« Répression des infractions graves et respect des principes de droit : le cas de la Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu »

Par Pacifique Muhindo Magadju*

Résumé

Lorsqu'un Etat est menacé dans son intégrité territoriale ou que des troubles graves empêchent le fonctionnement régulier et normal de ses institutions, il doit prendre des mesures nécessaires afin de sauver la démocratie et mettre fin à l'instabilité.

Dans cette perspective, l'Etat peut restreindre l'exercice de certains droits et libertés de ses citoyens, dans le respect des règles constitutionnelles et légales, matérielles et procédurales relatives à ces restrictions. C'est dans cette perspective que fut promulguée l'ordonnance n° 08/003 du 09 janvier 2008 portant implantation d'une Cour militaire opérationnelle pour faire face à la situation créée par les groupes armés dont le Congrès National pour la Défense du Peuple et le M23 dans les provinces du Nord et Sud Kivu.

Cependant, les arrêts de la Cour militaire opérationnelle ne sont susceptibles d'aucun recours ordinaire ou extraordinaire conformément aux articles 87, 276 et 279 du code judiciaire militaire. Or, les articles 61 et 156 al.2 de la Constitution instituent le droit à un recours parmi les droits indérogeables quelles que soient les circonstances. Depuis 2008, la Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu a rendu beaucoup d'arrêts que les parties, victimes et prévenus n'ont pu attaquer ni en appel, ni en opposition.

Il se pose dès lors le problème de la conformité des dispositions des art.87, 276 et 279 du code judiciaire militaire à la Constitution, aux engagements internationaux relatifs aux droits de l'homme de la République Démocratique du Congo, ainsi que le sort des arrêts rendus par cette Cour.

Abstract

When a State's territorial integrity is threatened or serious disturbances prevent the normal and proper functioning of its institutions, it must take necessary measures to ensure democracy and put an end to instability.

In this context, the State may restrict the exercise of certain rights and freedoms of its citizens, subject to the constitutional and legal, material and procedural rules relating to

* Pacifique MUHINDO MAGADJU est doctorant en Droit à la Faculté de Droit et de Criminologie de la Vrije Universiteit Brussel (VUB)/ Bruxelles, Juge au Tribunal de Grande Instance de Bukavu et Chef des Travaux à la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Bukavu. Contact : mmuhindo@vub.be.

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

these restrictions. Such was the case when Ordinance N° 08/003 of 09 January 2008 on the establishment of an Operational Military Court was adopted to deal with the situation created by armed groups, most notably the National Congress for the Defense of the People and The M23 in the provinces of North and South Kivu.

However, the judgments of the Operational Military Court are not subject to any ordinary or extraordinary recourse in accordance with Articles 87, 276 and 279 of the Military Judicial Code. Articles 61 and 156 (2) of the Constitution establish the right to a remedy in respect of non-derogable rights in all circumstances. Since 2008, the Operational Military Court of North Kivu has made many judgments that the parties, victims and defendants were not able to appeal or oppose.

Therefore, there are issues of conformity when dealing with the provisions of Arts. 87, 276 and 279 of the Military Judicial Code and the Constitution, the international human rights commitments of the Democratic Republic of the Congo and the fate of the Judgments of this Court.

INTRODUCTION

Pour assurer une bonne justice répressive, la procédure pénale consacre non seulement la possibilité de l'examen successif d'une affaire par deux juridictions d'un degré différent, mais aussi la possibilité pour la même juridiction de rétracter sa décision ou encore la possibilité pour une haute juridiction d'exercer un contrôle de la légalité des actes pris par les juridictions inférieures. Il s'agit du droit d'exercer un recours contre un jugement qui est un droit fondamental. Sous le titre II de la Constitution de la République Démocratique du Congo (ci-après RD Congo) portant sur les droits civils et politiques, l'article 21 dispose que « le droit de former un recours contre un jugement est garanti à tous. Il est exercé dans les conditions fixées par la loi ».[1]

La règle du double degré de juridiction s'impose au législateur, « non seulement en ce qui concerne le jugement de l'action publique, mais aussi le jugement de l'action civile exercée par la victime dans la mesure où son non-respect serait nécessairement générateur d'inégalités devant la justice ».[2]

Les lois nationales et les traités internationaux n'interdisent pas qu'un Etat puisse restreindre l'exercice de certains droits et libertés publiques ou y déroger, sous réserve de respecter les conditions légales requises, et que la dérogation ou restriction ne concerne les

1 Art. 21 al.2 de la 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, in journal officiel de la République Démocratique du Congo (ci-après *JORDC*), 53ième année, n° 3, Kinshasa, 1er février 2011. (Ci-après Constitution de la RD Congo du 18 février 2006).

2 Décision du Conseil constitutionnel du 19 -20 janvier 1981 (J O 22 Janvier 1981, P. 313) cité par *Bernard BOULOC*, Procédure pénale, 24ième éd., Paris, 2014, p.24, note au bas de page 1.

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

droits intangibles. L'article 11 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples consacre cette possibilité.[3]

En effet, lors qu'une démocratie est menacée dans son fonctionnement et dans ses manifestations, elle ne peut, sous peine de renoncer à son identité, que répliquer avec autorité attachée aux moyens de l'Etat de droit. « Face à une crise majeure (guerre, entreprise de déstabilisation, etc.), que le gouvernement n'est pas parvenu à juguler, il appartient à celui-ci, en vue d'assurer la continuité de l'Etat, de prendre toutes les mesures exigées par les circonstances »[4].

Ainsi, l'article 85 de la Constitution de la R.D. Congo dispose que « lorsque des circonstances graves menacent, d'une manière immédiate, l'indépendance ou l'intégrité du territoire national ou qu'elles provoquent l'interruption du fonctionnement régulier des institutions, le Président de la République proclame l'état d'urgence ou l'état de siège, après concertation avec le Premier ministre et les Présidents des deux Chambres, conformément aux articles 144 et 145 de la présente Constitution ».[5]

Par ailleurs, le code judiciaire militaire dispose qu'« en cas de guerre ou dans toutes autres circonstances exceptionnelles de nature à mettre en péril la vie de la nation, notamment les menaces de guerre, de rébellion ou d'insurrection armées, il est établi dans les zones d'opération de guerre, des Cours militaires opérationnelles qui accompagnent les fractions de l'armée en opération ».[6]

C'est dans cette perspective que fut instituée, depuis l'entrée en vigueur de la Constitution congolaise actuelle en 2006, la Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu en 2008.[7] Celle-ci qui siège depuis lors, a déjà rendu plusieurs arrêts et semble être devenue permanente.

Cependant, les articles 87, 276 et 279 du code judiciaire militaire organisant les modalités d'exercice du droit au recours, disposent que « les arrêts rendus par les Cours militaires opérationnelles ne sont susceptibles d'aucun recours »; « qu'excepté les arrêts rendus par les Cours militaires opérationnelles, les arrêts et jugements des Cours et Tribunaux militaires sont susceptibles d'opposition et d'appel »;et enfin « qu'excepté les arrêts rendus par

3 L'art.11 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 26 juin 1981 dispose que « Toute personne a le droit de se réunir librement avec d'autres. Ce droit s'exerce sous la seule réserve des restrictions nécessaires édictées par les lois et règlements, notamment dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté d'autrui, de la santé, de la morale ou des droits et libertés des personnes ». Voir Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 26 juin 1981, in Journal officiel du Zaïre (ci-après J.O.Z.), n° spécial, juin 1987, p. 7. (Ci-après Charte africaine des droits de l'homme et des peuples).

4 *Jean GICQUEL*, Droit constitutionnel et institutions politiques, 17ième éd., Paris, 2001, p.556.

5 Art. 85 de la Constitution de la RD Congo du 18 février 2006, *supra* note 1.

6 Art. 18 de la loi n°023/2002 du 18 novembre 2002 portant code judiciaire militaire, in *JORDC,* n° spécial, Kinshasa, 20 mars 2003. (Ci-après Code judicaire militaire).

7 La Cour Militaire Opérationnelle du Nord Kivu a été instituée par l'ordonnance n° 08/003 du 09 janvier 2008 portant implantation d'une Cour Militaire Opérationnelle, in JORDC, n° 2, 49ième année, Kinshasa, 15 janvier 2008.

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

les Cours militaires opérationnelles, pendant les circonstances prévues à l'article 18 ci-dessus, les arrêts et jugements rendus par les juridictions militaires sont susceptibles d'annulation et de révision conformément aux dispositions du présent code».[8]

Or, abordant les droits auxquels il ne peut être dérogé, même en temps de guerre ou des circonstances exceptionnelles, la Constitution cite le droit à un recours.[9]

Les dispositions sus indiquées intéressent notre étude d'abord parce qu'elles soulèvent la question de la compatibilité des articles 87, 276 et 279[10] du code judiciaire militaire avec les dispositions constitutionnelles. Ensuite celle du sort des arrêts rendus par cette Cour.

Ces questions revêtent une grande importance car il s'agit de concilier les articles 21, 61 et 156 de la Constitution sur le droit d'exercer un recours contre un jugement et son caractère intangible d'un côté, avec, de l'autre côté, les circonstances de péril de la nation qui accompagnent l'institution d'une Cour militaire opérationnelle.

La présente étude démontera que les dispositions des articles 87, 276 et 279 du code judiciaire militaire sont contraires à la Constitution, plus précisément aux articles 61 et 156 al.2 et ne doivent donc recevoir effet. Elle indiquera aussi que les arrêts rendus par cette Cour n'étant plus susceptibles d'aucun recours possible, le moyen le plus efficient pour les annuler et anéantir par-là les articles 87, 276 et 279 du code judiciaire militaire, est d'en soulever l'exception d'inconstitutionnalité devant la même Cour.

Pour s'en rendre compte, il est loisible d'examiner d'abord les conditions de dérogation à l'exercice des droits et libertés (A), avant de traiter de la question de l'inconstitutionnalité des articles 86, 176 et 279 du code judiciaire militaire (B)

A. Des conditions de dérogation à l'exercice des droits et libertés en droit congolais.

En temps de paix, l'Etat dispose de la plénitude de ses moyens pour remplir ses obligations et donner effet à tous les droits et libertés de ses citoyens. C'est en période de troubles, d'insécurité ou des conflits armés que les individus ont besoin d'une protection renforcée[11]. Les conventions internationales autorisent les Etats à déroger à des nombreux droits de l'homme dans certaines situations telles que les troubles, les tensions internes ou les conflits armés.[12]

8 Art. 87, 276 et 279 du Code judiciaire militaire, *supra* note 6.

9 Art. 61 et 156 al. 2 de la Constitution de la RD Congo du 18 février 2006, *supra* note 1.

10 L'art. 87 dispose que « les arrêts rendus par les Cours militaires opérationnelles ne sont susceptibles d'aucun recours »; l'art.276 quant à lui opine que « qu'excepté les arrêts rendus par les Cours militaires opérationnelles, les arrêts et jugements des Cours et Tribunaux militaires sont susceptibles d'opposition et d'appel »; et enfin l'art.279 dispose que « qu'excepté les arrêts rendus par les Cours militaires opérationnelles, pendant les circonstances prévues à l'article 18 ci-dessus, les arrêts et jugements rendus par les juridictions militaires sont susceptibles d'annulation et de révision conformément aux dispositions du présent code».

11 *Françoise BOUCHET-SAULNIER*, Dictionnaire pratique du droit humanitaire, Paris, 2013, p.300.

12 *BOUCHET-SAULNIER supra note 11.*

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

C'est donc seulement en cas de guerre ou des circonstances de l'article 85 de la Constitution et 18 du code judiciaire militaire que peut intervenir la dérogation à l'exercice des droits. La mise en œuvre de cette « dictature constitutionnelle ou légale »[13], est subordonnée à deux séries de conditions tant factuelles que formelles qui justifient l'institution d'une Cour militaire opérationnelle.

I. Les conditions de fond pour la dérogation à l'exercice des droits et libertés.

Deux conditions cumulatives qui se situent dans un rapport causal découlent de l'article 85 de la Constitution. Il s'agit de l'existence des circonstances graves d'une part, et du caractère susceptible d'interrompre le fonctionnement régulier des institutions par ces circonstances d'autre part.

1. De l'existence des circonstances exceptionnelles.

Les circonstances exceptionnelles peuvent être entendues, au regard de l'article 85 de la Constitution et 18 du code judiciaire militaire, comme étant celles qui menacent, d'une manière immédiate, l'indépendance ou l'intégrité du territoire national ou qui provoquent l'interruption du fonctionnement régulier des institutions.

Cette première condition consiste donc en une menace, qualifiée de grave et immédiate, découlant d'une guerre civile, d'une guerre générale à caractère insurrectionnelle, d'une subversion militaire ou terroriste affectant les institutions de la République (expression englobe non seulement les pouvoirs publics, mais aussi les personnes qui localement, l'incarnent sur le plan civil et militaire), l'intégrité du territoire, l'indépendance de la nation ou l'exécution de ses engagements internationaux.[14]

Les circonstances exceptionnelles pouvant expliquer une dérogation à l'exercice d'un droit ou d'une liberté ainsi que l'implantation d'une Cour militaire opérationnelle, se caractérisent, au regard des dispositions constitutionnelles, par la proclamation de l'état de guerre, de l'état de siège ou de l'état d'urgence[15].

La loi congolaise parle des circonstances exceptionnelles, de l'état d'urgence ou de l'état de siège sans en donner la définition. On doit dès lors se référer à la doctrine, faute de jurisprudence congolaise pour ce faire.

13 *GICQUEL*, *supra note 4*, p.557.

14 *GICQUEL*, *supra note 4*, p.557.

15 Ceci découle directement de l'art.85 de la Constitution qui dispose que « lorsque des circonstances graves menacent, d'une manière immédiate, l'indépendance ou l'intégrité du territoire national ou qu'elles provoquent l'interruption du fonctionnement régulier des institutions, le Président de la République proclame l'état d'urgence ou l'état de siège, après concertation avec le Premier ministre et les Présidents des deux Chambres, conformément aux articles 144 et 145 de la présente Constitution ».

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

Par*« état de siège »*, il faut entendre « un régime restrictif des libertés publiques pouvant être appliqué sur tout ou partie du territoire en cas de menace étrangère ou d'insurrection, et caractérisé par l'accroissement du contenu des pouvoirs ordinaires de police, par la possibilité d'un dessaisissement des autorités civiles par les autorités militaires, et par l'élargissement de la compétence des tribunaux militaires ».[16] Ce régime peut également être invoqué pour justifier certaines dérogations à des engagements internationaux de protection des droits de l'homme, sous réserve toutefois des droits désignés comme indélogeables par ces instruments.[17]

« *L'état d'urgence »* est « un régime restrictif des libertés publiques pouvant être appliqué par une loi sur tout ou partie du territoire national, caractérisé surtout par l'extension des pouvoirs ordinaires des autorités civiles ».[18]

« *L'état de guerre »* quant à lui est « une situation résultant, dans l'ordre interne et dans l'ordre international, de ce que deux ou plusieurs Etats sont en guerre entre eux ».[19]Dans l'ordre international, cette situation n'est pas subordonnée à une déclaration de guerre. Un simplet état de fait des hostilités suffit.[20]Le droit interne peut utiliser les mêmes notions ou celles de temps de guerre à ses propres fins, en lui donnant un sens distinct. L'existence d'un temps de guerre sur le plan interne entraine l'application des divers régimes d'exception.[21]

L'état de guerre suppose donc un conflit armé. Celui-ci existe « chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat ».[22]

Il faut déduire de la définition donnée qu'il existe deux types des conflits armés : les conflits armés internationaux qui se déroulent entre deux ou plusieurs Etats, et les conflits armés non internationaux correspondant aux affrontements entre un gouvernement et un mouvement armé rebelle, ou entre groupes armés indépendants[23].

Ces circonstances exceptionnelles doivent être de nature à déstabiliser les institutions.

16 *Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT* (dir.), Lexique des termes juridiques, 12ième éd., Paris, 1999, pp.233-234.

17 *Jean SALMON* (dir.), Dictionnaire du droit international public, Bruxelles, 2001, p. 468.

18 *GUILLIEN et VINCENT* (dir.), *supra note 16*, p. 234.

19 *SALMON* (dir.), *supra note 17.*, p. 466.

20 *SALMON* (dir.), *supra note 17.*, p. 466.

21 *SALMON* (dir.), *supra note 1.*, pp 466 et 467.

22 Voir TPIY, Affaire Le Procureur c. Dusco Tadic alias « Dule », Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, Ch. d'appel, arrêt du 2 octobre 1995 para. 70; TPIY, Affaire Le Procureur c. Anto Furundzija, Ch. de Ière Inst., jugement du 10 décembre 1998, para. 59; TPIY, Affaire Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et consorts, Ch. d'appel, arrêt du 12 juin 2002, para. 56; CPI, Affaire Le Procureur c. Thomas LUBANGA, ch. de Ière inst. II, jugement du 14 mars 2012, para. 533.

23 Voir *Juliette ANCELLE*, « Les crimes de guerre dans les conflits armés non internationaux », *dans Laurent MOREILLON, Aude BICHOVSKY et Maryam MASSROUR*I (éds.), Droit pénal Humanitaire, 2ème éd., Série II, vol.5, coll. latine, Bâle, Bruxelles, 2009, pp.117-143, p.122.

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

2. Des circonstances susceptibles d'interrompre le fonctionnement régulier des institutions.

Cette seconde condition de fond revêt un caractère complémentaire et limite avantageusement la première. La menace dont il s'agit doit aboutir à un résultat tangible : l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels[24]. Les pouvoirs publics dont il s'agit ici doivent être entendus au sens large. Il s'agit de tous les pouvoirs de l'Etat au niveau national, provincial et local. A défaut des circonstances remplissant une telle caractéristique, il ne saurait donc entre dérogé à un droit ou une liberté.

3. Des conditions relatives à l'institution d'une Cour militaire opérationnelle.

Les conditions dans lesquelles peut être instituée une Cour militaire opérationnelle découlent de l'art.18 du code judicaire militaire. En effet, dispose-t-il, « en cas de guerre ou dans toutes autres circonstances exceptionnelles de nature à mettre en péril la vie de la nation, notamment les menaces de guerre, de rébellion ou d'insurrection armées, il est établi dans les zones d'opération de guerre, des Cours militaires opérationnelles qui accompagnent les fractions de l'armée en opération »[25].

Deux conditions découlent de cette disposition. La première, c'est en cas de guerre. Cette condition suppose un conflit armé interne ou international déjà déclenché sur le territoire de la RD Congo.

La seconde condition, c'est l'existence des circonstances exceptionnelles. Celles-ci doivent, comme il appert de l'art.18, être de nature à mettre en péril la vie de la nation, notamment les menaces de guerre, de rébellion ou d'insurrection armées. Il nous semble que ces deux conditions ne sont pas cumulatives en témoigne la proposition disjonctive « ou » employé à l'art.18 du code judiciaire militaire.

Ces conditions prévues par le code judiciaire militaire rentrent dans les prévisions de l'art.85 de la Constitution qui, lui, « circonstances graves qui menacent, d'une manière immédiate, l'indépendance ou l'intégrité du territoire national ou qui provoquent l'interruption du fonctionnement régulier des institutions ».

Ces deux dispositions ont une même portée dans la mesure où la guerre, les menaces de guerre, de rébellion ou d'insurrection armée sont des circonstances graves qui menacent d'une manière immédiate, l'indépendance ou l'intégrité du territoire national et/ou qui peuvent provoquer l'interruption du fonctionnement régulier des institutions au niveau national, provincial ou régional.

Dès lors, une Cour militaire opérationnelle ne peut être instituée que si les circonstances envisagées à l'art.85 de la Constitution et à l'art.18 du code judiciaire militaire sont réunies. Ces circonstances se rapportent aux conditions de fond pour déroger aux droits et libertés publiques.

24 Ceci découle des articles 85 de la Constitution et 18 du code judiciaire militaire lorsqu'ils parlent de « circonstances exceptionnelles de nature à mettre en péril la vie de la nation ».

25 Art. 18 du code judiciaire militaire, *supra note* 6.

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

En R.D. Congo, ces deux conditions de fond étaient réunies et justifiaient dès lors l'institution de la Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu. En effet, des larges portions du territoire national étaient occupées par la rébellion armée du Congrès National pour le Défense du Peuple[26] (ci-après CNDP) ainsi que par les milices insurrectionnelles mai-mai[27]qui percevaient des impôts et taxes et qui nommaient des autorités administratives, etc.

Ces circonstances ont formellement pris fin par les accords de paix de Goma du 23 mars 2009 signés entre le gouvernement de la R.D. Congo et le CNDP, et d'autre part, entre le gouvernement et les mouvements rebelles mai- mai, sous la facilitation des Nations Unies et de l'Union Africaine.[28]

Aussi, ces accords n'apportèrent point la paix, car plus tard, soit en avril 2012, le groupe armé rebelle surnommé le Mouvement du 23-mars déclencha les hostilités en menant des attaques armées contre les populations civiles et l'armée, et en occupant une partie du territoire national dont la capitale de la province du Nord Kivu, une partie des territoires de Rutshuru, de Masisi et de Nyiragongo, avant l'accord de paix signé à Nairobi le 12 décembre 2013 entre le gouvernement de la RD Congo et cette rébellion du Mouvement du 23 mars.[29]

Cette description factuelle rentre sans nul doute dans les prévisions de l'art. 18 du code judiciaire militaire et justifient donc la mise en place d'une Cour militaire opérationnelle dans cette région, mais cela devrait suivre des formalités requises.

II. Des conditions de forme pour la dérogation à l'exercice des droits et libertés.

Les articles 144 et 145 de la Constitution précisent la procédure ou les conditions de forme pour décréter l'état d'urgence, ou l'état de siège, préalables à l'implantation de la Cour militaire opérationnelle et à la limitation de l'exercice des droits des citoyens. En effet, dispose article 144, « en application des dispositions de l'article 85 de la présente Constitution[30], l'état de siège, comme l'état d'urgence, est déclaré par le Président de la République.

26 *Roland POURTIER*, « Le Kivu dans la guerre : acteurs et enjeux », disponible sur http://echogeo.revues.org/10793, consulté le 08 janvier 2015, pp.1-13, pp.1 à 4.

27 *Georges BERGHEZAN*, Les groupes armés actifs en République Démocratique du Congo. Situation dans le « grand Kivu » au 2ème semestre 2013, les rapports du GRIP 2013/11, Bruxelles, 2013, pp.8 à 10.

28 Accord de paix entre le Gouvernement de la République Démocratique du Congo et le Congrès National pour la Défense du Peuple, Goma, 23 Mars 2009 disponible sur www.droitcongolais.info/.../4.35.1.-Accord-de-paix-du-23-mars-2009_Gouvernemen...

29 Accord de paix entre le gouvernement de la République Démocratique du Congo et le Mouvement du 23 mars, Nairobi, 12 décembre 2013. www.congoforum.be/upldocs/Nairobi-M23-Kampala%20Declaration.pdf.

30 L'art.85 de la constitution de la RD Congo dispose que « Lorsque des circonstances graves menacent, d'une manière immédiate, l'indépendance ou l'intégrité du territoire national ou qu'elles provoquent l'interruption du fonctionnement régulier des institutions, le Président de la République proclame l'état d'urgence ou l'état de siège après concertation avec le Premier ministre et les Présidents des deux Chambres conformément aux articles 144 et 145 de la présente Constitu-

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

L'Assemblée nationale et le Sénat se réunissent alors de plein droit. S'ils ne sont pas en session, une session extraordinaire est convoquée à cet effet conformément à l'article 116 de la présente Constitution… L'état d'urgence ou l'état de siège peut être proclamé sur tout ou partie du territoire de la République pour une durée de trente jours. *L'ordonnance proclamant l'état d'urgence ou l'état de siège cesse de plein droit de produire ses effets après l'expiration du délai prévu à l'alinéa trois du présent article*, à moins que l'Assemblée nationale et le Sénat, saisis par le Président de la République sur décision du Conseil des ministres, n'en aient autorisé la prorogation pour des périodes successives de quinze jours… ».[31]

De son côté, l'article 145 stipule qu'« en cas d'état d'urgence ou d'état de siège, le Président de la République prend, par ordonnances délibérées en Conseil des ministres, les mesures nécessaires pour faire face à la situation. *Ces ordonnances sont, dès leur signature, soumises à la Cour constitutionnelle qui, toutes affaires cessantes, déclare si elles dérogent, ou non à la présente Constitution* ».[32]

Ces dispositions déterminent la procédure à suivre pour constater les circonstances exceptionnelles. Si l'autorité compétente pour proclamer l'état de siège ou d'urgence est le Président de la République, les conditions procédurales à suivre sont la saisine du parlement qui autorise la prise de cette mesure pour une durée de 30 jours, et qui peut la renouveler pour des périodes successives de 15 jours. Pour faire face à cette situation de péril, le Président de la République prend par ordonnances délibérées en conseil des ministres, et soumises à la procédure de contrôle *a priori* de constitutionnalité par la Cour constitutionnelle. Il doit aussi adresser un message à la nation, ce qui implique la justification de son bon droit d'agir, en vue d'emporter son adhésion.

Parmi les mesures à prendre, il y a lieu de noter notamment l'implantation d'une Cour militaire opérationnelle. En effet, celle-ci ne peut être instituée, au regard de l'art.18 du code judiciaire militaire, qu'en cas de guerre ou des circonstances exceptionnelles de nature à mettre en péril la vie de la nation[33]. Or, les art.144 et 145 de la Constitution indiquent la procédure à suivre pour mettre en œuvre les mesures idoines afin de faire face aux périls de la nation ou au dysfonctionnement des institutions de la République à tous les niveaux des pouvoirs publics. Les périls doivent être ceux prévus àl'art.85 de la Constitution et qui sont identiques à ceux de l'art.18 du code judiciaire militaire[34].

tion. Il en informe la nation par un message. Les modalités d'application de l'état d'urgence et de l'état de siège sont déterminées par la loi ».

31 Art. 144 de la Constitution de la RD Congo du 18 février 2006, *supra note* 1. Les soulignés sont les nôtres.

32 Art. 144 et 145 de la Constitution de la RD Congo du 18 février 2006, *supra note* 1. Les soulignés sont les nôtres.

33 Voir *supra* 3.

34 Voir *supra* 2 et 3. Le code judiciaire militaire est antérieur à la Constitution. Il ne reprend que les conditions de fond, mais la Constitution en ses art.144 et 145 prévoit les conditions de forme pour

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de relever que les préalables de forme à l'institution d'une Cour militaire opérationnelle n'avaient pas été observées. En effet, le Président de la République n'a jamais proclamé l'état d'urgence ou de siège au Nord Kivu ou sur toute autre partie du territoire national. Le Parlement n'a jamais été saisi pour ce faire, et la Cour Constitutionnelle n'a jamais été saisie pour vérifier la constitutionnalité de l'ordonnance n° 08/003 du 09 janvier 2008 portant implantation la Cour militaire opérationnelle. Dès lors, on est en droit de conclure que celle-ci avait été instituée en violation des formalités constitutionnelles. Ceci soulève sans doute la question du sort des arrêts rendus par cette Cour, voire le sort de celle-ci elle-même.

B. Des problèmes soulevés par les arrêts de la Cour militaire opérationnelle et des articles 87, 276 et 279 du code judiciaire militaire.

Les règles de procédure pénale sont, pour le justiciable, certainement aussi importantes que celles qui président à l'élaboration du droit pénal[35]. Elles doivent être prises en conformité avec le droit national et international sur les droits de l'homme. Si les dérogations sont admises, elles ne peuvent l'être que dans le strict respect de la légalité et de la constitutionnalité des mesures prises ou à prendre (I), mais si les décisions ont été prises en violation de la loi ou de la constitution, elles doivent être anéanties conformément au système juridique en place (II).

I. De l'inconstitutionnalité des articles 87, 276 et 279 du code judiciaire militaire.

Les droits de la défense font parties des principes généraux de droit. Il en est aussi du droit à un double degré de juridiction qui est un principe général de droit consacré par la constitution et constant dans la jurisprudence judiciaire[36], et bénéficie d'une protection indirecte dans la jurisprudence constitutionnelle par l'intermédiaire du principe de l'égalité des citoyens[37].

L'implantation d'une Cour militaire opérationnelle n'est pas illégale ni anti constitutionnelle dans la mesure où la Constitution laisse à la loi les soins de fixer les règles de

mettre en œuvre les mesures à prendre pour faire face aux périls créés par la survenance des conditions prévus à l'art.85 de la Constitution et 18 du code judicaire militaire.

35 *Bernard BOULOC*, Procédure pénale, 24ième éd., Paris, 2014, p.24.

36 Voir cass. Crim. 10 janvier 1980, Bull. crim. n° 18; Cass. Crim. 24 février 1981, Bull. crim. n° 69, cité par *Aurélie CAPPELLO*, La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, tome 58, Paris, 2014, p.120, note au bas de page 21.

37 Le principe de l'égalité de tous les congolais devant la loi est consacré à l'art. 12 de la Constitution de la RD Congo qui dispose que « tous les congolais sont égaux devant la loi et ont droit à une égale protection des lois ». Pour une étude sur la protection pénale du droit à l'égalité, voir *CAPPELLO, supra note* 36, pp.119-130.

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

compétence, d'organisation et de fonctionnement des juridictions militaires.[38] En l'espèce, il s'agit de la loi n° 023/2002 du 18 novembre 2002 portant code judiciaire militaire, qui à l'article 18, prévoit la possibilité d'instituer une Cour militaire opérationnelle lors que les conditions qu'elle envisage sont réalisées[39].

La faculté de déroger à certains droits et libertés est consacrée en droit international[40] et en droit interne.[41] Cependant, cela n'est pas non plus un droit absolu des Etats. Ils doivent respecter un double formalisme : celui de la procédure nationale de dérogation et celui de la procédure internationale de notification des dérogations, justifiées par des actions de défense, de la sécurité et de l'ordre public national.[42]

Ainsi par exemple, le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques stipule que «dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international… La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (paragraphes 1 et 2), 11, 15, 16 et 18. Les Etats parties au présent Pacte qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, signaler aussitôt aux autres Etats parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations ».[43]

Le droit congolais se conformant au droit international a déterminé à l'avance les droits et principes intouchables, quelques soient les circonstances. En effet, l'article 61 de la Constitution dispose « qu'en aucun cas, et même lorsque l'état de siège ou l'état d'urgence aura été proclamé conformément aux articles 85 et 86 de la présente Constitution, il ne peut être dérogé aux droits et principes fondamentaux énumérés ci-après :1. le droit à la vie…5. les droits de la défense et le droit de recours…».[44]L'article 156 al.2 ajoute « qu'en temps de guerre ou lorsque l'état de siège ou d'urgence est proclamé, le Président de la République, par une décision délibérée en conseil des ministres, peut suspendre sur tout ou partie de la République et pour la durée et les infractions qu'il fixe, l'action répressive des Cours et Tri-

38 Art. 149 al.6 et 156 al. 3 de la Constitution de la RD Congo du 18 février 2006, *supra note* 1.

39 Voir *supra* 3.

40 Art. 11 charte africaine des droits de l'homme et des peuples; art. 4 du Pacte International relatif aux Droits Civiques et Politiques; art. 15 Convention européenne des droits de l'homme; art. 27 de la Convention américaine des droits de l'homme.

41 Art. 143 al.3 et 156 de la Constitution de la RD Congo du 18 février 2006, *supra note* 1.

42 *BOUCHET-SAULNIER, supra note 11*, p. 301.

43 Art. 4 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques du 16 décembre 1966, in *JORDC*, n° spécial, avril 1999, p. 21.

44 Art. 61 de la Constitution de la RD Congo du 18 février 2066, *supra note* 1.

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

bunaux de droit commun au profit de celle des juridictions militaires. *Cependant, le droit d'appel ne peut être suspendu* ».[45]

La Constitution consacre ainsi le droit à l'exercice des voies de recours parmi les droits intangibles auxquels aucune loi ne peut porter atteinte, quelles que soient les circonstances et pour quelque motif que ce soit.

La Constitution étant la loi suprême du pays, toutes les autres lois et toutes les mesures prises en exécution des lois, doivent être conformes à ses prescrits et principes. Ainsi, les articles 87, 276 et 279 du code judiciaire militaire qui indiquent que les arrêts de la Cour Militaire Opérationnelle ne peuvent être susceptible de recours ordinaire (appel et opposition) ou extraordinaire (cassation et révision) sont inconstitutionnels car ils violent les prescrits des articles 21, 61 et 156 al.2 de la Constitution. Ils ne devraient donc recevoir aucune application.

Selon le comité des droits de l'homme, l'art.4 du PIDCP (qui consacre le régime de dérogations) ne peut en aucun cas être invoqué pour justifier des dérogations aux garanties procédurales qui porteraient atteinte aux droits indérogeables, y compris dans les situations d'urgence.[46]

De même, il nous semble que l'ordonnance n° 08/003 du 09 janvier 2008 portant implantation de la Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu, ait été prise en violation de la procédure constitutionnelle, non seulement parce qu'elle a été promulguée sans que la Cour constitutionnelle n'ait exercé un contrôle *a priori* de constitutionnalité[47], mais aussi car les conditions prévues à l'art.18 du code judiciaire militaire n'ont pas été formellement constatées.

En effet, l'article 18 du code judiciaire militaire indique qu'une Cour militaire opérationnelle ne peut être implantée qu'en cas de guerre ou des circonstances exceptionnelles mettant en péril la nation. Pour faire face à la guerre ou aux périls, entre autres mesures que le Président de la République peut prendre, il y a l'institution d'une Cour militaire opérationnelle. Or, la Constitution en ses articles 144 et 145 donne la procédure à suivre pour prendre des mesures afin de faire aux circonstances des art.85 de la Constitution et 18 du code judiciaire militaire.

Dans le cas d'espèce, l'ordonnance n° 08/003 du 09 janvier 2008 portant implantation de la Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu n'a pas respecté la procédure prévue aux

45 Art. 156 al.2 de la Constitution de la RD Congo du 18 février 2066, *supra note* 1. Les soulignés sont les nôtres.

46 Voir Comité des droits de l'homme, Etats d'urgence (Article 4), Observation générale n° 29, 2001, para.15-16; Comité des droits de l'homme, droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (article 14), Observation générale n° 32, 2007, para.6.

47 La Cour constitutionnelle est investie de la compétence de contrôler *a priori*, c'est-à-dire avant leur promulgation, la constitutionnalité de lois, de certains actes ayant force de loi, des actes pris en application de la loi, etc. Voir en ce sens l'art. 46 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle, in *JORDC*, n° spécial, Kinshasa, 18 octobre 2013. (Ci-après portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle).

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

articles144 et 145 de la constitution et 46[48] de la loi n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle. Elle a donc été promulguée en violation de la Constitution.

Aussi, la Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu semble être devenue une juridiction permanente ou quasi permanente car elle siège sans interruption depuis 2008 à ce jour, et les autres juridictions civiles et militaires dont la Cour Militaire du Nord Kivu, du même ordre et même rang, continuent à fonctionner, alors que les mesures exceptionnelles doivent être temporaires. Elle a rendu un certain nombre d'arrêts y compris pour les faits constitutifs des crimes de guerre[49] et de crimes contre l'humanité[50]. Les arrêts rendus par la Cour Militaire opérationnelle du Nord Kivu n'ayant été invalidés par une action en d'inconstitutionnalité, continuent donc à produire leurs effets.

La question qui se pose est celle de savoir comment en obtenir l'anéantissement et devant quelle juridiction.

II. Du sort des arrêts rendus par la Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu.

La constitutionnalité des lois promulguées peut être mise en cause.[51] En effet, la loi donne la possibilité à toute personne de saisir la Cour constitutionnelle par une action en inconstitutionnalité d'une loi. En effet, toute personne peut saisir la Cour pour inconstitutionnalité de tout acte visé à l'article 43 de la présente loi organique à l'exception des traités et accords internationaux.[52] L'article 43 concerne notamment les lois, les actes ayant force de loi, etc. La constitution devient un moyen pour un justiciable de défendre ses droits contre la loi.

La Cour militaire opérationnelle elle-même, est incompétente pour statuer sur la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi. Les exceptions soulevées à cet effet sont portées devant la Cour constitutionnelle qui statue toute affaires cessantes.[53] Dans ce cas la

48 L'art. 46 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle dispose que « les ordonnances prises après délibération en conseil des ministres par le Président de la République, en cas d'état d'urgence ou de siège sont, dès leur signature, soumises à la Cour (Constitutionnelle). La Cour déclare, toutes affaires cessantes, si elles dérogent ou non à la Constitution. Ces ordonnances ne peuvent être mises en application que dans le respect des dispositions de l'article 61 de la Constitution ».

49 Voir Affaire Minova, Cour Militaire Opérationnelle, Auditeur militaire supérieur opérationnel et parties civiles c. NZALE NKUMU NGANDU et consorts, RP 003/2013, RMP 0372/BBM/013 arrêt du 5 mai 2014.

50 Voir Affaire KAKULE, Cour militaire opérationnelle, Auditeur militaire supérieur c. KAKULE MAKAMBO Richard, RP 019/014, RMP 0421/BBM/014, arrêt du 17 novembre 2014.

51 *Louis FAVOREU, Loïc PHILIP,* Les grandes décisions du conseil constitutionnel, 10ième éd., Paris,, 1999, p.630.

52 Article 48 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle, *supra note* 47.

53 Art. 74 al. 4 et 5 du Code judiciaire militaire, *supra note* 6.

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

Cour est tenue de sursoir à juger et saisir toutes affaires cessantes la Cour constitutionnelle qui doit se prononcer sur la constitutionnalité de la loi dont il s'agit.

Cependant, l'article 50 de la loi sur la Cour constitutionnelle ajoute que «le recours visé à l'article 48 de la présente loi organique n'est recevable que s'il est introduit dans les six mois suivant la publication de l'acte au Journal Officiel ou suivant la date de sa mise en application ».[54] Or la loi n° 024/2002 du 18 novembre 2002 portant code judiciaire militaire ayant été publiée au journal officiel en mars 2003, et l'ordonnance n° 08/003 du 09 janvier 2008 portant implantation d'une Cour militaire opérationnelle l'ayant été en janvier 2008 ne peuvent plus être attaquées sur cette base de saisine de la Cour constitutionnelle par voie d'action.

Le moyen efficient pour anéantir les arrêts rendus par la Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu et l'ordonnance n° 08/003 du 09 janvier 2008, c'est d'en soulever l'inconstitutionnalité devant la même par voie d'exception.

Ainsi, l'anéantissement des arrêts rendus jusque-là par la Cour militaire opérationnelle peut être obtenu par voie d'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant cette Cour. Ce qui suppose que la Cour est saisie d'un litige, et qu'une des parties soulève l'inconstitutionnalité de l'ordonnance n°08/003 du 09 janvier 2008 portant implantation d'une Cour Militaire Opérationnelle, mais aussi des articles 87, 276 et 279 du code judiciaire militaire. La Cour est, dans ce cas, tenu de sursoir jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle se prononce, et l'arrêt de celle-ci devrait bénéficier aux parties.

Dans l'affaire Minova[55], les parties civiles avaient, à l'audience du 04 décembre 2013, avant tout débat au fond, soulevé deux moyens exceptionnels. Le premier lié à la composition irrégulière de la Cour militaire opérationnelle par le fait de la présence dans la composition de deux Magistrats de la Haute Cour Militaire[56]. Le deuxième était tiré du fait que l'examen de la cause par une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours est une violation de la Constitution et des instruments internationaux ratifiés par la RD Congo. De ce fait, elles avaient sollicité de la Cour militaire du Nord Kivu de sursoir à statuer et à saisir la Cour Suprême de Justice siégeant comme Cour constitutionnelle[57].

Dans ses observations, l'Auditeur militaire supérieur, Ministère Public, avait demandé à la Cour de sursoir et de soumettre la question à l'appréciation de la Cour Suprême de Justice siégeant comme Cour Constitutionnelle[58].

54 Art. 50 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle, *supra note* 47.

55 Affaire Minova, Cour Militaire Opérationnelle, Auditeur militaire supérieur opérationnel et parties civiles c. NZALE NKUMU NGANDU et consorts, RP 003/2013, RMP 0372/BBM/013 arrêt du 5 mai 2014.

56 Nous n'examinerons pas ce moyen car il ne rentre pas dans l'objet de la présente étude.

57 Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu, RP 003, RMP 0372/BBM/2013, Auditeur militaire supérieur c. NZALE NKUMU NGANDO et consorts, arrêt avant dire droit, 05 décembre 2013., p. 2.

58 Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu, RP 003, RMP 0372/BBM/2013, *supra note* 57, p.3.

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

Répondant à ce deuxième moyen, la Cour avait indiqué que « les parties civiles ne spécifient pas l'objet de l'exception qu'elles soulèvent. En effet, elles évitent de préciser s'il s'agit de la loi portant Code Judiciaire Militaire ou de l'Ordonnance n° 08/003 du 09 Janvier 2008 portant implantation d'une Cour Militaire Opérationnelle ou encore de la décision portant désignation à titre provisoire des Magistrats de la Haute Cour Militaire à cette Cour Militaire Opérationnelle »[59]. La Cour ajoute que « que faisant elles créent une confusion qui met la Cour de céans dans l'impossibilité d'apprécier si réellement il s'agit d'une exception d'inconstitutionnalité visée à l'article 76 alinéa 4 du Code Judiciaire Militaire qui entrainerait la surséance »[60], et avait déclaré ce deuxième moyen non fondé.

Deux observations découlent de cet arrêt avant dire droit. La première est que les arguments des parties civiles nous semblent moins adéquats et un peu ambiguë[61], et moins spécifiques[62].Il eut été plus adéquat d'indiquer et spécifier ce qui est contraire à la Constitution. Plus précisément, il eut été important de soulever l'inconstitutionnalité de l'ordonnance n° 08/003 du 09 janvier 2008 portant implantation de la même Cour Militaire Opérationnelle pour violation des articles 144 et 145 de la Constitution; mais aussi l'inconstitutionnalité des articles 87, 276 et 279 du code judiciaire militaire pour contrariété avec les articles 21, 61 et 156 al.2 de la Constitution.

La deuxième observation est que malgré l'ambigüité des arguments des parties civiles, il ne revenait pas à la Cour militaire opérationnelle d'y répondre, cela étant de la compétence de la Cour constitutionnelle. En effet, la Cour aurait dû sursoir conformément à l'article 162 de la Constitution[63] et attendre que la Cour suprême qui à l'époque faisait office de Cour constitutionnelle, se prononce. En rejetant ce moyen exceptionnel, la Cour l'a examiné et de ce fait, elle a statué *ultra petita et même ultra vires*.

Ce cas de l'arrêt avant dire droit de l'affaire Minova renforce l'intérêt de cette étude dans la mesure où les parties ne pouvaient même pas interjeter un appel contre cet arrêt avant dire droit, à notre point de vue *contra legem*.

59 Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu, RP 003, RMP 0372/BBM/2013, *supra note* 57*,* pp.4 et 5.

60 Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu, RP 003, RMP 0372/BBM/2013, *supra note* 57, p.5.

61 Nous déduisons cela de l'arrêt car nous n'avons pas lu, ni trouvé les notes des plaidoiries des parties civiles à cet effet. Généralement ces genres d'exceptions sont portées par conclusions orales, actées par le greffier qui est tenu de les mutiner fidèlement.

62 En effet, il est tout simplement indiqué que les parties civiles avaient soulevé une exception d'inconstitutionnalité « fait que l'examen de la cause par une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours est une violation de la Constitution et des instruments internationaux ratifiés par la R.D. Congo ».

63 Aux termes de l'articles 162 de la Constitution, « La Cour constitutionnelle est juge de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant ou par une juridiction Toute personne peut saisir la Cour constitutionnelle pour inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire. Elle peut, en outre, saisir la Cour constitutionnelle, par la procédure de l'exception de l'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui la concerne devant une juridiction. *Celle-ci sursoit à statuer et saisit, toutes affaires cessantes, la Cour constitutionnelle* ». Les soulignés sont les nôtres.

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

En effet, « toute juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif est tenue de rétracter toute décision même coulée en force de chose jugée, rendue en application de tout acte législatif ou réglementaire déclaré contraire à la Constitution ou en application de tout règlement pris en exécution d'un tel acte ».[64]

De ce fait, la Cour militaire opérationnelle devrait rétracter les arrêts par elle rendus, et dans la mesure où l'ordonnance serait déclarée inconstitutionnelle, les condamnés devraient être élargis car les décisions de la Cour constitutionnelle s'imposent à tous, au-delà même du cercle des parties au procès. Elles ont en effet une autorité absolue de chose jugée, elles ne peuvent faire objet de recours et elles s'imposent à toutes les autorités publiques, administratives et juridictionnelles.[65]

Nous pensons cependant que pour lutter contre l'impunité des nouveaux procès devraient être organisés pour permettre aux victimes et aux prévenus d'accéder à la justice devant les juridictions compétentes, et dans le respect des principes de droit et de l'équité des procédures.

Dans cette perspective, dans l'éventualité d'une nouvelle condamnation, les juges et le ministère public devraient tenir compte du temps déjà passée en détention sous le régime de la décision déclarée inconstitutionnelle. L'Etat devrait aussi indemniser les prévenus acquittés alors qu'ils avaient été condamnés par la Cour militaire du Nord Kivu entant que civilement responsable de ses préposés, magistrats militaires.

CONCLUSION

Lorsqu'un Etat est menacé dans son intégrité territoriale ou que des troubles graves empêchent le fonctionnement régulier et normal de ses instituions à tous les niveaux (central, provincial ou local), il doit prendre des mesures nécessaires afin de sauver la démocratie et mettre fin à l'instabilité.

C'est ainsi qu'en cas de guerre ou de toutes circonstances de nature à mettre en péril la nation ou à entrainer le dysfonctionnement des institutions publiques, l'Etat peut restreindre l'exercice de certains droits et libertés de ses citoyens en respectant les règles constitutionnelles et légales, et le Président de la République doit prendre des mesures idoines pour y faire face. C'est dans cette perspective que fut promulguée l'ordonnance n° 08/003 du 09 janvier 2008 portant implantation d'une Cour militaire opérationnelle pour faire face à la situation créée par les groupes armés dont le CNDP et le M23 dans les provinces du Nord et Sud Kivu.

L'art.18 du code judiciaire militaire promulgué antérieurement à la Constitution, détermine les conditions pour instituer une Cour militaire opérationnelle, à savoir l'existence d'une guerre ou des circonstances qui menacent le fonctionnement normal et régulier des

64 Art. 115 de la loi organique 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, *supra note* 47.

65 *Louis FAVOREAU, Patrick GRACIA et Alii*, Droit constitutionnel, 16ième éd., Paris, 2014, p. 367.

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

institutions du pays. Ces conditions sont identiques à celles prévues à l'art. 85 de la Constitution. Néanmoins celle-ci en ses articles 144 et 145, indique la procédure à suivre pour prendre des mesures afin de faire face à la situation envisagée à l'art.85. Cette procédure n'avait pas été suivie lors de la promulgation de l'ordonnance n° 08/003 du 09 janvier 2008 ayant institué la Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu, qui est une des mesures à prendre pour combattre l'une de situations prévues à l'art.18 du code judiciaire militaire. D'où l'inconstitutionnalité de l'ordonnance n° 08/003 du 09 janvier 2008.

De même, les articles 87, 276 et 279 du code judiciaire militaire interdisent l'exercice de toute voie de recours ordinaire (appel et opposition) et extraordinaire (révision et cassation) contre les décisions de la Cour militaire opérationnelle; alors que la Constitution, en ses articles 61 et 156 al. 2, cite exactement le droit à l'exercice d'un recours contre un jugement parmi les droits auxquels il ne peut être dérogé, quelles que soient les circonstances, y compris lors qu'il y a circonstances exceptionnelles ou même lors que la compétence des juridictions civiles aura été transférée temporairement aux juridictions militaires. Les dispositions des articles 87, 276 et 279 du code judiciaire militaire sont donc manifestement inconstitutionnelles. Elles violent les droits fondamentaux des justiciables congolais consacrés par la Constitution, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Pacte International relatif aux Droits Civiques et Politiques.

Ces dispositions du code judiciaire militaires créent donc une inégalité entre les citoyens justiciables des autres juridictions et ceux qui sont jugés par la Cour militaire opérationnelle, et ce sans fondement légal ni légitime valable.

Si les parties civiles avaient soulevé l'exception d'inconstitutionnalité devant la Cour militaire opérationnelle, dans l'affaire Minova, elles n'avaient pas spécifié quelles dispositions de quelle loi étaient contraires à telle ou telle autre disposition de la Constitution et la Cour s'abrita derrière cette imprécision pour ne pas sursoir à statuer.

Il nous semble dès lors que les parties qui préconisent de soulever l'exception d'inconstitutionnalité, soit de l'ordonnance portant institution de la Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu, soit des certaines dispositions du code judiciaire militaire, devraient préciser les dispositions légales concernées ainsi que celles de la Constitution qui sont violées, afin de mieux éclairer la Cour constitutionnelle appelée à se prononcer sur l'exception. La décision à intervenir devant bénéficier à toutes les parties, y compris contre les décisions déjà coulées en force de chose jugée car elle aura un effet rétroactif.

Bibliographie indicative

A. Législation

1. 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, in *JORDC*, 53ième année, n° 3, Kinshasa, 1er février 2011.

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

2. Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques du 16 décembre 1966, in *JORDC*, n° spécial, avril 1999.
3. Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 26 juin 1981, in *J.O.Z*, n° spécial, juin 1987, p. 7.
4. Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle, in *JORDC*, n° spécial, Kinshasa, 18 octobre 2013.
5. Loi n°023/2002 du 18 novembre 2002 portant code judiciaire militaire, in *JORDC*, n° spécial, Kinshasa, 20 mars 2003.
6. Ordonnance n° 08/003 du 09 janvier 2008 portant implantation d'une Cour Militaire Opérationnelle, in *JORDC*, n° 2, 49ième année, Kinshasa, 15 janvier 2008.

B. Doctrine

1. ANCELLE Juliette, « Les crimes de guerre dans les conflits armés non internationaux », *dans* Laurent MOREILLON, Aude BICHOVSKY et Maryam MASSROURI (Ed.), **Droit pénal Humanitaire**, 2ème éd., Série II, vol.5, coll. latine, Helbing Lichtenhahn, Bâle, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp.117-143.
2. BERGHEZAN Georges, **Les groupes armés actifs en République Démocratique du Congo. Situation dans le « grand Kivu » au 2ème semestre 2013**, les rapports du GRIP 2013/11, Bruxelles, GRIP, 2013.
3. BOULOC Bernard, **Procédure pénale**, 24ième éd., Dalloz, Paris, 2014.
4. BOUCHET-SAULNIER Françoise, **Dictionnaire pratique du droit humanitaire**, Paris, La Découverte, Paris, 2013.
5. CAPPELLO Aurélie, **La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel**, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, tome 58, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2014.
6. FAVOREU Louis, PHILIP Loïc, **Les grandes décisions du conseil constitutionnel**, 10ième éd., Dalloz, Paris, 1999.
7. FAVOREAU Louis, GRACIA Patrick et alii, **Droit constitutionnel**, 16ième éd, Dalloz, Paris, 2014.
8. GICQUEL Jean, **Droit constitutionnel et institutions politiques**, 17ième éd., Montchrestien, Paris, 2001.
7. GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean (dir.), **Lexique des termes juridiques**, 12ième éd., Dalloz, Paris, 1999.
8. POURTIER Roland, « Le Kivu dans la guerre : acteurs et enjeux », *in* Echo.Géo. pp. 1-13, disponible sur http://echogeo.revues.org/10793.
9. SALMON Jean (dir.), **Dictionnaire du droit international public**, Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001.

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

C. Jurisprudence

1. Cour militaire opérationnelle du Nord Kivu, RP N° 003, RMP N° 0372/BBM/2013, Auditeur militaire supérieur c. NZALE NKUMU NGANDO et consorts, arrêt avant dire droit, 05 décembre 2013.
2. Affaire Minova, Cour Militaire Opérationnelle, Auditeur militaire supérieur opérationnel et parties civiles c. NZALE NKUMU NGANDU et consorts, RP 003/2013, RMP 0372/BBM/013 arrêt du 5 mai 2014.
3. Affaire KAKULE, Cour militaire opérationnelle, Auditeur militaire supérieur c. KAKULE MAKAMBO Richard, RP 019/014, RMP 0421/BBM/014, arrêt du 17 novembre 2014.
4. TPIY, Affaire Le Procureur c. Dusco Tadic alias « Dule », Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence, Ch. d'appel, arrêt du 2 octobre 1995.
5. TPIY, Affaire Le Procureur c. Anto Furundzija, Ch. de Ière Inst., jugement du 10 décembre 1998.
6. TPIY, Affaire Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et consorts, Ch. d'appel, arrêt du 12 juin 2002.
7. CPI, Affaire Le Procureur c. Thomas LUBANGA, ch. de Ière inst. II, jugement du 14 mars 2012.

D. Autres documents

1. Accord de paix entre le Gouvernement de la République Démocratique du Congo et le Congrès National pour la Défense du Peuple, Goma, 23 Mars 2009.
2. Accord de paix entre le gouvernement de la République Démocratique du Congo et le Mouvement du 23 mars, Nairobi, 12 décembre 2013. www.congoforum.be/upldocs/Nairobi-M23-Kampala%20Declaration.pdf

https://doi.org/10.5771/2363-6262-2016-4-649 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC