

LE DECLENCHEMENT DE PROCESSUS D'ETABLISSEMENT DES FAITS EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : JEU OU ENJEU SUR LA RESPONSABILITE PENALE

■ Méchack MANDEFU MUELA

Chef de travaux à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa
Département de Droit pénal et criminologie

Résumé

Le déclenchement d'une procédure d'établissement des faits, représente le prélude de toute action contentieuse qui en matière pénale, est considérée comme une activité judiciaire de recherche des preuves, activité qui permet de dégager la responsabilité pénale de l'auteur de l'infraction. Est un moyen efficace et rationnel de transformation des soupçons et charges en une certitude suffisante. Elle élucide les faits, établit le déroulement des hostilités ainsi que la naissance du conflit, préserve la preuve pour justice, identifie les personnes responsables et permet de les traduire en justice. ; mais l'expérience acquise au cours de ces dernières années sur les différentes situations de guerre que certains pays ont connu permet de retenir plusieurs principes et méthodes que devraient suivre normalement toutes les personnes désireuses d'assurer la fiabilité de leurs conclusions en vue de permettre à l'organe chargé de poursuite qui, en étant conscient des limites inhérentes à ce type d'exercice, pourra évaluer l'impact de ce rapport sur une éventuelle responsabilité pénale des auteurs ; d'un autre côté la présence des acteurs impliqués dans la commission des faits.

La confiance faite au droit pénal est parfois excessive, lorsque notamment des crimes sont commis et que l'opinion publique en est ébranlée¹.

La recherche en vue du strict encadrement de la procédure d'enquête, commence par la réglementation dans l'attribution des pouvoirs à chacun de ces acteurs qui désirent mettre en lumière la situation constitue le socle de cette étude, l'idée étant d'en arriver à la réévaluation du rôle de différents acteurs² intervenant au stade de la procédure d'établissement des faits. Si, à première vue, c'est la situation du Procureur qui suscite à la fois craintes et espoirs, il n'est pas étonnant de voir la situation des autres acteurs donner lieu à controverse. Il se dessine en effet pendant l'enquête des interactions, parfois même des concurrences, entre les différents acteurs de la procédure d'enquête, de manière qu'il devient difficile de définir les priorités judiciaires à accomplir ; car comme estime certains auteurs, l'enjeu majeur du droit pénal ne réside pas dans l'infraction, encore moins dans la condamnation pénale, car la première est déjà commise, la seconde demeure hypothétique³. Cet enjeu réside précisément dans le procès qui permet la découverte et la manifestation de la vérité sur l'enchaînement dramatique qui a conduit à la commission du Crime ; cependant, en droit international humanitaire, le procès est précédé par une phase de l'établissement des faits.

En effet, dans la plupart des cas, l'élaboration des conditions-cadre de l'établissement des faits ne suffit à assurer la réalisation effective d'une enquête dans un cas précis ; car l'allégation d'une violation du droit humanitaire n'entraîne pas à elle seule la mise en marche d'un processus préétabli. Il faut encore que cette allégation soit exprimée par une personne, physique ou morale,

¹ NYABIRUNGU mwene NSONGA, *Traité de droit pénal général congolais*, 2^{ème} éd. EUA, 2007, p.19

² DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit III- La refondation des pouvoirs, Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit, leçon inaugurale, 20 février 2006, Cours et séminaires (2005-2006)*.

³ J.M. TASOKI MANZELE, *Procédure pénale congolaise*, éd. L'Harmattan, 2016, p.23

compétente pour saisir l'organisme responsable des investigations⁴. Bien entendu, cette exigence n'est pas relevante pour les procédures issues d'un compromis. Dans cette hypothèse, le fondement de la compétence de l'organisme concerné et l'ouverture du processus d'enquête procèdent d'un même mouvement, c'est-à-dire de l'accord conclu entre les parties prenantes.

Nous n'examinerons donc au cours de la présente réflexion, que les mécanismes permanents, c'est-à-dire ceux, d'une part, dont la compétence a été acceptée par les parties préalablement à la survenance du conflit qui les déchire et ceux, d'autres part, que mettent en place les ONG. Seuls ces mécanismes ont en effet besoin d'une impulsion particulière pour se mettre en marche. Néanmoins, il faut signaler qu'en dehors des procédures conduites par les ONG, le déclenchement de l'établissement des faits relatif au droit humanitaire demeure très formaliste.

Les Etats cherchent ainsi à tuer dans l'œuf des mécanismes toujours susceptibles de se retourner contre eux. L'identification des acteurs capables de lancer une enquête est donc révélatrice des potentialités de chacun de ces mécanismes ; elles déterminent non seulement la fréquence des missions effectuées, mais aussi l'équité du choix des autorités soumises aux investigations. Alors, les comportements de ces acteurs varient en effet en fonction des intérêts qui, selon les cas, les poussent à agir ou au contraire les portent à la retenue. On comprend à cet effet que les intentions qui motivent l'ouverture d'une procédure ne sont pas les mêmes⁴, selon que cette ouverture est le fait d'un Etat (I), d'une personne privée (II), ou de l'organisme chargé des investigations (III). Pour échapper aux incertitudes liées à l'inconstance de motivations, il devient alors indispensable d'objectiver le déclenchement de l'établissement des faits, en le systématisant (IV).

1. À l'initiative d'un État

Parmi les nombreuses procédures d'enquête qui ont eu à traiter l'allégation de violation du droit humanitaire, celles qui furent lancées sur plainte étatique se comptent sur les doigts d'une main. Il est vrai que ce type de démarches, de manière générale, sont plutôt rares en droit international. Ceci se confirme tout particulièrement dans le cas du droit humanitaire qui rechigne à conférer aux Etats le droit de mettre en accusation l'un de leurs pairs devant un organe compétent.

Seul l'article 90⁵ du protocole I prévoit formellement cette possibilité, et ce à des conditions très strictes. Il faut en effet que les Etats parties au protocole I aient accepté spécifiquement le droit de plaintes interétatique. De plus cette compétence ne peut leur être opposée que pour alléguer des violations graves des conventions de Genève ou du protocole I, mais la réalité offre d'ailleurs

⁴ C'est le cas lors de la désignation d'un groupe d'experts internationaux par les Nations Unies pour enquêter sur les graves violences des droits humains dans le Kasai en RDC, plutôt qu'une commission d'enquête indépendante ; c'est ce qui a été décidé par les 47 membres du Conseil de droits de l'homme de l'Onu le 23 juin 2017. Un compromis qui laisse pas mal d'incertitude sur le pouvoir qu'aurait ces experts en enquêtant de façon indépendante des autorités congolaises. Pour le gouvernement congolais, leur mandat se limite à un appui technique aux enquêtes congolaises déjà en cours, alors qu'en réagissant à ce sujet, le Haut-Commissaire aux droits de l'homme de l'Onu rassure que ses experts opéreront en totale indépendance. Mais cette exigence ne figure pas écrite dans la résolution qui s'intitule bien « assistance technique à la RDC » Quand les autorités congolaises se sont engagées à accueillir ces experts sur son territoire et les laisser travailler à condition de garder la direction des enquêtes ; or c'est tout le problème car les autorités congolaises étant elles-mêmes accusées d'usage excessif de la force, et que toute participation de leur part à une enquête internationale risque fort d'entamer sa crédibilité. Commentaire que l'on peut trouver sur www.rfi.fr/afrique/20170624.

⁵ Art. 90 point 2. C.i. du Protocol Additionnel I dispose : La commission d'enquête sera compétente pour : Enquêter sur tout fait prétendu être une infraction grave au sens des conventions de Genève et du présent protocole ou une autre violation grave des conventions ou du Protocol. Art. 90 point 2. Protocol Additionnel I

bien peu de satisfaction à cet égard⁶. La non-utilisation de ce mode de déclenchement de l'établissement des faits n'est pourtant pas due, pour l'essentiel, à la rareté des procédures. Au-delà des obstacles formels, ce sont surtout des raisons politiques qui empêchent les Etats de mettre en cause leurs semblables qui, pour des raisons politiques, se trouvent être impliqués dans la commission des faits.

Méchack MANDEFU MUELA

Après être revenu sur les particularités de chacune des procédures qui nous intéressent, nous évaluerons la portée de ces raisons politiques, afin de déterminer l'évolution probable de la plainte étatique en tant qu'impulsion de l'établissement des faits dans le domaine du droit humanitaire.

1.1. Les mécanismes en vigueur

C'est principalement dans le contexte de la protection des droits de l'homme qui a permis le développement de la saisine des organismes internationaux par les Etats. Ainsi, dans certains systèmes régionaux (Africain et Européen) il est prévu ce type d'impulsion pour susciter l'action de leurs commissions respectives ; contrairement à la procédure américaine qui connaît toutefois une originalité importante par rapport au deux systèmes évoqués. La procédure américaine exige que le plaignant et l'accusé aient auparavant accepté le mécanisme par le biais d'une déclaration spéciale⁷, contrairement à d'autres systèmes où seule la ratification de la convention concernée suffit. Cependant, il faut rappeler que le système américain se montre ainsi beaucoup plus prudent vis-à-vis de la saisine étatique, puisque l'acceptation de celle-ci demeure facultative pour les Etats.

La plupart des conventions soumet en outre les requêtes étatiques à des conditions d'admissibilité supplémentaires, ces conditions pouvant varier légèrement de l'une à l'autre. Les conventions telles que CEDH, la CADHP et la CADH ont en commun certaines obligations, c'est par exemple que toutes les voies de recours internes aient été préalablement épuisées, et ceux des continents américain et européen exigent aussi que les plaintes soient déposées dans un délai de six mois à partir de la date de la décision définitive interne⁸. A mon humble avis, l'un des grands intérêts de ces procédures vient de ce qu'elles n'exigent pas que les Etats aient subi un préjudice propre pour leur donner le droit de demander l'examen d'une situation⁹. Les conventions régionales relatives à la protection de droits de l'homme ne réservent pas la capacité d'agir à ceux d'entre eux qui ont un lien direct avec les individus auteurs ou victimes¹⁰, car, le droit est présent, mais il est dépouillé de toute valeur protectrice pour se transformer en instrument de réalisation des objectifs du régime qui en tire des intérêts. Le respect des règles ne s'impose que dans la mesure où elles répondent aux besoins et aux intérêts de tous, parce que l'objectif est de considérer qu'il existe un droit collectif au respect des principes qu'elles définissent.

Les procédures de différents systèmes que nous venons d'évoquer instaurent donc sans conteste le principe de l'action populaire dans le domaine des droits de l'homme ; et par conséquent, notre réflexion consiste donc à envisager ici une évolution possible et souhaitable de mettre en place un système universel, unique et codifié plutôt qu'à décrire une réalité présente, parce que le droit de la guerre fait partie intégrante de la dimension humaine que ce système

⁶ Sylvain VITE, *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en œuvre du droit international humanitaire*, éd. Bruylant, 1999, p. 188

⁷ Art. 45 par 1 Convention Américaine Droit de l'Homme (CADH) qui propose aux parties contractantes de reconnaître la compétence de la commission pour recevoir et examiner les communications dans lesquelles un Etat partie prétend qu'un autre Etat parti à violer les droits de l'homme énoncés dans(CADH), il faut rappeler que cette situation s'explique dans l'hypothèse des conventions multilatérales

⁸ Art. 46 par 1 al.b CADH, art. 26 CEDH.

⁹ Pour le système Européen, voir R. ERGEC, *les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, p.791

¹⁰ DANIELE LOCHAK, *les droits de l'homme : « une synthèse remarquable »*, éd. Repères, 2005, p.34

mettra en œuvre¹¹. Et dans le cadre d'une action commune, elle a la chance d'être motivée par le souci des gouvernants pour une population réprimée, que par les intérêts particuliers de chacun.

En outre, il est plus facile pour les Etats de se mobiliser à plusieurs, puisqu'ils ne se retrouvent pas seuls à assumer les risques d'éventuelles contre-mesures.

Parmi les procédures propres au droit humanitaire, nous avons vu que celle de l'article 90 du Protocol I connaît elle aussi un déclenchement sur plainte étatique. Seuls les Etats peuvent en principe s'adresser à la CIEF sur la base de sa compétence obligatoire¹². Il faut donc reconnaître que l'article 90 du Protocole I institue Méchack MANDEFU MUELA sein de la petite communauté d'Etats réunie autour de so...

La demande d'enquête sera adressée au Secrétaire de la CIEF. Elle exposera les faits reprochés et énumèrera les moyens de preuve qui appuieront les griefs. Dans la mesure du possible, la partie plaignante adjoindra à sa demande tous les documents qui permettront à la commission de forger sa conviction. Elle indiquera aussi l'autorité à laquelle toutes les communications relatives à l'enquête devront être adressées ainsi que les moyens de contacter cette autorité par les voies les plus rapides.

Les Etats pourront, au besoin, agir par l'intermédiaire de leurs éventuelles Puissances protectrices. On sait en effet que les fonctions dans la plupart de cas assignés ne sont pas énumérées limitativement dans les conventions, puisque l'article 8/8/8/9 commun leur confère une tâche générale de collaboration et de contrôle en vue de l'application du droit international humanitaire. Les puissances protectrices ont donc le droit, dans leur cadre malléable que fixe l'article 8/8/8/9, de faire preuve d'imagination dans l'interprétation de leurs compétences et de recourir à de nouvelles initiatives, telles que celle, par exemple, de saisir la commission. En déposant une demande devant celle-ci, elles n'agiront pas pour leur propre compte, mais elles feront valoir un droit appartenant à leur puissance d'origine. Ce sont les intérêts humanitaires de cette dernière qu'elles chercheront à défendre. Elles opéreront ainsi en tant qu'intermédiaires entre la commission et l'Etat qu'elles représenteront. Cela signifie qu'elles ne devront pas nécessairement avoir la qualité pour agir, du moment que cet Etat la détiendra. Cela sera le cas lorsque celui-ci contrairement à sa puissance protectrice, aura déposé la déclaration de l'alinéa 2 a de l'article 90 du Protocole I.

1.2. L'évaluation de la démarche à l'initiative de l'État

Il est difficile d'être optimiste quant à l'avenir des procédures d'enquête déclenchées sur plainte des Etats. La pratique a laissé trop peu d'exemples jusqu'à présent pour qu'une projection dans le futur nous permette quelque illusion. Dans la plus part de cas, les résultats enregistrés dans un domaine proche du droit humanitaire, celui des droits de l'homme, ne sont pas beaucoup

¹¹ Nous préférons un système *SUI GENERIS*, contrairement à certain système échafaudé tels que le document de Moscou de l'OSCE qui instaure un système qui offre aux Etats membres la possibilité de provoquer une enquête à l'encontre de l'un de leurs partenaires. En principe, cette initiative ne peut être lancée sans que l'Etat visé n'ait eu auparavant l'occasion de participer à la mise en place d'une commission. (Lire Par 8 et 9 Document de Moscou), avec le processus consacré par ce Document de Moscou, les demandeurs n'ont en effet pas à être directement victimes, il leur suffit d'être membres de l'OSCE pour bénéficier du droit d'initiative en matière d'établissement des faits. Ce qui doit retenir notre attention ici, c'est que ce droit ne peut être exercé que collectivement. Un Etat seul est impuissant s'il ne recueille pas le soutien respectivement de cinq et neuf de ses semblables.

¹² Nous avons vu toutefois qu'un mouvement de libération nationale peut faire exception à ce principe, il faut pour cela qu'il commence par s'engager unilatéralement à appliquer les conventions de Genève et le Protocole I (art.96 par.3 Protocole I), il faut ensuite qu'il déclare reconnaître à son égard la compétence obligatoire de la CIEF (Art.90 par.2 al. a Protocole I.

plus encourageantes ; car les revendications dans le domaine lié aux droits de l'homme ne reçoivent pas des réponses parfaites¹³ aux attentes des personnes victimes.

Il faut donc se rendre à l'évidence que le système de requête interétatique tel qu'il se présente aujourd'hui est mal adapté à la structure et au mode de fonctionnement de la communauté internationale. Les raisons de ce blocage sont diverses, notamment, les *facteurs économiques et politiques*¹⁴, et dans ce domaine il faut sans doute considérer que leur influence est la plus déterminante.

Cependant, il faut noter que la politisation de certaines procédures peut inciter les belligérants eux-mêmes à recourir aux services proposés par ces procédures. Comme le pense SYLVAIN VITE que « l'établissement des faits est un moyen efficace d'éveiller des soupçons quand a la responsabilité d'un adversaire et tenter par la même occasion de le discréditer. Alors de cette façon, nous dirons que l'utilisation des mécanismes d'enquête a des fins politiques peut ainsi se révéler avantageuse dans certains cas, puisqu'elle a le mérite de rendre attrayant le déclenchement de ces mécanismes pour les parties au conflits. Il appartient aux investigateurs de ne pas tomber dans le piège qui leur sera tendu en conduisant leurs recherches et en énonçant leurs conclusions de la manière la plus impartiale. Malgré cet espoir, la non utilisation des procédures proposées aux Etats restera certainement la règle, car cette conclusion est d'autant plus vraisemblable que les raisons structurelles s'ajoutent aux facteurs économique-politique tels qu'énoncés ci-haut. Mais pour certains comme Eric DAVID qui estime que passer un certain seuil de contradiction, qu'il soit idéologique, politique ou économique, le conflit ne peut plus se résoudre qu'à travers des méthodes moins rigides de règlements de différend telle que la négociation, la médiation et la guerre¹⁵. Ces autres moyens relèvent pour la plupart de la diplomatie souple, que celle-ci soit bilatérale ou institutionnalisée. L'intérêt porté chaque année, par la commission internationale aux travaux de la commission des droits de l'homme est là pour le prouver. C'est aussi pour ces raisons que nous plaçons en estimant que : « *L'action de la CIEF fondée sur son droit d'initiative et non seulement sur l'article 90 du Protocole I* »

En ce qui concerne le déclenchement de l'établissement des faits, on ne peut donc décidément pas compter sur la volonté seule des Etats. D'autres acteurs doivent intervenir à ce stade, si l'on veut éviter que les processus élaborés restent lettre morte faute d'impulsion. Parmi ces acteurs, il faut s'interroger sur le pouvoir des personnes privées.

Méchack MANDEFU MUELA

2. À l'initiative d'une personne privé

L'adoption des divers instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme que s'est imposée progressivement la nécessité de reconnaître aux personnes privées un certain droit d'accès à des organismes internationaux de contrôle. La défense des droits civils et politiques est en effet centrée par nature sur l'individu. Il est donc normal de conférer aux intéressés immédiats, c'est-à-dire les victimes elles-mêmes, le pouvoir de faire valoir leurs droits devant

¹³ DANIELE LOCHAK, *op. cit.*, p.57

¹⁴ C'est ce qui ressort par exemple du rapport de la FIDH et ses organisations membres du mois de juillet 2017 que : « Les crimes commis dans les Kasai s'inscrivent dans un contexte national marqué par un refus de l'alternance politique, une répression tous azimuts des défenseurs des droits humains, activistes, journalistes et opposants au régime en place et par la multiplication de poches d'instabilité sécuritaire sur une large partie du territoire. (Haut-Commissariat aux droits de l'Homme (HCDH) des Nations unies, Rapport d'une mission du Bureau du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'Homme – témoignages des réfugiés qui ont fui la crise de la région du Kasai, en République démocratique du Congo, août 2017 <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21937&LangID=F> ¹⁸ Sylvain v.op.cit.p.197

¹⁵ David E., *Principes de droit des conflits armés*, p.521

d'autres autorités que celles qui les ont maltraités. La règle veut en effet que, pour participer à cet ordre juridique, toute nouvelle norme doit réunir auparavant le consentement des Etats auxquels elle s'appliquera. Or le principe de la plainte individuelle comme mode de déclenchement de l'établissement de faits n'est de loin pas une idée qui suscite l'enthousiasme de ces derniers.

En effet, accepter ce principe revient, pour un gouvernement, à perdre une part de la maîtrise qu'il exerce sur les personnes sur son territoire. Pour l'essentiel, c'est dans le contexte des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme que ce droit a fait une percée¹⁶.

En revanche, parmi les mécanismes strictement propres au droit humanitaire, il est quasiment inexistant. C'est la CEDH qui fit œuvre innovatrice en la matière, puisqu'elle fut le premier instrument général de protection des droits de l'homme à reconnaître le droit de plaintes individuelles. Il ressort de l'article 25 que : « la commission peut être saisie d'une requête adresser par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers, qui se prétend victime d'une violation par les parties au conflit », il faut néanmoins rappeler que cette compétence reste facultative, puisqu'elle ne s'impose qu'aux Etats qui l'ont acceptée par le biais d'une déclaration spéciale. Pour le système américain, la ratification seule suffit pour qu'un Etat partie risque de se voir mettre en accusation devant la commission interaméricaine des droits de l'homme par une personne ou un groupe de personnes¹⁷. Et la CADHP est quant à elle beaucoup moins claire à ce propos. Elle se contente d'attribuer à la commission africaine la compétence d'examiner des communications autres que celles des Etats parties à la charte, sans donner les plus d'explications sur les éventuels auteurs de ces communications. La commission elle-même a cependant écarté tout doute à ce sujet en considérant que ces auteurs pouvaient être des personnes physiques et des ONG¹⁸. Dans pareille situation, le cas le plus référencié reste celui de *l'affaire de la TABLADA* tranchée par la commission interaméricaine des droits de l'homme le 18 novembre 1997, c'est pour la première fois, une pétition individuelle, prévue pour fonctionner dans le cadre d'un système de droits de l'Homme, a abouti à une décision impliquant certains principes de droit humanitaire. Dans le cadre d'adaptation du droit applicable dans certains Etats, cet exemple pourrait faire école et constitué une jurisprudence référentielle.

Au niveau universel, certaines doctrines considèrent parfois que les enquêtes supervisées par la commission des droits de l'homme de l'ONU font partie des procédures déclenchées par les personnes privées¹⁹. Il est vrai que la résolution 1503 (XLVIII) du Conseil économique et social avait autorisé la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et protection des minorités à examiner des « **communications** », c'est-à-dire des plaintes émanant d'individus. Ces plaintes n'ont cependant qu'une portée limitée pour les personnes qui les déposent, puisqu'elles ne sont pas traitées cas par cas. Elles n'aboutissent en effet à une action de la commission que dans la mesure où elles révèlent « un ensemble de violations flagrantes et systématiques des droits de l'hommes et des libertés fondamentales. Dans pareille situation, on ne peut donc pas parler dans ce cas des procédures véritablement individuelles, puisqu'elles

¹⁶ Sylvain VITE, *op. cit.*, p.197

¹⁷ Art 44 CADH. Pour plus de détails, il serait important de lire à ce sujet SANTOSCOY, B., *La commission interaméricaine des droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le système pétition individuelles*, pp 55-58.

¹⁸ Pendant longtemps, ce principe fut prescrit explicitement par l'art.114 § 1 du règlement intérieur de la commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples. Ce règlement fut cependant plusieurs fois modifier en 1995 et la règle de l'art.114 fut remplacée par une disposition beaucoup plus vague qui ne détermine pas les acteurs compétents pour saisir la commission.

¹⁹ J. CHARPENTIER, *Les contrôle par les organisations internationales de l'exécution des obligations des Etats*, *op. cit.*, p.203

traitent des situations globales et non d'actes précis dont souffrent les requérants²⁰. Dans ces conditions, il est difficile de parler d'un droit de plainte personnelle à propos des procédures développées dans ce contexte ; on peut en revanche se réjouir de voir cette possibilité offerte aux victimes de violations du droit humanitaire de faire connaître leur droit devant les instances de l'ONU. Car, estime le professeur Luzolo Bambi dans un procès pénal, la victime recherche la réparation du préjudice qu'elle a subi, un minimum *d'humanité* recommande qu'elle lui soit accordée²¹. Il faut établir les équilibres rompus du passé pour déclarer juste la cause de ceux qui, ayant survécu au drame, ont perdu une certaine dignité²⁶.

Dans des hypothèses bien déterminées, le droit humanitaire autorise quant à lui les personnes qu'ils protègent à faire valoir leurs droits

Méchack MANDEFU MUELA 'établissement des faits.

L'article 78 de la III^e Convention de Genève donne la possibilité aux prisonniers de guerre les droits de s'adresser aux représentant de pouvoir protectrice pour leur indiquer les points sur lesquels ils auraient des plaintes à formuler à l'égard du régime de la captivité. Et selon l'article 3 de la III^e convention, ce droit ne doit être soumis à aucune restriction.

Il faut ainsi conclure de notre analyse que l'initiative des personnes privées est bien peu prometteuse en tant que mode de déclenchement de l'établissement des faits en matière de droit humanitaire. Les procédures qui prévoient ce type d'ouverture sont en effet trop rares et se heurtent en pratique aux blocages inhérents à un droit dont l'élaboration et la mise en œuvre dépendent largement de la volonté des Etats. Ceux-ci se montrent en effet très peu enclins à reconnaître aux individus un statut qui leur ferait perdre ne serait-ce que dans une mesure limitée, le contrôle qu'ils exercent sur leur population ; ainsi donc, face à la prudence des Etats et au manque de pouvoir des individus, il est indispensable de se fier à d'autres acteurs pour assurer une certaine constance du contrôle des organes d'enquête dans le domaine du droit humanitaire. Ces acteurs sont bien entendu les organismes d'enquêtes eux-mêmes, en voici l'analyse.

3. Par l'organisme d'enquête

En confiant l'ouverture de l'enquête à l'organisme chargé de superviser les investigations, c'est principalement la résistance des *autorités visées* et *impliquées* que l'on cherche à contourner. Si l'on faisait dépendre cette ouverture uniquement de l'assentiment des belligérants, il est évident que bien peu de procédures auraient la chance de voir le jour où il y aurait les mécanismes pour certains Etats ayant dans leur système la capacité des poursuivre les auteurs des crimes du droit humanitaire. C'est le cas de la République Démocratique du Congo avec l'avènement de la loi organique du 13 Avril 2013 qui reconnaît à la Cour d'Appel la compétence en matière de Crime du droit humanitaire²². L'échec absolu du mécanisme prévu à l'article 52/53/132/149 des conventions de Genève le confirme aisément. Le déclenchement d'office vise donc à objectiver les conditions de mise en œuvre de l'établissement des faits. Même si les organes concernés ne sont pas toujours indépendants, ce procédé a au moins l'avantage de libérer l'initiative de l'enquête de la subjectivité des parties aux conflits.

Le droit d'initiative, celui dont bénéficie entre autre le CICR, est une offre de service. En tant que tel, il peut toujours être refusé. Son intérêt dépend du pouvoir de persuasion de l'organisme

²⁰ Il faut noter qu'à notre avis, un organe spécial d'enquête n'est jamais constitué en raison du seul afflux d'allégations individuelles quelle qu'en soit l'importance, même dans les situations particulièrement graves, l'initiative décisive, formelle, reste entre les mains de la commission elle-même.

²¹ E.J. LUZOLO BAMBI Lessa, *Traité de droit Judiciaire : La justice congolaise et ses institutions*, éd. PUC, 2018, p.722.

²² Art. 91 de la loi Organique du 13 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'Ordre Judiciaire.

qui l'utilise. Mais cette initiative appartient à la communauté internationale ou l'une des parties au conflit. Il est à craindre que par suite d'une décision mal fondée, la commission ne donne prétexte à un Etat engagé dans un conflit de lui refuser son concours ; on offrirait ainsi paradoxalement aux Etats le droit de repousser leur participation dès le début de la procédure de crainte qu'ils ne le fassent par la suite.

Dans le domaine des droits de l'Homme, l'opposition des Etats a toutefois subi une brèche remarquable qui pourrait un jour conduire à un nouveau développement encourageant pour l'établissement des faits relatifs au droit humanitaire. Cette brèche a trait à la commission interaméricaine de droit de l'homme qui prévoit qu'en cas de violations massives de droit humanitaire. La CADH prévoit ainsi que la commission, dans l'exercice de son mandat, a pour tâche de préparer les études et jugés les rapports utiles pour l'accomplissement de ses fonctions. Et son règlement intérieur précise expressément à ce sujet qu'elle peut « motu proprio se saisir d'office »²³. Cette initiative provoque une procédure identique à celles qui trouvent leur origine dans une pétition individuelle. Elle permet notamment à la commission de mettre sur pied des missions spéciales d'enquête²⁴. On peut donc parler d'un droit d'auto saisine en matière d'établissement des faits. Ceci révèle un type de compétence exceptionnelle que la commission européenne des droits de l'homme ni son homologue pour l'Afrique ne disposent d'un pouvoir analogue.

Le principe de l'ouverture d'office de l'établissement des faits doit toutefois ses progrès les plus importants aux procédures qui ne se fondent pas sur des conventions spéciales. Les ONG, dont l'origine est purement privée, n'ont de toute façon pas de comptes à rendre directement aux Etats qu'elles surveillent. Elles bénéficient ainsi d'une grande liberté de choix. Idéalement, ce choix devrait dépendre de considérations objectives et, en tout état de cause, échapper à toute motivation de nature politique. C'est le cas des ONG comme l'Association africaine des droits de l'Homme (ASADHO), Conférence épiscopale africaine (Méchack MANDEFU MUELA), Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH) et autres.

En pratique, il est difficile de savoir quelles sont les mobiles ou raisons exactes qui sont à l'origine des démarches des ONG. Bien souvent, celle-ci ne se soucient pas de détailler ce qui les conduit à se pencher sur une situation plutôt que sur une autre. Lorsqu'elles s'astreignent à fournir tous de même quelques explications, elles se contentent d'invoquer la gravité des événements dont elles ont pris connaissance par la voie de diverses sources d'informations. Par exemple, dans le rapport conjoint sur les massacres commis au KASAI dans le cadre du phénomène KAMUENA NSAPU, les ONG Association africaine des droits de l'Homme (ASADHO), Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH), Ligue des Électeurs (LE) ont débutés leur rapport conséquent sur les massacres du KASAI en rappelant l'entendue des Crimes commis dans cette région tout en citant, les différents intervenant au conflits comme étant les auteurs. Ces raisons ne constituent cependant pas les seuls critères déterminant les choix des ONG, il peut arriver que des considérations financières, des commodités pratiques ou même un désir de publicité fasse pencher la balance en direction d'une partie au conflit que d'une autre. Bien entendu, les ONG ne peuvent pas présenter les différents éléments en guise d'introduction à leurs rapports, sous peine de prêter le flanc à la critique. L'équité dans l'établissement des faits reste donc un idéal difficile à atteindre, même pour les organismes qui échappent le plus aux pressions des Etats, tant que les contraintes matérielles sont fortes.

²³ Règle 26 §2 Régulations of the Inter-American Commission on Human Rights

²⁴ Règle 28 Régulations of the Inter-American Commission on Human Rights.

Dans le contexte intergouvernemental, ce sont surtout certains organes Onusiens qui sont capable de déclencher d'office une procédure. Nous pouvons ainsi dire que l'Assemblée générale et le conseil de sécurité ont su profiter de leur droit de constituer des organes subsidiaires pour lancer, en vertu de leur seule autorité, des programmes d'enquête. De même, la Commission, des droits de l'homme avait mis en place plusieurs organes spéciaux chargés d'effectuer des études approfondies sur les sujets. L'établissement des faits dans le domaine du droit humanitaire découvre ainsi, au travers de ces procédures, une issue capable de le conduire à un fonctionnement effectif et régulier²⁵. L'initiative spontanée des organismes d'enquête ne signifie pas encore que les choix des pays examinés se fait équitablement. Lorsque cette initiative est entre les mains d'un organe politique, comme c'est le cas de la commission de droit de l'homme, le déclenchement des procédures varie en fonction des forces en présence et des intérêts des puissants. C'est dans cette optique que l'ancien représentant spécial de la commission pour le Salvador avait confirmé d'ailleurs que : « *sans doute dans ce domaine du commencement des procédures que la politisation de la commission a eu lieu d'une manière plus intense* ». Ceci démontre même que dans plusieurs situations où les personnes impliquées dans les violations de droits humains sont celles qui ont l'appareil politique du pays²⁶.

La sélection des Etats faisant l'objet d'une enquête ne dépend donc pas seulement de la gravité de leurs situations respectives, mais aussi de leurs soutiens au sein de l'organe concerné. Le risque est alors constant de voir des démarches décidées par une majorité accessible à toutes les tractations aussi bien pour en exclure ceux qui sont soutenus par les plus influents que pour y inclure ceux qui sont en butte à l'hostilité du plus grand nombre à l'abris d'éventuelles mesures de rétorsions²⁷. Ce risque est bien réel, puisque plusieurs Etats échappent injustement chaque année aux procédures publiques spéciales de la commission des droits de l'homme. Il faut toutefois souligner que ce manque d'équité se manifeste surtout par la passivité de celle-ci, plutôt que par les actions infondées.

Pour répondre à cet inconvénient, il faut à notre avis, une mise en place d'un système par lequel à partir d'un certain degré de violations de droit humanitaire. Concernant le conseil de sécurité, la mise en place d'un système exceptionnel *Hors Veto* pour les violations majeures de droits de l'homme, telles que les Génocide, Crime contre l'humanité et le crime de Guerre ; cependant il est difficile d'envisager que les cinq membres permanent du conseil de sécurité renonceraient librement dans pareille situation à une part de leur prérogative.

Dans l'attente de ce type d'amélioration, il faut reconnaître que l'établissement des faits reste entravé par *l'inconstance* de l'organisme qui en détient la compétence, ce qui conduit bien souvent à des injustices en pratique, voir la mise en écart de certains acteurs majeurs. Pour écarter ce défaut, il devient alors envisageable de libérer le processus de toute subjectivité penchant du côté des acteurs impliqués dans les violations, tout en systématisant le déclenchement.

²⁵ S. VITE, *op. cit.*, p.205

²⁶ Le problème de coordination de procédure d'établissement des faits appellent deux types de réponse, d'abord la désignation d'une haute personnalité chargé de faciliter les relations entre l'Etat sur le territoire où les violations sont observées et d'autre part, le principe de la souveraineté des Etats qui obligerait à l'Etat la direction technique de processus. C'est le cas en République Démocratique du Congo, dans les massacres de la province du Kasai, plusieurs disputent avait eu lieu entre les enquêteurs des nations unies et le gouvernement congolais sur la direction des enquêtes. D'un côté les enquêteurs internationaux voulaient l'autonomie dans la gestion des enquêtes sur les massacres et, d'un autre côté, l'Etat congolais évoquant sa souveraineté, voulais le soutien logistique et que la direction des enquêtes lui revienne. De la même façon avec le rapport Mapping sur les violations graves de droits de l'Homme.

²⁷ J. CHARPENTIER, *Le contrôle par les organisations internationales de l'exécution des obligations des Etats*, cité par S. VITE, *op. cit.*, p. 201, 207.

4. Le mécanisme systématique

Idéalement, l'établissement des faits devrait répondre à une exigence fondamentale, celle de la non-discrimination. Il faut à la fois qu'aucun des Etats liés par l'obligation de contrôle ne puisse échapper à son exercice et qu'aucun des Etats qui y seront effectivement soumis ne se sente victime d'une animosité subjective. Le meilleur moyen de s'approcher de ce but consiste à prédéterminer objectivement le déclenchement de la procédure. Dans ce cas, l'enquête spécifique à une situation ne dépend pas d'une allégation ou d'un soupçon de violation, mais s'intègre dans une démarche plus vaste qui consiste à passer en revue systématiquement toutes les parties qui en ont accepté le principe. Cette manière de faire a l'avantage de préserver l'égalité des parties, dans la mesure où chacune de celle-ci est soumise aux mêmes conditions que ses partenaires. De plus, leur sensibilité est sauvegardée, puisse que l'ouverture d'une enquête n'est pas consécutive à la mise en cause de leur honnêteté. Enfin ce mécanisme assure l'effectivité de l'établissement des faits, puisse que le déclenchement de celui-ci ne subit plus l'incertitude des situations concrètes. A première vue, le droit humanitaire se prête mal à ce type de procédure. Le contrôle systématique est conçu pour favoriser l'exécution d'obligations permanentes, puisqu'il se déroule sur le long terme. Or, le droit humanitaire ne répond pas à cette nécessité de permanence. Lorsque le conflit cesse, le contrôle perd tout son intérêt. Il est donc difficile dans ces conditions d'organiser un suivi systématique spécifique au droit humanitaire.

En revanche, cette idée reprend toute sa force, si on la considère dans un contexte plus large, celui de la protection de l'être humain, à la fois en temps de paix et en temps de guerre. Il devient donc possible de développer sur cette base une surveillance systématique ; celle-ci s'appuie à titre principal sur les droits de l'homme et trouve un complément précieux dans le droit humanitaire, lorsque les circonstances le nécessitent. Cette proposition connaît sa réalisation la plus significative avec l'évolution des procédures dites thématiques développées au sein de la commission des droits de l'homme de l'ONU ; celle qui ont trait d'une part, aux disparitions forcées ou involontaires et, d'autre part, aux exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires font désormais référence aux conventions de Genève lorsque les besoins se font sentir. On peut dès lors conclure que ce type de procédure est d'autant plus intéressant que sa mise en œuvre est politiquement plus acceptable pour les Etats qu'une démarche ciblée sur un gouvernement²⁸. Si l'un de ceux-ci échappe à la création d'un organe spécial le mettant en cause, il peut encore faire l'objet d'un certain contrôle, quoique moins contraignant, par le moyen d'une procédure par sujet.

Qu'en est-il du rapport des organes de déclenchement étudiés ?

Chaque étape du processus d'établissement des faits n'est pas toujours couronnée du même succès, car les conclusions qui en découlent n'ont par conséquent pas toutes la même force. C'est ici le lieu où il faut avouer que le jeu se joue entre les acteurs au conflit et ceux qui ne sont pas au conflit mais interviennent dans le cadre du déclenchement sur la responsabilité des auteurs de crimes du droit humanitaire. En effet, les rapports d'enquêtes ne sont pas des simples comptes rendus destinés à exposer le plus objectivement possible une situation à la lumière du droit humanitaire ; ce sont aussi des instruments d'action.²⁹

Bien entendu, lorsque l'enquête doit déboucher sur la mise en accusation d'individus pour des faits déterminés, il faut se montrer particulièrement strict. Car, la gravité de l'enjeu impose que l'on se montre méticuleux. En revanche, quand l'enquête vise à évaluer le comportement d'un Etat dans le cadre d'un débat diplomatique, les rapports peuvent être plus descriptifs. Dans ce cas, c'est une vue d'ensemble que l'on cherche à obtenir. Alors que pour le premier cas, c'est la

²⁸ M.T. KAMMINGA "The thematic procedures of the UN Commission on Human Rights", in LR.Vol.34 1987, p.323

²⁹ S. VITE, *op. cit.*, p.345

répression du coupable que l'on vise, tant dis que pour le second, c'est plutôt la protection des victimes qui est au centre des préoccupations.

Conclusion

Méchack MANDEFU MUELA

En matière pénale, l'enquête est considérée comme une activité judiciaire de recherche des preuves, activité qui permet de dégager la responsabilité pénale de l'auteur de l'infraction. Elle est un moyen efficace et rationnel de transformation des soupçons et charges en une certitude suffisante³⁰. Elle en élucide les faits, établit la vérité, préserve la preuve pour la justice, identifie les personnes responsables et permet de les traduire en justice. Autant les éléments recueillis pendant l'enquête permettent au juge de fixer son intime conviction sur la responsabilité pénale individuelle, autant ils le déterminent à se prononcer sur la condamnation ou l'acquittement de la personne accusée. Ainsi, en déterminant le cadre dans lequel l'infraction sera examinée au procès une enquête bien conduite anticipe l'audience et aboutit à une décision pénale éclairée. Le véritable impact de l'établissement des faits est essentiellement façonné par les réactions provoquées par les conclusions du rapport. Même si les répercussions immédiates de la procédure sont réelles, elles restent toutefois marginales par rapport aux mesures que des acteurs tiers sont susceptibles d'adopter sur la base de ces constatations. A cet égard, quand le mécanisme concerné a pour but de faire cesser ou cacher les violations, alors que l'établissement des faits ne trouve sa raison d'être que lorsqu'il est accompagné d'une certaine contrainte qui impacterait sur la responsabilité des auteurs de violations de droit humanitaire. Tout organisme visant cet objectif devrait donc avoir le droit mettre à jour ses conclusions ; lorsqu'il s'agit d'une démarche purement procédurale essentiellement préventif ou caritatif, la confidentialité est préférable.

C'est dans le cadre des Organisation International, ou la coopération avec les Etats que la publication devrait être utilisée comme une monnaie d'échange dans les négociations engagées entre l'organe chapeautant l'enquête et les autorités mises en cause. On ne saurait guerre conclure que les mécanismes mise en place pour l'établissement des faits dans le cadre du droit humanitaire est une démarche obsolète ou une démarche utile pour la mise en œuvre de la responsabilité pénale, car, Il ne fait l'ombre d'un doute que l'organe moteur de la justice pénale pendant l'enquête est le Procureur, par conséquent il serait impérieux au-delà de mécanismes mise en place, que la plénitude en cette matière lui revienne de droit.

Références bibliographiques

1. Textes juridiques

- Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 aout 1949
- Protocol Additionnel I aux conventions de Genève du 12 aout 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux du 8 juin 1977
- Charte Africaine des droits de l'homme et de peuple de 1981
- Convention européenne de droit de l'Homme du 26 novembre 1987
- Loi organique n° 13/11-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire, J.O., 54ème année, numéro spécial, 04 mai 2013. Rdc.

³⁰ MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel*, vol. 2, Procédure pénale, Paris, 2^{ème} éd., Cujas, 1973, p. 132.

- Convention Américaine relative aux droits de l’homme du 22 novembre 1969

2. Doctrine

- DANIELE LOCHAK, *les droits de l’homme : « une synthèse remarquable »*, éd. Repères, 2005
- DAVID Erick, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit III- La refondation des pouvoirs, Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, leçon inaugurale, 20 février 2006, Cours et séminaires (2005-2006).
- R. ERGEC, *Les droits de l’homme à l’épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 1987
- M.T. KAMMINGA, “The thematic procedures of the UN Commission on Human Right”, in LR.Vol.34, 1987
- E.J. LUZOLO BAMBI Lessa, *Traité de droit Judiciaire : La justice congolaise et ses institutions*, éd. PUC, 2018.
- MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel*, vol. 2, Procédure pénale, Paris, 2^{ème} éd., Cujas, 1973.
- JM. TASOKI MANZELE, *Procédure Pénale Congolaise*, éd. L’Harmattan 2016.
- S. VITE, *Les procédures internationales d’établissement des faits dans la mise en œuvre du droit international humanitaire*, éd. Bruylant, 1999.

3. Autres documents

- Rapport Conjoint entre les ONG sur les Massacres au Kasai des crimes contre l’humanité au service d’un chaos organisé République démocratique du Congo
- Rapport d’enquête. Document trouvé sur le site <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents>.
- Rapport de l’experte indépendante de la commission des droits de l’homme chargée de mettre à jour l’ensemble de principes pour la lutte contre l’impunité.
- Rapport Mapping sur les violations graves de droits de l’homme Publié en 2010. Vingt-cinquième rapport du secrétaire général sur la MONUC S/2008/218.