

LE BILAN DE LA REPRESSION DE L'INFRACTION DE DETOURNEMENT DES DENIERS PUBLICS DEPUIS 1973 EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

■ **Anaclet DIKUYI MUBOYAYI**
Chef de Travaux/Université de Kinshasa

INTRODUCTION

Le bilan de la répression de la loi n° 73/017 du 5 janvier 1973 modifiant et complétant le décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal congolais en matière de détournement des deniers publics et privés nous préoccupe.

Quarante-six ans après l'édition de la peine des travaux forcés dans la répression de détournement des deniers publics et privés et face à la problématique de l'impunité dont jouissent les auteurs présumés de détournement des deniers publics et privés le problème mérite d'être examiné.

La présente étude essaiera d'expliquer comment la politique criminelle congolaise n'est pas efficace en matière de lutte contre le détournement des deniers publics et privés.

Il y a des inquiétudes lorsqu'on considère les potentialités économiques de la R.D. Congo par rapport à la modicité des budgets de l'Etat et la précarité du niveau de vie des institutions publiques et de la population.

Après une revue documentaire et une observation des comportements des acteurs politiques et sociaux, nous avons jugé opportun d'étudier la cause de la dérive de notre société. Il en ressort qu'il y a coulage et détournement des deniers publics. Ce coulage des deniers publics se situe en amont dans le recouvrement des recettes publiques et en aval le détournement des deniers publics dans l'exécution des dépenses publiques.

En amont, au niveau de l'assiette fiscale, les recettes sont souvent minorées et d'autres échappent aux prévisions budgétaires et se dirigent vers les poches des certains individus sans être comptabilisées par le trésor public. C'est le début de la fraude fiscale favorisée parfois par des lacunes de la loi fixant la nomenclature des recettes administratives, domaniales, judiciaires et de participation d'une part, et d'autre part, en cours du recouvrement, à l'existence des bordereaux parallèles (de vrais-faux bordereaux) qui sont en circulation parallèlement avec des vrais bordereaux, ainsi que certaines pratiques maffieuses introduites dans le système par certains agents des

administrations financières avec comme conséquence que les frais réellement payés sont consommés par les différents intervenants au détriment du trésor public.

Les gestionnaires des finances publiques ont toujours, dans une large mesure, enfreint aux prescrits des lois financière et budgétaire ainsi qu'au règlement général sur la comptabilité publique, textes où ces principes de base acquièrent leur statut légal et réglementaire. Ce faisant, ils ont empêché le budget de l'Etat de jouer son rôle d'instrument de gestion et de développement, surtout en matière des dépenses.

Le détournement des deniers publics et privés constitue un élément de l'infraction de corruption au regard de la Convention des Nations-Unies de 2003, en matière de lutte contre la corruption.

Le Professeur NYABIRUNGU mwene SONGA souligne que le détournement des deniers publics et privés constitue un des actes constitutifs de l'infraction de la corruption aux termes de la Convention des Nations-Unies contre la corruption¹. Ce sujet fera l'objet d'une autre publication en cours de rédaction.

L'article 145 du Code pénal congolais dispose : « *Tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public ou parastatal, toute personne représentant les intérêts de l'Etat ou d'une société étatique au sein d'une société privée, parastatale ou d'économie mixte en qualité d'administrateur, de gérant, de commissaire aux comptes ou à tout autre titre, tout mandataire ou préposé des personnes énumérées ci-dessus, qui aura détourné des deniers publics ou privés, des effets en tenant lieu, des pièces, titres, actes, effets mobiliers qui étaient entre ses mains, soit en vertu, soit à raison de sa charge, sera puni de un à vingt ans de travaux forcés. En condamnant à la peine prévue à l'alinéa précédent, le juge prononcera en outre : 1° (Abrogé par l'article 1^{er} de l'ordonnance-loi n° 86-030 du 05 avril 1986) ; 2° l'interdiction pour cinq ans au moins et dix ans au plus après l'exécution de la peine, du droit de vote et du droit d'éligibilité ; 3° l'interdiction d'accès aux fonctions publiques et paraétatiques quel qu'en soit l'échelon ; 4° la privation du droit à la condamnation ou à la libération conditionnelle et à la réhabilitation dont le but est de faire bénéficier le coupable des avantages prohibés au présent article ; 5° l'expulsion définitive du territoire de la République après l'exécution de la peine, si le condamné est un étranger.*

Sera puni des peines portées aux alinéas 1^{er} et 2 ci-dessus, celui qui, sciemment, aura, de quelque manière que ce soit, dissimulé ou caché soit les deniers ou les biens détournés, soit certains biens du coupable dans le but de les faire échapper à la confiscation ».

¹ NYABIRUNGU mwene SONGA, « La corruption en République Démocratique du Congo, enjeux et défis du cinquantenaire, Conférence faite à l'Institut Africain des sciences de la mission, Scolasticat saint Eugène de Mazonod, 22-23 mai 2010 », in *Annales de la Faculté de Droit, 2011-2012*, Editions Droit et Société « DES », Kinshasa, juin 2013, pp. 407 à 409.

Ce fonctionnaire ou officier public doit savoir pertinemment qu'il n'a pas un droit de propriété sur les fonds ou sur les choses de l'Etat ou d'autrui, mais il en est comptable et doit veiller à leur conservation ; sans appropriation ni utilisation à des fins personnelles. Ces choses lui ont été confiées, soit par l'Etat ou une autre collectivité publique, soit par les particuliers (administrés, redevables, contribuables, etc...), soit par les utilisateurs d'un service public qui peuvent opérer des transferts des fonds².

Pour que l'infraction de détournement des deniers publics soit constituée, il faut qu'il s'agisse de certains biens, c'est-à-dire, d'une nature donnée, et que ces biens aient été confiés à celui qui les a détournés³.

S'agissant de la nature des biens détournés, le texte parle des « deniers ». Le denier est une ancienne monnaie française d'or ou d'argent. L'extension progressive en donne le sens large d'« espèce monnayée ». Le législateur congolais parle « des deniers publics ou privés ». Il importe que les deniers qui sont l'objet de l'infraction soient la propriété de l'Etat, d'une province, d'un ministère, d'une commune, d'un territoire, d'un établissement public ou de simples particuliers. Le texte incrimine celui qui aura détourné des deniers publics ou privés, « des effets en tenant lieu, des pièces, titres, actes, effets mobiliers »⁴. Le détournement peut concerner des choses non appréciables et celles appréciables en argent⁵.

La chose détournée doit être trouvée entre les mains de l'auteur, soit en vertu, soit à raison de sa charge. L'expression " en vertu " vise le cas où les fonds ont dû nécessairement, c'est-à-dire obligatoirement, être remis au fonctionnaire qui en a été ainsi constitué le dépositaire public ; les mots " à raison " prévoient l'hypothèse où la remise des valeurs a été faite au fonctionnaire, non parce qu'il était autorisé à l'exiger, mais spontanément, par suite de la confiance que commande la situation qu'il occupe. *Marchal et Jaspar* estiment que l'expression : « en vertu de sa charge » signifie « en conséquence de sa charge, à cause de sa charge » ; « en raison de sa charge » signifie « en considération de la confiance qu'inspirait son caractère public ».⁶

Il faut que les biens aient été remis ou confiés au fonctionnaire ou agent assimilé, qui les a détournés, et que cette remise ait eu lieu à raison des fonctions officielles ou de l'emploi dont il était investi. L'article 145 du CPL II exige que les biens publics ou privés soient entre les mains du coupable en vertu ou en raison de sa charge. En matière de détournement des deniers

² CIZUNGU M. NYANGEZI (B), *Les infractions de A à Z*, Editions Laurent NYANGEZI, Kinshasa 2011, p. 306.

³ Ibidem, p. 308.

⁴ Article 145 du code pénal congolais Livre II.

⁵ CIZUNGU M. NYANGEZI (B), *op. cit.*, p. 308

⁶ MINEUR (G), *op. cit.*, p.

publics par un fonctionnaire public, la remise peut être opérée uniquement en vertu de la fonction ou de la charge. C'est le cas, par exemple, du versement à l'huissier de la somme qui représente les frais de mise au rôle. Elle peut aussi être opérée à titre de mandat, lequel mandat trouve son fondement dans la fonction ou la charge du mandataire ; par exemple un greffier qui détourne les deniers qui lui sont confiés pour payer les amendes et les frais de justice.

La détention doit s'expliquer très exactement par la fonction de l'agent, car le détournement des biens publics ne se conçoit qu'à cette condition. C'est ainsi que dans le cas de l'inspecteur engagé par un enseignement subsidié, la qualité de fonctionnaire n'a pas été reconnue. La fonction en vertu de laquelle il détenait les deniers n'est pas celle que visent les articles du code réprimant l'infraction. Il ne peut donc commettre l'infraction de détournement de deniers publics. Par contre, a été reconnu coupable, le greffier qui a utilisé pour ses soins médicaux les sommes versées entre ses mains pour compte d'une partie civile, société privée à responsabilité limitée⁷.

Par détournement des deniers publics, il faut entendre le détournement de fonds ou d'objets. Il s'agit d'atteinte aux droits d'autrui sur une chose ou sur des fonds, au besoin par une appropriation, en abusant de la confiance donnée par autrui. Par exemple, le détournement d'objets donnés en gage ou de fonds publics dont on est dépositaire⁸.

Il a été jugé que le détournement des deniers publics est une infraction instantanée. Le remboursement de la somme détournée dès la première réquisition est par conséquent inopérant quant à l'existence de cette infraction. (Kis., 3 mars 1973, RJZ, janv.- août 1974, n° s 1,2, p.48).⁹

Cette loi punit le détournement des deniers publics et la destruction ou suppression des actes ou titres, lorsque ces agissements ont pour auteur des fonctionnaires, officiers publics, personnes chargées d'un service public.

Les fonctionnaires publics sont les personnes qui participent à un service d'intérêt public, après un acte de nomination et une prestation de serment (cf. Errera, p. 318, n° 210)¹⁰.

Les officiers publics sont les personnes chargées d'un emploi public, dont le concours est nécessaire pour des actes d'un intérêt public ou privé (cf. Pend. V° officier public, n° 1). Le répertoire pratique se référant à l'arrêt de cassation du 17 octobre 1892 (Pas., 1893, 1, 354) en donne la définition suivante : le titulaire d'un office public, c'est-à-dire d'une charge qui est une institution de

⁷ Tribunal de grande instance de Kinshasa/Gombe, RP 19784, Ministère public et partie civile Télé Consult Sprl contre le prévenu Assane Botuli, 18 novembre 2010, inédit, BONY CIZUNGU M. NYANGEZI, *op. cit.*, p. 308.

⁸ *Lexique des termes juridiques*, 19^e Edition 2012, Ed. Dalloz, 2011, p. 303

⁹ *Ibidem*

¹⁰ MINEUR (G), *op. cit.*, p. 319

la loi (Répert., v° Fonct., n° 379), soit suivant Goedseels, les comptables publics, greffiers avoués, officiers de l'état civil, notaires, huissiers, etc. (Goedseels, n°1277)¹¹.

L'infraction de détournement réclame comme condition la détention précaire des biens mobiliers en vertu d'un titre conférant celle-ci (détention précaire) et exige ensuite, par l'acte infractionnel, la translation frauduleuse, par détournement ou dissipation, de cette possession (détention) précaire en possession définitive au profit de l'auteur ou d'un tiers. (CSJ, RPA 22, 1er février 1973, in BA 1974, p.16).¹²

Il y a remise au sens de l'article 145 du CPL II, lorsque l'auteur a été constitué d'une manière quelconque possesseur précaire de la somme détournée. Il n'est donc pas nécessaire que la remise des deniers publics ait été faite directement au prévenu par l'Etat qui a conclu avec lui un contrat de louage de services. (In., 12 octobre 1973, RJZ 1973, sept-déc. n° 3 p. 277)¹³.

Le détournement est consommé par le refus ou la réclamation non suivie d'effet de restituer. (Kin, 12 octobre 1973, idem)¹⁴.

Commet l'infraction de détournement des deniers publics le prévenu qui accorde à un tiers, sur les fonds publics placés sous sa gestion un avantage auquel il n'avait pas droit. (CSJ., RP 22/C.R., 26/8/1980, inédit)¹⁵.

Commet un détournement des deniers publics un prévenu qui ne justifie pas avoir fait d'une somme prélevée par lui, sur les fonds publics, un usage revêtant le caractère des dépenses publiques. (CSJ. RP 22/C.R., 26/8/1980, idem)¹⁶.

Commet un détournement des deniers publics le prévenu qui par l'établissement d'un ordre de mission au profit d'un membre de son service effectuant un voyage privé a permis la sortie au préjudice de l'Etat d'une somme qui a couvert les frais d'un voyage sans aucun rapport avec les besoins du service, le document établi n'étant qu'un moyen frauduleux utilisé pour camoufler le détournement. (CSJ., RP 22/C.R., 26/8/1980,op.cit)¹⁷.

Est coauteur moral de l'infraction de détournement des deniers publics le prévenu qui, pour avoir donné l'ordre à l'un de ses agents de payer au profit d'un autre agent les frais de transport d'un véhicule privé par un prélèvement

¹¹ MINEUR (G), *op. cit.*, pp. 319-320

¹² LUKOO MUSUBAO (R), *La jurisprudence congolaise en droit pénal*, volume I, édition On s'en sortira, Kinshasa, RDC, 2006, p. 113.

¹³ Ibidem, p. 114

¹⁴ Ibidem

¹⁵ Ibidem

¹⁶ Ibidem

¹⁷ Ibidem.

sur les deniers publics mis à sa disposition en vertu de sa charge, a provoqué cette infraction par abus d'autorité. (CSJ., RP, 22/C.R.2/2/1980 op.cit).¹⁸

Nous avons eu à vérifier si la peine des travaux forcés en matière de détournement des deniers publics était la peine principale et que, c'est cette peine des travaux forcés qui affecte le système de répression d'une part, et d'autre part, si la politique criminelle poursuivie par le Législateur de 1973 était adéquate pour réprimer réellement cette infraction.

Il est ressorti qu'il n'a jamais existé une réelle volonté politique de réprimer cette infraction depuis les années 1973 jusqu'à ce jour, soit 46 ans plus tard.

Certains jugements ont condamné les prévenus à une peine qui n'est pas prévue par le législateur, en l'occurrence la peine principale de servitude pénale principale en lieu et place de la peine des travaux forcés. Ainsi, ils se complaisent à condamner les prévenus à une peine illégale, celle de servitude pénale. Cette situation attire notre curiosité et mérite d'être étudié avec minutie.

La Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 dispose en son article 16 alinéa 5 que « Nul ne peut être astreint à un travail forcé ou obligatoire ». Or, l'infraction de détournement des deniers publics prévue par l'article 145 du code pénal livre II est punie de la peine principale de travaux forcés « ...sera puni de un à vingt ans des travaux forcés ». Cependant, il ressort que cette peine est désormais anticonstitutionnelle, depuis la promulgation de la Constitution de 2006. Alors comment justifier le maintien de cette disposition dans notre arsenal juridique à ce jour ?

Il appert que le véritable responsable de la paralysie du système répressif dans la poursuite des personnes présumées auteurs ou complices de détournement des deniers publics serait le Législateur congolais lui-même.

Etant donné l'importance des finances publiques dans la vie d'une nation, des mesures particulières doivent être envisagées pour assainir ce secteur contre la prédation, pour produire des richesses qui seront bien distribuées sur le plan national. L'importance d'une gestion saine des finances publiques est une préoccupation pour tout citoyen.

L'intérêt de cette étude n'est à démontrer. Car, beaucoup d'efforts sont entrepris et beaucoup de moyens sont investis pour réformer la gestion des finances publiques de l'Etat. Cependant, la réalité économique et sociale reste marquée par une extrême pauvreté.

¹⁸ LUKOO MUSUBAO (R), *op. cit.*, p.114.

L'absence d'un arsenal juridique et d'une sanction pénale adéquate pour la répression de différents crimes économiques en vue de dissuader les différents intervenants dans ce secteur serait un handicap majeur. Car, certains intervenants continueront à se complaire dans le détournement des deniers publics, la malversation financière, la commission des fautes intentionnelles de gestion parce que jouissant d'une impunité absolue sur le plan disciplinaire, pénale et politique.

La législation pénale en vigueur paraît confuse et laxiste dans la répression de l'infraction de détournement des deniers publics et privés ; la peine principale étant la peine de travaux forcés, pour autant anticonstitutionnelle.

La présente étude est articulée outre l'introduction et la conclusion autour de points suivants : l'approche analytique des éléments constitutifs de l'infraction de détournement des deniers publics et privés (I), et l'approche analytique du régime répressif (II).

I. APPROCHE ANALYTIQUE DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION DE DETOURNEMENT DES DENIERS PUBLICS ET PRIVES.

Le présent chapitre analysera les éléments constitutifs de l'infraction de détournement des deniers publics telle que prévue et punie en droit congolais. Il sera question d'étudier l'élément légal (1.1), les éléments matériels (1.2), l'élément moral (1.3).

1.1 Elément légal

En République Démocratique du Congo, l'élément légal est constitué des articles 145, 145 bis et 145 ter du code pénal, livre II, prévoient et répriment le détournement des deniers publics et privés.

L'article 145 dispose : « *Tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public ou parastatal, toute personne représentant les intérêts de l'Etat ou d'une société étatique au sein d'une société privée, parastatale ou d'économie mixte en qualité d'administrateur, de gérant, de commissaire aux comptes ou à tout autre titre, tout mandataire ou préposé des personnes énumérées ci-dessus, qui aura détourné des deniers publics ou privés, des effets en tenant lieu, des pièces, titres, actes, effets mobiliers qui étaient entre ses mains, soit en vertu, soit à raison de sa charge, sera puni de un à vingt ans de travaux forcés. En condamnant à la peine prévue à l'alinéa précédent le juge prononcera en outre : 1° (Abrogé par l'article 1^{er} de l'ordonnance-loi n° 86-030 du 05 avril 1986) ; 2° l'interdiction pour cinq ans au moins et dix ans au plus après l'exécution de la peine, du droit de vote et du droit d'éligibilité ; 3° l'interdiction d'accès aux fonctions publiques et paraétatique quel qu'en soit l'échelon ; 4° la privation du droit à la condamnation ou à la libération conditionnelle et à la*

réhabilitation dont le but est de faire bénéficier le coupable des avantages prohibés au présent article ; 5° l'expulsion définitive du territoire de la République après l'exécution de la peine, si le condamné est un étranger.

Sera puni des peines portées aux alinéas 1^{er} et 2 ci-dessus, celui qui, sciemment, aura, de quelque manière que ce soit, dissimulé ou caché soit les deniers ou les biens détournés, soit certains biens du coupable dans le but de les faire échapper à la confiscation.

L'article 145 bis dispose : « *Tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public ou parastatal, toute personne représentant les intérêts de l'Etat ou d'une société étatique au sein d'une société privée, parastatale ou d'économie mixte en qualité d'administrateur, de gérant, de commissaire aux comptes ou à tout autre titre, tout mandataire ou préposé des personnes énumérées ci-dessus qui aura méchamment ou frauduleusement détruit ou supprimé, dissimulé ou caché des actes, des titres ou tout autre document dont il était dépositaire en sa qualité ou qui lui avaient été communiqués à raison de sa qualité, sera puni d'une servitude pénale de deux à vingt ans.* »

L'article 145 ter dispose : « *Les infractions visées aux articles 79 à 81, 89 à 94, 98 à 100, 101 à 102, 124 à 127, seront punies des peines doubles de celles que la loi prévoit, lorsqu'elles ont pour but de réaliser ou de dissimuler les infractions prévues aux articles précédents de la présente section.* »

1.2 Eléments matériels

Les éléments indispensables préalables déterminent le cadre dans lequel l'infraction sera commise. Pris à eux-mêmes, ces éléments ne sont entachés d'aucune illicéité et ne renseignent pas sur le comportement de l'auteur de l'infraction. Il faut donc qu'ils existent. Dans l'espèce, il s'agit d'un auteur, d'une victime et surtout qu'il y ait eu survenance de détournement des deniers publics ou privés, des effets en tenant lieu, des pièces, titres, actes, effets mobiliers qui étaient entre ses mains, soit en vertu, soit à raison de sa charge ou qu'il y ait eu destruction ou suppression, dissimulation ou soustraction à la vue des actes, des titres ou tout autre document dont il était dépositaire en sa qualité ou qui lui avaient été communiqués à raison de sa qualité. Tous ces éléments seront examinés dans le présent paragraphe dans le cadre de l'étude sur les éléments matériels.

1° Auteur

Les termes de la loi s'appliquent à : « *Tout fonctionnaire ou officier public ; toute personne chargée d'un service public ou parastatal ; toute personne représentant les intérêts de l'Etat ou d'une société étatique au sein d'une société privée, parastatale ou d'économie mixte en qualité d'administrateur, de gérant, de commissaire aux comptes ou à tout autre titre, tout mandataire ou préposé des personnes énumérées ci-dessus.* »

La qualité de fonctionnaire ou de personne chargée d'un service public est un élément essentiel pour justifier l'application de l'article 145 du Code pénal.

N'a pas cette qualité, la gérance de la succursale de la banque commerciale zaïroise (Banque privée) qui effectue certaines opérations au nom et pour compte de la Banque du Zaïre, en vertu d'une convention de gérance, dès lors que ce gérant est resté soumis à son statut originaire d'un agent au service d'une société commerciale par action à responsabilité limitée ayant conservé son autorité et sa direction sur son agent. A donc violé la disposition de l'article 145 du code pénal et partant, encourt cassation totale, la décision qui, sans s'expliquer suffisamment sur ce point, a reconnu au demandeur en cassation (prévenu) la qualité de personne chargée d'un service public, alors que celui-ci était gérant d'une succursale de la B.C.Z. (CSJ., 27 juin 1979, RP 271, Aff. TSHIMPAKA K. c/MP, BA.1984, p136).¹⁹

La qualité de fonctionnaire public ou de personne chargée d'un service public requise à l'article 145 du code pénal livre II est un élément du code constitutif de l'infraction de détournement de deniers publics et non une circonstance aggravante personnelle de l'infraction d'abus de confiance prévue à l'article 95 du même code (CSJ 15.8.1979, RP 20/CR, RJZ 1979, p 56, BA 1984, p.194 et dans ce sens CSJ, 27.6.1979 BA 1984 p136, RJZ 1979, p. 74 avec note et CSJ 27.6.1979,RP 271, BA 1984 p.136, RJZ.1979, p.74 avec note).²⁰

Le prévenu fonctionnaire de la Banque du Zaïre, est chargé d'un service public. (CSJ, 31 août 1984, RP 94, Aff. c/KASHANTWALE et consorts)²¹.

Viola l'article 145 du code pénal livre II et commet le détournement de deniers publics, le prévenu PDG d'une entreprise publique qui, pour des raisons humanitaires et autres liées aux bonnes relations avec un syndicat, affecte les fonds de celle-ci aux soins de santé d'un syndicaliste sans aucune obligation contractuelle avec son entreprise.²²

Le développement ci-dessus sur les notions de détournement des deniers publics reste valable sur la qualité de l'auteur de cette infraction.

¹⁹ KATUALA KABA KASHALA et consort, *Arrêts de principe et autres principales décisions de la cour suprême de justice*, éditions Batena Ntambua, Kinshasa, 2009, pp.128-129.

²⁰ KATUALA KABA KASHALA, *Code pénal congolais annoté*, Editions BATENA NTAMBUA, Kinshasa 2004, pp. 86-87.

²¹ KATUALA KABA KASHALA et consort, *op. cit.* p.124.

²² *Bulletin des arrêts de la Cour suprême de justice, 1980 à 1984*, Kinshasa, Edition du service de documentation et d'études du Ministère de la justice et des affaires parlementaires, 2001, p. 123

2° La victime de l'infraction

La victime de l'infraction de détournement des deniers publics ou privés est généralement l'Etat et les collectivités publiques qui sont les démembrés de l'Etat. La victime peut aussi, dans certains cas, être une personne morale semi-publique, une personne morale privée ou même, à la limite, un particulier.

2.1. L'Etat et les collectivités publiques

L'Etat ou les collectivités publiques sont généralement, soit propriétaires des deniers ou des objets, soit bénéficiaires de titres ou de valeurs, etc... La victime de l'infraction est essentiellement l'Etat et, très accessoirement, les collectivités publiques ou les établissements publics.

2.2. Les personnes morales semi-publiques

La victime peut être une personne juridique de nature mixte, au sens que ce n'est ni l'Etat lui-même ou une administration de l'Etat, ni un particulier proprement privé, mais une personne morale dans laquelle l'Etat possède des intérêts, soit seul (sociétés et entreprises d'Etat), soit en association avec d'autres personnes morales de droit privé (société d'économie mixte), qui souffre dans son patrimoine du fait des agents publics. L'article 145 du code pénal livre II n'assimile pas les personnes morales semi-publiques à l'Etat et aux collectivités publiques, ni les biens des premières à ceux des seconds, mais il protège les biens de ces personnes contre les agissements malhonnêtes des fonctionnaires publics qui sont appelés à y représenter les intérêts de l'Etat ou d'une société étatique.

2.3. Les particuliers

La victime du détournement peut, en effet, être une personne privée, c'est-à-dire un tiers, un administré, un redevable, un justiciable, une société privée qui avait confié la chose, le titre, le document ou parfois les fonds, au fonctionnaire ou à la personne assimilée, mais sans perdre son droit de propriété sur cette chose.

L'article 145 du code pénal congolais livre II vise aussi les « deniers privés », c'est-à-dire les deniers appartenant en propriété à des particuliers, à des personnes privées, en même temps que les « deniers publics », c'est-à-dire ceux appartenant à l'Etat ou aux personnes morales de droit public. Il existe de nombreux cas où ce sont des particuliers qui souffrent des dommages occasionnés par les actes malhonnêtes des fonctionnaires. Un ouvrier dont le fonctionnaire chargé de la paie en espèce a détourné le salaire, ou un créancier saisissant dont le greffier ou l'officier public, a détourné des sommes provenant de la vente aux enchères des biens saisis, ou encore un client qui remet à l'administration des postes pour le transmettre à un destinataire déterminé, un pli chargé dont un agent de cette administration détourne le contenu etc. Le

même détournement peut porter atteinte à la fois à la fortune publique et à la propriété privée, comme c'est le cas dans le dernier exemple ci-dessus. Le détournement des taxes ou amendes perçues, sans délivrance de reçu, prive l'Etat des entrées des fonds et oblige le redevable à opérer de nouveaux prélèvements sur son patrimoine²³.

Le décor étant suffisamment décrit, examinons les éléments matériels. Les éléments matériels jouent un rôle important dans le comportement prohibé suivant chaque cas d'espèce.

3° Acte de détournement

Certains auteurs considèrent que l'acte de détournement constitue en soi l'élément matériel de l'infraction de détournement des deniers publics. Le détournement est aussi l'élément matériel d'autres infractions, tel que l'abus de confiance. On entend par détournement l'usage ou la disposition d'objets ou de deniers qui sont dans les mains ou au pouvoir de l'auteur, à une fin qui ne leur était pas assignée. Il y a détournement dès que l'objet a été distrait de sa destination et est sorti de la droite voie²⁴.

Que le détournement soit une dissipation mettant l'auteur dans l'impossibilité de restituer ou un usage abusif suivi d'un refus de restituer, il est toujours consommé en tant qu'élément matériel dès que l'objet quitte la « droite voie », c'est-à-dire la place qu'il doit occuper à tel moment. C'est l'objet qui est dissipé, distrait, caché, « mis à l'ombre » ou déposé chez un tiers. Peu importe la possibilité de réparation ou de remise en état, la restitution effective ou l'impossibilité ou encore le refus de restituer, elles sont indifférentes à la réalisation de l'infraction. Que l'auteur du détournement ait des ressources suffisantes pour rembourser les sommes détournées, qu'il ait offert de les rembourser, qu'il se soit même libéré, tout cela est indifférent²⁵.

Il est d'usage courant que dans le but de détourner, les comptables renseignent sur l'original le montant exact perçu et sur les documents justificatifs internes, montant de leurs imaginations nettement en dessous de celui réellement perçu. Sera ainsi acquitté de faux en écriture, le prévenu acquéreur d'un véhicule de l'Etat auquel on a remis en original la quittance apparemment régulière et qui reflète la réalité de la vente²⁶.

Il n'est pas nécessaire que les fonds détournés soient matériellement entre les mains des prévenus, mais il suffit qu'ils soient mis à leur disposition en

²³ CIZUNGU M. NYANGEZI (B), *op. cit.*, pp. 309- 310.

²⁴ Ainsi, il n'y a pas de détournement de deniers publics quand les sommes prétendues détournées ont été versées au prévenu à titre de salaire se rapportant à une période active : cfr *KIN*, 7 juin 1974, *RJZ* 1974, n°3, p.2364 ; nouvelles, *op. cit.*, N°3357, cité par Bony CIZUNGU M. NYANGEZI, *op. cit.*, pp. 310-311.

²⁵ Cfr. *Nouvelles*, n°3372 ; *Nyppels et Servais*, *op. cit.*, T. II, p.94, n°8, idem p. 311

²⁶ KATUALA KABA KASHALA et consorts, *op. cit.*, p. 118

vertu ou à raison de leurs fonctions. (CSJ, 15 juillet 1983, RPA 78, Aff. MP c/ KABAMBA et consorts).²⁷

Le prévenu qui ordonne au Directeur du trésor de payer une créance fictive à un tiers procure à celui-ci un avantage illicite et détourne de ce fait les fonds placés à sa disposition au niveau du trésor public. (CSJ, 15 juillet 1983, RPA 83, Aff. MP c/ MALIHOGENENDO et consorts).²⁸

Les biens détournés et logés à la Banque du Zaïre d'où ils ne pouvaient être décaissés que de l'initiative du gestionnaire des crédits qu'est le prévenu, sont censés placés en dépôt à son profit. (CSJ, 25 mai 1984, RPA 90/92, Aff. MP c/ EPIME KANDOLO et consorts²⁹).

L'élément matériel de l'infraction de détournement est constitué par la dissipation des deniers publics tandis que l'élément moral procède de ce que le prévenu s'est comporté comme propriétaire à l'égard des fonds qui étaient entre ses mains à raison de sa charge. (CSJ, 15 novembre 1985, RPA 111, Aff. RVA et MP c/MAWETE et consorts)³⁰.

Ne constitue pas un détournement des deniers publics, l'utilisation par le sous-gestionnaire des fonds reçus des entités décentralisées en compensation de ceux qui lui étaient dus par le comptable de l'Etat mais qui étaient affectés au règlement des autres créances. (CSJ, 5 août 1986, RPA116, Aff. MP c/KAMWANGA MATANDA).³¹

La matérialité du fait infractionnel de détournement des deniers publics ne peut être considérée comme établie que si un déficit ou un manquant d'une certaine somme détournée a été constaté. (CSJ, 27 mai 1988, RPA 139, aff. MP c/ BAZUNDAMA et NKATA LOKOLE).³²

Lorsqu'elle a été mise dans l'impossibilité d'effectuer le contrôle de gestion par la disparition du registre de transmission des ordres de paiement par le fait que les paiements étaient effectués par les comptables subordonnés ou agents payeurs dont elle ne peut s'assurer qu'ils étaient de connivence avec le prévenu et lorsque, à cause des manipulations des pièces comptables par plusieurs individus, la Cour a été mise dans l'impossibilité de situer la responsabilité relative aux irrégularités constatées, elle acquittera purement et simplement ce dernier. (CSJ, 27 mai 1988, RPA 139, Aff. MP c/ BAZUNDAMA et NKATA LOKOLE)³³.

²⁷ KATUALA KABA KASHALA et consorts, *op. cit.*, p. 119.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² Idem, p. 120

³³ Ibidem, p.120.

Constitue un détournement, le fait pour le prévenu d'avoir affecté provisoirement des fonds lui confiés à raison de ses fonctions à l'achat des effets nécessaires à son mieux être. (CSJ, 27 mai 1988, RPA 139, aff.MP c/ BAZUNDAMA et NKATA LOKOLE).³⁴

La preuve de la disposition du prévenu à détourner les fonds publics découle de son incapacité à les restituer à l'ayant droit à la première réquisition. Le paiement fractionné intervenu ultérieurement, à la suite de l'intervention judiciaire déjà saisie de la plainte de la partie civile, n'est pas élusif de l'infraction de détournement des fonds. (CSJ, 12 août 1988, RPA 144, Aff. MP c/ MUNYOLOLO).³⁵

1.3 Elément moral

Par le fait de dépenses pour son propre compte, non justifiées et en accordant un avantage à un tiers auquel celui-ci n'avait pas droit, l'élément moral de détournement des deniers publics est établi. (CSJ, RP 16,10 juillet 1976, in BA 1977, p 148).³⁶

Le fait de garder pour soi l'argent destiné à d'autres fins ; pour le compte de la société d'Etat, est un avantage illicite que s'est procuré sciemment le délinquant, établissant l'infraction de détournement des deniers publics. (CSJ, RP16, 10 juillet 1976, idem).³⁷

La preuve du dol spécial pour l'existence de l'infraction de détournement des deniers publics peut être déduite des agissements du prévenu tels que l'introduction d'un document faux dans la comptabilité. (1^{ère} inst. Kivu, 4 avril 1975, RJZ 1978 jan-déc., n° 1-3, p.109).³⁸

Un simple déficit de caisse imputable à un agent de l'Etat ne constitue pas un détournement punissable si la preuve de l'intention frauduleuse de s'approprier les fonds manquants n'est pas établie à suffisance. (Kin., 11 juin 1973, RJZ 1973, sept-déc., n°3, p 264).³⁹

L'allégation mensongère d'un vol fantaisiste par celui qui avait la garde des biens est révélatrice de l'intention frauduleuse de détournement commis par une personne chargée d'un service public. (Kin, 6 août 1973, RJZ 1873, sept-déc., n° 3 p 269).⁴⁰

³⁴ KATUALA KABA KASHALA et consorts, *op. cit.*, p. 120.

³⁵ Ibidem.

³⁶ LUKOO MUSUBAO (R), *op. cit.*, p. 113

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

L'intention frauduleuse exigée par la loi pour établissement de l'infraction de détournement doit être prouvée et non supposée. Le défaut de représentation des fonds ne l'établit pas. Tel est le cas si, par erreur et de bonne foi, le possesseur avait cru faire des fonds un emploi convenu, vu la confiance spéciale que lui inspirait celui à qui il remettait ceux-ci. (Kin., 12 octobre 1973, RJZ 1973, sept-déc., n° 3, p.277).⁴¹

La preuve de l'intention frauduleuse de l'infraction de détournement est établie soit sur base de présomptions graves, précises et concordantes soit sur base de présomptions déduites des contradictions dans les explications du prévenu tant à l'instruction préparatoire qu'aux audiences, soit aussi sur base des présomptions résumant de la non-justification concluant sur l'utilisation des sommes détenues à titre précaire. (CSJ, RPA 26, mai 1974, in BA 1975, pp. 74-75).⁴²

L'infraction de détournement suppose une action frauduleuse commise dans une intention doléuse, et un préjudice causé à autrui. Boma, 7 juin 1904, jur. Etat, p 348.⁴³

Agit avec intention frauduleuse et se rend coupable de l'infraction de détournement des deniers publics telle que prévue et punie par l'article 145 du CPL II le prévenu qui s'approprie de façon détournée des fonds publics et qui en dispose à sa guise, en se procurant à lui-même et à autrui un avantage illicite. (CSJ, RPA 81 du 23 mars 1984, idem).⁴⁴

Le caractère frauduleux d'un détournement se dégage du fait que le délinquant a tardé plus de 3 mois après la date où il devait rendre compte à mettre ses écritures comptables à jour et à déposer les sommes qu'il avait perçues. (CSJ du 18/06/1971 B. Georges c/MP in R.J.C.1971 p. 126).⁴⁵

A défaut de preuves établissant que la disparition de quittanciers des titres officiels dont il avait la garde en raison de sa charge, provenait d'une action positive et déterminée de destruction méchante ou frauduleuse, l'infraction de destruction ou suppression méchante ou frauduleuse d'actes ou de titres n'est pas suffisamment établie. (CSJ, du 18/06/1971, Georges c/MP, op cit).⁴⁶

⁴¹ LUKOO MUSUBAO (R), *op. cit.*, p. 114

⁴² Ibidem

⁴³ Ibidem

⁴⁴ Ibidem

⁴⁵ Ibidem

⁴⁶ Idem, p. 118

L'intention frauduleuse de se procurer à soi-même et à autrui un bénéfice illicite résulte à suffisance de l'approbation par le prévenu des dépenses engagées au mépris des lois et instructions en vigueur. (CSJ, RPA 83, 84, 86, 87, 88 du 03 février 1984, *idem*).⁴⁷

Est coupable de détournement le prévenu qui, dans l'espoir d'une abondance matérielle à lui promise, déplace des sommes d'argent d'une chambre forte vers son bureau tout en renseignant faussement dans ses livres leur existence et qui, pour se justifier, invoque une contrainte morale irrésistible, alors que s'étant placé lui-même dans ses croyances mystiques, cette contrainte n'est ni totale, ni déterminante ni annihilant. (CSJ, RPA 94 du 14 août 1984, in BA, 2001, p. 508).⁴⁸

La loi exige l'accomplissement d'un élément moral. Cet élément moral peut-être entendu comme « l'état d'âme, la tournure d'esprit socialement et même moralement répréhensible »⁴⁹. L'élément moral est à la base de la classification des infractions tantôt en infractions intentionnelles et infractions non intentionnelles, tantôt en infractions intentionnelles et les délits d'imprudence ou délits matériels.

Si les poursuites pénales en matière de détournement ont leur base légale dans l'article 145 du code pénal livre II tel que modifié à ce jour, la preuve de l'intention frauduleuse peut être établie par le fait de la violation des instructions administratives relatives à la gestion des fonds (CSJ 21.11.1975, RPA 33, BA 1976, p.225), par des présomptions graves, précises et concordantes, par des présomptions déduites des contradictions dans les explications du prévenu tant à l'instruction préparatoire qu'aux audiences, par des présomptions résultant de la non justification concluante sur l'utilisation des sommes détenues à titre précaire. (CSJ 4. 5.1974, RPA 26, BA 1975, p.74), par le fait d'accorder à un tiers ou à soi-même un avantage non dû (CSJ, 10.7.1976, RP 16, BA 1977, p.148 ; CSJ, 10.7.1976, RP 16, BA 1977, p.148), par la discrétion entourant l'opération de vente illicite (CSJ 3.3.1972, RPA 125, BA 1973, p.26 ; RJZ, 1973, p.33).⁵⁰

Il s'agit de « *dolus* » « *malus* », c'est-à-dire le dol, entendu comme toute ruse, manœuvre, acte frauduleux, employé pour circonvenir, tromper ou leurrer autrui et, en particulier, pour l'amener à conclure un contrat. C'est aussi tout comportement contraire à la bonne foi.⁵¹

⁴⁷ LUKOO MUSUBAO (R), *op. cit.*, p. 118.

⁴⁸ *Ibidem*

⁴⁹ BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, T. 1, Dalloz, Paris, 1963 et 1970 cité par NYABIRUNGU Mwene NSONGA, *Droit pénal général zaïrois*, éd. Droit et Société « DES », Kinshasa, 1989, p.257.

⁵⁰ KATUALA KABA KASHALA et consort, *op. cit.*, p. 86.

⁵¹ VIGNERON(R), *Droit Romain, vocabulaire*, Université de Mbuji-Mayi, Faculté de Droit 1^{er} graduat en Droit, 1994, p. 27.

La preuve du dol spécial exigé pour l'existence de l'infraction de détournement des deniers publics peut être déduite des agissements du prévenu tels que l'introduction d'un document faux dans la comptabilité. (1^{ère} inst. Kivu -4.4.1975, MP c/S.RJZ n°1, 2, et 3, p.109).⁵²

Il y a doute sur l'existence d'un détournement des deniers publics lorsque la prévention est basée uniquement sur la différence entre les totaux des livres comptables, si certaines écritures passées au livre comptable non tenu par le prévenu se rapportant aux pièces non communiquées à ce dernier et qu'un déficit n'a pas été constaté dans la caisse gérée par le prévenu.

Doit être considérée comme erreur non constitutive d'infraction de détournement, faute d'intention frauduleuse, la double comptabilisation d'un extrait bancaire, lorsqu'il n'a pas été constaté un déficit dans la caisse gérée par le prévenu.

Doit être qualifié de détournement des deniers publics et non d'escroquerie, le fait pour le fonctionnaire du service des contributions de s'approprier les recettes fiscales versées entre ses mains par un contribuable de bonne foi, moyennant quittance, même si le prévenu n'avait pas qualité pour délivrer cette quittance. (L'shi, 13.6.1974 MP c/ I et crts in RJZ n°1, 1975, p.52).⁵³

Le détournement comme la soustraction impliquent nécessairement l'idée de fraude⁵⁴. Il faut donc la preuve de la décision unilatérale et volontaire d'approbation ou de rétention ou, si l'on veut, la preuve de l'intention dolosive ou frauduleuse. Il a été jugé : - Que le détournement des deniers publics est caractérisé par l'utilisation privative des deniers contrairement à leur destination, dans la conscience que cet acte de disposition causait ou pouvait causer préjudice, et que le fait reste punissable même si le prévenu n'avait pas eu l'intention de s'approprier définitivement les fonds⁵⁵ - Que l'allégation mensongère d'un vol fantaisiste invoqué par celui qui avait la garde de biens, est révélatrice de l'intention frauduleuse de détournement commis par une personne chargée d'un service public⁵⁶.

Pour tomber sous le coup de la loi, le fonctionnaire prévenu de détournement doit avoir agi avec une intention frauduleuse. Cela signifie qu'il faut un dol spécial. Celui-ci s'analyse en une volonté d'appropriation, mais peut aussi, plus spécialement en matière de détournement par fonctionnaire public, se ramener à une simple volonté d'utilisation momentanée de la chose.

⁵² KATUALA KABA KASHALA, *Jurisprudence des cours et tribunaux 1975 – 1987*, tiré sur les presses offset IMPRI/ONATRA 93, Kinshasa 1992, p. 24

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Cfr. Nouvelles, *op. cit.*, T. III, n°3384bis ; R. Vouin, *op. cit.*, par M.I. Rassat, n°57.

⁵⁵ Cfr Kin, 29 décembre 1966, R.J.C., 1967, 2, 128.

⁵⁶ Kin., 6 août 1973, R.J.Z., 1973-3-269.

En général, la connaissance et la conscience du détournement ne suffisent pas seules à constituer l'intention frauduleuse. L'auteur doit être mu par une volonté dolosive ; celle-ci exige, pour la réalisation de l'infraction de détournement, entre autre, que l'agent ait agi avec une volonté libre. Il en est autrement d'un fonctionnaire qui, chargé de payer les traitements d'un mois, en paie pour deux mois sous la pression et les menaces des travailleurs.⁵⁷

De même, des déficits de caisse dus à des erreurs commises dans la tenue de la comptabilité ne suffisent pas en l'absence de toute intention frauduleuse, à constituer l'infraction de détournement des deniers publics.⁵⁸ Autrement dit, un simple déficit de caisse imputable à un agent de l'Etat ne constitue pas un détournement, si la preuve de l'intention frauduleuse de s'approprier les fonds manquants n'est pas établie à suffisance⁵⁹.

L'intention frauduleuse exigée par l'article 145 précité pour l'établissement de l'infraction de détournement doit être prouvée et non supposée. Le simple défaut de présentation des fonds ne l'établit pas. Tel est le cas, si par erreur et bonne foi, le possesseur avait cru faire des fonds un emploi convenu, vu la confiance spéciale que lui inspirait celui à qui il remettait ceux-ci⁶⁰. Le caractère frauduleux du détournement réside uniquement dans l'appropriation injuste ou la détention injuste⁶¹.

Le fonctionnaire ou assimilé peut ne pas avoir eu l'intention de s'approprier les biens qui lui avaient été confiés. Il avait simplement l'intention de les dissimuler avant que ne soit découvert l'emploi irrégulier qu'il en a fait. Ce comportement constitue un manquement grave à la probité. Aux termes de la jurisprudence la plus répandue, le législateur punit toute personne précitée qui aura détourné des deniers publics ou privés, des effets tenant lieu de pièces, titres, actes, effets mobiliers qui étaient entre ses mains, soit en vertu, soit en raison de sa charge. C'est pourquoi, le détournement des deniers publics n'est pas établi dans le chef du prévenu qui en ait la détention matérielle mais qui ne les ait non plus utilisés⁶².

Par contre, l'infraction est établie dans le chef d'un commissaire d'Etat (Ministre) qui a donné ordre à un officier placé sous tutelle de son département de payer une facture adressée à ce département, si ce paiement a été sans contrepartie et que les sommes payées ont été partagées entre l'auteur de l'ordre et l'auteur de la facture⁶³.

⁵⁷ Cfr. Lub., 11 décembre 1969, RJC., 1970-1-51.

⁵⁸ C.S.J., de Kin ; 7 juin 1974, Penant, 1975-4-541.

⁵⁹ Kin, 11 juin 1973, RJZ., 1973-3-364.

⁶⁰ Kin., 12 octobre 1973, RJZ., 1973-3-277

⁶¹ BONY CIZUNGU M. NYANGEZI, *op. cit.*, pp. 311-312.

⁶² CSJ., RPA 56, 29 juin 1979, BA. 1984, p. 139.

⁶³ CSJ., RP 20/ CR., 15 août 1979, RJZ., 1979, p.56 ; BA. 1984, p. 194.

Les fonds déposés dans un compte bancaire dont le retrait ne peut être effectué que sous la seule signature du prévenu sont entre les mains du prévenu et peuvent faire l'objet d'un détournement⁶⁴.

N'est pas établie, l'infraction de détournement des deniers privés dès lors qu'il n'est pas apporté la preuve de la perception effective du montant soi-disant détourné et que, par conséquent, certaines conditions pour sa réalisation ne se trouvent pas réunies notamment la détention précaire des biens mobiliers et la dissipation frauduleuse, la transformation de la possession précaire en celle définitive⁶⁵.

En approuvant des dépenses engagées au mépris des lois et instructions en vigueur, le prévenu a été mu par une intention frauduleuse de procurer l'argent à lui-même et aux tiers et ce, au préjudice du trésor public. Le contrôleur des finances qui donne son visa à ce genre des dépenses a prêté aux prévenus une aide telle que sans elle, les infractions de détournement n'auraient pas pu être commises. (Art. 21 et 23 CPL I) CSJ., 3 février 1984, RPA 83-84-86-87-88, Aff. MP c/ MALINGWENDO et consorts)⁶⁶.

L'intention frauduleuse existe dans le chef du prévenu de détournement des deniers publics dès l'instant où il a volontairement déplacé de la chambre forte au coffre de son bureau, une masse d'argent sans signaler cette situation ni dans le livre de mouvement de la caisse principale ni dans celui de mouvement du trésor, alors que tous ces livres renseignaient erronément les existences qui n'étaient pas réellement dans la chambre forte. (CSJ, 31 août 1984 RP 94, Aff. C/ KASHINTWALE et consorts)⁶⁷.

Le prévenu qui s'approprie de façon détournée des fonds publics et qui en dispose à sa guise pour se procurer à lui-même et à autrui un avantage illicite, établit à suffisance son intention frauduleuse, il en est ainsi du prévenu qui a perçu ces fonds au mépris des instructions de commerce et dans les prêts donnés aux tiers. (CSJ, 23 avril 1984, RPA 81, Aff. MP c/BIENGA KOLO et consorts)⁶⁸.

L'intention frauduleuse exigée par l'article 145 du code pénal livre II est bien établie dans le chef du prévenu, PDG de l'IECN qui a procuré un avantage illicite à une société à laquelle il a cédé, sans contrepartie, les pointes d'ivoires de l'Etat. Cette intention résulte suffisamment de l'empressement avec lequel

⁶⁴ CSJ., RP 20/ CR., 15 août 1979 ; BA. 1988, p. 194.

⁶⁵ CSJ., RPA 342, 8 janvier 2008, en cause Ministère public et partie civile Mukwene Wawa contre les prévenu Perpétue Tambu Sudila, Kabukanyi Zalamaya, Malombo Mawe Gaston et Kasula Mafwa, in BA., année 2004 – 2009 Tome II (2007-2009) Editions du service de Documentation et d'Etudes du Ministère de la Justice et Droit Humains, 2010, pp. 45-64, cité par Bony CIZUNGU M. NYANGEZI, *op. cit.*, pp. 312-313.

⁶⁶ KATUALA KABA KASHALA et consort, *op. cit.*, p.121.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Idem, pp. 121-122

cette transaction a été conclue. (CSJ, 21 février 1986 RPA 113, Aff. MP c/KAKIESSE ONFINE)⁶⁹.

Ne sera condamné pour détournement des biens publics, faute d'intention frauduleuse découlant du fait qu'il a reçu l'autorisation d'usage du Directeur général aï., le prévenu qui a gardé dans sa résidence les biens affectés à la résidence de son collègue démissionnaire. (CSJ, 17 juillet 1986, RPA 117, aff.MP c./MIBANGA et KAZIAMA)⁷⁰.

L'intention frauduleuse fait défaut dans le chef du prévenu de détournement des deniers publics, lorsqu'il a été établi que c'est sur l'autorisation de l'organe de tutelle qu'il s'est procuré des biens électroménagers et autres nécessaires à l'équipement d'une maison de fonction, et que ces biens, qui ne constituent pas des immeubles par incorporation, demeurent détachables à la première réquisition. L'absence de l'inventaire des susdits biens, lorsqu'elle n'est pas imputable au prévenu, ne peut être expressive de son intention frauduleuse. (CSJ, 11 septembre 1987, RPA 132, Aff. ONPTZ et MP c/TABU EBOMA et consorts)⁷¹.

Les dépenses faites dans l'intérêt exclusif du service, lorsqu'elles sont justifiées, ne peuvent révéler une quelconque intention frauduleuse. Il en est ainsi des fonds débloqués suivant l'usage pour l'organisation d'une manifestation marquante pour l'entreprise publique sur autorisation de l'organe de tutelle. (CSJ., 11 septembre 1987, RPA 132, Aff. ONPTZ et MP c/TABU EBOMA et consorts)⁷².

Le déficit qui découle soit du solde débiteur constaté dans la comptabilité du fonctionnaire public, soit de l'utilisation injustifiée des fonds mis à sa disposition, n'est constitutif de l'infraction de détournement que s'il existe dans le chef du prévenu l'élément moral ou le dol spécial caractérisé par l'intention frauduleuse de procurer à soi-même ou à autrui un avantage illicite en transformant la possession précaire des fonds mis à sa disposition, en fonction ou en raison de sa charge, en une possession définitive. A agi dans le but de se procurer un avantage illicite et commet de ce fait un détournement des deniers privés, le Magistrat qui à la première réquisition n'a pas restitué le montant litigieux qu'il avait reçu à raison de sa charge. (CSJ., 27 mai 1988 RPA 139, Aff. MP c/BAZUNDAMA et NKATA LOKOLE).

En matière de détournement des fonds, l'intention frauduleuse découle de l'obstination du prévenu à détenir les fonds de la partie civile et d'en disposer comme s'ils lui appartenaient. (CSJ 12 août 1988. RPA 144, Aff. MP c/MUNYOLOLO)⁷³.

⁶⁹ KATUALA KABA KASHALA et consort, *op. cit.*, p. 122

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Idem, pp. 122-123

⁷² Idem, p. 123

⁷³ Ibidem.

Pour bénéficier de l'exonération de sa responsabilité pénale en cas d'erreur, le prévenu doit prouver le caractère invincible de celle-ci.

Le Ministère public détient de la loi le droit d'exercer à tout moment l'action publique dès l'instant où une infraction a été commise. Partant, une circulaire administrative prescrivant les vérifications comptables n'étant pas un texte légal, ne peut paralyser l'exercice de ce droit. (CSJ, 21 Novembre 1975, RPA 33, Aff. MP c/NGWENZA, BA 1976, pp. 225-226)⁷⁴.

Les indemnités de mission qui sont dues mais dont la juridiction ne peut connaître d'une manière précise la tarification exacte laisse subsister un doute sur le caractère frauduleux que ces prélèvements pourraient avoir. (CSJ, 10 juillet 1976, RP 16, Aff. MP c/MUHIMA, BA1977, p.148)⁷⁵. En distayant de sa destination une somme destinée à deux règlements de frais de transport et fournitures, le prévenu en sa qualité conjointe de président de juridiction et de sous-gestionnaire de crédit a commis un détournement des fonds publics que le remboursement ultérieur, lors de l'instruction ne peut exonérer. (CSJ, 8 décembre 1978, RPA, Aff. MP c/BAELONGANDI et MUTOMBO, BA 1979, p.137).⁷⁶

Est établie à suffisance de droit, l'infraction de détournement des deniers publics reprochée à une personne chargée d'un service concerné qui passe commande auprès d'une maison non spécialisée qui procède à une livraison symbolique en fournissant une infime quantité de marchandises d'une valeur dérisoire par rapport au montant payé, permettant ainsi à la fois de conclure que le marché concerné était fictif, d'écarter la thèse de contrat civil soutenue par la défense et de dégager l'intention frauduleuse du prévenu de procurer un bénéfice illicite à son contractant.

N'a pas agi avec intention frauduleuse et sera acquitté, le prévenu qui loue, aux-frais de l'entreprise publique pour son compte et pour celui de son personnel en mission au siège de la succursale étrangère de celle-ci, un appartement destiné à les héberger afin de contribuer à la réduction des frais hôteliers, lorsqu'il ressort des pièces du dossier et des témoignages concordants que cette formule profita à l'entreprise qui y logea régulièrement ses travailleurs et qui fit l'économie de ses frais excessifs généralement engagés pour honorer des factures hôtelières⁷⁷.

⁷⁴ KATUALA KABA KASHALA et consort, *op. cit.*, p.126.

⁷⁵ *Idem.*, pp. 126-127.

⁷⁶ *Idem.*, pp. 127-128.

⁷⁷ Bulletin des arrêts de la Cour suprême de justice, 1980 à 1984, Kinshasa, Edition du service de documentation et d'études du Ministère de la justice et des affaires parlementaires, 2001, p. 124.

II. ANALYSE DU REGIME REPRESSIF ET LA NON APPLICATION DE LA PEINE DES TRAVAUX FORCES.

Pour mieux appréhender le sens de notre démarche, nous allons aussi évoquer quelques acceptions du concept de la peine.

La peine est une sanction punitive, qualifiée comme telle par le législateur, infligée par une juridiction répressive au nom de la société à l'auteur d'une infraction en rétribution de la faute commise, l'intimidation et la réadaptation du délinquant étant les autres objectifs poursuivis.⁷⁸

La peine principale est une sanction obligatoirement attachée par le législateur, à un comportement déterminé qui caractérise l'incrimination pénale et la nature criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle de celle-ci.⁷⁹

Une peine complémentaire est une sanction qui s'ajoute, ou peut s'ajouter, à la peine principale selon qu'elle est obligatoire ou facultative pour le juge.⁸⁰ Les peines complémentaires, lorsqu'elles sont prévues par le texte d'incrimination, peuvent également être prononcées à titre de peine principale.⁸¹

Le principe de la légalité des infractions et des peines. Ce principe contenu dans l'adage latin « Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege » signifie que les crimes et les délits doivent être légalement définis avec clarté et précision, ainsi que les peines qui leur sont applicables. La Constitution de la République Démocratique du Congo en son article 17 évoque ce principe ainsi que l'article 1^{er} du Code pénal livre 1 et l'article 2 de la loi n°73/017 du 5 janvier 1973 reconnaissent le principe de la légalité des peines. En vertu de ce principe, aucune peine ne peut être appliquée contre une personne si elle n'est pas contenue dans une loi de manière claire et précise

En droit congolais, l'article 5 du code pénal dispose que les peines applicables aux infractions sont : 1° La mort ; 2° Les travaux forcés ; 3° La servitude pénale ; 4° L'amende ; 5° La confiscation spéciale ; 6° L'obligation de s'éloigner de certains lieux ou d'une certaine région ; 7° La résidence imposée dans un lieu déterminé ; 8° La mise à la disposition de la surveillance du gouvernement.

En matière de détournement, le code pénal congolais prévoit les pénalités suivantes :

⁷⁸ Bulletin des arrêts de la Cour suprême de justice, 1980 à 1984, *op. cit.*, p. 629.

⁷⁹ *Idem*, p. 631.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

1) La peine des travaux forcés à laquelle est associée quelques peines complémentaires de confiscation spéciale, l'interdiction pour cinq ans au moins et dix ans au plus après l'exécution de la peine, du droit de vote et du droit d'éligibilité, l'interdiction d'accès aux fonctions publiques et paraétatiques quel qu'en soit l'échelon, la privation du droit à la condamnation ou à la libération conditionnelle et à la réhabilitation dont le but est de faire bénéficier le coupable des avantages prohibés au présent article, et l'expulsion définitive du territoire de la République après l'exécution de la peine, si le condamné est un étranger, pour celui qui aura détourné des deniers publics ou privés, des effets en tenant lieu, des pièces, titres, actes, effets mobiliers qui étaient entre ses mains, soit en vertu, soit à raison de sa charge, sera puni de un à vingt ans de travaux forcés. (Article 145 du Code pénal Livre II) ;

2) La peine de servitude pénale de deux à vingt ans pour celui qui aura méchamment ou frauduleusement détruit ou supprimé, dissimulé ou caché des actes, des titres ou tout autre document dont il était dépositaire en sa qualité ou qui lui avaient été communiqué à raison de sa qualité (Article 145 bis du Code pénal congolais Livre II) ;

3) Les doubles des peines de celles que la loi prévoit pour les infractions visées aux articles 79 à 81, 89 à 94, 98 à 100, 101 à 102, 124 à 127, lorsqu'elles ont pour but de réaliser ou dissimuler les infractions de détournement des deniers publics (Article 145 ter).

Ce chapitre examinera les pénalités prévues dans le cadre de la répression de l'infraction de détournement des deniers publics et privés ainsi que l'infraction de suppression, dissipation ou soustraction des actes, titres ou tout autre document dont l'auteur était dépositaire en sa qualité ou qui lui avaient été communiqués à raison de sa qualité pour faciliter la commission de l'infraction de détournement des deniers publics ou privés. Il s'agira de la peine des travaux forcés (2.1), la peine de servitudes pénale principale (2.2), ainsi que les peines complémentaires (2.3).

2.1 La peine de travaux forcés et son inapplication.

La peine des travaux forcés est prévue à l'article 145 « ...sera puni de un à vingt ans de travaux forcés... ».

Ce paragraphe consacré à l'étude de la peine de travaux forcés permettra d'apprécier sa portée, sa cohérence, sa clarté, sa précision, afin d'en déduire son efficacité dans la politique criminelle en matière de lutte contre l'infraction de détournement des deniers publics et privés. Toutefois, nous allons procéder à une analyse sommaire des autres peines prévues en cette matière, selon le cas.

L'alinéa 2 de l'article 6 bis du Code pénal congolais dispose que : « La peine de travaux forcés est d'un an au minimum et de vingt ans au maximum. Les condamnés aux travaux forcés subissent leur peine conformément au règlement fixé

par l'ordonnance du Président de la République. L'exécution de la peine de travaux forcés ne peut être assimilée ni confondue avec la peine de servitude pénale. Toutefois, toute détention subie avant la condamnation définitive par suite de l'infraction qui donne lieu à cette condamnation, sera imputée, pour la totalité, sur la durée de la peine de travaux forcés prononcée⁸² ».

Il se pose la question de savoir, quelle était la politique criminelle visée par le législateur en retenant une pareille peine sans fixer la modalité de son application, conditionnant celle-ci à un règlement que devra fixer une ordonnance du Président de la République ultérieurement ?

La politique criminelle étant entendue comme un ensemble de procédés et moyens, tant préventifs que répressifs, par lesquels un Etat s'efforce de mettre en place une stratégie, sous-tendue par des options idéologiques, destinées à lutter contre le phénomène criminel.

Lorsqu'elle utilise le droit pénal cette politique peut non seulement se réaliser par des choix législatifs mais encore, au plan judiciaire, par des directives concernant la mise en œuvre de l'action publique par les parquets. Elle est déterminée au plan national par la garde des sceaux et au plan régional par les procureurs généraux. On parle assez souvent dans ce cas de politique pénale.⁸³

L'alinéa 3 de l'article 6 bis dispose que « *l'exécution de la peine de travaux forcés ne peut être assimilée ni confondue avec la peine de servitude pénale* ».

Mais, au regard de la jurisprudence qui a existé en cette matière, plusieurs juridictions se sont contentées d'appliquer la peine de servitude pénale, alors que la loi dispose que la peine des travaux forcés ne peut être assimilée, ni confondue à la peine de servitude pénale.

On peut conclure à l'application d'une peine anticonstitutionnelle en matière de détournement des deniers publics depuis la promulgation de la constitution du 18 février 2006 et par conséquent à la violation du principe de légalité de la peine dans toute indifférence et sans dénonciation de la part des praticiens.

L'article 16 alinéa 5 de la Constitution du 18 février 2006 dispose que « *Nul ne peut être astreint à un travail forcé ou obligatoire* ». Il faut en déduire toutes les conséquences qui s'imposent.

Les modalités d'application de cette peine n'ayant jamais été déterminées, (par une quelconque ordonnance) les condamnés aux travaux forcés exécutent, en fait, la peine de servitude pénale, ce qui constitue une violation de la loi.⁸⁴

⁸² Bulletin des arrêts de la Cour suprême de justice, 1980 à 1984, *op. cit.*

⁸³ *Idem.*, pp. 650-651.

⁸⁴ Ministère de la justice et garde des sceaux, *Acte de la rentrée judiciaire de la cour suprême de justice 2005*, Mars 2006, p. 70.

La controverse autour de la peine de travaux forcés a pris une forte ampleur et la tendance est plutôt favorable à son abolition. D'ailleurs une loi consacrant sa suppression vient d'être votée à l'Assemblée nationale⁸⁵ (en 2010) (Il s'agit de la 1^{ère} législature de la troisième République de la République Démocratique du Congo).

Le concept de la peine de travaux forcés ; il s'agit d'une peine criminelle temporaire ou perpétuelle qui n'a été abrogée qu'en 1939. Ceux qui la subissaient étaient des forçats. Les travaux forcés ont été remplacés par la réclusion criminelle.⁸⁶

Les problèmes suscités par la peine de travaux forcés : d'après l'ordre que l'on retrouve à l'article 5 du code pénal, la peine de travaux forcés est la deuxième en termes de gravité. Elle vient juste après la peine de mort. Elle consiste en une prestation manuelle que doit remplir le condamné pendant une période déterminée par le juge. Elle diffère des travaux auxquels sont soumis les pensionnaires des prisons par l'alinéa 1^{er} de l'article 64 de l'ordonnance n°344 du 17 septembre 1965 portant régime pénitentiaire. Cette peine suscite des interrogations, « 46 ans » après sa consécration par la loi du 5 janvier 1973, sur son utilité et son bien-fondé au point que de plus en plus des voix s'expriment en faveur de son abolition pure et simple⁸⁷. Pour certains auteurs la peine de travaux forcés ne présente aucun avantage pour notre droit.⁸⁸

Le législateur la présentait comme une mesure intimidante susceptible de dissuader les détourneurs. Mais il faut se rendre compte qu'au moment où cette peine était adoptée en RDC, elle était dénoncée sous d'autres cieux où elle était considérée comme désuète et inutile⁸⁹.

En matière de commutation des peines, les règles consacrées en cas de reconnaissance, par le tribunal, des circonstances atténuantes en faveur du prévenu, admettent que la peine la plus forte cède la place à la peine immédiatement inférieure⁹⁰. Si, d'après le code pénal, la peine de travaux forcés est immédiatement inférieure à la peine de mort, c'est elle qui prendra la place de celle-ci en cas de circonstances atténuantes. Tirant la conséquence du premier raisonnement, on pourrait être tenté de dire que les travaux forcés seront remplacés par la peine de prison. Mais qui admettrait une telle logique si on lui demandait de remplacer 20 ans de travaux forcés par la prison à vie ? Trouvant ces questions non résolues par la loi du 5 janvier 1973, le doyen NYABIRUNGU dénonce l'incohérence à laquelle donne lieu cette loi et relève

⁸⁵ LUZOLO BAMBI Lessa Emmanuel J et consorts, *Manuel de procédure pénale*, PUC, Kinshasa 2011, p. 525.

⁸⁶ *Lexique*, *op. cit.*, p. 861.

⁸⁷ LUZOLO Bambi Lessa Emmanuel J. et consorts, *op. cit.*, pp. 522-523.

⁸⁸ NYABIRUNGU mwene SONGA, *op. cit.*, p. 308

⁸⁹ *Idem*, p. 307.

⁹⁰ Article 19 du code pénal congolais livre I

même qu'en pratique, c'est la peine de servitude pénale à perpétuité qui remplace la peine de mort et non celle de travaux forcés.⁹¹

La controverse autour de la peine de travaux forcés a pris une forte ampleur et la tendance est plutôt favorable à son abolition. D'ailleurs une loi consacrant sa suppression vient d'être votée à l'Assemblée nationale,⁹²(en 2010). Mais, nous continuons à attendre la suite que le Sénat y a réservé jusqu'à ce jour.

2.2 La peine de servitude pénale

L'article 145 bis « *punit d'une servitude pénale de deux à vingt ans, celui qui aura méchamment ou frauduleusement détruit ou supprimé, dissimulé ou caché des actes, des titres ou tout autre document dont il était dépositaire en sa qualité ou qui lui avaient été communiqués à raison de sa qualité.* »

Il faut noter que l'article 145 prévoit une peine de travaux forcés, tandis que son bis punit d'une servitude pénale de deux à vingt ans ; alors que l'article 145 ter prévoit le double de la peine des infractions énumérées expressément chaque fois que celles-ci seront commises dans le but de réaliser ou de dissimuler le détournement.

Rappelons que le minimum de la servitude pénale est d'un jour, alors que celui de travaux forcés est d'un an (art 6 du code de procédure pénale modifié par la loi vantée)⁹³. La servitude pénale est au minimum d'un jour d'une durée de vingt-quatre heures.⁹⁴

Les condamnés à la servitude pénale subissent leur peine dans les prisons déterminées par le Président de la République. Ils sont employés, soit à l'intérieur de ces établissements, soit au dehors, à l'un des travaux autorisés par les règlements de l'établissement ou déterminés par le Président de la République, à moins qu'ils n'en soient dispensés par le Président de la République dans des cas exceptionnels.⁹⁵

Toute détention subie avant que la condamnation soit devenue irrévocable, par suite de l'infraction qui donne lieu à cette condamnation, sera imputée, pour la totalité, sur la durée de servitude pénale prononcée.⁹⁶

L'article 145 bis punit la destruction ou la suppression méchante ou frauduleuse des actes et des titres.

⁹¹ NYABIRUNGU mwene SONGA, *op. cit.*, p. 321.

⁹² LUZOLO BAMBI Lessa Emmanuel J et crt, *op cit*, p. 525.

⁹³ CIZUNGU M. NYANGEZI (B), *op. cit.*, p. 314.

⁹⁴ Article 7 du code pénal congolais livre I.

⁹⁵ Article 8 du code pénal congolais livre I

⁹⁶ Article 9 du code pénal congolais livre I

Les mots « actes ou titres » comprennent toutes les pièces utiles, dont la perte peut nuire à des tiers ; cela peut s'entendre de simples copies, lorsque l'original n'est pas immédiatement à la disposition des intéressés, et que l'absence de la copie peut leur occasionner un dommage.

Cette infraction constitue un abus fonctionnel en ce sens que la loi exige, que le titre ou l'acte ait été confié à l'auteur de la destruction ou suppression, en raison de sa qualité.

L'infraction est consommée par le défaut de présenter la pièce par le fonctionnaire, dès l'instant où il en est légalement requis, une restitution ultérieure ne ferait pas disparaître l'infraction. Il faut évidemment que la pièce ait été communiquée à l'auteur en raison de sa charge.

Cette infraction exige l'intention frauduleuse ou méchante. L'intention frauduleuse est réalisée lorsque l'auteur agit pour procurer un bénéfice illicite, soit à lui-même, soit à l'autrui. L'intention méchante existe lorsque l'auteur agit dans le but de nuire. La possibilité du préjudice suffit pour que le fait soit punissable.

Tombe sous le coup de la loi, le fait pour un fonctionnaire de supprimer un procès-verbal qui lui avait été remis par un de ses subordonnées, pour transmission au parquet, alors que cette suppression avait pour but de faire échapper un délinquant, aux conséquences de son infraction (Elis., 22nov1924, Jur. Kat., I, p.52).⁹⁷

A défaut de preuves établissant que la disparition de quittanciers des titres officiels dont il avait la garde en raison de sa charge, provenait d'une action positive et déterminée de destruction méchante ou frauduleuse, l'infraction de destruction ou suppression méchante ou frauduleuse d'actes ou de titres n'est pas suffisamment établie. (CSJ, du 18/06/1971, Georges c/MP, op. cit.)⁹⁸.

Au regard et partant de l'article 145 ter, les infractions du code pénal livre II visées aux articles 79 à 81 (vol), 89 à 94 (banqueroute), 98 à 100 (escroquerie et tromperie), 101 à 102 (recel et cel frauduleux), 124 à 127 (faux et usage de faux) seront punies des peines doubles de celles prévues par la loi lorsqu'elles ont pour but de réaliser ou de dissimuler le détournement.

2.3 Les autres peines complémentaires

En condamnant à la peine prévue à l'alinéa précédent le juge prononcera en outre : 1° (Abrogé par l'article 1er de l'ordonnance-loi n° 86-030 du 05 avril 1986). 2° l'interdiction pour cinq ans au moins et dix ans au plus après l'exécution de la peine,

⁹⁷ MINEUR (G), *op. cit.*, p. 322

⁹⁸ LUKOO MUSUBAO (R), *op. cit.* p. 118.

du droit de vote et du droit d'éligibilité ; 3° l'interdiction d'accès aux fonctions publiques et paraétatiques quel qu'en soit l'échelon ; 4° la privation du droit à la condamnation ou à la libération conditionnelles et à la réhabilitation dont le but est de faire bénéficier le coupable des avantages prohibés au présent article ; 5° l'expulsion définitive du territoire de la République après l'exécution de la peine, si le condamné est un étranger. Sera puni des peines portées aux alinéas 1^{er} et 2 ci-dessus, celui qui, sciemment, aura, de quelque manière que ce soit, dissimulé ou caché soit les deniers ou les biens détournés, soit certains biens du coupable dans le but de les faire échapper à la confiscation.

1° Confiscation des biens

a) Confiscation générale

Cette peine de confiscation générale des biens a été abrogée par l'article 1^{er} de l'ordonnance-loi n° 86-030 du 05 avril 1986.

La confiscation générale de biens prévue par l'OL N° 66/112 du 15 mars 1966 en cas de détournement des deniers publics par un fonctionnaire, officier public ou personne chargée d'un service public a été implicitement abrogée par l'article 4 de l'O.L du 3 mai 1968 qui prévoyait dans son ensemble les conditions d'application et le système des pénalités prévues par l' art 145 du code pénal livre II qui avait été modifié partiellement par l'ordonnance-loi précitée en cas de détournement des deniers publics. La confiscation est ordonnée par une loi spéciale comme mesure de sécurité ou d'ordre public. Elle ne peut être considérée que comme une peine accessoire d'une condamnation⁹⁹.

b) Confiscation spéciale

La confiscation spéciale portant sur l'objet de l'infraction est envisagé par opposition à la confiscation générale de tous les biens du prévenu. « La confiscation spéciale s'applique uniquement : 1° Aux choses formant l'objet de l'infraction et à celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre quand la propriété en appartient au condamné ; 2° Aux choses qui ont été produites par l'infraction. La confiscation spéciale est prononcée pour toute infraction dont l'existence est subordonnée à l'intention délictueuse. Elle n'est prononcée, pour les autres infractions que dans les cas déterminés par le législateur ''¹⁰⁰. **Remarque** : Sera puni des peines portées aux alinéas 1^{er} et 2 ci-dessus, celui qui, sciemment, aura, de quelque manière que ce soit, dissimulé ou caché soit les deniers ou les biens détournés, soit certains biens du coupable dans le but de les faire échapper à la confiscation. »

En cas de détournement des deniers publics, en vertu de l'O.L. n° 97 du 15 mars 1966 modifiée par l'O.L. n° 67 du 4 avril 1967, la confiscation des biens

⁹⁹ LUKOO MUSUBAO (R), *op. cit.* p. 117.

¹⁰⁰ L'article 14 du code pénal congolais livre II

du condamné doit être prononcée exclusivement à concurrence du montant détourné. (C.A L'shi, 2 mai 1967, in RJC 1967, p. 27).¹⁰¹

La sacoche de médicaments, propriété du condamné ayant servi à commettre l'infraction doit être confisquée. (CA L'shi, 3 avril 1969, in RJC 1967, p. 229)¹⁰².

La confiscation s'applique aux infractions intentionnelles, et ne s'étend pas aux infractions involontaires.

La confiscation en droit congolais est prononcée au profit de l'Etat. La chose susceptible de confiscation doit avoir une valeur ; car, la confiscation est une peine : il n'en est pas ainsi lorsque la mainmise de l'Etat est ordonnée dans un but de sécurité ou d'ordre public.¹⁰³

La confiscation n'est pas subordonnée à l'existence de la saisie préalable, mais le juge qui la prononce doit constater les conditions de fait qui en justifient l'application; il est donc tenu de préciser si la chose formait l'objet de l'infraction ou si elle a servi à la commettre et était la propriété du condamné, ou si elle a été produite par l'infraction.¹⁰⁴

Le juge n'est pas tenu d'indiquer par le détail chacune des choses confisquées (Cass. 8 déc. 1947, Pas., I, 526) ; mais, il doit cependant les identifier, faute de quoi la confiscation n'est pas motivée. (Cass., 25 nov. 1946, Pas, I, 446; Cass., 18 déc. 1950, Pas., 1951, I, 254).¹⁰⁵

La confiscation ne peut être prononcée que par les juridictions de jugement. (Cass., 12 mai 1930 Pas. I, p 212).¹⁰⁶ Elles ne peuvent l'ordonner que lorsqu'elles sont saisies d'une poursuite contre un individu déterminé. Ni pour des objets qui se rapportent à un fait pour lequel le prévenu n'a pas été poursuivi. (Elis., 23 déc. 1913, jur. col. 1924, p 180).¹⁰⁷

Par choses qui ont servi à commettre l'infraction, on entend les instruments mêmes de l'infraction (Elis., 3 févr. 1914, Jur. col. 1924, p 325), c'est-à-dire les objets dont l'auteur s'était muni en vue de commettre l'infraction, même s'il n'en a pas fait usage. Telles sont les fausses clefs dont s'est servi un voleur, le fusil qu'a utilisé un prévenu pour commettre un meurtre. Les choses destinées à commettre l'infraction comprenant toutes celles dont il a été fait un usage intentionnel. (Boma, 26 mars 1908, jur Etat, II, p 236).¹⁰⁸

¹⁰¹ LUKOO MUSUBAO (R), *op. cit.*, p. 84

¹⁰² KATUALA KABA KASHALA, *op. cit.*, p. 16

¹⁰³ LUKOO MUSUBAO (R), *op. cit.*, p. 84

¹⁰⁴ *Ibidem.*

¹⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ *Ibidem.*

La confiscation portant sur l'objet de l'infraction (par opposition à la confiscation générale de tous les biens du prévenu). CSJ, 3 décembre 1973, RJZ 1978, jan-déc., n°s 1-3, pp.102, 105, 107.¹⁰⁹

La confiscation spéciale ne s'applique pas aux objets qui auraient été donnés par un prévenu à un autre dans le but d'obtenir sa participation à l'infraction. (Boma, 27 avril 1905, Jur. Etat, II, p. 31).¹¹⁰

La confiscation spéciale constitue une peine. Dès lors, à moins qu'il ne s'agisse d'objets sur lesquels la mainmise de l'Etat est ordonnée dans un but de sécurité ou d'ordre public. Il faut que la chose à confisquer ait une valeur en sorte que la dépossession ait pour le condamné le caractère d'une peine. (Boma, 13 octobre 1908, Jur. Etat, II, p.269, 1^{ère} inst. Coq 3 octobre 1924, Jur. Kat, p.88 Boma, 30 octobre 1905, Jur Etat, II, p. 157).¹¹¹

Par " choses qui ont servi à commettre l'Infraction " on entend les instruments mêmes de l'infraction. Elis, 3 Février 1914, jur. col. 1924 p 325.¹¹² La confiscation ne s'applique aux choses formant l'objet de l'infraction ou ayant servi à la commettre que quand la propriété en appartient au condamné (Boma, 15 mars 1899, Jur Etat, I, p. 47).¹¹³

Lorsque l'action publique est atteinte par la prescription, la confiscation, peine accessoire, est anéantie au même titre que la peine principale. Il y a lieu d'ordonner la mainlevée de la saisie opérée sur l'objet litigieux. (Boma, 24 janvier 1911, jur. Congo 1912 p 23, 1^{ère} inst. App. Elis., 14 décembre 1926, jur Kat., III p. 58).¹¹⁴

1° L'interdiction pour cinq ans au moins et dix ans au plus après l'exécution de la peine, du droit de vote et du droit d'éligibilité ;

2° L'interdiction d'accès aux fonctions publiques et paraétatiques quel qu'en soit l'échelon ;

3° La privation du droit à la condamnation ou à la libération conditionnelle et à la réhabilitation dont le but est de faire bénéficier le coupable des avantages prohibés au présent article ;

4° L'expulsion définitive du territoire de la République après l'exécution de la peine, si le condamné est un étranger.

¹⁰⁹ LUKOO MUSUBAO (R), *op. cit.*, p. 84.

¹¹⁰ *Ibidem.*

¹¹¹ *Idem.*, p. 85

¹¹² *Idem.*, p. 84

¹¹³ *Idem.*, p. 85

¹¹⁴ *Ibidem.*

CONCLUSION

Sommes toutes, l'inapplication de la peine principale des travaux forcés prévue contre l'infraction de détournement des deniers publics et privés instituée par la loi de 1973 s'est soldé par une impunité totale et absolue en cette matière.

Le détournement des deniers publics et privés constitue une gangrène dans la gestion des finances publiques. Celles-ci sont considérées comme la propriété privée de ceux qui ont la charge de les gérer.

En dépit des dispositions pénales prévues par le code pénal congolais à l'article 145, et suivant les pratiques de détournement des deniers publics connaissent un développement et s'enracinent de plus en plus dans la mentalité des Congolais, entraînant avec elles des nouvelles stratégies pour s'assurer l'impunité et paralyser tout dispositif répressif, touchant même au système législatif qui produit des lois taillées sur mesure et dans l'intérêt des individus.

C'est ainsi que, pour détourner les deniers publics et s'assurer l'impunité, le détournement utilise d'autres méthodes telles que la corruption, la concussion, le faux et usage de faux, pour compliquer davantage les poursuites éventuelles.

Il convient de relever que 46 ans après la promulgation de la loi de 1973 ayant institué ladite peine, aucune ordonnance portant sur les mesures de son application n'a jamais été prise malgré que cette loi avait donné le pouvoir au Chef de l'Etat de fixer le règlement de l'application de la peine de travaux forcés. Tout ceci arrange à la fois les gestionnaires des finances publiques et les magistrats chargés de faire appliquer la loi ; chacun trouvant son compte.

Il se dégage clairement qu'il s'agit d'une stratégie créée et entretenue par le législateur de 1973 pour paralyser et rendre impunie toute infraction en matière de détournement au profit de la classe dirigeante du pays.

Que curieusement, les dirigeants de la première et la deuxième législatures de la 3^{ème} République ont emboîté les pas à ceux de la deuxième République en dépit de la Constitution du 18 février 2006 ayant décrété l'inconstitutionnalité de la peine des travaux forcés. Pire encore, cette infraction demeure sans peine principale depuis cette date à ce jour.

On est là en face d'une loi floue, obscure et confuse pour favoriser et assurer l'impunité en matière de détournement des deniers publics. Il s'agit d'un exemple type d'une loi pénale imparfaite dans une matière aussi vitale sur le plan socio-économique.

En conclusion, la peine des travaux forcés a été instituée de manière hasardeuse et dans le but de protéger les acquéreurs des biens zaïrianisés et leur assurer une impunité. C'est ainsi que AGLAIA TSITSOURA indique qu'on ne peut pas parler de politique criminelle au sens réel du terme quand la société répond à la criminalité de façon hasardeuse, spasmodique et irraisonnée.¹¹⁵ Car la politique criminelle est définie par Marc ANCEL. Comme un système cohérent et raisonné de réaction sociale anti-délictueuse.¹¹⁶

Par impunité, il faut entendre " l'ensemble de mesures et de pratiques par lesquelles les Etats manquent à leurs obligations d'enquêter, de traduire en justice et de juger ceux qui sont responsables des pratiques systématiques de violations graves des droits humains et, par là même, empêcher les victimes et leurs familles de jouir du droit de connaître la vérité et d'avoir leurs droits restaurés. C'est l'absence de punition à l'endroit des auteurs d'actes illégaux ou d'actes criminels, inhumains comme économiques, politiques, sociaux ou culturels "¹¹⁷.

L'impunité se conçoit aussi comme le fait de ne pas être puni ; une attitude passive ou active d'un décideur ou d'une institution qui a le pouvoir de décision et de sanction, qui consiste à protéger les auteurs des faits répréhensibles constitutifs de la faute disciplinaire ou pénale ou encore à minimiser ces faits en s'abstenant de prendre des mesures appropriées pour décourager leurs auteurs.¹¹⁸

La révolte est une attitude inévitable, voire nécessaire, face à une situation où la pourriture morale, la corruption, le vol et le détournement continuels des finances et biens publics par les dirigeants et gestionnaires ne sont ni déférés devant les instances judiciaires ni sanctionnés avec toute la rigueur que requiert la loi dans un Etat de droit. L'infime portion de méfaits révélés au public est déjà trop grosse, trop effrayante et trop scandaleuse pour ne point réclamer, avec vigueur, l'institution urgente d'un Etat de droit¹¹⁹. Il n'est pas possible de stabiliser et de développer une nation sans l'instauration d'un Etat de droit. L'avènement de l'Etat de droit se réalise au moyen d'une lutte acharnée et perpétuelle contre l'impunité. Car l'impunité relève,

¹¹⁵ TSITSOURA(A), *Criminologie II Patron : Politique criminelle*, Presses Universitaires, de Bruxelles, 2^e édition, 1987-1988, p. 23 cité par KASONGO MUIDINGE MALUILO (PC), *op. cit.*, p. 45.

¹¹⁶ MARC ANCEL, *Contribution de la recherche à la définition d'une politique criminelle* p. 3, cité par KASONGO MUIDINGE MALUILO (P), *Cours de prophylaxie criminelle « Questions approfondies de prophylaxie criminelle*, Unikin, 2007-2009, p. 45.

¹¹⁷ Chartes HARPER, *Impunity an ethical perspective. Six case otites from Latin America, world council of cherches publications*, Geneva, 1996. p. Ix cité par P. NGOMA BINDA, *op. cit.*, pp. 462-463.

¹¹⁸ MUTOKE(C), « Les stratégies de la vulgarisation de la lutte contre l'impunité », in *La justice nationale et internationale dans la lutte contre l'impunité en RDC*, Fondation Kånrad Adenauer, Kinshasa, Décembre 2007, p.95.

¹¹⁹ *Le Président de la République a eu à déplorer et à dénoncer sévèrement les pratiques sordides de corruption généralisée et de détournement au niveau des instances dirigeantes. Des ministres et gestionnaires d'entreprises ont été suspendus de leurs fonctions. Les services du conseiller spécial du Président ont déféré devant la justice des dirigeants des entreprises. Le peuple attend des sanctions. Viendront-elles ? Seront-elles rigoureusement appliquées ?*

consciemment ou non, d'une pulsion destructrice de l'Etat et, de ce fait, elle est fatalement une voie d'enlisement des nations et des peuples dans la misère¹²⁰.

Ainsi, le législateur congolais n'avait pas pris tous les soins exigés pour parvenir à un ordre social minimum avec des objectifs précis dans le domaine de gestion des finances publiques et qu'il n'y avait visiblement aucun objectif à atteindre.

Raymond GASSIN estime qu'on peut caractériser, d'une manière générale, les objectifs de la lutte contre la délinquance comme consistant dans la recherche d'un ordre social minimum par la désignation faite par le corps social des comportements qui sont prohibés en raison de leur nocivité sociale supposée, tel que tuer, blesser, voler, etc.¹²¹

Toute société a l'obligation de légiférer sur son territoire et désigner les actes jugés intolérables et partant à incriminer, pour atteindre des buts spécifiques et pour y parvenir, il faudrait faire du choix des incriminations d'une part et d'autre part du choix du pénal un instrument de maintien de l'ordre social minimum¹²² et cela doit obéir aux principes de cohérence et de logique.

Recommandation est faite au Législateur congolais de revoir sa législation en cette matière, à élargir la qualité du détourné à toute personne même relevant du secteur privé chargée de gérer des fonds publics, mettre à la disposition de la République une nouvelle peine plus dissuasive et décréter l'imprescriptibilité de l'infraction de détournement des deniers publics et privés pour combattre le fléau qui sévit dans le domaine des finances publiques en République Démocratique du Congo.

Car, pour le choix de l'incrimination en matière de détournement des deniers publics, il faudrait aussi incriminer certains comportements répréhensibles pour assainir la gestion des finances publiques par l'accroissement des recettes et par l'amélioration de la qualité des dépenses publiques.

¹²⁰ NGOMA BINDA (P), « Lutte contre l'impunité pour l'Etat de droit au-delà de la réconciliation », in *Congo-Afrique*, XLV année- n° 399, novembre 2005, p. 453.

¹²¹ GASSIN (R), *Criminologie*, 2^e édition, Dalloz, Paris, 1990, p. 567

¹²² KASONGO MUIDINGE MALUILO (PC), *op. cit.*, p. 6