

Les circonstances atténuantes telles que prévues aux articles 90, 91 et 92 du code pénal camerounais sont laissées à la libre appréciation du juge, par conséquent, sont susceptibles de profiter à la femme enceinte. De manière générale, le juge pénal camerounais a un sentiment de faveur à l'égard de toute femme enceinte impliquée dans une infraction en rapport ou non avec son état. Ce fut d'ailleurs le cas dans l'affaire *Kengne Bernadette et Magne Tadgeus Lisette c. Ministère public et partie civile* où le juge du tribunal de première instance de Dschang a été appelé à sanctionner deux femmes qui avaient volé des vêtements. Pour justifier la modicité des peines à leur infliger, le juge, par jugement n° 17/corr. du 1^{er} Octobre 2004, déclare : « *Attendu que par leurs aveux, les prévenues ont facilité le cours de la justice ; que s'agissant par ailleurs de Magne Tadgeus Lisette, elle est en état de grossesse avancée* »⁴⁴.

Par souci d'humanisme, et en conformité avec l'esprit de toute législation pénale qui est de préserver l'intégrité humaine, il a été également prévu au Cameroun l'ajournement de l'exécution de la peine pour raison de maternité.

⁴⁴ Z. ANAZETPOUO, « Le sort de la maternité en droit positif camerounais », Presses Universitaires d'Afrique, *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et politiques*, p. 24.

(b) Ajournement de l'exécution de la peine pour raison de maternité

Le législateur camerounais, reconnaissant le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie et posant la vie comme valeur protégée en droit pénal ne saurait tomber dans l'absurdité et la contradiction en interdisant la mise à mort du fœtus/embryon par avortement clandestin tout en l'éliminant au même moment que sa mère à travers la peine capitale⁴⁵. Il est question ici d'une application de la maxime latine « *Non debet calamitas matris ei nocere qui in ventre est* » qui signifie : le malheur qui va frapper la mère ne doit pas nuire à celui qui est dans son sein. C'est sans doute dans cette optique qu'il est prévu à l'article 22 al. 3 du code pénal que : « *la femme enceinte ne subit la peine de mort qu'après son accouchement* ». En outre, et conformément à l'article 27, alinéa 2 « *si une femme condamnée à une peine privative de liberté est enceinte ou vient d'accoucher, elle ne subit la peine que six semaines après son accouchement* ». Allant dans le même sens, l'article 565 du code de procédure pénale, interdit d'exercer la contrainte par corps contre les femmes enceintes. La contrainte par corps étant entendue comme une mesure qui vise à obliger un condamné à exécuter les condamnations pécuniaires ou à effectuer les restitutions ordonnées par une juridiction répressive. Elle consiste en une incarcération au cours de laquelle le débiteur est astreint au travail. Ces mesures visent à protéger non la mère mais l'enfant qui vit en elle.

L'on note cependant une limite à cette intention noble du législateur pénal de préserver la vie de l'enfant à naître. Celle-ci résulte de la formulation de l'article 27, alinéa 3 qui dispose : « *La femme enceinte placée en détention préventive continue jusqu'à l'expiration du délai visé à l'alinéa précédent à bénéficier du régime de la détention préventive* ». Cette disposition laisse

⁴⁵ *Idem.*

percevoir qu'il y aurait un doute dans l'esprit du législateur et peut entraîner des difficultés d'interprétation. Le législateur de 2016 a manqué l'occasion de lever cette ambiguïté. Ainsi, dans le souci d'assurer une protection à l'enfant qu'elle porte, il serait judicieux d'accorder une liberté provisoire automatique aux femmes enceintes. Qu'en est-il alors des violences dont elle pourrait être victime ?

2. La répression des violences sur femme enceinte

La femme qui porte la vie en son sein doit être traitée avec beaucoup d'égard, et quiconque affiche à son encontre un quelconque comportement brutal doit être puni. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 338 du code pénal qui dispose que : « *Est puni d'un emprisonnement de cinq à dix ans et d'une amende de 100.000 à 2.000.000 celui qui par des violences sur une femme enceinte ou sur l'enfant en train de naître provoque même non intentionnellement la mort ou l'incapacité permanente de l'enfant* ». Peu importe la qualité de l'auteur des violences et son état psychologique au moment des faits, il suffit qu'il y ait acte matériel et positif c'est-à-dire un contact brutal entre l'agresseur et sa victime.

En effet, le législateur camerounais semble reconnaître le droit non seulement à la vie, mais aussi à une vie normale de l'enfant conçu⁴⁶. L'application de l'article 338 du code pénal suppose l'absence de tout lien de droit entre la femme et l'auteur de l'infraction. Ainsi, l'accoucheur maladroit qui provoque l'incapacité permanente ou la mort du bébé au moment de sa naissance ne tombe pas entièrement sous le coup de l'article 338, il mérite un traitement de faveur. La femme enceinte doit donc être protégée contre toute forme de violence ; cet avis fut aussi celui du TPI de Douala- Ndokoti qui, dans

⁴⁶ *Ibidem*, p. 22.

un jugement n° 568/cor du 23 novembre 2005, a retenu la culpabilité du prévenu Tegofack Jean Claude. Le juge l'a condamné à 100.000f d'amende et alloué la somme de 100.000f à titre de dommages et intérêts à la partie civile. En effet, Tegofack avait porté atteinte à l'intégrité physique de son épouse enceinte Dame Magouock Evodie, lui causant ainsi une incapacité temporaire de travail de 31 jours ; il a ensuite abandonné le domicile conjugal laissant cette dernière seule avec leurs deux enfants.

CONCLUSION

Le statut de l'enfant conçu fait encore largement l'objet de débats au sein des sciences sociales et reste à ce jour non tranché tant dans les domaines éthique, philosophique ou encore juridique. L'on se serait attendu à ce qu'à l'occasion de la *loi n° 2022/014 du 14 juillet 2022 relative à la procréation médicalement assistée* le législateur prenne position, mais il n'en a pas été ainsi. L'enfant conçu, personne ou chose ? La question reste posée. Cependant des mécanismes de protection indirecte existent et produisent des résultats certains. Néanmoins, des aménagements doivent être faits par le législateur pénal pour accroître l'efficacité de la protection de l'enfant conçu. On pense par exemple à la précision de la notion de « danger pour la santé mentale » de la femme enceinte, à l'automatisation de la mise en liberté de la femme enceinte placée en détention préventive, voire à la définition du concept « autrui » utilisé de nombreuses fois dans la loi pénale afin de déterminer si l'enfant simplement conçu est un « autre » ou une partie du corps de sa mère.

*

* *

La corruption dans le secteur extractif : Dispositifs à mettre en place pour lutter contre la fraude minière en République démocratique du Congo

Blaise BWANGA ANEMBALI*

Zara SELEMANI INGWA**

Sandra Marie Pierrette KAPINGA TSHIMANGA***

RÉSUMÉ

La République démocratique du Congo (RDC) se trouve confrontée à un phénomène qui lui empêche de mobiliser des recettes de manière normale. Il s'agit de fraude minière, par exemple. Parlant de cette fraude, il est question d'une infraction minière réprimée par le législateur congolais. En plus, elle vise, dans sa finalité, à l'aide des artifices, à procurer un avantage illicite à une tierce personne (personne physique ou morale). D'où nous la rattachons à une infraction assimilée à la corruption surtout que la Banque Mondiale la considère aussi comme une forme de corruption. C'est ainsi que cet article est proposé dans la logique de lutter contre la corruption en RDC.

Mots-clés : Fraude – Corruption – Fraude minière – Mine.

ABSTRACT

The Democratic Republic of Congo (DRC) is faced with a phenomenon that prevents it from mobilizing revenue in a normal way. This is mining fraud, for example. Speaking of this fraud, there is talk of a mining offense repressed by the Congolese authorized. In addition, it aims, in its purpose, with the help of tricks, to provide an illicit advantage to a third person (natural or legal person). Hence we attach it to an offense assimilated to corruption, especially since the World Bank also

* Chef de Travaux, Faculté de droit, Université de Likasi, Assistant principal du Secrétaire général à la Recherche de l'Université de Likasi.

** Assistant, Faculté de droit, Université de Likasi.

*** Bibliothécaire, Université de Likasi.

considers it as a form of corruption. This is how this article is proposed in the logic of the fight against corruption in the DRC.

Keywords: *Fraud – Corruption – Mining fraud – Mining.*



SOMMAIRE

Introduction

I. ASPECT THÉORIQUE SUR LA FRAUDE MINIÈRE

- A. Fraude
- B. Mine
- C. Fraude minière

II. LES AUTEURS DE LA FRAUDES MINIÈRE

- A. Les exploitants artisanaux
- B. Les négociants et les comptoirs
- C. Les groupes armés et les forces de sécurité
- D. Les acteurs politiques
- E. Les agents des services publics de l'État
- F. Les sociétés étrangères

III. MODES OPÉRATOIRES DE LA FRAUDE MINIÈRE EN RDC

IV. CONSÉQUENCES DE LA FRAUDE MINIÈRE SUR LA POPULATION

V. CADRE LÉGAL CONTRE LA FRAUDE MINIÈRE

VI. QUE FAIRE POUR RENDRE LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE MINIÈRE EFFICACE EN RDC ?

CONCLUSION



INTRODUCTION

La RDC, de par sa superficie, est dotée d'énormes ressources naturelles et humaines mais se retrouvent parmi les pays les plus pauvres du monde. Selon certaines indications de développement, elle se compte parmi les trois pays les plus riches d'Afrique, en ressources minières alors que ces dernières ne contribuent pas à son redressement suite à une intensification d'activités frauduleuses dans ce secteur. Ce fléau freine ainsi le développement de la RDC en la privant d'importantes ressources financières nécessaires pour la relance de son économie. La fraude est, selon la Banque Mondiale,

« [...] une forme de corruption d'une part ; et, d'autre part, dans le contexte du Code minier, elle peut être appréhendée comme un acte assimilé à la corruption. Nous nous en tenons à la première perception ceci justifie la pertinence de notre article qui s'inscrit dans le cadre du thème général de la lutte contre la corruption en RDC »¹.

Au regard de la propension de la fraude minière en RDC, cette analyse vise à décortiquer minutieusement ce phénomène pour permettre la mise en place des dispositifs contre lui. Ainsi, pour y arriver, et rendre cet article plus scientifique nous avons usé du positiviste juridique comme paradigme dominant en se référant aux textes de lois en vigueur et même la consultation de la doctrine passant par la documentation et l'observation directe.

I. ASPECT THÉORIQUE SUR LA FRAUDE MINIÈRE

Avant de se plonger dans le vif du sujet, il nous a été important de définir les mots clés de notre réflexion et passe à la théorie y relative. Ainsi, nous avons retenu trois concepts que nous avons trouvés importants de définir et qui nous guideront pour une compréhension.

A. Fraude

La fraude est « *un acte de mauvaise foi accompli en contre venant à la loi ou aux règlements nuisant au droit d'autrui* »². D'après Serge Braudo, la fraude est un acte qui a été réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou réalisé

¹ « En terrain minier : Comment réduire la corruption dans le secteur extractif », (3 juin 2019), en ligne : <www.banquemonde.org> (consulté le 30 décembre 2022).

² *Dictionnaire Larousse*, 2009, v^o « Fraude ».

avec intention d'échapper à l'exécution des Lois³. Elle est, donc, une forme de corruption à part entière selon la banque mondiale à coté de dessous de table, l'extorsion, le favoritisme, ...

B. Mine

Au terme de l'Article 1 point 29 du code minier, la mine est définie comme « tout gisement exploitable à ciel ouvert ou en souterrain avec l'une comprise de traitement ou de transformation des produits issus de cette exploitation et se trouvant dans le périmètre minier y compris les installations et les matériels mobiliers et immobiliers affectés à l'exploitation ».

Autrement dit, « la Mine » est un gisement exploité de matériaux précieux tel que l'or, le charbon, le cuivre, le diamant, le fer, le sel, l'uranium, etc. Elle peut être à ciel ouvert ou souterraine. La distinction entre mine et carrière tient à la nature du matériau extrait (stratégique ou précieux pour la mine, de moindre valeur pour la carrière). Cette distinction est définie par le code minier.

L'existence des mines remonte à la Préhistoire, où certains puits et galeries étaient creusés dans la craie pour l'extraction du silex, et d'autres servaient à l'extraction de minerais (fer et cuivre notamment). À partir du XIXe siècle, les progrès techniques et de la géologie ont permis d'exploiter plus rapidement des gisements de plus en plus profonds, jusque sous la mer à partir d'une plateforme de forage, non sans impacts environnementaux, sociaux et sanitaires directs ou indirects. L'extraction minière est responsable d'un grand nombre de morts, dans les galeries, ou à la suite de la silicose, l'asbestose ou à des cancers dus à la radioactivité. Les déchets, poussières des « stériles minières » sont parfois à l'origine de pollutions graves différées dans l'espace ou le temps (à partir des métaux lourds notamment). Certaines mines ont engendré un phénomène d'acidification du milieu, auto-entretenu (ce phénomène est dit « drainage minier acide »). Des mines abandonnées sont aussi à l'origine d'effondrement

³ Lire le *Dictionnaire du droit privé* de Serge Braudo en ligne « www.dictionnaire-juridique.com ».

du sol superficiel. Des séismes induits peuvent être produits par les grandes mines⁴.

Les mines sont à la source de la production de nombreux biens d'équipements et de consommation. En cela, les entreprises qui contrôlent cette activité jouent un rôle de poids dans l'économie mondiale.

C. Fraude minière

L'article 305 du code précité définit la fraude minière comme « *toute exportation ou tentative d'exportation frauduleuse des substances minérales en contravention du régime douanier et des accises prévues par le présent code est soumise aux pénalités et amendes prévues par la législation douanières et acinienne à la matière* ».

L'article 307 du même code réprime également la corruption des agents des services publics de l'État en se référant au barème de sanction prévu par le code pénal ordinaire⁵ ainsi qu'une amende équivalent à 1000 dollars américains qui est particularité de ce code. Pour une bonne appréhension, l'article 305 du code minier exige à être combiné avec l'article 307 du code précité pour faire allusion à la corruption des agents des services publics de l'État. Le fait pour cette disposition de renvoyer expressément aux peines des articles 147 à 149 du code pénal, laisse transparaître que « *la corruption est établie du point de vue du corrompu et de celui qui sollicite quelque chose du corrupteur ou accepte l'offre de ce dernier* »⁶.

Cette position est renforcée par la qualité d'agent public reconnue à ces préposés dans le secteur minier. D'autant plus que, la qualité d'agent public est un élément prépondérant dans l'établissement de l'infraction de corruption. C'est que toute personne qui tombera sous le coup de cette infraction « *subira, en plus des peines prévues aux articles 147 à 149, une amende. Cette amende est fixée à l'équivalent de 1000 dollars américain* »⁷.

⁴ Louis Simonin et Jean-Claude Beaune, *La vie souterraine : les mines et les mineurs*, sv, Technology & Engineering, 1982, p. 306.

⁵ Lire les articles 147 à 149 du Code pénal congolais Livre II.

⁶ *L'infraction de corruption et les infractions assimilées en droit pénal congolais. Guide pratique pour le personnel judiciaire*, Kinshasa, CSM, 2018, p. 22.

⁷ Bony CIZUNGU, *Les infractions de A à Z*, Kinshasa, Ed. Laurent Nyangezi, 2011, p. 212.

Par ailleurs, les ressources de la RDC déjà très varié attirent la convoitise des groupes rebelles des pays voisins ; des occidentaux, des hommes politiques locales, des autorités, des différents intervenants, des négociants et facilitateurs. Cette convoitise favorise un accroissement exponentiel d'activités frauduleuses en remontant les différents contours de cette situation de nombreux acteurs tant nationaux qu'internationaux sont cités ci-haut. Entre les personnes qui favoriseraient les transactions observés les auteurs de la fraude minière se recrutent dans différentes sphères de la société congolaise et ils interviennent chacun pour ces intérêts.

II. LES AUTEURS DE LA FRAUDES MINIÈRE

Parlez des auteurs de la fraude, il est question de citer tous les agents acteurs passifs comme actifs qui favorisent la fraude des matières premières issus des mines. Nous citerons les agents de proue ; les exploitants artisanaux (A), les négociants et les responsables des comptoirs (B), les groupes armés et les forces de sécurité (C), les acteurs politiques (D), les agents des services publics de l'État (E) et les sociétés étrangères (F).

A. Les exploitants artisanaux

Certains exploitants artisanaux qui se livrent à l'extraction et à la concentration des substances minérales, ne déclarent pas auprès des coopératives minières auxquelles ils sont affiliés les produits issus de leurs activités. Ils préfèrent opérer dans le marché informel qui échappe au contrôle de l'État de violation de l'article 116 du Code minier qui les obligent à ne vendre leurs produits aux organismes agréés uniquement. Cette situation qui constitue un véritable manque à gagner, fait perdre à l'état congolais des dollars américains, car environ 70% des substances minérales congolais sont exploitées artisanalement.

L'État congolais ne maîtrise pas la quantité réelle de l'extraction des minerais issus de l'exploitation artisanale, la quantité qui lui échappe est bien plus importante que celle réellement captée. Ceci est dû au « *manque*

d'encadrement de ce secteur, de l'exploitation jusqu'à la commercialisation entraînant des pertes et des frustrations à tous les niveaux »⁸.

B. Les négociants et les responsables des comptoirs

Certains négociants ne déclarent pas au Service d'Assistance et d'Encadrement d'Exploitation Minière Artisanale et à Petites échelle (SAEMAP) les substances qu'ils achètent auprès des exploitants artisanaux et c'est en violation des dispositions légales. Il est des comptoirs qui ne déclarent pas non plus les quantités réelles des substances minérales achetées et vendues. Les négociants adoptent un comportement frauduleux préférant vendre leurs produits auprès des comptoirs (entités de traitement), installés dans les pays voisins notamment en Ouganda, en Zambie et au Rwanda. Cette situation est due à la taxation et à l'arbitraire opéré dans le secteur, le régime des taxes d'exportation des minerais en RDC est très désavantageux par rapport à celui des pays voisins. Même si certains auteurs soutiennent le contraire notamment Éric Monga qui note « *que toutes les sociétés minières qui sont en exploitation paient une taxe à l'Etat [...]. Cette taxe est effectivement payée et ce n'est pas peu d'argent »⁹.*

C. Les groupes armés et les forces de sécurité

Si l'implication des groupes armés dans la commercialisation des minerais a été connue et documentée la première implication des forces de sécurité¹⁰ commence à attirer l'attention comme indique le récent rapport de *Global Witness* au fil des ans. Ce groupe d'expert a accumulé les preuves du financement de groupes armés par le commerce des minerais et considère à ce jour qu'aucun groupe armé opérant en RDC n'est étranger à cette pratique.

Les hommes en arme sont les parasites fiscaux du commerce minier sur les sites de production et ces voies d'acheminement ils sont aussi impliqués dans la violation des droits de l'homme. Autrement dit « *l'exploitation minière*

⁸ Éric MONGA MUMBA, « Etat des lieux du secteur minier au Katanga » dans *Le point en Science Sociale*, Bulletin du département de Sociologie et Anthropologie, UNILU, Janvier 2008, p. 219.

⁹ Idem, p. 220.

¹⁰ Nous citons ici les Forces Armées Congolaises (FARDC) et la Police Nationale Congolaise (PNC).

en RDC est aujourd'hui en désaccord total avec les prescrits des droits de l'homme »¹¹.

D. Les acteurs politiques

Usant de leur pouvoir, les acteurs politiques participent aussi dans la fraude minière à l'aide du trafic d'influence¹² dans la facilitation aux investisseurs, en contre parti ils promettent des protections sous influence des postes qu'ils occupent en échange de peau des vins. En clair, le comportement des acteurs politiques dans la fraude minière est bel et bien la grande corruption.

E. Les agents des services publics de l'Etat

La taxation par les administrations est relativement arbitraire dans les sites de production et les voies d'acheminement mais elle se régularise quelque peu au niveau des centres d'exportation. Toutefois il convient de signaler que la destination finale de la taxation opérée par les agents de douanes sur le commerce des minerais est obscure, largement arbitraire non fondé sur les textes légaux et le régime des taxes d'exportation en RDC, des minerais est très désavantageux par rapport aux pays voisins.

Ainsi, même si les taxes perçues sont inférieures à ce qu'elles devraient être en raison de fraude, elles représentent plusieurs néanmoins millions de dollars par an. C'est dire que « *dans la pratique, chaque niveau d'évolution d'un dossier à l'exportation des produits minières, il y a toujours quelqu'un pour trouver une soi-disant faute et le dossier est bloqué. Pour acheter la paix, l'exportateur prévoit des frais qui sont parfois très consistant* »¹³.

F. Les sociétés étrangères

Les sociétés étrangères opérant dans le secteur minier violent les dispositions légales et règlementaires organisant le séjour des étrangers en RDC. Ces sociétés étrangères spécialisées dans la corruption bénéficient de la protection des autorités politiques qui leurs facilitent des autorisations d'exploiter et d'exporter de manière illicite les minerais produits en RDC.

¹¹ Elisée TSHINYAMM NZAV, « Violation des droits de l'homme dans l'exploitation minière en RDC : vers les atteintes aux principes d'égalité, de justice et de la dignité humaine », (2018) 2 *Revue Générale de Droit et interdisciplinaire de l'Université de Likasi*, 333.

¹² Actes assimilés à la corruption.

¹³ E. MONGA MUMBA, préc., note 8, p. 222

Ces milieux d'affaire constituent parfois le trait d'union entre le commerce congolais des minerais et l'économie criminelle internationale, notamment les mafias de la RDC. Ces sociétés étrangères se retrouvent également dans la grande corruption.

III. MODES OPÉRATOIRES DE LA FRAUDE MINIÈRE EN RDC

Les minerais volés en RDC passent entre les mains d'un petit groupe d'acteurs au détriment de la population et les modes opératoires des fraudeurs sont relativement prévisibles. Ils se cachent derrière la production artisanale et cette production est estimée en plusieurs tonnes par an. Il s'agit en fait d'un réseau organisé des personnes qui se livrent au trafic de minerais en RDC par des actes de corruption et d'autres formes d'antivaleurs. Ils usent des subterfuges suivants : la non-déclaration des matières, l'extorsion et le trafic d'influence, etc.

IV. CONSÉQUENCES DE LA FRAUDE MINIÈRE SUR LA POPULATION

La conséquence majeure de la fraude minière en RDC est la multiplication, persistance de la guerre des zones stratégiques en minerais notamment la patrie Est du pays. Parce qu'on indique toujours « *des exactions militaires et barbares commises dans la partie est du pays au profit des minerais que la plupart qualifient de sang* »¹⁴.

V. CADRE LEGAL CONTRE LA FRAUDE MINIÈRE

Les textes légaux et réglementaires suivants abordent expressément ou implicitement la question de la fraude minière en RDC :

- le Code Pénal Ordinaire
- l'arrêté interministériel n° 0719/CAB.MIN/MINES/01/ et n° 140/CAB.MIN/INT. SEC/2010 du 20 octobre 2010 portant 2010 création, organisation et fonctionnement de la commission nationale du contre la fraude minière ;
- la loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant code minier telle que modifiée et complétée par la loi n° 18/001 du 09 Mars 2018 ;

¹⁴ E. TSHINYAM NZAV, préc., note 11, p. 322.

- le décret n° 038/ 003 du 26 mars 2003 pourtant règlement minier tel que modifier et compléter par le décret n° 18/004 du 08 Juin 2018 ;
- la loi n° 04/016 du 19 juillet 2004 portant lutte contre le blanchiment des capitaux et financement du terrorisme ;
- l'arrêté interministériel n° 149/CAB. MIN/MINES/01/2011 et n° 116/CAB/MIN/Finances/2014 du 05 Juillet 2014 portant manuel 2014 des procédures de traçabilité des produits miniers, de l'extraction à l'exportation.

L'Arrêté interministériel n° 0719/CAB.MIN/MINES/01/2010 du 20 octobre 2010 portant création, organisation et fonctionnement de la commission nationale de lutte contre la fraude minière, définit de la fraude minière comme *« l'exploitation, la détention, le transport, la commercialisation ou l'exportation, du code douanier, du code des impôts ainsi que des dispositions de la réglementation de change et ce dans le but de procurer un bénéfice illicite au détriment des intérêts de l'Etat »*. Cet arrêté, étend de manière non exhaustive la notion de la fraude minière aux faits érigés en infractions par les articles 302, 303 et 304 du code minier.

Nous pensons qu'il y a lieu d'intégrer dans le champ de la fraude minière : le vol et le détournement des substances minérales qui sont des infractions prévues et punis par les articles 300 et 301 du code minier¹⁵.

VI. QUE FAIRE POUR RENDRE LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE MINIERE EFFICACE EN RDC ?

La commission nationale de lutte contre la fraude minière a plusieurs fois dénoncée le trafic d'influence de quelques responsables politiques ; militaires et administratifs dans les chaînes de la fraude minière surtout au Nord-Kivu. De telles pratiques limitent l'efficacité des actions de lutte contre la fraude minière sur terrain.

Pour Lunda Bululu note que

« [...] la RDC est un Etat caractérisé par la mégestion, le détournement des deniers publics à grande échelle, la corruption pratiquement institutionnalisée dans le secteur public et le manque de sanction. Or de telles

¹⁵ Ministère de Mines, *Manuel de certification*, Kinshasa, 2019, p. 18.

pratiques ne peuvent jamais faciliter l'émergence ou le développement socio-économique du pays. Donc avec un tel tableau, on peut aller de l'avant, même pas en titubant »¹⁶.

C'est pourquoi pour rendre efficace en RDC la lutte contre corruption ou mieux la fraude minière, nous proposons :

- la création d'une agence unique d'investissement dans le secteur minier dont la gestion sera confiée à la société civile et placée sous la surveillance conjointe du ministère des mines et de l'Inspection Générale de Finances (IGF) ;
- le changement des mentalités par la sensibilisation de la population sur la loi car cette dernière connaît beaucoup des problèmes dans son application qui sont de deux ordres à savoir ; la méconnaissance de la loi (ou sa mauvaise interprétation) et le refus de certaines institutions de l'appliquer¹⁷ ;
- l'Etat dans la lutte contre la corruption de manière générale est particulièrement la lutte contre la fraude minière doit collaborer avec toutes les institutions publiques ou privées luttant contre ces pratiques dans tous les secteurs de la vie nationale.

CONCLUSION

L'exercice auquel nous nous sommes livrés nous a permis de démontrer à travers certains postulats, les recettes qui échappent à l'état chaque année dans le secteur minier. Le contour de cette étude de la fraude minière ; nous a permis de dégager les causes, la conséquence, les acteurs de ce phénomène et le cadre légal de la lutte contre la fraude minière. C'est pourquoi nous avons proposé des pistes thérapeutiques dont l'application exigent de l'audace de la part des gouvernants sans préjudices notamment la création d'une agence unique d'investissement dans le secteur minier au Congo qui sera géré par la Société Civile et placé sous surveillance de l'IGF et le ministère des mines, la sensibilisation de la population ainsi que la collaboration Etat-Institutions (privées et publiques).

¹⁶ LUNDA BULULU, *Conduire la première transition au Congo- Zaïre*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 124.

¹⁷ E. Monga Mumba, Préc. note 8, p. 207.

Nous pensons pour notre part que les pistes proposées avant nous n'ont pas totalement permis à éradiquer la fraude minière parce qu'étaient appliquées de manière désordonnée. Ainsi, nous émettons le vœu de voir les nôtres faire fortune.

Références bibliographiques

Dictionnaire Larousse, 2009.

Arrêté interministériel n° 0719/CAB.MIN/MINES/01 et n° 140/CAB.MIN/INT.SEC/2010 du 20 octobre 2010 portant 2010 création, organisation et fonctionnement de la commission nationale du contre la fraude minière.

Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal tel que complété et modifié par la Loi n° 15/022 du 31 décembre 2015.

Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant code minière telle que modifiée et complétée par la loi n° 18/001 du 09 Mars 2018.

Décret n° 038/ 003 du 26 mars 2003 pourtant règlement minier tel que modifier et compléter par le décret n° 18/004 du 08 Juin 2018.

Loi n° 04/016 du 19 juillet 2004 portant lutte contre le blanchiment des capitaux et financement du terrorisme.

Loi n° 9-2022 du 11 mars 2022 portant prévention et lutte contre la corruption et les infractions assimilées.

Arrêté interministériel n° 149/CAB. MIN/MINES/01/2011 et n° 116/CAB/MIN/Finances/2014 du 05 Juillet 2014 portant manuel 2014 des procédures de traçabilité des produits miniers, de l'extraction à l'exportation.

BRAUDO, S., *Dictionnaire du droit privé*, Dictionnaire en ligne à lire sur « <https://www.dictionnaire-juridique.com> ».

CIZUNGU, B., *Les infractions de A à Z*, Kinshasa, Ed. Laurent Nyangezi, 2011.

L'infraction de corruption et les infractions assimilées en droit pénal congolais. Guide pratique pour le personnel judiciaire, Kinshasa, CSM, 2018.

LUNDA BULULU, *Conduire la première transition au Congo- Zaïre*, Paris, L'Harmattan, 2005.

Ministère de Mines, *Manuel de certification*, Kinshasa, 2019.

MONGA MUMBA, S. E., « Etat des lieux du secteur minier au Katanga » dans *Le point en Science Sociale*, Bulletin du département de Sociologie et Anthropologie, UNILU, janvier 2008.

SIMONIN, L. et BEAUNE, J-C, *La vie souterraine : les mines et les mineurs*, sv, Technology & Engineering, 1982.

TSHINYAMM NZAV, E., « Violation des droits de l'homme dans l'exploitation minière en RDC : vers les atteintes aux principes d'égalité, de justice et de la dignité humaine », (2018) 2 *Revue Générale de Droit et interdisciplinaire de l'Université de Likasi*, 2018.

*

* *

- A. L'inconsistance de la responsabilité pénale du décideur
 - 1. Le système de responsabilité administrative et la protection du décideur
 - 2. La pérennisation des réticences antérieures
 - B. La neutralisation de la responsabilité pénale du décideur par le système de délégation de pouvoir
 - 1. Les mécanismes de la délégation de pouvoir en droit pénal
 - 2. Le domaine de la délégation de pouvoir en droit pénal
- II. LA RETROGRESSION PROGRESSIVE DU DISPOSITIF DE PROTECTION DU DECIDEUR
- A. La pénalisation de l'activité du décideur
 - 1. La pénalisation de l'activité du décideur devant les juridictions judiciaires
 - 2. La pénalisation de l'activité du décideur devant les juridictions spécialisées : cas du Tribunal Criminel Spécial
 - B. La responsabilité de principe du chef d'entreprise
 - 1. Détermination du responsable de principe
 - 2. L'étendue de la responsabilité



INTRODUCTION

« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions »¹.

Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires posé au début de la révolution française de 1789 et dérivé d'une interprétation du principe politique de la séparation du pouvoir² signifie, selon René Chapus, que « l'action de l'administration, lorsqu'elle se manifeste comme puissance publique ne doit pas être jugée par les tribunaux judiciaires »³. Deux siècles plus tard, cette affirmation n'a plus lieu d'être. Fort des interventions législatives et des acquis jurisprudentiels en la matière, à présent la possibilité de poursuivre pénalement un détenteur de pouvoir d'autorité est devenue presque ordinaire. Les détenteurs de pouvoir d'autorité autrefois à l'abri de poursuites engagées devant le juge « *de droit commun* » dans l'exercice de leurs fonctions, sont désormais de potentiels justiciables des juridictions judiciaires⁴.

Dorénavant, les décideurs sont justiciables des juridictions pénales peu importe que les actes qui leurs sont reprochés aient été commis en pleine exercice de leurs fonctions ou pas. Le juge pénal est de plus en plus sollicité, il s'imisce davantage dans le contrôle de l'action publique suite à la commission de n'importe quelle faute personnelle. Ainsi, l'incendie du « *Cinq-Sept* » en 1970 et la condamnation du Maire pour homicide et blessures involontaires qui s'ensuivit engendre un mouvement de pénalisation de l'action publique, reposant sur une mutation profonde du régime classique de

¹ Loi des 16 et 24 août 1790 portant sur l'organisation judiciaire (*cette loi institua le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires*).

² Au 18^e siècle, le principe de la séparation des pouvoirs a vu le jour avec la plume de J. Locke en 1690 dans son essai sur *le Gouvernement Civil*, puis par Montesquieu en 1748 dans son œuvre intitulé *l'Esprit des lois*.

³ Ce principe va être réitéré par le décret du 16 fructidor an III en ces termes : « *les défenses interactives sont faites aux tribunaux de connaître des actes administratifs de quelques espèces qu'ils soient* ».

⁴ Sur la séparation des compétences entre le juge administratif et le juge de droit commun, lire C. KEUTCHA TCHAPNGA, *Précis de contentieux administratif au Cameroun. Aspects de l'évolution récente*, Paris, L'Harmattan, 2013, p.39 et s.

la responsabilité administrative⁵. Depuis quelques années, les détenteurs de pouvoirs d'autorité voient leur responsabilité pénale mise en cause pour des délits non intentionnels comme l'illustrent entre autres les affaires de Furiani ou du sang contaminé⁶ en droit Français. En effet, l'intervention accrue du juge pénal correspond à la mise en cause par les victimes des responsables du dommage, dans une recherche de culpabilité individuelle et non plus seulement d'indemnisation par une entité administrative abstraite⁷. L'introduction pulsive du juge pénal dans le contentieux public engendre une adaptation des décideurs publics qui ont dû intégrer « *le risque pénal* » dans la gestion des affaires publiques dont ils ont la charge.

Loin de se limiter aux décideurs publics, la pénalisation du contentieux vise également les chefs d'entreprise, responsables de multiples infractions à la législation du travail⁸. Ainsi, même si le phénomène est *a priori* plus discret en droit privé⁹, un « *risque pénal* » émerge pour l'ensemble des « *décideurs* », régulièrement sommés de répondre de leurs actes sur le plan pénal¹⁰. Il s'agit en quelque sorte, d'une contestation indirecte de l'intervention du juge administratif, dans la mesure où, le juge pénal, en recherchant les causes pénales à l'origine du dommage, passe en revue l'action de l'administration et développe une conception des obligations liées à celle-ci¹¹.

⁵ Philippe RAIMBAULT, « La responsabilité pénale des décideurs et des personnes morales », *Champ pénal/Penal field*, XXXIV^{ème} Congrès français de criminologie, Responsabilité/Irresponsabilité Pénale, (le 14 septembre 2005), en ligne : <<https://doi.org/10.4000/champpenal.385>> (consulté le 07 septembre 2021).

⁶ « *L'affaire du sang contaminé* » éclate le 25 avril 1991 après que de nombreux hémophiles et transfusés ont été infectés par le virus du sida dans les années 1980 et 1990. L'ancien Premier ministre socialiste Laurent Fabius et les anciens ministres socialistes Georgina Dufoix et Edmond Hervé ont comparu du 9 février au 2 mars 1999 devant la Cour de Justice de la République (C.J.R.) pour « *homicide involontaire* ».

⁷ J.M. DOMENACH, « L'action administrative face à la responsabilité pénale des décideurs publics », (2001) 19 : 1 *Revue Politiques et Management Public* 43-57.

⁸ La Cour de cassation considère que les chefs d'entreprise sont responsables des infractions constatées dans leur établissement, sauf à rapporter la preuve d'une délégation de pouvoir expresse et effective : Cass.crim. 23 nov. 1950, *Bull. crim.* n° 267. Une loi de 1976 a cherché à limiter les effets de cette jurisprudence mais les possibilités d'exonération restent restreintes.

⁹ Quantitativement, les condamnations pénales de chefs d'entreprises sont beaucoup plus nombreuses. Mais les entrepreneurs contestent moins la pénalisation, car l'habitude leur en fait admettre le principe et parce que les poursuites sont relativement rares au regard du nombre d'infractions constatées (Varinard, 1981).

¹⁰ P. RAIMBAULT, préc., note 6.

¹¹ J. M. DOMENACH, préc., note 8.

La notion de « *décideur* » reste imprécise, et semble juridiquement pas prise en compte comme le témoigne l'absence du terme dans les écrits doctrinaux et le cloisonnement sectoriel des recherches menées à propos¹². Toutefois, l'importance d'une telle catégorie n'est plus à démontrer. Publics ou privés, les « *décideurs* » sont des personnes responsables du processus décisionnel, qui agissent tous au sein d'un organisme doté d'intérêts spécifiques qui peuvent influencer sur leurs décisions¹³. Ainsi, la catégorie des « *décideurs* » s'avère heuristique puisqu'elle met en exergue le lien d'interdépendance qu'ils entretiennent avec les institutions qu'ils dirigent¹⁴. Facilitant par la même occasion une appréhension globale du phénomène de pénalisation de la société.

Ainsi, la pénalisation de la société et la recherche d'un responsable à tout dommage ont grandement contribué à la reconnaissance de la responsabilité pénale du décideur. La crainte était telle que certains n'hésitaient pas à envisager la responsabilité du décideur comme un moyen de « *contrôler les contrôleurs* »¹⁵. En effet, l'article 1^{er} du code pénal camerounais dispose que : « *la loi pénale s'impose à tous* ». C'est-à-dire que la loi pénale s'applique à tous les sujets de droit sans distinction ou discrimination aucune. Cet article ne fait que relayer le célèbre principe de l'égalité de tous devant la loi qui signifie tout simplement que tous les hommes, sans distinction ou discrimination aucune, sont égaux devant la loi et que personne, mais alors personne, n'est au-dessus ni « *en dessous* » d'elle¹⁶. C'est dire que le décideur n'est pas à l'abri des sanctions pénales. Il peut être poursuivi pénalement, comme tout autre citoyen au nom de l'égalité de tous devant la loi pénale. La responsabilité pénale du décideur a essentiellement pour fonction la punition du décideur fautif. Dans cette étude, seule les fautes pénales commises par le décideur dans l'exercice de ses fonctions retiendront notre attention.

Dans un Etat de droit lorsqu'un citoyen a violé une disposition légale, il doit répondre de son acte illicite devant les autorités. Il engage par cette voie

¹² P. RAIMBAULT, préc., note 6.

¹³ Id.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Arrêt du 30 juillet 1873, Pelletier, publié dans le GAJA, Dalloz 1996, n°1, dans A. DOKA BOURA : « Réflexion sur l'effectivité de la responsabilité pénale du magistrat au Cameroun et ailleurs », (2019) *Revue libre de Droit*, 50-67.

¹⁶ Lire à ce sujet Léon Chantal AMBASSA, *Droit Pénal Général*, 1^{ère} éd., Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2014, p.27 et s.

sa responsabilité¹⁷, en particulier sur le plan pénal. Etant donné que la responsabilité se structure autour d'une dichotomie essentielle : la fonction de réparation assignée à la responsabilité civile ou administrative se distingue de la fonction punitive des responsabilités disciplinaire, pénale, voire politique¹⁸. C'est sa dimension pénale qui nous sied dans le cadre de ce travail.

Comme l'a écrit Fauconnet « *la responsabilité est la qualité de ceux qui doivent, l'irresponsabilité la qualité de ceux qui ne doivent pas, en vertu d'une règle, être choisis comme sujets passifs d'une sanction* »¹⁹. On peut donc définir la responsabilité pénale comme l'obligation pour une personne physique ou morale impliquée dans une infraction d'en assumer les conséquences pénales, autrement dit en subir la sanction qui a été attachée à l'incrimination lésée²⁰. Cette sanction étant punitive ou préventive. Il s'agit en quelques mots de l'obligation de répondre des infractions commises et de subir la peine prévue par le texte qui le réprime²¹. Ainsi, « *est pénalement responsable celui qui volontairement commet les faits caractérisant les éléments constitutifs d'une infraction avec l'intention que ces faits aient pour conséquence la réalisation de l'infraction* »²². La responsabilité pénale se distingue de la responsabilité civile : ces deux responsabilités sont autonomes l'une par rapport à l'autre, néanmoins il existe entre elles une relation étroite, dans la mesure où un même fait engage la responsabilité pénale et la responsabilité civile de son auteur.

Toutefois, si l'engagement de la responsabilité pénale du décideur est une réalité aujourd'hui perceptible dans notre tradition juridique, sa mise en œuvre demeure neutralisée voire instrumentalisée surtout en matière de fautes non intentionnelles. Fort de cette réalité et surtout conscient de la protection de la catégorie de décideur dans une certaine mesure, un questionnement fondamental se dégage : Quels sont les obstacles à l'effectivité de la mise en

¹⁷ Le terme « *responsabilité* » a été reconnu pour la toute première fois par l'académie française en 1798. Il vient du latin *respondere*, qui signifie « *se porter garant* ».

¹⁸ P. RAIMBAULT, préc., note 6.

¹⁹ P. FAUCONNET, *La responsabilité : étude de sociologie*, Paris, Alcan, 1920, p.320.

²⁰ Jeanne Claire MEBU NCHMI, « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux en droit camerounais », (2014) *Sciences de l'Homme et Société*, en ligne : <<https://hal-auf.archives-ouvertes.fr/hal-01113623/document>>.

²¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association HenriCapitant, Paris, PUF, 2004, p.808.

²² Article 74 (2) CP.

œuvre de la responsabilité pénale du décideur au Cameroun ? A la suite de cette interrogation qui constitue la trame de fond de cette thématique, d'autres questions accessoires peuvent également se poser. Quel est le cadre légal entourant la responsabilité pénale des détenteurs de pouvoirs d'autorité ? Est-il possible d'engager efficacement la responsabilité pénale du décideur pour une faute commise dans l'exercice de ses fonctions en dépit des barrières qui l'entourent ?

La question est particulièrement sensible dans un contexte où le décideur surtout public pense bénéficier d'une certaine immunité surtout juridictionnelle le plaçant hors de portée de la justice pour citoyen ordinaire. Un comportement qui reste d'actualité dans un contexte où le réflexe de domination autoritaire de certains fonctionnaires apparaît comme un « *atavisme d'une culture étatique d'un autre âge*²³ ». Les détenteurs de pouvoir d'autorité, surtout les décideurs publics (autorités administratives), refusent souvent de répondre à la convocation du juge pénal²⁴ qu'ils qualifient de « *petit juge* »²⁵. C'est donc parfois dans une atmosphère tumultueuse que s'analysent les rapports entre le décideur et le juge pénal.

Cette étude a pour objectif tout d'abord de comprendre les raisons susceptibles d'expliquer non seulement le processus, mais également, la nature de la pénalisation de l'activité du décideur. Elle vise aussi à montrer les diverses adaptations de l'administration face à l'intervention du juge pénal.

A l'examen de la jurisprudence judiciaire, on s'aperçoit que le décideur peut faire l'objet non seulement de poursuites, mais aussi de condamnations au pénal lorsque, dans l'exercice de ses fonctions il pose des actes répréhensibles, actes qui rendent visible la pénalisation de l'activité de ce dernier.

Pour ce faire, il convient tout d'abord de démontrer que la question de la responsabilité pénale de l'activité du décideur n'est pas restée statique. Elle a connu une évolution partant d'un certain retard dû à l'hégémonie du dispositif

²³ Maurice KAMTO, « La mise en cause des autorités administratives... », dans Jacques BIPELE KEMFOUEDIO, « L'administration camerounaise dépouillée de ses prérogatives de puissance publique devant le juge judiciaire » (2018) 12 *Les Annales de droit*, (05 février 2019), en ligne : <<https://journals.openedition.org/add/939>> (consulté le 5 décembre 2019).

²⁴ Exemple du feu ministre des enseignements secondaires Bapes Bapes, soupçonné de détournement de dernier public qui refusa de répondre à une convocation du juge pénal.

²⁵ J. BIPELE KEMFOUEDIO, préc., note 24.

de protection du décideur (I), mais l'on observe une régression ascensionnelle dudit dispositif, permettant par la même occasion d'établir l'effectivité du phénomène (II).

I. L'HÉGÉMONIE DU DISPOSITIF DE PROTECTION DU DÉCIDEUR

Le décideur, entant que détenteur du pouvoir d'autorité, est tenu de donner de l'exemple en respectant la réglementation en vigueur. Dans le cas contraire, il engage inexorablement sa responsabilité, en particulier au plan pénal. La bonne administration de la justice constitue désormais, une exigence fondamentale de la sphère administrative de tout travail juridictionnel. Pour parler de la responsabilité pénale, il faut obligatoirement qu'un acte infractionnel ait été commis : toute infraction suppose en principe un fait matériel prévu et réprimé par la loi, commis intentionnellement ou non par une personne physique, mais le législateur a également permis qu'une personne morale puisse engager sa responsabilité pénale.

La pénalisation de l'activité du décideur fait face à une kyrielle de mécanismes de protection qui non seulement neutralise la responsabilité pénale du décideur (B), mais également la rend inconsistante (A).

A. L'inconsistance de la responsabilité pénale du décideur

La réflexion sur la responsabilité pénale du décideur au Cameroun semble parfois sujet à polémique dans la mesure où, le décideur bénéficie non seulement de l'esquive pénale qui apparaît comme une tendance de fond au regard de l'existence de la pérennisation des réticences antérieures (2), mais également du système de responsabilité administrative (1) qui renforce les mécanismes de protection du décideur.

1. Le système de responsabilité administrative et la protection du décideur

Comme le disait très bien Marcel Waline²⁶ : « *La possibilité pour les administrés d'obtenir réparation des dommages imputables à la puissance publique est une pièce essentielle de l'Etat de droit, car toute théorie de la responsabilité reflète une certaine forme de civilisation* ».

²⁶ Professeur de droit public français.

Le droit de la responsabilité administrative²⁷ élaboré par le juge administratif a connu, depuis la fin du 19^{ème} siècle, d'importantes évolutions qui ont abouti à la définition d'un régime favorable à l'intérêt des victimes. Sans entraîner une augmentation de la responsabilité individuelle des agents²⁸. Ce processus a été pour l'essentiel la traduction d'une reconnaissance de plus en plus large du droit à l'indemnisation des victimes de dommage par l'administration²⁹. Le recours à la théorie du cumul de la responsabilité et une application extensive de la notion de faute de service par le juge administratif ont été en même temps des moyens qui ont contribué à garantir les décideurs contre une mise en jeu de leur responsabilité individuelle³⁰. Sur la base de la responsabilité du service, le long mouvement jurisprudentiel a conduit à confier à l'administration le rôle principal dans la fonction d'indemnisation des administrés³¹. Si cette solution ne fait pas obstacle à la responsabilité individuelle de l'agent devant le juge judiciaire, la mise en cause des décideurs publics est restée très rare³². De plus, l'intervention du juge judiciaire est très largement limitée aux fautes graves et intentionnelles. Il appartient à l'administration d'assurer une « *responsabilisation* » des agents par l'utilisation de l'action récursoire et de l'action disciplinaire³³.

L'objectif principal visé par l'administration est la satisfaction de l'intérêt général. Par conséquent, elle ne pouvait mal faire. Ce n'est qu'à partir du XIX^{ème} siècle dans le célèbre *arrêt Blanco*³⁴ que la responsabilité de l'administration a pu être engagée. En effet, par responsabilité administrative, il faut entendre au sens de l'arrêt Blanco, une responsabilité relevant d'un régime spécial obligeant l'administration à répondre des actes dommageables de ses agents liés à l'exécution d'une mission de service public et relevant de la compétence du juge administratif. En clair, il s'agit d'une obligation pour

²⁷ La responsabilité administrative concerne tous les décideurs publics, c'est-à-dire tous les professionnels exerçant leur fonction en qualité d'agent public, titulaire ou non titulaire, rattaché à ce titre à l'Etat, à une collectivité territoriale, à une structure intercommunale, à un établissement public...

²⁸ J. DOMENACH, préc., note 8.

²⁹ M. DEGUERGUE, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », dans J. DOMENACH, préc., note 8.

³⁰ J. DOMENACH, préc., note 8.

³¹ Id.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ C'est suite à l'arrêt Blanco, en 1873, que le Tribunal des Conflits reconnaît l'existence d'une responsabilité administrative générale.

l'administration de réparer le dommage qu'elle cause autrui. La responsabilité administrative est donc une responsabilité civile, non pas au sens où elle serait une responsabilité de droit civil applicable à l'administration ; mais où elle conduit au versement de dommages et intérêts à la victime. Ainsi, la responsabilité de l'administration est tout d'abord une responsabilité pour faute, mais de plus en plus au fil des années elle est devenue responsabilité sans faute. Le système de responsabilité administrative protège le décideur à travers l'idée classique selon laquelle l'agent n'est pas détachable de l'administration.

2. La pérennisation des restrictions anciennes

L'esquive pénale peut s'appréhender comme une tendance de fond due à la perpétuité des immunités pénales et à la persistance des privilèges de juridictions.

Par le privilège de juridiction le décideur peut échapper à la compétence des juridictions répressives ordinaires. Le privilège est selon Gérard Cornu, le « *droit en faveur de certains dignitaires, magistrats ou fonctionnaires, d'être jugés, pour les infractions à la loi pénale qui leur sont reprochées, par une juridiction à laquelle la loi attribue exceptionnellement compétence* »³⁵. Ainsi, à la place de privilège de juridiction, certains auteurs préfèrent utiliser l'expression « *immunité de juridiction* » ou « *délocalisation* » pour désigner le droit donné à certaines personnes de comparaître devant une juridiction autre que celle à laquelle les règles de droit commun attribue la compétence³⁶. Il se subdivise en dérogation aux règles de compétence territoriale, soit alors en dérogation aux règles de compétence d'attribution. En effet, l'article 634 du code de procédure pénale prévoit le privilège de juridiction pour certains décideurs publics en cas de commission d'une infraction par ces derniers dans l'exercice et même en dehors de l'exercice de leur fonction.

Au Cameroun, il est donc envisagé une délocalisation du procès pénal dans lequel le décideur public est l'infracteur. La phase des enquêtes policières est inexistante comme cela se fait chez le citoyen lambda. En premier ressort, c'est la Cour d'Appel qui est compétente. Dans la mesure où, le Procureur Général près la Cour d'Appel compétent adresse un rapport au Président de la

³⁵ G. CORNU, préc., note 22, p.529.

³⁶ A. DOKA BOURA, préc., note 16.

Cour Suprême qui désigne un tribunal compétent. Ou alors le Procureur de la République (*compétent*) transmet le dossier au Procureur Général près la Cour d'Appel pour en saisir le Président de la Cour d'Appel compétente qui désigne le parquet chargé de diligenter les poursuites et la juridiction de jugement compétente pour juger l'affaire. Dans tous les cas, la poursuite, l'instruction et le jugement doivent être confiés à des juridictions de l'ordre judiciaire autres que celles de la circonscription administrative, où le mis en cause exerce ses fonctions. Toute chose sans doute qui protège le décideur public mettant en mal l'effectivité voire l'efficacité de sa responsabilité pénale.

En plus, dans le but de permettre à certains hauts responsables de l'Etat camerounais d'accomplir convenablement et sans gêne leur mission, il a paru nécessaire de les soustraire à l'action du pouvoir judiciaire en leur accordant une protection contre les poursuites pénales. On parle alors dans ce cas d'immunités pénales. C'est-à-dire « *une sorte de passe-droit, de faveur, qui place telle ou telle personne à l'abri des poursuites pénales quant à tel ou tel type d'infractions* »³⁷. A l'exemple de l'immunité du Président de la République et des membres du gouvernement³⁸. Il en résulte que le Président de la République et les membres du gouvernement et assimilés, ne peuvent pas être pénalement poursuivis pour les actes autres, respectivement, que la haute trahison et le complot contre la sûreté de l'Etat, commis dans l'exercice de leurs fonctions. Les actes autres que la haute trahison et complot contre la sûreté de l'Etat sont couverts par l'immunité tout au moins pendant qu'ils sont encore en fonction.

³⁷ L. C. AMBASSA, préc., note 17, p.42.

³⁸ Conformément aux dispositions des alinéas 1, 2 et 3 de l'article 53 de la Constitution de 1996 (révisée par la Loi n°2008/001 du 14 avril 2008 amendant la Constitution de 1996), « (1) la haute cour de justice est compétente pour juger les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions par :

- le Président de la République, pour haute trahison ;

- le Premier Ministre, les autres membres du gouvernement et assimilés, les hauts responsables de l'administration ayant reçu délégation de pouvoirs en application des articles 10 et 12 de la Constitution, en cas de complot contre la sûreté de l'Etat.

(2) le Président de la République ne peut être mis en accusation que par l'Assemblée Nationale et le Sénat statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité des 4/5 des membres les composants.

(3) les actes accomplis par le Président de la République, en application des articles 5,8,9, et 10 de la Constitution, sont couverts par l'immunité et ne sauraient engager sa responsabilité à l'issue de son mandat »

Ce mécanisme particulier de protection du décideur public peut prendre la forme d'une immunité substantielle, ou procédurale. L'immunité substantielle est celle qui tend à l'interdiction de toute poursuite du décideur devant une juridiction pénale, pour les actes et omissions qu'il pourrait commettre dans l'exercice de ses fonctions³⁹. Par contre l'immunité est procédurale lorsqu'elle aboutit à entraver l'engagement des poursuites pénales contre le décideur, part la mise à l'écart des règles ordinaires de procédure pénale⁴⁰. A l'évidence, la responsabilité pénale fait face à des restrictions pratiques qui non seulement limitent l'engagement du décideur, mais également font de lui un acteur finalement peu inquiété.

B. La neutralisation de la responsabilité du décideur par le système de délégation de pouvoir

Désormais, le droit pénal prend en compte, d'une manière jugée excessive par certains, le phénomène de déconcentration du pouvoir : dans les entreprises, conséquence de l'accroissement de leur taille et de la complexification de leurs structures⁴¹. Il n'est donc plus tout à fait juste d'affirmer que la responsabilité des infractions commises dans le cours d'activités de production ou d'échange ne concerne que celles des personnes physiques qui gouvernent l'entreprise⁴². Le réseau est important car constitué par des détenteurs de pouvoirs jugé judicieux au regard des caractères de la règle répressive, dénommés décideurs. Il n'empêche que ce processus de déconcentration de la responsabilité pénale est loin d'être automatique et que les individus qui sont prioritairement mis en cause lors de poursuites sont ceux qui détiennent à titre primaire le pouvoir sur les personnes et les biens composant l'entreprise⁴³. Autrement dit ceux que l'on regroupe sous l'expression quelque peu obsolète de « *chef d'entreprise* ».

1. Les mécanismes de la délégation de pouvoir en droit pénal

Le chef d'entreprise peut contester sa participation à l'infraction commise par ses préposés en prouvant une délégation de pouvoir. C'est-à-dire

³⁹ A. DOKA BOURA, préc., note 16.

⁴⁰ Id.

⁴¹ A. COEURET, « Gouvernement des entreprises et responsabilité pénale » (1992) 3 *Revue des sciences criminelles*.

⁴² Id.

⁴³ Ibid.

en démontrant que l'infraction a été commise dans un service dont il avait confié la direction ou la surveillance à « *une personne pourvue de l'autorité, la compétence et des moyens nécessaires pour veiller à l'observation des lois* ». On peut donc dire que la délégation est l'acte par lequel une personne, appelée délégrant, transmet de façon non définitive à une autre, appelée délégué ou délégataire, des attributions d'autorité qu'elle avait seule initialement le droit d'exercer⁴⁴. Cette cause d'exonération de responsabilité du décideur d'origine prétorienne permet de mieux répartir le risque pénal dans l'entreprise. Elle requiert diverses modalités qui ont trait d'une part aux conditions de validité de la délégation, d'autre part à la mise en œuvre procédurale de celle-ci. Reprenons ces deux points avant de conclure par l'examen des effets.

La délégation n'est valable au pénal que si elle respecte un certain nombre de conditions dégagées au fil des arrêts à partir d'une décision de principe de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 28 juin 1902⁴⁵. « *Sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il apporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires* »⁴⁶. Ce mécanisme concerne toutes les infractions. L'important est que toute délégation ou subdélégation doit porter cumulativement sur la compétence, l'autorité et les moyens nécessaires et émaner du véritable titulaire de ces prérogatives. En revanche il n'y a pas lieu de subordonner l'efficacité de la délégation à une acceptation par le délégataire des conséquences pénales de celle-ci⁴⁷.

Quant à la délégation, elle doit être « *certaine et exempte d'ambiguïtés* ». Quant au fond, il convient de noter que la délégation d'une même tâche à

⁴⁴ A. COEURET, préc., note 42.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ cf. Arrêts de 1993 ;

- Cass. crim. 11 mars 1993, Bull. crim. n° 112. (1er arrêt) ; D. 1994. Somm. 156, obs. Roujou de Boubée ; Dr. pénal 1994. 39, obs. J.-H. Robert ; RSC 1994. 101 et 102, obs. Bouloc (*contrefaçon*) ;
- 11 mars 1993 (3e arrêt), ibid. (*publicité de nature à induire en erreur*) ;
- 11 mars 1993 (5e arrêt), ibid. (*revente à perte*) ;
- 11 mars 1993 (4e arrêt) : ibid. Bull. Joly 1993. 666, note Cartier (*achats sans factures*).

⁴⁷ A. COEURET, préc., note 42.

plusieurs personnes n'est pas admise mais la subdélégation est possible, à condition qu'elle ait été autorisée par le dirigeant.

Une délégation respectueuse des conditions précédentes, invoquée et prouvée par le chef d'entreprise emporte deux effets :

- Le transfert de la responsabilité pénale de l'infraction poursuivie sur la tête du délégataire ;
- L'exonération corrélatrice du chef d'entreprise, ce par quoi l'on voit qu'il s'agit d'une responsabilité alternative du moins tant qu'une faute pénale distincte ne peut pas être rapportée à l'encontre du principal dirigeant, hypothèse rare en nature d'infractions d'imprudence ou de contraventions.

2. Le domaine de la délégation de pouvoir

Par cinq (5) arrêts du 11 mars 1993⁴⁸ la Cour de Cassation française, a généralisé le domaine de la délégation à toutes les infractions notamment économiques pour lesquelles on ne pouvait auparavant l'invoquer⁴⁹.

Auparavant, on ne pouvait parler de délégation de pouvoir que dans un nombre limité de contentieux⁵⁰. Pour d'autres elle était invoquée d'une manière vraiment limitée comme par exemple en droit pénal des sociétés, ou lorsque l'incrimination touchait des personnes physiques à l'exception des mandataires sociaux, situation vraiment regrettable car juste une poignée de délits était visés. Il fut un temps où seule la responsabilité du chef d'entreprise ne pouvait être engagée, sans possibilité d'exonération.⁵¹ En droit comparé comme au Cameroun, la délégation de pouvoir a un domaine extensif à celui de la responsabilité de principe du dirigeant sauf disposition contraire de la loi, restreignant ainsi cette responsabilité centralisée par nature dans un rôle d'exception. Quoi qu'il en soit le domaine de la délégation par excellence est

⁴⁸ Cass. crim. 11 mars 1993, *Bull. crim.* n° 112.

⁴⁹ "Sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il apporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs...".

⁵⁰ Comme par exemple en droit pénal du travail, environnement etc.

⁵¹ Par exemple en matière fiscale et douanière, en matière de fraude commerciale et surtout en matière de délits économiques.

l'entreprise car lui offrant un cadre objectif dans lequel son épanouissement est visible, sans distinction aucune relevant de sa nature publique ou privée⁵².

Tout compte fait, l'engagement de la responsabilité du décideur reste donc dans la société camerounaise un phénomène exceptionnel qui peut s'expliquer par la prédominance des mécanismes de protection. Comment concilier dès lors cet impératif de protection du décideur dans sa mission régaliennne avec celui de répression de tout contrevenant à la loi pénale, surtout en matière d'infractions non intentionnelles ?

II. RETROGRESSION PROGRESSIVE DU DISPOSITIF DE PROTECTION DU DECIDEUR

Le décideur semble hostile au contrôle du juge judiciaire. Pourtant, dans un Etat de droit, cadre d'expression des droits et libertés individuelles et collectives, la soumission de l'Etat et de ses démembrements à la règle de droit ne se discute pas. L'assurance pour tout citoyen que justice lui sera rendue en cas de violation par le décideur, de ses droits et libertés est un des fondements de l'Etat de droit. A l'examen de la jurisprudence judiciaire, on aperçoit un recul progressif des mécanismes de protection dans la mesure où, il est reconnu une responsabilité de principe au chef d'entreprise (B), et que l'on atteste d'une visibilité de la pénalisation de l'activité du décideur en cas de commission d'une infraction (A).

A. Pénalisation de l'activité du décideur

La pénalisation de l'activité du décideur est jalonnée par la présence d'un dispositif de protection. Cependant, cette protection du décideur devient de plus en plus inopérante car, pouvant répondre désormais de leur acte aussi bien devant les juridictions judiciaires (1), que devant le tribunal criminel spécial (TCS) (2).

1. Pénalisation de l'activité du décideur devant les juridictions judiciaires

Longtemps bénéficiaires de l'esquive pénale justifiée par la séparation des autorités administratives et judiciaires, les décideurs l'ont progressivement

⁵² Cette indifférence au « secteur » d'appartenance de l'entreprise a dès longtemps été mise en lumière : V. DAUVERGNE, « La responsabilité pénale des dirigeants des entreprises publiques », (1973) *Rev. Sc. Crim.*, p. 614. Lire également A. COEURET, préc., note 42.

vue disparaître. Certaines carences du procès administratif sont à l'origine de la pénalisation de l'activité du décideur. Puisque, la mise en œuvre des mécanismes de la responsabilité administrative ne répond pas toujours aux attentes des victimes, suite, à l'écran d'anonymat qu'offre l'usage courant de la faute de service⁵³. L'occultation des responsabilités personnelles entrave non seulement une imputation précise du dommage, mais également, sur la reconnaissance de la victime. La logique de l'indemnisation du juge administratif semble désormais défailante⁵⁴.

La responsabilité pénale se substitue donc aux responsabilités défailantes pour compléter une responsabilité civile insuffisante, au risque qu'un déséquilibre institutionnel ne transforme le prétoire en théâtre du combat politique⁵⁵.

S'agissant de la responsabilité pénale, la pratique juridictionnelle présente un vaste potentiel d'incrimination de l'activité du décideur. Permettant par la même occasion de sanctionner des infractions commises par les fonctionnaires dans l'exercice de leur fonction⁵⁶, des atteintes aux intérêts publics⁵⁷, des atteintes au devoir de citoyenneté, des atteintes à l'honneur, des atteintes aux lois électorales⁵⁸, des abstention coupables⁵⁹, des infractions économiques, des atteintes au droit du travail, des infractions contre les particuliers⁶⁰, de détournement de biens publics⁶¹, des atteintes à l'intégrité corporelle, des violences et voies de fait involontaires etc.

On assiste désormais à une inflation pénale, à laquelle peuvent se greffer des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes qui se superposent parfois aux verdicts répressifs, accroissant encore l'impression de pénalisation.

On peut donc affirmer sans risque de nous tromper au vue de toutes ses incriminations que, dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, les décideurs

⁵³ P. RAIMBAULT, préc., note 6.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Cf. Livre II. Titre I. Chapitre III du code pénal du 12 juillet 2016.

⁵⁷ Art. 137 et 138 CP.

⁵⁸ Art. 122 CP et s.

⁵⁹ Art. 145 CP et s.

⁶⁰ Art.140 CP et s.

⁶¹ Art. 184 CP.

peuvent être poursuivis pour les infractions intentionnelles⁶² ou non intentionnelles⁶³, sans toutefois oublier la responsabilité du chef d'entreprise⁶⁴.

Il faut noter que, la responsabilité pénale est d'abord une responsabilité individuelle : l'agent pénalement responsable doit seul répondre des conséquences de ses actes et subir de manière personnelle une éventuelle condamnation. Le code pénal a également prévu des déchéances, confiscation, et publicité contre les fonctionnaires coupables de certaines infractions.⁶⁵ En outre, d'après le code pénal, la qualité de fonctionnaire est désormais une circonstance aggravante de la responsabilité pénale du décideur⁶⁶. Au finish, bien qu'indépendantes l'une de l'autre, une procédure pénale peut fonder une procédure disciplinaire et entraîner une sanction pouvant aller jusqu'à la révocation de l'agent.

2. Pénalisation de l'activité du décideur devant les juridictions spécialisées : cas du Tribunal Criminel Spécial

L'Etat camerounais, soucieux, de montrer à la communauté internationale sa volonté ferme de lutter contre les multiples atteintes à la fortune publics, a mis sur pied une traque hardie par les pouvoirs publics à travers « *l'opération Epervier* »⁶⁷ qui a déjà mis à mal plusieurs dirigeants des hautes sociétés étatiques⁶⁸. Nonobstant cela, l'on peut attester d'une insuffisance du dispositif de lutte contre la criminalité à col blanc au regard de l'excroissance du phénomène de prévarication dans la société camerounaise⁶⁹. Dans cette logique, en ratifiant la Convention de Mérida, le législateur camerounais a saisi l'opportunité à lui offerte de redynamiser l'organisation judiciaire à travers la mise sur pied d'une juridiction spéciale chargée de la répression des atteintes aux intérêts de l'Etat. Cette juridiction, appelée

⁶² art.242, 134, 142, 135, 137 CP.

⁶³ Art. 280 et 290 cp ; on peut également citer les cas d'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne, de mise en danger d'autrui etc.

⁶⁴ Art.136 cp, art.151 CP.

⁶⁵ Art.133 CP.

⁶⁶ Art. 89 (1)(2) et 133 CP.

⁶⁷ M. SAMBO TAKAWAÏ, "du tribunal criminel spécial au tribunal criminel spécial: quel changement?", mémoire soutenu en 2012, p.7.

⁶⁸ Cas des affaires concernant plusieurs ex-ministres et dirigeants sociaux (*Mebe Ngo'o, Ondo Ndong, Olanguena Awono, Marafa Amidou Yaya, Haman Adama, Polycarpe Abah Abah, Yves Michel Fotso*, etc.)

⁶⁹ M. SAMBO TAKAWAÏ, *Du tribunal criminel spécial au tribunal criminel spécial: quel changement?*, Mémoire de DEA, UYII- Soa, soutenu en 2012, p.7-8.

Tribunal Criminel Spécial, a eu à travers le projet de texte portant sur sa création l'objectif de « *donner plus de visibilité à l'action des pouvoirs publics* » dans sa lutte contre la corruption et les détournements de fonds publics⁷⁰. Notons qu'il a existé au lendemain des indépendances une juridiction similaire chargée de punir les gestionnaires de crédits véreux⁷¹.

Le Tribunal Criminel Spécial peut être appréhendé comme un instrument juridique créé par les autorités camerounaises exacerbées par la crise de gouvernance que traversent actuellement les finances publiques, en particulier dans les sociétés d'Etat⁷². La politique criminelle accompagnant la création de cette juridiction *sui generis*⁷³ est non seulement la protection de la fortune publique, mais également la recherche de l'efficacité dans le traitement des affaires liées à l'« *opération épervier* », rendue presque impossible devant les juridictions classiques.

Aux termes des dispositions de l'article 2 de la loi n°2012/011 du 16 juillet 2012 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°2011/028 du 14 décembre 2011, il est dit que « *le tribunal est compétent pour connaître, lorsque le préjudice est d'un montant minimum de cinquante millions (50 000 000) de francs CFA, des infractions de détournement de biens publics et des infractions connexes prévues par le Code pénal et les conventions internationales ratifiées par le Cameroun* ». Ainsi donc, les décideurs peuvent être poursuivis

⁷⁰ J-C. MEBU NCHMI, préc., note 21.

⁷¹ H-M. MONEBOULOU MINKADA, « Le Tribunal Criminel Spécial au Cameroun et les grands principes de la justice criminelle: étude comparative sur les Lois de 1961 et 2011 » (2012) 2 :2 *Juridical Tribune*,144.

⁷² J-C. MEBU NCHMI, préc., note 21.

⁷³ Car ayant d'abord été créé peu après l'indépendance du Cameroun, lire H.M MONEBOULOU MINKADA, « Le Tribunal Criminel Spécial au Cameroun et les grands principes de la justice criminelle : étude comparative sur les Lois de 1961 et 2011 », qui parle « d'une juridiction d'exception instable ».

devant le TCS pour des infractions de détournement de biens publics⁷⁴ ou pour des infractions connexes⁷⁵.

B. Responsabilité de principe du chef d'entreprise

Le problème relevé par ici est celui de l'existence de la responsabilité pénale du fait d'autrui. Par quelle alchimie parvient-on à imputer la commission d'une infraction matériellement réalisée par un préposé au chef d'entreprise ?

La responsabilité pénale des dirigeants d'entreprise en raison des infractions commises par leurs préposés a été admise très tôt par la jurisprudence, en marge de la loi⁷⁶. La Cour de Cassation admet en effet que,

⁷⁴ *L'affaire Mouchipou*, du nom de l'ancien ministre des Télécommunications ; le FEICOM, avec comme accusé E. G. Ondo Ndong, son ancien Directeur Général et 22 autres personnes arrêtées et condamnées à payer 26 milliards pour des peines allant de dix à vingt ans de prison ; la Société Immobilière du Cameroun (sic) où huit personnes ont été condamnées en premier ressort dont G. R. Belinga condamné à 20 ans de prison ; la Direction des Impôts, avec quatre personnes détenues, dont Polycarpe Abah Abah, ancien ministre et ancien Directeur des Impôts . L. Yen Eyoum, avocat ; Henri Engoulou, ancien ministre du budget décédé ; le fonds ONUSIDA avec sept personnes poursuivies dont U. Olanguena Awono, ancien ministre en cours de jugement ; le Chantier naval et industriel du Cameroun (Cnic) dont Z. Mungwe Forjindam, ancien DG; le Crédit Foncier du Cameroun où plusieurs personnes ont été condamnées en premier ressort dont Botoo A Ngon, ancien PCA décédé, Joseph Edou, ancien DG condamné en instance à 40 ans de prison ; la Société Camerounaise de Dépôts Pétroliers (SCDP) et six personnes détenues, dont J. B. Effa, ancien DG ; l'affaire Albatros, avec les poursuites dirigées contre J. M. Atangana Mebara, ancien Secrétaire Général de la Présidence de la République, Joseph Mendouga, ancien ambassadeur du Cameroun à Washington, Y. Michel Fotso, ancien Administrateur Général de Cameroon Airlines, Marafa Hamidou Yaya, ancien Secrétaire Général de la Présidence de la République, Inoni Ephraïm, ancien Premier Ministre pour un détournement estimé à plus de 22 milliards; l'affaire de la Cameroon Airlines pour les détournements dont P. Ngomo Hamani; le Port autonome de Douala où le détournement est estimé à 12 milliards avec treize personnes condamnées, dont E. Etonde Ekotto, ancien PCA, A. Siyam Siewe, ancien ministre, Me Abessolo, avocat, F. M. Siewe Nitcheu, ancien directeur des infrastructures portuaires, le Ministre des travaux publics, 7 milliards, dont D. Ambassa Zang, ancien ministre, en fuite et nous avons également connus les poursuites dirigées contre Haman Adama, ancien ministre de l'Éducation de Base, relaxe après avoir remis le corps du délit ... ».

⁷⁵ Les infractions dites connexes peuvent être considérées comme celles prévues dans le Code pénal camerounais à travers les articles 134, 135, 136, 137, 138, 140, 142, 143 et 184. Lire M. SAMBO TAKAWAÏ, préc., note 68.

⁷⁶ Cass. crim.30 déc. 1892, note de FERRAND : J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 9^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2014, n°37. Dans l'espèce, Ferrand est administrateur délégué d'une entreprise de démolitions qui a été chargée d'effectuer des travaux dans un quartier de la ville de Lyon. Alors qu'un règlement municipal imposait que le

« [...] en principe, nul n'est passible que des peines des peines qu'à raison de son fait personnel » mais que « la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels, où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un subordonné ».

Autrement dit, les dirigeants d'entreprises sont responsables chaque fois qu'en empêchant pas la réalisation d'une infraction par leurs préposés, ils manquent à leur devoir de veiller à l'application des lois, ils ne sont donc pas véritablement responsables « *du fait d'autrui* » mais plutôt selon l'expression du professeur Larguier, « *par le fait d'autrui* », ce qui permet de respecter le principe selon lequel nul n'est responsable que de son propre fait. Ce qui fascine mais aussi divise la doctrine, c'est l'amplitude de cette responsabilité de principe puisqu'à côté du fait personnel prospère ici ce qu'il est convenu d'appeler le fait d'autrui comme circonstance déclenchante des poursuites⁷⁷. La question du fondement de cette responsabilité élargie est essentielle.

1. Détermination du responsable de principe

La responsabilité du dirigeant se rencontre dans les entreprises ou dans les professions réglementaires. Exemple, la mention interdite de certaines qualités dans un document publicitaire. Mais, le plus souvent la responsabilité du dirigeant est fondée sur l'article 289cp ; la jurisprudence a admis que l'obligation de respecter les différentes prescriptions légales et réglementaires pèse « *essentiellement* » sur le chef d'entreprise et qu'il doit « *veiller*

travail soit effectué au marteau, il a été réalisé par abattage, infraction pour laquelle le responsable de l'entreprise a été condamné. Pour rejeter le pourvoi, la chambre criminelle précise « *qu'en matière d'industrie réglementées, notamment celle des entreprises de démolition* », la responsabilité pénale remonte au chef d'entreprise. Voir également ; Crim. 28 fev.1956, Widerkehr, JCP.1956. II. 9304, note de Lestang. Dans l'espèce, Widerkehr, gérant-directeur d'une papeterie a été poursuivi pour une infraction de pollution d'une rivière à la suite du déversement accidentel d'eaux résiduaires nuisibles au poisson. La chambre criminelle censure l'arrêt de la cour de Colmar qui avait relaxé le prévenu au motif notamment que l'usine était dotée d'une installation moderne de décantation des eaux résiduaires donnant habituellement toute satisfaction et que la pollution est due « *à un accident imprévisible qui s'est produit en l'absence du prévenu* ». Après avoir admis l'existence de l'infraction de pollution, la cour de cassation affirme « *que dans les industries soumises à des règlements édictés dans un intérêt de salubrité ou de sécurité publiques* », la responsabilité pénale remonte essentiellement au chef d'entreprise.

⁷⁷ A. COEURET, préc., note 42.

*personnellement à l'application des lois*⁷⁸ ». Cette responsabilité relève donc d'une participation indirecte à l'infraction, laquelle n'exclut pas en principe la responsabilité des préposés, auteurs matériels des faits⁷⁹. C'est sur le terrain de la faute personnelle que se justifie la responsabilité du chef d'entreprise ou de toute autre personne poursuivie pour des infractions commises par un tiers, il apparaît évident que, la responsabilité pénale dans ce contexte a pour fondement le fait personnel⁸⁰. La sanction résulte d'une commission ou d'une omission. Dans une entreprise, l'auteur est celui qui, devant faire respecter une obligation légale, avait néanmoins laissé une personne placée sous son autorité commettre une violation de ladite obligation⁸¹. C'est dans ce sens que Soyer affirme que « *si le texte incriminateur fait peser directement sur le chef d'entreprise l'obligation de respecter la prescription de la loi, l'irrespect de*

⁷⁸ Crim. 23 janv.1975, JCP 1976, II.18333, note J.H. Robert. Cf. art. 289 Cp et R 370 (1) et (4).

⁷⁹ Crim. 23 oct.1984, D. 1985, IR p.134.

⁸⁰ Cass. Crim., 3mars 1859, Bull.crim. n°69 ; Cass. Crim. 30 decembre 1892, S.1894, 1, 201, note de VILLEY : J. PRADEL et A. VARINARD, préc., note 77, n°37 ; Cass. Crim.3mars 1933, Bull. crim. n°49 ; Cass. Crim., 16 décembre 1948, Bull. crim. n°291 ; Cass. Crim., 9 novembre 1954, Bull. crim. n°324 : la cour y affirme que « *l'amende, comme toute peine doit être individuelle, et le juge répressif ne peut, sans encourir la cassation, condamner plusieurs prévenus, déclarés coupables de la même infraction, à une amende indivise entre eux* » ; Cass. crim., 26 février 1956, JCP 1956, 2, 9304. La Cour de cassation avait toutefois admis des exceptions au principe : « *si aux termes des règles générales du droit, nul n'est pénalement responsable que de son fait personnel, en certaines matières des exceptions résultant soit de la loi, soit de la nature même des choses, sont admises* » (Cass. crim., 3 mars 1859, Bull. crim. n° 69, p. 112). L'exception consiste à imputer au chef d'entreprise l'inexécution des règlements applicables à son activité, fit-elle le fait du préposé. V. Cass. crim., 26 août 1859, S. 1859, 1, 973 dans lequel on peut lire : « *Si en général, chacun n'est passible de peine qu'à raison des faits qui lui sont personnels, cette règle souffre exception en certaines matières : notamment en fait de professions industrielles réglementées, les conditions ou les modes d'exploitation imposées à l'industrie par des arrêtés de police dans un intérêt de salubrité ou de sûreté publique obligent essentiellement le chef ou le maître de l'établissement qui est personnellement tenu de les faire exécuter, et en cas d'infraction, même par la faute de ses ouvriers ou préposés, ce n'est pas moins lui qui est avant tout réputé contrevenant* » . La Chambre criminelle considère en effet que « *la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui, dans les cas exceptionnels où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un subordonné* » (Cass. crim., 28 février 1956, JCP 1956, 2, 9304, note De LESTANG ; J. PRADEL et A. VARINARD, préc., note 77).

⁸¹ S. MAISAWA, « La responsabilité pénale du fait d'autrui ou responsabilité personnelle « par le fait d'autrui », (Réflexion autour de la responsabilité pénale du dirigeant et celle des personnes morales en droit camerounais) », Vol. 6, Issue 7, July 2021.

cette loi témoigne bien de sa faute personnelle, qui consiste dans sa négligence »⁸².

2. Étendue de la responsabilité

Quant au fait reproché au chef d'entreprise, il suppose une faute personnelle de sa part et une infraction commise par un préposé. En raison de cette dichotomie, ce fait ne répond pas à la définition de l'infraction, il s'agit seulement d'un fait de participation à l'infraction. Ainsi, alors que le comportement du chef d'entreprise est le plus souvent une commission (il n'a pas surveillé ses préposés), la jurisprudence n'hésite pas à lui reprocher des infractions de commission. De même, sur le plan de l'élément moral, l'état d'esprit du chef d'entreprise relève plus de la négligence que du dol. Pourtant, il est souvent reproché aux dirigeants des infractions intentionnelles, ce qui conduit à vivifier la théorie du dol éventuel : le défaut de prévention ou de contrôle est assimilé à l'intention. Sous cette réserve, le terrain de prédilection de la responsabilité du chef d'entreprise reste quand même celui des fautes non intentionnelles, telles que les homicides ou les blessures involontaires en cas d'accidents du travail. La jurisprudence retient très facilement à leur encontre (*en tout cas plus facilement que pour les décideurs publics*) des fautes qualifiées, soit sous la forme d'une faute délibérée, soit le plus souvent sous la forme de faute caractérisée. Au reste, il convient de noter, sur le terrain de la preuve, que la faute du dirigeant est pratiquement présumée : les juges considérant que la violation des prescriptions légales ou réglementaires par le préposé implique une négligence du dirigeant dans son devoir de contrôle et de surveillance. Or la preuve contraire est très souvent difficile à rapporter.

Dans la responsabilité pénale du chef d'entreprise, l'acte matériel d'autrui est le fait matériel de son préposé, l'infraction matériellement commise par le préposé et qui engage sa responsabilité pénale⁸³. L'acte matériel commis par le seul fait du préposé du chef d'entreprise est suffisant pour engager la responsabilité pénale de ce dernier, fictivement considéré comme étant l'auteur de l'infraction⁸⁴. En clair, le comportement du tiers qui incarne en quelque sorte la matérialité de l'infraction et auquel on va

⁸² J.C. SOYER, « Droit pénal et Procédure pénale », dans S. MAISAWA, préc., note 82.

⁸³ S. MAISAWA, préc., note 82.

⁸⁴ Id.

"emprunter" cette matérialité pour reconstituer la totalité des éléments de l'infraction sur la tête du responsable désigné⁸⁵.

CONCLUSION

Bien que la pénalisation de l'activité du décideur soit un fait en droit camerounais, n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas évidente en présence d'infractions non intentionnelles puisqu'il s'agit des délits commis par la suite de négligence ou d'imprudence par le fonctionnement de service.

Quoiqu'il en soit, l'intrusion du juge pénal au cœur de l'action administrative « *frappe de plein fouet* » le célèbre principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives en redistribuant les cartes de la responsabilité administrative. Comme le souligne J.B. Auby, il a des incidences directes sur le droit administratif : *l'un des phénomènes remarquables qui ait affecté le droit administratif ces dernières années réside dans la place qu'il a dû faire aux mécanismes pénaux au sein de la régulation juridique*⁸⁶.

Désormais, dans son action, le décideur n'est plus seulement un agent de l'administration qui était redevable vis-à-vis des administrés de l'action publique, mais il est situé dans une relation directe vis-à-vis de la société qui peut lui demander des comptes. Pour reprendre l'expression de Liet-veaux « *la caste des intouchables* » n'existe plus⁸⁷.

Références bibliographiques

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

AMBASSA, L.C., *Droit Pénal Général*, 1^{ère} éd., Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2014.

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2004.

⁸⁵ Certains auteurs, tout en admettant cet élargissement de la matérialité du fait infractionnel refusent même de recourir à la notion d'emprunt en estimant, qu'envisagé au niveau du décideur, l'élément matériel de l'infraction est tout entier contenu dans son comportement d'omission.

⁸⁶ J.B. AUBY, « Le mouvement de pénalisation de l'action publique », dans J. DOMENACH, préc., note 8.

⁸⁷ L. VEAUX, « La caste des intouchables ou la théorie du délit de service », dans J. DOMENACH, préc., note 9.

KEUTCHA TCHAPNGA, C., *Précis de contentieux administratif au Cameroun. Aspects de l'évolution récente*, Paris, L'Harmattan, 2013.

PRADEL, J. ET VARINARD, A., *LES GRANDS ARRÊTS DU DROIT PÉNAL GÉNÉRAL*, 9^{ÈME} ÉD., PARIS, DALLOZ, 2014.

II. OUVRAGES SPECIAUX

FAUCONNET, P., *La responsabilité : étude de sociologie*, Paris, Alcan, 1920.

NTSAMA, M., *La responsabilité des agents publics au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2021.

III. THESES ET MEMOIRES

MARTEL, C., *Les détenteurs de pouvoirs d'autorité et le droit pénal: essai sur une responsabilité pénale du décideur*, Thèse de Doctorat de droit, soutenue à Nice en 2004.

SAMBO TAKAWAI, M., *Du tribunal criminel spécial au tribunal criminel spécial: quel changement?*, Mémoire de DEA, UYII-Soa, soutenu en 2012.

IV. ARTICLES

BIPELE KEMFOUEDIO, J., « L'administration camerounaise dépouillée de ses prérogatives de puissance publique devant le juge judiciaire » (2018) 12 *Les Annales de droit*, (05 février 2019), en ligne : <<https://journals.openedition.org/add/939>> (consulté le 5 décembre 2019).

COEURET, A., « Gouvernement des entreprises et responsabilité pénale » (1992) 3 *Rev. Sc. crim.*

DOKA BOURA, A., « Réflexion sur l'effectivité de la responsabilité pénale du magistrat au Cameroun et ailleurs », (2019) *Revue libre de Droit*.

DOMENACH, J.M., « L'action administrative face à la responsabilité pénale des décideurs publics », (2001) 19:1 *Revue Politiques et Management Public*.

MAISAWA, S., « La responsabilité pénale du fait d'autrui ou responsabilité personnelle « par le fait d'autrui », (Réflexion autour de la responsabilité pénale du dirigeant et celle des personnes morales en droit camerounais) », Vol. 6 Issue 7, July 2021.

MEBU NCHIMI, J.-C., « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux en droit camerounais », (2014) *Sciences de l'Homme et Société*.

MONEBOULOU MINKADA, H.-M., « Le Tribunal Criminel Spécial au Cameroun et les grands principes de la justice criminelle: étude comparative sur les Lois de 1961 et 2011 », (2012) 2:2 *Juridical Tribune*.

RAIMBAULT, P., « La responsabilité pénale des décideurs et des personnes morales », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], XXXIVe Congrès français de criminologie, Responsabilité/Irresponsabilité Pénale, mis en ligne le 14 septembre 2005.

*

* *

Conflit armé entre les forces armées de la République Démocratique du Congo et le Mouvement du 23 mars : Dilemme entre souveraineté affirmée et défaillante

Régis KATUALA GIZE*

RÉSUMÉ

La résurgence du mouvement du 23 Mars (M23) depuis le mois de septembre 2021 a provoqué une crise humanitaire aux conséquences néfastes dans la province du Nord-Kivu précisément dans les territoires de Rutshuru et Masisi en République Démocratique du Congo (RDC). L'autorité centrale n'est pas à mesure d'assurer à titre exclusif l'exercice de la violence légitime au sein des frontières de l'État, ce qui ouvre la voix aux groupes armés qui le fragilisent et ces groupes armés sont en concurrence avec l'État qui devrait avoir le contrôle effectif sur toute l'étendue du territoire national. La défaillance de l'État a conduit au déploiement des certaines armées étrangères dont celle du Kenya dans le cadre de la coopération militaire des États d'Afrique de l'Est (EAC). Le groupe d'experts des nations unies en République Démocratique du Congo a produit un rapport démontrant le soutien du Rwanda au M23 ce qui conduit à l'internationalisation du conflit.

Mots-clés : Conflits armés – Population civile – Souveraineté – État – Crise humanitaire.

ABSTRACT

The resurgence of the March 23 movement since September 2021 has caused a humanitarian crisis with harmful consequences in the province of North Kivu

* Régis Katuala Gize est Diplômé d'études supérieures en Droit International Public de la Faculté de Droit de l'Université de Kisangani, Doctorant à la même Université où il prépare sa thèse sur les Conflits armés à l'Est de la RDC sous la direction des Professeurs Mwayila Tshiyembe, Mumbala Abelungu et Chombe Uyindo, membre de la Société québécoise de droit international et du Centre d'informations sur le désarmement et la sécurité (CRIDS) et Assistant à l'Université Libre de Kisangani. Il est Coordonnateur de l'ASBL Renouveau pour la Paix et l'Ordre Social dans la province de la Tshopo.

precisely in the territories of Rutshuru and Masisi in the Democratic Republic of Congo. The central authority is not in a position to ensure the exclusive exercise of legitimate violence within the borders of the State. This opens the voice to armed groups that weaken the State and these armed groups are in competition with the State, which should have effective control over the entire national territory. The failure of the State has led to the deployment of some foreign armies, including that of Kenya, within the framework of the military cooperation of East African States. The UN Group of Experts in the Democratic Republic of Congo has produced a report demonstrating Rwanda's support for the M23, which is leading to the internationalization of an internal armed conflict.

Keywords: *Armed conflicts – Civilian population – Sovereignty – State – Humanitarian crisis.*



SOMMAIRE

INTRODUCTION

I. CONFLITS ARMES EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

A. Évolution des conflits armés en République Démocratique du Congo

- 1. Les guerres sous la première République
- 2. Les guerres sous la deuxième république (1965-1996)

B. L’activisme du M23

- 1. Qualification en Droit International Humanitaire de conflit armé entre les FARDC et le M23
- 2. Le pillage des ressources naturelles comme mobile principal des guerres et opérations armées à l’Est du Congo.

II. Défaillance de la souveraineté de l’État en République Démocratique du Congo

III .La Souveraineté Comme Responsabilité En Droit International

IV Conflits armés comme facteur de limite de l’État en RDC

V. Gouvernance sécuritaire basée sur l’alerte maximum pour assurer l’effectivité de la souveraineté en RDC

CONCLUSION



INTRODUCTION

En République Démocratique du Congo, la résurgence du mouvement du 23 Mars (M23) depuis le mois de septembre 2021 a provoqué une crise humanitaire aux conséquences néfastes dans la province du Nord-Kivu précisément dans les territoires de Rutshuru et Masisi. Le mouvement du 23 Mars contrôle plusieurs localités, villages, ainsi que la cité de Bunagana depuis le mois de juillet 2022. L'État congolais qui fait face à des conflits armés intermittent dans sa partie Est se trouve incapable d'imposer la paix et d'exercer le monopole de la violence.

Selon un rapport de groupe d'experts des Nations Unies en RD Congo le mouvement du 23 Mars bénéficie du soutien des pays voisins précisément du Rwanda et de l'Ouganda. Cette dynamique de conflit armé exacerbe en outre les tensions entre la RDC et le Rwanda, qui s'accusent mutuellement d'entretenir des groupes rebelles pour déstabiliser la souveraineté de l'un et de l'autre.

Le Conseil de Sécurité des Nations Unies a qualifié, par sa Résolution 1234, que le conflit en RDC constitue « *une menace pour la paix, la sécurité et la stabilité dans la région*¹ ». La situation à l'Est de la RDC montre les limites de l'action de l'État à restaurer la paix et la sécurité sur cette étendue du territoire national. Dans l'affaire *Espagne c. Grande Bretagne*, Max Hubert affirme, dans la sentence prononcée le 23 octobre 1923, que : « L'intérêt d'un État de pouvoir protéger ses ressortissants et leurs biens doit primer le respect de la souveraineté territoriale, et cela même en l'absence d'obligations conventionnelles »².

Face à l'incapacité de l'État congolais à mater ce mouvement rebelle qu'il qualifie de terroriste et à assurer le contrôle effectif sur son territoire, les États de l'Afrique de l'Est, regroupés au sein de la Communauté des États de l'Afrique de l'Est (EAC) ont déployés des militaires dans la ville de Goma pour soutenir les Forces armées de la République Démocratique du Congo afin d'imposer la paix. Ainsi, dans le cadre de cette dissertation, nous nous sommes posés deux questions suivantes : la première, comment la République

¹ Résolution 1234 du Conseil de sécurité des Nations Unies relative à la situation en République Démocratique du Congo du 9 avril 1999, MONUC, 2004, 7.

² Affaire Espagne c. Grande Bretagne, Rapport du 23 octobre 1924, dans RSA, volume II, p. 641.

Démocratique du Congo peut-elle, dans l'avenir, se doter des moyens pour assumer l'effectivité de sa souveraineté face au groupe rebelle du M23 ? Et la deuxième, quelle est la nature juridique de conflit armé entre les FARDC et le M23 ?

La République Démocratique du Congo devrait changer de paradigme et adopter une gouvernance sécuritaire basée sur l'alerte maximum des services de sécurité, précisément les FARDC, la police nationale congolaise, la DGM et l'ANR afin d'assurer avec efficacité sa souveraineté ; ce qui devrait constituer un rempart à la résurgence du groupe rebelle du M23 dans l'avenir.

Le conflit armé entre le FARDC et le M23 pourrait être qualifié d'un conflit armé interne internationalisé.

Ces hypothèses nous permettent de diviser cette recherche en 5 points. Dans le premier point nous allons analyser les différents conflits armés en République Démocratique du Congo. Le deuxième point traite de la défaillance de la souveraineté de l'État en République Démocratique du Congo. Dans le troisième point il sera question de placer un mot sur la souveraineté comme responsabilité. Le quatrième point s'articule sur le conflit armé comme facteur de limite de l'État en RDC. Et afin le cinquième point propose la gouvernance sécuritaire basée sur l'alerte maximum pour assurer l'effectivité de la souveraineté en RDC.

I. CONFLITS ARMES EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

Au terme de ce point, il sied de rafraichir la mémoire du lecteur en mettant en exergue les faits saillants qui caractérisent le cadre historique des conflits armés (A) et, ensuite, nous allons brosser d'une manière laconique les conditions de la création du Mouvement du 23 Mars (M23) (B).

A. Évolution des conflits armés en République Démocratique du Congo

La République démocratique du Congo, ex Congo-Belge puis Zaïre, connaît une succession des conflits armés depuis son indépendance jusqu'à ce jour. L'Histoire politique de la RDC, dès la veille de son indépendance et durant chaque décennie, est marquée par des situations de crises politiques ou de conflits armés. Ceux-ci sont davantage les faits de rébellions internes voire d'« agressions » des États voisins. De ces disputes des acteurs politiques ou

des batailles menées entre parties aux conflits armés, la population civile est la plus grande victime³. En 2007, un rapport de *l'Internal Rescue Committee* établit qu'il y a eu près de 5,4 millions de morts liées à la guerre en RDC depuis 1998⁴.

Durant des décennies, la République Démocratique du Congo fait face à une crise de sécurité se manifestant par des tueries, des violations graves de droits de l'homme et de droit international humanitaire et des guerres récurrentes. Cette situation des conflits armés intermittents qui a commencée durant la veille de l'indépendance s'est intensifiée depuis 2021 dans la province du Nord-Kivu avec l'activisme du M23.

Avant d'étayer le Conflit armé qui oppose le M23 aux FARDC (2), nous allons d'abord passer en revue quelques situations de guerre qu'a connue les FARDC (1).

1. Les guerres sous la première République

La République Démocratique du Congo accède à l'indépendance le 30 juin 1960 avec Joseph Kasa-Vubu comme président de la République, et Patrice Emery Lumumba comme Premier ministre. Dès la proclamation de celle-ci, le pays sombre dans une vague de violences du fait des ingérences étrangères, des luttes politiques internes, des luttes tribales et de la croissance des armées privées, favorisant une situation compliquée.⁵ Sous la première République, on assiste non seulement à deux sessions dans les deux provinces minières mais aussi à des rebellions. Les sécessions trouvent comme prétexte le discours intempestif prononcé le 30 juin 1960 par le premier Ministre Lumumba devant le Roi Baudouin et les mesures d'africanisation des cadres qu'il prit⁶.

³ Benoit Verhaegen cité par Junior MUMBALA ABELUNGU, *Le droit international humanitaire et la protection des enfants en situation de conflits armés (Étude de cas de la République Démocratique du Congo)*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Gand, 2016-2017. p.278.

⁴ Internal Rescue Committee, *Mortality in the Democratic Republic of Congo : An ongoing crisis*, p.16

⁵ NZE EKOME, *Le rôle et la contribution de l'ONU dans la résolution pacifique des conflits en Afrique. Cas de l'Afrique centrale*, Paris, Mare & Martin, 2007, p.93.

⁶ MABIALA MANTUBA-NGOMA, *Système capitaliste et guerre postcoloniales en RDC*, Kinshasa, PUK, 2010, p.21-34.

Ces conflits peuvent être répartis en trois paliers : la sécession katangaise (a), la sécession du sud-Kasaï (b) et les différentes rébellions anti-impérialistes (c).

a) La sécession Katangaise

Soutenu par les belges de l'Union minière du Haut-Katanga (Shaba), Moïse Tshombe, un leader katangais, proclame la sécession de la riche province minière du sud du pays le 11 juillet 1960, compliquant encore un peu plus une situation déjà bien mal partie. En proclamant la naissance de l'État indépendant du Katanga, le 11 juillet 1960, Moïse Tshombe posa un acte de sécession qui fut une violation flagrante de la loi fondamentale dont l'article 6 définissait la République du Congo comme un État indivisible de la démocratie⁷.

Le Katanga se déclarait indépendant, et les troupes belges étaient utilisées pour désarmer et repousser toutes les troupes congolaises non originaires des zones pro-Conakat de Moïse Tshombe de la province.⁸ Le 12 juillet, l'autorisation d'atterrir à l'aéroport d'Élisabethville fut refusée à Patrice Emery Lumumba et Joseph Kasa-Vubu. En tout, entre les 10 et 18 juillet, les troupes belges intervinrent dans 28 localités dont 16 se trouvèrent dans les provinces de Léopoldville et dans le Katanga⁹.

Bien que cette sécession fût du colonat belge vivant au Katanga, la Belgique n'apportera à l'État sécessionniste que le soutien moral et matériel mais elle ne procédera à aucune reconnaissance officielle de l'État du Katanga¹⁰.

Le 14 juillet 1960, se basant sur les dispositions de l'article 42 du chapitre 7 de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité vote la Résolution 143 et décide de la création de l'ONUC (Opération des Nations unies au Congo). Par la même occasion, le Conseil de Sécurité des Nations Unies

« [...] autorise le Secrétaire générale à prendre, en consultation avec le gouvernement de la République du Congo, les mesures

⁷ *Idem*, p.21-34.

⁸ Jean-Jacques WONDO OMANYUNDU, *Les forces armées de la RD Congo : Une armée irréfutable ? Bilan-Autopsie de la défaite du M23- Prospective*, Desc, 201, p.57.

⁹ *Idem*, p.57.

¹⁰ MABIALA MANTUBA-NGOMA, préc., note 6, p.21-34.

nécessaires en vue de fournir au gouvernement Congolais l'assistance militaire dont il a besoin, et ce jusqu'au moment où les forces nationales de sécurité, des Nations Unies, seront à même, de l'opinion de ce gouvernement, de remplir entièrement leurs tâches »¹¹.

Le secrétaire général de l'ONU, Dag Hammarskjöld, répond alors favorablement à la demande d'aide militaire et le 31 juillet 1960, un peu plus de 10 000 hommes sont venus d'Éthiopie, du Ghana, de Guinée, d'Irlande, du Libéria, du Maroc, de Suède et de Tunisie¹². Ainsi prend forme la première opération des Nations Unies montée en Afrique noire. Cette force fournie par plusieurs pays se déploie donc au Congo avec pour mandat d'assurer le retrait des forces belges, d'aider le gouvernement congolais à maintenir l'ordre public, de fournir une assistance technique, de sauvegarder l'intégrité territoriale et l'indépendance politique du Congo et de prévenir le déclenchement d'une guerre civile¹³.

La présence des forces de l'ONU empêchait un règlement du conflit par la force. Il en résulta une guerre d'usure pendant laquelle avaient lieu des négociations intermittentes. Il y eut peu de vrais affrontements armés sur le terrain. Les vraies victimes, comme toujours dans toutes les guerres qui ont secoué la RDC, étaient les populations civiles des régions traversées par les armées. Il n'y eut guerre d'autres morts pendant cette période que celles qui furent provoquées par les hostilités entre l'une des armées et la population civile, comme dans le Nord-Katanga et confins du Sud-Kasai¹⁴. Cette position ambiguë ressort d'une déclaration au sénat Belge faite par Paul Henri Spaak, le 22 janvier 1963, en ces termes : « Au Congo, nous étions dans une situation qui tenait à la fois de la tragédie et du vaudeville. Nous soutenions à la fois le Katanga et le reste du Congo, nous accordions notre assistance technique aux deux gouvernements »¹⁵.

¹¹ J.-J. WONDO OMANYUNDU, préc., note 8, p.59.

¹² Maurice VAÏSSE, *Dictionnaire des Relations Internationales au 20e Siècle*, Paris, Armand Colin, 2000, p.72, en ligne : <https://www.persee.fr/doc/polit_0032-342x_2001_num_66_2_5085_t1_0472_0000_2> (consulté le 04 Novembre 2022 à 9h22').

¹³ Voir la résolution 143 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 14 juillet 1960.

¹⁴ J.-J. WONDO OMANYUNDU, préc., note 8, p.60-61.

¹⁵ MABIALA MANTUBA-NGOMA, préc., note 6, p.21-34.

L'État du Katanga finit par être réuni de force au Congo-Kinshasa, avec la participation des troupes de l'organisation des Nations Unies. Les troupes congolaises appuyées des forces de l'ONU entrent dans Élisabethville, Moïse Tshombé s'est réfugié à Kolwezi, une ville située à plusieurs kilomètres à l'Ouest de la capitale katangaise. Le 15 janvier 1963, il se rendra aux autorités congolaises après avoir négocié son amnistie.¹⁶

Les conflits interethniques opposant les Baluba aux Luluwa ainsi que les services infligés aux ressortissants du Kasai au Katanga sécessionniste furent à la base d'une grande vague migratoire des Baluba vers Ba Kananga, où ceux-ci décidèrent de créer, le 08 août 1960, la « Province minière » dans le dessin de se séparer de Luluwa¹⁷.

b) La sécession du Sud-Kasai

Le 09 août 1960 le Roi Albert Kalonji qui avait assis son pouvoir au pays de Baluba va proclamer à son tour l'indépendance de la province du Kasai. Le premier ministre Patrice Emery Lumumba ayant juré de liquider à n'importe quel prix son adversaire Kalonji expédia à Bakwanga des membres de son cabinet et de la sécurité nationale. Les civils vont organiser un véritable massacre avec l'aide des militaires du colonel Joseph Désiré MOBUTU. C'est en septembre 1962 que les troupes de l'ONU arrêteront cette administration tyrannique.¹⁸

c) Les rebellions et la surenchère anti-impérialiste

Malgré la réintégration de la région du Katanga au reste du territoire congolais, Kinshasa n'exerçait qu'un contrôle de façade sur le pays dont les six anciennes provinces sont morcelées en vingt et une, multipliant ainsi les centres de pouvoirs et les abus des gouvernants. Dès l'année 1964, de nouvelles tensions sont perceptibles sur le territoire congolais. Celles-ci prennent des allures de véritable insurrection générale au Kivu et dans l'Est du pays où des rebellions lumumbistes s'organisent principalement sous la conduite d'Antoine Gizenga, Gaston Soumialot et Pierre Mulele. Une République populaire du Congo est même créée à Stanleyville (actuel

¹⁶ Mathieu Kairouz, Jeune Afrique, *Ce jour-là : le 11 juillet 1960, le Katanga proclame son indépendance*, Mis à jour le 11 juillet 2016.

¹⁷ *Idem*, p.21-34.

¹⁸ Robert VERBEE, *Le Congo en question*, éd. Présence africaine, Paris, 1965, p.103.

Kisangani) où des centaines d'europeens furent pris en otage. Ces évènements obligent donc l'Assemblée générale, sur recommandation du Conseil de sécurité, et en accord avec le gouvernement congolais, à maintenir un effectif minimum jusqu'au retrait effectif de ses troupes le 30 juin 1964. La phase de désengagement terminée, l'ONU maintint l'aide civile au Congo sous la forme d'un vaste programme d'assistance technique jamais entrepris durant cette période, par l'Organisation, avec la mobilisation de deux mille experts¹⁹.

Ces différentes guerres de la première république démontrent à suffisance l'extrême rivalité entre les leaders à tendance sécessionnistes des différentes régions de la République Démocratique du Congo. Toutefois, la deuxième république, bien qu'ayant instauré une dictature la plus perfectionnée au monde, ne s'est pas échappée à des conflits armés et des violations des droits de l'homme. Le deuxième sous-point de cette recherche nous permet d'analyser les conflits pendant cette période.

2. Les guerres sous la deuxième république (1965-1996)

Le Président Mobutu prit le pouvoir le 24 novembre 1965, qu'il garda jusque le 17 mai 1997. Dans sa politique de puissance régionale, il voulait régler tous les problèmes de la région, tantôt sur initiative personnelle, tantôt sur instruction des puissances occidentales. Le 30 novembre 1973, il prit les mesures de « zairianisation », mettant fin à l'existence de toutes les compagnies à charte, issues de la colonisation et dépossédant les pakistanais, les grecs et les portugais de leurs propriétés parce qu'ils sabotaient l'économie en se livrant à des activités de fraude²⁰.

Dans les conflits armés, trois époques peuvent être examinées. Les guerres des Shaba I et II (a), de juin 1996 à mai 1997 (b) avec sa prolongation de celle du 2 août 1998 (c).

a) La guerre de Shaba I et Shaba II

Le 7 mars 1977, une force rebelle de 1 500 hommes venus de l'Angola oriental envahit la riche région minière du Shaba, dans le sud du Zaïre (République Démocratique du Congo). Il s'agissait des éléments du *Front National de Libération du Congo* qui avaient le soutien du gouvernement. Conduites par le Général Mbumba Nathanaël, les forces du FNLC (on les

¹⁹ NZE EKOME, préc., note 5, p.96.

²⁰ MABIALA MANTUBA-NGOMA, préc., note 6, p.21-34.

appelait les "Tigres") prirent d'assaut Kapanga et Kisenge Manganèse tomba. Le général Mbumba Nathanaël et ses hommes entrèrent à Dilolo, avant de poursuivre sur Kasaji et Mutshatsha. Mal préparées, les troupes zaïroises se font bousculer, de même que la division d'élite de Mobutu (la division "Kamanyola"). Mobutu sent alors qu'il est incapable d'arrêter ce mouvement et se rabat à l'aide internationale. Il fait venir 1 500 hommes de troupes marocains, transportés par avion vers le Zaïre par le gouvernement français. Ils arrivèrent au Zaïre le 13 avril 1977 et lancèrent une vigoureuse contre-offensive sur terre et dans les airs. Mais il leur avait fallu deux mois environ pour en finir avec les rebelles du FNLC qui s'étaient repliés en Angola. Le FNLC avait effectué une seconde invasion l'année suivante, en 1978 (ce qu'on appelle "Deuxième guerre du Shaba"), sans succès.²¹ La deuxième guerre du Shaba est une « guerre par procuration » qui se déroula en 1978 lorsque le FLNC, des séparatistes katangais, aidés par les gouvernements d'Angola et de Cuba, envahirent le Shaba (l'actuel *Katanga*) au Zaïre à partir de l'Angola oriental. Mobutu _____ demanda l'assistance des forces militaires françaises et belges pour venir repousser l'invasion, comme à l'époque de la première guerre du Shaba un an plus tôt²².

Les États-Unis supervisèrent les négociations entre les gouvernements anglais et zaïrois en vue d'un accord de paix et de l'arrêt du support aux rebellions respectives des deux pays. Les États-Unis coopérèrent avec la France pour repousser les envahisseurs, ce qui fut la première coopération militaire entre les deux pays depuis la guerre du Vietnam.

b) La guerre de juin 1996 à mai 1997

L'agression du Congo par les troupes étrangères non invitées du Rwanda commença dès juin 1996 dans l'Est du pays sous le prétexte de garantir la sécurité à la frontière commune entre la RDC et le Rwanda. Vers septembre 1996, cette agression se précisait davantage et s'intensifiait jusqu'à la création, à Lamera, le 18 octobre 1996, de l'AFDL²³. Officiellement formé à Lamera,

²¹ Job KAKULE, [Histoire] 7 mars 1977 : Déclenchement de la "Première guerre du Shaba" (Guerre des 80 jours) en ligne sur <https://grandslacsnews.com/posts/histoire-7-mars-1977-declenchement-de-la-premiere-guerre-du-shaba-guerre-des-80-jours-2062> (consulté le 10 Janvier 2022 à 20h47').

²² George Edward. *The Cuban Intervention in Angola, 1965-1991: From Che Guevara to Cuito Cuanavale*, 2005. p 136.

²³ Idem, pp21-34

deux ans après le génocide rwandais, et sous couvert d'être des rebelles congolais, la nouvelle armée rwandaise menée par des Tutsi a envahi le Congo oriental à la poursuite des génocidaires installés dans les camps de réfugiés autour de Bukavu et ailleurs²⁴.

C'est le 18 octobre à Lemera, -presqu'un mois après le début de la guerre, qu'est signé l'accord qui fonde l'Alliance des forces Démocratiques pour la Libération du Congo (AFDL). Cette alliance est composée par le parti politique représentant les Banyamulenge et les rwandophones dénommé Alliance Démocratique des peuples (ADP) de Déogratias Bugera, le Parti de la Révolution Populaire de L..D. Kabila (PRP), le Conseil National de Résistance pour la Démocratie (CNRD) de André Kisase Ngandu, parti politique émanant d'un mouvement de guérilla opérant dans les montagnes du Ruwenzori en Ouganda) et le Mouvement Révolutionnaire pour la Libération du Zaïre (MRLZ) dirigé par le commandant Anselme Masasu Nindaga²⁵.

Les forces rwandaises entrées au Congo ont fait de la chasse aux génocidaires leur priorité officielle. Mais, en réalité, elles cherchaient aussi à renverser le régime. C'est ce que déclara le Docteur Denis Mukwege à Lemera, « nous avons senti l'invasion venir²⁶ ».

La guerre d'octobre 1996 à mai 1997 qui a entraîné la chute de Mobutu a reçu de nombreuses appellations : la « révolte des Banyamulenge », la « guerre de libération » et la « marche de l'AFDL ». À présent on l'appelle le plus souvent la « Première guerre du Congo²⁷ ». Cette guerre est une réplique du séisme rwandais. Elle a été menée par les Rwandais et les Ougandais sous couvert de l'AFDL²⁸. Elle est perçue de façon ambivalente comme une « guerre d'oppression » et une « guerre de libération ».

En effet, dans une guerre éclair d'octobre 1996 à mai 1997, l'insurrection balaie par une lutte armée contre le Maréchal Mobutu. Le 25 octobre, l'APR et l'AFDL attaquent le camp de réfugiés de Kibumba noyau de la capacité militaire des anciennes Forces Armées Rwandaises en exil. Ce qui

²⁴ Denis MUKWEGE, *La force des femmes puiser dans la résilience pour réparer le monde*, Paris, Gallimard, 2021, p.21.

²⁵ J.-J. WONDO OMANYUNDU, préc., note 8, p.211.

²⁶ DENIS MUKWEGE, Op.cit., p.21

²⁷ David VAN REYBROUCK, *Congo une histoire*, Actes sud, 2012, p.471.

²⁸ Pascal MUMBERE MISUGHO et alii, *RD-Congo : La prédation des ressources naturelles du grand Nord-Kivu(1996-2016)*, Bruxelles, Éditions Scribe, 2017, p.86.

provoque la fuite de deux cent mille personnes qui prennent la direction du centre du pays. Ensuite, ce sont les camps de Katale puis de Panzi qui sont attaqués à l'artillerie lourde. La crise humanitaire s'aggrave d'autant plus que les autorités rebelles refusent aux ONG l'autorisation de porter secours à ces centaines de milliers de personnes en détresse, dont la grande majorité préfère s'aventurer plus à l'ouest en territoire zaïrois (où nombre d'entre eux sont assassinés par l'armée patriotique rwandaise) plutôt que de rentrer au Rwanda. Ce veto des « rebelles » commençait à être présenté comme une tentative d'éliminer les Hutu par la faim et les épidémies²⁹.

Fin octobre, une série d'initiatives politiques vont pourtant sortir peu à peu la communauté internationale de sa léthargie et lancer un vaste débat diplomatique pour amener celle-ci à monter une opération militaro-humanitaire au Kivu. Celles-ci aboutissent finalement le 15 novembre au vote de la Résolution 1080 du Conseil de sécurité des Nations Unies autorisant la mise sur pied d'une force multinationale temporaire de quelques douze mille hommes, sous commandement canadien, pour venir en aide aux réfugiés à l'est du zaïre³⁰. Cette guerre se termine brièvement en 1997 par la victoire de Laurent-Désiré Kabila qui détrône Mobutu Sese Seko. Kabila en profite pour rebaptiser le pays République Démocratique du Congo (RDC)³¹. Malheureusement, après seulement une année d'exercice du pouvoir, une nouvelle guerre éclata le 2 août 1998 par des nouveaux rebelles et opposants au régime de Laurent-Désiré Kabila.

b) La guerre du 2 août 1998

Après la chute de Mobutu en 1997, la République démocratique du Congo a été le théâtre de conflits internationaux et nationaux sans fins, dans lesquels les populations civiles ont été les cibles principales de la violence. La crise congolaise, longue et complexe, relève d'un enchevêtrement de facteurs avoués et obscurs, et d'une multiplicité d'acteurs aux alliances et aux

²⁹ J.-J. WONDO OMANYUNDU, préc., note 8, p.212

³⁰ *Idem*, p.212.

³¹ Jessica EFOLE, « La paix en République Démocratique du Congo (RDC) ? Comprendre l'avancée sinueuse de la RDC vers la paix », en ligne : <<https://ruor.uottawa.ca/handle/10393/31475>> (consulté le 02 novembre 2022 à 16h12').

oppositions mouvantes et confuses, ayant découragé les analyses de nombres d'observateurs³².

Le 2 août 1998 éclata, au titre de la seconde guerre du Congo, une rébellion contre le gouvernement de Laurent-désiré Kabila, qui commença dans les régions du Kivu. En quelques semaines, les rebelles avaient saisi de grandes régions du pays.

La guerre qui a commencé était du RCD et du MLC. Derrière les belligérants, certains pays sont entrés en danse, en l'occurrence le Rwanda, l'Ouganda et le Burundi, tandis que l'Angola, la Namibie et le Zimbabwe derrière le Gouvernement.

La seconde guerre du Congo fut un conflit d'une extraordinaire complexité, auquel participaient, à un moment donné, neuf pays africains et une trentaine de milices locales. Dans cette épreuve de force, qui se déroulait à l'échelle du continent, le principal théâtre des opérations était le Congo. Du fait de sa dimension continentale, on a parlé quelquefois de la « première guerre mondiale » car elle ne tient pas compte de l'impact très lourd de la première et de la seconde guerre mondiale en Afrique.

En termes des victimes, cette grande guerre africaine ou seconde guerre du Congo est devenue le conflit le plus meurtrier depuis la seconde guerre mondiale³³. Pour le seul Congo, depuis 1998, au moins trois millions et sans doute cinq millions de personnes sont mortes du fait de la guerre, ce qui est supérieur au nombre de victimes des conflits très médiatisés de Bosnie, d'Irak et d'Afghanistan pour le trois pays réunis. Et ce nombre continue d'augmenter. Ces victimes sont pour la plupart des civils.

Après la fin de la deuxième guerre du Congo, alors que le pays vivait en paix et en sécurité, d'autres groupes négatifs se sont formés à plusieurs reprises dans l'Est de la RDC. Parmi ces groupes il y a le mouvement du 23 mars (M23) soutenu par le Gouvernement du Rwanda. Ces conflits sont analysés sous le titre de l'activisme du M23 au point B ci-dessous.

³² Namie DI RAZZA, *La protection des civils par les opérations de maintien de la paix de l'ONU*, Thèse IEP de Paris, p.16.

³³ D. VAN REYBROUCK, préc., note 26, p.47.

B. L'activisme du M23

Le mouvement du 23 mars (M23) est un groupe politico-militaire créé le 6 mai 2012 dans le Nord-Kivu à la suite d'une mutinerie de quelques centaines de soldats et officiers, Tutsi principalement, des 6.500 ex-CNDP intégrés dans l'armée après la signature de l'accord de paix avec le gouvernement congolais le 23 mars 2012³⁴. Ces mutins, se plaignant de leur marginalisation au sein des FARDC, ont refusé d'être redéployés ailleurs dans le pays, prétextant vouloir protéger et défendre des intérêts de la minorité Tutsi installée dans les plateaux de Rutshuru et du Masisi. Les rebelles dénoncent les dérives du régime de Kabila dont il vise le renversement. L'escalade militaire qui suivra amène le M23 à prendre la ville de Goma sans résistance des FARDC, le 20 novembre 2012, et à l'occuper pendant dix jours. Il va se retirer sous la pression de la communauté internationale³⁵.

Le gouvernement congolais et le M23 entament le 9 décembre 2012 des pourparlers de paix à Kampala, sous l'égide de la conférence internationale sur la Région des Grands Lacs.

Ces négociations ont permis de signer un cessez-le-feu qui a entraîné une accalmie relative et précaire sur le terrain durant environ six mois, entre le 1^{er} décembre 2012 jusqu'à la mi-mai 2013 lorsque les belligérants ont repris les hostilités, sans aboutir à de nettes avancées politiques³⁶.

Le 24 février 2013 sous l'impulsion du Secrétaire général des Nations unies, l'accord-cadre sur la paix, la sécurité et la coopération pour la République démocratique du Congo dans la région des Grands-Lacs est signé à Addis-Abeba, la capitale éthiopienne, par onze chefs d'État et représentants des États de la région.

Dans la foulée de la signature de cet accord, le Conseil de sécurité de l'ONU vote le 28 mars 2013 la Résolution 2098 renforçant le mandat de la MONUSCO par la création d'une brigade spéciale d'intervention d'environ 3.069 hommes fournis par la Tanzanie, le Malawi et l'Afrique du Sud, et dotée d'une mission offensive contre les forces négatives écumant dans l'Est de la RDC, dont le M23. Cette résolution impute au gouvernement congolais la

³⁴ J.-J. WONDO OMANYUNDU, préc., note 8, p.39.

³⁵ J.-J. WONDO OMANYUNDU, préc., note 8, p.39

³⁶ *Idem.*

responsabilité « au premier chef de la sécurité, de la protection des civils, de la réconciliation nationale et de la consolidation de la paix et du développement dans le pays ». Cependant, entre la signature de l'Accord-cadre et le vote de la résolution 2098, une scission s'opère en fin février 2013 au sein de la direction du M23, opposant Sultani Makenga (le Chef militaire) à Jean-Marie Runiga (le Chef politique) soutenu par Bosco Ntaganda. Les deux camps se livrent à une bataille rangée à l'arme lourde. Les hommes de Makenga vont vaincre les combattants de Ntaganda. Resté seul maître à bord du M23, Makenga limoge Runiga à la tête de la délégation de la rébellion aux négociations de Kampala avec le gouvernement congolais. Il va le remplacer par Bertrand Bisimwa qui deviendra le chef politique du M23³⁷.

II.1. Qualification en droit international humanitaire de conflit armé entre les FARDC et le M23

L'intervention d'un ou de plusieurs États tiers dans un conflit armé non international, qualifié parfois de "conflit mixte", combine des caractéristiques pouvant relever à la fois des conflits armés internationaux et des conflits armés non internationaux. En fonction de la configuration des parties impliquées, les affrontements sur le terrain peuvent se dérouler entre les forces de l'État territorial et celles d'un État intervenant, entre des États intervenant de part et d'autre de la ligne de front, entre des forces gouvernementales (de l'État territorial ou d'un État tiers) et des groupes armés non gouvernementaux ou encore entre des groupes armés uniquement³⁸.

Il se pose dès lors la question de la qualification juridique de ces situations qui ne correspondent pas aux catégories uniformes de conflits établies par le droit international humanitaire. Dans sa pratique, le CICR estime que le droit applicable dans les conflits mixtes varie en fonction des parties qui s'affrontent de cas en cas. Les relations d'État à État sont couvertes par le droit des conflits armés internationaux, alors que les autres cas de figure sont soumis au droit des conflits armés non internationaux. Ainsi, l'intervention d'un État tiers en soutien d'un groupe non gouvernemental opposé aux forces armées étatiques aboutit à l'"internationalisation" du conflit interne en cours³⁹. Cette

³⁷ Idem, p.40.

³⁸ Sylvain VITÉ, "Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations", (2009) 91 : 873 *International Review of the Red Cross*, 69-94.

³⁹ Idem, p. 69-94.

application fragmentée du droit international humanitaire fut favorisée de manière implicite par la Cour internationale de justice dans l'Affaire des *activités armées au Nicaragua* (1986). La Cour distingua dans son analyse du conflit les affrontements entre, d'une part, le gouvernement nicaraguayen et les contras et, d'autre part, entre ce même gouvernement et celui des États-Unis⁴⁰.

Cette approche différenciée ne va cependant pas sans soulever certains problèmes en pratique. Dans bien des cas, la distinction entre les confrontations relevant respectivement des deux types de conflits armés est artificielle ou aboutit à des résultats difficilement acceptables. Lorsque des forces gouvernementales étrangères et des troupes rebelles sont alliées, se posent par exemple les questions suivantes : quel statut faut-il reconnaître à des civils capturés par les forces étrangères, puis remis au groupe local ? Faut-il leur appliquer les règles pertinentes de la IV^{ème} Convention de Genève (dans la mesure où il y a conflit armé entre l'État intervenant et l'État territorial) ou celles qui relèvent du droit des conflits armés non internationaux (puisqu'ils se trouvent aux mains d'un groupe armé non gouvernemental) ? Faut-il, en d'autres termes, leur appliquer un régime différent selon que ces personnes sont arrêtées par les forces étrangères ou directement par le groupe local ?

Compte tenu de ces difficultés, se pose dès lors la question de savoir s'il est souhaitable d'envisager une adaptation du droit international humanitaire applicable aux conflits mixtes. Certains observateurs le suggèrent en demandant que le droit des conflits armés internationaux soit applicable dans tous les cas où une Puissance étrangère intervient en faveur de l'une ou l'autre des parties⁴¹. Telle fut notamment l'une des propositions que le CICR présenta dans son rapport de 1971 sur la protection des victimes des conflits armés non internationaux. Cette proposition fut toutefois rejetée par les experts qui examinèrent le projet du CICR. Il fut avancé qu'elle encouragerait l'exacerbation de ces conflits, puisque les groupes non gouvernementaux chercheraient à y attirer des États tiers en vue de bénéficier d'une application du droit des conflits armés internationaux⁴².

⁴⁰ CIJ, *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, Arrêt du 27 juin 1986, Recueil 1986, § 219, dans S. VITÉ, préc., note 38, p. 69-94.

⁴¹ S. VITÉ, préc., note 38, p. 69-94.

⁴¹ Idem, p. 69-94.

⁴² Idem.

Le rapport confidentiel du groupe d'experts des Nations unies sur la République démocratique du Congo (RDC), transmis à des États membres du Conseil de sécurité de l'ONU, accuse l'armée rwandaise d'avoir participé à des attaques contre des militaires congolais et d'avoir équipé et fourni des renforts aux insurgés du Mouvement du 23-Mars (M23)⁴³. Les experts de l'ONU, qui ont mené des « inspections sur place » et analysé les « images disponibles », assurent disposer de « preuves solides » démontrant la participation de militaires rwandais à plusieurs attaques perpétrées contre des soldats congolais, dans la province du Nord-Kivu, fief du M23, entre novembre 2021 et juillet 2022. « Les FRD [Forces rwandaises de défense], soit unilatéralement, soit conjointement avec des combattants du M23, se sont engagées dans des opérations militaires contre des groupes armés congolais et contre des positions des FARDC [Forces armées de la RDC] »⁴⁴.

Les experts indiquent que Kigali a également "fourni des renforts de troupes au M23 pour des opérations spécifiques, en particulier lorsque celles-ci visaient à s'emparer de villes et de zones stratégiques"⁴⁵. Déjà en 2014 le groupe d'experts notaient dans un rapport *que* le Rwanda continue de supporter un des plus grands groupes rebelles en RDC, le M23 :

Le Groupe d'experts a établi que le M23 a continué à recevoir un appui en provenance du Rwanda, le plus fréquemment sous la forme d'activités de recrutement, ainsi qu'il est indiqué plus haut, et d'approvisionnement en armes et munitions, en particulier au cours des périodes de combat. Le M23 a également reçu des renforts directs de soldats rwandais en août. Au cours des combats en octobre, des chars rwandais ont tiré en direction de la République démocratique du Congo, à l'appui du M23⁴⁶.

⁴³ LE MONDE AFRIQUE, « RDC : un rapport confidentiel de l'ONU apporte des « preuves solides » de l'implication du Rwanda dans l'Est », en ligne : https://www.lemonde.fr/afrique/article/2022/08/04/un-rapport-confidentiel-de-l-onu-accuse-des-militaires-rwandais-d-attaques-contre-l-armee-congolaise-et-de-soutien-au-m23_6137182_3212.html (consulté le 31 oct. 22 à 12h20').

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ « RD Congo : l'ONU confirme des attaques de l'armée rwandaise dans le pays », en ligne : <https://www.france24.com/fr/afrique/20220804-rd-congo-l-onu-confirme-des-attaques-de-l-arm%C3%A9e-rwandaise-dans-le-pays> (consulté le 06 novembre 2022 à 14h3').

⁴⁶ Rapport de groupe des experts des Nations Unies en RDC datée du 22 janvier 2014, S/2014/42 §.28.

Au regard de l'appui logistique et matériel du Rwanda au groupe armé M23 avec des armements aux insignes officiels du Rwanda ce conflit peut être qualifié d'un conflit armé interne internationalisé où les rebelles ne sont autres que des représentants de l'État rwandais. Et aussi, faute d'affrontement direct entre les forces armées de deux États au sens de l'article 2 commun aux Conventions de Genève.

Ces rebelles sont donc en réalité sous le contrôle effectif du pouvoir rwandais qui les soutient substantiellement. Le Conseil de Sécurité des Nations Unies a reconnu cependant dans ses différentes résolutions dont la résolution 2078 (2012) ces appuis en ces termes : Le Conseil de sécurité des Nations Unies, « renouvelant sa ferme condamnation de tout appui extérieur au M23, notamment la fourniture de renforts de personnels militaires, de conseils tactiques et de matériel, et se disant vivement préoccupé par les informations et les allégations faisant état de la poursuite d'un tel appui au M23 »⁴⁷.

L'intervention extérieure du Rwanda au soutien des rebelles M23 dans un conflit interne entre les FARDC et les M23 se traduit par des livraisons d'armes (le Secrétaire Général de l'ONU avait déclaré que le M23 ont des armes plus sophistiquées que la MONUSCO) , l'apport d'un soutiens logistiques, l'envoi de conseillers militaires aux M23 et la mise à disposition d'une portion du territoire Rwandais servant de base arrière aux rebelles M23 engagés au conflit armé interne contre la RDC. Il faut préciser que la faiblesse de l'État congolais et son incapacité à contrôler l'ensemble de son territoire et le franchissement de sa frontière, peuvent l'expliquer.

Bref, de la discussion sur la qualification de la nature juridique du conflit opposant les FARDC au M23, nous pensons que ce conflit est un conflit armé interne internationalisé du fait de l'apport indispensable du Rwanda au mouvement du 23 mars dans le conflit qui l'oppose avec les Forces armées de la République Démocratique du Congo sur le territoire congolais.

Mais les objectifs poursuivis par ces mouvements rebelles sont multiples. Parmi les principaux, nous pouvons retenir celui de pillage des ressources naturelles de la RDC qui se trouvent dans sa partie Est.

⁴⁷ Résolution 2078 (2012) Adoptée par le Conseil de sécurité à sa 6873e séance, le 28 novembre 2012 (6e considérant), en ligne : <<http://www.un.org/fr/sc/documents/resolutions/2012.shtml>> (consulté le 12 novembre 2022 à 12h43').

2. Le pillage des ressources naturelles comme mobile principal des guerres et opérations armées à l'Est du Congo

La RDC, riche en ressources minières, est le deuxième plus grand pays d'Afrique. Mais il est aussi l'un des plus pauvres au monde ayant été déchiré par des conflits pendant la majeure partie de ces 20 dernières années.⁴⁸ Il faut noter que « par sa dimension et sa situation géographique stratégique au cœur du continent africain, la RDC revêt depuis son origine, une importance géographique considérable »⁴⁹. La République démocratique du Congo possède des gisements contenant une cinquantaine de minerais recensés, mais seulement une douzaine de ces derniers est exploitée : le cuivre, le cobalt, l'argent, l'uranium, le plomb, le zinc, le cadmium, le diamant, l'or, l'étain, le tungstène, le manganèse et quelques métaux rares comme le coltan. La république démocratique du Congo extrait également de son sous-sol des diamants⁵⁰.

Les ressources minières sont situées principalement dans l'est et dans le sud de la RDC⁵¹ ou se situent également la plupart des groupes rebelles. Les minerais qui se retrouvent en RDC ont une valeur particulière dans le monde contemporain, car ils sont utilisés dans l'industrie électronique notamment dans la fabrication de téléphones et d'ordinateurs portables, mais aussi dans les bijoux.⁵² L'uranium est également une ressource minière que l'on retrouve en RDC, « pendant la Deuxième Guerre mondiale, l'uranium dans la bombe atomique larguée sur Hiroshima provenait d'une mine⁵³ au sud-est du Congo ». C'est ainsi que Pierre Jacquemot estime que l'exportation de minerais accroît dans un territoire donné le risque de guerre de quatre manières : le financement des rebelles et des armes, l'aggravation de la corruption de

⁴⁸ « Le conflit en République Démocratique du Congo », en ligne : <<https://www.icrc.org/fr/le-conflit-en-republique-democratique-du-congo-rdc>> (consulté le 25 octobre 2022 à 11h24').

⁴⁹ NTOMBOLO MUTUALA et Jean ZIEGLER, *Troisième République du Zaïre. Le Round décisif*, Bruxelles, Du Souverain, 1991, p.71.

⁵⁰ MAYAMU TSUNGA, *Histoire Économique du Congo Kinshasa*, UTC, 2007, p.91.

⁵¹ « Les richesses convoitées de la République démocratique du Congo », en ligne : <<https://www.monde-diplomatique.fr/cartes/congomdv49>> (consulté le 25 octobre 2022 à 11h 35').

⁵² Nicolas COOK, "Conflict Minerals in Central Africa : U.S and international Responses", dans *Conflict Minerals : International Response and Sec disclosure rule*, New York, Nova Scotia Publisher, 2013, p. 6-7.

⁵³ Dan SNOW, "DRC cursed by its natural wealth", BBC, Octobre 2013.

l'administration, la hausse des incitations à la sécession/balkanisation et l'augmentation de la sensibilité de la population aux chocs exogènes⁵⁴.

La RDC n'échappe pas à cette assertion. Les ressources naturelles sont une source de financement et même de motivation du conflit. Les minerais présents sur les territoires en guerre dans l'est de la RDC, où pullulent d'innombrables groupes armés sont désignés comme des minerais du conflit (*conflict minerals*), car les groupes armés les utilisent pour financer les rébellions.⁵⁵ Les groupes armés utilisent la violence pour avoir le contrôle des ressources naturelles.

L'accès aux ressources naturelles du Congo explique en bonne partie le prolongement de cette guerre. Le pillage en cours va du démantèlement pur et simple de certaines infrastructures acheminées par la suite hors frontières, à l'extraction des métaux précieux ou rares. Ainsi, l'Ouganda et le Rwanda sont devenus exportateurs d'or, de diamants ou encore de colombo-tantalite ou de niobium, qu'on retrouve essentiellement au Kivu et dans l'ex Province Orientale.⁵⁶ La République démocratique du Congo est un pays riche en ressources naturelles.⁵⁷ Des nombreux travaux montrent le rôle spécifique des ressources naturelles dans la conflictualité.⁵⁸ C'est ainsi qu'écrit Philippe Le Billon les ressources naturelles ont depuis longtemps figuré parmi les explications des causes de conflits armés. Des craintes malthusiennes aux « ressources stratégiques » de sécurité nationale comme l'uranium ou le pétrole, en passant par les chasses gardées des empires coloniaux, certaines ressources ont été au cœur des préoccupations géostratégiques des puissants :

« Parmi les conflits les plus récents, le séparatisme armé en Indonésie ou au Nigeria, les tentatives d'annexions du Koweït ou

⁵⁴ Pierre JACQUEMOT, « Ressources minérales, armes et violences dans les Kivus (RDC) », (2009) 134 *Hérodote* 38- 62, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-herodote-2009-3-page-38.htm>> (consulté le 02 novembre 2022).

⁵⁵ N. COOK, préc., note 52, p.3.

⁵⁶ Denis TOUGAS, « À qui profite la guerre en RDC? », en ligne : <<https://cjf.qc.ca/revue-relations/publication/article/qui-profite-la-guerre-en-rdc/>> (consulté le 25 octobre 2022 à 11h 46').

⁵⁷ RFI, « RDC : des conflits alimentés par le trafic des ressources naturelles », en ligne : <<https://www.rfi.fr/fr/afrique/20150420-rdc-conflits-armes-ressources-naturelles-onu>> (consulté le 01 novembre 2022 à 12h23').

⁵⁸ Philippe Hugon, « Le rôle des ressources naturelles dans les conflits armés africains » in *Hérodote*, (n° 134) 2009, pp 63-79. En ligne sur <https://www.cairn.info/journal-herodote-2009-3-page-63.htm> (consulté le 01 novembre 2022 à 12h5').

de provinces de la République démocratique du Congo, les guerres civiles en Angola ou aux Philippines, et les coups d'État en Iran ou au Venezuela incorporent tous des dimensions associées aux ressources »⁵⁹.

Peter Gleick, argue que « les ressources naturelles ont été employées dans le passé, et le seront dans l'avenir, comme outils ou cibles de guerres, et en tant que buts stratégiques motivant les combats »⁶⁰.

L'économie minière en RDC s'articule étroitement avec la guerre et l'insécurité. Tous les acteurs du conflit participent au pillage des ressources, soit pour financer l'achat d'armes, soit pour des raisons d'enrichissement personnel. L'ONU décrit une armée congolaise aux actions dictées principalement par les intérêts économiques de ses chefs et hauts gradés auxquels s'ajoutent certains hommes d'affaires et des politiciens : « *Des officiers, à différents niveaux de la hiérarchie des FARDC, se disputent le contrôle de zones riches en minerais, aux dépens de la population civile* »⁶¹. Jaribu Muliavvyo avec qui nous nous sommes entretenu à Goma précise à ce terme que les ADF avaient réussi à investir et à contrôler la totalité de la route Mbau-Mukakati menant vers Kamango, ils empêchaient le gouvernement congolais d'avoir toute sorte d'autorité sur ce tronçon stratégique. Ce chaos illustre davantage la théorie du néo institutionnalisme dans le contexte où l'on est face à des antagonistes d'intérêts œuvrant non pas pour l'intérêt général, mais pour le contrôle des ressources naturelles⁶².

Dans le cas de l'établissement de leur quartier général à Béni, les islamistes ADF comme n'importe quel groupe armé avaient étudié et évalué ce qui les intéresse au plus haut point : l'état de la population au double point économique et social. Les données démographiques, la provenance de leur richesse, le niveau de vie, la répartition de richesses de l'organisation sociale, ethnique et confessionnelle et les influences régionales⁶³.

⁵⁹ Philippe LE BILLON, « Matières premières, violences et conflits armés », Tiers-Monde, 2003, t. 44, n° 174, p. 297 et 298.

⁶⁰ Peter GLEICK, « Environment and Security : the Clear Connections », The Bulletin of the Atomic Scientists, avril 1991, vol. 47, n° 3, p. 19)

⁶¹ J.-J. WONDO OMANYUNDU, préc., note 8, p.37.

⁶² Entretien nous accordé par Jaribu Muliavvyo à Goma le 6 août 2022.

⁶³ Mériadec Raffray et GJ Hogard, stratège de la contre insurrection , Edition economica, 2014, p.67

Selon des témoignages concordants recueillis sur terrain lors de notre séjour au Nord-Kivu, les opérations des guerres ont permis aux groupes armés de prendre le contrôle des carrés miniers. Nicaise Kibel'bel Oka estime que l'enjeu des conflits armés au Nord-Kivu est la conquête des terroirs riches en sous-sol. Ce n'est pas un fait du hasard de constater aujourd'hui que le Rwanda, via le M23 interposé, poursuit le même *modus operandi* économique qui fait de lui désormais un grand exportateur du coltan congolais, entre autres⁶⁴.

Il faut que les autorités congolaises s'imposent en tant qu'État pour lutter contre les réseaux mafieux étatiques et non étatiques, nationaux ou internationaux, ainsi que les multinationales qui continuent à se servir des pays voisins à l'occurrence le Rwanda et l'Ouganda comme bases d'accès à l'exploitation frauduleuse et illégale des ressources naturelles de la RDC.

La plupart des guerres que la RDC a subies depuis son indépendance en 1960 n'ont connu leur heureux épilogue que grâce aux interventions de forces armées étrangères. C'est notamment le cas des sécessions Katangaise et Kasaienne auxquelles sont venues mettre fin les troupes de l'ONU, de la rébellion Muleliste de 1964 jugulée par les mercenaires étrangers, de la première et de la deuxième guerre du Shaba qui ont été gagnées grâce à l'appui des troupes marocaines et françaises etc. Ceci démontre l'extrême fragilité de l'État congolais. C'est pourquoi dans le point deux de notre travail nous allons analyser la défaillance de la souveraineté de l'État en République Démocratique du Congo.

II. DEFAILLANCE DE LA SOUVERAINETE DE L'ÉTAT EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

« Si, en droit international, l'État se définit comme la combinaison idéale d'un territoire, d'une population et d'une souveraineté, soutenue par une organisation politique, sa définition fonctionnelle l'envisage comme un catalyseur, encourageant et complétant les activités du secteur privé et des individus, mais aussi comme un espace élargi où les ambitions sont assorties de possibilités. À contrario, on pourrait entendre par État faible (*weak state*) ou défaillant (*failed state*), la combinaison non harmonieuse des trois éléments cités ci-dessus, ou, d'un point de vue

⁶⁴ Propos recueillis à Goma le 12 août 2022 lors de notre entretien avec Nicaise Kibel'bel Oka.

fonctionnel, l'incapacité de ce même État à promouvoir et protéger les droits et besoins de ses citoyens, et particulièrement le droit de propriété »⁶⁵.

La Convention de Montevideo concernant les droits et devoirs des États définit l'État comme « personne de Droit international qui doit réunir les conditions suivantes : Population permanente, territoire déterminé, Gouvernement et Capacité d'entrer en relations avec les autres États »⁶⁶. Et si l'existence d'un gouvernement effectif est, aux côtés de la population et du territoire, l'un des éléments constitutifs de l'État, sa disparition pourrait entraîner celle de l'État et, par suite, de la souveraineté qui en est la caractéristique principale⁶⁷. La pratique n'a toutefois pas franchi ce Rubicon : saisie de la situation de certains États faibles, elle s'est toujours refusée à assimiler la dégénérescence de ces États à leur disparition. Même au plus fort de la crise somalienne alors qu'aucune autorité étatique ne s'exerçait plus sur le territoire ou que, fractionnée entre les différents groupes et factions en conflit, elle se limitait à une zone territoriale congrue⁶⁸. À dire vrai le concept de la responsabilité de protéger a été développé principalement au regard des problématiques soulevées par les États faibles incapables de protéger les populations civiles en détresses. La remarque est importante pour les populations civiles touchées par les conflits qui accompagnent le plus souvent la déstructuration des États. Sous l'impact du même processus d'individualisation qui innerve les sociétés développées, le droit international a en effet accordé une place de plus en plus fondamentale aux individus, lui qui ne s'occupe en principe que d'État.⁶⁹ « L'irrésistible émergence de l'individu en droit international » constitue l'une des grandes évolutions du Droit International Public ». D'essence interétatique par nature, le Droit International appréhende désormais l'individu que ce soit pour le protéger,

⁶⁵ Olivier REVAH, « *Quelles chances de survie pour l'État post-conflit ?* », Paris, L'Harmattan, 2010, p. 11.

⁶⁶ Convention de Montevideo concernant les droits et devoirs des États, 26 décembre 1933, article 1.

⁶⁷ Cyprien LEFEUVRE, *Les effets de l'évolution des conflits armés sur la protection des populations civile*, Thèse de doctorat en Droit Public, Aix Marseille, 2015 p.305.

⁶⁸ Idem, p.305.

⁶⁹ Idem, p.307.

pour le punir, ou pour prévenir et mettre fin aux menaces qu'il fait peser sur la paix et la sécurité internationale⁷⁰.

Pour Claude Rucz une résolution, de l'Institut de Droit International affirmait que l'obligation de respecter les droits de l'homme « incombe à tout État vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble, et tout État a un intérêt juridique à la protection des droits de l'homme ». L'auteur fait savoir qu'à travers cette résolution, l'Institut entendait légitimer les mesures adoptées par les États en réaction contre « les violations graves et fréquentes des droits de l'homme ». Il s'agit de mesures unilatérales prises dans le cadre d'une politique étrangère des droits de l'homme et destinées à exercer par des moyens diplomatiques ou économiques, une pression sur les États coupables pour les contraindre à rétablir le respect des droits de l'homme.⁷¹ L'Assemblée Générale des Nations Unies, par son pouvoir de recommandation, peut prendre des résolutions sur la situation des droits de l'homme dans un pays (cas de la RDC)⁷².

La Charte des Nations Unies encourage dans l'esprit de son article 1 point 1 la prise des mesures collectives lorsqu'elle oblige aux États membres, en vue de « maintenir la paix et la sécurité internationales » de prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écartier les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix⁷³.

Dans l'esprit des dispositions de l'article 1 point 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il est aussi ressorti cette idée d'encourager les États parties à prendre des mesures collectives en vue de la protection des droits de l'homme : Les États parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelles, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer

⁷⁰ Cécile RAPOPORT et alii, *Les sanctions ciblées au carrefour du Droit International et Européen*, Grenoble, EDUC, 2011, p. 3.

⁷¹ Claude RUCZ, « Les mesures unilatérales de protection des droits de l'homme devant l'Institut de Droit international », (1992) 38 *Annuaire français de Droit International*.

⁷² NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *Droit Congolais des droits de l'homme*, Bruxelles, Academia Bruylant, 2004, p. 39.

⁷³ Voir article 1 point 1, Charte des Nations Unies, San Francisco, 1945.

d'eux-mêmes, et de respecter ce droit⁷⁴, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies.⁷⁵ Porter donc atteinte aux libertés politique, économique, social et culturel d'un peuple entraîne une obligation aux États parties au Pacte d'intervenir, en vue d'en rétablir au regard de leur obligation principale de « faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ».

Il n'existe aucune police internationale qui aurait comme fonction d'obliger tous les sujets de droit international à se conformer aux normes de ce dernier. La mise en œuvre de ces règles dépendant de la volonté des États, le droit international peut se trouver menacer parce que chaque État aura tendance à faire prévaloir sa souveraineté. L'absence d'une police internationale fait que les États deviennent des gardiens de fait et demandent cessation de tout acte qui viole le droit international par le biais des contre-mesures, celles-ci ayant une force dissuasive.

Juridiquement, la commission de violations graves des droits de l'homme ou du droit international al humanitaire au sein d'un État ouvre donc une possibilité d'intervention à la communauté internationale, soit parce qu'elle est le signe de l'implication de l'État dans leur commission, soit parce qu'elle témoigne de l'incapacité de l'État à y mettre un terme ; autrement dit, parce qu'elle est dans tous les cas la preuve d'un mésusage de la souveraineté au regard des normes internationales qui s'imposent à elle. L'accession de ces violations au rang des menaces contre la paix et la sécurité internationale au sens du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies s'inscrit, au final, dans cette même logique⁷⁶. Ainsi, pour la RDC et ses gouvernants, il y a nécessité de mettre en place une armée active, à la fois préventive et dissuasive, voir offensive pour assurer le contrôle effectif de sa souveraineté.

⁷⁴ Article 1 point 1, Pacte relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966 : Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit ; ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

⁷⁵ Voir article 1 point 3, Pacte relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966.

⁷⁶ C. LEFEUVRE, préc., note 67, p.309.

III. SOUVERAINETÉ COMME RESPONSABILITÉ EN DROIT INTERNATIONAL

Sur un plan théorique, le principe de souveraineté implique la reconnaissance de l'égalité souveraine des États, du droit à l'autodétermination des peuples et de la règle de non-intervention dans les affaires intérieures⁷⁷.

La théorie de la souveraineté des États intervient dans cette dissertation doctorale dans la mesure où il n'y a pas de souveraineté sans responsabilité. Le problème de la responsabilité est lié à la souveraineté. L'État doit être apte à mettre fin aux conflits armés. La protection de la population civile relève de sa compétence exclusive. Puisqu'il y a des conflits armés et que l'État est face au problème de la responsabilité cette théorie nous permettra de nous positionner si l'État congolais assume avec efficacité ses compétences, souveraineté affirmée ou si l'État n'assume pas ses responsabilités, souveraineté défaillante. Ici, il n'y a que deux alternatives, les conflits armés menacent les populations civiles alors que l'État a le pouvoir de protéger ses populations, la souveraineté est-elle affirmée ou défaillante pour pouvoir assumer cette protection des populations civiles. Ça nous permettra aussi, de situer le niveau de la défaillance de l'État, l'état peut être défaillant du fait de son incapacité ou du fait des actes terroristes perpétrés sur son territoire national. Ainsi, nous allons situer d'où vient le dilemme.

Les États souverains sont censés réaliser un certain nombre de fonctions fondamentales pour assurer la sécurité et le bien-être de leurs citoyens⁷⁸. Le droit international classique repose sur la souveraineté des États et la Charte des Nations Unies mentionne en premier lieu parmi les principes qui gouvernent l'Organisation mondiale le principe de l'égalité souveraine⁷⁹ tel qu'institué à l'article 2 §4 de la Charte : « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à

⁷⁷ Barbara DELCOURT, « Le Principe de Souveraineté à l'épreuve des nouvelles formes d'administration internationale de territoires », en ligne : <<https://journals.openedition.org/pyramides/349>> (consulté le 12 février 2022 à 12h33').

⁷⁸ Jonathan DI JOHN, *Conceptualisation des causes et des conséquences des États défaillants : Analyse critique de la documentation*, Londres, School of Oriental and African Studies, Crisis States Research Centre, 2008, p.3.

⁷⁹ Paul TAVERNIER, « Souveraineté de l'état et qualité de membre de l'Otan et de l'union européenne », *Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale*, en ligne : <www.ridi.org/adi> (consulté le 11/01/2022 à 16h32').

l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ». « Le principe de souveraineté a eu pour conséquence directe l'énoncé de son corollaire, le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des États »⁸⁰. L'état ne se définit pas seulement par des éléments sociologiques, constitutifs. Il possède, en outre, un attribut juridique unique : la souveraineté. En tant qu'élément de la société internationale, l'État est un acteur qui possède de personnalité juridique. En sa qualité de sujet de droit, il est une personne juridique souveraine qui exerce des compétences (droits et devoirs) conformément au droit international⁸¹.

La souveraineté confère à son titulaire le commandement supérieur sur les sujets qui lui sont soumis, la plénitude de compétences. C'est la souveraineté interne qui se prolonge dans l'ordre international pour devenir le pouvoir exclusif de l'État d'être maître de son destin.⁸² La plénitude de compétence : l'État a la compétence de sa compétence, il décide de l'étendue de ses prérogatives sur son territoire et des limites qu'il va y accepter ; Cette plénitude de sa compétence n'implique toute fois nullement que l'état peut s'affranchir des règles du droit international.

Au contraire, l'état n'est souverain que s'il est soumis directement, immédiatement au droit international.⁸³ Dans la société internationale contemporaine, largement interétatique, la souveraineté de chaque état se heurte à celles, concurrentes et égales, de tous les autres États. Dès lors, contrairement à ce qu'écrivent les auteurs volontaristes, la limitation de la souveraineté ne découle pas de la volonté de l'état mais des nécessités de la coexistence des sujets du droit international »⁸⁴.

L'autonomie de la compétence : les autorités de l'État ne peuvent pas être soumises à des directives ou ordres provenant d'autorités extérieures ; l'exclusivité de la compétence : seules les autorités nationales peuvent engager l'État pour exercer au plan internationale les compétences qui lui sont reconnues. L'État a sur son territoire le monopole de la législation, de la

⁸⁰ Mario BETTATI, *Le droit d'ingérence : mutation de l'ordre international*, Paris, Editions Odile Jacob, 1996, p. 9.

⁸¹ Justice FERDINAND, *Droit International Public : sujet, relations diplomatiques et consulaires*, Paris, Ed. PAC, 2003, p.112.

⁸² Jean CHARPENTIER, *Institutions internationales*, 15 éditions, Paris, Dalloz, 2002, p.29.

⁸³ Patrick DAILLIER et Alain PELLE, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002, p.421- 425.

⁸⁴ Idem, p.424

contrainte, et de juridiction⁸⁵. La souveraineté extérieure de l'état implique une indépendance politique et la protection juridique du corps politique vis-à-vis des pouvoirs étrangers. C'est la souveraineté matérielle ou la capacité de faire, de faire faire, d'interdire de faire.

Tout comme la souveraineté intérieure, elle a également été conçue au départ en termes de volonté et de droit unifiés, sujette à nul autre volonté ou législateur plus haut placé. Cette volonté était attribuée à l'état comme tel, et personnifiée par son souverain.⁸⁶

IV. CONFLITS ARMES COMME FACTEUR DE LIMITE DE L'ÉTAT EN RDC

Ce point a pour objet d'analyser les facteurs qui sont à la base de limite de l'État dans le processus de la protection des populations civiles contre les tueries. Nous aborderons les écueils auxquels se heurtés l'État congolais afin de protéger les civils. Depuis une vingtaine d'années, le Congo de l'Est, est en proie à une instabilité chronique et une insécurité généralisée alimentées, pour une grande partie, par une variété d'acteurs armés irréguliers nationaux et transnationaux. Cette situation, qui a causé près de 5 millions de victimes civiles directes et indirectes, conduit à faire du conflit dans l'Est de la RDC l'un des conflits les plus meurtriers après les deux guerres mondiales. Bien que la présence de ces milices et leurs activités soient reconnues comme imposant une insécurité permanente et épouvantable pour les communautés locales, comme une menace de sécurité et de défense pour l'État congolais⁸⁷.

Balingene Kahombo note que si les tueries, massacres et autres crimes graves continuent, c'est puisqu'il règne, en RDC, une impunité totale⁸⁸. L'État est défaillant soit du fait, de l'État lui-même soit du fait du terrorisme. Il est vrai que le gouvernement congolais a sa part de responsabilité dans la violence à l'Est de la RDC. La concurrence de la souveraineté de l'État avec d'autres

⁸⁵ Georges STANLEY, *Souveraineté des États en Droit International Public*, Paris, IDI, 2007, p.52.

⁸⁶ Bernier IVAN, « Souveraineté et interdépendance dans le nouvel ordre économique international », *Études Internationales*, 1978, p.19

⁸⁷, Gninlnanwognan KONE, *La problématique du désarmement et de la sécurité régionale au Congo oriental : processus, enjeux, contraintes, perspectives et résultats*, Thèse de doctorat, en ligne : <10670/1.4pwe2z> (consulté le 13 novembre 2022 à 15h7').

⁸⁸ BALINGENE KAHOMBO, *L'Afrique des Grands Lacs. La paix recherchée dans l'incohérence de l'action de la communauté internationale*, Saarbrücken, EUE., 2015, 4^e de la couverture.

acteurs informels qui occupent son territoire est l'une des causes de limite de l'État à l'Est de la RDC. L'État faible est facteur d'insécurité. L'État est créateur de droit, sa faible capacité impacte sur le droit. Il n'y a pas de progrès ni de stabilité et encore moins de développement durable dans un environnement où règne l'insécurité. D'où l'urgence de doter les forces armées des moyens conséquents et la calibrer à la menace. Dans la région de Beni où les ADF se vissent à des tueries les FARDC sont souvent brusqués par les terroristes ADF et souvent l'ennemi est mieux équipé que les FARDC. *Le Colonel Gédéon Muhindo chargé de renseignement de la 3^{ème} zone de défense explique en ce terme : La République Démocratique du Congo n'assure pas efficacement sa mission de protéger les populations civiles les FARDC sont quasi-absente dans certains coins de la République. Cette situation profite aux terroristes ADF et certains groupes armés afin de contrôler certaines localités. Même quand les FARDC sont présentes parfois elles ne sont pas équipées ou elles sont sous équipées.*

La crise de sécurité à l'Est de la RDC révèle aussi d'une crise de gouvernance. Si en effet la RDC est en crise de sécurité, elle se trouve dans la crise de l'État. Il faut cependant relever que les conflits qui déchirent l'Est de la RDC constituent une marque de l'extrême faiblesse de l'État congolais, puisque l'enjeu de ces conflits est la recherche de l'appropriation de l'État et de l'exclusivité de la production normative et l'État est totalement absent dans plusieurs contraindre et ouvre la voix aux conflits armés.

Les conflits armés sont favorisés par l'impossibilité pour l'État Congolais d'assurer les fonctions régaliennes de sécurité ; les conflits armés sont, à leur tour des facteurs d'insécurité. L'intelligence prévisionnelle rend intelligible le devenir d'un État et, ce grâce à l'anticipation qui permet de déceler, anticiper et former. L'anticipation est cette capacité à devancer et prévoir donc prévenir un événement futur.

L'on peut se demander avec raison comment les services de sécurité de la République démocratique du Congo ne voient pas la menace venir à chaque fois que les populations civiles sont attaquées par des groupes armés dans les provinces de l'Ituri et du Nord-Kivu. Cette léthargie cataleptique pour anticiper les actions des groupes armés.

En raison de leur instabilité chronique et de l'anarchie plus ou moins importante qui les caractérisent, ces États dits « faibles » sont en effet affectés

de différents maux dont chacun compromet, ou est accusé de compromettre, la sécurité régionale ou internationale. Des réflexions sur l'impact de leur existence sur les grands mouvements de migrations forcées de populations, sur le développement des activités de contrebande (particulièrement d'armes légères), de la piraterie ou du trafic de stupéfiants, sur l'expansion des pandémies (S.I.D.A., choléra, ...), sur l'installation et la prospérité d'organisations terroristes et/ou mafieuses, etc. accompagnent donc fréquemment leur étude nonobstant, note une partie de la doctrine, le peu de profondeur des analyses concluant à une relation de cause à effet globale entre ces constatations et la remise en question de la sécurité à leurs frontières ou sur la scène internationale⁸⁹.

V. GOUVERNANCE SÉCURITAIRE BASÉE SUR L'ALERTE MAXIMUM POUR ASSURER L'EFFECTIVITÉ DE LA SOUVERAINETÉ EN RDC

Notre étude propose une gouvernance sécuritaire basée sur l'alerte maximum des services de sécurité précisément les FARDC, La police nationale congolaise, la DGM et l'ANR comme paradigme afin d'assurer avec efficacité la souveraineté. L'État doit être apte à mettre un terme aux conflits armés. La responsabilité de la communauté internationale n'est qu'une responsabilité par substitution. La solution à la crise de sécurité à l'Est de la RDC passe par une armée dissuasive et proactive. La résurgence du Mouvement du 23 Mars à l'Est de la RDC montre que l'autorité de l'État est faible en RDC. Les groupes armés imposent leur mode de vie et leur loi à l'État. Les tragédies qui s'abat sur les populations civiles au Nord-Kivu montre combien il faut transformer le mode de gouvernance par la prise en compte de la protection de la vie des congolais. Par défaut de prévoyance l'État congolais failli à sa mission principale. Les autorités doivent privilégier la gestion prophylactique en le remplacer par la gestion curative aux lourdes conséquences. Les vies des populations sont fauchées à cause de la défaillance de l'État. Le gouvernement de la République ne doit pas se transformer en service funèbre, il doit anticiper, planifier et décider en amont. Il est de la responsabilité exclusive de l'État de sécuriser les populations en prenant les mesures nécessaires afin de prévenir tout risque public manifestement visible. Dans la situation présente, l'État a été défaillant à l'Est de la RDC. Un Etat

⁸⁹ C. LEFREUVRE, préc., note 67, p.298.

failli à sa mission lorsque l'autorité centrale n'est pas à mesure d'assurer à titre exclusif l'exercice de la violence légitime au sein des frontières dudit État. Le gouvernement attend des tueries pour se réveiller. Les autorités doivent procéder à la délimitation d'un périmètre de sécurité bien visible comme mesure préventive afin d'empêcher la résurgence des groupes rebelles.

Pour ce faire, l'État-Major général des Forces armées de la République Démocratique du Congo devra mettre en place une politique menant à bâtir un système militaire adapté à l'ennemi et à ses méthodes afin d'adapter les FARDC aux actions qu'elles doivent mener.

CONCLUSION

L'étude présentée ici propose une gouvernance sécuritaire basée sur l'alerte maximum des services de sécurité précisément les FARDC, la police nationale congolaise, la DGM et l'ANR comme paradigme afin d'assurer avec efficacité le contrôle effectif de la souveraineté en République Démocratique du Congo.

L'État doit être apte à mettre un terme aux conflits armés. Les forces armées des États d'Afrique de l'Est qui sont déployés au Nord-Kivu du fait de la responsabilité par substitution de la communauté internationale suite à la défaillance de l'État congolais à accomplir ses missions régaliennes n'apporteront pas des solutions à long terme. La solution à la crise de sécurité à l'Est de la RDC passe par une armée dissuasive et proactive. La résurgence du Mouvement du 23 Mars à l'Est de la RDC montre que l'autorité de l'État est faible en RDC. Les groupes armés imposent leur mode de vie et leur loi à l'État.

Le gouvernement de la République ne doit pas se transformer en service funèbre, il doit anticiper, planifier et décider en amont. Il est de la responsabilité exclusive de l'État de sécuriser les populations en prenant les mesures nécessaires afin de prévenir tout risque des conflits armés manifestement visible.

Dans la situation présente, l'État a été défaillant à l'Est de la RDC. L'autorité centrale n'est pas à mesure d'assurer à titre exclusif l'exercice de la violence légitime au sein des frontières de l'État, d'où sa défaillance. Les autorités doivent procéder à la délimitation d'un périmètre de sécurité bien visible comme mesure préventive afin d'empêcher la résurgence des groupes rebelles notamment le M23.

Quant à la qualification en droit international humanitaire du conflit armé qui oppose les FARDC au groupe rebelle du M23, ce conflit armé peut être qualifié d'un conflit armé interne internationalisé suite au soutien du Rwanda aux rebelles en application de la théorie du contrôle effectif.

*

* *

Solutions aux tourments sur le sort de l'action civile en cas d'acquiescement du prévenu

Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO*

RÉSUMÉ

Depuis bien longtemps, les femmes et hommes du prétoire ne sont jamais unanimes sur le sort qui doit être réservé à l'action civile lorsque le prévenu est acquitté. Nombreux sont ceux qui pensent que le juge saisi de l'action répressive est tenu de se prononcer sur le sort de l'action civile mue concomitamment à l'action répressive sur la base de l'adage « l'accessoire suit le principal » et, cela, même au cas où le prévenu serait acquitté pour faits non établis. Une grande partie de la jurisprudence et de la doctrine tranche que le juge doit se déclarer incompétent de trancher sur l'action civile lorsque les faits ne sont pas établis. Telle a été la position de la défunte Cour suprême de justice de la RD. Congo. Ce qui ne retient pas l'opinion de plusieurs chercheurs. Le présent article tente de répondre à la question de savoir « que devient l'action civile lorsque le prévenu est acquitté ? » En clair, le juge saisi peut-il condamner le prévenu acquitté à la réparation du préjudice ou au paiement des dommages-intérêts en faveur de la victime ?

Mots-clés : Action civile – action répressive – faute – acquiescement – chose jugée – responsabilité.

ABSTRACT :

For a long time, the women and men of the courtroom have never been unanimous on the fate that should be reserved for the civil action when the defendant is acquitted. Many people think that the judge seized of the repressive action is required to rule on the fate of the civil action brought about concomitantly with the repressive action on the basis of the adage "the accessory follows the main" and, even in the event that the defendant is acquitted for non-established facts. Much of the case law and doctrine decides that the judge must declare himself incompetent to decide

* Docteur en droit (LL.D.) de l'Université de Montréal (Canada) ; Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Likasi, Avocat au Barreau du Haut-Katanga, Conseil inscrit auprès de la Cour pénale internationale et Avocat à la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples.

INTRODUCTION

Dans une analyse publiée dans la *Revue Les Analyses juridiques* n°36, décembre 2016, nous avons émis un point de vue sur le forum autour du thème « Sort de l'action civile en cas d'acquiescement du prévenu ». Cet article discutait de l'arrêt rendu par l'ancienne Cour Suprême de Justice congolaise en date du 14 mai 2012 sous RPA. 422. Par cet arrêt, la Cour s'était déclarée incompétente de statuer sur les intérêts civils de la victime après avoir dit non établie l'infraction reprochée au prévenu et avoir acquitté ce dernier.

Loin de trouver l'unanimité et bien que plusieurs juridictions répressives congolaises s'étaient déjà prononcées et continuent à se prononcer dans le même sens, le débat autour de la question persiste. En d'autres termes, l'on se pose la question de savoir : « Le juge répressif, saisi d'une action en réparation civile concomitamment à l'action répressive, peut-il se déclarer incompétent de statuer sur les intérêts civils suite à l'acquiescement de la personne poursuivie et à l'égard de laquelle les faits ont été déclarés non établis ? » Autrement dit, « que devient le sort des intérêts civils ou de l'action en réparation lorsque le prévenu est acquitté par la juridiction qui statue sur le répressif ? » En clair, « la partie civile peut-elle déclencher une procédure en réparation des préjudices alors que l'action répressive a été déclarée non fondée ? » Telles sont les questions pour lesquelles la recherche des réponses constitue l'ensemble de la réflexion ci-dessous.

Pour bien saisir la pertinence de cette réflexion, nous la divisons en trois points essentiels. Il nous faut rappeler les principes qui gouvernent la réparation des victimes lorsque l'action est initiée concomitamment à l'action répressive. Aux côtés, il existe un débat autour de l'identité des fautes pénale et civile qui constitue le *leitmotiv* de la responsabilité pénale et civile (I). Ensuite, après avoir posé les principes et dans la recherche des solutions, il est important d'examiner la défaillance du droit congolais (II). Il faut relever que, particulièrement en ce qui concerne la solution sur le sort de l'action civile en cas d'acquiescement du prévenu, le droit congolais, à la lumière des droits occidentaux (III), présente des défaillances qui nous permettront d'avancer des propositions dans la partie conclusive.

I. PRINCIPES DE BASE ET DISSOCIATION DES FAUTES CIVILE ET PÉNALE

De prime à bord, il faut préciser que les questions soulevées nous conduisent à réfléchir sur le principe de l'identité ou non des fautes pénale et civile qui, avec les avancées de la science juridique, cherchent à être dissociée de nos jours¹. L'unité des fautes civile et pénale a pour conséquence d'ériger la condamnation pénale en condition d'indemnisation de la victime. En effet, ce principe est intimement lié à l'*autorité de la chose jugée du criminel sur le civil* qui ne permet pas au juge civil de remettre en question la décision pénale et qui a entraîné un alignement des critères de la responsabilité pénale sur ceux de la responsabilité civile dans le but de ne pas priver la victime de l'indemnisation de son préjudice². Bref, ce principe repose sur l'idée que les fautes sont composées des mêmes éléments³, notamment l'élément intentionnel, le dommage, le lien causalité entre le dommage et la faute, etc.

Ces deux formes de fautes ont fait naître deux sortes de responsabilités : l'une, *civile*, qui vise à réparer un dommage subi par autrui et, l'autre, *pénale*, qui existe en cas de violation des dispositions pénales même en l'absence de tout préjudice subi par un tiers. La responsabilité civile a pour objectif d'indemniser le préjudice tandis que la responsabilité pénale a pour objet la désapprobation sociale, l'affirmation et la protection des valeurs fondamentales, dont la vie et l'intégrité physique, ou la prévention générale ou individuelle des infractions⁴. La responsabilité pénale présente donc un caractère déshonorant et la responsabilité civile a pour objectif la réparation du dommage que subit la victime.

La révolution industrielle et les nouvelles technologies ont placé cette préoccupation au centre de l'attention faisant apparaître des lacunes dans le régime d'indemnisation basé exclusivement sur la faute. S'en est suivie

¹ Lire à ce sujet le travail de Mestdagh MAGALI, *Unité des fautes civile et pénale : un principe dont il faut s'affranchir*, Mémoire de Master, Faculté de droit et de criminologie, Université Catholique de Louvain, 2020. Prom. : De Coninck, Bertrand. En ligne : <<http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:24149>>.

² Idem, p.45.

³ Ibidem, p. 5.

⁴ Geneviève SCHAMPS, « L'autonomie croissante de l'action civile par rapport à l'action publique », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, p. 116.

l'instauration de régimes d'indemnisation fondés sur la solidarité, notamment avec le développement de la sécurité sociale et des assurances et, face aux difficultés liées à la preuve en matière civile, les théories de responsabilité objective ont vu le jour⁵. Ces mécanismes permettent d'éviter que la victime ne se retrouve dans un état de précarité extrême lorsqu'il n'est pas possible de prouver l'existence d'une faute. Cette évolution nous montre bien que la responsabilité civile a aujourd'hui une fonction essentiellement réparatrice et ne poursuit pas un objectif de justice préventive comme le droit pénal. Ainsi, nous nous limitons à réfléchir sur les conséquences de la responsabilité civile.

La responsabilité civile est assise, en droit congolais, sur les prescrits des articles 15 et 16 du code pénal livre 1^{er} ainsi que sur les articles 258 et suivants du code civil livre III, alors que celle pénale est assise sur l'ensemble des dispositions pénales existant au sein de l'État. Normalement, la décision sur l'action civile dépend de celle sur l'action publique et ce, conformément aux principes bien connus de « *l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil* » et de celui de « *l'accessoire suit le principal* », principes sur lesquels nous n'avons pas l'intention d'y revenir dans ce résumé⁶.

À première vue et s'il faut s'en tenir aux principes énoncés ci-avant, aucun débat n'existerait si la juridiction saisie déclara non fondée l'action civile après acquittement du prévenu. L'équation se complique souvent lorsque la juridiction saisie de l'action répressive ensemble avec l'action civile, au lieu de dire non-fondée l'action civile au même titre que l'action répressive, la juridiction se limite à se déclarer incompétente à connaître l'action en réparation civile, sans parfois donner des directives majeures quant à ce et sans motivation.

Nous savons que lorsqu'il y a *condamnation pénale* d'un prévenu, il n'y a pas de difficulté insurmontable : la victime a la possibilité d'exercer l'action civile soit devant un juge pénal, soit séparément devant un juge civil pour obtenir réparation. La situation est plutôt délicate en présence d'une décision d'acquiescement pour quelque motif que ce soit (faits non établis, causes

⁵ Jean-Luc FAGNART, « Introduction générale au droit de la responsabilité civile », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Partie préliminaire, Livre 1bis, Louvain, Story-Scientia, 1999, p. 18-20.

⁶ On peut utilement se référer à Jean HILAIRE, *Adages et maximes du droit français*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2015, Lettres A et C.

exonératoires, celles d'exemption ou de justification, ...). Sans doute, ici aussi en principe, le juge civil ne doit pas contredire le juge pénal, et l'éventuelle allocation de dommages et intérêts à la victime doit respecter cette règle⁷.

Qu'advient-il alors si le juge pénal est saisi également de l'action civile ? On le sait, et c'est le but de l'action civile, la possibilité de recourir au juge pénal ouvre à la partie civile une voie procédurale rapide et peu coûteuse qui lui assure désormais une réparation satisfaisante⁸. L'attribution d'une compétence civile au juge pénal permet donc à la victime d'espérer que son indemnisation sera plus certaine, plus économique et plus rapide⁹. Mais surtout, comme le note Agostini, le procès pénal contribue à cette action vindicative qui est souvent, pour la partie civile, aussi réparatrice que l'indemnisation accordée¹⁰.

Ces différentes affirmations, bien que s'appliquant en droit congolais, éprouvent souvent de difficultés quant à leur application effective. En effet, en droit congolais, il n'existe aucun texte de loi qui règle le sort de l'action civile jointe à l'action répressive par le mécanisme de constitution de la partie civile. Mais si l'on admet que « *[T]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* »¹¹, il est impensable qu'une demande régulièrement soumise au juge ne puisse obtenir une décision sur son bien-fondé ou non.

Ainsi, en se déclarant incompétente à statuer, il semble que la juridiction saisie doit avoir refusé de trancher l'autre aspect du conflit lui soumis (aspect

⁷ Philippe LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 10^{ème} édition, coll. « Dalloz Action », Paris, Dalloz, 2014, p. 397-398, n° 714.

⁸ Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, *Droit des réparations*, vol. I - *Droit général, droits des personnes et droit international humanitaire*, coll. « Droit/Économie », Paris, Éd. Edilivre, 2020.

⁹ Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 18^{ème} édition revue et augmentée, À jour au 24 juillet 2015, Paris, Cujas, 2015, p. 247, n° 280.

¹⁰ Frédérique AGOSTINI, « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », *Cour de Cassation*, en ligne : <https://www.courdecassation.fr/publications/_cour_26/rapport...102/civile_dans_5858.html> (consulté le 5 décembre 2022).

¹¹ Lire à ce sujet la Constitution de la RDC, la DUDH, la CADHP ou la CEDH.

civil du litige) et, par conséquent, expose ses magistrats à un *déni de justice* étant donné que le principe selon lequel « une contestation doit pouvoir être portée devant un juge et recevoir une décision » compte au nombre des principes fondamentaux du droit universellement reconnus (droit à la justice) ; il en va de même du principe de droit qui prohibe le déni de justice. Les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours protègent d'abord ce qui lui permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge et l'examen de sa cause. Peut-on relever les failles du système juridique congolais face à la question sous examen ?

II. DÉFAILLANCE DU DROIT CONGOLAIS

Recherchant les bases juridiques sur la décision de non-saisine de l'action civile par la juridiction saisie au répressif en cas d'acquittement du prévenu, nous remarquons qu'en RD. Congo l'action civile au cours d'un procès pénal ressort des dispositions des articles 107 à 109 de la *Loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire*.

Parlant de l'article 107, le législateur congolais prévoit que « *L'action en réparation du dommage causé par une infraction peut être poursuivie en même temps que l'action publique et devant le même juge. Il en est de même des demandes de dommages-intérêts formées par le prévenu contre la partie civile ou contre les coprévenus* ». La disposition semblable se trouve à l'article 77 du Code judiciaire militaire, qui ajoute uniquement que : « [...] *Les restitutions des objets s'opèrent suivant le droit commun* ».

Le code pénal congolais livre premier, en son article 15 énonce quant à lui que : « *Toute condamnation pénale est prononcée sans préjudice des restitutions et dommages-intérêts qui peuvent être dus aux parties. Le tribunal fixe le montant des dommages -intérêts* ». En procédure pénale, l'article 81 du Code congolais de procédure pénale ne règle que la question liée au paiement des frais d'instance par le prévenu en cas d'acquittement si l'action a émané du ministère public et par la partie civile si celle-ci a saisi le tribunal par citation directe.

Les articles 108 et 109 de la Loi de 2013 précitée semblent se rapprocher de la solution au problème soulevé en ce qu'ils disposent respectivement que :

« Sans préjudice du droit des parties de se réserver et d'assurer elles-mêmes la défense de leurs intérêts et de suivre la voie de leur choix, les Tribunaux répressifs saisis de l'action publique prononcent d'office les dommages-intérêts et réparations, qui peuvent être dus en vertu de la loi, de la coutume ou des usages locaux ». « La restitution des objets sur lesquels a porté l'infraction est ordonnée d'office lorsqu'ils ont été retrouvés en nature et que la propriété n'en est pas contestée ».

Il faut comprendre que si la loi congolaise a reconnu le droit de la partie victime à joindre son action en réparation dans la même procédure pénale statuant sur la même action et au juge pénal d'allouer même d'office les réparations, il demeure incontestable qu'il n'a pas été réglée la question du sort de l'action en réparation lorsque le prévenu est acquitté. Aucune disposition légale claire ne tranche sur la question ; la jurisprudence et la doctrine congolaises s'ensommeillent autant. Les dispositions précitées n'ont donc été conçues que pour être appliquées dans le cas où le prévenu est formellement condamné et où le préjudice est établi en faveur de la victime. Elles n'envisagent pas le scénario dans lequel il y a l'acquittement du prévenu. Le droit congolais est donc muet sur la question posée dans cette réflexion. Devant cette carence législative congolaise et à l'aide d'une méthode comparative, il nous est permis de rechercher les solutions en recourant aux lois, à la jurisprudence et à la doctrine étrangères qui, à notre avis, ont déjà résolu la question et ne semblent plus avoir un débat quant à ce.

III. RECHERCHE DES SOLUTIONS DANS UNE APPROCHE COMPARATIVE

Pour ne prendre que le cas du droit Français ; c'est pour des raisons de célérité de l'indemnisation en faveur de la victime, qu'il est admis que lorsque la relaxe ou l'acquittement n'ont pas fait disparaître la faute civile, la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 a rompu avec le *principe d'identité des fautes civile et pénale* et permet dorénavant à la juridiction répressive de statuer au fond des intérêts civils¹². Tout compte fait, cette loi française conditionne

¹² Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., coll. « Manuel », Paris, LexisNexis, 2012, p. 1486, n° 2524. Lire aussi P. LE TOURNEAU (dir.), préc., note 7, p. 398.

l'allocation des dommages-intérêts à la partie civile à l'existence préalable d'une faute civile dans le chef de l'auteur acquitté ou relaxé. Le pouvoir d'appréciation de l'existence ou non de la faute civile revient encore au juge saisi au répressif.

Arrêtons-nous un peu pour préciser qu'en France, la *relaxe* (de la compétence du Tribunal correctionnel ou du Tribunal de police) se distingue de l'*acquittement* (qui est de la compétence de la Cour d'assises). Ces deux termes s'emploient lorsqu'une juridiction répressive renvoie les prévenus ou les accusés « des fins de la poursuite ». La *relaxe* concerne les délits et les contraventions, tandis que l'*acquittement*, les crimes. La *relaxe* est prise pour un prévenu alors que l'*acquittement* concerne un accusé.

Le droit congolais ne connaît pas cette distinction. De plus en plus, le mot « acquittement » est utilisé par les juges congolais dans leur décision de juridiction alors que la *relaxe* s'emploie à l'égard d'un détenu préventif, une liberté provisoire accordée à une personne par le procureur (ou le parquet). Parfois le même terme est à tort utilisé par le commun de mortels lorsqu'un présumé coupable est libéré, après arrestation, au niveau de l'enquête préparatoire.

Revenant sur l'épineuse question du sort de l'action civile en réparation, nombreux auteurs français estiment qu'il est permis à la partie civile d'obtenir une indemnisation, malgré la *relaxe* ou l'*acquittement* de l'auteur, sous certaines conditions, accordant du même coût une compétence matérielle au juge répressif saisi¹³. Ces conditions sont les suivantes : a) *devant la Cour d'assises*, si la partie civile a demandé l'*acquittement* du prévenu¹⁴. Toutefois, la Cour doit préciser la faute qui sert de base à la condamnation civile ; b) *en cas de relaxe, devant le tribunal correctionnel, la Cour d'appel ou le tribunal de police*, la juridiction demeure compétente sur la demande de la partie civile ou de son assureur, formulée avant la clôture des débats, pour accorder, en

¹³ Lire notamment Jean Claude SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, 18^e éd., coll. « Manuel », Paris, L. G. D. J, 2004, p. 276, n° 689 ; Bernard BOULOC, « De la compétence du juge pénal pour statuer sur l'action civile après extinction de l'action publique », dans Mélanges G. Viney, LGDJ, 2008, cité par S. GUINCHARD et J. BUISSON, préc., note 12, p. 1489 ; P. LE TOURNEAU (dir.), préc., note 7, p. 398, n° 715 et J. PRADEL, préc., note 9.

¹⁴ Voir art. 372 du Code français de procédure pénale.

application des règles du droit civil, réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite¹⁵.

Dans le *cas d'appel sur la relaxe ou l'acquiescement*, il est de jurisprudence constante que si les juges du second degré, saisis sur le seul appel de la partie civile, ne peuvent prononcer aucune peine contre le prévenu définitivement relaxé ou acquitté des fins de la poursuite, ils n'en sont pas moins tenus, au regard de l'action civile, de rechercher si les faits qui leur sont déférés constituent une infraction pénale et de se prononcer en conséquence sur la demande de réparation de la partie civile¹⁶. La jurisprudence interdit au juge pénal d'appliquer ce texte lorsqu'il a été saisi par une citation directe de la partie civile¹⁷ ou lorsqu'il est saisi du seul appel de la partie civile contre une décision de relaxe et lorsque l'application de cet article n'a pas été invoqué devant le tribunal¹⁸. Ce qui sous-entend que le juge pénal ne peut appliquer ce texte d'office¹⁹ et la partie civile ou son assureur doit avoir formulé la demande avant la clôture des débats, le cas échéant à titre subsidiaire.

Et si la partie civile est la seule à faire appel, la juridiction du second degré ne peut prononcer aucune peine contre le prévenu, mais « elle doit rechercher si le fait qui lui est déféré constitue ou non une infraction pénale et statuer sur l'action civile²⁰ ».

Ces solutions françaises sont judicieuses dans la mesure où elles évitent à la victime, qui a consacré un long temps et des frais dans les errements de procédure pénale, de revenir au point de départ devant le juge civil pour recommencer l'action. Elles garantissent les droits de victime à obtenir une décision dans un délai raisonnable et à la fin de la procédure répressive.

¹⁵ S. GUINCHARD et J. BUISSON, préc., note 12, p. 1489-1490. Lire également les art. 470-1, 512 et 541, al. 2 du Code français de procédure pénale.

¹⁶ Crim. 27 mai 1999, *Bull.* n° 109, dans Claude MATHON, « L'exigence du droit d'appel de la partie civile en cas d'acquiescement ou de relaxe. Une cohérence juridique », (2011) 15 *Études Analytiques* 1-20.

¹⁷ Crim. 22 mars 1990, *Bull.* n° 127, dans C. MATHON, préc., note 16.

¹⁸ Crim. 29 janv. 1997, *Bull.* n° 38, dans C. MATHON, préc., note 16.

¹⁹ Crim. 12 févr. 1997, *Bull.* n° 56, dans C. MATHON, préc., note 16.

²⁰ Cass. crim., 22 octobre 1997, n° 345; Cass. crim., 28 janv. 2005, n° 112, obs. Buisson.

CONCLUSION

Dans tout point de vue, la position d'une juridiction de se déclarer incompétente lorsqu'elle acquitte le prévenu nous paraît ne pas trouver aucune base juridique tant en droit interne congolais qu'en droit étranger. Prendre une pareille décision serait difficilement explicable. Toutefois, la décision prise par une juridiction pénale de se déclarer incompétente d'examiner l'action civile à cause de l'acquittement du prévenu, n'est qu'une position de « sagesse », dans la mesure où elle tend à donner « vie » au préjudice subi par la victime, permettant à celle-ci de soumettre à nouveau sa revendication devant un juge civil autonome.

Logiquement, s'il est établi par la juridiction que la victime a subi des préjudices suite aux faits dont est poursuivi le prévenu, la juridiction répressive est obligée de statuer sur les intérêts civils, même si elle acquitte le prévenu, ou si elle constate une exemption légale de peine ou accorde une dispense de celle-ci. C'est dans ce sens d'ailleurs qu'Emanuel Castellarin pense lorsqu'il écrit : « Dans la mesure où une juridiction est compétente en matière pénale, même sur le fondement de la compétence universelle, elle peut l'être aussi en matière civile²¹ ». Sous cet aspect, il faut féliciter le droit congolais qui autorise au juge pénal d'allouer d'office les dommages et intérêts en faveur de la victime, même s'il faut penser que ces dispositions ne sont admises que si le juge a dit préalablement établis en fait comme en droit les faits reprochés au prévenu.

Dans tous les cas, la juridiction jugera d'abord de la recevabilité de l'action civile et examinera les conditions civiles de la mise en responsabilité civile du délinquant, en tenant compte de la faute de la victime²². Mais il est hors de toute compréhension que le juge saisi puisse se déclarer incompétent d'examiner une action civile qui est accessoire à l'action pénale déclarée recevable et dont les faits ont été déclarés non-fondés. Une telle position serait comprise si la juridiction saisie se serait déclarée incompétente à statuer sur

²¹ Emanuel CASTELLARIN, « La responsabilité des personnes privées devant les juridictions civiles étatiques », dans Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET (dir.), *Droit international pénal*, 2^{ème} édition révisée, coll. « CEDIN », Paris, A. Pedone, 2012, p. 679-690 à la page 684.

²² S. GUINCHARD et J. BUISSON, préc., note 12, p. 1486, n° 2524. Sur la faute de la victime, lire également P.F. KANDOLO, préc., note 8.

l'action répressive ou aurait décidé de renvoyer la cause, pour l'aspect civil, au juge civil.

Devant la défaillance de la législation congolaise, nous proposons que des modifications soient apportées à la loi congolaise (codes de procédure pénale et aux codes pénaux), à la lumière des droits occidentaux, afin d'intégrer des dispositions claires sur le sort de l'action civile en cas d'acquiescement du prévenu. Tel a été le résumé de l'intelligence du présent article.

Références bibliographiques

AGOSTINI, F., « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », *Cour de Cassation*, en ligne : https://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport...102/civile_dans_5858.html

BOULOC, B., « De la compétence du juge pénal pour statuer sur l'action civile après extinction de l'action publique », dans *Mélanges G. Viney*, LGDJ, 2008.

CASTELLARIN, E., « La responsabilité des personnes privées devant les juridictions civiles étatiques », dans ASCENSIO, H., DECAUX, E. et PELLET, A.(dir.), *Droit international pénal*, 2^{ème} édition révisée, coll. « CEDIN », Paris, A. Pedone, 2012.

FAGNART, J.-L., « Introduction générale au droit de la responsabilité civile », dans *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Partie préliminaire, Livre 1bis, Louvain, Story-Scientia, 1999.

GUINCHARD, S. et BUISSON, J., *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., coll. « Manuel », Paris, LexisNexis, 2012.

HILAIRE, J., *Adages et maximes du droit français*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2015.

KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, P.F., *Droit des réparations*, vol. I - *Droit général, droits des personnes et droit international humanitaire*, coll. « Droit/Économie », Paris, Éd. Edilivre, 2020.

LE TOURNEAU, P. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 10^{ème} édition, coll. « Dalloz Action », Paris, Dalloz, 2014.

MAGALI, M., *Unité des fautes civile et pénale : un principe dont il faut s'affranchir*, Mémoire de Master, Faculté de droit et de criminologie, Université Catholique de Louvain, 2020, en ligne : <<http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:24149>>.

MATHON, C., « L'exigence du droit d'appel de la partie civile en cas d'acquiescement ou de relaxe. Une cohérence juridique », (2011) 15 *Études Analytiques* 1-20.

PRADEL, J., *Procédure pénale*, 18^{ème} édition revue et augmentée, À jour au 24 juillet 2015, Paris, Cujas, 2015.

SCHAMPS, G., « L'autonomie croissante de l'action civile par rapport à l'action publique », dans *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2001.

SOYER, J.C., *Droit pénal et procédure pénale*, 18^è éd., coll. « Manuel », Paris, L. G. D. J, 2004.

*

* *

Les Forces armées de la République démocratique du Congo face à la guerre asymétrique (non conventionnelle) des ADF/MTM

Régis KATUALA GIZE¹

RÉSUMÉ

La guerre que mène les ADF/MTM à l'Est de la République Démocratique du Congo est une guerre non conventionnelle caractérisée par la terreur et la ruse comme mode opératoire. Face à la menace terroriste des islamistes ADF, il est question que les FARDC changent d'approche pour mieux lutter contre les ADF/MTM qui mènent une guerre asymétrique en déphasage des règles de la guerre comme le veut les Conventions de Genève et leur protocoles additionnels. Les ADF évoluent dans un environnement complexe, étiré notamment entre les facteurs ethniques et le fait religieux. Ces menaces asymétriques sont transnationales et mouvantes. Une guerre asymétrique, dans laquelle les ADF utilisent la guérilla comme technique de combat, nécessite des tactiques adéquates de la part des FARDC et un service de renseignement adapté à la réalité sur terrain.

Mots-clés : Guerre asymétrique – Terrorisme – Islamistes – Tueries – Populations civiles.

ABSTRACT :

The ADF/MTM war in eastern Democratic Republic of Congo is an unconventional war characterized by terror and cunning as a modus operandi. Faced with the terrorist threat of the ADF Islamists, there is talk of the FARDC changing its approach to better fight against the ADF/MTM, which is waging an asymmetrical war

¹ Régis Katuala Gize est Diplômé d'études supérieures en Droit International Public de la Faculté de Droit de l'Université de Kisangani, Doctorant à la même Université où il prépare sa thèse sur les Conflits armés à l'Est de la RDC sous la direction des Professeurs Mwayila Tshiyembe, Mumbala Abelungu et Chombe Uyindo, membre de la Société québécoise de droit international et du Centre d'informations sur le désarmement et la sécurité (CRIDS) et Assistant à l'Université Libre de Kisangani. Il est Coordonnateur de l'ASBL Renouveau pour la Paix et l'Ordre Social dans la province de la Tshopo.

out of step with the rules of war as required by the Geneva Conventions and their additional protocols. The ADF operates in a complex environment, stretched in particular between ethnic factors and religion, these asymmetric threats are transnational and changing. Asymmetric warfare, in which the ADF uses guerrilla warfare as a combat technique, requires adequate tactics on the part of the FARDC and an intelligence service adapted to the reality on the ground.

Keywords : *Asymmetric warfare – Terrorism – Islamists – Killings – Civilian populations.*



SOMMAIRE

Introduction

I. ADF/MTM et la guerre asymétrique : *qualification du terrorisme*

A. Mouvement ADF/MTM

B. Exactions commises par les ADF-MTM sur le sol congolais

C. Modes de financement et réseau de recrutement des ADF

II. FARDC et obstacles à l'exécution de la mission de la paix et de la sécurité

A. Mission des FARDC

B. Obstacles à l'exécution de sa mission face aux ADF/MTM

III. Interdiction de guerre asymétrique

A. Droit international

B. Législation nationale congolaise

IV. Interdiction de financement du terrorisme

A. Droit international

B. Législation nationale congolaise

CONCLUSION ET PERPSCTIVES

BIBLIOGRAPHIE



INTRODUCTION

La République Démocratique du Congo, deuxième plus grand pays d'Afrique², est confrontée depuis plus de 20 ans à des conflits armés et d'autres situations de violence causant d'immenses souffrances humaines et est en train de traverser un cycle interminable de violence qui est nourri par plusieurs groupes armés qui se focalisent principalement à l'Est du pays.

Dans la province du Nord-Kivu et de l'Ituri, l'inquiétude porte sur le groupe armé *Allied Democratic Forces Madina al tanheed wal muwahedenn* (ADF/MTM) qualifié d'un mouvement terroriste dont les attaques ont entraîné une augmentation du nombre de victimes civiles. Les ADF/MTM se considèrent comme des « moudjahidin » c'est-à-dire, des guerriers du temps de la guerre sainte qui mènent une lutte sacrée pour la gloire d'*Allah*. D'où leur appellation de *Madina al Tanheed wal Muwahedeen* (MTM) : traduit en français : les moudjahidin ou combattants de la cité sainte de Madina.³ Leur unique préoccupation consiste à servir Allah à travers l'accomplissement de leur mission d'inspiration divine. Ils tuent au nom d'*Allah Akbar*. Des études faites aux États-Unis mêmes sur les menaces futures à l'égard du pays envisageaient cette possible guerre de nouvelle génération, ce conflit non étatique conduit par des opposants dont la base peut ne pas être un État-nation, mais une idéologie ou une religion⁴.

« Si nous avons quitté nos pays respectifs, si nous avons abandonné nos biens pour nous installer dans cette forêt du Ruwenzori, c'est parce qu'Allah l'a voulu. Nous sommes ici pour faire la volonté d'Allah suivant les perceptifs de son prophète Mohammed : combattre l'ennemi qui s'oppose à la Charia »⁵.

² La République Démocratique du Congo un géant à l'état défaillant en ligne sur <https://www.francetvinfo.fr/monde/afrique/republique-democratique-du-congo/la-republique-democratique-du-congo-un-geant-a-l-etat-defaillan> (consulté le 09/01/2022 à 10h52').

³ Nicaise KIBEL'BEL OKA, *RD-Congo : Les forces armées face à la guerre non conventionnelle*, Bruxelles, Éditions Scribes, 2018, p.64-67.

⁴ Karine BANNELIER et Al., *Le droit international face au terrorisme Après le 11 septembre 2001*, CEDIN-Paris I Cahiers internationaux N°17, Éditions Pedone, 2002, p. 9

⁵ Propos de Jamil MUKULI lors de la formation d'un groupe des ADF/MTM à Medina diffusé sur le compte Twitter de l'État Islamique en Afrique centrale ISCAP.

Dans une vidéo de propagande de près de 20 minutes intitulée ‘‘ Une vie de djihad ‘‘ diffusée sur le site de l’État islamique en Afrique centrale (ISCAP) en juin 2022, l’État Islamique mettait en avant les activités de sa province d’Afrique centrale (ISCAP), actif dans les territoires de Béni au Nord-Kivu et d’Irumu en Ituri. Introduite par des chants en Arabe et en Swahili avec un drapeau des combattants de la cité sainte de Madina. Les terroristes mettent en garde les chrétiens congolais et les autorités congolaises en ces termes :

‘‘ A tous les incroyables (Kafri), sachez que vous combattez une guerre contre Allah et que celle-ci n’aura pas de fin et vous ne gagnerez pas jusqu’à la fin du monde. Vos adversaires aiment la mort alors que vous aimez la vie.’’

Au milieu de la vidéo un chef ADF prêche aux Moudjahidines les piliers de leur combat pour échapper à l’enfer :

- Croire à Allah et au prophète ;
- Dédier sa vie et ses biens au jihad ;
- Le paradis est la récompense à ce sacrifice.



Figure 1 : Image des ADF/MTM diffusée dans leur site ISCAP.

Les victimes des attaques des *Allied Democratic Forces Madina al tanheed wal muwahedenn* (ADF/MTM) que nous avons interrogé à Goma au mois d’août 2022 nous ont partagé leur expérience : « *Les maisons brûlées, les gens tués devant eux, les corps qu’ils ont eu à enterrer, leurs déplacements*

*dans la forêt, leur enrôlement forcé, les viols et les pillages, les mutilations des personnes, les femmes enceintes éventrées ».*⁶

Le groupe armé terroriste Forces démocratiques alliées (ADF) a intensifié ses attaques contre les civils dans les provinces de l'Est de la République démocratique du Congo (RDC) à partir de l'année 2014. Ces attaques, qui ont fait plusieurs morts et de blessés, pourraient constituer des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, compte tenu de la nature généralisée et systématique des attaques menées contre la population civile.

En réponse aux attaques répétées contre la population civile dans le territoire de Beni et en Ituri, les Forces armées de la République démocratique du Congo (FARDC), l'armée Ougandaise (UPDF) et la Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République démocratique du Congo (MONUSCO) ont planifié conjointement une série d'offensives contre les Forces démocratiques alliées (ADF). Ces opérations, ont pour but d'interrompre les activités de ce groupe armé⁷.

L'objet de cet article consiste à évaluer sans cesse le mode opératoire des ADF/MTM contre les Forces armées de la République démocratique du Congo à l'Est du pays.

Les développements qui suivent essayent de répondre aux questions suivantes :

- Pourquoi les ADF/MTM ont-ils été qualifiés de terroristes ?
- Quels sont les obstacles qui empêchent les FARDC à restaurer l'autorité de l'État sur cette partie du territoire national ?
- La qualification des ADF/MTM comme des terroristes serait justifié par la nature des actes qu'ils posent et par l'identité qu'ils affichent dans leur revendication (meurtres, kidnappings, incendies volontaires et destructions méchantes des biens, des attaques contre les civils non

⁶ Lors de nos entretiens avec les victimes des atrocités des ADF-MTN au Nord-Kivu en Août 2022.

⁷ NATIONS UNIES, « Les FARDC et la MONUSCO lancent des opérations conjointes contre les ADF », en ligne : <<https://peacekeeping.un.org/fr/les-fardc-et-la-monusco-lancent-des-operations-conjointes-contre-les-adf>> (consulté le 06 novembre 2022 à 7h34').

combattants, prise d'otage et autres violations corporelles qu'ils font appliquer dans leur maquis, outre la charia).

- Les obstacles qui empêcheraient les FARDC à restaurer l'autorité de l'État sur cette partie du territoire national seraient notamment le comportement terroriste des rebelles, le manque des infrastructures militaires, l'insuffisance du budget réservé à l'armée.

I. ADF/MTM ET LA GUERRE ASYMETRIQUE : QUALIFICATION DU TERRORISME

Au terme de ce premier point, il sied de rafraichir la mémoire du lecteur en faisant un bref aperçu du mouvement ADF/MTM qui se caractérise par l'asymétrie (A), ensuite nous allons succinctement analyser les différentes exactions commises par les ADF /MTM sur le sol congolais (B), et afin le point (C) s'articulera sur les modes de financement et réseau de recrutement des ADF/MTM.

A. Mouvement ADF/MTM

Les ADF (*Allied Democratic Forces*) sont issues d'un conflit inter-musulman, au cours duquel Jamil Mukulu et d'autres dirigeants de la secte des Tabligh ou Tabliq⁸ ont été arrêtés à Kampala au début des années 1990. À leur libération, en 1993, ils ont fondé, à l'ouest de l'Ouganda, une milice qui a reçu le soutien du Soudan, qui ripostait ainsi à l'appui ougandais à la guérilla indépendantiste du Sud-Soudan⁹.

Dès 1995, ils ont franchi la frontière et se sont installés sur le sol zaïrois (RDC), plus précisément dans le territoire de Beni au nord de la province du Nord-Kivu. Ils se sont alliés à un autre groupe ougandais arrivé dans la région

⁸ Le mouvement *Tabliq*, est un courant « *islamique* » sunnite réactionnaire, s'apparentant à une secte, issu de l'Inde et du Pakistan des années 1920. Ce courant atteindra l'Ouganda dans les années 50, mais ne prendra pas d'ampleur avant les années 80. Notamment dû au fait qu'en 1979, après la chute du dirigeant ougandais *Idi Amin Dada*, l'Arabie Saoudite offrait une aide financière au mouvement *Tabliq*. Lire aussi Mathieu Vendrely, « En RDC, qui est la rébellion ADF qui sévit dans la région de Beni ? » TV5 Monde, 26 novembre 2019, <https://information.tv5monde.com/afrique/en-rdc-qui-est-la-rebellion-adf-qui-sevit-dans-la-region-de-beni-334045> (consulté le 13 Décembre 2022 à 20h26').

⁹ Georges BERGHEZAN, *Dossier élections RDC – Fardc entre inaction et complicité: le cas des ADF* en ligne sur <https://grip.org/dossier-elections-rdc-fardc-entre-inaction-et-complicite-le-cas-des-adf/> (consulté le 06 Novembre 2022 à 7h59').

quelques années plus tôt, l'Armée nationale de libération de l'Ouganda (NALU), composé surtout de membres de la communauté Konjo, elle-même proche des Nande, majoritaires dans cette partie du Nord-Kivu. Les ADF-NALU ont donc facilement pu s'intégrer dans cette zone au pied des monts Ruwenzori et ont tissé des liens étroits basés notamment sur le trafic transfrontalier de bois et de minerais avec des responsables locaux, dont les membres de la communauté congolaise au Nord-Kivu¹⁰.

Quant aux ADF-NALU, elles consolident durant cette période leur implantation au Congo, en particulier dans le nord et l'est du territoire de Beni, et ne tentent plus la moindre incursion en Ouganda. Vers 2007-2008, cédant à la pression militaire et à des concessions politiques de Kampala, la NALU renonce à la lutte armée et la plupart de ses membres retournent en Ouganda. On pense alors que les ADF vont bientôt devenir un groupe marginal parmi les multiples acteurs armés actifs au Kivu. Cependant, vers la fin 2012, elles entament une campagne de recrutement et, dès l'année suivante, une recrudescence de leurs activités est constatée¹¹.

Dans une vidéo de propagande postée sur les réseaux sociaux en juillet 2019, l'actuel commandant ADF (*Allied Democratic Forces*) au nom de Baluku a été filmé en train de prêter allégeance à l'État Islamique. Un an après, en septembre 2020, dans une autre vidéo, il proclamait la fin de l'ADF et l'établissement d'une Province d'Afrique Centrale de l'État Islamique (ISCAP – *Islamic State – Central African Province*) dont le quartier général se trouve à MEDINA d'où le nom *Allied Democratic Forces Madina al tanheed wal muwahedenn (ADF/MTM)* traduit en français (les moudjahidine de la cité sainte de Madina), une rébellion ougandaise installée au pied du Mont Ruwenzori depuis environ 20 ans mais qui venait de multiplier des actes terroristes au Nord-Kivu en 2014 marquées par les enlèvements et les massacres de la population locale¹² avec des armes blanches et le kidnapping.

¹⁰ *Idem*

¹¹ *Idem*

¹² Pascal MUMBERE MISUGHO et Al, *La prédation des ressources naturelles du grand Nord-Kivu(1996-2016)*, Edition scribe, 2017, p.116.

B. EXACTIONS COMMISES PAR LES ADF /MTM SUR LE SOL CONGOLAIS

Nous allons dans les lignes qui suivent énumérer d'une manière laconique certaines exactions commises par les ADF/MTM sur le sol congolais et étayer pourquoi ce mouvement est-il qualifié de terroriste.

Les attaques contre les personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités dans le territoire de Beni et dans la province de l'Ituri ont été menées de manière systématique, avec une grande brutalité.¹³ Cela fait déjà plusieurs années que les ADF/MTM infligent à la population du Nord-Kivu et de l'Ituri des souffrances atroces marquées principalement par des exactions en violations des prescrits du Droit international public complété par le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme qui interdisent le terrorisme et protègent les civils pendant les conflits armés.

Les actes terroristes sont définis par le Règlement n° 08/05-UEAC-057-CM-13 portant adoption de la convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale comme tout acte ou menace en violation des lois pénales de l'État partie susceptible de mettre en danger la vie, l'intégrité physique, les libertés d'une personne ou d'un groupe de personnes, qui occasionne ou peut occasionner des dommages aux biens privés ou publics, aux ressources naturelles, à l'environnement ou au patrimoine culturel, et commis dans l'intention ;

- (i) D'intimider, provoquer une situation de terreur, forcer, exercer des pressions ou amener tout gouvernement, organisme, institution, population ou groupe de celle-ci, à engager toute initiative ou à s'en abstenir, à adopter, à renoncer à une position particulière ou à agir selon certains principes ;
- (ii) De perturber le fonctionnement normal des services publics, la prestation de services essentiels aux populations ou de créer une situation de crise au sein des populations ;
- (iii) De créer une insurrection générale dans un État Partie.

¹³ Philippe TUNAMSIFU SHIRAMBERE et Christian MPABWA, « Guérilla et/ou terrorisme comme modus operandi des présumés *Allied Democratic Forces* (ADF) à Beni (RD Congo) », *AFD-ULPGL*, 2021, p.1-36.

Toute promotion, financement, contribution, ordre, aide, incitation, encouragement, tentative, menace, conspiration, organisation ou équipement de toute personne avec l'intention de commettre tout acte mentionné au paragraphe a (i) à (iii)¹⁴.

Le terroriste islamique est une réalité indéniable à l'Est de la RDC. Les ADF/MTM qui massacrent les populations dans Beni et Ituri sont des terroristes islamistes ayant fait allégeance avec *al-Sunnah* du Mozambique à l'État islamique.¹⁵ Leur mode opératoire répond essentiellement et totalement du terrorisme international. Les corps ligotés et décapités, des femmes enceintes éventrées, des filles soumises à l'esclavage sexuel, des villages entiers incendiés, des personnes en errance, des nourrissons fracassés contre les arbres, etc.

Les ADF/MTM s'illustrent par des exactions contre des populations civiles dans les provinces de Nord-Kivu et de l'Ituri. C'est une véritable boucherie humaine où ces *Allied Democratic Forces Madina al tanheed wal muwahedenn* (ADF/MTM) charcutent la population civile qui ne participe pas aux hostilités en violation des règles du droit international humanitaire¹⁶.

Les terroristes retranchés dans les forêts du Kivu et de l'Ituri se livrent, impunément, aux pillages des biens de la population civile, aux viols, à l'esclavage sexuel des jeunes filles et femmes congolaises, au recrutement forcé d'enfants, aux tueries massives et systématiques de la population civile, etc. Les exécutions sommaires et les atteintes à l'intégrité corporelle ont été essentiellement perpétrées à l'aide de machettes, de haches, de marteaux, de couteaux, de grosses pierres et de gourdins. Ce groupe terroriste commet des actes de sabotage, des enlèvements.

¹⁴ Article 1.2 du Règlement n° 08/05-UEAC-057-CM-13 portant adoption de la Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique Centrale, en ligne : <<http://droit-afrique.com/upload/doc/cemac/CEMAC-Règlement-2005-08-lutte-terrorisme.pdf>> (consulté le 01 novembre 2022 à 11h 18').

¹⁵ Nicaise KIBEL'BEL OKA, *L'État islamique en Afrique centrale : de l'ADF/MTM en RDC à Al Sunnah au Mozambique*, Paris, Éditions scribe, 2022, p.2,

¹⁶ RADIO-OKAPI, « Nord Kivu : Les FARDC entament les opérations militaires contre les ADF/NALU », en ligne sur <http://www.radiookapi.net/actualite/2014/01/17/nord-kivu-les-fardc-entament-les-operations-militaires-contre-les-adfnalu> (consulté le 12/10/2022 à 13h56').

Plusieurs civils ont été ligotés, mutilés ou égorgés, d'autres ont été brûlés vifs dans leur habitation. Certains civils¹⁷ ont été tués par balles alors qu'ils tentaient de fuir¹⁸.

Dans la nuit du 25 décembre 2021, les ADF/MTM ont revendiqué la responsabilité de l'attaque avec un engin explosif à Beni devant le début de boisson *In Box* causant 9 morts et 18 blessés. 14 personnes ont été tuées lundi 24 janvier 2022 à Luna Samboko, territoire d'Irumu en Ituri par les terroristes ADF/MTM. Ces miliciens ont également incendié des maisons et emporté des biens de la population¹⁹. Les ADF/MTM ont massacrés 16 personnes dont un militaire, ils ont incendié 5 véhicules de la marque actros et des maisons des paisibles populations lors de l'incursion dans la nuit de dimanche 29 à lundi 30 mai 2022 à Bulongo, une commune rurale du secteur de Ruwenzori en territoire de Beni, plus précisément sur la route Beni-Kasindi. Cela aux côtés de 3 personnes portées disparues, 5 autres blessées, des maisons de commerce pillées, parmi lesquelles des officines pharmaceutiques..²⁰

C. Modes de financement et réseau de recrutement des ADF

Comme dans toute activité criminelle, les islamistes ADF/MTM ont développé un business rentable qui leur permet de survivre et de tisser des relations avec le monde extérieur, tout en le contrôlant. D'abord avec le réseau local des petits commerces qu'ils financent : petites pharmacies.²¹Certaines pharmacies servent de couverture pour les munitions de guerre. Les munitions à la dimension des ampoules médicales sont emballées dans des cartons depuis

¹⁷RADIO-OKAPI, « Nord Kivu : Les FARDC entament les opérations militaires contre les ADF/NALU », en ligne sur <http://www.radiookapi.net/actualite/2014/01/17/nord-kivu-les-fardc-entament-les-operations-militaires-contre-les-adfnalu> (consulté le 12/10/2022 à 13h56').

¹⁸Rapport du Bureau conjoint des Nations Unies aux droits de l'homme sur les violations du droit international humanitaire commises par des combattants des Forces alliées démocratiques (ADF) dans le territoire de Beni, province du Nord-Kivu, entre le 1er octobre et le 31 décembre 2014

¹⁹ Radio Okapi, *Bilan de l'état de siège, 8 mois après son instauration en Ituri et au Nord-Kivu* en ligne <https://www.radiookapi.net/2022/01/26/emissions/dialogue-entre-congolais/bilan-de-letat-de-siege-8-mois-apres-son-instauration> (consulté le 16 décembre 2022 à 20h53').

²⁰ Mediacongo.net, Provinces État de siège : 59 civils tués en un mois par les CODECO et les ADF à Beni et Djugu en ligne sur https://www.mediacongo.net/article-actualite-105599_etat_de_siege_59_civils_tues_en_un_mois_par_les_codeco_et_les_adf_a_beni_et_d_jugu.html (consulté le 14 Novembre 2022 à 11h20').

²¹ Notre interview à Goma avec le journaliste d'investigation Nicaise Kibel'Bel Oka qui a couvert le procès contre les ADF/MTM à la Cour Militaire Opérationnelle à Beni en 2016.

l'Ouganda entreposées dans des pharmacies en attendant que les motards viennent les récupérer pour la forêt au compte des ADF-MTM. Sur ces cartons, les estampillés au nom de certains produits pharmaceutiques servent à tromper la vigilance des services de renseignement.

Lors du procès devant la Cour Militaire Opérationnelle du Nord-Kivu contre le terroriste ADF/MTM, monsieur Musubao Mafungola Hubert, propriétaire des établissements Alpha, a comparu sous le RPO180/2017 sur dénonciation de l'ADF Amani Shabani alias Okapi. Selon ce dernier, monsieur Hubert Musubao travaillerait avec l'argent des ADF/MTM. Il leur était recommandé de s'approvisionner chez ce dernier dans la ville de Beni et Butembo. Les terroristes Bwanandeke Safari Winny Ismaël, Bonge La Chuma et Shabani Amadi alias Okapi témoignent lors du procès devant la Cour Militaire Opérationnelle du Nord-Kivu contre le terroriste ADF/MTM que c'est Shabani Amadi qui recrute son frère aîné Bisimwa Shabani Moussa Alfred, officiellement pour gérer ses biens à Beni. Celui-ci déménage de Bukavu où il est installé avec toute sa famille pour Beni. Pour devenir un jour terroriste. Il travaille avec Shabani Okapi²² dans la cellule de recrutement, de ravitaillement des islamistes ADF en provision et de réception des « colis » pour la brousse.

Le terroriste Bisimwa Shabani relève à l'audience du 25 janvier 2017 devant la Cour Militaire Opérationnelle du Nord-Kivu que le peloton dont il faisait partie, chargé d'attaquer le village Sulugwe, était positionné sur la route Mbau-Kamango en attente des différents biens de ravitaillement en provenance de la ville de Béni²³.

Les terroristes ADF/MTM s'autofinance aussi par le bradage de monnaie (cambistes et ou chargeurs de monnaie), boutiques, de la quincaillerie, des taxis motos, voitures taxis, friperie, vente des poissons, vente des boissons. En suite l'exploitation des produits agricoles industriels comme le Cacao, le Café, les bois scié par des sous-traitants grâce à la fraude douanière et à la contrebande aggravées par la porosité des frontières et la criminalité

²² Le terroriste Amani Shabani alias Okapi arrêté à Niania en Ituri travaillait avec Banza Majaribu dans le ravitaillement des terroristes islamiques ADF/MTN en provision s'était confié au journaliste d'investigation Nicaise Kibel'bel Oka que nous avons interrogé à Goma en août 2022.

²³ N. KIBEL'BEL OKA, préc., note 10, p.100.

transfrontalière. Ils ont des courtiers qui vendent lesdits produits et qui, en retour, achètent à l'étranger ce dont ils ont besoin. Ils ont un regard sur le marché des produits pétroliers stratégiques qui est détenu par des ressortissants somaliens et kenyans (transport et vente de carburant).

Les trafics frontaliers contribuent énormément au financement des ADF. Il s'était développé dans cette région un véritable business du sang qualifié précédemment de théorie des abeilles par laquelle les ADF étaient des civils en ville et dans les villages, tandis qu'ils étaient rebelles en brousse ou dans les champs. Ils eurent le temps de se familiariser dans la zone en y imposant leur loi. Alors qu'une partie de la population était sous contrôle clandestin des ADF avec qui elle cohabitait, les mêmes ADF tuaient dans d'autres coins. C'était une guerre hybride²⁴.

Des documents saisis pendant l'opération Sukola1, en avril 2014 par les Forces armées de la République Démocratique du Congo attestent qu'une femme ougandaise du nom d'Aisha Namutebi, naturalisée britannique et vivant à Londres, avait envoyé des fonds à une autre femme résidant à Goma, qui devait, à son tour, faciliter le transfert pour les ADF à Medina via *western union* à Beni. Un rapport des experts de l'ONU reprend : « d'autres virements faits à des bénéficiaires se trouvant à Goma, Butembo, Beni et Bunia, sans toutefois pouvoir confirmer si ceux-ci étaient avérés ou présumés des ADF »²⁵.

Les grands centres commerciaux comme Butembo, Bunia, Lubirihha et Beni approvisionnent les ADF en produits manufacturés. Bien plus, ils servaient pour l'écoulement des ressources naturelles de valeur comme l'or et le bois exploités sur l'espace occupés par ces rebelles²⁶.

Les raps ou le phénomène « coupeurs de route » constituent aussi une source de financement des ADF. Des véhicules de commerçants ont toujours été victimes de pillages sur divers axes routiers des territoires de Beni et Lubero. Pour en prendre quelques exemples, citons une embuscade qui avait été menée au matin du 17 février 2018 contre un véhicule de l'ICCN non loin

²⁴ Jean- François GAYDAUD, *Théorie des hybrides, Terrorisme et crime organisé*, Paris, CNRS, 2017, p.300.

²⁵ CONSEIL DE SECURITE DE L'ONU, *Rapport final du Groupe d'experts de l'ONU sur la République Démocratique du Congo*, New York, le 12 janvier 2015.

²⁶ JARIBU MULIYAVIO, *Gouvernance sécuritaire antagonique et violence des forces démocratiques alliées dans la région de Ruwenzori : Enjeux et stratégies des acteurs*, Thèse de Doctorat inédit, FSSAP, Kisangani, UNIKIS, 2021, p.16.

d'Eringeti. L'on dénombra six morts et six blessés dont un grave parmi les agents de la réserve de la Faune à Okapi (RFO). On peut signaler aussi l'attaque du 25 février 2018, d'un véhicule de la société TMK à Mukoko, localité située à 4km d'Oicha sur la RN4. Ces attaques contre les engins de grandes sociétés visant vraisemblablement la recherche de devises en transfert qui pourraient y être transportées²⁷. Le rapport S/2022/479 des experts des Nations-Unies publié le 14 juin 2022 fait état des sommes d'argent envoyés par des djihadistes depuis la Grande Bretagne et réceptionnées à Beni par des personnes bien connues au sein de la population²⁸. Les ADF/MTM recrutent ses combattants dans plusieurs pays d'Afrique dont l'Afrique du Sud, le Zimbabwe, la Tanzanie, le Burundi, le Rwanda.

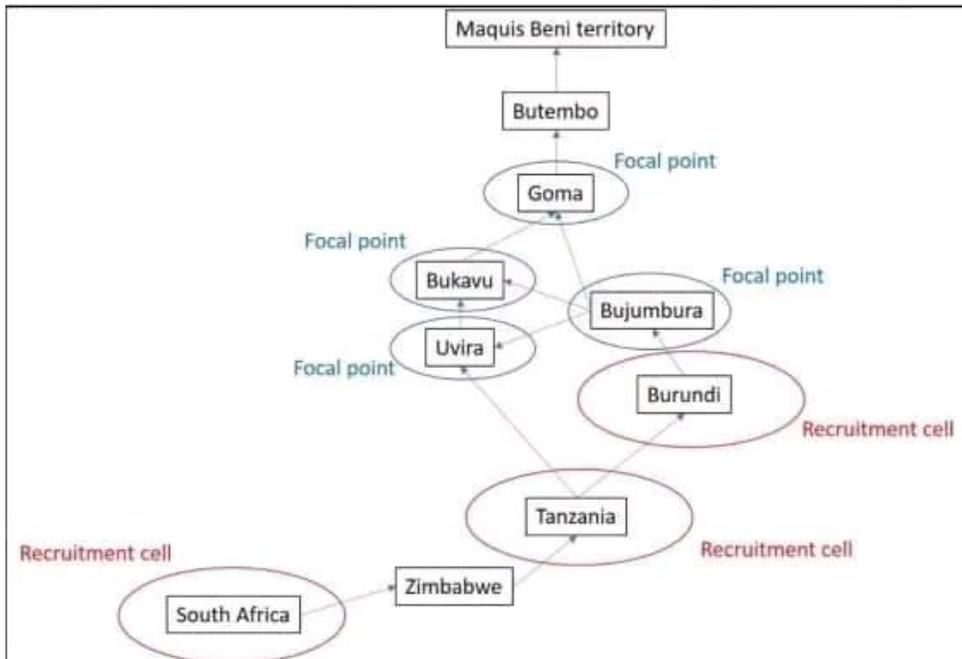
Le procès contre les terroristes des ADF devant la Cour Militaire Opérationnelle du Nord-Kivu avait permis de dénicher avec exactitude les identités et les origines des éléments qui composent le mouvement ADF. La Cour avait entendu des ressortissants des différentes nationalités, notamment des Ougandais, des Congolais, des Tanzaniens, des Kenyans, des Burundais, des Rwandais, des Somaliens et un Tchadien²⁹.

Le schéma ci-dessous retrace les chemins que mènent les recrues des ADF/MTM pour atteindre le foyer d'endoctrinement qui est Madina dans la province du Nord-Kivu à l'Est de la République démocratique du Congo. Les recrues qui quittent l'Afrique du Sud, le Zimbabwe, la Tanzanie atterrissent au Burundi passent par Uvira et Bukavu rejoignent Goma par Bateau via le Lac-Kivu et prennent le Bus pour atterrir dans le territoire de Beni précisément au maquis de Medina où les jeunes combattants sont endoctrinés ...Les recrues sont emmenés dans le maquis par ruse (promesses d'emplois dans les mines et bourses en Asie).

²⁷ Idem, p. 16.

²⁸ Lire le journal Les Coulisses n° 312 du 30 juillet au 15 août 2022, Enfin les experts de l'ONU reconnaissent formellement l'allégeance de l'ADF/MTM et Al Sunnah à Daech.

²⁹ Notre entretien avec le Professeur Jaribu en août 2022 à Goma.



II. FARDC ET OBSTACLES A L'EXECUTION DE LA MISSION DE LA PAIX ET DE LA SECURITE

Plusieurs facteurs expliquent la contre-performance des FARDC à l'exécution de la mission de la paix et de la sécurité. Dans les lignes qui suivent nous allons énumérer les missions des FARDC (A), en suite il sera question de broser les obstacles à l'exécution de sa mission face aux ADF/MTM (B).

A. Mission des FARDC

Les missions des FARDC sont clairement définies par la constitution de la République Démocratique du Congo et la loi organique n°11/012 portant organisation et fonctionnement des Forces armées. L'article 187 alinéa 2 de la constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 telle que modifiée en 2011 définit globalement les missions des FARDC en ces termes : « elles ont pour mission de défendre l'intégrité du territoire national et les frontières. Dans les conditions fixées par la loi, elles participent en temps de paix au développement En temps de guerre ou à l'occasion de la proclamation de l'état de siège, de l'état d'urgence ou lors de la réquisition des Forces Armées, celles-ci assurent la protection des personnes et de leurs bien ainsi que des intérêts fondamentaux du pays sur le territoire national et en

dehors de celui-ci.³⁰ Les forces Armées participent également aux opérations de secours en cas de catastrophes et calamité naturelles, conformément à la loi. Elles effectuent des missions humanitaires, de maintien de la paix et la résolution des conflits dans le cadre des Nations-Unies, de l'Union africaine et des Accords bilatéraux et multilatéraux liant la République Démocratique du Congo.³¹

B. Obstacles à l'exécution de sa mission face aux ADF/MTM

Pour assurer la protection de la population civile pendant les conflits armés les Forces armées de la République Démocratique du Congo font face à plusieurs obstacles notamment la guerre non conventionnelle lui imposée par les terroristes ADF/MTM. Si la guerre symétrique est un conflit dans lequel « les antagonistes utilisent les mêmes voies (stratégique, opérative et tactique) et le même type de moyens (organisation, structures, équipement) pour atteindre des objectifs de nature assez semblables », la guerre asymétrique est alors une guerre inégalitaire, caractérisée par la rupture de l'une quelconque de ces équivalences théoriques concernant les dimensions fondamentales de la stratégie : la manière, les moyens ou la finalité. Elle consiste, « à s'organiser ou à agir différemment de l'adversaire afin de maximiser ses propres avantages, d'exploiter les faiblesses de l'autre, de prendre l'initiative, ou de gagner une plus large liberté d'action »³².

Dans ce type de guerre, les parties sont de force inégales, et le principe de l'égalité des armes ne s'applique pas. Poursuivant des objectifs disparates, les belligérants mettent des moyens et des méthodes dissemblables au service de leurs tactiques et stratégies.³³ Dans un conflit asymétrique, l'un des belligérants se place délibérément dans un domaine différent de celui où son adversaire possède une supériorité manifeste et met l'accent sur la disparité totale de nature des moyens et des modes d'action. Mettant en valeur des

³⁰ Article 187 alinéa 2 de la constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 telle que modifiée en 2011

³¹ Article 55 la loi organique n°11/012 portant organisation et fonctionnement des Forces armées de la République Démocratique du Congo promulgué en 2011.

³² Steven METZ, « La guerre asymétrique et l'avenir de l'Occident », *Politique étrangère*, printemps 2003, p. 27.

³³ Tony PFANNER « Les guerres asymétriques vues sous l'angle du droit humanitaire et de l'action humanitaire » en ligne sur <https://www.icrc.org> consulté le 12 Décembre 2022 à 12h34'

facteurs de supériorité d'autant plus forts qu'ils sont matériellement, psychologiquement et moralement éloignés de ceux de son adversaire, il cherche à transformer la domination opérationnelle de celui-ci en impuissance ou en vulnérabilités³⁴.

À ce sujet, David Petraeus et le lieutenant-colonel John Nagl³⁵ écrivent : « à l'évidence, la guerre asymétrique diffère de la guerre conventionnelle », car l'ennemi insurgé ne livre aucune bataille rangée et trouve sa protection au sein de la population plutôt que sous l'épaisseur du blindage ou dans la loi de nombre. Suivant la formule de Mao, l'insurgé « est dans le peuple comme le poisson dans l'eau ». Le débusquer et le vaincre est impossible à moins de s'assurer du soutien de la population.

Les terroristes ADF agissent par des actions planifiées, calculées et systématiques. Ils surgissent dans l'ombre pour lancer des opérations ou attaquent contre les FARDC et les populations civiles. Ils ont comme objectif de faire peur par la terreur et la ruse. Lié au rapt ou au *kidnapping*, les ADF/MTM procèdent parfois par l'enlèvement des personnes. L'enlèvement est l'action qui consiste à s'emparer de quelqu'un ou à le détenir contre sa volonté, généralement par force, souvent dans l'intention d'échanger la victime contre une rançon ou d'en obtenir tout autre avantage (notamment d'ordre sexuel ou de servitude). Lorsque le but de l'enlèvement est politique ou qu'il a eu lieu lors du théâtre d'opération militaire, on parle de prise d'otage³⁶. Dans ce cas, l'otage est la personne arrêtée ou livrée comme garantie d'exécution d'un gage ou d'une garantie.

Pour comprendre ce qu'est la prise d'otage, nous nous sommes entretenus avec une victime d'une prise d'otage des ADF à Goma encadrée par l'ONG Congo Unis, qui relate ce qu'il a vécu comme qui suit :

34 Luc du PERRON DE REVEL, « Gagner la bataille. Conduire à la paix : Les forces terrestres dans les conflits aujourd'hui et demain. Une synthèse du manuel FT- 01 », *Doctrine* n° 13, Paris, Centre de doctrine d'emploi des forces, 2007, p. 8.

35 David Petraeus et le lieutenant colonel John Nagl cité par N. KIBEL' BEL OKA, préc., note 10, p.62.

36 Roger DUFOUR-GOMPERS, « Dictionnaire de la violence et du crime », Toulouse, Eres, 1992. p.19, dans JARIBU MULIYAVIO, *Gouvernance sécuritaire antagonique et violence des forces démocratiques alliées dans la région de Ruwenzori : Enjeux et stratégies des acteurs*, Thèse de Doctorat inédit, FSSAP, Kisangani, UNIKIS, 2021, p.12.

« J'étais sur la route vers Mbau, je devais aller au champ avec mon mari mais mon

Époux ne se sentait pas bien et je me suis décidée d'aller seule. Un terroriste ADF m'a attaquée sur la route. Il a dit des choses en swahili ... Il m'a emmenée dans un endroit de la forêt où il y avait quatre autres terroristes ADF. Ils m'ont violentée. C'était le 12 septembre 2015 et ils m'ont gardé près d'une semaine dans la forêt et chacun d'entre eux me violait chaque jour. Je mangeais les choses qu'ils volaient de temps en temps la pâte à farine volée et parfois de la viande. J'ai découvert qu'ils avaient là-bas une autre femme avant moi et que je dormais là où elle dormait. Plus tard, ils prendraient une autre femme après moi. Je portais toujours les mêmes vêtements. Si j'essayais de parler, ils me battaient. C'était tous les mêmes, des hommes horribles. Finalement, ils m'ont juste renvoyé quand ils ont été fatigués de moi. Les FARDC étaient absentes sur le lieu et tout au long de la zone. »

Il est question que les FARDC changent d'approche pour mieux lutter contre les terroristes ADF qui mène une guerre asymétrique en déphasage des règles de la guerre comme le veut les conventions de Genève et leur protocoles additionnels. Les ADF évoluent dans un environnement complexe, étiré notamment entre les facteurs ethniques et le fait religieux, ces menaces asymétriques sont transnationales et mouvantes. Une guerre asymétrique, dans laquelle les ADF utilisent la guérilla comme technique de combat, nécessite des tactiques adéquates de la part des FARDC. Le gouvernement devait éviter d'être en contradiction avec la population locale, pour avoir la maîtrise du mode opératoire des ADF. Aussi leur système de renseignements doit-il être le leitmotiv d'une coopération solide entre l'armée et la population civile à défaut de quoi la guerre risque d'être perdue.

Depuis leur défaite devant les troupes conduites à l'époque par le Général Jean Lucien Bahuma Ambaba, les ADF avaient imposé le combat nocturne. Les attaques dirigées aussi bien contre les FARDC et la population civile s'effectuaient à la tombée de la nuit. Les FARDC n'avaient aucune unité, moins encore du matériel approprié, adapté aux combats de nuit. Par ailleurs, le Gouvernement et les FARDC semblent n'avoir pas réussi à infiltrer le système de communication et de renseignement des ADF. Le fait que ces derniers attaquent régulièrement la ville de Beni et de Butembo et certaines

localités de l'Ituri précisément à Komanda et Mambasa, où sont installés le Quartier Général des opérations pour repartir le plus souvent sans laisser ni captifs ni morts démontre la faiblesse du système de renseignement militaire des FARDC. En plus, l'armée ne savait pas confirmer avec exactitude d'où provenait, qui ou par où entraient ces assaillants pour attaquer et massacrer les civils.

Notre armée, formée sur les méthodes de la guerre classique, peine à muer et à s'adapter aux techniques de la contre-insurrection. Elle éprouve, de ce fait, des difficultés dans l'accomplissement de la tâche qui lui est dévolue. Il y va sans dire que la première étape, pour notre armée, serait d'apprendre la contre-insurrection ou la contre rébellion. Cela passe par le développement d'une doctrine et de son apprentissage, adapté à des organisations nouvelles, à des nouvelles formes de violences et aux nouveaux acteurs de violences, des moyens adaptés et éventuellement des règles nouvelles (clandestinité par exemple). Car, le militaire, par définition, visible et prévisible, fait face à un adversaire qui ne respecte aucune règle, le surveille et décèle toutes ses actions.

L'armée congolaise s'est montrée plus entreprenante et aguerrie face à la rébellion du M23 en 2013 simplement parce que cette rébellion a commis l'erreur de mener une guerre de type classique contre les FARDC. Il est certain que si le M23 avait opté pour une guerre asymétrique, il n'aurait pas été vaincu en 2013 si rapidement³⁷. Le manque des moyens financiers et des équipements militaires constituent aussi un obstacle pour les FARDC afin d'exécuter sa mission.

III. INTERDICTION DE GUERRE ASYMETRIQUE

Dans les lignes qui suivent il sera question d'examiner comment la guerre asymétrique est prohibée dans l'ordre juridique international qu'interne. Le point (A) analysera succinctement la mise hors la loi de la guerre asymétrique par le droit international et le point (B) abondera sur la législation nationale.

³⁷ Notre entretien avec Nicaise Oka à Goma en août 2022.

A. Droit international

Les guerres asymétriques ne correspondent ni au concept de guerre de Clausewitz ni au concept traditionnel figurant dans le droit international humanitaire. Le droit international établit une distinction fondamentale entre les raisons de livrer une guerre et la conduite de la guerre elle-même. Aujourd'hui, cette distinction demeure un facteur déterminant, sans lequel il n'existerait aucune chance d'obtenir le respect du droit international humanitaire³⁸.

Pour Pietro Verri, le terme terroriste englobe « un ensemble d'actes et de comportement comprenant ce qui est certainement illégal pour tout le monde et ce qui est considéré comme légal par certains et illégal par d'autres ». ³⁹ Le terrorisme a toujours existé. Toutefois, sa nature a évolué. Son ampleur s'est considérablement accrue⁴⁰. Le terrorisme est une pratique très ancienne visant à répandre un sentiment de terreur par des actes et comportements illicites au sein de la population civile. Il a été utilisé pour la première fois au XVIII^e siècle lors de la révolution française.⁴¹ Dénué d'une définition universelle, le terrorisme constitue une menace latente et permanente à l'échelle mondiale. L'augmentation du nombre d'attaques terroristes depuis le 11 septembre 2001 fait du terrorisme international un défi majeur à la sécurité mondiale⁴². Dans le terrorisme, il y a l'idée de terreur. Le monde aujourd'hui dit non à la terreur, quelle que soit la cause légitime au service de laquelle elle se met.⁴³ On peut affirmer que, de même que l'usage de la force par les Etats a été mis hors la loi par la Charte de l'ONU, de même la société internationale a aujourd'hui décidé de mettre le terrorisme hors la loi.⁴⁴ En plus d'interdire expressément tous les

³⁸ François BUGNION, « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 84, No. 847, septembre 2002, p. 523-546.

³⁹ Pietro VERRI, *Dictionnaire du droit international des conflits armés*, Traduit de l'italien par Inès Mottier et adapté par Antoine A. BOUVIER, *Dizionario di diritto internazionale dei conflitti armati*, Genève, CICR, 1998, p. 59.

⁴⁰ OTETE OKOMBA, *Le droit international et l'organisation des Nations Unies à l'épreuve des évolutions contemporaines : un impératif d'adaptation*, 1^{ère} édition, Kinshasa, EDUPC, 2013, p.62.

⁴¹ UNESCO, *Les médias face au terrorisme : Manuel pour les journalistes*, Paris, UNESCO, 2017, p. 21.

⁴² OTETE OKOMBA, préc., note 4, p.62.

⁴³ Karine Bannelier et Al., *Op.cit.*, p .6

⁴⁴ Idem,

actes visant à répandre la terreur parmi la population civile ⁴⁵le droit humanitaire proscrit les actes suivants, qui peuvent être considérés comme des actes de terrorisme :

- Les attaques contre les civils et les biens de caractère civil ;⁴⁶
- Les attaques sans discrimination ;⁴⁷
- Les attaques contre les lieux de culte ;⁴⁸
- Les attaques contre les ouvrages et installations contenant des forces dangereuses ;⁴⁹
- La prise d'otages ;⁵⁰
- Le meurtre de personnes ne participant pas ou ne participant plus aux hostilités .⁵¹

La résolution 49/60 du 9 décembre 1994 adoptée par l'Assemblée générale où il est affirmé que "les États membres de l'Organisation des Nations Unies réaffirment solennellement leur condamnation catégorique, comme criminels et injustifiables, de tous les actes, méthodes et pratiques terroristes, où qu'ils se produisent et quels qu'en soient les auteurs notamment ceux qui compromettent les relations amicales entre les Etats et les peuples et menacent l'intégrité territoriale et la sécurité des États"⁵².

L'article 5 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997, entrée en vigueur le 23 mai 2001, qui est tout à fait explicite : "Chaque État partie adopte les mesures qui peuvent être nécessaires, y compris, s'il y a lieu; une législation interne, pour assurer que les actes criminels relevant de la présente Convention, en particulier ceux qui sont conçus ou calculés pour provoquer la terreur dans la population, un groupe de personnes ou chez des individus ne puissent en aucune circonstance être justifiés par des considérations de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou d'autres motifs analogues, et qu'ils soient passibles de peines à la mesure de leur gravité".

⁴⁵ Art. 51, §2, Protocole I et art. 13, § 2, protocole II.

⁴⁶ Art.51, para.2 et 52, Protocole I et art.13, Protocole II

⁴⁷ Art. 51, para 4, Protocole I

⁴⁸ Art 53, Protocole I et art.16, Protocole II

⁴⁹ Art.56, Protocole I et art.15, Protocole II

⁵⁰ Art.75, Protocole I ; art.3 commun aux quatre conventions et art. 4, para, 2b, Protocole II

⁵¹ Art.75, Protocole I ; art. 4 §. 2a, Protocole II

⁵² Résolution 49/60 du 9 décembre 1994 cité par Karine BANNELIER et Al., Op.cit., p .6

Dans la résolution 1377 (2001) du 12 novembre 2001, le Conseil de sécurité "déclare que les actes de terrorisme international constituent l'une des menaces les plus graves à la paix et à la sécurité internationales au XXI^e siècle"⁵³.

La résolution 1373 (2001) du 28 septembre 2001 apparaît en effet comme une assertion de pouvoir sans précédent du Conseil de sécurité : elle pose en effet des règles générales de lutte contre le terrorisme international, qui s'imposent en vertu de l'article 25 de la Charte à tous les États membres de l'ONU, et qui l'emportent en vertu de l'article 103 de cette même Charte sur toutes les règles conventionnelles bilatérales ou multilatérales relatives au terrorisme qui pourraient être en contradiction avec elles⁵⁴.

B. Législation nationale congolaise

Point n'est besoin de démontrer que le terrorisme constitue une menace à la paix et à la sécurité dans le monde et précisément en République Démocratique du Congo. Afin d'apporter sa contribution aux efforts manifestés par les Etats pour lutter contre le terrorisme, la République Démocratique du Congo a adopté la loi n°04/016 du 19 juillet 2004 portant lutte contre le blanchiment des capitaux et financement du terrorisme.

Pour le législateur congolais, le terme « terrorisme » désigne les actes en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, à savoir :

- a. les atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité physique de la personne, l'enlèvement et la séquestration de la personne ainsi que le détournement d'aéronefs, de navires ou de tout autre moyen de transport ;
- b. les vols, extorsions, destructions, dégradations et détériorations ;
- c. la fabrication, la détention, le stockage, l'acquisition et la cession des machines, engins meurtriers, explosifs ou autres armes biologiques, toxiques ou de guerre ;
- d. tout autre acte de même nature et but consistant en l'introduction dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol ou dans les eaux de la République,

⁵³ Préambule de la résolution 1377 (2001) du 12 novembre 2001

⁵⁴ Karine Bannelier et Al., Op.cit., p .6

d'une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel.⁵⁵

IV. INTERDICTION DE FINANCEMENT DU TERRORISME

Il ne fait aucun doute que le financement du terrorisme est interdit tant en droit international qu'en droit national. Nous aborderons cette thématique dans les lignes qui suivent.

A. Droit international

La convention internationale pour la répression du financement du terrorisme énumère des mesures efficaces destinées à prévenir le financement du terrorisme ainsi qu'à le réprimer en punissant les auteurs.⁵⁶ Cette convention stipule en son article 2 : « commet une infraction au sens de la présente convention toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement et délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre :

- a) Un acte qui constitue une infraction au regard et selon la définition de l'un des traités énumérés en annexe ;
- b) Tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir un acte quelconque.⁵⁷

La Résolution de la 23^{ème} Assemblée régionale Afrique de l'Assemblée parlementaire de la Francophonie (APF) sur le terrorisme en Afrique condamne fermement tout financement du terrorisme et appelle aussi bien les gouvernements que les parlements africains à prendre les mesures et à adopter

⁵⁵ Article 3 Alinéa 8 de *Loi n° 04/016 du 19 juillet 2004 portant lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme en République Démocratique du Congo*, en ligne : <[http://www.droit-afrique.com/upload /doc/rdc/RDC-Loi-2004-16-lutte-blanchiment.pdf](http://www.droit-afrique.com/upload/doc/rdc/RDC-Loi-2004-16-lutte-blanchiment.pdf)> (consulté le 24/10/2022).

⁵⁶ Préambule de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme conclue à New-York le 9 décembre 1999.

⁵⁷ Article 2 de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme conclue à New-York le 9 décembre 1999

des législations requises afin d'empêcher ces financements et de sanctionner leurs auteurs.⁵⁸

B. Législation nationale congolaise

Le législateur congolais (RDC) s'intéresse beaucoup plus à la question du blanchiment et des financements du terrorisme. L'article 41 de la loi n°4/016 du 19 juillet portant lutte contre le blanchiment des capitaux et financement du terrorisme stipule : « est punie d'une servitude pénale de cinq à dix ans et d'une amende en francs congolais équivalente à 50.000 dollars américains, toute personne physique auteur, co-auteur ou complice de l'infraction de financement du terrorisme »⁵⁹.

CONCLUSION ET PERSPECTIVES

Le phénomène terroriste est une réalité vivante en République Démocratique du Congo et s'expérimente dans tout l'Est du pays : son épice centre se trouve dans le territoire de Beni.

Les actions des terroristes islamiques ADF/MTM obéissent aux éléments constitutifs sur le terrorisme comme le prescrit la législation congolaise. Ces terroristes attaquent sans discrimination la population civile et les biens de caractère civil ou les objectifs civils, égorgent des êtres humains et sèment la terreur au sein de la population à l'Est de la RDC. Si la guerre symétrique ou conventionnelle est un conflit dans lequel « les antagonistes utilisent les mêmes voies (stratégique, opérative et tactique) et le même type de moyens (organisation, structures, équipement) pour atteindre des objectifs de nature assez semblables », la guerre asymétrique est alors une guerre inégalitaire, caractérisée par la rupture de l'une quelconque de ces équivalences théoriques concernant les dimensions fondamentales de la stratégie : la manière, les moyens ou la finalité.

⁵⁸ « Résolution de la 23^{ème} Assemblée régionale Afrique de l'APF sur le terrorisme en Afrique », en ligne : <<https://infokiosques.net/IMG/pdf/Terrorisme-A5-12p-couleur-cahier.pdf>> (consulté le 01 Novembre 2022 à 10h55').

⁵⁹ Article 41 de la loi n°4/016 du 19 juillet portant lutte contre le blanchiment des capitaux et financement du terrorisme en République Démocratique du Congo, 2004.

Les terroristes ADF agissent par des actions planifiées, calculées et systématiques. Ils surgissent dans l'ombre pour lancer des opérations ou attaques contre les FARDC et les populations civiles. Ils ont comme objectif de faire peur par la terreur et la ruse. Depuis novembre 2021, l'armée congolaise (FARDC) et l'armée ougandaise (UPDF) mènent des opérations militaires conjointes contre les Forces Démocratiques Alliées (ADF) au Nord-Kivu et en Ituri mais aussi contre la multitude de groupes qui combattent à l'est de la RDC.

Pour que les FARDC puissent faire face à la guerre asymétrique lui imposée par les terroristes ADF/MTM, elles doivent se constituer des troupes spécialisées formées sur la guérilla et les autorités civiles doivent adopter une nouvelle gouvernance sécuritaire basée sur l'alerte maximum des services de renseignement.

*

* *

Le pacte comissoire OHADA : Garantie efficace pour le créancier

Mon-espoir MFINI*

RÉSUMÉ

L'incertitude ne peut s'inscrire paisiblement dans le droit du crédit. Étymologiquement, le terme « crédit » provient du latin « *credere* », qui signifiait « avoir confiance ». Ainsi, le terme « crédit » a la même origine que le terme « créancier », « croire », ou encore « crédule ». Si le droit du crédit est celui de la confiance, il est évident qu'il ne peut se satisfaire de l'incertitude. Aussi, l'une de ses dimensions les plus importantes est-elle celle qui va restreindre cette incertitude, en améliorant les chances du créancier d'être payé, en réduisant le risque d'impayé : c'est l'objet du droit des sûretés. Sans sûreté, il n'y a pas de crédit, sans crédit, il n'y a pas de développement économique. Le crédit apparaît donc de plus en plus comme un facteur du développement économique et de l'amélioration du climat des affaires. Outre les nouveaux modes de financement, les entrepreneurs n'ayant pas suffisamment de fonds ont recours au crédit pour financer leurs affaires en absence de fonds disponibles. Dans le but de protéger les prêteurs, généralement connus sous le vocable de créanciers, le droit du crédit a élaboré un ensemble de sûretés et garanties pour leur protéger contre le risque d'insolvabilité du débiteur. Les sûretés sont synonymes de « sécurité ».

Mots-clés : sûretés – crédit – garanties – pacte comissoire – procédures collectives.

Abstract

Uncertainty cannot fit peacefully into credit law. Etymologically, the term "credit" comes from the Latin "credere", which meant "to trust". Thus, the term "credit" has the same origin as the term "creditor", "believe", or even "credulous". If credit law is one of trust, it is obvious that it cannot be satisfied with uncertainty. Also, one of its most important dimensions is that which will limit this uncertainty, by

* Spécialiste du droit du crédit, Mon-espoir MFINI est juriste en droit des affaires, Chercheur à l'École de droit de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, auteur de plusieurs travaux intéressants tant le droit OHADA que le droit français - auteur de 3 ouvrages juridiques. Il est au demeurant juriste en droits africains, notamment en droit OHADA et en droits fonciers.

INTRODUCTION

Le droit des sûretés est une discipline de droit privé qui a pour objectif l'étude des mécanismes juridiques qui permettent au créancier de faire confiance au débiteur parce qu'ils l'assurent qu'il sera payé à l'échéance¹. De façon simpliste, la sûreté est un mécanisme qui confère au créancier une garantie contre le risque d'insolvabilité de son débiteur. Les sûretés ajoutent aux créanciers une facette miroitante, la sécurité². Elles sont pour cela essentielles : s'inscrivant dans le temps³, elles renforcent et encouragent le crédit, rouage essentiel de nos économies modernes. Les sûretés apparaissent comme l'assise nécessaire à tout développement économique. Elles sont définies comme le mécanisme qui confère au créancier une garantie contre le risque d'insolvabilité de son débiteur. La sûreté repose donc essentiellement sur le crédit. Ce dernier comporte un risque qui est celui de ne pas être payé à l'échéance car le débiteur peut être de mauvaise foi ou se retrouver dans l'incapacité de payer⁴. Une opération de crédit est une opération qui procure ou vise à procurer immédiatement à une personne un bien ou une valeur en lui faisant supporter la charge de manière différée.

Afin que notre propos soit bien entendu dans cette étude, il convient dès à présent de préciser le sens que nous donnerons à certaines notions fondamentales. Le créancier est la personne à qui le débiteur doit quelque chose⁵, c'est le sujet actif de l'obligation titulaire d'une créance⁶. La créance est la relation qui lie le créancier au débiteur. Dans le but de sécuriser celle-ci, le créancier conclut des sûretés ou des garanties pour se protéger contre le risque d'insolvabilité du débiteur. On distingue principalement les sûretés personnelles des sûretés réelles. Les premières portent sur la personne. En effet, une personne se substitue au débiteur pour payer sa dette en lieu et place de celui-ci. Il exercera par la suite une action récursoire pour se faire payer par

¹ Laurent AYNES, Augustin AYNES et Pierre CROCQ, *Droit des sûretés*, 15^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2021, n°1, p.13.

² Michel et Cyril CABRILLAC, Charles MOULY, Philippe PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, n° 1.

³ Michel GRIMALDI, Philippe DUPICHOT, *Durée et sûretés*, RDC 2004. 95.

⁴ Adolphe MINKOA SHE, *Droit des sûretés et garanties du crédit dans l'espace OHADA*, Tome 1, « Les garanties personnelles », Paris, Editions Dianoïa, 2010.

⁵ En ce sens, Mon-espoir MFINI, *Droit français - Droit OHADA : sûretés et garanties du crédit*, 1^{er} éd. L'Harmattan, 2023.

⁶ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2011. p.281.

le débiteur. Tel est le cas du cautionnement. En d'autres termes, les sûretés personnelles répondent à deux critères : d'une part, elles consistent dans l'adjonction d'une créance au profit du créancier ; d'autre part, elles supposent que le garant peut toujours se retourner contre le débiteur s'il a payé à sa place. Les deuxièmes portent sur un bien. En effet, le débiteur apporte un bien en garantie du paiement de sa créance. C'est généralement le cas de l'hypothèque. Autrement dit, la sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier⁷. Les sûretés réelles reposent donc sur une même technique : l'affectation d'un ou de plusieurs biens en garantie d'une dette, par la reconnaissance d'un droit réel au créancier.

Si toute sûreté est une garantie, toute garantie n'est pas une sûreté. La sûreté s'ajoute au rapport d'obligation. Elle se caractérise par sa finalité qui est l'amélioration de la situation du créancier par l'augmentation de ses chances de paiement sans toutefois l'enrichir. Son effet est de satisfaire le créancier, que la dette soit payée par la personne tenue pour d'autres ou que le bien soit vendu au profit du créancier. Sa technique est celle de l'accessoire⁸ dont l'intensité peut néanmoins varier. En conclusion, la sûreté est l'affectation au bénéfice du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine par l'adjonction d'un droit d'action accessoire au droit de créance⁹. Par contre, la garantie, notion plus large que celle de sûreté, résulte d'une situation déterminée ou d'un ensemble de rapports établis au préalable. En d'autres termes, les garanties sont tous les avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution¹⁰. A la différence de celle de sûreté, la notion de garantie a donc un caractère fonctionnel. Beaucoup d'institutions ont ainsi une fonction de garantie sans pour autant constituer des sûretés. Certaines d'entre elles peuvent constituer de véritables substituts aux sûretés modèles. Tel est le cas de la délégation, de la solidarité, de la promesse de porte-fort. Les garanties les plus nombreuses ne peuvent cependant remplacer totalement les sûretés traditionnelles : soit elles n'offrent pas la même sécurité,

⁷ C. civ., art. 2323.

⁸ Frédéric ROUVIERE, *Le caractère subsidiaire du cautionnement*, RTD com. 2011, p. 689.

⁹ Pierre CROCQ, *Propriété et garantie*, Th. Paris II, LGDJ, 1995, n°264.

¹⁰ *Ibidem*.

soit elles ne peuvent jouer que dans des cas bien déterminés. L'ensemble de garanties est donc assez hétéroclite.

En garantie de sa créance, le créancier peut demander l'attribution judiciaire¹¹ de la chose gagée ou si les conditions exigées par l'Acte uniforme sont remplies, devenir le propriétaire de cette chose par le jeu du pacte comissoire¹².

L'enfer est pavé de bonnes intentions » nous enseigne un dicton populaire. Il est permis de se demander si ce dicton ne connaît pas une nouvelle illustration s'agissant du pacte comissoire. En légiférant sur le pacte comissoire, avatar du pacte avec le diable, en l'autorisant en principe, pour céder aux sirènes de la modernisation, les auteurs de l'Acte Uniforme sur les Sûretés (AUS en sigle) ont-ils vraiment atteint l'objectif qu'ils visaient, introduire souplesse et efficacité dans la réalisation des sûretés ? A cette question, un auteur¹³ affirme que l'introduction du pacte comissoire dans le nouveau droit OHADA des sûretés, a constitué à l'évidence l'une des innovations majeures du nouvel Acte uniforme sur les sûretés.

Le pacte comissoire est la clause qui attache à l'inexécution de l'obligation garantie, l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien engagé sans avoir à le demander en justice¹⁴. Encore appelé attribution conventionnelle, il est une innovation de l'Acte uniforme sur les sûretés de 2010. Il est étendu à toutes les sûretés réelles classiques. Son introduction dans l'Acte uniforme sur les sûretés traduit la volonté du législateur de protéger les titulaires des sûretés contre l'impayé¹⁵. Cette nouvelle construction contractuelle, accessoire du mode de sûreté, a en effet pour finalité, le transfert direct de la propriété du meuble ou de l'immeuble au créancier, et ce pour le

¹¹ Faculté offerte au créancier titulaire d'une sûreté réelle préférentielle de demander en justice que le débiteur constituant lui assigne concrètement le bien ou la portion de biens qui lui revient de droit, suite à une inexécution de l'obligation de payer la créance due.

¹² Article 104 et 105 AUS.

¹³ Alain FENEON, Le pacte comissoire : Une innovation importante du nouvel Acte uniforme sur les Sûretés, *PENANT* n° 877 – Octobre / Décembre 2011, page 429.

¹⁴ Gérard CORNU, préc., note 4, p.721.

¹⁵ Aguibou COULIBALY, *Sûretés réelles et procédures collectives OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2021, p.14.

paiement de sa créance ; tout comme une dation en paiement, il permet au débiteur de voir s'éteindre à la fois, sa dette et la sûreté qui la garantit.

Pour être effectif, le pacte commissoire doit être prévue par les parties antérieurement à la réalisation du bien grevé. Ce sont les parties qui se mettent d'accord pour conclure un pacte commissoire. En ce sens, il prend le nom d'attribution conventionnelle, car il naît et se crée par la volonté unique des parties. Il est différent de l'attribution judiciaire qui est prévue par le juge.

Le pacte commissoire se confond à quelques exceptions près à la fiducie. En effet, cette dernière est une technique générale d'affectation d'un bien à l'occasion de son transfert¹⁶. La fiducie s'applique sur trois domaines principaux, à savoir les libéralités, la gestion et les sûretés. La fiducie sûreté qui nous intéresse ici suppose le « *transfert d'un bien affecté à la garantie d'une créance, jusqu'au paiement complet de la créance du débiteur* ¹⁷ ». Dans ce cas, le fiduciaire et le bénéficiaire se confondent. En réalité, si le débiteur paye sa dette, le bien fait retour dans son patrimoine. S'il ne le fait pas, le bien devient la propriété du créancier. Cependant, la différence entre le pacte commissoire et la fiducie-sûreté tient le premier ne peut plus être invoqué en matière de procédure collective du débiteur, tandis que le second garde sa pleine efficacité.

Le mot efficacité désigne littéralement le caractère de ce qui est efficace¹⁸. C'est encore la capacité à produire le maximum de résultats avec le minimum d'efforts. Ces sens sont forts louables, mais ne rendent pas suffisamment compte des résultats de notre recherche. L'efficacité¹⁹ en droit est l'aptitude d'une règle à procurer le résultat en vertu duquel elle a été conçue²⁰.

¹⁶ William DROSS, *Droit des biens*, 5^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2021, p.103, n° 110.

¹⁷ *Idem*, p.104.

¹⁸ En ce sens, M-espoir MFINI, « L'efficience des procédures collective en droit OHADA : Mythe ou réalité ? », *Lexbase Afrique-OHADA*, n° 62, 2023.

¹⁹ A ne pas confondre avec l'effectivité qui désigne l'aptitude d'une règle à s'appliquer réellement, à être réalisé dans les pratiques sociales.

²⁰ Pierre-Etienne KENFACK, « l'effectivité des dispositions des lois contraires au Droit : réflexion à partir des lois foncières et de travail du Cameroun », dans *L'effectivité du droit. De l'aptitude du droit à la satisfaction de l'intérêt particulier. Mélanges en l'honneur du Professeur François Anoukaha*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 87.

Au regard de ces développements, une interrogation majeure survient : le pacte comissoire est-il une garantie efficace du créancier ?

L'intérêt pratique de la question est assez tenu. Il se cristallise sur les enjeux que comportent cette garantie en droit OHADA. Notamment la protection du créancier et l'amélioration du climat des affaires.

Pour tirer des éléments de réponse de cette interrogation, il nous a semblé important de tirer des enseignements de l'application du pacte comissoire dans l'espace OHADA. Dans cette perspective, le choix s'est porté sur les actes uniformes sur les sûretés et procédures collectives d'apurement du passif d'une part, d'autre part, sur les travaux doctrinaires parce que majoritaires en la matière.

Les résultats de cette analyse nous permettent de tirer comme enseignement que le pacte comissoire est une garantie efficace pour le créancier (I) mais présente quelques exceptions au regard de certains éléments que nous précisons dans les pages qui suivent (II).

I- L'EFFICACITÉ DU PACTE COMISSOIRE POUR LE CRÉANCIER

L'efficacité du pacte comissoire réside dans sa constitution (A) et dans l'acquisition d'un droit réel par le créancier (B).

A-La constitution du pacte comissoire

Le pacte comissoire est constitué uniquement pour certaines sûretés auxquelles on ajoute des conditions de réalisation. Nous précisons d'abord les sûretés concernées avant de déterminer les conditions requises. Mais avant, nous estimons qu'il est opportun de redire un mot sur ce qu'est le pacte comissoire au regard de la doctrine.

Le Professeur Gérard Cornu définit le pacte comissoire comme « la convention (...) par laquelle le créancier se fait consentir le droit de s'approprier de lui-même (sans avoir à le demander au juge) la chose mise en gage, faute de paiement à l'échéance ». ²¹
Cette définition introduit un élément qui mérite de retenir l'attention :

²¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^{ème} édition, Paris, Association H. Capitant, PUF, 2005, 8e éd., 2007.

l'attribution du bien sans en référer à un juge. Il s'agit à l'évidence, d'une spécificité du pacte comissoire par rapport aux autres modes d'extinction d'une créance, lorsque le débiteur ne s'exécute pas volontairement.

Il apparaît ainsi que le pacte comissoire constitue une situation contractuelle, par laquelle les parties règlent les modalités de réalisation de la sûreté consentie en garantie de l'exécution d'une obligation principale contractuelle, et ce sans le recours au juge. Ce n'est donc pas une sûreté en tant que telle, mais l'accessoire conventionnel d'une sûreté.

1) Les sûretés concernées

S'agissant de son champ d'action, le pacte comissoire est introduit pour toutes les sûretés réelles. Il s'agit principalement du nantissement, du gage, du privilège et de l'hypothèque.

Le nantissement est l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables²². A peine de nullité, le nantissement de créance doit être constaté dans un écrit contenant la désignation des créances garanties et des créances nanties ou, si elles sont futures, les éléments de nature à permettre leur individualisation, tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et leur échéance²³. Le nantissement de créance est une sûreté dont le régime est délicat à déterminer. L'assiette de la garantie est une créance dont est titulaire le constituant envers un tiers. Il s'agit donc d'une opération à trois personnes. Le droit conféré au créancier est un droit contre une personne, le débiteur de la créance nantie. L'opération modifie ainsi les droits entre le créancier initial et son débiteur. Elle fait naître une nouvelle relation entre le créancier nanti et le débiteur. Pour ces raisons, à juste titre, les rédacteurs de l'ordonnance de 2006 ayant modifié le droit français des sûretés ont dissocié ce régime de celui applicable à un gage portant sur un bien corporel²⁴.

²² Art.125 AUS.

²³ Art. 127 AUS.

²⁴ Jean STOUFFLET, Le nantissement de biens incorporels, *JCP* 2006, n° spécial, 5 ; Arnaud RAYNOUARD, Les gages de titres et de nantissements de créance après l'ordonnance du 23 mars 2006, *RJC* 2006, p. 196.

Le gage²⁵ est une sûreté réelle conventionnelle portant sur un meuble corporel. Dans ce contexte, elle est une convention conclue entre le propriétaire d'un meuble corporel, le constituant et un créancier parfaite par l'établissement d'un écrit dont l'objet est de conférer à ce créancier le droit de se faire payer par préférence aux autres créanciers sur le bien affecté en garantie.

Le privilège est un droit de préférence accordé par la loi à certaines créances sur le prix de tous les biens ou de certains biens du débiteur.

L'hypothèque, « Il n'y en a qu'une ». C'est ainsi que les Professeurs Simler et Delebecque entament le titre consacré aux sûretés réelles immobilières dans leur ouvrage²⁶ afin de marquer la précellence de l'hypothèque en la matière. Ces éminents auteurs considèrent en effet que « tout compte fait, les sûretés réelles immobilières se réduisent à une seule garantie : l'hypothèque »²⁷. La réforme intervenue en 2010 ne dément pas cette considération, tant il est vrai que l'Acte uniforme portant organisation des sûretés institue une seule catégorie de sûreté immobilière à savoir l'hypothèque. Elle est définie à l'article 190 comme « *l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou de plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables* ». C'est une sûreté immobilière qui porte sur un immeuble ou généralement sur un droit immobilier et qui confère à son titulaire un droit de suite et un droit de préférence. Elle n'emporte pas la dépossession immédiate du propriétaire contrairement à l'antichrèse qui est une autre sûreté réelle immobilière emportant dépossession du débiteur.

2) Les conditions de réalisation

La constitution du pacte comissoire est soumise à des conditions de fond et de forme pour sa validité. S'agissant du fonds, le pacte comissoire doit être conclu au moment de la constitution de la sûreté réelle pour ce qui concerne l'hypothèque et le nantissement. Il est conclu postérieurement pour ce qui est du gage. Pour que le pacte comissoire soit efficace, le créancier

²⁵ Art. 92 et s. AUS.

²⁶ Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 7ème éd., Dalloz, 2016, n° 373.

²⁷ *Ibidem*. Par Jean-Denis. PELLIER, in Réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 15 septembre 2021 : les sûretés réelles immobilières, *Lexbase hebdo édition affaires* n°691 du 7 octobre 2021.

doit vérifier que le débiteur est véritablement propriétaire du bien qu'il engage, notant que L'hypothèque constituée sur la chose d'autrui est nulle sauf si le tiers est détenteur d'un mandat donné par acte notarié lorsque cette forme est exigée pour la constitution de l'hypothèque²⁸. Le pacte comissoire est avant tout un contrat, il est nécessaire de la conclure au moment de la constitution de la garantie. Par ailleurs, le constituant doit être une personne morale ou une personne physique immatriculé au RCCM²⁹ et l'immeuble ne doit pas être habité par lui ou par les membres de sa famille. S'agissant des conditions de formes, le pacte comissoire doit porter sur un bien³⁰ meuble³¹ ou immeuble³².

²⁸ Voir en ce sens : Cour d'Appel de Bobo-Dioulasso, Chambre civile et commerciale, arrêt n°81 du 05 mai 2003, BIB C/ O. K. et O. D., www.ohada.com, *ohadata* J- 04-193.

²⁹ Art. 199 AUS.

³⁰ Certains auteurs définissent le bien par rapport à son utilité. Ainsi, un bien est une « entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité »³⁰. Allant dans le même sens, d'autres auteurs pensent que les bien sont : « toutes choses qui, pouvant procurer à l'homme une certaine utilité, sont susceptibles d'une appropriation privée ». Trois critères de définition des biens : utilité, appropriable et circulation juridique. La notion de bien a évolué car aujourd'hui, elle revêt la dimension économique. En ce sens, P. BERLIOZ écrit que le bien peut se définir comme « une valeur économique située dans une prérogative juridique quelconque, et consacrée comme telle par le droit objectif ». C'est le droit ou le pouvoir qu'on a sur une chose qui lui confère son utilité. Ici, les auteurs comparent les biens aux droits qui portent sur les choses et ceux-ci sont plus importants que les choses sur lesquelles ils portent.

³¹ Les meubles sont des choses mobiles qui peuvent bouger par elles-mêmes ou par l'action de l'homme. Ainsi distingue-t-on les meubles par nature, les meubles par détermination de la loi et les meubles par anticipation. Les meubles par nature sont des corps qui peuvent se transporter d'un endroit à un autre par eux-mêmes ou par une force étrangère. On retrouve dans cette catégorie les meubles meublants c'est-à-dire ceux servant à l'ornement des maisons et les meubles immatriculés tels les bateaux, les navires et les avions. Les meubles par détermination de la loi sont des obligations et actions ayant pour objet des sommes exigibles ou des effets immobiliers ; les actions ou intérêt dans les compagnies de finance de commerce ou d'industrie ; les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers. Les meubles par anticipation sont des choses actuellement immobilières, qui sont fictivement traités comme mobilières par anticipation, les particuliers les ayant envisagés dans leur existence future. C'est le cas des récoltes sur pied et des arbres vendus pour être abattus.

³² Les immeubles sont des choses fixes ne pouvant pas bouger. Les immeubles sont classés en trois catégories, à savoir les immeubles par nature, les immeubles par destination et les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. Les immeubles par nature sont le sol (les fonds de terre) et tout ce qui adhère au sol (plantations, bâtiments). Le sol comporte donc les éléments de dessus et les éléments de dessous. Les immeubles par destination sont des choses mobilières considérées fictivement comme des immeubles en raison du lien qui les unit à un immeuble par nature dont ils constituent l'accessoire. Les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent sont des droits réels immobiliers (usufruit, servitudes, actions tendant à revendiquer un immeuble) autre que la propriété.

Le bien doit être présent et disponible. Lorsqu'il s'agit d'un immeuble, il ne doit pas porter sur la résidence du débiteur.

Le bien objet de la convention doit être évaluée par un expert. Il n'est pas recommandé aux parties de le faire elles-mêmes quelques soient leurs connaissances en la matière³³. L'article 200 de l'Acte uniforme sur les sûretés précise que : « [...] l'immeuble doit être estimé par expert désigné amiablement ou judiciairement. Si sa valeur excède le montant de la créance garantie, le créancier doit au constituant une somme égale à la différence. S'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne. Toute clause contraire est réputée non écrite. » Allant dans le même sens, l'Acte uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'intérêt Economique, en son article 59 affirme que : « [...] dans tous les cas où est prévue la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, à défaut d'accord amiable entre les parties, par expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par décision de la juridiction compétente statuant à bref délai. »

Le bien est en principe évalué au moment de la constitution de la sûreté. Exceptionnellement pour le gage, le bien est évalué au moment du transfert de propriété. Avec les différentes évolutions, il est préférable pour toutes les sûretés que le bien soit évalué au moment du transfert de propriété car en ce moment, on connaîtra la valeur exacte du bien.

Le pacte comissoire doit faire l'objet d'une publicité pour être opposable aux tiers. En réalité, celui qui est titulaire d'un bien n'a pas à le revendiquer lorsque le contrat portant sur le bien a fait l'objet de publicité. A peine de nullité, il doit être rédigé par devant notaire pour garder toute son efficacité. A ce titre, l'article 8 de l'ordonnance camerounaise n° 74-1 du 6 juillet 1974 fixant le régime foncier au Cameroun dispose que « les actes constitutifs, translatifs ou extinctifs de droits réels immobiliers doivent, à peine

³³ Meva ABOMO, « L'efficacité du Pacte comissoire en droit des sûretés OHADA », (2020) 5 : 7 *International Multilingual Journal of Science and Technology (IMJST)*, p. 1318.

de nullité, être établis en la forme notariée ». Bien plus, le pacte commissaire prend toute sa forme lorsque la créance est certaine³⁴, liquide³⁵ et exigible³⁶.

B- L'acquisition d'un droit réel par le créancier

Le droit réel³⁷ est un lien immédiat et direct entre une chose et une personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise³⁸. C'est aussi une relation de puissance³⁹ entre la personne et la chose. De même, c'est « l'outil juridique permettant l'intermédiation de quiconque, de tirer profit des choses en les utilisant ou en disposant⁴⁰ ». C'est un pouvoir direct sur la chose. « Chaque fois qu'une personne a le pouvoir d'exiger d'une autre un service déterminé il y a droit de créance ; le droit réel, au contraire n'accorde des pouvoirs que sur une chose dont il permet de retirer certaines utilités ; il ne peut consister en une prestation »⁴¹.

La détermination de la nature du droit réel que le créancier acquiert lui permet de rentrer en possession du bien, objet de la convention.

Ainsi, deux choses doivent être précisées, la nature de ce droit réel et l'acquisition du bien par le créancier.

1) La nature du droit réel

Certains droits réels tirent leur existence du rattachement à un droit personnel qu'ils renforcent⁴². Par la constitution de cette convention, le créancier bénéficie d'un droit réel accessoire s'il n'est pas payé en temps et

³⁴ Lorsque son existence ne souffre d'aucune contestation dès lors qu'elle tire son essence d'une relation contractuelle non contestée par les parties.

³⁵ Dès que son quantum est déterminé dans sa quantité, en d'autres termes, chiffrée.

³⁶ Lorsque le débiteur ne peut se prévaloir d'aucun délai ou condition susceptibles d'en retarder ou d'en empêcher l'exécution

³⁷ Les droits réels se subdivisent en deux catégories : les droits réels principaux et les droits réels accessoires. Les premiers portent sur les utilités de la chose tandis que les seconds portent sur la valeur de la chose. Les droits réels principaux sont l'usufruit, les droits d'usage et d'habitation. Les droits réelles accessoires sont des sûretés réelles.

³⁸ Lionel ANDREU et Nicolas THOMASSIN, *Droit des biens*, Cours de Licence 2 et 3, Paris, Gualino, Lextenso, 2021, n°1 et 26, p.25.

³⁹ William DROSS, préc., note 10, p. 14.

⁴⁰ Cyril GRIMALDI, *Droit des biens*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2016, p.16, n°2.

⁴¹ Jean DERRUPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Th. Toulouse, 1951, p. 340, n° 295.

⁴² Jean-Louis BERGEL, Sylvie CIMAMONTI et alii, *Traité de droit civil*, 3^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2019, p.54, n°50.

heure par le débiteur. Celui-ci est l'accessoire de sa créance et c'est cela qui renforce toute son efficacité⁴³.

Le créancier a le pouvoir de se payer sur le bien grevé de la sûreté lorsque le débiteur n'a pas payé. Il a un droit sur la valeur de la chose⁴⁴. Le créancier a ainsi un droit exclusif sur l'immeuble lui permettant d'évincer les autres créanciers du débiteur sur le bien. Toutefois, il n'acquiert pas l'utilité perdue par le débiteur et ne peut se servir de ce bien comme lui.

En saisissant la chose et la faisant vendre, il mettra au jour sa valeur d'échange qu'il pourra alors accaparer puisqu'elle lui appartient⁴⁵. Ce caractère accessoire entraîne la disparition de la créance et l'extinction de l'obligation principal.

2) L'acquisition du bien par le créancier

L'acquisition d'un bien se fait de deux manières. Par voie originaire et par voie dérivée. Elle est originaire lorsque le titulaire d'un droit ne le tient pas d'un précédent auteur. Il n'y a pas appauvrissement d'un patrimoine au profit d'un autre. Elle est dérivée lorsqu'elle est le résultat d'un acte de transmission d'un précédent auteur. C'est ce dernier mode d'acquisition qui nous intéresse ici.

L'accord conclu entre les parties rend le créancier propriétaire du bien engagé si le débiteur ne paye pas sa dette. Il lui attribue en pleine propriété la chose gagée en l'absence de remboursement de sa créance sans avoir recours au juge. La conséquence directe est la sortie du bien du patrimoine du débiteur si la valeur du bien est estimée à la valeur de la dette garantie. Si tel n'est pas le cas, le bien ne sort pas totalement du patrimoine du débiteur. Le bien sera alors vendu pour que le créancier puisse recouvrer sa créance. S'il est le seul créancier, le rapport créancier-débiteur sera inverser et il devra payer une soulte au débiteur. Par contre, s'il y a d'autres créanciers, ils seront payés par rang⁴⁶.

⁴³ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Maxime JULIENNE, *Droit des biens*, 9^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2021, p.113, n° 140.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ William DROSS, préc., note 10, p.114.

⁴⁶ Aguibou COULIBALY, *Sûretés réelles et procédures collectives OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2021, p.430, n°856.

Un problème se pose notamment lorsque le débiteur a engagé un bien qui ne lui appartient pas (cas du possesseur), qu'en sera-t-il lorsque l'échéance arrivera ? va-t-il rentrer dans le patrimoine du créancier ?

En réalité, nul ne peut transmettre plus de droit qu'il en a. Le possesseur n'a qu'un droit de jouissance sur la chose, c'est-à-dire le pouvoir de se servir d'une chose et d'en tirer des utilités. En l'absence d'un véritable titre de propriété sur le bien, il ne peut rentrer dans le patrimoine du créancier. Il est recommandé de vérifier minutieusement la provenance du bien. Si c'est un immeuble, le créancier doit se rassurer qu'il n'est pas déjà grevé de sûreté.

Tout compte fait, le pacte comissoire reste une garantie efficace pour le créancier de par sa constitution et le droit réel qu'il accorde au créancier. Toutefois, cette efficacité est fragilisée par certains éléments.

II-LA FRAGILISATION DE L'EFFICACITÉ DU PACTE COMISSOIRE

La fragilisation est l'action de fragiliser. C'est le fait de rendre précaire ou de réduire la force d'une personne ou d'une chose. Cette réduction de l'efficacité du pacte comissoire est justifiée par la préférence des garanties personnelles (A) à laquelle s'ajoute les limites dans la constitution de l'acte (B).

A-La préférence des garanties personnelles aux garanties réelles

Lors de la constitution des sûretés, les parties préfèrent recourir aux garanties personnelles du fait de leur simplicité pour éviter la mauvaise foi du débiteur.

1) La simplicité des garanties personnelles

La garantie personnelle est simple et souple. Elle peut être donnée par des établissements financiers dont la solvabilité est fiable⁴⁷. Même lorsque le débiteur est en faillite, il a plusieurs chances d'être payé. Pourtant avec une garantie réelle, il attendra de longues procédures qui retardent les poursuites.

Dans la vie des affaires, les garanties personnelles conservent beaucoup plus d'importance. Cela est marqué par la pratique du droit international. De

⁴⁷ Laurent AYNES, Augustin AYNES et Pierre CROCQ, préc., note 2, p.22, n°12.

même, en l'absence de biens le débiteur consentira à une sûreté personnelle. En réalité, la plupart des entreprises ne disposent pas de biens immobiliers. Tous les débiteurs ne peuvent pas s'offrir les mêmes sûretés. Certains créanciers ne sont pas intéressés par un droit réel, ce qui les intéresse est le recouvrement de fonds et le plus rapidement possible⁴⁸. Il faut éviter les lenteurs et les frais inutiles surtout lorsque le créancier doit vendre le bien pour se faire payer. Il doit attendre les longues procédures de vente aux enchères. Cela peut le freiner lui-même dans ses activités car dans le monde des affaires, le temps c'est l'argent⁴⁹.

Aussi, la main mise sur le bien du débiteur qui est parfois supérieur à la créance garantie ne favorise plus les relations d'affaires. Celui-ci se voit parfois être en train de tout perdre. Une autre conséquence est que des employés se retrouveront au chômage ce qui aura sans doute un impact négatif sur les conditions sociales de la plupart.

2) La mauvaise foi du débiteur

La mauvaise foi est une attitude contraire à la bonne foi. C'est un manque de loyauté. Elle est toujours présumée, il appartient à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver.

La mauvaise foi du débiteur se révèle lorsqu'il engage un bien qui ne lui appartient. En matière mobilière, la règle est simple : « en fait de meuble la possession vaut titre⁵⁰ ». En réalité, celui qui détient un bien est considéré comme le propriétaire. En matière immobilière, c'est tout autre chose, il faut prouver qu'on est propriétaire par un titre de propriété⁵¹ sur la chose. Allant dans le même sens, l'article 203 de l'Acte uniforme sur les sûretés dispose : « L'hypothèque *conventionnelle ne peut être consentie que par celui qui est*

⁴⁸ *Ibidem*, p.23, n°15.

⁴⁹ *Time is money*.

⁵⁰ Art. 2279 C.Civ. Camerounais.

⁵¹ La propriété est perçue comme le droit réel le plus absolu et le plus achevé. Pour certains auteurs il est le droit réel le plus important, il converge en lui des attributs qui sont l'usus (droit d'user de la chose), le fructus (droit de jouir de la chose) et l'abusus (droit de disposer ou d'aliéner la chose). La propriété permet donc d'avoir sur une chose tous les avantages possibles. C'est en ce sens que la loi constitutionnelle camerounaise du 18 janvier 1996 modifiée et complétée par celle du 14 avril 2008 précise que : « la propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer des biens garantis à chacun par la loi. Nul ne saurait en être privé si ce n'est pour cause d'utilité publique et sous la condition d'une indemnisation dont les modalités sont fixées par la loi ».

titulaire du droit réel immobilier régulièrement inscrit et capable d'en disposer ».

Le titre de propriété le plus connu en Afrique est le titre foncier⁵², mais de nombreuses contestations s'élèvent de plus en plus à son endroit. Au regard de ses caractères inattaquable, intangible et définitif, les titres fonciers sont frappés de nullité⁵³ par les autorités. En effet, le véritable propriétaire de l'immeuble n'est pas toujours celui qui a le titre foncier, c'est plutôt celui qui a mis en valeur la terre et qui détient un droit de jouissance⁵⁴ sur celle-ci.

B- Les limites à la constitution de l'acte

L'acte constitué peut être frappé de nullité et l'ouverture d'une procédure collective l'éteint complètement.

1) La nullité de l'acte et l'ordre public

L'ordre public est un ensemble de disposition juridique qui ne peuvent être écartées par la seule volonté des parties. Il s'apparente davantage à des normes dont les parties à un contrat ne peuvent déroger par le seul fait de leur volonté ou de leur comportement parce qu'elles correspondent à des exigences fondamentales dans une société donnée⁵⁵.

Les parties ne doivent pas s'écarter de la volonté du législateur. Une clause contradictoire à la loi présente dans leur contrat est réputée non écrite. Par ailleurs, quoiqu'une liberté soit accordée en matière contractuelle, le contrat n'échappe au contrôle du juge. Celui-ci se rassure qu'il n'y a pas de clauses léonines et que l'acte n'est pas entaché d'irrégularité par des vices de consentement. C'est pourquoi en remplacement de la formule prévue à l'article

⁵² Le titre foncier est l'inscription dans le registre foncier du droit de propriété d'une personne. Il crée le droit de propriété et en est la preuve. Il n'est pas le document qu'on délivre.

⁵³ Bigna BONG, *La nullité du titre foncier en droit camerounais*, Mémoire, Université de Yaoundé II-Soa, 2020.

⁵⁴ Tatiana OMENGUE EDOA, *La perte de la jouissance des terres en droit camerounais*, Mémoire, Université de Yaoundé II-Soa, 2020.

⁵⁵ Eric Aristide MOHO FOPA, *L'ordre public en droit commercial de l'OHADA*, Thèse, Université Dschang, 2014, p.6.et s. et « fiction et effectivité du droit OHADA », dans *L'effectivité du droit, De l'aptitude du droit à la satisfaction de l'intérêt particulier. Mélanges en l'honneur du Professeur François Anoukaha*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 69-86.

1134 (1) C.Civ⁵⁶ de 1804, la doctrine⁵⁷ a préféré dire : « les conventions pourvues qu'elles soient légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

La nullité intervient en cas de violation des prescriptions législatives et en cas de vice de consentement. Il existe deux types de nullité que sont les nullités d'ordre public qui sont prévues par la loi et les nullités virtuelles que sont la falsification, la non prise en compte des oppositions, l'obtention des visas irréguliers, le défaut de publicité⁵⁸. Malgré la liberté accordée aux co-contractants, le juge a le pouvoir de veiller à la bonne exécution des contrats. Ceux-ci ne doivent pas nuire à l'ordre public. Ainsi en est-il de l'annulation des contrats qui menacent l'ordre public.

2) La survenance d'une procédure collective

La procédure collective est l'état du débiteur qui est en cessation de paiements⁵⁹, c'est-à-dire qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Elle est déclenchée par la cessation de paiement. Il y en a quatre à savoir le redressement judiciaire, la liquidation des biens, le règlement préventif et la procédure de conciliation.

Le pacte commissaire ne peut pas être opposable pendant le déroulement d'une procédure collective. En réalité, toute ouverture de cette dernière suspend tout engagement. Le créancier ne peut se prévaloir de l'exclusivité sur le patrimoine du débiteur et se soustraire à la procédure collective⁶⁰. Il devient donc impossible de réaliser tout pacte commissaire déjà conclu et il est interdit de recourir à ce mécanisme après le jugement d'ouverture. L'article 75(2) de l'Acte uniforme sur les procédures collectives interdit toute distribution n'ayant pas permis un effet attributif avant la décision d'ouverture d'une

⁵⁶ Cet article dispose que : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

⁵⁷ Laurent AYNES, « Le contrat, loi des parties », dans *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 17 (dossier : loi et contrat) - mars 2005.

⁵⁸ Bigna BONG, *La nullité du titre foncier en droit camerounais*, mémoire, Université de Yaoundé II-Soa, 2020.

⁵⁹ V. en ce sens, Mon-espoir MFINI, *OHADA : Entreprises en difficulté et Procédures collectives internationales* (A paraître) ; Françoise PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 11^e éd. LGDJ, 2022 ; Philippe PETEL, *Procédures collectives*, 10^e éd. Dalloz, 2022 ; Laetitia ANTONINI-COCHIN et Laurence CAROLINE HENRY, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^e éd. Gualino, 2022 ; Pascal NGUIHE KANTE, *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit OHADA*, L'Harmattan, 2019.

⁶⁰ Yaya DIALLO, *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives*, Paris, L'Harmattan, 2019, p. 427, n°846.

procédure collective. Cela est une restriction au droit du créancier qui devra attendre que ceux qui ont souscrit une sûreté personnelle soit payé parce qu'ils ont fait confiance au débiteur.⁶¹

Il faut protéger le débiteur, car la réalisation du pacte comissoire aura une incidence non négligeable sur le redressement judiciaire et la préservation du crédit qui sont nécessaires à la reprise économique⁶².

CONCLUSION

Le pacte comissoire est une garantie idéale, car elle assure au créancier la certitude d'être payé à l'échéance. Elle est efficace, d'une réalisation simple et évite les lenteurs.

La réalisation judiciaire des sûretés se heurtait jusqu'alors à de nombreux obstacles procéduraux que les débiteurs multipliaient à dessein, dans le seul but de retarder le paiement de leur dette. C'est ainsi que le législateur africain a fait le choix de déjuridicisation des procédures et rendu l'intervention du juge, éventuelle, la réduisant même à ne statuer que sur incidents. Ce choix se justifie par le besoin d'impulser une plus grande célérité au dénouement des relations d'affaires, en contournant la lenteur de la machine judiciaire. Tous les opérateurs économiques ne pourront que s'en féliciter, car chacun sait que toute entrave portée au recouvrement des créances est aussi une entrave portée au crédit.

Par cette disposition innovante, l'attractivité de l'OHADA se trouve très fortement renforcée. Un titre exécutoire n'est donc plus requis pour se faire attribuer un bien mobilier nanti ou gagé, dès lors que les parties en ont convenu lors de la constitution de la sûreté ou ultérieurement. Cependant, au regard de sa rigidité, le pacte comissoire constitue une menace pour le crédit. Il faudrait revoir les dispositions y relatives pour passer de son efficacité à son effectivité.

*

* *

⁶¹ Aguibou COULIBALY, *Sûretés réelles et procédures collectives OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2021.

⁶² Aziber ALGADI, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives*, Paris, L'Harmattan, 2009, p.222, n°301.

De la justice sociale distributive et le cadre socio-professionnel en droit des assurances sociales : Entre recul et avancée de l'Etat de Droit en RDC

MALUMALU Martin Gael*

RÉSUMÉ

Les questions de la sécurité sociale sont, de plus en plus, développées dans les États modernes ou dit « État de droit ». D'aucuns considèrent ces dernières comme faisant partie des noyaux durs car inhérentes à la vie de l'homme en société. D'où, il incombe aux pouvoirs publics d'en organiser en mode de service public. En ceci, il sied de noter quelques principes qui gouvernent la gestion d'un service public notamment la légalité, l'égalité des citoyens devant la loi, etc.

Aux termes de l'article 22 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme, il a été institué l'organisation de la sécurité sociale en cas des risques sociaux. En plus, la Convention n°102 sur les normes minimums de la sécurité sociale a instauré le minimum obligatoire dans les différents systèmes de sécurité sociale. Ainsi dit, les États ont le choix d'opter entre la tendance universaliste de celle professionnaliste ou carrément le deux à la fois.

De ce qui précède, en République Démocratique du Congo, l'assujettissement obligatoire au régime général de la sécurité sociale ne concerne que toutes les personnes salariées dans le secteur privé non concernés par les régimes spéciaux, c'est-à-dire que les non-salariés sont exclus de la couverture de leurs aléas sociaux qui peuvent surgir à tout moment dans le cadre de la réalisation des efforts du travail.

Il reste évident qu'une grande catégorie des congolais exerce le travail indépendant où il n'existe ni lien de subordination ni moins la rémunération, et pourtant, ces derniers n'échappent en aucun cas aux risques sociaux pouvant les accabler ni encore moins à la vieillesse, la période au cours de laquelle l'être humain s'épuise et manque d'effort pour exercer un emploi.

Le constituant congolais est ample en ce qui concerne l'égalité dans le sens où les congolais sont égaux. Ce qui renvoie à la justice distributive où s'observe la proportionnalité de traitement. En effet, l'État de Droit exige le respect des normes et le traitement égal de tous devant la loi. Or, le système de prévoyance social tel qu'institué en RDC ne profite qu'à la population travailliste, c'est-à-dire celle qui est soumise à un lien de subordination et bénéficiant d'une rémunération écartant ainsi

* Doctorant en Droit, Département de droit Économique et Social de l'Université de Lubumbashi et Avocat près la Cour d'Appel du Haut Katanga.

l'autre classe évoluant pour son propre compte. De ce fait, face à ce constat, faut-il parler de la justice distributive dans le système congolais où les pouvoirs publics à travers son service public sont appelés à offrir la couverture des incertitudes sociales rien qu'à la catégorie professionnaliste aux antipodes des règles préexistantes qui prônent l'égalité ? que faire pour opérationnaliser la couverture des risques sociaux aux non-salariés en vue de corriger cette injustice sociale ?

Mots clés : Justice distributive – cadre socio-Professionnaliste – Assurance sociale – État de Droit.

ABSTRACT :

Social security issues are increasingly developed in modern states or so-called "rule of law". Some consider the latter to be part of the hard cores because they are inherent to the life of man in society. Hence, it is the responsibility of the public authorities to organize them in public service mode. In this, it is appropriate to note some principles that govern the management of a public service, in particular legality, equality of citizens before the law, etc.

Under article 22 of the Universal Declaration of Human Rights, the organization of social security was instituted in the event of social risks. In addition, Convention No. 102 on minimum standards of social security established the compulsory minimum in the various social security systems. Thus said, the States have the choice of opting between the universalist tendency and the professionalist one or downright both at the same time. From the foregoing, in the Democratic Republic of Congo, compulsory coverage of the general social security scheme only concerns all salaried persons in the private sector not concerned by special schemes, i.e. those not - employees are excluded from coverage for their social contingencies which may arise at any time in the context of carrying out work efforts. It remains obvious that a large category of Congolese exercises self-employment where there is neither a relationship of subordination nor less remuneration, and yet the latter in no way escape the social risks that can overwhelm them, let alone the old, the period during which the human being becomes exhausted and lacks the effort to carry out a job. The Congolese constituent is ample with regard to equality in the sense that Congolese are equal. This refers to distributive justice where proportionality of treatment is observed. Indeed, the rule of law requires respect for standards and equal treatment of all before the law. However, the social security system as instituted in the DRC only benefits the working population, that is to say those who are subject to a bond of subordination and benefit from a remuneration thus excluding the other class evolving on its own account. Therefore, faced with this observation, should we speak of distributive justice

in the Congolese system where the public authorities through its public service are called upon to offer coverage of social uncertainties just to the professionalist category at the antipodes of the rules? pre-existing organizations that advocate equality? what can be done to operationalize the coverage of social risks for self-employed people in order to correct this social injustice?

Keywords: *Distributive justice – socio-Professionalist – framework – Social insurance – Rule of Law.*



SOMMAIRE

INTRODUCTION..... 1643

I. Présentation..... **Error! Bookmark not defined.**

II. Concepts clés 1644

 A. Droit Sécurité Sociale..... 1644

 B. Justice distributive 1645

 C. Etat de Droit..... 1645

III. L’organisation des assurances sociales dans la société contemporaine 1646

 A. Les assurances sociales contemporaines 1646

 B. La place des pouvoirs publics en matière d’assurances sociales. 1647

 C. Les mécanismes de financement des assurances sociales en droit congolais..... 1649

IV. Assujettissement au régime général de la sécurité sociale..... 1650

 A. Affiliation 1650

 B. Immatriculation 1650

VI. Le cadre socio-professionnel, est-ce une justice ou injustice à l’aune de l’Etat de droit..... 1652

 A. Le cadre socio-professionnel, une justice..... 1652

 B. Cadre socio-professionnel, une injustice 1652

 C. Etat de Droit dans le contexte des assurances sociales en RDC.. 1652

CONCLUSION 1653



INTRODUCTION

La notion de la juste renvoie à l'équité. La justice distributive de l'ordre social concerne la répartition entre les membres de la cité de tous les objets qui sont considérés comme des biens et qui ne sont, pour Aristote, à en croire Bernard, que des moyens au service de la réalisation du bien¹. Néanmoins, qu'en est-il de la justice sélective ?

Dans un État de Droit², les gouvernés comme les gouvernants sont tous soumis à la loi et, sans faveur aucune. La Déclaration Universelle des droits de l'homme, à son article 22 et le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, à son article 9, prônent tour à tour la mise en place de la sécurité sociale en cas de survenance des risques sociaux.

En ce qui concerne la RDC, les hommes et les femmes connaissent les risques sociaux au quotidien dont leur couverture est assurée par les pouvoirs publics via la Caisse nationale de la sécurité sociale. Cependant, la lecture de l'article 1 de la *loi n°16/010 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°015-2002 portant Code du travail* exclut certaines catégories des travailleurs d'autant plus qu'elles sont soumises à des régimes spéciaux. C'est le cas notamment des magistrats, des députés, etc. L'article 3 de la *loi n°16/009 du 15 juillet 2016 fixant les règles relatives au régime général de la sécurité* ajoute les assujettis au régime de droit commun. Il s'agit notamment de tout travailleur soumis aux dispositions du code du travail ainsi que le batelier et tout autre personnel navigant sans aucune distinction de race, de nationalité, de sexe, d'état civil, de région, d'opinion politique et d'origine lorsqu'ils exercent à titre principal, une activité professionnelle sur le territoire national pour le compte d'un ou plusieurs employeurs nonobstant la nature, la forme, la validité du contrat et le montant de la rémunération.

Il se constate que lorsqu'on n'est pas lié par un contrat de travail créant un lien de subordination et donnant lieu à la rémunération ou par un régime spécifique, l'on n'a pas droit de voir ses risques sociaux être couverts. Pourtant, le bloc de constitutionnalité garantie les libertés indélogeables à l'instar de celle prévue à l'article 12 de la Constitution prévoyant l'égalité des congolais à un traitement équitable.

¹ Bernard BILLAUDOT, « Justice distributive et justice commutative dans la société moderne », Les journées 2011 de l'association Charles Gide pour l'Etude de la Pensée économique Université de Toulouse 1, 16-17 juin 2011, p.3.

² Article 1 alinéa 2 de la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision des certains articles de la Constitution en République Démocratique du Congo, la RDC est un Etat de droit, indépendant, souverain, uni et indivisible, social, démocratique et laïc.

Si les congolais sont égaux, il n'en est pas le cas en matière de couverture des risques dits sociaux en RDC.

Si le besoin de la sécurité de l'homme a donné lieu à l'émergence de diverses pratiques et divers mécanismes destinés à lui permettre d'affronter des situations auxquelles il ne peut pas faire face de manière correctes par lui-même. La sécurité sociale n'est pas seulement le symbole qu'elle représente depuis plus d'un demi-siècle ; elle est aussi un moyen puissant de la politique sociale et économique³. A ce propos, Jean-Pierre Kalombo Bongala pense que le droit congolais de la sécurité sociale doit dépasser le cadre socio-professionnel pour embrasser celui de l'universalisme dans la perspective de couvrir toute la population active et inactive contre tous les risques sociaux. Poursuivant, il argue que cela implique évidemment, au plan technique, que l'assiette des contributions ne soit plus limitée au salaire. Conséquemment, il conviendra de créer des instruments similaires aux impôts pour couvrir certains risques sociaux⁴.

À la différence du travail de Kalombo, qui s'est limité par circonscrire la piste de solution sur la question, nous estimons que le fait de considérer la rémunération comme une base légale relève de l'injustice pure et simple au détriment de la proportionnalité sociale.

Pour parfaire ce travail, nous allons analyser les concepts clés (I), le cadre socioprofessionnel et sa portée en droit social (III) après avoir abordé la question de l'État de Droit (II) et nous finirons par les mécanismes de droit idoines en vue d'opérationnaliser l'universalisme dans la couverture des risques sociaux en droit congolais (IV).

I. CONCEPTS CLÉS

Il convient de définir le droit de la sécurité sociale(A), la justice distributive(B) et finalement l'État de droit.

A. Droit Sécurité Sociale

Contrairement au droit du travail qui régit les relations individuelles et collectives qui naissent entre l'employeur privé et le salarié, le droit de la sécurité semble lier la réparation des conséquences de divers événements qualifiés des risques sociaux comme la maladie, la maternité, l'invalidité, la vieillesse, l'accident du

³ Georges DORION et André GUIONNET, *La sécurité sociale*, 8^{ème} Ed., Paris, Presses universitaires de France, 2003.

⁴ J.P. KALOMBO BONGALA, *Introduction au droit congolais de la sécurité sociale*, Kinshasa, PUK., 2020.

travail, le chômage, etc., le droit de la sécurité sociale paraît comme une indemnisation des conséquences de ces événements.

Pris individuellement, la sécurité sociale renvoie à l'ensemble des mesures prises au profit des membres de la société dans l'ultime but d'apporter le soulagement en cas d'aléa. Ceci selon qu'on est dans le cadre d'assurance ou d'assistance.

B. Justice distributive

Paul Musafiri est d'avis que la justice est un instrument de règlement rationnelle de la vie individuelle et collective, des relations sociales ; une institution de protection et de la gestion planifiées des libertés et des droits fondamentaux des citoyens⁵. Poursuivant sa pensée appuyée par John Rawls, la justice est la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée. Ceci étant, l'objet premier de la justice est la structure de base de la société ou plus exactement, la façon dont les institutions sociales les plus importantes repartissent des avantages tirés de la coopération sociale. Il renforce tout ce qui rend chacun capable d'exprimer cette nature humaine commune.

Quant à la justice distributive, Aristote a eu à dégager la démarcation entre la justice distributive et la justice commutative (corrective). Ces deux formes de justice s'en tiennent à la justice distributive. Ce constat vaut tout particulièrement pour la théorie de la justice comme équité de John Rawls et pour la théorie de la justification en termes de cités de Luc Boltanski et Laurent Thévenot, mais aussi pour le point de vue qu'Amartya Sen développe dans l'idée de justice et pour celui que Michel Forsé et Maxime Parodi exposent dans une théorie empirique de la justice sociale⁶.

Toutes ces analyses ont deux points communs. Elles entendent rendre compte de la conception de la justice qui opère ou devrait opérer dans une société moderne ou de droit, en entendant par là un genre d'organisation sociale qui fait place au pluralisme des convictions et des croyances de ses membres concernant le bien et le mal et qui est donc constituée sur la base de la « liberté des Modernes ». En somme, la justice distributive prône en réalité un traitement proportionnel des citoyens.

C. Etat de Droit

L'Etat de droit suppose le respect des lois par tous. Ainsi donc, le principe selon lequel la loi est dure mais elle le reste ne doit pas dans un Etat moderne ou dit droit

⁵ Paul MUSAFIRI NALWANGO, *Pièges symboliques et violation des Droits Humains en Droit Positif Congolais. Contribution critique à l'élaboration du Droit praxéologique*, Lubumbashi, Ed. La Dialectique, Mediaspaul, 2014, p. 33.

⁶ John RAWLS, *Théorie de la Justice*, Paris, Ed. Du seuil, 1997, p. 29.

faire l'exception en imaginant la catégorie des intouchés dans le chef des gouvernés comme les gouvernants. Il est de bon droit d'analyser l'organisation des assurances sociales dans la société contemporaine.

II. ORGANISATION DES ASSURANCES SOCIALES DANS LA SOCIÉTÉ CONTEMPORAINE

Nous allons scruter les assurances sociales contemporaines(A) et la place qu'elles occupent(B) avant d'en donner les mécanismes de financement(C)

A. Assurances sociales contemporaines

Actuellement, le droit de la sécurité sociale est reconnu par la communauté internationale comme un droit fondamental de l'être humain⁷. C'est ainsi qu'il est inscrit dans les principaux instruments internationaux relatifs au droit de l'homme notamment dans la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 à ses articles 22 et 25⁸ et dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui consacre la reconnaissance par les Etats du droit de la sécurité sociale y compris les assurances sociales⁹. A cet effet, les Etats membres de l'Organisation internationale du travail (OIT) ont l'obligation d'appliquer dans leurs frontières nationales ce droit. A ce propos, Kalombo Bongala affirme que l'adoption par beaucoup de pays d'un système de sécurité sociale fait suite à une volonté affichée par les Etats de combattre la pauvreté et la précarité dans un contexte de destruction massive occasionnée par la dernière guerre¹⁰.

De ce fait, les droits sociaux faisant partie de la troisième génération, les Etats ne s'empêchent pas à les intégrer dans leurs instruments nationaux. A titre d'exemple, l'expansion de la sécurité sociale a été également réaffirmé par le traité instituant la conférence interafricaine de la prévoyance sociale (CIPRE) qui, dans son économie des motifs, rappelle les efforts consentis dans le contexte de renforcer l'intégration

⁷ Adoptée par la résolution 217A (III) du 10 décembre 1948 de l'Assemblée générale des Nations Unies; article 22.

⁸ Dans l'optique de la promotion du droit de la sécurité sociale, la Déclaration universelle des droits de l'homme a consacré à son article 22 le droit de la sécurité sociale à toute personne en tant que membre de la société. Aussi, l'article 25 détermine les branches devra faire ainsi l'objet de la couverture dans la société notamment la branche chômage, maladie professionnelle, l'accident professionnel, etc. dans le même élan, la convention n°102 réaffirme les mêmes branches dans le cadre de l'OIT.

⁹ Adopté par la résolution 2200A (XXI) du 16 décembre 1966 de l'Assemblée générale des Nations Unies ; article 9, dans Ursula KULKE, « Rôle des normes de l'OIT dans la mise en œuvre du droit à la sécurité sociale » (2007) 60 : 2-3 *Revue internationale de sécurité sociale*, p.2.

¹⁰ J.P. KALOMBO BONGALA, préc., note 4, p.34.

économique et sociale en mettant en application les normes d'ensemble dans le cadre de la prévoyance sociale.

Soucieux de mettre à l'abri les peuples de la RDC, le constituant de la Constitution de 2006 a accordé une place de choix à ces droits dans le sens qu'il a garanti le plein emploi et rassure la protection de la population active contre le chômage. Cependant, l'effectivité de ces droits passe par la mise en place des systèmes dits de la sécurité sociale qui ne sont pas les mêmes dans les Etats.

En tout état de cause, le droit de la sécurité sociale marche aujourd'hui sur deux considérations majeures déjà rappelées supra : la conception professionnaliste et celle universaliste. La première étant tributaire d'une activité salariée, c'est-à-dire lié à l'exercice de l'activité professionnelle et, la sécurité sociale en est la contrepartie. Dupeyroux rappelle qu'il s'agit en effet de la conception commutative de la sécurité sociale. Celle-ci se matérialise en assurant à chaque travailleur, pendant les périodes d'inaffectivité forcée, un revenu de complément en rapport avec le revenu de remplacement, la contrepartie due en échange de son apport¹¹. Tandis que la conception universaliste, considère que la société a l'obligation de mettre tout l'homme à l'abri du besoin. Ainsi dit, la sécurité sociale dans cette démarche doit assurer un minimum de base, visant l'intégration de tous les membres et celle de la collectivité nationale.

Le fondement du droit de la sécurité sociale doit être recherché dans les besoins de la personne humaine en tant que telle et dans la responsabilité de la collectivité nationale dont elle est membre¹².

B. Place des pouvoirs publics en matière d'assurances sociales

Les pouvoirs publics interviennent d'une manière d'une autre dans l'organisation de la sécurité sociale bien que cette dernière touche à la fois les employeurs et employés privés et ceux du secteur public. A ce propos, Kalombo Bongola en affirme en démontrant qu'historiquement, l'Etat a toujours eu un regard sur les institutions de la prévoyance sociale depuis l'institution des assurances sociales jusqu'à l'avènement de la sécurité sociale. Il joue ainsi non seulement un rôle de tutelle mais aussi celui de pourvoyeur de financement¹³.

Ci-avant, nous avons démontré à l'échelle mondiale l'important que l'on accorde à la sécurité sociale d'autant plus que la Déclaration universelle des droits de l'Homme et le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels

¹¹ J.P. KALOMBO BONGALA, préc., note 4, p.36.

¹² *Idem*

¹³ *Ibidem*, p.39.

insistent sur l'implication sans relâche des Etats dans l'organisation des systèmes de sécurité sociale¹⁴.

Dans le cadre de la sous-région, le traité institutifs de la Conférence interafricaine de la prévoyance sociale prône la fixation des règles communes de gestion en vue de la mise en place d'un système de la sécurité sociale rationnelle, facilitant la couverture des risques tant soi peu¹⁵. Le but poursuivi par les Etats membres rencontre ce que l'AISS qualifie de bonne gouvernance comme un objectif important pour les organisations de la sécurité sociale et un principe fondamental de l'association internationale de la sécurité sociale¹⁶.

Dans la conception interventionniste, il sied de noter que l'autonomie des caisses, fort réduite dès 1945, n'a cessé de diminuer. L'Etat a le pouvoir de correction de la gestion quotidienne des organismes, appelé « tutelle », corollaire de la responsabilité qui incombe à l'Etat dans la gestion de service public. La tutelle selon IGAS la contrepartie et le fondement de l'autonomie des organismes de sécurité sociale : sans tutelle, pas d'autonomie ; sans autonomie, pas de tutelle¹⁷.

La tutelle suppose l'indépendance de celui sur lequel elle s'exerce. De fait, l'autonomie administrative et financière des organismes de sécurité sociale, pourtant considérée par le conseil constitutionnel français comme principe fondamental de la sécurité sociale, est réduite à sa portion congrue. Cette tutelle étatique a pourtant évolué d'une tutelle hiérarchique vers un partenariat contractuel.

En droit Belge, comme l'a stigmatisé Luc Van Gossum, seule la branche accident du travail où les pouvoirs publics n'exercent pas son autorité. Ainsi dit, la gestion de cette branche est confiée aux personnes privées. Il s'agit à cet effet des sociétés commerciales d'assurance à prime fixe ou des caisses communes d'assurance (associations à statut particulier et disposant de la personnalité juridique)¹⁸.

En Droit Congolais, la gestion de la sécurité sociale intéresse amplement l'Etat dans le sens qu'il assure le financement et y exerce le pouvoir de tutelle sur l'institution créée aux fins de la sécurité sociale.

¹⁴ Lire le pacte international des droits économiques, sociaux, culturels à son article 9 et la déclaration universelle des droits de l'homme à ses articles 22-25.

¹⁵ L'économie de l'exposé des motifs du traité institutif de la conférence interafricaine de la prévoyance sociale du 22 septembre 1993.

¹⁶ L'AISS., 2011. Lignes directrices de l'AISS en matière de bonne gouvernance à l'usage des institutions de sécurité sociale : un outil d'auto-évaluation. Genève, association internationale de la sécurité sociale.

¹⁷ IGAS, Tutelle et contrôle dans le domaine social. Nouveaux objectifs, nouvelles relations, rapp. 1995/1986, p.209.

Il va sans dire que de nos jours, au-delà de la satisfaction de l'intérêt général que recherche les pouvoirs publics en apportant le soulagement à ceux qui en ont besoin, ces derniers n'épargnent non plus la possibilité de maximiser les recettes via les prestations sociales en vue de résoudre certains problèmes¹⁹.

C. Les mécanismes de financement des assurances sociales en droit congolais

Le financement du régime général est assuré par les cotisations issues du prélèvement de l'activité salariale. Ainsi, la base de calcul des cotisations (assiette des cotisations) comprend les sommes versées au salarié à l'occasion du travail en contrepartie de la rémunération²⁰.

En effet, les salariés demeurent les contribuables des risques sociaux obligatoires au regard du régime organisé dans chaque Etat. Cependant, l'employeur reste le redevable légale des prestations dues aux organismes de la sécurité sociale.

En effet, l'activité salariale demeure la source à laquelle on tire les prestations sociales. En droit congolais, le financement au régime général tire sa base de calcul à l'article 7 litera h de la loi n°16/010 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°015-2002 portant Code du travail²¹ qui définit les éléments qui composent la rémunération.

Il va sans dire qu'aux termes de l'article 28 de la norme CIPRES, les cotisations sociales sont assises éventuellement dans les limites d'un plafond déterminé par la législation nationale sur l'ensemble des rémunérations versées aux travailleurs en contre partie du travail effectué ou à l'occasion du travail notamment le salaire et gain, indemnité, prime, gratification, allocation de congé, pourboire, commission et tout autre avantage en numéraire ou en nature.

Contrairement à la cotisation, certains régimes généraux recourent à la contribution qui, du reste, est un prélèvement de nature fiscale sur l'ensemble des revenus ayant pour objet de financer le régime général de la sécurité sociale.

¹⁹ Notre soulignement.

²⁰ Dominique GRANDGUILLOT, *L'essentiel du droit de la sécurité sociale*, 16^{ème} éd., Paris, Gualino, 2017, p.27.

²¹ Article 7 de la loi n°16/010 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°015-2002 portant Code du travail. Ainsi dit, entre dans la rémunération Le salaire ou traitement, les commissions l'indemnité de vie chère, les primes, les participations au bénéfice, les sommes versées à titre de gratification ou moins complémentaires, les sommes versées pour prestations supplémentaires, la valeur en l'allocation de congé ou d'indemnité compensatoire congé, les sommes payées par l'employeur pendant l'incapacité de travail et pendant la période précédant ou suivant l'accouchement. Ne sont pas les éléments de la rémunération : Les soins de santé, l'indemnité de logement ou logement nature, l'indemnité de transport, les frais de voyage ainsi que les avantages accordés en vue de faciliter au travailleur l'accomplissement de ses fonctions.

En droit Français, il convient de mentionner que toutes les personnes physiques considérées comme fiscalement domiciliées en France sont assujetties à la contribution. La contribution est déductible au regard de l'impôt sur le revenu à hauteur de 5,1% pour les revenus d'activité, du patrimoine et du placement. 3,8% pour les revenus de remplacement et, 4,2% pour les retraites et l'invalidité²².

Il faut rappeler que la RDC n'a pas pu recourir à la contribution pour financer les risques sociaux. Néanmoins, la couverture des risques en RDC n'est pas totale car, elle ne concerne que la population active, c'est-à-dire les salariés.

IV. ASSUJETTISSEMENT AU RÉGIME GÉNÉRAL DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Sont assujetties obligatoirement au régime général de la sécurité sociale toutes les personnes salariées. Sous d'autres cieux, comme en France par exemple, l'assujettissement concerne également les non-salariés. Ainsi, outre l'assujettissement, on peut déterminer deux autres éléments distincts que sont l'affiliation (A) et l'immatriculation(B).

Dans le contexte de la RDC, la loi n°16/009 du 15 juillet 2016 fixant les règles relatives au régime général de la sécurité à son article 7 point 7 détermine l'assujettissement dans le sens qu'il s'agit bien évidemment le fait pour une personne d'entrer dans le champ d'application d'un régime de sécurité sociale, en raison de situation professionnelle. Il s'agit à cet effet, la reconnaissance de la qualité d'assuré social à l'égard d'un régime obligatoire de protection sociale et en particulier du régime général.

A. Affiliation

L'affiliation renvoie au lien qui existe entre l'assuré et un organisme de sécurité sociale dans le contexte de la RDC, il s'agit bien du lien entre l'assuré sociale et la caisse nationale de la sécurité sociale. Ce terme s'applique à la procédure suivie pour le rattachement d'une personne à un régime, voire à la détermination de l'organisme de rattachement.

B. Immatriculation

A en croire à Dominique, l'immatriculation est l'opération administrative au terme de laquelle on attribue à une entreprise un numéro²³. Aux termes de l'article 5.12 le législateur de la loi du 15 juillet 2016 précitée considère aussi

²² D. GRANDGUILLOT, préc., note 20, p.28.

²³ D. GRANDGUILLOT, préc., note 20, p.29.

l'immatriculation comme l'opération administrative qui constate la qualité d'assuré par l'attribution du numéro matricule.

La lecture de l'article 3 de la loi du 15 juillet 2016 précitée donne les catégories des personnes assujetties au régime général à savoir :

- Tout travailleur soumis aux dispositions du code de travail et les bateliers et tout autre personnel navigant sans une distinction de race, de nationalité, de sexe, de l'état civil, de religion, d'opinion publique et origine lorsqu'ils exercent à titre principal une activité professionnelle sur le territoire national pour le compte d'un ou plusieurs employeurs nonobstant la nature, la forme, la validité du contrat et le montant de rémunération ;
- Les mandataires de l'Etat dans les établissements et établissements publics et dans les sociétés d'économie mixte ne bénéficient pas en vertu d'une loi spéciale d'un régime particulier de la sécurité sociale ;
- Les personnels de l'Etat, des provinces et des entités territoriales décentralisées ne bénéficient pas d'un régime particulier de la sécurité sociale.
- Les marins immatriculés en RDC engagés dans un navire battant pavillon en RDC ;
- L'associé actif (c'est l'associé qui est à même temps travailleur) d'une société ;
- Le travailleur congolais occupé par une entreprise située en RDC et qui, pour le compte de cette entreprise, preste sur le territoire d'un autre pays afin d'effectuer un travail d'une durée n'excédant pas 6mois ;
- Le travailleur étranger occupé par une entreprise située en étranger et qui, pour le compte de cette entreprise, preste sur le territoire congolais afin d'effectuer un travail pour une durée excédant 6mois.

De ce qui précède, le système congolais exclu d'autres catégories personnes de la couverture des risques sociaux ; nous pouvons noter avec Vincent Roulet qu'organisée au sein de l'entreprise, l'opération d'assurance s'articule nécessairement, pour la définition des assurés et des bénéficiaires, autour de la notion de salarié. Mais le lien que constitue le contrat de travail ne suffit pas, seul, à cerner la population concernée. Y recourir reviendrait, parfois, à exclure une partie des bénéficiaires de l'opération financée²⁴.

²⁴ Vincent ROULET, *L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2011, p. 64.

VI. CADRE SOCIO-PROFESSIONNEL, EST-CE UNE JUSTICE OU INJUSTICE A L'AUNE DE L'ETAT DE DROIT

Il sera question d'aborder le cadre socio-professionnel, une justice(A), cadre socio-professionnel, une injustice(B) et finalement l'Etat de droit dans le contexte des assurances sociales en RDC(C).

A. Cadre socio-professionnel, une justice

Le système de sécurité sociale congolais est favorable au cadre socio-professionnel. Ceci se justifie du fait que seules les personnes immatriculées sont éligibles à la couverture des risques sociaux. Il sied tout de même de mentionner qu'au-delà de la tendance assurantielle, les pouvoirs publics recourent de manière particulière à la tendance qui prône l'assistance. La première étant propre aux personnes qui s'assurent, la seconde consiste aux actions d'entraides humanitaires.

La question est de savoir si le recours au salaire est un élément culminant dans le cadre des assurances sociales ? D'emblée, la réponse paraît vraie en tenant compte de la ressource fiable que les assurés doivent justifier pour pouvoir voir leurs risques être pris en charge. La question primordiale repose au niveau de financement des différents risques et, il s'avère bien que le salaire constitue un moyen efficace pouvant permettre le recouvrement facile dans le chef de l'employeur comme travailleur. En effet, ce n'est que justice de recourir à un moyen aussi facile qu'il soit dans l'optique de mener à bien les opérations de l'assureur social.

B. Cadre socio-professionnel, une injustice

Nonobstant que le salaire demeure un moyen facile pour permettre le recouvrement facile des prestations dues à la caisse nationale de la sécurité sociale, ce moyen n'écarte moins l'injustice dans le sens où les droits sociaux sont considérés aujourd'hui, comme inhérents à la vie de l'homme.

Il convient de rappeler que la grande partie des congolais ne vivent pas moyennant le salaire. Nombreux sont ceux qui évoluent dans l'informel, travaillant pour leurs propres comptes. D'ailleurs, l'économie salariale est à peine organisée en RDC ce qui implique que les prestations sociales ne profitent à une poignée des congolais.

C. Etat de Droit dans le contexte des assurances sociales en RDC

L'Etat de droit suppose dans les termes simplifiés le respect des règles préétablies par les gouvernés comme les gouvernants. Il existe en effet une

proportionnalité de traitement entre de tous devant la loi. Certes, l'article 1 de la constitution de la RDC déjà citée réaffirme que la RDC est un Etat de Droit.

Le constituant congolais a garanti les libertés sociales dans le sens où le travail est un droit et que les pouvoirs publics ont la charge de protéger les congolais contre le chômage, garantir la pension, la vieillesse et la rente viagère²⁵. Le constituant n'a pas pu catégoriser les bénéficiaires des prestations sociales ceci dans l'idée de faire appliquer l'article 22 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et l'article 9 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels qui, tour à tour exhorte les Etats à l'organisation de la sécurité sociale.

La Convention n°102 sur les normes minima de la sécurité sociale ordonne les Etats de faire un choix des branches à couvrir et non de limiter les bénéficiaires des prestations sociales par rapport au choix des branches. Il est incontournable que l'organisation du système de prévoyance sociale relève du service public et, comme nous le savons, le service public concourt à la satisfaction de l'intérêt général, d'où les principes de la légalité et d'égalité qui le gouverne. Donc, chaque congolais a le plein droit de jouir des garanties sociales que les différents instruments octroient.

CONCLUSION

En définitive, l'Etat de Droit en RDC est encore processuel dans le sens où beaucoup reste à faire dans l'optique de faire respecter les lois préétablies. Le cadre socioprofessionnel reste pour expression de mépris des lois d'autant plus qu'il ne profite à une et unique classe évoluant sous l'économie salariale au détriment des autres classes dont les incertitudes sociales sont une évidence.

C'est pourquoi Kalombo Bongala préconise la création des instruments sous forme d'impôt pour faire bénéficier tout le monde en quittant ainsi du cadre socio-professionnel vers celui d'universaliste. Mais, à notre avis, la culture d'impôt est loin d'être intériorisée par les congolais d'où, pour matérialiser une telle pensée, il faut élargir les services appropriés en vue de percevoir les prestations sous-forme d'impôt, mais le danger reste celui de voir que ces dernières deviennent facultatives et non plus obligatoires dans le sens qu'il s'agira de la couverture pour tous.

L'Etat de Droit en RDC en matière des assurances sociales n'a pas jusqu'ici les avancées significatives dans le sens où les textes préconisent la couverture de tous. Cependant, seule la classe salariale bénéficie des prestations sociales ; ce qui ne

²⁵ Article 36 de la Constitution du 18 février 2022.

favorise pas la justice distributive. Beaucoup reste à faire pour la concrétisation effective de l'Etat de Droit en RDC.

Références bibliographiques

BILLAUDOT, Bernard, « Justice distributive et justice commutative dans la société moderne », Les journées 2011 de l'association Charles Gide pour l'Etude de la Pensée économique Université de Toulouse 1, 16-17 juin 2011.

GRANDGUILLOT, Dominique, *L'essentiel du droit de la sécurité sociale*, 16^{ème} éd., Paris, Éditions Gualino, 2017,

DORION, Gerges et GUIONNET, André, *La sécurité sociale*, 8^{ème} édition, Paris, Presses universitaires de France, 2003.

IGAS, *Tutelle et contrôle dans le domaine social. Nouveaux objectifs, nouvelles relations*, rapp. 1995/1986.

KALOMBO BONGALA, J.P., *Introduction au droit congolais de la sécurité sociale*, Kinshasa, PUK., 2020.

DUPEYROUX, J.-J., *Droit de la sécurité sociale*, 8^{ème} éd., Paris, Dalloz.

RAWLS, John, *Théorie de la Justice*, Paris, Ed. Du seuil, 1997.

MUSAFIRI NALWANGO, Paul, *Pièges symboliques et violation des Droits Humains en Droit Positif Congolais. Contribution critique à l'élaboration du Droit praxéologique*, Lubumbashi, Ed. La Dialectique, Medispaul, 2014.

ROULET, Vincent, *L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés*, Ed., Paris, Panthéon Assas, 2011.

*
* *
*

De la conclusion à la résiliation du contrat de location foncière en droit congolais : entre *ratio legis* et pratique *contra legem*

Michel MUNTASOMO KALING*

RÉSUMÉ

Depuis les temps immémoriaux toute personne aspire à devenir propriétaire de terre. Celle-ci constitue une richesse irrefragable. Mais, en République démocratique du Congo, par la volonté souveraine du législateur, la terre, c'est-à-dire le sol et le sous-sol, est la propriété exclusive de l'Etat. Ainsi, les particuliers ne peuvent en obtenir que des droits de jouissance, appelée « concession ». L'acquisition de ce droit est soumise à une procédure impérative qui prévoit notamment la signature d'un contrat de location entre l'Etat congolais et la personne requérante. Ce contrat constitue plutôt un titre précaire, limité dans le temps, sur ledit fonds. Le non-respect des clauses de ce contrat peut entraîner la résiliation de plein droit dudit contrat par l'autorité publique. Ce que semblent ignorer beaucoup, se fiant à une opinion selon laquelle la loi soumet obligatoirement la perte du droit de jouissance relatif au contrat de location à la mise en demeure préalable. Cette recherche, qui s'insurge contre cette manière de penser, se donne pour objectif d'allumer la lanterne aussi bien des praticiens du droit que des personnes possédant ou désireuses de posséder un contrat de location sur les dispositions pertinentes de la loi quant à ce, et les conséquences qui découlent du non-respect des dispositions légales.

Mots-clés : Contrat de location – Résiliation – action en justice – Action en justice.

ABSTRACT :

Since time immemorial everyone has aspired to own land. This constitutes an irrefutable wealth. But, in the Democratic Republic of the Congo, by the sovereign will of the legislator, the land, that is to say the soil and the subsoil, is the exclusive

* Avocat au Barreau du Haut-Katanga et Assistant à la Faculté de Droit, Université Nouveaux Horizons de Lubumbashi. E-mail : muntasomomichel@yahoo.fr et michel.muntasomo@unhorizons.org

INTRODUCTION

La possession de terre constitue le gage, voire un élément, de richesse. Elle donne lieu à plusieurs droits qui peuvent coexister en même temps notamment le droit foncier, le droit minier, le droit forestier, etc. Nous nous intéressons, dans le cadre de cette contribution, au droit foncier. En effet, les individus désirent avoir une portion de terre non seulement pour y habiter et y établir leur domicile, mais aussi et parfois pour y faire de l'agriculture ou de l'élevage pour bien vivre.

En République démocratique du Congo (RDC), le sol et le sous-sol étant la propriété exclusive de l'Etat en vertu de la loi¹, des particuliers ne peuvent en obtenir que des droits de jouissance soumis au respect scrupuleux de la loi. A cet effet, l'acquisition du droit de jouissance sur une portion de terre à vocation résidentielle en milieu urbain est conditionnée, après accomplissement des formalités préalables, notamment la signature d'un contrat de location foncière entre l'Etat congolais, représenté par le Conservateur des Titres immobiliers, et le particulier, personne physique ou morale. Ce contrat, qui ne confère à son titulaire qu'un droit de jouissance précaire, n'est qu'une étape d'un processus : il met à la charge du particulier l'accomplissement des certains devoirs à l'issue duquel, il obtiendra le certificat d'enregistrement qui peut accorder le droit de jouissance perpétuel sur ledit fonds.

Néanmoins, force est de constater que le contrat de location, qui demeure un titre provisoire de jouissance, est utilisé souvent, à tort, comme un titre définitif. Ceux qui l'obtiennent, dans la plupart des cas, s'en contentent comme une fin en soi. Et ce, à l'encontre des dispositions légales en la matière et, surtout, des stipulations contractuelles que l'on ne prend souvent pas la peine de lire. Comme pour dire qu'en RDC, les textes sont écrits pour ne pas être lus et les lois votées pour ne pas être appliquées.

¹ Article 53, *Loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime de sûretés* [telle que modifiée et complétée par la loi n°80-008 du 18 juillet 1980 (dite Loi foncière)] et article 9, *Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006* [telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006].

Il importe de noter que cela ne va pas sans conséquences. Le non-respect des dispositions du contrat de location peut entraîner sa résiliation d'office, la tacite reconduction n'étant pas de mise en cette matière. Malheureusement, il est constaté des abus manifestes de la part des cocontractants. Bien plus, en cas de conflit, lorsqu'il faut saisir le juge, l'action du titulaire d'un contrat de location résilié de plein droit devrait être déclaré irrecevable pour défaut de qualité tiré de la caducité du contrat vanté.

Dès lors, cette réflexion se veut être un son de cloche aussi bien pour les justiciables, les citoyens, les demandeurs de terre que pour les praticiens du Droit (avocats, juges, etc.). Elle vise à passer en revue le contour et les enjeux de la conclusion du contrat de location foncière ainsi que la pratique et le contentieux y relatifs. Elle gravitera, de ce fait, autour de deux axes : d'une part, l'avant-contrat et, d'autre part, l'après-contrat.

I. DE L'AVANT-CONTRAT DE LOCATION EN DROIT CONGOLAIS : UNE PHASE MI- ADMINISTRATIVE, MI- CONTRACTUELLE

Le contrat de location est un contrat particulier au regard de ses caractères, son objet et, surtout, ses parties qu'il est utile de préciser sa nature juridique (A) avant d'aborder les préalables administratifs, assortis des effets juridiques, auquel il est soumis (B).

A. Nature complexe du contrat de location

D'après l'article 144 de la loi foncière², l'on entend par contrat de location, celui par lequel l'Etat s'oblige à faire jouir une personne d'un terrain (ou un fonds), généralement inculte, moyennant un prix un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer pour un terme n'excédant pas trois ans³. Il est, en principe, préparatoire à une concession. Il crée ainsi un lien de droit entre d'une part, l'Etat et, d'autre part, la personne requérante.

² Article 144 de la loi foncière : « *par la location, l'Etat s'oblige à faire jouir une personne d'un terrain et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer. En principe, elle est préparatoire à une autre concession. Elle ne peut être accordée pour un terme excédant trois ans. Elle est régie par les dispositions de la présente loi et ses mesures d'exécution* ».

³ Vincent KANGULUMBA MBAMBI, *Précis de Droit civil des biens. Théorie générale des biens et théorie spéciale des droits réels fonciers et immobiliers congolais*, Louvain la neuve, Ed. Bruylant-Academia, 2007, p. 346.

Au regard du lien juridique qu'il fait naître et au visa de l'article 1 du code civil congolais livre III (CCL3)⁴, la location foncière apparaît, à première vue, comme un contrat synallagmatique, à titre onéreux, temporaire ou provisoire entre l'Etat congolais et la partie requérante (personne, physique ou morale). Au regard de ces caractères, il suscite plusieurs controverses, particulièrement sur l'étendue de l'autonomie de la volonté des parties, et de ce fait, sa nature juridique.

En effet, en tant que « contrat », la location foncière est censée être dominée par le principe sacro-saint de l'autonomie de la volonté. Ce principe procède de la philosophie juridique selon laquelle la volonté humaine est créatrice des droits, surtout des obligations. Or, en réalité le concours des volontés n'est pas quasi-parfait dans le contrat de location. C'est l'une des parties, l'Etat, qui en fixe quasiment toutes les conditions à laquelle la partie contractante a le choix d'accepter ou de refuser. Il s'agit, en effet, d'un *contrat d'adhésion* qui bannit toute idée de discussion, de tractation, de contre-proposition sur le contenu des obligations et droits respectifs des parties.

Ainsi, pour les uns, cet acte juridique n'est pas un « contrat » mais un acte de volonté unilatéral assimilable même aux actes règlementaires du fait de l'inexistence d'une égalité entre parties et de la libre discussion⁵. D'autres par contre estiment qu'il est bien un contrat dont l'élément principal est l'accord, libre et en connaissance de cause, de volonté entre les parties.

Par ailleurs, la location foncière est un contrat à terme par la volonté de l'une des parties à laquelle la seconde adhère volontairement. Le terme désigne un événement futur qui arrivera nécessairement. Dans l'hypothèse où cette survenance même est incertaine, il s'agira plutôt d'une condition. Le terme est certain lorsque la date est connue ou désignée, soit directement (par exemple, le 10 janvier 2023), soit par référence à une durée (par exemple, trois mois).

⁴ Article 1 de Décret du 30 juillet 1888 : des contrats ou des obligations conventionnelles portant code civil congolais livre III : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

⁵ Léon DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Ancienne Librairie Thorin et Fils, 1901, p. 55 et 432 ; Léon DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912, p. 115 et s. ; Raymond SALEILLES, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (articles 116 à 144)*, Paris, F. Pichin, 1909, p. 229, n°89.

Par contre, il est incertain lorsque la date à laquelle se produira l'événement ne peut pas être connue (par exemple, le décès d'une personne ou l'achèvement d'un chantier⁶). Aussi, cet événement futur peut être pris comme, soit le point de départ du contrat (« terme suspensif »), soit la cause d'extinction (« terme extinctif »).

La location foncière a un terme certain : *une durée déterminée de trois ans renouvelables* d'après la volonté souveraine du législateur. Ce qui implique qu'à ce terme et en absence de renouvellement ou reconduction explicite, ce contrat tombe caduc et rentre d'office dans le patrimoine privé de l'Etat. C'est ainsi que la loi qualifie cette location foncière de « provisoire » étant donné qu'il établit un droit précaire. C'est d'ailleurs là toute son importance : une incitation à la mise en valeur des terres. Elle ne doit pas ainsi être confondue à la location mobilière ou immobilière, appelée « bail ».

Enfin, la présence de l'Etat, en qualité de cocontractant, dans un acte dont le contenu est quasiment imposé par lui suscite également la controverse au sujet de la nature administrative ou privée dudit contrat.

Pour Kifwabala

« Le contrat de location est un contrat de droit privé. D'une part aucune loi n'indique qu'il est un contrat administratif mais plutôt conformément aux prescrits de la loi foncière, les litiges qui en découlent sont soumis aux juridictions de droit commun statuant en matière civile. D'autre part, le contrat de location ne contient quasiment aucune clause exorbitante de droit commun »⁷.

De ce qui précède, il peut s'en déduire que le contrat de location est, à notre entendement, un contrat de droit privé obéissant aux dispositions impératives régissant les contrats de droit commun, sauf dispositions contraires résultant de la loi elle-même. D'ailleurs, au visa de l'article 33 CCL3⁸, l'on

⁶ Alain BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 11^{ème} édition, Paris, LGDJ-Montchrestien, 2007, p.235-238.

⁷ Jean-Pierre KIFWABALA TEKILAZAYA, *Droit civil : les biens. Les droits réels fonciers*, Tome 1, 2^{ème} éd., Lubumbashi, PUL., 2015, p.222-223.

⁸ Art. 33 CCL3 : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

estime que le contrat de location peut être révoqué ou résilié du consentement mutuel des parties ou pour les causes que la loi autorise.

Cependant, cette approche privatiste de la location doit être nuancée. Car le contrat de location, non seulement stipule clairement les conditions que l'acquéreur doit observer pour continuer à jouir des avantages qu'il offre sous peine de la perte des droits⁹, mais aussi est soumis à des nombreux préalables d'ordre administratif, contrairement aux autres contrats de droit commun. Bien plus, les contestations y relatives relèvent carrément du contentieux administratif. D'où, la particularité de ce contrat, voire, sa nature complexe, sinon hybride.

B. Préalables administratifs du contrat de location

Le contrat de location est, non seulement un préalable à un autre contrat (concession foncière), mais aussi soumis lui-même à des procédures préalables. Qualifiées parfois de « précontrat » ou d' « avant-contrat », ces préalables formels, relatifs ou impératifs, sont objets également à controverses doctrinales¹⁰. D'une part, certains contrats, essentiellement sous-seing privés, admettent des formalités, préalables même au consentement et à leur élaboration, exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité : leur violation n'entraîne généralement qu'une nullité relative. On peut citer, à titre illustratif ; l'habilitation, la publicité¹¹ et la probation¹². D'autre part, les législations modernes ont de plus en plus tendance à régler la phase de négociation qui, en principe ne fait naître aucunement une véritable relation contractuelle mais, peut voir être posés plusieurs actes pouvant influencer le comportement des futurs co-contractants et avoir des incidences tragiques sur leur vie présente et future. Exemple, l'offre et la sollicitation (particulièrement en cas de contrats à distance et électroniques), les promesses, les engagements, accords préparatoires, pacte de préférence, promesse unilatérale ou synallagmatique de contracter...

⁹ Art. 3, 6 et 9 du contrat générique de location.

¹⁰ Ghislain David KASONGO LUKOJI GD, *Questions spéciales des obligations*, Cours de LI Droit privé et judiciaire, Lubumbashi, Université Protestante au Congo, 2021-2022, §.42, 46-47.

¹¹ Ex. l'obligation de publicité en matière foncière ou de mariage.

¹² Ex. obligation d'un écrit pour toute convention portant sur une somme supérieure à 2000 FC (article 217 CCL3).

Le droit congolais n'encadre pas beaucoup de cas de précontrat de droit commun, c'est-à-dire, des hypothèses où il attache des règles juridiques précises au processus de négociation, de discussion ou de préparation du contrat. Les seuls exemples à notre connaissance en droit commun, sont : la sollicitation et l'acceptation (essentiellement réglées par la doctrine et la jurisprudence), la promesse réciproque de vente (art. 270 CCL3), le mariage dont les fiançailles en constituent un éventuel préalable (art. 337 et s. CF), la période d'essai du contrat de travail (dans une certaine mesure), ainsi que le contrat de location foncière (dans la mesure où elle est considérée comme contrat autonome).

Ainsi, la conclusion d'un contrat de location foncière en droit congolais est soumise à trois préalables suivant : une décision d'offre des terrains au public, une demande de terre du requérant ainsi que le mesurage et le bornage. Nous nous intéressons particulièrement aux deux derniers étant donné que le premier¹³ relève quasiment du droit administratif.

En ce qui concerne la demande de concession de terre du requérant, elle est adressée, sous pli recommandé, avec accusé de réception, soit au conservateur des titres immobiliers (CTI), soit au chef de division des terres, pour la ville de Kinshasa. Chargé de l'instruire, ce fonctionnaire reçoit ces demandes en qualité de représentant de toutes les autorités concédantes et en qualité de gestionnaire des terres urbaines (article 190 de la loi foncière et article 13, alinéa 1 de l'ordonnance portant mesures d'exécution de la loi foncière). Il vérifie le respect des conditions légales afin de déclencher les formalités préalables (enquête préalable, création de parcelle, mesurage et bornage) et de préparer le projet du contrat de concession à soumettre à l'autorité signataire (lorsque toutes les conditions légales sont réunies) ou pour disposition (avec avis négatif en soulignant l'illégalité ou l'irrégularité qui entacherait le contrat)¹⁴. Cette dernière doit, à cet effet, répondre positivement ou négativement à la demande dans un délai de quatre mois à compter de la

¹³ La décision de plan parcellaire et d'offre des terrains au public, pour les terres urbaines, est prise par le gouverneur de province sous contrôle du ministre des Affaires foncières. Voir, articles 63 de la loi foncière, 3 à 5 de l'ordonnance n°74-148 portant mesures d'exécution de ladite loi.

¹⁴ Soulignons qu'il n'est pas exclu que l'autorité instructrice demande des informations supplémentaires qu'il estime nécessaire pour apprécier la légalité de la concession à intervenir.

réception de la demande par son représentant, sous peine d'un recours administratif, puis juridictionnel s'il échet¹⁵.

Ce faisant, la demande de terre revêt une importance non-négligeable dans la procédure d'obtention d'une concession. Raison pour laquelle elle doit toujours être écrite et doit porter des mentions impératives reprises à l'article 191 de la loi foncière pour permettre à l'autorité foncière d'apprécier l'opportunité de concéder ou au juge d'examiner la légalité de la décision de cette autorité. Par exemple, en cas de conclusion du contrat de concession vague ou en cas de contentieux, le juge peut y recourir pour l'interprétation des clauses contractuelles. En cas d'une réponse négative de l'autorité concédante ou lorsqu'aucune suite n'est réservée à la demande dans le délai requis, le requérant ne pourrait initier un recours (administratif ou juridictionnel) sans la preuve de son dépôt. Bien plus, elle permet à l'autorité d'instruire et de vérifier la légalité du contrat sollicité. Dès lors, tout contrat de location (voire de concession) signé en absence de cette formalité frise la fraude à la loi ou la tricherie, viole une condition impérative et par conséquent, devrait être frappé de nullité absolue (article 204 de la loi foncière). Il est donc conseillé aux parties de prévoir dans le contrat de concession, la référence à la demande de terre ayant conduit à la signature du contrat en question étant donné que, dans la pratique, nombre de conflits fonciers découlent du non-respect de cette procédure.

Par ailleurs, il ne suffit pas d'introduire la demande de concession de terre pour en obtenir gain de cause, encore faut-il être éligible. C'est-à-dire, avoir la capacité et la qualité pour l'obtenir. En principe, toute personne peut demander et obtenir une concession foncière. Cependant, sur pied de l'article 80 de la loi foncière, la concession perpétuelle est réservée au seul Congolais personne physique. Les étrangers et les personnes morales congolaises ne peuvent solliciter que les concessions ordinaires (emphytéose, superficie, usufruit, usage et location foncière) qui se caractérisent par un terme fixe. Aussi, le demandeur de la concession en concurrence avec un autre, n'est

¹⁵ Article 203, alinéa 2 de la loi foncière. Lire également NSOLOTSHI MALANGU, « Compétence et conditions de validité du contrat de concession foncière en RDC », en ligne : <<http://www.leganet.cd/Doctrine.textes/DroitCiv/Droitdesbiens/ArticleNsolotshi.malangu.2014.pdf>> (consulté le 16 mars 2022).

éligible que lorsqu'il justifie d'une cause de priorité (article 12 de l'ordonnance portant mesures d'exécution de la loi foncière) : il s'agit des critères permettant d'écarter un demandeur au bénéfice de l'autre.

Quant au mesurage et bornage, il renvoie à la procédure préalable, technique et impératif, sous peine de nullité¹⁶, postérieur à la demande de concession et à l'éligibilité du demandeur. Il consiste en une « opération juridique de délimitation de 2 fonds de terre contigus. Le bornage consiste à déterminer par des marques apparentes (les bornes), la limite séparative de 2 propriétés¹⁷ ». Il est fait par le service du cadastre saisi par l'autorité foncière (le CTI) au frais du requérant¹⁸. Il est constaté par procès-verbal, rédigé d'après le modèle prescrit, par un géomètre ou un technicien du cadastre ou encore un privé agréé par le pouvoir public (article 1^{er} de l'ordonnance du 13 mai 1963 sur le mesurage et bornage des terres).

Il nous revient que le mesurage et bornage dont il est question ne sont admis que sur les terrains urbains lotis et offerts sur le marché. Car, seuls ceux-ci peuvent être concédés. Le service du cadastre à ce requis ne peut y renoncer ou mal procédé à cette tâche sous peine de sanction et de recours administratif auprès du chef de division du cadastre. Le contrat de concession conclu sans mesurage et bornage préalable du terrain viole également une disposition impérative de la loi et est, par conséquent, annulable.

Lorsque ces conditions préalables à la concession sont respectées, elles entraînent la conclusion du contrat de location foncière. Ce contrat entre l'Etat congolais, représenté par son commis le CTI, et le requérant est signé pour une durée de trois ans, lorsque le terrain demandé n'est pas encore mis en valeur, afin de permettre au demandeur de réaliser la condition *sine qua non* de mise en valeur pour l'octroi de droit de jouissance proprement dit (concession-

¹⁶ Article 1^{er}, *Décret du 20 Juin 1960 sur le mesurage et bornage des terres* : « les terres soumises au régime de la propriété privée (aujourd'hui, terres soumises au régime de concession) doivent être mesurées et abornées officiellement. Les terres détenues à tout autre titre doivent être mesurées et abornées officiellement si le gouverneur de province, ou le chef du service du cadastre délégué, le prescrit. Les terres occupées coutumièrement par les populations indigènes ne tombent pas sous l'application du présent décret ».

¹⁷Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexiques des termes juridiques*, 21^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2014, p.124.

¹⁸ Articles 68 de la loi foncière et 1^{er} du *Décret du 20 juin 1960 sur le mesurage et bornage des terres*.

contrat)¹⁹, sanctionné par l'enregistrement du droit de jouissance et l'établissement d'un certificat d'enregistrement sur ledit fonds au bénéfice du requérant.

II. DE L'APRÈS-CONTRAT DE LOCATION EN DROIT CONGOLAIS : UNE PRATIQUE ADMINISTRATIVE ET JURISPRUDENTIELLE CONTRADICTOIRE

Objet d'une rédaction stéréotypée²⁰, le contrat de location foncière fait naître à charge des parties des droits et des obligations. Ce faisant, le *locataire* a le droit de jouir paisiblement du fonds. Il est, par contre tenu, d'une part, d'occuper le fonds en vue de le mettre en valeur²¹ ; c'est-à-dire, entreprendre des constructions ou des plantations sur le fonds conformément à la destination contractuelle et aux conditions prévues par la loi (articles 72, 93 et 144 de la loi foncière et articles 3, 6 et 9 du contrat générique de location), et d'autre part, de s'acquitter des redevances²². *Quant à l'Etat*, il a le droit de percevoir la redevance prévue au contrat²³. Il est tenu, à l'instar de tout propriétaire, d'assurer une jouissance paisiblement du fonds au concessionnaire. Il doit pouvoir garantir le locataire contre tout risque d'éviction, le cas échéant, l'Etat sera appelé en intervention ou en garantie et éventuellement condamné aux dommages et intérêts.

¹⁹ Articles 58, 144 et 154 de la loi foncière.

²⁰ Selon Vincent KANGULUMBA MBAMBI, préc., note 4, p.346, il est généralement articulé en 17 dispositions, étalés sur trois feuillets. Les mentions essentielles de ce contrat sont : la localisation territoriale de la parcelle de terre (commune, territoire, ville), la dénomination du lotissement, l'usage ou la destination du terrain, le numéro du contrat et la date de signature.

²¹ Le locataire doit occuper et mettre le fonds en valeur dans les six mois et finir la mise en valeur dans les trois ans avec possibilité de prolongation jusqu'à cinq ans pour ce qui concerne les terres urbaines. A défaut, l'Etat peut résilier le contrat ou réduire la concession à due proportion en cas de mise en valeur insuffisante ou partielle. Il peut aussi obtenir une dérogation spéciale de l'autorité compétente (signataire) au regard de l'importance de l'investissement envisagé.

²² Le concessionnaire paye une somme au trésor public en contrepartie du terrain lui concédé à titre provisoire. Le premier terme de la redevance est libéré au moment de la signature du contrat : il peut consister en une quote-part des frais de construction et d'entretien de la voirie ou une remise des titres de participation dans une société ou en d'autres valeurs mobilières. Le versement peut être annuel, semestriel ou mensuel, aux choix des parties. Dans tous les cas, il est fait anticipativement au premier janvier de chaque année (Article 148 de la loi foncière).

²³ En cas de non-paiement, l'Etat peut faire résilier le contrat. Il a la faculté de reprise de son fonds, aux conditions évoquées dans le contrat et moyennant mise en demeure préalable. Il peut exiger la remise en état du terrain.

Le non-respect de ces conditions, surtout celles à charge du locataire, peut entraîner la résiliation du contrat (A) qui doit néanmoins se réaliser dans les modalités prévues par la loi. Malheureusement, il n'en est pas le cas. Ce qui est à la suite de nombreuses contestations juridictionnelles (B).

A. Résiliation du contrat de location

Rappelons qu'au regard du principe de l'autonomie de la volonté et sur pied de l'article 33 CCL3, le contrat de location peut être révoqué ou résilié de commun accord par les parties. Quoi que possible, il est rare qu'une personne après avoir accompli, dans le contexte congolais, toutes les formalités administratives, conclu un contrat de location foncière pour y renoncer après. Toutefois, la cession est possible. Le nouvel acquéreur se substitue à l'ancien pendant que l'Etat maintient son statut de cocontractant.

Cette procédure est soumise à une certaine publicité étant donné que le CTI doit constater ladite cession et signer, pour le reste du terme, un autre contrat de location avec le nouvel acquéreur. De telle sorte que les obligations du locataire originaire soient imposées au nouvel acquéreur, sauf dispositions contractuelles contraires²⁴. Par ailleurs, en tant que contrat synallagmatique, la location foncière est assortie d'une clause résolutoire (article 82 CCL3). Or, il ressort des conditions de ce contrat, des obligations plus importantes à charge du concessionnaire, particulièrement celle de la mise en valeur du fonds dans le délai requis. A défaut de respecter cette condition, le contrat de concession est annulable²⁵ puisque le locataire sera considéré comme non éligible à la concession. On parle alors de résiliation pour non-respect des clauses contractuelles. Hypothèse la plus rencontrée dans la pratique et qui nous intéresse dans le cadre cette recherche

Cette annulation peut intervenir, soit avant le terme, soit à terme. Dans la première hypothèse, l'Etat résilie d'office pour non-respect des clauses contractuelles pertinentes : il y recourt rarement. Tandis que dans la seconde hypothèse, il s'oppose, implicitement ou tacitement à la transformation du contrat de location en contrat de concession. Parfois même et souvent, c'est le locataire qui ne diligente aucune procédure de transformation de titre. Mais,

²⁴ Article 58, alinéa 3 de la loi foncière.

²⁵ J.P. KIFWABALA TEKILAZAYA, préc., note 8, p.226.

dans tous les cas et au regard de l'objet du contrat, la résiliation de ce contrat lorsqu'elle est émane de l'Etat est soumise à certaines conditions, notamment le *constat de la non mise en valeur* et la *mise en demeure*. En effet, le constat de mise en valeur est l'œuvre du service de cadastre²⁶. Lorsqu'il est positif, il y a signature du contrat de concession proprement dit²⁷ par l'autorité foncière compétente (CTI), suivie immédiatement de l'établissement, par la même autorité, du certificat d'enregistrement du droit de jouissance concédé²⁸. Le certificat donne droit à deux types de contrats, soit une concession perpétuelle, soit une concession ordinaire. Il constitue donc le titre créateur²⁹ et probatoire du droit de jouissance concédé lequel devient inattaquable deux ans après son enregistrement valablement fait³⁰. Après ce délai, toute action en annulation ou en résolution du contrat de concession, n'opère pas la rétrocession du terrain, mais se résout simplement en dommages et intérêts³¹.

En cas de constat de non mise en valeur, l'Etat peut reprendre le fonds en résiliant le contrat. Cependant, il ne peut le faire sans avoir au préalable mis en demeure le locataire³². Ainsi, la grande question consiste à savoir si le non-respect par l'Etat de la condition formelle de la mise en demeure préalable à la résiliation maintient les parties dans leur état initial. C'est-à-dire, fit-elle subsister le contrat au-delà de son terme légal ? La réponse à cette question divise parfois les auteurs et praticiens.

Dans sa mercuriale du 18 octobre 2021³³, le Premier président de la Cour de cassation affirme que le CTI qui annule un contrat de location sans mise en demeure préalable ou avec une mise en demeure irrégulière va à l'encontre de la loi et commet des erreurs qui créent, dans le chef des justiciables, de

²⁶ Articles 58, 157,162 de la loi foncière et article 8 de l'ordonnance portant mesures d'exécution de ladite loi.

²⁷ Articles 61 et 183 de la loi foncière.

²⁸ Articles 222 à 244 de la loi foncière.

²⁹ LUKOMBE NGHENDA, *Droit civil. Les biens*, Kinshasa, PUC., 2003, p. 973 et ss.

³⁰ Article 227 de la loi foncière.

³¹ *Ibidem*.

³² Articles 94 de la loi foncière et 16 du contrat de location.

³³ on discours prononcé le 18 octobre 2021 lors de l'audience solennelle et publique de rentrée judiciaire pour l'exercice 2021-2022, le Premier Président de la Cour de Cassation, Monsieur Mukendi Musanga David-Christophe, a abordé la question de la « problématique de la résiliation du contrat de location d'une concession foncière par décision unilatérale du conservateur des titres immobiliers

l'insécurité juridique. A tout bien considéré, le Premier Président, qui ne fait pas allusion à d'autres modes de résiliation du contrat de location et qui ne nous dit pas si les contrats résiliés unilatéralement par le Conservateur étaient en cours ou non de validité, semble épouser l'approche tellement ancrée dans les esprits selon laquelle le contrat de location ne peut être résilié qu'après la mise en demeure préalable conformément à l'article 94 de la loi foncière.

Pour Kifwabala³⁴, la mise en valeur, selon l'esprit de l'article 94 précité, ne vaut que pour un contrat de location en cours de validité. Telle est notre position.

Nous pensons que la mise en valeur ne vaut pas au-delà du terme légal du contrat. En fait, le CTI peut mettre un contractant en demeure lorsqu'il se rend compte qu'il ne respecte pas certaines dispositions du contrat qui les lie pour autant que son contrat soit en cours de validité. Par exemple, la clause relative à l'occupation effective, au délai du début de la mise en valeur ou au respect de la destination. Mais lorsqu'au terme du contrat rien n'est fait, la mise en demeure ne vaut plus. C'est la résiliation d'office qui est constaté par le Conservateur qui peut disposer autrement de la parcelle, rentrée automatiquement dans le domaine privé de l'Etat, notamment en l'attribuant à une autre personne ou à la même personne, mais moyennant de nouvelles formalités. Ce qui a l'avantage de renflouer les caisses de l'Etat en multipliant les recettes.

En réalité, le CTI ne résilie pas le contrat : il n'en constate que la résiliation d'office et en tire toutes les conséquences de droit. Du coup, il va sans dire que le contrat de location peut se résilier d'office sans qu'il y ait besoin de la procédure préalable de mise en demeure. D'ailleurs, les articles 12 et 13 du contrat générique³⁵ et 17 de l'ordonnance n°74-148 du juillet 1974 portant mesures d'exécution interdisent explicitement la tacite reconduction.

³⁴ J.P. KIFWABALA TEKILAZAYA, préc., note 4, p.227-278.

³⁵ Article 12 : « Pendant la durée du terme du présent contrat, l'inexécution ou la violation d'une des conditions reprises ci-dessus entrainera sa résiliation de plein droit, si, trois mois après la mise en demeure, le locataire ne satisfait pas à ses obligations toutes sommes perçues par le trésor lui restant acquises à titres d'indemnités ».

Article 13 : « A l'expiration du présent contrat, si le locataire n'a pas entamé la mise en valeur et qu'il n'a pas formulé la demande du renouvellement suivant l'article 17 de l'ordonnance

Ce contrat générique est plus explicite sur cette question. L'article relatif à la mise en demeure s'applique lorsque le contrat est encore en cours d'exécution et continue à produire des effets. Par contre, lorsqu'il arrive à terme, c'est plutôt l'article 13 qui s'applique. Il serait incongru de prétendre de mettre en demeure une personne qui n'a plus de droit.

Ainsi, la cession de contrat de location caduc n'aura aucun effet en vertu du principe selon lequel l'on peut se prévaloir de plus de droit que l'on détient (« *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* ». Et donc, céder un droit que l'on n'a plus suppose n'est pas le céder. Car, lorsque le contrat de location est déjà à terme, il cesse de produire ses effets, s'étant résilié d'office. Dès lors, le Conservateur qui gère des titres immobiliers peut constater qu'une personne occupe un fond sans titre ni droit et peut, en cas de demande, réattribuer de plein droit le fond à un autre requérant. Par ailleurs, force est de constater que dans la pratique, les autorités administratives, en l'occurrence le CTI, ne sont pas assez rigoureuses sur cette condition de durée au point qu'elles entérinent des cessions faites sur le contrat caduc. Mais cette problématique se pose avec beaucoup plus d'acuité en cas d'action en justice. Ce qui conduit à la pérennisation de l'idée selon laquelle le contrat vaut aussi longtemps que la mise en demeure n'a pas été faite dans les conditions régulières.

B. Actions en justice

C'est dans l'action en justice que la durée du contrat de location trouve tout son pesant d'or. Car, tant qu'il n'y a pas de conflit, le contrat de location, même caduc, peut continuer à produire des effets et d'aucuns peuvent s'en prévaloir aux tiers pour justifier leurs droits de jouissance sur un terrain. Dans la pratique, c'est ce qui arrive d'ailleurs. Nombreux brandissent comme titre de jouissance d'un fonds des contrats de location caducs ; pendant qu'ils n'ont plus, juridiquement, de droit qu'ils prétendent sur ledit fonds.

C'est en cas de conflit juridictionnel que le contrat de location caduc usuellement utilisé pose problème. En effet, le contrat de location caduc entame la qualité pour ester en justice. Or, la qualité est une condition

74/148 du 2 juillet 1974 portant mesure d'exécution de la loi foncière, le terrain fait retour d'office au domaine privé de l'Etat ».

fondamentale pour la recevabilité de l'action en justice. Lorsque cette qualité se fonde sur un contrat de location caduc, l'action de la partie qui s'en prévaut court le risque d'être déclarée irrecevable. En d'autres termes, une personne dont le contrat de location est caduc par l'arrivée du terme conventionnel ne peut se prévaloir de ce dernier devant les instances judiciaires pour soutenir son droit en cas de contestation en vertu de l'adage : « *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* ». ³⁶

Cette position est d'ailleurs confortée par la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice ³⁷ sous RC 1297 disposant :

« Viole l'article 17 de l'ordonnance n° 74-148 du 2 juillet 1974 portant mesure d'exécution de la loi n° 73/021 du 20 juillet 1973 dite foncière, le juge d'appel qui a déclaré valables les contrats détenus par le défendeur faute de leur résiliation par l'administration foncière, opérant de la sorte leur reconduction tacite, alors que toute reconduction tacite des contrats du domaine foncier est prohibée par la disposition visée au moyen ».

Que cette haute Cour eût jadis argumenté comme suit :

« (...) sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner tous les moyens de cassation du demandeur, la Cour Suprême de Justice statue sur le troisième moyen qui est tiré de la violation de l'article 17 de l'ordonnance n° 74-148 du 2 juillet 1974 portant mesure d'exécution de la loi n° 73/021 du 20 juillet 1973 en ce que l'arrêt querellé déclare valables les contrats de 1972 et de 1977 détenus par le défendeur en cassation, faute de résiliation de ces contrats par l'administration foncière, et opère, ainsi, une reconduction tacite de ces derniers alors que pareille reconduction est prohibée par l'article visé au moyen.

Ce moyen est fondé et entraîne cassation totale avec renvoi de l'arrêt attaqué.

En effet, pour avoir reconduit le contrat de location n° 51.507 du 23 octobre 1972, conclu pour une durée de trois ans, et celui n° NA 5890 du 17 octobre 1977, dont le terme était de deux ans avait

³⁶ Lorsqu'une action en nullité ne peut plus être intentée parce qu'elle a été éteinte par l'écoulement du délai de la prescription, son bénéficiaire peut s'abriter derrière une exception qui, elle, est perpétuelle.

³⁷ *Bulletin des arrêts de la Cour Suprême de Justice. Années 1990 à 1999*, Editions du Service de Documentation et d'Etudes du Ministère de la Justice, Kinshasa, 2003, pp. 55-57

expiré respectivement le 23 octobre 1975 et 17 octobre 1979, le juge d'appel a violé la disposition visée au moyen qui prohibe toute reconduction tacite d'un contrat de location. (...) »

La force de l'argument développé ci-haut bat en brèche l'argument de la partie en justice qui se fonderait sur l'article 12 du contrat de location pour vanter sa qualité, faute d'une mise en demeure préalable. Qu'eu égard à tous les arguments ci-haut développés, le juge saisi d'une affaire sur base d'un contrat de location caduc devra déclarer la personne qui s'en prévaut sans qualité et partant dira son action irrecevable.

Au demeurant, nous pensons qu'un Conservateur des Titres immobiliers qui renouvelle un contrat de location qui était déjà expiré faute de son renouvellement dans les délais conventionnels commet une faute. Car, le fonds, objet de renouvellement tardif était déjà rentré dans le domaine privé de l'Etat de telle sorte que la procédure qui conviendrait dans ce cas n'est pas celle du renouvellement, mais plutôt celle d'achat dans les conditions prévues par la loi.

Peut-on conclure ?

Comme nous l'avons souligné tout au long de ces élucubrations, contrairement à l'opinion largement répandue aussi bien dans le chef des praticiens de Droit, des doctrinaires en Droit que des justiciables, le contrat de location peut se résilier d'office.

La condition de la mise en demeure prévue à l'article 94 de la loi du 20 juillet 1973 ne s'y applique pas nécessairement. On ne peut mettre en demeure qu'un titulaire d'un droit existant. Lorsque le droit meurt, c'est-à-dire s'éteint, la mise en demeure ne vaut plus. Partant, conformément à l'article 17 de *l'ordonnance portant mesures d'exécutions de la loi du 20 juillet 1973*, le contrat de location peut se résilier d'office lorsqu'à l'arrivée du terme les dispositions contractuelles n'ont pas été respectées.

C'est ce qui ressort de l'analyse que nous avons menée dans le présent travail. En effet, en partant de la procédure d'acquisition du contrat de location, nous avons abordé les étapes nécessaires pour l'obtention du contrat de location que d'aucuns voudraient avoir étant que gage de richesse et source de stabilité vitale. Mais avoir le contrat ne suffit pas. Encore faut-il en respecter

les termes. En fait, étant un contrat de droit commun comme nous l'a révélé le deuxième niveau de notre réflexion, le non-respect de ses dispositions peut entraîner sa résiliation d'office.

Dans ce cas, un contrat résilié de plein droit ne peut faire fortune devant le juge en cas de conflit. Cela pose le problème de qualité pour ester en justice que doit scruter le juge pour rendre sa décision. Une personne qui n'a pas qualité d'agir en justice verra son action être, incontestablement, déclarée irrecevable.

Ainsi, cette réflexion aura atteint son objectif si elle constitue une contribution, aussi minime soit-elle, à la question foncière en République démocratique du Congo, aussi bien pour les praticiens du droit que pour toute personne ayant acquis ou désireuse d'acquérir une portion de terre pour de multiples raisons.

Références bibliographiques

A. Textes de loi

Constitution de la République Démocratique du Congo telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006.

Décret du 20 Juin 1960 sur le mesurage et bornage des terres.

Loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régimes foncier et immobilier et régime des suretés.

Loi n°87-010 du 1^{er} aout 1987 portant code de la famille telle que modifiée et complétée par la loi n° 16/008 du 15 juillet 2016.

Décret du 30 juillet 1888 portant des contrats ou des obligations conventionnelles, *B.O.*, 1888, p. 109.

Ordonnance n°74-148 du 2 juillet 1974 portant mesures d'exécution de la loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régimes foncier et immobilier et régime des suretés.

B. Doctrine

BENABENT, A., *Droit civil. Les obligations*, 11^{ème} édition, Paris, LGDJ-Montchrestien, 2007.

CABORNNIER, J., *Droit civil. Les biens. Les obligations*, Volume II, éd. 2004, Paris, PUF, 1956.

DUGUIT, L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Ancienne Librairie Thorin et Fils, 1901.

DUGUIT, L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912.

GUINCHARD, S. et DEBARD, T., *Lexiques des termes juridiques*, 21^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2014.

CABRILLAC, R. (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2^{ème} édition, Paris, Litec Editions du Juris-Classeur, 2004.

KALAMBAY LUMPUNGU, G., *Droit civil. Régime général des biens*, Vol. 1, Kinshasa, PUZ, 1984.

KALAMBAY LUMPUNGU, G., *Droit civil. Régime foncier et immobilier*, Vol.2, Kinshasa, PUZ., 1989.

KANGULUMBA MBAMBI, V., *Précis de Droit civil des biens. Théorie générale des biens et théorie spéciale des droits réels fonciers et immobiliers congolais*, Louvain-La-Neuve, Ed. Bruylant-Academia, 2007.

KASONGO LUKOJI GD, *Question spéciales des obligations*, Cours de L1. DPJ, Lubumbashi, Université Protestante au Congo, 2021-2022. KIFWABALA TEKILAZAYA, J.P, *Droit civil. Les droits réels fonciers*, Kinshasa, PUL, 2005.

KIFWABALA TEKILAZAYA J.P, *Droit civil : les biens. Les droits réels fonciers*, tome 1, 2^{ème} éd., Lubumbashi, PUL., 2015.

MAFIFIRI TSONGO, *Problématique d'accès à la terre dans les systèmes d'exploitation agricoles des régions montagneuses du Nord-Kivu*, Louvain la Neuve, UCL., 1994.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Bulletin des arrêts de la Cour Suprême de Justice. Années 1990 à 1999*, Kinshasa, Editions du Service de Documentation et d'Etudes du Ministère de la Justice, Kinshasa, 2003.

MUKENDI MUSANGA, DC., *Problématique de la résiliation du contrat de location d'une concession foncière par décision unilatérale du conservateur des titres immobiliers*, Discours prononcé le 18 octobre 2021 lors de l'audience solennelle et publique de rentrée judiciaire pour l'exercice 2021-2022, Cour de Cassation, 2021.

LUKOMBE NGHENDA, *Droit civil. Les biens*, Kinshasa, Publications des Facultés de droit des universités du Congo, 2003.

NSOLOTSHI MALANGU, *Compétence et conditions de validité du contrat de concession foncière en RDC*, en ligne : <http://www.leganet.cd/Doctrine.textes/DroitCiv/Droitdesbiens/ArticleNsolotshi.malangu.2014.pdf> (consulté le 16 mars 2022).

SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (articles 116 à 144)*, Paris, F. Pichin, 1909.

VUNDUAWE te PEMAKO, F., *Traité de Droit administratif*, Bruxelles, Editions Afrique et Larcier, 2007.

*

* *

DERNIÈRES PUBLICATIONS DE LA FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ DE LIKASI

En vue de faire connaître les 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 la publicité de nouvelles publications.

Pour l'année 2021, la Faculté de droit de l'Université de Likasi a le plaisir d'annoncer à la communauté universitaire qu'elle a été honorée d'une publication de haute qualité scientifique sur le **Droit des réparations**. Cette publication est la thèse de doctorat soutenue à l'Université de Montréal.

Elle a été scindée en deux volumes : le premier volume a porté sur : **Droit**

général, droits de la personne et droit international humanitaire.

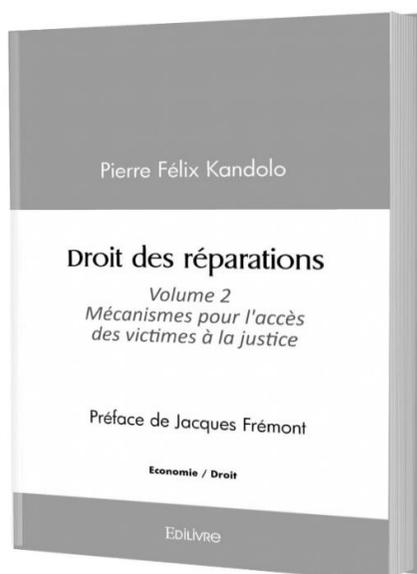
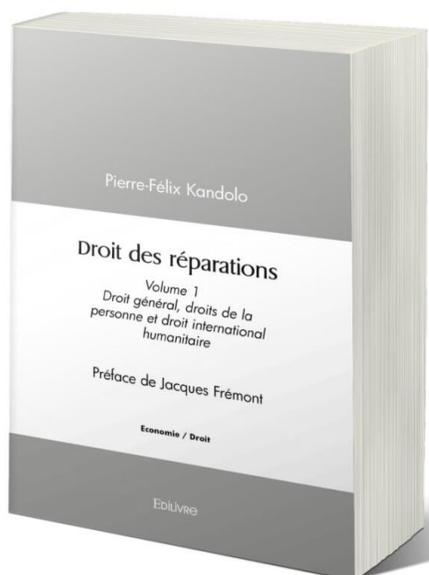
Le deuxième volume est intitulé : **Mécanismes pour l'accès des victimes à la réparation.**

Les deux volumes, préfacés par le Professeur Émérite Jacques Frémont, Recteur de l'Université d'Ottawa (Canada), ont été publiés dans les Éditions Édilivre à Paris (France).

Pour se les procurer, prière de contacter :

Email : bbanembali@gmail.com
Tél : (+243) 995 472 023

Ou acheter en ligne sur le site de l'éditeur : www.edilivre.com.



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 : 150 \$

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*.

UNIVERSITÉ DE LIKASI

La deuxième Université publique de la province du Haut-Katanga, située dans une première ville en industries minières et en montagnes dans la même province. Le Congo se développe, l'Université de Likasi constitue le meilleur milieu où la science s'élabore et où la jeunesse se construit pour l'avenir de la République et de la province. Les diplômés de cette Université font un rayonnement non contestable sur l'échiquier tant national (dans les recherches de grande envergure, dans la vie politique, dans les entreprises, dans la société civile nationale) qu'international.

FAITES VOTRE CHOIX :

Pour la R.D. Congo : MOI, JE CHOISIS l'Université de Likasi

Pour la province du Haut-Katanga : MOI, JE CHOISIS l'Université de Likasi

Pour la ville minière, industrielle et montagneuse : MOI, JE CHOISIS l'Université de Likasi

Pour la vie sociale et pour mon meilleur avenir : MOI, JE CHOISIS l'Université de Likasi

Pour l'amélioration de la vie et le développement de mon pays : MOI, JE CHOISIS L'UNILI.

NE VOUS FAITES PAS DE LA PEINE, IL N'Y A PAS MEILLEUR QUE DANS CETTE UNIVERSITÉ !

La Faculté de droit à l'Université de Likasi : mon premier choix

Pourquoi ? Mais parce que ...

Je deviens Licencié en droit dans 5 ans

Quatre Départements regroupant plus ou moins 1000 étudiantes et étudiants qui suivent des enseignements de qualité dans un programme national. Une Faculté dans une Université qui permet aux étudiant(es) d'assimiler les enseignements et d'échanger directement avec leurs enseignants. Dans un espace et sur un site aéré (à Mivuka). Choisissez votre Département parmi les suivants :

I. Département de droit général : Graduat en droit (3 ans)

Premier graduat droit (1 an) ; Deuxième graduat droit (1 an) ; Troisième graduat droit (1 an) et choisir parmi les trois Départements : Département de droit économique et social ; Département de droit privé et judiciaire et Département de droit public.

II. Licence en droit (2 ans), prolonger votre choix en Licence :

Département de droit économique et social ; Département de droit privé et judiciaire et Département de droit public.

III. Programme de Diplôme d'Études Approfondies et de Doctorat en droit

Ne vous inquiétez pas! Les Diplômes délivrés par l'Université de Likasi étant reconnus et ses Diplômés appréciés aux niveaux national et international, les finalistes de la Faculté de droit qui souhaiteraient poursuivre leurs études de 3^{ème} cycle sont autorisés. à le faire sans inquiétude ni obstacle dans n'importe quelle Université congolaise et/ou internationale autorisée à organiser ce programme (DESS., DEA et doctorat) en droit.

Allez-y... la RDC a besoin de vous et le monde vous attend !

LMD à L'UNILI

(Imprimé)

© *Revue générale de droit et interdisciplinaire*
Likasi 2022

Dépôt légal : 12.20.2022.27 IV^{ème} trimestre 2022
Décembre 2022

Presses universitaires de Likasi